

SİCİL

Eylül '11 • Yıl 6 • Sayı 23

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

Av. Mesut ULUSOY

Yayın KuruluAv. Ahmet BÖLÜKBAŞI
Av. Erten CILGA
Av. İlhan DOĞAN
Av. Ender KIZILRAY
Av. Şeyda AKTEKİN
Av. Nağme HOZAR
Av. Vahap ÜNLÜ
Av. Selçuk KOCABIYIK
Av. Uygur BOSTANCI
Av. Murat BATUR
Av. Dilara DEMİREL**Baskı**Hanlar Matbaacılık San.
ve Tic. Ltd. Şti.Yeşilce Mah. Aytekin Sok.
No. 16 Kağıthane İstanbul**Yayın Türü**Yerel süreli yayın. MESS'in
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

Baskı Tarihi

26 Eylül 2011

M E S S**Türkiye Metal Sanayicileri
Sendikası**Merkez Mahallesi
Geçit Sokak No: 2
34381 Şişli/İSTANBULTel: 212 232 01 04
Faks: 212 241 76 19
e-posta: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Görüşler yazarlara aittir.
Kaynak gösterilerek alıntı
yapılabilir.**BİREYSEL İŞ HUKUKU**

<i>Türk Borçlar Kanunu'nda İşverenin Ücret Borcu</i>	5
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç "Geçici" İş İlişkisi)</i>	15
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
<i>Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi</i>	22
Prof. Dr. Ufuk AYDIN	
<i>Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolunun Mevcut Dosyalara Etkisi</i>	37
Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ	
<i>Deniz İş Sözleşmesi</i>	46
Bektaş KAR	
<i>İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları</i>	54
Av. Mehmet TEKERGÜL	
<i>Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi</i>	81
Av. Hatice SEVER	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Danıştay'ın Verdiği Son Yürütmeyi Durdurma Kararlarının Değerlendirilmesi</i>	93
Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU	
<i>Geçerli Nedene/Sendika ile Yapılan Protokole Dayanan Ücretsiz İzin Uygulamasının İşçi Tarafından Reddi</i>	111
Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI	
<i>Aralıklı Çalışmalarda Bildirim Süresinin Belirlenmesi</i>	128
Av. Zekeriya SANCI	

TOPLU İŞ HUKUKU

<i>İşverenin Sendika Üyesi Olmayan İşçilere Yaptığı Bazı Ödemelerin Toplu Sözleşmeden Yararlandırma Açısından Değerlendirilmesi</i>	139
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN	
<i>İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması</i>	143
Prof. Dr. Hakan KESER	

KARAR İNCELEMELERİ

<i>Yargıtay'ın İl Özel İdarelerine İlişkin Verdiği "Parçalı İşkolu" Tespiti ve Uygulanmasına İlişkin Bozma Kararlarının Kamu Kurumlarında Meydana Getirdiği ve/veya Getireceği Vabim Sonuçların Düşündürdükleri</i>	164
Doç. Dr. İbrahim AYDINLI	

<i>Görevi Sona Eren Sendika Yöneticisi İşçinin Sendikalar Kanunu M. 29 Çerçevesinde Başvurusuna Karşın İşverence İşe Başlatılmamasının Hukuksal Yaptırımına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi</i>	183
Doç. Dr. Serkan ODAMAN - Araş. Gör. Eda KARAÇÖP	

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

<i>Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyetin Korunması</i>	195
Araş. Gör. Ayşe KÖME AKPULAT	
<i>Son Düzenlemeler Işığında Türkiye'de Bağımlı ve Bağımsız Çalışan Yabancıların Sosyal Güvenlikleri</i>	208
Dr. Mehmet BULUT	
<i>Sanatçıların Sosyal Güvenliği</i>	216
Murat UĞUR	
<i>İbaleli İşlerde Teşvik: Bir Varmış, İki Yokmuş...</i>	227
Av. Derya KARADEMİR	

KARAR İNCELEMESİ

<i>Türk Vatandaşı İşçinin Yabancı Bir Ülkede Geçirdiği İş Kazasına Uygulanacak Hukuk -Yargıtay 21. HD. 'nin 25.10.2010 Tarihli Kararının İncelenmesi-</i>	234
Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN	

MALİ HUKUK

<i>Türk Vergi Sisteminde Ücretlere Tanınan Muafiyet ve İstisnalar</i>	243
Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR	

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

<i>Türkiye AB İlişkilerinin Geleceği: Müzakerelerde Son Durum</i>	263
Prof. Dr. Haluk KABAALIOĞLU	

KARAR İNCELEMESİ

<i>Hastalık Sebebiyle Raporlu Olan İşçinin Raporlu Olduğu Süre Zarfında Başka İşyerinde Çalışmasının Değerlendirilmesi</i>	265
Av. Murat BATUR	

**M E S S**

Hukuk yazboz tahtasına çevrilmemeli!

Bilindiği üzere, kitle iletişim alanında yaşanan teknolojik gelişmeler, birçok hukuki sorunu da beraberinde getirdi. Özellikle bilgisayar teknolojisinin gelişmesi ve internet vasıtasıyla her türlü iletişimin daha kolay hale gelmesi, söz konusu bu alanın düzenlenmesi gereğini her geçen gün daha da zorunlu kılıyor. Bilgisayarın ve internetin çalışma yaşamının içinde ne derece önemli bir yer edinmiş olduğunu ve buna bağlı olarak işveren ve çalışan arasındaki hukuki uyumsuzlukların çoğaldığını son dönemde bu konuya ilişkin verilen Yargıtay kararlarının artmasından da kolayca anlayabiliyoruz. Örneğin; Yargıtay tarafından son dönemde verilen bir kararda, işverenin işlerini yürütmesi için çalışana verdiği bilgisayar ve e-posta adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisine sahip olduğu belirtiliyor. Konunun, Anayasa başta olmak üzere Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve İş Kanunu gibi birçok kanunu ilgilendirmesinden ötürü, konuya ilişkin verilen kararların, kişilerin özel hayatlarına sınırlama/müdabale getirmemesi ve haberleşme hürriyetini ihlal etmemesi şartıyla belirli ilke ve esaslara bağlanması gerekiyor.

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yaşanan gelişmeler, hukuksal bir kaos ortamını da beraberinde getirdi. Geçen sürede sürekli yapılan değişiklikler ve verilen iptal kararları ile bu alandaki mevzuatın yazboz tahtasına çevrildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Son olarak İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği ile İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin bir kısım hükümlerinin Danıştay tarafından yürütmesinin durdurulması da, bu alandaki geleneğin bozulmadığını bir kez daha gözler önüne ser-

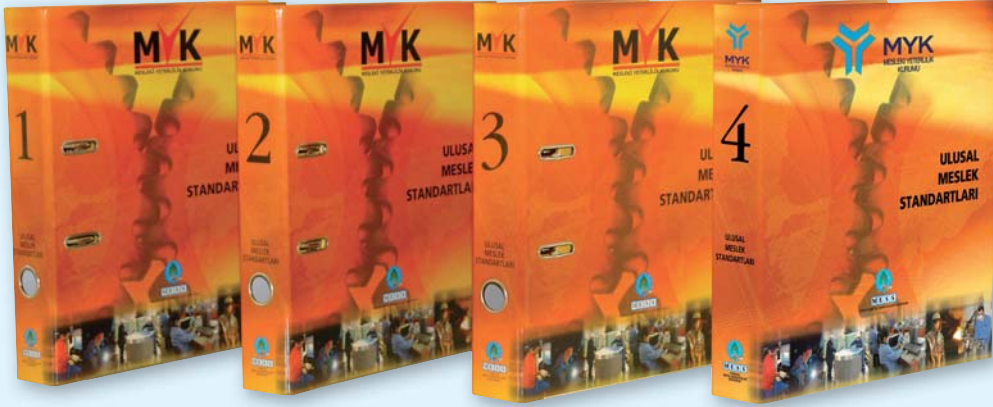
di. Verilen bu kararlar, gerek işyeri hekimlerinin gerekse de iş güvenliği uzmanlarının önceki Yönetmeliklere istinaden almış oldukları sertifikalar bakımından ciddi hukuki boşluklar ortaya çıkardı. Hem işyerlerinin hem de işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının mağduriyetinin giderilmesi açısından, konunun yapılacak düzenlemelerle bir an önce açıklığa kavuşturulması gerekiyor.

Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin ücret borcu, çalışma koşullarında esaslı değişiklikler ve değişiklik feshi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili Danıştay'ın verdiği son yürütmeyi durdurma kararları, işyerinde elektronik gözetim uygulamaları, medeni usul hukukunda yeni kanun yolunun mevcut dosyalara etkisi, geçerli nedene/sendika ile yapılan protokole dayanan ücretsiz izin uygulamasının işçi tarafından reddi, işverenin sendika üyesi olmayan işçilere yaptığı bazı ödemelerin toplu sözleşmeden yararlandırma açısından değerlendirilmesi, Türkiye'de bağımlı ve bağımsız çalışan yabancıların sosyal güvenlikleri, Türk sosyal güvenlik hukukunda iyiniyetin korunması ve Türk vergi sisteminde ücretlere tanınan muafiyet ve istisnalar dergimizdeki konu başlıklarından bazıları. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizin 23. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,
Av. İsmet Sipahi

Ulusal Meslek Standartları

Ulusal Meslek Standartları sektörün ihtiyacı olan nitelikli işgücüne erişimi hızlandıracak.



Sendikamız, Mesleki Yeterlilik Kurumu (MYK) ile imzalamış olduğu işbirliği protokolü kapsamında metal sektörüne ilişkin 7 yeni Ulusal Meslek Standardı'nı hazırladı.

Sendikamızca hazırlanan ve MYK Metal Sektör Komitesi tarafından onaylanarak, 9 Ağustos 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Isıl İşlemci Seviye 3 ve 4, NC/CNC Tezgah İşçisi Seviye 3 ve 4 ile 18 Ağustos 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Döküm Modelcisi Seviye 5, Dökümcü Seviye 4 ve Maçacı Seviye 3 yürürlüğe girdi. Sendikamız MESS, Ulusal Meslek Standartları'nın ulaşılabilirliğini arttırmak ve arşivlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yayımlanan standartları ilgili tüm kurum ve kuruluşlar ile sosyal paydaşlara dağıttı. Sendikamız meslek standartlarının hazırlık çalışmalarına sektörlerinin önde gelen temsilcileri olan üyelerimizin değerli katkıları ile devam ediyor.



Yayın Talebi İçin

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi
Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL
Tel: (0212) 232 01 04 Faks: (0212) 241 76 19
e-posta: mess@mess.org.tr - www.mess.org.tr

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türk Borçlar Kanunu'nda İşverenin Ücret Borcu

I. Giriş

22 Nisan 1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) yerine 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren geçecek olan 11 Şubat 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)¹, işverenin ücret borcunu yeniden düzenlemek suretiyle; hem bir yandan, Borçlar Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri için geçerli bulunan esasları yenilemiş ve hem de öte yandan, İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerine de uygulanabilecek yeni düzenlemelere yer vermiştir. Bunun gibi, gazeteciler ile gemiadamları bakımından da, Basın İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu'ndaki ücrete ilişkin düzenleme boşluklarında, ücrete ilişkin TBK'daki yeni düzenlemelerin uygulama alanı bulması olanağı yaratılmıştır.

TBK, BK'nın "hizmet akdi"ne ilişkin hükümlerinde (m. 313 vd.) olduğu üzere, "hizmet sözleşmeleri"ne ilişkin hükümlerinde de, "ücret" kavramına ilişkin herhangi bir tanımı içermemekte; ağırlıklı olarak, işverenin ücret borcu ve bu borcun yerine getirilmesi ile işçiye öde-

necek ücretin güvence altına alınması konuları üzerinde durmaktadır.

Diğer yandan, işçi ücretlerine ilişkin düzenlemeler, sadece "genel hizmet sözleşmesi" kapsamında ele alınmamakta; hizmet sözleşmesi türleri içinde yer alan "pazarlamacılık sözleşmesi" ile "evde hizmet sözleşmesi"ne ilişkin hükümler arasında da, işçi ücretlerini ilgilendirecek bazı düzenlemelere yer verilmektedir. Buna göre, aşağıda esas olarak, "genel hizmet sözleşmesi"nin işverenin ücret borcunu ilgilendiren hükümleri temel alınmakla birlikte; bu borcu ilgilendirdikleri ölçüde, pazarlamacılık sözleşmesi ile evde hizmet sözleşmesinin ücrete yönelik hükümlerine de, yer yer değinilmeye çalışılacaktır.

II. Ücret Borcunun Hukuki Temeli

TBK m. 401, "İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür." hükmüyle, işverenin ücret

ödeme borcunun hukuki (yasal) temelini oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, söz konusu hükmün ilk bölümünü hukuken başarılı bulma olanağı, son derece güç görünmektedir. Çünkü, ikinci bölümde asgari ücretin vurgulanışı ve ilk bölümde asgari ücretten söz edilmeyişi karşısında; ilk bakışta, sanki bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle asgari ücretten düşük bir ücret miktarının yanlarca belirlenebileceği gibi, doğru olmayan bir izlenim ortaya çıkmaktadır.

Yaratılan izlenimin doğru olmayışının hukuki dayanağı ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun asgari ücreti güvence altına alan, 39. maddesidir. Çünkü, İş K. m. 39/I, iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin tümünün ve bu arada (Türk) Borçlar Kanunu'na tabi iş sözleşmelerine dayanarak çalışan işçilerin de, asgari ücret uygulamasından yararlanmasını öngörmektedir. Bu anlam-

mine yer verilmektedir. Bu bakımdan, yasalaşma sürecindeki asgari ücrete dönüşün, yerinde olmadığı ve hatta, konuya ilişkin BK m. 323/I metninin, istenileni anlatmada daha başarılı olduğu söylenmelidir.

Yine, bu söylenenleri destekler nitelikte olmak üzere; anılan maddenin gerekçesinde, “emsal ücret”in, “yasal asgari ücretin altında olmaması koşuluyla, işin niteliğinin gerektirdiği ücret” biçiminde tanımlanmaya çalışıldığı önemle belirtilmelidir. Oysa, burada anlatılmak istenen ücret, “işin niteliğinin gerektirdiği ücret” olmayıp, “mutat olan ücret”tir.

Diğer yandan, TBK m. 401'deki düzenleme, sorunu ücret miktarına indirgemiş görünmektedir. Çünkü, TBK m. 401, metninde “belirlenen” sözcüğüne yer vermek suretiyle, doğrudan “ücret ödenmesi” yerine, “ücret miktarı”na yönelmektedir. Oysa, iki ayrı hususun, aynı sonuca

BK m. 323/I metnindeki “mukavele edilen yahut adet olan” anlatımından, artık “emsal ücret”in, yani mutata olan ücretin veya ücret miktarının ödeneceği sonucu çıkarılabilmektedir.

da, artık TBK'nın asgari ücretten söz etmesine gerek yoktur.

Tekrar TBK m. 401 hükmünün ilk bölümüne dönecek olursak; artık burada, karşıt kavram kanıtından hareket edilmeyip, evleviyet yorum yönteminden yararlanılmasının, hukuken uygun olacağını belirtmek gerekecektir. Nitekim, yasakoyucunun buradaki amacı, asgari ücretten düşük ücret ödenmesini değil, “emsal ücret”in asgari ücretin altında olmamasını sağlamak olsa gerektir.

Gerçekten, söz konusu hükme ilişkin metindeki “alışılmış olan ücreti”² anlatımı; yasalaşma süreci içinde (TBMM Adalet Komisyonu'nda), “asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti” biçimine dönüşmüştür. İlgili madde gerekçesinde anılan hükme kaynaklık ettiği belirtilen İsviçre BK m. 322'de ise, ne “asgari ücret”ten ve ne de “emsal ücret”ten söz edilmekte ve “emsal ücret” yerine, “mutata olan ücret” deyi-

ulaşmalar bile, birbirinden ayırılmasında yarar vardır.

Bunlardan biri, sözleşmede ücret ödeneceğinden hiç söz edilmeyişi ve diğeri ise, ücretten söz edilmekle birlikte, bunun miktarının açıklığa kavuşturulmamış olmasıdır. Bu bağlamda, BK m. 323/I metninin, herşeye rağmen, daha başarılı olduğu tekrar edilmelidir.

Nitekim, ücret ödeneceğinden sözleşme metninde söz edilmediğinde, BK m. 323/I metnindeki “mukavele edilen yahut adet olan” anlatımından, artık “emsal ücret”in, yani mutata olan ücretin veya ücret miktarının ödeneceği sonucu çıkarılabilmektedir. Aynı sonuca TBK m. 401 bakımından ise, ancak, söz konusu hükümdeki “sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde” anlatımı “sözleşmede (ücret ödeneceği veya ücret miktarı hakkında) hüküm bulunmayan hallerde” biçiminde anlaşıldığı takdirde, ulaşmak mümkün bulunmaktadır.

III. İşin Yapılmamasına Rağmen Ücret Ödenmesi

Kural olarak ücret bir işin yapılması karşılığında ödenmekle birlikte; günümüzde toplumsal (sosyal) düşüncelerin etkisiyle, bazı durumlarda işçiye çalışma karşılığı olmaksızın da ücret ödenmesi esası benimsenmiştir. İşin yapılmamasına rağmen ücret ödenen bu gibi durumlardaki ücret, kaynağını toplumsal düşünceden alması yüzünden, “sosyal ücret” olarak adlandırılmaktadır³. İşte, TBK da, söz konusu sosyal ücret düşüncelerinin etkisi altında, işin yapılmadığı durumlarda dahi ücret ödenmesini öngören bazı düzenlemelere yer vermemiştir.

1. İşveren temerrüdünde ücret

İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellediği veya işgörme edimini kabulde temerrüde düşüğü takdirde, işçiye ücretini ödemekle yükümlüdür ve işçiden işgörme edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin söz konusu işveren engellemesi yüzünden yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek⁴ kaçındığı yararlar, ücretinden indirilecektir (TBK m. 408).

Söz konusu düzenleme, daha önceki BK m. 325’le getirilmiş olan esaslardan çok farklı değildir. Nitekim, ücretten indirilecek kalemler aynıdır. Buna karşılık, BK m. 325/I, sadece, işverenin “iş kabulde temerrüt” etmesinden söz etmişken; TBK m. 408, buna işverenin “işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engel”lemesini eklemektedir. Bu konuda, engel oluşturan işveren kusuruyla ilgili olarak; madde (TBK m. 408) gerekçesinde, “o işin yapılmasından vazgeçme” veya “işçinin yerine başkasını çalıştırma” gibi nedenler gösterilmektedir.

Diğer yandan, temerrüde düşen işveren, ücret ödemek yerine, işçiden işgörme edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyecektir (TBK m. 408). BK m. 325’de yer almayan bu açıklık, yerinde olarak, çalışma saatlerini keyfi biçimde kendi ihtiyacına göre ayarlama olanağını işverene tanımamaktadır.

Nihayet, kabulde temerrüt ile ilgili olarak, pazarlamacılık sözleşmesi ile evde hizmet sözleşmesinin de, benzer düzenlemeleri içerdikleri söylenebilir. Nitekim, “pazarlamacının pazarlama işlerini yürütmesi, kendi kusuru olmaksızın imkansız hale gelir ve sözleşme veya kanun gereği bu halde bile kendisine ücret ödenmesi gerekirse ücret, sabit ücrete ve komisyonun kaybı sebebiyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirlenir” (TBK m. 456/I tümce 1). Bunun gibi, evde hizmet sözleşmesinde de, “işçiyi aralıksız çalıştıran işveren, ürünü kabulde temerrüde düşüğü veya işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmaksızın çalışmayı engellendiği takdirde, hizmet ediminin engellenmesi durumundaki ücret ödenmesine ilişkin hükümler gereğince, ona ücretini ödemekle yükümlü” tutulacaktır (TBK m. 467).

2. İşçinin geçici ifa imkansızlığında ücreti

Hastalık, askerlik veya yasadan doğan çalışma ve benzeri nedenlerle⁵ işçi, kusuru olmaksızın, geçici ifa imkansızlığı içine düşebilir. Bu gibi durumlar için, TBK m. 409, işçiye “hakkaniyete uygun bir ücret” ödenmesini öngörmektedir.

Ancak, bunun için TBK m. 409; ilkin, hizmet ilişkisinin “uzun süreli” olmasını ve sonra da, ifa imkansızlığının “kısa bir süre için” ortaya çıkmış bulunmasını aramaktadır. Bununla birlikte, burada söz konusu olan sürelerin ne zaman uzun veya kısa sayılacağı konusunda, herhangi bir açıklığa yer verilmemektedir. Ancak, bu bağlamda, daha önce BK m. 328’de “uzun müddet için yapılan hizmet akdi”nden söz etmiştir.

Diğer yandan, ödenecek ücret miktarının hangi hallerde “hakkaniyete uygun bir ücret”⁶ olarak kabul edileceği konusunda da, tam bir açıklığa rastlanmamaktadır. Ancak, gerek TBK m. 409 metnindeki “başka bir yolla karşılanmadığı takdirde” anlatımından ve gerekse ilgili madde gerekçesinde yer alan “sosyal güvenlik kurumundan gelir elde etme (geçici işgöremezlik ödeneği alma)” örneğinden hareket edilecek olduğunda; buradaki ücret miktarıyla, işçinin söz konusu geçici ifa engelleri yüzünden

Fazla çalışma ücreti fazla çalışma borcunun ardından değil de, ücret bölümü içinde, sanki özel bir ücret biçimiymiş gibi ele alınmıştır.

ortaya çıkmış ve herhangi bir yolla karşılanmamış kazanç kaybını karşılamamanın kastedildiği söylenebilmektedir. Buna göre, işverenin sözgelimi hastalık halinde ödeyeceği ücretten, geçici işgöremezlik ödeneğinin düşülmesi ve işverenin, ancak Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmamış ücret farkını ödemesi söz konusu olabilecektir.

IV. Ücret Borcunu Yerine Getirme Biçimleri

İş Kanunu, ücretin ödeneceği biçimleri, bizzat kendisi düzenlememiş; bunlara ilişkin hükümleri, daha çok ya yasa ya da bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerine bırakmıştır. TBK ise, bunun aksine bir yol izleyerek, bazı ücret biçimleriyle ilgili olarak, ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir.

Diğer yandan, fazla çalışma ücreti (TBK m. 402); fazla çalışma borcunun (TBK m. 398) ardından değil de, ücret bölümü içinde, sanki özel bir ücret biçimiymiş gibi ele alınmıştır. Aynı mantık silsilesi içinde, yıllık izin ücretinin (TBK m. 425) de, bu bölümde ele alınması gerekirdi. Ancak, yıllık izin ücreti; bu kez yerinde olarak, ücret yerine yıllık izin bölümü içinde düzenlenmiş ve yıllık izin ücretinin, ayrı bir ücret biçimi olmadığı gösterilmiştir. Fazla çalışma ücretinde ise, bu fırsattan uzak kalınmıştır.

1. İşin sonucundan pay alma

TBK m. 403, BK m. 323/II hükmüne karşılık olmak üzere, “işin sonucundan pay alma”yı düzenlemiştir. Gerek buradaki ücret biçiminin adlandırılış biçimi⁷ ve gerekse TBK m. 403 hükmünün içeriği; söz konusu ücret biçiminin, iş hukukundaki geleneksel “kârdan pay alma ücreti”nden, kapsam itibarıyla daha farklı bir ücret biçimini hedeflediğini göstermektedir.

Gerçekten, klasik “kârdan pay alma ücreti”; kavram olarak, işçiye işletmenin bütününün

veya bir bölümünün kârına, iş dönemi boyunca katılma olanağını anlatmakta ve işçinin verimini artırmak için, ücrete ek olarak veya istisnaen ücret yerine ödenmektedir⁸. Buna karşılık, “işin sonucundan pay alma”, işçiye ücretle birlikte “üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesi”ni içermektedir. Dolayısıyla; işin sonucundan pay almanın, salt kârla sınırlı kalmadığı görülmektedir.

Diğer yandan, TBK m. 403/I, işin sonucundan “ücretle birlikte” pay verilmesinden söz etmektedir. Bu bakımdan, buradaki “ücretle birlikte” anlatımının, “asıl ücrete ek olarak” biçiminde anlaşılması, yerinde olacaktır. Oysa, “kardan pay alma ücreti”; daha önce belirtildiği üzere, mutlaka ücrete ek olarak değil, gerektiğinde ücret yerine de ödenebilmektedir.

İşin sonucundan verilecek pay, TBK m. 403/I hükmü uyarınca, “yasal hükümler” veya “genellikle kabul edilmiş ticari esaslar” göz önünde bulundurulmak suretiyle, “hesap dönemi sonunda” belirlenecektir. Buradaki “yasal hükümler”den başta Türk Ticaret Kanunu olmak üzere diğer özel nitelikteki yasa hükümlerini anlamak olanaklı görünüyorsa da; “genellikle kabul edilmiş ticari esaslar” anlatımı, çok açık olmayıp, belirsizliğe yol açabilir nitelikte görülmektedir. Ancak, söz konusu belirsizlik, uygulamadaki yerleşik ticari usullerin temel alınması suretiyle, belli ölçüde giderilebilir.

Yine, “hesap dönemi”nden ne gibi bir dönemin anlaşılması gerektiği konusunda da, TBK m. 403’de herhangi bir açıklığa rastlanmamaktadır. Bu bakımdan, hesap döneminin belirlenmesi, tarafların anlaşmasına bırakılabilir. Bunun gibi, söz konusu pay ücretle birlikte verileceği için, hesap dönemini ücretin ödeme süresiyle (TBK m. 406/I) ilişkilendirmek de olanaklıdır⁹.

Ancak, burada söz konusu olması gereken; kaynak metin (İsviçre BK m. 322a/I) gözönünde bulundurulacak olduğunda, “hesap dönemi” değil, “iş yılı” ya da “mali yıl”dır. Bu durumda, değişik yorumlara ve keyfi uygulamalara yol açmamak için, “hesap dönemi” anlatımının, kaynak metin doğrultusunda anlaşılmasında yarar görülmektedir.

Nihayet, TBK 403/II; taraflar payın hesap-

lanmasında uyumsuzluğa düştükleri takdirde, işverenin işçiye veya onun yerine birlikte kararlaştırdıkları veya yargıcın atadığı bilirkişiye bilgi vermesini ve bu bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmasını ve ayrıca, kârdan bir pay verilmesi kararlaştırıldığında da, işçiye istemesi üzerine yıl sonu kâr-zarar cetvelini vermesini öngörmektedir.

Bu yükümlülük işverene, işletme hesaplarına açıklık kazandırmak ve giderek, işçiyi ücret yönünden korumak amacıyla getirilmektedir. Nitekim, söz konusu açıklık sağlanabildiği ölçüde, doğabilecek olası ücret uyumsuzluklarının önüne geçilebilmesi mümkün olacaktır.

2. Aracılık ücreti

TBK m. 404, belli işlerde aracılık yapması karşılığında işçiye, işverence ödenecek ücreti “aracılık ücreti” olarak adlandırmaktadır. Ancak, “aracılık ücreti” olarak adlandırılan ücret biçiminin, işçiye işlem sonuçlandırma karşılığında ödenen “komisyon ücreti”nden¹⁰ farklı olduğu düşünülmemelidir. Nitekim, TBK m. 404 hükmünün düzenlenmesinde göz önünde tutulduğu ilgili madde gerekçesinde açıklıkla belirtilen İsviçre BK m. 322b ve 322c, yani kaynak metin, “provizyon”u ele almaktadır. “Provizyon” sözcüğüne ise, Türk iş hukukunda, “işlem sonuçlandırma ücreti” ya da “komisyon ücreti” karşılığı olarak yer verilmektedir.

Buna karşılık, TBK m. 454 ve 455; “komisyon ücreti” deyimini, pazarlamacının, kendisinin aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işlerde ödenen ücret için kullanmaktadır. TBK m. 454 ve 455’in kaynak metnini oluşturan İsviçre BK m. 349a ve 349b ise, “provizyon” sözcüğünü temel almaktadır. Buna göre, sanki TBK m. 404’deki “aracılık ücreti”, TBK m. 454 ve 455’de söz konusu olan ücretten farklı bir ücret biçimiymiş gibi, doğru ve yerinde olmayan bir sonuca ulaşma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, TBK m. 404 hükmüyle, ad olarak Türk hukukuna yabancı bir terimin getirilmiş olması, kavram karmaşası yaratmaya elverişli bir ortam yaratmış görünmektedir.

Anılan ücret biçiminin, özellikle, “borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler” ile “si-

gorta sözleşmeleri” için düşünüldüğü yasadan anlaşılmaktadır. Nitekim, söz konusu sözleşmelerde, her bölüme ilişkin ücret talebinin; o bölüme ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğmasına, bu hususun yazılı olarak kararlaştırılmış olması kaydıyla, olanak tanınmaktadır (TBK m. 404/II).

Diğer yandan, “aracılık ücreti” işlem sonuçlandırma (gerçekleştirme) karşılığı olarak düşünüldüğü için, “işçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse”, bu ücreti isteme hakkı sona erecek; sadece kısmi ifa halinde ise, aracılık ücretinden orantılı olarak indirim yapılacaktır (TBK m. 404/III).

3. İkramiye

TBK m. 405/I; işverenin, bayram veya yılbaşı ya da doğum günü gibi belirli vesileler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilmesini öngörmektedir (tümce 1). İkramiye verme olanağı, böylelikle, işveren bakımından bir (yasal) yükümlülük niteliğini taşımamaktadır. Ancak, ikramiye ödeneceği konusunda taraflar arasında bir anlaşma (sözleşme) hükmü veya çalışma şartı (iş koşulu) yahut işverenin tek taraflı bir taahhüdü söz konusu olduğu takdirde, bu durum işveren için hukuken bir yükümlülüğe bürünür ve artık işçi, ikramiye isteme (talep) hakkına kavuşur (TBK m. 405/I tümce 2).

Bu bağlamda, kaynak metin (İsviçre BK m. 322d), ikramiye ödemenin bağlayıcılığını salt anlaşma hükümleri çerçevesinde ele alırken; TBK m. 405/I tümce 2’nin, buna “çalışma şartı” ile “işverenin tek taraflı taahhüdü”nü eklediği görülmektedir.

İkramiyenin özellikleri hakkında, TBK m. 405/I hükmünde yer alan hususlar yerindedir. Gerçekten, ilkin, ikramiye; işçiye özel vesilelerle yapılan bir ödemedir. TBK m. 405/I hükmünün, “bayram, yılbaşı ve doğum günü”nü belirtmesine karşın, “gibi” sözcüğüne yer vermiş bulunması nedeniyle, ikramiyenin verileceği vesilelerin yasal olarak sınırlanmadığı belirtilmelidir.

Buna karşılık, ikramiyenin, işçinin işini iyi yapmasından işverenin duyduğu hoşnutlu-

Ödeme süresinin geciktirilebileceği azami sürenin belirtilmesine karşılık; yanların belirleyebileceği en erken ödeme süresinin ne olabileceği ise, kaynak metinde olduğu üzere, yasada gösterilmiş değildir.

ğu gösterme gibi bir anlam taşıması gerektiği, TBK m. 405'de yer almış değildir. Aksine; TBK m. 405/II'deki "hizmet sözleşmesi ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümü ödenir" hükmüyle "kistelyevm" esasına yer verilip, ikramiyede ödüllendirme düşüncesinin çok da önemli olmadığı görüşü, dolaylı olarak anlatılmak istenmiştir. Bunun da temelinde, muhtemelen, uygulamada ikramiyenin, çoklukla ödüllendirme düşüncesi dışında verilmesi¹¹ gerçeği yatmaktadır.

4. Birim ücreti

TBK m. 412; "birim ücreti" adı altında, kavram olarak Türk iş hukukuna yabancı olmayan ama farklı bir adla, "akort ücret" olarak dile getirilen¹² bir ücret biçimini düzenlemektedir. Nitekim, söz konusu hükmün kaynağını oluşturan İsviçre BK m. 326a'da, "akort ücret" deyi mi kullanılmaktadır. Bu itibarla, "birim ücreti" olarak adlandırılan ücret biçiminin, aslına uygun olarak, "akort ücret" biçiminde anlaşılması yerinde olacaktır.

Nitekim, akort ücret; parça sayısı, büyüklük, uzunluk veya ağırlık gibi "birim"lere göre saptanmakta ve belirli bir çalışma dönemine düşecek ücret, her "birim" için saptanan ücretin birim sayısı toplamıyla çarpılması sonucu bulunmaktadır¹³. Bu bağlamda, TBK m. 412/I; işçi sözleşme gereğince parça başına veya götürü olarak çalışmayı üstlendiği takdirde, işverenin her işe başlamadan önce ödenecek birim ücretini işçiye bildirmesini öngörmektedir. İşveren, bu bildiri mi yapmadığı takdirde ise, aynı veya benzer bir iş için belirlenmiş bulunan birim ücretini işçiye ödemek zorunda kalacaktır (TBK m. 412/II).

V. İşçinin Ücretinin Korunması

1. Ücretin ödenme zamanı

a.) Ücretin düzenli aralıklarla ödenmesi

Aksine gelenek olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenecek; ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilecektir (TBK m. 406/I). Bununla, esas olarak (aksine gelenek olmadığı sürece), ücretin en geç ayda bir ödeneceği; ancak, yanların da, daha kısa bir ödeme süresini sözleşmeyle (bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi yoluyla) kararlaştırabilecekleri anlatılmak istenmektedir. Bu bağlamda, ödeme süresinin geciktirilebileceği azami sürenin belirtilmesine karşılık; yanların belirleyebileceği en erken ödeme süresinin ne olabileceği ise, kaynak metinde (İsviçre BK m. 323/I) olduğu üzere, yasada (TBK m. 406/I) gösterilmiş değildir.

Ödeme süresine ilişkin olarak daha önce BK m. 326'da yer almış olan esaslar, TBK m. 406/I hükmünün öngördüğü ödeme zamanı esası tarafından, belli ölçülerde değiştirilmiş durumdadır. Gerçekten, sözleşme veya gelenek tarafından belirlenmemiş olduğu sürece, "amele ve iş sahibi ile birlikte yaşamayan hizmetçilere haftada bir" ve "idarehane memurlarına ve müstahdemlerine ve iş sahibi ile birlikte yaşayan hizmetçilere her ay" (BK m. 326) ücret ödenmesi öngörülmüşken; TBK m. 406/I, artık ödeme zamanını, İş K. m. 32/V'le öngörülmüş ödeme sürelerine yaklaştırıp, bunlarla uyumlu kılmaya çalışmaktadır.

Diğer yandan, aracılık ücreti de; daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırılmadığı veya aksine gelenek bulunmadığı takdirde, kural olarak, her ayın sonunda ödenecektir (TBK m. 406/II tümce 1). Asıl ücrete ek olarak üretilenden pay verilmesi söz konusu olduğunda ise, ürün payı belirlenir belirlenmez ve cirodan veya kârdan pay verilmesi söz konusu olduğunda da, hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde payın belirlenip ödenmesi şarttır (TBK m. 406/III).

Nihayet, evde hizmet sözleşmesinde "yapı-

lan işin ücreti, işçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, onbeş günde bir veya işçinin rızasıyla ayda bir; aralıklı olarak çalıştırıldığı takdirde, ürünün her tesliminde” ödenecektir (TBK m. 466/I).

b.) Ücretin avans olarak ödenmesi

İşveren, ücret borcunu, kural olarak işçi işini yaptıktan sonra yerine getirir. Ancak, başlıca ve çoğu kez tek (biricik) geçim kaynağı olan ücretiyle geçimini sağlayan işçi, acil gereksinimlerini karşılamak bakımından, ücretinin ödeme zamanını bekleyememe gibi bir zaruret hali içine düşebilir. İşte, TBK m. 406/IV; söz konusu zaruret halinin yaratabileceği sakıncaları gidermek üzere, işçiye ücretinin bir bölümünü “avans” biçiminde isteme hakkını tanımaktadır.

Buna göre, “işveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması halinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür” (TBK m. 406/IV). Söz konusu düzenleme; “iş sahibi işçinin zarureti dolayısıyla ihtiyacı bulunan ve tediyesi kendisi için zarar ve müzayakayı mucip olmayan avansları, yapılan iş nispetinde işçiye vermekle mükelleftir” hükmünü taşıyan BK m. 327’den, anlatımı dışında, özü itibarıyla çok farklı değildir.

Buna karşılık, TBK m. 406/IV’deki “hizmetiyle orantılı olarak” sözcükleri, anlatım bakımından, çok başarılı görünmemektedir. Çünkü, söz konusu anlatım, ilk bakışta, kıdem süresini çağrıştırmaktadır. Oysa, burada kastedilen; kaynak metnin (İsviçre BK m. 323) ışığında, BK m. 327’deki “yapılan iş nispetinde”, yani yerine getirilmiş (ifa edilmiş) iş (çalışma) ölçüsünde (oranında değil) avans istenebileceği olsa gerktir. Buna göre, avans ödemesinde işçinin, isteyeceği avans miktarını hak etmiş; ancak, söz konusu miktarın, henüz muaccel olmamış bulunması aranacaktır.

2. Ücretin ödeneceği yer

TBK m. 407/I, işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her tür istihkakının özel olarak açılacak banka hesapları üzerinden ödenmesi zorunluluğu getirmeye olanak tanımaktadır. Nitekim, bu bağlamda, Çalışma ve

Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Maliye Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığı’ndan sorumlu Devlet Bakanlığı’nın çıkaracakları bir yönetmelikle, tabi oldukları vergi mükellefiyeti türü, işletmelerinin büyüklüğü, çalıştırdıkları işçi sayısı, işyerlerinin bulunduğu il ve benzeri unsurlar bakımından, işverenleri banka hesabı üzerinden ödeme yapmakla yükümlü kılacaktır. Bu durumda, artık işverenler, ücret ödemelerini özel olarak açılan banka hesapları dışında gerçekleştiremeyecekler ve işçiye de her ödeme döneminde buna ilişkin “hesap pusulası”nı vermekle yükümlü bulunacaklardır (TBK m. 407/I tümce 1-3). Haklarında böyle bir zorunluluğun olmadığı işverenler ise, yine daha önceleri olduğu üzere, ücret ödemelerini işyerinde elden yapabileceklerdir.

TBK m. 407/I hükmüyle getirilen banka hesabı üzerinden ödeme yapma esası, yeni değildir. Nitekim, daha önce 2008 yılında BK m. 323/I’de yapılan değişiklikle, söz konusu esas aynen benimsenmişti. Aynı değişiklikle, İş K. m. 32/II ve III’e de benzer uygulamalar getirilmişti. Söz konusu gelişmelerin, şimdi de TBK m. 407/I hükmüyle, aynen sürdürülmek istendiği görülmektedir.

3. Ücretin ödenme biçimi

TBK m. 407/III, “ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir” hükmünü taşımaktadır. Söz konusu hükmün neyi anlatmak istediği, metnin anlatım yetersizliğine¹⁴ karşın, madde gerekçesindeki “işveren, ücret ödemesini, mesela işçiye, belirli bir işyerinde veya kendi fabrikasında üretilen satılan ya da dağıtım yapılan ürünleri satın alma koşulluna bağlayamaz” anlatımından çıkarılabilmektedir. Buna göre, anılan hükümle; işverenin, işçiye ücretini para olarak ödemesinin gerektiği ve göstereceği yerlerden işçiyi alışverişe zorlamak suretiyle ücretini para yerine eşyayla ödemesinin mümkün bulunmaması ve de bunun aksine anlaşmaların (sözleşme hükümlerinin) hukuken geçersiz sayılması esaslarının anlatılmak istendiği sonucu çıkmaktadır. Bu anlamda, belirtilen esasların ve giderek TBK m. 407/III hükmünün, ücret ödemelerinin para dışındaki ödeme usulleriyle yapılmamasını öngören

95 sayılı ILO-Sözleşmesi'yle¹⁵ uyumlu olduğu söylenmelidir.

4. Ücret alacağında takas

İşveren; işçiden olan alacağı ile ücret borcunu, işçinin onayı (rızası) olmadıkça, takas edemez (TBK m. 407/II tümce 1). Bunun nedeni, işçinin ücretini korumak ve ücretin işçinin eline geçmesini sağlama düşüncesidir. Gerçekten, işverenin işçiden olan alacağının, işveren tarafından ödenecek ücret borcunun işçinin geçinebilmesi için zorunlu olan miktara yaklaştığı veya ulaştığı durumlarda, işçinin ücretinden yoksun kalması ve geçinememesi tehlikesi ortaya çıkacaktır. İşte, bu tür bir tehlikenin önüne geçilmesi düşüncesiyle, takasın gerçekleşebilmesi için, işçinin onayı aranmaktadır.

Buna karşılık, işçinin kasden yol açtığı yargı kararıyla kesinleşmiş (sabit) bir zarardan doğan alacakların, ücretin haczedilebilir bölümü kadar (TBK m. 410/D) takas edilmesine olanak tanınmaktadır (TBK m. 407/II tümce 2). Buna göre, kasden işverene verilen zarardan doğan alacağın, ancak işçi ücretinin en çok dörtte birlik bölümü kadar olan miktarı, işçinin onayı aranmaksızın, takas konusu yapılabilecektir. Ancak, işverenin uğradığı zarara "kasden" yol açılmış olduğu, yargı kararıyla kesinleşmiş bulunmalıdır.

Takas konusunda, kaynak metinde (İsviçre BK m. 323b/II) hüküm bulunmayıp, TBK m. 407/II tümce 2 hükmüyle getirilmiş olan sınırlamalar, ücreti koruma düşüncesiyle de olsa, oldukça katıdır. Nitekim, ilkin, kasden verilen zararlar dışında, takas için için mutlak biçimde işçinin onayı aranmaktadır.

Oysa, daha önce BK m. 333/I; işçinin onayını, "işçi ücretinin tediyesi(nin), işçinin ve ailesinin nafakası için zaruri bulun(ması)" koşulunun gerçekleşmesine bağlı tutmaktaydı. Şimdi ise, ücretin ödenmesi işçinin ve ailesinin geçinebilmesi için zorunlu olmasa dahi, kasden verilen zarardan doğan işveren alacağı dışında, takas için mutlaka işçinin onay vermesi şarttır (TBK m. 407/II).

İkinci olarak; kasden verilen zararlarda "sınırsız" takas olanağı, ortadan kalkmış görün-

mektedir. Gerçekten, BK m. 333/II, "şu kadar ki kasden iras edilen zararların tazmini için mahsub icrası daima caizdir" biçimindeki hükmüyle, işverene kasden verilen zararlarda, miktar itibarıyla sınırsız bir takas olanağını tanımışken; TBK m. 407/II tümce 2, sınırsız takas olanağını ortadan kaldırıp, bunu ücretin haczedilebilir (en çok dörtte birlik) bölümüyle sınırlamıştır. Üstelik, zarara "kasden" yol açıldığının da, yargı kararıyla kesinleşmiş olması şarttır (TBK m. 407/II tümce 2). Uygulamada, kasden yol açılan zararlar için yasada aranan bu koşulun, ileride fiilen takas olanağını ortadan kaldıracağını ya da çok aza indireceğini şimdiden söylemek, kehanet olmasa gerektir. Bilinerek ve istenerek işverene verilmiş bir zarar için, böylesine katı bir ücret korumasına (güvencesine) ülkemizde halen gereksinim olup olmadığı hususu ise, kuşkusuz, tartışma götürür.

5. Ücretin haczi, devri ve rehnedilmesi

İşçinin borçlanması sonucunda ücretinin haczedilmesi veya devir veya rehnetme gibi işçinin kendi işlemleriyle ücretinin başkasına geçmesi tehlikelerine karşı, TBK m. 410'da özel bir düzenlemeye gidilmiştir. Haciz, devir (temlik) ve rehin gibi ücretin işçinin eline geçmesini engelleyecek durumlar hakkında, daha önce BK'da özel bir düzenlemeye yer verilmemiş; İş Kanunu'nda bulunan özel düzenlemelerin ise, BK'ya tabi iş sözleşmelerine uygulanması söz konusu olmamıştır. Bu bakımdan, TBK m. 410 hükmü getirilmek suretiyle, haciz, devir ve rehin gibi tehlikelere karşı ücretin işçinin eline geçmesinin güvence alınması, yerinde olmuştur. Üstelik, TBK m. 410 hükmüyle sağlanan güvence, İş K. m. 35'le uyumludur.

Dahası, TBK m. 410'da ileri bir adım daha atılarak, ücretin rehnedilmesi de hesaba katılmıştır. Söz konusu sorun, İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri bakımından ise, ancak genel nitelikteki MK m. 954 hükmü yoluyla giderilebilmektedir¹⁶.

Buna göre, işçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemeyecek, devredilemeyecek ve rehnedilemeyecektir. Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için yargı tarafından takdir edilecek miktar, bu orana

dahil edilmeyecektir. Ayrıca, nafaka alacaklılarının hakları da, saklı tutulmaktadır (TBK m. 410/D).

Diğer yandan, gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesine veya rehnedilmesine ilişkin işlemler de hukuken geçersiz sayılmak (TBK m. 410/II) suretiyle, işçinin kendi işlemleriyle ücretinin ileride eline geçmesini engellemesi olanağının önüne geçilmektedir. Bunun nedeni ise, ücret ediminin devri nitelik taşımasıdır.

VI. Değerlendirme ve Sonuç

1. Getirilen düzenlemelerin değerlendirilmesi

a.) Sağlanan olumlu gelişmeler

İşverenin ücret borcu konusunda; İş Kanunu'na tabi bulunmayan iş sözleşmeleri bakımından, TBK hükümleriyle ileri adım atıldığı ve uygulanacak hizmet sözleşmesi hükümlerinin daha çağdaş hale getirildiği söylenebilir. Bunda, ücrete ilişkin BK hükümlerinin, gerek getiriliş tarihi itibarıyla eskimesinin ve gerekse zaman içinde çıkarılan 3008, 931, 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunları karşısında eksik duruma gelmesinin etkisi büyüktür. Bu itibarla, BK'daki ücret hükümlerinin yeniden ele alınması, yararlı olmuştur, denebilir.

Ancak, geçmişten gelen nedenlerle İsviçre BK hükümlerinin gözönünde tutulması, ister istemez sağlanan gelişmeleri yavaşlatmış ve ister istemez, salt İsviçre BK'nın zaman içinde geçirmiş bulunduğu değişikliklerle sınırlı kalınması sonucunu doğurmuştur. Bu anlamda, ücrete ilişkin TBK hükümlerinin de, BK hükümleri bakımından, çok büyük bir değişiklik getirdiği söylenebilir. Nitekim, TBK hükümleri getirilirken, geçmişle bağlar koparılmamış; BK hükümleri, göz önünde bulundurulmuştur. Bunu, ilgili madde gerekçelerindeki, BK hükümlerine sürekli yapılan yollamalardan çıkarmak mümkündür.

Bununla birlikte, daha önce BK hükümleri içinde yer almayan "akort ücret", "kârdan payalma ücreti", "provizyon (komisyon) ücreti" ve "ikramiye" gibi ücret veya ücret eki niteliğindeki değişik ücret biçimlerine TBK içinde

ilk kez yer verilmesi, son derece önemli bir adımdır.

Dahası, TBK m. 410 hükmü kabul edilmek suretiyle, ücretin haczi, devri ve rehnedilmesi konusunda, ücret alacağına karşı önemli bir korumanın, ilk kez bir borçlar yasasında sağlanması gerçekleşmiştir. Böylelikle, ücretin korunmasına ilişkin önemli bir düzenleme boşluğu, ortadan kalkmış durumdadır.

b.) Düzenlemelerdeki olumsuzluklar

Türkiye, geçmişte tercihini, İsviçre BK yönünde yapmıştır. Şimdi, aynı tercih üzerinde ısrar edilip, İsviçre BK'nın zaman içinde ortaya çıkan değişiklikleri (versiyonları) temel alınmıştır. Bunu fazlaca yadırgamamak gerekir.

Bunun gibi, kaynak yasa metni aktarılırken, bazı hükümlerin alınmamış olmasına da şaşıl-mamak gerekir. Çünkü, bu durum, Türk yasa koyucunun takdirine kalmış olup; Türk yasa koyucu, Türk toplumuna ya da Türkiye'ye uymayacak kaynak düzenlemeleri aktarmak zorunda değildir. Ancak, temel nitelikteki yasaların hazırlık çalışmaları, karşılaştırmalı hukuk sistemlerini dikkate almak durumundadır.

Bununla birlikte, aracılık ücreti ile birim ücreti ve işin sonucundan pay alma gibi konulardaki çeviri hataları ve yer yer anlatım yetersizlikleri ya da ücret alacağının takasındaki gereksiz katılıklar, Türk yasa koyucuya tanınan takdiri, tartışmaya açık hale getirmektedir. Nitekim, TBK'nın ücrete ilişkin bazı hükümlerini kavrayabilmek için, yasal metnin yer yer aslından izlenmesi zorunlu hale gelmektedir.

Daha önemlisi; kaynak metnin ücrete ilişkin düzenlemeleri aktarılırken, Türkiye'de uygulanmasının söz konusu olmayacağı daha baştan belli olan birtakım düzenlemelerin kabul edilmiş bulunduğu göze çarpmaktadır. Nitekim, somut örnek vermek gerekirse; TBK m. 403/II ve 404/V'deki düzenlemeler, uygulanma kabiliyeti bulunmayan hükümler olarak görünmektedir.

Gerçekten, TBK'ya tabi iş (hizmet) sözleşmeleri; büyüklükleri göz önünde bulundurularak İş Kanunu'nun uygulama alanı dışında bırakılmış, ufak çaptaki işyerlerinde çalışanları ilgilendirmektedir. Bu gibi yerlerde ise, çalı-

şanın defter ve belgeleri inceleyebilmesi veya yargıçtan bilirkişi atamasını isteyebilmesi, yaşanan ülke gerçekleri karşısında, pek gerçekçi görünmemektedir. Türk yasa koyucu, ulusal durumu gerekçe göstermek suretiyle bunları ayıklayabilirdi ki; maalesef, bu, yapılmamıştır.

2. Sonsöz

Temel yasa niteliğiyle TBK, hızlı bir yasalaşma süreci yaşamıştır. Söz konusu sürece iş hukuku uzmanlarının istenilir ve olması gereken ölçüde dahil edilmemiş bulunması da, mevcut düzenlemeleri daha ayrıntılı biçimde incelenmeye muhtaç duruma getirmiştir¹⁷.

Buna karşılık, TBK'daki yeni ücret düzenlemelerinin 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olması, belirtilen tarihe kadar yeniden yasa değişikliğine gidilmek suretiyle bunların daha az tartışılır kılınmasını olanaklı kılmaktadır. Bu bakımdan, önümüzdeki dönemde getirilmek istenen yeni esasların ayrıntılı biçimde ele alınıp irdelenmesi ve bunların çalışma yaşamında kabul görecektir sonuçlarının yasakoyucu tarafından dikkate alınması, TBK'nın ücret düzenlemelerinin daha az tartışılır duruma gelmesini olanaklı kılacağını şimdiden söylemek, kehanet olmasa gerektir.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 4.2.2011, No. 27836.
- 2 Buradaki "alışılmış olan" anlatımının, kaynak metindeki (İsviçre BK m. 322/I'deki) "üblich" sözcüğü karşılığı olmak üzere, "mutat olan" biçiminde anlaşılması, yerinde olur.
- 3 Bkz. T. Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986, 217-218.
- 4 Buradaki "bilerek" sözcüğünün; hukuki bir terim olmadığından, kaynak metne (İsviçre BK m. 324/II) bağlı kalınarak, "kasden" biçiminde anlaşılması, yerinde olacaktır.
- 5 Kaynak metin (İsviçre BK m. 324a/III), "analık" halini de, geçici ifa engeli kapsamında görmektedir.
- 6 Kaynak metni oluşturan İsviçre BK m. 324a/I, bu bağlamda "sınırlı bir zaman için (yani, sınırlı bir süreyle)" ücret ödenmesinden söz etmektedir.
- 7 Buradaki "işin sonucundan pay alma" anlatımını, kaynak metnin (İsviçre BK m. 322a) ışığında, "işlem sonucundan pay alma" olarak adlandırmak, daha yerinde olacaktır.
- 8 Bkz. Centel, age., 131-132.
- 9 Ayrıca bkz. aşağıda V 1 a.
- 10 İşçiye ödenecek "komisyon ücreti" kavramı için bkz. N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, 149; S. Süzek, İş

Hukuku, İstanbul 2008, 314; K. Tunçomağ/T. Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 105.

- 11 Bkz. M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, 465.
- 12 Bkz. Çelik, age., 144-145.
- 13 Çelik, age., 144.
- 14 TBK m. 407/III'deki "lehine" sözcüğünün; kaynak metnin (İsviçre BK 323b/III) ışığında, "çıkarına" olarak anlaşılması, yerinde olacaktır.
- 15 Türkiye'nin de taraf bulunduğu 95 sayılı Sözleşme'nin metni için bkz. T. Centel, Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 2004, 249 vd.
- 16 Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, İş Hukukunda Ücret, 336.
- 17 Bkz. P. Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil VI, 22 (Haziran 2011), 19.

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç “Geçici” İş İlişkisi)

1. GİRİŞ

İşin niteliği ve sözleşmenin türü ne olursa olsun işçinin belli başlı borcu sözleşmeye konu olan, taraflarca kararlaştırılan veya kararlaştırılmış sayılan işi yapmaktan ibarettir. İfası gereken işin çerçevesi kanunla ya da kanuna aykırı olmayan sözleşmeden veya sözleşmenin eki sayılabilecek diğer kaynaklarla belirlenmiş olabilir.

İş sözleşmesini bağtlayan taraflar işçinin göreceği iş konusunda işin türü ve çerçevesi hususunda kural olarak serbest iseler de, bu serbesti kanunun ve sözleşmelerin öngördüğü çerçeve içinde ve cari mesleki ve yöresel adetler ve nihayet dürüstlük kuralları içerisinde meydana gelir. Genelde iş görme borcu gerek bunu ifayla yükümlü işçi gerekse işin görülmesini istemek hakkına sahip bulunan işveren bakımından kişisel karakteri ön planda olan bir borçtur. Zira iş sözleşmesi belirli kişiler arasında akdedilmiş bir sözleşmedir. Sözleşmeden kaynaklanan karşılıklı haklar ve

borçlar taraflar arasında söz konusu olur. İşveren işyerinde işi organize etmek ve işyerini yönetmek, vereceği emir ve talimatlarla işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışını düzenlemek hakkına, “yönetim” hakkına sahip bulunmaktadır. İşverenin emir ve talimat verme hakkı karşısında işçinin itaat borcu vardır. Ancak işverenin emir ve talimat verme yetkisini her zaman elinde tutması ve bizzat kullanması zorunluluğu yoktur. İş sözleşmesi gereği iş görme borcunu bizzat işverene karşı ifa etmek durumunda olan işçi, bu yükümlülüğünü işverenin rızasıyla ve kendi isteğiyle bir başka kişiye karşı ifa etmek imkânına sahip olabilir. İşte işverenin emir ve talimat verme yetkisini geçici olarak, belirli bir süre için başka bir işverene devretmesi de mümkündür ki buna yaygın ve alışılmış deyimıyla “ödünç iş ilişkisi” adı verilmektedir.

Bu incelememizde 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri çerçevesinde bu ilişkiyi genel çizgileri ile ortaya koymaya çalışacağız.

II. GENEL OLARAK ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

İşçinin isteğiyle, işvereni olmayan bir üçüncü kişiye hizmet etmesini, iş görmesini ifade eden “ödünç iş ilişkisi” geçici bir süre için iş gücünden yararlanan bir üçüncü kişinin bir ihtiyacı ya da başka bir amaçla ortaya çıkabilir¹. Örneğin işçi fazlalığı dolayısıyla ihtiyaç bulunmayan bir işçi ona ihtiyaç duyulan başka bir işveren buyruğunda geçici olarak çalıştırılabilir. Aynı şekilde bir işyerinin -işletmenin- işlerinin aksamaması dolayısıyla istihdam edemeyeceği bir kalifiye işçisinin (mühendis, avukat, mali müşavir, vb.) işine son vereceği yerde onu elden çıkarmamak için veyahut kalifiye işçiye ihtiyacı olan başka bir işverene geçici olarak verilmesi gerekebilir. Çeşitli sebep ve saiklerle işverenin işçisinin başka bir işyerinde çalıştırmasının mümkün ve gerekli olduğu normal karşılanabilir.

Dikkat edilirse burada iş sözleşmesinin tarafı olan işveren geçici olarak işçisini bir başkasının yararlanmasına sunmakta; işçi kendi iş ilişkisine yabancı olan bir işveren buyruğunda geçici bir süre çalışmaktadır. Böylece ödünç iş ilişkisi bir iş sözleşmesine taraf olan işçi ve işverenle işçinin iş gücünden geçici olarak yararlanan bir kişi arasında kurulan üçlü ilişki olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber, iş sözleşmesinin taraflarında herhangi bir değişiklik olmamakta, işçinin işvereni ile arasındaki sözleşmeye dayalı iş ilişkisi devam etmektedir. Sadece işçi geçici olarak kendi işvereni olmayan başka bir işveren buyruğunda çalışmakta, bu geçici sürede işçi iş görme borcunu üçüncü kişinin talimatları çerçevesinde ve onun gözetiminde ifa etmektedir. Başka bir söyleyişle iş görme ediminin alacaklısı üçüncü kişi emir ve talimat yetkisine sahip bulunduğu gibi, işçiyi çalıştırdığı süre içinde gözetme, koruma borcu ile de yükümlü bulunmaktadır².

Görüldüğü gibi ödünç iş ilişkisinde işveren işçisini belirli bir süre için geçici olarak bir başkasına deyim yerindeyse ödünç vermekte, bu ilişki devam ettiği sürece işçi iş görme borcunu ödünç verildiği üçüncü kişiye eda etmekte bu sonuncu kişi kendisine yapılan devirle, tarafı

olmadığı bir iş ilişkisinin işlevini üstlenmektedir. Ancak yine belirtelim ki üçüncü kişi ile işçi arasında bir iş sözleşmesi kurulmuş olmamakta, işçinin muvafakatı ile işveren normal olarak kendisine arz edilmesi gereken iş görme edimini üçüncü kişiye geçici olarak devretmiş bulunmaktadır.

İşçinin başkasının buyruğunda çalışmak üzere işe alınıp, bu amaçla iş sözleşmesi bağlanması durumu (ki doktrinde buna mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi denilmektedir.) ile buyruğunda çalıştığı işverenden başka bir işverene bazı nedenlerle geçici olarak, sınırlı bir süre için çalışması ki doktrinde bu (basit veya gerçek ödünç iş ilişkisi yahut meslek edinilmiş şekilde işçi verme olarak adlandırılmakta) bu iki çeşit ilişki birbirinden farklı yönleri sahip bulunmaktadır³.

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun Tasarısında bu iki durum birbirinden ayrı olarak düzenlenmişti. Ancak kanunda “mesleki faaliyet olarak geçici iş ilişkisine” yer verilmemiştir.

III. 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NA GÖRE GEÇİCİ (ÖDÜNÇ) İŞ İLİŞKİSİ

İş Kanunumuz⁴ geçici (ödünç⁵) iş ilişkisinin “holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işvereni kurulabileceğini öngörmüş; iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin işçisinin rızasını alarak diğer bir işverene “işgörme edimi”ni yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesiyle kurulmuş olacağını düzenlemiştir (İşK. m. 7).

Bu itibarla geçerli olarak akdedilmiş bir iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin rızası (muvafakatı) ile geçici bir süre için başka bir işveren buyruğunda çalışması esasını yansıtan geçici (ödünç) iş ilişkisi kanunun belirlediği iş ve işyerlerinde, ilişkinin kurulması sırasında işçinin yazılı muvafakatıyla iki işveren arasında kurulan “üçlü bir ilişki”dir⁶.

Bu çerçevede iş sözleşmesi kendi işvereni ile devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini (ifasını) geçici

iş ilişkisi kurulan diğer bir işverene karşı yerine getirmek yükümlülüğü altına girmektedir. Geçici (ödünç) iş ilişkisinde ödünç alan işverenle işçi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamakta; fiili (eylemsel) sözleşme ilişkisine benzer bir ilişki kanunen tesis edilmiş olmaktadır. Bu kanuni düzenlemeden, işçinin ödünç veren işverenle olan iş sözleşmesinin yürürlükte kalacağı ve devam edeceği, geçici olarak yani ödünç iş ilişkisinin devamı süresinde ödünç verilen işveren buyruğunda çalışacağı; ancak ödünç alan işverenle işçi arasında ayrı bir sözleşmeye dayalı bir iş ilişkisinin kurulmadığı; tarafı olduğu iş sözleşmesi gereğince yapmak zorunda olduğu, üstlendiği işgörmeye borcunu- normal olarak aynı kapsamda- ödünç verilen işverene karşı ifa etmek zorunda olduğu anlaşılmaktadır⁷. Başka bir söyleyişle İş Kanunu'nun "bu halde sözleşmenin devam etmekle beraber, işçi sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yükümlü" olacağını öngören 7. maddesinin birinci fıkrası hükmünden; geçici (ödünç) iş ilişkisinin üçlü bir ilişki olduğu ve işçi, ödünç veren ve ödünç alan işveren arasında kurulduğu, işçiyle ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesine dayalı bir iş ilişkisinin bulunmadığı; iş sözleşmesine dayalı ilişkinin ödünç veren işverenle işçi arasında yürürlüğünü sürdürdüğü; kurulan geçici iş ilişkisiyle birlikte işçinin tarafı olduğu kendi işvereniyle bağlamış bulunduğu sözleşmeye dayalı iş ilişkisiyle de bağlı bulunduğu bu sözleşmenin devredilmesinin de söz konusu olmadığı sonuçlarına ulaşmak kolaydır⁸.

1. Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Konusu Olacak Yerler

İş Kanunumuz geçici (ödünç) iş ilişkisi kurulabilecek durumları; "holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılmak koşuluyla" başka bir işverenin işyeri olarak belirlemiştir.

Ödünç alan işveren, ödünç aldığı işçiyi kendi işvereni buyruğunda yapmakla yükümlü olduğu işlerde veya benzeri işlerde çalıştırabilir. Bu çerçevede dışında iş sözleşmesi ile deruhte

etmediği işlerde işçinin çalıştırılmasının kanuna uygun düşmeyeceği kuşkusuzdur.

Öte yandan İş Kanunu toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisi gerçekleştirilemeyeceğini (İşK. m.7/son) öngörmekte, ödünç iş ilişkisinin kurulmasına engel olan bir durumu ayrıca belirtmektedir.

2. İşçinin Rızasının Alınması

Geçici (ödünç) iş ilişkisi kurulması ihtiyacının ortaya çıkması halinde, ilişkiye taraf olacak iki işverenin anlaşması yeterli olmayıp ilişkiye konu olan işi görece işçinin rızasının (muvafakatının) alınması gerekli bulunmaktadır⁹. İşçinin rızasının münferiden alınması gerekir; birden çok işçinin böyle bir sözleşmeye, tek sözleşmeye konu olması mümkün değildir. Zira ödünç (geçici) iş ilişkisi ferdi (bireysel) bir işlem olup, topluca, aynı işlemde birden çok işçinin yer almasına olanak sağlayacak bir terkipte yapılamaz.

Öte yandan, kanunun kesin ifadesi karşısında işçinin rızasının bu ilişkinin kurulması sırasında alınması gerekir; daha önce, geçici (ödünç) iş ilişkisi kurulmadan önce, örneğin kendi işvereni ile yapılan sözleşmede peşinen verilmiş bir muvafakatın kanuna uygun olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁰.

Kuruluşunda olduğu gibi, ilişkinin yenilenmesi halinde de ayrıca muvafakatın işçinin yazılı rızasının alınması zorunludur¹¹.

3. İlişkinin Belirli Süreye Hasredilmesi ve Yazılı Şekilde Yapılması Zorunluluğu

4857 sayılı İş Kanunu'nda ilişkinin belirli süreye hasredilmesi ve yazılı şekilde yapılması zorunlu tutulmuştur.

a. Sözleşmenin Şekli

Hemen belirtelim ki ödünç verilen işçinin çalışmasının dayandığı sözleşmenin türü önemli değildir. Bu itibarla belirli süreli bir iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin de böyle bir ilişkiye dahil olmasına bir engel yoktur. İş sözleş-

leşmesinin süresinin bitiminin ödünç iş ilişkisi süresi içine rastlaması halinde, ilişki bu sebeple sona erer.

Geçici(ödünç) iş ilişkisini kuran sözleşmenin “yazılı şekilde” yapılması zorunlu olduğundan, sözlü olarak bağitlandığı öne sürülen bir ilişkinin geçersiz olacağı kuşkusuzdur.

b. Sözleşmenin Süresi

İş Kanunumuz geçici (ödünç) iş ilişkisi kurulabilecek durumları sınırladığı gibi, kurulacak ilişkinin azami (en çok) süresini ve yenilenmesini de sınırlamış bulunmaktadır. Gerçekten kanunda geçici iş ilişkisine azami (üst sınır) konulduğu gibi, ilişkinin yenilenmesi de sınırlanmıştır. Buna göre, geçici (ödünç) iş ilişkisine ilişkin sözleşmenin süresi en çok altı ay olabilir, bu süreyi aşamaz¹². Bu itibarla altı aydan fazla bir süre öngörülmuş/kararlaştırılmış bulunsa bile, ilişkinin geçerliliği altı ayla sınırlıdır, bu süreden fazlası bağlayıcı değildir¹³.

Öte yandan kanunen sözleşmenin en çok iki kez yenilenmesine imkân tanınmış; yenilenme sonucunda toplam sürenin on sekiz aydan fazla olamayacağı da kanunda ayrıca tasrih edilmiştir¹⁴.

4. Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri

a. Ödünç Alan İşveren Açısından

İş Kanunu geçici iş ilişkisi çerçevesinde işçiyi ödünç alan işverenin işçiyi talimat verme hakkının bulunduğunu tasrih etmekte; işçiyi sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlü olduğunu belirtmektedir.

Ödünç alan işveren iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Kanunun açık buyruğuna göre: “geçici işveren sağlık ve güvenlik risklerine karşı işçiyi gerekli eğitimi vermek” zorundadır¹⁵. (İşK. m. 7/1) Öyleyse, bu konuda gerekli önlemleri almayan ödünç alan işveren bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalacak; asıl işverenle yani ödünç veren işverenle birlikte işçiyi karşı sorumlu olacaktır.

Öte yandan kanun işçinin buyruğunda çalıştığı süre için ödenmeyen ücretinden, işçiyi

gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden iki işverenin birlikte sorumlu oldukları belirtilmiştir.

“İşçinin geçici iş ilişkisinden aksi anlaşılıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu kanundaki düzenlemelerin geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkilerine de uygulanacağını” öngören hükmün, kanımızca geniş yorumlanmaması gerekir¹⁶.

Genelde yönetim hakkına dahil bulunan “talimat verme hakkı”nın sınırları ise, işin görüleceği yere göre şekilleneceğinden ödünç alan işverenin ödünç veren işverenin yönetim hakkının sınırları içinde hareket etmesi gerektiğini söylemek uygun olmasa gerektir. Hemen belirtelim ki, geçici (ödünç) iş ilişkisinde işçi talimat verme yetkisinin iki işveren tarafından paylaşıldığını söyleyebilmek imkânı vardır; bu yetki geçici iş ilişkisinin devamı sırasında fiilen ödünç alan tarafından iş görme borcunun ifasıyla sınırlı olarak- kullanılırsa da, diğer hususlarda ödünç veren işverenin yetkisinin devam ettiğinden kuşku duyulmayacaktır.

Ödünç alan işveren geçici olarak çalıştırdığı işçiyi “işten çıkarma cezası” dışında kalan ve işyeri düzeniyle ilgili bulunan işyeri kurallarıyla ilgili olarak başka disiplin cezası vermesi işin gereği kabul edilmelidir.

b. Ödünç Verilen İşçi Açısından

İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasına göre, “işçi işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan (ödünç verilen) işverene karşı sorumludur.”

Bu itibarla, geçici de olsa, geçici olarak buyruğunda çalıştığı işverene işini ifa ederken onun talimatlarına uymak, işgörmeye borcunu onun belirlediği çerçevede yerine getirmek; işini ifa ederken işi özenle yapmak zorundadır. Başka bir söyleyişle işçi geçici (ödünç iş ilişkisi gereği iş görme borcunu kendi işvereni olmayan, aralarında iş sözleşmesi ve buna dayalı olarak iş ilişkisi bulunmayan ödünç alan işverene karşı işini ifa ederken -bu borçla sınırlı olarak- gereken ihtimamı (özeni) göstermek zorunda olduğu gibi bu ilişki dolayısıyla buyruğunda geçici olarak çalıştığı işverene sadakat göstermekle de yükümlüdür; aksi davranışı özellikle kusuru ile neden olduğu zararlardan sorumlu tutulma-

sına yol açar. Bu husus kanunda açıklanmıştır.

Şunu da belirtelim ki, ödünç verilen işçinin, ödünç alan işverenin işyeri/işçi mevcuduna dahil olduğu kuşkusuz söylenemeyecektir.

İfa edilecek işin kapsamına gelince, normal olarak geçici (ödünç verilen) işçi, ödünç veren işverenle akdetmiş (bağatlamış) bulunduğu iş sözleşmesinde belirtilen işi (görevi), ödünç alan işverenin talimatları dahilinde ifa etmek durumundadır. Ödünç (geçici) iş ilişkisiyle “benzeri işin” işçi tarafından kabul edilmiş olması durumunda ise, ifası gereken iş bu kapsamda yerine getirilecektir.

İşçi üstlendiği işin görülmesi çerçevesinde kendi işverenine karşı kullanılabileceği hakları, ödünç alan işverene karşı da kullanılabilecektir. Örneğin ücretin ödenmesini -ödünç alan işveren ayrıca kararlaştırıldığı için- üstlenmemişse, kanuni süresi içinde ödenmemesi halinde işçi işgörme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir.

Ödünç verilen işçi ödünç alanın işçisi olmadığı için¹⁷ o işyeri ya da işletmede uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden taraf işçi sendikası üyeleri gibi yararlanamaz; ödünç gittiği işyerindeki greve katılamaz; işverenin aldığı lokavta da muhatap olamaz.

Ancak işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin parasal hükümleri dışındaki hükümlerin ödünç (geçici) işçi bakımından da bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir.

Öte yandan ödünç alan işverene ait işyerinde grev ve lokavt uygulanması halinde ödünç veren işveren işçiye iş vermek, onu çalıştırmak zorundadır. (İşK. m. 7/V.) Aksi davranış işverenin temerrüde düşmesine yol açar ve bunun sonuçlarına katlanması gerekir. Nihayet kanun geçici iş ilişkisi kurulan işverenin grev ve lokavt aşamasında bu işçiyi çalıştıramayacağı ancak Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde grev ve lokavta katılamayacak işçiler kadrosunda olması durumunda işçinin işyerinde çalışabileceği kanunda ayrıca belirtilmiştir.

5. Ödünç Alan İşverenin Sorumluluğunun Çerçevesi

Kendi işvereniyle iş sözleşmesi devam eden

ancak, ödünç verilen işveren buyruğunda geçici olarak çalışsa da aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, ödünç alan işverenin işin görülmesinde söz sahibi olacağı/ olması gereği tartışılmaz. Bu sebeptendir ki, İş Kanunumuz işçinin, kendi buyruğunda çalıştığı süreye ilişkin ücretinden ödünç veren işverenle birlikte gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sorumlu olduğunu (m.7/3) belirtmiştir¹⁸.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, “işçinin geçici iş sözleşmesinden aksi anlaşılıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu kanundaki düzenlemelerin geçici iş ilişkisinde de taraflara uygulanacağına, kanunda işaret edilmiştir. (İşK. m.7/4) İş Kanunu'nun 7. maddesinin 4. fıkrasına öngörülen bu sonuncu durumun fazla belirgin olmadığı söylenmelidir. Zira ödünç alan işverenle geçici olarak buyruğuna verilen işçi arasında herhangi bir sözleşme bulunmadığı muhakkak (kuşkusuz) olmasına rağmen; kanunda “işçinin geçici iş sözleşmesi”nden söz edilmesi farklı yorumlara yol açacak niteliktedir. Ancak bu sözleşmenin üç tarafı bulunan “geçici (ödünç) iş sözleşmesi olarak anlaşılması gerekmektedir. Yine aynı hükümde yer verilen “işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu kanundaki düzenlemelerin bu ilişkiye dahil bulunan işçiye hangi kapsamda uygulanacağı belirsizdir. Ancak işçiler hakkında öngördüğü hak ve yükümlülüklerin tümünün bu ilişkiye uygulanması söz konusu olamaz; zira böyle bir yorum bizzat geçici (ödünç) iş ilişkisinin espisine ve yapısına uygun düşmeyecektir. Kanunun amaçladığı iş görme borcunun ifasıyla ilgili hususlara ilişkin kanun hükümlerinin -elverdiği oranda- bu ilişkide de göz önüne alınması olsa gerektir¹⁹. Başka bir söyleyişle, sözü edilen hüküm, doğrudan işin görülmesi sırasında ortaya çıkan bazı hak ve yükümlülüklerle sınırlıdır²⁰.

6. Ödünç İşçinin Ücretinden Sorumluluk

İş Kanunumuz, iş sözleşmesinin tarafı olan ödünç veren işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün devam edeceğini; geçici iş ilişkisi kurulan (ödünç alan) işverenin kendi buyruğunda çalıştığı süreye ilişkin ödenmeyen ücret

tinden sorumlu olacağını (İşK. m.7/3) öngörmektedir.

Hemen belirtelim ki, bu hükümler kesin (mutlak) bağlayıcı nitelik taşımadıklarından, tarafların ücret ödeme konusunda farklı düzenleme yapmalarına bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla işçinin muvafakatini alarak geçici (ödünç) iş ilişkisinden doğan ücret borcunun ödünç alan işveren tarafından ödeneceği kararlaştırılabilir. Ancak böyle bir anlaşma ödünç veren işverenin ücret ödeme borcundan bağımsız tutulması şeklinde düzenlenemez. Başka bir söyleyişle, “bu anlaşma asıl işverenin ücret ödeme yükümünün ortadan kaldıracak” bir kapsamda yapılamaz; zira geçici iş ilişkisi çerçevesinde her iki işvereni birlikte sorumlu tutan kanun hükmü emredici nitelik taşımaktadır. Tarafların bu hükmü göz ardı eden anlaşmaları hukuken bağlayıcı değildir. Örneğin ücretin sadece ödünç alan işveren tarafından ödeneceği kararlaştırılmış olsa bile, bu hüküm işçiyi bağlamaz; müteselsil borçlu olan işverenlerden her birine veya ikisine birden ücret talebinde bulunabilir²¹.

Önemi dolayısıyla şunu da belirtelim ki, ücretin ödünç alan işverence ödenmesi durumunda, ödünç alan işverenin kanunun öngördüğü “idari para cezası”na muhatap olması söz konusu olamayacaktır. Zira kanundaki birlikte sorumluluk hukuki sorumluluğa ilişkin olup, ceza sorumluluğuna teşmil edilmesi mümkün değildir.

Buradaki ücretin asıl (kök) ücret dışında diğer ücret eklerine ya da tamamlayıcılarını kapsayıp kapsamadığı konusunda düşünceler ayrılmaktadır. Yargıtay’a göre, “Yasada sözü edilen ücret”in geniş anlamda ücret olarak anlaşılması gerekir. Öyle ki, ödenmeyen prim, ikramiye, sosyal yardımlar ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri de bu kapsamda düşünülme gerekir²².

Buna karşılık EKONOMİ, Yargıtay’ın “fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki çalışma karşılığı ücretin sorumluluğunun ödünç alan işverene yüklenmesini eleştirmekte; “ek ücretlerde bir ayırım olmasızın, bu hususta asıl yükümlülüğün iş sözleşmesinin tarafı olan ödünç veren işverende “bu-

lunduğunun kabul edilmesi gerektiğini, ancak ödünç veren ile arasındaki ilişkide, gerek asıl ücret gerek ek ücretinden kimin yükümlülüğü kesin olarak taşıyacağı ve buna göre aralarında rücu yoluna gidilebileceği”nin kararlaştırılabileceğini öne sürmektedir²³.

7. Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi

Geçici iş ilişkisi normal olarak öngörülen sürenin bitiminde sona erer ve işçi iş sözleşmenin tarafı olan işverene döner.

Öte yandan geçici (ödünç) iş ilişkisine dayanak olan iş sözleşmesi -yani işçinin tarafı bulunduğu iş sözleşmesinin- sona ermesinde bu ilişkiyi ortadan kaldırır.

Nihayet işçinin ölümü gibi işyerinin kapanması hallerinde de geçici (ödünç) iş ilişkisi sona erecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Kurum bazı batı ülkelerinde çok gelişmiş, örneğin Fransa’da işletmelere iş gücü sağlaması için sırf bu iş için kurulmuş bürolar bulunmakta; ödünç iş ilişkisi kanunen de ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. (Bkz. NARMANLIOĞLU, Ü.: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, B.3, İzmir 1998, sh. 202 ve orada anılanlar)
- 2 Bkz. EKONOMİ, M.: Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, ORHİM Seminerler Serisi, İstanbul 1986, sh. 189 vd.; SOYER, P.: İşçinin İş Görme Borcu, İzmir 1979, sh. 100, vd.; ENGİN, M.: İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri Ödünç İş İlişkisi, İŞ HUKUKU DERGİSİ, C.1, Temmuz- Eylül 1991, S. 3, sh. 335, vd.; CENTEL, T.: İş Hukuku, C.1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, sh. 60-61.
- 3 Bkz. AKINTÜRK, H. T.: İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi, YARGITAY DERGİSİ, C. 25, Ocak-Nisan 1999, S. 1-2, sh. 134.
- 4 4857 sayılı İş Kanunu’nun özel olarak düzenlediği bu ilişki daha önce Borçlar Kanunu’nun 320. maddesinin 2. fıkrası hükmüne dayalı olarak kurulabiliyordu. Buna göre işin görülmesini (ifasını) isteme hakkına sahip bulunan işveren -işçinin onaylaması kaydıyla- başka bir işverene devredebiliyordu.
- 5 “Ödünç” sözcüğü kirayı çağrıştırdığı için kullanılmaktan içti- nap edilmiş; kanunda kullanılmamışsa da, kanuni sözcüğün “geçici iş ilişkisi” olması kavramı açıklamaktan uzak olduğu gibi, ayrıca karışıklığa neden olacak bir nitelik de taşımaktadır.
- 6 Geçici (ödünç) iş ilişkisi konusunda genel iş hukuku kitapları dışında ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, E.: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995; ŞAHLANAN, F.:4857 sayılı İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları 12 Temmuz 2003, Bolu TÜRK-İŞ, sh. 78, vd.; AKINTÜRK,

- Türkmen H.: İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiyi Devri: Ödünç İş ilişkisi, YARGITAY DERGİSİ, C. 25 Ocak-Nisan 1999, S.1-2, sh.130, vd.; SOYER, P.:İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar, YASA HUKUK DERGİSİ, C. III, Mart 1981, S.3; EKONOMİ, M.: Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, ORHİM Seminerler Serisi, İstanbul 1986; ENGİN, M.: İşverenin İşin Görülmesini İstemek Hakkının Devri: Ödünç İş ilişkisi, İŞ HUKUKU DERGİSİ, C.1, Temmuz-Eylül 1991, S.3, sh. 335, vd.; TUNCA, C.: Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme, (Esneklik Semineri), Antalya 27-30 Nisan 1995, Ankara, sh. 70, vd.; SÜZEK, S.: İş Akdinin Türleri, MERCEK, Nisan 2001, sh. 30, vd.; Ankara EKMEKÇİ, Ö.: 4857 sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş ilişkisinin Kurulması, Hükümleri, Sona Ermesi, Üçlü İlişkiler, Tebliğ; CANIKLIOĞLU, N.: Geçici (Ödünç) İş ilişkisi Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Tebliğ, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Tebliğ.
- 7 "Bu ilişkide işçinin işinde herhangi bir değişiklik olmamakta, ödünç veren işverende ifa ettiği "aynı işi" yürütmeye devam etmektedir." (EKONOMİ KOMİTE 2007, Tebliğ, sh.12)
- 8 Doktrinde ödünç alan ve ödünç veren işveren arasında bir "işçi temini/hizmet temini" sözleşmesinin söz konusu olduğunu öne sürenler bulunduğu gibi; taraflar arasındaki bu ilişkinin kendine özgü özellikleri olan bir hukuki ilişki olduğunu savunanlar da vardır. (Bkz. ENGİN, sh. 20, vd.; SÜZEK, sh. 32, MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 225)
- 9 "Hizmet akdi devri" nin üçlü bir ilişki olduğuna işaret eden Yargıtay'a göre: "Devreden ve devralan işverenler ile işçi arasında hizmet akdi devri konusunda iradelerin birleşmesi şarttır. İşçinin bu ilişkiyi kabul etmemesi halinde uygulama, işverence işçinin iş koşullarının değiştirilmesi olarak da değerlendirilemez. "Zira işçi işverenin bir başka işyerine değil, ayrı bir işyeri olan diğer bir işverene gönderilmek istenmektedir. İşverenin işçinin iradesi olmaksızın bu uygulamaya gitmesi ve işçinin de kabul etmeyerek diğer işverene ait işyerinde işbaşı yapmaması, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi olarak kabul edilmelidir." (9. HD., 16.06.2008, E. 2007/41042 K. 2008/15662, ÇİL, İlke Kararları, sh. 183 vd. No: 78)
- 10 Bkz. ve Krş. MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, sh. 223. Yazar muvafakatın, önceden sözleşmenin yapılması sırasında da alınabileceğini savunuyor.
- 11 Bkz. ve Krş. ÇİL, Şerh, sh. 471, Yazar ilişkinin kurulmasından sonra yenilemelerde yazılı iznin gerekmediğini öne sürüyor.
- 12 "Geçici iş ilişkisinin altı ay geçmemek üzere yapılabileceği ve en fazla iki defa yenilenmesi sonucu toplam on sekiz aylık süreyi aşamayacağı 4857 sayılı İş Kanunu 7 nci maddesinde öngörülmüştür. Anılan dönemsel süreler ve en uzun mutlak sürelerdir. Aşılabilir. Yasa koyucu muvazaalı yoldan işçi teminini önlemek için süre yönünden sıralama getirmiştir. Yasada öngörülen sürenin bitiminde işçinin ödünç veren işverene ait işyerinde iş görmeye devam etmesi gerekir. Sürenin sonunda da işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde bu defa taraflar arasında hizmet sözleşmesi devrinin gerçekleştiği kabul edilmektedir. (9. HD., 26.06.2008, E. 2007/41042, K. 2008/15622)
- 13 Aynı işverene -yenilemeler dışında- ikinci kez ödünç ilişkisi kurulup kurulamayacağı akla gelmektedir. İlişkinin belirli bir süreyle sınırlı tutulmuş bulunması, kanunun buna cevaz vermediği şeklinde yoruma açıktır (müsaittir).
- 14 Kanunda öngörülen azami sürenin sonunda geçici işçinin ödünç veren işverene dönmeye gerekir. Sürenin dolmuş olmasına rağmen çalışmasının ödünç alan işveren buyruğunda çalışmasını sürdüren işçinin ödünç veren işverene olan iş ilişkisini sona erdirdiği, ödünç alan işverene de bir iş sözleşmesi bağladığı kabul edilecektir.
- 15 "Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür." (9.HD., 13.04.2009 E. 2008/24566 K. 2009/10412, ÇİL, İlke Kararları, sh. 181, vd. No. 177)
- 16 Yargıtay'a göre "işçinin ödünç alan işverene işgörme, talimatlara uyma ve sadakat borcu bulunmaktadır. İşveren işçiyi gözetme yanında eşit davranma yükümlülüğü altında geçici iş ilişkisinde ödünç alan işverene feshe bağlı olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinden sorumluluğu yoktur. (9 HD., 14.05.2009, E. 2008/904, K. 2009/13535, ÇİL, İlke Kararları, sh. 179, vd. No:76)
- 17 "Geçici iş ilişkisinde işçi ödünç veren sürekli işverenin işçisi olmaya devam eder. Ancak işçi geçici süre ile iş görme edimini geçici işverene karşı yerine getirmektedir. Geçici iş ilişkisinde işçinin ödünç verene işçisi olması sebebiyle bu işyerindeki işçi sayısına dahil olduğu, özellikle bu kanunun 18 inci ve 29 uncu maddelerinin uygulanması açısından ödünç alan işveren işçisi olarak değerlendirilemez." (9 HD., 14.05.2009, E. 2008/904, K. 2009/13535, ÇİL, İlke Kararları, sh. 179, vd. No. 76)
- 18 Doktrinde İşK. m.7/3'te tasrih edilenlerin dışında kalan hususlarda geçici işverenin sorumlu tutulduğunu, ancak bunların aksinin kararlaştırılmasının mümkün olduğunu savunanlar vardır. (Bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, sh. 97)
- 19 Nitekim Yargıtay'a göre de, ödünç alan işverenin feshe bağlı haklardan olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinden sorumluluğu bulunmamaktadır. (Bkz. 9. HD., 14.05.2009, E. 2008/904 K., 2009/13535 ÇİL, İlke Kararları, sh. 179, vd. No 76)
- 20 CANIKLIOĞLU, N.: Türk İş Hukukunda Üçlü ilişkiler, Geçici (Ödünç) İş ilişkisi Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Tebliğ, sh. 129.
- 21 Bkz. SÜZEK, İş Hukuku, sh. 260; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, sh. 117.
- 22 9. HD. 14.05.2009 E. 2008/904 K. 2009/13535 ÇİL, İlke Kararları, sh. 179, vd. No 76.
- 23 EKONOMİ, KOMİTE 2007, TEBLİĞ, sh.13.

Prof. Dr. Ufuk AYDIN

Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi

1. GENEL OLARAK

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik ve buna bağlı olarak değişiklik feshi Türk iş hukukuna ilk kez 4857 sayılı Kanun'la girmiştir. Bu düzenleme yapılırken Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'ndan yararlanılmış ama Alman Kanunu'ndaki hüküm aynen alınmamıştır¹.

İş Kanunu'nun Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi başlıklı 22. maddesine göre: İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.

İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir.

Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.

Bu düzenleme önceki 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesine benzemektedir. Söz konusu hükme dayalı olarak, iş koşulları esaslı tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa (sözleşmelere bu düzenlemeden başka türlü kayıtlar konulmamak şartıyla) işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilmekte ama sadece kıdem tazminatı alabilmekte; ihbar tazminatından mahrum kalmaktaydı.

1475 sayılı Kanundakine yakın bir hüküm 4857 sayılı İş Kanunu'nda da bulunmaktadır. 4857 m. 24, f.2/e,f'ye göre çalışma şartları uygulanmazsa işçinin derhal fesih hakkı doğar. Ama işçi tarafından bu yolun tercih edilme olasılığı zayıftır. Zira bu yolu tercih eden işçi ihbar tazminatı alamayacağı gibi, iş güvencesine de başvuramaz².

4857 sayılı Kanun 22. maddesi ile bu durumu değiştirmiştir. Şöyle ki işveren, iş koşullarında esaslı değişiklik yapmak istiyorsa değişiklik talebini işçiye yazılı olarak bildirecek, işçi ise 6 işgünü içinde bu değişikliğe yazılı olarak yanıt verecektir. Eğer işçi esaslı değişiklik talebini kabul etmezse işveren değişikliği yapamayacak ya da esaslı değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını veya fesih için başka bir geçerli sebebin bulunduğunu ispatlayarak süreli feshe gidebilecektir. Bu halde işverenin feshine bağlanan her türlü hak ödenmek zorunda olacaktır: Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı vb.³

Ancak böyle bir feshe gidilmiş olsa bile yine de işçi iş güvencesi hükümlerine başvurabilecek, başka bir deyişle işe iade davası açabilecektir. Düzenlemenin işçinin konumunu güçlendirdiği açıktır. Bu aslında iş güvencesi hükümlerini de güçlendiren bir düzenlemedir. Aksi halde iş güvencesi hükümlerinden kurtulmak isteyen işveren feshe gitmek yerine işçinin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yaparak işçiyi işten çıkarmaya zorlayacaktır.

2. KAPSAM

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde getirilen koruyucu düzenlemeden hangi işçilerin yararlanacağı hususu tartışmalıdır. Doktrindeki bir kısım yazarlara göre bu olanaktan sadece iş güvencesi kapsamındaki işçiler yararlanabilecektir⁴. Buna karşılık kanımızca iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin de, bu kuralın onlara uygulanabileceği ölçüde 22. maddeden yararlanması kabul edilmelidir⁵. Şöyle ki, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinde esaslı değişiklik yapacak işverenin, feshin geçerli sebebini yazılı olarak açıklamak dışında; değişiklik için işçinin olurluğunu alma, olur verilmezse feshe gitmeme, feshe gidilirse iş güvencesi dışındaki haklarını elde etmeleri mümkün kabul edilmelidir.

Zira İş Kanunu'nun 22. maddesi bu hükümden sadece iş güvencesi kapsamında olanların yararlanabileceğini belirtmediği gibi, kapsam dışı olanların yararlanamayacağı da düzenlenmemiştir. Öte yandan iş hukukunun koruyucu karakteri de bu sonuca ulaşmayı kolaylaştırmaktadır.

Buna karşılık İş Kanunu'nun kapsamı dışında olanlarla, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler bakımından 4857 s. K.m.22'nin uygulanması mümkün değildir⁶.

3. DEĞİŞİKLİK FESHİNİN KOŞULLARI

A. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılması

İş Kanunu'nun 22. maddesi metninden anlaşılacağı gibi değişiklik feshinin söz konusu olabilmesinin ilk koşulu çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğe gidilmesidir. Çalışma koşulları iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmelikleri ya da iş koşulu haline gelmiş işyeri uygulamaları ile ortaya çıkabilir. Buna karşılık toplu iş sözleşmesi (TİS) ile belirlenmiş bulunan çalışma koşulları ancak TİS taraflarınca değiştirilebileceğinden TİS uygulamaları bu kapsama girmez⁷. Ancak, TİS ile işverene çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması yetkisi verilmiş ise, ki Yargıtay bu düzenlemelere olumlu yaklaşmaktadır, uygulamanın nasıl yapılacağı aşağıda ele alınacaktır.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin işgörüme borcu ile işverenin ücret ödeme borçları çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ücret eklentileri, ara dinlenmeleri, evlenme, doğum ve ölüm yardımları, özel sağlık sigortası ve bireysel emeklilik sistemi primleri de çalışma (iş) koşullarına dahildir⁸.

Çalışma koşullarında değişiklik yapılması ilk bakışta sözleşme ile kurulmuş koşullar bakımından ahde vefa ilkesiyle çatışır gibi görünmektedir. Ancak iş sözleşmesi tarafların sürekli edimini gerektiren bir sözleşme olduğu için zaman içinde koşulların değiştirilmesi, sözgelimi işyerinin başka bir yere nakli ya da işin reorganizasyonu ihtiyacı doğabilir. İşte İş Kanunu m.22 ahde vefa ilkesiyle bu değişiklik gereği arasında denge kurmayı amaçlayan bir düzenlemedir⁹.

Vurgulamak gerekir ki, m.22 sadece esaslı değişiklik için getirilmiş bir hükümdür. Yok-

İş koşullarında yapılan değişiklik esaslı bile olsa, bu işçi lehine bir durum ise m.22 uygulanmaz.

sa iş koşullarında esaslı olmayan ve işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kalan değişiklikler (tezgâh değişikliği, oda değişikliği gibi) bu madde kapsamına girmez.

İş sözleşmesi, işçinin işgörmeye, işverenin emir ve talimatlarına uyma borcuna karşılık; işverene de yönetim hakkını¹⁰ tanımaktadır. İşverenin yönetim hakkı iş sözleşmesinin yapısı gereği salt çerçeve olarak belirlenmekte, tüm ayrıntıları ile saptanamamakta; iş sözleşmesinden doğan bu hakkın kapsamı gelişen ve değişen ihtiyaçlar karşısında genişleyebilmektedir. İşveren yönetim hakkı ile işçinin işgörmeye borcunun tür, yer ve zamanını şekillendirebilmektedir. Bu bağlamda işverenin işçisine işyeri içinde aynı değer ve ücret düzeyinde başka bir iş vermesi; iş süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini değiştirmesi, işyerindeki bir atölyeden başka birine nakletmesi yönetim hakkı sınırları içinde kalmaktadır. Ancak kuşkusuz her hak gibi yönetim hakkı da dürüstlük kuralına (MK. m.2) uygun biçimde kullanılmak zorundadır.¹¹ İşverene tanınan yönetim hakkı, onun çalışma koşullarının belirlenmesi ve değiştirilmesinde yatay bir alanda hareket etmesine imkân tanımakta¹²; Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında¹³ somutlaştırıldığı gibi yönetim hakkının kullanılmasında işçinin onurunu kırıncı davranışlardan kaçınılması, iş icaplarının, çalışma teamülünün ve çevre anlayışının dikkate alınması gerekmektedir.

Ekleyelim ki, tarafların iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle yönetim hakkını sınırlandırmalarına yasal bir engel yoktur. Sözgelimi, TİS ile işverenin yönetim hakkına giren bir hususta karar verme yetkisi bir komisyona bırakılabilir.

Bunun gibi iş koşullarında yapılan değişiklik esaslı bile olsa, bu işçi lehine bir durum ise m.22 uygulanmaz. Ancak vurgulanmalıdır ki, daha üst düzey ya da daha yüksek ücretli bir görev değişikliği daha fazla sorumluluk ya da risk getiriyorsa bu durum işçi aleyhine

esaslı bir değişiklik oluşturabilir¹⁴. Buna karşılık işçinin durumunu ağırlaştırılan değişiklik başka değerlerle dengeleniyorsa; örneğin ulaşım servisinin kaldırıyor olmasına rağmen yol parası ödenmesine geçilmiş ise, değişikliğin esaslı olmadığı düşünülebilir. Benzer şekilde iş koşulunun kaldırılması objektif bir gerekçeye dayanıyorsa, örneğin riskli bir işte çalıştığı için risk zammı alan işçi, yeni bir teknoloji sayesinde bu riskten kurtulmuşsa artık ona iş riski zammı verilmemesi esaslı değişiklik olarak kabul edilmez¹⁵.

B. Esaslı Değişiklik Halleri

4857 sayılı Kanun'un 22/1. maddesinde sözü edilen esaslı değişiklikler kısa, orta ve uzun vadede sözleşmenin yürürlüğü sırasında iş ilişkisinde ortaya çıkan ihtiyaçlar dolayısıyla işverenin yapmak istediği ve yönetim hakkı dışında kalan değişikliklerdir¹⁶.

Esaslı değişiklik hallerinin neler olduğunu tek tek saymak olanağı yoktur. Bir değişikliğin esaslı olup olmadığını tespit edebilmek için her somut olayın özelliklerine bakmak gerekir. Bu anlamda, kanun koyucunun esaslı değişiklik hallerinin neler olduğunu belirleme yetkisini yargı organlarına bıraktığı söylenebilir¹⁷. Yargıtay'ın bu hususta sıkça başvurduğu ölçüt "işçinin durumunun ağırlaştırılması" ölçütüdür. Bu hususta Yargıtay'ın eski 1475 sayılı Kanun dönemindeki içtihatlarından da yararlanmak mümkündür.

Bu belirsizliğe rağmen uygulamada karşılaşılan esaslı değişiklik halleri arasında genellikle ücret, işyeri, işin niteliği ve çalışma saatlerine ilişkin değişiklikler sayılabilir.

Ücret iş sözleşmesinin esaslı unsurları arasında yer alır. Ücrette işverence tek taraflı olarak işçi aleyhine yapılan değişiklikler esaslı değişiklik kabul edilir. İş sözleşmesinde ücret nakden ödenebileceği gibi aynı ücret-ek ödeme şeklinde de yapılabilir. Ek ödeme veya sosyal yardım biçimindeki ücretlerde eksilme de (yemek parasının ya da yemeğin verilmemesi, kaldırılması; servis ücretinin verilmemesi, servisin kaldırılması gibi) esaslı değişiklik sayılır. Kanımızca ücretsiz izin uygulamalarını da aynı kapsamda esaslı değişiklik olarak değerlendir-

mek gerekir¹⁸. Ancak, aşağıda da değineceğimiz gibi, işverenin işçinin asıl ücretinde tek taraflı iradesiyle indirim yapma yetkisi bulunmamaktadır.

İşin niteliğinde değişiklik de, işçinin yaptığı iş ile bağdaşan, benzer ve eşit değerdeki bir iş değişikliği olmadığı sürece işverenin yönetim hakkını aşar. İşveren işçiye iş sözleşmesiyle belirlenen işten daha aleyhe ve farklı bir iş verirse ya da vasıflı işçiye daha olumsuz çalışma koşullarında çalışmaya zorlarsa bu durum aleyhe esaslı değişiklik kabul edilir. Ancak yeni iş daha ağır değilse, öncekiyle aynı değerde ise aleyhe esaslı değişiklik kabul edilmeyecek, değişiklik işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kabul edilecektir. Yargıtay “nokta kaynak işçiliğinden”, “montaj işçiliğine” geçişi esaslı bir değişiklik olarak kabul etmiş, dolayısıyla değişiklikte İş K.m.22’deki usule uyulması gerektiğini belirtmiştir¹⁹. Yargıtay bir başka kararında ise “çekici tipi araçla malları üretim hatlarına veya forkliftle ilgili birimlere taşıma” işinden “pres-ten çıkan parçaları istifleme” işine geçirmeyi de esaslı değişiklik olarak kabul etmiştir. Bu olayda Yargıtay, işçinin operatörlük sertifikasının bulunmamasını önemsememiştir²⁰. Bir başka kararında ise Yargıtay cankurtaranlık belgesine sahip olmasına rağmen öğretmenlikten, yüzme öğretmenliğine geçirilen işçinin, sorumlulukları ve çalışma koşullarının değişeceği gerekçesiyle, uğradığı değişikliği esaslı değişiklik saymıştır²¹.

İşyeri değişiklikleri ile ilgili davalar da esaslı değişikliğin varlığı/yokluğu tartışmalarına sıkça yol açmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, işveren tek taraflı bir irade beyanıyla işçinin çalıştığı işyerini değiştiremez, işçiye başka bir yere nakledemez. Ancak, somut olayın koşullarına göre işçinin aynı il sınırları içindeki başka bir yere nakli esaslı değişiklik olarak kabul edilmeyebilir. Öte yandan aynı il sınırlarındaki bir değişikliğin işçiye yükleyeceği külfetin işverence bazı ek ödemelerle (yol parası gibi) giderilmesi halinde de esaslı değişiklik olmadığı dile getirilebilir. Buna karşın yol parası karşılıksa bile yolun çok uzaması, yolda çok zaman harcanması halinde esaslı değişikliğin varlığı kabul edilebilir. Yargıtay 2008 tarihli bir kararında, iş

koşullarında değişiklik bulunup bulunmadığının araştırılması kaydıyla, işyerinin devrini esaslı bir değişiklik olarak kabul etmemiştir²².

Çalışma sürelerindeki değişiklikler de ücretle yakın ilgisi sebebiyle esaslı değişiklik sayılır ve işverenin yönetim hakkı dışında kalır. Ancak çalışma saatlerinin ve işyerindeki iş ritminin belirlenmesi işverenin yönetim hakkına dâhildir²³. Eklemek gerekir ki, çalışma koşullarında esaslı değişiklik ücreti etkilemese bile, işçinin yaşamında olumsuz değişikliklere yol açıyorsa, mesela işçinin çalışma saatleri geceye ya da hafta sonuna kaydırılmışsa veya ara dinlenmesi süresi iki saatten bir saate indirilmişse bu durumlarda da esaslı değişikliğin varlığı kabul edilir. Yargıtay 2005 tarihli bir kararında iş sözleşmesinin işveren tarafından “askıya alındığının bildirilmesini” esaslı değişiklik olarak kabul etmiştir²⁴. Yargıtay eski tarihli bir kararında ise elektrik kesintisi sebebiyle yapılan vardiya değişikliğinde esaslı değişiklik bulunmadığına karar vermiştir²⁵. Kararın hala geçerliliğini sürdürdüğünü düşünüyoruz.

4. DEĞİŞİKLİK YAPMA HAKKININ SAKLI TUTULMASI

A. Genel Olarak

Ekonomik ve teknolojik değişmelere bağlı olarak uygulamaya konulan yeni üretim tekniklerinin çalışma yaşamını ve dolayısıyla iş hukukunu etkilememesi mümkün değildir. İşletmeler rekabet güçlerini arttırmak ve daha verimli hale gelebilmek için tüm üretim araçlarını ve bu arada işgücünü daha esnek bir biçimde kullanmak istemektedirler. Değişen piyasa koşullarına uyum sağlamak ancak daha esnek düzenlemelerle mümkün hale gelmekte; iş ilişkisi kurulurken öngörülemeyen, ancak sonradan ortaya çıkabilecek sorunlarla, esnek hükümler sayesinde başa çıkılabilmektedir.²⁶

Özellikle, belirsiz süreli iş sözleşmeleri kurulurken ekonomik ve teknolojik gelişmeleri önceden görmek mümkün değildir. Gelecekte olabilecek değişimlere başlangıçta kararlaştırılan koşulların uyarlanabilmesi büyük önem taşımakta ve taraflara tanınan değişiklik yap-

ma yetkisi sayesinde, işçi-işveren ilişkilerinde emredici kurallar ve katı düzenlemeler yerine, taraf iradelerine öncelik tanınarak çalışma koşullarının değişen şartlara kolay, hızlı ve esnek biçimde uyumunun sağlanmasına çalışılmaktadır. Bu anlamda iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisini saklı tutma kayıtları önemli bir fonksiyon ifa etmektedir.²⁷

Uygulamada, iş sözleşmesi yapan tarafların, çalışma yaşamının doğasından kaynaklanan beklenmedik durumlara sözleşmenin uyumunu sağlamak, ayrıca sözleşmeyi sona erdirmeksizin ayakta tutabilmek için sonradan değişiklik yapma hakkını saklı tutmalarına 1475 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, 4857 sayılı Kanun döneminde de sıklıkla başvurulduğunu söylemek mümkündür.

Değişikliği saklı tutma kayıtları 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde hemen tüm kesimlerce geçerli ve bağlayıcı kabul edilmiştir. Ancak, o dönemde iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliği gibi kaynaklarda işverenin değişiklik yapma hakkının tanındığı/saklı tutulduğu durumlarda, ki bu hususa m.16'da da yer verilmişti, işverenin bu kayda uygun olarak iş sözleşmesinde yaptığı değişiklikler dolayısıyla, değişikliğe muvafakat veren işçinin derhal fesih hakkının bulunmadığı kabul ediliyordu.²⁸ Yine aynı dönemde, işverene tanınan değişiklik yapma yetkisinin sınırsız olmadığı; iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisine sahip işverenin bu hakkını her hak gibi (objektif) iyiniyet kurlarına uygun bir biçimde kullanması gerektiği öğretti ve Yargıtay tarafından ortak bir biçimde dile getirilmekteydi.²⁹ Ekleyelim ki, tüm bu hususlar, iş sözleşmesi tarafları arasındaki denge ve düzen unsuruna müdahale niteliği taşıyan esaslı değişiklikler bakımından söz konusu olmakta idi; zira bunlarla işverenin yönetim hakkı genişletilmekte ve bu durum ancak işçinin muvafakati ile mümkün olabilmekte idi³⁰. Yoksa iş sözleşmesinin esaslı olmayan unsurları yukarıda da belirtildiği gibi işverenin yönetim hakkı kapsamında yer aldığından, bunlar için değişiklik hakkının saklı tutulmasına gerek bulunmamaktaydı³¹.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde, değişik-

liği saklı tutma kayıtlarının uygulanmasına ilişkin esaslar bu şekilde oluşmuş iken, 4857 sayılı Kanun döneminde de benzer uygulamalara, yani değişiklikleri saklı tutma kayıtlarına aynı yaygınlıkla rastlanmaktadır.

Değişikliği saklı tutma kayıtları her iki kanun döneminde de sıkça başvurulmuş bir uygulama olmasına rağmen, 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinin varlığı sebebiyle bu kayıtların geçerliliği konusu öğretide yoğun bir biçimde tartışılmıştır. Tartışmaların kaynağını 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısı'nda yer alan ve "... işverence çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkının saklı tutulduğu hallerde... yukarıdaki (İş K. m.22/I) hükmü uygulanmaz." ifadesinin kanunlaşma sürecinde metinden çıkarılması ve Kanuna alınmaması oluşturmaktadır. Tasarı'da yer alan bu hükmün 22. madde metnine alınmaması karşısında işverenin çalışma koşullarında tek yanlı değişiklik yapma hakkını saklı tutmasının hukuken mümkün olmadığı dile getirilmiş³²; ancak bugün için öğretide baskın görüş³³ ve Yargıtay³⁴ aksi görüşte birleşmiştir.

Bu noktada doktrinde GÜZEL ile başlayan³⁵ ve NARMANLIOĞLU tarafından da benimsenen görüşe göre, İş Kanunu m.22 düzenlemesi karşısında işverene değişiklik yapma yetkisi veren kayıtların bağlayıcılığından söz edilemez. İşletme gerekleri, tarafların irade özerkliği ve esnekleşme düşüncesine uygun bulmadığımız için benimsemediğimiz bu görüşe göre, somut ya da soyut olsun, işverene peşinen esaslı değişiklik yapma imkânı veren her düzenleme İş K. m.22'nin emredici hükmüne aykırı olacaktır. 4857 sayılı Kanun'da, işverenin çalışma şartlarında değişiklik yapma imkânını saklı tutabilmesine dayanak olabilecek, açık ya da örtülü bir ifade bulunmamaktadır. Kanun koyucu, Tasarıdaki ifadeyi bilinçli olarak ve İş K. m.22'de yer alan yöntemle bağdaşmayacağı gerekçesi ile almamıştır. İş Kanunu, m.22 hükmü ile iş ilişkisinin devamı sırasında çalışma şartlarında değişiklik ihtiyacının giderilmesi yöntemi belirlenmekte; bu yöntemi başlangıçta, sözleşmenin yapılması sırasında engelleyecek düzenlemelere açık kapı bırakmamaktadır.³⁶ Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanun karşısında değişiklik kayıtları geçerli ve bağlayıcı olmayacaktır.

İşverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisinin tanındığı durumlarda İş K.m.22'deki usule uymak gerekmezken; böyle bir yetkinin tanınmadığı hallerde iş sözleşmesinde esaslı bir değişikliğe gitmek isteyen işveren İşK.m.22'deki usule uymak zorundadır.

Bu aşamada belirtelim ki, bize göre de iş sözleşmelerinde işverene tanınan ve sonradan değişiklik yapma yetkisi tanıyan değişiklik kayıtları önceki dönemde olduğu gibi bugün için de geçerli ve bağlayıcı kabul edilmelidir.³⁷ Ancak kanımızca bu geçerlilik ve bağlayıcılık mutlak nitelik taşımamakta; bir takım koşullar ve uygulama esaslarının bulunması halinde benimsenmelidir.

Öğreti ve uygulamada işverenin iş sözleşmesinde sonradan değişiklik yapabileceğine ilişkin kayıtların bağlayıcılığı ve geçerliliği genel kabul görmekle birlikte; bu konuda Eyrenci-Taşkent-Ulucan'ın yaklaşımlarının baskın bir biçimde benimsendiğini söylemek mümkündür. Söz konusu yaklaşıma göre; iş sözleşmesinde genel bir biçimde, işverenin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabileceğini öngören bir düzenleme geçerli görülemez. İşçinin önceden göremediği, bilemediği bir konuda işverene tasarruf etme yetkisi verdiği; çalışma koşullarında yapılacak değişikliği kabul ettiği ve iradesinin bu şekilde olduğu söylenemez. Buna karşılık, iş sözleşmesi veya bunun eki niteliğindeki kaynaklarda "somut olarak" iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği; sözcülemi, işçinin işverene ait değişik işyerlerinde çalıştırılabileceği öngörülmüş ise bunun hukuka uygun olacağı açıktır.³⁸

Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı da, doktrindeki baskın görüşten çok farklı görünmemektedir. Yargıtay, özellikle işyeri değişikliğine ilişkin işvereni yetkilendiren iş sözleşmesi kayıtlarının, aşağıda ele alacağımız bazı sınırla-

malarla, geçerli olduğunu kabul etmektedir.³⁹

Bu aşamada vurgulanması gereken bir husus işçinin ücretine ilişkin değişiklik kayıtlarıyla ilgilidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ücret işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcudur. İşverenin, asıl (çalışma karşılığı olan) ücrette indirimde gitme hakkını saklı tutma kaydını geçersiz saymak iş sözleşmesinin karşılıklılık özelliğine ve iş hukukunun işçiyi koruyucu karakterine daha uygundur. Buna karşılık ücret eklentilerinde indirimde gidilmesi hakkının saklı tutulduğu hallerde bunun geçerli sayılması mümkündür.

B. Değişiklik Kayıtlarının Tabi Olduğu İlkeler

Sözleşme ilişkisinin esasını ilgilendiren ve özellikle işçinin aleyhine nitelik taşıyan esaslı değişiklikler karşısında işçinin korunması önemli bir zorunluluktur. Bu bağlamda, işçi tarafından muvafakat verilmeyen esaslı değişiklikler yönetim hakkı kapsamını aştığından işverence tek taraflı olarak gerçekleştirilemez. Başka bir anlatımla; başlangıçta ya da sonradan iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi vb. ile işverene iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapma yetkisi tanınmadıkça, işveren iş sözleşmesinde ve çalışma koşullarında salt yönetim hakkına dayanarak tek taraflı ve esaslı değişiklikler yapamaz. Buna karşın, taraflarca kararlaştırılan bu tip hükümlerle işverenin yönetim hakkı işçinin rızası ile genişlemekte; işveren buna dayanarak çalışma yeri, çalışma konusu, (asıl ücret dışındaki) ücret ve benzeri hususlarda tek taraflı ve esaslı değişiklikler yapabilmektedir.⁴⁰ Bu tür hükümlerle işverenin yetkilendirilmesinde, aşağıda ele alınacak sınırlara uyulması koşuluyla hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Dikkat edilecek olursa, İş K.m.22'de taraflarca iş sözleşmesine konulabilecek değişiklik kayıtlarına hiç değinilmemiş; maddede, bu tür kayıtların bulunmadığı hallerde iş sözleşmesindeki esaslı değişikliklerin hangi usulle gerçekleştirileceğine yer verilmiştir. Aslen, söz konusu kayıtlarla işveren önceden yetkilendirildiğinden, böyle bir durumda özel bir usul getirilmesine gerek olmadığı da söylenebilir.

İşverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkı veren kayıtlar iki aşamalı bir denetimden geçmek durumundadır. Bunlardan ilki içerik denetimi; ikincisi ise kullanım denetimidir.

Bu aşamada ikili bir ayırıma gitmek gereklidir. Eğer taraflar iş sözleşmesi ve eki niteliğindeki belgelerde, işverene iş sözleşmesinde işyeri, iş, ücret ve benzeri konularda esaslı değişiklik yapma hakkını tanımışlarsa; başka bir ifade ile iş sözleşmesinde işverene tanınmış değişiklik kaydı varsa; artık İş Kanunu m.22'de getirilen usule uyulmayacak, sözleşmede yer alan bu kaydın uygulamasının hukuka uygunluğu değerlendirilecektir. İşverenin kendisine tanınan değişiklik yetkisini kullanarak sözleşmede esaslı değişiklik yapması, örneğin işçinin işyerini değiştirmesi halinde, çalışma koşullarının değiştirildiğinden değil, olsa olsa yeni çalışma koşullarının uygulandığından söz edilebilecektir. Zira iş sözleşmesinin tarafı olan işçi bu değişiklik yetkisini işverene peşinen tanımış, işe girip çalışmaya başlamıştır ve çalışmanın dayandığı iş sözleşmesi bu koşulu içermektedir. İşveren değişiklik kaydı ile değiştirici yenilik doğuran bir hakkı kullanarak yeni bir hukuiki durum yaratmakta; ama sözleşmenin kendisi değişmemektedir.⁴¹

Buna karşın eğer işverene tanınmış bir değişiklik yapma yetkisi yoksa yani iş sözleşmesinde değişiklik kaydı bulunmuyorsa bu durumda İşK. m.22'de belirtilen usule uymak zorunludur.

Özetle, işverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisinin tanındığı durumlarda İş K.m.22'deki usule uymak gerekmezken; böyle bir yetkinin tanınmadığı hallerde iş sözleşmesinde esaslı bir değişikliğe gitmek isteyen işveren İşK.m.22'deki usule uymak zorundadır. Şu halde, iş sözleşmelerinde değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtların geçerliliği ve uygulanması konusunda 1475 sayılı Kanun dönemi ile 4857 sayılı Kanun dönemi arasında herhangi bir fark olmadığını söylemek yanlış

olmayacaktır. Başka bir anlatımla, işverene iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapma yetkisi tanıyan kayıtlar, 1475 sayılı Kanun döneminde ya da 4857 sayılı Kanun döneminde olsun, aynı esaslarla ve geçerli olarak uygulanmaya devam edilecektir. İş Kanunu m.22 hükmünün bu kayıtlar karşısında uygulanma imkânı bulunmamaktadır.⁴²

İş Kanunu m.22'deki değişiklik feshi ile işverene önceki Kanun yürürlükte iken tanınan değişiklik yapma yetkisine ilişkin kayıtlar arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Diğer bir ifadeyle 1475 sayılı Kanun döneminde yapılan iş sözleşmeleri ya da benzer kaynaklarla işverene tanınan yetkinin 4857 sayılı Kanun karşısındaki durumu incelenmelidir.

Bu konu ilk kez Yargıtay'ın, 4857 s. İş K.m.22'nin uygulanması ile ilgili olarak 2004 yılında verdiği (ilk) karar⁴³ sebebiyle gündeme gelmiştir. Karara konu olayda, sona eren ama art etkisi süren bir toplu iş sözleşmesi ile işverene işyeri değişikliği yapma yetkisi tanınmıştır. Bu arada 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiş ve kısa bir süre sonra işveren, kendisine tanınan yetkiye dayalı olarak işyeri değişikliği teklif etmiş; işçi değişikliği kabul etmeyince işçisinin iş sözleşmesini 24.06.2003 tarihinde (yani İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra) feshetmiştir. Yargıtay, söz konusu kararında "... fesih 24.06.2003 tarihinde gerçekleştiğine göre, TİS hükmü (yani değişiklik kaydı) değil, 'lehe olan' 4857 sayılı İş Kanunu (m.22) hükümleri uygulanmalıdır" gerekçesini ortaya koymuştur. Kararın gerekçesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiş, sonuç hukuka uygun bulunmuş; ama özellikle değişiklik kaydına ilişkin hüküm ile İş Kanunu m.22 arasında "daha lehe olan hüküm" değerlendirmesi kabul görmemiştir.⁴⁴ Ancak Yargıtay'ın bu konuda ısrarcı olmayarak sonraki kararlarında isabetli biçimde bu gerekçeden uzaklaştığı görülmüştür.⁴⁵

Kanımızca da, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce taraflarca kararlaştırılmış değişiklik kayıtları ile İş Kanunu m.22 arasında öncelik-sorunluluk; lehe olan-olmayan hüküm ilişkisi kurulamaz. Zira söz konusu kayıtlarla İş K.m.22 hükmü, yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı gibi farklı hususları düzenlemektedir. Kaldı ki,

İşverene tanınan değişiklik kayıtlarının içerik bakımından kanuna karşı hile niteliğini de taşıması gerekir.

bunlar aynı konuya ilişkin olsa bile, sonradan yürürlüğe giren kanun hükmü mutlak emredici/yasaklayıcı bir norm getirmediği sürece, önceki iş sözleşmesi-toplu iş sözleşmesi vb. hükümlerini bertaraf etmez; bu durumda daha lehe olan hükmün uygulanması da söz konusu olmaz. Kanun hükümleri yanında, buna aykırı olmayan sözleşme hükümleri ve dolayısıyla değişiklik kayıtları da varlıklarını sürdürür.⁴⁶

Bir kez taraflarca iş sözleşmesiyle işverene tanınmış değişiklik yapma kayıtlarının geçerliliği ve bağlayıcılığı kabul edildikten ve bu durumun İş K.m.22'den bağımsız olduğu saptandıktan sonra; artık söz konusu kayıtların kapsam ve içeriğinin denetimine değinmek gerekir. Bu aşamada belirtilmelidir ki, İş K.m.22 hükmü ile getirilen yöntemin işçiyi koruyan düzenlemesi karşısında, değişiklik kayıtlarının hukuka uygunluğunun denetiminde, önceki döneme göre daha dikkatli olmak gerektiğini düşünmekteyiz.

C. Değişiklik Kayıtlarının Denetimi ve Yorumu

İş sözleşmelerinde esaslı değişiklik yapma yetkisi veren değişiklik kayıtları ile işverene yönetim hakkını genişletme (örneğin işyerini değiştirme); geri alma (örneğin işçiye sağlanan bir edimden cayma); bağlayıcı olmama (örneğin işverence sağlanan bir edim sebebiyle işyeri uygulamasının iş koşulu haline gelmesini önleme); işçiye sağlanan bir edimi belirli süreli uygulama veya bir konuda toplu iş sözleşmesine atıfta bulunma yetkileri tanınmaktadır.⁴⁷

İşverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkı veren bu tür kayıtlar iki aşamalı bir denetimden geçmek durumundadır. Bunlardan ilki içerik denetimi; ikincisi ise kullanım denetimidir. İçerik denetiminde, söz konusu kaydın içeriğinin hukuka uygunluğu ele alınırken; kullanım denetiminde bu hakkın MK.m.2'de yer

alan dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir.

a) Genel bir ifade ile işverene sağlanan tek taraflı değişiklik yetkisinin çoğunlukla işçinin gerçek rızasına dayanmadığı; iş arayan ve iş sahibi olmak isteyen işçinin bu tür değişiklik kayıtlarını kabullenmeye mecbur kaldığı söylenebilir.⁴⁸ Bu tür kayıtlar genellikle işverenin bağımlılık unsurunu ve ekonomik gücünü kötüye kullandığı kayıtlardır.⁴⁹ İşverenin iş sözleşmesinin kuruluşu sırasında işçiye dayattığı bu hükümlerin/kayıtların salt akit serbestisi çerçevesinde ele alınması iş hukukunun temel gerekleri ile de çelişebilir; ayrıca bu kayıtlar işçinin bireysel ve aile yaşamını derinden etkileyebilir.⁵⁰ Bunlara ek olarak değişikliği saklı tutma kayıtlarının bulunması halinde İş Kanunu m.22'deki işçiyi nispeten koruyucu hükümlerden yararlanılamaması da; söz konusu kayıtların içerik denetimine tabi tutulması ve en azından bu yolla işçinin korunmasını zorunlu kılmaktadır.⁵¹

Çalışma yaşamının doğası ve irade özgürlüğü çerçevesinde geçerliliği kabul edilen değişiklik kayıtlarının içeriği en başta işçinin anayasal özgürlüklerine; kanunların emredici hükümlerine ve işçinin kişilik hakları ile toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olmamalıdır.⁵² Öte yandan, söz konusu kayıtlar iş sözleşmesine konulurken/eklenirken işçinin iradesi hata, hile ve ikrah (yeni BK.'daki yanıltma, aldatma, korkutma) gibi sebeplerle; özellikle gabinle sakatlanmamış olmalıdır. Bunun yanında değişiklik kayıtlarında işçi aleyhine sosyal ve ekonomik açıdan büyük farklar; orantısızlıklar bulunmamalıdır.⁵³

İşverene tanınan değişiklik kayıtlarının içerik bakımından kanuna karşı hile niteliğini de taşıması gerekir. Bu tür kayıtlar eğer kanunun yasakladığı bir sonuca bu kayıt sayesinde ulaşma imkânı veriyorsa, örneğin işçinin sendikaya üye olması halinde işinin değiştirileceğine ilişkin bir hüküm getirilmişse, bu hüküm kanuna karşı hile niteliğinde olduğundan geçersiz sayılacaktır.⁵⁴ Öte yandan öğretide SÜZEK tarafından haklı biçimde ifade edildiği üzere, bu kayıtların dar biçimde yorumlanması gerekir.⁵⁵

İş sözleşmesine konulan değişiklik kayıtlarına ilişkin hususlarda sonradan ortaya çıkan koşullar kaydın kapsamına girmeyecek ve dolayısıyla işçiyi bağlamayacaktır.

Son olarak, yukarıda da değinildiği gibi; değişiklik kaydının işverene genel bir biçimde, iş sözleşmesinde değişiklik yapabileceğini içeren soyut yetki vermesi de kabul edilmeyecek; tam tersine iş sözleşmesi ve bunun eki niteliğindeki kaynaklarda somut olarak iş koşullarında bazı değişiklikler yapılabileceği; örneğin, işçinin işverene ait değişik işyerlerinde çalıştırılması öngörülmüş ise ancak bu durumda kaydın hukuka uygun olduğu kabul edilecektir.⁵⁶ Yargıtay 2005'de verdiği bir kararda işverene "aynı il hudutlarında işyeri değişikliği hakkı tanıyan" kaydı geçerli sayarak, Ankara Dikmen'den Sincan'a gönderme yönündeki değişikliğe uymayan işçiye uygulanan feshi geçerli saymıştır⁵⁷. Daha yeni tarihli bir kararında ise Yüce Mahkeme, "İşçi, işverenin Türkiye genelindeki ve yurtdışındaki işyerlerinde görevlendirmeyi kabul eder" şeklindeki hükme dayalı olarak ve yeni işyerine servisle ulaşımı sağlayarak görevlendirmeyi öneren işverenin önerisini reddeden ve iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatı isteyen işçinin talebini haksız bulmuştur⁵⁸.

Bu aşamada içerik denetiminin pozitif dayanağı ile ilgili olarak SÜZEK'in yaklaşımına da kısaca değinmek gerekir. SÜZEK, değişiklik kayıtlarının içerik denetiminin hukuki dayanağının saptanması ve pozitif hukuk bakımından doktrinde ileri sürülen görüşleri saygın bulmakla beraber; olması gereken hukuk açısından mevzuatımızda yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacını dile getirmektedir. Yapılacak böyle bir düzenlemeyle iş sözleşmelerinde -en azından genel iş koşullarında- yer alan işverenin değişiklik yetkisini saklı tutma kayıtlarının içerik denetimine tabi tutulmasına olanak tanınmalıdır.⁵⁹

b) İçerik yönünden hukuka uygunluğu kabul edilen değişiklik kayıtlarının kullanım denetiminden de geçmesi gerekir. Kullanım de-

netimi kavramı, değişikliği saklı tutma kaydı ile işverene tanınan hakkın somut olaydaki kullanım tarzına odaklanmaktadır.⁶⁰ Bu bağlamda, yapılacak denetimin kapsamına dürüstlük kuralı (MK.m.2), ayırimcılık yasağı ve hakkaniyet denetimi gibi unsurlar girmektedir.

Dürüstlük kuralı, MK.m.2'de ifadesini bulan ve herkese haklarını kullanırken dürüst davranma yükümlülüğü getiren ilkedir. Bu bağlamda işveren de kendisine tanınan değişiklik yapma yetkisini dürüstlük kuralına uygun olarak kullanmak zorundadır. Zira bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz ve işverenin dürüstlük kuralına aykırı biçimde yaptığı değişiklik işçiyi bağlamaz. Giderek, MK.m.2'ye uygun biçimde kullanılmayan ve dolayısıyla işçi bakımından bağlayıcı olmayan değişikliğe dayalı fesihler haksız ya da geçersiz fesih niteliği taşırlar.⁶¹ Yargıtay'a göre, hizmet sözleşmesinde işçinin başka bir yere nakline ilişkin kayıt varsa, işveren işçiyi başka bir yerde görevlendirebilecek; bu durumda iş şartları esaslı bir tarzda değişmemiş olacaktır. Ancak bu halde dahi işveren keyfilik ve nesnellik denetimine tabi tutulacaktır.⁶²

İşverence uygulanan ve değişiklik kaydına dayanan değişikliklerin MK.m.2'ye uygunluğunun saptanmasında işverenin fesih hakkını kötüniyetle kullandığının belirlenmesi için geliştirilen ölçütler kıyasen uygulanabilir. Özellikle, işverenin zarar verme, cezalandırma gibi niyetlerle hareket ettiğinin anlaşıldığı durumlarda; işverenin hiçbir gereklilik yokken değişiklik yetkisini kullanması halinde ve benzer çelişkili davranışlarında dürüstlük kuralına aykırı davrandığı ve hakkını kötüye kullandığı kabul edilebilir.⁶³

Yargıtay da konuya ilişkin birçok kararında işverene tanınan değişiklik yapma yetkisinin MK.m.2'de yer alan dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmasını gerektiğini; söz konusu yetkinin keyfi ve kötüye kullanıldığı durumlarda, işverenin feshinin haksız ya da geçersiz olduğuna hükmettiğini söylemek mümkündür.⁶⁴ Yargıtay 2007'de verdiği bir kararda değişiklik kaydını geçerli kabul etmekle beraber, işveren aleyhinde bir basın açıklaması yaptığı için önce ihtar, sonra kayda dayalı olarak baş-

ka bir yerde görevlendirilme teklifini reddeden ve “görülen lüzum üzerine” işten çıkarılan işçinin açtığı davada fesih hakkının kötüye kullanıldığına karar vermiştir⁶⁵. Benzer şekilde değişiklik kaydı bulunmasına rağmen nakil yetkisinin “görülen lüzum üzerine” kullanılması Yargıtay’ca kabul görmemiştir⁶⁶. Yargıtay bu kararlarında değişikliğin, kayda dayansa bile, nedenini sorgulamakta; kullanım denetimi yapmaktadır.

MK.m.2’de yer alan dürüstlük kuralı dışında, işverene tanınan değişiklik yapma yetkisi kaydının kullanılması hakkaniyete uygunluk denetimine de tabi tutulabilir. Genellikle Yargıtay’ca sıkça kullanılmayan bu ölçüte göre, hukuki ilişki taraflarının özellikle işçinin özel durumunun dikkate alınması ve buna uygun olarak ölçülü davranılması; özetle somut olay adaletinin sağlanıp sağlanmadığının denetlenmesi söz konusu olur.⁶⁷

Gerçekten de dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılan bir hak, somut olay bakımından adalet duygularını incitebilir. Örneğin, 10 yıl önce bekâr iken işçi tarafından işverene tanınan işyeri değişikliği yetkisi, somut bir olayda evli ve okula giden iki çocuğu bulunan aynı işçi bakımından hakkaniyete uygunluk sorusunu gündeme getirebilir.⁶⁸ Bu anlamda değişiklik kayıtlarına ilişkin hak kullanılırken işçinin işinin ve mesleğinin niteliği, kaydın sözleşmeye konduğu dönemde tarafların durumu, işçinin yaşı ve ailevi durumu, işçinin kazanılmış haklarına saygı gösterilip gösterilmediği, değişikliğin gerekliliği ve son çare olup olmadığı; değişiklik ile işçinin ücret ve mesleki durumunda geriye gidip olup olmadığı araştırılmalıdır. Bunun yanında işçide yaratılan güvenin; örneğin çok uzun zamandır kullanılmayan yetkinin artık kullanılmayacağına yönelik inancın korunup korunmadığına da dikkat edilmesi gerekir.⁶⁹

Ekleyelim ki, iş sözleşmesine konulan değişiklik kayıtlarına ilişkin hususlarda sonradan ortaya çıkan koşullar kaydın kapsamına girmeyecek ve dolayısıyla işçiyi bağlamayacaktır. Örneğin sözleşme yapılıp, değişiklik kaydı üzerinde anlaşıldıktan sonra açılan yeni bir işyeri/şube bakımından kayıt kural olarak işçiyi bağlamayacaktır.⁷⁰

D. Değişiklik Kaydının Uygulanmasının Sonuçları

Son olarak, geçerli bir kayda dayalı olarak işverence gerçekleştirilen değişikliğin sonuçlarını da ele almak gerekir. Bu aşamada ikili bir ayırımı gitmek yararlı olacaktır. Eğer işçi içerik yönünden hukuka uygun olan ve dürüstlük kuralı ile hakkaniyete uygun biçimde kullanılan değişiklik kaydına uyar ise, iş sözleşmesi bu değişikliğe rağmen aynen devam eder yani ortaya yeni bir sözleşme çıkmaz. Tarafların arasındaki iş sözleşmesi yeni koşulla (örneğin yeni işyerinde) yürürlüğünü sürdürmeye devam eder.

Buna karşılık işçinin belirtilen özellikleri taşıyan bir değişikliğe uymaması onun işgörmeye borcuna aykırılık oluşturur ve işveren olayın özelliğine göre “işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” (İş K.m.25/II-h) ya da “izinsiz ve mazeretsiz devamsızlık” (İş K.m.25/II-g) gerekçesi ile derhal fesih hakkını kullanabilir.⁷¹ Bu tür fesih işçinin kıdem ve ihbar tazminatı haklarını ortadan kaldırıp onu ciddi biçimde mağdur edeceğinden; işverenin, İş K.m.18’e dayanarak ve işçinin davranışlarına bağlı geçerli sebep dolayısıyla süreli feshi gidebileceği de kabul edilmelidir.⁷²

Ekleyelim ki, haklı sebebe dayalı derhal feshilerde ve geçerli sebebe dayalı süreli feshilerde, fesih nedeninin açıkça ortaya konulması, feshin sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Ancak, her iki tür fesihte de işçinin İş K.m.17-21 veya İş K.m.25/son hükmüne dayanarak feshin geçersizliği/haksızlığı gerekçesiyle işe iade davası açabileceği açıktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafımızca incelemeye konu edilen ve 4857 sayılı Kanun dönemindeki ilk kararında değişiklik kaydını içerik denetimine tabi tutmuştur. Genel Kurul, “şirketin işlerinin icabı olarak sözleşmeli personeli Ankara’da ve ülke içinde herhangi bir yerde şirket bünyesi içinde veya dışında diğer kuruluş ve müesseselerde çalıştırabilir” kaydını içerik bakımından hukuka uygun ve geçerli bulmuştur. Genel Kurul kararında, değişiklik kaydına dayalı olarak kullanılan değişiklik yap-

ma hakkının (nakil yapma hakkı) MK.m.2'de yer alan dürüstlük kuralına uygunluğu da denetlenmiştir. Hukuk Genel Kurulu, davalı şirket yönetim kurulunca Ankara'daki işyerinin bütünüyle kapatılıp şirket merkezinin İstanbul'a taşınması ve buna bağlı olarak işçinin işyerini değiştirmesine yönelik talebin gerekçesini objektif ve dürüstlük kuralına uygun bulmuştur. Hukuk Genel Kurulu'nun kararında, değişiklik kaydını hakkaniyet denetimine tabi tuttuğu da görülmektedir. Karara göre geçerli bir değişiklik kaydına bağlı olarak Ankara'dan İstanbul'a nakli istenen (ve bu değişikliği kabul etmeyen) işçinin aynı şartlar ve unvanla işe başlamasının istenmesi hakkaniyete uygundur ve buna rağmen işe başlamayan davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi haklı bir fesih olup davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekir⁷³.

5. DEĞİŞİKLİK KAYDININ BULUNMADIĞI HALLERDE DEĞİŞİKLİĞİN YAPILMASI

Değişiklik kaydının bulunmadığı durumlarda işverenin esaslı değişiklik teklifini yazılı olarak yapması gerekir. Bu teklif bir icap (öneri) tir. Bu icapla iş sözleşmesini değiştiren ve kabulü halinde iş sözleşmesinin eki haline gelen bir değişiklik sözleşmesinin kurulması amaçlanmaktadır⁷⁴.

Değişiklik önerisi bir icap olduğu için Borçlar Kanunu anlamında, bir icapta bulunması gerekli tüm özellikleri (açıklık, belirlilik vb) taşımalıdır. Deyim yerindeyse işçinin kabulü ile değişiklik gerçekleşebilmelidir. Söz konusu önerinin ilan ya da toplu bildirim şeklinde duyurulması Kanunun amacına uygun değildir. Bildirimin tek tek ve imza karşılığı yapılması gerekir. Bu yasal bir zorunluluk olup geçerlilik koşuludur⁷⁵.

Önerinin yapılmasından sonra Kanun gereği işçiye altı işgünlük bir bekleme süresi tanınmalıdır. Bu süre nispi emredici olup iş sözleşmeleri ya da toplu iş sözleşmeleri ile arttırılabilir. Ekleyelim ki İş Kanunu Bilim Kurulu taslağında bu süre 15 gün olarak önerilmiş idi⁷⁶. İşçiye bekleme süresi tanınmayıp hemen karar ver-

meye zorlanması halinde bildirim geçersiz ve yapılmamış olduğu sonucuna varılmalıdır⁷⁷.

A. Değişiklik Önerisinin Kabulü

İş sözleşmesinde iş koşullarında değişiklik kaydının bulunmadığı durumlarda, işverence yapılan değişiklik önerisinin kabul edilmesi halinde iş sözleşmesi bu değişikliğe rağmen aynen devam eder; yani ortaya yeni bir sözleşme çıkmaz. Tarafların arasındaki iş sözleşmesi yeni koşulla (örneğin yeni işyerinde, yeni ücret düzeyi üzerinden) yürürlüğünü sürdürmeye devam eder. Belirtelim ki işçinin kabulünün mutlaka yazılı şekilde yapılması gerekli olup, bu bir geçerlik koşuludur. İşveren aldığı yazılı kabul beyanını işçinin özlük dosyasında, gerektiğinde ibraz etmek üzere, saklamak zorundadır. Yargıtay yeni personel yönetmeliğini kabul ettiğine yönelik imza atan ve çalışmaya devam eden işçinin sonradan eski yönetmeliğe göre izin ücreti talebini kabul etmemiştir⁷⁸.

B. Değişiklik Önerisinin Reddi

İş Kanunu'nun yukarıda ele aldığımız 22. maddesine göre "... ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz." İşçi, değişiklik önerisini yazılı olarak kabul etmez ya da sessiz kalırsa öneriyi reddetmiş olacaktır.

Bu aşamada işçinin değişiklik önerisi karşısında sessiz kalmasının nasıl yorumlanacağı da tartışılabilir. Yargıtayın ilk yıllarda verdiği birkaç kararında hükümdeki yazılılık koşulunu yumuşattığı⁷⁹ ve işçinin sessiz kalmasının kabul anlamında yorumlanabileceği yönünde kararları vardır⁸⁰. Öğretide de değişikliğe sessiz kalıp buna uyan işçinin sonradan değişikliğe itirazının dürüstlük kuralına aykırılık anlamına geleceği yönündeki görüşler ileri sürülmüştür⁸¹. Maddenin açık düzenlemesi karşısında sessiz kalmanın kabul olarak yorumlanamayacağı kabul edilmelidir⁸². Buna karşın işçinin değişikliği kabul iradesini zımnen ortaya koyduğu, mesela işyeri değişikliğine ses çıkarmayıp yeni işyerinde işe gitmeye devam ettiği hallerde, ya da müdür iken şefliğe geçirilmesine rağmen çalışmasını sürdüren işçinin durumu dikkate alındığında, susmanın kabul anlamına geleceği

sonucuna varılabilir⁸³. Yargıtay 2008 tarihli bir kararında aynı görüşü benimsemiştir⁸⁴.

Bu aşamada belirtelim ki, öğreti ve Yargıtay'ın ortak görüşüne göre, ücrette yapılan indirimde ses çıkarmayıp çalışmasını sürdüren işçinin bu çalışması kabul anlamına gelmez. Zira işverenin tek taraflı irade beyanıyla ücrette değişiklik (indirim) yapma yetkisi yoktur. Bu durumdaki işçinin zamanaşımı süresi içinde fark talebi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez. Buna karşılık iş ya da işyeri değişikliklerinde zımni kabul anlamına gelecek davranışlar bakımından yukarıdaki çözüm kabul edilebilir⁸⁵.

İşçisine yaptığı değişiklik önerisi reddedilen işverenin karşısına iki seçenek çıkmaktadır: İşveren ya çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapmaktan vazgeçecek ve sözleşmenin eski koşullarla devam etmesine katlanacaktır, ya da fesih için geçerli bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayacak ve bildirim süresine uyarak iş sözleşmesini feshedecektir. Yargıtay satış trafik elemanı iken yolcu hizmetlerine nakil teklif eden işverenin teklifini reddedip yeni işe gitmeyen işçiye yönelik feshi geçersiz saymıştır⁸⁶.

İşçinin reddetmesine rağmen eski koşullarda ısrarcı olan; sözgelimi işçiyi başka bir yerde çalışmaya zorlayan ya da daha düşük ücret ödemekte ısrarcı olan işverenin bu davranışına borçlunun ya da alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanabilecektir. Örneğin, işçinin reddetmesine rağmen randıman primini indiren ya da kesen işverenin davranışı borçlunun temerrüdü; işi bir hafta tatil etme şeklindeki önerinin reddine rağmen tatile giden işverenin davranışı alacaklının temerrüdünü oluşturacaktır. Şüphesiz böyle bir durumda işçinin İş K.m.24 anlamında fesih hakkının doğacağı da açıktır. Bunlardan işçinin aleyhine bazı sonuçlar ve indirimler getiren alacaklının temerrüdü, BK.m.325 yoluna gidilmesi ihtimali oldukça zayıf görünmektedir⁸⁷.

Yargıtay yazılı olarak bildirilmeyen ve işçi tarafından kabul edilmeyen; buna rağmen rızası hilafına değiştirilen iş koşulları (fazla çalışma) dolayısıyla feshede giden işçiyi haklı bulmuştur⁸⁸. Belirtelim ki, işçinin sadece esaslı değişiklik niteliği taşıyan işlemi kabul etmeme

yetkisi bulunmaktadır; işçi böyle bir işlem için iptal davası açamaz⁸⁹. Yargı yoluna başvurma ancak değişikliğin reddi üzerine işverence gerçekleştirilen fesih söz konusu ise mümkündür⁹⁰. Benzer şekilde işçinin eski işine iadesi amacıyla dava açması da söz konusu olamaz. Böyle bir davada yargı organı sadece değişikliğin esaslı bir değişiklik olup olmadığını tespitle yetinmelidir⁹¹.

C. İşverenin Değişiklik Feshini Uygulaması

Değişiklik önerisi işçisi tarafından reddedilen işveren değişiklik yapmaktan vazgeçmiyorsa iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla feshetmek durumunda kalacaktır. Bu bağlamda işveren bildirim süresini bekleyerek sadece kıdem tazminatı ödeyerek feshede gidebileceği gibi, kanımızca bildirim süresine ait ücreti peşin ödeme yoluna da gidebilir.

Belirtelim ki, değişiklik feshi ancak çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaçla göre orantılı ise son çare olarak gündeme gelebilir. Bu bağlamda ölçülülük denetiminin önemi büyüktür.

İşverenin burada gideceği fesih süreli fesih olduğu için aranacak neden haklı değil, geçerli neden olmalıdır. Dolayısıyla bu halde iş sözleşmesi işçinin yetersizliği ya da davranışlarına; iş, işyeri ya da işletme gereklerine dayalı sebeplerle feshedilebilecektir. Başka bir anlatımla, İş K.m.22'de, m.18 dışında ve yeni geçerli sebepler yaratılmamıştır. Öğretide baskın görüş de bu yöndedir⁹².

Böylece değişiklik feshine uğrayan işçi işvereni aleyhine normal süreli fesihte olduğu gibi işe iade davası açabilecek ve dava olağan süreçte ve İş K.m.17–21 çerçevesinde devam edecek ve karara bağlanacaktır. Ekleyelim ki, davada değişikliğin değil, feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığının araştırılması gerekecektir. Ancak esaslı değişikliğin kendisi aleyhine olduğunu ispat yükü işçidedir.

DİPNOTLAR

1 Mustafa ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, s. 161.

- 2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Fevzi ŞAHLANAN, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2008, Ankara, 2010, s. 177-178. Bugün yaşanan benzer durumlarda Yargıtay, esaslı değişikliklerle işçi üzerinde baskı kurmaya çalışan, başarılı olamayıp iş sözleşmesini fesheden işverenlerin feshini haksız bulmakta ve işçiye kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatının da ödenmesine karar vermektedir. Bkz. Yarg.9.H.D., T. 10.12.2010, E. 2010/22895, K. 2010/37240 (www.kazanci.com).
- 3 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, B.4, İstanbul, 2008, s. 597.
- 4 Öner EYRENCİ, Savaş TAŞKENT, Devrim ULUCAN; Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul, s.180-181; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, B.3, Ankara, 2008, s. 297.
- 5 SÜZEK, s. 598; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, B.23, İstanbul, 2010, s.252; Kübra DOĞAN YENİSEY, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Çalışma ve Toplum, 2010/3, s. 110-111.
- 6 Aksi görüş A. Murat DEMİRCİOĞLU, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", İş Dünyası ve Hukuk, Tankut CENTEL'e Armağan, İstanbul, 2011, s.125. Yazara göre belirli süreli iş sözleşmelerinde de değişiklik ihtiyacı doğduğunda m.22'deki usule göre hareket edilip, işçinin yazılı kabulünün alınması gerekir. Bu yönüyle belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından fark yoktur. Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi teklifi reddederse işveren geçerli sebeple süreli feshedebilir. İşçinin sözleşmesi belirli süreli ise süreli feshedilemez. Bu halde işveren belirli süreli sözleşmeyi sadece haklı sebeple feshedebilir.
- 7 SÜZEK, 601; ŞAHLANAN, s. 178.
- 8 Yarg.9.H.D., T. 27.10.2008, E. 2008/29715, K. 2008/28944, (www.kazanci.com).
- 9 YENİSEY, s. 97-98.
- 10 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş TAŞKENT, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.
- 11 Gülsevil ALPAGUT, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı, Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.9, 2006, s.51; SÜZEK, İş..., s.66; ÇELİK, s.234, dn.113'deki yazarlar.
- 12 Gülsevil ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", (Karar İncelemesi), Çimento İşveren, S.5, Eylül, 2004 s.56; TAŞKENT, İşverenin..., s.118.
- 13 Yarg.9.H.D., T. 15.11.1971, E.1971/17614, K.1971/22586, İş ve Hukuk Dergisi, S.75, s.22 vd.; Ayrıca bkz. Yarg.9. H.D., T.16.10.1996, E.1996/8637, K.1996/19563, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Kamu-İş, Ankara, 1998, s.134-135.
- 14 Sarper SÜZEK, "Değişiklik Feshi", TİSK Akademi, C.1, S.1, 2006/1, s. 11.
- 15 SÜZEK, İş., s. 602.
- 16 Ünal NARMANLIOĞLU, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İstanbul, 2009, s. 141.
- 17 DEMİRCİOĞLU, s. 125.
- 18 SÜZEK, İş..., s.603.
- 19 Yarg. 9.H.D., T. 22.10.2007, E. 2007/17449, K. 2007/31073, Çalışma ve Toplum, S.17, s. 350-352.
- 20 Yarg.9.H.D., T. 14.12.2009, E. 2009/46109, K. 2009/34662, (www.kazanci.com).
- 21 Yarg.9.H.D., T. 28.09.2010, E. 2008/34776, K. 2010/26093 (www.kazanci.com).
- 22 Yarg. 9.H.D., T. 11.07.2008, E. 2007/23953, K. 2008/19878, (www.kazanci.com).
- 23 SÜZEK, "Değişiklik Feshi...", s. 15.
- 24 Yarg.9.H.D., T. 19.09.2005, E. 2005/29066, K. 2005/30405, TÜHİS, Kasım, 2005, s. 108.
- 25 Yarg.9.H.D., T. 19.10.1976, E. 1976/6929, K. 1976/19816, İHU, İşK.16, No:4.
- 26 Kübra Doğan YENİSEY, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, C.2, İstanbul, 2001, s.1175; Nağme N. HOZAR, "İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi", SİCİL, Haziran, 2006, s.85.
- 27 ALP, s.243-244.
- 28 Ercan GÜVEN-Ufuk AYDIN, İş Hukuku, B.3, Eskişehir, 2002, s.82; Ayrıca bkz. Ünal NARMANLIOĞLU, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?", SİCİL, Eylül 2006, s.9 vd.; YENİSEY, "İşverene...", s.1178-1179; SÜZEK, İş ..., s.496.
- 29 ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.56.
- 30 ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.56-57; ALP, s.264.
- 31 SÜZEK, İş...s.499; Ayrıca iş sözleşmesinin esaslı unsurlarında değişiklik kavramı için bkz. Sarper SÜZEK, "Değişiklik...", s.10.
- 32 Ali GÜZEL, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, 2004, s.120; NARMANLIOĞLU, "İşverenin ...", s.15 vd.
- 33 ALP, s.257; ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.59; HOZAR, s.85; ÇELİK, s.234; Murat ENGİN, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileriyle Feshi, İstanbul, 2003, s.97; Bekir UZUN, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", SİCİL, Haziran, 2006, s.54 vd.; Ayrıca bkz. ve krş. EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, s.180-181; Savaş TAŞKENT, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara, 2006, s.79.
- 34 Bkz. Yargıtay 9. H.D.'nin T.27.12.2004, E.2004/20848, K.2004/29320 s. Kararı; Yarg. 9.H.D., T.04.04.2005, 2005/9605E., 2005/11820 K. s. Kararı, Yarg. 9. H.D.T. 19.04.2005, 2004/18827 E. 2005/13746 s. kararı için bkz. ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.50 vd. ; ayrıca bkz. HOZAR, s.88 vd.nda yer alan kararlar.
- 35 GÜZEL, s.120 vd.
- 36 NARMANLIOĞLU, s.15-18.
- 37 UZUN, s.53; ENGİN, s.317.

- 38 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.181; HOZAR, s.91; YENİSEY, s.1192 vd.; TAŞKENT, s.79; ÇELİK, s.234; ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.61; SÜZEK, "Değişiklik...", s.16.
- 39 Bkz. HOZAR, s.88 vd.'nda yer alan kararlar; ayrıca bkz. ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.62 vd.'nda yer alan kararlar; TAŞKENT, s.79-80.
- 40 YENİSEY, "İşverene...", s.1178; TAŞKENT, "İş...", s.79; UZUN, s.55.
- 41 TAŞKENT, "İş...", s.80; ALP, s.259.
- 42 Aynı görüş ALP, s.262; SÜZEK, "Değişiklik...", s.15; Ercan AKYİĞİT, İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, B.2, C.1, Ankara, 2006, s.863; Aksi görüş NARMANLIOĞLU, s.14; GÜZEL, s.120 vd.
- 43 Yarg.9.H.D., T.26.1.2004, E.2003/23105, K.2004/1204, Çimento İşveren Dergisi, S.5, Eylül 2004, s.52-53.
- 44 ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.61-62; ÇELİK, s.234; ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.62; TAŞKENT, "İş...", s.78.
- 45 Bkz. ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.63, dn.28-29-30'daki kararlar.
- 46 ALP, s.262-268.
- 47 ALP, s.262-268.
- 48 ALP, s.259.
- 49 UZUN, s.55; YENİSEY, "İşverene...", s.1180; ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.60.
- 50 YENİSEY, "İşverene...", s.1181.
- 51 ALP, s.259; SÜZEK, "Değişiklik...", s.18.
- 52 YENİSEY, "İşverene...", s.1184-1188; UZUN, s.55; HOZAR, s.91; SÜZEK, "Değişiklik...", s.21; ŞAHLANAN, 179.
- 53 YENİSEY, "İşverene...", s.1182; HOZAR, s.90-91; ALPAGUT, "İş Kanununun...", s.61; ENGİN, s.97.
- 54 İçerik denetiminde kanuna karşı hile ölçütünün uygulanmasının eleştirisi için bkz. ALP, s.257 vd.
- 55 SÜZEK, "Değişiklik...", s.18.
- 56 EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, s.181; UZUN, s.55; TAŞKENT, "İş...", s.79-80; ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.60; ÇELİK, s.234.
- 57 Yarg. 9.H.D., T. 19.04.2005, E. 2004/20234, K. 2005/13747, Çalışma ve Toplum, 2005/4, s.252.
- 58 Yarg. 9.H.D., T. 28.01.2010, E. 2008/14809, K. 2010/1480 (www.kazanci.com).
- 59 SÜZEK, "Değişiklik...", s.21-22.
- 60 ALP, s.401-402.
- 61 AKYİĞİT, s.864; ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s.60.
- 62 Yarg. 9.H.D., T. 24.05.2010, E. 2009/20411, K. 2010/ 14372, (www.kazanci.com).
- 63 ALP, s.401-402.
- 64 Yarg.9.H.D., T.27.12.2004, E.2004/20848, K.2004/29320; Yarg.9.H.D., T.04.04.2005, e.2005/9605, K.2005/11820 (ÇANKAYA-GÜNAY-GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.598-600); Yarg.9.H.D., T.06.02.2006, e.2006/835, K.2006/2400 (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s.2006/10, s.683-685).
- 65 Yarg. 9.H.D., T. 24.09.2007, E. 2007/13498, K. 2007/27926, YKD., C.34, Mayıs, 2008, S.5, s.878.
- 66 Yarg.9.H.D., T. 25.03.2010, E. 2008/22933, K. 2010/17945, (www.kazanci.com).
- 67 ALP, s.402 vd.
- 68 YENİSEY, "İşverene...", s.1193.
- 69 YENİSEY, "İşverene...", s.1192-1194; ALP, s.411.
- 70 Murat ŞEN, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara, 2005, s.173; YENİSEY, "İşverene...", s.1195; HOZAR, s.91.
- 71 ALPAGUT, "İş Kanununun", s.63-64; SÜZEK, "Değişiklik...", s.22.
- 72 Aynı görüş SÜZEK, "Değişiklik...", s.22.
- 73 Ufuk AYDIN, "4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları", (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi), SİCİL, Mart, 2007. Yarg.HGK. T. 11.10.2006, E. 2006/9-613, K. 2006/644 sayılı kararın incelenmesi), s. 57 vd.
- 74 ALP, s.130; SÜZEK, İş..., s. 616.
- 75 Murat ŞEN, "İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği 6 İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları", Sicil, Mart, 2007, S.5, s.79.
- 76 SÜZEK, İş..., s. 619.
- 77 DEMİRCİOĞLU, s.128.
- 78 Yarg. 9.H.D., T. 14.12.2010, E. 2010/30973, K. 2010/37847, (www.kazanci.com).
- 79 DEMİRCİOĞLU, s. 133.
- 80 Örneğin bkz. Yarg.9.H.D., T. 16.09.2005, E. 2005/27701, K. 2005/30370, Tekstil İşveren, Mayıs, 2007, s. 2-4 (Hukuk Eki).
- 81 ALP, s. 74; YENİSEY, s.128.
- 82 Aynı görüş ÇELİK, s. 253; SÜZEK, İş..., s. 620; ŞAHLANAN, 180.
- 83 ÇELİK, s. 254.
- 84 Yarg.9.H.D., 07.07.2008, E. 2007/24548, K. 2008/19209 (Şahin ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara, 2009).
- 85 ŞAHLANAN, s. 181, SÜZEK. "Değişiklik Feshi", s.24; YENİSEY, "Çalışma...", s. 130. Aksi görüş Gülsevil ALPAGUT, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara, 2007, s.108-109.
- 86 Yarg.9.H.D., T. 05.04.2010, E. 2009/20241, K. 2010/9324 (www.kazanci.com).
- 87 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 298.
- 88 Yarg. 9.H.D., T. 01.07.2010, E. 2008/33802, K. 2010/21280 (www.kazanci.com).
- 89 Kanunun hazırlanmasında yararlanan Alman Feshe Karşı Koruma Kanununda işçiye, kabul ve ret dışında, ihtirazi kayıtla kabul, feshi etkisiz hale getirme, değişikliğin geçersizliğini dava etme gibi başka haklar da tanınmıştır. ALP, s. 161.
- 90 Yarg. 9.H.D., T. 17.12.2010, E. 2009/41738, K. 2010/38576 (www.kazanci.com).

- 91 Yarg.9.H.D., T. 05.07.2010, E. 2010/26625, K. 2010/21829, Legal İSGHD, S.29, 2011, s. 332-335.
- 92 SÜZEK, İŞ..., s. 624; ENGİN, 323; ALP, s.146; ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin...", s. 57; DEMİRCİOĞLU, s. 130.

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT Ercan, İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, B.2, C.1, Ankara, 2006.
- ALP Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005.
- ALPAGUT Gülsevil, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara, 2007.
- ALPAGUT Gülsevil, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı, Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.9, 2006.
- ALPAGUT Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", (Karar İncelemesi), Çimento İşveren, S.5, Eylül, 2004.
- AYDIN Ufuk, "4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları", (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi), SİCİL, Mart, 2007. ŞEN Murat, "İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği 6 İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları", Sicil, Mart, 2007.
- ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, B.23, İstanbul, 2010.
- DEMİRCİOĞLU A. Murat, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", İş Dünyası ve Hukuk, Tankut CENTEL'e Armağan, İstanbul, 201.
- ENGİN Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileriyle Feshi, İstanbul, 2003.
- EYRENCİ Öner, TAŞKENT Savaş, ULUCAN Devrim; Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul.
- GÜVEN Ercan, AYDIN Ufuk, İş Hukuku, B.3, Eskişehir, 2002.
- GÜZEL Ali, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul, 2004.
- HOZAR Nağme N., "İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi", SİCİL, Haziran, 2006.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, B.3, Ankara, 2008.
- NARMANLIOĞLU Ünal, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İstanbul, 2009.
- NARMANLIOĞLU Ünal, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır?", SİCİL, Eylül 2006.
- SÜZEK Sarper, "Değişiklik Feshi", TİSK Akademi, C.1, S.1, 2006/1.
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, B.4, İstanbul, 2008.
- ŞAHLANAN Fevzi, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2008, Ankara, 2010.
- ŞEN Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara, 2005.
- ŞEN Murat, "İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği 6 İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları", Sicil, Mart, 2007.
- TAŞKENT Savaş, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara, 2006.
- TAŞKENT Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.
- UZUN Bekir, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", SİCİL, Haziran, 2006.
- YENİSEY Kübra DOĞAN, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Çalışma ve Toplum, 2010/3.
- YENİSEY Kübra Doğan, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", Prof.Dr.Nuri ÇELİK'e Armağan, C.2, İstanbul, 2001.

Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi

Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolunun Mevcut Dosyalara Etkisi

GİRİŞ

Medeni Usul Hukukunda kanunyolları olağan ve olağanüstü kanunyolu şeklinde sınıflandırılabilceği gibi ikinci derece kanun yolu ve üçüncü derece kanun yolu olarak da sınıflandırılabilir. Medeni Usul Hukukunda kanunyolları olağan ve olağanüstü kanunyolu şeklinde sınıflandırılabilceği gibi ikinci derece kanun yolu ve üçüncü derece kanun yolu olarak da sınıflandırılabilir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun¹ ve 5236 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun² kabul edilinceye kadar medeni usul hukukunda iki dereceli (ilk derece ve temyiz) yargılama sistemi öngörölmüştü.

İstinaf ilk derece mahkemesi ile üçüncü derece kanunyolu (temyiz) arasında kurulan ikinci derece bir kanun yoludur.

Yeni kanun yolunun uygulanmasının mevcut dosyalara etkisi usul kanunlarının zaman itibarıyla uygulanması sorunu ile ilgilidir. Konu ile HUMK.'un 578. maddesinde bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak istinaf kanun

yolunun kabul edilmesi ile HUMK.'a bir geçici madde eklenmiş, bu geçici madde 5348 sayılı Kanunla³ değiştirilmiştir. Ayrıca 5311 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 7. maddesi ve 5308 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi ile mevcut dosyalar yönünden nasıl işlem yapılacağına ilişkin geçiş hükümleri konulmuştur.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girecek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 448. maddesinde zaman bakımından uygulanma konusu düzenlenmiştir.

Bu çalışmada yeni kanun yolunun mevcut dava ve dosyalara etkisi üzerinde duracağız.

1- MEDENİ USULE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ZAMAN İTİBARIYLA UYGULANMASI

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yürürlüğe girdikten sonra birçok değişiklik ya-

pılmış, 6100 sayılı Kanunla 1086 sayılı HUMK yürürlükten kaldırılmıştır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa ek ve değişiklik getiren kanunlarda değişikliğin yürürlüğe gireceği tarih konusunda açık düzenleme yapılmış olabileceği gibi hiçbir düzenleme getirilmemiş de olabilir.

Medeni Usule ilişkin yeni kanunda geçici hükmü bulunup bulunmamasına göre bir değerlendirme yapmadan önce maddi hukuka ilişkin hükümlerin zaman itibarıyla uygulanması bakımından açıklamada bulunacağız.

1- Medeni Hukuka İlişkin Hükümlerin Zaman İtibarıyla Uygulanması

Bir kanun kural olarak ancak yürürlüğe girmesinden sonrası için uygulanabilir ve geçmişe etkili olamaz. Diğer bir ifadeyle bir kanun kural olarak ileriye etkili olup, etkisini yürürlük tarihinden itibaren gösterir. Yeni kanun eski kanun zamanında ve eski kanuna göre tamamlanmış olan muameleleri etkilemez. Ancak henüz tamamlanmamış ve hukuki sonuçlarını doğurmamış muameleler bakımından uygulama alanı bulur⁴. Kanunların geçmişe etkili olmaması yasağını ifade eden bu ilkenin anlamı konusunda tartışmalar çıkmış ve “kazanılmış hak” teorisi ve “derhal yürürlük” teorileri ileri sürülmüştü⁵.

Kazanılmış hak teorisine göre yeni kanun kazanılmış haklara müdahale edemez. Kazanılmış hak kavramının belirsizliği nedeniyle eleştirilen bu görüş Türk Hukukunda Medeni hukuk alanında hakim görüş niteliğindedir⁶.

Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 4. maddesinin başlığı “kazanılmamış haklar”dır. Hükme göre eski kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş olup da Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış olaylara Yeni Kanun uygulanacaktır. Yeni Kanunun herhangi bir hak doğurmamış olaylara uygulanacak olması ifadesinin karşıt anlamından çıkan sonuç Yeni Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte bir hak elde edilmişse yani kazanılmışsa bu hak Yeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da korunmalıdır.

Yeni Kanunun derhal yürürlüğe gireceğine ilişkin teoriye göre kanunlar yayımlandıkla-

rı andan itibaren tüm hukuki ilişkilere derhal uygulanırlar. Kazanılmış hak teorisini oluşturan ve derhal yürürlük teorisinin savunan Raubier'e göre kanunların derhal yürürlüğe girmesi temel ilke olup, kanunlarının geçmişe etkili olmaması ikincil ilke olarak kabul edilmelidir⁷.

Yazara göre geçmişe etkili kanun kazanılmış hakka müdahale eden değil, tamamlanmış hukuki olguya, hukuki duruma müdahale eden kanundur.

Eski kanun zamanında doğmuş ve tamamlanmış hukuki durumlar ile eski kanun zamanında doğmuş fakat tamamlanmamış hukuki durumların ayrı değerlendirilmelidir⁸.

Yine Raubier, sözleşmesel hukuki durumlar ile doğrudan doğruya kanundan doğan hukuki durumlar arasında zaman açısından yürürlüğün farklı değerlendirilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür⁹.

Türk hukukunda da kanunların zaman itibarıyla uygulanması kanunda zaman itibarıyla uygulanması konusunda maddi hukuka ilişkin işlemler ve usul hukukuna ilişkin işlemler ayrımı yapılmıştır¹⁰.

Maddi hukuka ilişkin işlemlerden taraf iradelerinin önemli olduğu işlemlerde taraf iradelerinin olduğu tarihin eski kanun zamanında mı yoksa yeni kanun zamanında mı meydana geldiği gözetilerek bir sonuca varılmalıdır¹¹.

Yeni usul hükümleri daima en iyi ve amaca en uygun düzenleme getirdiği için bu hükümler derhal tüm hukuki olay ve işlemlere uygulanırlar¹².

2- Usul Hukukuna İlişkin Hükümlerin Zaman İtibarıyla Uygulanması

Usul hukukuna ilişkin yeni bir düzenleme yapıldığında veya önceki hüküm değiştirildiğinde kanun koyucu yeni kanunun yürürlüğe gireceği zaman konusunda açık bir düzenleme getirebileceği gibi herhangi bir düzenleme yapmamış da olabilir.

Önce usule ilişkin yeni kanunda zaman itibarıyla uygulama bakımından düzenleme yapılmaması konusu üzerinde duracağız.

a- Yeni Kanunda İntikal (Geçiş) Hükümü Bulunmaması

Usule ilişkin yeni kanun yürürlüğe girdiği

tarihte, kanun koyucu kanunun yürürlüğü ile ilgili açık bir düzenleme yapmamış olabilir. Kanun koyucu genellikle “Bu kanun yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer” veya “Bu kanun (...) tarihinde yürürlüğe girer” veyahut da “Bu kanunun (...) hükümleri (...) tarihinde, hükümleri yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer” şeklinde düzenlemeler yapabilir.

Medeni Usul Hukuku ile ilgili yürürlük konusundaki temel hüküm HUMK.’un 578. maddesidir. Hükme göre “İş bu kanun müktesep hakları ihlal etmemek şartı ile makabline şamildir.

Bu kanunda tayin edilmiş olan müddetler içinde istimal edilmeyen haklar artık istimal olunamaz. Şu kadar ki henüz müddeti içinde bulunan alakadar, bu kanunun neşri gününden itibaren bu kanundaki müddetler içinde haklarını istimal ederler.” hükümde yer alan “makabline şamil” ifadesinin anlamı konusunda tartışmalar ortaya çıkmıştır.

Postacıoğlu’na göre bu ifade kanun koyucunun iradesini yansıtmamaktadır. Burada gerçek anlamda kanunun geçmişe yürümesi söz konusu değildir. Tamamlanmış hukuki işlemlere müdahale edilemez. HUMK.’un 578. maddesinde yer alan bu ifade ile amaçlanan geçmişe etki değil kanunun derhal yürürlüğe girmesidir¹³.

Üstündağ’a göre burada usul kanununun makable şamil olmasından değil, derhal yürürlüğe girmesinden bahsedilebilir. Zira eski kanun zamanında başlamış olan yargılama, bu kere artık yeni kanuna göre devam edecektir. Eğer kanun makabline şamil olsa idi, eski kanun zamanında başlamış yapılmış olan muamelelere de etki etmesi gerekecek idi. O halde yeni yapılacak muamelelerin yeni kanuna tabi oluşu, kanunun makable şamil olmamasından değil, kanunun derhal, yani geleceğe yönelik olarak uygulanması gerektiği fikrinden ileri gelir. Bu nedenle usul kanununun 578. maddesindeki ifade yanıltıcıdır¹⁴.

Hatemi’ye göre “buradaki makabline şamildir” ibaresini “aksine hüküm yoksa derhal yürürlüğe giren ve bu andan sonraki yargılama safhalarında uygulanır” şeklinde anlamak gerekir¹⁵.

Pekcanitez’e göre, bu maddeye (HUMK. m. 578) göre, yeni bir kanunla kabul edilen usul hükümleri hemen uygulanacaktır. Ancak, yeni hükümlerin hemen uygulanması henüz tamamlanmamış işlemlerin yeni kanuna göre yapılacağı, buna karşılık tamamlanmış olan işlemlerin ise, yeni kanundan etkilenmeyeceğidir. Son durumda (tamamlanmış olan işlemlerde) yeni kanun hükümlerinin zaman itibariyle geçmişe etkileri olmayacaktır¹⁶.

Berkin’e göre “Usul Kanunu ile getirilen değişikliklerin makabline şamil olduğu söylenemez; değişiklik getiren kanunun bir taraftan tekemmül etmiş olan usuli muamelelere tesir etmesini önlemek, diğer taraftan yani kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak usuli muamelelerin artık bu kanunun uygulama alanına girdiğini kabul etmek lazımdır. Bu sebeple, kanunların makabline şumulü yerine, kanunların derhal etki göstermesi ifadesinin kullanılması belki daha isabetli olur”¹⁷.

Maddede geçen “müktesep hak” ifadesi de isabetli kullanılmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Pekcanitez’e göre medeni usul hukukunda müktesep haktan söz edilemez. Bu ifadeyi bir usul işleminin tamamlanmış olup olmamasına göre belirlememiz gerekir. Bir usul işlemi tamamlanmış ise, artık yeni kanun hükmü etkili olmayacaktır. Aksi takdirde, tamamlanmış işlemlerin de yeni kanun hükümleriyle değiştirilmesi taraflar bakımından haksızlık teşkil ederdi. Bu hükümdeki müktesep hakları ihlal etmemek ifadesini, bu kanunun tamamlanmış usul işlemlerine bir etkisinin olmayacağı, buna karşılık tamamlanmamış usul işlemlerinin yeni kanun hükümlerine göre yapılması gerekeceği şeklinde anlamak gerekir”¹⁸.

Berkin’e göre “yani kanun yürürlüğe girdikten sonra eski kanun zamanında açılmış olup da henüz kesin hükme bağlanmadığı için görülmekte olan davanın yeni kanunun yürürlükte bulunduğu zamanda tamamlanan usuli muamele yeni kanuna tabi olur. Bu durumda kazanılmış haklar ihlal edilmemiş olur”.

Yargıtay da bir davayı bir tek işlemde ibaret saymamakta, her davayı oluşturan türlü işlemleri HUMK.’un 578. maddesinin uygulan-

ması bakımından ayrı ayrı değerlendirmekte, tarafları işlemleri ile hakimleri işlemlerinin ayrı birer usuli muamele kabul ederek henüz tamamlanmayan işlemlere yeni usul kanununun uygulanacağını, eski kanun zamanında tamamlanmış usuli muamelelere yeni kanunun etki etmeyeceğini kabul etmektedir¹⁹.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 448. maddesi HMK'nın zaman bakımından uygulanma alanı ile ilgili genel kuralı koymaktadır. Hükme göre HMK hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır.

b- Yeni Kanunda İntikal (Geçiş) Hükümü Bulunması

Yeni bir kanun yürürlüğe girdiği zaman kanun koyuca açık bir intikal (geçiş) hükümü koyulabilir. Bu durumda yeni kanun zaman itibarıyla uygulanması konusunda açık düzenleme yapıldığı için yürürlük konusunda uyumsuzluk çıkmayabilir. Örneğin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 1. maddesine göre "Kanunun, senetler ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümleri Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmaz". Hükümde açıkça geçiş hükümü konulduğu için yeni davalara bu intikal (geçiş) hükümü uygulanır.

Şimdi yeni kanun yolu ile ilgili getirilen intikal hükümleri üzerinde duracağız.

II- YENİ KANUN YOLUNUN MEVCUT DOSYALARA UYGULANMASI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunla bölge adliye mahkemesinin kurulması öngörülmuş ve aynı tarihte yürürlüğe giren 5236 sayılı Kanunla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklikler yapılarak istinaf kanun yolu kabul edilmiş, yeni kanun yolu gözetilerek temyiz kanun yolu yeniden düzenlenmiş ve karar düzeltme kurumu kaldırılmıştır.

İstinaf kanun yoluna ilişkin hükümler bölge adliye mahkemelerinin Resmi Gazete'de ilan edilecek görev başlama tarihinden itibaren uygulanabilecektir.

Bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasıyla birlikte mahkemelerde derdest olan dosyaların, karara çıkmış henüz temyiz edilmemiş davalara ilişkin dosyaların, karara çıkmış ve temyiz edilmiş dosyalara ilişkin dosyaların, Yargıtay'da temyiz incelemesi devam eden ve temyiz incelemesi yapılan dava dosyalarının durumunun ne olacağı soruları sorulabilir.

Kanun koyucu bu konuda bazı düzenlemeler yapmıştır. Şimdi bu düzenlemelere değineceğiz.

1- 5236 Sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile Yapılan Düzenleme

5236 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine göre "Yargıtay'da incelenmekte bulunan ve henüz karara bağlanmamış olan davalar Bölge Adliye Mahkemelerine gönderilir. Yargıtay hukuk daireleri ve Hukuk Genel Kurulu tarafından karara bağlanmış dava dosyaları bakımından bu kanunun istinaf yoluna ilişkin hükümleri uygulanmaz" Bu hüküm uyarınca bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı tarihte, Yargıtay tarafından karara bağlanmamış dava dosyaları bölge adliye mahkemelerine gönderilecek, karara bağlanmış olan dava dosyaları bakımından istinaf yoluna ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Yargıtayca bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasından önce karara bağlanan dava dosyaları hakkında mahkemelerin direnme veya yeniden hüküm kurmak suretiyle verdikleri kararlar hakkında sadece temyiz yoluna başvurulabilecektir (Geçici madde 1/2 son cümle).

2- 5236 Sayılı Kanun'un 5348 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikten Sonraki Geçici 2. maddesi ile Yapılan Düzenleme

5236 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uygulanmadan 5348 sayılı Kanunla²⁰ değiştirilmiş ve istinaf kanun yolunun uygulanmasının mevcut dosyalarına etkisi konusu yeniden düzenlenmiştir.

Hükme göre “bölge adliye mahkemelerinin ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar HUMK.’un 5236 sayılı Kanunla değişiklikle önceki 427 ila 454. maddeleri hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”²¹

Bu hükümle kanun koyucu bölge adliye mahkemelerine fiilen göreve başlamasından önce mahkemelerden verilmiş henüz temyiz yoluna gidilmemiş kararlar ile mahkemelerden verilmiş ve temyiz edilmiş kararlar arasında bir ayırım yapmıştır. Bölge adliye mahkemelerinin fiilen işleme tarihinden önce temyiz yoluna başvurulmuş kararlarla ilgili dava dosyaları Yargıtay’a gönderilecektir. Bölge adliye mahkemelerinin fiilen işlemeye başlamasından önce karar verilmiş olsa bile fiili göreve başladıktan sonra karar temyiz edilmişse bu kararlar ilgili dava dosyası bölge adliye mahkemesine gönderilecektir.

3- 6100 Sayılı HMK. ile Yapılan Düzenleme

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe giriş tarihi 1 Ekim 2011’dir. 6100 sayılı HMK.’nin 6217 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile eklenen geçici 3. maddesine göre bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı HUMK.’un temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam olunacaktır.

Bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasından önce temyiz yoluna başvuru kararları hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı HUMK.’un 5236 sayılı Kanunla değişmeden önceki 427 ila 454. madde hükümleri uygulanmaya devam olacaktır.

4- 5311 Sayılı Kanun’la İcra ve İflas Kanunu’na Eklenen Geçici 7. madde ile Yapılan Düzenleme

İstinaf kanun yolunun kabul edilmesinden sonra bu kanun yoluna uyum sağlaması için İcra ve İflas Kanununda 5311 sayılı Kanunla değişiklikler yapılmıştır²².

Hükme göre “Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen karar-

lar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflas kanununun bu kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır” Bu hüküm HUMK.’a 5348 sayılı Kanunla eklenen geçici madde 2’deki düzenlemeden farklıdır.

Örneğin bölge adliye mahkemelerinin 1 Ocak 2011 tarihinde fiilen işlemeye başladığını, Mahkeme kararının 31.12.2010 tarihinde tebliğ edildiğini, 2.1.2011 tarihinde temyiz edildiğini varsayalım. Karar asliye hukuk mahkemesi tarafından verilmişse bu hükme karşı temyiz değil, istinaf yoluna gidilmesi gerekir. Karar, icra mahkemesi tarafından verilmişse istinaf yoluna değil, temyiz yoluna başvurulması gerekir.

Özellikle icra mahkemesi ile genel mahkemelerin birbirlerine görevsizlik kararı vermeleri halinde karar ve temyiz tarihine göre farklı kanun yollarının uygulanması söz konusu olabilecektir²³.

Yılmaz’a göre her iki kanun bakımından böyle bir farklılığın yönetilmiş olmasının bir mantığı bulunmamaktadır. Bunlardan birinin tercih edilerek aradaki farklılığın kaldırılması uygun olur.²⁴

Taşpınar-Aymaz’a göre HUMK.’daki düzenleme daha isabetlidir. Çünkü HUMK.’un 578. maddesi kazanılmış hakları ihlal etmemek koşuluyla Kanunun derhal uygulanacağını ve geçmişe de yürüyebileceğini ifade etmektedir.

Bu hükmün yorumunda, doktrinde, bu usul işleminin tamamlanmış olması ve başka bir usuli kesite geçmiş olma ölçütleri uygulanmaktadır. O nedenle, tarafın temyiz hakkını elde edip, bu yola başvurusu, onun bakımından eski hükümlerin uygulanmasını gerektirir. Buna karşılık sadece karar verilmiş olması yeterli değildir. Çünkü henüz temyize başvurmamış taraf bakımından böyle bir usuli aşama doğmamıştır. Ayrıca bu taraf talebini istinaf hükümlerine göre gerçekleştirebileceğinden onun aleyhine bir durumun varlığından söz edilemez.

5- 5308 Sayılı Kanun’la İş Mahkemeleri Kanunu’na Eklenen Geçici 1. madde ile Yapılan Düzenleme

İstinaf kanun yolunun kabul edilmesinden

sonra bu kanun yolu ile uyum sağlanması için 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesinde 5308 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış ve geçici madde 1 eklenmiştir.

Hükme göre "Bölge adliye mahkemelerinin Resmi Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında yapılan temyiz başvuruları, kesinleşinceye kadar Yargıtay tarafından sonuçlandırılır. Bu kararlar hakkında İş Mahkemeleri Kanununun bu kanunla yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri uygulanır".

Görüldüğü gibi bu hükmün İcra İflas Kanununa eklenen geçici 7. madde ile uyumlu, ancak HUMK.'a eklenen geçici madde 2'deki düzenlemeden farklıdır. İcra mahkemeleri ile ilgili yapılan açıklama bu değişiklik için de geçerlidir. Zira kanun koyucu iş mahkemelerinden verilen kararlar ile genel mahkemelerden verilen kararlar arasında yeni kanun yolunun uygulanması bakımından farklı hükümler sevk etmiştir.

6- Hakimler Hakkında Açılan Tazminat Davalarında Görevle İlgili Düzenleme

a- 5236 Sayılı Kanun'un 18. maddesi ile Yapılan Düzenleme

5236 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 575. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik de bölge adliye mahkemelerinin fiili göreve başlamasından sonra uygulanacaktır.

1086 sayılı HUMK.'un 575. maddesindeki düzenlemeye göre tazminat davası sulh hakimi, icra hakimi, ilçe asliye hakimleri hakkında işe bağlı oldukları il asliye mahkemesinde, il asliye hakimi hakkında ise esas davanın tabi olduğu Yargıtay Dairesinde açılmalıdır. Bu hüküm 5236 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

Yeni hüküm şöyledir:

"İlk derece mahkemelerinde görev yapan hakimler hakkında tazminat davaları bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, bölge adliye mahkemesi hakimleri hakkında ise Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesi tarafından incelenerek karara bağlanır".

Tazminat davası hakkında yerel mahkemeler tarafından adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasından önce karar verilmiş ve karar temyiz edilmişse dosya Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesine gönderilecektir. Karar verilmiş ancak temyiz edilmemişse dosya bölge adliye mahkemesine gönderilecektir.

5235 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine göre görev değişikliği halinde üst görevli mahkemeler yargılamaya devam edeceğinden Yargıtay ilgili dairesinde açılan tazminat davalarına bakılmaya devam edilecek, ilk derece mahkemelerinde açılan davalar görevsizlik nedeniyle bölge adliye mahkemesine gönderilecektir.

Ancak bu hüküm henüz uygulanmadan 6110 sayılı Kanunla hakimlerin sorumluluğu yeniden düzenlenmiştir.

b- 6110 Sayılı Torba Kanun'la Yapılan Düzenleme

6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 14.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

6110 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na 93/A maddesi ilave edilmiştir.

2802 sayılı Kanun'un 93/A maddesinin 4. fıkrasına göre; "Kanun yoluna başvurulması için miktar veya değere ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar, hakim ve savcılarının işlem, faaliyet veya kararlarına dayanılarak açılan her türlü tazminat ve rücu davalarında uygulanmaz."

6110 sayılı Kanun'un 13.maddesi ile HUMK.'un 573. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi değiştirilmiştir.

Hükme göre; "Hakimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı aşağıdaki sebeplerle dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir".

6110 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre; "Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun bu kanuna eklenen 93/A maddesi ile HUMK.'un bu kanunla değiştirilen 573. maddesi hükmü bu kanun yürürlüğe girdiği tarihte;

- Görülmekte olan davalara,
- Kesinleşmemiş hükümlere,

c)Bu kanunla temyiz veya karar düzeltme yolu açılan hükümler açısından temyiz ve karar düzeltme süresi geçmeyenler bakımından da uygulanır ve davaya Devlet aleyhine devam olunur “.

Geçici 2. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle temyiz ve karar düzeltme süresi geçmeyen hükümler için, bu Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki hafta içinde temyiz ve karar düzeltme yoluna başvurabilir “.

Geçici 2. maddenin dördüncü fıkrasına göre “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen ve miktar veya değeri itibariyle temyiz ve karar düzeltme yoluna başvurulmayan hükümler için, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki hafta içinde temyiz veya karar düzeltme yoluna başvurabilir”.

Geçici 2.maddenin beşinci fıkrasına göre;

“Görevli mahkemede Devlet aleyhine devam olunacak davada temyiz ve karar düzeltme incelemesinde ilk olarak Hakimler ve Savcılar Kanununun 93/A maddesinde öngörülen dava şartlarının mevcut olup olmadığına bakılır.”

Yapılan düzenlemeler Anayasa’nın 2, 9, 10 ve 138. maddeleri hükümlerine aykırıdır.

Anayasa’nın 138/son maddesine göre; “yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar (yasama ve yürütme) ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

Hakimlerin sorumluluğu ile ilgili kesinleşmiş kararlara yasama organının müdahale ederek değiştirmesi, kesinleşen kararlara karşı temyiz ve karar düzeltme imkanı tanıyarak geciktirmesi Anayasa’nın 138/son maddesi hükmüne aykırıdır.

6110 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra tüm hakimler (Yargıtay Başkan ve üyeleri hariç) yönünden yargılama Yargıtay ilgili hukuk dairesinde yapılacaktır. 6110 sayılı Kanun’un geçici 2. maddesinde yer alan Yargıtay ilgili hukuk dairesi 6110 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile değişik Yargıtay Kanunu’nun 14. maddesine göre her yıl değişebilecektir. Bu durumda hakimlerin yargılandığı uyuşmazlığın

temyiz incelemesi görevi hangi daireye verilmişse dosya o daireye gönderilecektir.

6110 sayılı Kanunla yapılan bu düzenleme de Anayasa’nın 37.maddesinde yer alan “Kanuni hakim” ilkesine aykırı olacaktır. Ayrıca düzenleme mahkemelerin görevlerinin kanunla olacağına ilişkin Anayasanın 142. maddesine de aykırıdır.

6100 sayılı HMK.’nin 46 ve devam maddelerinde hakimin hukuki sorumluluğu konusu düzenlenmiştir.

III- YENİ KANUN YOLUNUN UYGULANMASINDAN DOĞABİLECEK SORUNLAR

Bölge adliye mahkemelerinin fiilen görev ve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında HUMK.’un 427 ila 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam edilmesi, temyiz yoluna başvurulmamış kararlar hakkında istinaf kanun yolunun uygulanacak olması tüm sorunları çözmez.

Bu düzenlemeden dolayı uygulamada bazı sorunlar çıkabilir. Şimdi tespit edebildiğimiz bazı sorunlar üzerinde duracağız.

1-İlk derece mahkemesinde aleyhine karar verilenler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı var. Davalılardan A’ya karar 20.12.2011 tarihinde tebliğ edildi ve

(A) 25.12.2011 tarihinde kararı temyiz etti. Davalılardan (B)’ye karar 29.12.2011 tarihinde tebliğ edildi ve (B) kararı 2.1.2012 tarihinde temyiz etti.

Davalılardan (C)’ye karar 3.1.2012 tarihinde tebliğ edildi ve (C) karar hakkında 10.1.2012 tarihinde istinaf yoluna başvurduğuna ilişkin dilekçe verdi.

Bölge adliye mahkemeleri 1.1.2012 tarihinde fiilen göreve başladı.

Bu durumda HUMK.’a 5236 sayılı Kanunla eklenen geçici maddeye göre (A)’nın temyiz istemi yönünden HUMK.’un 427 ila 454. maddeleri uygulanacak, (B) ve (C)nin istemleri yönünden yeni kanun yolu uygulanacaktır.

2-Karar 6.12.2011 tarihinde verilmiş ve da-

valı (B), kararı 8.12.2011 tarihinde tebellüğ ederek aynı gün temyiz talebinde bulunarak maktu harcı yatırmıştır. Bölge adliye mahkemeleri 1.1.2012 tarihinde fiilen göreve başlamıştır. Temyiz incelemesi yapan Yargıtay ilgili dairesi eksik yatırılan temyiz harcının tamamlanması için dosyayı geri çevirmiş ve (B) eksik harcı 5.1.2012 tarihinde tamamlanmıştır.

Bu durumda dosya Yargıtay'a mı yoksa bölge adliye mahkemesine mi gönderilecektir?

Eksik harcın tamamlanmaması nedeniyle (B)'nin temyiz istemi mahkemece reddedilir ve bu karar (B) tarafından süresinde temyiz edilirse dosya Yargıtay'a mı yoksa bölge adliye mahkemesine mi gönderilecektir?

3-Mahkemece karar verildikten sonra ancak temyiz edilmeden davacı davadan feragat ettiğini belirten bir dilekçeyi mahkemeye vermiştir.

Bölge adliye mahkemesi 1.1.2012 tarihinde fiilen göreve başlaması halinde daha önce veya daha sonra yapılan feragat beyanı üzerine dosya nereye gönderilecektir?

Uygulamada feragat beyanı üzerine karar henüz kesinleşmemişse Yargıtay ilgili Dairesine gönderilmektedir.

Ortada bir temyiz istemi bulunmadığına göre HUMK.'un 5236 sayılı Kanunla eklenen geçici maddesi uygulanabilecek midir?

4-Mahkemece 6.12.2011 tarihinde davanın kabulüne karar verildi. Kararı 8.12.2011 tarihinde alan davalı (B) 23.12.2011 tarihinde temyiz yoluna başvurdu.

Davacı (A)'ya karar 25.12.2011 tarihinde tebliğ edildi, aynı gün tavzih talebinde bulundu ve talebi mahkemece 30.12.2011 tarihinde reddedildi. (A) tavzih talebinin reddine ilişkin karar hakkında 5.1.2012 tarihinde kanun yoluna başvurdu.

Bölge adliye mahkemeleri 1.1.2012 tarihinde fiilen göreve başladı.

(A) ve (B)'nin kanun yoluna başvuruları üzerine dosya nereye gönderilecektir?

(B)'nin talebi yönünden Yargıtay'a (A)'nın talebi yönünden bölge adliye mahkemesine gönderilebilir mi?

5-Dava devam ederken davalının veya davalının iflasına karar verilmiş, karar iflas idaresi

yerine müflisi davada temsil eden vekile tebliğ edilmiş ve vekil bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başlamadan önce temyiz yoluna başvurmuştur.

Yargıtay ilgili Dairesi kararın iflas idaresine tebliğ edilip temyiz süresi geçtikten sonra gönderilmesi için dosyayı geri çevirmiş, bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başladıktan sonra iflas idaresi kanun yoluna başvurmuştur.

Bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başlamadan önce kararı temyiz eden vekilin temsil yetkisi BK.'nın 397. maddesi uyarınca sona erdiği için, iflas idaresi de karara karşı bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasından sonra kanun yoluna başvurduğu için incelemeyi Yargıtay mı yoksa BAM mı yapacaktır?

6-Doğrudan iflas davasında iflasa karar verilmiş ve müdahale takip eden alacaklı kararı süresinde temyiz etmiştir.

Mahkemece müdahalenin süresinde yapılmaması nedeniyle alacaklının temyiz yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddedilmiş ve karar alacaklıya 31.12.2011 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bölge adliye mahkemeleri 1.1.2012 tarihinde fiilen görevine başlamış ve ret kararı hakkında 3.1.2012 tarihinde kanun yoluna başvurulmuştur. Bu durumda aslında mahkemece HUMK.'un 432/4. maddesinde sayılan haller bulunmadığı için ret kararı verilmemesi gerekirdi. Ancak verildi ve alacaklı bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başladıktan sonra kanun yoluna başvurdu.

Dosya Yargıtay'a mı yoksa BAM'a mı gönderilecek?

7-Mahkeme kararı bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başlamasından önce temyiz edilmiştir. Mahkeme temyiz istemini süresinden sonra yapıldığı veya kararın temyiz kabil olmayan bir karar olduğu gerekçesiyle reddetmiş ve ret kararı bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasından sonra tebliğ edilmiş ve ret kararı aleyhine süresinde kanun yoluna başvurulmuştur.

Bu durumda incelemeyi Yargıtay mı yoksa BAM mı yapacaktır?

8-Asıl dava ve birleşen dava vardır.

Asıl dava kabul edilmiş birleşen dava redde-

dilmiştir. Davacı birleşen davanın reddine ilişkin karar aleyhine bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başlamadan önce temyiz yoluna başvurmuştur.

Bölge adliye mahkemeleri 1.1.2012 tarihinde fiilen göreve başlamıştır. Karar davalıya 31.12.2011 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı asıl dava yönünden 5.1.2012 tarihinde kanun yoluna başvurmuştur.

Bu durumda asıl dava ve birleşen davaya yönelik kanun yolu istemlerini Yargıtay mı yoksa BAM mı karara bağlayacaktır?

SONUÇ

Her usul işlemi işlem tarihinde yürürlükte bulunan kanuna göre yapılır. Yargılama devam ederken yeni bir usul kanunu kabul edilirse yeni kanun derhal uygulanır. Ancak yargılamanın tamamlanan kısmı yeni kanuna göre tekrarlanmaz. Bölge adliye mahkemelerinin fiilen göreve başlamasından önce temyiz istemi yapılmışsa bu istem tamamlanmış bir usul işlemi olduğundan dosya Yargıtay'a gönderilecektir. HUMK.'a eklenen geçici madde (2) deki düzenleme bu açıdan HUMK.'un 578. maddesindeki genel düzenlemeye uygundur. Zira HUMK.'un 578. maddesindeki "müktesep hakları ihlal etmemesi" şeklindeki ifadeyi yeni usul kanununun tamamlanmış usul işlemlerine etkisi olmayacağı şeklinde anlamak gerekir. Buna karşılık usul işlemleri tamamlanmamış ise yeni usul kanunu hükümlerine göre işlem yapılmalıdır. Ancak görüldüğü gibi yeni düzenlemede bazı sorunların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Öncelikle yeni kanun yolu ile ilgili HUMK.'a eklenen intikal (geçiş) hükmü ile İİK. ve İş Mahkemeleri Kanunu'na eklenen intikal (geçiş) hükmü arasında paralellik sağlanmalıdır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 1. maddesi dava tarihini esas aldığı için bu hükmün esas alınması yeni kanun yolu ile ilgili sorunları ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle davanın açıldığı tarihi esas alan bir düzenleme yapılması uygun olur.

DİPNOTLAR

1 RG. 7.10.2004, sa.25606.

- 2 RG, 7.10.2004, sa.25606. Bu Kanunda 11.5.2005 tarih ve 5348 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır.
- 3 RG: 18.5.2005. sa.25819.
- 4 Berkin, Necmeddin: Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı, Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979. s. 164.
- 5 Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, Başak: Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, s. 475 vd.
- 6 İmre, Zahit: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1980, s. 140; Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 2001; Hatemi, Hüseyin: İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, İstanbul 2004; Baysal, s. 477; Oğuzman Kemal/Barlas Nami: Medeni Hukuk, İstanbul 2002, s. 54.
- 7 Baysal, s. 480.
- 8 Bkz. Baysal, s. 480-481.
- 9 Baysal, s. 481-482.
- 10 Berkin, Uygulama Alanı, s. 166; Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, s. 73.
- 11 Üstündağ, s. 73; Baysal, s. 484; Berkin, Uygulama Alanı, s. 169.
- 12 Üstündağ, s.74; Berkin, Uygulama Alanı, s. 164 dn.1; Baysal, s. 485.
- 13 Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1975, s. 16.
- 14 Üstündağ, s. 74.
- 15 Hatemi, s. 29.
- 16 Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Göre Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması, GÜHFD 2006/2 s. 181.
- 17 Berkin, s. 169.
- 18 Pekcanitez, s. 181-182.
- 19 YİBK. 7.12.1964, 3/5 (RG. 12.12.1964, sa.11890). CGK. 30.9.2003, 1-228/229 (Özekes Muhammet: Maddi Hukuk ve Usul Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması, Fırat Öztan'a Armağan, c.2.s.2871).
- 20 RG: 18.5.2005, sa.25819.
- 21 6100 sayılı HMK'ya 31.3.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanununun 30. maddesi ile eklenen geçici madde 3'deki düzenleme de aynı yöndedir.
- 22 RG: 18.3.2005, sa. 25759.
- 23 Yılmaz, Ejder: İstinaf, 2.Bası, Ankara 2005, s.99.
- 24 Taşpınar Ayvaz, Sema: İstinaftan Sonraki Temyiz İncelmesi ve Sonuçları, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, VI, Ankara 2008, s.155 dn.7.

Bektaş KAR

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Deniz İş Sözleşmesi

1. Tarafları

Deniz İş Sözleşmesi gemiadamı ile gemi sahibi veya işleteni arasında yapılan sözleşmedir.

a) Deniz İş Hukuku açısından gemiadamı;

1) Bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışmalıdır¹. Gemiadamı bir işçidir. İşçi sıfatının kazanılması için bir iş sözleşmesinin varlığı gereklidir. Gemiadamı ile işveren arasında iş sözleşmesine dayalı bir ilişki yoksa Deniz İş Kanunu'nun uygulanması mümkün değildir.

2) Bir gemide (gemi sayılan araçlar dahil), deniz taşıma işinde çalışmalıdır.

3) Yönetmelikte belirlenen görevler için gemiadamı yeterliliğine sahip olmalıdır. Deniz İş Kanunu gemiadamlarını kaptan, zabıt ve tayfa yanında diğer kimseler olarak belirlemiştir. Diğer kimselerden "gemide çalışan aşçı, garson, kamarot, müzisyen, temizlikçi gibi kişileri anlamak gerekir. Ancak gemiadamının hangi görevde olursa olsun gemiadamı yeterliliğine sahip olması ve bu anlamda gemi cüzdanının bulunması gerekir. Vasıflı gemiadamının

işe girebilmesi için belirli bir öğrenim görmesi ve bunu belgelemesi, yeterlik belgesi alması aranmaktadır. Aranan belgenin hangi makamdan verildiğine kadar belgenin tarih numarası dahil gemiadamının hizmet akdine yazılmakta ve bu belgeler gemide hazır bulundurulmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 974. maddesi gemiadamlarına ilişkin vesikaların gemide bulunmasını öngören bir maddedir. Bu nedenle gemiadamının mesleki niteliği iş sözleşmesi yapılırken önemlidir.

Ancak gemiadamı yeterlilik belgesi bulunması, iş ilişkisinin kurucu unsuru değildir. Gemi sahibi veya işleteni bir kimseyi bu belge olmadan deniz taşıma işinde iş ilişkisi kapsamında çalıştırmış ise sonuçlarına katlanmalıdır.

b) Deniz iş sözleşmesinin diğer tarafı ise işveren sıfatı olan gemi sahibi veya işverendir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesinde deniz iş ilişkisinde işveren, "gemi sahibi veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimse" olarak tanımlanmaktadır. Kanundaki tanımdan görüleceği gibi iki

türlü işverenden sözedilmiştir. Madde kapsamından da anlaşılacağı gibi işveren niteliğini kazanmak için mutlaka geminin maliki olmak zorunlu değildir. Mücerret malik oluş, işveren niteliğini kazandıran bir unsur değildir². 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren "işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle "Bir gemide iş sözleşmesine dayanarak gemiadamı çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye ve tüzel kişiliği olmayan özel veya kamu kurum ve kuruluşlarının" Deniz İş Kanunu uyarınca işveren kabul edilmesi doğru olacaktır. Ancak geminin Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesinde belirtilen koşulları taşıması gerekir.

II. Tanımı

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder." şeklinde tanımlanırken, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde ise "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinde de iş sözleşmesi tanımına yer verilmiş ve "bir tarafın (işçisi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmeye" iş sözleşmesi denileceği açıklanmıştır.

Yukarıdaki tanımlardan hareketle iş sözleşmesinin en önemli unsurlarının iş görme, bağımlılık ve ücret olduğu açıkça görülür.

İş sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için her şeyden önce bir iş görme ediminin üstlenilmiş bulunması gerekir. İş görme borcunun konusunu oluşturan iş, bedensel, düşünsel, teknik, bilimsel veya artistik olabilir³. İş görme edimi, bir şey yapma anlamında olumlu bir eylemdir. Bu nedenle, salt bir çekinme veya katlanma hali, iş edimi kabul edilemez⁴. İşin

ifası için hazır beklemek de, fiilen bir çalışma yapılmadığı halde, iş kavramına dahil edilmektedir⁵. Deniz iş hukukunda gemiadamının esas olarak iş görme ediminin deniz taşıma işi olacağı açıktır.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık sözkonusudur⁶.

İş görme ediminin karşılığında ücret ödenir. Ücret, iş sözleşmesinin en esaslı unsurudur. İş sözleşmesinin tarafları asgari ücretin altında olmamak şartı ile ücreti serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin açıkça belirtilmemesi, iş ilişkisini ve işverenin ücret ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

İş sözleşmesi niteliği itibariyle işveren ve işçi arasında kişisel ilişki kuran, karşılıklı borçlar yükleyen, sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşmedir⁷.

İşveren ve işçinin taraf olduğu sözleşme ile iş ilişkisi kurulmuş olur. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda iş ilişkisi tanımı yapılmamış ise de İş Kanunu'ndaki tanımdan hareketle "işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi" denmektedir. Gemi işyerinde işveren ile gemiadamı arasında iş sözleşmesi ile kurulan ilişki, iş ilişkisidir. Bu anlamda gemiadamı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/A, B ve C maddeleri kapsamında çalışmakta ise arada iş ilişkisinden söz edilemez ve taraflar arasında statü hukuku bulunduğundan gemiadamı Deniz İş Kanunu hükümlerinden yararlanamaz.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 22.01.1996 tarih, 1995/1 Esas, 1996/1 Karar sayılı ilke kararı uyarınca özelleştirme kapsamında bulunan Kamu

ve İktisadi Teşebbüslerinde kapsam dışı statüde çalışan personelin kurumları ile olan ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların çözüm yeri, idari yargı olduğundan, özelleştirme kapsamında bulunan Kamu ve İktisadi teşebbüslerine ait gemilerde kapsam dışı olarak çalışan gemiadamı ile işvereni arasındaki uyuşmazlığın iş mahkemesinde görülme olanağı yoktur⁸.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesine göre sözleşmeli memur "Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri" olarak tanımlanmıştır. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunu'nun 5/c maddesinde, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözmekle idari mahkemelerin görevli olduğu hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, sözleşmeli personel ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde, idari sözleşmelerin; kamu tüzel kişileri tarafından, kamu hizmetinin yürütülmesi amacı ile tek yanlı olarak düzenlenen, yazılı, tip sözleşmeler olduğu belirtilmekte, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın istikrar bulmuş içtihatlarında da, idari sözleşmelerle ilgili hususlardan doğan anlaşmazlıkların idari yargı yerinde çözümleneceği vurgulanmaktadır. Sözleşmeli personelin sözleşmesinin feshi ile ilgili uyuşmazlığının çözüm yeri idari yargıdır⁹.

III. Deniz İş Sözleşmesinin Yapılış Şekli

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışan işçiler için süresi belirsiz iş sözleşmesi (belirli süreli sözleşme için yazılı şekil şartı vardır) herhangi bir şekle tabi olmadığı ve yazılı yapılması zorunluluğu bulunmadığı halde, 854 sayılı De-

niz İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca "gemiadamı ile işveren veya işveren vekiliyle arasında iş sözleşmesinin yazılı olarak iki nüsha yapılacağı ve taraflardan her birine birer nüsha verileceği" belirtilmiştir. Kanımca buradaki yazılı yapılması bir geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır.

Kanunun 50. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin yazılı yapılmamasının yaptırımını, idari para cezası olarak öngörülmüştür.

Gemiadamları ile işveren veya işveren vekili arasında yapılacak iş sözleşmeleri taraflar arasında yapılabildiği gibi noterde de yapılabilir. Nerede ve ne şekilde tanzim edilirse edilsin, Kanunun 9. maddesi uyarınca deniz iş sözleşmeleri "her türlü resim ve harçtan muaftır".

IV. Deniz İş Sözleşmesinde Bulunması Gereken Bilgiler

Deniz İş Kanunu'na göre yapılacak yazılı iş sözleşmesinde aşağıdaki bilgilerin bulunması gerekir (Madde 6):

- a-İşverenin adı ve soyadıyla ikametgah adresi,
- b-Gemiadamının adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, sicil numarası ve ikametgah adresi,
- c-Gemiadamının çalışacağı geminin ismi, sicil numarası, grostonilatosu ve kaydedildiği sicil dairesi (Gemiadamının aynı işverenin muhtelif gemilerinde çalışması ihtimali mevcutsa, bu ayrıca belirtilir.)
- d-Akdin yapıldığı yer ve tarih,
- e-Gemiadamının göreceği iş,
- f-Gemiadamının hizmete başlayacağı tarih ve yer,
- g-Hizmet akdinin belli bir süre için yapılmış olup olmadığı, belli bir süre için yapılmış ise süresi veya sefer üzerine ise hangi sefer olduğu,
- h-Kararlaştırılan ücret esasları ile miktarı,
- ı-Ücretin ödeme zamanı ve yeri ile zorunlu tutulan işverenler için gemiadamının ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının ödeneceği banka özel hesap numarası,
- i-Avans şartları,
- j-Diğer iş şartları,
- k-Tirimciler ve ateşçiler ile yapılacak hizmet akitlerinde 25/5/1959 gün ve 7292 sayılı Kanunla onanan sözleşmenin özeti (18 yaşından

küçük kimselerin tirimci ve ateşçi sıfatı ile gemilerde çalıştırılmayacağı).

Bu bilgilerin belirtilmesi Kanunun açık düzenlemesidir. Elbette bu bilgiler yanında sözleşmede tarafların anlaşması ile diğer bilgiler de yazılabilir. Örneğin gemiadamı sendika üyesi ise üye olduğu sendika, toplu iş sözleşmesinden yararlanıyor ise bu sözleşme hükümlerine uygun hükümler yazılabilir.

V. Belirsiz-Belirli Süreli İş Sözleşmesi Ayrımı

Deniz İş Kanunu'nun 7. maddesinde gemiadamları ile yapılacak üç sözleşme türünden söz edilmiştir. Buna göre gemiadamı ile yapılacak iş sözleşmesi;

- 1) Belirli bir süre,
 - 2) Sefer için veya
 - 3) Süresiz,
- olarak yapılabilir.

Maddenin 2. fıkrası ile aynı Kanunun 8. maddesinde belirli bir süre için veya sefer için yapılacak sözleşmeler hakkında hükümler de bulunmaktadır.

1) Belirli süreli iş sözleşmesi:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin gerek ilk kez yapılmasında ve gerekse yenilenmesinde objektif ve esaslı nedenler aranmasına rağmen, Deniz İş Kanunu'nda bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Kısaca gemiadamları ile herhangi bir neden olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir.

Belirli bir süre için yapılan iş sözleşmesi, süre bitiminde sona erer. Belirli süre için yapılan iş sözleşmesinin sona erdiği tarih gemi seyir halinde iken sona ererse sözleşme, geminin ilk limana varmasına ve güvenlik altına alınmasına kadar devam edecektir. Geminin limana varması ve güvenlik altına alınması ile de kendiliğinden sona erer.

Belirli süreli iş sözleşmesi için mutlaka başlangıç ve bitiş için kesin tarihler konması da gerekmez. Belli bir olayın sonuçlanmasına, bir işin yapılmasına kadar da belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Örneğin uzun süre hastalığı

nedeni ile rapor alan gemiadamı yerine rahatsızlığı sona erip işbaşı yapacağı tarihe kadar olan süreyi kapsayan bir süre için diğer bir gemiadamı ile yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.

Belirli bir süre için yapılmış olan iş sözleşmesi sonunda gemiadamı, işveren veya işveren vekilinin muvafakatiyle işe devam ederse iş sözleşmesinin, aynı süre için uzatılmış sayılacağı Kanunun 8/2. maddesinde belirtilmiştir. Bu durumda iş sözleşmesi aynı sürenin sonunda kendiliğinden sona erecektir. Ancak belirli süreli iş sözleşmesinin iki veya daha fazla süre ile yenilenmesi durumunda sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşüp dönüşmeyeceği tartışmalıdır. Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinde açıkça aynı süre ile fakat en çok bir yıl süre ile uzamış olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçi için iki veya daha fazla ara vermeden belirli süreli iş sözleşmesi yapılması halinde iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği kabul edilmektedir. Borçlar Kanunu genel kanun olduğundan, gemiadamı ile belirli süre için yapılan iş sözleşmesinin iki veya daha fazla yenilenmesi halinde belirsiz süreli olacağını kabul etmek gerekir. Ayrıca 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin de bu tarihten itibaren dikkate alınması gerekir. Buna göre "Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir". O halde gemiadamı ile belirli süre için yapılan iş sözleşmesi, ikinci kez yenilenmesinde esaslı bir neden yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmüş olacaktır.

2) Sefer için yapılan iş sözleşmesi:

Bu sözleşmenin genel anlamda belirli süreli olduğu ve maddi bir olguya, sefere bağlı olduğu tartışmasızdır. Geminin çıkacağı belirli bir sefer süresince çalışmak üzere gemiadamı ile işveren arasında yapılan bir iş sözleşmesidir. Seferin sona ermesi ile kendiliğinden ve bir ihbara gerek kalmaksızın sona erer. Belirli sefer için yapılmış bu sözleşme, sözleşmede

belirtilen seferin sonunda geminin bağlama limanına varıp yükünü boşaltmasına kadar devam eder.

Belirli bir sefer için yapılan iş sözleşmesinin sonunda gemiadamı işveren veya işveren vekilinin muvafakatiyle işe devam eder ve gemi de tekrar sefere çıkarsa, iş sözleşmesinin bu sefer süresince uzatılmış sayılacağı Kanunun 8/1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yenilenen sefer sözleşmesi, son seferin sonunda geminin bağlama limanında yükü boşaltması ile sona erecektir. Burada temel sorun sözleşmenin iki veya daha fazla yenilenmesi halinde iş sözleşmesinin belirsiz süreli hale gelip gelmeyeceğidir. Aslında sefer için yapılan sözleşmede esaslı bir neden vardır ve bu neden de seferin kendisidir. Kanımca bu hakkın kötüye kullanılmadığı iddia edilmediği sürece sefer için zincirleme yapılan iş sözleşmelerinin belirli süre olan sefer için sözleşme niteliğini korudukları kabul edilmelidir.

Gerek belirli süre için gerekse sefer için yapılan iş sözleşmesinin sonunda iş sözleşmesi kendiliğinden sona ereceğinden gemiadamı ihbar tazminatına hak kazanmaz.

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak belirli süre veya sefer için sözleşme yapılan gemiadamlarının iş sözleşmesine deneme kaydı konulamaz. Ancak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılacak gemiadamları ile yapılacak iş sözleşmelerine deneme kaydı konulabilir.

3) Belirsiz süreli (Süresiz) iş sözleşmesi:

Deniz İş Kanunu'nda da kural olarak belirli süre için veya sefer için yapılan iş sözleşmesi yapılmamış ise gemiadamı ile yapılan sözleşme belirsiz sürelidir. Süresiz iş sözleşmesi, deneme kaydı içerebileceği gibi ihbar tazminatı gerektirmeyen nedenler hariç iş sözleşmesinin ihbar öneli verilerek sonlandırılması gerekmektedir. Ancak Deniz İş Kanunu'nda belirsiz süreli iş sözleşmesi için asgari bir süre öngörülmüştür. Bu yönü ile asgari süreli iş sözleşmesine örnek gösterilebilir. Kanunun 16/A maddesine göre "süresi belirsiz hizmet akti, 14 üncü maddede yazılı durumlar dışında gemiadamının işe alın-

masından itibaren altı ay geçmedikçe bozulmaz". Anılan hüküm, gemiadamı ile işveren veya işveren vekili arasında yapılmış olan iş sözleşmesinin gemiadamının işe alınmasından itibaren altı ay geçmedikçe bozulamayacağı kuralını getirmiştir. Bu bir anlamda gemiadamına iş güvencesi sağlamaktadır. Bu durum bildirimli fesihler için geçerlidir. Bildirimsiz (önelsiz veya iş sözleşmesinin kendiliğinden feshedildiği hallerde) fesihlerde altı aylık süre aranmaz.

Gemiadamı ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin haklı neden olmadan altı aylık süre dolmadan feshi halinde, taraflar asgari süreye kadar uğradığı zararları, mahrum oldukları hakları isteyebilirler.

VI. Deneme Süresi

İş sözleşmesinin tarafları olan işveren ve işçi, kesin bir iş sözleşmesi ilişkisinden önce karşılıklı olarak bir deneme süresine ihtiyaç duyabilirler. İş sözleşmesi ilişkisinin işveren ve işçi arasında kişisel, sürekli ve bağımlılığa dayalı ilişkiler kurduğu dikkate alındığında, tarafların bir deneme süresi öngörmelerinin haklı dayanağı bulunmaktadır. İşveren, işçinin bilgisi, yetenekleri, çalışkanlığı ve kişiliği konusunda bilgi sahibi olmak, işçi de işyerinin ve çalışma koşullarının kendisine uygun düşüp düşmeyeceğini anlamak isteyebilir¹⁰.

Bu gereksinim nedeni ile deneme süreli iş sözleşmeleri uygulama alanı bulmuş ve yasal düzenlemelerde yer almıştır.

İşveren ve işçi arasında yapılan her iş sözleşmesinde deneme süresinin varlığından söz edilemez. Deniz İş Kanunu'nda yukarıda açıklandığı üzere belirli süre veya sefer için yapılan iş sözleşmelerinde deneme süresi öngörülemez.

Daha önce bir işyerinde çalışmış olan işçinin, tekrar aynı işyerine yeniden işe alınması halinde bir denemeye tabi tutulması, işveren işçinin özelliklerini daha önce tanımış olduğundan, dürüstlük kuralına aykırıdır¹¹.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 10. maddesinde, bu Kanun kapsamında çalışanların, süresi belirli olmayan iş sözleşmelerinde deneme süresinin bir ay olduğu belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemeden farkı, sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri için de-

neme koşulu getirilmesidir. Oysa 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışanlar için bir ayırım getirilmemiş, belirli süreli iş sözleşmeleri için de deneme süresinin kararlaştırılabileceği öngörülmüştür. 4857 sayılı İş Kanunu'nda süre 2 ay ve toplu iş sözleşmesi ile bu sürenin 4 aya kadar çıkarılabileceği öngörülmesine rağmen, Deniz İş Kanunu'nda bir ay olarak belirtilmiş ve artırılacağı yönünde açık düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle gemiadamının belirsiz süreli iş sözleşmesinin deneme kaydının toplu iş sözleşmesi ile de düzenlense bile bir aydan fazla deneme süresi getirilmesi mümkün değildir. Aksi düzenleme işçi aleyhinedir. Kıyas yolu ile de uygulanamaz¹².

Yasal deneme süresi olan bir aylık süreleri aşan deneme süreli iş sözleşmesinin, bu düzenlemeye yönelik hükmü geçersiz kabul edilmelidir. Bu geçersizlik sözleşmenin tümünü etkilememelidir. Bu durumda geçersiz olan hükmün yerini yasadaki düzenleme almalıdır. Taraflarca daha uzun bir deneme süresinin kararlaştırılması halinde, iş akdinin tümünün veya deneme kaydının geçersiz sayılması söz konusu olmamalı, kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanarak sadece süreye ilişkin hüküm geçersiz kabul edilmeli (BK 20/2) ve Yasadaki bir aylık süre uygulanmalıdır¹³.

Deneme koşulu öngören iş sözleşmesinin özelliklerinden biri, madde uyarınca tarafların deneme süresi içinde sözleşmeyi bildirimsiz ve tazminatsız feshetme haklarına sahip olmalarıdır. İşçi veya işveren deneme süresi içinde bu yetkisini kullanmakla, bozucu şart gerçekleşmiş, böylece sözleşme son bulmuş olacaktır. Bu yetkinin kullanılmasında maddedeki "bildirimsiz" deyimini ile bir bildirim süresine uymak zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak taraflar deneme süresi için fesihte sözleşmede bir önel kararlaştırmışlar ise, buna uymak zorundadırlar.

İş sözleşmesinin deneme süresi kaydıyla yapılmış olması, istisnai bir durumdur. Gemiadamının işe yeni girmiş olması ise, tek başına, deneme süresinin taraflarca öngörülmüş olduğunun delili sayılmaz. İşe girdiği tarihten başlayarak bir ay geçmeden iş sözleşmesini, kendisinin veya işverenin ihbar öneli verme-

den feshetmesi, deneme süresi içinde iş sözleşmesinin feshedildiğini göstermez. Bu nedenle gemiadamı ile yapılan belirli süreli iş sözleşmesinde deneme kaydı açıkça yer almalıdır.

İşçi ve işveren arasında imzalanan iş sözleşmesinde bir deneme süresi kararlaştırıldığında, biri bağlayıcılığı olmayan deneme süreli iş sözleşmesi diğeri bu süre geçtikten sonra taraflar arasında kesinleşmiş iş sözleşmesi olmak üzere iki farklı sözleşme söz konusu değildir¹⁴. Başlangıçtan itibaren deneme süresini de kapsayan belirli veya belirsiz süreli bir tek iş sözleşmesi bulunmaktadır.

Deneme süresi sona erdikten sonra işçi ve işveren fesih yetkisini kullanmamışlarsa, devam eden iş sözleşmesi, sözleşmenin bozulmasına ilişkin 854 sayılı Deniz İş Kanunu'ndaki kurallara bağlı olarak devam eder. Sözleşme devam ederken deneme süresi bitiminde fesih yetkisinin kullanılmayacağına diğer tarafa bildirilmesine gerek yoktur.

Kanunun 10/2. maddesi uyarınca "Bu süre içinde taraflar hizmet akdini bildirimsiz ve tazminatsız bozabilirler. Ancak gemiadamının çalıştığı günler için ücret hakkı saklıdır". Bu hükme göre, belirsiz süreli iş sözleşmesi herhangi bir bildirim süresi verilmeksizin ve herhangi bir tazminat ödeme zorunluluğu olmaksızın, deneme süresi içinde derhal feshedilebilir. İş sözleşmesini bu süre içinde fesheden işçi veya işverenin herhangi bir gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur. Deneme süresi içinde feshin en önemli sonucu, fesheden tarafın ihbar tazminatı ödememesidir.

Gemiadamının çalıştığı günler için ücret hakkı saklıdır. Belirtilen ücret kavramı içinde, iş görme edimi karşılığı ücreti dışında, hafta tatili, Ulusal Bayram ve genel tatil ile fazla mesai çalışma karşılığı ücretlerinin anlaşılması gerekir.

VII. Deniz İş Sözleşmesi Yapma Özgürlüğü ve Sınırları

Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürüme-

sini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” Buna göre taraflar, özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler. Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

Bu kural, özel kişiler arasındaki hukuksal ilişkileri düzenleyen temel hukuk kuralıdır. Sözleşme serbestisi, yasaların çizdiği çerçeve ile sınırlıdır. Özel hukuktaki ekonomik ilişkileri düzenleyen temel yasa olan Borçlar Yasası'nın 19. maddesinde konu kurala bağlanmıştır. 19. maddede, “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (adaba) veya umumi intizama veyahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.” denilmektedir¹⁵.

Kişiler sözleşme serbestliği ilkesine göre kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, hukuka, ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyolojisini değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde serbestçe tayin etmek hakkına haiz bulunmaktadır¹⁶.

Ancak iş hukukunda işçilerin korunması ilkesi uyarınca bazı hallerde iş sözleşmesinin kurulmasının yasaklanması, bazı durumlarda ise tam aksine işverenlere iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmiştir.

Anayasa'nın 50. maddesi uyarınca “Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”.

7292 sayılı Trimci ve Ateşçi Sıfatı ile Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaşının Tesbitine Dair 15 sayılı Sözleşmenin Tasdikine Dair Kanun ve 15 sayılı Sözleşmenin 2. maddesine

göre “18 yaşından küçük kimseler tirimci ve ateşçi sıfatı ile gemilerde çalıştırılmaz”. Yine 7293 sayılı Kanunla onaylanan deniz işlerinde çalıştırılacak çocukların asgari yaş haddinin tesbiti hakkındaki 58 sayılı Sözleşme gereğince de, münhasıran aynı aile efradının çalıştığı gemiler hariç, diğer gemilerdeki işlerde 15 yaşından aşağı çocuklar çalıştırılmayacaktır.

Özellikle gemi taşıma işleri önemli olduğundan ve vasıf gerektirdiğinden, bir gemiadamının, gemilerde çalışabilmesi için Gemi Adamları Yönetmeliği hükümlerine uygun olarak gerekli yeterliği haiz olması ve gemiadamı cüzdanına sahip bulunması gerekir.

Diğer taraftan Türk bayrağı taşıyan ve Deniz İş Kanunu kapsamında bulunan gemiadamı yabancı uyruklu ise 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun 16. maddesi uyarınca “Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe çalışmaya başlamadan önce izin almalıdır”. Zira Deniz İş Kanunu'nun 4. maddesinde “Bu kanun hükümleri, müteakibliyet esaslarına göre Türk gemiadamlarına aynı mahiyette haklar tanıyan devletlerin uyruğunda olup bu kanun kapsamına giren gemilerde çalışan gemiadamlarına da uygulanır.” kuralına yer verilmiştir.

Özürü ve hükümlü çalıştırma zorunluluğu:

Deniz İş Kanunu'nun 13. maddesine göre “Bu kanunun kapsamına giren işveren veya işveren vekilleri, işyerlerinde İş Kanununun ve bununla ilgili tüzüğün bu konuda koyduğu hükümler, esaslar, ölçüler ve şartlara göre sakat ve eski hükümlü gemiadamı çalıştırmak zorundadır”. Esaslar ve ölçüler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi ile bu konuda çıkarılan yönetmelikte belirlenmiştir. Genel olarak “İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürü ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır”.

Özürlü ve eski hükümlü ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğu nedeni ile Deniz İş Kanunu'nun kapsamındaki işyerlerinde işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi ve bu maddeye istinaden çıkarılan 25.04.2009 tarihinde yürürlüğe giren Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik hükümlerini dikkate almak zorundadır.

VIII. Deniz İş Sözleşmesinin Geçersizliği ve İptali

İş sözleşmesi yapıldığı sırada tarafların ehliyeti yoksa veya kanunun aradığı şekil şartına uygun olarak kurulmamışsa yahut emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine kişilik haklarına, ahlaka aykırı düşüyorsa veyahut konusu imkansızsa (BK. Md. 19-10, YBK. Mad. 26 vd) geçersizdir¹⁷. Kural olarak bu geçersizlik geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur. Ancak öğretide iş hukuku açısından geçersizliğin iş sözleşmesi için baştan itibaren geçersiz sayılmasının sözleşmenin sürekli ve kişisel ilişki kuran özelliği ile iş hukukunun işçiyi koruyan özelliğine ters düştüğü de belirtilmektedir¹⁸. İşçi geçersizlik anına kadar çalıştığından ve kıdemine bağlı olarak yasalardan kaynaklanan haklarını talep edemez hale geleceğinden iş özellikle hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı düşmeyen, kamu düzenini, ahlakı ağır biçimde ihlal etmeyen sözleşmelerde geçersizliğin geleceğe dönük etki göstermesi gerektiği kabul edilmelidir. Aksi durumlarda örneğin fuhuş, kaçakçılık, kalpazanlık, olması halinde sözleşme baştan itibaren geçersiz kabul edilmelidir¹⁹.

Geçersizlik halleri dışında iş sözleşmesi hata, hile, tehdit veya gabin gibi iradeyi sınırlayan, sakatlayan nedenlerle kurulduğu iddia edildiğinde, ileri süren iş sözleşmesinin iptalini bir yıl içinde isteyebilir. Bu halde iş sözleşmesi geçerli olarak kurulmuştur. İptal edildiğinde geçersizlik geleceğe dönük olarak sonuç doğuracaktır.

DİPNOTLAR

1 Y. HGK. 07.12.1966 gün ve 818-311 sayılı kararı. "Gemide çalıştırılan kimselerden, belli bir süre hizmet akdiyle bağlı olarak gemide veya istisnaen gemiye çeken römorkörde çalışan kimseleri anlamak gerekir".

- 2 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 132, Y. 9. HD. 10.11.1967 gün ve 1967/8386 E., 1967/10365 K. sayılı karar.
- 3 Süzek, S. s. 211, 212.
- 4 Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 205.
- 5 Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 205.
- 6 Y. 9. HD. 13.07.2009 gün ve 2008/876 E., 2009/20602 K. sayılı karar.
- 7 Süzek, S. s. 219, Mollamahmutoğlu, H. s. 238.
- 8 Y. 9. HD. 31.03.2004 gün ve 2003/18400 E., 2004/ 6635 K. sayılı karar.
- 9 Y 9. HD. 17.11.2008 gün ve 2007/29821 E., 2008/31045 K. sayılı karar.
- 10 Süzek, S. s. 237.
- 11 Yargıtay 9. HD. 25.11.2008 gün ve 2008/6168 Esas, 2008/32048 Karar sayılı ilamı. "İşyerinde geçici iş ilişkisi kapsamında olsa dahi çalışmakta olan bir işçi ile fiilen ifa ettiği görevde çalışması için deneme süreli iş sözleşmesi yapılmasında hukuki bir menfaat bulunmamaktadır. Davacı işçi deneme süresini içeren sözleşmenin yapıldığı sırada, yaklaşık 5 ay süreyle işyerinde genel servisler müdürü olarak çalışmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesinde yazılı olan deneme kaydı geçersizdir". Kişisel arşiv.
- 12 Karşı görüş. ÖZBEK, O.: Yorum ve Yargıtay Kararları İle Deniz İş Kanunu, 2. Bası, İstanbul, 2003.
- 13 Süzek, S. s. 238.
- 14 Süzek, S. s. 239.
- 15 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek) Madde: 26. Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Madde: 27. Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.
- 16 Anayasa Mahkemesi, 08.01.2009 gün ve 2005/165 Esas, 2009/4 Karar sayılı karar.
- 17 Süzek, S. s. 287.
- 18 Süzek, S. s. 287.
- 19 Süzek, S. s. 288.

İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları

Günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte bilgisayarlar günlük hayatın içinde temel olarak nitelendirilebilecek bir yer edinmiş bulunmaktadır. Söz konusu durum işyeri sınırları içerisinde de geçerlidir. Nitekim bugün birçok orta ve büyük ölçekli işyerinde bilgisayarlarla birlikte yeni bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımı yaygınlaşmış bulunmaktadır.

İşçiler internetin sağladığı kolaylıklardan sadece işlerini ifa etmeye yönelik olarak faydalanmamakta, iş saatleri içinde internet ortamında yasal olmayan müzik parçaları yükleme, eş zamanlı sohbet ortamlarına katılma ve hatta pornografik veya ırkçı sitelere girmek suretiyle hem işyerinde işle ilgili olmayan uğraşlarla vakit geçirmekte hem de işverenleri açısından yeni riskleri gündeme getirmektedirler.

Ayrıca günümüzde işletme bilgilerinin internet ağı üzerinde yer almaya başlaması, söz konusu bilgilerin işletme içi veya dışından gelebilecek saldırılara açık olmasına da neden olmaktadır. İş ilişkisinin taraflarından işveren, kaynakların korunması, işletmesel nedenler,

bilgi akışının kontrolü, hukuki ve cezai sorumluluğa karşı korunma veya yasal sorumluluk gerekliliği, performans değerlendirmesi, verimlilik ölçümü, güvenlik endişeleri şeklinde tanımlanabilecek nedenlerden ötürü işçisinin internet kullanımını, e-mail trafiğini ve telefon görüşmelerini denetleme gereği duyabilecektir.

Bu durumda, mevcut teknolojik gelişmeler, işyerinde işverenin yönetim hakkına dayanarak kendisini ve işletmenin çıkarlarını korumak ve işçilerin iş görme borcunu ifa edip etmediklerini kontrol etme amacıyla kullanılan birer araç olarak da karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle, işçilerin kendilerine tahsis edilen araçları, kullanım amacı dışında kendi kişisel ihtiyaçları için kullanmaları işverenler açısından üretim ve verimlilik kaybı anlamına gelmektedir. Örneğin; internet üzerinden işçilerin gönderdikleri e-mailler ve yine internetten yüklenen bazı programlar, telif haklarına ilişkin yasaların ihlali veya virüs taşıyan mesajlarla üçüncü kişilere zarar verilebilmesi gibi sonuçları ortaya çıkarabilmektedir.

Marx'a göre "gözetim", emek ve sermayenin arasındaki mücadelenin bir unsurudur.

Bununla birlikte, işçilerin, işyerinde buldukları süre içinde özel hayatlarının gizliliğinin korunmasını ve bu gizliliğe saygı gösterilmesini beklemekte haklı oldukları unutulmamalıdır.

İşte burada, işverenin işyeri düzeni ve işletme menfaatlerini koruma, işçilerin fiilleri nedeniyle oluşabilecek zararları engelleme, yönetim hakkı ve disiplin hakkı ile işçinin özel hayatının gizliliği kavramları karşı karşıya gelmekte ve bu çatışan haklar karşısında bir denge kurulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, ekonomik, ticari, sosyal ve siyasal boyutlarıyla yaşamakta olduğumuz dünyayla bütünleşme süreci, işçinin özel yaşamının korunması konusundaki ulusal düzenlemelerin birbiriyle uyumlu hale gelmesini gerektirmekte; uluslararası kuruluşlarca bu konuda uyulması gereken ya da en azından tavsiye edilen hukuki belgeler üretilmektedir. Türkiye'nin bu düzenlemelerin çoğunluğuna şu an ya da gelecekte uymak zorunda olması, konunun önemini bir diğer boyutunu oluşturmaktadır.

GÖZETİM KAVRAMI VE GÖZETİMİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Gözetim kavramı iki farklı anlamda ele alınabilir. Birinci anlamıyla gözetim, hakkında toplandığı bireylerin davranışlarını yönetmek üzere kullanılabilen şifrelenmiş bilgi birikimini ifade ederken; ikinci anlamıyla, bazı bireylerin davranışlarının, bunlar üzerinde otorite kuran diğer bazı bireyler tarafından doğrudan izlenmesini içerir¹. Bunlardan ilkinin depolayarak gözetim, ikincisini ise izleyerek gözetim şeklinde isimlendirmek mümkündür. Çalışma konumuz olan, işyerinde elektronik gözetim uygulamaları her iki anlamda gözetimi de kapsamına almaktadır.

Gözetim kavramı sadece içinde bulunduğumuz döneme ait bir kavram değildir. İnsanlar tarih boyunca, ne yaptıklarını kontrol etmek, kaydettikleri ilerlemeyi görmek ve daha da

önemlisi toplumsal örgütlenme ve koruma amacıyla diğerlerine bakmışlar, onları gözetlemişlerdir. Devletin toplum ve ülkesi üzerindeki gözetimi ise, etkin bir şekilde modernizmin erken dönemleriyle birlikte ortaya çıkmıştır.

Erken modern dönem diye de adlandırılan bu modernleşmenin ilk döneminde yaşanan gelişmeyle birlikte, artık yeni bir gözetim düzenine geçilmiş, toplumsal yapılanma da buna bağlı olarak yeniden şekillenmiştir.

Sosyal hayatın kurumsallaşmış bir şekilde yaygın olarak gözetimi modernizm ile birlikte ortaya çıkmıştır. Ancak bu modern dönem aynı zamanda demokrasiye ilişkin değerlerin de hızla yükseldiği dönemdir. Bu itibarla gözetim, paradoksal biçimde aydınlanma ve demokrasiyle paralel olarak yaygınlaşmıştır. Dolayısıyla tarihsel olarak gözetimin gelişmesi karmaşıktır. Kimin kimi gözlediği ve bunun etkilerinin ne olduğu sorusu, belirli bir dönemdeki belirli sosyal durumlara atıf yapılmaksızın cevaplanamayacaktır².

Modern devlet, rasyonel toplumu oluşturmak için sosyal hayatın büyük bir bölümüne müdahale ederken ve toplumu istediği şekilde yönlendirmek için kurallar koyarken, bir taraftan da bunlara uyulup uyulmadığını denetlemek ve kendi öngördüğü toplum düzenine karşı gizli bir takım faaliyetler yürütülüp yürütülmediğinin bilgisine sahip olmak ister. Ayrıca toplumda baş gösteren rahatsızlıklar ve sosyal gerilimler de ancak iyi bir gözetimle önceden öngörülebilecektir. Bu nedenle modernizmin getirdiği tüm teknolojik imkânları kullanarak, toplum içerisindeki gözetimi sürekli kılabilmek, modern devlette görülen en güçlü eğilimlerden³.

Burada her ne kadar makro düzeyde devletin toplum üzerindeki gözetimi ele alınıyor olsa da, modern zamanlarda diğer sosyal alanlarda da gözetimin giderek yaygınlaştığı ve sistematik hale geldiği görülmektedir. Örneğin özellikle üretim faaliyetlerinde, işçinin etkin kullanımına yönelik olarak, onun yeterince çalışıp çalışmadığı sürekli gözetlenerek, işverenin ondan en etkin faydayı sağlamasına imkan tanınmaya çalışılmıştır.

Sosyal teoride, sistematik izleme olarak ad-

landırılan gözetim konusuna, ilk olarak Karl Marx dikkat çekmiştir. Marx'a göre "gözetim", emek ve sermayenin arasındaki mücadelenin bir unsurudur. Köleliğin ortadan kalkması ve kapitalizmin gelişimine paralel olarak, emeğin eski yöntemlerle çalıştırılması imkansızlaşmıştır. Biçimsel olarak özgür hale gelmiş olan işçilerin düşük maliyetle en yüksek üretimi sağlayacak şekilde çalıştırılabilmeleri için, kapitalist yöneticiler kendilerini işçileri denetlemek zorunda hissetmişlerdir. Bu sebeple işçileri gözetmek ve disiplin altına alınmış bir güç olarak boyun eğmelerini sağlamak için, günümüzde "yönetim" olarak bildiğimiz şey gelişmiştir. İşçileri fabrikalarda ve atölyelerde bir araya getirme fikri sık sık, teknik verimliliği azamiye çıkarmanın, makinelerin tam kullanımını sağlamanın bir yolu olarak görülmüştür. Oysa Marx'a göre fabrikaların kullanımı ve işçilerin faaliyetlerinin gözetimi yoluyla, emeğin disiplininin sağlanması, en az ötekiler kadar önemlidir⁴. Her ne kadar tek yanlı olsa da Marx'ın görüşleri, modern gözetim kavramının anlaşılması bakımından önem taşımaktadır⁵.

Kuşkusuz gözetim kavramının tanımlanması konusunda en çarpıcı değerlendirme Michel Foucault tarafından yapılmıştır. Foucault, gözetimi sadece örgütler açısından değil, toplumun genelinde daha geniş bir disiplin bağlamında ele almıştır. O'na göre modern toplumun kendisi disipliner bir toplumdur. Bu toplumda iktidar teknikleri ve stratejileri daima var olmuştur. Bunlar, başlangıçta ordular, hapishaneler ve fabrikalar gibi belli kurumlar içinde gelişmeler bile etkileri sosyal hayatın dokusuna nüfuz etmiştir⁶.

Foucault, modern toplumda gözetim kavramını tanımlamak için İngiliz filozof Jeremy Bentham'ın tasarladığı "Panopticon hapishanesi" metaforunu kullanmıştır⁷. Panopticon, bir hapishane olduğu gibi bir işyeri, okul ya da hastane de olabilir. Bentham'ın Panopticon'u, bu düzenlemenin mimari biçimidir. Bunun ilkesi, bilinmemektir. Çevrede silindirik şeklindeki bir bina, merkezde bir kule; bu kulenin de halkanın iç cephesine bakan geniş pencereleri vardır. Çevrede bina hücrelere bölünmüştür ve bunlardan her biri binanın tüm kalınlığını kat

etmektedir. Bunların, biri içeri bakan ve kuleninkilere karşı gelen, diğeri de dışarı bakan ve ışığın hücreye girmesine olanak veren ikişer pencereleri vardır. Bu durumda merkezdeki kulede tek bir gözetmen ve her bir hücreye tek bir deli, bir hasta, bir mahkûm, bir işçi veya bir ilkokul çocuğu kapatmak yeterlidir.

Geriden gelen ışık sayesinde, çevre binaların içindeki küçük silüetleri olduğu gibi kavramak mümkün olabilmektedir. Burada her oyuncu tek başınadır, tamamen bireyselleşmiştir ve sürekli olarak görülebilir durumdadır. Görülmeden gözetime olanak veren düzenleme, sürekli görmeye ve hemen tanımaya olanak veren mekansal birimler oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, hücre ilkesi tersine döndürülmekte veya daha doğrusu onun üç işlevi (kapatmak, ışıktan yoksun bırakmak ve saklamak) ters yüz edilmektedir. Bunlardan yalnızca birincisi korunmakta ve diğer ikisi kaldırılmaktadır. Tam ışık altında olma ve bir gözetmenin bakışı, aslında koruyucu olan karanlıktan daha fazla yakalayıcıdır⁸.

Bentham'ın Panopticon tasarımı çok önemli bir görüşe dayanmaktadır. Bu da, "asimetrik gözetim"dir. Asimetrik gözetimde kişi, ne zaman gözetlendiğini bilmemektedir. Böylece yaratılan belirsizlik sonucu mahkûm sürekli olarak kurallara uymak zorunda kalmaktadır⁹.

Panopticon'da mahkûm görülmekte ama görememektedir. Burada gözetlenenler, bir bilginin nesnesi olmakta ancak bir iletişimin öznesi olamamaktadırlar. Böylece Panopticon'un etkisi, tutukluda iktidarın otomatik işleyişini sağlayan bilinçli ve sürekli bir görünülebilirlik hali yaratarak kendini göstermektedir. Panopticon'da, hayali ilişkiden gerçek bir tabi olma durumu yaratılmaktadır. Bu sayede; mahkûmu iyi davranmaya, deliyi sakin olmaya, işçiyi çalışmaya, okul çocuğunu özenli olmaya ya da hastayı tedaviye uymaya zorlamak için güç kullanmaya gerek kalmamaktadır. İktidar, gözlem mekanizmaları sayesinde, insanların tutumları üzerinde daha etkin olmakta ve daha fazla nüfuz olanağına sahip olmaktadır.

İşletmelerdeki gözetim teknolojileri de, işyerlerini Panopticon'un bir anlamda elektronik eşitleri haline getirmiş sayılabilirler. Çünkü

günümüzdeki işyerlerinde çalışanlar fiziksel panoptik hücrelerinde gibidirler. Geçmişteki benzerleri gibi gözlemci burada da görünmez durumdadır. Panopticon hücrelerinde, bu hücreleri işgal eden insanlar, diğerlerinden duvarlarla ayrılmışken, modern işyeri çalışanları fiziksel yapıların yardımı olmadan elektronik olarak birbirinden ayrılmıştır.

Bu nedenle, günümüzdeki gözetim teknolojilerinin eski fiziksel Panopticonlardan daha etkili olduğu belirtilmektedir¹⁰.

İşletmelerde uygulanan modern gözetim sistemlerinin, “elektronik panopticon” şeklinde tanımlanması abartılı bir yaklaşım gibi görülse de gelişmiş ülkelerde bu teknolojilere karşı alınmaya çalışılan yasal tedbirler, çalışanlarda meydana getirdiği huzursuzluk ve özel hayatın gizliliğine karşı müdahaleler dikkate alındığında bu tanımlamanın bir bakıma haklı olabileceği görülecektir.

ULUSLARARASI BELGELERDE İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİME İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Düzenlemeleri

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO), işçilerin işyerinde izlenmesi, internet erişimleri, e-posta iletişimi ve telefon konuşmalarının denetlenmesi suretiyle bilgi toplanması ve bu bilgiler işlenerek işçinin kişilik haklarının ihlali önleyecek kuralları içeren bir sözleşmesi bulunmamaktadır.

Buna karşılık, bu konudaki eksiklikleri gidermek için ILO'nun 1995 yılında yaptığı 264. toplantısında alınan karara istinaden 1 – 7 Ekim 1996'da yapılan toplantılarda, çalışanların kişisel bilgilerinin korunmasına ilişkin bir davranış kodu (“Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data”) oluşturulmuştur. Kodun tanımlar başlıklı 3. maddesinde izlemenin (monitoring) tanımı, bilgisayar, kamera, video cihazları, ses cihazları, telefon, diğer haberleşme araçları gibi çeşitli izleme yöntemlerini kapsayacak şekilde yapılmıştır. Aynı maddede

“işleme”nin (processing) de tanımı yapılmış ve kişisel bilgilerin toplanması, depolanması, birleştirilmesi, ilişkilendirilmesi ve başka bir şekilde kullanılmasını kapsayacağı belirtilmiştir.

Söz konusu maddede yer alan ve değinilmesi gereken bir diğer husus ise, işçiye ilişkin tanımdır. Uluslararası Çalışma Örgütü belgeleri genellikle, işçi tanımına yer vermeyerek bu görevi ulusal düzenlemelere bırakmaktadır. Söz konusu genel uygulamadan ayrılarak bu davranış kodunda işçi tanımının yapılmasının amacı ise sadece fiilen çalışanları değil, bunların yanı sıra eski çalışanlar ile iş başvurusunda bulunanları da kapsam dâhiline almaktır¹¹.

Bu davranış kodunun bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Söz konusu davranış kodunda, çalışanların kişisel bilgilerinin korunması bakımından Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından benimsenen ilkeler sıralanmıştır¹².

Söz konusu davranış kodunun 6. maddesinin 14. bendinin 1. fıkrasında, çalışanların izlenmesi yasaklanmamakta ancak kısıtlanarak iki şarta bağlanmaktadır.

Bu şartlardan ilki işçilerin izlenmeye başlamasından önce durumdan ve nedenlerinden, zaman çizelgesinden, izlemede kullanılacak yöntemlerden, toplanacak bilgilerden kural olarak yazılı bir şekilde haberdar edilerek açık ve yazılı rızalarının alınmasıdır. İşçinin yazılı rızasının olmadığı veya bilgilendirmenin yazılı şekilde yapılmadığı durumlarda ise işçinin izlenmesine yönelik onayının olduğunun veya işçinin bu hususta önceden bilgilendirildiğinin ispat edilmesi gerekecektir. Burada amaçlanan ise işçinin, izleme faaliyetinin kapsamına ilişkin yeterli bilgiye sahip olarak karar vermesini sağlamaktır.

Maddede öngörülen diğer şart ise izleme faaliyetini gerçekleştirecek işverenlerin, çalışanların özel hayatlarına en az müdahale edecek yöntemi seçmeleri gerekliliğidir. Bu şart ile işçilerin özel hayatlarının gizliliği, işverenler tarafından tercih edilen izleme yöntemi karşısında daha üstün tutulmaktadır.

Aynı maddenin 14. bendinin 2. ve 3. fıkralarında ise gizli izlemenin şartlarına değinilmiştir. Buna göre; işyerinde işçilerin gizli olarak izlenebilmeleri için ulusal düzenlemeler kapsamın-

da bu izlemeye izin veriliyor olması veya suç teşkil eden ya da doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışların varlığına ilişkin bir şüphe ile bu şüphenin geçerli bir nedene dayandığını gösteren olguların bulunması gerekmektedir.

Yine aynı davranış kodunun “bireysel haklar”ı düzenleyen 11. maddesinde belirlenmiş olan şartlara uyulmasını sağlayabilmek için toplu iş sözleşmesi, çalışma koşulları veya işyeri politikasında uygulanması basit ve işçiler tarafından kolaylıkla ulaşılabilecek bir şikayet prosedürünün işletilmesi gerekliliğine de yer verilmiştir.

İş hayatında esnekliğin azami seviyede sağlanabilmesi amacını taşıyan kodun bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Bu niteliği itibarıyla de ulusal hukukların, düzenlemelerin, uluslararası çalışma standartlarının veya kabul edilmiş diğer standartların yerini almamaktadır. Söz konusu belgenin, işletme düzeyinde yararlı olabilmesi adına yasal düzenlemelerin, toplu iş sözleşmelerinin, çalışma koşullarının, çalışma politikalarının ve pratik önlemlerin gelişmesinde rehber olarak kullanılması da mümkündür¹³.

Uluslararası Çalışma Örgütü çalışanların özel hayatlarının gizliliği hakkı ana başlığı altında kişisel bilgilerin korunmasına, işyerinde kontrol ve izlemeye ve işyerinde yapılan muayenelere ilişkin olmak üzere toplam üç çalışmayı da bu hususta yol gösterici prensipler olarak yayımlamıştır¹⁴.

Avrupa Birliği

Avrupa Birliği düzenlemelerinde konuya ilişkin en temel düzenleme 7 – 8 Aralık 2000 tarihinde gerçekleştirilen “Nice Zirvesi’nde onaylanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 7. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, “... Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

Şart’ın 8. maddesinde ise kişisel verilerin korunması düzenlenmiş olup, “Herkes, kendisine ilişkin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu tür bilgiler, belirtilen amaçlar için ve ilgili kişinin onayına veya yasada öngörülen başka meşru temele dayalı olarak adil bir şekilde kullanılmalıdır. Herkes, kendisi hakkın-

da toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir. Bu kural-lara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenecektir.” hükümlerine yer verilmiştir. Böylece Avrupa Birliği de bu hakları temel güvenceye kavuşturmuştur.

24.10.1995 tarih ve 95/46/EC sayılı Yönerge

24.10.1995 tarih ve 95/46/EC sayılı “Kişisel Nitelikli Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Sınırlar Arası Dolaşımında Bireylerin Korunması Hakkında Yönerge¹⁵”, vatandaşlar açısından korunma derecelerinin oluşturulması ve Birlik sınırları içerisinde kişisel nitelikli verilerin serbest dolaşımının sağlanması hususlarında üye ülkelerin düzenlemeleri arasında uyum sağlamak amacıyla çıkarılmış bulunmaktadır.

Yönerge’de kişisel verilerin işlenmesine ilişkin altı ilke bulunmakta ve ırk, köken, dini inanç, politik düşünce, sağlık gibi özel veri tiplerinin (“duyarlı veri”) toplanmasına ancak çok özel şartların gerçekleşmesi ve bu tip verileri işleyecek kişinin belirlenen yükümlülükler listesine uyması halinde izin verilmektedir¹⁶. Kişisel nitelikli verilerin korunması amacı doğrultusunda işçilere erişim, karşı çıkma, uğranılan zararların tazminini talep etme gibi birtakım haklar da tanınmış bulunmaktadır¹⁷.

AB Nezdinde İş İlişkisi Bakımından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Yapılan Çalışmalar

Her ne kadar kişisel verilerin korunmasına yönelik AB düzenlemeleri, işçi – işveren ilişkileri bakımından uygulama alanına sahip olsalar da iş ilişkisinin kendine özgü özellikleri ile yurtdışı bahsedilen yönergelerin genel nitelikli karakterleri veri koruma konusundaki ilkelere iş hayatında nasıl uygulanacağı hususunun açıklanmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, 95/46/EC sayılı Yönerge’nin 29. maddesinde, yönerge düzenlemelerinin iş ilişkilerinde ne şekilde uygulanacağına ilişkin görüş ve kararlar almakla görevli bir “Çalışma Grubu” (Article 29 – Data Protection Working Party) oluşturulması öngörülmüştür¹⁸.

Çalışma Grubu'nun 8/2001 sayılı (5062/01 FR/Final WP 48), "işyerinde kişisel nitelikli verilerin işlenmesine" ilişkin kararında belirtildiği üzere, kişisel nitelikli verilerin elde edilmesi ve işlenmesi sadece taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamı boyunca değil, iş görüşmeleri safhası ile iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da mevcut dosyaların saklanmasına ilişkin öngörülen yasal sürenin sonuna kadar önem ve gereklilik arz etmektedir¹⁹.

Amaçsallık, şeffaflık, meşruluk, ölçülülük testi, kesinlik ve verilerin saklanması, güvenlik, kişisel nitelikli verilerin işlenmesinden sorumlu personelin duyarlı olması ilkeleri ise çalışma grubu tarafından ileri sürülen ve tüm kişisel nitelikli verilerin işlenmesinde geçerli olmaları gerektiği belirtilen ilkelerdir.

Söz konusu ilkelerden "kişisel nitelikli verilerin işlenmesinden sorumlu personelin duyarlı olması", çalışma grubunun "işyerinde elektronik iletişimin izlenmesine" ilişkin çalışması çerçevesinde ileri sürülen ilkeler arasında yer almadığından incelenmesi gereken bir ilkedir. Söz konusu ilke uyarınca kişilerin işyerinde özel hayatlarının gizliliği haklarına saygının sağlanabilmesi için diğer işçilerin kişisel nitelikli verilerinin işlenmesi ile görevli olan çalışanların verilerin korunması hususunda bilgilendirilmeleri ve bu hususta uygun bir eğitim almaları gerekmektedir²⁰.

Çalışma Grubu'nun "işyerinde elektronik iletişimin izlenmesine" ilişkin (5401/01/FR/Final WP 55 sayılı) çalışması ise hem yukarıda değinilen kararı tamamlamak hem de 95/46/EC sayılı Yönerge doğrultusunda kabul edilen ulusal düzenlemelerin uygulanmasının yeknesaklaştırılmasına katkıda bulunmak amaçlarını taşımaktadır.

Söz konusu çalışmanın inceleme konusunu, işçilerin elektronik posta ve internet kullanımının işverenler tarafından izlenmesi teşkil etmektedir²¹. Bu çalışma uyarınca, işveren tarafından başvuru izleme politikalarının yasal ve haklı olabilmesi için uyulması gereken genel ilkeler: gereklilik, amaçsallık, şeffaflık, meşruluk, ölçülülük, kesinlik ve verilerin saklanması ve güvenlik şeklinde belirtilmiştir.

"Gereklilik" ilkesi bir yandan, işverenin

elektronik posta ve internet kullanımının izlenmesi şeklindeki denetimlere başvurmadan önce herhangi bir izleme metodunun gerekli olup olmadığını ve işçilerin özel hayatlarına en az müdahale edecek geleneksel bir yöntemin yeterli olup olmayacağını incelemesini gerekli kılmakta; diğer yandan da, elde edilen verilerin güdülen amacın gerektirdiği süre ile sınırlı olarak saklanmasını öngörmektedir. Bu durumda işçilerin elektronik posta ve internet kullanımının izlenmesi şeklindeki denetimlerin ancak istisnai hallerde uygulama alanı bulabileceği ortaya çıkmaktadır²².

"Amaçsallık" ilkesi ise verilerin belli, açık ve meşru bir amaç doğrultusunda toplanabilmesini ve amaca aykırı olarak kullanılmamasını öngörmektedir²³.

"Şeffaflık" ilkesi uyarınca, işverenin denetim ilişkin faaliyetlerini açıkça belirtmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, üye ülke yasal düzenlemesi izin vermedikçe işçilerin elektronik postalarının ve internet kullanımının gizli bir şekilde izlenmesi yasak olduğundan işverenin izlediği işçiye bilgi vermesi, işçinin kendisi ile ilgili elde edilen bilgilere ulaşmasını sağlaması ve işçilerin izlenmesine ilişkin denetim mekanizmalarını uygulamaya başlamadan önce kontrol makamına haber vermesi gerekmektedir²⁴.

"Meşruluk" ilkesi uyarınca ise elde edilen verilerin işlenmesi ancak işyerini önemli tehditlerden koruma gibi meşru bir amaç doğrultusunda mümkün olabilmektedir ve ilgili kişilerin hak ve özgürlüklerine haksız bir şekilde zarar vermeden gerçekleştirilmelidir²⁵.

"Ölçülülük" ilkesi uyarınca ise işverenlerin elde ettikleri kişisel verileri hak ve özgürlüklere en az müdahale edecek şekilde işleme-leri gerekmekte, sistemin güvenliği gerektirmediği tüm çalışanların elektronik posta ve internet kullanımının genel olarak izlenmesi mümkün olamamaktadır. Bu durumda elektronik postaların denetiminde mümkün oldukça içeriğe ilişkin denetimden çok, mesaj trafiğinin taraflarına ve saatlerine ilişkin bilgilerin alınması şeklinde gerçekleşen bir denetim tercih edilmelidir²⁶.

Son iki ilke olan kesinlik ve verilerin saklan-

ması ile güvenlik ilkeleri, işverenin elde ettiği verilerin dışarıdan gelebilecek her türlü müdahalelere karşı korunması için teknik ve örgütsel tedbirleri almasını, söz konusu verilerin gerekli olduğu sürece saklanabilmesini öngörmektedir²⁷.

Çalışma Grubu'nun "kişisel nitelikli verilerin işlenmesinde bireylerin korunmasına" ilişkin (11750/02/FR WP 89) sayılı kararında ise, konu ile ilgili diğer iki çalışmaya genel olarak değinildikten sonra işçilerin çalışma kalitelerini ve verimlerini uzaktan kontrol etme amacını taşıyan ve bu amaç çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesini öngören video gözetimlerinin yasak olduğu belirtilmektedir²⁸.

Buna karşılık dolaylı yoldan işçilerin uzaktan denetimi amacına sahip olsalar da işin güvenliği veya üretimin gerçek gerekleri ile doğrulanan video sistemleri uygun garantilerin sağlanması koşuluyla kabul edilebilir bulunmaktadır. Ayrıca tuvaletler, duşlar, dinlenme alanları gibi çalışanlara ayrılan ve işe ilişkin faaliyetlere özgülenmemiş olan yerlerde denetimin yapılması gerektiğinin altı çizilmekte ve son olarak da denetleyen kişinin kimliği, gerçekleştirilen gözetimin nedeni gibi gerekli bilgilerin işçiler ile işyerindeki tüm çalışanlara bildirilmesi gerektiğine yer verilmektedir²⁹.

TÜRK HUKUKUNDA İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Türk Hukuku'nda işverenin, işyerinde internet ve e-mail iletişimi üzerindeki gözetim yetkisini açıkça düzenleyen bir yasal düzenleme henüz mevcut değildir. Buna karşın, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³⁰ ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nda işçinin özel hayatının gizliliği hakkı kapsamında işçiye ait kişisel bilgilerin toplanması ve işlenmesine ilişkin çok önemli düzenlemeler yer almaktadır. Bununla birlikte, 5982 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"³¹'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 20. maddesinde de-

ğişiklik yapılarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel bir düzenleme getirilmektedir. Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Dokuzuncu Bölümünde de "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığı altında çalışmamızın konusunu oluşturan işyerinde gözetim faaliyetlerinin belli şartların varlığı halinde dâhil olacağı suç türleri düzenlenmiş bulunmaktadır.

T.C. Anayasası

Genel düzenlemeler arasında ilk olarak Anayasa'nın ("AY.") "özel hayatın gizliliği" başlıklı 20 ve "haberleşme hürriyeti" başlıklı 22. maddeleri karşımıza çıkmaktadır.

Söz konusu madde düzenlemeleri sırasıyla; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

(Değişik: 3.10.2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." (m.20)

(Değişik: 3.10.2001-4709/7 md.) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına

sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.” (m.22) şeklindedir.

Öte yandan, yukarıda da belirtildiği üzere 13.05.2010 tarih ve 27580 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 2. maddesi ile Anayasa’nın 20. maddesinde değişiklik yapılarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel bir hüküm eklenmiştir.

Söz konusu düzenleme;

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklindedir.

Madde gerekçesi ise, “Anayasada kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümler bulunmakla birlikte yeterli değildir. Mukayeseli hukukta ve tarafı olduğumuz uluslararası belgelerde de kişisel verilerin korunması önemle vurgulanmaktadır. Maddeyle, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, anayasal bir hak olarak teminat altına alınmaktadır.

Bu bağlamda, bireylerin kendilerini ilgilediren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceği hükme bağlanırken, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği öngörülmektedir.” şeklinde belirtilmiştir³².

Söz konusu gerekçeden de anlaşıldığı üzere; yukarıda örnekleri verilen mukayeseli hukuka ait düzenlemeler ve uluslararası belgeler de dikkate alınarak “kişisel verilerin korunması” konusunda yapılan kanunlaştırma çalışmaları anayasal bir temele de oturtulmak istenmektedir.

Ayrıca, bu bağlamda hukuk devleti ilkesi (AY. m. 2), bireyin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirme hakkı (AY. m. 17/I), insan onuru (AY. Başlangıç par. 6), konut gizliliği (AY. m. 21), dini ve vicdani kanaatleri açıklamaya zorlanamama (AY. m. 24/III), düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlanamama (AY. m. 25/II) gibi temel haklar da bireyin özel yaşamının gizliliğinin korunmasına hizmet etmektedir.

Anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine “doğrudan uygulanabilme” olanağı da bulunmaktadır. Özel hukuk alanında özel yaşamın korunmasına ilişkin hiçbir düzenleme bulunmasa bile, AY m.20-22’nin de aralarında bulunduğu Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanmasıyla, bu hakkın korunması mümkün olabilecektir³³. Anayasanın doğrudan uygulanabilmesinin bir diğer sonucu da, özel hukuk kişilerinin (bu çalışma bağlamında işveren), özel yaşam hakkını düzenleyen Anayasa hükümlerine aykırı hukuki işlemlerinin, BK m.19 – 20 uyarınca geçersiz sayılmasıdır.

Öte yandan, Avrupa Birliği’ne uyum sağlanması amacıyla 2004 yılında 5170 sayılı Kanun³⁴ ile gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile 90. maddeye “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklinde son fıkra hükmü eklenmiştir.

Söz konusu değişiklik sonrası, öğretilerde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri hususunda üç görüş oluşmuştur. Birinci görüş uyarınca, söz konusu düzenleme dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların diğer uluslararası antlaşmalardan ayrıcalıklı tutularak normlar hiyerarşisinde kanunlar üstünde kabul edilmeleri ve bunların anayasa ile birlikte yorumlanmaları gerekmektedir³⁵. Diğer görüş ise, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların da halen kanun hükmünde olduklarını ancak, kanunlar ile aralarında çıkacak bir çatışmada söz konusu antlaşmaların esas alınacağını savunmaktadır³⁶. Üçüncü ve sonuncu görüş uyarınca, temel hak

ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar kanunlar ile anayasanın üstündedir ve normlar hiyerarşisinin en başında yer almaktadır³⁷.

Öğretide yer alan ve yukarıda ilk olarak yer verilen görüş doğrultusunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde diğer uluslararası antlaşmalardan farklı bir yere sahip oldukları ve kanunların üzerinde yer aldıkları yönündeki değerlendirme kabul görmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁸.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

4 Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. TBK’nun Altıncı Bölümü, Hizmet Sözleşmeleri başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu bölümde yer alan hükümler de diğer bölümlerde olduğu gibi büyük ölçüde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin tercüme edilmesi suretiyle hazırlanmıştır. Bu bölümün birinci ayrımında “genel hizmet sözleşmesi”, ikinci ayrımında “pazarlamacılık sözleşmesi” ve üçüncü ayrımında da “evde hizmet sözleşmesi” düzenlenmiştir. Öte yandan TBK’da, kişisel verilerin saklanması, cezai şartın geçerliliği, giderlerin ödenmesi, rekabet yasağı, ibra ve feragat gibi pek çok konuda diğer iş kanunlarında bulunmayan yeni düzenlemeler getirilmektedir. Söz konusu düzenlemeler, diğer iş kanunlarına tabi olarak çalışanlar hakkında da doğrudan uygulama alanı bulacaktır³⁹.

Çalışmamızın konusu itibarıyla, TBK’da “İşçinin kişiliğinin korunması” kenar başlığı altında düzenlenen hükümler, madde sıralaması da dikkate alınarak aşağıda incelenmektedir.

Kanunda, “Genel olarak” başlığı altında düzenlenen m.417 ile mevcut (EBK) m.332’nin karşılığını oluşturmak üzere, fakat çok daha kapsamlı olarak işverenin gözetim borcu düzenlenmektedir.

Genel olarak işçinin kişiliğinin korunmasını düzenleyen m. 417 gereğince:

“İşveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektir-

diği ölçüde gözetmek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğrammaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dahil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararlarının tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda⁴⁰, işçinin onur ve saygı gösterilmek dâhil bütün kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin yükümlülüğün düzenlendiği, cinsel tacizin yanı sıra psikolojik tacizin de (mobbing) kişilik değerlerini ihlal eden hukuka aykırılık hallerinden sayıldığı, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 77. maddesi ile Borçlar Kanunu’nun konuya ilişkin düzenlemelerinin örtüştüğü, iş sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliğinin artık tartışma konusu olmaktan çıktığı, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanmasının kararlaştırıldığı⁴¹, kabul edilen madde ile iş sözleşmesine aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğun, hakkaniyet veya kusursuz sorumluluk olduğu tartışmasına da son verildiği ifade edilmiştir.

Madde, tüm iş kanunları bakımından uygulanma olanağına sahip olmakla birlikte işçinin kişilik haklarının, özellikle de özel hayatının gizliliğinin korunması bakımından son derece önemli yenilikler getirmektedir.

Öncelikle maddede, işverenin, işçinin bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğü açık bir şekilde düzenlenmektedir. Öte yandan, sadece cinsel tacize karşı değil, son dönemlerde giderek daha fazla ihtilafa konu olan “işyerinde psikolojik taciz” (mobbing)’e karşı

da önlem alma yükümlülüğü getirilmektedir⁴².

TBK'nın "Kişisel verilerin kullanılmasında" başlıklı 419. maddesinde, Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir düzenlemeye yer verilmektedir.

Söz konusu madde ile işçinin korunması amacıyla kişisel verilerin kullanılması düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca, "İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir." Madde gerekçesinde, teknolojik gelişmeler sonucu günlük yaşamın bir parçası hâline gelen ve bilgisayar ortamında saklanabilen verilerin kullanılması konusunda işçinin korunması amacıyla bazı sınırlamalar yapıldığı ve işverenin, işçiye ait kişisel verileri ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceği belirtilmektedir.

Gerekçede "kişisel veri" kavramı, her ne kadar bilgisayarda saklanabilen veriler için kullanılmış gibi görünüyorsa da esasen bu kavramın, nerede saklanırsa saklansın işçiye ait kişisel bilgiler şeklinde anlaşılması gerekmektedir⁴³. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, işçiye ait tüm kişisel bilgilerin değil, işe yatkınlığıyla ilgili olmayan veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olmayan bilgilerin kullanılması yasaklanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir.

İş Kanunu'ndaki Düzenlemeler

İşçilere ait kişisel verilerin korunmasıyla ilgili düzenleme, İş Kanunu m.75 hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır: "İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır." (İş K. m.75/I).

Maddenin devamında ise, özlük dosyasındaki bilgilerin hangi esaslarla kullanılması gerektiği ve korunmasına ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, "İşveren, işçi hakkında edindiği

bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür." (İş K. m.75/II).

İş K. m.75 düzenlemesi, işçi hakkında dosya düzenlenmesini öngörmekle birlikte, bunun formunu dikte eder nitelikte bir hüküm değildir. Dolayısıyla işçi hakkında, ister elle tutulsun ister elektronik ortamda depolansın tüm verilerin aynı maddenin ikinci fıkrasındaki korumadan yararlanması gerekir. Bu aynı zamanda işverenin gözetim borcunun da bir sonucudur⁴⁴.

İşverenin işçi hakkında edindiği bilgilerin kullanılma şekli konusunda İş K. m.75/2. fıkrası önem taşımaktadır. Söz konusu fıkra hükmünde, işverenin işçi hakkında edindiği bilgileri, "dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak" kullanması öngörülmektedir. Bu ifade, yukarıda incelediğimiz Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Yönergesi ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında (KVKK) yer alan düzenlemelerle uyum arz etmektedir⁴⁵.

Bundan başka, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerde, işçinin sağlık durumuna ilişkin verilerinin elde edilmesi, saklanması ve işçilerin bunlara ulaşım hakkına ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin, İş K. m.85 – 86 ve Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği⁴⁶ m.5 uyarınca ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçiler ile genç işçilerin işe girişlerinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının hekim raporu ile belirlenmesi ve bu raporların, teftiş esnasında iş müfettişlerine her istenildiğinde gösterilmek üzere işveren veya yetkilisi tarafından, gizliliğine halel gelmeyecek bir şekilde işyerlerindeki özlük dosyalarının kişisel sağlık bölümünde saklanması gerekmektedir (m.5/I, IV).

Ayrıca, işyerinden ayrılarak yeni bir işe giren işçilerin bu raporları veya örnekleri yeni işverenin isteği halinde o işyerine gönderilecektir (m.5/VI). Yönetmeliğin 7. maddesi ise işverene, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırdığı işçilerin nüfus cüzdanlarının onaylı örneklerini saklayarak, bunları iş müfettişlerinin her isteyişinde gösterme yükümlülüğü getirmektedir.

İş mevzuatındaki bu hükümler, Veri Koruma Hukukunun ilkelerinin bir bölümünü yansıtmaktadır. AB uyum sürecinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönergelerle uyum kaygısıyla çıkarılan yönetmeliklerin bu esasları içermesi de doğal karşılanmalıdır. Ancak, Veri Koruma Hukuku bakımından asıl uyum gerektiren kaynak, 95/46/EC sayılı Yönerge'dir. Başka bir anlatımla, işçi – işveren ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulan 95/46/EC sayılı Yönerge veri koruma konusundaki temel kuralları belirlemek; iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yönergeler ise, kendi düzenledikleri alanda bu kuralların nasıl uygulanacağını göstermektedir. Türk Hukuku bakımından, kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir yasal düzenleme ve bunun işçi – işveren ilişkisinde nasıl uygulanacağına ilişkin görüş oluşturulmasına gereksinim duyulduğu açıktır. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve TBK m.419 hükmü bu düşünceleri doğrulamaktadır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) Tasarısı

İşverenler, yasaların öngördüğü yükümlülüklerle uymak, işçi seçiminde, eğitiminde ve terfi işlemlerinde kullanmak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, kalite kontrol, müşteri ilişkileri, işyeri güvenliği, üretim ve iş süreçlerinin organizasyonu gibi amaçlarla mevcut işçilere ve işçi adaylarına ait kişisel verileri işlemektedirler⁴⁷.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler, işverenin işçilere ait kişisel verileri işleme faaliyetleri bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşın, bu konuda iş ilişkisinden kaynaklanan sorunların tamamı – işçiye ait kişisel verilerin işlenmesiyle bağlantılı olmakla birlikte -, salt veri koruma hukuku sorunu olarak değerlendirilmemektedir. Diğer bir ifadeyle, Veri Koruma Hukuku alanındaki uluslararası ve ulusal pozitif düzenlemelerde belirlenmiş olan ilke ve kurallar iş ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulmakla beraber bu ilke ve kurallar, iş ilişkisinin kendine özgü karakteri göz önünde tutularak yorumlanmalıdır⁴⁸.

KVKK'nın İşyerinde Gözetim Uygulamaları Bakımından Önem Taşıyan Hükümleri

Tasarıda ifade edildiği üzere kanun, kişisel verilerin işlenmesinde kişiliğin, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile kişisel verileri işleyen kişi ve kurumların uyacakları esas ve usulleri düzenlemektedir (Tasarı m.1). Kanun tasarısı, uygulama alanı itibarıyla, kişisel verileri işlenen kişiler ile bu verileri işleyen kamu kurum ve kuruluşlarından başka gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin işlemlerini kapsamaktadır. Tasarının hazırlanmasında esas alınan 95/46/EC sayılı Yönergeden farklı olarak gerçek kişilerle birlikte tüzel kişilere ait verilerin de korunması öngörülmektedir.

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler, (95/46/EC sayılı Yönerge'nin 6. maddesinde sayılan ilkelerle paralel biçimde) Tasarının 5. maddesinde sayılmıştır.

Buna göre kişisel veriler;

- Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak elde edilmeli ve işlenmelidir.
- Belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanmalı ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenmemelidir.
- Toplandıkları amaçla bağlantılı, yeterli ve orantılı olmalıdır.
- Doğru olmalı ve gerektiğinde güncellenmelidir.
- İlgili kişilerin kimliklerini belirtecek biçimde ve kaydedildikleri veya yeniden işlenecekleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmeleri zorunludur⁴⁹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Tasarıda belirlenen işleme kriterleri, uluslararası düzenlemelerle uyum arz etmekle birlikte kişisel verilerin kural olarak işlenmesinin yasak olduğunun belirtilmemiş olması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir⁵⁰. Çünkü kişisel verilerin yukarıda sayılan kurallar dâhilinde işlenmesi ancak Tasarının 6. maddesinde düzenlenen "hukuka uygunluk nedenleri" nin varlığı halinde mümkün olabilecektir.

Tasarının 6. maddesinde ise kişisel verilerin işlenmesinin hangi hallerde hukuka uygun sayılabileceği ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

Buna göre, kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için gereken koşullar şu şekilde sıralanabilecektir:

1. İlgili kişinin açık rızası
2. Yasal yükümlülük bulunması
3. İlgili kişinin (işçinin) yaşamının korunması
4. Bir sözleşmenin kurulması ve edimlerinin yerine getirilmesi
5. Herkesçe bilinen kişisel verilerin işlenmesi
6. Veri işlemenin zorunlu olması

Tasarının 11. maddesinde, veri kütüğü sahibinin (çalışmamızda işverenin), ilgili kişileri (işçileri) aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenmiştir. Buna göre, veri kütüğü sahibi, ilgili kişilere, “veri kütüğü sahibi ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, kişisel verilerin kimlere aktarılabileceği, veri toplamanın yöntemi, hukuki sebebi ve muhtemel sonuçları, kişisel verileri öğrenme hakkı, düzeltme hakkı” konularında bilgi vermekle yükümlüdür.

Tasarının 12. maddesinde ise ilgili kişinin (işçinin) “veri kütüğü sahibine başvurarak, kendisiyle ilgili kişisel veri kaydedilip kaydedilmediğini öğrenmek, kaydedilmişse bunları talep etmek, verinin muhtevasının eksik veya gerçeğe aykırı olması halinde bunların düzeltilmesini, hukuka aykırı olması halinde ise silinmesini, yok edilmesini veya aktarımının engellenmesini ve buna göre yapılacak işlemlerin verilerin açıklandığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme” hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.

İlgili kişinin (işçinin) bu talebi karşısında veri kütüğü sahibi (işveren) ise, veri kütüğündeki ilgili kişiye ait bilgilerin ve işlenen bilgi türlerinin tamamını bildirmek, veri işlemenin hukuki dayanağını ve amacını bildirmek, hangi tür kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılabileceği ve aktarılacak kişilerin kimliklerini bildirmek, verinin muhtevasının eksik veya gerçeğe aykırı olması halinde düzeltmek, hukuka aykırı olması halinde silmek, yok etmek ve üçüncü kişilere aktarımını engellemek, uygulanması imkansız olmamak veya büyük güçlükler yaratmamak kaydıyla ilgili kişiye bildirdiği bilgileri

üçüncü kişilere de bildirmekle yükümlüdür.

Tasarının devam maddelerinde ise yurtdışına veri aktarımı, veri kütüğü sicili, Kişisel Verileri Koruma Kurulu ve tasarıda öngörülen düzenlemelere aykırılık taşıyan eylem ve işlemlere ilişkin suç ve cezaların ayrıntılı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerin çalışma konumuz ile ilgili olmakla birlikte kapsadıkları alanın geniş olması da dikkate alınarak bu çalışma kapsamında daha detaylı bir inceleme yapılmamıştır. Veri Koruma Hukukundaki en önemli haklardan biri olan veriye ulaşma hakkı, işçinin süregelen gözetim uygulamasının iyi niyet kuralına ve hukuka uygunluğunu denetlemesi bakımından ayrıca öneme sahiptir⁵¹. Bu şekilde işçi, kaydedilen iletişiminin özel yaşam hakkına saldırı oluşturacak bir nitelik alıp almadığı hususunda karar verebilme olanağına sahip olur.

İŞ İLİŞKİSİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARININ DAYANDIĞI HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

1. İşçinin Özel Hayatına Müdahale Edilmesine Rıza Göstermesi

İşçinin özel yaşamına müdahale bakımından üzerinde durulan ve en çok işlenmiş olan uygulama, işyerine giriş ve çıkışlarda işçinin üstünün aranmasıdır. Kişinin üstünün aranması özel hayata ve kişilik hakkına yapılan ağır saldırılardan biridir. İşte bu noktada, öğretide savunulan bir görüşe göre, işveren tarafından yapılan uygulamanın, işyerinin güvenliği ve korunması gibi işverenin ya da işyerindeki üçüncü kişilerin kişilik değerleriyle sıkı bağlantı içinde olan bir nedene dayanması halinde işçinin rızasının alınmasına gerek yoktur; diğer uygulamalar bakımından ise, işçinin açık ya da örtülü rızasının bulunması gerektiği savunulmaktadır⁵². Diğer görüşe göre ise, uygulamanın dayandığı neden ne olursa olsun işçinin rızası alınmalıdır⁵³.

Kural olarak, işçinin rızasının, TMK m.23, 24 ve EBK m.19 sınırları içinde kalan müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği kabul edilmelidir. TMK m.24/II hükmünün geçerli şekilde

verilmiş rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmesi karşısında, işçinin özel yaşamının korunmasına yönelik, işveren karşısındaki konumunu dikkate alan, özel yasal düzenlemenin bulunmayışı, bu sonuca varmayı zorunlu kılmaktadır.

Bu tür bir düzenlemenin ilk örneklerinden birini, TBK'nun 417. maddesi oluşturacaktır. Maddenin yürürlüğe girmesi halinde, işçiye ait kişisel verilerin işlenmesi boyutuyla işçinin hizmet ilişkisinde yeterliliği veya iş görme ediminin yerine getirilmesi için gerekli olmadıkça işçinin rızası, hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkacaktır. Maddenin ortaya koyduğu kriterler, işçiden sadakat borcu kapsamında rıza göstermesini beklenebilir kılan çerçeveyi ortaya koymaktadır.

Öte yandan, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde iş güvencesi kapsamında olan işçiler (İş K m.18 – 22, 116; Basın İş K m.6) bakımından, özel yaşama müdahale niteliğindeki işveren uygulamalarına verilen rızanın, TMK m.23 sınırlarını aşmayan türde bir iradeyle verilmiş olduğuna ikna olmak daha kolaydır⁵⁴.

İşçinin rızası üzerindeki kuşkunun tamamen ortadan kaldırılması için işçinin rıza göstermesi ya da rızasını geri alması halinde hiçbir olumsuz sonuçla karşılaşmayacağına taahhüt edilebildiği ölçüde, işçinin irade açıklamasının, "rıza beyanı" olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir⁵⁵.

Avrupa ülkeleri bakımından, 95/46/EC sayılı Yönerge'nin 2. maddesinde yapılan rıza tanımından⁵⁶ yola çıkılarak ortaya konan ve kabul gören bu görüş, iş ilişkisinde işçinin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak tümünden redetmemekle birlikte, uygulama alanını oldukça daraltmaktadır.

2. İşverenin Dayanacağı Üstün Özel Yazar

İş ilişkisi kapsamında işçilerin işyerine girerken özel hayatlarını kapıda bırakmaları düşünülemeyecek olsa da sözü edilen ilişkinin bir gereği olarak işçinin özel hayatı ile işverenin hak ve çıkarlarının dengelenmesi gereği ortadadır. Örneğin, işverenin işçilerinin davranışları nedeniyle, işverenin sorumluluğuna gidilebi-

lecek durumlar (EBK m.55, 100) ya da işçilerin davranışları ile işverene verebilecekleri zararlar düşünüldüğünde belirtilen dengenin kurulması gerekliliği daha iyi anlaşılacaktır.

İşyerinde güvenliğin sağlanmasına yönelik, işçinin özel hayatına müdahale içeren uygulamaların hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği savunulurken, özel hayatının gizliliği hakkı karşısında üstün tutulan yararın, diğer işçiler ve müşterilerin yaşam hakkından kaynaklanan yarar olduğu kabul edilmektedir⁵⁷.

Öte yandan, işverenin sadece ekonomik nitelikli yararının, işçinin özel hayat hakkı karşısında nasıl değerlendirileceği de tartışma konusudur. Özel hayatın gizliliğine müdahale içeren uygulamaların meşru bir temele oturtulması bakımından sürekli tekrarlanan hırsızlıkların önlenmesi, işçinin eylemleri nedeniyle işverenin (istihdam eden sıfatıyla) olası sorumluluğu, verimliliğin artırılması ve üretim maliyetlerinin düşürülmesi gibi işverenin özel yararı bulunduğu ifade edilen nedenlere dayanıldığı görülmektedir.

Özel hayatın gizliliği hakkının temel bir insan hakkı oluşunun yanında İş Hukukunun işçiyi koruma karakterli ilkeleri dikkate alındığında, işverenin ekonomik temele dayanan özel yararının özel hayatın gizliliği karşısında doğrudan üstün tutulması yerine; sadakat borcu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde işçiden özel hayatının gizliliğine müdahale içeren uygulamalara rıza göstermesinin, somut olayın özelliklerine göre beklenip beklenemeyeceği ölçütünün kullanılması önerilmektedir⁵⁸.

3. İş İlişkisi Bakımından Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

İş K m.77 uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak ve denetlemekle; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmeliklerde de işverenin bu yükümlülükleri ayrıntılı biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Örneğin, Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunması Hakkında Yönetmelik⁵⁹ m.7 uyarınca işveren, işçilerin ve diğer kişilerin sağlık ve

İşyerinde elektronik yolla iletişimin izlenmesi söz konusu olduğunda, özel hayatın gizliliği hakkının haberleşme özgürlüğünü de kapsadığı unutulmamalıdır.

güvenliği için tehlikeli patlayıcı ortam oluşma ihtimali olan yerlerde güvenli çalışma şartlarını sağlamak ve çalışma süresince uygun teknik yöntemlerle bu kısımları gözetim altında tutmakla yükümlüdür. Yer Altı ve Yer Üstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği⁶⁰ ek m.4.1.2, 8.7, 9.2 hükümleri ile iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek riskli alanlarda içmek amacıyla tütün mamulleri ile alev ve kıvılcım çıkarabilecek her türlü maddeyi taşımak ve bulundurmamak yasaklanmıştır.

Öte yandan, bazı işler ve işçiler için işverenlerin işçilerden sağlık raporu istemek ve bu raporları saklamak zorunluluğu bulunmaktadır. Örneğin, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği⁶¹ m.5 uyarınca ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçilerin işe girişlerinde, bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının hekim raporu ile belirlenmesi ve bu raporun belirli aralıklarla tekrarlanması zorunludur.

Yukarıda örnek mahiyetinde belirtilen kanun ve yönetmelik hükümlerinin tümünde işçinin özel hayatına müdahaleyi gerektiren düzenlemeler yer almaktadır. Bazı hükümler, işçilerin gözetim altında tutulmasını, bazıları ise verilerin toplanması ve saklanmasını öngörmektedir.

İşverenin, bu düzenlemeler kapsamında işçinin özel hayatına müdahale niteliğindeki işlem ve eylemleri, TMK m.24/II uyarınca “kanunun verdiği yetkinin kullanılması” olarak değerlendirilecek ve hukuka uygun kabul edilecektir⁶².

İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİMİN KOŞULLARI, KAPSAMI VE UYGULANMA YÖNTEMLERİ

İşyerinde işçilerin e-mail iletişimlerinin, internet bağlantılarının ve ziyaret ettikleri internet

sitelerinin denetlenmesi, iş hayatında sıkça karşılaşılan gözetim (monitoring and surveillance) uygulamalarıdır. Bu tür uygulamalar, çeşitli açılardan işçilerin özel hayatlarının gizliliğine müdahale oluşturmaktadır. İşyerinde elektronik yolla iletişimin izlenmesi söz konusu olduğunda, özel hayatın gizliliği hakkının haberleşme özgürlüğünü de kapsadığı unutulmamalıdır. Bu uygulamaların başka bir sonucu da gözetim yoluyla işçiler hakkındaki kişisel verilere ulaşıyor olmasıdır.

İletişim alanında özel hayatın gizliliği hakkı, iletişim olanaklarına serbestçe ulaşmayı ve bunlardan, müdahale olmaksızın yararlanmayı anlatır. İletişim olanağının sınırlandırılması ya da ortadan kaldırılması, AY m.22/II ve AİHS m.8'e aykırılık teşkil etmekte ve kişiler arasındaki haberleşmenin hukuka aykırı olarak engellenmesi de TCK m.124 (1) uyarınca suç oluşturmaktadır. Belirtilen nedenlerle, işyerinde işçiye hiçbir şekilde özel iletişim olanağı tanınmamasının, özel hayatın gizliliği hakkına hukuka aykırı biçimde müdahale niteliğinde olduğu açıktır.

Özel hayatın gizliliğine gerekli saygının gösterildiğinden söz edebilmek için iletişim özgürlüğünün engellenmemesi yetmez. Aynı zamanda gizliliğe de saygı gösterilmesi gerekmektedir. Kullanılan iletişim araçlarının mülkiyetinin işverende olması, bir temel hak olan haberleşmenin gizliliğine saygının ortadan kalkma sebebi olamaz. Özel hayatın gizliliğine saygı, iş hayatının sürdürüldüğü mekanlarda da belli derecede diğer insanlarla ilişkiler kurmak ve geliştirmek hakkını da kapsamaktadır⁶³. Yapılan iletişimin içeriğinin gizli ya da özel olup olmaması, diğer bir anlatımla kişinin özel hayatına ilişkin olup olmaması burada önem taşımayacaktır. Özel hayatın gizliliği hakkının iletişim alanındaki yansımaları, içeriğine bakılmaksızın tüm haberleşmenin korumadan yararlanmasını gerektirir.

AİHS m.8 hükmünde yer alan “correspondence” kelimesi aslen yazışma, mektuplaşma anlamına gelmektedir. Ancak AİHM kararlarında, bu kelimenin tüm haberleşme araç ve türlerini kapsayacak şekilde yorumlandığı görülmektedir. AB Temel Haklar Şartı ve dolayısıyla Avrupa Anayasasında da yazışma yerine “iletişim” kavramı tercih edilerek, hakkın kap-

samı bakımından aynı yaklaşım sergilenmiştir. Çalışmamızda, e-mail için yapılan açıklamalar, tüm iletişim şekilleri için geçerli kabul edilebilecektir. Şekilleri farklı da olsa tüm iletişim araçlarının, aynı amaca yönelik olması ve işveren tarafından işin yürütümünde kullanıldıkları gerçeği bu sonuca varılmasını sağlamaktadır⁶⁴.

1. Hukuka Uygun Gözetim Uygulamasının Koşulları

İşveren, işçinin özel yaşamına müdahale oluşturan her uygulamada olduğu gibi gözetim uygulamalarını da bir hukuka uygunluk nedeğine dayandırmalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinden, “üstün nitelikte özel yarar” söz konusu olduğunda, gözetimle sağlanacak yararlar, bu uygulamanın işçinin özel hayatının gizliliği üzerinde yaratacağı etki hassasiyetle değerlendirilmelidir. İşverenin dayanacağı üstün yarar için, işe ve işyerine ilişkin gizli bilgilerin rakiplere sızdırılmasının önlenmesi başlıca örneklerden biri olarak gösterilebilir. Bu durumda işverenin salt ekonomik yararı korunmak isteniyorsa, hukuka uygunluk nedeni olarak üstün yarardan çok, işçinin sadakat borcunun, izleme uygulamasına rıza göstermesini gerekli kıldığının kabulü daha yerinde olacaktır. Buna karşın, sızdırılan bilgiyle işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik hakkının görünümünden birinin zedelenmesi de söz konusu olabilecektir, üstün özel yarardan söz edilebilir. Örneğin, işverenin ya da işyerindeki diğer işçilerin kişisel verilerine ulaşım ve bunları aktarabilme olanağı bulunan bir işçinin elektronik iletişiminin izlenmesinde, bu kişilerin özel hayatının gizliliğinin korunması noktasında üstün özel yararlarının bulunduğu söz edilebilir. Gözetim uygulaması, makul bir nedene dayanmadığı halde işçinin izlemeye rıza göstermesi de söz konusu olabilecektir.

Ayrıca, gözetim, dayanılan nedenin haklı kıldığı amaca ulaşmaya özgü kullanılmalıdır. Örneğin, virüs vb. programların neden olabileceği ağır ekonomik kayıplar düşünüldüğünde, iletişim ve bilgisayar sisteminin korunması amacıyla yapılmak istenen gözetim uygulamasına işçinin rıza göstermesi sadakat borcunun bir gereği olarak algılanabilir. Ancak bu du-

rumda, izlemeyle elde edilen veriler, koruma amacı dışında işçinin davranış ve yaşam tarzının izlenmesi ve değerlendirilmesi için kullanılamaz. Bu kuralın istisnası, sistem güvenliği için yapılan izlemede elde edilen ve güvenlik amacıyla ilgisi olmayan verinin, işçinin çıkarına olması ya da ağır nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın veya suç oluşturan bir hareketin ortaya çıkarılmasıdır⁶⁵.

2. Gözetimin Gerekli Olması

İşyerinde gözetim uygulamalarına geçilmeden önce, işverence bu uygulamaların gerekli olup olmadığına karar verilmelidir. Geleneksel yönetim teknikleriyle elde edilecek bir amaca ulaşmak için gözetim yapılması, özel hayatın gizliliğine en az zarar verecek yöntemin seçilmesi ilkesine aykırılık oluşturacaktır. İşçinin e-maillerinin izlenmesinin, hangi hallerde gerekli olduğuna örnek olarak, işçinin çeşitli nedenlerle işyerinde bulunmadığı zamanlarda işle ilgili iletişiminin devam ettirilmesinin başka türlü mümkün olamaması gösterilebilir⁶⁶. Bu durumda e-mail hesabının izlenmesi ve açılması için işçinin önceden bilgilendirilmiş olması da önemlidir.

3. Gözetim Uygulamalarının Özel Hayatın Gizliliğine Müdahale Düzeyi

Kural olarak, e-mail iletilerinin izlenmesi, iletinin tarafları, başlığı ve gönderilme zamanı gibi “trafik verileri” ile⁶⁷ sınırlı kalmalı, içeriğine girilmemelidir⁶⁸. Benzer şekilde, özellikle faturalama amacıyla, telefon görüşmelerinin zamanı, süresi ve görüşülen numarayla sınırlı şekilde izlenmesi kabul edilebilir. Esasen, gelişen teknolojik olanaklar, içeriğine girilmeksizin e-mail kullanımının değerlendirilmesi için uygun ortamı sağlamaktadır. Örneğin, işçinin aldığı ve gönderdiği ileti sayısının, gönderildiği adreslerin ve iletilerdeki “ek” lerin niteliğinin denetlenmesiyle, işverenin iletişim sistemini virüs vb. tehlikelere ya da iş ve işyerine zarar verici davranışlara karşı koruması mümkündür. Bu durum, internetin haberleşme dışı amaçlarla kullanımı bakımından da geçerlidir⁶⁹.

Bazı yazarlar internet ve e-mail üzerindeki geniş kısıtlamaların, verimi arttırmak yerine azaltacağını iddia etmektedir.

İşverenin trafik verileri ile hukuka uygun amacına ulaşmasının mümkün olmadığı durumlarda ise, e-mailin işçi dışındaki tarafının özel hayat hakkı da hesaba katılmalıdır. İşçinin özel hayatına müdahaleyi haklı kılan neden, e-mail yazışmasının diğer tarafı için aynı etkiyi göstermeyecektir. Örneğin, bu kişinin rızasının alınması çok güçtür. Dolayısıyla, işyeri dışındakilerin, iletilere eklenecek bir uyarıyla işyerinden yapılan iletişimin izlendiğinden haberdar edilmesi önerilmektedir⁷⁰.

İşçinin günün şartlarına uygun şekilde işyerinde kişisel işlerini halletmesini yasaklamak uzun vadede verimin düşmesine neden olabilir. Örneğin, bir işveren, internet aracılığıyla yapılan tüm kişisel kullanımı yasakladığında, alışverişlerini internet üzerinden yapan işçiler alışverişlerini yapmak için işyerlerini terk etmek zorunda kalabilirler. Bu nedenle, bazı yazarlar internet ve e-mail üzerindeki geniş kısıtlamaların, verimi arttırmak yerine azaltacağını iddia etmektedir. İşyerinde internet ve e-mail iletişimini kısıtlamanın işçiler üzerindeki etkilerini gözlemleyen kimi işverenlerin, yeni politikalar benimseyerek işyerinde “internet cafe”ler kurdukları, işçilerin kendi masalarında olmasa da işyerlerinde bu olanaklardan yararlanmaya devam etmelerini sağladıkları ifade edilmektedir⁷¹. Ancak bu konuda önemle belirtilmelidir ki, işçinin özel kullanımına ayrılan (ya da işçinin kendisine ait) özel e-mail hesabından yapılan iletişim, virüs taraması dışında, işveren tarafından denetlenmeyecektir. Buna karşılık, işçinin suç oluşturan davranışlarından işverenin de sorumlu tutulacağı ya da işverenin bizzat işçi tarafından işlenen suçtan zarar görmesi gibi haller söz konusu ise bu gibi durumlarda bir gözetim yapılması mümkündür⁷².

4. Gözetimin Gizli Yapılması

Kural olarak gizli gözetim yapılamaz. İş-

verenler, gözetim konusunda işçileri bilgilendirmeli ve önceden haberdar etmelidir⁷³. Bazı uluslararası belgelerde ve yabancı hukuk sistemlerinde, işyerinde gizli gözetim yapılmasına ilişkin bu kurala çok sınırlı istisnalar getirilmektedir. Örneğin, yukarıda değindiğimiz Uluslararası Çalışma Örgütü'ne ait “İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması”na ilişkin kodun 6.14 maddesinin 2. ve 3. fıkralarında gizli izlemenin şartlarına değinilmiştir. Buna göre; işyerinde işçilerin gizli olarak izlenebilmeleri için ulusal düzenlemeler kapsamında bu izlemeye izin veriliyor olması veya suç teşkil eden ya da doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışların varlığına ilişkin bir şüphe ile bu şüphenin geçerli bir nedene dayandığını gösteren olguların bulunması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, makul şüphe bulunmaksızın, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışın her an meydana gelebileceği gibi bir gerekçe, gizli izlemeyi haklı kılmayacaktır⁷⁴.

Gizli izleme, sıkı şekilde amaca yönelik olmalı, doğruluk ve bağlılığa uymadığı konusunda hakkında makul şüphe bulunan işçi dışındakileri kapsar şekilde yapılmamalıdır. Ayrıca izleme süresi de baştan belirlenmiş olmalıdır⁷⁵. Burada önemle belirtilmelidir ki; uluslararası belgelerde kabul edilen bu ilkeler, ancak ulusal hukukun, özel hayatına bu şekilde müdahale edilen kişiye gerekli korumayı sağladığı ve özel düzenlemelerle işverene bu yetkiyi verdiği ya da ulusal hukukun bunun delil elde etmek için kaçınılmaz olduğunu kabul ettiği durumlar için geçerlidir⁷⁶.

5. Bilgilendirme

AİHM'nin, Halford kararında özel hayata saygı hakkının (m.8) ihlal edildiğini tespit ederken kullandığı, “Aynı zamanda dâhili iletişim sisteminin kullanıcısı konumunda olan Bayan Halford'a, bu sistem üzerinden yapılan telefon görüşmelerinin dinleneceğine ilişkin uyarıda bulunulduğuna ilişkin kanıt bulunmamaktadır.” şeklindeki ifadesi, gözetim uygulamalarında işçilerin bilgilendirilmesinin bir önkoşul olması bakımından önemlidir⁷⁷. Bu ifadenin, çalışanın dinleme öncesinde konuşmalarının dinlenebileceğine ilişkin ayrıntılı şekilde uya-

rıldığı her durumda, işveren tarafından iletişimin izlenmesinin hak ihlali yaratmayacağını ima ettiği yolunda yorumlanamayacağı belirtilmektedir⁷⁸. Karardaki bu anlatımın, gözetim uygulamaları öncesinde bilgilendirmenin, uygulamanın hukuka uygun olduğunun kabulü için bir gereklilik olduğuna vurgu yaptığı; ancak, uygulamanın hukuka uygun olduğunun kabulü için tek koşulun bu olmadığı, ayrıca bir hukuka uygunluk nedenine dayanılması gerektiği, şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır⁷⁹.

İşverenin yapacağı bilgilendirmede, işyerindeki hangi iletişim araçlarının ne şekilde özel amaçlarla kullanılabileceği ayrıntılı biçimde ortaya konulmalıdır⁸⁰. Gözetim yapılacaksa bunun nedenleri ve amaçları işçilere bildirilmelidir⁸¹. İzledikleri, belirli aralıklarla işçilere anımsatılmalıdır⁸². İletişim araçlarının özel amaçlarla kullanımına izin verildiği sınırlar içinde kullanılması söz konusu olduğunda, gözetim, iletişim sistemine virüs vb. tehlikelere karşı güvenliğinin sağlanması gibi çok sınırlı nedenler ve amaçlarla uygulanabilir. Virüsün başka türlü temizlenmesinin ya da işle ilgili iletişimin devam ettirilmesinin başka türlü mümkün olmaması gibi, çok istisnai durumlarda, iletişimin içeriğine girilebilir. Bilgilendirmede bu istisnai durumların neler olabileceği ayrıntılı şekilde anlatılmalıdır⁸³. Bilgilendirme, konulan kurallara uyulmadığının saptanması halinde uygulanacak yaptırıma yönelik sürecin işleyişini de içermelidir.

Bilgilendirme aşamasında özellikle, işçinin kural ihlali yaptığının nasıl ve ne zaman kendisine bildirileceği belirtilmeli; bu tür iddialar karşısında cevap hakkı tanınmalıdır. En uygun tavır, işçinin kural ihlali fark edildiği anda uyarılmasıdır; meğer ki, izlemenin devamını haklı kılan bir neden bulunsun. Bu, özellikle elektronik iletişim araçları bakımından, yazılım teknolojisinin geldiği düzey de göz önüne alındığında oldukça kolay olacaktır. Örneğin, işçiye gelen e-mailde kurallara aykırı istenmeyen bir "ek" bulunması ya da sisteme zarar verecek bir sitenin ziyaret edilmesi durumunda ekranda açılan bir pencere ile işçinin derhal uyarılması mümkündür⁸⁴. Kural ihlalinin fark edildiği hal-

de, uyarı yapılmaksızın, izlemeye devam edilmesini haklı kılacak nedenlerin, bazı uluslararası belgelerde ve yabancı hukuklarda kabul gören gizli (covert monitoring) izlemeyi haklı kılan istisnai nitelikteki nedenler olduğu ileri sürülmektedir⁸⁵.

İŞYERİNDE ELEKTRONİK GÖZETİM UYGULAMALARININ HUKUKİ SONUÇLARI

Hukuka Aykırı Gözetim Uygulamaları Bakımından

İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshedilmesi

İş K m.24/II hükmünde, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği haller, somut ve açık şekilde sıralanmıştır. İşverenin müdahalesinin özellikle TCK m.132 vd.'da düzenlenen ve hapis cezasını gerektiren "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar"dan birini oluşturması halinde işçi açısından haklı nedenle derhal fesih olanağının ortaya çıkacağı tartışmasızdır. İş K m.24/II (c)'de işverenin, işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlemesi, açık şekilde, haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir.

İş K m.24/II (b) uyarınca, işverenin, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya bu tür davranışlarda bulunması da işçi bakımından haklı fesih nedeni oluşturacaktır. Bu durumda, işverenin özel hayata müdahalesi, kendi cinsiyetinden olmayan kişilerce üst araması yapılması, işyerindeki duş ve soyunma odaları gibi mekanların kamerayla izlenmesi, işçinin özlük dosyasında bulunan onur kırıcı bilgilerin açık edilmesi gibi eylemler şeref ve namusa dokunacak türde eylemlerdir. Dolayısıyla bu davranışlar, İş K m.24/II (b) kapsamında haklı fesih nedeni oluşturacaktır.

Öte yandan, işverenin işçinin özel hayatına müdahalesi suç niteliği taşımadığı halde hukuka aykırı bir eylem olarak değerlendirilmekteyse işçi açısından haklı fesih nedeninin bulunup

İşçi tazminat talebinde bulunmak için derhal fesih yetkisini kullanmak zorunda değildir.

bulunmadığı tartışma konusudur. Bu durumda, işçinin kişilik değerlerinden biri zedelenmektedir. Ancak, işçinin özel hayatına yönelik hukuka aykırı müdahalede bulunulması, İş K m.24/II'de sıralanan haller arasında sayılmamıştır. İşçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahalenin haklı fesih nedeni olarak kabul edilebilmesi için söz konusu madde hükmünde sıralanan nedenlerle bir benzerlik göstermesi gerekmektedir.

İş K m.24/II (c) hükmünde, işverenin işçiye ya da aile üyelerinden birine “sataşması”, işçi bakımından haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu noktada, suç niteliği ya da şeref ve namusa dokunan bir hal alması da, işverenin işçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahalesinin “sataşma” kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilecektir⁸⁶. İşçiye yönelen ve özellikle tazminat davasına konu olabilecek çoğu işveren eylemi “sataşma” olarak yorumlanabilecek olup, söz konusu işveren eylemlerinden birinin de işçinin özel hayatına hukuka aykırı müdahale olduğu unutulmamalıdır. Nitekim, Yargıtay da “sataşma” kavramının kapsamını oldukça geniş kabul etmektedir⁸⁷.

Özel hayata hukuka aykırı müdahale, işveren vekili tarafından ya da işverenin talimatı üzerine işveren vekili sıfatı bulunmayan bir işçi tarafından gerçekleştirildiğinde de işçi açısından haklı fesih nedeninin ortaya çıktığı söylenebilecektir.

İş K m.26/II gereğince, derhal fesih hakkını kullanan taraf, diğer taraftan tazminat isteminde bulunabilecektir⁸⁸. Ancak maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan, “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği gündün başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. ... Bu haller sebebiyle işçi yahut

işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır.” şeklindeki hükümlerden, sözleşmeyi, maddede öngörülen hak düşürücü sürede feshetmeyen tarafın tazminat hakkının bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, işçinin kişilik değerlerinden biri olan özel hayatına saldırı veya bunun yeterince korunmamasından doğan derhal fesih yetkisini kullanmaksızın, tazminat talebini gündeme getirmesi yolunda bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, işçi tazminat talebinde bulunmak için derhal fesih yetkisini kullanmak zorunda değildir.

İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi

İşçinin özel hayatının gizliliğine işveren tarafından yapılan müdahale, üstün yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması ya da işçinin rızası gibi bir hukuka uygunluk nedenine dayanmadığı takdirde hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir. Hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin rızasına gerek duyulduğu ve işçiden rıza göstermesi sadakat borcu çerçevesinde beklenilebilir olduğu hallerde dahi, işçinin rıza göstermemesi ve buna rağmen işverenin müdahaleye devam etmesi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.

Öte yandan, üstün yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi bir hukuka uygunluk nedenine dayansa bile, müdahalenin yöntem ve biçiminin de hukuka uygun olması gerekir. Örneğin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla yapılan aramada detektörle sonuç alınması mümkünken, elle yoklama yapılması ya da giysilerin çıkartılmasının istenmesi, eşit davranma borcuna aykırı şekilde arama yapılması, işçinin karşı cinsiyetten kişilerce aranması, işyerindeki işçilerin gizli şekilde izlenmesi ve gözetimi vb. durumlarda olduğu gibi, işverenin dayandığı neden hukuka uygun olsa bile müdahalede izlenen yöntem ve müdahale için seçilen araçlar, bunu hukuka aykırı hale getirebilecektir.

İşçinin, yukarıda örnek verilen durumlarda hukuka aykırı olarak nitelendirilecek müdaha-

lelere karşı koyması halinde işverenin haklı ya da geçerli nedenle fesih yetkisi bulunmamakta olup, buna rağmen iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler bakımından farklı sonuçlar doğuracaktır.

Yukarıda örnek verilen durumda, iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde, iş güvencesi kapsamındaki işçinin işe iade davası açma hakkı söz konusu olacaktır. İşçinin, işe iade davası açmayı tercih etmemesi ya da işe iade davası açılması için geçerli olan bir aylık hak düşümü süresini geçirmesi halinde, bu defa, ödenmemiş ise kıdem tazminatı ve fesih sırasında önel verilmemiş ya da önel süresine ilişkin ücret peşin ödenmemiş ise ihbar tazminatı talep etme hakları da mevcuttur⁸⁹.

İş güvencesi kapsamı dışında ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin ise fesih sırasında önel verilmemiş ya da önel süresine ilişkin ücreti de peşin olarak ödenmemiş ise ihbar tazminatı ve yine ödenmemiş ise kıdem tazminatı talepleri söz konusu olabilecektir⁹⁰. Öte yandan, örnek verdiğimiz durumda söz konusu fesih, çoğu zaman kötü niyetli şekilde yapılmış olacağından, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçi tarafından İş K m.17/VI hükmü kapsamında ihbar tazminatının üç katı tutarında kötü niyet tazminatı da talep edilebilecektir⁹¹.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ise, bu durumda, şartları varsa kıdem tazminatı ve sözleşme süresinin sonuna kadar işleyecek olan bakiye ücretlerini talep edebileceklerdir⁹².

İş sözleşmesinin feshi nedeniyle doğan ve yukarıda belirtilen tazminat ve ödemelerle karşılanamayan zararın genel hükümler uyarınca ayrıca istenmesi bakımından engel bulunmamaktadır⁹³. Bu tazminatın talep edilebilmesi bakımından işçinin iş güvencesi kapsamında olması ya da belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışması gibi durumların fark yaratmayacağı ifade edilmektedir⁹⁴. Bununla birlikte, bugüne kadar gelen Yargıtay kararları incelendiğinde iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle, ayrıca maddi ve manevi tazminat taleplerinin olumlu karşılandığı ihtilafların oldukça istisnai olduğu görülmektedir⁹⁵.

Hukuka Uygun Gözetim Uygulamaları Bakımından

İşverenin müdahalesinin üstün yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması gibi bir hukuka uygunluk nedenine dayanması veya hukuka uygunluk nedeni olarak işçinin rızasına gereksinim duyulduğunda, rıza göstermesi sadakat borcu çerçevesinde beklenilebilir olduğu halde, işçinin aksi şekilde davranması, kural olarak, işveren tarafından işçi hakkında olumsuz kararlar alınmasını meşru kılacaktır. Buna karşın, işverenin dayanabileceği bir hukuka uygunluk nedeninden söz edilemiyor ya da işçiden müdahaleye rıza göstermesi sadakat borcu çerçevesinde beklenilebilir değil ise aynı sonuca varmak mümkün değildir.

İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmesi

1. “Üstün Nitelikte Yarar”a Dayalı Müdahalelerde

İşveren tarafından, işçinin özel hayatına yapılan müdahalenin “üstün nitelikte yarar”a dayandığı hallerde, işçinin bu müdahaleye karşı koyması sonucunda işverenin iş sözleşmesini derhal feshetmesi söz konusu olabilecektir. İşçinin feshe neden olan davranışı, olayın özelliklerine göre, İş K m.25/II’de düzenlenen hallerden bazıları kapsamında değerlendirilebilir.

Özellikle iş sağlığı ve güvenliği bakımından işyerinde güvenlik ve koruma sağlamaya yönelik uygulamalara karşı konulması halinde, “işçinin kendi isteği veya savaşması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi”ni işveren açısından haklı fesih nedeni olarak sayan İş K m.25/II (1) bendi gündeme gelebilecektir⁹⁶. İşçinin, patlayıcı ve parlayıcı maddelerin bulunduğu alanlara girişlerdeki aramaya karşı koyması ya da yangın riski bulunan alanlardaki tütün içme yasağına aykırı davranışı, iş sağlığı ve güvenliği bakımından riskli görevlerde bulunan bir işçinin alkol veya uyuşturucu testini reddetmesi, güvenlik amacıyla yapılan görsel izlemenin engellenmesi, bu duruma örnek gösterilebilir.

İş K m.25/II (a) gereğince, “İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktaların-

dan biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması”, işveren bakımından haklı fesih nedeni yaratacaktır.

İş K m.25/II hükmünde, yukarıda sözü edilen bentlerin kapsamına girmese bile, işverenin kendisinin veya üçüncü kişilerin üstün yararına dayanması nedeniyle hukuka uygun olan müdahalelerine işçinin karşı koyması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak değerlendirilebilecektir⁹⁷. İş K m.25/II (e) gereğince, “işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması” işveren bakımından fesih için haklı neden oluşturur. Söz konusu hükümde, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar, sınırlı biçimde (numerus clausus) sayılmış değildir. Bu itibarla, işverenin ya da üçüncü kişilerin kişilik hakkı görünümünden biri üzerinde şekillenen ve işçinin özel hayatının gizliliği karşısında üstün tutulabilecek yararlarının korunması amacına yönelik müdahaleye karşı koyması halinde de, işçinin doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışından ve işveren için derhal fesih hakkının doğduğundan söz edilebilecektir.

2. “Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması”na Dayanan Müdahalelerde

İşçinin özel hayatına müdahale yetkisi, yasal düzenlemelerle de tanınmış olabilir. Bu hususta ilk akla gelen iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer alan düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin yapılmasındaki öncelikli neden, işyerindeki kişilerin yaşam ve sağlığının korunmasıdır. Bu itibarla, işverenin üstün yararına dayanan müdahalelerine işçinin karşı koyması halinde iş sözleşmesinin feshi için yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

3. İşçinin Rızasına Dayanan Müdahalelerde

İşçinin rızasının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu durumlarda, müdahaleye işçinin rıza göstermesinin sadakat borcu çerçevesinde

ondan beklenilebilir olup olmadığı bu noktada önem taşımaktadır.

Örneğin, işyerindeki hırsızlıkların önlenmesi, işe ve işyerine ilişkin gizli ancak işverenin kişilik haklarıyla bağlantı içinde olmayan bilgilerin rakiplere sızdırılmasının engellenmesi gibi nedenlerle yapılacak müdahalelere, işçinin sadakat borcu çerçevesinde rıza göstermesi beklenir. Bu durumda işçinin baştan rıza göstermemesi ya da rızasını daha sonra geri alması halinde sadakat borcuna uygun davranmadığı ve işveren bakımından İş K m.25/II (e) gereğince fesih hakkının ortaya çıktığı düşünülebilir. İşçinin bu davranışı, özellikle kendisinden kuşkulanması için makul nedenler varken söz konusu olursa, haklı fesih nedeninin varlığından bahsedilecektir.

Ancak, işçinin bu davranışıyla sadakat borcuna ne derece aykırı davrandığına bakılmaksızın, her zaman, işveren için haklı neden oluştuğunun kabul edilmesi de adil sonuçlar doğurmayabilir. Sadakat borcu çerçevesinde beklenilir olduğu halde, rızanın gösterilmemesi ya da geri alınması durumunda, işveren açısından doğacak fesih nedeninin haklı neden mi yoksa geçerli neden mi olduğu, olayın özelliklerine göre tartışılabilecektir. Öte yandan, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerin bir çoğu sadakat borcuna aykırılık içermekte olup, bunların haklı değil de geçerli neden olarak değerlendirilmeleri, işçinin sözleşmeye aykırı davranışındaki aykırılığın düzeyi ile ilgilidir. Nitekim, İş K m.18 gerekçesinde, “işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak” geçerli fesih nedenlerine örnek olarak gösterilmiştir. Görüleceğe üzere, bu tür davranışlar da doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlardır. Ancak bunların haklı fesih nedeni değil de geçerli neden oluşturmaları, söz konusu madde gerekçesinde “Özellikle Kanunun 25 inci maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve ara-

daki farkları ortaya koymak; maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. ... Geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir.” şeklinde açıklanmıştır⁹⁸.

Nitekim Yargıtay'ın bir kararında, yukarıda yapılan açıklamalardan yola çıkılarak, “... Somut uyumsuzlukta, her ne kadar davacıya tebliğ edilmediği ve davacının haberdar olmadığı kabul edilmiş ise de, emsal davada davalı işveren tarafından yönetim hakkı çerçevesinde bilgisayar kaynaklarının amacına uygun kullanılması ile ilgili iş yeri iç düzenlemesi yapıldığı ve buna aykırı davranışın disiplin cezası gerektirdiğinin belirtildiği, bu şekilde iş sözleşmesi feshedilen işçi olduğu ve bu fesihlerin davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce olduğu, davacının iş sözleşmesinde, işverenin yönetim hakkı kapsamında düzenleyeceği kurallara uymayı taahhüt ettiği, davacının şirket bilgisayarını mesai saatleri içinde birçok kez kişisel mailinde kullandığı ve elektronik ortamda yazılan bir takım yazıları işyerinde çalışan birçok arkadaşının mailine gönderdiği anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı şirketin iç işleyişi ile ilgili düzenlenen kurala aykırı olduğu gibi, mesai saatleri içinde işyeri bilgisayarını kullanarak iş görme edimini yeterince yerine getirmediği, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara neden olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Esasen kabule göre geçerli neden mahkemenin de kabulündedir. Mahkeme davranışın doğru olmadığını, ancak önce uyarılması gerektiğini, feshin ağır bir sonuç olduğunu belirtmiştir. İş sözleşmesinin haksız feshedildiği değerlendirilmesinde yerinde olmakla birlikte, davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli neden bulunduğunun kabul edilmesi gerekir.” şeklinde hüküm kurulmuştur⁹⁹.

Yüksek Mahkeme, yine aynı yöndeki başka bir kararında da, “Davalının sunduğu ve çalışanların uymakla yükümlü banka etik kurallarının 20. maddesinde, çalışanların “Adalet, doğruluk, dürüstlük... güvenirlilik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı ve “Bankaya ait varlıkları ve

kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı” kurallarına yer verilmiştir. Bu etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Davacının iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içerisinde internet alış verişi ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.” şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır¹⁰⁰.

Duraksamaya yol açan somut durumlarda, bir temel hak ve kişilik hakkı görünümü olan işçinin özel hayatının gizliliği hakkına, işçinin sadakat borcu karşısında üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰¹. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında da¹⁰² işyerinde hırsızlık yaptığı konusunda olay tarihinde ve daha önceki günlerde hakkında herhangi bir ihbar bulunmayan işçinin şüpheli bir hareketi de tespit edilmemişse, ilk defa vuku bulan özel çantasını aratmama davranışının haklı fesih nedeni olarak kabul edilemeyeceği, işçinin önce uyarılması ve daha hafif bir cezayla tecziye edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Örneğin, işverenin kişilik hakkıyla ilişki içinde olmayan ancak ekonomik bakımdan değerli olan sırlarına ulaşma ve bunları aktarma olanağına sahip olan bir işçinin e-mail trafik verilerinin izlenmesine karşı koyması, işveren açısından iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturabilecekken, böyle bir konumda bulunmayan işçinin, e-mail iletişim sisteminin virüs vb. tehlikelerden korunması amacıyla yapılan aynı türdeki izlemeye karşı koyması, İş K m.18 gerekçesinde belirtilen “işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak” örneğine benzer bir durum oluşturmasına bakılarak, geçerli fesih nedeni olarak algılanabilecektir¹⁰³.

İşçinin rızasının iş sözleşmesinde bir hüküm şeklinde alınmış olması halinde, geri alınması halinde ne tür bir sonuçla karşılaşılacağı tartışmaya açıktır. Öğretide, özel hayatın gizliliği ya da başka bir temel hakkın kullanılmasının iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerle zarar vermediği ve işle bağlantısı bulunmadığı sürece haklı fesih sebebi oluşturmayacağı kabul edilmekle birlikte, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin işçinin bireysel anayasal konumu karşısında önceliğe sahip olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁴. Bu görüşün mutlak şekilde algılanması halinde, sözleşmedeki işçinin özel hayatının gizliliğine ilişkin hükmün işle bağlantısının bulunmadığı ve bu hükme ilişkin rızanın geri alındığı durumlarda adil sonuçlarla karşılaşılmayacağı da ifade edilmektedir¹⁰⁵. İşçinin rızasının gerek sözleşme hükmü ile alınması gerekse de örtülü şekilde verilmiş olması yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında rızaya bağlanan hukuki sonucu değiştirmeyecektir. Öte yandan, iş sözleşmesindeki işçinin özel hayatına müdahaleye rıza gösterdiği hükme aykırı davranışının haklı neden olarak kabul edileceği yönündeki bir anlaşma da, rızanın geri alınmasından vazgeçme anlamına geleceğinden, öncelikle MK m.23 sınırlarını aşacak ve bu nedenle geçerli sayılmayacaktır¹⁰⁶.

İşçinin özel hayatına müdahaleye rızası olmaksızın işin görülmesinin mümkün olmadığı durumlarda, işçinin müdahaleye karşı koyması halinde işveren açısından haklı fesih nedeninin doğduğundan söz edilebilecektir.

DELİLLERİN HUKUKA UYGUNLUĞU

İşveren tarafından haklı ya da geçerli nedenle yapılan fesihlerde, fesih işlemine dayanak yapılan bulgulara, işçinin özel hayatına hukuka uygun müdahale ile ulaşılmış olması fesih işleminin de hukuka uygun olmasını sağlayacaktır. İşçiye, öncesinde yapılan bilgilendirmede ortaya konan amaç ve yöntemle ilgili olarak yapılan gözetim sonucunda, müdahalenin amacı dışında olmakla birlikte, fesih nedeni oluşturabilecek başka olgulara rastlanması halinde de elde edilen bulguya hukuka uygun yoldan ulaşıldığı kabul edilmelidir¹⁰⁷. İşyerinde inter-

net erişiminin dışarıdan yapılacak saldırılara karşı güvenli hale getirilmesi amacıyla işçilerin kullandıkları bilgisayarlara güvenlik yazılımı yüklenmesine yönelik yapılan bir çalışmada bazı çalışanların mesai saatleri içinde uzunca bir süre bahis, eğlence ve medya içerikli internet sitelerinde dolaştıklarının tespit edilmesi bu duruma örnek gösterilebilir.

Öte yandan, işveren, işçinin işyerinde yaptığı iletişimi gizlice izleyerek ya da işyerindeki davranışlarını elektronik ortamda gizlice gözetleyerek iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli nedenle feshine yol açabilecek bulgulara da ulaşabilir. Fesih nedeninin öğrenilmesi sonrasında, hayatın olağan akışına uygun olan, işverenin iş sözleşmesini feshetmesidir. Bu aşamada, gizli gözetim ile elde edilen kayıtların, işçi tarafından açılacak olası işe iade, kıdem, ihbar ve kötü niyet tazminatı talepli davalarda savunma aracı olarak kullanılmasının mümkün olup olmadığı sorusuyla karşılaşılmaktadır. Bu soruyu, usul hukukunda hukuka aykırı delil kullanımının mümkün olup olmadığını inceleyerek cevaplamak mümkün olacaktır.

HUMK'nda, CMK'ndaki gibi delillerin hukuka uygun olması gerektiğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Hukuk usulü öğretisinde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delili kullanmak isteyen tarafın yararı ile aleyhine bu delil kullanılacak olan tarafın yararının tartılması ve buna göre delilin kullanılıp kullanılmamasına karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yararlar arasındaki tartım yapılırken, kural olarak, anayasal haklara ve özel hayatının gizliliğine hukuka aykırı müdahale ile elde edilen delillerin kullanılmaması gerektiği belirtilmekte ancak, bunun kesin bir yasak olarak algılanmaması, her somut olay için ayrı değerlendirme yapılması önerilmektedir¹⁰⁸.

Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda ise¹⁰⁹ işyerinde santral operatörü olarak çalışan bir işçinin, geceleyin, kilitli olan santral oda kapısı güvenlik görevlileri tarafından kırılıp, davacı işçiye ait çekmece zorla açılmış, içindeki defter okunmuş, ertesi gün işletme müdürü bizzat kendisi gelerek deftere el koymuştur. İşçiye ait olan defterde işletme müdürüne ilişkin Cumhuriyet düşmanı ve irtica militanı ol-

duğu yönünde isnatlar bulunmaktadır. İşçinin iş sözleşmesi, defterde bulunan bu anlatımlar nedeniyle 1475 sK m.17/II (b)¹¹⁰ hükmü uyarınca feshedilmiştir. Yargıtay, oy çokluğuyla, özel defterin yasal olmayan yollarla elde edildiği ve defterdeki kayıtlara dayanılarak iş sözleşmesinin feshedildiği ve davacı işçinin düşüncelerini herhangi bir yerde açıklamadığı ve dolayısıyla işveren hakkında asılsız ihbar ve isnatlarda bulunmadığını kabul ederek feshin haksız olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Karardan çıkarılabilecek ilk sonuç, açıkça ifade edilmese de çekmece vb. mekanların işverene ait olmasının, işçinin özel hayatına müdahale için tek başına bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmediğidir. Aksi halde, feshe dayanak yapılan defterin yasal yollardan edilmediğinden söz edilmesinin anlamı kalmayacaktır. Söz konusu karardan da anlaşılacağı üzere, AİHS sistemi içinde yer alan ve özel hayatın gizliliği hakkını temel hak olarak tanımlayan Türk Hukuku bakımından işyerinde işçiye özgülenen mekan ve eşyalar boyutuyla da özel hayata saygı gösterilmesi gereğinin bulunduğu açıktır.

Bu noktada çalışma konumuz kapsamında, işçinin kullanımına özgülenen çekmece, dolap vb. eşya ile bilgisayar arasında fark olup olmadığı da ortaya konmalıdır. Bilgisayar, birden çok işlevi olan bir araçtır. E-mail ve internet kullanımı düşünüldüğünde, işyerindeki telefon ve faks cihazları gibi bir iletişim aracıdır. Kişisel eşyaların bulundurulması bakımından, dosya dolabı veya çekmeceyle arasındaki paralellik açıktır. Bilgisayardaki dosya ve programları bu bakımdan sanal kişisel eşyalara benzetmek de mümkündür. İşçinin işyerindeki çekmecesinde kendine ait eşyaları bulundurabildiği ölçüde, bilgisayarda da bu tür bilgiler bulunabilir. Bu itibarla Yargıtay'ın yukarıda özetlenen kararında varılan sonucun, işçinin bilgisayarına, internet erişimine ve e-mail hesabına yapılan hukuka aykırı müdahaleler sonucunda elde edilen deliller bakımından da geçerli olacağını söylemek mümkündür.

Son aşamada belirtmek gerekir ki, kullanılması hukuken sorunlu olan deliller elde edilme yönteminde hukuka aykırılık bulunanlar-

dır. İşverenin hukuka uygunluk nedenlerine dayanarak elde ettiği delilleri, işçi tarafından açılan bir davada gizli olduğunu da belirtmek suretiyle mahkemeye sunmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı kabul edilmektedir¹¹¹.

SONUÇ

Gözetim kavramı, bilgisayar, internet, cep telefonu ve uydu gibi yeni iletişim ortamlarının yaygın kullanıldığı günümüzde, modernizmin başlangıç dönemindeki anlam ve önemini korumakla birlikte, etkisini çok daha fazla arttırmıştır. Panoptikon metaforu, "BBG Evi" ifadesine bürünerek günlük dilde de sıkça kullanılır hale gelmiştir. İletişim teknoloji ve ortamları üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakları, işverenin, bu teknoloji ve ortamları işçinin üzerinde bir baskı mekanizması olarak kullanmasını sağlamaktadır. Elektronik gözetim uygulamaları da bu baskı mekanizmasını oluşturan unsurlardan biridir.

İşveren, özellikle şirket sırlarının korunması (şirket içi yazışmaların, e-maillerin üçüncü kişilerle paylaşılmasına ilişkin kurallar, sisteme giriş şifrelerinin paylaşımının yasak olması vb.), bilgilerin korunması (virüs koruması), ek masraflara yol açan ve çalışmayı engelleyen özel amaçlı bilgisayar ve internet kullanımının engellenmesi ve izinsiz özel amaçlı kullanıma ilişkin İş Hukuku çerçevesinde yaptırımların uygulanabilmesi için işçinin, işyerindeki bilgisayar, internet ve e-mail sistemini kullanımına ilişkin gözetim hakkına sahip olmalıdır. Söz konusu gözetim faaliyeti, işçinin başta özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere birçok temel hak ve hürriyeti ile işverenin işletmesini etkin bir şekilde işletmek, işçilerinin çeşitli fiillerinden kaynaklanabilecek sorumluluk veya zararlarından kendisini korumak, yönetim hakkı, disiplin hakkı gibi birtakım hak ve menfaatlerini karşı karşıya getirmekte ve sonuç olarak çatışan haklar arasında hassas bir dengenin sağlanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası belgeler ile mukayeseli hukuka bakıldığında; Avrupa Birliği, Uluslararası Çalışma Örgütü ile İngiltere ve Fransa'da söz konusu menfaatler dengesini kurmaya yönelik

konuyu açıkça ele alan düzenlemelerle karşılanmaktadır.

Türk Hukuku'nda ise; özel bir yasal düzenleme mevcut olmadığından Anayasa, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer alan genel düzenlemeler uyarınca işçi ile işverenin çatışan hakları arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Söz konusu yasal düzenlemeler; Anayasa'nın çeşitli maddelerinin yanı sıra Medeni Kanun'un 24 ve 25. maddeleri ile Borçlar Kanunu'nun 49. maddesidir.

Belirtilen yasal düzenlemelere uygun ve geçerli bir şekilde kurulmuş menfaatler dengesinin işçi tarafından ihlali halinde işverenin, somut şartlar dâhilinde, iş sözleşmesini geçerli veya haklı nedenle feshetmesi, maddi veya manevi tazminat talep etmesi, işveren tarafından ihlali halinde ise işçinin, somut şartlar dâhilinde, maddi veya manevi tazminat talep etmesi, "koruyucu dava" olarak adlandırılan davaları açması, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi gündeme gelecektir.

Bununla birlikte Türkiye'nin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bir üyesi olması nedeniyle, yukarıda değinilen kodda yer alan kriterlerin uygulamaya ışık tutacağı, Türkiye'nin imzalayıp onaylamış bulunduğu uluslararası antlaşmalar da iç hukukun bir kaynağını teşkil ettiğinden AİHS hükümlerinden ve AİHM'nin kararlarından yararlanılabileceği göz ardı edilmemeli ve fakat genel düzenlemelerden yararlanılmasının geçici bir çözüm yolu teşkil ettiği de unutulmalıdır.

DİPNOTLAR

- GIDDENS, Anthony, Ulus Devlet ve Şiddet, (Çev. Cumhur Atay), Kalkedon Yayınları, Yer Belirtilmemiş 2008, 24 vd.
- LYON, David, Elektronik Göz-Gözetim Toplumunun Yükselişi, (Çev. Dilek Hattatoğlu), Sarmal yayınevi, 1997, 42.
- Bu konuda özellikle Taylorizm ve Fordizm ilişkili olarak Bkz. LYON, 173 vd.
- LYON, 43.
- BOZKURT, Veysel, "Gözetim ve İnternet: Özel Yaşamın Sonu mu?"; Birikim Dergisi, S:136, 69-74.
- LYON, 44.
- FOUCAULT, Michel, Hapishanenin Doğuşu, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 2006, 245-285.
- BOZKURT; 70
- YILMAZ, Gözde, "Elektronik Performans İzleme Sistemle-

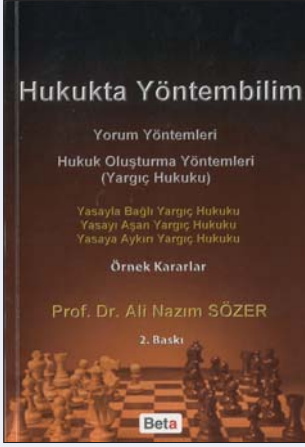
rinin Çalışanlar ve İşletmeler Üzerindeki Etkileri"; İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:7 Bahar 2005/1, 15.

- BOTAN, Carl H., "Communication Work and Electronic Surveillance: A Model for Predicting Panoptic Effects", Communication Monographs, 1996, 63(4), 293 – 313.
- SAVAŞ, F.Burcu; "İş Hukukunda Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, DİSK / Birleşik Metal-İş, S.22; 100.
- KAPLAN, Emine Tuncay; "İş Hukuku'nda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan, Ankara, Ocak – Aralık 1997, C.52, No:1-4, 383 (Kişilik Hakları).
- ABRAHAMSE, Sven Rupert; Electronic Communications in the Workplace, http://lawspace2.lib.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/300/1/AbrahamseS_2006.pdf, 6 (Erişim Tarihi 03 Ağustos 2009).
- ABRAHAMSE, 5; agy: dn.4
- Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_en.pdf (Erişim Tarihi 02 Ağustos 2008).
- ABRAHAMSE, Sven Rupert; Electronic Communications in the Workplace, http://lawspace2.lib.uct.ac.za/dspace/bitstream/2165/300/1/AbrahamseS_2006.pdf, 18 (Erişim Tarihi 03 Ağustos 2009).
- SAVAŞ, 103.
- SEVİMLİ, K.Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınları, İstanbul 2006, 115-116 (SEVİMLİ, Özel Yaşam).
- ARTICLE 29 Data Protection Working Party, 5062/01/EN/Final WP 48, "Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context" (Adopted on 13 September 2001) (Çalışma Grubu 48), 4 – 5; http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).
- SAVAŞ, 106.
- ARTICLE 29 Data Protection Working Party, 5401/01/EN/Final WP 55 "Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace" (Adopted on 29 May 2002) (Çalışma Grubu 55), 3 – 5; http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).
- Çalışma Grubu 55, 13 – 14.
- Çalışma Grubu 55, 14.
- Çalışma Grubu 55, 14 – 16.
- Çalışma Grubu 55, 16 – 17.
- Çalışma Grubu 55, 17 – 18.
- Çalışma Grubu 55, 18 – 19.
- ARTICLE 29 Data Protection Working Party, 11750/02/EN Çalışma Grubu 89, "Opinion 4/2004 on the Proces-

- sing of Personal Data by means of Video Surveillance” (Adopted on 11th February 2004) (Çalışma Grubu 89), 2 – 5; http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp89_en.pdf (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).
- 29 Çalışma Grubu 89, 21 – 22.
- 30 RG., 04.02.2011 / 27836.
- 31 RG., 13.05.2010 / 27580.
- 32 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf>, 9 (Erişim Tarihi 01 Haziran 2010).
- 33 AYDIN, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, TC Anadolu Üniversitesi İİBF Yayınları, Eskişehir 2002, 23; SEVİMLİ, Özel Yaşam, 48.
- 34 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”, RG., 22.05.2004 tarih, 25469 sayı, <http://rega.basbakanlik.gov.tr/> (Erişim Tarihi 01 Haziran 2010).
- 35 TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2005, 11,12; ÖZOK, Özdemir, Önbildiri, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son) Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:76, Ankara 2005, 8.
- 36 ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, 212 – 213, KARAGÜLMEZ, Ali, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, Eylül Ekim S.54, 177.
- 37 GÜLMEZ, Mesut, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, Eylül Ekim S.54, 156.
- 38 SAVAŞ, 122.
- 39 SOYER, Polat; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, 150, 151; EKMEKÇİ, Ömer; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin Korunmasına İlişkin Hükümler”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, 3705. (EKMEKÇİ; Kişiliğin Korunması), EKMEKÇİ, Ömer; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, S.13, 19 (EKMEKÇİ; BK Tasarı).
- 40 Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), 179, 180. (Komisyon Raporu), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim Tarihi 22 Mayıs 2010).
- 41 “Bunun bir sonucu olarak, bu tür zararların giderilmesinde, haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süreleri değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanacaktır.” Komisyon Raporu, 180.
- 42 EKMEKÇİ; Kişiliğin Korunması, 27; SOYER, 159; Ayrıca bkz.: Alınacak önlemlerin neler olabileceğine ilişkin madde gerekçesinde yer alan “güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma” gibi önerilere yöneltilen eleştiriler bakımından, EKMEKÇİ; BK Tasarı, 3710.
- 43 EKMEKÇİ; Kişiliğin Korunması, 28.
- 44 SEVİMLİ; Özel Yaşam, 118.
- 45 KVKK m.5/I-a hükmü gereğince, kişisel verilerin “Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmesi” zorunludur. (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf> [Erişim Tarihi 24 Mayıs 2009]).
- 46 RG. 16.06.2004 tarih, 25494 sayı, <http://rega.basbakanlik.gov.tr/> (Erişim Tarihi 21 Temmuz 2009).
- 47 SEVİMLİ; Özel Yaşam, 121.
- 48 SEVİMLİ; Özel Yaşam, 122.
- 49 Tasarıda yer alan bu ifadenin “Kişisel verilerin, ancak toplandıkları amaç için gerekli olan süre kadar, kişilerin kimliklerini belirtecek bir biçimde saklanması uygundur.” şeklinde düzeltilmesi gerektiği yönünde bkz.: BAŞALP, Nilgün; Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, 111.
- 50 BAŞALP; 111.
- 51 Çalışma Grubu 55, 16.
- 52 SÜZEK, Sarper; “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS Yayınları, Ankara 1998, 275 (SÜZEK; Yönetim Hakkı); TAŞKENT, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İTÜ İşletme Mühendisliği Fakültesi, İstanbul 1981, 13, 107 – 112.
- 53 OĞUZMAN, M.Kemal; “İşyerinden Çıkarırken İşçilerin Üzerlerinin Aranması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, S.11 – 1974, Kubalı’ya Armağan’dan ayrı basım, İstanbul 1975, 533 - 536. (OĞUZMAN; Arama); AYDIN, 130, TUNÇOMAĞ, Kenan / Tankut CENTEL; İş Hukukunun Esasları, 5. bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008, 100.
- 54 SEVİMLİ; Özel Yaşam, 101.
- 55 Çalışma Grubu 48, 23.
- 56 95/46/EC sayılı Yönerge m.2(h) hükmü uyarınca rıza, kişinin özgürce ve verinin işleme amaç ve biçimine özgü, öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmış irade açıklamasıyla kendisine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine dair oluru bildirmesidir.
- 57 TAŞKENT, 111, 112.
- 58 SEVİMLİ; Özel Yaşam, 96, 104; EKONOMİ, Münir; İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları No:18, İstanbul 1987, 128.
- 59 RG. 26.12.2003 tarih, 25328 sayı.
- 60 RG. 21.02.2004 tarih, 25380 sayı.
- 61 RG. 16.06.2004 tarih, 25494 sayı.
- 62 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, 359.
- 63 Niemietz v. Almanya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (N° 13710/88), 16 Aralık 1992.
- 64 SEVİMLİ; Özel Yaşam, 199.
- 65 MIGNIN, Robert J. / Bart A., Lazar / Josh M., Friedman; “İşyerinde Özel Yaşama İlişkin Sorunlar : 11 Eylül Sonrası Bakış Açısı”, (Çev. K.Ahmet Sevimli), A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2006, 368. (Mignin/Lazar/Friedman; 11 Eylül), SEVİMLİ; Özel Yaşam, 200.

- 66 Çalışma Grubu 55; 14; Ayrıca Bkz.: 15.12.2004 tarih ve 816/03 sayılı Köln Eyalet İş Mahkemesi kararı (Çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, 225, 226.
- 67 2002/58/EC sayılı Yönerge'de, "trafik verisi" bir elektronik iletişim ağında iletinin nakli ve ücretlendirilmesi için işlenen veri olarak tanımlanmaktadır (2002/58/EC m.2/b). Bu tür verilere örnek olarak, gönderici ve alıcının e-mail adresleri, gönderilme ve /veya alınma zamanı gösterilebilir.
- 68 Çalışma Grubu 55; 21.
- 69 Çalışma Grubu 55; 24, 25.
- 70 Çalışma Grubu 55; 17, 18.
- 71 Mignin/Lazar/Friedman; 11 Eylül; 376.
- 72 Çalışma Grubu 55, 21.
- 73 Avrupa Birliği'nin 90/270/EC sayılı "Ekranlı Araçlarla Yapılan İşlerde Asgari Güvenlik ve Sağlık Gereklere Hakkında" Yönergesi ekindeki "...işçinin haberi olmaksızın nitel ya da nicel hiçbir kontrol mekanizması kullanılamaz." (m.3/b) şeklindeki hüküm, gizli izlemeyi açıkça yasaklayan düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.
- 74 SEVİMLİ, Özel Yaşam, 205.
- 75 ILO; "Code of Practice on Protection of Workers' Personal Data", 18, 19. <http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wc-code-97.pdf> (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).
- 76 Çalışma Grubu 55, 14, ILO, 19.
- 77 AİHM 25.06.1997 tarih ve 73/1996/692/884 sayılı Halford v. UK kararı, <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/f2d1cbef01356586c1256640004c33e0?OpenDocument> (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).
- 78 Çalışma Grubu 55, 8, 9.
- 79 SEVİMLİ, Özel Yaşam, 206.
- 80 OKUR, Zeki, "Yeni Teknoloji ve İş Hukuku", Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2006, 7; Ayrıca Bkz.: 15.12.2004 tarih ve 816/03 sayılı Köln Eyalet İş Mahkemesi kararı (Çev. Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.2, 2004/2, 225, 226.
- 81 ILO; "Code of Practice on Protection of Workers' Personal Data", 18, <http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wc-code-97.pdf> (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2009).
- 82 Mignin / Lazar / Friedman; 11 Eylül; 378, 380.
- 83 Çalışma Grubu 55, 22.
- 84 Mignin / Lazar / Friedman; 11 Eylül; 379, Çalışma Grubu 55, 15.
- 85 Çalışma Grubu 55, 15.
- 86 SEVİMLİ, Özel Yaşam, 259.
- 87 Yargıtay 9. HD., 26.01.2001, E.1999/18248, K. 2000/44, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi 22 Mayıs 2010).
- 88 ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007, 254; SÜZEK; İş Hukuku, 528.
- 89 SÜZEK, İş Hukuku, 480 vd.; ÇELİK, 196 vd., 225, 243.
- 90 SÜZEK, İş Hukuku, 413 – 418.; ÇELİK, 188 – 194; TUNÇOMAĞ / CENTEL, 190 – 192.
- 91 SÜZEK, İş Hukuku, 418 – 429.
- 92 ÇELİK, 245, 272; SÜZEK, İş Hukuku, 533 – 536; ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Mavi Matbaacılık Ltd.Şti., İstanbul 1998, 177 vd.
- 93 SÜZEK, İş Hukuku, 417, 428.
- 94 SEVİMLİ, Özel Yaşam, 275.
- 95 SEVİMLİ, Özel Yaşam, 277, a.y. dn.107.
- 96 OĞUZMAN, Arama, 537, 538; AYDIN, 129.
- 97 OĞUZMAN, Arama, 537, 538.
- 98 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm> (Erişim Tarihi 02 Haziran 2010); Bkz.: SÜZEK, İş Hukuku, 435, 457 – 462; ÇELİK, 204 – 207.
- 99 Yargıtay 9. HD. 15.10.2007, 16405 / 30241, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 11 Haziran 2010).
- 100 Yargıtay 9. HD. 04.05.2009, 36305 / 12393, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 11 Haziran 2010).
- 101 ERTÜRK, Şükran; İş İlişkinde Temel Haklar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, 118.
- 102 Yargıtay 9. HD. 15.12.2004, 11687 / 27978, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı, İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 11 Haziran 2010). MOLLAMAHMUTOĞLU, 360.
- 103 SEVİMLİ, Özel Yaşam, 272.
- 104 ERTÜRK, 186, 187.
- 105 SEVİMLİ, Özel Yaşam, 273.
- 106 SEVİMLİ, Özel Yaşam, 273.
- 107 SEVİMLİ, Özel Yaşam, 277; Ayrıca Bkz. CMK m.138.
- 108 YILDIRIM, Kamil, Medeni Usul Hukuku'nda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, 240 – 246; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, 330, 331.
- 109 Yargıtay 9. HD., 30.10.2000, 10386 / 15096, NARMANLI-OĞLU, Ünal, "Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2002, 55; AYDIN, 221, 222.
- 110 4857 sayılı İş Kanununda karşılayan madde 25/II (b)'dir.
- 111 PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, 201; KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001, 149 vd., 1911 – 1912.

YENİ YAYINLAR

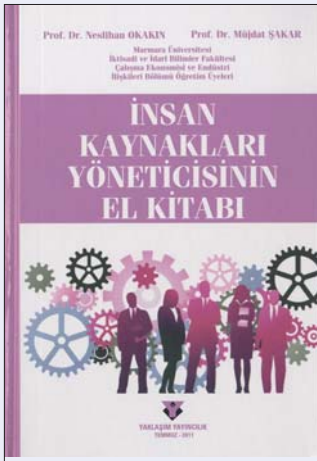


Prof. Dr. Ali Nazım Sözer tarafından hazırlanan **“Hukukta Yöntembilim”** adlı eserin 2. baskısı Mart 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

İlk baskısı Şubat 2008’de yapılan bu çalışma, hukukta mevcut düzenlemenin açıklığa kavuşturulmasına ilişkin yorum yöntemlerinden, yasakoyucunun öngöremediği boşlukların yargıç tarafından doldurulması olan yargıç hukukuna kadarki sistematik aşamaları içermektedir.

Prof. Dr. Ali Nazım Sözer’in hukukta yöntembilim adlı kitabında kavram ve yöntemlerin açıklanabilmesi için olaylardan ve yargı kararlarından yararlanılmış, yaklaşık altıbin sayfa tutan yüksek mahkeme kararlarından seçilerek özetlenen yoruma ilişkin karar örnekleri konularına göre sınıflandırılarak, bu teorik bilgilerin hukukumuzdaki uygulamalarının görülmesi sağlanmıştır. Söz konusu eserin ikinci basısında, yeni makale ve monografilere de yer verilmiştir.

Eserin ilk bölümünde yorum, yöntembilim, yorum yöntemlerinin yararları, yasa yapma gibi temel kavramlara yer verilmiştir. Hukukta yorum yöntemleri konulu ikinci bölümde ise; yorumun tarihçesi, yorum türleri, yorumun kanuni temeli, yorum için yapılacak işlemler, yorum yöntemleri, yorum metotları arasındaki ilişki diğer bir deyişle yorumda sıra, yoruma ilişkin işleyiş şeması, normun durumunda değişme, yasa ve sözleşme yorumunun karşılaştırılması ve bazı hukuk dallarında yorumun özelliklerine yer verilmiştir. Yargıç hukukuna ilişkin hukuk oluşturma yöntemlerinin yer aldığı üçüncü bölümde ise; yargıç hukukunun hukuki dayanağı, yargıç kararının hukuk kaynağı olma niteliği, yargıç hukukunun türleri, boşluk doldurmanın diğer bir deyişle kural koymanın esasları, yargıç hukukunun sınırları ve yargıç hukukunun varlık nedeni olarak boşluk konuları işlenmektedir.



Prof. Dr. Neslihan Okakın ve Prof. Dr. Müjdat Şakar tarafından hazırlanan **“İnsan Kaynakları Yöneticisinin El Kitabı”** adlı eser, Temmuz 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

İnsan kaynakları alanında çalışanların faaliyetlerini yürütürken karşılaşılabilecekleri iş hukuku ile ilgili konulara yasal açıdan ışık tutmak amacıyla güden bu kitapta, işe alımla başlayan, iş yaşamı ile süren ve çeşitli nedenlerle sonlanan süreçte bilinmesi gereken yasal sorumluluklar ele alınmıştır. Kitabın sonunda ise Yargıtay kararlarından örneklere yer verilmektedir.

Kitabın insan kaynaklarının temel fonksiyonlarını ele alan insan kaynakları yönetimi kavramı, insan kaynaklarında iş analizleri, insan kaynakları yönetiminde planlama, insan kaynaklarında işe alma süreci, insan kaynaklarında oryantasyon ve işe yerleştirme, insan kaynakları yönetiminde performans değerlendirme, insan kaynaklarında ücretlendirme ve ücret yönetimi, insan kaynakları yönetiminde kariyer bölümlerini Prof. Dr. Neslihan Okakın kaleme almıştır. İş hukukuna ilişkin iş sözleşmesinin yapılması, iş sözleşmesiyle işe alma zorunluluğu (zorunlu istihdam), iş sözleşmesinin sona ermesi, iş güvencesi, iş hukuku açısından ücret, işverenin işçiyi koruma ve eşit işlem borcu, çalışma süreleri, dinlenme süreleri, kıdem tazminatı, çalışma belgesi ve ibraname, özelliği olan işlerde uygulanacak iş hukuku kuralları bölümleri ise Prof. Dr. Müjdat Şakar tarafından kaleme alınmıştır.

Av. Hatice SEVER

İzmir Barosu

Türk İş Hukukunda İkale Sözleşmesi

A. GENEL OLARAK

İkale sözleşmesinin konusu, mevcut bir sözleşmenin sona erdirilmesidir. İş hukukunda, iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi anlamını taşıyan bu sözleşmeye “bozma sözleşmesi” adı da verilmektedir. İkale sözleşmesi, mevzuatımızda düzenlenmeyen, fakat doktrin ve yargı tarafından kabul gören, tanım yapılarak, sınırları çizilen atipik bir sözleşmedir. Hukukumuzda kabul gören sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, ikale sözleşmesinin yapılabilmesi kuşkusuz mümkündür.

Kaldı ki, ikale sözleşmesi, özellikle çalışma hayatında geniş uygulaması bulunan bir sözleşmedir. Fesih ve feshe bağlanan prosedür nedeniyle, sürecin kısaltılması, zaman kaybının önlenmesi ve hukukumuzda geçerli olan usûl ekonomisi ilkesi bakımından ikale sözleşmesi, iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi bakımından faydalı bir yöntemdir. Ayrıca işe başlatmama tazminatı, boşta geçen süre için öngörülen ücret, işçinin diğer haklarını ödeme, izin ücreti

ve ihbar, kıdem tazminatlarını ödeme yükümü ile feshin işçinin işe başlatılmadığı tarihte gerçekleştiğinin kabulü nedenleriyle işverenin iş güvencesine ilişkin yükü ağırlaştırılmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu dönemi ile 4857 sayılı İş Kanunu dönemini karşılaştırdığımızda, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ile ilgili davalarda ciddi bir artış olduğu ve yaygın bir şekilde ikale sözleşmelerinin de bu davalara konu olduğu görülmektedir. Uygulamada, iş güvencesi hükümlerinin bertarafı amacıyla bu sözleşmelerin yapıldığı hususu sıkça gündeme gelmektedir. Somut olaylar değerlendirildiğinde, bazen gerçekten işverenin iş güvencesi hükümlerini bertaraf amacı olduğu görülmekte, ancak bazen de haklarını ikale sözleşmesi ile elde eden işçinin kötü niyetli olarak ikale sözleşmesi sonrasında dava açma yoluna gittiği de gözlemlenmektedir.

Makalemizde, öncelikle ikale sözleşmesi ile ilgili genel bilgilere yer verilmiş, sonrasında benzer sözleşmelerle aynı ve farklı özellikleri üzerinde durulmuş, daha sonra da ikale sözleş-

mesinin yapılması, geçerliliği ve sonuçları teori ve uygulama açısından değerlendirilmiştir.

B. İKALE SÖZLEŞMESİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun¹ 8. maddesine göre; iş sözleşmesi, işçinin bağımlı bir şekilde iş görmeyi, işverenin de ücret ödeme edimini yüklediği bir sözleşmedir ve bu sözleşme aksi kararlaştırılmadıkça özel bir şekle tâbi değildir. Görüldüğü gibi, bu maddeden iş sözleşmesinin oluşturulmasında esas olarak şekil serbestisinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Bu şekilde kurulan iş sözleşmesinin; ölüm, mücbir sebep, belirli sürenin dolması ve fesih ile sona ermesi mümkün olduğu gibi tarafların anlaşmasıyla da sona erdirilmesi mümkündür². Taraflar, irade özgürlüğü çerçevesinde nasıl iş sözleşmesini oluşturuyorlarsa, aynı şekilde bu iş sözleşmesini sona da erdirebilirler. Bu şekilde, taraflar arasında yapılan sona erdirme sözleşmesine 'ikale' adı verilmektedir. Aynı zamanda bu sözleşmeye 'fesih sözleşmesi' ya da 'bozma sözleşmesi' de denilmektedir³. Bu şekilde ikale sözleşmesi ile, iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, fesih söz konusu olmadığı için bildirim sürelerine uyulması gibi bir durum da söz konusu olmayacaktır⁴. Ayrıca ikale sözleşmesinin yapılabilmesi açısından, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz olması, süreli ya da süresiz olması gibi özellikleri herhangi bir önem ifade etmez⁵.

İkale sözleşmesi, açık olarak yapılabileceği gibi, zımnî olarak da yapılabilir⁶. Ayrıca borç ilişkisi, bir bütün halinde sona erdirilebileceği gibi, kısmen de sona erdirilebilir. Bu durumda, kısmî ikale sözleşmesinden söz edilir⁷.

Burada belirtmemiz gereken önemli bir husus da, ikale sözleşmesinin mevzuatımızda düzenlenmediğidir. Ancak her ne kadar ikale sözleşmesi mevzuatta yer almasa da, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ikalenin geçerli olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Nitekim Anayasamızın⁸ 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü de; sözleşme yapma, sözleşme yapmaya zorlanmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin muhtevasını oluşturma, sözleşmenin tipini ve şeklini belirleme, sözleşmenin muhtevasını değiştirme serbestilerinin

yanı sıra sözleşmeyi sona erdirme serbestisini de içermektedir⁹.

İş sözleşmesinin ikale sözleşmesi yoluyla ortadan kaldırılması da bir sözleşme türü olduğu için Borçlar Hukukunun genel ilkelerine tâbi olacaktır. Aynı zamanda, taraflarını, işçi ve işveren oluşturduğundan, ikale sözleşmesinin İş Hukuku boyutu da bulunmaktadır. İkalenin şekli, geçerliliği, yapılması ve sona ermesi Borçlar Hukuku ilkelerine bağlıyken ikalenin, ikaleye ilişkin hakların kullanılmasında hakkın kötüye kullanılmış olup olmadığına saptanması İş Hukuku boyutuyla ele alınmalıdır¹⁰.

C. İKALE SÖZLEŞMESİNİN BENZERLERİNDEN AYRILMASI

a. İbra Sözleşmesi

İbra sözleşmesi, alacaklı ve borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile alacaklının alacağından vazgeçerek borçluyu borcundan kurtarmasını ifade eder. Burada taraflar, aralarındaki borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu yolla borçlunun borçtan kurtarılması amacıyla sözleşme yaparlar. Bu sözleşmeye "ibra sözleşmesi" adı verilir¹¹. 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda¹² yer almayan ibra sözleşmesi, doktrin ve uygulama tarafından kabul görmektedir. Zaten bu sonuca, irade serbestisi ilkesi ile de varmak mümkündür¹³. Ancak 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda¹⁴, ikale sözleşmesinin genel olarak düzenlenmesi yanında, hizmet sözleşmesine ilişkin kısmında ayrıca ayrıntılı bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

İbra ve ikale sözleşmeleri, birbirlerine benzemekle beraber, bazı noktalarda birbirlerinden farklılıklar içermektedirler. Öncelikle benzer özelliklere değinecek olursak, şu an yürürlükteki mevzuatımızda yer almayan her iki sözleşme de isimsiz sözleşmelerdir¹⁵. Aynı zamanda, her iki sözleşme tasarruf işlemi niteliği taşımaktadır ve bu iki sözleşmede tarafların beyanları açık olabileceği gibi zımnî de olabilir¹⁶.

Bunların yanında, ibra için taraflar arasında ibra için iradelerin birleşmesi söz konusuysen, ikalede tarafların iradeleri doğal olarak ikale

İkale sözleşmesi ile fesih birbirinden tamamıyla farklı kavramlardır.

için birleşmektedir¹⁷. İbra, yalnızca dar anlamda borç ilişkisini sona erdiren bir nedendir. Ancak sözleşmeden kaynaklanan münferit borçların sona erdirilmesine de engel bulunmamaktadır. Oysa ki, taraflar geniş anlamda borç ilişkisini sona erdirmek istiyorlarsa bunu ikale ile yapmalıdırlar¹⁸. Burada, alacaklıda borçluyu borçtan kurtarma iradesi söz konusudur. İbrada borçluyu borçtan kurtarma söz konusuyken, ikalede sözleşmenin bir bütün olarak ortadan kaldırılması söz konusudur¹⁹.

b. Tecdit Sözleşmesi

Tecditin kelime anlamı yenilemedir. Tecdit sözleşmesi, yeni bir borç meydana getirmek suretiyle önceki mevcut borcun sona erdirilmesidir. Burada, borç ilişkisi yenilenmekte, ancak önceki sözleşme ilişkisi aynen devam etmektedir²⁰. Yani önceki borcun yerine geçen yeni bir borç söz konusudur. Borçlar Kanunu'nun 114 ve 115. maddelerinde yer alan "tecdit", ilke olarak borç ilişkisinde değil, dar anlamda borçta söz konusu olmaktadır. Bu şekilde, borcun yenilenmesi de "tecdit (yenileme) sözleşmesi" ile gerçekleşir²¹.

Her iki sözleşme birbirlerine benzer görünseler de, aynı kavramı ifade etmemektedirler. Her iki sözleşmenin ortak yönü alacaklı bakımından tasarrufî işlem niteliği taşımasıdır. Bu nedenle alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerekir²².

Her iki sözleşmede de önceden bir borcun mevcut olması gerekir. Ancak tecdit sözleşmesini ikale sözleşmesinden ayıran nokta, asıl borcun yerine başka bir borcun geçmesidir. Diğer bir ifadeyle, taraflarda sona erdirme iradesi değil, yenileme iradesi bulunması en önemli farktır²³.

c. Sulh Sözleşmesi

Sulh sözleşmesi de, ikale sözleşmesi ile benzerlik taşıyan sözleşmelerden biridir. Sulh sözleşmesi, tarafların, mevcut ya da muhtemel bir hukukî ihtilafı veya belirsiz bir hukukî ilişkiyi

taviz ve fedakârlıklarda bulunarak çözümlenmelerine denir²⁴.

İkale sözleşmesi ile sulh sözleşmesi arasındaki farkı "niyet" oluşturur. İkale sözleşmesinde mevcut sözleşmenin tamamıyla kaldırılması söz konusuyken, sulh sözleşmesinde hukukî ihtilafın ya da belirsizliğin giderilmesi söz konusudur. Bunun yanında, ikale sözleşmesinde taraflar arasında hukukî ihtilaf ya da belirsizliğin bulunması da söz konusu değildir²⁵.

d. Konkordato Sözleşmesi

Buradaki konkordato sözleşmesinden kasıt, mahkeme dışı yapılan konkordato sözleşmesidir. Mahkeme dışı yapılan konkordato sözleşmesinde borçlu, alacaklılarıyla Borçlar Kanunu hükümlerine göre borçlarının tasfiyesi hakkında, irade özerkliği ilkesi uyarınca bir sözleşme yapar²⁶.

Burada borçlunun, bozuk olan ekonomik durumunu düzeltmek için alacaklıların tamamı ya da bir kısmı ile borçların azaltılması hususunda anlaşması söz konusudur. Oysa, ikale sözleşmesinde borçlunun borçlarının azaltılması değil, mevcut sözleşmeyi tarafların tamamen ortadan kaldırmaları söz konusudur. Ayrıca ikale sözleşmesi için, taraflardan birinin ekonomik durumunun kötü olması şartı da bulunmamaktadır²⁷.

e. Fesih

İkale sözleşmesi ile fesih birbirinden tamamıyla farklı kavramlardır. Fesih, karşı tarafa varması gereken tek taraflı yenilik doğucu bir irade beyanını ifade etmektedir. Ancak ikale, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşan bir sözleşmedir..

İkale sözleşmesi, İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olmasına rağmen, fesih ile ilgili usûl ve sonuçlar 4857 sayılı İş Kanunu'nda ayrıntılı olarak yer almaktadır. Dolayısıyla, feshin aksine, ikale sözleşmesinde tarafların tamamen özgür iradelerine kalmış detaylar söz konusudur.

Ayrıca 1475 sayılı İş Kanunu²⁸ madde 14'e göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi hariç olmak üzere, işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilen işçi kıdem tazminatına hak kazanmaktayken, ikalede işçi kıdem tazminatına

hak kazanamamaktadır. Ancak taraflar genelde sadece uzun prosedürlerden kurtulmayı amaçladıklarından, ikale sözleşmesinde kıdem tazminatı miktarından az olmamak üzere tazminat kararlaştırmaktadırlar.

Yargıtay ilgili bir kararında, bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir. Bozma sözleşmesinde kıdem tazminatının ödenmesi kararlaştırıldığı takdirde kıdem tazminatı 1475 Sayılı Yasa'nın 14. maddesine göre hesaplanmalı ve anılan maddedeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Belirtmek gerekir ki, sözü edilen yasada düzenlenen kıdem tazminatı tavanı mutlak emredici niteliktedir.”²⁹. Görüldüğü gibi, taraflar her ne kadar irade serbestisi çerçevesinde ikale sözleşmesini oluştursalar da, İş Hukukunun karakteristik özellikleri nedeniyle bu şekilde tazminat konusunda Yargıtay tavan meblağ öngörmüştür.

D. İKALE SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI VE GEÇERLİLİĞİ

a. İkale Sözleşmesinin Yapılması

İkale sözleşmesinin yapılabilmesi için her şeyden önce, bir iş sözleşmesinin varlığı şarttır ve bu iş sözleşmesine bağlı olan borç ilişkisinin sona ermemiş olması gerekmektedir. İkale sözleşmesi açık olarak yapılabileceği gibi, zımnî olarak da yapılabilir. Önemli olan tarafların beyan ve tutumlarına bakıldığında, ortak iradenin iş sözleşmesini sona erdirmek şeklinde oluştuğunun kabul edilebilmesidir³⁰. Bu sözleşme ile, taraflar daha önce yaptıkları iş sözleşmesinden doğan alacak ve borçlarından karşılıklı olarak vazgeçerek, aralarındaki hukukî ilişkiyi ortadan kaldırmaktalar ve borçlu - alacaklı sıfatlarına son vermektedirler³¹.

İkale sözleşmesi, sona erdirilecek iş sözleşmesinin taraflarınca yapılır. İş sözleşmesinde işçinin kişiliği önemli olduğundan, yani kişisel

bir edim söz konusu olduğundan, ikale sözleşmesinin işçi tarafından ya da işçinin özel yetki ile yetkilendirdiği vekili tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. İkale sözleşmesinin işveren tarafını ise, işverenin kişiliğinin önem taşıdığı haller istisna olmak üzere, işverenin kendisi ya da vekili oluşturabilir³².

İkale sözleşmesi, bir taahhüt işlemi değil, tasarrufî bir işlemdir. Dolayısıyla, ikale sözleşmesinden bahsedebilmek için, tarafların borçlar ve alacaklar üzerinde tasarruf yetkisine, yani 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun³³ 10. maddesi anlamında fiil ehliyetine sahip olmaları gereklidir³⁴.

Ayrıca, Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere dair genel hükümleri de burada uygulama alanı bulacaktır³⁵ (m. 1-40). İkale sözleşmesi yapılırken taraflar, Borçlar Kanunu 19 ve 20 hükümlerinin sınırlarına uymak suretiyle sözleşmenin konusunu belirleyebileceklerdir. Yine Borçlar Kanunu'nun irade fesadına ilişkin hükümleri de göz önünde bulundurulmalıdır³⁶.

Kural olarak, ikale sözleşmesi yapıldığında, söz konusu sözleşmeden doğan borçlar geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadırlar. Ancak iş sözleşmesi, niteliği itibariyle sürekli borç ilişkisi doğduğundan, geçmişe yönelik etki burada mümkün olmayacaktır. Sözleşmenin, sona erdiği ya da sona ermesine bağlanan vadenin geldiği andan itibaren geleceğe dönük etki yapacaktır³⁷.

Taraflar, iş sözleşmesini anlaşarak hemen veya sözleşmede vade öngörerek sona erdirebilirler. Taraflar arasındaki ikale sözleşmesinde, eğer vade öngörülmemişse iş sözleşmesinin derhal sona erdirildiği kabul edilmelidir³⁸.

Ancak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde oldukça uzun bir vade öngörmeleri durumunda, burada sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesine döndürüldüğü kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, tarafların sona erdirme sözleşmesinde belirledikleri sürenin bildirim sürelerini fazlasıyla aşan bir süre olmaması gerekir³⁹. Ancak kanımızca burada, 4857 sayılı Kanun'da belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için aranan objektif şartların (belirli bir işin tamamlanması gibi) oluşup oluşmadığı da değerlendirilmelidir. Eğer oluşmamışsa ve taraflar iş ilişkilerini

İkale sözleşmesinin, Borçlar Kanunu hükümlerine göre gerekli olan geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir.

devam ettiriyorlarsa, artık ikale sözleşmesinin geçerli saymayarak, önceki belirsiz süreli iş sözleşmesinin devam ettiğini kabul etmek gerekir.

İkale sözleşmesinde, işçi için feshe bağlanan sonuçlar bağlanmadığından, işçi açısından çekici hâle getirmek için ikale sözleşmesine işçi lehine hükümlerin konulması mümkün ve doğaldır⁴⁰. Taraflar, ikale sözleşmesinde İş Kanunu'nda bulunan veya bulunmayan şartları kabul edebilirler. Tarafların, sadece mevcut iş sözleşmesini ortadan kaldırdıklarını belirten irade beyanları da teorik olarak ikale sözleşmesi anlamında geçerlidir⁴¹.

İkale sözleşmesinin şekli konusu ise, doktrinde tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, ikale sözleşmesi, herhangi bir şekle bağlı değildir ve taraflar bu sözleşmeyi istedikleri şekilde yapabilirler. İş sözleşmesinin şekli önemli değildir. Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 12'de (aynı şekilde 6098 sayılı Borçlar Kanunu madde 13'te) sözleşmenin değiştirilmesi düzenlenmektedir. Bu durumda önceki sözleşme değiştirilerek ayakta tutulmaktadır. Oysa ikale sözleşmesinde, sözleşmenin kül halinde ortadan kaldırılması söz konusudur ve önceki sözleşmeden bağımsız yeni bir sözleşmedir. Kaldı ki kanunkoyucu, ibra sözleşmesinde dâhi gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, gerekse 6098 sayılı Kanun'da asıl sözleşmenin şekline bağlılık aramamıştır.⁴²

Diğer görüşe göre ise, kural olarak bozma sözleşmesinin şekli herhangi bir şekle bağlı olmamakla beraber, kanuna göre yazılı yapılması zorunlu olan iş sözleşmelerini sona erdiren ikale sözleşmesinin de şekle bağlı olarak yapılması gerekmektedir. Çünkü yazılı olarak yapılması mecburi olan sözleşmelerin değiştirilmesinin dahi yazılı olarak yapılmasını gerektiren Borçlar Kanunu'nun 12. maddesi karşısında bu sözleşmenin yazılı şekilde ortadan kaldırılması gerektiği açıktır ve sadece sözleşme değişikliği

ile, bu hükmün sınırlandırılması doğru değildir⁴³.

Kanımızca, Borçlar Hukuku genel ilke olarak şekil serbestisini benimsemektedir. Dolayısıyla istisnası, ancak kanun hükmüyle oluşturulabilir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu madde 12, sadece sözleşmelerin değiştirilmesinden bahsettiği için, bu hükmün sona ermeye uygulanmaması gerekir. Bu nedenle, ilk görüşe katılmaktayız. Ancak ispat açısından, sona erdirmeye sözleşmelerinin yazılı yapılmasında yarar vardır.

b. İkale Sözleşmesinin Geçerliliği

Öncelikle ikale sözleşmesinin, Borçlar Kanunu hükümlerine göre gerekli olan geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir. Öncelikle, güven teorisi gereği tarafların gerçek iradesine bakılması gerekir. Taraflar, ortak bir irade ile bu sözleşmeyi yapmış olmalıdırlar. Ayrıca ikalenin İş Hukuku boyutu da bulunması sebebiyle, bu sözleşmeleri yorumlarken, işçiyi koruma ve işçi lehine yorum ilkelerinin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir⁴⁴. Ancak bu ilkeler göz önünde bulundurulurken en önemli İş Hukuku ilkelerinden olan denge ilkesi de gözden kaçırılmamalı ve işçinin mağdur edilmemesi gerektiği gibi, işveren de mağdur edilmemelidir. Yani taraflar arasında en makul denge sağlanmalıdır.

Tarafların, ortak iradesi belirlenirken ekonomik ve sosyal koşullar ile işyeri uygulamaları gibi koşullar da göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca tarafların eşit konumda olmaması sebebiyle daraltıcı yorum benimsenmelidir⁴⁵. Sonuç olarak, iş sözleşmesini sona erdiren bir sözleşmenin, iş sözleşmesi ile aynı yorum kurallarına tâbi tutulması yerinde olacaktır⁴⁶.

İş hukukunun genel ilkeleri göz önünde bulundurulurken işçi ve işveren arası denge sağlanmalı ve her iki tarafın çıkarları göz önünde bulundurulmalıdır. İş sözleşmesinin bu yolla sona erdirilmesi, işçiler tarafından fazla tercih edilecek bir sona erdirmeye usûlü değildir. Bu nedenle, ikale sözleşmesini yorumlarken çok dikkatli olmak gerekmektedir⁴⁷. Uygulamada, iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek amacıyla, ikale sözleşmelerinin yapıldığı ileri sürülebilmektedir⁴⁸.

Doktrin ve Yargıtay'a göre, bozma sözleşmesinin yapılması durumunda “makul yarar”ın mevcut olup olmadığına bakılmalıdır.

İkale sözleşmesi yorumlanırken, taraflar arasında söz konusu sözleşmenin kurulmuş olup olmadığı tartışmalı ise burada “uygunluk uyumsuzluğu” vardır. Öncelikle bu konudaki uyumsuzluk giderildikten sonra, yorum uyumsuzluğu değerlendirilmelidir. Çünkü uygunluk uyumsuzluğunda, sözleşmenin kurulmuş olduğu ya da olmadığı hususu değerlendirilirken, yorum uyumsuzluğunda sözleşmenin içeriği değerlendirilmektedir⁴⁹.

İrade beyanlarının uygunluğu değerlendirilirken, tarafların irade beyanlarının anlam ve içerik itibarıyla birbirlerine uygun olup olmadıkları nazara alınır. Buradaki uygunluk, tabî (filî) ve hukukî uygunluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Tarafların sözleşme yaparken, birbirlerinin gerçek iradelerini doğru anlamaları ve tarafların birbirlerinin beyanlarına doğru anlamları yüklemesi tabî uygunluğu ifade etmektedir⁵⁰.

Taraflar arasında tabî uygunluk bulunmadığı durumlarda, hukukî uygunluğun bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bu durumda, taraflardan her birinin, beyanı diğer tarafın dürüstlük kuralı çerçevesinde bildiği ya da bilmesi gereken durumlar da göz önünde bulundurulur ne şekilde anlaması gerektiği tespit edilir. Bu yorum sonunda, beyanlara yüklenen anlamların uyduğu saptanırsa hukukî uygunluğun bulunduğu saptanmış olacaktır⁵¹.

Diğer taraftan taraflar aynı zamanda, sözleşmenin içeriğini de belirledikleri için irade beyanlarının uygunluğu saptanırsa sözleşmenin objektif ve sübjektif noktalarının değerlendirilmesi de önemlidir. Objektif noktalar sözleşmenin esaslı noktalarını oluştururken, sübjektif noktalar taraflarca sözleşmeye ekstra dahil edilen noktalardır. Esaslı noktalar, kanunda yer alan sözleşmeler için kanun hükümleriyle belirtilmişken, kanunda yer almayan sözleşmeler

için sözleşmenin anlam ve içeriğinden çıkarılmaktadır. Taraflar, öncelikle tüm esaslı noktalar üzerinde anlaşmalıdırlar⁵².

Doktrin ve Yargıtay'a göre, bozma sözleşmesinin yapılması durumunda “makul yarar”ın mevcut olup olmadığına bakılmalıdır. Makul yarar kıstası, ikale sözleşmesini yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁵³. Yargıtay, bazı somut olaylarda, icabın işverenden gelmesi durumunda, makul yararın varlığı açısından, işverenin iş güvencesi kapsamındaki ihbar ve kıdem tazminatları ile diğer işçilik alacaklarını ödemesini yeterli görmemekte ve bunların yanısıra bazı ek ödemelerin varlığını aramaktadır⁵⁴. Fakat nadir de olsa, bazı somut olaylarda ise, bu kadar ağır koşulları aramamaktadır. Yani ciddi bir somut olay değerlemesi yapmaktadır.

Ancak TAŞKENT'e göre, ikale sözleşmesi bu şekilde ağır koşullara tâbi tutulduğunda, artık işveren için makul yarardan söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle, bazı işverenler artık ikale sözleşmesi yapma yolu yerine, bazı yetersiz sebepleri bahane ederek, derhal fesih yoluna gitmeye çalışacaklardır. Bu sonuçta çalışanların aleyhine olacaktır. Bu nedenle, iş güvencesini dolanma, işverenin geçersiz feshini gizleme amacını güdüldüğü ya da irade fesadı hallerinin bulunduğu durumlar dışında, ikale sözleşmesi yoluna gidilmesi zora sokulmamalıdır. Bu nedenle, Yargıtay, kararlarında yumuşamaya gitmelidir. Üstelik böyle bir tutum, yargı yükünü de hafifletecektir. Ayrıca Yargıtay, işçinin ikale sözleşmesi yapmasından sonra işe iade davası açmış olması durumunun, hayatın olağan akışına uymadığını belirtmektedir ve TAŞKENT'e göre, bu durum işçinin ek menfaat elde etme girişimi olarak görülmeli ve olağan kabul edilmelidir⁵⁵.

Kanımızca, TAŞKENT'in görüşü bir husus dışında yerindedir. Hukukumuzda sözleşme serbestliği ilkesi esas olup, hakimin sözleşmeye müdahalesi istisnai bir durum oluşturmaktadır. Bu nedenle, taraf iradelerine değer verilmeli, sözleşmenin kapsamı fazlasıyla sınırlanıp, sert kıstaslara tâbi tutulmamalıdır. Ancak ikale sözleşmesi imzalayan işçinin, irade sakatlığı söz

konusu olmadıkça, ikale sözleşmesini imzaldıktan sonra işe iade davası açması kanımızca hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacaktır. Dolayısıyla işçinin bu şekilde açmış olduğu dava reddedilmelidir. Zira bu şekilde hakkın kötüye kullanılması suretiyle, işe iade davası açılması durumunda, artık iyiniyetli olmayan işçiyle çalışmanın işveren tarafından çekilmez hale geleceği ve işlem temelini çökmesinin söz konusu olacağı da açıktır. Bu nedenle, TAŞKENT'in görüşüne bu noktada katılmıyoruz.

Dikkat edilmesi gereken diğer bir nokta da, icap ve kabulün olması gerektiği gibi yapılmış olup olmadığıdır. Taraflar arasında yapılan icapta, objektif ve sübjektif esaslı noktalar tam olarak belirtilmeli ve buna karşılık bir kabul söz konusu olmalıdır. Kabulün de, tüm esaslı noktaları değiştirmeden gerçekleştirilmesi gerekir. Eğer icap, tüm esaslı noktaları kapsamıyorsa, bu durum ancak icaba davet olarak değerlendirilebilir⁵⁶.

Uygulamada, genellikle işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi koşuluyla, karşılıklı anlaşma ile sona erdirmeyi dilekçe ile talep ettiği işverenin de zımnî veya açık kabulüyle ikale sözleşmesinin gerçekleştiği görülmektedir. İcabin işçi tarafından yapılması mümkün olduğu gibi işveren tarafından yapılması da mümkündür⁵⁷. Ayrıca Yargıtay'ın da belirttiği üzere, tarafların anlaşarak iş ilişkisini başka bir hukukî ilişki kurmak üzere sona erdirmeleri de ikale sözleşmesi sayılmalıdır⁵⁸.

Ancak bunların yanında, fesih söz konusu olmadığından geçerlilik açısından artık feshin son çare olup olmadığı ya da işçi seçiminde objektif kriterlere uyulup uyulmadığı göz önünde bulundurulmamalıdır. İşçinin iradesini sakatlayan bir durum söz konusu olmadığı sürece de, işçinin işe iadesi söz konusu olmamalıdır⁵⁹.

Nitekim Yargıtay da, toplu işçi çıkarmayla ilgili bir kararında bunu ifade etmiştir. Bu kararda işveren, işyeri gerekleri nedeniyle toplu işçi çıkarma yoluna gitmiş, isteklerini dikkate alarak emekliliği gelenlere öncelik tanınacağını belirtmiştir. Bazı emekliliğe hak kazanan işçiler de haklarını alarak bunu kabul etmişlerdir. Yargıtay burada, ikale sözleşmesinin varlığını

Kabul etmiş, irade sakatlığı bulunmadığını belirtmiş ve işçilerin işe iade davalarını reddetmiştir⁶⁰.

Yine Yargıtay, işçinin işyerinden ayrılmak istemesi üzerine işverence ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek iş sözleşmesinin sona erdirilmesini de 2007 tarihli bir kararında ikale sözleşmesi olarak kabul etmiştir⁶¹.

Yargıtay, aynı yıl verdiği başka bir kararında da, performans yetersizliği nedeniyle işçiden istifa etmesini talep ederek ve işçinin de tazminatları alarak istifa etmesini ikale sözleşmesi olarak kabul etmiştir⁶².

Nitekim bu şekilde, işçinin tazminatlarını alması tarafların aralarında anlaşma olduktan sonra gizli fesih olarak değerlendirilmemelidir. Böyle bir anlaşma da 4857 sayılı İş Kanunu madde 21/VI'daki iş güvencesi ile ilgili mutlak emredici kurala aykırılık oluşturmayacaktır⁶³.

E. İKALENİN SONUÇLARI

İş sözleşmesinin ikale sözleşmesi yapma yoluyla sona erdirilmesi, işçinin birçok hakkından yararlanamaması anlamına gelmektedir. Ancak bunun yanında, taraflar, ikale sözleşmesini serbest iradeleriyle meydana getirdikleri için, kapsamını da kendi iradeleri çerçevesinde belirleyeceklerdir. Bu durumda, taraflar, bu kayıpları telafi yoluna gidebilirler. Ancak İş Kanunu'nda düzenlenmemesi sebebiyle, söz konusu sözleşmede yer alan haklara dair talepler Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olmalıdır⁶⁴.

İş sözleşmesinin ikale sözleşmesi yapılarak sona erdirilmesi, fesih anlamına gelmediği için feshe bağlı sonuçlar da doğmayacaktır. Dolayısıyla, İş Kanunu'nda yer alan tazminatları işçi talep edemeyecektir. İşçi, 1475 sayılı İş Kanunu madde 14'te yer alan kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında ikale sözleşmesi yer almadığı için kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu gereğince, feshe bağlanan sonuçlar da fesih söz konusu olmadığından uygulama alanı bulamayacaktır⁶⁵. Bunların yanı sıra, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu⁶⁶ m. 51'de işsizlik ödeneğine hak kazandıran durumlar arasında ikale sözleşmesi yer almadığından bu ödenekten işçinin yarar-

lanması da mümkün olmayacaktır. Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndaki⁶⁷ şartları sağlamaları durumunda yaşlılık, hastalık ve analık sigortalarından yararlanmaları mümkündür.

Bunların yanı sıra, işverenin aydınlatma yükümlülüğünden de bahsetmek gerekmektedir. İşçinin bilgi düzeyi karşısında, işverenin böyle bir sözleşme ile ilgili bilgileri işçiye vermesi gerekmektedir. Aksi takdirde, culpa in contrahendo ilkesi gereği, işveren işçinin zararlarını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bu durum, dürüstlük kuralının ve işverenin işçiye gözetme borcunun bir gereğidir. Ancak işçi, yönetici düzeyinde eğitimi yüksek nitelikli bir kişiye, işverenin aydınlatma yükümünü yerine getirmedigini iddia edememelidir. Böyle bir durumu iddia etmesi iyiniyet kuralıyla bağdaşmayacaktır⁶⁸. Yine kanımızca, aynı şekilde irade serbestisi çerçevesinde ikale sözleşmesinde yer alan sözleşmesel tazminat ile tatmin olan işçinin de artık dava açma hakkının olmadığını kabul etmek gerekir.

Kanımızca aksini düşünmek hem hakkın kötüye kullanılmasına taviz vermek anlamına geleceği gibi, hem de esas amaç işçi-işveren arası dengeyi sağlamakken, dengenin işçi lehine bozulması anlamına gelecektir. Bu durumda, işverenlerin iş hayatında yeni işçi alımlarını zorlaştırıp iş istihdamını zora sokabilir. Çünkü bu tarz durumlara maruz kalmak istemeyen işveren, yeni işçi istihdamı sağlamaktansa, daha az işçi ile yetinerek, uzun yıllar beraber çalıştığı işçiyle çalışmayı tercih edebilecektir. Bu durum, iş istihdamını azaltabileceği gibi, mevcut işyerinde çalışan işçiler üzerinde iş yükünün artmasına da neden olabilecektir.

F. SONUÇ

Görüldüğü üzere, ikale sözleşmesi kanunumuzda düzenlenmeyen, doktrin tarafından da üzerinde fazlaca durulmamış bir konudur. İş hayatında işçi ve işverenin konumları ve iş hayatının olağan gerekleri göz önüne alınarak, yorumunda dikkatli olunmalı ve mahkemelerce doğru kararlar verilmeye çalışılmalıdır.

Yorum yapıldıktan ve geçerlilik saptandıktan sonra, tarafların iradeleri de karşılıklı ve

birbirine uygunsuzsa ikale sözleşmesinin reddedilmesi iş hayatının gereklerine kanımızca uygun düşmeyecektir. Çünkü işçinin korunması yanında, iş hayatının akışını sekteye uğratmayacak şekilde yorum yapılması da gereklidir. İşçiye koruma ve işçi lehine yorum ilkeleri, iş hayatındaki denge ilkesini bozacak düzeyde olmamalıdır. Nitekim böyle bir ikale sözleşmesini herhangi bir irade sakatlığı olmadan yapan işçinin, daha sonra işe iade davası açması da iyiniyet kurallarına pek uygun düşmeyecektir.

Kanımızca, ikale sözleşmesi gibi önemli bir sözleşme mevzuatta açıklığa kavuşturulmalı, sınırları ve şekli kanun tarafından belirlenmelidir. Ayrıca kanımızca, şu anda ikale sözleşmesi bir şekle tâbi olmamakla beraber, kanun tarafından şekle tâbi tutulması yerinde bir tutum olacaktır. Böylece, mevcut durumu açıklığa kavuşturmaya çalışırken, yargı mercileri de bu kolaylıktan yararlanabilecek, bu da hem usûl ekonomisi, hem de zaman açısından avantaj oluşturacaktır.

Son olarak, bize göre, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerinde bu kuruma yer verilmemiş olması büyük bir eksikliklerdir. Çünkü uygulaması çok olan ve işçi hakları ile işçi-işveren ilişkisini yakından ilgilendiren böyle önemli bir konunun açıklığa kavuşturulmamasını yerinde bir tutum olarak nitelemek mümkün görünmemektedir.

DİPNOTLAR

- 1 RG T: 10.06.2003, RG S: 25134.
- 2 ASTARLI, Muhittin: Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İ kale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir mi?, Karar İncelemesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 20 Sayı:6 – Cilt:21 Sayı:1, Mayıs/Ağustos 2007, s.36. ÇİL, Şahin: İbra Sözleşmesi ile İ kale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül – 2007, Sayı:7, s. 26; TAŞKENT, Savaş: İş Sözleşmesinin İ kale Yolu ile Sona Erdirilmesi, Kamu – İş Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 4/2011, s. 1.
- 3 AYDIN, s. 4; ŞAKAR, Müjdat: İş Hukukunun Yeni Meselesi: Bozma (İ kale) Sözleşmelerinin Hukukî Durumu, Yaklaşım Dergisi, Yıl: 17, Sayı: 204, Aralık – 2009, s. 185; TAŞKENT, s. 1; TURANBOY, Nuri: İbra Sözleşmesi, Ankara – 1998, s. 35.
- 4 AYDIN, s. 4.
- 5 AYDIN, Ufuk: Çimento İşveren Dergisi, Mayıs – 2004, s. 4;

<http://www.ceis.org.tr/index.cfm?sayfa=dergi&sub=goster&Yil=2004&RecID=12>; ELMAS, Serkan: Türk İş Hukukunda İkale, Kamu – İş Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1/2009, s. 86.

- 6 AYDIN, s. 4; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İzmir – 1998, s. 253; SAYMEN, Ferit H.: Türk İş Hukuku, İstanbul – 1954, s. 540.
- 7 TURANBOY, s. 37.
- 8 RG T: 09.11.1982, RG S: 17863 Mükerrer.
- 9 ASTARLI, s.37.

- 10 AYDIN, s. 4; ŞAKAR, s. 186. Yargı 9.HD, 10.12.2010 T, 2009/39904 E, 37228 K: “Davacı vekili, müvekkilinin, davalı işyerinde 11.8.1986 tarihinde çalışmaya başladığını yönetim kurulu kararı ile iş aktininin 16.01.2009 tarihinde sona erdirildiğini, davalı işyerinde emeklilik sınırına gelen işçilerin küresel kriz nedeniyle uygulama geliştirilerek istifa etmeleri için baskı yapıldığını bu nedenle istifa dilekçesi serbest irade ile vermediğini ileri sürerek feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer hakların belirlenmesini istemiştir.

Davalı vekili, iş ilişkisini davacının sona erdirdiğini, davacının kendi el yazısıyla yazdığı dilekçede görevinden ayrılmak istediğini açıkça beyan ettiğini, davacının bu talebinin uygun görüldüğünü belirterek davanın reddine karar verilmesini belirtmiştir.

Mahkeme tarafından, davacının 15.1.2009 tarihli dilekçesi ile <kıdem ve ihbar tazminatının tarafıma ödenmesi kaydı ile görevimden ayrılmak istiyorum.> şeklindeki dilekçesi ile iş aktininin feshedildiği, Yargıtay’ın yerleşmiş kararları gereğince, şarta bağlı istifa dilekçesi geçerli olmadığından davalı işverenin gerçek anlamda istifa dilekçesi verilmediği halde buna dayanılarak davacıya kıdem ihbar tazminatı ödemesi ve bu şekilde iş aktini feshetmesi davacının işe iade davası açmasını engellemeyeceğinden açılan davanın kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki iş ilişkisinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erip ermediği hususu temel uyuşmazlığı oluşturmaktadır.

Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesinin de mümkündür. Sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak değerlendirilmelidir.

İşçi ve işveren iradelerin fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur.

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez.

Bu anlamda bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacak-

tır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, İş Hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda yararına yorum ilkesi göz önünde bulundurulacaktır.

Bozma sözleşmesinin Borçlar Kanununun 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanma istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez.

İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadağı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla fesih gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçinin gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır. Dairemizin 2008 yılı kararları bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 21.4.2008 gün 2007/31287 E, 2008/9600 K).

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacaktır. Yine 4447 sayılı yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, İş Hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi, hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Tarafların bozma sözleşmesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hatta boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklardan bazılarını ya da tamamını kararlaştırmaları da mümkündür. Bozma sözleşmesinin geçerliliği konusunda bütün bu hususlar dikkate alınarak değerlendirmeye gidilmelidir.

Somut olayda, işyerinde şoför olarak çalışan davacı işçinin 15.1.2009 tarihli dilekçesi ile, kıdem ve ihbar tazminatının tarafına ödenmesi kaydı ile görevinden ayrılmak istediğini belirtmiştir. Bunun üzerine iş sözleşmesinin davalı işverenin yönetim kurulunun kararı uygun bulunması sonucu fesih edilmiştir. Davacı, davalı işverene ibraz ettiği dilekçenin baskı ile alındığını ispat edememiştir. Davacının dinletmiş olduğu tek tanık beyanı ise somut olaya ilişkin olmayıp geçmiş döneme ilişkin beyanlar şeklinde olduğundan dolayı itibar edilmemiştir. Mevcut olgulara göre iş sözleşmesi ikale

ile sona ermiş olduğundan, davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

- 11 KILIÇOĞLU, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara – 2002, s. 578; TEKİNAY, Sulhi S: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul – 1993, s. 986.
- 12 RG T: 29.04.1926, RG S: 359.
- 13 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Ekim – 2003, s. 1221; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara – 2005, s. 462.
- 14 RG T: 04.02.2011 RG S: 27836.
- 15 TURANBOY, s. 36.
- 16 BAŞTUĞ, İrfan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İzmir – 1977; BİRSEN, Kefalettin: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul – 1967 s. 541-542; CİHANGİROĞLU, Celâl: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İzmir – 1999, s. 200 vd.
- 17 EREN, s. 1223; ELMAS, s. 88; KILIÇOĞLU, s. 579.
- 18 EREN, s. 1222; ELMAS, s. 88; TURANBOY, s. 38.
- 19 AYDIN, s. 5.
- 20 AYDIN, s. 5; KILIÇOĞLU, s. 581.
- 21 AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara – 1979, s. 159; CİHANGİROĞLU, s. 202; EREN, s. 1214 – 1215; ÖNEN, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara – Ağustos - 1999, s. 221.
- 22 EREN, s. 1210, 1218.
- 23 BAŞTUĞ, s. 291; EREN, s. 1214 – 1218; KILIÇOĞLU, s. 582; TEKİNAY, s. 993.
- 24 AYBAY, s. 159; AYDIN, s. 5.
- 25 AYDIN, s. 5.
- 26 DELİDUMAN, Seyithan: Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, <http://www.e-akademi.org/makaleler/sdeliduman-4.htm>.
- 27 AYDIN, s. 5.
- 28 RG T: 01.09.1971 RG S: 13943.
- 29 Yarg. 9.HD, 05.04.2010 T., 2009/18811 E, 2010/9254 K, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.
- 30 AYDIN, s. 6; ELMAS, s. 88.
- 31 ASTARLI, s.37.
- 32 AYDIN, s. 5.
- 33 RG T: 08.12.2001, RG S: 24607.
- 34 ASTARLI, s. 39; AYDIN, s. 6.
- 35 ASTARLI, s. 37; AYDIN, s. 6.
- 36 ŞAKAR, s. 186.
- 37 ASTARLI, s. 39. Yarg 9.HD, 28.09.2010 T, 2008/34779 E, 2010/26096 K: “İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımsız iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer. İstifanın işverence kabulü zorunlu değilse de, işverence dilekçenin işleme konulmamış olması ve işçinin de işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde gerçek bir istifadan söz edilemez. Bununla birlikte istifaya rağmen tarafların belirli bir süre daha çalışma yönünde iradelerinin birleşmesi halinde kararlaştırılan sürenin sonunda iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdiği kabul edilmelidir.
- 38 EKONOMİ, Münir: Tebliğ, İş Kanunu ve Sendikalar Kanununda Yapılması Düşünülen Değişikliklerin Sanayie Etkileri, TİSK Yayını, Ankara – 1992, s. 39; NARMANLIOĞLU, s. 254.
- 39 EKONOMİ, s. 39.
- 40 AYDIN, s. 7; ŞAKAR, s. 185; TAŞKENT, s. 2.
- 41 AYDIN, s. 7; EKONOMİ, s. 37; TAŞKENT, s. 1 – 2.
- 42 AYDIN, s. 6; DEMİRCİOĞLU, Murat: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul – 2007, s. 123; ELMAS, s. 89; EREN, s. 1210 – 1211.
- 43 ASTARLI, s. 38; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 463; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, Cilt – I, İzmir, s. 227.
- 44 ASTARLI, s. 37; AYDIN, s. 7.
- 45 ASTARLI, s. 40; AYDIN, s. 7.
- 46 AYDIN, s. 8. Yarg 9. HD, 25.09.2008 T, 2008/1888 E, 2008/25058 K: “...Somut olayda sakat statüsünde çalışan davacının performansının düşük olduğu gerekçesi ile iş sözleşmesinin feshedilmek istendiği, ancak iş güvencesi hükümlerinin getireceği külfetlerden kaçınmak amacıyla iş sözleşmesinin anlaşma suretiyle sona erdirildiğine dair belgenin davacıya imzalatıldığı, davacıya anlaşma karşılığında ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ve son aya ilişkin ikramiyesinin ödendiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Ancak iş sözleşmesi feshedilecek işçiye zaten ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer işçilik alacaklarının ödenmesi yasa gereğidir. Davacının söz konusu tazminat ve alacakların ödenmesi için iş sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesini istemesinde somut olay bakımından makul bir yarar bulunmamaktadır. Mahkemece iş sözleşmesi davalı işverence feshedildiği kabul edilmesine rağmen feshin davacının yaşı, vasıfsız olması, sağlık durumu ve işin özelliği nedeni ile zorunlu nedene dayandığı belirtilmiştir. Ancak, zorunlu nedenlerle de olsa iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca feshi halinde aynı Kanununun 19. maddesinde belirtilen şekli koşulların yerine getirilmesi gerekir. Davacının iş sözleşmesi yazılı bir fesih bildiriminde bulunulmadan ve performans düşüklüğüne dayanılmasına rağmen fesihden önce savunması istenmeden feshedilmiş olduğundan geçerli nedene dayanmadığı kabul edilmelidir...”, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.
- 47 ASTARLI, s. 40.
- 48 ÇİL, s. 25.

- 49 ASTARLI, s. 41.
- 50 ASTARLI, s. 41.
- 51 ASTARLI, s. 41.
- 52 ASTARLI, s. 41 – 42.
- 53 ŞAKAR, s. 186; TAŞKENT, s. 3; Yarg. 9.HD, 17.12.2009 T, 12538 E., 355588 K (Bkz, Taşkent, s. 3). Yarg. 9.HD, 13.10.2008 T, 2008/34079 E, 2008/26691 K: “Somut olayda davacının tazminatları ödenmek koşulu ile istifa ettiği şeklinde dilekçe vermesi hayatın olağan akışına uygun değildir. Davacının şarta bağlı istifasının ikale kabul edilmesi bir anlamda doğru ise de, davacı işçinin bu şekilde fesihte makul bir yararı bulunmamaktadır. Sendika üyesi olan davacıdan iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasının engellenmesi ve kıdem tazminatının ödenmesi için dilekçe alındığı, davacının ayrılma iradesinin bulunmadığı, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır. Olayların gelişimi de feshin sendikal nedene dayandığını göstermektedir. Mahkemece yazılı şekilde davanın kabulü yerine reddi isabetsizdir.” Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.
- 54 Yarg. 9.HD, 25.09.2008 T., 1888 E., 25058 K (Bkz. TAŞKENT, s. 4); Yarg 9.HD, 05.04.2010 T., 2009/18811 E, 2010/9254 K, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı. Yarg 9. HD, 28.09.2010 T, 2008/34779 E, 2010/26096 K: “İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverence tazminatların derhal ödenmesi ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.
- İşverenin haklı fesih nedenlerine dayanarak işçiye istifa dilekçesi vermesi halinde baskı uygulaması sonucu düzenlenen istifa dilekçesine de gerçek anlamda istifa olarak değer vermek mümkün olmaz. Dairemizce bu gibi hallerde feshin işverence gerçekleştirildiği, ancak işveren feshinin haklı olup olmadığını değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 3.7.2007 gün 2007/14407 E, 2007/21552 K.).
- İşçinin haklı nedenle derhal fesih nedenleri mevcut olduğu ve buna uygun biçimde bir fesih yoluna gideceği sırada, iradesi fesada uğratılarak işverence istifa dilekçesi alınması durumunda da istifaya geçerlilik tanınması doğru olmaz. Bu ihtimalde ise işçinin haklı olarak sözleşmesini feshettiği sonucuna varılmalıdır.
- İstifa belgesine dayanılmakla birlikte işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olması, Türkiye İş Kurumuna yapılan bildirimde işveren feshinden söz edilmesi gibi çelişkili durumlarda, her bir somut olay yönünden bu çelişkinin istifanın geçerliliğine etkisinin değerlendirilmesi gerekir.
- İstifa belgesindeki ifadenin genel bir içerik taşıması durumunda, işçinin dava dilekçesinde somut sebepleri belirtmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu halde de istifanın ardındaki gerçek durum araştırılmalıdır.
- İş sözleşmesinin istifa ile sona ermesi halinde işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün olmadığı gibi, ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanılamaz. Bundan başka işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesi yükümü ortaya çıkabileceğinden istifa türündeki belgelerin titizlikle ele alınması gerekir. İmzaya itiraz ya da metin kıs-

mına ilaveler yapıldığı itirazı mutlak olarak teknik yönden incelenmelidir.

İstifa halinde dahi işçiye kıdem tazminatı ödeneceğini öngören sözleşme hükümleri ile işyeri uygulamaları 4857 sayılı İş Kanununun sistemi içinde geçerli olup, bu halde kıdem tazminatını 1475 sayılı yasanın 14. maddesine göre hesaplanmalı ve anılan maddedeki kıdem tazminatı tavanı gözeltmelidir. Belirtmek gerekir ki, sözü edilen yasada düzenlenen kıdem tazminatı tavanı mutlak emredici niteliktedir.

Somut olayda davacı işçi işyerinde 20 yıldan fazla süreyle çalışmıştır. 16.3.2006 tarihli istifa dilekçesi mevcut ise de, aynı tarihli ibranamede sadece izin ücreti tahakkuk ettirilmiş olup, sözü belgeyi davacı işçi imzalamamıştır. Bu durum da davacının gerçekte istifa iradesinin bulunmadığını göstermektedir. Davacı tanıkları da işyerinde çalışmış kişiler olup, emeklilik sebebiyle ayrılanlar için dahi ödeme öncesinde istifa dilekçesi alındığına dair açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu durumda istifa dilekçesine değer verilerek sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.

Öte yandan davacının iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte 27 yıla yakın hizmeti olup 9705 gün prim ödemesi bulunmaktadır. İşten ayrılma tarihinde 43 yaşında olan davacı bir yıl kadar bekledikten sonra yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Davacının işten ayrılma tarihinde yürürlükte olan 506 sayılı Yasanın geçici 81. maddesine göre yaş hariç emekliliğe dair diğer koşulları haiz olduğu görülmektedir. Davacı işçi işten ayrıldıktan sonra başka bir işte çalışmaksızın yaşın dolmasını beklemiş ve bir yıl sonra başvurusunda yaşlılık aylığı bağlanmıştır. 1475 sayılı Yasanın 15/5. bent hükmüne göre, yaş koşulu dışında yaşlılık aylığı tahsisine dair diğer kriterlerin gerçekleşmesi halinde işçinin işyerinden kıdem tazminatı alarak ayrılma hakkı bulunmaktadır. Yasa koyucunun amacı, işyerinde çalışarak yıpranmış olan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ait yükümlülükleri tamamlamış olan işçinin, emeklilik için belli bir yaşı beklemesine gerek olmadan aktif dönemi sonlandırabilmesine imkan tanımaktır. Davacı işçi bu koşulları haiz olduğuna ve maddi olgular da belirtilen şekilde geliştiğine göre, davacının işyerinden ayrılışının 1475 sayılı Yasanın 14/5. bent hükmüne uygun olduğu kabul edilmelidir. Bu halde ihbar tazminatı isteğine hak kazanılması mümkün değilse de, kıdem tazminatı isteğinin kabulü yönünde karar verilmelidir. Mahkemece kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmektedir.” Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

- 55 TAŞKENT, s. 4 – 5.
- 56 ASTARLI, s. 42; ELMAS, s. 87 – 88; ŞAKAR, s. 186; TAŞKENT, s. 2.
- 57 ÇİL, s. 25; ELMAS, s. 88; TAŞKENT, s. 2.
- 58 Yarg. 9.HD, T: 17.04.2007, E: 2007/1923, K: 2007/11117, “Davacının 1.3.1993 – 1.1.2000 tarihleri arasında iş sözleşmesi kapsamında görev yaptığı ve iş ilişkisinin adi ortaklık ilişkisi kurulması yönünde bir sözleşme imzalanması suretiyle karşılıklı mutakabatla sona erdiği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin anılan sona erme şekline göre, ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılmasına olanak bulunmamaktadır. Gerçekten bu tarihte yürürlükte olan 1475 S. İK'nun ihbar tazminatını düzenleyen 13. maddesi ile kıdem tazminatını öngören 14. maddesinde, iş sözleşmesinin karşılıklı iradelerin birleşmesi

suretiyle sona erdirilmesinde ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Davacının anılan tazminat isteklerinin reddi gerekirken yazılı şekilde isteklerin kabulü hatalı olmuştur.” Bkz. ÇİL, dn. 25, s. 34.

59 ASTARLI, s.34.

60 Yarg. 9.HD., T:19.02.2007, E: 2007/3713, K: 2007/4229, Bkz. ASTARLI, s. 33 vd.; Yarg. 9.HD., T: 19.02.2007, E: 2007/3613, K: 2007/4552, Bkz. <http://www.calismatoplum.org/sayi14/yargitay/9dare/17doc>. Aynı yönde, Yarg. 9. HD, 14.04.2008 T, 2008/9199 E, 2008/8642 K, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı. Yarg. 9. HD, 14.04.2008 T, 2008/9198 E.,2008/8641 K: “...Somut uyuşmazlıkta, toplu işçi çıkarma kuralına başvuran davalı işveren, öncelikle gönüllü olanları çıkaracağını belirtmiş olup, davacı bu işlemi kabul ederek, emekliliğe hak kazanması nedeni ile ihbar tazminatı da ödenerek iş sözleşmesinin feshedilmesini kabul etmiştir. Toplu işçi çıkarmada gönüllü işçilerin iradesine öncelik verilmesi ve işçi tarafından bu icabın kabul edilmesi halinde, karşılıklı olarak iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile bozulması söz konusu olduğundan, bu işlemde artık işverenin toplu işçi çıkarmaya konu ettiği fesih nedenlerinin geçerli olup olmadığı araştırılmamalıdır. Bir başka anlatımla ikale sözleşmesinin bulunduğu durumda, feshin son çare veya işçinin seçiminin objektif ölçütlere uygun olup olmadığı ayrıca yargı denetimine tabi tutulamamalı, işçinin iradesini sakatlayan bir durum olmadığı sürece işe iade konusu yapılamamalıdır. Davacının iradesinin sakatlayan bir durum söz konusu olmadığı gibi, bu konuda somut bir kanıtta sunulamamıştır. İhbar tazminatının ödenmesi sonuca etkili değildir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı bulunmuştur...”, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı.

61 Yarg. 9.HD., E: 2007/6998, K: 2007/7700, Bkz. ASTARLI, dn. 6, s. 38.

62 Yarg. 9.HD., E: 2006/35099, K: 2007/5959, Bkz. ASTARLI, dn. 6, s. 38.

63 EKONOMİ, s. 38.

64 AYDIN, s. 9; TAŞKENT, s. 2.

65 Yarg. 9.HD., T: 15.03.2003 E: 2004/13437, K: 2005/8514, “1475 S. İK'nun 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran haller sayılmış olup, iş ilişkisinin işçinin iradesiyle bir başka hukukî ilişkiye geçmek için sonlandırılması adı geçen tazminata hak kazandıran haller arasında gösterilmemiştir. Bu durumda iş sözleşmesi, davacının davalıya ait minibusü kiralaması suretiyle sona erdiğinden, ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılmasına olanak bulunmamaktadır.” Bkz. ÇİL, dn. 24, s. 34.

66 RG T: 08/09/1999, RG S: 23810.

67 RG T: 16/06/2006, RG S: 26200.

68 EKONOMİ, s. 42 – 43.

sat Dergisi, Cilt: 20 Sayı: 6 – Cilt: 21 Sayı: 1, Mayıs/Ağustos 2007.

- AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara – 1979.
- AYDIN, Ufuk: Çimento İşveren Dergisi, Mayıs – 2004, <http://www.ceis.org.tr/index.cfm?sayfa=dergi&sub=goster&Yil=2004&RecID=12>.
- BAŞTUĞ, İrfan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İzmir – 1977.
- BİRSEN, Kefalettin: Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Kitap, Borçların Umumi Hükümleri, Üçüncü Bası, İstanbul – 1954.
- CİHANGİROĞLU, Celal: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İzmir – 1999.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, İstanbul – Ağustos, 2008.
- ÇİL, Şahin: İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 7, Yıl: 2, Eylül – 2007.
- DELİDUMAN, Seyithan: Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato, <http://www.e-akademi.org/makaleler/sdeliduman-4.htm>.
- DEMİRCİOĞLU, Murat: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul – 2007.
- EKONOMİ, Münir: Tebliğ, İş Kanunu ve Sendikalar Kanununda Yapılması Düşünülen Değişikliklerin Sanayie Etkileri, TİSK Yayını, Ankara – 1992.
- ELMAS, Serkan: Türk İş Hukukunda İkale, Kamu – İş Dergisi, Cilt: 11, S: 1, 2009.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Ekim – 2003.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara – 2002.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, Ferdî İş İlişkileri, Cilt – I, İzmir – 1998.
- ÖNEN, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara – Ağustos, 2009.
- SAYMEN, Ferit H.: Türk İş Hukuku, İstanbul – 1954.
- SEVİMLİ, Ahmet: İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları konusundaki Gelişmelere İlave, Sicil Dergisi, Eylül – 2009.
- ŞAKAR, Müjdat: İş Hukukunun Yeni Meselesi: Bozma (İkale) Sözleşmelerinin Hukukî Durumu, Yaklaşım Dergisi, Yıl: 17, Sayı: 204, Aralık – 2009.
- TAŞKENT, Savaş: İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi, Kamu – İş Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 4, 2011.
- TEKİNAY, Sulhi S.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul – 1993.
- TURANBOY, Nuri: İbra Sözleşmesi, Ankara – 1998.

KAYNAKLAR

- ASTARLI, Muhittin: Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Öncelikli Olarak İşten Çıkarılmayı Kabul Eden İşçilerle İşveren Arasında Bir İkale Sözleşmesinin Yapılmış Olduğu Kabul Edilebilir mi?, Karar İncelemesi, TÜHİS İş Hukuku ve İkti-

Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU

Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Danıştay'ın Verdiği Son Yürütmeyi Durdurma Kararlarının Değerlendirilmesi

T.C. DANIŞTAY ONUNCU DAİRE

Esas No: 2010/16633

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını
isteyen: Türk Tabipleri Birliği

Vekili: Av. M. G.

Davalı: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Ba-
kanlığı/ANKARA

Davanın Özeti: 27.11.2010 tarih ve 27768
sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İş Sağlığı
ve Güvenliği Yönetmeliğinin 4. maddesinin
1. fıkrasının (f) bendinin; 5. maddesinin 1.
fıkrasında ve 8. maddesinin 1. fıkrasında yer
alan “gereğinde” ibarelerinin; 5. maddesinin
2. fıkrasının; 11. maddesinin 3. fıkrasının;
13. maddesinin 3. fıkrasının 3, 4 ve 5. cüm-
lelerinin; Geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının
1. cümlesinde yer alan “16.12.2003” ve “Ba-
kanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri”
ibarelerinin; Geçici 2. maddesinin; Geçici 3.

maddesinin; “işyeri hekimliği çalışma söz-
leşmesi” başlıklı Ek-3'ün hukuka ve hizmet
gereklerine aykırı oldukları iddiasıyla; aynı
Yönetmeliğin 4. maddesinin; 9. maddesinin;
10. maddesinin; 11. maddesi ile 13. madde-
sinin ise eksik düzenlenmiş olduğu iddiasıyla
iptali ve yürütülmelerinin durdurulması
istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi: N. D. Ç.

Düşüncesi: 4857 sayılı Yasa ile 3146 sayılı
Yasa hükümlerinin Dairemizin E:2004/1253
ve E:2009/16602 sayılı kararlarıyla birlik-
te incelenmesinden; 16.12.2003 tarihinden
önce Türk Tabipleri Birliği tarafından veri-
len işyeri hekimliği sertifikaları geçerliliğini
korurken, bu tarihten sonra anılan Birlik-
çe düzenlenen eğitimlerin ve bu eğitimler
sonucu verilen sertifikaların geçersiz oldu-
ğu; Bakanlık ve ÇASGEM'in ise, yalnızca
15.8.2009 tarihinden itibaren düzenleyeceği
işyeri hekimliği eğitim programlarının ve bu

eğitimler sonucu vereceği sertifikaların geçerli kabul edilebileceği; 15.8.2009 tarihli Yönetmeliğe istinaden Bakanlıkça yetkilendirilen eğitim kurumlarınca verilen eğitimlerin (iş ve meslek hastalıkları yan dal uzmanlığına yönelik olarak üniversitelerce verilen eğitimler hariç) ise geçerli kabul edilmesine hukuken olanak bulunmadığı açıktır.

Bu itibarla, 16.12.2003-15.8.2009 tarihleri arasında Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği sertifikaları ile 15.8.2009 tarihli Yönetmeliğe dayalı olarak yetkilendirilen eğitim kurumlarınca verilen eğitimleri geçerli kabul eden Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde yer alan “Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri” ibaresi ile Geçici 3. maddesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulü ile Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde yer alan “Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri” ibaresi ile Geçici 3. maddesinin yürütülmesinin durdurulması; Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer kısımlarına yönelik olarak ise istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: E. Ö.

Düşüncesi: Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinin; 5. maddesinin 1. fıkrasında ve 8. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “gereğinde” ibarelerinin; 5. maddesinin 2. fıkrasının; 11. maddesinin 3. fıkrasının; 13. maddesinin 3. fıkrasının 3, 4 ve 5. cümlelerinin; Geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan “16.12.2003” ve “Ba-

kanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri” ibarelerinin; Geçici 2. maddesinin; Geçici 3. maddesinin; “işyeri hekimliği çalışma sözleşmesi” başlıklı Ek-3’ün hukuka ve hizmet gereklerine aykırı oldukları iddiasıyla; aynı Yönetmeliğin 4. maddesinin; 9. maddesinin; 10. maddesinin; 11. maddesi ile 13. maddesinin ise eksik düzenlenmiş olduğu iddiasıyla iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılmıştır.

İşyeri hekimliği, işçi ve işverenler ya da temsilcilerine yönelik olarak, öncelikle koruyucu ve önleyici sağlık hizmetini, herhangi bir kaza veya acil durum halinde ise ilk yardım ve acil müdahale hizmetlerini içeren bir uygulama olup; mevzuatımıza ilk olarak 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 180. maddesiyle girmiştir. Ardından, Mülga 506 sayılı Yasanın 114. maddesi ile İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü’nün 91. maddesinde de işyerlerinde görevlendirilecek hekimlere yönelik düzenlemelere yer verilmiş ve bu hükümlere dayalı olarak 4.7.1980 tarih ve 17037 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik” yürürlüğe konulmuştur.

10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu’nun 81. maddesinde işyeri hekimliği uygulamasına yönelik olarak yeni düzenlemeler getirilmesi üzerine, anılan maddeye dayalı olarak 16.12.2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” kabul edilmiş; bu Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali istemiyle Türk Tabipleri Birliği tarafından Dairemizin E:2004/1253 sayılı esasına kayden açılan dava sonucunda, Dairemizin 28.2.2006 tarih ve K:2006/1658 sayılı kararıyla, özetle; dava konusu Yönetmeliğin ilgili maddelerinde, işyeri hekimliği eğitiminin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile bu Bakanlığa bağlı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezince (ÇASGEM) verilebile-

ceğinin öngörüldüğü; ancak Yönetmeliğin dayanağı olan 4857 sayılı Yasanın 81. maddesinde adı geçen Bakanlığa ve ÇASGEM'e söz konusu eğitimi vermeleri hususunda bir yetki tanınmadığı gibi; her iki idarenin teşkilat yasalarında da bu noktada görev ve yetkileri bulunmadığı; ayrıca, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü uyarınca, işyeri hekimliğinin bir yan dal uzmanlığı olduğu; dolayısıyla söz konusu eğitimin yalnızca üniversiteler ile eğitim ve araştırma hastanelerince verilebileceği; bu nedenle, anılan eğitimin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile bu Bakanlığa bağlı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezince (ÇASGEM) verilebileceğine yönelik olarak düzenleme getiren dava konusu yönetmelik hükümlerinde hukuka uyarlık bulunmadığı; öte yandan, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun incelenmesinden; anılan eğitimi verme hususunda Türk Tabipleri Birliği veya tabip odalarının da herhangi bir görev ve yetkisi olmadığı, bu nedenle davacı Birliğin, işyeri hekimliği eğitimi verme konusunda kendilerinin yetkili olduğu yolundaki iddiasına itibar edilmediği gerekçeleriyle anılan Yönetmeliğin eğitim ve sertifika verilmesine ilişkin maddelerinin iptaline karar verilmiş; bu karar, idari Dava Daireleri Kurulu'nun 4.3.2010 tarih ve E:2006/2861, K:2010/430 sayılı kararıyla onanmıştır.

Dairemizin yukarıda aktarılan kararı üzerine, 26.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Yasayla; 4857 sayılı İş Kanunu, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve 7460 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Teşkilat Kanunu'nda değişiklikler yapılmış; Tıpta Uzmanlık Tüzüğü 31.12.2009 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış, 18.7.2009 tarihinde yürürlüğe giren Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinde ise işyeri hekimliği yan dal olmaktan çıkarılmıştır. Bu değişikliklere dayanılarak, işyeri hekimliği ile iş güvenliği uzmanlığına ilişkin düzen-

lemeler tek yönetmelikte birleştirilmek suretiyle, 15.8.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik" kabul edilmiş; söz konusu Yönetmeliğin işyeri hekimlerine yönelik bazı maddelerine karşı Türk Tabipleri Birliği tarafından Dairemizin E:2009/16602 ve E:2010/696 sayılı esaslarına kayden davalar açılmış; Dairemizce, E:2009/16602 sayılı dosyada, mevcut yasal düzenlemeler uyarınca, davalı Bakanlık ile ÇASGEM tarafından işyeri hekimliği eğitimi ve sertifikasının düzenlenebileceği; ancak Bakanlığın diğer eğitim kurumlarını akredite etme yetkisinin bulunmadığı gerekçeyle eğitim kurumlarının yetkilendirilmesine yönelik uygulama işleminin yürütülmesi durdurulmuştur. Bunu takiben 4857 sayılı İş Kanunu ile 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda, 1.8.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6009 sayılı Yasayla değişiklikler yapılmıştır.

6009 sayılı Yasayla yapılan değişiklikler uyarınca; 4857 sayılı Yasanın 2. ve 81. maddeleri ile 3146 sayılı Yasanın 12. maddesinde, "işyeri hekimi", "ortak sağlık ve güvenlik birimi" ile "eğitim kurumu"nun tanımları yapılmış ve Bakanlığa, daha önceki yasal düzenlemelerle tanınan "işyeri hekimliği eğitimi bizzat verme" yetkisinin yanında, "işyeri hekimliği eğitimi vermek üzere eğitim kurumlarını akredite etme" yetkisi de tanınmıştır.

Dava konusu Yönetmelik, 6009 sayılı Yasayla değişik 4857 sayılı Yasanın 2. ve 81. maddeleri ile 3146 sayılı Yasanın 2. ve 12. maddelerine dayanılarak hazırlanmış olup; İş Kanunu kapsamında yer alan ve devamlı olarak en az elli işçi çalıştırılan işyerlerine yönelik olarak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere kurulacak işyeri sağlık ve güvenlik birimlerinin kuruluşu ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin belgelendirilmeleri, yetki belgelerinin iptali,

görev, yetki ve sorumluluklarına dair usul ve esasları düzenlemektedir. Söz konusu Yönetmeliğin 22. maddesiyle de, 15.8.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik” yürürlükten kaldırılmıştır.

Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin 1. cümlesinde yer alan “Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri” ibareleri ile Geçici 3. maddesine yönelik olarak;

Geçici 1. maddede, 16.1.2003 tarihinden önce verilen işyeri hekimliği belgeleri ile Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgelerinin geçerli olduğu; Geçici 3. maddesinde ise, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında yetkilendirilmiş eğitim kurumlarınca düzenlenen eğitimleri tamamlayanların, bu Yönetmelik kapsamında yer alan eğitimleri tamamlamış sayılacakları ve düzenlenecek sınavlara katılmaya hak kazanacakları kurallarına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleriyle Dairemiz kararlarının birlikte incelenmesinden görüleceği üzere; 16.12.2003 tarihinden önce Türk Tabipleri Birliği tarafından verilen işyeri hekimliği sertifikaları geçerliliğini korurken, bu tarihten sonra anılan Birlikçe düzenlenen eğitimlerin ve bu eğitimler sonucu verilen sertifikaların geçersiz olduğu; Bakanlık ve ÇASGEM’in ise, yalnızca 15.8.2009 tarihinden itibaren düzenleyecekleri işyeri hekimliği eğitim programlarının ve bu eğitim sonucu verdikleri sertifikaların geçerli kabul edilebileceği; 15.8.2009 tarihli Yönetmeliğe istinaden Bakanlıkça yetkilendirilen eğitim kurumlarınca verilen eğitimlerin (iş ve meslek hastalıkları yan dal uzmanlığına yönelik olarak üniversitelerce verilen eğitimler hariç) ise geçerli kabul edilmesine hukuken olanak bulunmadığı hususunda duraksama bulunmamaktadır.

Buna göre; dava konusu Yönetmeliğin Geçici 1. maddesindeki düzenlemenin aksine, davalı Bakanlıkça verilen işyeri hekim-

liği belgelerinin tamamının tarih sınırlaması olmaksızın geçerli kabul edilmesi, yukarıda özetlenen E:2004/1253 sayılı Dairemiz kararı uyarınca mümkün değildir. Zira, davalı Bakanlıkça 16.12.2003 ile 15.8.2009 tarihleri arasında düzenlenen işyeri hekimliği sertifikası programları, yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle iptal hükmüne bağlanan 16.12.2003 tarihli Yönetmelik maddelerine dayanılarak düzenlenen eğitim programları olup, bu eğitimler sonucu verilen sertifikaların, dava konusu Yönetmelikle, yargı kararını aşar nitelikte (16.12.2003-15.8.2009 tarihleri arasında düzenlenen sertifikaları da kapsayacak şekilde) geçerli kılınması hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

Yönetmeliğin dava konusu Geçici 3. maddesi ise, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 15.8.2009 tarihi itibarıyla, davalı Bakanlığın, eğitim kurumlarını işyeri hekimliği eğitimi vermeleri konusunda akredite etme yetkisi bulunmamasına karşın, Bakanlıkça verilen bu yetki çerçevesinde düzenlenen eğitimlere geçerlilik atfetmesi nedeniyle hukuka uygun bulunmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde yer alan “Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri” ibaresi ile Geçici 3. maddesi hukuka aykırı bulunmaktadır.

Diğer taraftan, Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer maddelerine yönelik olarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulü ile 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin Geçici 1. maddesinde yer alan “Bakanlıkça verilen

işyeri hekimliği belgeleri” ibaresi ile Geçici 3. maddesinin YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA; adı geçen Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer kısımlarına yönelik yürütmenin durdurulması İSTEMİNİN REDDİNE, bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi (7) gün içinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’na itiraz edilebileceğinin taraflara duyurulmasına 3.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. DANIŞTAY ONUNCU DAİRE

Esas No: 2010/16631

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını isteyen: Türk Tabipleri Birliği

Vekili: Av. M. G.

Davalılar: 1-Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı/ANKARA

2-Sağlık Bakanlığı/ANKARA

Davanın Özeti : 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ç), (g) ve (h) bentlerinin; 7. maddesinin; 13. maddesinin; 14. maddesinin; 17. maddesinin 2. fıkrasının 2, 3, 4 ve 5. cümlelerinin; 18. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendindeki “10 saat”, (b) bendindeki “15 saat” ve (c) bendindeki “20 saat” ibarelerinin; 25. maddesinin 1, 2, 3 ve 4. fıkralarının; 30. maddesinin 2. fıkrasının; 33. maddesinin 1. fıkrasının; 35. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin; 36. maddesinin 1. fıkrasının; 37. maddesinin; 38. maddesinin; Geçici 2. maddesinin; Geçici 3. maddesinin; Geçici 4. maddesinin; “İşyeri hekimliği hizmeti yetki belgesi” başlıklı Ek-2’nin; “İşyeri hekimliği çalışma sözleşmesi” başlıklı Ek-4’ün; “işyeri hekimliği belgesi” başlıklı Ek-6’nın; “işyeri hekimleri ve eğitimciler için ihtar tablosu” başlıklı Ek-11’in işyeri hekimlerini ilgilendiren 1, 2, 3, 4, 5, 7 ve 8 numaralı kısımlarının hukuka ve hizmet gereklerine aykırı oldukları iddiasıyla; aynı Yönetmeliğin 9. maddesinin 4. fıkrasının; 16. maddesinin

1. fıkrasının ve 36. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin ise eksik düzenlenmiş olduğu iddiasıyla iptali ve yürütülmelerinin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi: N. D. Ç.

Düşüncesi: 4857 sayılı Yasa ile 3146 sayılı Yasa hükümlerinin Dairemizin E:2004/1253 ve E:2009/16602 sayılı kararlarıyla birlikte incelenmesinden; 16.12.2003 tarihinden önce Türk Tabipleri Birliği tarafından verilen işyeri hekimliği sertifikaları geçerliliğini korurken, bu tarihten sonra anılan Birlikçe düzenlenen eğitimlerin ve bu eğitimler sonucu verilen sertifikaların geçersiz olduğu; Bakanlık ve ÇASGEM’in ise, yalnızca 15.8.2009 tarihinden itibaren düzenleyecekleri işyeri hekimliği eğitim programlarının ve bu eğitim sonucu verdikleri sertifikaların geçerli kabul edilebileceği; 15.8.2009 tarihli Yönetmeliğe istinaden Bakanlıkça eğitim vermeye yetkili kılınan eğitim kurumlarınca verilen eğitimlerin (iş ve meslek hastalıkları yan dal uzmanlığına yönelik olarak üniversitelerce verilen eğitimler hariç) ise geçerli kabul edilmesine hukuken olanak bulunmadığı hususunda duraksama bulunmamaktadır.

Bu itibarla, 16.12.2003 ile 15.8.2009 tarihleri arasındaki dönemde sertifikalandırılan işyeri hekimlerinin sertifika ve vizelerinin geçerliliğini koruyan Yönetmeliğin Geçici 3. maddesi ile 15.8.2009 tarihli Yönetmeliğe dayalı olarak yetkilendirilen eğitim kurumlarınca verilen eğitimleri geçerli kabul eden Geçici 4. maddesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulü ile Yönetmeliğin Geçici 3. ve Geçici 4. maddelerinin yürütülmesinin durdurulması; Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer kısımlarına yönelik olarak ise istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: İ. T.

Düşüncesi: Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari

Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ç), (g) ve (h) bentlerinin; 7. maddesinin; 13. maddesinin; 14. maddesinin; 17. maddesinin 2. fıkrasının 2, 3, 4 ve 5. cümlelerinin; 18. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendindeki “10 saat”, (b) bendindeki “15 saat” ve (c) bendindeki “20 saat” ibarelerinin; 25. maddesinin 1, 2, 3 ve 4. fıkralarının; 30. maddesinin 2. fıkrasının; 33. maddesinin 1. fıkrasının; 35. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin; 36. maddesinin 1. fıkrasının; 37. maddesinin; 38. maddesinin; Geçici 2. maddesinin; Geçici 3. maddesinin; Geçici 4. maddesinin; “işyeri hekimliği hizmeti yetki belgesi” başlıklı Ek-2’nin; “işyeri hekimliği çalışma sözleşmesi” başlıklı Ek-4’ün; “işyeri hekimliği belgesi” başlıklı Ek-6’nın; “işyeri hekimleri ve eğiticiler için ihtar tablosu” başlıklı Ek-11’in işyeri hekimlerini ilgilendiren 1, 2, 3, 4, 5, 7 ve 8 numaralı kısımlarının hukuka ve hizmet gereklerine aykırı oldukları iddiasıyla; aynı Yönetmeliğin 9. maddesinin 4. fıkrasının; 16. maddesinin 1. fıkrasının ve 36. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin ise eksik düzenlenmiş olduğu iddiasıyla iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılmıştır.

İşyeri hekimliği, işçi ve işverenler ya da temsilcilerine yönelik olarak, öncelikle koruyucu ve önleyici sağlık hizmetini, herhangi bir kaza veya acil durum halinde ise ilk yardım ve acil müdahale hizmetlerini içeren bir uygulama olup; mevzuatımıza ilk olarak 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 180. maddesiyle girmiştir. Ardından, Mülga

506 sayılı Yasanın 114. maddesi ile İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü’nün 91. maddesinde de işyerlerinde görevlendirilecek hekimlere yönelik düzenlemelere yer verilmiş ve bu hükümlere dayalı olarak 4.7.1980 tarih ve 17037 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları ile Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik” yürürlüğe konulmuştur.

10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu’nun 81. maddesinde işyeri hekimliği uygulamasına yönelik olarak yeni düzenlemeler getirilmesi üzerine, anılan maddeye dayalı olarak 16.12.2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” kabul edilmiş; bu Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali istemiyle Türk Tabipleri Birliği tarafından Dairemizin E:2004/1253 sayılı esasına kayden açılan dava sonucunda, Dairemizin 28.2.2006 tarih ve K:2006/1658 sayılı kararıyla, özetle; dava konusu Yönetmeliğin ilgili maddelerinde, işyeri hekimliği eğitiminin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile bu Bakanlığa bağlı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezince (ÇASGEM) verilebileceğinin öngörüldüğü; ancak Yönetmeliğin dayanağı olan 4857 sayılı Yasanın 81. maddesinde adı geçen Bakanlığa ve ÇASGEM’e söz konusu eğitimi vermeleri hususunda bir yetki tanınmadığı gibi; her iki idarenin teşkilat yasalarında da bu noktada görev ve yetkileri bulunmadığı; ayrıca, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü uyarınca, işyeri hekimliğinin bir yanal uzmanlığı olduğu; dolayısıyla söz konusu eğitimin yalnızca üniversiteler ile eğitim ve araştırma hastanelerince verilebileceği; bu nedenle, anılan eğitimin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile bu Bakanlığa bağlı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezince (ÇASGEM) verilebileceğine yönelik olarak düzenleme getiren dava konusu yönetmelik hükümlerinde hukuka uyarlık bulunmadığı; öte yandan, 6023

sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun incelenmesinden; anılan eğitimi verme hususunda Türk Tabipleri Birliği veya tabip odalarının da herhangi bir görev ve yetkisi olmadığı, bu nedenle davacı Birliğin, işyeri hekimliği eğitimi verme konusunda kendilerinin yetkili olduğu yolundaki iddiasına itibar edilmediği gerekçeleriyle anılan Yönetmeliğin eğitim ve sertifika verilmesine ilişkin maddelerinin iptaline karar verilmiş; bu karar, idari Dava Daireleri Kurulu'nun 4.3.2010 tarih ve E:2006/2861, K:2010/430 sayılı kararıyla onanmıştır.

Dairemizin yukarıda aktarılan kararı üzerine, 26.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Yasayla; 4857 sayılı İş Kanunu, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve 7460 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Teşkilat Kanunu'nda değişiklikler yapılmış; Tıpta Uzmanlık Tüzüğü 31.12.2009 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış, 18.7.2009 tarihinde yürürlüğe giren Tıpta ve Dış Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinde ise işyeri hekimliği yan dal olmaktan çıkarılmıştır. Bu değişikliklere dayanılarak, işyeri hekimliği ile iş güvenliği uzmanlığına ilişkin düzenlemeler tek yönetmelikte birleştirilmek suretiyle, 15.8.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik" kabul edilmiş; söz konusu Yönetmeliğin işyeri hekimlerine yönelik bazı maddelerine karşı Türk Tabipleri Birliği tarafından Dairemizin E:2009/16602 ve E:2010/696 sayılı esaslarına kayden davalar açılmış; Dairemizce, E:2009/16602 sayılı dosyada, mevcut yasal düzenlemeler uyarınca, davalı Bakanlık ile ÇASGEM tarafından işyeri hekimliği eğitimi ve sertifikasının düzenlenebileceği; ancak Bakanlığın diğer eğitim kurumlarını akredite etme yetkisinin bulunmadığı gerekçeyle eğitim kurumlarının yetkilendirilmesine yönelik uygulama işleminin yürütülmesi

durdurulmuştur. Bunu takiben 4857 sayılı İş Kanunu ile 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda, 1.8.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6009 sayılı Yasayla değişiklikler yapılmıştır.

6009 sayılı Yasayla yapılan değişiklikler uyarınca; 4857 sayılı Yasanın 2. ve 81. maddeleri ile 3146 sayılı Yasanın 12. maddesinde, "işyeri hekimi", "ortak sağlık ve güvenlik birimi" ile "eğitim kurumu"nun tanımları yapılmış ve Bakanlığa, daha önceki yasal düzenlemelerle tanınan "işyeri hekimliği eğitimi bizzat verme" yetkisinin yanında, "işyeri hekimliği eğitimi vermek üzere eğitim kurumlarını akredite etme" yetkisi de tanınmıştır.

Dava konusu Yönetmelik, 6009 sayılı Yasayla değişik 4857 sayılı Yasanın 2. ve 81. maddeleri ile 3146 sayılı Yasanın 2. ve 12. maddelerine ve 1219 sayılı Yasanın 12. maddesine dayanılarak hazırlanmış olup; iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevli işyeri hekimlerinin nitelikleri, eğitimleri, belgelendirilmeleri, görev, yetki ve sorumlulukları ile işyeri hekimliği hizmeti verecek toplum sağlığı merkezlerinin yetkilendirilmesi ve çalışma usul ve esaslarını düzenlemektedir.

Yönetmeliğin 35. maddesinin (b) bendi yönünden;

3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 39. maddesinde, "Bakanlık, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezinin verimliliğini sağlamak üzere, Maliye Bakanlığının görüşünü alarak hazırlanacak bir yönetmelikle döner sermaye işletmeleri kurabilir. Döner sermaye kuruluşlarının her birinin kuruluş sermayesi üçyüz milyar Türk Lirasıdır. Döner sermaye işletmeleri kamu tüzel kişiliğini haizdir. Döner sermaye bütçeye bu amaçla konulacak ödeneklerle aynı yardımlar, döner sermaye faaliyetlerinden elde edilecek karlar, bağış ve yardımlardan oluşur." hükmüne yer ve-

rilmiş; anılan maddeye dayanılarak çıkarılan ve 31.3.2010 tarih, 27538 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği"nin 4. maddesinin (f) bendinde, iş sağlığı ve güvenliği alanında hizmet verecek gerçek ve tüzel kişiler ile kuruluşlara verilecek yetki belgelerini üretmek ve ücreti karşılığında vermek, anılan döner sermaye işletmesinin faaliyet alanları arasında sayılmış; 7. maddesinde de, 4. maddede belirtilen faaliyetlerden elde edilen gelirlerin döner sermaye işletmesi gelirlerinden olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin 35. maddesinin (b) bendinde ise, belge almak veya vize işlemlerini yaptırmak isteyen kişi ve kurumların Bakanlıkça belirlenen belge veya vize ücretini ödemeleri gerektiği öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere; 3146 sayılı Yasanın 39. maddesinde, belgelendirmelerden alınacak ücretlerin döner sermaye işletmesi gelirleri arasında bulunduğu dair bir kurala yer verilmemiş; öte yandan, dava konusu Yönetmeliğin dayanağı mevzuatta da, belgelendirmelerin ücret karşılığı yapılacağı yolunda herhangi bir hüküm yer almamıştır.

İş sağlığı ve güvenliği alanındaki belgelerin düzenlenmesinin, davalı Bakanlığın İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nün asli görevlerinden olduğu dikkate alındığında; söz konusu kamu hizmetinin ücret karşılığında yürütüleceğine dair açık bir yasa hükmü bulunmadıkça, ücret tahsil edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla; Yönetmeliğin belge ücreti tahsilini öngören 35. maddesinin (b) bendinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin Geçici 3. ve Geçici 4. maddelerine yönelik olarak;

Geçici 3. maddede, belge alma tarihine göre vize süresi dolmuş olan işyeri hekimlerinin belgelerinin bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren altı ay süreyle geçerli olduğu; bu sürenin sonunda yenileme eğiti-

mini tamamlamayanların yetki belgelerinin geçerliliğinin söz konusu eğitimi alınca kadar askıya alınacağı; Geçici 4. maddesinde ise, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında yetkilendirilmiş eğitim kurumlarınca düzenlenen eğitimleri tamamlayanların, bu Yönetmelik kapsamında yer alan eğitimleri tamamlamış sayılacakları ve düzenlenecek sınavlara katılmaya hak kazanacakları kurallarına yer verilmiştir.

16.12.2003 tarihli Yönetmeliğin 20. maddesiyle, işyeri hekimleri süresi net olarak belirtilmeyen aralıklarla yapılacak yenileme eğitimine tabi tutulmuş; 15.8.2009 tarihli Yönetmeliğin 51. maddesiyle, söz konusu yenileme eğitiminin aralığı 7 yılda bir olarak belirlenmiş; dava konusu Yönetmeliğin 30. maddesinde ise, yenileme eğitimi ve vize mecburiyetinin aralığı 5 yıla düşürülmüştür.

Dolayısıyla, dava konusu Geçici 3. maddede sözü geçen vizesi dolmuş işyeri hekimlerinin 16.12.2003 ile 15.8.2009 tarihleri arasındaki dönemde sertifikalandırılan hekimleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Oysa bu dönemde, yukarıda aktarılan Dairemiz kararı (E:2004/1253) doğrultusunda, ne Türk Tabipleri Birliği, ne de davalı Bakanlık ya da ÇASGEM tarafından düzenlenen işyeri hekimliği sertifika programlarının hukuki geçerliliği vardır. Bu dönemde yalnızca, üniversiteler ile eğitim ve araştırma hastanelerince işyeri hekimliği ya da iş ve meslek hastalıkları yan dal uzmanlık alanlarında verilen eğitimlerin geçerliliği söz konusudur.

Bu itibarla, dava konusu Yönetmeliğin Geçici 3. maddesinde; sertifika ve vizesinin geçerliliği korunan işyeri hekimleri belirlenirken, 16.12.2003 ile 15.8.2009 tarihleri arasındaki dönemde sertifikalandırılan işyeri hekimlerini kapsayacak şekilde düzenleme getirilmesi nedeniyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Geçici 4. maddeye gelince; yukarıda aktarılan mevzuat hükümleriyle Dairemiz ka-

rarlarının birlikte incelenmesinden görüleceği üzere; davalı Bakanlık ve ÇASGEM'in, yalnızca 15.8.2009 tarihinden itibaren düzenleyecekleri işyeri hekimliği eğitim programlarının ve bu eğitim sonucu verdikleri sertifikaların geçerli kabul edilebileceği; 15.8.2009 tarihli Yönetmeliğe istinaden Bakanlıkça yetkilendirilen eğitim kurumlarınca düzenlenen eğitimlerin (iş ve meslek hastalıkları yan dal uzmanlığına yönelik olarak üniversitelerce verilen eğitimler hariç) ise geçerli kabul edilmesine hukuken olanak bulunmadığı hususunda duraksama bulunmamaktadır.

Buna göre; İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 15.8.2009 tarihi itibarıyla, davalı Bakanlığın, eğitim kurumlarını işyeri hekimliği eğitimi vermeleri konusunda akredite etme yetkisi bulunmamasına karşın, dava konusu Yönetmeliğin Geçici 4. maddesinde, Bakanlıkça bu yetkinin varsayılması suretiyle verilen izne istinaden düzenlenen eğitimlere geçerlilik atfedilmesi nedeniyle hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer maddelerine yönelik olarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulü ile 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin 35. maddesinin (b) bendi ile Geçici 3. ve Geçici 4. maddelerinin YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA; adı geçen Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer kısımlarına yönelik yürütmenin durdurulması İSTEMİNİN REDDİNE, bu kararın tebliğini izleyen gün-

den itibaren yedi (7) gün içinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz edilebileceğinin taraflara duyurulmasına 3.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. DANIŞTAY ONUNCU DAİRE

Esas No: 2011/1074

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını isteyen: Türk Mühendis ve Mimmar Odaları Birliği Vekili: Av. N. Ç. Y.

Davalı: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı/ANKARA

Davanın özeti: 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ç) ve (f) bentlerinin; 5. maddesinin 2. fıkrasının; 11 maddesinin 3. fıkrasının; 13. maddesinin 3. fıkrasının; Geçici 1., Geçici 2. ve Geçici 3. maddelerinin iptali ve yürütülmelerinin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi : N. D. Ç.

Düşüncesi: 4857 sayılı Yasa ile 3146 sayılı Yasa hükümlerinin Dairemiz kararlarıyla birlikte incelenmesinden; Bakanlık ve ÇASGEM'in, yalnızca 15.8.2009 tarihinden itibaren düzenleyeceği iş güvenliği uzmanlığı eğitim programlarının ve bu eğitimler sonucu vereceği sertifikaların geçerli kabul edilebileceği; 15.8.2009 tarihli Yönetmeliğe istinaden Bakanlıkça yetkilendirilen eğitim kurumlarınca verilen eğitimlerin (üniversitelerce verilen eğitimler hariç) ise geçerli kabul edilmesine hukuken olanak bulunmadığı açıktır.

Bu itibarla, 15.8.2009 tarihinden önce ÇASGEM tarafından verilen iş güvenliği uzmanlığı sertifikalarını ek eğitimle geçerli kabul eden Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin 2. cümlesi ile 15.8.2009 tarihli; Yönetmeliğe dayalı olarak yetkilendirilen eğitim kurumlarınca verilen eğitimleri geçerli kabul eden Yönetmeliğin Geçici 3. maddesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, yürütmenin durdu-

rulması isteminin kısmen kabulü ile Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin 2. cümlesi ile Geçici 3. maddesinin yürütülmesinin durdurulması; Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer kısımlarına yönelik olarak ise istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: E. Ö.

Düşüncesi: Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince; davalı idarenin savunması alındıktan sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, savunmanın geldiği görülmekle yeniden incelendi, gereği görüldü:

Dava; 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ç) ve (f) bentlerinin; 5. maddesinin 2. fıkrasının; 11. maddesinin 3. fıkrasının; 13. maddesinin 3. fıkrasının; Geçici 1., Geçici 2. ve Geçici 3. maddelerinin iptali ve yürütülmelerinin durdurulması istemiyle açılmıştır.

İş güvenliği uzmanlığı risk değerlendirmesi yaparak işin organizasyonunda ve kişisel koruyucu donanımların seçiminde danışmanlık yapmak, çalışma ortamını izlemek ve işçi ile işverene eğitim vermek suretiyle iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemeye, kısaca iş güvenliğini sağlamaya yönelik bir hizmettir. İş güvenliği uygulaması “uzmanlık” kurumu ihdas edilmeden önce, mevzuatımıza ilk olarak 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 179. maddesiyle girmiş; ardından, Mülga 1475 sayılı Yasaya dayanılarak çıkarılan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü’nde işyerlerinde alınacak iş güvenliği önlemlerine yönelik detaylı düzenlemelere yer verilmiştir.

10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu’nun 78. ve 82. maddelerinde iş güvenliği uygulamasına ilişkin yeni düzenlemeler getirilmesi üzerine, anılan maddelere dayalı olarak, ilki 9.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği”; ikincisi 20.1.2004 tarih ve 25352 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” olmak üzere iki ayrı yönetmelik kabul edilmiştir. Bunlardan “İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği’nin iptali istemiyle Dairemizin E:2004/1942 sayılı esasına kayden açılan dava sonucunda Dairemizin 16.5.2006 tarih ve K:2006/3007 sayılı kararıyla; dava konusu Yönetmeliğin dayanağı olan 4857 sayılı Yasanın 78. maddesinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine yönelik olarak tüzük ve yönetmeliklerin çıkarılacağı yolundaki açık hükmü karşısında; iş sağlığı ve güvenliğine yönelik temel ilkelerin öncelikle bir tüzükle düzenlenmeksizin, doğrudan dava konusu yönetmelikle düzenlenmesinde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle Yönetmeliğin iptaline karar verilmiş; anılan karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 11.4.2008 tarih ve E:2006/2812. K.2008/1170 sayılı kararıyla onanarak kesinleşmiştir.

Yine, İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali istemiyle Dairemizin E:2004/6075 sayılı esasına kayden açılan davada, Dairemizin 28.3.2006 tarih ve K:2006/2159 sayılı kararıyla; Yönetmeliğin dayanağı olan 4857 sayılı Yasanın 82. maddesinde, “iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik eleman” kavramına yer verilmekle birlikte, “iş güvenliği uzmanı” kavramının kullanılmadığı; dava konusu Yönetmelikte ise, ‘mühendis ve teknik eleman’ın, “İş güvenliği uzmanı” adı altında birleştirilerek yeni bir unvan ihdas edildiği,

bu nedenle, dayanağı yasa hükmünün aşılması suretiyle getirilen “İş güvenliği uzmanı” kavramında hukuka uyarlık bulunmadığı; öte yandan, iş güvenliği uzmanlığı eğitiminin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile bu Bakanlığa bağlı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezince (ÇASGEM) verilebileceğinin öngörüldüğü; ancak Yönetmeliğin dayanağı olan 4857 sayılı Yasada adı geçen Bakanlığa ve ÇASGEM’e söz konusu eğitimi vermeleri hususunda bir yetki tanınmadığı gibi, her iki idarenin teşkilat yasalarında da bu noktada görev ve yetkileri bulunmadığı; dolayısıyla uzmanlık ünvanını kazandıracak söz konusu eğitimin yalnızca üniversiteler tarafından verilebileceği; bu nedenle anılan eğitimin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile bu Bakanlığa bağlı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezince (ÇASGEM) verilebileceğine yönelik olarak düzenleme getiren dava konusu yönetmelik hükümlerinin hukuka aykırı bulunduğu gerekçeleriyle anılan Yönetmeliğin iş güvenliği uzmanlığı eğitim ve sertifikaya ilişkin maddelerinin iptaline karar verilmiş; bu karar İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 7.10.2010 tarih ve E:2006/2680, K:2010/1378 sayılı kararıyla onanmıştır.

Dairemizin yukarıda aktarılan kararı üzerine 26.5.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Yasayla; 4857 sayılı İş Kanunu, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve 7460 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Teşkilat Kanunu’nda değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklere dayanılarak, işyeri hekimliği ile iş güvenliği uzmanlığına ilişkin düzenlemeler tek yönetmelikle birleştirilmek suretiyle, 15.8.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik” kabul edilmiş; söz konusu Yönetmeliğin iş güvenliği uzmanlığına yönelik düzenlemelerine karşı, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği ta-

rafından E: 2009/13770 ve E: 2010/2441 sayılı esaslarına kayden davalar açılmış; Dairemizce, mevcut yasal düzenlemeler uyarınca, yalnızca davalı Bakanlık, ÇASGEM ve üniversiteler tarafından iş güvenliği uzmanlığı eğitimi ve sertifikasının düzenlenebileceği; Bakanlığın diğer eğitim kurumlarını akredite etme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu Yönetmeliğin eğitim kuruluşlarının iş güvenliği uzmanlığı eğitimi konusunda yetkilendirilmesini öngören maddeleri ile Bakanlıkça 15.8.2009 tarihinden önce verilen iş güvenliği uzmanlığı sertifikalarını geçerli kabul eden Geçici 1. maddesinin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Bunu takiben 4857 sayılı İş Kanunu ile 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda, 1.8.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6009 sayılı Yasayla değişiklikler yapılmıştır.

6009 sayılı Yasayla yapılan değişiklikler uyarınca; 4857 sayılı Yasanın 2. ve 81. maddeleri ile 3146 sayılı Yasanın 12. maddesinde, “iş güvenliği uzmanı”, “ortak sağlık ve güvenlik birimi” ile “eğitim kurumu”nun tanımları yapılmış ve Bakanlığa, daha önceki yasal düzenlemelerle tanınan “iş güvenliği uzmanlığı eğitimi bizzat verme” yetkisinin yanında, “iş güvenliği uzmanlığı eğitimi vermek üzere eğitim kurumlarını akredite etme” yetkisi de tanınmıştır.

Dava konusu Yönetmelik, 6009 sayılı Yasayla değişik 4857 sayılı Yasanın 2. ve 81. maddeleri ile 3146 sayılı Yasanın 2. ve 12. maddelerine dayanılarak hazırlanmış olup; İş Kanunu kapsamında yer alan ve devamlı olarak en az elli işçi çalıştırılan işyerlerine yönelik olarak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere kurulacak işyeri sağlık ve güvenlik birimlerinin kuruluşu ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin belgelendirilmeleri, yetki belgelerinin iptali, görev, yetki ve sorumluluklarına dair usul ve esasları düzenlemektedir. Söz konusu Yönetmeliğin 22. maddesiyle de, 15.8.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmi Gazete’de yayım-

lanan “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Hakkında Yönetmelik” yürürlükten kaldırılmıştır.

Yönetmeliğin Geçici 1. maddesi ile Geçici 3. maddesine yönelik olarak;

Geçici 1. maddesinin 1. cümlesinde 15.8.2009 tarihinden sonra Bakanlıkça verilen iş güvenliği uzmanlığı belgeleri ile iş güvenliği uzmanlığı eğitici belgelerinin geçerli olduğu; 2. cümlesinde ise, 15.8.2009 tarihinden önce ÇASGEM tarafından verilen eğitim sonrasında iş güvenliği uzmanlığı sertifikası alanlardan, Bakanlıkça belirlenecek ilave yüz saatlik iş güvenliği uzmanlığı eğitimi tamamlayarak yapılacak sınavda başarılı olanlara mevcut düzenlemeler esas alınarak iş güvenliği uzmanlığı belgesi verileceği; Geçici 3. maddesinde de, işyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında yetkilendirilmiş eğitim kurumlarınınca düzenlenen eğitimleri tamamlayanların bu Yönetmelik kapsamında yer alan eğitimleri tamamlamış sayılacakları ve düzenlenecek sınavlara katılmaya hak kazanacakları kurallarına yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleriyle Dairemiz kararlarının birlikte incelenmesinden görüleceği üzere, 15.8.2009 tarihinden önce yalnızca üniversiteler tarafından verilen iş güvenliği uzmanlığı eğitimlerinin geçerli olduğu; Bakanlık ve ÇASGEM’in ise, sadece 15.8.2009 tarihinden itibaren düzenleyecekleri eğitim sonucu verdikleri iş güvenliği uzmanlığı sertifikalarının geçerli kabul edilebileceği; 15.8.2009 tarihli Yönetmeliğe istinaden Bakanlıkça yetkilendirilen eğitim kurumlarınca verilen eğitimlerin (üniversitelerce verilen eğitimler hariç) geçerli kabul edilmesine de hukuken olanak bulunmadığı hususunda duraksama bulunmamaktadır.

Buna göre, dava konusu Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin 2. cümlesindeki düzenlemenin aksine; ÇASGEM tarafından, 15.8.2009 tarihinden önce verilen iş güvenliği uzmanlığı belgelerinin -ek eğitim ve sınav

sonucu da olsa- geçerli kabul edilmesi, yukarıda özetlenen E:2004/6075 ve E:2010/2441 sayılı Dairemiz kararları uyarınca mümkün değildir. Zira, davalı Bakanlık ve ÇASGEM tarafından 15.8.2009 tarihinden önce düzenlenen iş güvenliği uzmanlığı sertifika programları, yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle iptal hükmüne bağlanan 20.1.2004 tarihli Yönetmelik maddelerine dayanılarak düzenlenen eğitim programları olup, bu eğitimler sonucu verilen sertifikaların, dava konusu Yönetmelikle, yargı kararını aşar nitelikte (15.8.2009 tarihinden önce düzenlenen sertifikaları da kapsayacak şekilde) geçerli kılınması hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

Yönetmeliğin dava konusu Geçici 3. maddesi ise, İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 15.8.2009 tarihi itibarıyla, davalı Bakanlığın, eğitim kurumlarını iş güvenliği uzmanlığı eğitimi vermeleri konusunda akredite etme yetkisi bulunmamasına karşın, Bakanlıkça verilen bu yetki çerçevesinde düzenlenen eğitimlere geçerlilik atfetmesi nedeniyle hukuka uygun bulunmamaktadır.

Bu itibarla, dava konusu Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin 2. cümlesi ile Geçici 3. maddesi “iş güvenliği uzmanlığı yönünden” hukuka aykırı bulunmaktadır.

Diğer taraftan, Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer maddelerine yönelik olarak. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleştiği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin kısmen kabulü ile 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin Geçici 1. maddesinin 2. cümlesi ile Geçici 3. maddesinin iş güvenliği uzmanlığı yönün-

den YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA; adı geçen Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer kısımlarına yönelik İSTEMİN REDDİNE, bu kararın tebliğini izleyen gün-

den itibaren yedi (7) gün içinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz edilebileceğinin taraflara duyurulmasına 13.6.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

1. Kararların Konusu:

- Danıştay 10. Dairesi'nin 3.6.2011 tarih ve 2010/16631 E. sayılı kararına konu olayda; 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı R.G.'de yayımlanan İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 1. fıkrasının (ç), (g) ve (h) bentlerinin; 7. maddesinin, 13. maddesinin, 14. maddesinin, 17. maddesinin 2. fıkrasının 2, 3, 4 ve 5. cümlelerinin; 18. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendindeki "10 saat", (b) bendindeki "15 saat" ve (c) bendindeki "20 saat" ibarelerinin; 25. maddesinin 1, 2, 3 ve 4. fıkralarının; 30. maddesinin 2. fıkrasının; 33. maddesinin 1. fıkrasının; 35. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin; 36. maddesinin 1. fıkrasının; 37. maddesinin; 38. maddesinin; Geçici 2. maddesinin; Geçici 3. maddesinin; Geçici 4. maddesinin; "İşyeri Hekimliği Hizmeti Yetki Belgesi" başlıklı Ek-2'nin; "İşyeri Hekimliği Çalışma Sözleşmesi" başlıklı Ek-4'ün; "İşyeri Hekimliği Belgesi" başlıklı Ek-6'nın; "İşyeri Hekimleri ve Eğiticiler İçin İhtar Tablosu" başlıklı Ek-11'in işyeri hekimlerini ilgilendiren 1, 2, 3, 4, 5, 7 ve 8 numaralı kısımlarının hukuka ve hizmet gereklerine aykırı oldukları iddiasıyla, aynı Yönetmeliğin 9. maddesinin 4. fıkrasının; 16. maddesinin 1. fıkrasının ve 36. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin eksik düzenlenmiş olduğu iddiasıyla iptali ve yürütmelerinin durdurulması istenmektedir.

- Danıştay 10. Dairesi'nin 3.6.2011 tarih ve 2010/16633 E. sayılı kararına konu olayda; 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı R.G.'de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinin; 5. maddesinin 1. fıkrasında ve 8. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "gereğin-

de" ibarelerinin; 5. maddesinin 2. fıkrasının; 11. maddesinin 3. fıkrasının; 13. maddesinin 3. fıkrasının 3, 4 ve 5. cümlelerinin; Geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan "16.12.2003" ve "Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri" ibarelerinin; Geçici 2. maddesinin; Geçici 3. maddesinin; "İşyeri Hekimliği Çalışma Sözleşmesi" başlıklı Ek-3'ün hukuka ve hizmet gereklerine aykırı oldukları iddiasıyla, aynı Yönetmeliğin 4. maddesinin, 9. maddesinin, 10. maddesinin, 11. maddesinin ve 13. maddesinin ise eksik düzenlenmiş olduğu iddiasıyla iptali ve yürütmelerinin durdurulması istenmektedir.

- Danıştay 10. Dairesi'nin 13.6.2011 tarih ve 2011/1074 E. sayılı kararına konu olayda; 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı R.G.'de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ç) ve (f) bentlerinin; 5. maddesinin 2. fıkrasının; 11. maddesinin 3. fıkrasının; 13. maddesinin 3. fıkrasının; Geçici 1. maddesinin, Geçici 2. maddesinin ve Geçici 3. maddesinin iptali ve yürütmelerinin durdurulması istenmektedir.

II. Hukuki Görüşler:

- Danıştay 10. Dairesi'nin 3.6.2011 tarih ve 2010/16631 E. sayılı kararında Danıştay Tetkik Hakimi karara konu yönetmeliğin geçici 3 ve geçici 4. maddelerinin hukuka aykırı olduğu ve bu maddelerin yürütmesinin durdurulması gerektiği, diğer maddeler yönünden ise istemin reddi gerektiği görüşünü beyan etmektedir. Danıştay Savcısı ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleşmediğinden yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği şeklinde görüş bildirmiştir.

- Danıştay 10. Dairesi'nin 3.6.2011 tarih ve 2010/16633 E. sayılı kararında Danıştay Tetkik Hakimi karara konu yönetmeliğin geçici 1. maddesinde yer alan "Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri" ibaresi ile geçici 3. maddesinin hukuka aykırı olduğu ve bu hükümlerin yürütmesinin durdurulması gerektiği, diğer maddeler yönünden ise istemin reddi gerektiği görüşünü beyan etmektedir. Danıştay Savcısı ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleşmediğinden yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği şeklinde görüş bildirmiştir.

- Danıştay 10. Dairesi'nin 13.6.2011 tarih ve 2011/1074 E. sayılı kararında Danıştay Tetkik Hakimi karara konu yönetmeliğin geçici 1. maddesinin 2. cümlesi ile geçici 3. maddesinin hukuka aykırı olduğu ve bu hükümlerin yürütmesinin durdurulması gerektiği, diğer maddeler yönünden ise istemin reddi gerektiği görüşünü beyan etmektedir. Danıştay Savcısı ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleşmediğinden yürütmenin durdurulması talebinin reddi gerektiği şeklinde görüş bildirmiştir.

III. Yargı Kararları:

- Danıştay 10. Dairesi'nin 3.6.2011 tarih ve 2010/16631 E. sayılı kararı ile karara konu yönetmeliğin 35. maddesinin (b) bendi, geçici 3 ve geçici 4. maddelerinin yürütmeleri durdurulmuş, diğer hükümlere yönelik istem ise reddedilmiştir.

- Danıştay 10. Dairesi'nin 3.6.2011 tarih ve 2010/16633 E. sayılı kararı ile karara konu yönetmeliğin geçici 1. maddesinde yer alan "Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri" ibaresi ile geçici 3. maddesinin yürütmeleri durdurulmuş, diğer hükümlere yönelik istem ise reddedilmiştir.

- Danıştay 10. Dairesi'nin 13.6.2011 tarih ve 2011/1074 E. sayılı kararı ile karara konu yönetmeliğin geçici 1. maddesinin 2. cümlesi ile geçici 3. maddesinin iş güvenliği uzmanlığı yönünden yürütmeleri durdurulmuş, diğer hükümlere yönelik istem ise reddedilmiştir.

IV. Kararların Değerlendirilmesi:

A. Genel Olarak

Yukarıda özetlenen kararların üçünde de ağırlıklı olarak karara konu yönetmeliklerin geçici maddelerinin yürütmesi durdurulmuştur. Ayrıca verilen kararlar yalnızca "yürütmenin durdurulması" niteliğinde olduğundan yani görülmekte olan davaların esası hakkındaki kararlar niteliğinde olmamasından ötürü bu çalışmada yalnızca hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilen hükümler incelenecek olup, diğer hükümlere değinilmeyecektir.

Ancak incelemeye başlamadan önce belirtmelidir ki, 4857 sayılı İş Yasası'nda iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda önemli düzenlemelerin ele alındığı, bu alanda 1475 sayılı İş Yasası da dahil olmak üzere yürürlükten kaldırılan iş yasalarına göre ileri hükümlere yer verilerek, belirli kurum ve kavramların yasaya taşındığı görülür. Gerçekten de bu bağlamda bu yasa ve koştundaki düzenlemelerle üyesi olduğumuz Avrupa Topluluğu hukuku müktesebatı bakımından bazı adımlar atılmıştır. Bununla birlikte iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerek Yasanın gerekse Yasanın yürürlüğü sonrasında kabul edilen bu alandaki yönetmeliklerin hâlâ kimi sorulara tam yanıt vermediği görülmektedir. 4857 sayılı İş Yasası'nda 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle Yasanın işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği organizasyonuna ilişkin düzenlemelerinde de farklılıklar öngörülmüştür.

İş sağlığı ve iş güvenliği işyeri örgütlenmesi ile ilgili olarak gerek 4857 sayılı Yasanın gerekse değişik 5763 sayılı Yasanın yürürlüğünden sonra kabul edilen yönetmeliklerinde hâlâ kimi sorunlara çözüm getiremediğini de söyleyebiliriz. Uygulama göstermiştir ki bu konuda 2004 yılı sonrasında çeşitli kez yönetmelikler yürürlüğe sokulmuş, bunlarda çeşitli kez değişiklikler yapılmış, bazılarını da Danıştay açılan dava sonucu iptal etmiştir. Örneğin 9.12.2003 tarihli 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği", 16.5.2006 tarih 2004/942 E. ve 2006/3007 K. sayılı kararı ile Danıştay'ca iptal edilmiştir.

İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik, 16.12.2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ancak Danıştay 10. Dairesi’nin 2005/6257 sayılı kararı ile yönetmeliğin 4. maddesinde yer alan “İşyeri hemşiresi/sağlık memuru” tanımı ile 27, 28 ve 29. maddelerinin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiş olup, Danıştay 10. Dairesi’nin 2004/1253 E. ve 2006/1658 K. sayılı kararı ile de 4. maddesinde yer alan “işyeri hekimi” tanımı ile 18, 19, 20 ve 25. maddelerinin iptaline karar verilmiştir. Yine aynı alanda “İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik” 20.1.2004 tarih ve 25352 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ancak bu yönetmelik 4.5.2005 tarih ve 25713 sayılı Resmi Gazete’de değişikliğe uğratılmıştır. Bu kez aynı yönetmeliğin 4.

Mühendis Odaları Birliğinin görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”. Bu bağlamda da İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği, 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik ile 15.8.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik, yürürlükten kaldırılmıştır. İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik ise 16.12.2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile 20.1.2004 tarih ve 25352 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul

4857 sayılı Yasa sonrasında iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı bir türlü tam anlamıyla uygulamaya konulamamış ve geçen sürede sürekliliği değişiklikler ve iptal kararları ile hukuksal bir karmaşa yaşanmıştır.

maddesindeki “iş güvenliği uzmanı” tanımı ve 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 ve 16. maddeleri Danıştay 10. Dairesi’nin 28.3.2006 tarih ve 2004/6075 E., 2006/2159 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.¹ 4857 sayılı Yasanın 5763 sayılı Yasa ile değişik 81. maddesinin 3. fıkrasına göre; “işyeri sağlık ve güvenlik biriminde görevlendirilecek işyeri hekimleri, iş güvenliği uzmanları ve işverence görevlendirilecek diğer personelin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma şartları, eğitimleri ve belgelendirilmeleri, görevlerini nasıl yürütecekleri, işyerinde kurulacak sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin nitelikleri, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınmasına ilişkin hususlar ile bu birimlerde bulunması gereken personel, araç, gereç ve teçhizat, görevlendirilecek personelin eğitim ve nitelikleri Sağlık Bakanlığı, Türk Tabipler Birliği ve Türk Mimar

ve Esasları Hakkında Yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır. İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik 27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik 7.4.2004 tarih ve 25426 sayılı Resmi Gazete’de, İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelik 5.3.2004 tarih ve 25393 sayılı Resmi Gazete’de, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 7.4.2004 tarih ve 25426 sayılı Resmi Gazete’de, Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik 15.5.2004 tarih ve 25463 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Sonuçta bu bilgiler çerçevesinde belirtilmelidir ki, 4857 sayılı İş Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili işyeri örgütlenmesine ilişkin birçok yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliklerden bazıları yargı kararları ile iptal edilmiş, bazıları ise yeni yönetmeliklerin hazırlanması neticesinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durum ise yasanın yürürlüğe girmesinden sonra iş sağlığı ve güvenliği alanında sağlıklı ve tutarlı bir uygulamanın ortaya çıkmasını üzümlere belirtmeliyiz ki, imkânsız hale getirmiştir.

Bu gelişmeler göstermektedir ki, 4857 sayılı Yasa sonrasında iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı bir türlü tam anlamıyla uygulamaya konulamamış ve geçen sürede sürekli değişiklikler ve iptal kararları ile hukuksal bir karmaşa yaşanmıştır. Bunun bir an önce çözüme kavuşturulabilmesi için iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel bir yasa çıkarılmalıdır. Nitekim Almanya, Avusturya ve Yunanistan örneğinde olduğu gibi Avrupa'nın birçok ülkesi iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel yasalar çıkarmışlardır.² Bu bağlamda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın da tüm sosyal tarafların görüş ve katkıları alınarak, bir an önce yasalaşması sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır.³ Ayrıca yasalaştırma çalışmalarında sosyal tarafları temsilen bir bilim komisyonu kurulması da uzlaşmayı sağlama bakımından yarar sağlayacaktır.

B. Yürütmesi Durdurulan Hükümlerin İncelenmesi

a. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği Yönünden

27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı R.G.'de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesinde yer alan "Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgeleri" ibaresi ile geçici 3. maddesinin yürütmesi Danıştay 10. Dairesi'nin 3.6.2011 tarih ve 2010/16633 E. sayılı kararı ile durdurulmuştur. Bu kararda; yönetmeliğin geçici 1. maddesinde Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgelerinin tamamının tarih sınırlaması bulunmaksızın geçerli kabul edilmesinin Danıştay 10. Dairesi'nce

28.2.2006 tarihinde verilen 2004/1253 E., 2006/1658 K. sayılı kararı karşısında mümkün olmadığı, zira Bakanlıkça 16.12.2003-15.8.2009 tarihleri arasında düzenlenen işyeri hekimliği sertifika programlarının yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle iptal hükmüne bağlanan 16.12.2003 tarihli yönetmelik maddelerine dayanılarak düzenlenen eğitim programları olduğu, bu eğitimler sonucu verilen sertifikaların dava konusu yönetmelikle yargı kararını aşar nitelikte (16.12.2003-15.8.2009 tarihleri arasında düzenlenen sertifikaları da kapsar şekilde) geçerli kılınmasının hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığı belirtilmektedir. Ayrıca kararda yönetmeliğin dava konusu geçici 3. maddesi ile ilgili de şu değerlendirme yapılmaktadır: İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik'in yürürlüğe girdiği 15.8.2009 tarihi itibarıyla, Bakanlığın eğitim kurumlarını işyeri hekimliği eğitimi vermeleri konusunda akredite etme yetkisi bulunmamasına rağmen, Bakanlıkça verilen bu yetki çerçevesinde düzenlenen eğitimlere geçerlilik atfedilmesinin hukuka uygun görülmediği belirtilmektedir.

Aynı yönetmeliğin geçici 1. maddesinin 2. cümlesinin (iş güvenliği uzmanlığı yönünden) ve geçici 3. maddesinin yürütmesi de Danıştay 10. Dairesi'nin 13.6.2011 tarih ve 2011/1074 E. sayılı kararı ile durdurulmuştur. Bu kararda; yönetmeliğin geçici 1. maddesinin 2. cümlesinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Başkanlığı'nca 15.8.2009 tarihinden önce verilen iş güvenliği uzmanlığı belgelerinin (ek eğitim ve sınav sonucu da olsa) geçerli kabul edilmesinin Danıştay 10. Dairesi'nin 28.3.2006 tarih ve 2004/6075 E., 2006/2159 K. sayılı kararı ile aynı dairenin 2010/2441 E. sayılı davada verdiği yürütmeyi durdurma kararı uyarınca mümkün olmadığı; zira Bakanlık ve ÇASGEM tarafından 15.8.2009 tarihinden önce düzenlenen iş güvenliği uzmanlığı sertifika programlarının yasal dayanaktan yoksun olmasından ötürü iptal edilen 20.1.2004 tarihli yönetmelik hükümlerine dayanılarak verilen eğitimler olduğu, bu eğitimler sonucu verilen sertifikaların da dava konusu yönetmelikle yargı kararını aşar nitelikte (15.8.2009 tarihinden

Normun iptaline yönelik olarak açılan davada yargı organınca yürütmeyi durdurma kararı verilmiş ise, normun yürürlüğe girdiği tarih ile yürütmeyi durdurma kararının verildiği tarihe kadar geçen sürede yapılan işlemler geçerliliğini koruyacaktır. Danıştay'ca verilen kararlarda bu husus göz ardı edilmiştir.

önce düzenlenen sertifikaları da kapsar şekilde) geçerli kılınmasının hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığı belirtilmektedir. Ayrıca kararda yönetmeliğin dava konusu geçici 3. maddesi ile ilgili de şu değerlendirme yapılmaktadır: İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri İle Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik'in yürürlüğe girdiği 15.8.2009 tarihi itibarıyla, Bakanlığın eğitim kurumlarını işyeri hekimliği eğitimi vermeleri konusunda akredite etme yetkisi bulunmamasına rağmen, Bakanlıkça verilen bu yetki çerçevesinde düzenlenen eğitimlere geçerlilik atfedilmesinin hukuka uygun görülmediği belirtilmektedir.

b. İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik Yönünden

27.11.2010 tarih ve 27768 sayılı R.G.'de yayımlanan İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'in 35. maddesinin (b) bendi ile geçici 3 ve 4. maddelerinin yürütmesi, Danıştay 10. Dairesi'nin 3.6.2011 tarih ve 2010/16631 E. sayılı kararı ile durdurulmuştur. Bu kararda; iş sağlığı ve güvenliği alanındaki belgelerin düzenlenmesinin Bakanlığın İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nün asli görevlerinden olduğu dikkate alındığında söz konusu kamu hizmetinin ücret karşılığında yürütüleceğine dair açık bir yasa hükmü bulunmadıkça ücret tahsil edilemeyeceğinin kabulü gerektiği belirtilmekte-

dir. Ayrıca kararda geçici 3. madde yönünden şu tespitler yapılmaktadır: Geçici 3. maddede sözü geçen vizesi dolmuş işyeri hekimlerinin 16.12.2003-15.8.2009 tarihleri arasındaki dönemde sertifikalandırılan hekimleri kapsadığı anlaşılmakta olup, bu dönemde Danıştay 10. Dairesinin 28.2.2006 tarih ve 2004/1253 E., 2006/1658 K. sayılı kararı doğrultusunda ne Türk Tabipler Birliği, ne de Bakanlık veya ÇASGEM tarafından düzenlenen işyeri hekimliği sertifika programlarının hukuki geçerliliğinin bulunduğu, bu çerçevede geçici 3. maddede sertifika ve vizesinin geçerliliği korunan işyeri hekimleri belirlenirken 16.12.2003-15.8.2009 tarihleri arasında sertifikalandırılan işyeri hekimlerini de kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılmasının hukuka uygun görülmediği belirtilmektedir. Geçici 4. madde yönünden ise şu değerlendirme yapılmaktadır: İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 15.8.2009 tarihi itibarıyla Bakanlığın eğitim kurumlarını işyeri hekimliği eğitimi vermeleri konusunda akredite etme yetkisi bulunmamasına karşın dava konusu yönetmeliğin geçici 4. maddesinde Bakanlıkça bu yetkinin varsayılması suretiyle verilen izne istinaden düzenlenen eğitimlere geçerlilik atfedilmesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir.

c. Değerlendirmemiz

Yukarıda belirtilen kararlar bir bütün olarak incelendiğinde yürütmeyi durdurma kararlarının ağırlıklı olarak yönetmeliklerin geçici maddeleri ile ilgili olduğu ve geçici maddelerin yürütmesinin durdurulmasındaki temel gerekçenin de daha önce verilmiş olan yargı kararlarını aşar ve yargı kararlarını bir anlamda etkisiz hale getiren nitelikte hükümler olmasıdır. Bu anlamda elbette ki getirilen geçici hükümlerin yargı kararlarını aşar nitelikte olması bu hükümleri hukuka aykırı hale getirecek ve yargılama sonucunda iptali söz konusu olacaktır. Ancak burada asıl olarak değinilmesi gereken ve verilen kararlarda göz ardı edilen bir husus bulunmaktadır. Şöyle ki; usulüne uygun olarak yayımlanarak yürürlüğe giren bir yönetmelikte öngörülen hükümler daha sonra bir yargı ka-

rarı ile iptal edildiğinde yargı organınca verilen karar geriye etkili kılınmamaktadır. Aksi takdirde hukuki güvenlik zedelenmiş olur. Bu çerçevede usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş bir hukuk normu daha sonra bir yargı kararı ile iptal edilse bile, normun yürürlüğe girdiği tarih ile iptal kararının verildiği tarih arasında geçen sürede yapılan işlemler iptal kararından etkilenmemektedir. Bu husus hukukun en temel ilkelerinden biridir. Şüphesiz ki normun iptaline yönelik olarak açılan davada yargı organınca yürütmeyi durdurma kararı verilmiş ise, normun yürürlüğe girdiği tarih ile yürütmeyi durdurma kararının verildiği tarihe kadar geçen sürede yapılan işlemler geçerliliğini koruyacaktır. Danıştay'ca verilen kararlarda bu husus göz ardı edilmiştir. Örneğin, Danıştay 10. Dairesi'nin 3.6.2011 tarih ve 2010/16633 E. sayılı kararının gerekçesinde yönetmeliğin geçici 1. maddesinde Bakanlıkça verilen işyeri hekimliği belgelerinin tamamının tarih sınırılması bulunmaksızın geçerli kabul edilmesinin Danıştay 10. Dairesi'nce 28.2.2006 tarihinde verilen 2004/1253 E., 2006/1658 K. sayılı kararı karşısında mümkün olmadığı, zira Bakanlıkça 16.12.2003-15.8.2009 tarihleri arasında düzenlenen işyeri hekimliği sertifika programlarının yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle iptal hükmüne bağlanan 16.12.2003 tarihli yönetmelik maddelerine dayanılarak düzenlenen eğitim programları olduğu, bu eğitimler sonucu verilen sertifikaların dava konusu yönetmelikle yargı kararını aşar nitelikte (16.12.2003-15.8.2009 tarihleri arasında düzenlenen sertifikaları da kapsar şekilde) geçerli kılınmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilmektedir. Oysa kararın gerekçesinde belirtilen Danıştay 10. Dairesi'nce 28.2.2006 tarihinde verilen 2004/1253 E., 2006/1658 K. sayılı kararı ile iptal edilen 16.12.2003 tarihli yönetmelik maddeleri, iptal kararının verildiği tarihe kadar geçerliliklerini korumaktadır. Bu nedenle Danıştay kararı ile iptal edilen yönetmelik hükümlerine göre, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 16.12.2003 tarihinden iptal kararının verildiği 28.2.2006 tarihine kadar geçen sürede yapılan işlemlerin geçerliliğini koruması hukuki güvenliğin gereğidir. Şüphesiz ki yukarıda

da belirtildiği gibi, iptal davasında yürütmeyi durdurma kararı da verilmiş ise yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarih olan 16.12.2003 tarihi ile yürütmeyi durdurma kararının verildiği tarih arasında gerçekleşen işlemlerin geçerliliği devam edecektir. Danıştay kararlarında bu esas gözden kaçırılmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Krş. DEMİRCİOĞLU, A. Murat, "İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in Bazı Maddelerinin İptaline İlişkin Danıştay 10. Dairesi'nin 2004/6075 E., 2006/2159 K. sayılı kararının Değerlendirilmesi, Yargı Kararları İncelemeleri Dergisi, Legal Yayınevi, 2006/2, İstanbul, s. 206-232.
- 2 DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, 1. Bası-İstanbul 2006, s. 37 vd.
- 3 Nitekim ülkemizde de iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel bir yasa çıkarılmasının daha uygun olacağı görüşü öğretilde hep savunulmuştur. Bkz. DEMİRCİOĞLU, A. Murat, İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın İncelenmesi, Sicil-Mart 2007, s. 10 ve dn. 14'te belirtilen eserler. Aksi yöndeki iş sağlığı ve güvenliği alanında tüm işyerlerini kapsamına alan bir yasanın sakıncalar yaratacağı görüşü için bkz. EKMEKÇİ, Ömer, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Sicil-Mart 2007, s. 20-21.

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KABAKCI

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Geçerli Nedene/Sendika ile Yapılan Protokole Dayanan Ücretsiz İzin Uygulamasının İşçi Tarafından Reddi

T.C. KÜTAHYA İŞ MAHKEMESİ

Esas No : 2009/781
Karar No : 2009/515
Tarihi : 04.12.2009

DAVA

Mahkememizde görülmekte bulunan tazminat davasının yapılan açık yargılaması sonunda:

Gereği Düşünüldü

Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkette çalışmakta iken ücretsiz izne çıkarıldığını, ücretsiz izni kabul etmeyen müvekkilinin kendisine kıdem tazminatı ödenmek suretiyle 15.12.2008 tarihinde iş akdinin feshedildiğini, müvekkiline bir kısım hak ve alacaklarının da ödenmeyerek mağdur edildiğini beyanla, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 100 TL ihbar tazminatı alacağından, dava tarihinden itibaren başlamak üzere yasal faizi

ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı fabrika vekili, davacının iddialarının yerinde olmadığını, davacının iş akdini kendisinin el yazısı ile yazmış olduğu dilekçesi ile feshetmesi üzerine, kendisine kıdem tazminatının ödendiğini, davacının iş akdini kendisinin feshetmesi nedeniyle ihbar tazminatı alacağını bulunmadığını beyanla davanın reddini ileri sürmüştür.

Konu ile ilgili olarak davacıya ait SGK sicil dosyası, davacının çalışmasına ve iş akdinin feshine ilişkin bilgi ve belgeler, TİS örneği, Bölge Çalışma Müdürlüğü müfettiş raporu temin edilerek bu dosya arasına alınmıştır.

Toplanan bilgi ve belgelere göre, davacı, davalı şirkete ait işyerinde 03.12.2002 tarihinde çalışmaya başlamış ve bu çalışması 15.12.2008 tarihinde sona ermiştir.

Mahkememizce celp edilen tüm belgele-

rin ve taraf vekillerinin beyanlarının bir arada değerlendirilmesi sonunda, davalı fabrikada sürüm ve satış olanaklarının azalması, son aylarda dünya global ticaretindeki aşırı daralma, bazı bölümlerdeki stok fazlalığı ve dünyadaki ekonomik krize bağlı olarak, işyerinde faaliyette bulunan sendika yetkilileri ile görüşülmek suretiyle stok fazlalığı bulunan birimlerde ücretsiz izin uygulamasına gidildiği, sendika temsilcileri ile işveren vekilleri arasında imzalanan 25.02.2009 tarihli Protokol doğrultusunda, karşılıklı görüşmeler sonucu, TİS.in 35. maddesine göre 195 işçinin ücretsiz izne çıkarılmasına karar verildiği ve TİS.in 35. maddesi hükümlerine göre ücretsiz izin süresinin 10.03.2009 tarihi ile 08.06.2009 tarihleri arasında 3 ay olarak belirlendiği, işyerinde bir kısım işçinin dayanışma aidatı ödemek suretiyle, bir kısım işçinin ise, sendikaya üye olması sebebiyle TİS.den yararlandığı, mahkememize seri olarak dava açan bir kısım işçilerin 25.02.2009 tarihli Protokolü takiben kendilerine yapılan ücretsiz izin tebligatını almalarından hemen sonra, işverence teklif edilen ücretsiz izin uygulamasını kabul etmediği, bu konuda imzalı beyanda buldukları ve beyanı takiben yine kendi el yazıları ile yazdıkları istifa dilekçesi ile işten ayrıldıkları, kendilerine kıdem tazminatının ödenmesini istedikleri, işverence davacı işçilere kıdem tazminatı ödemesinin yapıldığı, ödemenin hesap pusulasına bağlandığı, işçilerden ibraname alındığı, işçilerin imzaladıkları ibranamede ihbar tazminatı haklarını saklı tuttıkları görülmüştür.

Ücretsiz izin uygulaması İş Kanununda yer alan bir uygulama değildir. Pratikte işyerlerinin ekonomik krize bağlı olarak gündeme getirdiği bir uygulamadır. Ancak tarafların anlaşması ve işçinin buna rıza göstermesi ile işyerinde ücretsiz izin uygulaması yapılabilir. İşçinin iş koşullarındaki ağırlaşmayı ya da ücretsiz izin uygulamasını reddetme hakkı vardır. Bu durumda iş akdi işçi

tarafından haklı sebeple feshedilmiş sayılır. Ve bu hal, işçiye kıdem tazminatı ödenmesini gerektirir. Ancak haklı sebeple iş akdini kendisi fesheden işçi, ihbar tazminatına hak kazanamaz. İş Hukukundaki temel kural budur.

Diğer yandan ücretsiz izin uygulamasında 6 aya kadar olan süreler, uygulamada ve Yargıtay içtihatlarında makul süre olarak kabul edilmektedir. Bu süreyi aşan ücretsiz izin uygulamalarında işçi rıza göstermiş olsa dahi, iş akdinin işverence art niyetli olarak feshedilip edilmemesi hususu tartışılmalıdır.

Dava konusu olayda işveren ekonomik krizi, stok fazlalığını ve pazar daralmasını gerekçe göstererek işyerinde faaliyet gösteren sendika yetkilileri ile de görüşmek suretiyle protokol imzalamak suretiyle, stok fazlalığı olan bölümlerde 195 işçiye ücretsiz izin vermeyi kararlaştırmış ve ücretsiz izin süresini, TİS.in 35. maddesine göre 3 ay olarak belirlemiştir. Nitekim dosyaya sunulan TİS incelenmesinden, ücretsiz izin konusunun düzenlendiği ve sürenin en fazla 3 ay olabileceği görülmüştür. Bu hali ile işverenin art niyetli olduğundan söz edilemez.

Davacı işçi ücretsiz izin süresinin sonunu beklemeden ücretsiz izni kabul etmediğini beyan etmiş, kendi el yazısı ve imzası ile istifa dilekçesi sunmuş ve ihbar tazminatı yönünden de mahkememize dava açmıştır. Bu hali ile iş akdinin davacı işçi tarafından haklı sebep ile feshedildiğini kabul etmek gerekir. Zira, ücretsiz izin süresince iş akdi yürürlüktedir. Nitekim işveren de işçinin iş akdini haklı nedenle feshettiğini kabul etmiş ve işçiye kıdem tazminatını ödemiştir.

Ücretsiz izin süresinin sonunda işveren davacı işçiyi işe başlatmamış olsa idi, bu durumda işverenin haksız feshi söz konusu olacak ve işçi dava açması durumunda hem ihbar tazminatına hem de kıdem tazminatına hak kazanacaktı. Ancak davacı, ücretsiz iznin sonunu beklemediği için, ücretsiz izin

süresi sonunda işverenin tutumunu belirlemek mümkün olmamıştır.

Her ne kadar davacı vekili istifa dilekçelerinin işçinin el yazısıyla maktu olarak işçiye yazdırıldığı ve imzalatıldığı, kıdem tazminatı ödemesinin istifa dilekçesine bağlı kıldığı ve bu şekilde manevi baskı yarattığı yolunda beyanda bulunmuş ise de, istifa dilekçesi verilmemiş olsa bile işçinin ücretsiz izin süresi içerisinde, ücretsiz izin uygulamasını kabul etmemesi ve daha sonra dava açması, iş akdinin işçi tarafından haklı sebeple feshedildiği sonucu doğurur ve davacı işçi yönünden ihbar tazminatı hakkı doğmaz. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.04.2007 tarih ve 2007/12906 Esas, 2007/13308 Karar nolu içtihadında da aynı durum irdelenmiş ve davacının ihbar tazminatının doğmayacağı belirtilmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle ihbar tazminatı talebinin reddine karar vermek gerekmiştir.

Bu hususlar dikkate alınarak, usul ekonomisi yönünden davacıların muhtemel hak edebilecekleri ihbar tazminatı miktarı hesaplatılmamıştır.

Davacı vekili dava dilekçesinde ihbar tazminatına ilişkin fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğundan ve kısmi dava açtığından, dava değeri de net olarak belirlenmediğinden, dava reddedilmiş olmakla birlikte kanun yollarının açık olduğuna karar verilmiştir.

HÜKÜM

Gerektirici nedenlerle;

- 1) Davanın reddine,
- 2) Yeterli harç peşin alındığından yeniden harç alınmasına yer olmadığına
- 3) A.A.Ü. Tarifesine göre maktu (575.00). TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalı işveren şirkete verilmesine
- 4) Davacı tarafça yapılan (9.00).TL tebligat gideri, (8.00).TL müzekkere gideri, (15.60).TL başvurma harcı, (15.60).TL karar ve ilam harcı olmak üzere toplam (48.20).

TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına

Dair yasa yolu açık olarak taraf vekillerinin yüzlerine karşı verilen işbu ilamı, taraf vekillerinin tefhim tarihinden itibaren 8 gün içerisinde temyiz edebileceklerine dair verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı 04.12.2009.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/3413

Karar No : 2010/2216

Tarihi : 02.02.2010

DAVA

Davacı, ihbar tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ş. Ç. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konulup düşünüldü:

KARAR

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre, yerinde bulunmayan ve sebepleri bildirilmiş olmayan bozma isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 02.02.2010 gününde oybirliği ile karar verildi¹.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/12906

Karar No : 2007/13308

Tarihi : 26.04.2007

DAVA

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, erzak

bedeli ile ücretli izin ücret alacağıının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacının çalıştığı işyerinin ekonomik darboğaza girmesi, fabrika faaliyetlerinin geçici olarak durması üzerine toplu iş sözleşmesinin 20/e maddesi gereğince gereğince işçi sen-

dikası yetkilileri ile işveren arasında 7.7.2006 tarihli protokol yapıldığı, bu protokol gereği ücretsiz izini kabul etmeyen işçilerin dava açarak fesih iradelerini ortaya koydukları, bu sebeple kıdem tazminatı isteğinin hüküm altına alınması yerinde ise de akdi haklı olarak fesheden tarafın ihbar tazminatı talep edemeyeceği sonucuna varıldığından ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi².

KARARIN İNCELENMESİ

1. Giriş

İş hukukunun ekonomik krizlere endekslenen kurumlarından biri olan ücretsiz izin, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan toplu işçi çıkarmalarının önlenmesinde önemli araçlardan bir tanesidir. Ücretsiz izin uygulaması ile işveren, kısa çalışmada olduğu gibi, işverenlik riskini belirli ölçülerde işçilerle paylaşarak, başta ekonomik kriz olmak üzere iş ilişkisinin sürekliliğini sekteye uğratan geçici ifa engellerini aşabilmektedir³. 4857 sayılı Kanun mülga m.65⁴ ile benzer amacı ve işlevi haiz kısa çalışma kabul edildiği halde, 2008 global finans krizi örneğinde olduğu gibi, ücretsiz izin uygulamaları güncelliğini korumaya devam etmektedir. Bunda kısa çalışma uygulamasına başvuru ve ödeneğe hak kazanma koşullarının görece katı düzenlenmiş olması etkilidir⁵. Ancak kısa çalışmanın uygulama koşulları ne derece gevşetirse gevşetilsin, ödeneğe hak kazanma şartları işsizlik ödeneği ile aynı kaldığı sürece, ücretsiz izin, artık her 10 yılda bir iki defa meydana gelmesi olağanlaşan ekonomik krizlerin iş huku-

kundaki ikiz kardeşi kalmaya devam edecektir. Çünkü işsizlik ödeneğine hak kazanma şartlarının zorluğu dikkate alındığında, kısa çalışma, uygulandığı işyerlerinde birçok işçi hakkında ücretsiz izin vasfını kazanmaktadır. Dolayısıyla bu işçiler hakkında İş Kanunu m.22 ile sağlanan koruma, haklı bir menfaat bulunmaksızın bertaraf edilmiş olmaktadır.

Mevzuatımızda ne 1475 ne de 4857 sayılı Kanun döneminde, ücretsiz izni düzenleyen açık bir hüküm vardır. Konu öğreti görüşleri ve Yargıtay içtihatları ile şekillenmiştir. Yargıtay'ın konuyla ilgili 1475 sayılı Kanun dönemindeki içtihatları genel olarak uygun görülmüştür. Ancak Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanun döneminde geliştirdiği içtihadını, 4857 sayılı Kanun döneminde aynen sürdürmesi, bazı esaslı noktalarda haklı eleştirilere neden olmuştur. Çünkü İş Kanunu'nun çalışma koşullarında esaslı değişikliği düzenleyen 22. maddesi, ücretsiz izinler hakkında doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Ücret, işçi açısından en esaslı iş şartıdır ve işverenden kaynaklanan nedenlerle hiç ya da eksik ödendiği her durum, m.22 kapsamında çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik oluşturur⁶. Buna rağmen Yargıtay, aşağıda in-

celeneceği üzere, ücretsiz izin uygulamasının işveren açısından geçerli nedenlere dayanıp dayanmadığı ayırımına giderek, geçerli nedene dayanan hallerde işçinin bu uygulamaya karşı olumsuz iradesini haklı feshi olarak değerlendirmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin onaması ile kesinleşen inceleme konusu yerel mahkeme kararı, ücretsiz izne ilişkin iki önemli hususun incelenmesi bakımından vesile oluşturmaktadır. Bunlardan ilki, ücretsiz izin uygulamasının işin ve işyerinin gereklerine dayandığı, işverenin haksız feshini perdeleme gibi bir kötüniyetin olmadığı durumlarda, işçinin iradesinin ne derece etkili olduğudur. Başka deyişle işçinin böyle bir uygulamayı reddetme hakkı var mıdır? İkincisi ise, toplu iş sözleşmelerinde ücretsiz izni düzenleyen hükümlerin niteliği ve dolayısıyla işveren ile işçi sendikasının yapacakları kolektif bir kararlaştırmanın, işçilerin bireysel iradelerinin yerini alıp almayacağıdır.

II. Uyuşmazlık Konusu Olay ve Çözümü Gereken Hukuki Sorun

İnceleme konusu yerel mahkeme kararından, davalı işverenin, 2008 global finans krizi ertesinde ortaya çıkan genel olumsuz tablodan, sürüm ve satış olanaklarının azalması ile bazı bölümlerde stok fazlalığı şeklinde kendi işyerinin de etkilendiği gerekçesiyle ücretsiz izin uygulamasına karar verdiği, tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinin 35. maddesinin ücretsiz izinleri düzenlediği, konuyla ilgili toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikası yetkilileri ile yapılan görüşme sonucunda 25.02.2009 tarihli ücretsiz izin protokolünün imzalandığı anlaşılmaktadır. Protokolde, işyerinde stok fazlalığı bulunan birimlerde çalışan ve sendika üyesi olarak ya da dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanan 195 işçinin, toplu iş sözleşmesi m.35 uyarınca 10.03.2009 - 08.06.2009 tarihleri arasında üç ay süre ile ücretsiz izne çıkarılması kararlaştırılmıştır. Bu protokol üzerine işveren, ücretsiz izin uygulamasını işçilere yazı ile bildirmiştir.

İşçiler ise, işverenin yazılı bildiriminin üzerine şerh düşmek suretiyle mi, yoksa bağımsız bir yazı ile mi olduğu anlaşılacak şekilde birlikte, ücretsiz izin uygulamasını kabul etmediklerine ilişkin cevaplarını, işverene yazılı olarak vermişlerdir. Kararda, işçilerin ücretsiz izni ret cevabı karşısında işverenin takındığı tavır hakkında açık bir bilgi yoktur. Ancak karardaki anlatımdan, işçilerin ücretsiz izni ret cevabı ile yetinmedikleri, aynı gün kendi el yazıları ile hazırladıkları fesih bildirimlerini işverene topluca sunarak kıdem tazminatı ödemesi talebinde buldukları anlaşılmaktadır. İşveren, bu bildirimler çerçevesinde işçilerin çıkış işlemlerini yapmış ve kıdem tazminatı ödemiştir. İşçiler, işverenin kıdem tazminatı ödemesinde imzalanmasını istediği ibranameleri, ihbar tazminatına ilişkin şerh düşmek suretiyle imzalamışlardır. Mahkeme kararında işçilerin topluca "istifa dilekçesi ile işten ayrıldıkları(ndan), kendilerine kıdem tazminatının ödenmesini istedikleri"nden söz edilmekteyse de, ibranameyi ihbar tazminatı konusunda şerh düşerek imzalamaları ve sonrasında da ihbar tazminatı konusunda seri davaları açmaları, fesih iradeleri konusunda tereddüde neden olmaktadır.

Kararda, ücretsiz iznin işçi ve işverenin anlaşması ile uygulanabileceği, işçinin bu uygulamayı reddetme hakkının bulunduğu ancak bu ihtimalde iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle bildirimsiz olarak feshedilmiş sayılacağı, dolayısıyla kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte ihbar tazminatı ödenmesinin gerekmeyeceği tespit edilmiştir. Yerel mahkemeye göre, ücretsiz izinde 6 aya kadar olan süreler makul olup, bu süreyi aşan bir uygulama, işçi tarafından kabul edilse dahi, işverenin fesih iradesini saklaması olarak değerlendirilebilir. Ancak somut olayda ücretsiz iznin, genel ekonomik kriz sonucu pazar daralması ve stok fazlalığı nedenleri ile toplu iş sözleşmesi m.35 uyarınca işçi sendikası ile yapılan protokol çerçevesinde 195 işçi hakkında ve 3 ay süreli kararlaştırılması karşısında, davalı işverenin kötüniyetli olduğundan söz edilemez; bu nedenle davacının ücretsiz izni kabul etmemesi, iş sözleşmesinin kendisi tarafından haklı nedenle

Ücretsiz izin uygulaması, işverenin yönetim hakkının kapsamı dışındadır.

bildirimsiz feshi sonucu doğurur. İşçinin bildirimssiz feshinde ise, ihbar tazminatı hakkında söz edilemez.

Yerel mahkeme kararında, davacının iş sözleşmesinin sona ermesi sürecinin yukarıda özetlendiği şekilde ortaya konulup, bu olayı esas alan hukuki değerlendirmelerde bulunulmasından, dava konusu olayın, 25.02.2009 tarihli ücretsiz izin protokolü üzerine işten topluca ayrılan işçilerce açılmış seri davalarla aynı olduğu izlenimi doğmaktadır. Buna karşın kararın en başında davacının 03.12.2002 tarihinde çalışmaya başladığı ve iş sözleşmesinin 15.12.2008'de sona erdiği bildirilmiştir. Karardan, 15.12.2008 sona erme tarihinin yazım hatasına dayanıp dayanmadığını kesin olarak söylemek mümkün değildir. Ancak iki tarihin ay ve yıl olarak açıkça farklı olduğu dikkate alındığında, davacının iş sözleşmesinin 15.12.2008'de sona erdiği söylenebilecektir. İş mahkemesinin somut davayı, hatalı olarak 25.02.2009 tarihli ücretsiz izin protokolü ertesinde yaşanan gelişmeler kapsamında değerlendirmesi, bu davanın da seri davalar ile birlikte açılmasından kaynaklanmış olabilir. Ancak böyle bir hata, davanın hukuki değerlendirmesi açısından esaslı farklılığa neden olmaktadır. Çünkü çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak ücretsiz izin işçinin kabulüne bağlı ise de, toplu iş sözleşmesi kapsamında gidilecek bir uygulamanın tabii olduğu hukuki koşullar görece farklıdır.

Bu nedenle aşağıda ilk ihtimalde, davacının iş sözleşmesinin 15.12.2008'de işçi sendikası ile yapılan bir protokol olmaksızın, işverenin ücretsiz izin teklifini kabul etmemesi üzerine sona erdiği kabul edilerek değerlendirmede bulunulacaktır. İkinci ihtimal olarak da, davacının iş sözleşmesinin yerel mahkeme kararında tespit edilen 25.02.2009 tarihli ücretsiz izin protokolü ertesinde yaşanan gelişmeler kapsamında sona erdiği kabul edilecektir.

III. Çalışma Koşullarında İşçi Aleyhine Esaslı Değişiklik Olarak Ücretsiz İzin

Ücret, iş karşılığıdır ancak işçi, işverenden kaynaklanan ve İş Kanunu m.24/III kapsamında zorunlu sebep oluşturmayan nedenlerle çalışmadığı hallerde, alacaklı temerrüdü çerçevesinde ücrete hak kazanır (BK. m.325, TBK. m.408). İşveren, işletme riski uyarınca bu gibi hallerde katlanmak zorundadır. Yasal durum işçi lehine olmakla birlikte, bunun iş ilişkisinin devamlılığının korunması için her zaman isabetli olduğu söylenemez. İşçinin ücretinden başka, çalıştığı iş, dolayısıyla işyerinin devamlılığında da menfaati vardır. Bu kapsamda ücretsiz izin uygulaması, başta ekonomik kriz gelmek üzere çeşitli nedenlerle işyerinde kısmen ya da tamamen faaliyete ara verilmesinin gerektiği hallerde, iş sözleşmelerinin feshi yerine ayakta tutulması için önemli bir hukuki araçtır. Ücretsiz izin ile alacaklı temerrüdü ilkesinden ayrılmakta ve geçici ifa engeli oluşturan nedenin devam ettiği dönemle sınırlı olarak iş sözleşmesinin asli unsurları iş görme ile ücret ödeme borçları askıya alınmaktadır⁷.

Ücretsiz izin uygulamasında işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesindeki menfaatine rağmen, ücretin işçi açısından iş sözleşmesinin asli konusunu oluşturduğu dikkate alındığında, ücret konusunda işçi aleyhine sonuçları olan her türlü işverenlik işlemi ve bu arada ücretsiz izin, çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturur. Dolayısıyla ücretsiz izin uygulaması, işverenin yönetim hakkının kapsamı dışındadır; işin ve işyerinin gereklerine dayansa ve feshin önlenmesi açısından işçi lehine olsa dahi, ancak işçinin onayı ile bağlayıcı hale gelir⁸.

1. 1475 sayılı Kanun döneminde

1475 sayılı İş Kanunu'nda çalışma koşullarında esaslı değişikliği düzenleyen bir hüküm bulunmamaktaydı. Yargıtay'ın bu kanun döneminde verdiği kararların incelenmesinden, iki farklı yönde karar verdiği tespit edilmektedir. Kararların önemli bir kısmında, işçinin onayı olmaksızın uygulanan ücretsiz iznin, işverenin haksız feshi niteliğinde olduğu ve dolayısıyla

işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı kabul edilmektedir. Örneğin, “Dairemizin öğretide benimsenen uygulamasına göre, ücretsiz izne çıkarılmak hizmet sözleşmesinin feshi anlamına gelir. Yeter ki bu konuda taraflar arasında anlaşma bulunsun. Bir başka anlatımla davacı işçinin açık bir iradesi olmadan, somut olayda olduğu gibi uzunca bir süre ücretsiz izne çıkarılması işe son verme anlamı taşır.”⁹ Buna karşın bazı kararlarında ise, ücretsiz iznin işçi tarafından kabul edilmemesinin, işçinin haklı nedenle feshi anlamına geldiği ve bu nedenle işçinin kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte ihbar tazminatı talep edemeyeceği görüşü bildirilmiştir. Örneğin, “...işin yürütülmesinin güçlüğü nedeni ile davalı işverenin davacı ile birlikte birçok işçiyi ücretsiz izne çıkarmak istediği açıktır. Ortada makul bir sebep olduğu için ücretsiz izne çıkarma işlemine değer vermek gerekir. Bunun sonucu olarak da davacı işçinin bu koşullarda dava açmak suretiyle hizmet akdini haklı nedenle feshettiği kabul edilmelidir.”¹⁰

Öğretide Engin, ücretsiz izne ilişkin ilk bakışta çelişkili gözüken bu ikili ayrım hakkında, “Yargıtay, eski yasa döneminde geliştirdiği içtihadıyla ... ortada işletme gereklerine dayalı geçerli bir neden yok iken işverenin ücretsiz izne çıkarma iradesini fesih olarak yorumlamaktadır. Ancak ortada geçerli bir neden varsa, ücretsiz izin uygulamasına geçerlilik tanımaktadır.”¹¹ şeklinde görüş bildirmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkemenin 1475 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarda, işverenin ücretsiz izin uygulamasındaki gerçek iradesine değer verdiği ve bu konudaki değerlendirmesinde, işvereni ücretsiz izne sevk eden işletmesel neden ile ücretsiz izin süresinden hareket ettiği görülmektedir. Böyle bir değerlendirmede her somut olayın kendisine özgü şartları belirleyici olduğundan ve bunların Yargıtay kararlarına tam olarak yansımaları mümkün bulunmadığından, genel bir bakışta Yargıtay kararlarının özellikle ücretsiz izin süresi bakımından birbirleriyle uyumlu olduğundan söz edilemeyecektir.

Öğretide Taşkent, Yargıtay’ın 11 ay, 8 veya 6 aylık ücretsiz izin sürelerini, bunun geçiciliği

bakımından sorgulamadığını, buna karşın işçinin kabulü ile uygulanmaya başlanan ücretsiz izinde 3 aylık ve bir olayda da 52 günlük süreyi, askı süresinin uzaması olarak nitelendirdiğini, dolayısıyla askıya alma konusunda işçi ile işverenin iradelerinin birleşmesini zorunlu ve yeterli gördüğünü tespit etmiştir¹². Yazar, haklı olarak ücretsiz izin uygulamasında hakkın kötüye kullanılmaması ve ekonomik kriz geçtikten sonra işçinin tekrar işe alınmasını veya bu uygulamaya iyiniyet ve samimiyetle dürüstlük kuralının gerektirdiği makul bir sürede başvurulabilmesi şeklindeki sınırlandırmaların soyut ve soruna net bir çözüm getirmekten uzak olduğunu ifade etmiştir¹³.

Ancak 1475 sayılı Kanun dikkate alındığında, yüksek mahkemenin bu dönemdeki içtihadı ilk bakışta tutarlılık arz etmemekle birlikte isabetli görülmelidir. Bu Kanunda, işverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikleri hakkında bir düzenleme bulunmadığından, işveren böyle bir değişiklik yaptığında, işçinin önünde iki seçenek vardır¹⁴: Değişikliği açık ya da örtülü bir irade açıklaması ile kabul etmek ya da iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz feshetmek. Üçüncü bir seçenek olarak işçinin değişikliği ret ile mevcut şartlarda çalışmasını sürdürmesi, işverenin takdirine bağlıdır. Kanunda konuyla ilgi tek düzenleme işçinin haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkının düzenlendiği m.16’dır. Buna göre, “yahut iş şartları esaslı bir tarzda değişir, başkalaşır veya uygulanmazsa” (m.16/II, e), işçinin haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkı vardır. Bu durumda işçinin kıdem tazminatı hakkı bulunduğu halde, işçi, ihbar tazminatı talep edemez.

Bu mevzuat karşısında, Yargıtay’ın Medeni Kanun m.2’deki dürüstlük kuralından hareket ederek, işverenin işin ve işyerinin gereklerine dayanmayan, ücretsiz izin görümümü altındaki fesih uygulamalarına karşı set çekmesi ve bu şekilde kötüye kullanmaları işverenin usulsüz feshi olarak değerlendirmesi yerindedir. Öğretide haklı olarak tespit edildiği üzere¹⁵, uygulamada iş sözleşmesinin feshinden doğan tazminat ve diğer yükümlülüklerden kurtulmak isteyen bazı işverenler, fesih iradelerini sözde ücretsiz izne çıkarma işlemi ile perdelemekte ve

bu surette işçiyi feshe zorlamaktadırlar. Çünkü belirli bir süre ücretinden mahrum kalan işçi, başka bir iş bularak çalışmaya başlamak zorunda kalmakta ve dolayısıyla sözleşmeyi işçi feshetmiş olmaktadır. Yargıtay, 03.04.1995 tarihinde ücretsiz izne çıkarılan işçinin, 6 ay sonra 16.10.1995 tarihinde yeni bir işte çalışmaya başlaması üzerine, işverence aynı gün işe davet edildiği bir olayda, yerinde olarak işverenin ücretsiz izne çıkarma işlemini haksız fesih olarak kabul etmiştir¹⁶. Çünkü 6 aylık bir ücretsiz izin-den sonra, işçinin yeni bir işte çalışmaya başladığı gün yapılan işbaşı çağrısı, hayatın olağan akışına uygun düşmez, kötünietlidir.

Dürüstlük kuralı gibi genel bir ilkeye dayanan yargı denetiminde, örneğin ücretsiz iznin süresi bakımından her somut olayda farklı sonuçlara ulaşılması doğaldır. Çünkü böyle bir denetimde süre ya da diğer şartlar bakımından somut ölçütler olmadığından, her bir olayı kendi şartları bağlamında değerlendiren hakim, kötüye kullanmanın takdirinde farklı sonuçlara ulaşabilecektir. Bu nedenle Taşkent'in, ücretsiz izin uygulamasında geçicilik koşulunun çok daha belirgin biçimde ortaya konulması gerektiği görüşüne katılmamak mümkün değildir¹⁷.

2. 4857 sayılı Kanun döneminde

4857 sayılı Kanun'da, 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak işverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikleri düzenlenmiştir (m.22). Bu hüküm ile işverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikleri belirli bir usul ile sınırlandırılmış, işçinin kabulü olmayan değişikliklerin işçi açısından bağlayıcı hale gelmeyeceği öngörülmüştür. Bu surette, işçiye kabul ya da fesih seçeneğinden başka, değişikliğe karşı hayır diyebilme imkanı verilmiş olmaktadır. Böylelikle çalışma koşullarını esaslı şekilde değiştirmek isteyen işveren, işçiyi feshe zorlayamamakta, fesih riski kendisinde kalmaktadır¹⁸. Bu nedendir ki, 4857 sayılı Kanun'da işçinin haklı nedenle fesih hakkının düzenlendiği m.24/II'de, 1475 sayılı Kanun m.16/II, e bendindeki "iş şartları esaslı bir tarzda değişirse" hükmüne yer verilmemiştir. Bunun pratik sonucu, işçinin kıdem tazminatın-

dan başka, ihbar tazminatı ile işe iade davası haklarının temin edilmesidir.

Mevzuattaki bu isabetli gelişmeye rağmen, Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanun dönemindeki içtihadını, 4857 sayılı Kanun döneminde de sürdürmesi, kabul edilemez¹⁹. Buna rağmen Yargıtay yeni dönemde verdiği kararlarda da, işçinin ücretsiz izin uygulaması hakkındaki kabulünün sözlü veya zımni şekilde olabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10.10.2006 tarih ve 24775/26831 sayılı kararına göre, "İşverenin ücretsiz izin uygulamasına işçilerin karşı çıktıkları hususunda, dosyada bir delil mevcut değildir. Böyle olunca işçiler ile işveren arasında ücretsiz izne ayrılma konusunda örtülü bir anlaşmanın varlığının kabulü gerekir."²⁰

İş Kanunu m.22 kapsamında işçinin ücretsiz izin uygulaması hakkındaki kabulünün mutlaka ilk fıkradaki yazılı usulde olması gerekip gerekmediği ve dolayısıyla işçinin zımni kabulünün mümkün olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, ücretsiz izin uygulaması, İş Kanunu m.22/1 uyarınca işverence işçiye yazılı şekilde önerildiği ve işçi tarafından bunun altı işgünü sürede yazılı şekilde kabul edildiği takdirde işçi açısından bağlayıcı hale gelir, bunun dışında sözlü ya da zımni kabulden söz edilemez²¹. Buna karşın Taşkent, İş Kanunu m.22/2 hükmü uyarınca, işçinin ücretsiz izin konusundaki onayının sözlü ya da zımni olabileceğini, ancak işçinin ücretsiz izin önerisinin işçiler tarafından kabul edilememeye ihtimalinin bulunduğu veya sözlü önerinin reddedildiği durumlarda ya da ispat sorunu yaşamak istemeyen işverenlerin ilk fıkradaki yazılı süreci işletebilecekleri görüşündedir²².

Kanunların gerekçesi, ilgili hükmün yorumlanmasında bağlayıcı olmamakla birlikte, düzenlemenin amacının tespitinde yol gösterici niteliği yadsınamaz. Buna göre, İş Kanunu m.22'nin gerekçesinde, ikinci fıkradaki "Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler." hükmü hakkında bir açıklık yoktur. Gerekçeye göre, "Bu kanunda benimsenen önemli bir yenilik, işverene belirli koşullarla...çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapma yetkisinin tanınmış olmasıdır." Diğer

İş Kanunu m.22 salt usuli bir maddedir, işverenin değişiklikteki amacının hukuken yerinde olup olmadığı ile ilgilenmez.

yandan bir kanun maddesi, bir sistem dahilinde bütündür, içerdiği hükümlerin birbirleriyle çelişmeyecek şekilde yorumlanması gerekir. Bu tespitler ışığında, İş Kanunu m.22'nin 1. ve 2. fıkralarının birbirinden bağımsız olarak değerlendirildiği ihtimalde, çalışma koşullarındaki esaslı değişikliklerin ilk fıkradaki yazılı usulden başka, ikinci fıkra uyarınca sözlü hatta, zımni şekilde ortaya çıkan bir anlaşma ile yapılabileceğinden söz edilebilir. Çünkü ikinci fıkrada, sadece anlaşarak değiştirmeden söz edilmekte, bunun şekline bir kısıt getirilmemektedir. Ancak böyle bir yorum tarzı, İş Kanunu m.22'nin gerekçesinde ortaya konulan çalışma koşullarında değişikliğin, işçi lehine olarak ancak belirli bir usulde yapılabilmesi amacı ile çelişmektedir. Bu nedenle her iki fıkranın birlikte değerlendirmeye tabi tutulması, ikinci fıkradaki anlaşarak değiştirmenin ancak ilk fıkradaki usul dairesinde mümkün olduğunun kabulü isabetli olacaktır. Aslında İş Kanunu m.22'de 2. fıkra genel esası ve 1. fıkra da değişiklik usulünü ortaya koyduğundan, hükümde ikinci fıkranın ilk fıkra olarak yer alması gerekirdi²³.

Ancak çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ücretsiz izin uygulamasında işçinin onayının, ister münhasıran İş Kanunu m.22/1'deki yazılı usulde isterse de sözlü ya da zımni olabileceği kabul edilsin, 4857 sayılı Kanun ile işverenin, işçinin onayını almaksızın çalışma koşullarında değişiklik yapabilmesinin yolu kesin olarak kapatılmıştır. Bu çerçevede işçinin ücretsiz izin önerisini kabul ettiğini ispat yükü işverende olup, bu hususu tereddüde yer bırakmayacak şekilde ispat etmesi gerekir. Dolayısıyla artık işverenin ücretsiz izin teklifinden sonraki süreçte işçinin dava açması, ilke olarak iş sözleşmesini feshi olarak değerlendirilemez. Bu nedenle inceleme konusu karardaki, "...işçinin ücretsiz izin süresi içerisinde ücretsiz izin

uygulamasını kabul etmemesi ve daha sonra dava açması, iş akdinin işçi tarafından haklı sebeple feshedildiği sonucu doğurur..." gerekçesi, 1475 sayılı Kanun dönemine aittir. Mahkemece, bu gerekçe hakkında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin emsal olduğu belirtilen bir kararına atıfta bulunulmuşsa da, aşağıda inceleneceği üzere Yüksek Mahkemenin bu kararı, ücretsiz izin toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikası ile yapılan protokol uyarınca uygulandığı bir olay hakkındadır.

İş Kanunu m.22 ile çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ücretsiz izin işçinin kabulü şartına bağlanmasının bir diğer sonucu, işverenin ücretsiz izin uygulamasındaki amacı, bu kapsamda inceleme konusu kararda işaret edildiği üzere kötüniyetli olup olmadığının esasa bir etkisi yoktur. Ücretsiz izin gerçekten işin ve işyerinin gereklerinden kaynaklansa, geçiciliği bakımından amacına uygun kısa bir süre ile sınırlandırılmalı ve İş Kanunu m.22/1'deki usulde işçiye teklif edilse dahi, böyle bir uygulama onayı olmayan işçiyi bağlamaz²⁴; bunu kabul etmeyen işçi açısından sadece bir öneri olarak kalır. İşverenin, buna rağmen ücretsiz izni eylemli biçimde uygulaması iş sözleşmesinin haksız feshini oluşturur ve ihbar ile kıdem tazminatından başka, koşulları varsa işe iade gündeme gelir.

İşverenin çalışma koşullarındaki işçi aleyhine esaslı değişiklik usulünün düzenlendiği İş Kanunu m.22 ile amaçlanan, işveren böyle bir uygulamaya gittiğinde, 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak fesih riskinin kendisine yüklenmesi ve bu surette ihbar tazminatı dışında, asıl olarak iş güvencesi sisteminin bütünlüğünün sağlanmasıdır²⁵. Bu anlamda İş Kanunu m.22 salt usuli bir maddedir, işverenin değişiklikteki amacının hukuken yerinde olup olmadığı ile ilgilenmez. Değişikliğin amacı, işçi tarafından bu kabul edilmeyip işverence fesih yoluna gidildiğinde önem arz eder. İş Kanunu m.22/1'in ikinci cümlesinde bu husus vurgulanmıştır. Bu nedenle, öğretilerdeki "...işverenin ücretsiz izin uygulamasının iş akdini feshetme iradesini gizleme amacıyla yapıldığının hiçbir şekilde söylemeyeceğinin açık olduğu bir durumda ücretsiz izne çıkarma, işverenin iş akdini feshetmesi

olarak değil; işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi olarak yorumlanmalı ve işçinin ihbar tazminatı hakkının doğmadığı, sadece kıdem tazminatı alacağına doğduğu sonucuna varılmalıdır.” görüşüne²⁶ iştirak edilememiştir.

Buraya kadar tespit edilenler uyarınca Yargıtay’ın 1475 sayılı Kanun dönemindeki, işverenin haksız fesih iradesini gizleme amacı taşımayan, işyerinin ve işin gereklerine dayalı ve geçici süreli ücretsiz izin uygulamalarının işçi tarafından kabul edilmemesinin, işçinin haklı nedenle bildirimsiz feshi oluşturduğu içtihadının, İş Kanunu m.22 ile uygulanabilirliği kalmamıştır. Öğretide bu konuyla ilgili verilen örnek kararlar, 1475 sayılı Kanun dönemine aittir. Ancak 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonraki ilk bir kaç yılda, 1475 sayılı Kanun dönemindeki içtihadın sürdürüldüğü görülmektedir (Konusu olayın, 4857 sayılı Kanun’un yürürlük döneminde geçtiği davalar hakkında). Örneğin “işverence 11.07.2003 tarihinde alınan ve fesih mahiyetinde kabul edilen ücretsiz izne çıkarma işlemi, ekonomik sıkıntı ve personel giderlerinin bütçenin %30’ünü aşma nedenlerine dayandığından, geçerli bir nedendir.”²⁷ Yine, “...davacı işçinin her yıl bir ay kadar çalışmasının kayıtlı olmadığı görülmektedir. Davacının söz konusu ara vermelerinin vize yetersizliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı dosya içeriğinden anlaşılmamaktadır. Önceki ara vermeler de vize yetersizliğinden kaynaklanmakta ise, son olarak ücretsiz izne çıkarılmasının fesih olarak değerlendirilmesi doğru olmaz. Davacının önceki yıllarda da benzer şekilde çalışıp çalışmadığı belirlenerek; ücretsiz izne çıkarılmasının fesih niteliğinde olup olmadığı saptanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Şayet, ücretsiz izne çıkarılmanın vize yetersizliğine bağlı olarak önceki yıllarda da yapıldığı söz konusu ise fesihten söz edilemeyeceğinden ücretsiz izin süresine ait ücretin hüküm altına alınması doğru olmaz.”²⁸ Bu iki kararın dikkati çeken yönü, her ikisinin de kamu işverenleri hakkında olmasıdır.

Ancak Yargıtay’ın görece yakın tarihli kararlarında, “Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygula-

ma, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.”²⁹ ve “Ücretsiz izne çıkarılan davacı işçinin bir başka yerde iş bulması bu somut hukuki olguyu değiştirmez.”³⁰ görüşü yer almaktadır. Bu çerçevede Yargıtay’ın 1475 sayılı Kanun’un şartlarına uygun olmakla birlikte, İş Kanunu m.22’nin açık düzenlemesi karşısında uygulama kabiliyeti kalmayan içtihadından döndüğünü ve ücretsiz iznin işçi bakımından bağlayıcı hale gelmesi için, bu uygulama işyeri ve işin gereği olsa dahi, işçinin onayı şartını aradığını söylemek mümkündür.

3. Ücretsiz izin önerisinin reddine rağmen verilen istifa dilekçesi

Buraya kadar tespit edilen bilgilerden hareket edildiğinde, inceleme konusu olayda, davacı işçinin iş sözleşmesinin ücretsiz izin uygulaması hakkında işçi sendikası ile bir protokol olmaksızın 15.12.2008 tarihinde sona erdiği kabul edildiğinde (kararda geçen diğer tüm şartların aynı olduğu varsayımı ile), yerel mahkeme kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz. Mahkeme kararında İş Kanunu m.22’ye uygun olarak “... tarafların anlaşması ve işçinin buna rıza göstermesi ile işyerinde ücretsiz izin uygulaması yapılabilir. İşçinin iş koşullarındaki ağırlaşmayı ya da ücretsiz izin uygulamasını reddetme hakkı vardır.” tespitinden sonra, 1475 sayılı Kanun dönemindeki uygulamayı yansıtır biçimde, “Bu durumda iş akdi işçi tarafından haklı sebeple feshedilmiş sayılır.” görüşü çelişkilidir. İş Kanunu m.22’nin açık düzenlemesi karşısında, çalışma şartlarında aleyhe esaslı değişiklikler, ister 1. fıkradaki yazılı usulde, isterse de bazı yazarlar tarafından savunulduğu üzere, 2. fıkradan hareketle sözlü ya da zımni olsun, onayı olmaksızın işçiyi bağlamaz.

Kararda devamlı, ücretsiz iznin 3 ay süreyle ve stok fazlalığı olan bölümlerde çalışan 195 işçiyle sınırlı uygulanması nedeniyle işverenin kötüniyetinden söz edilemeyeceği belirtilmişse de, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ücretsiz iznin geçerli nedenlere dayanıp dayanmaması ve işverenin iyiniyetli olup olmaması, işçiyi bağlayıcılığı bakımından İş Kanunu m.22 uyarınca esasa etkili değildir. Davacının ücretsiz izin süresinin sonunu beklemeden, bu uy-

gulamayı kabul etmediği ve bu konuda imzalı beyanda bulunduğu tespitine karşın, işçinin kabul etmediği ve hatta ret iradesini işverene yazılı olarak bildirdiği durumda, artık ücretsiz izin uygulamasının yürürlüğe girdiğinden, işçi-yi bağlayıcı hale geldiğinden söz edilemez.

Maddi ve hukuki durum böyle olmakla, işverenin ücretsiz izin uygulaması önerisinin yazılı olarak reddedilmesinden hemen sonra verilen yazılı fesih bildiriminin değeri nedir? Bu konuda davacı, işverence kıdem tazminatı ödemesinin istifa dilekçesi verilmesi şartına bağlanarak manevi baskı yapıldığını ve bu nedenle kendisi ve diğer işçilerin işveren tarafından dikte ettirilen istifa dilekçelerini topluca verdiklerini iddia etmiştir. Davalı ise, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin davacının fesih bildiri ile sona erdiğini ve hak kazandığı kıdem tazminatının kendisine ödendiğini, davacının sözleşmeyi fesheden taraf olmakla, ihbar tazminatı talep edemeyeceğini savunmuştur. Mahkemece, "...istifa dilekçesi verilmemiş olsa bile işçinin ücretsiz izin süresi içerisinde, ücretsiz izin uygulamasını kabul etmemesi ve daha sonra dava açması, iş akdinin işçi tarafından haklı sebeple feshedildiği sonucu doğurur ve davacı işçi yönünden ihbar tazminatı hakkı doğmaz." görüşü bildirilerek, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin emsal olduğu bildirilen bir kararına atıfta bulunulmuştur.

Yerel mahkemenin bu görüşünün isabetli olmadığını düşünüyoruz. Çünkü davacı işçinin ücretsiz izin önerisini kabul etmediğini işverene yazılı olarak bildirdiği kararda açıkça geçmekle, bu uygulamanın davacı açısından bağlayıcı hale geldiğinden söz edilemez. Bu nedenle davacının ödenmeyen ihbar tazminatı için dava açması, iş sözleşmesini fesih iradesi anlamına gelmez. Ücretsiz izin önerisini kabul etmeyen davacıya kıdem tazminatı ödendiği tarih itibarıyla, iş sözleşmesinin işveren tarafından ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandırır biçimde feshedildiğinin kabulü gerekir. Mahkemece atıfta bulunulan Yargıtay kararı, (ücretsiz iznin, sendika ile yapılan bir protokol olmaksızın uygulandığı ihtimalde) somut olay açısından emsal olamaz. Çünkü Yargıtay kararına konu olayda ücretsiz izin, bir toplu iş sözleşmesi hükmü çerçevesinde işçi sendikası ile işveren arasında

yapılan protokol çerçevesinde uygulanmıştır. Hemen aşağıda ele alınacağı üzere, böyle bir protokole dayanan ücretsiz izin uygulaması, işverenin tek tek işçilerin onayına başvurusu şeklindeki bireysel uygulamadan farklı bir hukuki rejime tabidir.

Diğer yandan, davacının işverene verdiği istifa dilekçesine şüphe ile yaklaşılmalıdır. İşverenin ücretsiz izin önerisini yazılı şekilde reddeden işçinin, ayı gün istifa ile işten ayrılması ve özellikle birçok işçinin bu şekilde topluca hareket ettikleri dikkate alındığında, davacının manevi baskı iddiasıyla ilgili haklı bir şüphe yaratmaktadır. Memur hukukuyla ilgili bir kavram olan istifa, iş hukuku uygulamasında işçinin İş Kanunu m.17 çerçevesinde bildirimli fesihleri için kullanılmaktadır. Bu bakımından, inceleme konusu kararda istifa teriminin özenli kullanılmadığı, işçinin İş Kanunu m.24/II'ye dayanan haklı fesih bildiri yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ancak uygulama gerçekleri nazara alındığında, işçinin m.24/II'ye dayanan fesihlerinde, bir dava olmaksızın kıdem tazminatı ödeyen işveren yok denecek kadar azdır; bu nedenle işçilerin topluca fesih bildiriminde bulunmalarında, işverenin kıdem tazminatı ödemesi şartını ileri sürerek onları yönlendirdiği söylenebilecektir. İşçilerin iş sözleşmelerini ne İş Kanunu m.17 ne de m.24/II çerçevesinde feshetme iradelerinin bulunmadığının bir başka göstergesi, kıdem tazminatı ödemesinde işverence imzalanması istenen ibranameleri, tütünün ihbar tazminatı hakkında şerh düşerek imzalamalarıdır.

Özel hukuka hakim olan irade teorisi, iş hukukunda daha bir önem arz eder. Çünkü iş ilişkisinde işverenin işçilere karşı ekonomik yönden baskın rolü, işçilere birçok olayda gerçek iradelerini yansıtmayan işlemler yaptırabilmektedir. Yargıtay'ın haklı olarak belirttiği üzere, "İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur, işverence tazminatların derhal ödenmesi ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir."³¹ Somut olayın özetlenen şartları

dikkate alındığında, davacı ve diğer işçilerin topluca verdikleri bildirimlerin, fesih iradelerini yansıtmadığı söylenebilecektir.

Sonuçta, davacının iş sözleşmesinin ücretsiz izin uygulaması hakkında sendika ile bir protokol olmaksızın 15.12.2008 tarihinde sona erdiği kabul edildiğinde, inceleme konusu karardaki işçinin haklı feshi nedeniyle ihbar tazminatı talep edemeyeceği görüşüne katılmıyoruz. Ücretsiz izin konulu yazılı önerinin, işçi tarafından yine yazılı olarak reddi üzerine, işverence kıdem tazminatı ödenmek suretiyle taraflar arasındaki iş sözleşmesi feshedildiğinden, davacının ihbar tazminatı talep hakkının olduğunun kabulü gerekir. Bu noktada, işçilerden topluca alınan ve irade fesadına dayanan fesih bildirimlerine hukuken değer verilemeyeceği görüşündeyiz.

IV. Ücretsiz İzin Konusunda Sendika ile Yapılan Protokolün İşçilerin İradesinin Yerine Geçip Geçemeyeceği Sorunu

İnceleme konusu kararda, davacı işçinin işten ayrılma tarihinin hata ile 15.12.2008 yazıldığı, gerçekte ise, kararda özetlenen maddi olay çerçevesinde, işveren ile işçi sendikası arasındaki ücretsiz izin konulu 25.02.2009 tarihli protokolü takiben, diğer işçilerle birlikte işten ayrıldığı kabulü halinde, iş sözleşmesinin sona erme şekli hakkında yukarıda yer verilen hukuki değerlendirmelerde değişiklik kaçınılmazdır. Kararda, ücretsiz izin uygulamasına ilişkin protokolün işçiler hakkında bağlayıcılığı üzerinde bir değerlendirmede bulunulmaksızın, ücretsiz izin toplu iş sözleşmesindeki şartlar dahilindeki protokol çerçevesinde uygulandığından, işverenin fesih iradesini gizleme gibi kötüniyetinden söz edilemeyeceği tespitine yer verilmiştir. Yerel mahkeme protokolün bağlayıcılığı hakkında, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.04.2007 tarihli kararına atıfta bulunmakla yetinmiştir.

1. Hukuki durum

Çelik'in 2000 yılında yayımlanan makalesin-

de, "...ekonomik kriz dönemlerinde uygulanmak üzere, toplu iş sözleşmelerinde ücretsiz izne imkan verecek düzenlemelere rastlanmaktadır." tespiti yer almaktadır. Buradan, ücretsiz iznin bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile işverene yetki verilmesi ya da inceleme konusu karardaki gibi, toplu sözleşmedeki bir hükme dayanılarak işveren ile işçi sendikası arasındaki bir protokol çerçevesinde uygulamasının, Türk İş Hukukunda 2001 yılı genel ekonomik krizden sonra başladığı söylenebilecektir. Yazara göre, ekonomik kriz karşısında mevzuat değişikliği dışında başvurulabilecek en önemli araç toplu iş sözleşmesidir³².

Öğretide, ücretsiz iznin işçilerin bireysel onayları dışında, toplu iş sözleşmelerinde bunu düzenleyen bir hüküm varsa, burada öngörülen şartlarda uygulanabileceği kabul edilmektedir³³. Acaba ücretsiz iznin bir toplu iş sözleşmesi düzenlemesi çerçevesinde uygulandığı durumda, bu uygulama, kapsamındaki işçiler hakkında doğrudan bağlayıcı mıdır? Yine toplu iş sözleşmesinde işverene ücretsiz izin hakkında tek taraflı bir yetki verilmesi ile bunun toplu iş sözleşmesindeki hükümden hareketle işveren ile işçi sendikası arasındaki bir protokol çerçevesinde uygulanması arasında bir fark var mıdır?

Demir, "...işletme gereklerine bağlı olarak belirli bir süre ile sınırlı olarak 'işçinin irade özerkliği içinde kullandığı' ücretsiz izin uygulamasına geçilmesinin de, toplu iş sözleşmeleriyle işverene tanınmasında... yarar vardır." görüşündedir³⁴. Yazar doğrudan ücretsiz izinler hakkında değil, ancak ücretsiz izne ilişkin toplu sözleşme hükümlerini de kapsar şekilde, "...toplulu iş sözleşmesinde işçinin onayına gerek duyulmaksızın veya işçinin onayının toplu iş sözleşmeleriyle alınabileceği normatif hükümlerin" inceleneceğinden söz etmiştir³⁵.

Çelik'e göre, "...yararlılık ilkesi ile güdülen amaç, hizmet akdi ile işçiye toplu iş sözleşmesi dışında sağlanmış veya sağlanacak olan hakların saklı tutulması suretiyle işçinin korunmasıdır. Ücretin korunması her şeyden önce işçinin korunması anlamı taşır. Ancak, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işyerini ekonomik çöküntüden kurtarmak ve işçinin işini koru-

masını sağlamak amacıyla düzenlenen toplu iş sözleşmesi hükmünün, işçinin muvafakati koşuluyla, normal zamanda işçi yararına gözüken ücrete ilişkin hizmet akdi hükmü karşısında öncelik kazanarak geçerli sayılması gerektiği sonucuna varılmalıdır³⁶.

Ücretsiz iznin askı niteliği dikkate alındığında, öncelikle bunu ortaya çıkaran hukuki olgunun saptanması gerekmektedir. Ücretsiz izin adı ve bunun işlevi, bunun bir nevi izin olduğu yanılığısına neden olmaktadır. Yukarıda vurgulandığı üzere (III) ücretsiz iznin arkasında, işçinin iş görme edimini geçici süre ile engelleyen ancak İş Kanunu m.24/III'ün kapsamına girmeyen bir ifa imkansızlığı hali vardır³⁷. Böyle bir durumda işçi, işverenin alacaklı temerrüdü hükümleri (BK. m.325, TBK. m.408) çerçevesinde çalış(a)madığı halde ücrete hak kazanır; çünkü alacaklı temerrüdünü ortaya çıkaran nedenler, işletme rizikosu kapsamında işverenin sorumluluğundadır³⁸. Dolayısıyla ücretsiz iznin hukuki işlevi, işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin yasa hükümlerinden doğan sorumluluğunun kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılmasıdır.

Ücretsiz izinlere ilişkin Türk İş Hukukundakine benzer bir tartışma, Alman Hukukunda kısa çalışmalar bağlamında yapılmaktadır. Gerçekten her iki hukuk düzenindeki tartışmanın, hukuki şartlar itibarıyla benzerlik arz ettiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Çünkü Alman Hukukunda işveren, 4447 sayılı Kanun ek m.2'den³⁹ farklı olarak tek taraflı kısa çalışma kararı alamaz, işçilerin bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile kollektif onaylarının alınması gerekir⁴⁰.

Alman öğretisinde, işverenin alacaklı temerrüdünü düzenleyen § 615 BGB (BK m.325) hükmünün yedek hukuk kuralı olduğu ve bu nedenle toplu iş sözleşmelerinde işveren rizikosu esasından ayrılan düzenlemelere yer verilebileceği, örneğin ücret ödemesinin sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir⁴¹. Alman Federal İş Mahkemesine göre, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde işverenin ne zaman ve hangi şartlar dahilinde kısa çalışma uygulayacağı, toplu iş sözleşmesi ile düzenleme konusu yapılabilir. Ancak uygulanabileceği haller, kapsamı,

azami süresi ve diğer şartları hakkında somut sınırlandırmalar olmaksızın işverene kısa çalışma uygulaması yetkisi veren toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir. Çünkü böyle bir yetki, işçileri feshe karşı koruyucu yasal düzenlemeleri etkisiz bırakır⁴². Alacaklı temerrüdüne ilişkin yasal düzenleme (§ 615 BGB) yedek hukuk kuralı olarak toplu iş sözleşmelerinde düzenleme konusu yapılabilirse de, § 615 BGB hükmüne göre işverende olan işletme riskinin toplu sözleşme taraflarınca bütünüyle işçilere yüklenmesi mümkün değildir⁴³.

BK m.325 hükmü nazara alındığında, Alman Hukukuyla ilgili tespit edilenlerin Türk Hukuku içinde geçerli olduğu söylenebilecektir. Gerçekten ücretsiz izin uygulaması ile işveren rizikosu bütünüyle işçilere yüklenmiş olmaktadır⁴⁴. Konuyu askı halinin geçiciliği bağlamında ele alan Süzek, makul süreyi aşan bir ücretsiz izin uygulamasının, İş Kanunu m.24/II e, f hükmündeki ücretin ödenmemesi ve/veya çalışma şartlarının uygulanmaması halleriyle ilgili emredici hükümlerin özüne dokunulması sonucunu doğuracağı görüşündedir⁴⁵. Benzer şekilde, işçinin bireysel onayı olmaksızın uygulanacak bir ücretsiz izinde, işçinin İş Kanunu m.24/II e, f hükmündeki fesih hakkının bertaraf edildiği açıktır. Tüm bu tespitler ışığında, ücretsiz izin döneminde sıfır ücret ödemesi öngören toplu iş sözleşmesi hükümlerinin işçi hakkında doğrudan bağlayıcı olmadığı, ayrıca İş Kanunu m.22/1 uyarınca işçinin onayına başvurulması gerektiği görüşündeyiz. Bu sonuç, hem toplu iş sözleşmesi ile işverene ücretsiz izin konusunda tek taraflı yetki verilen haller için hem de işçi sendikası ile protokol yapılması şartına bağlandığı haller için geçerlidir. Buna karşın, toplu iş sözleşmesi hükmü çerçevesinde yarı ücret ödemesi gibi ücretin belirli bir oranda ödenmeye devam edildiği ücretsiz izinlerin ise, işçiler hakkında doğrudan bağlayıcı olduğu söylenebilecektir. İşçi, iş ilişkisinin devamlılığının sağlanması nedeniyle, ücretinin geçici süreyle eksik ödemesine katılmak zorundadır. Böyle bir toplu iş sözleşmesi hükmü normatif nitelikte olduğundan, dolayısıyla işçinin bu uygulamaya karşı haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkı olamaz.

2. Yargıtay uygulaması

Konu hakkında Yargıtay kararlarına bakıldığında, Yüksek Mahkemenin ücretsiz iznin toplu iş sözleşmesinde işverene tek taraflı yetki vermek suretiyle uygulanmasını ya da işçi sendikası ile işveren arasındaki bir protokol çerçevesinde uygulamasını, ilke olarak kabul ettiği görülmektedir. Örneğin, “İş yasalarında ücretsiz izin düzenlemesi mevcut değildir, bu kavram Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiştir. Buna göre tarafların karşılıklı anlaşmaları ve Toplu İş Sözleşmeleri ile ücretsiz izin düzenlemesi getirilmesi mümkündür. Ancak buradaki amaç işçinin veya işyerinin zorunlu nedenlerden dolayı yapılan bir uygulama olup, bunun belirli bir zaman sınırlaması ile yapılması mümkündür.”⁴⁶ Yüksek Mahkemenin böyle bir uygulamayı hangi şartlarda geçerli gördüğü ve sınırları hakkında tam bir değerlendirmeyi içeren bir ilke kararı bulunmamaktadır. Ancak yayımlanan kararlarından bazı tespitlerde bulunmak mümkündür.

İnceleme konusu yerel mahkeme ilamında emsal olduğu bildirilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.04.2007 tarihli kararında (dipnot 2), işveren ile işçi sendikası tarafı oldukları toplu iş sözleşmesindeki hükme dayanarak, ekonomik kriz sonucunda işyerinin ve işin gerekleriyle ücretsiz izin uygulaması hakkında bir protokol yapmışlardır. Bu protokol çerçevesinde ücretsiz izni kabul etmeyen işçiler dava açmışlar ve işveren feshine bağlı kıdem ve ihbar tazminatı talep etmişlerdir. Yüksek Mahkeme, işçilerin protokol ertesinde dava açarak iş sözleşmesini haklı fesih iradelerini ortaya koyduklarını, bu nedenle kıdem tazminatı talep edebileceklerini ancak işveren feshine bağlı olan ihbar tazminatı talep haklarının bulunmadığı sonucuna varmıştır⁴⁷. Dolayısıyla Yargıtay'ın, işveren ile işçi sendikasının tarafı buldukları toplu iş sözleşmesindeki yetkiye dayanarak yaptıkları ücretsiz izin konulu protokolün işçileri doğrudan bağladığı, ayrıca kabullerinin gerekmediği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın vardığı bu sonuca göre, ücretsiz izni düzenleyen hükümlerin toplu iş sözleşmelerinin normatif kısmından olduğu söylenebilecektir. Bu durumda işçi ücretsiz izne uymakla yükümlü olduğundan ve dolayısıyla İş Kanunu m.24/

II kapsamında haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkından edilemeyeceğinden, Yüksek Mahkeme kararı kendi içinde tutarlı olmamaktadır. İşyerinde ücretsiz iznin yürürlüğe girdiği bir ihtimalde, Taşkent'in haklı olarak vurguladığı üzere, işçinin daha sonradan ücretinin ödemediğini öne sürerek iş sözleşmesini İş Kanunu m.24/II'ye uygun olarak feshedebilmesi mümkün değildir⁴⁸.

Yüksek Mahkemenin önüne gelen bir başka olayda, işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinde, ücretsiz iznin ilgili hükümde öngörülen gerekçelerle ve şartlarda işçi sendikası ile yapılacak bir protokol çerçevesinde uygulanabileceği düzenlemesi bulunmaktadır. Buna rağmen işveren, toplu iş sözleşmesi hükümünü dikkate almaksızın ve ayrıca İş Kanunu m.22/1'deki usule uymaksızın, işyerinde 2 ay ücretsiz izin uygulamıştır. Bu uygulamaya karşı dava aşan işçi sendikası, işverenin ücretsiz izin işleminin iptaline karar verilmesini talep etmiş; işveren ise, ücretsiz iznin işçilerle yapılan sözleşmeler çerçevesinde uygulandığını savunmuştur. Yargıtay, “...toplular iş sözleşmesi bulunan bir işyerinde, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresince, toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler ile toplu iş sözleşmesine aykırı şekilde yapılan hizmet akitlerine değer verilemez.” şeklindeki haklı tespitinden sonra, çelişkili biçimde iki aylık sürede işçilerin ücretsiz izne karşı çıkmayarak bu uygulamayı örtülü biçimde kabul ettikleri gerekçesiyle davanın reddi gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁹. Kararı inceleyen Şahlanan, kararda bir yandan işçiler ile toplu iş sözleşmesine aykırı olarak yapılan bireysel sözleşmelerin geçerli olmadığı gerekçesiyle işverenin savunması reddedilirken, diğer yandan işverence uygulanan ücretsiz izne işçilerin itiraz etmediği ve dolayısıyla geçerli olduğu sonucuna varılmış olmasının çelişki oluşturduğunu vurgulamıştır çünkü iş sözleşmesini değiştiren bireysel bir sözleşmenin toplu iş sözleşmesine aykırılığı açısından, bunun yazılı olarak kararlaştırılması ile doğrudan eylemli biçimde uygulanması arasında bir fark yoktur. Yazara göre, “... işyerinde bir toplu iş sözleşmesi bulunması halinde, tarafların açık veya zımni kabulü ile gerçekleştirdikleri ücretsiz izin uygulamasını,

toplu iş sözleşmesinde bu yolda açık bir engelleyici hüküm bulunmaması kaydıyla toplu iş sözleşmesine aykırı bir hizmet akdi hükmü koymak şeklinde değil; İş K. md. 22/son fıkranın bir uygulaması olarak kabul etmek daha isabetli bir yorum tarzıdır.”⁵⁰ Ücretsiz izin konulu toplu iş sözleşmesi hükmünün normatif nitelikte olduğunun kabulü halinde, Şahlanan tarafından vurgulandığı şekilde kararda dayandırılan gerekçeler ciddi çelişki oluşturmaktadır. Yüksek Mahkemenin kararı bir ihtimalde çelişki oluşturmaz; o da, işyerinde ücretsiz izin uygulamasının işveren ile işçi sendikasının öngörülen şartlarda yapacakları bir protokole bağlandığı toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, normatif değil, borçlar hukukuna ilişkin kısmına girdiğinin kabulü halindedir. Bu sonuç ise, konuyla ilgili yukarıda tespit edilen içtihadı ile çelişir.

Yargıtay’ın konuyla ilgili son kararı, ücretsiz izin uygulamasının toplu iş sözleşmesi ile bir protokol yapılması şartına bağlanmadığı, bu konuda işverene tek taraflı yetki verildiği bir olaya ilişkindir: “Davalı işveren tarafından davacı işçinin işe gelmemeyi alışkanlık haline getirdiğinin anlaşılması nedeni ile uyarılmasına ve 2005 yılı Toplu iş sözleşmesinin 27. maddesine istinaden 1 ay ücretsiz izne ayrılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Dosyaya sunulan Toplu İş Sözleşmesinin 27. maddesinin son cümlesi ile işverenin isterse işçiye 90 gün ücretsiz izin verebileceği hükmü getirilmiştir. Toplu İş Sözleşmeleri tarafların özgür iradeleri ile gerçekleştirilmiş ve özerkliği dikkate alındığında uyulması gerekirse de, hakların denkleğinin Medeni Kanununun 2. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. İşçi, ücreti ile geçinen kişidir. Keyfi olarak ücretsiz izne çıkartılması iş hukuku tarafından korunmaz. İlgili yazıda her ne kadar işçinin devamsızlık yaptığı belirtiliyor ise de, bunun karşılığı yasalarda ve toplu iş sözleşmelerinde bulunmaktadır. Öte yandan toplu iş sözleşmesinin 27. maddesinde işçinin izne kendi isteği ile ayrılması sebebe bağlanmış ise de, işverenin keyfi bırakılmıştır. Bu durum edimler dengesini bozacak niteliktedir. Somut olayda davacı 14 yıllık bir işçidir. İşveren tarafından keyfi olarak ücretsiz izne çıkartılması, davacı işçi yönünden haklı fesih sebebidir.”⁵¹

Kararda, somut olay bağlamında ilgili toplu iş sözleşmesi hükmünün işçi açısından bağlayıcı olmadığı şeklinde yer verilen gerekçeler isabetli olmakla birlikte, işverence bu hükme dayalı olarak uygulanan ücretsiz iznin işçi açısından İş Kanunu m.24/II kapsamında haklı fesih nedeni oluşturduğu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü ilgili toplu sözleşme hükmünün kötüye kullanıldığı kabulü halinde, işverence uygulanan ücretsiz izin, hukuken haksız fesih niteliğindedir. Buna göre, işçi açısından bir haklı fesih nedeninden değil, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandıran bir işveren feshinden söz edilir.

3. İnceleme konusu karar

Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesinin, işveren ile işçi sendikası arasındaki ücretsiz izin konulu 25.02.2009 tarihli protokolü takiben, diğer işçilerle birlikte ücretsiz izni kabul etmemesi üzerine sona erdiğinin kabulü halinde, inceleme konusu yerel mahkeme kararı, Yargıtay’ın konuyla ilgili içtihadına uygundur. Yukarıda tespit edilen nedenlerle (IV, 1) BK m.325 (TBK m.408) uyarınca işverende bulunan işletme rizikosunun bütünüyle işçilere yüklenmesi sonucunu doğuran ücret izin uygulamasının, işçilerin bireysel kabullerine bağlı olduğu, toplu iş sözleşmesinde işverene tanıyan yetki ya da işçi sendikası ile yapılan bir Protokol çerçevesinde uygulanan ücretsiz izinlerin işçiler hakkında doğrudan bağlayıcı bulunmadığı görüşüyle, Yargıtay’ın içtihadına katılmıyoruz. Yargıtay bu uygulaması ile dolaylı olarak iş güvencesi hükümlerini işlevsiz hale getirmektedir. Çünkü ücretsiz izin uygulaması ile işveren rizikosunu bertaraf eden işveren, feshe bağlı külfetlerden kurtulmuş olmaktadır.

V. Sonuç

Ekonomik krizlerin gölgesinde geçen 1990 ve 2000’li yıllarda, iş hukukunun en güncel konularından birisi olan ücretsiz izinler, bir yandan işçilerin işlerini korumalarını temin ederken, diğer yandan işçilerin ücretinden fedakarlıkta bulunmasını gerektirmektedir. Amacı dikkate alındığında işçilerin böyle bir fedakarlıkta bulunmaları gerektiği söylenebilecekse de, ücretin işçi açısından vazgeçilmezliği göz

ardı edilemez. Bu nedenle ücretsiz izin uygulamasını gerektiren hallerde, işverenin işletme rizikosunun işçilere tamamıyla yüklenmesi yerine, her iki taraf arasında makul bir denge de paylaştırılması gerekir. Bu ise, ancak kısa çalışma kurumunu işlevsel hale getirecek değişikliklerin yapılması ile mümkündür. Çünkü kısa çalışmanın işler hale getirildiği durumda, ücretsiz izin uygulamasına fiilen ihtiyaç kalmayacaktır. Bu yolda en somut adım ise, kısa çalışmalarda ödeneğe hak kazanma için, işsizlik sigortasından farklı olarak, ilave şart aranması olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 İnceleme konusu yerel mahkeme ve bunu onayan Yargıtay kararı yayımlanmamıştır. Kararları temin eden Sn. Av. Mesut Ulusoy'a teşekkür ederim.
- 2 Karar, Çalışma ve Toplum, 2007/4, S. 15, s. 263-264'de yayımlanmıştır.
- 3 Ücretsiz iznin amacı ve özellikle fesihleri önleme işlevi hakkında bkz. Çelik, Nuri: Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarımı Önleyici Çözüm Arayışları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 433; Taşkent, Savaş: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil, S. 3, Eylül 2006, 20 vd; Eyrenci, Öner: Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S. 5, İstanbul 2001, s. 39; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2008, 433 vd; Uşan, M. Fatih: İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1213 vd; Başterzi, Süleyman: Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. 54, S. 3, s. 63 vd; Engin, Murat: İşletme Gereklileri ile Fesih ve Ücretsiz İzin, Yargıtay Karar Değerlendirmesi, Legal İHSGHD, Nisan-Haziran 2004, S. 2, s. 541.
- 4 Kısa çalışma ilk olarak 4857 sayılı Kanun'un 65. maddesi olarak düzenlenmişken, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun m.18 ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmış ve benzeri içerikte bir düzenleme, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek m.2 olarak yürürlüğe konmuştur.
- 5 Kısa çalışma uygulamasının zorlayıcı sebepler dışında, sadece genel ekonomik kriz halleriyle sınırlandırılması, bunun uygulanmasını adeta imkansız hale getirmiş, kurum ile beklenen yarar elde edilememiştir. Bu nedenle kısa çalışma, Torba Kanun olarak bilinen 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanun m.73 ile yeniden düzenlenmiş, genel ekonomik kriz dışında, sektörel veya bölgesel kriz hallerinde de kısa çalışma uygulanabilmesi kabul edilmiştir.
- 6 Süzek, s. 434; Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s. 229; Uşan, M. Fatih: 4857 Sayılı İş Yasası'nın 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Narmanlıoğlu'na Armağan, İzmir 2009, s. 225 vd.
- 7 Engin, s. 540.
- 8 Süzek, s. 438, 439-440; Taşkent, 23, 27; Engin, s. 543-544; Alp, 229-231; Demir, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi İle İşçinin Onayının Önceden Alınması, Sicil, Haziran 2006, S. 2, s. 109; Uşan, Esaslı Değişiklik, s. 231.
- 9 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.04.1998, E.1997/5112, K.1998/7778 (Karar ve incelemesi için bkz. Uşan, Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi, s. 1213 vd.). Benzer yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 08.11.2004, E.2004/7127, K.2004/25124: "Davacı işçinin rızası ve yazılı muvafakati bulunmadan işverence davacının tek taraflı ücretsiz izne çıkarılması eylemleri bir fesih olup, dairemizin yerleşik içtihatlarına göre bu durum davacı işçi açısından iş akdinin haksız fesih halini oluşturur ve işçi ihbar tazminatına da hak kazanır." (www.legalbank.net)
- 10 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 06.12.2000, E.2000/13381, K.2000/18384 (Kamu-İş: Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2000-2005, Ankara 2006, s. 262).
- 11 Engin, s. 542.
- 12 Taşkent, s. 24-25.
- 13 Taşkent, s. 26.
- 14 İşverenin çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliklerinin 1475 sayılı İş Kanunu açısından değerlendirilmesi için bkz. Süzek, s. 597; Başterzi, s. 61; Uşan, Esaslı Değişiklik, s. 211-212.
- 15 Süzek, s. 437; Alp, s. 228; Engin, 541.
- 16 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.04.1998, E.1997/5112, K.1998/7778, Uşan, Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi, s. 1213.
- 17 Taşkent, s. 26.
- 18 "4857 sayılı İş Kanununun 22.maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmüştür. Anılan yasal düzenleme ile eski yasa döneminde olduğu gibi işçiyi feshetme zorlayarak ihbar tazminatı ödememenin önüne geçilmek istenmiştir. İşyerindeki sendikalar örgütlenme süreci, üye işçilerin iş sözleşmelerinin fesih edilmesi, davacının görev yerinin değiştirilmeye çalışılması gibi gelişmeler dikkate alındığında görev değişikliğini kabul etmeyen davacının iş sözleşmesinin işverence haksız olarak fesih edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere işveren iş şartlarında esaslı değişikliğe giderek baskı feshi sonucu işçiyi iş sözleşmesini sona erdirmeye yöneltmeye çalışmıştır. İhbar tazminatından kurtulmak amacı da görülmektedir. Bu durum hukuk tarafından korunmaz. İhbar tazminatının kabulü gerekirken reddi hatalıdır." (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.12.2010, 22895/37240, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).
- 19 Engin, s. 543.
- 20 Karar ve değerlendirilmesi için bkz. Şahlanan, Fevzi: Ücretsiz İzin (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Aralık 2007, S. 330 (Hukuk 19), s. 2 vd. Benzer yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30.03.2006, E.2005/28789, K.2006/8012, Çalışma ve Toplum, 2006/3, S. 10, s. 185.
- 21 Süzek, s. 434; Alp, s. 229; Uşan, Değişiklik Feshi, s. 230; Demir, s. 109.

- 22 Taşkent, s. 22. Aynı yönde Ekonomi, Münir: İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 436-437. Şahlanan, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ücretsiz izin uygulamasının İş Kanunu m.22/1'deki yazılı usule tabi olduğu ancak bu düzenlemenin uygulamanın ihtiyaçlarına tam olarak cevap vermemesi nedeniyle isabetli olmadığı görüşündedir. Yazara göre, "özellikle çalışma şartlarında yapılan esaslı bir değişikliğe hiçbir şekilde itiraz etmeyen ya da işçinin davranışının zımni bir kabul anlamına geldiğinden kuşku duyulmayan hallerde, işçinin daha sonra söz konusu değişikliğe dayanarak hak talep etmesi, açıkça bir hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebilecek bir davranış biçimi olabilmektedir." (Şahlanan, s. 3).
- 23 Ancak Yargıtay'ın yakın tarihli bazı kararlarından, görüşünü değiştirdiğini söylemek mümkündür. Ücretsiz iznin işyerindeki işçilerin iki gruba ayrılıp birer hafta ara ile çalışmaları şeklinde uygulanmak istendiği bir davada, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliğin İş Kanunu m.22/1 uyarınca ancak işçinin yazılı kabulü ile bağlayıcı hale geleceği tespit edildikten sonra, "Dosya içeriğine göre davalı işverence ekonomik nedenlerle işçiler ikiye bölünerek, bir grubun bir hafta, diğer grubun ise sonraki hafta çalışacağı yönünde bildirimde bulunduğu anlaşılmaktadır...işçiye birer hafta ara ile ücretsiz izin teklifi iş şartlarında esaslı değişiklik mahiyetindedir. Davalı işverence 4857 sayılı İş Kanununa uygun bir uygulama yapılmamışsa da..." (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 18.01.2010, E.2009/25569, K.2010/36, Çalışma ve Toplum, 2010/2, S. 25, s. 327-329).
- 24 Taşkent, s. 23, 27; Süzek, s. 438, 439-440; Alp, s. 229-231; Engin, s. 543-544; Uşan, Esaslı Değişiklik, s. 232.
- 25 Süzek, s. 597; Engin, s. 541.
- 26 Şahlanan, s. 3-4.
- 27 Benzer yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 29.12.2003, E.2003/22915, K.2003/22947 (İşveren, Ocak 2004, s. 18-19).
- 28 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 21.11.2005, 34460/36797 (Çalışma ve Toplum, 2006/2, S. 9, s. 218-219).
- 29 Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.04.2009, E.2007/37443, K.2009/11740; 01.03.2010, E.2008/17246, K.2010/5405 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).
- 30 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.12.2008, E.2007/31333, K.2008/33412 (Çalışma ve Toplum, 2009/2, S. 21, s. 259-260).
- 31 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.11.2010, 28784/35580, Çalışma ve Toplum, 2011/3, S. 30, 422-426.
- 32 Çelik, s. 429 ve dn. 7'de anılan yazarlar, 434.
- 33 Taşkent, s. 22; Çelik, s. 433-434 ve dn. 22'de anılan yazarlar; Demir, s. 110; Uşan, Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi, s. 1215-1216.
- 34 Demir, s. 110.
- 35 Demir, s. 100.
- 36 Çelik, s. 431.
- 37 Süzek, s. 429-430; Taşkent, s. 21, Eyrenci, s. 40 vd.
- 38 Winter, Regine: Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Hrsg. Däubler, Wolfgang, 2. Auflage, Baden-Baden 2006, § 1 TVG, Rn. 476; Löwisch, Manfred/ Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage 2004, § 1 TVG, Rn. 838.
- 39 Türk iş hukukunda ücretsiz izin uygulaması için işçilerin rızasının gerekmediği hakkında bkz. Başterzi, s. 65; Süzek, s. 743.
- 40 Cohnen, Karl-Dietmar / Röger, Hendrik: Kurzarbeit als Antwort auf kurzfristig auftretende Konjunkturschwächen – Arbeitsrechtliche und Sozialversicherungsrechtliche Grundlagen, Betriebs Berater, 2009, 47; Däubler/Winter, § 1, Rn. 530.
- 41 ErfK/Franzen, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hrsg. Glöge, R.M./Preis, U./Schmidt, I.), 9., neu bearbeitete Auflage, München 2009, § 1 TVG, Rn. 57; Löwisch/Rieble, § 1, Rn. 838; Däubler/Winter, § 1, Rn. 476.
- 42 BAG, 27.01.1994, 6 AZR 541/93, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1995, s. 134. Konu hakkında bkz. ErfK/Franzen, § 1 TVG, Rn. 69; Cohnen/Röger, 47; Däubler/Winter, § 1, Rn. 530 dn. 1256; Löwisch/Rieble, § 1, Rn. 838.
- 43 Löwisch/Rieble, § 1, Rn. 838 ve burada anılan Staudinger/Richardi. Benzer yönde Däubler/Winter, § 1, Rn. 476.
- 44 Süzek, s. 433-434.
- 45 Süzek, s. 436.
- 46 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 05.04.2007, 1324/9484 (Legalbank).
- 47 Benzer şekilde, "Davacının çalıştığı işyerinin ekonomik darboğaza girmesi, fabrika faaliyetlerinin geçici olarak durması üzerine toplu iş sözleşmesinin 20/e maddesi gereğince işçi sendikası yetkilileri ile işveren arasında 7.7.2006 tarihli protokol yapıldığı, bu protokol gereği ücretsiz izni kabul etmeyen işçilerin dava açarak fesih iradelerini ortaya koydukları, bu sebeple kıdem tazminatı isteğinin hüküm altına alınması yerinde ise de akdi haklı olarak fesheden tarafın ihbar tazminatı talep edemeyeceği sonucuna varıldığından ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 17.04.2008, E.2007/16061, K.2008/9035 (Legalbank).
- 48 Taşkent, s. 26. Aksine, iş sözleşmesi askıya alınmış olsa dahi işçinin İş Kanunu m.24/II kapsamında her zaman fesih hakkının bulunduğu hakkında Başterzi, s. 76.
- 49 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 10.10.2006, 24775/26831 (Karar ve incelemesi için bkz. Şahlanan, s. 3).
- 50 Şahlanan, s. 3.
- 51 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 07.10.2008, E.2007/27250, K.2008/25924 (Legalbank).

Av. Zekeriya SANCI

Mahalli İdareler Kamu İşveren Sendikası (MİKSEN) Genel Sekreter Yardımcısı

**Aralıklı Çalışmalarda Bildirim Süresinin
Belirlenmesi****T.C. YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ****Esas No** : 2009/46209**Karar No** : 2010/19769**Tarihi** : 22.06.2010**DAVA**

Davacı, ihbar, kıdem tazminatı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kap-

samı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı ihbar tazminatı talep etmiş, mahkemece aralıklı çalışmalar sebebiyle son dönem 8 ay 20 günlük çalışma süresine göre hesaplanan tutarın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. İhbar tazminatı konusunda taraflar arasında uyumsuzluk söz konusudur.

İş sözleşmesi, taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan her hangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Fesih hakkı, iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırmak üzere yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.

Maddede düzenlenen bildirimli fesih belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanınması gerekmez.

İşçinin belirli süreli iş sözleşmesiyle tam süreli kısmi süreli olarak ya da çağrı üzerine hatta takım sözleşmesi ile çalışması arasında bildirim öneli tanınması gerekliliği yönünden bir fark bulunmamaktadır. Ancak deneme süreli iş sözleşmesinde karşı tarafa bildirim öneli tanınmasına gerek yoktur.

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

Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden uygulama, işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir.

Mevsimlik ya da vizeli yönünden ise, askı süresinin bitiminde veya mevsim başlangıcında işçinin işe çağırılmaması, Dairemizce işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir (Yargıtay 9.HD. 18.4.2006 gün 2006/4823 E, 2006/10605 K.).

Fesih bildirimini yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekli şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaşması ile

sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez. Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan feshlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikkate alınması gerekmektedir. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması yönüyle de işçinin aleyhindedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematığına uygun düşmemektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında işveren feshi yerine işçinin emeklilik sebebiyle feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 26.6.2008 gün 2007/24004 E, 2008/17671 K.).

Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltıla-

maz. Ancak, sürelerin sözleşme ile artırılabilceği Kanunda düzenlenmiştir.

Bildirim önellerinin artırılabilceği yasa da belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hâkimin belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD., 21.03.2006 gün 2006/109 E. 2006/7052 K.). Üst sınırın en çok ihbar ve kötüniet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir (Yarg. 9. HD. 14.7.2008 gün 2007/24490 E, 2008/ 20203 K.).

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanununun 24 ve 25. maddelerde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanununun 17. maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı söz konusu olacaktır.

Yine haklı fesih nedenine rağmen işçi ya da işverenin 26. maddede öngörülen hak düşürücü süre içinde fesih yoluna gitmemeleri halinde sonraki fesihlerde karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

İhbar tazminatı iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olduğu için, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. Yine, işçinin 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

İhbar tazminatının miktarı "bildirim süresine ait ücret" olarak Kanunda belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadın doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125. mad-

desine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

İhbar tazminatının hesabında Kanununun 32. maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışındaki kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Somut olayda davacı işçi 2005-2008 yılları arasında davalı nezdinde kısa aralıklarla çalışmıştır. Son olarak 02.12.2007-22.8.2008 tarihleri arasında çalışmış ve haksız fesih sebebiyle tazminat istekleriyle bu davayı açmıştır. Mahkemece tüm süreye göre hesaplanan kıdem tazminatı isteği kabul edilmiş, ihbar tazminatı bakımından ise son çalışma dönemi 8 ay 20 gün için 4 haftalık tazminat hesabı yapılmıştır.

Davacı işçinin işverenin değişik işyerlerindeki aralıklı çalışmaları 10 yıldan fazla ara verilmeksizin gerçekleşmiştir. Bu durumda kıdem ve ihbar tazminatlarının zamanaşımına uğradığından söz edilemez. İhbar tazminatı bakımından da hizmetlerin birleştirilmesi ve tüm süre için 8 haftalık ihbar tazminatı hesabı yapılması, ihbar tazminatı kurumunun amacına uygun olur. Aksi halde aralıklı çalışmalarda her bir fesih tarihinden itibaren ayrı ayrı ihbar tazminatı talebi gündeme gelebilecek olup, bu durum kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesini öngören 1475 sayılı Yasanın 14/ 2. fıkrasına aykırılık oluşturur. Mahkemece, ihbar tazminatının 8 haftalık ücret tutarında hesaplaması suretiyle isteğin kabulüne karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I. Karara Konu Olay

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ilgili kararına konu olan olayda, davacı işçi 2005-2008 yılları arasında davalı nezdinde kısa aralıklarla çalışmış, son olarak 02.12.2007-22.8.2008 tarihleri arasında çalışırken iş sözleşmesi feshedilmiş, haksız fesih yapıldığı gerekçesiyle tazminat taleplerini içeren bu davayı açmıştır. Mahkeme tarafından tüm süreye göre hesaplanan kıdem tazminatı isteği kabul edilmiş, ihbar tazminatı bakımından ise son çalışma süresi 8 ay 20 gün olması nedeniyle, 4 haftalık bildirim süresi üzerinden ihbar tazminatına hükmedilmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık ihbar tazminatının miktarının hesaplanmasında esas alınacak bildirim süresinin hangi süreler üzerinden hesaplanacağı, kaç hafta olarak belirleneceği hususundadır. Bir başka ifadeyle tartışmanın kaynağını, 2005-2008 yılları arasında işçi tarafından aralıklı sürelerle yapılan çalışmaların ihbar tazminatının hesaplanmasında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesinde birleştirip birleştiremeyeceği oluşturmaktadır. Kanunda ihbar tazminatının miktarı "bildirim süresine ait" ücret olarak belirlendiğinden (İş K. M. 17/III), işçinin kıdemine göre bildirim süresinin belirlenmesi hususu da önem arz etmiş, bu kararla da konu açıklığa kavuşturulmak istenmiştir.

II. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Kararı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yaptığı inceleme sonucunda, ihbar tazminatının hesaplanmasında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesine yönelik yerel mahkeme kararını isabetli bulmamıştır. Yüksek Mahkeme, aralıklı çalışmalarda ihbar tazminatı miktarının hesabında esas alınacak bildirim sürelerinin belirlenmesinde, hizmetlerin birleştirilmesini ve tüm süre için 8 haftalık ihbar tazminatı hesabı yapılması gerektiğini bu hesaplamanın ihbar tazminatı kurumunun amacına uygun olacağını, aksi halde aralıklı çalışmalarda her bir fesih tarihinden itibaren ayrı ayrı ihbar tazminatı talebi günde-

me gelebileceğini, bu durumun ise kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesini öngören 1475 sayılı Kanununun 14. maddesinin II. fıkrasına aykırılık oluşturacağını belirterek, yerel mahkemece 4 haftalık ihbar tazminatı ücreti tutarında hesaplama yerine, 8 haftalık ihbar tazminatı ücreti tutarında hesaplama yapılması isteğinin kabulüne karar verilmek üzere kararın bozulması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 21.07.2009 tarihli kararı oybirliği ile verilmiş bir karardır. Uyuşmazlığa konu olay hakkında uygulanacak açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu kararda üzerinde durulması gereken esas konu ihbar tazminatının parasal karşılığının hesaplanmasından çok ihbar tazminatının hesaplanmasında esas alınacak bildirim süresinin süresi ile ilgilidir. Bir başka ifadeyle ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresi kaç hafta olacaktır? İşçilerin ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresi belirlenirken, kıdem tazminatının hesaplanmasında olduğu gibi; aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek ortaya çıkan hizmet süresinin toplamı esas alınacak mıdır?

Halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin II. fıkrasına göre, kıdem tazminatının hesaplanmasında hizmetlerin birleştirilmesi söz konusudur. Benzer yasal düzenleme ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesinde söz konusu değildir. Buna göre olayda çözümlenmesi gereken sorun, ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesinde, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklı çalışma hallerinde işçinin hizmet sürelerinin birleştirilip birleştiremeyeceğidir.

Bu sebeple; konunun daha iyi anlaşılabilmesi için işçinin hizmet süresinin esas alındığı işçilik alacakları açısından kıdem süresinin belirlenmesinde, işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklı çalışmalarının birleştirilmesi üzerinde durulacak, İş Kanunu'nda, işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerindeki çalışma sürelerinin birleştirilmesini düzenleyen kanun hükümleri incelenecektir. İn-

celeme konusu karara ilişkin olması nedeniyle ayrıca ihbar tazminatında kıdem süresinin önemi üzerinde durulacaktır.

III. İşçinin Kıdem Süresinin Belirlenmesi

1. Kıdem Tanımı ve Kıdem Süresinin Belirlenmesi

İş hukukunda kıdem, işçinin bir işyerinde işverenin emri altında belirli bir süre çalışmayla elde edilen ve işçiye bir takım yararlar sağlayan bir durum olarak tanımlanmıştır¹. İşçinin kıdemi, kural olarak, iş sözleşmesinin başlangıcından sona ermesine kadar geçen süreçte, işçinin çalıştığı zamanların toplamından ibarettir. İş hukukunda iş ilişkisi, iş sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte başlamış olur (İş K. M. 8/1, M. 2/1). İş Kanunu'nda, hizmet süresinin esas alındığı sürelerin işleyebilmesi için sadece iş sözleşmesinin kurulması yeterli olmayıp işçinin fiilen işe başladığı günün esas alınması gerekir (1475 sayılı İş K. M. 14/I, İş K. M. 53/D)². Kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izne hak kazanmada olduğu gibi, Yüksek Mahkemece işçinin hizmet süresinin esas alındığı benzer işçilik alacaklarının hesabında da işçinin işe fiilen başladığı günün esas alınacağı kabul edilmiştir³.

Deneme süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi işçi, henüz iş sözleşmesi yapılmadan fiilen işe başlamışsa, fiilen çalıştığı andan itibaren kıdemi başlar⁴. Öte yandan işçi, iş sözleşmesi yapılmasına rağmen henüz fiilen çalışmayıp işverenin buyruğuna hazır halde beklediğinde ise, iş sözleşmesinin yapıldığı tarihi, işçinin kıdemini başladığı tarihtir⁵. Nitekim İş K. M. 66/c'de bu durum çalışma süresinden sayılan hallerden biri olarak ifade edilmiştir.

İş Kanunu'nun 14. maddesinin II. fıkrasında da işçilerin kıdemleri "hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler" olarak tanımlanmıştır.

İş ilişkisinin ve iş sözleşmesinin önemi daha çok belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshiyle birlikte ortaya çıkmaktadır. İşçinin kıdemini sona

ermesi, iş sözleşmesinin sona erdiği bir başka ifadeyle iş ilişkisinin bittiği tarihtir. İş sözleşmesinin sona ermesi her zaman fesih bildirimini yapıldığı anda gerçekleşmeyebilir. Örneğin bildirimli fesih, bildirim süresinin sonundan itibaren işçinin kıdemi son bulur. Ayrıca işçinin fiilen çalışmasını sona erdirmesine rağmen iş sözleşmesinin devam etmesi de mümkün olabilmektedir. Bu duruma örnek olarak iş güvenliği kapsamında sağlanan haklardan olan 4 aya kadar boşta geçen sürenin işçinin kıdeminden sayılması gösterilebilir⁶.

2. İş Kanunu'nda Kıdem Süresinin Dikkate Alındığı Durumlar

Çalışma süresi, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin birinci maddesinde, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süreler olarak tanımlanmıştır⁷. İşçinin kıdemini esas aldığı bir kısım hakların elde edilmesinde işçinin iş yerinde geçirdiği hizmet süreleri önem arz etmektedir. Bunlar; belirsiz süreli iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilmesi halinde iş güvenliği hükümlerinden yararlanılabilme, ihbar ve kıdem tazminatlarının kazanılması ile yıllık ücretli iznin hak edilmesine ilişkin durumlardır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda yapılan bu düzenlemelerle, işçinin kıdemini esas alındığı işçilik haklarının kazanılmasında somut ölçütler getirilmiştir. Bir başka ifadeyle işçi, Kanundaki bu düzenlemelerle kıdemine göre iş güvenliği hükümlerinden yararlanmaya hak kazanabilecek, kıdemine göre ihbar tazminatı ile kıdem tazminatına hak kazanacak ya da yıllık ücretli izin hakkını elde edecek ve kullanacağı izin süresi belirlenecektir.

İş Kanunu'ndaki kıdemle ilgili düzenleme, ilk olarak iş güvenliği kapsamına giren işçilerin tespitinde karşımıza çıkar. İş Kanunu'na göre, işveren tarafından iş sözleşmesinin geçerli bir nedene dayandırılarak feshedilebilmesi durumunda iş güvenliği hükümlerinden yararlanabilmek için işçinin en az altı aylık kıdemini olması gerekir. İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir (İş K. M. 18/IV)⁸. Öğretide, İş Kanunu'nda altı aylık sürenin hesabında sürekli bir çalışmadan söz edilme-

diği için, altı aylık sürenin hesabında aralıklı çalışmaların birleştirilebileceği sonucuna varılmıştır⁹. Yüksek Mahkeme, altı aylık kıdem süresinin ne zaman tamamlanmış olacağını konuya ilişkin kararlarında açıklığa kavuşturmuştur¹⁰.

Altı aylık kıdem hesabında İş Kanunu'nun 66. maddesindeki çalışma süresinden sayılan hallere ilişkin süreler dikkate alınır. Altı ayın hesabına deneme ve askıda kalan süreler de dahil edilir. Zira kıdem hesabında işçinin fiilen çalıştığı süre değil, işçinin, işe başladığı tarihten itibaren geçen takvim süresine bakılacaktır¹¹.

İkinci olarak, yıllık ücretli izne hak kazanma konusunda işçinin kıdemi bir başka ifadeyle hizmet süresi önem taşımaktadır. İş Kanunu'nun 53. maddesinin I. fıkrasına göre, işyerinde işe başladığı günden itibaren deneme süresi de içinde olmak üzere en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilebilecektir. Kanunun açık hükmünden de anlaşılacağı üzere işçinin yıllık ücretli izni hak kazanabilmesi için işyerinde fiilen işe başladığı tarihten itibaren en az bir yıl çalışmış olması gerekir¹². Yine İş Kanunu'nda, bu Kanunun 53. maddesinde belirtilen yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında, işçilerin aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınacağı açıkça düzenlenmiş, ayrıca bir yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için gerekli sürenin hesabında aynı işverenin mevcut İş Kanunu kapsamına girmeyen işyerlerinde de çalışılan sürelerin hesaba katılacağı açıkça belirtilmiştir (İş K. M. 54/1). İş Kanunu'nun 55. maddesinde "yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller" de düzenlenmiştir. Böylece, yıllık ücretli izne hak kazanılması için esas alınacak sürenin hesabında, çalışılmış gibi sayılan sürelerde kanunla düzenlenerek uygulamada çıkacak sorunların önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Kıdem tazminatının hesaplanmasında göz önünde alınacak kıdem süresinin başlangıcı iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, Kanunda açıkça belirtildiği gibi, işçinin "işe başladığı" tarihtir. İş Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca kıdem tazminatının kazanılmasında ve hesaplanmasında işçinin kıdemi, işverenin buyru-

ğuna hazır bulunduğu andan itibaren başlar¹³. Kanunda açıkça belirtildiği gibi, iş sözleşmesinin devamınca geçen süre kıdem tazminatının hesabında dikkate alınır (1475 s. İş K. M. 14/I).

İş hukukumuzda kıdem süresinin önem taşıdığı en önemli iki konu, kıdem tazminatı ile ihbar tazminatıdır. Kıdem tazminatı bir yıllık asgari çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin kanunda sayılan nedenlerden biriyle son bulması halinde, işverence, işçiye ya da mirasçılara yapılan bir ödemedir¹⁴. İhbar tazminatı ise belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir nedeni olmaksızın ve usulüne uygun bildirim süresi tanımadan fesheden tarafın, karışı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır.

İnceleme konumuz kararlar ile ilgili olması nedeniyle, ihbar tazminatı ile ilgili diğer hususlardan ziyade, ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim sürelerinin belirlenmesinde dikkate alınacak kıdem süresi üzerinde durulacak, ihbar tazminatında kıdem önemi ayrı başlık altında incelenecektir.

3. Kıdem İşlemesini Engellemeyen Durumlar

Halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin II. fıkrasına göre; İşçilerin kıdemleri, iş sözleşmesinin devam etmiş veya aralıklarla yeniden yapılmış olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanacaktır. Öte yandan işçi aynı işverene ait bir işyerinde bir yıldan fazla çalışarak veya değişik işyerlerindeki çalışma süreleri bir yıllık süreyi aşarak kıdem tazminatı almak suretiyle işten ayrılmışsa, bir süre sonra aynı işverene ait bir işyerine tekrar işe girmesi ve yeniden kıdem tazminatına hak kazanması halinde, eski çalıştığı süre için kıdem tazminatı ödenmiş olduğundan eski kıdem süresi yeni tazminatın hesabında göz önünde tutulmayacaktır¹⁵.

Feshe rağmen aralıksız çalışma durumlarındaki kıdem hesabı Yüksek Mahkeme'ye göre, daha önce kıdem tazminatı ödenerek kâğıt üzerinde çıkış-giriş yapılmak suretiyle işyerinde çalışmasını sürdüren işçinin ilk işe başladığı andan itibaren son işten ayrılış tarihine kadar geçen süre ve son ücreti üzerinden kıdem taz-

minatı hesaplanacak ve evvelce aldığı tazminat düşülecektir¹⁶.

Önceki iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandırmayan bir nedenle sona ermesi durumunda işçinin daha sonra aynı işyerinde çalışıp kıdem tazminatına hak kazanması üzerine, önceki süre de kıdem tazminatının hesabında esas alınacak mıdır? Öğretide farklı görüşler olmakla birlikte Yüksek Mahkeme'nin görüşü, kıdem tazminatına hak kazandırmayan bir nedenle iş sözleşmesi sona eren işçinin kıdemi daha sonraki çalışma döneminde kıdem tazminatına hak kazanarak işten ayrılmasında hesaba katılmaz¹⁷. Kanımızca ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesinde de Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünün dikkate alınması yerinde olacaktır.

4. İhbar Tazminatında Kıdemın Önemi

Konumuzla ilgisi olması nedeniyle "ihbar tazminatında kıdemın önemi" üzerinde kısaca durmak faydalı olacaktır. Kanunumuzda belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumlarında, işçi ve işveren tarafı için işçinin kıdemine göre artan oranda bildirim süresi düzenlenmiştir. Bu durumda bildirim süresi, fesih beyanının karşı tarafa bildirildiği tarihten iş ilişkisinin son bulunduğu tarihe kadar geçen süre olarak tanımlanmıştır¹⁸.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde iş ilişkisinin bildirim süresi yoluyla sonlandırılma hakkının tanınması temelde tarafların kişilik haklarının korunması ilkesine dayanır¹⁹. Bu amaç doğrultusunda, belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetme hakkına sahip olan tarafın karşı tarafa vereceği zararı da kısmen de olsa karşılamak zorundadır. Bu durumda, ihbar tazminatının amacını; belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetme hakkını kullanan tarafın bu hakkını kullanırken karşı tarafa vereceği zararın tazmini olarak kabul edebiliriz.

İhbar tazminatı, işçinin işyerindeki çalışma süresine (kıdemine) göre uyulması gereken bildirim süreleri göz önünde tutularak hesaplanır²⁰. İş Kanunu'nda, işçinin işyerinde kıdemi arttıkça bildirim sürelerinin de artması kabul edilmiştir. Kanuna göre, fesih bildirim süreleri,

işi altı aydan az sürmüş işçi için iki, işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş işçi için dört, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş işçi için altı, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için sekiz haftadır. Süreler fesih bildirimiminin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte başlar. İş Kanunu'nda öngörülmesi olan bu bildirim süreleri hem işçi hem de işveren tarafından yapılan fesihlerde geçerlidir (İş K. M. 17).

Fesih bildirimini, bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle şarta bağlı fesih bildirimini geçerli değildir. Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır. İş Kanunu'nda öngörülen fesih süreleri asgari sürelerdir. Bu süreler iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleriyle artırılabilir.

İş Kanunu'nun 17. maddesinin devamında bildirim şartına uymayan tarafın bildirim süresine ilişkin ücret tutarında ihbar tazminat ödemesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda işveren bildirim süresine ait ücreti peşin vererek işçiyi derhal işten çıkarabilecektir (İş K. M. 17/V). Öğretide farklı görüşler olmakla birlikte, Yüksek Mahkeme'ye göre işveren, işçinin ücretini peşin ödeyerek sözleşmeyi feshettiğini bildirmesiyle iş sözleşmesi derhal sona erecektir. Bir başka ifadeyle bildirim sürelerinin ücretinin peşin ödenmesi hallerinde bu süreler işçinin çalışma süresinden sayılmayacaktır.

Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın feshedebilirler (İş K. M. 15/2). Belirsiz süreli iş sözleşmesi, deneme süresi geçtikten sonra feshedilirse, işçinin hizmet süresi esas alınarak kanunda öngörülen bildirim süreleri ücreti kadar ihbar tazminatı ödenir.

Birden çok iş sözleşmesi ile aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklarla çalışmış işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedildiğinde, bu işçiye ne kadar süre üzerinden bildirim süresi ücreti ödeneceği hususu açık olmayıp, yıllık ücretli izne hak kazanmada ve kıdem tazminatı hesabında olduğu şekliyle, aralıklı çalışmalarda hizmet sürelerinin birleştirilmesi

ile ilgili yasal düzenleme de söz konusu değildir. Bu sebeple ihbar tazminatının amacına uygun olarak, her belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde bildirim süresinin kullanılması ya da bildirim süresinin ücreti söz konusu olacaktır. Çünkü iş sözleşmesinin her feshinde fesheden tarafın karşı tarafa vereceği bir zarar söz konusu olacaktır. İhbar tazminatına da hak kazanabilmek için kıdem tazminatın hak edilmesi için öngörülen bir yıllık kıdem süresine de ihtiyaç yoktur.

IV. Değerlendirme

İncelediğimiz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararı özü itibarıyla, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde aralıklı sürelerle çalışan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesinde, hizmetlerinin toplanarak birleştirilmesi ve toplam çalışılan süre için ihbar tazminatı hesabında esas alınacak bildirim süresi ücreti kadar ihbar tazminatı ödenmesinin ihbar tazminatı kurumunun amacına uygun olup olmayacağı meselesidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi inceleme konumuz olan bu kararda, ihbar tazminatına esas süresinin belirlenmesinde hizmetlerin birleştirilmesinden bahsetmekte ve çalışılan tüm süre göz önünde bulundurularak ihbar tazminatının hesabında esas olan bildirim süresinin belirlenmesinin ihbar tazminatı kurumunun amacına uygun olacağını belirtmekte, aksi durumda aralıklı çalışmalarda her bir fesih tarihinden itibaren ayrı ayrı ihbar tazminatı talebi gündeme geleceğini ve bu durumun kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesini öngören 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin II. fıkrasına aykırılık oluşturacağını ifade etmektedir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin II. fıkrası "İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasillarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır" hükmünü içermektedir. Bu hüküm maddenin başlığından da anlaşılacağı üzere kıdem tazminatı ile ilgili bir düzen-

lemedir. Öğretide bu maddedeki "kıdem" deyiminin hem tazminata hak kazandıran asgari çalışma süresi, hem de tazminatın hesaplanmasında göz önünde tutulan tüm çalışma süresi anlamında kullanıldığını, yapılan düzenlemenin sadece kıdem tazminatı hesabında herhangi bir çalışma süresinin yitirilmemesi amacına dayandığını ve yalnızca kıdem tazminatının ödenmediği sürelerin birleştirilmesi ile ilgili olduğu şeklinde yorumlanmış, gerekçe olarak da maddenin ilk fıkrasında ki kıdem tazminatının hesabında "iş sözleşmesinin devamı süresinin" esas alınacağı ilkesi ile aynı süre için birden fazla kıdem tazminatı ödenmeyeceği hükmüne dayanılmıştır²¹. Kanımızca öğretilerdeki görüş isabetli olup halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi tamamen kıdem tazminatı ile ilgili düzenlemeleri içeren bir maddedir. Maddenin başlığı "Kıdem Tazminatı" olup yine maddenin II. fıkrasındaki işçilerin kıdem süresi ile ilgili düzenleme de kıdem tazminatının hesaplanması ile ilgili düzenlemedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi hükmüne göre halen yürürlükte olan 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin II. fıkrası ve yine aynı Kanunun 54. maddesinin I. fıkrası hükümlerine göre "hizmet sürelerinin birleştirilmesi" ile ilgili istikrarlı kararlar vermiştir²². Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1991 yılında vermiş olduğu bir kararda, yıllık ücretli izin hak edilmesinin ilgili hizmet sürelerinin hesabında konuyu emekli olan ve kendisine kıdem tazminatı ödenen bir işçi açısından ele almış ve davacının emekli olup kıdem tazminatını aldıktan sonra işyerinde çalışmasının sürdürmüş olmasının, yeni bir iş sözleşmesine dayandığını belirterek, emeklilikten sonraki hizmet sürelerinin emeklilikten önceki süreye ilave edilerek, yıllık ücretli izin hesabı yapılamayacağını belirtmiştir²³. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, emekli olduktan sonra aynı işyerinde çalışmasını sürdürmüş olan işçiye ödenecek ihbar tazminatının hesabında esas alınacak sürelerin belirlenmesinde de emeklilik sonrası hizmet sürelerinin emeklilik öncesi hizmet sürelerine ilave edilerek ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenemeyeceği şeklinde kararlar vermiştir²⁴.

Yüksek Mahkeme; incelediğimiz kararda ihbar tazminatının hesaplanmasında esas alınacak bildirim sürelerinin belirlenmesinde, bir işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerindeki hizmet sürelerinin birleştirilerek ortaya çıkan çalışma süresinin dikkate alınmamasının, halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun "kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesini öngören" 14. maddesinin II. fıkrasında aykırılık oluşturacağı görüşündedir. Yüksek Mahkeme'nin bu düşüncede olmasının sebebi, yıllık ücretli izne hak kazanma ve izin sürelerinin kademeli olarak belirlenmesi ile kıdem tazminatında kıdem hesabında dikkate alınacak sürelerin belirlenmesine ilişkin kararlarında görebiliriz. Yüksek Mahkeme aşağıda belirteceğimiz kararında, İş Kanunu'nun 54. maddesinin I. fıkrasında yer alan yıllık ücretli izne ilişkin düzenleme ile halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesindeki düzenlemeyi karşılaştırarak, kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken hizmet süresinin hesaplanmasında esas alınan ölçütlerin, yıllık izne hak kazanma noktasında da dikkate alınması yerinde olacağını belirtmiş, ihbar tazminatı hesabında esas alınacak bildirim sürelerinin belirlenmesinde de uygulamıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, hizmet sürelerinin hesaplanmasına yönelik açıklayıcı kararı²⁵: "...İşçinin aralıklı çalışmalarında iş sözleşmesinin feshinin ardından, bir dönem için kıdem tazminatı ödenmiş olması halinde bahsi geçen çalışmaların tasfiye edilmiş olduğu sonucuna varılmaktadır. Kıdem tazminatı ödenmek suretiyle tasfiye edilen sürelerin işçinin aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde daha sonra gerçekleşen hizmet süresine eklenmesi, mümkün görülmemektedir. Buna karşın, iş sözleşmesi feshedildiği halde tazminatları ödenerek tasfiye edilmeyen hizmetlerin sonraki çalışma süresine ekleneceği, Dairemizce kabul edilmektedir. Yine, işverenin ileride daha az kıdem tazminatı ödemek için gerçekte iş sözleşmesi sonlandırılmadığı halde kıdem tazminatı ödeme şeklinde bir uygulama içine girmesi halinde, işçi aleyhine sonuçlar doğuran bu tutumu yasalar karşısında korunmamakta ve yapılan ödeme avans niteliğinde kabul edilmektedir.

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken hizmet süresi yönünden varılan bu sonucun, yıllık izne hak kazanma noktasında da dikkate alınması yerinde olur. Gerçekten 1475 sayılı Yasa ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun bahsi geçen hükümleri, birbirine oldukça yakın düzenlemeler içermektedirler..." şeklindedir²⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu kararıyla, işçinin hizmet süresinin esas alındığı işçilik alacakları ile ilgili kıdem süresinin hesabında, aralıklı çalışmalar sonucu ortaya çıkan hizmet sürelerinin hangi esaslar çerçevesinde birleştirilmesi gerektiğinin de sınırlarını çizmiş olmaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin fasıllı geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatı açısından ve yıllık ücretli izne hak kazanma açısından yasadaki düzenleniş biçimleri arasındaki benzerliğe ilişkin tespiti öğretide Şahlanan tarafından isabetli görülmüştür²⁷. İnceleme konumuz kararda da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesinde dikkate alınacak kıdem tespiti, işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştığı süreler birleştirilmiş, kıdem tazminatı ve yıllık ve yıllık ücretli izne hak kazanmadaki kıdem hesabında dikkate alınacak sürenin belirlenmesine ilişkin esaslardan hareket ederek açık yasal düzenleme olmayan bir konuda içtihat niteliğinde karar vermiştir.

Bu karara göre, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izne hak kazanmada olduğu gibi, ihbar tazminatında da işçilerin kıdemleri, halen yürürlükte olan 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin II. fıkrasına göre hesaplanacak, iş sözleşmesinin devam etmiş veya aralıklarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilecektir. İhbar tazminatına ilişkin olarak kıdem hesabında dikkate alınacak hizmet sürelerinin birleştirilmesi bazı sorunları da beraberinde getirecektir.

Bu bağlamda, işçinin birden fazla iş sözleşmesi ile yapmış olduğu aralıklı çalışmalarda, her aralıklı çalışma sonunda iş sözleşmesinin feshi halinde, bu süre için ihbar tazminatı peşin olarak ödenmiş veya bildirim süresi kullanılmışsa, bir başka ifadeyle çalışılan önceki süreler tasfiye edilmiş ise tasfiye edilen bu süreler,

daha sonra yapılan çalışmalar sonunda iş sözleşmelerinin feshi halinde ihbar tazminatının hesabında dikkate alınabilecek midir?

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, emekli olduktan sonra aynı işyerinde çalışmasını sürdürmüş olan işçiye ödenecek ihbar tazminatının hesaplanmasında da emeklilik sonrası hizmet sürelerinin emeklilik öncesi hizmet sürelerine ilave edilerek ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenemeyeceği şeklinde ki kararlarında görüş değişikliğine gidecek midir?

Yine kanun gereği evlenme nedeniyle kıdem tazminatı olarak işten ayrılan kadın işçinin daha sonra tekrar aynı işyerinde işe başlaması durumunda kıdem tazminatı olarak tasfiye ettiği çalışma süreleri, sonraki bir zamanda gerçekleştirilecek fesih halinde ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim sürelerinin belirlenmesinde etkili olabilecek midir? Yine muvazzaf askerlik dolayısıyla iş sözleşmesini feshederek kanun gereği kıdem tazminatını alan işçinin askerlik sonrası aynı işverenin işyerinde işe başlaması ve daha sonra iş sözleşmesinin feshi durumunda ihbar tazminatının hesaplanmasında esas alınacak bildirim sürelerinin belirlenmesinde askerlik öncesi çalışılan sürelerin etkisi olacak mıdır?

Aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde önceden belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmış, daha sonrada belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışırken iş sözleşmesi feshedilen işçinin ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesinde belirli süreli iş sözleşmesi ile yapılan çalışmalar da göz önünde bulundurulacak mıdır?

İnceleme konumuz kararda, ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesinde, işçinin aynı işveren nezdinde yaptığı aralıklı çalışmalar birleştirilerek ortaya çıkan kıdem süresi dikkate alınmıştır. Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır (İş K. m.17/3) hükmü gereği aynı şekilde işçinin işverene ihbar tazminatı ödemek zorunda kalması durumunda yine hizmet süreleri birleştirilebilecek midir?

Aynı işverenin bir veya değişik işyerlerin-

de aralıklı sürelerle çalışan işçinin, her çalışma süresinde yeni bir iş sözleşmesi ile çalıştığını kabul etmek gerekir. Bu sebeple, işçilik haklarının hesabında işçinin ihbar tazminatı ve hak etmişse diğer alacakları da ödenerek tasfiye edilen çalışmalarının yeniden yapılan iş sözleşmesi çerçevesinde yeniden değerlendirmeye alınması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Öte yandan ihbar tazminatı, 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde her zaman talep edilebilecektir (B.K. m. 125).

Yüksek Mahkeme, inceleme konumuz bu kararında, aralıklı çalışmalarda hizmet sürelerinin birleştirilmesinde, her bir fesih tarihinde ayrı ayrı ihbar tazminatı talebinin gündeme gelmesinin önüne geçmek düşüncesindedir. Kanımca; Yüksek Mahkeme'yi bu düşünceye götüren nedenler arasında, uygulamada sıkça rastlanılan ve işçilerin çıktığı-girdi yapılarak bir yıldan az sürelerle çalıştırılması ve yine hizmet alım ihaleleri kapsamında bir yıldan az süreli iş sözleşmeleriyle uzun yıllar aynı işyerinde muhtelif işverenlerle çalışan işçileri koruma düşüncesi de olabilir.

V. Sonuç

İncelediğimiz karara konu olan olayın temelinde yatan sorun, ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin belirlenmesinde, aralıklı çalışılan sürelerin göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağıdır. Yerel mahkeme işçinin kıdem süresinin hesabında aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışılan sürelerin toplamını göz önünde bulundurmamış, son çalışılan süre üzerinden bildirim süresini 4 hafta belirlemiştir. Yüksek Mahkeme ise, kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesini öngören ve halen yürürlükte olan 1475 sayılı Kanununun 14. maddesinin II. fıkrasını gerekçe göstererek ihbar tazminatının hesabında esas alınacak bildirim süresinin 8 hafta olması gerektiğini kabul etmiştir. Konuya ilişkin açık bir kanuni düzenleme de mevcut değildir.

Kanun koyucu, işçinin hizmet süresinin esas alındığı hakların belirlenmesinde dikkate alınacak çalışma sürelerini İş Kanunu'nda açıkça düzenlemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi,

feshin geçerli sebebe dayandırılarak yapılması durumunda iş güvencesi hükümlerinden yararlanacak işçinin kıdem süresini ve bu sürenin hesaplanmasında esas alınacak çalışmalar (İş. K. M. 18/IV), yıllık ücretli izine hak kazanmada esas alınacak çalışmalar (İş K. M. 54/I), kıdem tazminatının hesaplanmasında esas alınacak çalışmalar (1475 sayılı İş. K. M. 14/II) kanun koyucu tarafından tahdidi olarak düzenlenmiştir. Hatta kanun koyucu çalışma süresinden sayılan haller (İş K. M. 66) ile yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan halleri de (İş. K. M. 55) düzenlemiştir. Kanun koyucu tarafından, ihbar tazminatına ilişkin bildirim süresinin belirlenmesinde dikkate alınacak kıdemde, aralıklı çalışmaların birleştirilmesi ile ilgili benzer bir düzenleme yapılmamıştır. Olması gereken hukuk bakımından da, bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz. Zira, ihbar tazminatına ilişkin olarak bildirim süresinin belirlenmesinde, daha önceki aralıklı olarak çalışılan sürelerin dikkate alınması ihbar tazminatı müessesesinin yapısı ve amacı ile bağdaşmamaktadır. Yargıtay'ın açık ya da örtülü bir kanun hükmü olmayan bir konuda işçi yararına yorum ilkesinin sınırlarını zorlayarak hüküm kurmasını ihbar tazminatının amacına uygun bulmuyoruz. Bu sebeple Yargıtay'ın görüşünü katılmıyoruz.

DİPNOTLAR

- 1 Narmanlıoğlu Ünal, "Aralıklı Kurulmuş İş Sözleşmeleriyle Çalışan İşçinin Kıdem/Hizmet Süresinin Belirlenmesine İlişkin Kanuni Esaslar ve Yargıtay'ın Tutumu", Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, s.309; Özer Hatice Duygu, "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", Çalışma ve Toplum, 2009/2, s.126.
- 2 Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2009, s.77.
- 3 Yarg. 9.HD., 5.2.1988, E. 987/11973 K.987/743, Tekstil İşv. D, Mart 1989; Süzek Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, s.461; Çelik, s.77.
- 4 Çelik, s.102.
- 5 Özer, s.127.
- 6 Uçum Mehmet, "İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, s.52; Özer, s.126.
- 7 İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, RG. 25425, 06.04.2004.
- 8 Çelik, s.219; Yarg. 9.HD., 12.01.2005, E. 2004/28186 K. 2005/7562, Çankaya Osman Güven/Günay İlhan Cevdet/Göktaş Seracettin; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s.303; Legal İHD, 2006/11, s.993-994; 29.01.2007 K.T., E.2006/30008 K.2007/1222, Çalışma ve Toplum, 2007/3, s.241-242.
- 9 Çelik, s.219; Süzek, s.497; Yarg. 9. HD., 16.09.2003 E. 2003/14463 K. 2003/15650, Çimento İşv.D., Mart 2004, s.48; Çankaya/Günay/Göktaş, s.175; Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s.171-172.
- 10 Yarg. 9.HD., 18.10.2005, E. 2005/30929, K. 2005/33949, Legal İHD, Ocak 2006, s.152-153; Yarg. 9.HD., 28.11.2005 K.T., E. 2005/34667, K. 2005/37461, Kılıçoğlu/Şenocak, s.168, Dipnot:591.
- 11 Kılıçoğlu/Şenocak, s.167.
- 12 Çelik, s.364.
- 13 Çelik, s.305; Süzek, s. 693; Oğuzman M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu Mevzuatına Göre Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.246; Çenberci Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 5. Bası, Ankara 1984, s.306.
- 14 Çelik, s.298.
- 15 Çelik, s.306; Yarg. 9. HD.,17.12.1991, E. 991/16202, Teksstil İşv. D., Mayıs-Haziran 1992, s.41-42; Odaman Serkan, "Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Aynı İşverenin İşyerinde Aralıklı Çalışması Durumunda Kıdem Tazminatının Hesaplanması", Kamu-İş, Temmuz 2000, s.152-154.
- 16 Çelik, s.308; Yarg. 9. HD., 04.12.2007 K.T., E. 2007/22866 K. 2007/36816, Legal İHD., 2008/17, s.150-152.
- 17 Çelik, s.310.
- 18 Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, s.530; Özer, s.130.
- 19 Süzek, s.456.
- 20 Süzek, s.471.
- 21 Çelik, s.307.
- 22 Şahlanan Fevzi, "Yıllık Ücretli İzin Hesabında Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu", İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s. 170.
- 23 Yarg. 9. HD., K.T. 13/05/1991, 451/8352, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1991, s.305; Şahlanan, s.170; Çelik, s.365.
- 24 Çelik, s.203; Yarg. 9. HD., 7.11.2001, E. 2001/13451, K. 2001/17373, Kılıçoğlu Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, s.1233; Yarg. 9. HD., K.T. 14.10.2003, E. 2003/3526, K. 2003/16955, Çalışma ve Toplum, 2004/3, s.215-216.
- 25 Yarg. 9. HD., K.T. 30.01.2007, E.2066/12556 K.2007/1252, Şahlanan, s.167.
- 26 "...İşçinin aralıklı olarak aynı işverene ait iş yerinde çalışması halinde önceki dönemin kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş olması, izin yönünden sürelerin birleştirilmesine engel olmaz" şeklinde farklı bir karar vererek görüşünü değiştirmiştir. Yargıtay'ın bu kararı, öğretilde Şahlanan tarafından, görüş değişikliğine gerekçe gösterilmemesi nedeniyle eleştirilmiştir. Yarg. 9. HD., K.T. 05.11.2009, E. 2008/11592 K.2009/30499, Şahlanan, s.342.
- 27 Şahlanan, s.171, s.347.

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşverenin Sendika Üyesi Olmayan İşçilere Yaptığı Bazı Ödemelerin Toplu Sözleşmeden Yararlandırma Açısından Değerlendirilmesi

1. Bilindiği gibi bir toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyesi işçiler yararlanır. Üye olmayanların dayanışma aidatı ödeme ya da sözleşmenin Bakanlar Kurulu kararı ile teşmili dışında toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkün değildir. Esasen Sendikalar Kanunu (Sen.K.) md.36'da da bu husus ifade edilmektedir. Söz konusu hükme göre "İşçi ve işveren sendika ve konfederasyonlarının kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve menfaatlerin üyesi olmayanlara uygulanması, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydı ile sözkonusu sendika veya konfederasyonunun yazılı muvafakatına bağlıdır."

Sendikanın kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladığı hak ve menfaatlerin başında, toplu iş sözleşmesi olduğunda kuşku yoktur. Öte yandan, Sen.K.md.31/III'de işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanmasında veya çalıştırmaya

son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapılamayacağı belirtilmiş ve böylece hemen genel nitelikli bir sendikalı-sendikasız ayırımı yasağı konulduktan sonra, maddenin hemen takibeden IV. fıkrasında, "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin saklı" olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme karşısında, her ne kadar toplu sözleşmeden yararlanmayı düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Md.9'da, Sen.K.md.31'e açık bir yollama yapılmamışsa da, iki madde arasında düzenlenen konulardan dolayı zorunlu bir bağ olduğu ortaya çıkmaktadır.

Yasal düzenlemedeki bu durum karşısında, "işyerinin çalışma düzenine ilişkin" toplu sözleşme hükümlerinden; başka bir ifade ile "paraya ilişkin olmayan hükümler"den, sendikalı olsun olmasın işyerinde çalışan bütün işçiler yararlanacaktır. Örneğin, işyerinde çalışma ve dinlenme zamanları, hafta tatili, iş güvenliği, işçilerin topluca taşınması, yemek verilmesi, disiplin, işe son verme gibi konularda toplu

iş sözleşmesi ile getirilen düzenlemeler bütün işçiler için geçerli olacaktır. Buna karşılık Sen.K.md.31/III ve IV'ncü fıkralarındaki düzenlemeler dikkate alındığında, 2822 sayılı Kanunun yararlanmayı düzenleyen 9. maddesinin, toplu iş sözleşmesinin sadece ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlardan yararlanmaya ilişkin olduğunun kabulü gerekir.

2. Toplu iş sözleşmelerinin işyerinde çoğunluğu elinde bulunduran sendikalarca akdedilmesi, usulünce yapılarak yürürlüğe konulan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının üyesi olmayan fakat bu sözleşmenin uygulandığı işyerlerinde çalışan diğer işçilerin, bu sözleşmenin getirdiği normatif nitelikli ve paraya ilişkin avantajlı hükümleri karşısındaki durumları ve çalışma şartları konusunda işverenin ve sendika üyesi olmayan işçilerin bireysel sözleşme özgürlüğünün sınırları öteden beri iş hukukunun önemli sorunlarından birini teşkil etmiştir.

Uygulanan toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerinin, kapsamına giren işyerlerindeki sendikalı olsun olmasın tüm işçilere uygulanmasının, başka bir anlatımla, sözleşmenin tarafı sendikaya üye olanlar gibi sendikasız ya da başka sendikanın üyesi bulunan işçilerin de akdedilen toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının işyerinde bütün işçiler için aynı çalışma koşullarının sağlanması nedeniyle yararlı olduğu söylenebilir de; bu düşüncenin sendikalı işçilerin üyelik aidatı ile toplu iş sözleşmesinin yapılmasının gerektirdiği külfetlere katlanmalarına karşılık sendika üyesi olmayanların hiçbir külfete katlanmadan aynı imkanlara kavuşmalarının adil ve eşitliğe uygun bir çözüm olduğu da söylenemez. Üstelik böyle bir çözümde “sendika üyeliği” önemini büyük ölçüde yitirecek ve giderek sendikalar güçsüzleşecektir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinden sadece sözleşmeyi akdeden sendikaya üye olanların yararlanması gerektiği söylenebilecektir. Ancak bu düşüncenin de sendika özgürlüğü ile tam anlamıyla bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Çünkü söz konusu düşüncenin işçiyi bir sendikaya ve özellikle de çalıştığı işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üye olmaya zorlayacağı açıktır.

Böyle bir zorlama ise “sendikaya üye olmama” veya “dilediği sendikaya üye olma” özgürlüğü ile bağdaşmaz.

Toplu iş sözleşmesinin işyerinde çalışan tüm işçilere ya da sadece taraf sendika üyesi işçilere uygulanmasının yukarıda özetlenen sakıncalarını gidermek ve özellikle toplu iş sözleşmesi hakkını taraf sendika üyeliğine bağlı bir ayrıcalık olmaktan çıkarmak ve sendikaya üye olmama özgürlüğünü korurken aynı zamanda güçlü sendikacılık ilkesini de yıpratmamak amacıyla bulunan ortalama çözüm; toplu sözleşmeden yararlanma konusunda kural olarak taraf sendika üyelerinin sözleşmeden yararlanacaklarını kabul etmek, buna karşılık sözleşmenin uygulanacağı işyerinde çalışıp da, taraf sendika üyesi olmayanların da sözleşmeyi yapan işçi sendikasına belirli bir karşılık (dayanışma aidatı) ödemeleri şartıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarını sağlamak olmuştur. Kaynağını İsviçre hukukundan alan bu düzenleme, 275 sayılı Kanunla (md.7/III) hukukumuzda girmiş ve bazı değişikliklerle 2822 sayılı Yasa'da da muhafaza edilmiştir. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu md.9'da yer alan bu düzenlemeye göre, “Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye bulunmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye bulunup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bu hususta işçi sendikasının muvafakatı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden geçerlidir. Dayanışma aidatı miktarı, üyelik aidatının üçte ikisidir...”

3. Yukarıda özetlediğimiz yasal sistem karşısında, toplu iş sözleşmesinin kapsamındaki bir işyerinde çalışan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları ya taraf sendikaya üye olmaları ya da üye olmaksızın dayanışma aidatı ödemeleri yoluyla olabilmektedir. Bu koşulların gerçekleşmediği durumda sendikanın yazılı muvafakatı olmadıkça (Sen.K.md.36) işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmaları mümkün değildir.

İşverenin yukarıda belirtilen yasal koşullar oluşmadan sendika üyesi olmayan işçileri toplu iş sözleşmesinden yararlandırması halinde uygulanabilecek yaptırım konusunda Yasada çok açık ve net bir düzenleme mevcut değildir. Ancak öğretide işçi sendikası için işverene karşı hakkı olduğu halde alamadığı dayanışma aidatı tutarında bir tazminat talebinin doğacağı genellikle kabul edilmektedir.¹ Ancak uygulamada aynı iddia ile işveren aleyhine bazı sendikaların dayanışma aidatı tutarını talep ettiği davalarda somut olayın özelliklerini dikkate alarak yerel mahkemeler ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi farklı sonuca varmıştır. Bir olayda davacı sendikanın Adana 1. İş Mahkemesi'nde açtığı dava "... dosya içindeki bilgi ve belgelerden, işverenin işçileri sendikasızlaştırma gibi bir kötü niyetle hareket ederek kapsam dışı olmadıkları halde sendika üyesi olmayan ve dayanışma aidatı kesintisi talebinde bulunmayan işçileri yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden yararlandığı iddiası mücerret olup, inandırıcı delil bulunmadığından" şeklindeki gerekçeyle reddedildiği ve bu kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 01/11/2001 tarih ve 12771/16876 sayılı kararı ile onandığı görülmüştür. Kararda dikkati çeken husus "işverenin işçileri sendikasızlaştırma gibi bir kötü niyetle hareket" etmiş olmasıdır.

Aynı şekilde bir sendikanın Ankara 8. İş Mahkemesi'nde 2000/589 Esas nolu ve aynı iddialarla ve aynı talebe dayanarak açtığı davanın yerel mahkemece kabul edilmekle birlikte Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 04/03/2003 tarih ve 2002/16415-2003/2828 sayılı kararı ile yerel mahkeme kararı bozulmuş ve buna dayanarak davacı talebi reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bozma gerekçesinde dikkati çeken iki temel noktadan birisi işverenin resen dayanışma aidatı kesme yükümlülüğünün bulunmaması ve diğer ve daha da önemlisi davalı işverenin toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerini sendika üyesi olmayan işçilere uygulamış olmamasıdır. Yüksek Mahkeme'nin toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerinin uygulanmış olmaması nedeniyle bu yoldaki talepleri reddeden görüşünü daha sonraki bir kararında da sürdürdüğünü görüyoruz.²

İşverenin sendikaya üye olmayanları dayanışma aidatı ödemeksizin toplu iş sözleşmesinden yararlandırması halinde, uygulamada görülen diğer bir dava türü ise, bu konuda "Durumun tesbiti ve muarazanın önlenmesi-ne" yönelik davalar olabilmektedir. Bu konuda verilmiş Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin tesbit edebildiğimiz bir kararı 07/07/1997 tarih ve 10264/13879 sayılı karardır. Yüksek Mahkeme bu kararında sözkonusu işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağına tesbiti ve muarazanın önlenmesi yönünde bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak karara konu olan olay dikkate alındığında bir ilçe belediyesinde geçtiği anlaşılan olayda işveren toplu iş sözleşmesinin bir kısım hükümlerini değil, tüm hükümlerini, sendika üyesi olmayanlara uygulamaktadır. Daha da önemlisi Y9HD'nin 1997 tarihli bu kararına konu olan olaya ilişkin olarak kararda yer alan "... davacı sendika bir kısım işçilerin sendika üyeliğinden ayrılmalarından sonra da sanki üyelikleri devam ediyormuş gibi toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmasının durdurulmasını istemek sureti ile muarazanın önlenmesi talebinde bulunmuştur..." şeklindeki ifadeden, işverenin sendikadan istifa edenlere de toplu iş sözleşmesini uygulayarak sendikayı güçsüzleştirmek veya işyerinde sendikasız bir çalışma düzeni oluşturmak gibi kötüniyetli bir uygulama yaptığı açıkça görülmektedir.

4. Sendikaya üye olmayanların dayanışma aidatı talebi olmaksızın toplu iş sözleşmesinden yararlandırılarak 2822 sayılı Kanun'un 9. maddesinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin uyuşmazlıklarda doğru ve hukuka uygun bir karar verilebilmesi, yukarıda belirtilen yargı kararlarının da ortaya koyduğu gibi kanaatimce temel bir konunun açıklığı kavuşturulmasına bağlı olmaktadır. Somut olayda ne zaman bir toplu iş sözleşmesinden yararlandırma sözkonusudur? Başka bir anlatımla sendika üyesi olmayan işçilerle - işverenin bireysel sözleşme özgürlüklerinin sınırları neresidir? Bu özgürlüğün kullanılması ne zaman 2822 sayılı Kanunun 9. maddesine aykırılık teşkil eder? Bu noktada sağlıklı bir sonuca ulaşmak için işverenin yaptığı uygulamanın sendikayı güçsüzleştirmek amacı

taşıyıp taşımadığı da önemli bir kriter olarak dikkate alınmalıdır. Sendika özgürlüğü, işverenin ayırım yapmama yükümlülüğü konularında yukarıda açıkladığımız Sen.K.md.31 ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu md.9 arasındaki hassas denge somut olayda da bu araştırmayı zorunlu kılmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bir toplu iş sözleşmesinden yararlandırmanın anlamı kural olarak toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanmadır. İşyerinin çalışma düzenine ilişkin hükümleri zaten sendikali sendikasız tüm işçilere uygulanacaktır. Parasal hükümlerin başında ise ücret, ikramiye ve diğer sosyal haklar gelir. Örneğin özel durumlar ayırık tutulmak kaydıyla; sözleşmenin ücret zammının, yılda 4 maaş ikramiyenin, sosyal yardım paketinin sendikasız işçilere uygulanmadığı bir olayda işverenin sendikasız işçilere ölüm yardımı, doğum yardımını Toplu İş Sözleşmesi'nde öngörülenin üstünde olmayacak miktarda vermesi, kanaatimce Toplu İş Sözleşmesi'nin sendikasız işçilere de 2822 sayılı Kanununun 9. maddesine aykırı olarak uygulanması olarak değerlendirilmemelidir. Böyle bir uygulama kanaatimce 2822 sayılı Kanununun 9. maddesinin ihlâli anlamında bir yararlandırma sayılamaz. Her halde işçi için kayda değer, önemli bir çıkar sağlayan hükümlerin uygulanması, yararlanma teşkil edebilir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2822 sayılı Kanununun 9. maddesinin ihlâli sayılabilecek ölçüde bir yararlanmadan söz edebilmek için bir işveren aleyhine sendikanın açtığı davaya ilişkin yukarıda belirtilen 04/03/2003 tarih ve 2002/16415-2003/2828 sayılı kararında, "Davalı işverenin toplu iş sözleşmesinin tüm hükümlerini uygulamış olmamasını" davanın reddi açısından bir gerekçe olarak belirtmiş, Yüksek Mahkeme aynı görüşünü aynı iddia ve taleple açılan bir başka davada da sürdürmüştür.³

5. Toplu iş sözleşmesinin paraya ilişkin hükümlerinin sendika üyesi olmayan ve dayanışma aidatı da ödemeyen işçilere, 2822 sayılı Kanuna aykırı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı konusunda yapılacak değerlendirmede; paraya ilişkin hükümlerin kapsamı kadar, somut olayda işverenin sendikasızlığı özendir-

mek, sendikayı güçsüz kılmak gibi kötü niyet sayılabilecek bir amaç taşıyıp taşımadığı da önemli bir unsurdur. Bu husus Yasada açıkça belirtilmemiş olsa da, yukarıda belirtildiği üzere sendika özgürlüğü ve toplu sözleşmeden yararlanmaya (2821 md.31-2822 md.9) ilişkin yasal sistemin amacında mevcuttur. Şöyle bir örnek vermek gerekirse, uzun yıllardan beri sendikali toplu iş sözleşmeli bir çalışma düzeni olan bir işyerinde sendikali olmayan 20 kişinin sendikaya hiç üye olmadığı, işyerinde toplam çalışan sayısının 800 olduğu sendikali işçi sayısı karşısında sendikasız çalışan sayısının, sendikali çalışan sayısına oranının çok düşük olduğu; işyerinde sendikasız işçi sayısı 40 iken bu sayının aradan geçen sendikali, toplu sözleşmeli 10 yıllık çalışma düzeni sonunda 20'ye düştüğünün görüldüğü bir işyerinde, toplu sözleşmede yer alan ölüm yardımını, doğum yardımını, sendikasız işçilere de uygulamış olmasını işverenin işyerini sendikasızlaştırmak veya sendikayı güçsüzlendirmek gibi bir amaçla yaptığını ve bu amaçla, toplu sözleşmeden yararlanmaya ilişkin yasal düzenlemeye aykırı davrandığını söylemek mümkün değildir.

Sonuç itibariyle işyerinde sendikaya üye olmayan işçilere sağlanacak menfaatler aynı pozisyonda bulunan sendika üyelerine toplu sözleşme ile sağlananların bütün olarak önemli ölçüde altında ise ve daha da önemlisi bu uygulama işyerinde sendikayı güçsüzleştirmek, sendikasızlığı özendirmek gibi kötü niyetli bir uygulama olarak yapılmıyorsa bu uygulama 2822 sayılı Kanununun 9. maddesine aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Bu yorum tarzı, sendika özgürlüğü ve toplu sözleşmeden yararlanmaya, ilişkin yasal sistemin amacına da uygun düşer.

DİPNOTLAR

- 1 K. Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul, 1987, sh.77/78; N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul 2010, sh.560; F. Şahlan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, sh.152/153.
- 2 Örneğin Y9HD 07/11/2006-29470/29402 - M. Kılıçoğlu, Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, İstanbul, 2007, sh.528/529.
- 3 Y9HD 07/11/2006-29470/29402, M. Kılıçoğlu, Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları.

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması

GİRİŞ

Türk iş hukukunda ilk kez işyeri sendika temsilcilerine getirilmiş bulunan tam anlamıyla iş güvencesi, 4773 sayılı Kanun ile diğer işçiler için de bazı eksikliklerle kabul edilmiş, 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu ile de bazı değişikliklere uğrayarak bu kez gerçek anlamda bir iş güvencesi olmasa da mevzuatımızdaki yerini almıştır. Bu şekilde uygulamada iş güvencesi kapsamındaki işçi kavramı ortaya çıkmış ve sahip olduğu haklar diğer işçilerin sahip oldukları haklara nazaran farklılıklar göstermiştir.

İş güvencesi kapsamındaki işçinin, bireysel iş hukukunda sahip olduğu hakların farklılığının yanında, toplu iş hukukunda da özellikle toplu iş sözleşmelerinde yer alan bazı düzenlemelerden yararlanmaları da farklılıklar gösterilmektedir. Nitekim birçok durumda, toplu iş sözleşmesinde yer alan bir düzenleme, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshederken dayandığı sebebin, geçerli sebep olarak değerlendirilip değerlendirilememesi üzerinde önemli

bir rol oynamaktadır. Çalışmamızda toplu iş sözleşmesi imzalanmış bir işyerinde çalışan iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin, toplu iş sözleşmesinde yer alan bazı düzenlemeler karşısındaki durumu incelenmeye çalışılacaktır.

1- İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİ VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA KAVRAMLARI

A- İş Güvencesi Kapsamındaki İşçi Kavramı

Bilindiği üzere, iş güvencesi, işçinin feshe karşı korunması kapsamında yer alan, işçinin işini korumak amacıyla işverenin fesih hakkını sınırlayan ve sadece işçinin kullanabileceği, tek taraflı haklardan oluşan, işverenin keyfi olarak fesih hakkını kullanmasına karşı getirilen bir iş hukuku kurumu olup, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkına ya da işçiyi işten çıkarma yetki-

sine bazı sınırlamalar tanınması biçiminde şekillenmiştir. Şu halde iş güvencesinin en önemli unsur ve amaçlarından birisi, keyfi işten çıkarılmaları önlemektir. Böyle bir amaca ulaşmanın yolu ise, işverenin işçiyi işten çıkartırken Kanunun öngördüğü geçerli bir sebebe dayanması koşulu ve bu sebebin hakim tarafından denetlenmesidir¹.

Ülkemizde 4773 sayılı Kanun'un kabul edilmesi ile Türk iş hukukunda ilk kez geçerli sebep kavramı ortaya çıkmış ve işverene bildirimli fesih sureti ile iş sözleşmesini feshederken "geçerli bir sebebe" dayanma yükümlülüğü getirilmiştir. 4773 sayılı Kanun'un iş sözleşmesinin feshini düzenleyen hükümleri, daha sonra bazı değişikliklerle, 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu² kapsamına alınmıştır³.

İK'da yapılan bu değişiklikler ve geçerli sebep kavramının Türk hukukunda ortaya çıkması ile birlikte, 1475 sayılı Kanun döneminde 4773 sayılı Kanun'la değişiklik yapıldığına dek sadece işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin işverence haksız feshine ilişkin olarak uygulanan iş güvencesi⁴, belirli özelliklere haiz diğer bazı işçilere de tanınmış olmaktadır⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda" olduğunu belirten bir ifade yer almaktadır. Yani, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işverenin en az altı aylık kıdemi olan işçisinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshedebilmesi için işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerekmektedir. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep göstermediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilecektir.

Görüldüğü üzere, 4857 sayılı İş Kanunu, bir işçinin iş güvencesi kapsamında olabilmesi için yani bir başka ifade ile, işçinin iş sözleşmesi-

nin bildirimli fesihle feshedilmesinde "geçerli sebep" aranması için;

- İş Kanunu'na tabi bir işyerinde⁶ çalışan işçi sayısının en az otuz olması ve

- sözleşmesi feshedilecek olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması ve en az altı aylık kıdemi olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekeceğini belirtmiştir⁷.

Bu anlamda işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için, işyerinde en az 30 işçi çalışması, işçinin en az 6 aylık kıdeminin bulunması ve işletmenin bütününü sevk ve idare eden veya işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olmaması gerekmektedir⁸. Yani iş güvencesi kapsamındaki işçi kavramı; en az 30 işçinin çalıştığı bir işyerinde çalışan ancak, aynı zamanda en az 6 aylık kıdemi bulunan, işletmenin bütününü sevk ve idare etmeyen veya işyerinin bütününü sevk ve idare etse de işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunmayan işçiyi ifade etmektedir.

Bununla birlikte Kanunda aranan en az 30 işçi ölçütü mutlak emredici görülmediğinden sözleşmelerle indirilmesinin de geçerli kabul edilebileceği buna karşın yükseltilemeyeceği uygulama ve doktrinde kabul edilmektedir⁹. Buna göre, İş Kanunu'nun 18. maddesinde fesih geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu konusundaki koşullardan biri olan işyerinde otuz veya daha fazla işçinin çalıştırılması koşulu, 18. maddenin nispi emredici nitelikte olması ve toplu iş sözleşmesi taraflarının işçi yararına olarak madde hükümlerinin aksine kararlaş-tırma yapabileceklerinden dolayı, yumuşatılabilecek ve iş sözleşmesinin feshinde işyerinde çalışan işçi sayısının otuzun altında olması durumunda bile iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı yolundaki toplu iş sözleşmesi hükümleri geçerli olarak kabul edilecektir¹⁰. Böyle bir durumda da iş güvencesi kapsamındaki işçi kavramının kapsamı genişleyecektir.

B- Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma Kavramı

İş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve

sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan toplu iş sözleşmeleri (TSGLK. m.2), kapsadıkları işyerine ya da işyerlerine ilişkin olmak üzere, iş sözleşmelerinde düzenlenmeyen ya da düzenlenmiş olmakla beraber günün koşullarına uygun olmayan konularda belirleyici hükümler içermektedirler. Tarafların yoğun çabaları sonucu imzalanan bu sözleşmeler kural olarak taraf sendika üyesi işçilere hak ve menfaatler sağlamaktadırlar. Zira bir toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın sadece kendi üyelerinin hak ve menfaatlerini gözeteceği bir gerçektir. Bir başka deyişle; sendikalar bir toplu iş sözleşmesi imzalanırken, her zaman için kendi üyelerinin hak ve menfaatlerini gözetmektedirler.

Bu esastan hareketle de 2821 sayılı Sendikalar Kanunu¹¹ 36. maddesinde getirdiği düzenleme ile işçi ve işveren sendika veya konfederasyonlarının, kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve menfaatlerin üyesi olmayanlara uygulanmasının, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Konunu hükümleri saklı kalmak kaydı ile söz konusu sendika veya konfederasyonun yazılı muvafakatine bağlı olacağı esasını getirmiştir.

Bu konuda 2822 sayılı TSGLK'da yer alan düzenleme ise 9. maddededir. Bu madde, bir istisna dışında¹², toplu iş sözleşmesi hükümlerinin kural olarak taraf sendika üyesi işçilere uygulanacağını belirtmektedir.

Her iki düzenleme birlikte ele alındığında burada önem taşıyan hususun, TSGLK. m. 9.'da düzenlenen dayanışma aidatı ödenerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma istisnası dışında; sözleşmenin taraf sendika üyesi olmayanlara uygulanması konusunda sendikanın muvafakatinin aranacağı; "sendikanın kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladığı hak ve menfaatler" sözlerinden neyin anlaşılması olduğu görülmektedir. Bu hususun açıklığa kavuşturulması için 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin de göz önünde tutulması gerekmektedir¹³.

Söz konusu 31. madde; bir sendikaya üye olmayan ya da taraf sendika dışında başka bir sendikaya üye olan işçiyi; çeşitli hak ve menfaatler açısından, toplu iş sözleşmesinin uygu-

landığı taraf sendika üyesi işçilerle eşit tutmuş ve bu işçilerin kanun gereği sendikalı işçilerle aynı haklara sahip olacağını emredici bir şekilde hükme bağlamıştır.

Buna göre her şeyden önce toplu iş sözleşmelerine, işçilerin işe alınmaları konusunda; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da sendika üyeliklerini muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri ile ilgili şartlar konulamazdır. Bunun dışında madde uyarınca; ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki toplu iş sözleşmesi hükümleri saklı kalmak kaydı ile; işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde ücret ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanmasında ya da çalışmaya son verilmesi konusunda işveren bir sendikaya üye olan işçilerle, üye olmayan işçiler ya da başka sendikalara üye olan işçiler arasında herhangi bir ayırım yapamayacaktır.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu 31. maddede, işyerinde çalışan sendikalı-sendikasız tüm işçiler arasında; toplu iş sözleşmesi ile "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları" dışında farklı düzenlemeler yapılamayacağı esasını kabul etmiştir. Buna göre, parasal hükümler denilebilecek bu hükümler dışındaki tüm hükümler, işyerinde çalışan bütün işçilere hiçbir koşul aranmaksızın uygulanacaktır¹⁴.

Yani bir başka anlatımla, SK.'nun 31 ve 36. maddelerindeki hükümler ile 2822 sayılı TSGLK.'nun 9. maddesindeki hükümler birlikte ele alındığında toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın konusu ile kapsamı ortaya çıkmakta ve toplu iş sözleşmesinden yararlanma kavramı anlam kazanmaktadır. Buna göre toplu iş sözleşmesi ile getirilen hükümlerden, parasal nitelikte olanların dışındakiler; işyerinde çalışan tüm sendikalı-sendikasız işçilere doğrudan doğruya uygulanabilecektir. Bu konuda taraf sendika üyesi olmayan işçinin herhangi bir ekstra talepte bulunması gerekmeyecektir. Buna karşın parasal nitelikte olan hükümlerden ise, taraf sendika üyesi işçiler, dayanışma aidatı ödeyen işçiler ve sendikanın yazılı muvafakat verdiği işçiler yararlanabileceklerdir.

II- İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDAKİ İŞÇİNİN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN DÜZENLEMELER KARŞISINDAKİ DURUMU

A- Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir sendika ile bir işveren veya işveren sendikası arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi ile sağlanan haklardan, parasal nitelikte olanların dışındakiler; işyerinde çalışan tüm sendikalı-sendikasız işçilere doğrudan doğruya uygulanacaktır. Bu anlamda, işyerinde en az 30 işçi çalışması, en az 6 aylık kıdem bulunması ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olunmaması şartlarını taşıyan iş güvencesi kapsamındaki bir işçi, çalışmış olduğu işyerine ilişkin olarak yapılmış olan bir toplu iş sözleşmesinin parasal nitelikte olmayan tüm hükümlerinden doğrudan doğruya yararlanabilecektir.

Buna karşılık, iş güvencesi kapsamındaki bir işçi toplu iş sözleşmesi ile sağlanan ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki haklardan ise, ancak taraf sendikaya üye olması, dayanışma aidatı ödemesi veya sendikanın bu yönde yazılı muvafakat vermesi durumunda yararlanabilecektir.

Bu anlamda, iş güvencesi kapsamındaki işçi, işin sevk ve dağıtımına, işçinin mesleki ilerlemesine, sosyal yardım ve disiplin hükümlerine ve ya da çalışmaya son verilmesine ilişkin toplu iş sözleşmesinde yer alan tüm düzenlemelerden herhangi bir sendikaya üye olmasa da, dayanışma aidatı ödemesi de yararlanabilecektir.

B- Toplu İş Sözleşmesinde Kabul Edilen İş Güvencesi Tazminatı Karşısında İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçinin Durumu

İş güvencesinin bugünkü anlamıyla henüz Türk hukukunda yer almadığı 4857 sayılı İş

Kanunu'nun yürürlüğe girmediği dönemde, sendikalar imzaladıkları toplu iş sözleşmelerine, işçilerin iş güvencelerini sağlamaya yönelik çeşitli hükümler koyarak, Kanundaki iş güvencesine ilişkin bu boşluğu doldurmaya çalışmakta, bu şekilde de işverenlerin fesih hakkını bir şekilde sınırlamayı hedeflemekteydiler¹⁵. İş güvencesi hükümlerinin mevzuatımıza girmesini takiben imzalanan bazı toplu iş sözleşmelerinde de halen bu yönde hükümlerin yer aldığı, bunun özellikle iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin düşünülerek getirildiği görülmektedir¹⁶.

Bilindiği üzere, İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, 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 zorunda olacak ve eğer işçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört - en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Diğer yandan yine işverence kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenecektir.

Uygulamada bu konuda en fazla ortaya çıkan uyuşmazlık, kanunen iş güvencesi kapsamına giren bir işçinin toplu iş sözleşmesinde yer alan iş güvencesine yönelik bu tür hükümlerden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkindir. Nitekim iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin Kanuni hakların yerine ya da kanuni hakların yanında, işverence imzalanmış bulunan toplu iş sözleşmesinde yer alan iş güvencesi hükümlerinin de kendisine uygulanmasını istemesine uygulamada sıkça rastlanmaktadır.

Yargıtay'ın bu konudaki bizim de katıldığımız yerleşik içtihadı, işverenin işe almama yolundaki davranışının yaptırımının, İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan iş güvencesi hükümlerince düzenlenmesinden dolayı, toplu iş sözleşmesinin iş güvencesini sağlamaya yönelik getirmiş olduğu iş güvencesi tazminatının bu durumda uygulanma imkanının olmadığıdır¹⁷. Yargıtay, toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen iş güvencesini sağlamaya yönelik tazminatların cezai

şart niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. İş güvencesi kapsamındaki işçi kanuni süresi içerisinde işe iade davasını açıp, 21. madde hükümlerine göre haklarını talep edebilecektir. İşçinin dava açma süresi içinde dava açmaması ya da bu süreyi iradesi dışında kaçırmaması hali de bir değişiklik yaratmayacak ve iş güvencesi kapsamına giren işçi toplu iş sözleşmesinde yer alan iş güvencesine yönelik hükümlerden yararlanamayacaktır. Yani bir başka ifade ile, dava açmamak suretiyle feshin geçerli hale gelmesi nedeniyle, toplu iş sözleşmesinde getirilmiş bulunan iş güvencesi tazminatı istenemeyecektir¹⁸.

Toplu iş sözleşmelerinde öngörülen bu tür tazminatlar, iş sözleşmesinin keyfi ve haksız olarak feshini önlemeyi amaçlamaktadırlar. Yani bir başka ifade ile, bu tazminatlar iş güvencesinin sağlanmasına yönelik olup, genel olarak iş güvencesi kapsamında olmayan işçileri hedeflemektedir. Aksi yönde bir düşünceye ise, İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası da imkân vermemektedir.

Nitekim İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası, işçinin başvurusu üzerine işverenin bir ay içinde işe başlatmaması durumunda,

- işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeme yükümüne ve
- kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödeneceğine

ilişkin esasların sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceğini; aksi halde bu yöndeki sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılacağı kuralını getirmektedir.

İşçi iş güvencesi kapsamı dışında ise, toplu iş sözleşmesinde belirlenen iş güvencesinden, koşulları mevcutsa yararlanabilecektir. Ancak Yargıtay'ın da istikrarlı bir şekilde belirttiği üzere, iş güvencesi tazminatı cezai şart niteliğinde bir tazminat olduğundan, fahiş tutarda olması durumunda Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesine göre hakim tarafından indirilebilecektir. Hakimin de burada indirim yaparak tazminat miktarını belirlerken, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesindeki alt ve üst sınırı, işçinin hizmet süresini¹⁹ ve geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçlarına ilişkin ölçütleri nazara alması

gerekmektedir²⁰. Zira, aksi halde iş güvencesinden yararlanacak işçilere nazaran yararlanamayanlar daha üst bir mali güvenceye sahip olacaklardır ki, bu durum eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır²¹.

Diğer yandan, iş güvencesi kapsamı dışında olup, toplu iş sözleşmesinde belirlenen iş güvencesinden yararlanacak işçi, toplu iş sözleşmesinde aynı eylemden dolayı birden fazla aynı nitelikli cezai şartın kabul edilmiş olması durumunda dahi, sadece lehine olan cezai şarttan yararlanabilecek ancak bu cezai şart da yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde Borçlar Kanunu'nun 161/son maddesine göre bir indirim tabi tutulabilecektir²².

C- Toplu İş Sözleşmesi Hükmü Uyarınca Alınması Gereken Disiplin Kurulu Kararı Alınmaksızın Haklı Sebep Fesih Yapılması Karşısında, İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçinin Durumu

Bilindiği üzere 4857 sayılı İK'nın 25. maddesi uyarınca, söz konusu maddede yazılı hallerin varlığı durumunda, işveren süresi belirli olsun veya olmasın iş sözleşmesini, süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilecektir. Yani işveren, sağlık sebeplerine, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine, zorlayıcı sebeplere ve işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın bildirim süresini aşması sebebine dayanarak işçinin iş sözleşmesini bildirimsiz olarak haklı sebeple feshedebilecektir.

Kural olarak işveren bu tür bir feshi, İK'nın 26. maddesi uyarınca ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanan sebeplerde işçinin bu tür davranışlarda bulunduğunu öğrendiği günden başlayarak altı iş gün içinde ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde yapmak zorunda olacaktır. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmayacaktır. Diğer sebeplerde ise, işverenin uymak zorunda olduğu bir süre bulunmayacaktır.

Yargıtay en ağır ceza olan işten çıkarma veya ihraç cezası için disiplin kurulunun oybirliğiyle karar almasını öngören toplu iş sözleşmesi maddelerini de hukuken geçersiz saymaktadır.

Ancak uygulamada, genellikle toplu iş sözleşmelerine feshe yetkili organın disiplin kurulu olduğuna ilişkin bazı düzenlemeler konulmakta, böyle bir düzenlemenin olduğu hallerde de işçinin iş sözleşmesinin disiplin kurulu kararı olmaksızın feshedilmesinde feshin haksız fesih niteliğinde olacağı kabul edilmektedir²³.

Bu tür düzenlemeler karşısında Yargıtay da, toplu iş sözleşmesinde feshe yetkili organın disiplin kurulu olduğu düzenlemesinin yer aldığı hallerde, iş sözleşmesinin bu düzenlemeye aykırı olarak işverence disiplin kurulu olmaksızın feshedilmesinde, bu uygulamanın feshi haksız kıldığını kabul etmektedir.

Ancak toplu iş sözleşmesinde, feshe yetkili organın disiplin kurulu olduğu düzenlemesinin yer aldığı hallerde, iş sözleşmesinin bu düzenlemeye aykırı olarak feshedilmesi İK. m.25 uyarınca dayanılabilecek haklı sebebi ortadan kaldırırsa da, fesih sebebi davranışın işçinin davranışlardan kaynaklanan bir geçerli sebep sayılabilmesini engellemeyecektir. Yani, haklı sebebin ortadan kalkması, geçerli sebebin varlığını etkilemeyecek ve fesih geçerli sebeple yapılmış bir fesih olarak kabul edilebilecektir²⁴.

Nitekim Yargıtay konuya ilişkin olarak vermiş olduğu birçok kararda²⁵, toplu iş sözleşmesinde disiplin kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması durumunda, disiplin kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde, feshin haksız fesih haline geleceğini, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı talep edebileceğini ancak, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa disiplin kuruluna gidilmemiş olmasının feshi geçersiz hale getirmeyeceğini ifade etmiştir²⁶.

Diğer yandan, yine Yargıtay en ağır ceza olan işten çıkarma veya ihraç cezası için disiplin kurulunun oybirliğiyle karar almasını öngören toplu iş sözleşmesi maddelerini de huku-

ken geçersiz saymaktadır. Zira Yargıtay yerinde olarak, bu tür maddelerin Medeni Kanun'un 2. maddesinde belirtilen iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağını ve bu tür düzenlemelerin alınabilecek kararlarda oybirliğinin sağlanmasını her zaman engelleyebileceğini ifade etmektedir²⁷.

D- İşletmesel Karar Uygulaması Sonucunda Yapılan Fesihlerde Toplu İş Sözleşmelerinde Yer Alan Kriterler ya da Prosedürler Karşısında, İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçinin Durumu

a-) Genel Olarak

Mevzuatımızda ne 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçerli sebeplere ilişkin esaslarının yer aldığı 18. maddesinde ve gerekçesinde, ne de yürürlükteki ilgili kanunlarda işletmesel karar kavramına yer verilmemiştir. Sadece, İş Kanunu'nda "işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri" kavramına yer verilmiştir.

İşletmesel karar kavramına ise, ağırlıklı olarak Yargıtay kararlarında rastlanmaktadır²⁸. Bir işletme açısından düşünüldüğünde, işletmesel karar işverenin işletmesi ile ilgili karar vermesi, alternatif seçenekler arasından işletmesi için en iyi olanı seçmek olarak tanımlanabilecektir. Yani bir başka ifade ile, işveren içinde yanlış seçeneklerin de bulunduğu alternatif seçenekler arasından, kendince doğru olanı seçerek işletmesinin geleceği hakkında söz sahibi olacaktır. İşletmeye ilişkin olarak verilecek kararın doğru olup olmaması, daha sonradan birbirini takip ederek ortaya çıkacak yeni olayların ve problemlerin çözülmesini ya kolaylaştıracak, ya da zorlaştıracaktır.

Yargıtay uygulamalarında ifade edildiği üzere, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediğine ve işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığına ilişkin tutarlılık denetiminin, işverenin fesih-te keyfi davranıp davranmadığı konusundaki keyfilik denetiminin ve işletmesel karar sonucu

feshin kaçınılmaz olup olmadığına ilişkin ölçülülük ile gereklilik denetiminin mahkemelerce yapılmasının dışında; işverenin işletmesel kararı uygulaması sonucunda, istihdam fazlası meydana gelip, işçi çıkartılması zorunluluğu doğduğunda, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde dikkate alınacak bir kriterden İş Kanunu ve ilgili mevzuatta söz edilmemiştir.

Bu yüzden, söz konusu ilkeler kapsamında denetime tabi tutulan işverenin, kendisince ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece işgücü fazlalığı nedeni ile iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde bir kriter tabi tutulması kanuni olmayacaktır²⁹.

İşverenin almış olduğu işletmesel karar uyarınca, bazı işçilerinin iş sözleşmelerini feshet-

de olduğu dönemde, işyerinde personel azaltılmasına gidilirken, işverence işten çıkarılacak işçi seçiminde, işyerinde aynı işi üstlenen işçilerin karşılaştırılması gerektiği, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme³¹, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak bir sıranın göz önünde bulundurulması gerektiği görüşünü ifade etmekteydi³². Yani Yargıtay'a göre, sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığının saptanması ve işverence iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde sosyal seçim kriterlerine uyulması gerekmektedir³³.

Buna karşın, daha yeni tarihli kararlarında ise, Yargıtay bu görüşünden dönmüştür.

Mahkemeler işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçimi konusunda, öncelikle bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmesi veya sözleşme eki iç yönetmelik hükmü ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde uyulacağı kabul edilmiş olan bir kriter bulunup bulunmadığına, şayet bulunmuyorsa işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde bu tür bir kriter kullanıldığının iddia edilip edilmediğine bakacaktır.

mek durumunda kalması, uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. Böyle bir durumda, işverenin, işyerinde çalışan işçiler arasından, iş sözleşmelerini feshedeceği işçileri seçimine ilişkin Yargıtay farklı dönemlerde farklı görüşler açıklamıştır.

Buna göre, Yargıtay 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği Haziran 2003 tarihinden sonra vermiş olduğu eski tarihli kararlarında, işletmesel kararın uygulanması sonucunda, iş sözleşmelerini feshedeceği işçilerin seçimine ilişkin olarak işverenin sosyal seçim şartına uyması gerektiği konusunda kararlar vermiştir³⁰.

Yargıtay, işletmesel kararın uygulanması sonucunda, ortaya çıkan istihdam fazlalığının giderilmesi amacıyla iş sözleşmelerini feshedeceği işçilerin seçimine ilişkin olarak işverenin sosyal seçim şartına uyması gerektiği görüşün-

Yargıtay'ın konuya ilişkin yeni görüşü, Türk İş hukukunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen "eşit işlem borcuna aykırılık" ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. ve devamı maddelerinde "sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler" dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesine ilişkin kanuni bir kriter veya sosyal bir seçim şartına yer verilmediği yani, işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçiminde işverenin sosyal seçim şartına uymak zorunda olmadığı yönündedir³⁴. Ancak ;

- bireysel iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmesi ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde bazı kriterlere uyulacağı kabul edilmiş ise ya da,
- bireysel iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleş-

Kriterin objektif ve genel olarak uygulanması aynı nitelikteki ve özellikteki çalışanlar açısından söz konusu olacak, somut olaylarda işletme yönetimi ve menfaatleri açısından işverenin bazı hallerde bu kriterden ayrılması kabul edilebilecektir.

leşmesinde bu yönde bir hüküm olmamasına rağmen, işveren; işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçiminde bazı kriterler gözetildiğini ileri sürmüş ise,

işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyması gerekmektedir. Mahkemelerin işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçimi konusuna ilişkin yapabilecekleri denetim sadece bu kapsamda olabilecektir³⁵.

Yani bir başka ifade ile, mahkemeler işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçimi konusunda, öncelikle bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmesi veya sözleşme eki iç yönetmelik hükmü ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde uyulacağı kabul edilmiş olan bir kriter bulunup bulunmadığına, şayet bulunmuyorsa işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde bu tür bir kriter kullanıldığının iddia edilip edilmediğine bakacaktır³⁶.

Bunun gibi, personel yönetmeliğinde veya toplu iş sözleşmesinde yer almasa bile, işverence iş gücü fazlalığının giderilmesine yönelik yapılan fesihlerde, belirli bir yaş sınırında olma veya emekliliğe hak kazanmış bulunma gibi iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde bazı ölçütlerin belirlenmesi, sosyal seçim kriteri olarak kabul edilebilecek ancak, işverence kabul edilen bu kriterin de genel ve objektif bir şekilde uygulanması ve işverenin fesih sebebi ile çelişen uygulamalarda bulunmaması gerekmektedir³⁷. Örneğin işveren işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı sebeplerle meydana gelen iş-

gücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında, emekliliğe hak kazanmış olanların seçildiğini iddia ettiğinde, işveren bu iddiası ile bağlı olacak ve kriterin objektif ve genel uygulanıp uygulanmadığı denetlenecektir³⁸. Yani bir başka ifade ile, işgücü fazlalığı durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde işverence hukuken korunabilir bir kriter dikkate alındığında bu kriterin objektif ve genel olarak uygulanması feshin geçerliliği açısından yeterli olacaktır. Bu anlamda örneğin önce gönüllü olanların sonra da emekliliği gelenlerin çıkarılması da uygun bir kriter olarak kabul edilebilecek ve işverence neden başka kriterlerin dikkate alınmadığı gerekçesi ileri sürülemeyecektir³⁹.

Ancak burada kriterin objektif ve genel olarak uygulanması aynı nitelikteki ve özellikteki çalışanlar açısından söz konusu olacak, somut olaylarda işletme yönetimi ve menfaatleri açısından işverenin bazı hallerde bu kriterden ayrılması kabul edilebilecektir. Nitekim uygulamada da işverence iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde bu tür bir kriter uygulandığı iddia edildiğinde, üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmamasının, işverence uygulandığı iddia edilen kriterin; "objektif ve genel" olarak uygulanmadığı anlamına gelmeyeceği kabul edilmektedir. Böyle bir durumda, işletme yönetimi ve menfaatleri göz önünde tutularak söz konusu kriterin üst düzey yöneticiler dışında kalan personel için objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığı önem taşıyacaktır⁴⁰. Hatta işletmenin, faaliyetini kesintisiz olarak ve herhangi bir zarar görmesizin sürdürebilmesi yolundaki menfaatlerinin, genel uygulama adı altında zarar görmesi kabul edilemeyecek ve çok üstün performans gösteren bir işçi gibi özel mesleki bilgi ve yetenekle donatılmış bir çalışma grubunda yer alan teknik personel dahi objektif ve genel uygulamanın dışında tutulabilecektir⁴¹.

Şayet ne söz konusu sözleşmelerde ne de işverenin iddialarında, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi konusunda herhangi bir kriter gözetildiği ya da gözetileceği belirtilmediyse; işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçiminde, işveren sosyal

Toplu iş sözleşmesi ile getirilmiş bir prosedür olması durumunda bu prosedüre uyulmaması da iş güvencesi kapsamındaki işçi açısından feshi geçersiz bir fesih haline getirebilecektir.

seçim şartı dahil olmak üzere hiçbir seçim şartına uymak zorunda olmayacaktır.

Bu anlamda, işverenin bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmesi veya sözleşme eki iç yönetmelik hükümlerinde herhangi bir kriter öngörüldü ise, bu kritere uyup uymadığı; hatta işverenin hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan dahi çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığı, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiği savunması varsa, tüm bu durumlar tutarlılık denetimi kapsamında; feshin geçersizliğini iddia eden işçi, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürerse, bu iddia da keyfilik denetimi kapsamında mahkemelerce incelenecektir⁴².

Yine bunun gibi, toplu iş sözleşmesi ile getirilmiş bir prosedür olması durumunda bu prosedüre uyulmaması da iş güvencesi kapsamındaki işçi açısından feshi geçersiz bir fesih haline getirebilecektir. Örneğin toplu işçi çıkarılmasında taraf sendika ile imzalanan toplu iş sözleşmesinde, toplu işçi çıkarılması için bir prosedür öngörülmüş olması ve burada önce deneme süresini doldurmamış, sonra emekliliği gelen, daha sonra sicili bozuk ve verimi az olan ve en son kıdemi az olan işçilerin öncelikle çıkarılacağı belirtilmiş ise, bu prosedüre uyulduğu işverence ispat edilememişse bu durum iş sözleşmesinin feshini geçersiz kılacaktır⁴³.

Ancak buna karşılık, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde düzenlenen, 25. maddeye göre haklı fesih için uyulması gereken prosedüre uymadan iş sözleşmesinin feshi halinde ise, toplu iş sözleşmesinde belirtilen sıraya uyulmamış olması feshin haksız fesih olmasına sebebiyet verse de geçerli nedene dayanmasına bir engel teşkil etmeyecektir⁴⁴.

b-) Emekli Olmaya Hak Kazanmayı Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri Karşısında, İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçinin Durumu

Doktrinde “emeklilik” ve “emekliye ayrılma” ve “emekli” kavramlarına çeşitli tanımlar getirildiği görülmektedir. Buna göre, “emekliye ayrılma”, muayyen bir yaşa gelmiş veya muayyen bir müddet hizmet etmiş bulunan bir kişinin artık hizmet sektöründen takatsizliği ve kudretsizliği dolayısıyla ayrılması ya da kanunlarla öngörülen belli bir süre çalışma şartını yerine getirmiş kişilerin işyerlerinden ayrıldıktan sonra çalıştığı süreye karşılık bir gelire sahip olması olarak; “emeklilik”, muayyen bir süre hizmet etmiş olan bir kimsenin çalışma hayatına son vererek aktif çalışan statüsünden çıkması ya da iş ve işle ilgili etkinliklerin devredilmesi olarak; “emekli” ise, bu işlemlere konu olan çalışanlar olarak tanımlanabilmektedir⁴⁵. Emekli olma işleminden sonraki hayat dönemi ise, “emeklilik dönemi” olarak adlandırılmaktadır.

İşyerlerinde alınan yeniden yapılanma kararları sonucunda istihdam azaltılmasına gidileceğinde, iş sözleşmesi feshedilebilecek personelin tespitinde akla ilk gelen grup hukuken emeklilik hakkını kazanmış olan işçiler olmaktadır. Oysa genelde bu durumda olan işçiler halen işyerinde çalışmak istemektedirler. Durum böyle olunca da emeklilik haklarını kazanan işçilerin iş sözleşmelerinin bu sebebe dayanılarak feshedilmesi, çalışma hayatında sıkça uyuşmazlıklara sebep olmaktadır.

İş hukuku açısından, emeklilik, çalışanın bağlı olduğu sosyal güvenlik kuruluşu ile ilgili mevzuatın öngördüğü şartları taşıması halinde yaşlılık aylığına hak kazanmasını ifade etmektedir. Bu anlamda, işverenler, emekli olma hakkını kazanmış olan bir işçinin iş sözleşmesi sona erdirildiğinde, emekli olması ve yaşlılık aylığı alması imkânının varlığını düşündüğünde, öncelikle bu işçilerin iş sözleşmelerini feshetme yolunu tercih etmektedirler.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesi, bazı geçerli sebepleri örnek vermek suretiyle sayarken, emeklilikten de söz etmiş ve emekliliğin işyerinden kaynaklanan sebep-

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir sebep söz konusu değil ise, emeklilik tek başına geçerli sebep olamayacaktır.

lerle yapılacak fesihlerde geçerli sebep olacağını belirtmiştir. Buradan anlaşılan, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir sebep söz konusu değil ise, emekliliğin tek başına geçerli sebep olamayacağıdır. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yönde gelişmiş ve salt emeklilik fesih için tek başına geçerli sebep kabul edilmemiştir⁴⁶.

Uygulamada toplu iş sözleşmelerine emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemelerin konulmasına sıkça rastlanmaktadır. Salt emekliliğin fesih için tek başına geçerli sebep sayılmamasına karşın, toplu iş sözleşmesinde yer alan; emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde Yargıtayca geçerli sebep olarak kabul edilmektedir. Fakat, toplu iş sözleşmesi uyarınca, emekliliğe hak kazananların işten çıkarılması durumlarında dahi, bu düzenlemelerin geçerli sebep sayılabilmeleri için, öncelikle iş gücünün azaltılmasını gerektiren zorunlu bir halin bulunması ve bunun feshi zorunlu kılması gerektiğini ifade eden Yargıtay kararları da bulunmaktadır⁴⁷.

Gerçekten de, toplu iş sözleşmelerinde, “sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık ve malullük aylığı almaya hak kazanan personelin istekleri halinde veya idare tarafından gerekli görüldüğü takdirde emekliliğe sevk edilebileceği” ya da “personelin yaşlılık ve malullük aylığı almaya hak kazanmış ise, İş Kanunu’nda belirtilen sürelerde önceden haber verilmek veya İş Kanunu hükümlerine göre kıdem tazminatı ödenmek kaydı ile genel müdürün teklifi üzerine yönetim kurulu kararı ile iş sözleşmesinin feshedilebileceği” şeklindeki hükümlere sıkça rastlanmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, emeklilik

ile ilgili düzenlemenin işyerinde genel olarak tüm işçilere objektif şekilde uygulandığı takdirde, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmektedir⁴⁸. Burada, genel ve objektif olma koşulunun bir arada olması gerekmektedir. İşgücü fazlalığının giderilmesinde belirli bir yaş sınırında olma ve emekliliğe hak kazanmış bulunmanın iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde objektif bir kriter olarak kabul edilmesinin yanı sıra, uygulamanın genel bir şekilde yapılması, işverenin fesih nedeni ile çelişen uygulamalarda bulunmaması da büyük önem taşımaktadır⁴⁹.

Ayrıca buna ek olarak, personel yönetmeliğinde emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş personelin işten çıkarılacağına ilişkin hükmün objektif ve genel olarak uygulanması ve iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilmesi, söz konusu hükmün işçinin işe girdiği tarihte bulunması veya daha sonra işçi tarafından kabul edilmesi şartına bağlı olacaktır⁵⁰.

Ancak, bu tür düzenlemelerin geçerli kabul edilmesi için şart kılınmış bulunan, “objektif ve genel” uygulama koşulu da işletme yönetimi ve menfaatleri ölçüsünde aranmaktadır. Nitekim, bu tür düzenlemelerin toplu iş sözleşmesinde bulunduğu hallerde, üst düzey yönetici konumundaki personelin emekliliğe hak kazanmış olmasına rağmen işten çıkarılmamasının, uygulamanın “objektif ve genel” olma kuralını bertaraf etmediği kabul edilmektedir. Zira, üst düzeydeki yöneticilerin konumları gereği söz konusu uygulamanın dışında tutulmasının işletme yönetimi ve menfaatleri açısından olağan karşılanması gerektiği görüşü burada ön plana çıkmaktadır⁵¹.

Bu arada, toplu iş sözleşmelerine emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin konulmuş düzenlemelerin bir bütün olarak değerlendirilip uygulanması gerekmektedir. Örneğin, işçinin iş sözleşmesinin, toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliği hükümleri uyarınca, emekliliğe hak kazanması nedeniyle feshedildiği iddiasında, personel yönetmeliğinde bayanlarda 7200 prim ödeme günü veya 50 yaşını, erkeklerde 9000 prim ödeme günü veya 55 yaşını doldu-

ran işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceği, ancak performans durumları da göz önünde tutularak hizmetinin devamında yarar görülenlerin iş sözleşmelerinin devam ettirileceği düzenlemesine yer verilmiş ise, feshin geçerli sayılabilmesi için prim gün sayısının dolmuş olması veya yaşın gelmesi yeterli olmayacak, işçinin hizmetinin devamında yarar görülüp görülmeyeceğinin de araştırılıp buna göre, bir karar verilmiş olması koşulu aranacaktır⁵².

Diğer yandan, uygulamada sıkça karşılaşılan uyuşmazlıklardan biri de toplu iş sözleşmesinde yer alan “işçilerin belirli yaşı doldurmuş bulunmaları ya da emeklilik hakkını elde etmiş olmaları durumunda iş sözleşmelerinin feshedileceğine” ilişkin düzenlemelerin, söz konusu toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinin sona ermesi durumunda hüküm ifade edip etmeyeceklerine ilişkindir.

Aslında söz konusu uyuşmazlığın çözümü doğrudan 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6/son maddesinde gösterilmektedir. Buna göre, işçilerin belirli yaşı doldurmuş bulunmaları ya da emeklilik hakkını elde etmiş olmaları durumunda iş sözleşmelerinin feshedileceğine ilişkin düzenlemelere yer veren toplu iş sözleşmesinin, yürürlük süresi, iş sözleşmesinin feshi tarihinde sona ermiş olsa bile işveren, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun “Her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam eder” hükmünü içeren 6/son maddesine dayanarak, işçinin iş sözleşmesini feshedebilecektir. Burada dikkate alınacak tek koşul, genel ve objektif uygulama olacaktır. Yani, toplu iş sözleşmesindeki bu hükme dayanarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin geçerli sebep teşkil edebilmesi için işverenin, bu hükmü, bütün işçilere istisnasız olarak uygulaması zorunludur⁵³.

Ancak, kanun metnine dayanarak feshe ilişkin bu yönde karar veren Yargıtay toplu iş sözleşmesinin ücret artışını düzenleyen maddelerine ilişkin olarak farklı yönde görüş bildirmiştir. Nitekim Yargıtay ücret artışına ilişkin vermiş olduğu bir kararda, 2822 sayılı Toplu İş Söz-

leşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan, süresi sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği şeklindeki düzenlemenin, kazanılmış hakların korunması amacına yönelik olduğunu, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin ardından işverenin yürürlüğü sona eren hükümlere göre yeniden ücret artışı yapma zorunluluğu bulunmadığını belirterek kanımızca bu konuda bir tutarsızlık yaratmıştır⁵⁴.

E- Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılmasına İmkân Taniyan Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri Karşısında, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Durumu

“Çalışma koşulları” iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü olarak, işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcundan başlayan, işin nerede ve ne zaman görüleceğinden, işyerinde çalışma süresinin belirlenmesine, izin sürelerinin tespitinden, ödenecek ücretin eklerine, ara dinlenmesinden, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlara; belirli süreyi tamamlayan çalışanlara kıdem teşvik primi ödenmesinden belli konumda olan işçilere özel sağlık sigortası yaptırılmasına kadar iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlar olarak tanımlanabilmektedir⁵⁵.

Yani daha genel bir anlatımla çalışma koşulları iş görme fiilinin ifa edileceği, iş ilişkisinin tabi olduğu tüm şartları ifade etmekte ve işin ifa yeri, ifa zamanı, ücret, çalışma süreleri, yıllık ücretli izin süreleri gibi, işin ifa sürecine ilişkin tüm hususlar çalışma koşullarını oluşturmaktadırlar⁵⁶.

İK. m.22'de bir anlamda çalışma koşullarından neyin kastedildiği ifade edilmiştir. Zira söz konusu madde, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşulları ifadesini kullanarak işçi ve işveren ilişkilerinin tümünü çalışma koşulları kavramı altında toplamıştır⁵⁷.

İşçi ve işveren iş sözleşmesinin kurulması aşamasında, kanunlardaki emredici hukuk kurallarına, ahlak kurallarına, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı olmamak koşulu ile diledikleri çalışma koşulları üzerinde anlaşabileceklerdir. İş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de çalışma koşullarının oluşmasında önem taşımaktadırlar. Ancak personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliğindeki hükümlerin işçi açısından çalışma koşullarını düzenleyen hükümler olarak kabul edilmiş sayılabilmesi için, işçinin açık veya örtülü onayının alınmış olması gereklidir⁵⁸. Ayrıca, iş sözleşmesinin eki niteliğinde sayılacak personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliğinde yapılacak değişikliklerin de işçiyi bağlaması için, yapılan değişikliğin işçiye İK. m. 22 kapsamında bildirilmesi gerekecektir⁵⁹.

İK ve iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarının dışında, çalışma koşullarının oluşturulduğu diğer önemli bir kaynak da toplu iş sözleşmeleridir. Bu anlamda örneğin toplu iş sözleşmesine uygun olmayan bir nakil işlemine, toplu iş sözleşmesinin kapsamı içindeki bir işçinin uyma zorunluluğu bulunmayacağı gibi, işverenin de bu yüzden işçinin iş sözleşmesini geçerli sebeple fesih hakkı olmayacaktır⁶⁰.

Gerçekten, işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek üzere yapılan toplu iş sözleşmeleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan hukuk kaynaklarındandır. Toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili birçok konuyu düzenlemektedirler. Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacak ve iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alacaktır. İş sözleşmesinde düzenlenmeyen konularda da toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanacaktır. Ancak, toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması halinde, iş sözleşmesinin işçi lehindeki hükümleri geçerli olacaktır

(TSGLK.m.6). Görüldüğü üzere, çalışma koşullarının işçi lehine olarak değiştirilebileceği ve aksi halde iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu 2822 sayılı TSGLK'nın 6. maddesinde de öngörülmüştür.

Toplu iş sözleşmesinde getirilmiş olan çalışma koşullarının değiştirilmesi konusuna gelince, aslında TSGLK m.7 uyarınca, toplu iş sözleşmeleri, bir yıldan az ve üç yıldan uzun süreli olamayacak ve toplu iş sözleşmelerinin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamayacak, kısaltılamayacak ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemeyecektir. Ancak toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerinin "protokol" adı altında yapılan değişiklik düzenlemeleri ile değiştirilmeleri mümkündür. Fakat, toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan bu değişiklikler geçmişe etkili değil, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğuracaklardır⁶¹.

Yargıtay çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları şeklinde bir sıralama yapılabileceğini belirtmektedir⁶². Bu anlamda, çalışma koşullarını yukarıdaki sıraya göre belirleyen kaynaklarda üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa da daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün olmayacaktır⁶³. Buna karşılık, üst sıralarında nispi emredici hükümlerin bulunduğu hallerde ise, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında farklılık olduğu durumlarda, işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulama, çalışma koşulu olarak kabul edilebilecektir⁶⁴.

İşçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden doğan iş ilişkisi süresince, işçinin haklarının daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci karakterinin bir sonucudur⁶⁵. Ancak çalışma hayatının zorlukları, işletmelerin karşılabilecekleri riskler ve işletmesel değişiklikler, zaman zaman bu esasın aksine uygulamaları da gündeme getirebilmekte ve iş ilişkisi sürerken işçilerin çalışma koşullarında bazen geriye

gidişler yaşanması söz konusu olabilmektedir. Uygulamada bu tür değişiklikler işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak ifade edilmektedir.

Çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı, uygulamada işçinin unvan ve iş tarifinde değişiklik yapılması, işçinin aynı işverenin başka şehirdeki bir işyerinde çalışmak üzere tayin edilmesi, işyeri merkezinin başka bir şehir veya bölgeye taşınması gibi işçinin günlük iş takviminde aleyhine değişiklikler getiren durumları ifade etmektedir⁶⁶.

Çalışma koşullarında değişiklik yapılması doğrudan doğruya işverenin yönetim hakkının kendisine verdiği bir yetkidir. İşveren için önemli olan işyerinin kârlılığı ve verimliliğidir. İşveren bu amaçlara ulaşmak için her türlü işletmesel kararı almakta serbesttir. İşveren işin yapılma şeklini, zamanını ve içeriğini belirlemeye yönelik olarak yönetim hakkını işçi ile arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda özgürce kullanabilecektir⁶⁷.

İşverenin vereceği talimatlarla, Anayasa ve kanunların emredici hükümleri ile toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir. Çalışma koşullarındaki değişiklikler, makul bir sebebe dayandıkları veya iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturmadıkları ya da işçi aleyhine bir durum oluşturmadıkları takdirde, işverenin yönetim hakkının sınırlandırılması gerekmeyecektir. Bu anlamda işverenin, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmaması ve çalışma koşullarının değiştirilmesi ile ilgili işletmesel kararı alırken dürüst olması gerekmektedir⁶⁸. İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ve geçerli bir sebebe dayanan değişiklikler ise, çalışma koşullarının esaslı değişikliği olarak nitelendirilemeyecektir⁶⁹.

İşveren yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, çalışma koşulu değişikliği ile ilgili kararı alırken dürüstlük kurallarına uymalıdır⁷⁰.

Diğer yandan, iş sözleşmelerinde ve toplu iş

sözleşmelerinde işverene tek taraflı olarak değişiklik yapma hakkı veren hükümlerin bulunması durumlarında, işverenin bu düzenlemelere dayanarak çalışma koşullarında yapabileceği değişikliklerin sınırları da uygulamada büyük önem taşımaktadır. Zira, sözleşmelerde yer alan bu hükümlerden kaynaklanan uyumsuzluklara uygulamada çok sık rastlanmaktadır. Yargıtay özellikle eski tarihli kararlarında, işverene nakil yetkisi veren bu tür sözleşme hükümlerini geçerli saymakta ve buna uymayan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle işverence sonlandırılabilirliğini kabul etmekteydi⁷¹.

Ancak daha yeni tarihli kararlarda, Yargıtay bu çözümü yumuşatarak, değişiklik yapma hakkının saklı tutulduğu durumlarda, işçinin çalışma koşullarının değiştirilmesi gerekmeden, çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işverenin bunlar arasından birini seçme hakkına sahip olacağı yani, işverenin talimat verme hakkı kapsamında, alternatif tedbirler arasında iş şartlarında değişikliğine neden olmayacak şekilde bir tedbir olanağı var ise bu yola başvurulmasının gerekeceğini yönünde görüş bildirmektedir⁷².

Çalışma koşullarının değiştirilmesi her zaman, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarının çok açık bir şekilde değiştirilmesi olarak karşımıza çıkmamaktadır. Nitekim, işverence işçiye hiç iş verilmemesi ya da normale göre daha az iş verilmesi şeklinde de çalışma koşullarının değiştirilmesi ortaya çıkabilecektir. Önemli olan ortaya çıkan durumun işçi aleyhine bir sonuç doğurmuş olmasıdır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus değişiklik anlamına gelen davranışın her zaman ücret azalması şeklinde anlaşılması gereğidir⁷³. Zira işçinin ücret ve diğer ayni ve sosyal haklarının değişmemesine rağmen, işçinin kendisini geliştirme imkânının ortadan kaldırılması bile çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelebilecektir⁷⁴. Bununla birlikte, eğer işin niteliği sürekli olarak yapılan işin ya da işyerinin değişmesini gerektirecek nitelikte bir iş ise, farklı işler ve işyerleri işçi açısından çalışma koşullarının değiştirilmesi sayılmayacaktır⁷⁵.

Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik yapıldığı iddiasının bunu iddia eden işçi tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Fakat böyle bir iddianın söz konusu olduğu durumlarda, ortada yazılı bir sözleşme olmadığı ya da çok dar kapsamlı bir sözleşme olduğu zamanlarda, mahkemeler öncelikle o işyerindeki çalışma koşullarını, daha sonra ise değişiklik yapıp yapılmadığını tespit etmekle yükümlü olacaklardır. İşçi ise, ancak değişikliğin yapıldığı tespit edildikten sonra bu değişikliğin aleyhine olduğunu ispatlamakla yükümlü olacaktır⁷⁶.

Ancak acil ve arızı durumlarda işverenin yaptığı zorunlu değişiklikler çalışma koşullarının değiştirilmesi olarak kabul edilmeyecek ve işçi tarafından da bu yönde itirazda bulunulamayacaktır. Zira bu durumlarda işçinin rızasının dahi aranması söz konusu olmayacaktır. Buradaki ölçü iş güvenliği tedbirlerinin varlığı ve insani dayanma gücü olacaktır. İK.'nın 42. maddesinde düzenlenen zorunlu nedenlerle fazla çalışma halinin de, işçinin kabulüne bağlı olmaması, işverenin yaptığı zorunlu değişikliklerin çalışma koşullarının değiştirilmesi olarak kabul edilemeyeceği ve işçinin bunlara uymak zorunda olacağı görüşünü desteklemektedir⁷⁷.

Uygulamada, işletmesel karar sonucunda yapılan organizasyon değişikliğinin, çalışma koşullarında aleyhe değişiklik yapılabilmesi için geçerli bir sebep teşkil edeceği kabul edildiğinden, işletmesel karar sonucunda yapılan organizasyon değişikliğine dayanan çalışma koşullarındaki esaslı değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine yapılan feshin de, işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandığı kabul edilmektedir⁷⁸.

Tarafların serbest olarak tespit ettikleri içeriğe uygun olarak yaptıkları sözleşmenin yine taraflarca anlaşarak diledikleri zaman değiştirilebileceğine şüphe bulunmamaktadır⁷⁹. Ancak, kanun koyucu özellikle çalışma koşulları bakımından geriye gidişin en azından işçinin rızası hilafına yapılamaması gerektiği noktasından hareket etmiştir⁸⁰. Nitekim, işveren tarafından alınan işletmesel karar sonucunda, yapılan

organizasyon değişikliğinin, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik meydana getirmesi söz konusu olduğunda, İK.'nın 22 nci maddesi uyarınca, işveren durumu işçiye yazılı olarak bildirmek zorunda olacaktır.

Şayet işçi bu değişikliği altı işgünü içinde yazılı olarak kabul ederse çalışma koşulu işçi aleyhine de olsa değişmiş olacaktır. Ancak, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklarda örneğin toplu iş sözleşmesinde bu koşulların emredici olarak düzenlenmiş olduğu hallerde ise, işçi aleyhine olarak değişikliğe gidilmesi işçinin rızası ile dahi mümkün olmayacaktır⁸¹.

İşçi toplu iş sözleşmesinde düzenlenmemiş olan çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam ederse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor olacaktır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını kabul edebilecek ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını veya fesih için başka bir sebebin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilecektir⁸². Bu durum değişiklik feshi olarak ifade edilmektedir.

Toplu iş sözleşmesinde düzenlenmeyen çalışma koşullarındaki değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda yapılacak değişiklik feshinde; değişiklik ve fesih bildirimlerinin yazılı yapılması ve sebeplerinin de yazılı gösterilmesi geçerlilik koşuludur⁸³. Ancak işveren değişiklik feshinde, mutlaka işçinin kabul süresi olan 6 işgününün geçmesini beklemelidir. Aksi halde 6 işgünü geçmeden iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmiş olması feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır⁸⁴. Yargıtay 6 işgünlük sürenin geçirilmesinden sonra, işçinin değişiklik önerisini kabul etmesini, işverene işçi tarafından yöneltilen yeni icap olarak kabul etmektedir. Bu anlamda, işveren değişiklik önerisini kabul etmeyen işçisinin iş sözleşmesini ancak altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra geçerli sebebe dayanarak feshedebilecek, işçinin altı işgünü geçmesinden sonra yaptığı

kabul beyanı üzerine işverenin iş sözleşmesini feshi, kendisine yöneltilen yeni icap beyanının örtülü olarak reddi anlamına gelecektir⁸⁵.

Diğer yandan, toplu iş sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme olmamasına rağmen işverence yapılan değişikliğin işçi yararına olduğunun açıkça görüldüğü durumlarda, işçinin yapılan bu değişikliğe uygun olarak, çalışmayı kabul etmemesi ve işyerine gitmemesi işverene haklı sebeple fesih imkânı verecektir⁸⁶.

Çalışma koşullarının esaslı şekilde değiştirilmesine ilişkin olarak alınan işletmesel karar sonucu, işçinin değişiklik önerini kabul etmemesi üzerine, işverence iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeni ile çıkan uyuşmazlıklarda mahkemeler öncelikle,

- çalışma koşullarında ağırlaşma olup olmadığını,
- işçinin yeni işinin önceki işle aynı değerde olup olmadığını,
- bu anlamda görevinde, unvanında, kariyerinde ve ücretlerinde bir azalma olup olmadığını,
- personel yönetmeliği,
- toplu iş sözleşmesi ya da
- iş sözleşmesine aykırı bir durum bulunup bulunmadığını

denetleyeceklerdir. Bu denetimler sonucu şayet çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğu kanaatine varılırsa, bu kez değişiklik feshinde geçerli sebep denetimini iki aşamalı olarak yapacaklardır⁸⁷.

İlk aşamada, iş sözleşmesinin içeriğinde değişikliği gerekli kılan geçerli sebebin varlığının denetimi yapılacaktır. Burada sözü edilen geçerli sebep İş Kanunu'nun 18. maddesinde fesih için aranan geçerli nedenlerin aynısıdır. Yani işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebin bulunması gerekecektir.

Denetimin ağırlığı ve ölçüsü farklılık arz etmeyecek, yapılacak denetimde, değişikliği gerekli kılan geçerli bir sebebin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilecektir. Denetimin ilk aşamasında, geçerli sebebin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada, fiilen teklifi edilen

sözleşme değişikliğinin kanuna ve toplu iş sözleşmesine uygun olup olmadığı;

- ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve
- işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenip beklenemeyeceğinin yani kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığının

denetiminin yapılması gerekmektedir⁸⁸. Bu aşamada teklifin denetimi yapılırken esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır⁸⁹. Bunu takiben de, mahkemelerce işverenin tutarlı davranıp davranmadığı ve feshin son çare olup olmadığı denetlenebilecektir⁹⁰.

Mahkemelerce yapılacak denetimin, somut olayın özelliklerine göre yapılması gerekecek, buna göre, değişiklik feshi, ancak, çalışma şartlarının değiştirilmesi uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise, son çare olarak gündeme gelebilecektir⁹¹. Bu anlamda mahkemelerce, çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca aynı şekilde ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olup olmaması da denetlenebilecektir⁹².

Bu anlamda, işverenin mümkünse, sözleşmenin ya da yapılan işin değiştirilmesine ilişkin olarak daha az radikal olan bir teklifte bulunup bulunamayacağı da burada önem taşıyacak, işverenden bu yönde bir davranış beklenecektir⁹³. Bunun yanında, değişiklik teklifinin, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal edip etmediği de mahkemelerce denetlenecektir. Eşit davranma ilkesini ihlal söz konusu ise, bu teklife işçi katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılacaktır⁹⁴.

SONUÇ

En az 30 işçinin çalıştığı bir işyerinde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan ancak, aynı zamanda en az 6 aylık kıdemi bulunan, işletmenin bütününe sevk ve idare etmeyen veya işyerinin bütününe sevk ve idare etse de işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunmayan iş güvencesi kapsamındaki işçi, eğer taraf sendikaya üye ise veya taraf sendikaya dayanışma

aidatı ödüyorsa işyerini kapsamına alan bir toplu iş sözleşmesinin işçilerle ilgili tüm hükümlerinden tereddütsüz yararlanabileceklerdir.

Buna karşılık, iş güvencesi kapsamındaki işçi, şayet taraf sendikaya üye değilse, dayanışma aidatı ödemiyorsa ve ilgili sendika buna rağmen işçinin yararlanması için yazılı bir onay vermiyorsa, bu kez işyerini kapsamına alan toplu iş sözleşmesi ile getirilen hükümlerden, parasal nitelikte olanların dışındaki tüm hükümlerden; işyerinde çalışan tüm sendikalı-sendikasız işçilerle birlikte yararlanabilecektir. Bu konuda taraf sendika üyesi olmayan bir işçinin herhangi bir ekstra talepte bulunması gerekmeyecektir.

İş sözleşmesinin feshine ve özellikle çalışma koşullarına ilişkin getirilmiş hükümler parasal nitelikte hükümler olarak değerlendirilemeyeceğinden, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin tüm bu hükümlerden sendika üyesi olsa da olmasa da, dayanışma aidatı ödese de ödemesi de koşulsuz olarak yararlanabileceği ifade edilebilecektir.

İş güvencesi kapsamında olan bir işçinin, kanuni hakların yerine ya da kanuni hakların yanında, işverence imzalanmış bulunan toplu iş sözleşmesinde yer alan iş güvencesi hükümlerinin de kendisine uygulanmasını istemesine ilişkin olarak, Yargıtay'ın bizim de katıldığımız yerleşik içtihadı, işverenin işe almama yolundaki davranışının yaptırımının, İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan iş güvencesi hükümlerince düzenlenmesinden dolayı, toplu iş sözleşmesinin iş güvencesini sağlamaya yönelik getirmiş olduğu iş güvencesi tazminatının bu durumda uygulanma imkânının olmadığıdır. Yargıtay toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen iş güvencesini sağlamaya yönelik tazminatları cezai şart niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. İş güvencesi kapsamındaki işçi kanuni süresi içerisinde işe iade davasını açıp, 21. madde hükümlerine göre haklarını talep edebilecektir. İşçinin dava açma süresi içinde dava açmaması ya da bu süreyi iradesi dışında kaçırmaması hali de bir değişiklik yaratmayacak ve iş güvencesi kapsamına giren işçi toplu iş sözleşmesinde yer alan iş güvencesine yönelik hükümlerden yararlanamayacaktır.

Toplu iş sözleşmelerine feshe yetkili organın disiplin kurulu olduğuna ilişkin konulan düzenlemelere ilişkin olarak ise, Yargıtay yine yerinde olarak, toplu iş sözleşmesinde feshe yetkili organın disiplin kurulu olduğu düzenlemesinin yer aldığı hallerde, iş sözleşmesinin bu düzenlemeye aykırı olarak işverence disiplin kurulu kararı almaksızın feshedilmesinde, bu uygulamanın feshi haksız kıldığını kabul etmektedir. Ancak Yargıtay yine yerinde olarak, toplu iş sözleşmesinde, feshe yetkili organın disiplin kurulu olduğu düzenlemesinin yer aldığı hallerde, iş sözleşmesinin bu düzenlemeye aykırı olarak feshedilmesinde haklı sebep ortadan kalksa da, fesih sebebi davranışın işçinin davranışlardan kaynaklanan bir geçerli sebep sayılabileceğini belirtmektedir. Yani bu durum yapılan feshi haksız kılsa da, söz konusu geçerli sebebin varlığını ortadan kaldırmayacak, feshin geçerli sebeple yapılmış bir fesih olarak kabul edilebilmesini engellemeyecektir.

Bireysel iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmesi ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde bazı kriterlere uyulacağı kabul edilmiş ise ya da, bireysel iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmesinde bu yönde bir hüküm olmamasına rağmen, işveren; işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçiminde bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyması gerekmektedir. Mahkemelerin işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçimi konusunda ilişkin yapabilecekleri denetim sadece bu kapsamda olabilecektir. Yani bir başka ifade ile, mahkemeler işletmesel karar sonucu iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçimi konusunda, öncelikle bireysel iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmesi veya sözleşme eki iç yönetmelik hükmü ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde uyulacağı kabul edilmiş olan bir kriter bulunup bulunmadığına, şayet bulunmuyorsa işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde bu tür bir kriter kullanıldığının iddia edilip edilmediğine bakacaktır.

Toplu iş sözleşmelerine emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemelerin konulmasına

sıkça rastlanmaktadır. Salt emekliliğin fesih için tek başına geçerli sebep sayılmamasına karşın, toplu iş sözleşmesinde yer alan; emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine ilişkin düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde Yargıtayca geçerli sebep olarak kabul edilmektedir. Fakat, toplu iş sözleşmesi uyarınca, emekliliğe hak kazananların işten çıkarılması durumlarında dahi, bu düzenlemelerin geçerli sebep sayılabilmeleri için, öncelikle işgücünün azaltılmasını gerektiren zorunlu bir halin bulunması ve bunun feshi zorunlu kılması gerektiğini ifade eden Yargıtay kararları da bulunmaktadır.

İK ve iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarının dışında, çalışma koşullarının oluşturulduğu diğer önemli bir kaynak da toplu iş sözleşmeleridir. Yargıtay, değişiklik yapma hakkının saklı tutulduğu durumlarda, işçinin çalışma koşullarının değiştirilmesi gerekmeden, çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işverenin bunlar arasından birini seçme hakkına sahip olacağı yani, işverenin talimat verme hakkı kapsamında, alternatif tedbirler arasında iş şartlarında değişikliğine neden olmayacak şekilde bir tedbir olanağı var ise bu yola başvurulmasının gerekeceğini yönünde görüş bildirmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Yarg. 9.HD. 20.04.2009 t. E.2008/27835, K.2009/11273.
- 2 RG, 10.06.2003, S.25134.
- 3 4857 sayılı İş Kanunu, iş güvencesi konusunu 158 sayılı ILO Sözleşmesi'ni esas alarak düzenlenmiştir. Ancak, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesinde sözleşme hükümlerinin tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve iş sözleşmesi ile çalıştırılan tüm işçilere uygulanacağı öngörüldüğü halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda iş güvencesi hükümlerinin sadece bu Kanun kapsamına olan işçilere ve iş güvencesi hükümlerinin kıyas yoluyla Basın İş Kanunu kapsamına girenlere uygulanması esas kabul edilmiştir.
- 4 DEMİR, Fevzi; İş Güvencesi Hukuku, 2. Bası, İzmir 1999, s.1 vd. TAŞKENT, Savaş, İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması), İstanbul 1991, 13 vd.
- 5 4857 ve hatta 4773 sayılı Kanun döneminde oluşmayan bir eylemden dolayı geçerli fesih nedenine dayanılması mümkün değildir. Yarg. 9. HD., 08.02.2005 t., E. 2004/22251, K. 2005/3652.
- 6 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2. maddesine göre işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Yine aynı Kanunun 18/4. maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2. maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır. Yarg. 9. HD, 01.06.2009 t., E. 2008/36359, K. 2009/ 15149, Yarg. 9.HD. 24.03.2008 t., E.2007/27699 K.2008/6006.
- 7 İşyerinde çalışan işçi sayısının en az otuz olması, sözleşmesi feshedilecek olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması ve en az altı aylık kıdemli olması koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: KESER, Hakan; 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, İzmir 2010, s.43 vd.; DEMİR, s.245 vd., ÇELİK, s.214 vd., MOLLAMAHMUTOĞLU, s.717 vd.
- 8 Yarg. 9. HD., 22.11.2004 t., E. 2004/20807, K. 2004/25839.
- 9 Yarg. 9. HD., 26.05.2005 t., E.2005/12317, K.2005//19404; YILDIZ, G. B. İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nisbi Emredici Niteliği, Legal İSGHD, 2006/11, 901-911. Keza bkz. ŞAHLANAN F., İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği, TİD. Temmuz 2006, 2-4; DEMİR, 246; AKYİĞİT, s.791; EKONOMİ, İş Sözleşmesinin Feshi, 28; SOYER, Feshe Karşı Koruma, 43.
- 10 Yarg. 9. HD, 22.10.2008, E. 2008/40711, K. 2008/34678, Çalışma ve Toplum, 2009/2, 313-3115; "Toplu iş sözleşmesinin 24 üncü maddesinde sözleşmenin feshi halinde işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı ve maaşının 12 katı (bir yıllık maaşı) tutarında iş güvencesi ödeneği ödeneceği düzenlenmiştir." Yarg. 9. HD, 23.12.2008, K, 2007/29287 K. 2008/35193.
- 11 RG. 07.05.1983 t. No: 18040.
- 12 2822 sayılı TSGLK, m.9'da getirilen bu istisna, dayanışma aidatı ödemek sureti ile toplu iş sözleşmesinden yararlanmadır.
- 13 ESENER, Turhan; İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 479; OĞUZMAN, M. Kemal; "Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaya İlişkin Sorunlar", O. DOĞANAY'a Armağan, İstanbul, 1982, s.60-62.
- 14 AKI, Erol; Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, İzmir, 1971, s. 96; BERKSUN, Abdullah- EŞMELİOĞLU, İbrahim; Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara, 1989, s. 160; ÇELİK, Nuri; Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, TÜHİS, C. 10, Ocak 1986, s.1, s. 3-4; ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 10. Bası, İstanbul, 1990, s. 392; OĞUZMAN, M. Kemal; Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, 4. Bası, s. 68-69; OĞUZMAN/(Yararlanmaya İlişkin Sorunlar), s. 62; REİSOĞLU, Seza; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt

- Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s. 149-150; TUNÇOMAĞ, Kenan; İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1989, s. 413, SUR, s. 304 vd.; EYRENCİ, Öner; Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu-İş Nisan 1988, s. 8 vd.
- 15 Örneğin, "İşyerinde çalışmakta olan işçiler 1475 sayılı İş Yasası'nın 17/2. maddesi saklı kalmak üzere hiçbir şekilde işten çıkarılamaz. 1475 sayılı Yasa'nın 17/2. maddesi dışında keyfi ve haksız bir sebeple işten çıkarmalarda, işten çıkarılan işçiye hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatı tavan tutarının 10 katı tutarında iş güvencesi tazminatı işverence ödenir" Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t., E. 2007/667, K. 2007/8604.
- 16 Örneğin, "İşyerlerinde çalışmakta olan işçiler 4857 sayılı Yasa'nın 25/2 sayılı maddesi saklı kalmak üzere hiçbir şekilde işten çıkarılamazlar. 4857 sayılı Yasa'nın 25/2 maddesi dışında keyfi ve haksız bir sebeple işten çıkarmalarda işten çıkarılan işçiye hak ettiği kıdem ve ihbar tazminatlarının dışında ve ayrıca yasal kıdem tazminatı tavan tutarının 10 katı tutarında iş güvencesi tazminatı işverence ödenir." Yarg. 9. HD., 23.02.2010 t., E. 2008/11858, K. 2010/4640; "İşverenin zorunlu işçi çıkarma hakkını hatalı kullandığı veya sözleşme hükümlerine uymadığı saptanırsa, işçi, açıkta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakları derhal ödenerek işe başlatılır. Buna uyulmadığı takdirde, işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarının 3 katı tutarda tazminat ödenir. Şu kadar ki, bu ödeme işçinin ücretinin 1 yıllık tutarından az olamaz", "İşveren, TBMM'de kabul edilmiş bulunan 158 sayılı ILO Sözleşmesi gereğince; her durumda hizmet akdine son vermeyi gerektirir haklı bir neden göstermek ve ihtilaf halinde; mahkeme, özel hakem vb gibi merciler önünde bu nedeni ispatlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilememesi halinde işverence işçiye 1 yıllık ücreti tutarında işsizlik tazminatı ödenir." Yarg. 9. HD., 27.10.2008 t., E. 2007/29831, K. 2008/28960; "İşyerinde çalışmakta olan işçiler keyfi olarak ve haksız bir sebepten dolayı gerek bireysel gerekse toplu şekilde işten çıkarılamazlar. Keyfi ve haksız bir sebeple işten çıkarmalarda, işveren işten çıkardığı her işçiye; yasalar ve toplu iş sözleşmeleri ile kazanılan hakların dışında ve ayrıca maaşının 12 katı (1 yıllık maaş) tutarında iş güvencesi ödeneği ödemeyi taahhüt eder." Yarg. 9. HD., 20.10.2008 t., E. 2007/29425, K. 2008/27963.
- 17 Yarg. 9. HD., 25.04.2008 t., E. 2007/17197, K. 2008/10251; Yarg. 9. HD., 25.04.2008 t., E. 2007/17198, K. 2008/10252; Yarg. 9. HD., 27.05.2008 t., E. 2007/19424, K. 2008/12888; Yarg. 9. HD., 28.03.2008 t., E. 2007/14428, K. 2008/6672; Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t. E. 2007/677, K. 2007/8614; Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t., E. 2007/690, K. 2007/8627; Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t., E. 2007/691, K. 2007/8628; Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t., E. 2007/696 K. 2007/8633; Yarg. 9. HD., 22.01.2009 t., E.: 2007/35148, K. 2009/714; Yarg. 9. HD., 18.03.2010 t., E. 2008/22467, K. 2010/7212; Yarg. 9. HD., 18.03.2010 t., E. 2008/22469, K. 2010/7214; Yarg. 9. HD., 20.10.2008 t., E. 2007/29425, K. 2008/27963.
- 18 Yarg. 9. HD., 28.06.2006 t., E. 2006/11064, K. 2006/19070; Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t., E. 2007/667, K. 2007/8604; Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t., E. 2007/677, K. 2007/8614; Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t., E. 2007/690, K. 2007/8627; Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t., E. 2007/691, K. 2007/8628; Yarg. 9. HD., 27.03.2007 t., E. 2007/696, K. 2007/8633; Yarg. 9. HD., 18.03.2010 t., E. 2008/22467, K. 2010/7212.
- 19 Yarg. 9. HD., 25.07.2008 t., E. 2008/2950, K. 2008/22064; Yarg. 9. HD., 22.01.2009 t., E.: 2007/35148, K. 2009/714.
- 20 Yarg. 9. HD., 28.05.2007 t., E. 2006/30080, K. 2007/16483.
- 21 Yarg. 9. HD., 28.03.2008 t., E. 2007/14428, K. 2008/6672.
- 22 Yarg. 9. HD., 27.10.2008 t., E. 2007/29831, K. 2008/28960.
- 23 Yarg. 9.HGK., 01.06.1994 t., E. 1994/9-71, K. 1994/381, Yarg. 9. HD., 07.04.1997 t., E. 1996/23047, K.1997/6718; Yarg. 9. HD., 21.04.2008 t., E. 2007/30784, K. 2008/9226; Yarg. 9. HD., 29.06.2009 t., E. 2008/ 36286, K. 2009/18338.
- 24 Yarg. 9. HD., 21.04.2008 t., E. 2008/13259, K. 2008/9226.
- 25 "İşçinin son üç ay içerisinde işverenin talimatı dışında görev yaptığı büroya ilan asması, fotokopi için gelen avukatlara yardımcı olmaması, bu yerde ilgisiz kişilerin oturmasına ve avukatlarla tartışmasına neden olması, bu nedenlerle hakkında şikayetler yapılması, mesai saati içinde izin almadan işyerine ait ve avukatların hizmet olarak faydalandığı yeri kapatıp ayrılması, feshin disiplin kurulu kararı olmadan gerçekleştirilmesinin, geçerli sebebi ortadan kaldırmaması, geçerli sebep" Yarg. 9. HD., 21.04.2008 t., E. 2008/13259, K. 2008/9226, Yarg. 9. HD., 06.07.2005 t., E. 2005/18889, K. 2005/23957, "İşçinin mesai saatleri içerisinde görev yerini izinsiz terk etmesi, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olması davranışları ile işyerinde olumsuzluklara yol açması, disiplin kurulu kararı alınmamış olsa bile, geçerli sebep" Yarg. 9. HD., 21.04.2008 t., E.2007/30784 K. 2008/9226, KAR, s.291-293.
- 26 Yarg. 9. HD., 29.06.2009 t., E. 2008/36286, K. 2009/18338.
- 27 Yarg. 9. HD., 24.01.2005 t., E. 2004/31362, K. 2005/1106.
- 28 Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2008/6288, K. 2008/8329, Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2008/9760, K. 2008/ 8359, Yarg. 9. HD., 28.03.2008 t., E. 2007/27844, K.2008/6677, Yarg. 9. HD., 24.03.2008 t., E. 2008/7977, K. 2008/ 6091, Yarg. 9. HD., 25.02.2008 t., E. 2008/3735, K. 2008/2001, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E. 2008/4548, K. 2008/414, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4547, K. 2008/413, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4546, K. 2008/412, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4544, K. 2008/410, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4545, K. 2008/411, Yarg. 9. HD., 23.03.2009 t., E. 2008/34202, K. 2009/7718.
- 29 Yarg. 9. HD., 23.03.2009 t., E. 2008/34202, K. 2009/7718.
- 30 "İş sözleşmesine bağlı olarak çalışan avukatların tamamının işten çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılmalı; tamamı çıkarılmış ise feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmeli, bir kısmının iş sözleşmesi feshedilmiş ise davacının seçiminde objektif kriterlerin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı tespit edilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır." Yarg. 9. HD., 02.10.2006 t., E.2006/17515, K.2006/25658, Çalışma ve Toplum, 2007/1, s.224; Yargıtay bu dönemde Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nda düzenlenmiş olan "Acil işyeri gerekleri nedeniyle iş sözleşmesi feshedildiğinde, işveren işçinin seçiminde kıdemini, yaşını, bakım yükümlülüklerini ve ağır sakat olmasını hiç veya yeteri kadar dikkate almamış ise, bu halde de iş sözleşmesinin feshi geçersizdir" düzenlemesinden etkilenmiştir (Şİ Abs.3 S.I KSchG). Ancak, Alman hukukundan farklı olarak, sosyal seçim müessesesinin Türk iş hukukunda pozitif bir dayanağı bulunmamaktadır.
- 31 Bu ölçütlerin bir kısmının sosyal seçim ölçütü olmadığına yönelik eleştiri için bkz. ÇELİK, Eşit Davranma Borcu, s.8.

- 32 Bu dönemdeki farklı görüşler için bkz. ENGİN, Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul, 2003, s.112; ÇELİK, Nuri, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, s.4, s.5., ALPAGUT, s. 104. ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 19. Baskı, İstanbul, 2006, s.216; GÜZEL, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi (Tebliğ), İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul 2004, İş Güvencesi, s.79.
- 33 Yarg. 9. HD., 09.10.2006 t., E. 2006/17907, K. 2006/26027, Yarg. 9. HD., 02.10.2006 t., E. 2006/17840, K. 2006/25449; Yarg. 9. HD., 11.12.2006 t., E.2006/25167, K.2006/32359, Çalışma ve Toplum, 2007/2, s.191. Yarg. 9. HD., 4.12.2006 t., E.2006/23819, K.2006/31666, Çalışma ve Toplum, 2007/2, s. 220; Yarg. 9. HD., 3.4.2006 t., E.2006/4878 K.2006/8253, Çalışma ve Toplum, 2006/3, s. 179.
- 34 Yarg. 9. HD., 06.10.2008 t., E.2008/30271 K. 2008/25206, Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2007/39374 K. 2008/16020, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2007/32500, K. 2008/11101, Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2007/33534, K. 2008/8315, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2007/32500, K. 2008/11101, Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2007/35914, K. 2008/8316, Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2008/6288, K. 2008/8329, Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2008/9760, K. 2008/8359.
- 35 Yarg. 9. HD., 06.10.2008 t., E.2008/30271 K.2008/25206, Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2007/39374 K. 2008/16020, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2007/32500, K. 2008/11101, Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2007/33534, K. 2008/8315, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2007/32500, K. 2008/11101, Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2007/35914, K. 2008/8316, Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2008/6288, K. 2008/8329, Yarg. 9. HD., 14.04.2008 t., E. 2008/9760, K. 2008/8359, Yarg. 9. HD., 09.02.2009 t., E. 2009/1186, K. 2009/1832.
- 36 Örneğin, toplu iş sözleşmeleri ve personel yönetmeliklerinde "Sosyal güvenlik kurumlarından aylıklık ve malullük aylığı almaya hak kazanan personelin istekleri halinde veya idare tarafından gerekli görüldüğü takdirde emekliliğe sevk edilebilirler" ya da "Personel aylıklık ve malullük aylığı almaya hak kazanmış ise İş Kanunu'nda belirtilen sürelerde önceden haber verilmek veya İş Kanunu hükümlerine göre kıdem tazminatı ödenmek kaydı ile genel müdürün teklifi üzerine merkez birliği yönetim kurulu karar ile personelin iş sözleşmesi feshedilebilir" gibi hükümler bulunabilmektedir.
- 37 Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2007/24558, K. 2008/184, Yarg. 9. HD., 19.02.2007 t., E. 2006/32546, K. 2007/4329, Yarg. 9. HD., 02.02.2009 t., E. 2008/11540, K. 2009/866.
- 38 Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2007/35816, K. 2008/11432, Yarg. 9. HD., 30.06.2008 t., E. 2008/1848, K. 2008/18002, Yarg. 9. HD., 07.04.2008 t., E. 2007/30572, K. 2008/7792, Yarg. 9. HD., 21.04.2008 t., E. 2007/31265, K. 2008/9588, Yarg. 9. HD., 21.04.2008 t., E. 2007/31266, K. 2008/9589, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2007/35816, K.2008/11432.
- 39 Yarg. 9. HD., 19.02.2007 t., E. 2006/32546, K. 2007/4329.
- 40 Yarg. 9. HD., 02.02.2009 t., E. 2008/11540, K. 2009/866, Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E.2008/18722, K. 2008/16030, Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2008/18724, K. 2008/16032, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2008/15373, K. 2008/11404, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2008/15374, K. 2008/11405, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2008/15376, K. 2008/11407.
- 41 Yarg. 9. HD., 02.02.2009 t., E. 2008/11540, K. 2009/866, Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2008/18722, K. 2008/16030, Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2008/18724, K. 2008/16032, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2008/15373, K. 2008/11404, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2008/15374, K. 2008/11405, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2008/15376, K. 2008/11407.
- 42 Yarg. 9. HD., 30.06.2008 t., E. 2008/1816, K. 2008/17979, Yarg. 9. HD., 01.03.2010 t., E.: 2010/6243, K. 2010/5349.
- 43 Yarg. 9. HD., 19.03.2007 t., E. 2007/6187, K. 2007/7308.
- 44 Yarg. 9. HD., 29.11.2010 t., E. 2009/35448 K. 2010/34835.
- 45 ONAR, Sıddık Sami; İdare Hukuku Umumi Esasları, C. 2, Üçüncü Baskı, s. 1269-1275; AKÇAY, Çanakkale İlinde Görev Yapan Öğretmenlerin Emekliliğe Hazırlık Eğitimine İhtiyaçları, (A.Ü.S.B.E. Eğitim Yönetimi ve Planlaması Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi), Ankara 1994, s.31 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.448 vd.; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.331; DİLİK, s.16; ALPER, s.4
- 46 Yarg. 9. HD., 04.03.2008 t., E. 2007/26106, K. 2008/3438, Yarg. 9. HD., 15.05.2006 t., E. 2006/10737, K. 2006/14979, Yarg. 9. HD., 12.09.2005 t., E. 2005/27579, K. 2005/29361, Yarg. 9. HD., 11.04.2005 t., E. 2005/9752, K. 2005/12858, Yarg. 9. HD., 20.12.2004 t., E. 2004/19163, K. 2004/28990, Yarg. 9. HD., 03.03.2005 t., E. 2005/5095, K. 2005/7238, Yarg. 9. HD., 13.12.2004 t., E. 2004/28790, K. 2004/27501, Yarg. 9. HD., 19.01.2004 t. E. 2003/22196, K. 2004/261, Yarg. 9. HD., 15.12.2003 t. E. 2003/19696, K. 2003/21888.
- 47 Yarg. 9. HD., 24.03.2008 t., E. 2007/27596, K. 2008/5990.
- 48 Yarg. 9. HD., 05.11.2007 t., E.2007/19962, K.2007/32488, Yarg. 9. HD., 27.11.2006 t., E. 2006/22981, K. 2006/31277.
- 49 Yarg. 9. HD., 05.11.2007 t., E.2007/19962, K.2007/32488.
- 50 Yarg. 9. HD., 08.06.2006 t., E. 2006/763, K. 2006/12944, Yarg. 9. HD., 10.04.2006 t., E. 2006/5883, K. 2006/9359, Yarg. 9. HD., 08.05.2006 t., E. 2006/1080, K. 2006/12947, Yarg. 9. HD., 08.05.2006 t., E. 2005/39078, K. 2006/12939, Yarg. 9. HD., 08.05.2006 t., E. 2005/33884, K. 2006/12922, Yarg. 9. HD., 08.05.2006 t., E. 2006/3219, K. 2006/12909, Yarg. 9. HD., 08.05.2006 t., E. 2006/1686, K. 2006/12904.
- 51 Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E.2008/18722 K. 2008/16030, Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2008/18724 K. 2008/16032, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2008/15373, K. 2008/11404, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2008/15374, K. 2008/11405, Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2008/15376, K. 2008/11407, Yarg. 9. HD., 10.03.2008 t., E. 2008/4393, K. 2008/4398.
- 52 Yarg. 9. HD., 22.01.2004 t., E. 2003/23815, K. 2004/950.
- 53 Yarg. 9. HD., 20.02.2006 t., E. 2006/563, K. 2006/3909.
- 54 Yarg. 9. HD., 19.01.2010 t., E. 2009/30393, K. 2010/365; Yarg. 9. HD., 19.01.2010 t., E. 2009/30392, K. 2010/364.
- 55 TAŞKENT, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981 s. 12; ŞEN, Murat; İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005 s. 24-25; İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramı içinde yer alacaktır. Yarg. 9.HD., 27.10.2008 t., E.

- 2008/29715, K. 2008/28944, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 56 EKONOMİ, Münir; Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İllkelere Uyumu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.158; TEZEL, Şevket; İşçinin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikten Kaynaklanan Fesih İşlemi ve Sonuçları, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Şubat 2008, S:50 s.235-242.
- 57 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 58 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685.
- 59 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 60 Yarg. 9. HD., 15.09.2005 t., E. 2005/23893, K. 2005/30234.
- 61 Yarg. 9. HD., 21.02.2006 t., E. 2005/38473 K. 2006/4428, Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685.
- 62 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 63 Örneğin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası uyarınca feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşa geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki yasa hükümleri yasada mutlak emredici olarak belirlenmiş ve işçi lehine de olsa değişiklik yolu kapatılmıştır. Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 64 Örneğin, İK.m.53'de düzenlenen yıllık ücretli izin sürelerinden daha fazlasının işverence işçiye tanınması durumunda, bu durum işçi açısından bir çalışma koşulu oluşturacaktır. Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685.
- 65 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Aramağan, Ankara 2000, s. 563.
- 66 TEZEL, s.237.
- 67 Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685.
- 68 Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2007/41042 K. 2008/5622.
- 69 Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E. 2008/4548, K. 2008/414, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4547, K. 2008/413, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4546, K. 2008/412, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4544, K. 2008/410, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4545, K. 2008/411, Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2007/41042 K. 2008/5622.
- 70 Yarg. 9. HD., 05.05.2008 t., E. 2007/33545, K. 2008/11277, Yarg. 9. HD., 01.10.2007 t., E. 2007/14259, K. 2007/28745, Yarg. 9. HD., 09.11.2005 t., E. 2005/4540, K. 2005/35429.
- 71 Yarg. 9. HD., 21.09.2004 t., E. 2003/21979, K. 2004/19484.
- 72 Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2007/41042 K. 2008/5622, Yarg. 9. HD., 04.12.2006 t., E. 2006/23970, K. 2006/31976.
- 73 "İşçinin yaptığı iş çekici tipi araçla arkasındaki sehpaları boş olarak üretim hatlarına transferini ve dolu olan sehpalarn ilgili birimlere forkliftle taşınmasını sağlamaktır. Önerilen iş ise boş olarak gelen sehpalara presten çıkmış parçaların istiflenmesidir. Önerilen işin mevcut işinden ağır olduğu ve çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi anlamına geldiği açıktır." Yarg. 9. HD., 14.12.2009 t., E. 2009/46109, K. 2009/34662.
- 74 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E.2008/13026, K.2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E.2007/41138, K. 2009/9238.
- 75 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E.2008/13026, K.2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 76 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E.2008/13026, K.2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 77 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yargıtay 9. HD., 11.7.2008 gün, 2007/ 23953 E, 2008/19878 K., Yargıtay 9. HD., 27.10.2005 gün, 2005/5396 E, 2005/34825
- 78 Yarg. 9. HD., 07.10.2003 t., E. 2003/3161 K. 2003/16343, CENTEL, Tankut; Karar İncelemesi, Değişiklik Feshinde Kötüniyet, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2004, S:290, s.34-37; Yarg. 9. HD., 24.12.2007 t., E.2007/22990, K. 2007/38752.
- 79 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 80 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 81 Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 82 Yarg. 9. HD., 04.12.2006 t., E. 2006/23970, K. 2006/31976, Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 83 Yarg. 9. HD., 16.06.2008 t., E. 2007/41042 K. 2008/5622, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2007/24522, K. 2008/166, Yarg. 9. HD., 04.12.2006 t., E. 2006/23970, K. 2006/31976, Yarg. 9. HD., 29.01.2007 t., E. 2006/37016, K. 2007/1180, Yarg. 9. HD., 29.01.2007 t., E. 2006/37017, K. 2007/1181, Yarg. 9. HD., 17.01.2006 t., E. 2005/37049, K. 2006/346.
- 84 Yarg. 9. HD., 17.01.2006 t., E. 2005/38648, K. 2006/27.
- 85 Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 86 Yarg. 9. HD., 26.10.2004 t., E. 2004/20987, K. 2004/24191, Yarg. 9. HD., 26.10.2004 t., E. 2004/20985, K. 2004/24189.
- 87 Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 25.09.2006 t., E. 2006/16829, K. 2006/24758, Yarg. 9. HD., 16.11.2005 t., E. 2005/32562, K. 2005/35769, Yarg. 9. HD., 20.12.2004 t., E. 2004/14805, K. 2004/28304, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 88 ASCHEID, R./PREIS, Ü./SCHMIDT, I., Kündigungrecht, Grosskommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, München 2004, §2 KSchG Rdnr. 193. s.565; Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 89 REBMANN, K./SÄCKER, F.J./RIXERCKER, R./HENSLER, M.; Münchener Kommentar, zum Bürgerlichem Gesetzbuch, Bd. IV, Schuldrecht-Besonderer Teil II, München 2005, §2 KSchG Rdnr. 85 sh.11138; KR/Rost, F. §2 KSchG Rdnr. 98, sh.329, Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 07.07.2008 t., E. 2007/24548 K. 2008/19209, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.

- 90 "Kapatılan bölümdeki işçilerin değişiklik feshi yaratılmadan diğer bölümlerde değerlendirme olanağı olup olmadığının değerlendirilmesi, bir bakıma işverenin fesihle tutarlı davranıp davranmadığının denetlenmesi gerekir." Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4547, K. 2008/413, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4546, K. 2008/412, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4544, K. 2008/410, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E.2008/4545, K. 2008/411, Yarg. 9. HD., 18.02.2008 t., E. 2008/4548, K. 2008/414.
- 91 FIEBİG, S./GALLNER, I./GRİEBELİNG. J./MESTEWERTD. W./NÂGELE, S./PFEİFER. G., HaKo. 1 Teil, 1 C Rz. 148, §2 KSchG Rz.39, s.459., Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 92 ASCHEİD, R./PREİS, Ü./SCHMİDT, I; s.565, Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 93 ASCHEİD, R./PREİS, Ü./SCHMİDT, I; s.565; FIEBİG, S./GALLNER, I./GRİEBELİNG. J./MESTEWERTD. W./NÂGELE, S./PFEİFER. G., s. 459, Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD., 02.04.2009 t., E. 2007/41138, K. 2009/9238.
- 94 ASCHEİD, R.: Erfurter Kommentar, §2 KSchG Rdnr. 48, s.2200, Yarg. 9. HD., 23.12.2008 t., E. 2008/13026, K. 2008/33685.

KAYNAKLAR

- AKI, Erol; Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, İzmir, 1971,
- AKYİĞİT, Ercan; İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, 3.Bası, Ankara, 2008,
- ALPAGUT Gülsevil; İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Sebep Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, SİCİL, Mart 2006, Y:1 S.1, s.71-84,
- ALPAGUT, Gülsevil; "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlüğü Mevcut Mudur?", Sicil Dergisi, Aralık 2006, Yıl:1, Sayı:4,
- BERKSUN, Abdullah-EŞMELİOĞLU, İbrahim; Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara, 1989,
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul, Eylül 2009,
- ÇELİK, Nuri; İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S.4, s.5,
- ÇELİK, Nuri; Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, TÜHİS, C. 10, Ocak 1986, S.1,
- DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 5.Bası, İzmir, Ocak 2009,
- DEMİR, Fevzi; İş Güvencesi Hukuku, 2. Bası, İzmir, 1999
- EKONOMİ, Münir; Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren D., Mart 2003,
- EKONOMİ, Münir; Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlkelere Uyumu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s.158,
- ENGİN, Murat; İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, İstanbul, 2003,
- ESENER, Turhan; İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978,
- EYRENCİ, Öner; Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri, Kamu-İş Nisan 1988, s.8 vd.,
- GÜZEL, Ali; İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi (Tebliğ), İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul 2004, İş Güvencesi, s.79,
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12.Bası, İstanbul, Nisan 2009,
- KESER, Hakan; 4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, İzmir, 2010,
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara, 2008,
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s. 563,
- OĞUZMAN, M. Kemal; "Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaya İlişkin Sorunlar" O. DOĞANAY'a Armağan, İstanbul, 1982,
- OĞUZMAN, M. Kemal; Türkiye'de İşçi ve İşveren İlişkileri, B.3, İstanbul, 1984,
- ONAR, Sıddık Sami; İdare Hukuku Umumi Esasları, C.: 2 Üçüncü Baskı,
- REİSOĞLU, Seza; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, 1986,
- SUR, Melda; İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 3.Bası, Ankara, 2009,
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 3.Basım, İstanbul, 2006,
- ŞAHLANAN, Fevzi; İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği, TİD, Temmuz 2006,
- ŞEN, Murat; İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara, 2005,
- TAŞKENT, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981,
- TAŞKENT, Savaş; İş Güvencesi (İşçinin Feshe Karşı Korunması) İstanbul, 1991,
- TEZEL, Şevket; İşçinin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikten Kaynaklanan Fesih İşlemi ve Sonuçları, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Şubat 2008, S:50 s.235-242,
- TUNCAY, A.Can/EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11.Bası, İstanbul, 2005,
- TUNÇOMAĞ, Kenan; İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1989
- YILDIZ, G. B.; İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nisbi Emredici Niteliği, Legal İSGHD. 2006/11, 901-911.

Doç. Dr. İbrahim AYDINLI

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Yargıtay'ın İl Özel İdarelerine İlişkin Verdiği “Parçalı İşkolu” Tespiti ve Uygulanmasına İlişkin Bozma Kararlarının Kamu Kurumlarında Meydana Getirdiği ve/veya Getireceği Vahim Sonuçların Düşündürdükleri

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2010/49487

Karar No : 2010/41975

Tarihi : 30.12.2010

Davacı T..... Sendikası vekili dava dilekçesinde; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 18.12.2009 tarihli Resmî gazette yayımlanan 11.12.2009 tarih ve 2009/61 sayılı kararı ile Bilecik İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinde yapılan işlerin iş kolları tüzüğünün 15 sıra numaralı “İnşaat” işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararının iptali ile İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinde yapılan işlerin 17 sıra nolu “Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar işkoluna” girdiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davacı K..... Sendikası vekili dava dilekçesinde; Bilecik İl Özel Sekreterliğine bağ-

lı tüm işyerlerinin 15 sıra numaralı “inşaat” işkoluna girdiğine dair Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 11.12.2009 tarih ve 200/61 sayılı işkolu tespit kararının iptali ile yapılan asıl iş itibarıyla 17 sıra numaralı “Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar” işkolunda olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Y..... Sendikası vekili cevap dilekçesinde; Sendikalar Kanununun 60. maddesinin 2. fıkrasında, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağına öngörüldüğünü, 13.05.2005 tarih ve 5286 sayılı “Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün Kaldırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü kaldırılarak, bu müdürlüğün gördüğü hizmetlerin, İstanbul ve Kocaeli’nde Büyükşehir Belediyelerince, diğer illerde ise il özel idarelerince yerine getirilmesinin

öngörüldüğünü, Bilecik İl Özel İdaresi'nin 2009 yılında tamamlanan ya da devam etmekte olan yatırım projelerinin ağırlıklı olarak 15 numaralı işkolunda yer alan inşaat işlerine ilişkin olduğunu, Bilecik İl Özel İdaresinde toplam 201 işçinin çalıştığını ve 182 işçi tarafından inşaat işlerinin yerine getirildiğini, bunun da Bilecik İl Özel İdaresinde yürütülen ağırlıklı işin, inşaat işkoluna girdiğinin diğer bir kanıtı olduğunu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Bilecik İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği ve bağlı işyerlerinde ağırlıklı olarak inşaat işinin yapıldığı, büro işlerinin asıl işe yardımcı işlerden olması nedeniyle İş Kolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkolunda yer aldığı yönündeki 11.12.2009 tarih ve 2009/61 sayılı tespit kararının yerinde olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı vekili cevap dilekçesinde 18.12.2009 tarihli resmi gazetede yayımlanan işkolu tespit kararının hukuka uygun olduğunu, belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Bilecik İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği vekili cevap dilekçesinde il özel idarelerdeki işlerin 17 sıra numaralı "Ticaret, büro Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkoluna girdiği şeklindeki davacı iddialarını ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Bilecik İl Özel İdaresindeki işlerin 15 sıra numaralı "inşaat işkoluna girdiği" yönündeki tespitini kabul etmediklerini, il özel idaresinde yapılan işlerin İşkolları tüzüğü'nün 28 sıra numaralı "Genel İşler" işkoluna girdiğinin tespitine karar verilmesini, bu talepleri kabul edilmediği takdirde il özel idaresindeki her bir birim ve işyerinin girdiği işkolunun, her birimin asıl olarak yaptığı görev ve hizmetler dikkate alınarak ayrı ayrı tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı işkolu tespitinin hukuka uygun olduğu Bilecik İl Özel İdaresindeki asıl işin inşaat işi olduğu, diğer birimlerin işinin ise

asıl işe yardımcı işler olduğu kabul edilerek, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar T..... sendikası, K..... sendikası ve İl Özel İdaresi vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4 ve 60. maddeleri uyarınca işkolu tespitine itiraza ilişkindir.

Türk toplu iş hukukundaki normatif düzenlemelerde işkolu kavramı önemli bir yer tutmaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre, öncelikle işçi ve işveren sendikaları işkolu esasına göre kurulmaktadır (m.3). İşkolunun belirlenmesi konusunda özel bir norm düzenlenmiştir (m.4). Anılan maddeye göre işkolu tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılacaktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasına müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.

İşçi ve işveren sendikalarının kurulabilecekleri işkolları Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesinde gösterilmiştir. Anılan maddede, bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı ifade edilmiştir. Yine aynı maddede; bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınarak ve uluslararası normlarda göz önünde bulundurularak bir tüzükle düzenleneceği belirtilmiştir.

Söz konusu tüzükte işkollarına giren işler, tüzüğe ekli listede belirtilmiştir. Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılacağı vurgulanmıştır. (Tüz. m.3)

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK)'nun üçüncü maddesinde "bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir" tümcesi ile esas olarak işyeri toplu iş sözleşmesini esas almıştır.

Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, bir

gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurumu ve kuruluşlarına ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında yapılan sözleşme tipine işletme toplu iş sözleşmesi denir. Ancak, fıkrada ayırık bir düzenlemeye de yer verilerek, kamu kurum ve kuruluşları için tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesine olanak tanınmıştır.

İşkolu kavramı sendikaların faaliyet alanlarını belirleyen temel bir ögedir. Birbirine benzer işler bir hukuki kalıp altında toplu iş hukukuna sunulmaktadır.

İşkolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde iş yeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik", aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, özellikle "işveren kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2. maddede "işyeri, işyerine bağlı

yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Esener, Turhan: İş Hukuku Bası 3 Ankara 1978 sh. 83-84; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku C 1, İstanbul 1987 sh. 59; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri Bası 21, İstanbul 2008 sh. 56-57; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Ferdi İş İlişkileri Bası 3 İzmir 1998 sh. 121; Süzek Sarper; İş Hukuku Bası 4 Ankara 2008 sh. 173-178; Mollamahmutoğlu Hamdi İş Hukuku Bası 3 Ankara 2008 sh. 191-201; tüm genişliği ve ayrıntılarıyla Yenisey/Doğan, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, İstanbul 2007 sh. 23-37).

İşyerinin özelliğini veren temel öge teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birliktedir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleştiriyorsa amaçta birlik sağlanmıştır.

Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsada dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasıdır.

Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverene de asıl işin girdiği işko-

lunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız Hukukunda işyerinin neresi olduğu ve sınırlarının belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır. (Doğan, Yenisey: sh 443,447). İşletme ise genel olarak iktisadi bir amacın gerçekleşmesi için aynı işverene ait birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş bir ünite olarak tanımlanmaktadır. İşyerini işletmeden ayıran temel ölçütlerden biri izlenen amaçtır. İşletme mutlaka ekonomik bir amaç gütmesi gerekmez. İşyeri işletmenin genel olarak bağımsız bir bölümü olarak düşünülmesi gerekir. Ticaret Hukukundaki işletmeden farklı bir amaç gütmektedir. Çünkü ticari işletmelerde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır.

İşyeri ve işletme ayırımında organizasyon kavramıyla bir ayırtırmaya gitmek de mümkün değildir. Çünkü işletmenin de işyerinin de bir organizasyon içerisinde örgütlenmesi mümkündür. Ancak işletmenin işyerine göre büyüklüğü aynı şekilde organizasyondaki büyüklüğünü gerektireceği kaçınılmazdır. Öte yandan işverenin ötesinde işletmenin profesyonel bir yönetim kadrosu oluşturacağı da gerçektir.

Temel sorun 4857 Sayılı Yasadaki işyeri kavramının genişliğinin Toplu İş Hukukuna yansımamasıdır. İşletme ve işyeri ayırımının bu bağlamda sorun çıkarması kaçınılmazdır.

Özetleyecek olursak işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı işkolundan söz edilebilir. İşletme işkolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez.

Tüzükteki 26 sıra numaralı “Milli Savun-

ma” işkolu ve 28 sıra numaralı “Genel İşler” işkolu’na ilişkin düzenlemeler sebebi ile Belediyeler ve Milli Savunma Bakanlığınca işletilen işyerleri, yukarıda belirlenen kriterlere tabi değildir.

Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO) Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşmesi 2. maddesinde “Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uyum koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.” düzenlemesi ve “Örgütlenme Hakkının Korunması” başlıklı 11. maddesinde “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünü her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür.” düzenlemesi yer almaktadır.

1982 Anayasası’nın, Sendika kurma hakkı başlığını taşıyan 51 inci maddesinin dördüncü fıkrası, “Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz.” hükmü, 07/05/2010 kabul tarihli, 13/05/2010 tarih ve 27580 (mük.) sayılı R.G.de yayımlanan 5982 sayılı Kanunun (Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun) 5. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5982 sayılı Kanunun 5. madde gerekçesinde “... Bu düzenleme, Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO) Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşmesine aykırı bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu aykırılığın giderilmesi amacıyla 51 inci maddenin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmaktadır.” denmiştir.

Gerek Uluslararası Çalışma Teşkilatının (ILO) Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşmesi doğrultusunda yapılan sendikal çoğulculuğu destekleyen bu gelişmeler, gerekse il özel idarelerinin yapısına sürekli

yeni işyerleri katılmak sureti ile büyümesi ve gelişen bu süreçte ilerde yapısına yeni işyerlerinin katılabilecek olması, dikkate alındığında; Bilecik İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı sendikal çoğulculuğu sınırlandıracak, sendikal özgürlüğü kısıtlayacaktır.

Bilecik İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği işyerinin kapsamı itibari ile işyeri olarak sınırlandırılması da yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca yerinde olmayacağı gibi, parçalı işkolu tespiti yapılması ve işletme olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Her ne kadar Dairemizin 2010/25648 Esas, 2010/24131 Karar sayılı 15.7.2010 tarihli kararında "... İşyerindeki işçi sayısı ve çalıştığı kısımlar dikkate alındığında ağırlıklı olarak çalışanların inşaat işkoluna giren faaliyetlerde bulunması, İş organizasyonu içindeki üretilen mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işlerinin ilerde olması, yatırım araçları ile makine parkındaki makinelere yapılan yatırım miktarında inşaat işlerine ilişkin olanların çoğunluğa sahip olması dikkate alındığında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı yerinde olup, bu nedenlerle doğru olan mahkeme kararının ONANMASINA..." şeklinde karar verilmiş ise de; yukarıdaki esaslar doğrultusunda, tüm dairece yapılan görüşmede bu içtihattan dönülmüştür.

Somut olayda dosya kapsamı hüküm kurmaya yeterli bulunmadığından yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı

sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2011/25632

Karar No : 2011/16821

Tarihi : 07.06.2011

Davacı vekili, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 26.10.2010 tarih ve 2010/86 karar sayılı 04.11.2010 tarih ve 27749 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kastamonu İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinde yapılan işlerin niteliği itibariyle "iş kolları tüzüğü'nün" 15 sıra numaralı "inşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararının iptali ile anılan işyerindeki işlerin 17 sıra numaralı " Ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkoluna girdiğine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Y..... sendikası vekili, Kastamonu il özel idaresi işyerinde ağırlıklı olarak inşaat işinin yapıldığını, büro işlerinin asıl işe yardımcı işlerden olması nedeni ile "işkolları tüzüğü'nün" 15 sıra numaralı "inşaat" işkolunda yer aldığı yönündeki tespit kararının yerinde olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Bakanlık vekili, davanın reddine, karar verilmesini istemiştir.

Davalı Kastamonu İl Özel İdaresi vekili, il özel idaresi yönünden davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini, aksi durumda ÇSGB'nin Kastamonu İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği ve bağlı işyerlerinin 15 sıra numaralı "inşaat" işkoluna girdiğine dair işkolu tespit kararının hukuka uygun olduğunu, köy hizmetlerinin idare bünyesine katılmasıyla işyerinin asıl işinin "inşaat" işkoluna girdiğini, diğer işlerin asıl işe yardımcı işlerden sayılması gerektiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Fer'i Müdahil dilekçesinde, il özel idare-

relerinde yoğun olarak inşaat işi yapılması sebebi ile Sendikalar Kanunu 60. maddesi uyarınca işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerin asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır hükmü dikkate alınarak karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, Kastamonu İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nce yapılan tüm işlerin, İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkolunda yer aldığına ilişkin, 26.10.2010 tarih ve 2010/86 karar sayılı işkolu tespit kararının iptali ile, sekreterliğin bir kısım işlerinin İşkolları Tüzüğü'nün 17. sırasında yer alan "Ticaret, Büro, Eğitim Ve Güzel Sanatlar" işkoluna, bir kısım işlerinin ise İşkolları Tüzüğü'nün 15. sırasında yer alan "inşaat" işkoluna bağlı olacak şekilde, işyerinde parçalı işkolu uygulanması gerektiğinin tespiti ne, bu hususta fazlaya dair istemin reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içerisinde K..... sendikası ve Y..... sendikası, il özel idaresi ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Kastamonu İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği işyerinin kapsamı itibari işyeri olarak sınırlandırılması da yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca yerinde olmayacağı gibi, parçalı işkolu tespiti yapılması ve işletme olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır .

Her ne kadar dairemizin 2010/25648 esas, 2010/24131 karar sayılı 15.7.2010 tarihli kararında "... İşyerindeki işçi sayısı ve çalıştığı kısımlar dikkate alındığında ağırlıklı olarak çalışanların inşaat işkoluna giren faaliyetlerde bulunması, İş organizasyonu içindeki üretilen mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işlerinin ilerde olması, yatırım araçları ile makine parkındaki makinelere yapılan yatırım miktarında inşaat işlerine ilişkin olanların çoğunluğa sahip olması dikkate alındığında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiğine

ilişkin tespit kararı yerinde olup bu nedenlerle doğru olan mahkeme kararının ONANMASINA..." şeklinde karar verilmiş ise de yukarıdaki esaslar doğrultusunda, tüm dairece yapılan görüşmede bu içtihattan dönülmüştür.

Somut olayda mahkemece parçalı işkolu tespiti yapılması gerektiği belirtilmiş ise de, hangi birimlerin hangi işkoluna girdiği konusunda karar verilmeyip, bu hususun bakanlıkça yapılması gereken teknik bir konu olduğu şeklinde hüküm kurulması hatalı olmuştur. Yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılarak, gerektiğinde uzman bilirkişiler vasıtası ile keşif yapıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.06.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No : 2011/9-347
Karar No : 2011/311
Tarihi : 18.05.2011

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, işkolunun belirlenmesi istemine ilişkindir.

Bilindiği üzere; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun "İşkolunun belirlenmesi" başlıklı 4. maddesinde "Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Kararın yayımını

müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabilirler. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar.” hükmü yer almaktadır.

Bu nedenledir ki, maddede geçen “Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar.” hükmü karşısında öncelikle; mahkemece daire bozmasına karşı direnilmesinin olanaklı olup olmadığı ön sorun olarak ele alınmıştır.

Anılan düzenlemede yer alan, işkolunun tespitine ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usulüne göre iş davalarına bakan mahkemece en geç iki ay içinde karara bağlanması düşüncesi, işin niteliği ve aciliyetinden kaynaklanmakta olup; yasa koyucu tarafından bu aciliyete uygun olarak getirilen açık düzenleme ile de temyiz incelemesini yapan Yargıtay Özel Dairesince iki ay içerisinde uyuşmazlığın kesin olarak karara bağlanacağı hükme bağlanmıştır.

Benzer nitelikteki düzenlemelere; 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/3; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun 3, 12, 15 ve 60. maddelerinde de yer verilmiş; bu düzenlemelerde de yine iş hukukuna yön veren temel ilke ve düşüncelerden hareket edilmiştir.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulu’nun 13.03.1985 gün 1984/9-834 E. ve 1985/201 K. sayılı kararında da, benzer bir konu ele alınarak; 2822 sayılı Kanun’un 15. maddesinde yer verilen “Yargıtay’ca ... kesin karara

bağlanır.” hükmü ile yasa koyucunun burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığının vurgulandığına işaret edilmiştir.

Hal böyle olunca, Yargıtay Özel Daire kararının kesinliğinden maksadın, mahkemece bu karara karşı direnilemeyeceği, olduğunun kabulü gerekir.

Hukuk Genel Kurulu’nun 20.10.2004 gün ve 2004/9-510 E., 2004/557 K.; 08.12.2004 gün ve 2004/9-654 E.,2004/664 K.; 21.09.2005 gün ve 2005/9-474 E.,2005/510 K.; 23.11.2005 gün ve 2005/9-579 E.,2005/648 K.; 12.04.2006 gün ve 2006/9-211 E., 2006/195 K.; 18.10.2006 gün ve 2006/9-621 E.,2006/673 K.; 03.12.2008 gün ve 2008/9-716 E.,2008/726 K.; 27.01.2010 gün ve 2009/9-592 E., 2010/35 K.; 24.02.2010 gün ve 2010/9-33 E. 2010/105 K sayılı ilamlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

Açıklanan nedenlerle; kesin nitelikteki bozma kararına direnilmesine yasal olarak olanak bulunmadığı ve uyulması gerektiği halde, yerel mahkemece önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı belirtilen nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı K..... Sendikası vekili ve davalı T..... İş Sendikası vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda açıklanan değişik nedenlerden dolayı H.U.M.K.’nin 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 18.05.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

1- Giriş

Karar incelemesi olarak ele aldığımız bu çalışmanın konusu, il özel idarelerinin girdiği işkolu uyuşmazlığına ilişkin olup, bahsedilen uyuşmazlık; son günlerde tüm ülke sathındaki illerde bulunan ilk derece mahkemelerinde (iş

mahkemesi ya da iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerinde) görülmektedir. Söz konusu işkolu ihtilafının ilk derece mahkemelerinde hükme bağlandığı ve birçok davanın da Yargıtay’a intikal ettiği ve genelde bozma ile karar altına alındığı bilinmektedir.

Yargıtay’ın konuya ilişkin kararlarına neden

olan olgu; bizzat il özel idarelerinde 2005 yılında gerçekleştirilen yapısal değişikliktir. Şöyle ki, ülkemizde 13.1.2005 tarihinde 5286 sayılı “Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatının Kaldırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü kaldırılmış ve bu Genel Müdürlüğün gördüğü hizmetlerin İstanbul ve Kocaeli’nde Büyükşehir Belediyelerince, diğer illerde İl Özel İdarelerince yerine getirilmesi öngörülmüştür. Söz konusu yapısal değişiklik alışılacağı bürokratik ya da tabela değişikliği olmayıp belki de Türk idari teşkilat tarihinde kapsam ve sonuçları bakımından önemli reformlardan biridir. Çünkü söz konusu kanun değişikliği sonucunda kaldırılan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün mülkiyeti Hazineye ait olup da Maliye Bakanlığınca bu Genel Müdürlüğe tahsis edilen taşınmazlar hariç olmak üzere taşra teşkilatının kadro ve pozisyonları, personeli, araç gereç ve taşınır tüm varlıkları, tapuda bu Genel Müdürlük adına kayıtlı olan taşınmazları ve hizmet binaları; İstanbul ve Kocaeli illerinde büyükşehir belediyelerince, diğer illerde il özel idarelerine devredilmiştir (5286 s.k. geçici m.1/a). Böylece onbinlerce personel ve aynı yoğunluktaki kamuya ait araç gereç ve taşınmaz mallar kanun değişikliği sonucunda il özel idarelerine devredilmiştir.

Konuya ilişkin yargı kararlarının tarihleri incelendiğinde, 2005 yılının başlarında Türk idari yapılanmasında meydana gelen söze konu olan önemli değişikliğin aynı anda yargıya dava olarak taşınmadığı izlenmektedir. Bunun böyle olmasının nedenlerinin başında; devrolunan/devredilen kamu kurumlarında (il özel idarelerinde) devam etmekte olan TİS’ler ya da sendikalar arasındaki mücemele (centilmenlik-iyiniyet) anlaşmalarıdır. Dolayısıyla 2008 yılına kadar il özel idarelerinde toplu iş hukukunu ilgilendiren işkolu değişikliğine ilişkin bir ihtilafın çıkmadığı görülmektedir.

Ancak 2008 yılında ilk defa ilgili tarafların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na yaptıkları işkolu tespit taleplerini karşılayan cevabi yazılarda, il özel idarelerinin kanuni yapı değişikliği dolayısıyla fonksiyon değişikliğine uğradıkları, bu nedenle mevcut İş Kolları Tüzüğünde düzenlenmiş olan 17 sıra no’lu “Tica-

ret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar” işkolundan çıktıkları ve 15 sıra no’lu inşaat işkoluna girdikleri sonucuna varılmıştır. Bunun üzerine dava menfaati olan taraflar, Bakanlığın her il özel idaresi için ayrı ayrı belirlediği tespit yazılarının neredeyse tümünü ilk derece mahkemesine taşımıştır. Genelde ilk derece mahkemeleri 2009 yılı içinde davaları sonuçlandırmış ve bunun üzerine yargı kararı aleyhine taraflar temyiz haklarını kullanarak, konuyu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin önüne götürmüşlerdir. Bu kararlardan tarih olarak ilk karar Kayseri İl Özel İdaresi için verilmiştir. Yargıtay’ın 14.07.2010 tarihli E. 2010/25648, K. 2010/24131 sayılı bu kararında bizimde katıldığımız gerekçelere dayanarak Kayseri İl Özel İdaresinin yapı değişikliği dolayısıyla tek işyeri organizasyonu altında inşaat işlerinin yoğunluğu nedeniyle 17 sıra no’lu “Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar” işkolundan çıktığı ve 15 sıra no’lu inşaat işkoluna girdiği sonucuna varmıştır¹. Hatta bu karar yakın bir tarihte değerli bir akademisyen tarafından olumlu bulunarak incelenmiş olup, Yargıtay’ın ilk defa bu içtihadından döndüğü Manisa İl Özel İdaresi ile ilgili 2.11.2010 T., E. 2010/34471, K. 2010/31408 sayılı kararı da aynı makalede eleştirel olarak değerlendirilmiştir². Bu nedenle biz daha önce incelenmiş olan iki farklı kararı değil, Yargıtay’ın içtihadından döndüğü ve halen aynı görüşü devam ettirdiği daha yeni tarihli kararlarını karşılaştırmalı olarak incelemeye çalıştık.

II- İhtilafa İlişkin Yüksek Mahkeme Kararları

İl özel idarelerinin dahil olduğu işkolu ihtilafına ilişkin olarak ulaşabildiğimiz ilk iki karar; konunun esasına ilişkin iken, üçüncü karar; daha çok usuli yönden verilen bozma nitelikli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıdır. Esasa ilişkin her iki Yargıtay kararının ana hatları ve gerekçeleri neredeyse birebir aynı olmasına rağmen Yargıtay kararlarının sonuç hükmünde bozulan ilk derece mahkemelerinin esasa ilişkin verdiği kararlar ise farklılık teşkil etmektedir. Kısaca belirtmeliyiz ki; Yargıtay’ın verdiği kararlar nitelik olarak “parçalı işkolu”nu esas alan bozma kararlarıdır.

A- Bilecik İl Özel İdaresine İlişkin Yargıtay Kararı

Yüksek mahkemenin verdiği kararlardan ilki, Bilecik İl Özel İdaresine ait olup bu kararda ilk derece mahkemesi, Bilecik İl Özel İdaresinde ağırlıklı olarak inşaat işleri yapıldığından işkolu tespitini inşaat işkolu yönünde kararlaştırmış, temyiz başvurusu üzerine ise Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını parçalı işkolu tespiti yapılmadığı için bozmuştur.

B- Kastamonu İl Özel İdaresine İlişkin Yargıtay Kararı

Yargıtay'ın bir başka kararı ise Kastamonu İl Özel İdaresine ait olup Bilecik kararı ile neredeyse aynı gerekçelerle verilen bir bozma kararı niteliğinde bulunmaktadır. Her ne kadar Yargıtay'ın Kastamonu kararında ilk derece mahkemesi Yargıtay'ın parçalı işkoluna uygun bir karar vermiş olsa da Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesi kararının uzman bilirkişi incelemesi yapıldıktan sonra re'sen il özel idaresi içindeki birimlerin tek tek hangi işkoluna girdiğinin açıkça tesbit edilmesini isteyerek eksik incelemeden dolayı ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Karar metninin hukuki gerekçesi Bilecik İl Özel İdaresi için verilen kararın gerekçesi ile aynı olduğu için karar metni yukarıya özet olarak alınmıştır.

C- Kahramanmaraş İl Özel İdaresine İlişkin Yargıtay Daire Kararı ve Hukuk Genel Kurulu Kararı

Kahramanmaraş İş Mahkemesi'nin Kahramanmaraş İl Özel İdaresine ilişkin olarak Kahramanmaraş İl Özel İdaresi işyerindeki ağırlıklı faaliyetin inşaat işkolundaki faaliyetler olduğu gerekçesine dayanan kararı üzerine yapılan temyiz başvurusunda Yargıtay aynı gerekçelerle yukarıdaki iki kararda da olduğu gibi "parçalı işyeri anlayışı" doğrultusunda ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur³. İlk derece mahkemesinin Yargıtay kararına karşı direnmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu işin esasına girmeden kanuni dayanaklar ve önceki içtihat-

larına dayanarak direnme kararını bozmuştur. Hukuk Genel Kurulunun bozma kısmına ilişkin karar metni yukarıda yer almaktadır.

III- Kararların Değerlendirilmesi

Yukarıda ele aldığımız her üç daire kararı ve Hukuk Genel Kurulu kararının konusunun aynı olması ve benzer hukuki gerekçelerle bozulmuş olması dolayısıyla tüm kararlar için ortak bir inceleme yaparak, aşağıda konuya ilişkin olarak değerlendirmeleri iki ana başlık altında topladık.

A- İş Hukuku Düzenlemeleri Bakımından

aa- Genel Esaslar

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre işçi ve işveren sendikaları "işkolu esasına" göre kurulabilen kuruluşlardır (S.K. m.3/1, 2). Bu doğrultuda meslek ya da işyeri esasına göre sendika kurulamayacağı Yasada hükme bağlanmıştır (S.K.m.3/3). Buna göre işçilerin sendika kurmalarında veya bir sendikaya üye olmalarında mesleklerine bakılmaksızın sadece işyerinde yapılan asıl işin girdiği işkolu esas alınmaktadır.

Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde, bir işyerinin girdiği işkolu tespitinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre; "Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Kararın yayımını müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabilirler. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar."

Bir işin hangi işkoluna girdiğine dair işkolu tespitinde ise "işyeri" ölçü alınır. Bu nedenle öncelikle ihtilaf konusu yerin tek bir işyerinden ibaret olup olmadığı, eğer tek bir işyeri ise o işyerinde yapılan asıl işin ne olduğunun tespit edilmesi gerekir. Diğer yandan bir işyerinin girdiği işkolu, işyerinde yürütülen "asıl işe göre"

belirlenir. Nitekim Sendikalar Kanunu'nun 60/2 hükmüne göre "Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu işkolundan sayılır." Gerçekten de "işkolu ilkesi" uyarınca örgütlenmede "işyeri bir bütün olarak" dikkate alınmakta ve işyerinde asıl iş dışındaki yardımcı işlerin değişik işkolları içinde görülmesine izin verilmemektedir⁴. Diğer bir deyişle, bir işyerinde yapılan asıl işin yanında aynı işyerinde yapılan yardımcı işlerin de asıl işin girdiği işkolundan sayılması Kanununun amir hükmüdür.

Bu doğrultuda yardımcı işlerde çalışan işçiler gördükleri işe göre değil o işyerinde yürütülen asıl faaliyet ya da baskın olan faaliyet⁵ hangisi ise onun girdiği işkolunda kurulu bulunan işçi sendikasına üye olabilmektedirler (S.K.22/1, 2) (İş Kolları Tüzüğü m.3). Söz konusu hukuki düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi kanun koyucunun asıl amacı, işyeri içinde asıl olan faaliyetin merkez alınarak diğer faaliyetlerin buna bağlı olmasını sağlamak ve böylece işyerlerinin kendi içinde parçalanmasının getireceği özellikle toplu iş sözleşmesinin en önemli işlevi olan dirlik ve düzen fonksiyonunu ortadan kaldıran ihtimallerin önüne geçmektir.

Asıl iş kavramını, "işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretimi" şeklinde tanımlamak mümkündür⁶. Asıl iş kavramına ilişkin bir tanıma Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde de rastlanmaktadır. Buna göre asıl iş "mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş"tir (AİY 3/c). Bu düzenlemede de görüldüğü gibi asıl işin tespitinde işyerindeki teknik amaçtan hareket edilmektedir⁷. Yardımcı iş kavramına ilişkin olarak ise doktrinde farklı tanımlara rastlanmaktadır. Bu tanımlardan birine göre yardımcı işleri, "bir işyerinin bütünlüğü içinde asıl işle bağlantılı olan ve olmayan bütün işler" şeklinde tanımlamak mümkündür⁸. Doktrinde yapılan diğer bir tanıma göre ise yardımcı iş "doğrudan teknik amacı gerçekleştirmek amacıyla yönelik olmamakla beraber, asıl işle bağlantılı bir biçimde, teknik amacın gerçekleştirilmesini sağlayan işlerdir."⁹

Bu noktada konuyla ilgili olarak ele alınması gereken diğer bir kavram "işyeri"dir. İşyeri iş hukukunun uygulandığı yer olan

mekânsal bir kavram olup işkolunun tespitinde olduğu gibi birçok ferdi ve toplu iş hukuku düzenlemesinde ölçüt alınmaktadır¹⁰. Her ne kadar Sendikalar Kanunu'nda işyeri, "işin yapıldığı yere denilir. İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır." (SK 2/8, 9) şeklinde işyerinin kapsamı belirlenmiş olsa da işyerinin asıl teknik tanımı 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almaktadır. Buna göre; "İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi 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." (İK 2/1, 2, 3). Yasada işyeri bu şekilde tanımlandıktan sonra işyerinin, "işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün" olduğu da ayrıca vurgulanmıştır.

Görüldüğü gibi, İş Kanunu anlamında işyeri sadece işin görüldüğü fiziki mekandan ibaret değildir. Nitekim işyerine ait farklı birimlerin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları ya da belirli bir coğrafi yakınlıkta bulunmaları gerekmemektedir¹¹. İşyerinin mal veya hizmet üretimi için ayrı bir alanı kullanması durumunda bu yerlerin tek bir işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi olduğunun tespitinde, "hukuki bağlılık, işin niteliği ve yönetimi bakımından bağlılık" unsurlarının bir arada gerçekleşmesi aranmalıdır¹². Buna göre hukuki bağlılık, bu yerlerin aynı işverene ait olmasıdır. İşin niteliği bakımından bağlılık ise, amaçta birliği ifade etmektedir. Buna göre belirli bir mal ve hizmet üretimine ilişkin gerekli olan tüm faaliyetlerin gerçekleştirildiği yerler işin niteliği bakımından birbirine bağlı kabul edilir. Yönetimde birlik ise, mal ve/veya hizmet üretimi işlerinin tek elden yönetilebile-

cek biçimde aynı yönetim altında örgütlenmiş olmasıdır¹³. İstihdam anlamında da yönetimde birlik olmalıdır¹⁴. Özellikle ücret bordrolarının, işe giriş ve çıkışların düzenlenmesi, yani kısaca özlük haklarının belirlendiği yerdeki birliktelik de yönetim birliğini gösteren önemli bir olgudur düşüncesindeyiz. Öte yandan, işyerinde görülmekte olan faaliyete katkıda bulunan sabit ya da hareketli her türlü araç da işyerinden sayılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu ile işyeri kavramını açıklamak üzere öngörülen “iş organizasyonu” kavramı, işyeri kavramının klasik işyeri sınırlarının dışına taşmasına neden olmuştur. Buna göre herhangi bir yer işverenin örgütlediği, sınırlarını belirleyip çizip organize ettiği iş organizasyonu içinde yer alıyorsa işyerinden sayılır¹⁵.

Öte yandan doktrinde belirtildiği üzere, bir işyerinde birden fazla mal ve/veya hizmet üretimi söz konusu olduğunda, her mal ve/veya hizmet üretiminin ayrı birer asıl iş olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple doktrinde ve Yargıtay’ca kabul edildiği üzere, “üretimi gerçekleştirilen mal ve/veya hizmetler için yapılan yatırımların oranı ve fazlalığı” ile “kurulan iş organizasyonundaki ağırlıkları” gibi ölçütler kullanılarak asıl iş tespit edilmelidir. Bu ölçütler yanında ayrıca, üretilen mal ve/veya hizmetlerde çalışan işçi sayıları ve üretim miktarları dikkate alınır¹⁶.

Belirtmek gerekir ki, bir işyerindeki yardımcı işlerin asıl işin dahil olduğu işkoluna tabi olması ilkesi, bir işletmeye bağlı farklı işyerleri arasında uygulanan bir esas değildir. Buna göre bir işletmeye bağlı işyerlerinden birinde yapılan işi asıl iş, diğer bir işyerinde yapılan işi yardımcı iş kabul etmek doğru değildir¹⁷.

Maalesef; 1985 yılından bu tarafa sırf aynı işletmeye bağlı olduğu için işyerleri arasında asıl iş - yardımcı iş ayrımı yaparak farklı işyerlerini bütün kabul edip en baskın olan işe göre işkolu tespit eden, diğer işyerlerindeki işleri ise yardımcı iş olarak değerlendiren Yargıtay bu sefer de bunun tam tersine il özel idarelerinde ayrı işyeri olarak kabulü mümkün olmayan daire başkanlıklarını ya da müdürlükleri ayrı ayrı işyeri sayarak birden fazla işkolu tespitine

gidilmesini istemesi bir yanıştan diğer yanışa başvurulmasından başka bir anlam taşımamaktadır¹⁸. Veciz bir ifadeyle Yüksek Mahkeme önceki kararlarında işyeri ve işletme kavramlarının değerlendirilmesinde atomize bir anlayışa sahipken şu andaki yaklaşımında ise parçalamaya yolunu seçerek her iki içtihadında kanuni mevzuata ve iş hukukunun genel prensiplerine aykırı kararlar vermiştir.

Bu noktada “işyeri-işletme” ayrımına da değinmek gerekir. İşletme, “iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bir bütündür.” Buna göre işyerinin mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacı bulunduğu halde, işletme kural olarak iktisadi ve mali bir amaç güder. İşletmede genellikle iktisadi (kar amacı) amaç güdülmekle birlikte, bir fikrin gerçekleşmesine hizmet amacıyla veya bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla da bir işletme kurulabilir. İşletme, genellikle işyerinden daha geniş bir kavramdır. Ancak işletmeyi, her zaman işyerlerinin toplamı olarak tanımlamak da doğru değildir. İşyeri ve işletme aynı organizmanın iki farklı görünüşüdür. Çünkü bazı durumlarda işletme tek bir işyerinden ibaret olabilir. Örneğin bir işverenin tek bir fabrikası varsa bu hem işyeri hem işletme durumundadır¹⁹.

Bir yerin, ayrı bir işyeri olarak bölge müdürlüğüne kayıt ettirilmesi mutlaka ayrı bir örgütlenme içinde yer aldığı, ayrı bir işyerinin söz konusu olduğu anlamına gelmez²⁰. Çünkü bu sadece idari bir işlemdir. Söz konusu idari sicil işlemi tek veya birden fazla işyerinin olduğu konusunda ancak aksi kanıtlanabilir adi karine niteliğindedir²¹. Uygulamada da görüldüğü gibi, işyerlerine ilişkin Çalışma Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı’nın kendi bürokratik işlemlerinin belirli bir insicam içinde yürütülmesi ve işyeri denetimlerinin yapılabilmesi için farklı numaralandırmalar yaptığı görülmektedir²². Sırf idari işlemlerin belirli bir istikrar içinde yürütülmesi için verilmiş olan bu numaraların sendikaların yetkisini belirleme ve hangi tür toplu iş sözleşmesinin yapılacağı gibi önemli hususlarda mutlak olarak bağlayıcı olması her zaman gerçek durumla bağdaşmaya-

bilir. Bu nedenle her somut olay kendi içinde değerlendirilmelidir.

bb- İl Özel İdarelerinin Tek Bir İşyeri mi Yoksa Birden Fazla İşyeri mi Sayılacağı Sorunu

Yargıtay kararlarında ihtilafa konu olan il özel idarelerindeki işkolu tespitinde öncelikli olarak çözülmesi gereken temel mesele, İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nin tek işyerinden mi yoksa birden fazla işyerinden mi ibaret olduğunun tespit edilmesidir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği gibi bir işletme, birden çok işyerinden ibaret olabileceği gibi bir işyerinden de ibaret olabilir. Buna göre eğer işletmenin tek bir işyerinden ibaret olduğu sonucuna varılırsa, yine bu işyeri bazında yürütülen asıl iş tespit edilmeli ve bu tek işyerinde yürütülen diğer işler (yardımcı işler) asıl işin girdiği işkolunda kabul edilerek, tek bir işkolu tespiti yapılmalıdır. Eğer söz konusu işletmede birden fazla işyerinin olduğu ve bu işyerlerinde yürütülen asıl işlerin aynı işkolunda olduğu sonucuna varılırsa bu sefer de bu işyerleri için tek bir "işletme toplu iş sözleşmesinin" yapılması gündeme gelecektir. Buna karşılık işletmede birden fazla işyerinin olduğu ve bu işyerlerinde yürütülen asıl işlerin birbirinden farklı işkollarında olduğu tespit edilirse, asıl işlerin farklı olduğu bu işyerleri için ayrı ayrı işkolu tespiti yapılması gerekir. Böyle bir durumda her işyeri için ayrı ayrı TİS'in yapılması gerekir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kamu kurumlarındaki şematik idari teşkilatlanmalarda yer alan müdürlükler veya daire başkanlıkları gibi birimlerin iş hukuku anlamında her halükârda birbirinden bağımsız işyeri sayılması yanlış sonuçlar doğurabilir. Çünkü idari teşkilatlanmayı konu alan Kamu Yönetim Biliminin amacı; idari hiyerarşi içinde kamu hizmetlerinin zamanında ve yerinde en uygun biçimde yerine getirilmesini sağlamaktır. Bir kamu kurumunda hiyerarşinin (ast-üst, amir-memur) oluşumunun sağlanması için teşkilat kanunun çıkarılması gerekir²³. İdari hiyerarşi ise idarenin bütünlüğü sağlayan temel unsurlardan biridir²⁴.

İl özel idarelerindeki genel sekreterlik altındaki idari yapılanmalar Türk idari teşkilat yapı-

sının kendine özgü şartları içerisinde oluşmuştur. Bu yapılanmalar, Kamu Yönetimi ve İdare Hukukunun temel ilkeleri açısından bir anlam ifade ederken bunların, iş hukukundaki işyeri kavramı ile bire bir örtüşmesi beklenemez. Yani, idari yapıda değişik isimler altında yer alan müdürlük, daire başkanlığı, bölüm, şeflik gibi adlandırmalar kamu hizmetlerinin yerinde (mahallinde) verimli ve istikrarlı bir şekilde yürütülmesi açısından gereklidir ve bu bağlamda bir anlam ifade etmektedir²⁵. Yoksa bu idari birimlerin her birini iş hukuku bakımından ayrı ayrı işyeri olarak ele almak özellikle toplu iş hukukunun düzenlemelerini ve genel yapısını tamamen göz ardı etmek anlamına gelir. Oysa yukarıda değindiğimiz hukuki düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi işyeri kavramı, temel unsurlarıyla gayet geniş tutulmuş bir organizasyon bütünlüğü içinde hükme bağlanmıştır.

Yargıtay'ın kararlarındaki gerekçeler incelendiğinde aslında buraya kadar ortaya koyduğumuz hukuki esaslar neredeyse aynen tekrar edilmiş, hatta değerlendirdiğimiz kararlarında Yargıtay, doktrin görüşlerinden de yararlanmış olmasına rağmen benimsediği hukuki esaslarla ilgisini bir türlü kuramadığımız ve konuyla ilgisi olmayan anayasal değişikliği gerekçe olarak sunarak parçalı işkolu gibi farklı bir hukuki sonucu eski içtihadından döndüğünü de belirterek hükme bağlaması gerçekten düşündürücüdür.

Yargıtay'ın vardığı sonucun aksine; il özel idarelerindeki birimlerin farklı işyerleri olarak değil bir bütünün parçaları olarak belirli bir koordine altında çalıştığı idari şemalardan ve il özel idarelerine ait kuruluş kanunlarındaki çalışma esaslarından rahatlıkla anlaşılmaktadır. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve il özel idarelerinin teşkilat yapısına ilişkin resmi bilgilere bakıldığında Genel Sekreterlik organizasyonu altında ana hizmet birimi olan olarak Yazı İşleri, Mali Hizmetler, Kültür ve Sosyal İşler, İmar ve Kentsel İyileştirme, Yol ve Ulaşım, Su ve Kanal Hizmetleri Müdürlüğü, Ruhsat ve Denetim Müdürlükleri; danışma ve denetim birimi sözleşmeli avukatın çalıştığı hukuk müşavirliği, yardımcı birimler olarak ise insan kaynakları ve eğitim, bilgi işlem ve destek hizmetleri

müdürlükleri ve bağlı birimler olarak ilçe özel idare müdürlükleri şeklinde İş Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen "işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün" dır ifadesine uygun bir bütünlük içinde tek bir işyeri olarak yapılandırıldığı rahatlıkla görülmektedir.

O halde Yargıtay'ın da içtihadından döndüğü kararında, aynen belirttiği gibi "İşkolu tespitinde birim olarak işyerinin alınacağı normatif düzenlemelerin tartışmasız bir sonucudur. 4857 sayılı yasanın 2.maddesinin gerekçesinde işyeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik", aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, özellikle "işveren kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2.maddede "işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Esener, Turhan: İş Hukuku Bası 3 Ankara 1978 sh. 83-84; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku C 1, İstanbul 1987 sh. 59; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri Bası 21, İstanbul 2008 sh. 56-57; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Ferdi İş İlişkileri Bası 3 İzmir 1998 sh. 121; Süzek Sarper; İş Hukuku Bası 4 Ankara

2008 sh. 173-178; Mollamahmutoğlu Hamdi İş Hukuku Bası 3 Ankara 2008 sh. 191-201; tüm genişliği ve ayrıntılarıyla Yenisey/Doğan, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, İstanbul 2007 sh. 23-37)."

Maalesef Yargıtay, böyle bir gerekçeyi içtihadından döndüğü kararlarında tekrarlamasına rağmen farklı bir sonuca varmaktadır. Halbuki il özel idarelerini yukarıda sunulan bilgiler ışığında tek bir işyerinden ya da bir başka görünümüyle bir tek işyerinden oluşan işletme organizasyonu olarak belirlemek hem idari yapılanmanın amacı ile hem toplu iş hukuku düzenlemeleri ile örtüşmektedir²⁶.

cc- İl Özel İdarelerinin Hangi İşkoluna Gireceği Sorunu

Yargıtay kararlarında temel mesele olarak belirlediğimiz sorunu böylece önceki kısımda çözüme kavuşturduktan sonra temel meselenin çözümüne bağlı olan ikincil sorun; İl Özel İdareleri işyerinin hangi işkoluna dahil edileceğidir. İşkolu ve asıl işe ilişkin yukarıda sunulan hukuki esasları tekrar etmekten çok bu kısımda il özel idarelerinin teşkilat yapısına ilişkin resmi belge ve raporlar ile yatırım programlarını incelemek yerinde olacaktır. Bu bakımdan il özel idarelerinde çalışan işçi sayısı, yatırımın fazlalığı ve idari yapılanmanın yoğunluğunun inşaat işkoluna giren faaliyetlerden (%85-%90 aralığında) oluştuğu görülmektedir. Bir başka önemli gerçeklik ise il özel idarelerinde büro işlerinde çalışan işçilerin de asıl pozisyonlarının büro işçisi olmadığına "fiilen çalışan" şeklinde belirtilmesidir²⁷.

Sonuç olarak, İl Özel İdareleri'nin 5286 sayılı Kanun uyarınca kaldırılan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün mülkiyeti Hazineye ait olup da Maliye Bakanlığınca bu Genel Müdürlüğe tahsis edilen taşınmazlar hariç olmak üzere kendi il sınırları devraldığı Köy Hizmetleri taşra teşkilatına ait kadro ve pozisyonları, personeli, araç gereç ve taşınırları tüm varlıkları, tapuda bu Genel Müdürlük adına kayıtlı olan taşınmazları ve hizmet binaları itibariyle hem fiziken hem de fonksiyonel olarak yoğun bir şekilde yapısal olarak farklılaştığı bariz bir şekilde görülmektedir. Bu farklılaşma ise 15

numaralı inşaat işkoluna giren asıl iş yönünde gerçekleşmiştir. 2005 yılında gerçekleşen devirden önceki il özel idaresinin büro işkoluna giren birimlerinin, bir bakıma yapı değişikliğinden sonra yoğun olarak inşaat ve yapı işlerini koordine eden idari bürolar şekline büründüğü dahi söylenebilir. Bir başka anlatımla il özel idarelerinde yapılan asıl işin bu anlamda değiştiği kanaatindeyiz.

dd- Yargıtay'ın İçtihadından Dönme Gerekçesinin Hukuki Yerindeligi Sorunu ve Verilen Hükmün Yol Açacağı Vahim Sonuçlar

Yargıtay 2010 yılında Kayseri kararında verdiği ve bizim de katıldığımız içtihadından malesef dönmüş, dönme gerekçesinde ilk olarak 1982 Anayasası'nın "Sendika Kurma Hakkı" Başlığını taşıyan 51. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz." hükmünün yürürlükten kaldırılmasını göstermiştir. Yargıtay aynı kararda ikinci olarak; "il özel idarelerinin yapısına sürekli yeni işyerleri katılmak suretiyle büyümesi ve gelişen bu süreçte ilerde yapısına yeni işyerlerinin katılabilecek olması" gerekçe göstererek, İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinin işletme olarak kabul edilmesinin ve parçalı işkolu tespitinin yapılmasının yerinde olacağı sonucuna ulaşmıştır.

Fakat Yargıtay içtihadından döndüğü kararlarda "Özetleyecek olursak işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı işkolundan söz edilebilir. İşletme işkolu tespiti için asıl iş ve yardımcı iş kavramına yer verilemez." şeklinde benimsediği hukuki esaslara rağmen sonuç hükmünde baştaki gerekçelerinden tamamen ayrılarak konuyla doğrudan ilgisi olmayan anayasal değişikliği neden göstererek içtihadından dönmesi gerçekten Yüksek Mahkemece tavrı gerektiren bir husustur.

Belirtmek gerekir ki, Anayasa'da yer alan

"Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz." hükmünün yürürlükten kaldırılmış olmasının davaya konu uyumsuzlukla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim bu durum, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre işçi ve işveren sendikaları "işkolu esasına" göre kurulabilen kuruluşlar olması ve işkolunun işyeri bazında o işyerinde yürütülen asıl işe göre belirlenmesi esaslarını etkilememektedir.

Diğer yandan İl Özel İdaresi Genel Sekreterliğinin "işletme" olarak kabul edilmesi doğrudan ve kesin olarak "parçalı işkolu tespitinin" yapılması sonucuna ulaştırmamalıdır. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, işletme birden çok işyerinden oluşabileceği gibi tek bir işyerinden de oluşabilir. İşletmeye "gelecekte" yeni işyerlerinin katılabilecek olması ise bir varsayımdan ibaret olup gelecekte yapılacak işkolu tespitlerini etkileyebilecek bir olgudur. Önemli olan işkolu tespitinin yapıldığı anda, işletmenin tek bir işyerinden mi yoksa birden çok işyerinden mi ibaret olduğunun tespit edilmesidir.

Kanaatimizce parçalı işkolu prensibini benimseyen ve buna göre işkolu tespitlerinin yapılmasını isteyen söz konusu yargı içtihatları, özellikle kamu kurumlarında ferdi ve toplu iş hukuku ilişkilerinde birçok hukuka aykırılıkların kapısını aralayacağı gibi işçilik haklarının da zayıflamasına ya da yok olmasına sebebiyet verecektir.

Bunları başlıca şu şekilde ifade edebiliriz:

i- Yargıtay kararına göre aynı il özel idaresi altındaki daire başkanlıklarının ya da müdürlüklerin farklı farklı işyerleri (parçalı işyeri) olarak belirlenmesinin yol açacağı ilk olumsuz sonuç; işverenlerin idari birimler arasında işçi giriş-çıkışlarına ilişkin muvazaalı işlem yapması yolunu açma ihtimalidir²⁸. Bir başka anlatımla, Yargıtay'ın farklı bir kararında²⁹ belirttiği gibi görünürde farklı işyerleri arasında girdi-çıkıtı yapılarak gidip gelen işçiler için kullandığı "ping pong topu" benzetmesinde olduğu gibi buna benzer uygulamalara, Yüksek Mahkemenin il özel idarelerinde benimsediği "parçalı işkolu" anlayışı ile zemin oluşturulabilir.

ii- Yargıtay'ın içtihadından döndüğü bu tür kararların yol açacağı vahim sonuçlardan bir

diğeri ise 2821 ve 2822 sayılı Kanunların kamu kurumlarında uygulanmasına getirilen ayrıcalıklı hükümlerin amacını görmezlikten gelinmesidir. Söz konusu düzenlemelerden konuyla dolaylı olarak ilgisi olan ilk hüküm, kamu işveren sendikasının kurulma ve faaliyette bulunma için özel sektör işverenleri için aranan aynı işkolu şartının aranmamasıdır (SenK.m4). İkinci önemli düzenleme ise doğrudan konuyla ilgili olup kamu kurumlarında yapılan işletme toplu iş sözleşmesinde aynı işkolunda ancak ayrı tüzel kişiliğe sahip ilgili ve bağlı kuruluşların tek bir işletme sözleşmesi içinde değerlendirilmesi zorunluluğudur. Böylece kanun koyucu kamu kurumlarının tekli devlet yapısını göz önüne alarak tek elden toplu görüşmelerin yapılması ve çalışma barışının sağlanması amacıyla kamu işveren sendikalarında işkolu şartına, işletme toplu iş sözleşmesinde ise tüzel kişilik gerçekliğine istisnalar getirmiştir. Burada kanun koyucunun amacı kamu kurumlarının kendi yapısı içindeki bütünlüğü bozmayarak kamu hizmetinin istikrarlı ve adil bir şekilde yürütülmesini sağlamaktır.

Tüm bunlar göz ardı edilerek il özel idareleri gibi yerel ihtiyaçların devlet düzeyinde karşılandığı kamu kurumlarındaki daire başkanlıkları ya da müdürlük birimlerini birbirinden ayrı işyeri organizasyonları şeklinde nitelemek ve her müdürlüğün yaptığı asıl işe göre işkolu tespitinde bulunmak, adı üstünde parçalı işkolu anlayışı ile iş hukukunun en önemli mekânsal kavramı olan işyerini parçalamak anlamına gelmektedir. Bu sonuç aynı zamanda idarenin bütünlüğü ilkesini de ciddi anlamda zedeleyecektir³⁰.

iii- Bir başka önemli sorun işveren yükümlülükleri ve işçilik haklarında kendini gösterecektir. Tek bir işyerinin parçalanması halinde parçalanmış işyerlerinde ayrı ayrı işçi sayısı ele alınacağı için iş güvencesindeki 30 işçi sayısı ya da istihdam zorunluluğu ve iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinde aranan 50 işçi sayısına ulaşmada sorun yaşanacağından işverenin sorumluluğu ciddi anlamda ortadan kalkacak ve pek tabidir ki bu yükümlülüklerden doğan işçi haklarında önemli mağduriyetler yaşanacaktır.

iv- Son olarak ortaya çıkabilecek önemli

sorunlardan biri ise kamu sektöründeki sendikaların örgütlenme meselesine ilişkindir. Bu tür parçalı işkolu anlayışının doğuracağı en vahim sonuç ise söz konusu yargı içtihatlarının diğer kamu işyerlerine de emsal teşkil etmesidir. Öyle ki tüm kamu kurumlarındaki örgütlenmelerde birim isimleri incelendiğinde neredeyse 28 işkolunu kapsayan türde birimler bulunmaktadır. Böylece parçalı işkolu içtihadına dayanılarak Çalışma Bakanlığı'na ilgili ilgisiz birçok sendika işkolu tespiti talebinde bulunduğu (ki bu tip başvuruların yapıldığı ya da yapılma hazırlığında olduğu bilinmektedir.) kamu kurumlarında önü alınmaz bir işkolu tespit ihtilafları ve yıllarca sürececek yetki tartışmaları dolayısıyla gerçek anlamda TİS'siz dönemler uzayıp gidecektir. Bunun getireceği en önemli sonuç ise kamu kurumlarında örgütlenen sendikaların itibar kaybı ile özelleştirme gibi nedenler dolayısıyla zaten mevcut olan ve devam eden sendikasızlaşma sürecinin hiç olmadığı kadar hızlanacak olmasıdır. En iyi tahminle sendikalar kamu kurumlarında her daire başkanlığı ya da müdürlük bünyesinde teşkilatlanacağı için işveren karşısında parçalı bir yapı ve zayıflatılmış sendikacılığın ortamını hazırlayacağı kanaatindeyiz.

B- İdari Düzenlemeler Bakımından

13.1.2005 tarihinde 5286 sayılı "Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatının Kaldırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü kaldırılmış ve bu Genel Müdürlüğün gördüğü hizmetlerin İstanbul ve Kocaeli'nde Büyükşehir Belediyelerince, diğer illerde İl Özel İdarelerince yerine getirilmesi öngörülmüştür.

5286 sayılı Kanun uyarınca kaldırılan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün mülkiyeti Hazineye ait olup da Maliye Bakanlığı'nca bu Genel Müdürlüğe tahsis edilen taşınmazlar hariç olmak üzere taşra teşkilatının kadro ve pozisyonları, personeli, araç gereç ve taşınırları tüm varlıkları, tapuda bu Genel Müdürlük adına kayıtlı olan taşınmazları ve hizmet binaları; İstanbul ve Kocaeli illerinde büyükşehir be-

diyelerine, diğer illerde il özel idarelerine devredilmiştir (5286 s.k. geçici m.1/a).

Yine 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkındaki Kanun'da değişiklik yapılarak bu hizmetlerin il özel idaresince yerine getirilmesine ilişkin olarak 22.2.2005 tarihinde il özel idaresi kanunu olan 5302 sayılı Kanunda değişikliğe gidilmiştir. Buna göre 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinde il özel idaresinin görev ve sorumlulukları daha önce Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nce yerine getirilen hizmetleri de içerir şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Ancak kısa bir süre sonra 3.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 85. maddesinin e bendi ile İl Özel İdaresi Kanunu'nun özellikle 6. ve 36. maddelerinde değişiklik yapılmış olup, bu değişikliklerden konumuzu ilgilendiren maddeler ise İl Özel İdaresi Kanunu'nun kuruma ait görev ve sorumluluk maddesi olan 6. ve istihdam maddesi olan 36. maddeleri ile ilgili olanlardır. Hemen belirtelim ki görebildiğimiz kadarıyla Belediyeler Kanunu'nda yapılan bu değişiklikle istihdam konusunu düzenleyen 36. maddenin esasında önemli bir değişiklik olmamıştır.

Buna göre; "22.2.2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine, "erozyonun önlenmesi," ibaresinden sonra gelmek üzere "kültür, sanat, turizm," ibaresi eklenmiş; (b) bendinde yer alan "kültür, turizm, gençlik ve spor" ibaresi madde metninden çıkarılmış ve aynı maddeye birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş;36 ncı maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları madde metninden çıkarılmış ve "il özel idarelerinde sözleşmeli personel ile kısmi zamanlı sözleşmeli personel çalıştırılması hususunda Belediye Kanununun 49 uncu maddesi hükümleri uygulanır." cümlesi aynı maddeye üçüncü fıkra olarak eklenmiştir.

Merkezi idare tarafından yürütülen görev ve hizmetlere ait yatırımlardan ilgili bakanlıkça uygun görülenler, il özel idareleri eliyle de gerçekleştirilebilir. Bu yatırımlara ait ödenekler, ilgili kuruluş tarafından o il özel idaresi bütçesine aktarılır. İl özel idaresi bu yatırımların

yüzde yirmibeşine kadar olan kısmı için kendi bütçesinden harcama yapabilir. Merkezi idare, ayrıca, desteklemek ve geliştirmek istediği hizmetleri proje bazında gerekli kaynaklarını ilgili il özel idaresine aktarmak suretiyle onlarla işbirliği içinde yürütebilir. Bu kaynak ve ödenekler özel idare bütçesi ile ilişkilendirilmez ve başka amaçla kullanılamaz." şeklinde değişikliğe gidilmiştir.

İl özel idareleri için işkolu tespitine ilişkin tüm mahkeme kararları ve bilimsel görüşlerde gözden kaçırılan en önemli husus aslında, kanuni düzenlemelerle istihdam türüne getirilen sınırlandırmalardır. Özellikle 17 sıra no'lu işkoluna girdiği iddia edilen müdürlüklere yönelik hukuki düzenlemeler incelendiğinde yargı içtihatları ile kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen fiili istihdam durumlarına hukuki sonuç bağlandığı görülecektir. Şöyle ki;

İl özel idaresinde çalışan personele ilişkin 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 36. maddesinin 1. ve 2 fıkraları kaldırıldığından bunun yerine uygulanacak olan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 49. maddesinde göre; "Norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir. Belediyenin ve bağlı kuruluşlarının norm kadroları, bu ilke ve standartlar çerçevesinde belediye meclisi kararıyla belirlenir.

Belediye personeli, belediye başkanı tarafından atanır. Birim müdürlüğü ve üstü yönetici kadrolarına yapılan atamalar ilk toplantıda belediye meclisinin bilgisine sunulur.

Belediye ve bağlı kuruluşlarında, norm kadroya uygun olarak çevre, sağlık, veterinerlik, teknik, hukuk, ekonomi, bilişim ve iletişim, plânlama, araştırma ve geliştirme, eğitim ve danışmanlık alanlarında avukat, mimar, mühendis, şehir ve bölge plâncısı, çözümleyici ve programcı, tabip, uzman tabip, ebe, hemşire, veteriner, kimyager, teknisyen ve tekniker gibi uzman ve teknik personel yıllık sözleşme ile çalıştırılabilir. Sözleşmeli personel eliyle yürütülen hizmetlere ilişkin boş kadrolara ayrıca atama yapılamaz. Bu personelin, yürütecekleri hizmetler için ihdas edilmiş kadro unvanının gerektirdiği nitelikleri taşımaları şarttır. Bu fıkra uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edileceklerle

re ödenecek net ücret, söz konusu kadro unvanı için birinci derecenin birinci kademesi esas alınmak suretiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre tespit edilecek her türlü ödemeler toplamının net tutarının yüzde 25 fazlasını geçmemek üzere belediye meclisi kararıyla belirlenir. Genel hükümlere göre birinci dereceden kadro ihdas edilemeyen kadro unvanları için ise o kadro unvanından ihdası yapılmış en yüksek kadro derecesinin birinci kademesi esas alınır ve yapılacak ödemenin azami tutarı yukarıda belirtilen usûle göre tespit olunur. Bu fıkra hükümlerine göre çalıştırılacak personel için İçişleri Bakanlığı unvanlar itibarıyla sınırlama getirebilir.

Avukat, mimar, mühendis (inşaat mühendisi ve harita mühendisi olmak kaydıyla) ve veteriner kadrosu bulunmayan veya işlerin azlığı nedeniyle bu unvanlarda kadrolu personel istihdamına ihtiyaç duyulmayan belediyelerde, bu hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, haftanın ya da ayın belirli gün veya saatlerinde kısmi zamanlı olarak sözleşme ile personel çalıştırılabilir. Kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak personel sayısı yukarıda belirtilen her unvan için birden fazla olamaz ve bunlarla yapılacak sözleşme süresi takvim yılını aşamaz. Bunlara ödenecek net ücret, aynı unvanlı kadroların birinci derecesinin birinci kademesi için yapılması gereken bütün ödemeler toplamının net tutarının yarısını geçmemek ve çalıştırılacak süre ile orantılı olmak üzere belediye meclisi kararı ile tespit edilir. Bu fıkra uyarınca sözleşmeli personel olarak çalıştırılanlar için iş sonu tazminatı ödenmez ve işsizlik sigortası primi yatırılmaz. Bunlardan yaptıkları başka işler sebebiyle herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi olanlar için sosyal sigorta ve genel sağlık sigortası primi yatırılmaz ve aynı kişi birden fazla belediye veya bağlı kuruluşta çalıştırılmaz.

Üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri uyarınca çalıştırılacak personele her ne ad altında olursa olsun sözleşme ücreti dışında herhangi bir ödeme yapılmaz ve ücret mahiyetinde aynı ya da nakdî menfaat temin edilmez. Bu personel hakkında bu Kanunla düzenlenmeyen hususlarda vize şartı aranmaksızın 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü madde-

sinin (B) fıkrasına göre istihdam edilenler hakkındaki hükümler uygulanır. Bu personele ait sözleşme örnekleri sözleşmenin imzalanmasını izleyen 30 gün içinde İçişleri Bakanlığına ve Maliye Bakanlığına gönderilir.”

657 sayılı Kanunun 4/B maddesine bakıldığında; “B) Sözleşmeli personel: Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallerde münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.” denilerek sözleşmeli personel tanımlanmıştır.

İl Özel İdareleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmeliği'nin “Sürekli işçi kadroları” başlıklı 13. maddesine göre;

“(1) Sürekli işçi norm kadro standardı, norm kadro standartları cetvelinin ilgili bölümünde gösterilmiştir. Özel idareler kendi alt grupları için belirlenen sayıyı aşamaz. Bu sayılar sürekli işçi kadrolarına ait olup geçici işçi istihdamı, hizmet alımı ve benzeri durumları kapsamaz.

(2) Sürekli işçi kadrolarını, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-4 Özel İdareler Kadro Kütüklerinden (II) sayılı Özel İdareler Sürekli İşçi Kadro Kütüğünde belirtilen unvanlardan olmak şartıyla başka unvanlı işçi kadroları ile değiştirmeye ve boş kadroları iptal etmeye meclis yetkilidir. Bu değişikliklerde bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-5 Özel İdareler Kadro Cetvellerinden (VI) sayılı cetvel kullanılacaktır. Ancak, dolu kadrolarda personelin mali ve hukuki haklarında kayba neden olacak unvan değişikliği yapılamaz.” (10 Haziran 2007 Tarih Resmi Gazete Sayı: 26548) şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Yukarıdaki idari düzenlemelerden de açıkça görüldüğü gibi 17 numaralı işkoluna girdiği iddia edilen daire başkanlıklarında ya da müdürlüklerde iş sözleşmesi ile eleman çalıştırılmasının hukuken problem meydana getireceği, TİS'in uygulanması halinde ücretin belirlenmesi ve boşluk bulunan hallerde uygulanacak olan

657 sayılı Kanun maddesinden anlaşılmaktadır (5393 say.m.49/5). Bundan dolayıdır ki, incelediğimiz yargı içtihatlarında il özel idaresinin 17 numaralı işkoluna girdiği iddia edilen daire başkanlıklarında ya da müdürlüklerinde çalıştırılan işçilerin önemli bir kısmının fiilen büro görevinde oldukları, pozisyon itibarıyla ve resmi olarak ise inşaat işkoluna giren daire başkanlıklarında buldukları gayet açıktır. Bu tespitler de göstermektedir ki, il özel idarelerinde gerçekleştirilen hizmetleri yerine getiren işçiler inşaat işkoluna giren daire başkanlıklarında çalışmaktadırlar. Her ne kadar işçinin ne iş yaptığı konusunda fiili durumu daha önemli ise de bu fiili durum geçicilik arz etmektedir. Çünkü ilgili daire başkanlıklarında kanuna ve yönetmeliğe uygun olarak sözleşmeli personel istihdam edildiğinde, bu işçiler resmi olarak gözüktüğü daire başkanlığına dönmek zorunda kalacaktır. Diğer bir deyişle, işkolu tespitini geçici olan fiili durumlara göre belirlemek hukuken sağlıklı sonuçlar doğurmaz.

IV- Sonuç Yerine

Yukarıda ortaya koyduğumuz ve Yargıtay'ın da kararlarının hüküm gerekçesinde açıkladığı iş hukukunun prensipleri ve kanuni düzenlemeler ışığında, (ancak farklı sonuca vardığı) Yüksek Mahkeme verdiği son kararlar üzerinde tekrar iyice düşünmeli, gerekirse içtihadından tekrar dönmelidir. İhtilafa yönelik mutlak anlamda kesin hüküm ifade etmeyen bozma kararlarında da Yüksek Mahkeme yaşadığı tereddütleri bu açıdan gidermelidir.

Yargıtay bozma kararlarında genel olarak ilk derece mahkemelerinden ilgili il özel idaresinin yapısını birimler düzeyinde uzman bilirkişiler gözetiminde tekrar incelenmesini talep etmekte ve birimlerin ayrı bir işyeri gibi ele alınıp her birimde görülen asıl işin tespitinin yapılmasını istemektedir.

Kanımızca böyle bir bozma sebebi il özel idarelerinin teşkilatını düzenleyen kanunu tamamen göz ardı etmek anlamına gelir. Çünkü 5302 sayılı İl Özel İdaresinin Teşkilat Kanunu incelendiğinde; il özel idaresinin merkez teşkilatının ve ilçe birimleri ile beraber tüm birimlerin tek bir genel sekreterlik altında toplandığı

(m.35), tüm birimlerin harcama ve yatırımlarının aynı yönetimce (il genel meclisi m.10/b) kararlaştırıldığı, il özel idaresinin sevk ve yönetimin tek elden vali adına genel sekreterlik tarafından yapıldığı, (m.30/a, m.35/2) personelinin vali tarafından atandığı (m.30/j) ihtiyaca göre ilçelerde oluşturulacak ve kaymakama bağlı olan ilçe özel idarelerinin de il özel idaresine bağlı olarak çalışacağı 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 35. maddesinin son fıkrasında düzenlemiştir³¹.

Özetle; il özel idarelerinin alt birimleri olan daire başkanlıkları ya da müdürlük adı altındaki birimleri ile ilçe birimlerinin aynı kanuni amacı gerçekleştirmek için genel sekreterlik altında örgütlendiği, sevk ve idaresinin vali adına genel sekreter tarafından yapıldığı gerçeği bizi tek bir organizasyon altında yönetilen işyeri türüne götürmektedir. Bir başka anlatımla; İl Özel İdareleri Genel Sekreterlik Organizasyonu altında ana hizmet birimi olan olarak Yazı İşleri, Mali Hizmetler, Kültür ve Sosyal İşler, İmar ve Kentsel İyileştirme, Yol ve Ulaşım, Su ve Kanal Hizmetleri Müdürlüğü, Ruhsat ve Denetim Müdürlükleri; danışma ve denetim birimi sözleşmeli avukatın çalıştığı hukuk müşavirliği, yardımcı birimler olarak ise insan kaynakları ve eğitim, bilgi işlem ve destek hizmetleri müdürlükleri ve bağlı birimler olarak ilçe özel idare müdürlükleri şeklinde İş Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen "işyeri; işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün" dür ifadesine uygun bir biçimde tek bir işyeri olarak organize edilmiştir.

Tek işyeri şeklinde örgütlenen ya da organize edilen il özel idarelerinde yapılan asıl işin ise baskın olarak inşaat işkoluna giren işlerden ibaret olduğu hem teşkilat kanunundan (bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı yol, su, kanalizasyon gibi (5302 s. K. m.6) hem de ayrılan bütçe ve yatırım programlarının kapsamından anlaşılmaktadır. Bunun yanında il özel idarelerinde 2005 yılında yapılan düzenleme ile mülga edilen Köy Hizmetlerinden inşaat iş kolundaki işleri yapan binlerce işçi il özel

idaresine geçtiği için çalışan işçilerin büyük bir kısmı inşaat koluna giren işler yapmaktadır. Nihayetinde il özel idareleri yoğun bir şekilde inşaat işkoluna giren işlerin yapılmasına ilişkin görev ve yetkiyle donatıldıklarından bunların yapısal ve fonksiyonel değişikliğe uğraması kaçınılmaz bir gerçektir.

Özetle; yukarıda açıkladığımız hukuki esaslar ışığında, metin içinde de yer yer vurguladığımız kısımlardan da anlaşılacağı gibi Yargıtay'ın il özel idarelerinin işkolu ihtilafına ilişkin eski içtihadından döndüğü kararlarına, ortaya koyduğumuz tereddütler ve önü alınmaz hukuki gelişmeler nedeniyle katılmamaktayız.

DİPNOTLAR

- 1 Karar metni için bkz; Çalışma ve Toplum Dergisi, S:30, 2011/3, s. 487-492.
- 2 Yargıtay'ın içtihadından döndüğü ilk karar için bkz; ŞEN Murat; "Yargıtay'ın İki Farklı İçtihadı Çerçevesinde İl Özel İdaresi İşyerlerinin Dahil Olduğu İş Kolu", Sicil İş Hukuku Dergisi, S:21, Mart-2011 s.183-186.
- 3 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 02.11.2010 gün ve E. 2010/37415, K.2010/31409 sayılı kararı. Karar henüz yayımlanmamıştır.
- 4 EKONOMİ, Münir; "İş Kolunun Değişmesi ve Toplu İş Sözleşmesine Etkisi", İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, 9-12 Aralık 1997 ABANT, TUHİS yayın No: 26, s.28, 29, YENİSEY Dogan Kübra; İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, 2007 s.316., TUNCAY, A. Can; Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2010, s.40.
- 5 İşyerinde yapılan değişik işler varsa hangi işin daha kapsayıcı olduğu ve yatırımın yoğunluğu ölçütü kullanılarak asıl işin tespiti mümkündür. AYDINLI, İbrahim; Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Demiryol-İş Yayınları, Ankara-2001, s.90.
- 6 EKONOMİ, Münir; "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik'e saygı, s.37.
- 7 AYKAÇ, Hande Bahar; İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, 2011, s.91.
- 8 EKONOMİ, s.29.
- 9 NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2001, s.80.
- 10 İş hukukunda referans kavram olan işyerinin önemine dair geniş bilgi için bkz; AYDINLI, İşyeri, s.59 vd.
- 11 MOLLAMAHMUTOĞU, s.200, Süzek İş Hukuku, s.173-177.
- 12 SÜMER, Haluk Hadi; İş Hukuku Uygulamaları, Konya, 2008, s.351.
- 13 Hukuki bağlılık ve yönetim birliği kavramlarının anlamı için bkz; AYDINLI, İşyeri, s.50-56.
- 14 ÇELİK, s.15, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. bası, Ankara, 2008 s.199, SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, İstanbul, 2008, s.176.
- 15 SÜZEK, s.177.
- 16 EKONOMİ, Alt işveren, s.39, ŞEN, s.178.
- 17 Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı doktrin tarafından öteden beri eleştirilmektedir. 1475 sayılı kanun dönemi için bkz; AYDINLI, İşyeri, s.85 vd.
- 18 Yargıtay'ın özellikle kamu kurumlarında işkolu tespitinde işyeri yerine işletme kavramını ölçü almasına yönelik doktriner tartışmalar ve yazarın görüşü için bkz; ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul, 2010, s.440, 441.
- 19 İşyeri-işletme kavramlarının teknik tanımları ve farkları ve benzerliklerine ilişkin geniş bilgi için bkz; AYDINLI, İşyeri, s.18, 19.
- 20 MOLLAMAHMUTOĞLU, s.200.
- 21 AYDINLI, İşyeri, s.54.
- 22 SÜZEK, s.176.
- 23 AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, Ankara, 2009, s.196.
- 24 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s.176, 193, 194.
- 25 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s.176.
- 26 Aynı görüşte; ŞEN, s.189.
- 27 İl özel idarelerinde bürolarda görevli işçilerin fiili çalışan statüsünün nedenini incelememizin B. başlıklı idari düzenlemeler kısmında açıkladık.
- 28 İş Hukukunda muvazaalı ya da görünürdeki işlemlerin başında görünürde işyeri oluşturma ya da farklı tüzel kişilik kurma gelmektedir. Bu uygulama ise genelde hukuka aykırı alt işverenlik ilişkisi ile kendini göstermektedir. Konuya ilişkin geniş bilgi için bkz; AYDINLI; İbrahim; Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara, 2008, s.22, 23.
- 29 Yüksek Mahkeme aralarında organik bağ olan ve farklı işverenlere ait olarak görünen işyerleri arasındaki içi giriş ve çıkışına ilişkin verdiği kararda; aynen "...Mahkemece davalı şirketlerin işçinin işe iadesini ve diğer haklarını ortadan kaldırmak için muvazaalı şekilde adeta ping pong topu gibi işçiyi oradan oraya sallayarak işverenin kimliğini flu hale getirerek kanuna karşı hile ile işe iadeyi fiilen ortadan kaldırmaya yönelik muvazaalı olarak davrandıklarından işçinin her şirkete iadesi ve her üç şirketinde boşa geçen süre ücret ve işe başlatmama tazminatından sorumlu olmaları gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir..." şeklinde davayı hükme bağlamıştır. Kararın tam metni için bkz; Yarg.9HD. T. 11.6.2007, E. 2007/8062, K. 2007/18375 Çalışma ve Toplum Dergisi, S: 15, s.205.
- 30 İdarenin bütünlüğü ilkesi için bkz; AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s.193 vd.
- 31 İl özel idarelerinin organları, organların görevleri, gelir ve gider bütçesi ve teşkilatına ilişkin geniş bilgi için bkz.; AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s.291-307.

Doç. Dr. Serkan ODAMAN - Araş. Gör. Eda KARAÇÖP

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Görevi Sona Eren Sendika Yöneticisi İşçinin Sendikalar Kanunu M. 29 Çerçevesinde Başvurusuna Karşın İşverence İşe Başlatılmamasının Hukuksal Yaptırımına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi

T.C. YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/22962

Karar No : 2010/18561

Tarihi : 14.06.2010

ÖZET

Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde işverenin, talep tarihinden itibaren en geç 1 ay içinde profesyonel sendikacılıktan ayrılan işçiyi o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak buradaki zorunluluk hali, sadece cezai ve hukuki yaptırımla sınırlıdır. Bunlar dışında yasada ifaya yönelik herhangi bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle sendikal görevi sona eren ve süresinde işe başlatılması için işverene başvuran işçinin işveren

tarafından işe alınmamış olması mahkemece işe başlatılması şeklinde ifaya yönelik hüküm kurulmasını gerektirmez. Zira ortada bir işveren feshi bulunmamaktadır.

Davacının diğer istemi ise 5620 sayılı Yasa uyarınca daimi kadroya geçirilme istegidir. Yukarıda açıklandığı üzere, daimi kadro tahsisi niteliğindeki düzenleyici idari işleme karşı, uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesi gerekir. Mahkemece buna yönelik istem tefrik edilmeli, uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesi için görevsizlik kararı verilmelidir.

DAVA

Davacı vekili profesyonel sendika yöneticisi olan davacının, sendikanın yönetim kurulu kararı ile amatörlüğe geçirilmesi üzerine işe başlatılması için davalı işverene başvurduğunu, davalının işe başlatmayarak 5620 sayılı Yasa uyarınca daimi kadroya geçirme-

diğini, Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerektiğinin tespiti karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davanın kabulü ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin belirlenmesine karar verilmiştir. Hüküm süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla, dosya incelen-di, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davacının Türkiye O. İ. Sendikası Bursa Şubesinin profesyonel yöneticisi iken talebi üzerine Sendika Yönetim Kurulunun Sendika Ana Tüzüğü'nün 21. maddesi uyarınca tüm profesyonel yöneticileri amatörlüğe geçirdiğini, başvuran yöneticilerden bir kısmının işe başlatıldığını, ancak davacının işe başlatılmadığını ve kadroya alınmadığını, 5620 sayılı Yasadan yararlandırılmadığını iddia ederek, işyerinde sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerektiğinin tespiti karar verilmesini ister.

Davalı işveren vekili, davacının Bursa O. İ. Müdürlüğünde mevsimlik işçi olarak çalıştığından davanın Bursa İş Mahkemesinde görülmesi gerektiğini ve davada İdare Mahkemesinin görevli olduğunu, davacının Bursa O. İ. Müdürlüğünde 01.06.1987 tarihinde işe başladığını ve 02.08.1992 tarihinde Türkiye O. İ. Sendikası Bursa Yönetim Kurulu Şube Mali Sekreterliğine seçilmesi sebebiyle işten ayrıldığını, Bursa O. İ. Müdürlüğünün 01.10.2007 tarih ve 8839 sayılı yazısı ile evrakları ile birlikte başvurusunun istenmesine rağmen herhangi bir başvurusunun bulunmadığını, 5620 sayılı Yasanın 1-2 maddeleri uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçireceklerle ilişkin koşulları taşımadığından daimi işçi kadrosuna geçirilme isteminin yerinde olmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının yöneticilik göre-

vinden 2821 sayılı Yasanın 29. maddesinde öngörülen koşullarda ayrıldığı ve hak düşürücü süre içerisinde işe başlamak üzere bizzat başvuruda bulunduğu, davacının görevinden kendi isteği ile ayrılması ve istifa etmesi iş akdinin askıya alınması şeklinde yorumlanamayacağı ve davacının sendika şube yöneticiliğine seçildiği sırada iş akdinin askıya alınmış olmasının da söz konusu olmadığı, 2821 sayılı Yasanın 29. Maddesi hükmüne göre sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçilerin, bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması halinde, ayrıldıkları işyerinde işe yeniden alınmalarını istedikleri takdirde, işveren talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorunda olduğu, davacının işe iadesi gerektiği gerekçesi ile uyuşmazlık 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve 21 nci maddeleri kapsamında ve işe alınmama davalının feshi olarak değerlendirilerek, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmiştir.

İşçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen iş güvenliği hükümleri uyarınca feshin geçersizliğini isteyebilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi gerekir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde "Sendika ve Konfederasyonların Yönetim Kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler, bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek; kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son (bulması) halinde, ayrıldıkları işyerinden işe yeniden alınmalarını istedikleri takdirde işveren talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçilerin o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer

işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorundadır. Bu takdirde işçinin eski kıdem hakları ve öğreti (ücreti) saklıdır” şeklinde düzenleme getirmiştir. Anılan madde ile işçi sendikaları ve konfederasyonu yöneticiliğini(n) teminat altına alınması amaçlanmıştır. Yasa koyucu tarafından işçilerin sendika yöneticiliğine serbestçe seçilmelerinde ve seçilmeyi istemelerinde kamu yararı vardır. Bu nedenle kamu düzenini korunmak için de cezai ve hukuki olmak üzere koruyucu önlemler getirilmiştir. Bunların başında 2821 sayılı Yasa 29. maddeye aykırı hareket eden işveren için aynı yasanın 59. maddesinin 2. bendinde ağır para cezası öngörülmüştür. İşveren, bu ceza-i yaptırıma kendi menfaat dengesi açısından razı olup işçiyi işe almadığı durumda da söz konusu ceza-i yaptırım ile birlikte hukuki yaptırım devreye girmektedir. Diğer bir deyişle işverenin işçiyi işe almaması halinde ceza-i yaptırım ile birlikte işçinin feshin hukuki sonuçlarıyla ilgili kanuni haklarının ve varsa iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan tazminatı talep etme hakkı bulunmaktadır.

Diğer taraftan 5620 sayılı Yasa ile bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan geçici işçilerin sözleşmeli personel pozisyonlarına veya sürekli işçi kadrolarına geçirilme koşul ve yöntemi düzenlenmiştir. Buna göre belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçinin sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi için 2006 yılı içerisinde usulüne uygun olarak vizesi yapılmış geçici iş pozisyonlarında toplam 6 ay veya daha fazla süreyle geçici işçi olarak çalışmış olmak gerekir. Aynı düzenlemede 2005 veya 2006 yıllarında aynı şartlarda çalışıp da askerlik, doğum veya sağlık kurulu raporuyla belgelendirilen sağlık sorunları sebebiyle iş sözleşmeleri askıda kalanların da bu hüküm kapsamında değerlendirileceği öngörülmüştür. 2006 yılındaki çalışması 6 aydan az veya çalışması 6 aydan fazla olup da bu süreyi usulüne uygun almamış vizeye tabi geçirmemiş olan işçi(nin) bir

malî yılda 6 aydan az olmak üzere usulüne göre yapılacak geçici iş pozisyonlarında çalıştırılabilir. Kadro tahsisi idari bir işlemdir. İdari işlem tesis edecek şekilde yargı kararı verilemez. İdarenin 5620 sayılı Yasa kapsamında sürekli işçi veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmesi için düzenlediği kadro tahsis işlemi bir idari işlem olup, bu işlemin iptaline yönelik uyuşmazlığın, kısaca sürekli işçi kadrosunda bulunması gerektiği yönündeki istemin idari yargı yerinde çözülmesi gerekir. Zira 5620 sayılı Yasadan kaynaklanan düzenleyici işlem niteliğindeki uyuşmazlığın çözüm yeri idari yargıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının iki ayrı istemi bulunmaktadır. Biri profesyonel sendikal yöneticiliğin sona ermesi nedeni ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca işe başlatılması, diğeri ise 5620 sayılı Yasa uyarınca daimi kadroya geçirilmesi istemidir.

Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde işverenin, talep tarihinden itibaren en geç 1 ay içinde profesyonel sendikacılıktan ayrılan işçiyi o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak buradaki zorunluluk hali, sadece ceza-i ve hukuki yaptırımla sınırlıdır. Bunlar dışında yasada ifaya yönelik her hangi bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle sendikal görevi sona eren ve süresinde işe başlatılması için işverene başvuran işçinin işveren tarafından işe alınmamış olması mahkemece işe başlatılması şeklinde ifaya yönelik hüküm kurulmasını gerektirmez. Zira ortada bir işveren feshi bulunmamaktadır. Daha önce profesyonel sendikacılık için kendi isteği ile ayrılan işçinin, 29. maddesi uyarınca işe başlatılmaması söz konusudur. Bu başlatılmamanın hukuksal yaptırımı maddede öngörülmüş, işveren feshi olarak nitelendirilmemiştir. Mahkemece davacının istemlerinden işe başlatılması isteminin işveren feshi olarak değerlendirilerek, yazılı ge-

rekçe ile feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi hatalıdır.

Davacının diğer istemi ise 5620 sayılı Yasa uyarınca daimi kadroya geçirilme isteğidir. Yukarıda açıklandığı üzere, daimi kadro tahsisi niteliğindeki düzenleyici idari işleme karşı, uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesi gerekir. Mahkemece buna yönelik istem tefrik edilmeli, uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesi için görevsizlik

kararı verilmelidir. Bu istem hakkında karar verilmemesi ayrıca bozma nedeni yapılmıştır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.06.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I. KARARA KONU OLAY

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin ilgili kararına konu olayda, 01.06.1987 yılında davalının işyerinde çalışmaya başlamış olan davacının, 02.08.1992 yılında Türkiye O. İ. Sendikası Bursa Şubesi Yönetim Kurulu Şube Mali Sekreterliği'ne seçilmesi dolayısıyla işten ayrıldığı ve sendika yöneticisi görevinin Sendika Yönetim Kurulu kararı ile sona erdirilmesi üzerine 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun (SK) 29. maddesi uyarınca işe başlatılmak üzere yasal süre içerisinde işverene başvuru yaptığı ve sürekli işçi kadrosuna geçirilme talebinde bulunduğu ifade edilmiştir. Ancak işverenin her iki talebini de reddetmesi üzerine davacı, sendikanın yönetim kurulu kararı ile amatörlüğe geçirilmesi üzerine işe başlatılması için davalı işverene başvurmuş, davalının işe başlatılmayarak 5620 sayılı Yasa uyarınca daimi kadroya geçirmediğinin, Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini birinci derece mahkemesinden talep etmiştir.

II. YARGI MERCİLERİNİN ÇÖZÜMÜ

Birinci derece mahkemesi, karşısına gelen olayda davayı kabul etmiş ve davacının yöneticilik görevinden SK'nın 29. maddesinde öngörülen koşullarda ayrıldığı ve hak düşürücü süre

içerisinde işe başlamak üzere bizzat başvuruda bulunduğu, davacının görevinden kendi isteği ile ayrılması ve istifa etmesinin iş akdinin askıya alınması şeklinde yorumlanamayacağı ve davacının sendika şube yöneticiliğine seçildiği sırada iş akdinin askıya alınmış olmasının da söz konusu olmadığı, davalının davacıyı SK'nın ilgili hükmü uyarınca, o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorunda olduğu, davacının işe iadesi gerektiği gerekçesi ile uyuşmazlık 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve 21. maddeleri kapsamında ve işe alınmama davalının feshi olarak değerlendirilerek, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine şeklinde hüküm kurmuştur.

Kararın davalı tarafından süresinde temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay dosyayı incelemiş ve incelemeye konu kararında, davacının SK'nın 29. maddesinde belirtilen güvenceden yararlanma şartlarına uygun hareket ettiği, bu bağlamda gerek işten ayrılma nedeninin güvenceden yararlanmaya uygunluğunu, gerekse talepte bulunma süresi bakımından öngörülen hak düşürücü süreye uyulduğunu tespit etmiştir. Ancak davacının görevinden sendika yöneticiliğine seçilmesi nedeniyle ayrılması durumunun iş sözleşmesinin askıya alınması şeklinde yorumlanamayacağı ve feshin geçersizliğine ilişkin birinci derece mahkemesi kararının ortada bir feshin söz konusu olmaması dolayısıyla kabulünün mümkün olamayacağı ifade edilmiştir. 2821 sayılı Yasa'nın 29. maddesinde belirtilen güvenceye uygun olarak işe

Anayasal temel bir hak olan sendika özgürlüğü, çalışanların serbestçe sendika kurmasını ve sendikalara serbestçe üye olmasını, sendikalara girmemesini veya serbest iradesiyle sendikalardan ayrılabilmesini ifade etmektedir.

başlatılmamanın hukuksal yaptırımı çerçevesinde davacının feshin hukuki sonuçlarıyla ilgili kanuni haklarının ve varsa iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan tazminatı talep etme hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Mahkemece davacının istemlerinden işe başlatılması isteminin işveren feshi olarak değerlendirilerek, yazılı gerekçe ile feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi hatalı olduğu vurgulanmıştır.

Yine davacının 5620 sayılı Yasa uyarınca daimi kadroya geçirilme isteğine ilişkin talebinin daimi kadro tahsisi niteliğindeki düzenleyici idari işleme karşı, uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğinden birinci derece mahkemesince uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesi yönünde görevsizlik kararı verilmesi gerekirken istem hakkında karar verilmiş olmasının hatalı olduğu ifade edilmiştir.

Belirtilen hususlar gerekçe gösterilmek suretiyle, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.6.2010 gün, 2009/22962 Esas numaralı ve 2010/18561 Karar numaralı ilamında, ilk derece mahkemesinin kararının ifade edilen açıklamalar çerçevesinde, bozulması gerekliliği yönünde karar vermiştir.

III. ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.6.2010 tarihli kararı, Türk pozitif hukukunda tartışmaya açık olan ve yeniden düzenlenmesi gerekliliği birçok kez vurgulanan işçi kuruluşu yöneticilerinin güvencesi olgusunun gerçek anlamda bir güvence sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi ve olgunun uygulanma esaslarının ortaya konması bakımından önem taşımaktadır. Zira Yar-

gıtay birçok kararında Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenen hükmün yaptırımına yönelik tespitlerde bulunmakta ve doktrinde de hükmün mevcut düzenleme ve kararlar çerçevesinde tam anlamıyla bir güvence sağlamadığına yönelik eleştirilere yer verilmektedir. Bu bağlamda, karar bünyesinde, işçi sendikası yöneticiliği güvencesine ilişkin düzenlemede yer alan işe başlatma zorunluluğunun niteliği ve yaptırımı bakımından belirtilen esaslarla ilke karar olma özelliğini barındırmaktadır.

Nitekim tarafımızca inceleme konusu yapılan kararda, SK'nın 29. maddesinde işverenin, talep tarihinden itibaren en geç 1 ay içinde profesyonel sendikacılıktan ayrılan işçiyi o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe diğer isteklere nazaran öncelik vererek almak zorunluluğunun yaptırımının sadece ceza-i ve hukuki yaptırımla sınırlı olduğu belirtilmiş ve işçi sendikası yöneticisi olarak çalışılan dönemlerde iş sözleşmesinin askıda olma olgusunun kabulünün mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Sendikal görevi sona eren ve süresinde işe başlatılması için işverene başvuran işçinin işveren tarafından işe alınmamış olması halinde işe iadeye ilişkin hüküm kurulmasının, mevcut iş sözleşmesinin feshinden bahsedilemeyeceği için doğru olmadığı vurgulanmıştır. Buna göre, olayda çözülmesi gereken temel husus, 2821 sayılı Yasanın 29. maddesinde belirtilen güvence uyarınca işe başlatılmamanın yaptırımının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Söz konusu sorunun çözümü ele alınırken öncelikle sendika özgürlüğü ve güvencesi kavramı ele alınacak, akabinde, işçi kuruluşu yöneticiliği ve yöneticilerin güvencesi, güvence kapsamı, koşulları ve yaptırımı çerçevesinde incelenip, belirtilen esaslar baz alınarak olay tarafımızca değerlendirilecektir. Değerlendirmenin son kısmında davacının 5620 sayılı Yasa uyarınca daimi kadroya geçirilme isteğine ilişkin tespite ilişkin görüşümüze de yer verilecektir.

IV. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İlgili kararın değerlendirmesine geçilmeden önce, sendika özgürlüğü ve güvencesi kavra-

mının açıklanması ve işçi kuruluşu yöneticiliği ve yöneticilik güvencesinin esaslarının belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

1. Sendika Özgürlüğü ve Güvencesi

Kavram olarak sendika, çalışanların ortak mesleki çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla, iradi olarak bir araya gelerek oluşturdukları, örgütlü ve az-çok sürekli bir özel hukuk kişiliğidir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 1. maddesinde de sendikaların, üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulabilecekleri belirtilmektedir. Anayasal temel bir hak olan sendika özgürlüğü, çalışanların serbestçe sendika kurmasını ve sendikalara serbestçe üye olmasını, sendikalara girmemesini veya serbest iradesiyle sendikalardan ayrılabilmesini ifade etmektedir.

Sendika özgürlüğü, belirttiğimiz gibi anayasal bir temel hak olduğundan hem kanunlarla hem de uluslararası sözleşmelerle bu hak ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Sendika özgürlüğü ile ilgili 1924 Anayasası, cemiyet kurma hakkını tanıdığı ve bu hakka dayanarak bazı sendikalar kurulmasına imkan sağlamışken, 1961 Anayasası'nda sendika kurma hakkı 46. maddede bir hak olarak tanınmıştır.

1982 Anayasası'nın "Sendika Kurma Hakkı" başlıklı 51'inci maddesinde ise; çalışanlar ve işverenlerin önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten çekilme hakkı belirtilmiş ve hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı vurgulanmıştır. Bugün yürürlükteki Anayasamızın 51. maddesinde de sendikalara ilişkin 1982 Anayasası'nın aynı numaralı hükmü 'Sendika Kurma Hakkı' başlığı ile aynen korunmaktadır.

Sendika özgürlüğü ile ilgili olarak uluslararası alanda "Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Müteallik 98 Numaralı Sözleşme¹" Türkiye tarafından 08.08.1951 tarihinde 5834 sayılı Kanunla kabul edilmiştir. Sözleşmenin 1. maddesinde işçilerin çalışma hususunda sendika hürriyetine hâlel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacakları belir-

tilmiştir. Yine "Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 Numaralı Sözleşme" Türkiye tarafından 25.12.1992 tarihinde 3848 sayılı Kanunla kabul edilmiştir. 151 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 4. maddesinde; kamu çalışanlarının örgütlenme hakkına güvence getirilmiş, kamu görevlilerinin çalıştırılmaları hususunda sendikalaşma özgürlüğüne hâlel getirecek her türlü ayrımcılığa karşı yeterli korunmanın sağlanacağı ifade edilmiştir.

Sendika özgürlüğü ile ilgili bahsettiğimiz bu düzenlemelerin hayata geçirilip fiilen kullanılabilmesi için bu hakkın güvence altına alınması bir zorunluluktur. Bu nedenle sendikal üyeliğin ve sendikal faaliyet çeşitli kanunlardaki hükümlerle güvence altına alınmıştır. Hatta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi" başlıklı 118. maddesinde bu hakka aykırı davranışa ilişkin ceza yaptırımına yer verilmektedir.

İşçilerin serbestçe sendikaya üye olmaları veya olmamaları yahut sendikal faaliyette bulunmaları güvencesi; işe girişte, iş ilişkisinin devamı süresince ve hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesinde olmak üzere, belirtilen üç aşamayı da kapsar.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 6/I. maddesinde sendika ve konfederasyonların önceden izin almaksızın kurulabilecekleri ifade edilmektedir. Bu hususların Anayasamızın 51/I. maddesinde de yer almış bulunması ülkemizde sendikal özgürlüğün mevcut olması gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir. Gerçekten, 2821 sayılı Kanunun 2. kısmının 3. bölümünde "teminatlar" başlığı altında işçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin güvencesi, işyeri sendika temsilcilerinin güvencesi ve sendikaya üyelik güvencesi düzenlenmektedir.

2. İşçi Kuruluşu Yöneticiliği ve Yöneticilerin Güvencesi

a. Genel Olarak Yöneticilik Kavramı

2821 sayılı Kanunun 9. maddesinde yönetim ve denetleme kurulu üyelerinin yönetici sıfatına sahip oldukları belirtilmektedir. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin yanında denetle-

İşçinin güvenceden yararlanabilmesi için sendika yöneticiliği görevinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması gerekmektedir.

me kurulu üyelerinin de SK anlamında yönetici olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu husus birazdan irdeleneceği üzere işçi kuruluştaki yöneticilerine ilişkin teminattan yararlanacakların belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

b. İşçi Kuruluşu Yöneticilerinin Güvencesi

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde "İşçi Sendikası ve Konfederasyonu Yöneticiliği Teminatı" başlığı altında sendika yönetim organlarında görev alan kimselerin bu görevleri sona erdirildiğinde yeni bir iş bulmalarının nispeten zor olacağı göz önünde bulundurularak güvence hükmüne yer verilmektedir.

aa. Yeniden İşe Alınma Güvencesi

Güvenceyi tam anlamıyla oluşturabilmek amacıyla yönelik olarak getirilmiş bu düzenleme sayesinde seçime girmemek, yeniden seçilememek ya da kendi istekleriyle çekilmek suretiyle yöneticilik görevi son bulan kişileri, işveren, talep süresine uymaları şartıyla öncelikli olarak işe almak zorundadır.

Burada öncelikle incelenmesi gereken husus kimlerin bu güvenceden yararlanabileceğidir. Zira 2821 sayılı Kanunun 9. maddesi uyarınca denetim kurulu üyeleri söz konusu Kanunun uygulanmasında yönetici sıfatını taşıdıkları halde, 29. madde kapsamına alınmamışlar ve sendikal güvenceden yoksun bırakılmışlardır. Bu bağlamda, maddede öngörülen güvencenin kapsamına ilgili sendikaların sendika şube ve bölge şubeleri ile konfederasyonların yönetim kurulu başkan ve üyeleri girmektedir. Diğer organların üyeliklerine ise bu hak tanınmamaktadır². Ancak, bu husus gereksinim bulunmasına

karşın yöneticilerin tümünün güvenceye dahil edilmemesi dolayısıyla doktrinde eleştirilmekte³ ve madde başlığına dayanarak ve "sendikal bir görev nedeniyle" çalıştıkları işyerlerinden ayrılmaları nedeniyle denetim kurulu üyelerinin de 29. madde teminatından yararlandırılması gerekliliği vurgulanmaktadır⁴.

İşçi hüküm uyarınca, ancak sendika yöneticisi seçildikten sonra sırf bu görev dolayısıyla kendi isteği ile işten ayrıldığında bu güvenceden yararlanabilecektir. Başka bir nedenle işten ayrılıp daha sonra sendika yöneticiliği görevine seçilmesi halinde belirtilen güvenceden yararlanmak mümkün olmayacaktır⁵. Yine hüküm uyarınca, işçinin bu güvenceden yararlanabilmesi için sendika yöneticiliği görevinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması gerekmektedir⁶.

Sendika ve konfederasyon yöneticilerinin maddede belirtilen şekilde görevlerinin son bulması halinde, son bulma tarihinden itibaren 3 ay içinde, ayrıldıkları işyerinde işe yeniden alınmak için talepte bulunmaları gerekmektedir. Bu 3 aylık süre hak düşürücü süre olup, süresi içerisinde işyerine başvurulmadığı takdirde işe alınma hakları ortadan kalkacaktır⁷. Talep tarihinden itibaren 1 ay içinde de işveren bu işçileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe diğer isteklilere nazaran öncelikle almak zorundadır. Kanunun sadece lafzı dikkate alındığında işverenin "boş yer olması" durumunda böyle bir mecburiyeti olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Nitekim doktrinde bu görüşü savunan yazarlar bulunmaktadır⁸. Ne var ki, m.29'da amaçlanan sendikal güvenceyi gerçekleştirebilmek için, işçinin yeniden işe alınması "boş yer" koşuluna bağlı tutulmamalıdır⁹. Zira bu bağlamda düzenlemenin amacı ve işverene boş yer hazırlaması için verilen sürenin uzunluğu dikkate alınmalıdır¹⁰. Kutsal da bu hususu ayrıntılı olarak tartışmış ve "... boş yerin olması ve bunun bir ön koşul olarak ortaya konulması isabetli değildir" şeklinde görüş bildirmiştir¹¹. Kanaatimizce de, "boş yer" koşulunun aranması güvencenin işveren tarafından kolaylıkla bertaraf edilmesi sonucunu doğurabilecektir.

İşçi kuruluşu yöneticiliği süresince çalışılan dönemde işverenden, işten ayrılan yönetici işçinin işini boş bırakmasını beklemek sürenin uzunluğu karşısında hakkaniyete aykırı bir durum ortaya koyacaktır.

Bununla birlikte, söz konusu 3 aylık süre içinde işverene herhangi bir talepte bulunulmadığı takdirde Sendikalar Kanunu m.29'daki güvenceden yararlanma imkanı kalmamaktadır. Ancak, Ergin'in isabetle belirttiği gibi bu 3 aylık süre içinde mücbir bir sebepten dolayı müracaat edilememesi durumunda, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra makul bir ek süre tanınması doğru olacaktır¹².

bb. Güvenceye Aykırılığın Yaptırımı

Sendikal güvence sağlamak için mevcut bulunan m. 29 ile ilgili temel problem ise işçinin tüm süreler riayet ederek yeniden işe alınma konusunda talepte bulunması üzerine işverenin Yasa'da belirtilen yükümlülüğü yerine getirmemesinin sonuçlarının ne olacağıdır. Sendikalar Kanunu'nun 59/2. maddesinde bu husus düzenlenmiş ancak sadece cezai bir yaptırım getirilmekle yetinilmiştir. Bu durumda işveren herhangi bir hukuki yaptırımla karşılaşmamaktadır. Oysa Yasa maddesinin amacı işvereni eski işçisini yeniden çalıştırması için zorlamaktır. Yargıtay kararlarında ise bir istikrar olmadığı gözlenmektedir¹³. Bununla birlikte, Yargıtay HGK, 1998 tarihli bir kararında Yasanın amaçladığı teminatın tam işlerliği için cezai yaptırımın yanında hukuki yaptırımın da öngörülmediğinin kabulünün zorunlu olduğunu ve 2821 sayılı Kanununun 29. maddesine aykırı hareket halinde davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağının kabulünde duraksamaya yer olmadığını ifade etmektedir¹⁴.

Gerçekten de, cezai yaptırımın yanında hukuki bir yaptırım da bulunmaması halinde işveren m.59/II'deki cezaya razı olarak işçiyi tekrar işe almayabilecektir. Bir görüşe göre, işçinin

yöneticilik yaptığı dönemde sözleşmesi sona ermiş değildir. Aksine, tarafların serbest iradeleri ile hizmet ilişkisi ücretsiz izin verilmesi ile askıya alınmıştır¹⁵.

Doktrinde mevcut bir başka görüş madde metnindeki "...zorundadır" ibaresinin işverenin işçisiyle yeni bir sözleşme yapma yükümü olarak anlaşılması gerektiğini ve işverenin 1 aylık müddet içerisinde kendisini işe almaması halinde işçinin işverene aynen ifa davası açabileceğini, bu dava sonucunda verilecek hükmün hem işverenin kabul beyanı hem de hizmet sözleşmesi yerine geçeceğini belirtmektedir¹⁶. Bu görüşün, hizmet sözleşmesinin kurulumunu sağlamaya ve işvereni yeniden sözleşme yapmaya zorlayacak en isabetli çözüm olduğu kanaatindeyiz.

Sonuçta, bu karmaşaya çözüm getirecek bir hukuki yaptırımın gerekliliği ortadadır. Mevcut düzenlemedeki bu eksikliğin yasal zemin oluşturuluncaya kadar Medeni Kanun m. 2 ve güven prensibi çerçevesinde Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri uyarınca bir tazminatla çözümlenmesinin uygun gözüktüğü de doktrinde savunulmaktadır¹⁷. Bu durumda tazminat miktarının ne kadar olacağı yönündeki boşluk Yargıtay kararlarında ihbar ve kıdem tazminatı tutarında belirlenmesi gerekliliği ortaya konmak suretiyle doldurulmaktadır¹⁸. Kanımızca isabetliliği olan bu durumda kıdem tazminatının ödenecek tazminatın hesaplanmasında ölçü oluşturacağının kabulü gerekmektedir. Aksi halde, Yasada açıkça belirtilen kıdem tazminatına hak kazanma şartlarına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. İnceleme konusu kararımızda da belirtildiği üzere Yargıtay birçok kararında ortada iş sözleşmesinin feshinden bahsedilemeyeceğinden işe iade taleplerinin reddi yönünde belirlemelerde bulunmaktadır¹⁹.

Ancak ortada bir hizmet sözleşmesi olduğu ve işçinin yöneticiliği süresince hizmet ilişkisinin askıda kaldığı görüşünün yasal mevzuat olarak oluşturuluncaya kadar uygulanmasının gerekliliğinin kabulü halinde bu durum öncelikle, Yargıtay'ın mevcut işçinin sendika yöneticisi seçilmesi durumunda işten ayrılması halinde iş sözleşmesinin sona ermiş olacağına yönelik yerleşik içtihatları ile çelişecek²⁰ ve

SK'nın 29. maddesinde belirtildiği üzere işçinin işten ayrılma olgusunun feshi kastetmediği bir durumda ne şekilde yorumlanacağı sorusunu ortaya çıkaracaktır. Ayrıca işçi kuruluştaki yöneticiliği süresince çalışılan dönemde işverenden, işten ayrılan yönetici işçinin işini boş bırakmasını beklemek süresinin uzunluğu karşısında hak-kaniyete de aykırı bir durum ortaya koyacaktır.

Zira 1475 sayılı İş Kanunu'nun 10 Haziran 2003 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu (İş.K.)'yla yürürlükten kaldırılması ile 1983 yılından bu yana yürürlükte olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK)'nda değişiklikler yapılması gündeme gelmiş ve bu bağlamda ortaya konan taslakların birinde²¹ yer alan düzenleme ile işçinin sendikadaki yöneticilik görevi nedeniyle ayrıldığı işyerindeki sözleşmesinin askıya alınmış olacağı belirtilmiştir. Bunun gibi, işçinin dilerse iş sözleşmesini bildirim sürelerine uymak zorunda kalmaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin feshedebileceği ve kıdem tazminatına hak kazanacağı da taslakta yer almıştır. Ancak bu düzenleme daha sonraki bir başka taslakla değiştirilmiş bu anlamda tartışmalara çözüm getirebilecek bir metin henüz ortaya konmamıştır.

3. Değerlendirme

İnceleme konusu kararda, davacının sendika yöneticiliğine seçilmek üzere işinden ayrıldığı, daha sonra görevinin sona ermesi üzerine Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi çerçevesinde hak düşürücü süreye uygun olarak işe başlatılma talebinde bulunduğu ve isteğinin reddi üzerine birinci derece mahkemesinde işe iadesine karar verilmesini talep ettiği görülmektedir. İşçi güvenceden yararlanma şartlarına sahip olup görevinden ayrıldıktan sonra üç ay içinde işyerine başvurmuştur. Bu bağlamda SK'nın 29. maddesine uygun hareket edildiği gözlemlenmektedir. Kararda asıl sorunu işverenin bu yükümlülüğüne uygun hareket etmemesi durumunda karşılaşılabilecek hukuki yaptırımın ne olacağı ve birinci derece mahkemesinin işe iade talebine bu çerçevede karar verip veremeyeceğinin belirlenmesi oluşturmaktadır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere

re 2821 sayılı Yasanın 59/II. maddesi uyarınca işe alma zorunluluğuna uymayan işverenin para cezasına çarptırılacağı belirtilmekte ancak bu cezai yaptırım dışında Yasada hukuki bir yaptırıma rastlanmamaktadır. Bu durum da güvencenin gerçek anlamda "teminat" sağlama işlevini bertaraf etmekte, Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler çerçevesinde çözüm getirilme çabalarını doğurmaktadır. Yargıtay kararları çelişkili olup kararların hepsinde belirtilen ortak nokta; iş sözleşmesinin, işçinin sendika yöneticiliği görevine seçilmesi suretiyle feshi halinde sona ereceği ve kurulmamış bir ilişki için de işe iade kavramına başvurulamayacağıdır. İlgili kararda da bu husus vurgulanmakta işçinin feshin hukuki sonuçları ile ilgili kanuni haklarının ve tazminat talep hakkının mevcudiyeti belirtilmektedir.

Doktrinde bir grup yazar işçi sendikası yöneticiliği görevi süresince sanki taraf iradeleri ile ücretsiz izin verilmiş gibi iş sözleşmesinin askıda kalacağı kabulünü savunmaktadır. Oysa yerleşik Yargıtay içtihatları ve ağırlıklı kabul edildiği üzere işçinin işten ayrılması maddede açıkça ifade edildiğinden artık burada iş ilişkisinin devamından bahsetmek mümkün olmayacak ve işçinin aynen ifa davası açmak suretiyle yargı kararının işverenin iradesi yerine geçeceği ve böylelikle hizmet akdinin kurulmuş olacağı kabulü en uygun sonucu doğuracaktır. Bu bağlamda işçiye işe başlatılmama nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatları ölçü alınarak hesaplanan bir tazminatın borçlar hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde verilmesi maddenin teminat işlevinin işletilmesi bakımından da güvence sağlayacaktır.

Diğer taraftan, kararda işçinin 5620 sayılı Yasa uyarınca daimi kadroya geçirme talebinde bulunduğu ancak mahkemenin bu yönde karar beyan etmediği belirtilmekte, bu durumun idari yargıda çözümlenmesi, dolayısıyla görevsizlik kararının verilmesinin gerekliliği vurgulanmaktadır. Karar taraflar arasında iş ilişkisinin kurulmamış olduğu yönündeki yerleşik Yargıtay ve ilgili karardaki içtihadı uygundur. Zira 5521 sayılı Yasa ancak iş ilişkisine ilişkin davalarda iş mahkemelerinin yetkili olacağı belirlenmesi yapılmaktadır.

Sonuç olarak, açıklanan gerekçelerle inceleme konusu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararının işçi kuruluşu yöneticiliği güvencesi kapsamında işe başlatılması gerekirken işe başlatılmayan işçinin işe iade talep edemeyeceği, zira bu durumda iş sözleşmesinin mevcut olmaması ve bir tazminat talep hakkının söz konusu olacağı yönündeki yaklaşımı kanaatimizce doğru olmaktadır.

Diğer taraftan, olması gereken hukuk bakımından, yasadaki bu boşluğun yapılacak değişikliklerle doldurulması gerekmektedir. Boşluğun doldurulmasına yönelik önerimizi ise İş Kanunu'nun 30 ve 31. maddelerine benzer bir tazminat yükümlülüğünün getirilmesi oluşturmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo.html.
- 2 SÜMER, Haluk Hadi: Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, s.1650- 1651.
- 3 Ayrıntılı bilgi için bkz. SUBAŞI, İbrahim: İşçi Kuruluşu Yöneticiliği ve Güvencesi, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 531-532.
- 4 ŞAHLANAN, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986, s.147; Aksi yönde görüş için bkz. ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul 2010, s. 420.
- 5 SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011, s.67.
- 6 Sendikalar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca mal bildiriminde bulunmayıp yöneticilik görevinden ayrılmak zorunda olanlar ile işledikleri fiil dolayısıyla hüküm giyen ve bu sebeple yöneticilik görevi sona erenler SK m. 29'daki güvence dışında tutulmaktadırlar.
- 7 SUR, s. 68.
- 8 DEMİR, Fevzi: Sendikalar Hukuku, Yenilenmiş 5. Bası, İzmir 2007, s.95.
- 9 ŞAHLANAN, s.151.
- 10 NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 161.
- 11 KUTAL, Metin: Sendika Temsilcisi ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu, Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 511. Aynı yönde görüş için bkz. SUR, s. 69.
- 12 ERGİN, Berrin: "Sendika Yöneticilerinin Yeniden İşe Alınmaları ve Kıdem Tazminatı Hakları", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 1997, s.187.
- 13 Bu konudaki Yargıtay kararlarının gelişimi için bkz. ALPA-GUT, Gülsevil: Karar İncelemesi, Yarg. HGK. 04.02.1998, E.98/9-46, K.98/11, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1998, s.23-32.
- 14 Yarg. HGK., 04.02.1998, E.98/9-46, K.98/11, İşveren Dergisi, Nisan 1998, s.15-18.
- 15 ERGİN, s.184-185.
- 16 ŞAHLANAN, s.152; SUBAŞI, s. 546-547.
- 17 TUNCAY, A. Can: Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010, s. 67.
- 18 Yarg. HGK 4.2.1998, 9-46/11, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası: www.kazanci.com.tr (erişim: 15.9.2011), Aksi yönde görüş için bkz. GÜNAY, Cevdet İlhan: Profesyonel Sendika Yöneticisinin Yeniden İşe Alınmamasının Hukuki Sonuçları, TÜHİS, Ağustos 2000, s. 8-9.
- 19 ŞEN, Murat: Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılrken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları, Sicil, Mart 2008, S. 9, s. 85.
- 20 BAYBORA, Dilek: Türk İş Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Sendika Yöneticiliği, Ankara 2001, s.128.
- 21 Bu çerçevede ilk çalışma 2004 tarihinde başlatılmış ve bu tarihte oluşturulan her iki kanunda da ayrı ayrı değişiklik öngören taslaklar akademisyenler ve uygulamacılarca değerlendirilmiştir. Akabinde, 20.05.2008 tarihinde yedi milletvekili tarafından 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda değişiklik yapılmasına dair Kanun Teklifi gerekçesi ile Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığına sunulmuştur. Bu teklif pek fazla değerlendirilmemekle birlikte bir yıl sonra Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonları (Türk-İş) tarafından yeni bir taslak hazırlanmıştır. Bu çalışmanın hemen akabinde ise yedi akademisyen tarafından yeni bir taslak metin hazırlanmıştır. Bu metinde ise Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ayrı ayrı ele alınmış ve iki ayrı metin oluşturulmuştur. Son olarak, yedi akademisyence kaleme alınan Kanun Taslağı temel alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından bürokratlardan oluşan bir Komisyon oluşturulmuş ve İLO'nun Haziran ayında yapacağı toplantıya yetiştirilmek üzere, İLO tespit ve AB normlarına uygun yeni bir metin hazırlanmıştır. Hazırlanan Sendikalar Kanunu Taslağı Üçlü Danışma Kurulu'nun 10 Mart 2010 tarihli toplantısında taraflara sunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi: 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Öngören Kanun Ön Tasarılarının Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.4, Ekim, Kasım, Aralık 2004, s. 1265-1290; TUNCAY, A. Can: Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri, Sicil, Mart 2011, S. 21, s. 153 vd.; YAMAKOĞLU, Efe: Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı: Sendikal Güvenceler Üzerine Bir Değerlendirme http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1077.htm; EYRENCİ, Öner: 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve Diğer Bazı Değişiklik Öngören Kanun Tasarısı Taslağı Hükümlerinin Genel Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2004 Yılı toplantısı İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004, s. 199-217; CENTEL, Tankut: Yeni Sendikalar Kanunu Taslağı, Mercek, Ocak 2006, s.17 vd.; DERELİ, Toker: Uluslararası Çalışma Normları, Sendika Özgürlükleri ve Türkiye: İLO Eleştirileri Açısından Yeni Yasa Taslağının Değerlendirilmesi; AB-Türkiye Endüstri İlişkileri, İstanbul 2004, s. 20-32; Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Perspektifiyle Türkiye'de Sendika Özgürlükleri

ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi, Sicil, Haziran 2007, s. 87 vd.

KAYNAKLAR

- ALPAGUT, Gülsevil: Karar İncelemesi, Yarg. HGK. 04.02.1998, E.98/9-46, K.98/11, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1998, s.23 vd.
- BAYBORA, Dilek: Türk İş Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Sendika Yöneticiliği, Ankara 2001.
- CENTEL, Tankut: Yeni Sendikalar Kanunu Taslağı, Mercek, Ocak 2006, s.17 vd.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul 2010.
- DEMİR, Fevzi: Sendikalar Hukuku, Yenilenmiş 5. Bası, İzmir 2007.
- DERELİ, Toker: Uluslararası Çalışma Normları, Sendika Özgürlükleri ve Türkiye: ILO Eleştirileri Açısından Yeni Yasa Taslağının Değerlendirilmesi; AB- Türkiye Endüstri İlişkileri, İstanbul 2004, s. 20-32. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Perspektifiyle Türkiye'de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi, Sicil, Haziran 2007, s. 87 vd.
- ERGİN, Berin: Sendika Yöneticilerinin Yeniden İşe Alınmalarını ve Kıdem Tazminatı Hakları, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 185 vd.
- EYRENCİ, Öner: 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve Diğer Bazı Değişiklik Öngören Kanun Tasarısı Taslağı Hükümlerinin Genel Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2004 Yılı toplantısı İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004, s. 199-217.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: Profesyonel Sendika Yöneticisinin Yeniden İşe Alınmamasının Hukuki Sonuçları, TÜHİS, Ağustos 2000, s. 8-9.
- KUTAL, Metin: Sendika Temsilcisi ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu, Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 511 vd.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.
- SUBAŞI, İbrahim: İşçi Kuruluşu Yöneticiliği ve Güvencesi, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 525 vd.
- SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011.
- SÜMER, Haluk Hadi: Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, s.1650 vd.
- ŞAHLANAN, Fevzi: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Öngören Kanun Ön Tasarılarının Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.4, Ekim, Kasım, Aralık 2004, s. 1265-1290.
- ŞEN, Murat: Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları, Sicil, Mart 2008, S. 9, s. 85 vd.
- TUNCAY, A. Can: Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010.

Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri, Sicil, Mart 2011, S. 21, s. 153 vd.

- YAMAKOĞLU, Efe: Toplu İş İlişkileri Kanun Tasarısı: Sendikal Güvenceler Üzerine Bir Değerlendirme http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1077.htm
- Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası: www.kazanci.com.tr.
- www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo.html.

YENİ YAYINLAR



Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi Mesut Balcı tarafından hazırlanan **“İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması”** adlı eserin genişletilmiş 2. baskısı Mart 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

İş kazaları ve meslek hastalıklarına ilişkin davaların görüldüğü Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin üyesi Mesut Balcı, bu konudaki tazminat davalarının uygulamada bilirkişi raporlarındaki takdire ve varsayıma dayalı hesaplamalar ile çözüme ulaştırıldığını ve bu davalarda, tarafların iddia ve savunma hataları nedeniyle hak kayıplarına uğradığını belirtmektedir. Eserin oluşturulmasında, adaletin hukuk düzeni içinde doğru veya doğruya yakın bir biçimde gerçekleşmesi için iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan davaların hukuki dayanakları ve pratikte nasıl çözümlendiği anlatılarak katkı sağlanması amaçlanmıştır. İlk baskı geliştirilerek, 6098 sayılı yeni Türk

Borçlar Yasası'nın, 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Yasası'nın ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Yasası'nın uygulanacağı dönem ile ilgili muhtemel uygulamalar yansıtılmaya çalışılmıştır.

Eserin iş kazası veya meslek hastalığından doğan maddi tazminat davalarına ilişkin ilk bölümünde; yetkili ve görevli mahkeme, davada önsorunlar, maddi tazminat davaları, ceza yargılamasında tazminat yaptırımı hükümleri, uzlaşma ve hukuki sonuçları ve Ceza Muhakemesi Yasası'nın uzlaşma ile ilgili hükümlerine yer verilmektedir. İş kazası veya meslek hastalığından doğan manevi tazminat davalarına ilişkin ikinci bölümde ise; sigortalının işgöremezlik nedeniyle manevi tazminat davası ile sigortalının ölümü veya ağır işgöremezliği halinde yakınlarının manevi tazminat davası ile ilgili hükümler ele alınmaktadır.



Av. Ergun İnce ve Dr. M. Ruhi Gökmoğol tarafından hazırlanan **“İş Sağlığı ve İş Güvenliğinin Hukuksal ve Örgütsel Boyutları”** adlı eser 2011 yılında yayımlanmıştır.

Eserde Türkiye'de çıkan yasa ve yönetmeliklerin iş sağlığı ve iş güvenliği konusunda çok yeterli olduğu, ancak gerek denetlemelerin yetersizliğinin gerekse de işverenler, işveren vekilleri ve işçilerin, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili ne yapmaları gerektiği konusunda bilgilendirilmelerinin eksikliğinin söz konusu yasa ve yönetmeliklerden gereği gibi yararlanılamamasına yol açtığı belirtilmiştir. Bu nedenle eserde, iş sağlığı ve güvenliğinin hukuksal boyutunun yanı sıra, işçi ve işverenlerin yasal çerçevede yapması gerekenlerle ilgili bilgilere yer verilmiştir.

Belirtilen sorunların azaltılmasına yardımcı olmayı amaçlayan, yasa ve yönetmelik hükümlerinin incelendiği rehber niteliğindeki bu eserde ilk olarak bireysel iş hukukundaki bazı temel kavramlarla iş sağlığı ve iş güvenliğinin çerçeve kurallarına yer verilmiştir. Sonraki bölümlerde sırasıyla; sağlık ve güvenlikle ilgili kişi ve kurumlar, işletmelerde iş sağlığı ve güvenliği yönetiminin örgütsel boyutu, işyerleri ve işletmelerde alınması gereken önlemler, iş sağlığı ve iş güvenliği eğitimi, denetim ve yaptırımlar, iş kazaları ve meslek hastalıkları, işverenin sorumluluğu ve tazminat davaları ele alınmıştır. Her ayırım sonuna güncel Yargıtay Kararları konmuş ve konuyla ilgili önemli kaynaklar belirtilmiştir.

Araş. Gör. Ayşe KÖME AKPULAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyetin Korunması

GİRİŞ

İyiniyet kavramı Türk Sosyal Güvenlik Hukuku'nu düzenleyen mevzuat hükümleri içerisinde açık olarak tanımlanmış değildir. Esas olarak özel hukuk alanında söz konusu olan iyiniyet kavramı, kamu hukukuna giren sosyal sigortalar hukukunda, doktrin görüşlerinde ve yargı kararlarında kendisine yer bulmaktadır.

Bu anlamda çalışma bakımından Türk Sosyal Güvenlik Hukuku'nda iyiniyetin korunduğu hallerin var olup olmadığı ve eğer iyiniyetin korunmasının uygulama alanına giren bir durum var ise bu korumanın ne şekilde sağlandığı konusu önem taşımaktadır.

Oldukça karmaşık olan ve sürekli bir değişim içinde bulunan sosyal güvenlik mevzuatında, sigortalıların sigortalılık durumu, sigorta yardımlarına hak kazanma nitelikleri Sosyal Güvenlik Kurumu'nun uygulamaları ile şekil-

lenmektedir. Kurumun bu uygulamalarında zaman zaman yanlışlıklar ve eksiklikler ortaya çıkmakta ve ilgililer bu hatalar sonucu, hak sahibi oldukları düşüncesi ile elde ettikleri kazanımları kaybetmektedirler. İşte bu anlamda iyiniyet ve dürüstlük kuralının uygulanması son derece etkili ve gerekli olmaktadır. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının etkileri bir başka çalışmanın konusu olduğu için, bu kuralların yansımaları bakımından geniş açıklamalara bu çalışmada yer verilmemiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde iyiniyetin korunması ilkesinin sosyal güvenlik hukukundaki anlamı üzerinde durulmuş ve mevzuat içinde açıkça ve özel olarak yer verilmeyen iyiniyet kavramının hangi araçlarla uygulama alanında kendisine yer bulduğu incelenmiştir. İkinci ve son bölümde ise iyiniyetin korunduğu durumlar değerlendirilerek konuya ilişkin yargı kararları incelenmiştir.

1. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA İYİNİYET İLKESİ VE GÖRÜNÜMÜ

A. GENEL OLARAK

1. Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyet İlkesinin Anlamı

İyiniyet, günlük dilde kişinin iç dünyasına ait bir kavram olmak özelliğini taşımakla birlikte, “herhangi bir kimse veya konuda hiçbir kötü düşünce beslememe, hüsnüniyet”¹ olarak tanımlanırken; Türk Medeni Kanunu², iyiniyet kenar başlıklı 3. maddesinde iyiniyete dair herhangi bir tanımlama yapmamıştır. Hiç kuşkusuz, maddede düzenlenen iyiniyet kavramı da kişinin iç dünyasına ilişkin bir bilgisizlik yahut bir inanca isabet eder³. Bu açıdan iyiniyet, bütünüyle olmasa da⁴, subjektif bir özellik taşır.

Bir hukuki sonucun doğması için belirli şartların gerçekleşmesi gerekiyorsa, bu şartlardan birinin ya da bir kaçının eksikliği o sonucun hukuk düzeni içinde var olmasına engel olur. Bununla birlikte, bu eksikliğin bilinmemesi ya da bilinmesinin gerekmemesi de hukuki sonucun doğmasına engel olan eksikliği ortadan kaldırmaz. Anılan bu genel kuralın yanında, günlük hayatın ve iş yaşamının güvenliğinin ve devamlılığının sağlanması⁵, kamu yararının gözetilmesi⁶, kişinin yarattığı bir görünüşün sonuçlarına katlanması gerekliliği⁷ gibi ihtiyaç ve düşüncelerle iyiniyete belirli hukuki sonuçların bağlanması zorunluluğu doğmuştur. Önemle belirtelim ki, yalnızca iyiniyetli olmak hukuki eksiklik ve sakatlıkların sonuçlarına karşı korunmak için yeterli değildir. Bunun yanında ayrıca bu korunmanın kanunda öngörülmesi olması ve kişinin belirli bir zamanda iyiniyetli olması gerekir⁸. İşte bu şartların varlığı halinde iyiniyet, “bir hakkın kazanılması için gerekli şartların bulunmamasına veya hakkın geçişini engelleyen hallerin bulunmasına karşın, o hakkın geçerli surette kazanılmasını”⁹ sağlama işlevini görmektedir. Bu işlev iyiniyetin sağladığı tam korumaya ilişkin bir işlevdir. İyiniyet kimi zaman da, hukuki sakatlığa bağlı sonuçları ortadan kaldırmamakta ancak bu sonuçları hafif-

letmektedir. Bu durum sorumluluğun azatılması, zararın tazminini isteme hakkı elde edilmesi gibi sonuçları ortaya çıkarmaktadır¹⁰.

Yukarıda kısaca özelliklerine ve işlevine yer verilen iyiniyet kavramı, hakların kazanılması ve buna bağlı sonuçların meydana gelmesinde etkili olan temel ve genel bir ilke halinde kaleme alındığı MK. m. 3 dışında, Medeni Kanun’un diğer bazı hükümlerinde, Borçlar Kanunu’nda¹¹, Türk Ticaret Kanunu’nda¹² ve İcra İflas Kanunu’nda¹³ yer alan çeşitli hükümlerde de düzenlenmiştir. Bu hükümlerin düzenlediği iyiniyet kavramı ve bunun etkisi, düzenlendiği hukuki ilişkiyle sınırlı bir şekilde karşımıza çıkmaktadır¹⁴. Esasen MK. m. 3 hükmünün öngördüğü sistem de budur. Buradan yola çıkarak söyleyebiliriz ki, kanun koyucu iyiniyetin her zaman ve her koşulda korunmasına yönelik bir amaç içinde değildir. Tam tersine iyiniyet özel ve istisnai durumlarda karşımıza çıkan bir kavramdır. Çalışmamız bakımından önem taşıyan hususlardan birisi de özel ve istisnai durumlara özgü olarak karşımıza çıkan iyiniyet kavramının, sosyal güvenlik hukuku bakımından taşıdığı anlam ve sahip olduğu görünümüdür.

Kamu otoritelerinin sosyal güvenlik sisteminin oluşması ve gelişmesinde etkin rol oynaması, sosyal güvenlik sistemini işleten kurumun bir kamu tüzel kişisi sıfatı taşıması, sigortalılık ilişkisinin yasa gereği kendiliğinden taraf iradelerine bağlı olmaksızın meydana gelmesi, sigortalı ile kurum arasında bir eşitlikten çok, astlık - üstlük ilişkisinin varlığı; sosyal güvenlik hukukunun, kamu hukukuna dâhil bir hukuk dalı olarak gelişmesini sonuçlamıştır¹⁵.

Bununla birlikte, sosyal güvenlik hukukunun bir sözleşme ilişkisi kurması, karşılıklılık esasına dayanması medeni hukuk ve borçlar hukukuna ait ilke ve kuralların sosyal sigorta hukukunda da sıklıkla uygulanmasına olanak tanır¹⁶. Özellikle iyiniyet kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, sosyal güvenlik hukuku kapsamında, doktrin görüşlerinde¹⁷ ve yargı kararlarında¹⁸ sıklıkla kendisine yer bulmaktadır.

İyiniyet kavramının tanımlandığı bir hukuki düzenlemeye Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık

Sigortası Kanunu'nda¹⁹ da yer verilmiş değildir. Hiç kuşkusuz, yukarıda iyiniyetin tanımı, kapsam ve özelliklerine ilişkin verilen bilgiler iyiniyetin sosyal güvenlik hukukundaki anlamı bakımından da söylenebilir. Kanımca sosyal güvenlik hukukunda iyiniyetin korunması; Sosyal Güvenlik Kurumu'nun²⁰ kendi işlemleri ile oluşturduğu görünüşün sonuçlarına katlanması, kamu kurumunun işlemlerine duyulan güven ilkesinin zedelenmemesi ve dolayısıyla kamu yararının gözetilmesi gibi amaçlara hizmet eder.

Çalışmamız sırasında görülmüştür ki, sosyal güvenlik hukuku anlamında kimi zaman, objektif iyiniyet olarak da adlandırılan dürüstlük kuralı ile iyiniyet kavramı iç içe geçmiş, bunlar birbirinin yerine kullanılmış ve incelenmiş; bazen de, uyuşmazlık konusunda açık ve kesin nitelikte bir hukuki düzenleme olmamasına rağmen yargı kararlarında iyiniyeti koruyan sonuçlara ulaşılmıştır²¹. Bu nedenle aşağıda öncelikle sosyal güvenlik hukuku alanında dürüstlük kuralı ve iyiniyet arasındaki ilişki incelenecek, ardından iyiniyet kurallarının yorum ve kıyas yolu ile genişletilip genişletilemeyeceği sorusu üzerinde durulacaktır.

2. Dürüstlük Kuralı ile Arasındaki İlişki Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyet İlkesinin Görünümü

Medeni Kanun'un 2. maddesinde hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına uygun davranılması gerektiği belirtilmiş, ardından da bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı ifade edilmiştir. Hukuk düzeninin; hakların kapsamını, kullanım şeklini ve şartlarını, ilgili hak bakımından özel olarak düzenlemiş olmasına rağmen, bu haklar bakımından gerçekleşecek hayat olaylarının tümünün önceden öngörülmesinin imkânsız olması, hakların kullanılması bakımından genel bir kural koyulması zorunluluğunu doğurmuştur²². Bu anlamda dürüstlük kuralı kendisine kanunla gönderme yapılmış genel bir kuraldır²³.

Dürüstlük kuralı kişilerin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken hatta daha

genel bir ifadeyle taraf oldukları hukuki ilişkilerinde; dürüst, namuslu, ahlâklı, diğer kişilerde yarattığı güvenle tutarlı şekilde davranan, makûl ve yaptığı eylemin sonuçlarını bilen orta zekâlı bir kimsenin, benzer olaylardaki davranışı gibi davranmalarını amaçlamaktadır²⁴. Buna göre dürüstlük kuralına uygun bu davranışın belirlenmesinde, toplumda geçerli olan genel ahlâk kuralları, davranışın konusunu oluşturdukları hukuki ilişkilerin anlam ve amaçları, dönemin âdet ve uygulamaları dikkate alınacaktır²⁵. Böylece dürüstlük kuralı, kişilerin yukarıda sayılan nitelikteki davranışları sonucu meydana gelen ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, herkesçe benimsenen kuralların bütünü olmak özelliğine sahiptir²⁶.

Bu anlamda dürüstlük kuralı, MK. m.3'te düzenlenen iyiniyet kuralından farklıdır. Esasen zaman zaman her iki kavram için de "iyiniyet" ifadesinin kullanıldığını görmek mümkündür. Ancak bu durum, Eski Medeni Kanun'da hem dürüstlük kuralına ilişkin 2. maddenin hem de iyiniyete ilişkin 3. maddenin "hüsnüniyet" ifadesine sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle iki madde arasındaki farkı belirtmek için 2. maddedeki hüsnüniyete "objektif hüsnüniyet"; 3. maddedeki hüsnüniyete de "subjektif hüsnüniyet" denilmiştir. Bu çerçevede, bu adlandırma sırasında da objektif hüsnüniyet, hukuki işlemlerde dürüst davranmayı; subjektif hüsnüniyet bir hukuki etkinin meydana gelmesinde buna ait bir engeli bilmemeyi ve bilebilecek durumda olmamayı ifade etmektedir²⁷. Ancak bu ortak isimlendirme zaman zaman sosyal güvenlik hukuku alanında verilen yargı kararlarında, dürüstlük kuralı ile iyiniyet kavramının birbiri yerine kullanılmasına yol açmıştır²⁸.

Yukarıda yer verildiği gibi²⁹ iyiniyet ancak kanunun iyiniyete bir sonuç bağladığı durumlarda uygulama alanı bulacak olan özel ve istisnai bir kuralken, dürüstlük kuralı her türlü hukuki ilişkiye doğrudan uygulanabilen bir genel kural niteliğindedir. Yine iyiniyet, kişinin iç dünyasına ilişkin bir kavram olduğu için, kişinin subjektif durumunun değerlendirilmesini gerekli kılar³⁰. Buna karşılık dürüstlük kuralı belirli bir davranışı gerektiren ve kişinin dışın-

da oluşmuş çeşitli kurallar bütününe kapsadığından yapılacak değerlendirme objektif bir değerlendirme olacaktır³¹.

Öte yandan bir kimse, hukuka aykırı hareket etme bilinci taşımasa bile yani iyiniyetli olsa bile; dürüstlük kuralının bir görünümü olarak hakkın kötüye kullanılmaması ilkesine aykırı davranıyor olabilir. Ya da bütünüyle dürüstlük kuralına uygun hareket etse bile o hakkın kazanılması bakımından kötünüyetli kabul edilebilir³². Gerçekten iyiniyet hukuki sonucun doğması için aranan koşullardan birinin eksikliği halinde var olması gereken, bir başka deyişle adeta koşulların bir parçasıyken, dürüstlük kuralı kişinin ona uygun davranmasını gerektiren genel bir ilke niteliğindedir. Bu nedenle kimi zaman hukuki ilişkinin diğer şartlarının bir parçası olan iyiniyetin eksikliğine rağmen, dürüstlük kuralına uygun davranıldığı kabul edilmesi mümkün olabilir.

leri uzun süre tahsil edip kullanan Kurumun sigortalılığı iptal edip edimleri geri istemesini içeren bu davranışının dürüstlük kuralına uygun olmadığını ifade etmiştir. Yerel mahkeme talebi kabul etse de Yargıtay yerel mahkeme ile aynı görüşü paylaşmamış, ortak müdür ile şirket arasında hizmet sözleşmesinin değil vekâlet sözleşmesinin bulunduğunu ve ödenen primlerin ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilebileceğini belirterek, ilgililerin yapılan sağlık harcamaları nedeniyle Kuruma borçlu olduklarına hükmetmiştir³⁴.

Yargıtay konuyla ilgili olarak vermiş olduğu bir diğer kararında ise, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.” kuralını sosyal güvenlik hukukunda uygulamamıştır. Yüksek Mahkeme, Kurumun, (Bağ-Kur Kanunu’nun 24. ve 25. maddelerine göre sigortalı sayılmayacağı açık olmasına rağmen) sigortalı olarak tescil ettiği kişinin yaşlılık aylığı talebinde bulunduğu za-

İyiniyetin korunması bakımından yorumu yapılan kanun hükmünün lafzında ve/veya amacında bu korumayı sağlamanın yer alıp almadığına bakmak gerekir.

Doktrinde, sosyal güvenlik hukuku bakımından sigortalının iyiniyetli olmamasının, onun dürüstlük kuralından da yararlandırılmaması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir. Örneğin, hiç çalışmadığı halde kendisini Kuruma tescil ettiren ya da çalışma ilişkisi bitmesine rağmen bunu bilerek düzenli olarak primlerini ödemeye devam eden kimsenin sigortalılığı iptal edilebilir³³. Konuya ilişkin olarak bir Yargıtay kararında, bir şirketin kurucu ortağı ve müdürü olan kişi için şirket tüzel kişiliği, SSK’ya prim ödemiş ve bu sürede ortak müdür sağlık yardımlarından da yararlanmış. Daha sonra Kurum, çalışma ilişkisinin vekâlet sözleşmesine dayandığını belirleyip, ortak müdürün sigortalılığını iptal ederek hastalık sigortasından sunmuş olduğu edimlerin bedelini istemiştir. Şirket tüzel kişisi ve ortak müdür de bir başka dava ile yanlış ve yersiz olarak ödenmiş olan primlerinin iadesini isteyerek, ödedikleri prim-

man sigortalılığını iptal ederek yaşlılık aylılığı bağlamaması nedeniyle açılmış olan davada; Kurumun yıllarca kişiden primleri tahsil edip nemalarından yararlanmasından, kendi tescil işlemine dayanarak kişide oluşturduğu güven- den bahsederek, ilgilinin sigortalı sayılması ve kendisine yaşlılık aylığı bağlanması gerektiğine hükmetmiştir³⁵. Yargıtay burada Kurumun dürüst davranmadığını ve hakkını kötüye kullandığını ifade etmiş, sigortalının yasaya aykırı olan bu tescil işlemini açıkça bilecek konumda olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Yukarıdaki örnek bakımından eğer kanun hükmünü bilmemenin mazeret sayılmadığı kabul edilse idi, ilgiliden, kanuna göre kendisinin sigortalı olmayacağını bilmesi ve dolayısıyla kendisini Kuruma tescil ettirmemesi ya da yapılan tescil işlemine itiraz etmesi beklenecekti. Buna rağmen tescil edilip primlerini ödese bile bu durumun tespiti ile birlikte ilgilinin sigorta

ilişkinin sona ermesi gerekecekti. Oysa oldukça karmaşık olan sosyal güvenlik mevzuatında, bireylerden bu mevzuatı bilmelerini beklemek isabetli olmayacaktır. Bununla birlikte kanuna aykırı tescil işlemini bilebilecek durumda olan ve buna rağmen bu duruma göz yuman kimse- nin de kötü niyetli sayılacağı şüphesizdir³⁶.

B. İYİNİYETİN KORUNDUĞU DURUMLARIN YORUM VEYA KIYAS YOLU İLE GENİŞLETİLMESİ MESELESİ

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda, iyiniyet kavramının tanımlandığı, açıkça yer verildiği bir hukuki düzenlemenin bulunmaması ancak bu kavramın doktrin görüşlerinde ve yargı kararlarında kendisine yer bulması nedeniyle, iyiniyetin korunduğu durumların yorum ya da kıyas yolu ile genişletilip genişletilemeyeceği sorusu üzerinde durmak gerekir.

Öncelikle iyiniyetin korunduğu durumların çerçevesinin belirlenmesinde yorum yoluna başvurmak için o konuya ilişkin olarak düzenlenmiş bir kanun hükmünün bulunması gerekir. Zira yorum, bir kanun hükmünün gerçek anlamının ve hukuki kapsamının ne olduğunun araştırılıp tespit edilmesidir³⁷. Böylece iyiniyetin korunması bakımından da yorumu yapılan kanun hükmünün lafzında ve/veya amacında bu korumayı sağlamanın yer alıp almadığına bakmak gerekir³⁸. Eğer korumayı sağlama amacının varlığı sonucuna ulaşırsa hukuki ilişki bakımından iyiniyetin korunması gerekecektir.

Bu noktada çalışmamız bakımından değerlendirilmesi gereken hüküm; 5510 sayılı Kanun'un Kurumca ilgililere fazla ve yersiz yapıldığı tespit edilen ödemeler bakımından bu ödemelerin, ilgililerin kasıtlı, kusurlu davranışlarından doğması ve Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanması ihtimallerinde iade yükümlülüğünün kapsamını ve süresini düzenleyen "Yersiz ödemelerin geri alınması" kenar başlıklı 96. maddesidir. Maddede, ilgililerin kasıtlı ve kusurlu davranışlarından bahsedilmiş (m.96/I a bendi), bu maddeye dayanılarak çıkarılan yö-

netmelikte de³⁹ bu kasıt ve kusura örnek olarak; sahte bilgi ve belgelerle sağlık hizmetleri ve diğer haklardan yararlanılması, yardımların, gelir ve aylıkların kesilmesi gerektiği halde kesilmeye yol açacak durumun gizlenmesi belirtilmiştir (m.5).

96. maddenin devamında, Kurumun hatalı işlemlerine yer verilmiş (m. 96/I b bendi) ve yine yönetmelikte, Kurum çalışanlarının kasıtlı, kusurlu davranışı, ihmali, dikkatsizlik ve bilgisizliği Kurumun hatalı işlemlerine örnek olarak sayılmıştır (m.6). Bu hüküm bakımından doktrinde, hükmün yorumlanması yoluyla, Kurumun hatalı işlemi sonucu sigorta yardımlarını iyiniyetli bir şekilde alan ilgililerden bunları geri almanın isabetli olmayacağı ifade edilmiştir⁴⁰. Kanımca da tıpkı sigortalının (veya hak sahiplerinin) kasıtlı ve kusurlu davranışı halinde yapılan yardım ve ödemelerin geri alınması ihtimalini düzenleyen (a) bendi gibi, Kurumca fazla ve yersiz yapılan ödemeler bakımından, yanlış ve yersiz ödeme Kurumun hatasından kaynaklanıyor ve sigortalının Kurumu yanılttığı ve yersiz ödemeyi bilmesi veya bilebilecek durumda olması durumu ispatlanabiliyorsa Kurum sigortalıdan bu ödemeleri geri almalıdır. Aksi takdirde yardım ve ödemeleri iyiniyetle alan sigortalıdan bunları geri almak mümkün olmamalıdır. Maddenin yorumu da buna imkân tanımaktadır.

Konuya aşağıda ayrıntılı olarak yer verileceğinden⁴¹ şimdilik, 96. maddenin yorumu yolu ile sigortalı ve hak sahiplerinin iyiniyetinin, kanunun lafzında ve amacında korunduğunu söylemekle yetinmek uygun bulunmuştur.

İncelenmesi gereken bir diğer nokta da iyiniyetin korunmasının kıyas yolu ile genişletilmesi meselesidir. Yukarıda bir çok kez belirtildiği gibi iyiniyet özel ve istisnai durumlarda ortaya çıkan bir koruma sağlar. Bu nedenledir ki iyiniyeti koruyan hükümlerin etki alanının kıyas yolu ile genişletilebileceğini doğrudan ve tereddütsüz söylemek mümkün değildir⁴².

Her ne kadar yeni hukuk metodolojisinde istisnai niteliğe sahip olan hükümlerin kıyasa uzak olduğu fikrinin, bazı durumlarda aşıldığı haklı olarak belirtilse de⁴³ kamu hukukuna dâhil olan sosyal güvenlik hukuku bakımından

esasen çoğu kez yapılan iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile genişletilmesi değil, MK. m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasıdır.

II. SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA İYİNİYETİN KORUNDUĞU HALLERE GENEL BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

Özel ve istisnai durumları kapsayan iyiniyet kavramının, hukuki ilişki bakımından tanımlandığı, açıkça ve özellikle korunduğu bir hukuki düzenlemeye Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda yer verilmemiştir. Ancak yine de kanun maddelerinin yorumu ile iyiniyetin korunmasının gündeme geldiği alanlar söz konusudur. Konuya ilişkin incelenmesi gereken düzenlemeler; yanlış veya yersiz alındığı tespit edilen primler bakımından bu primlerin hak sahiplerine iade edilmesi ve bunun devamı olarak Kurum tarafından yapılan ödemelerden ve yardımlardan yararlanma şartının yitirilmesi halinde bunun sonuçlarını düzenleyen 89. maddenin III ve IV. fıkraları ile Kurum tarafından yanlış ve yersiz olarak yapılan masrafların ilgililerden geri alınmasını düzenleyen 96. maddedeki hükümdür.

Görüldüğü gibi 89. maddede Kurumun sigortalılardan (veya diğer ilgililerden) yanlış ve yersiz almış olduğu primlerden bahsedilirken, 96. maddede Kurumun sigortalılara (veya diğer ilgililere) yersiz ve yanlış olarak sağlamış olduğu yardım ve ödemelerden söz edilmiştir. Her iki durumda da bu yanlışlık, sigortalıların kasıtlı veya kusurlu bir davranışı nedeniyle olabileceği gibi onların bir kastı ya da kusuru olmaksızın Kurum hatasına dayanabilir.

B. YERSİZ ÖDENEN PRİMLERİN İADESİ BAKIMINDAN İYİNİYETİN KORUNMASI

Primlerin yanlış veya yersiz ödenmesi, işverenin, sigortalının ya da Kurumun eylemi ile

ortaya çıkabilir. Böyle bir ödeme yanlış ya da kasten yapılmış olabilir⁴⁴. Konunun düzenlendiği 89. madde hükmü gereğince, yanlış veya yersiz alındığı tespit edilen bu primler alındığı tarihten on yıl geçmemiş ise hisseleri oranında ilgililerine (işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara veya genel sağlık sigortalısına veya hak sahiplerine) kanuni faizi ile geri verilecektir (f.3).

Esasen Kurum bakımından sebepsiz zenginleşmenin bir görünümü olan⁴⁵, sigortalı ya da diğer ilgililer tarafından yersiz ödenen primlerin iadesinde ve bu iadeye bağlı sonuçlar bakımından iyiniyetin korunup korunmadığının değerlendirilmesi önem taşımaktadır. 5510 sayılı Kanun'un 89. maddesinde Kurumun haksız olarak aldığı primleri kanuni faizi ile birlikte hak sahiplerine geri vermesi düzenlenirken "haksız yahut ahlâka (adaba) mugayir bir maksat istihsalı için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur." hükmü (BK. m.65) esas alınmaktadır.

Madde hükmünde BK. m. 65'in saklı tutulmasının anlamı her halde, gerçek bir çalışması olmadığı halde kâğıt üstünde sigortalı olduğu tespit edilen kişi için ödenen primlerin geri alınmamasıdır⁴⁶. Böylece sadece haksız yahut ahlâka aykırı olarak ödenmiş primler geri verilmeyecek; tarafların hataları ile ödenen primler ise iade edilecektir. Doktrinde BK. m. 65 uyarınca hukuka ve ahlâka aykırı bir amacın sağlanması için, ilgili şeyi veren kimsenin yapılan bu edanın hukuka ve ahlâka aykırı olduğunu bilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁷. Dolayısıyla sigortalı olması mümkün değilken bunu bildiği halde, hiç çalışmayan, sigorta kapsamına girecek bir çalışması olmayan kimse buna rağmen kendisini veya hak sahiplerini sigorta korumasından yararlandırmak için primlerini ödemişse artık ödediği bu primleri hiçbir şekilde geri isteyemeyecektir.

Her ne kadar Kurum bakımından bir sebepsiz zenginleşme var olsa da, Kurumun iyiniyetli sebepsiz zenginleşen olmayacağı açıktır. Zira Kurumun konu üzerindeki hakimiyeti, görev kapsamının değerlendirilmesi; Kurumun hiçbir zaman prim alacaklısı olmadığını bilmemesi ve bilmesi gerekmemesi şartını sağlamasını sonuçlamayacaktır.

Primlerin iadesinde sigortalının haksız bir amaç taşıyıp taşıyamaması ayrımı yapılırken, Kurumun sağladığı edimlerin iadesinde bu ayrımın yapılmaması hiç kuşkusuz bir çelişki oluşturmaktadır.

89. maddede karşımıza çıkan bir diğer husus da, Kurumun sigortalıdan yanlış ve yersiz olarak aldığı primleri iade etmesi sonucu; eğer sigortalının çeşitli yardım ve ödemeler bakımından hak sahipliği sona erecekse ve o güne kadar bu yanlış ve yersiz primlere dayanarak Kurumdan bazı edimler elde etmişse, bu edimlerin iadesi sorunu bakımından benimsenen sonuçtur (f. IV). Kanun koyucu burada primleri yersiz olarak ödeyen sigortalının bunları bilerek veya bilmeyerek ödemiş olması bakımından bir ayırım yapmadan, yersiz ödemelerin geri alınmasını düzenleyen 96. madde hükümüne atıf yapmakla yetinmiştir. 96. madde de Kurum tarafından sağlanan edimlerin iadesi konusunda sigortalının iyiniyetli ya da kötünüyetli olması bakımından bir ayırım yapmayarak edimlerin iadesine hükmetmiştir. Oysa prim borçlusu olduğunu düşünerek yıllarca primini ödeyen sigortalının bu primlerinin kendisine iade edilmesi sonucu hak sahipliğini yitirmesi durumunda Kurumdan almış olduğu edimleri iade etmesini beklemek uygun görünmemektedir. Bu nedenle sigortalıların almış oldukları aylık, gelir ve ödenekler ile sağlık giderlerinin geri istenebilmesi onların kötü niyetli olmalarına bağlı olup eğer sebepsiz zenginleşenin iadesinin yükümlülüğünü düzenleyen BK m. 63'te öngörülen koşullar oluşmuşsa ve bu anlamda sigortalı iyiniyetli ise Kurum yersiz ödediğini iddia ettiği ödemeleri geri isteyememelidir⁴⁸.

Kurumca yersiz alınan primler bakımından primlerin yanlışlıkla veya haksız bir amaç için ödenmesi ayrımı yapılırken, Kurumun bu primlere dayanarak sigortalılara sağlamış olduğu edimler bakımından ise her hangi bir ayırım yapılmamıştır. Primler gerek haksız bir amaç için ödensin, gerekse hata sonucu ödensin eğer primlerin iadesi sonucu Kurumun sağladığı yar-

dımlar yersiz hale geliyorsa hâlihazırda sunulan edimler durdurulacak ve Kurum önceden yaptığı ödemeleri geri alacaktır. Primlerin iadesinde sigortalının haksız bir amaç taşıyıp taşıyamaması ayrımı yapılırken, Kurumun sağladığı edimlerin iadesinde bu ayrımın yapılmaması hiç kuşkusuz bir çelişki oluşturmaktadır⁴⁹. Kaldı ki, 5110 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda⁵⁰ yanlış ve yersiz olarak alınan primlerin her durumda ilgililere iade edileceği düzenlenmiş ve primlerin iade edilmesi ile hak kazanma şartları ortadan kalkarsa sadece o anda devam eden edimlerin durdurulacağı, önceden sunulan edimlerin geri alınmayacağı öngörülmüştü (m. 84).

C. KURUM TARAFINDAN YERSİZ YAPILAN ÖDEMELER BAKIMINDAN İYİNİYETİN KORUNMASI

1. Kurum Tarafından Yersiz Yapılan Ödemeler Kavramı

5510 sayılı Kanun'un 96. maddesinde, Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemelerin ilgililerden geri alınacağı düzenlenmiştir. Bu maddenin amacı, Kurum tarafından kanuna aykırı olarak yapılan ödemelerin geri alınması ve ilgililerin Kurum aleyhine sebepsiz zenginleşmelerine engel olunmasıdır⁵¹.

Kurum tarafından yapılan ödemelerin yersiz hale gelmesi çeşitli ihtimallerle ortaya çıkabilir. Bunlardan biri yukarıda yer verilen⁵² ilgililerin yanlış ve yersiz olarak ödemiş oldukları primlerin Kurum bakımından sebepsiz zenginleşme oluşturması nedeniyle iade edilmesi halinde (m.89/III), iade sonucu ilgililerin hak kazanma şartlarını yitirmesi durumudur. Örneğin, yaşlılık aylığına hak kazanmak için gerekli olan prim ödeme gün sayısını tamamlayan bir kimsenin ödemiş olduğu primlerin tamamının veya bir kısmının yanlış ve yersiz olduğu anla-

Haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen kimse iyiniyetli ise, bu kişi geri isteme zamanındaki zenginleşme oranında iadeyle yükümlü olacaktır.

şılsa ve bu primler iade edilince kişi için aranan prim ödeme gün sayısı şartı gerçekleşmezse bu halde yaşlılık sigortasından sağlanan yardımlar yersiz hale gelmiş olacaktır. Bunların iadesi de 96. madde hükmüne göre sağlanacaktır.

Kurumun edimlerinin yersiz olarak sağlanmasını sonuçlayan bir diğer ihtimal de ilgililerin kasıtlı veya kusurlu davranışlarının bu ödemelere neden olmasıdır. Bu ihtimalde, hatalı işlemin tespit edildiği tarihten geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler kanuni faizi ile birlikte ilgililerden geri alınacaktır. Kurum tarafından sağlanan edimlerin geri alınabilmesi için ilgililerin, “Kuruma verilen belgelerde gerçeğe aykırı bildirimde bulunması”, “kanunda öngörülen şartlar yerine getirilmediği halde sahte bilgi ve belgelerle sağlık hizmetlerinden diğer haklardan yararlanması ve bu nedenle aylık bağlatması”, “sahte hizmet kazandırmak suretiyle kurum edimlerinden yararlanması”, “boşanma nedeniyle gelir ve aylık bağlandıktan sonra boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşaması”, “gelir ve aylıkların kesilmesi gerektiği halde durumu gizlemesi”, “hak sahipliği bittiği halde tahsilât yapması” gibi davranışları gerçekleştirmesi gerekir⁵³.

Kurum tarafından fazla ve yersiz yapılan ödemeler bakımından nihayet son ihtimal, ödemelerin Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmasıdır. Bu halde de, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemelerin geri alınacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi bu durum ilgililerin kasıtlı ve kusurlu davranışlarının dışında kalan sebepleri oluşturmaktadır. Kanun burada geri alınacak Kurum edimlerini, ilgililerin kasit ve kusurları nedeniyle gerçekleşen yersiz edimlerden farklı olarak son beş yıl içinde sunulan edimlerle sınırlamıştır.

2. Yersiz Yapılan Ödemeler Bakımından İyiniyetin Korunması

İlgililerin iyiniyetinin korunmasının gerektiği nokta yukarıda yer verdiğimiz son ihtimal yani Kurum hatası ile yersiz ve fazla sağlanan edimlerin iadesidir. Herhangi bir kastı ya da kusuru olmayan sigortalıya yapılan ödemelerin, ondan geri istenebilmesi için, sigortalının kötü niyetli olması, başka bir ifadeyle onun yersiz ödemeyi bilmesi ve bilebilecek durumda olması gerekir. Zira açıkça yersiz ödemeyi almak hususunda kastı ve kusuru olan kimsenin iyiniyetinden bahsedilemeyecektir. Örneğin sigortalının ölümünden sonraki dönemde onun ölümünü Kuruma ya da ilgili bankaya bildirmeyip onun ölümünden sonra sigortalının hak etmediği yaşlılık aylığını çeken kişinin iyiniyetli olduğundan söz etmek mümkün değildir⁵⁴. Oysa her hangi bir kastı ya da kusuru yokken Kurum çalışanlarının hatası, dikkatsizliği veya bilgisizliği nedeni ile kendisini sigortalı olmak bakımından hak sahibi sanan kimsenin aldığı edimlerin kanuni faizi ile ondan geri alınabilmesi haklı görülmemektedir⁵⁵.

Kurumun sağladığı edimlerin yersiz olduğunun tespit edilmesi halinde bunların ilgililerinden geri alınması meselesi sebepsiz zenginleşme hükümlerinin bir uygulama alanıdır. Bilindiği gibi, Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara ilişkin hükümleri, bu hükümlere açıkça atıfta bulunulsun ya da bulunulmasın, ayrıca düzenlenmediği durumlarda, özel hukuk alanındaki sebepsiz zenginleşmelere uygulanacaktır⁵⁶. Kurum ile ilgililer arasındaki yersiz ödemelerin iadesi konusunda da 6183 sayılı Kanun'a⁵⁷ değil, genel hükümlere atıf yapıldığından burada hiç kuşkusuz özel hukuk hükümleri etkili olacaktır⁵⁸.

Kurumca yersiz yapılan ödemeler bakımından sebepsiz zenginleşme, sigortalının yersiz olarak aldığı gelir ve aylıklar sayesinde mal varlığındaki bir artış olabileceği gibi (müsbet zenginleşme); onun, Kurumun sunduğu sağlık hizmetlerinden yararlanması sonucu, malvarlığının azalmasını önlemiş olması (menfi zenginleşme) şeklinde de olabilir. Tüm bu edimlerin hukuki sebebinin yani sigortalının edimlere hak kazanmak için kanunlarda aranan nitelik-

İyiniyetin korunabilmesi için iyiniyeti aranan kimsenin belirli bir zamanda iyiniyetli olması gerekir.

leri gerçekleştirmiş olması şartının yokluğu da sebepsiz zenginleşmenin diğer unsurunu sağlamaktadır. Nihayet Kurumun yersiz veya fazla ödeme yapması Kurum bütçesi bakımından bir azalma yaratırken bu azalma ilgililere yapılan fazla veya yersiz ödeme nedeniyle gerçekleşmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 61-66. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerinde yer verildiği üzere⁵⁹, iade borcunun kapsamı zenginleşenin iyiniyetli veya kötü niyetli olmasına göre değişecektir. Buna göre haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen kimse iyiniyetli ise, bu kişi geri isteme zamanındaki zenginleşme oranında iadeyle yükümlü olacaktır. Buna karşın zenginleşen kimse kötü niyetli ise; zenginleşme miktarını geri verebileceğini biliyor ise, iade borcu zenginleşmenin tamamını karşılayacaktır (BK. m.63). Bu anlamda, Kurum edimlerinden fazla veya yersiz olarak yararlanan kimse, bu yararlanmasının haklı bir sebebe dayanmadığını biliyorsa ve gerekli dikkat ve özeni gösterdiği halde bilecek durumda ise⁶⁰ kötü niyetli sayılmalıdır.

Durum böyleyken ilk bakışta; sigortalılık hükümlerinin, hak kazanılacak yardım, gelir ve ödeneklerin neler olduğu ve hangi koşullarla bunlar bakımından hak sahipliğinin doğacağı hususlarının kanunlarla belirtildiği bir sistemde, ilgilinin bu kanun hükümlerini bilmemesi ve bilebilecek durumda olmamasının kabul edilemez olduğu düşünülebilir. Ancak sosyal güvenlik hukuku bakımından sınırı bu şekilde çizmek adaletli görülmemektedir. Oldukça karmaşık olan, konunun uzmanlarının bile hata yapabileceği bir mevzuat sisteminde onların bu hataları nedeni ile kendisine sunulan edimlere hak kazandığını düşünen kimsenin aldığı edimlerin, üstelik kanuni faizi ile ondan geri alınması isabetli olmayacaktır. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı kuralından yer yer uzaklaştığını yukarıda belirtmiştik⁶¹.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı son derece önemlidir. Karara konu olan olaya göre, sigortalı Kuruma yaptığı başvuru ile emekliliğe hak kazanıp kazanmadığını sormuş, bu dilekçesinden iki ay sonra sunduğu bir dilekçede de kendi ismiyle aynı isme sahip kişiye ait görünen Bağ-Kur sigortalılık süresinin kendisine ait olmadığını ifade etmiş ve hizmetlerinin buna göre belirlenmesi talebini yinelemiştir. Kurum ise cevabi yazısında, sigortalının yaşlılık aylığına hak kazandığını, eğer işten ayrılıp yazılı olarak Kuruma başvurursa kendisine yaşlılık aylığı bağlanabileceğini ifade etmiştir. Sigortalı da Kurumun bu çağrısına uyarak 15.02.2006 tarihinde emekli olmuştur. Ancak daha sonra Kurum, aylık bağlanan bu sigortalıya, kendisi ile aynı isme sahip başka bir sigortalının hizmetlerinin mâl edildiğini belirlemiş ve yaşlılık aylığının iptali sonucu 15.02.2006 - 14.04.2007 tarihleri arasındaki dönemde yersiz olarak ödenen miktarın iadesini istemiştir.

10. Daire vermiş olduğu kararında; Kurumun başlıca görevi olan sigortalılık bilgilerini düzenli kayda geçirme ve bunları yürütmek yükümlülüğüne aykırı davrandığını, ayrı kişilere ait sigortalılık sürelerini aynı sicil numarası ile değerlendirdiğini, konu hakkında sigortalıyı bilgilendirip, onun bilgisine başvurma gereğini yerine getirmediğini belirtip, oluşan yanlış işlemlerin sigortalı tarafından fark edilmesini beklemenin kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "uzman kuruluşa rağmen sigortalının hataları bilecek durumda olduğunu kabul etmek, hakkaniyete uygun bir yaklaşım olmayacaktır. Tüm bunlar sonucu sigortalının BK. m.63 uyarınca iyiniyetle sebepsiz zenginleşen kişi konumunda değerlendirilmesi ve iade borcunun bu şekilde belirlenmesi" gerekir. Ayrıca Yargıtay günümüz ekonomik koşullarına göre, sigortalının kendisine ödenen yaşlılık aylıklarını tüketerek elden çıkarmak zorunda kalan, günü gününe ve kıtı kıtına geçinen kimselerden olduğunu kabul ederek, özel bir durum tespit edilmedikçe bir iade yükümlülüğünün doğmayacağı sonucuna varmıştır⁶².

Görüldüğü gibi Yargıtay burada Kurum ha-

tası ile kendisine yersiz ve fazla ödeme yapılan ilgililerin iyiniyetli olması halinde iade borcunu oldukça sınırlamakta,⁶³ bu anlamda sigortalının Kurum hatalarını bilebilecek durumda olduğunu kabul etmekten uzaklaşarak, iyiniyetin etkisini önemli ölçüde hissettirmektedir. Kanımca Yüksek Mahkeme'nin verdiği bu karar amaca uygun, yerinde bir karardır.

MK. m. 3 hükmü uyarınca iyiniyetin sağladığı korumadan menfaati olanlar karine olarak iyiniyetli sayılacağından, Kurumun karine olarak iyiniyetli kabul edilen sigortalının iyiniyetli olmadığını yani ilgilinin sigortalı olmak ya da sigorta yardımlarından yararlanmak bakımından hak sahibi olmadığını bildiğini veya hâlin gerekli gösterdiği özeni gösterseydi bilecek durumda olduğunu ispatlaması gerekir⁶⁴. Elbette bu durum her somut olaya göre dürüstlük kuralı da göz önünde tutularak hâkim tarafından tespit edilecektir.

İyiniyetin korunabilmesi için iyiniyeti aranan kimsenin belirli bir zamanda iyiniyetli olması gerekir. MK. m.3'te iyiniyetin ne zaman ve ne kadar süre ile korunacağı belirtilmediğinden; iyiniyeti koruyan özel kanun hükmüne ve somut olaya göre yapılacak bir değerlendirme ile iyiniyetin aranacağı zaman tespit edilebilir. İyiniyet kimi zaman belirli bir anda aranırken, kimi zaman kişinin belirli bir süre iyiniyetli olması gerekir. Kurum yardımlarını hak sahibi olmadığı halde alan kimse, yardımı aldığı sırada iyiniyetli ise, iyiniyet korumasından yararlanacak bir başka deyişle iyiniyetli sebepsiz zenginleşen olacaktır. Ancak bu durum tek başına yeterli değildir. Sigortalının, sebepsiz zenginleşmede iade borcu bakımından bu yardımları elinden çıkardığı anda da iyiniyetli olması gerekecektir⁶⁵.

Kurumca yersiz alınan primlerin iade edilmesi halinde, iade sonucu sigortalının hak kazanma şartlarını yitirmesi durumunda (m.89/III) ise kanımca, sigortalının primlerini ödediği tüm süreçte ve Kurum yardımlarını aldığı dönemde iyiniyetli olması gerekecektir. Zira primlerini öderken iyiniyetli olmayan kimsenin sonradan yardımları aldığı anda iyiniyetli olması beklenemez.

SONUÇ

Türk Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatında iyiniyet kavramına açıkça yer verilmemiş olması, bu kavramın sosyal güvenlik hukukuna tamamen uzak olması sonucunu doğurmamaktadır. Kimi zaman kanun hükmünün amacının ve anlamının yorumlanması ile o hükmün, iyiniyetin korunmasının uygulama alanı içinde yer aldığı sonucuna ulaşılabilir.

Kamu hukuku karakterli sosyal güvenlik hukukunda, zaman zaman Kurumun tek taraflı uygulamaları ile sigortalıların güven ilişkisi içinde devam ettirdikleri sigortalılık statüsünde çeşitli olumsuz sonuçlar doğabilmektedir. Bu sonuçların en önemlilerinden biri, yıllarca sigorta statülerinin herhangi birinden sigortalı olduğu düşüncesi ile Kuruma primlerini ödeyen kimsenin, süreç sonunda mevzuat hükümleri gereği esasen sigorta korumasından yararlanmayacağına anlaşılması ve ödediği primlerinin iadesiyle birlikte Kurum ile ilişkisinin kesilmesidir. Bu sonucun yarattığı rahatsızlık özellikle yargı kararlarında; dürüstlük kuralı ve iyiniyetin korunması ilkesinden yararlanılarak aşılmaya çalışılmaktadır. Elbette bir hükmün iyiniyetin korunmasının uygulama alanına girmesi için, o hükmün iyiniyeti koruyucu bir anlama sahip olması gerekir. Bu nedenle hükümde iyiniyetin korunması bakımından bir açıklık olmasa da kimi zaman dürüstlük kuralı yerine kullanılarak kimi zaman da hükmün yorumlanması yoluyla iyiniyetin korunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kuşkusuz aslen genel kural niteliğinde olan dürüstlük kuralının egemen olması gerektiği yerde özel ve istisnai karakterli olan iyiniyetin korunması ilkesinden – o hüküm bakımından düzenlenmemiş olmasına rağmen- bahsetmek isabetli bir yöntem değildir. Ancak kanun hükmünün yorumu iyiniyetin korunmasını gerektiriyorsa burada ilgililerin iyiniyetinin korunması gerekecektir.

Kurum ile sigortalılar arasında süre gelen ilişki içerisinde doğabilecek olumsuz sonuçlardan biri de Kurum tarafından sigortalılara yapılan ödemelerin ve sağlanan yardımların aslen temelsiz olduğunun anlaşılması ve böylece sigortalılar bakımından bir sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesidir. Çoğu zaman

yegâne gelirlerini Kurum tarafından yapılan bu ödemelerin oluşturduğu kimselerden bu edimleri geri isterken ilgililerin subjektif durumlarının dikkate alınması, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olmalıdır. Hiç kuşku yok ki, burada korunması gereken, kendi kastı sonucunda oluşturduğu görünüm sonucu, hakkı olmadığını bildiği halde bu sigorta yardımlarını alan kimseler değildir. Korunması gerekenler, Kurum hatası sonucu bir takım edimlerden yararlanıp, somut olayın özelliğine göre bu edimleri almak bakımından hak sahibi olmadıklarını bilmeleri kendilerinden beklenmeyecek olan kişilerdir.

Bu nedenle kanımca, herhangi bir kastı ya da kusuru olmayan sigortalıya yapılan ödemelerin, ondan geri istenebilmesi için sigortalının kötü niyetli olması gerekmektedir. Oldukça karmaşık olan, konunun uzmanı sayılacak Kurum çalışanlarının bile yanlış olduğu bir sistemde kendisini sigortalı olmak bakımından hak sahibi sanan kimsenin aldığı edimlerin üstelik kanuni faizi ile ondan geri alınması haklı görülmemektedir.

DİPNOTLAR

- 1 (Çevrimiçi) <http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul>, 17 Nisan 2011.
- 2 Kanun No: 4721, RG. 08.12.2001, S. 24607.
- 3 Halil Akkanat, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s.34; Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 16.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.222; Mustafa Dural, Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, c.I, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s.190; Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuka Giriş, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.178.
- 4 "... durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse(nin) iyiniyet iddiasında bulunamayacağı" şeklindeki MK. 3/2 hükmünden yola çıkarak, kanun koyucunun iyiniyet kavramını bütünüyle subjektif olmaktan çıkardığı yönünde bkz. Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.18; Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.222.
- 5 Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, 2.bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s.254; Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.12; Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.225; Dural, Sarı, Türk Özel Hukuku, s.191; Hasan Erman, Medeni Hukuk Dersleri, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2010, s.116.
- 6 Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6.bs., Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, 1997, s.271; Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.225; Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.9.
- 7 Serozan, Medeni Hukuk, s.254; Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.225; Dural, Sarı, Türk Özel Hukuku, s. 191; Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.9.
- 8 Edis, Medeni Hukuka Giriş, s.273, Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 34.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s.187; Serozan, Medeni Hukuk, s.260; Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.227; Erman, Medeni Hukuk, s.116.
- 9 Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Medeni Hukuk, 23.bs., İstanbul, Beta, 2010, s.83.
- 10 Edis, Medeni Hukuka Giriş, s.280.
- 11 Kanun No: 818, RG. 29.04.1926, S. 359.
- 12 Kanun No: 6762, RG. 09.07.1956, S. 9353.
- 13 Kanun No: 2004, RG. 09.06.1932, S. 2128.
- 14 Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.14.
- 15 Kenan Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. bs., İstanbul, Beta, 1990, s.176; Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2.bs., İstanbul, Legal, 2009, s.80; Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. bs., İstanbul, Beta, 2010, s.78; Tankut Centel, "Sosyal Sigortalar", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, MESS Yayını, 1998, s.249. Devletin hukuki ilişkilere müdahale etmesi sonucunda kamu hukuku - özel hukuk ayrımının giderek anlamını yitirmesi konusunda bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, 4.bs, İstanbul, Beta, 2008, s.40; Edis, Medeni Hukuka Giriş, s.21.
- 16 Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.84.
- 17 Resul Arslanköylü, "Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.16, 2009, s.212; Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.84; Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.78; Ali Nazım Sözer, "Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, MESS Yayını, 1993, s.184; Centel, 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.250.
- 18 Y.HGK, 3.2.2010, E.2010/10-23, K.2010/59, Y.HGK, 28.6.2000, E.2000/21-979; K.2000/1079, Y.21.HD, 9.2.2009, E.2008/4059, K.2009/1674, Y.21.HD, 4.10.1999, E.1999/3835, K.1999/6510, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com> 21.04.2011; Y.21.HD, 19.04.2010, E.2009/6601, K.2010/4434, Y.21.HD, 15.02.2010, E.2009/1292, K.2010/1355, Y.21.HD, 16.06.2008, E.2007/16797, K.2008/9211, (Çevrimiçi) <http://www.hukukturk.com>, 21.04.2011; Y.21.HD, 27.5.1996, E.1996/2172, K.1996/3076, YKD, S.1, Ocak 1997, s.95; Y.21.HD, 01.10.1996, E.1996/5304, K.1996/5244, YKD, S.3, Mart 1997, s.430.
- 19 Kanun No: 5510, RG.16.06.2006, S. 26200.
- 20 Bundan sonra Kurum olarak adlandırılacaktır.
- 21 Bkz. II. bölüm.
- 22 Dural, Sarı, Türk Özel Hukuku, s.197.
- 23 Akyol, Dürüstlük Kuralı, s.6; aynı yazar, Medeni Hukuka

- Giriş, 2. bs. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.347; Edis, Medeni Hukuka Giriş, s.291; Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.234; Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.10; Erman, Medeni Hukuk, s.103; Öztan, Medeni Hukuk, s.174; Dural, Sarı, Türk Özel Hukuku, s.198; Akıntürk, Karaman, Medeni Hukuk, s.92; Hatemi, Medeni Hukuk, s.183; Serozan, Medeni Hukuk, s.268.
- 24 Edis, Medeni Hukuka Giriş, s.291; Dural, Sarı, Türk Özel Hukuku, s.198; Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.234; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s.6; Akıntürk, Karaman, Medeni Hukuk, s.92.
- 25 Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.234; Dural, Sarı, Türk Özel Hukuku, s.198.
- 26 Öztan, Medeni Hukuk, s.173; Serozan ise dürüstlük kuralını şöyle ifade etmektedir; "MK. 2/1 in söylemiyle herkesin haklarını kullanmada ve yükümlülüklerine uymada bağlılık (sadakat) ve güvene (itimada) uygun yolda davranmak zorunda bulunmasının somut anlamıdır." Serozan, Medeni Hukuk, s.266. Serozan'ın bu tanımındaki bağlılık ve güven unsurları sosyal güvenlik hukuku açısından da önem taşımaktadır. Nitekim bu tanım Yargıtay kararlarında da yer almaktadır. Y. 21.HD, 14.02.2006, E.2005/13620, K.2006/1171; Y.10.HD, 20.02.2003, E.2002/10422, K.2003/930, Arslanköylü, "Dürüstlük Kuralının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi", s.211.
- 27 Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.221.
- 28 "Davalının iyiniyetli davrandığı ve Kurumu yanıltmadığı dosyadaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır." Y.10. HD, 02.05.2002, E.2002/3377, K.2002/3839, (Çevrimiçi) <http://www.hukukturk.com>, 30.04.2011.
- 29 bkz. I - A,1.
- 30 Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.11.
- 31 Edis, Medeni Hukuka Giriş, s.300; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s.12.
- 32 Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.12.
- 33 Arslanköylü, "Dürüstlük Kuralının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi", s.212.
- 34 Y.10.HD, 26.12.2005, E.2005/10224, K.2005/13972, (Çevrimiçi), www.hukukturk.com, 03.05.2011.
- 35 Y.10.HD, 27.01.2003, E.2003/10099, K.2003/324, (Çevrimiçi), www.hukukturk.com, 06.05.2011.
- 36 Aynı yönde, Arslanköylü, "Dürüstlük Kuralının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi", s.212.
- 37 Erman, Medeni Hukuk, s.36; Edis, Medeni Hukuka Giriş, s.184; Serozan, Medeni Hukuk, 115.
- 38 Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.193; Edis, Medeni Hukuka Giriş, s.274.
- 39 Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG. 27.09.2008, S. 27010.
- 40 Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik, s.316; Resul Arslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Şerhi, Ankara, Yetkin, 2009, s.1514.
- 41 bkz. II- C
- 42 Doktrinde özel ve istisnai durumların kıyasa kapalı olması gerekçesiyle kıyas yoluna gidilemeyeceğini belirten görüşlerin varlığına karşın, bazı durumlarda iyiniyetin korunmasının kıyas yolu ile sağlanabileceği ifade edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.193- 196.
- 43 Akkanat, İyiniyetin Korunması, s.194.
- 44 Yersiz ödemeler uygulamada; bir işyerinin hatalı olarak tescil edilip, alınmaması gerektiği halde çalışanlardan prim tahsil edilmesi, işyerinin girdiği tehlike sınıf ve derecesinin yanlış belirlenerek fazla tahsilat yapılması, başka bir sigorta statüsünde olmasına rağmen yanlış bir sigorta statüsü kapsamında prim ödenmesi, primlerin matrahında ve sorumlusunda hata yapılması gibi örneklerle ortaya çıkmaktadır. Ali Nazım Sözer, "Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyet İlkesi ve Yersiz Ödenen Primlerin İadesi", İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, İstanbul, 2010, Yayımlanmamış Metin, s.2.
- 45 Tunçomağ, Sosyal Güvenlik, s.205; Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.315; Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.176.
- 46 Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.177.
- 47 İlhan Ulsan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, Kazancı, 1984, s.32; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1993, s.743.
- 48 Arslanköylü, Şerh, s.1454.
- 49 Sözer, "Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyet İlkesi" s.7.
- 50 Kanun No:506, RG. 29, 30, 31.07.1964, 01.08.1964 – S. 11766- 11779.
- 51 Arslanköylü, Şerh, s.1512.
- 52 bkz. II- B
- 53 bkz. dn. 39'da anılan yönetmelik, m.5 hükmü.
- 54 Y.10.HD, 12.03.2002, E.2002/1401, K.2002/2010, (Çevrimiçi), www.hukukturk.com, 09.05.2011.
- 55 Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.316; Arslanköylü, Dürüstlük Kuralının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi, s.212; aynı yazar, Şerh, s.1514.
- 56 Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 21. bs., İstanbul, Beta, 2010, s.260; Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, c.III, 5.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s.299.
- 57 Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, RG. 28.07.1953, S. 8469.
- 58 Arslanköylü, Şerh, s.1513; Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.84.
- 59 Bu hükümler Türk Borçlar Kanunu'nda (Kanun No: 6098, RG. 04.02.2011, S. 27836) 77 - 82. maddelere karşılık gelmektedir.
- 60 Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.274; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, Borçlar Hukuku s.752; Serozan, Haksız Zenginleşme, s.371.

- 61 bkz. dn.35te anılan karar.
- 62 Y.10. HD, 20.10.2009, E.2009/11103, K.2009/15867, Ömer Ekmekçi, “Yargıtay’ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 2010 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2010. (Yayınlanmamış Metin) s.45.
- 63 Yargıtay’ın kıtı kıtına geçinen sigortalıların iade borcu bakımından benzer kararları için, Y.10 HD, 30.05.2006, E.2006/1068, K.2006/7772; Y.10.HD, 14.04.2005, E.2005/3190, K.2005/4057; (Çevrimiçi), www.hukukturk.com, 09.05.2011; Y.10.HD, 08.03.2004, E. 2003/9074, K.2004/1627; Y.10.HD, 10.03.2003, E.2003/1057, K.2003/1710, (Çevrimiçi), www.kazanci.com , 09.05.2011.
- 64 “...Yaşlılık aylığının tam, sürekli iş göremezlik gelirinini yarıya indirilerek ödenmesi gerekirken (...) hem yaşlılık aylığının hem de sürekli iş göremezlik gelirinini tam olarak ödendiği (...) davacının, iyiniyetli olduğunun kabulü asıldır. Davacının kötüniyetli olmadığı ve Kurumu yanıltmadığı dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır. Kaldı ki, Davalı Kurumca davacının kötüniyetli olduğu iddia ve ispat edilmemiştir.(...) O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır” Y.10.HD, 08.04.2002, E.2002/2717, K.2002/3160; benzer bir karar için, Y.10.HD, 02.05.2002, E.2002/3377, K.2002/383, (Çevrimiçi), www.hukukturk.com, 09.05.2011.
- 65 Edis, Medeni Hukuka Giriş, s.278.

KAYNAKLAR

- Akıntürk, Turgut, Karaman, Derya Ateş: Medeni Hukuk, 23.bs., İstanbul, Beta, 2010.
- Akkanat, Halil: Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010 (İyiniyetin Korunması).
- Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006 (Dürüstlük Kuralı).
- Akyol, Şener: Medeni Hukuka Giriş, Prof. Dr. Bülent Köprülünün Anısına Armağan, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Arslanköylü, Resul: “Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.16, 2009, (203-214) (Dürüstlük Kuralının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi).
- Arslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Şerhi, Ankara, Yetkin, 2009 (Şerh).
- Centel, Tankut: “Sosyal Sigortalar”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, MESS Yayını, 1998, (249-273) (1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).
- Dural, Mustafa, Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, c.I, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010 (Türk Özel Hukuku).
- Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6.bs., Ankara, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, 1997 (Medeni Hukuka Giriş).
- Ekmekçi, Ömer: “Yargıtay’ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 2010 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2010 (Yayınlanmamış Metin).
- Erman, Hasan: Medeni Hukuk Dersleri, 3. bs., İstanbul, Der Yayınları, 2010 (Medeni Hukuk).
- Güzel, Ali, Okur, Ali Rıza, Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. bs., İstanbul, Beta, 2010 (Sosyal Güvenlik Hukuku).
- Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Medeni Hukuk).
- Oğuzman, Kemal, Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 16.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Medeni Hukuk).
- Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 34.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011 (Medeni Hukuk).
- Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku, 21. bs., İstanbul, Beta, 2010.
- Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, c.III, 5.bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009 (Haksız Zenginleşme).
- Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, 2.bs, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008 (Medeni Hukuk).
- Sözer, Ali Nazım: “Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtay’ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, MESS Yayını, 1993, (161-185) (1991 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi).
- Sözer, Ali Nazım: “Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyet İlkesi ve Yersiz Ödenen Primlerin İadesi”, İstanbul Barosu- Galatasaray Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, İstanbul, 2010, Yayınlanmamış Metin (Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyet).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4.bs., İstanbul, Beta, 2008.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Halûk, Altop, Atillâ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1993 (Borçlar Hukuku).
- Tuncay, Can, Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2.bs., İstanbul, Legal, 2009 (Sosyal Güvenlik Hukuku).
- Tunçomağ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5. bs., İstanbul, Beta, 1990 (Sosyal Güvenlik).
- Ulsan, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, Kazancı, 1984.
- <http://www.hukukturk.com>.
- <http://www.kazanci.com>.
- <http://www.tdk.gov.tr>.

Dr. Mehmet BULUT

Sosyal Güvenlik Kurumu Müfettişi

Son Düzenlemeler Işığında Türkiye’de Bağımlı ve Bağımsız Çalışan Yabancıların Sosyal Güvenlikleri

1. Giriş

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olarak sigortalı sayılmışlar, Kanun’un 6 ncı maddesinin (e) bendinde ise yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye’ye bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye’de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanların sigortalı sayılmayacakları öngörülmüştür.

Diğer taraftan, ülkemizin diğer ülkelerle imzaladığı ikili ya da çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmelerinde de iki ülke vatandaşlarının karşılıklı olarak diğer ülkede geçici görevli ya da geçici görevli olmaksızın çalışmaları halinde hangi ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına

tabi olacaklarına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Ayrıca, 5510 sayılı Kanun’un 6 ncı maddesinin son fıkrası uyarınca, 2/3/2011 tarihli, 27862 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile 2/3/2011 tarihinden geçerli olmak üzere Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin (SSİY) 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi değiştirilerek, ülkemizle arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye’ye bir iş için gönderilen ve o ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişilerin sigortalı sayılmayacakları süre belirlenmiştir.

Bu çalışmamızda ülkemizde gerek yerli gerekse de yabancı işverenler tarafından istihdam edilen ya da bağımsız çalışan yabancı uyruklu kişilerin sosyal güvenlikleri incelenecek ve açıklamalarda bulunulacaktır.

2. İşverene Bağlı Çalışan Yabancıların Sosyal Güvenliği

506 sayılı Kanun'un 4958 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki mülga 3 üncü maddesinin (II/A) bendi gereğince 6/8/2003 tarihinden önce bir işveren emrinde çalışan ve Türk uyruklu olmayan kimseler hakkında kısa vadeli sigorta kolları, yazılı istekte bulunmaları halinde ise haklarında istek tarihinden sonraki ay başından itibaren malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları uygulanmakta iken, söz konusu tarih itibarıyla madde hükmü yürürlükten kaldırıldığından sigortalılar isteklerine bakılmaksızın tüm sigorta kollarına tabi tutulmuşlar, Kanun'un 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi ile de 2008 yılı Ekim ayından itibaren 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmalarına imkan sağlanmıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu gereğince ülkemizde sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerden gelerek çalışan yabancı uyruklu öğretim elemanları, 31/10/1983 tarihli ve 16207 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Uyruklu Öğretim Elemanı Çalıştırılması Esaslarına ilişkin 83/7148 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 12 nci maddesi gereğince 28/3/2006 tarihine kadar 506 sayılı Kanun'un hastalık sigortası hükümlerine tabi tutulmuşlardır. 28/3/2006 tarihli ve 26122 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2006/11518 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile söz konusu madde değiştirilerek bu tarihten sonra bu kimseler tüm sigorta kollarına tabi tutulmuşlardır. 2008 yılı Ekim ayından itibaren de Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmalarına imkan sağlanarak uygulama devam ettirilmiştir.

2527 sayılı Kanun gereğince ülkemize çalışmaya gelen Türk soylu yabancıların 2008 yılı Ekim ayından önceki ve sonraki sigortalılıkları hakkında yukarıda belirtildiği şekilde işlem yapılacaktır.

İkili ya da çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmelerindeki hükümler gereğince, Türk soy-

lu yabancılar dahil 2008 yılı Ekim ayı başından önceki ve sonraki sürelerde geldiği ülkelerde sigortalı olmayıp çalışma izni almak suretiyle Ülkemizde çalışanlar hakkında;

1) Ülkemizle arasında ikili sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hakkında İsviçre ve İngiltere vatandaşları hariç, sosyal güvenlik sözleşmesinin yürürlük tarihinden, sözleşmenin yürürlük tarihinden sonra çalışmaya başlayanlar hakkında ise çalışmaya başladıkları tarihten itibaren tüm sigorta kolları uygulanacaktır.

2) Sonradan Türk vatandaşı olanlar da vatandaşlığa geçtikleri tarihten itibaren Ülkemiz sosyal güvenlik mevzuatına tabi olacaklardır.

3) Ülkemize gelerek üniversitelerde çalıştırılan yabancı uyruklu öğretim elemanları hakkında (1) ve (2) nci maddelerde belirtilen hususlara göre işlem yapılacaktır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "Sigortalı sayılanlar" başlıklı 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde; "Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar" sigortalı sayılır denilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinde, sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin; "Mütekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar" hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

Buna göre, yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderildiğini ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyenler ile mütekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış bir ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere ülkemizde hizmet akdi ile bir veya birden fazla işverene bağlı olarak çalışan yabancılar, 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre sosyal sigortalar kapsamında bulunmaktadırlar.

Aynı kişi için bir defaya mahsus olmak üzere fasılalı ya da fasılasız üç aylık istisnai süre verilecektir.

SGK tarafından yabancı uyruklu kişilerin sigortalılığı hakkında yapılacak işlemlerle ilgili 31/5/2011 tarih ve 2011/43 sayılı Genelge yayımlanmıştır.

Bununla beraber, 5510 sayılı Kanun'un "Sigortalı sayılmayanlar" başlıklı 6 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde "Yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olanlar bu Kanun'un kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında 4 ve 5. maddelere göre sigortalı sayılmazlar." denilmiştir.

Bu çerçevede, yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderildiğini ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyenler ile müttekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış bir ülke uyuğunda olan yabancılar, ülkemizde hizmet akdi ile bir veya birden fazla işverene bağlı olarak çalışmaları durumunda 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre sigortalı sayılmayacaklardır.

Ayrıca hizmet akdi çerçevesinde çalıştırılan yabancı 25.08.1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun "İşsizlik sigortasının amaç ve kapsamı ile yetkili, görevli ve sorumlu kuruluşlar" başlıklı 46 ıncı maddesinin 17.04.2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanun'un 90 ıncı maddesiyle değişik ikinci fıkrasında; "Bu Kanun, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile ikinci fıkrası kapsamında olanlardan bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalıları ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde açıklanan sandıklara tabi sigortalıları kapsar." hükmü gereği yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve

o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderildiğini ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyenler ile müttekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış bir ülke uyuğunda olanlar hariç olmak üzere ülkemizde hizmet akdi ile bir veya birden fazla işverene bağlı olarak çalışan yabancılar, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu hükümlerine tabi bulunmaktadır.

3. Geçici Görevli Olarak Ülkemize Çalışmaya Gönderilen Yabancılar

a) Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmamış Ülkede Kurulu Bir Kuruluş Tarafından O Kuruluş Adına Çalışmaya Gönderilenler

SSİY'nin 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince, 2/3/2011 tarihinden itibaren yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için en fazla üç ay süreyle gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi çalıştığını ya da kendi çalışmalarından dolayı aylık aldığını belgeleyen kişiler sigortalı sayılmayacaklar, ancak, üç aydan fazla süre için çalışma izni alınan sigortalılar işe başlama tarihinden sonra geçen üçüncü ayın bitiminden itibaren sigortalı olacaklardır.

Öte yandan, SGK tarafından yabancı uyruklu kişilerin sigortalılığı hakkında yapılacak işlemlerle ilgili 31/5/2011 tarih ve 2011/43 sayılı Genelge yayımlanmıştır. Buna göre; geçici görevli olarak çalıştığı üç aylık sürenin dolduğu tarihten sonra ülkemizden ayrılan ya da ayrılmadan yeniden çalışma izni talep edilen yabancı uyruklular hakkında üç aylık süre şartı aranmaksızın çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sigortalı bildirimleri yapılacaktır. Ancak, üç aylık çalışma süresini doldurmadan ülkemizden ayrılan ya da ülkemizde bulunduğu halde çalıştığı işinden ayrılan yabancı uyruklu- ların yeniden aynı ya da başka bir iş için çalışma izni alarak çalışmaya başlamaları halinde,

Sosyal güvenlik sözleşmelerinde temel kural, çalışılan ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmaktır.

ilk çalışma izinlerinde kullandıkları sürenin üç aya tamamlandığı tarihten sonra sigortalı sayılacaktır. Diğer bir ifade ile aynı kişi için bir defaya mahsus olmak üzere fasıllı ya da fasılsız üç aylık istisnai süre verilecektir.

SSİY'nin yayımlandığı 2/3/2011 tarihinden önce geldikleri ülkede sigortalı olmaları nedeniyle ülkemizde sigortalı sayılmayanlar için üç aylık süre 2/6/2011 tarihinde sona erecek, bu sigortalılardan çalışmaya devam edecek olanlar 3/6/2011 tarihinden itibaren sigortalı sayılacaklarından işverenleri tarafından işe giriş bildiremeleri en geç 2/6/2011 tarihine kadar verilecektir.

Yabancı uyrukluların geçici görevli oldukları sürelerinin dolduğu tarihten itibaren sigortalılıklarının sağlanabilmesi için, çalışma izni aldıkları sigortalılardan yabancı kimlik numarası olanların işe giriş bildiremeleri elektronik ortamda, yabancı kimlik numarası olmayanların işe giriş bildiremeleri ise kağıt ortamında işverenler tarafından en geç üç aylık sürenin dolduğu tarihe kadar Kuruma verilecektir.

Sigortalı işe giriş bildiremelerine işe giriş tarihi olarak üç aylık sürenin dolduğu tarihi takip eden gün işe giriş tarihi olarak yazılacak, ancak, işverenler tarafından işe başlama tarihi olarak üç aylık sürenin dolduğu günü takip eden günden farklı bir tarih yazılması halinde bildirimlerdeki farklılık Kurumun kontrol ve denetim elemanları ile kontrolle görevli memurlarına incelettirildikten sonra gerekli işlemler yapılacaktır.

Örnek 1- Geçici görevle gelen ve Bakanlıkça 16/3/2011–16/9/2011 süresi için çalışma izni verilen ve geldiği ülkede sosyal güvenliğinin sağlandığını belgeleyen Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşı için en geç üç aylık sürenin dolduğu 16/6/2011 tarihinde sigortalı işe giriş bildirgesi Kuruma verilecek, 17/6/2011 tarihinde sigortalılığı başlatılacaktır.

Örnek 2- Bakanlıkça 25/5/2011–25/5/2012 süresi için bir yıllık çalışma izni verilen ve gel-

diği ülkede sosyal güvenliğinin sağlandığını belgeleyen Nijerya vatandaşı için sigortalı işe giriş bildirgesi 15/9/2011 tarihinde Kuruma verilmıştır. Bu kişinin işe giriş tarihi 26/8/2011 olarak düzeltilerek işleme alınacaktır.

Örnek 3- 18/5/2011–18/11/2011 süresi için çalışma izni verilen ve geldiği ülkede sosyal güvenliğinin sağlandığını belgeleyen Mısır vatandaşı için sigortalı işe giriş bildirgesi 1/9/2011 tarihinde Kuruma verilmiş, bu kişinin işe giriş tarihi 2/9/2011 tarihi olarak bildirilmiştir. Bildirgenin üç aylık sürenin dolduğu tarihten sonra verilmesi ve işe giriş tarihinin de üç aylık sürenin dolduğu tarihi takip eden gün olmaması nedeniyle Kurum denetim ve kontrol elemanlarınca kişinin fiilen çalışmaya başladığı tarihin tespiti yapılarak sonucuna göre işlem yapılacaktır.

Örnek 4- Geçici görevle gelen ve Bakanlıkça 15/3/2011- 15/8/2011 süresi için çalışma izni verilen ve geldiği ülkede sosyal güvenliğinin sağlandığını belgeleyen Hindistan uyruklu kişi, 15/4/2011 tarihinde görevini tamamlayıp ülkemizden ayrılmıştır. Yeniden geçici görevli olarak gelen bu sigortalıya 12/10/2011-12/4/2012 süreleri için Bakanlıkça çalışma izni verilmiştir. Bu kişi daha önce bir ay sigortasız olarak çalıştığı için üç aylık sürenin tamamlanacağı 13/12/2011 tarihinden itibaren sigortalı sayılması gerektiğinden sigortalı işe giriş bildirgesinin en geç 12/12/2011 tarihine kadar verilmesi gerekir.

b) Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmış Ülkede Kurulu Bir Kuruluş Tarafından O Kuruluş Adına Çalışmaya Gönderilenler

Sosyal güvenlik sözleşmelerinde temel kural, çalışılan ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmaktır. Ancak, işverenleri tarafından geçici bir süre ile diğer akit ülkeye gönderilenler, uluslararası nakliyat işinde çalışanlar, elçilik, konsolosluk, misyon ve benzeri yerlerde çalışan ve gönderen ülkenin sivil ve askeri personelleri, akit taraflardan birinin bayrağını taşıyan gemilerde veya akit ülkenin limanların-

Türkiye’de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurtdışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olanlar sigortalı sayılmamaktadır.

da çalışanlar çalıştıkları ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmayacaklardır.

Ülkemiz ile taraf ülkeler arasında imzalanan ikili ya da çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmelerinde yer alan hükümler uyarınca, yabancı uyruklu kişilerin akit ülkede kurulu kuruluş tarafından belirli bir işin icrası amacıyla geçici olarak ülkemize gönderilmesi halinde, sigortalının kendi ülkesinde çalışıyormuş gibi iş merkezinin bulunduğu ülkenin mevzuatına tabi tutulması kuralı getirilerek mükerrer sigortalılık önlenmiştir.

Geldiği ülkenin sosyal güvenlik kurumu tarafından, kendi ülkesinin mevzuat hükümlerine göre sosyal güvenliklerinin sağlandığına ilişkin sözleşmelerle belirlenmiş formüllerleri Kuruma ibraz eden kişiler, ilgili ülke ile aramızda imzalanmış olan sosyal güvenlik sözleşmesinde öngörülen süre ve bu süreye ilave edilecek süre kadar sigortalı sayılmayacaklardır. Geldikleri ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak kendi çalışmalarından dolayı aylık alanlar dahil geçici görevli olarak ülkemizde çalışanlar sigortasız sayıldıkları sürelerin bittiği tarihten itibaren Kanun’un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olacaklardır.

Ancak, ilk görevlendirme süreleri dolduktan sonra işin uzaması durumunda geçici görevin uzatılması talebinin sigortalı veya işverence sözleşmeli ülkenin sigorta kurumuna iletilmesi ve bu kurumun talep etmesi halinde, bu talep Kurumca sözleşmeler kapsamında değerlendirilerek geçici görevinin uzatılması talebi uygun bulunan kişiler sözleşmede öngörülen uzatma süresince de ülkemiz mevzuatından muaf tutulmaya devam edilecektir.

Ülkemiz ile yabancı ülkeler arasında imzalanan sosyal güvenlik sözleşmelerinde geldikleri ülkede sosyal sigortaya tabi olduklarını belge-

leyenlerin ülkemizde ne kadar süre ile sigortalı olmayacakları 31/5/2011 tarih ve 2011/43 sayılı SGK Genelgesi’nin ekindeki tabloda belirtilen süreler dikkate alınarak belirlenecektir.

Örnek 1- Fransa’da sigortalı olarak çalışırken 14/4/2008-14/4/2011 tarihleri arasında Türkiye’ye geçici görevli olarak gönderilen Fransız uyruklu kişi, 14/4/2011 tarihinden itibaren 3 yıl daha uzatma talebinde bulunmuş ve talebi uygun görülmüştür. Ülkemiz ile Fransa arasında sosyal güvenlik sözleşmesine göre uzatma süresi de dahil 6 yıl süreyle geçici görevli olarak çalışma hakkı bulunduğundan bu kişi 14/4/2014 tarihine kadar Kanun kapsamında sigortalı sayılmayacaktır.

Örnek 2- Avusturya’da sigortalı olarak çalışırken, 1/1/2011-1/1/2013 tarihleri arasında Türkiye’ye geçici görevli olarak gönderilen Avusturya uyruklu kişi 1/1/2013 tarihinden itibaren 7 yıl daha uzatma talebinde bulunmuş ve talebi uygun görülmüştür. Ülkemiz ile Avusturya arasında sosyal güvenlik sözleşmesine göre uzatma süresinde herhangi bir kısıtlama bulunmadığından bu kişi uzatılan sürede de Kanun kapsamında sigortalı sayılmayacaktır.

Örnek 3- Lüksemburg’da sigortalı olarak çalışırken 15/3/2011-15/3/2012 tarihleri arasında Türkiye’ye geçici görevli olarak gönderilen Lüksemburg uyruklu kişinin 15/3/2012 tarihinden itibaren 1 yıllık uzatma talebi uygun bulunmuştur. Ülkemiz ile Lüksemburg arasında imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesine göre geldiği ülkenin mevzuatına tabi kalma süresi 12+12=24 ay ile sınırlandırıldığından bu kişi 15/3/2013 tarihine kadar uzatılan sürede de 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı sayılmayacaktır.

4. Ülkemizdeki Elçilik, Konsolosluk, Misyon ve Benzeri Yerlerde Çalışanlar

Devletler hukuku ve Viyana Sözleşmeleri hükümlerine göre elçilik, konsolosluk, misyon ve benzeri yerlerde çalışanların diplomatik masuniyetlerinin olması nedeniyle bu işyerlerinde çalışanların bildirimleri SGK’ya yapılmadığı sürece ülkemiz mevzuatı bu işyerlerine uygu-

lanamamaktadır. Ancak, bu işyerlerinde çalıştırılanlardan gönderen devlette veya üçüncü bir devlette sigortalılıklarını belgeleyemeyenler ile Türkiye’de ikamet etmekte iken buralarda çalıştırılan Türk vatandaşlarından ilgili işverenler tarafından Kuruma bildirimleri yapılanlar ülkemiz mevzuatına tabi tutulmuşlardır.

Söz konusu hükümler gereğince elçilik, konsolosluk, misyon ve benzeri yerlerde çalışanlardan gönderen devlette veya üçüncü bir devlette sigortalılıklarını belgeleyemeyenlerin sigortalılıkları 2008 yılı Ekim ayı başına kadar 506 sayılı Kanun’un mülga 86 ncı maddesine göre topluluk sigortası yoluyla sağlanmıştır. 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 1/10/2008 tarihinden itibaren de bu işyerlerinde çalışanlar 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına alınmışlardır.

Mülga sosyal güvenlik kanunları ile 5510 sayılı Kanun’un geçici 2 nci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlananlardan elçilik, konsolosluk, misyon ve benzeri yerlerde çalışmaya devam edenlerden sosyal güvenlik destek primi kesilecektir.

5. Bağımsız Çalışan Yabancılardan Sosyal Sigortaya Tabi Olanlar

5510 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan; “Ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları, tarımsal faaliyette bulunanlar sigortalı sayılırlar.” denilmiştir.

Buna göre, vatandaşı olduğu ülkede sosyal güvenlik kurumuna tabi bir çalışması bulunmayan bu kuruluşlardan emekli olmayan veya ülkesinde sosyal güvenlik kuruluşu bulunmayanlardan Türkiye’de bağımsız çalışması

bulunanlar ile Türkiye’de bağımsız çalışması bulunanlardan vatandaşı olduğu ülkede sosyal güvenlik şemsiyesi altında bulunduğunu belgelemeyen yabancılar, 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre sosyal sigortalar sistemine tabidirler.

Bununla beraber 5510 sayılı Kanun’un 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde sigortalı sayılmayanlar belirtilmiştir. Buna göre, Türkiye’de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olanlar sigortalı sayılmamaktadır. Bu bağlamda, ülkemizde bağımsız çalışması bulunan, ancak bu çalışmasından önce vatandaşı bulunduğu ülkede sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödeyen ve prim ödemeye devam eden, bu kuruluşlardan emekli olan, vatandaşı olduğu ülkede sosyal güvenlik kurumlarına prim ödediklerini ve ödemelerinin devam ettiğini veya emekli aylığı aldıklarını yeminli tercüme bürolarınca veya mahalli konsolosluklar aracılığıyla tercüme edilmiş hizmet cetveli veya aylık kağıdıyla belgelemeleri durumunda sigortalı olmayacaklardır.

6. Yabancıların Genel Sağlık Sigortası Karşısındaki Durumu

Türkiye’de ikamet eden kişilerden;

i. 5510 Sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerine tabi olanlar,

ii. İsteğe bağlı sigortalı olan kişiler,

iii. Yukarıdaki (i) ve (ii) maddeleri kapsamında sigortalı sayılmayanlardan;

- Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlardan her biri,

- Sığınmacı veya vatansız olarak kabul edilen kişiler,

- 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

- 24/2/1968 tarihli ve 1005 sayılı İstiklal Medalı Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Ter-

Bir ülkede uygulanan sosyal güvenlik sisteminden, o ülkede yaşayan ve emeği ile katkı sağlayan yabancı uyruklu şahısların yararlandırılmaması düşünülemez.

tibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre şeref aylığı alan kişiler,

- 28/5/1986 tarihli ve 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

- 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

- 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz faydalanan kişiler,

- Harp malullüğü aylığı alan kişiler ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alan kişiler,

- 18/3/1924 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre görevlendirilen kişiler ile aynı Kanun'un ek 16 ncı maddesine göre aylık alan kişiler,

- 24/6/2008 tarihli ve 5774 sayılı Başarılı Sporculara Aylık Bağlanması ile Devlet Sporcusu Unvanı Verilmesi Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler,

- Mütakabiliyet esası da dikkate alınmak şartıyla, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler,

- 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu uyarınca işsizlik ödeneği ve ilgili kanunları gereğince kısa çalışma ödeneğinden yararlandırılan kişiler,

- Kanun veya Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler,

- Yukarıda sayılanlar dışında kalan ve başka bir ülkede genel sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar, genel sağlık sigortalısı sayılır.

Yukarıda belirtilen hükümlerden de anlaşılacağı üzere, yabancıların “genel sağlık sigortalısı hükümleri” açısından, 5510 sayılı Kanun'un “Genel sağlık sigortalısı sayılanlar” 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi hükmüne bakılmalıdır. Söz konusu hüküm; “d) Mütakabiliyet esası da dikkate alınmak şartıyla, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler, genel sağlık sigortalısı sayılır.” şeklindedir. Bu durumda, Türkiye’de oturma iznine sahip olan ve yabancı bir ülkede de sigortalı olmayan kişiler, Türkiye’de 5510 sayılı Kanun kapsamında “genel sağlık sigortalısı hükümleri” kapsamında kabul edilecektir. Bunlara sağlık hak sahipliği oluşturulabilmesi için Türkiye’de bir yıldan fazla ikamet şartı bulunmaktadır. Bir yıldan sonra GSS primi kesilmektedir. Ayrıca vatandaşlık numarası alınması gerekmektedir.

Ayrıca her halükarda bir önceki bölümde açıklandığı şekilde 4/a, 4/b ve 4/c kapsamında sigortalı sayılan yabancı uyrukluların da 5510 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesi gereğince genel sağlık sigortalısı sayılmaları gerekmektedir.

6111 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme gereğince; 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na göre üniversitelerde yükseköğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler, yükseköğrenimlerinin devam ettiği sürelerle sınırlı olarak birinci fıkranın (d) bendindeki ve 52 nci maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki şartlar aranmaksızın, 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının 30 günlük tutarı üzerinden kendilerince genel sağlık sigortası primi ödemek suretiyle genel sağlık sigortalısı olurlar.

Ancak bunlardan kamu idareleri, kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar, kamu yararına faaliyet gösteren dernekler ile vergi muafiyeti tanınan vakıflar tarafından tam burs sağlanan ve Yükseköğretim Kurulu tarafından ayrılan kontenjanlar dâhilinde yükseköğrenim gören yabancı uyruklu öğrenciler genel sağlık sigortalısı sayılmaz ve bunların sağlık giderleri 2547 sayılı Kanun'un 46 ncı ve 47 nci maddeleri çerçevesinde üniversitelerin bütçelerine konulacak ödenekten karşılanır.

7. Sonuç

Sosyal güvenlik, kişilerin karşı karşıya kaldıkları sosyal riskler nedeniyle uğradıkları/ uğrayabilecekleri zararları ortadan kaldırmaya çalışan önemli bir devlet politikasıdır. Bir ülkede uygulanan sosyal güvenlik sisteminden, o ülkede yaşayan ve emeği ile katkı sağlayan yabancı uyruklu şahısların yararlandırılmaması düşünülemez. Nitekim Türk sosyal güvenlik sistemimiz de ülkemizde çalışan yabancı uyruklu şahısları belli şartlar altında sosyal güvenlik şemsiyesi altına almıştır.

Genel itibarıyla yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderildiğini ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyenler ile mütakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış bir ülke uyuşunda olanlar hariç olmak üzere ülkemizde hizmet akdi ile bir veya birden fazla işverene bağlı olarak çalışan yabancılar, 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre sosyal sigortalar kapsamında bulunmaktadır. Ayrıca yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tâbi olanlar bu Kanun'un kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında sigortalı sayılmazlar.

Yukarıda yer verilen açık kanun hükmüne karşın Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde bir değişiklik yapılmıştır. SSIY'nin 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince, 2/3/2011 tarihinden itibaren yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye bir iş için en fazla üç ay süreyle gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi çalıştığını ya da kendi çalışmalarından dolayı aylık aldığını belgeleyen kişiler sigortalı sayılmayacaklar, ancak, üç aydan fazla süre için çalışma izni alınan sigortalılar işe başlama tarihinden sonra geçen üçüncü ayın bitiminden itibaren sigortalı olacaklardır. Söz konusu düzenleme hiç kuşkusuz

5510 sayılı Kanun hükmü ile ters düşmektedir. Nasıl ki kanunların anayasaya aykırı hükümler ihtiva etmesi düşünülemez ise kanunların uygulanma şeklini gösterme amacı güden yönetmeliklerin de kanunlarda yer alan kesin hükümlerin aksine hükümler getirmesi söz konusu olamaz. Bu itibarla yapılan bu yöndeki düzenlemelerin hukuka aykırılık içerdiğini söyleyebiliriz.

Murat UĞUR

İstanbul / Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkezi Müdür Yardımcısı

Sanatçıların Sosyal Güvenliği

1- GİRİŞ

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan¹; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar sigortalı sayılmıştır. SSİY ekinde yer alan "Kanunun 4 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının (b) Bendi Kapsamında Sayılan Sigortalılara İlişkin Uğraşı Alanı Ve Çalışanları Gösterir Liste"² ile bu kapsamda sayılan işler belirlenmiştir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmakta olup, bu kapsamda; bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları

içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar, 5510 sayılı Kanun'a eklenen ek 6. madde ile 1/3/2011 tarihinden itibaren 4. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendine belirtilenlerden Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişilerin sigortalılıklarının, kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle sağlanacağı hüküm altına alınmış olup bu sigortalılar özel olarak 4/a kapsamında sigortalı sayılmışlardır.

II- 5510 SAYILI KANUN'A GÖRE SANATÇI SAYILANLAR

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde yer alan ve Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından belirlenen;

1- Sinema sanatçıları ve çalışanları,

- 2- Tiyatro, opera, bale sanatçıları ve çalışanları,
- 3- Müzik ve sahne sanatçıları,
- 4- Folklor ve halk sanatçıları,
- 5- Edebiyat,
- 6- Görsel sanatlar, dekoratif sanatları v.b. uğraşları yapanlar sanatçı olarak sayılmıştır.

III- HİZMET AKDI

Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde hizmet akdi, "Hizmet akdi öyle bir mukaveledir ki; onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda iş görmeyi ve iş sahibi dahi ona ücret vermeyi taahhüt eder."

Türk Borçlar Kanunu'nun³ 393. maddesinde ise hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir şeklinde tanımlanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un 4/1-a kapsamındaki sigortalılık bu tanım üzerine kurulmuştur.

IV- HİZMET AKDİNİN UNSURLARI

1- Hizmet: İşçi, işverene emeğini verme taahhüdünde bulunur. İşçi, eseri değil, hizmet verme sorumluluğunu taşır. Hizmet, işverenin işyerinde veya belirleyeceği yerde yapılır.

2- Bağımlılık: Hizmet akdi iki taraflı akidlerden olup, karşılıklı borç doğurur. İşçi emeğini, işveren emrine verir ve işin yapıldığı sürede ona tabi olur. İşveren ise emeğin karşılığı olarak ücret ödemeyi kabul eder. Bağımlılık unsuru hizmet akdini, konusu iş görme olan diğer akitlerden (istisna, vekâlet vb.) ayıran en önemli unsurdur.

3- Ücret: Emeğin kirası niteliğinde olup işverenin sorumluluğudur. Saatlik, günlük, haftalık, aylık çalışmalar karşılığı ödenebileceği gibi işin miktarına göre ve kardan hisse şeklinde de verilebilir.

4- Süre: İş (hizmet) sözleşmesi belirli bir süre için yapılabileceği gibi süresiz de yapılabilir. Hizmetin, sözleşme süresi içinde günün belirli saatlerinde, haftanın veya ayın belirlenen günlerinde yerine getirilmesi de mümkündür.

V- İSTİSNA AKDI (ESER SÖZLEŞMESİ)

Bu sözleşme ile bir taraf (yüklenici), öteki tarafın (ısmarlayan-sipariş veren) ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, bir eser meydana getirmeyi taahhüt eder ve borçlanır.

İstisna Akdinin Unsurları;

- 1- Eser (Yapılacak Şey)
 - 2- Bağımsızlık
 - 3- Semen (Fiyat-Bedel)
 - 4- Süre (Zaman)
- şeklinde dir.

VI- VEKÂLET AKDI (VEKİLLİK SÖZLEŞMESİ)

Vekil, sözleşme uyarınca kendisine yüklenen (sorumluluğuna verilen) işin yürütülmesini veya üzerine aldığı işin yerine getirilmesini borçlanır.

VII- KENDİ ADINA VE HESABINA BAĞIMSIZ ÇALIŞAN SANATÇILAR

Ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, şirket ortaklarından; kolektif şirket ortaklarının tamamı, adi komandit şirketlerin komandite ve komanditer ortakları ile donatma iştiraki ortakları, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, limited şirket ortaklarının tamamı 4/b sigortalısı sayılırlar.

VIII- KENDİ ADINA VE HESABINA BAĞIMSIZ ÇALIŞAN SANATÇILARIN BİLDİRİMİ

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine tabi olanların sigortalılıkları, sigortalı olmalarını gerektiren faaliyetlerinin başladığı tarihten itibaren başlatılmakta, bunların bildirimleri ise ilgili vergi daireleri, ticaret sicil memurlukları veya şirket yetkilileri tarafından sigortalı işe giriş bildirgesi ile 15 gün içinde yapılmaktadır.

IX- KENDİ NAM VE HESABINA BAĞIMSIZ ÇALIŞANLARIN PRİMLERİ

Kendi nam ve hesabına çalışan sigortalılar; % 20 malullük, yaşlılık ve ölüm, % 1 ila % 6,5 arasında değişen iş kazası meslek hastalığı ve % 12,5 genel sağlık sigortası primi olmak üzere toplam % 33,5 - % 39 arasında değişen oranlardaki primin tamamını kendileri öderler.

X- İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIK

Türkiye'de ikamet edenler ile Türkiye'de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşlarından;

a) Bu Kanuna tâbi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamak,

b) Kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olmak,

c) 18 yaşını doldurmuş bulunmak,

d) İsteğe bağlı sigorta talep dilekçesiyle Kuruma başvuruda bulunmak şartları aranır.

a- İsteğe bağlı sigortalılığın başlangıcı

5510 sayılı Kanun ile isteğe bağlı sigortalılık, isteğe bağlı talep dilekçesinin Kurum kayıtlarına intikal ettiği tarihi takip eden günden itibaren başlar.

b- Ay içinde 30 günden az çalışanlardan isteğe bağlı sigortalı olanlar

Ay içerisinde 30 günden az çalışan veya prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saatinin İş Kanunu'na göre belirlenen günlük normal çalışma saatine (7,5) bölünmesi suretiyle hesaplanan sigortalıların, aynı ay içerisinde eksik kalan günlerini isteğe bağlı sigortaya primi ödemek suretiyle tamamlamaları imkânı bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un 50. maddesi ile ay içinde 30 günden az çalışan veya tam gün

çalışmayanlar isteğe bağlı sigortaya müracaat etmeleri halinde kalan sürelerini isteğe bağlı sigortaya prim ödeyerek 30 güne tamamlayabilmektedirler. 6111 sayılı Kanun'la⁴ 5510 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik uyarınca, 25/2/2011 tarihinden itibaren ay içinde 30 günden az çalışan sigortalıların isteğe bağlı sigortalılık statüleri 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacaktır.

Bu durumda ay içinde 30 günden az çalışmalarını nedeniyle isteğe bağlı sigortalı sayılanların 1/10/2008-24/2/2011 tarihleri arası 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında, 25/2/2011 tarihi ve sonrası 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık süresi sayılacaktır.

c- İsteğe bağlı sigorta primleri

İsteğe bağlı sigorta prim oranı, prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında, sigortalı tarafından belirlenen prime esas aylık kazancın % 32'sidir. Bunun % 20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, % 12'si genel sağlık sigortası primidir.

Ödenecek prim tutarı 16 yaşından büyükler için belirlenen asgari ücret ile asgari ücretin 6,5 katı arasında sigortalı tarafından belirlenen tutarın % 32'sidir.

1/1/2011 - 30/06/2011 arasında geçerli olan 796.50 TL tutarındaki brüt asgari ücrete göre ödenecek en düşük prim tutarı 255,88 TL, en yüksek prim tutarı ise 1.656,77 TL'dir. Sigortalılar bu iki tutar arasında istediği meblağı ödeyebilmektedir.

d- İsteğe bağlı sigorta primlerinin ödenmesi

İçinde bulunulan aya ait isteğe bağlı sigorta primi takip eden ayın sonuna kadar Kurumun anlaşmalı olduğu bankalara ödenir.

Ayrıca isteğe bağlı sigortalılar söz konusu primi ait olduğu aydan itibaren 12 aylık süre içerisinde de gecikme cezası ve gecikme zammıyla beraber ödeyebilirler.

Aylık ödeyeceği kazancı önceden (örneğin asgari ücretten) beyan eden sigortalıların fazla

ödeme yaparak gelecek ayların primini erken ödeme imkânı da bulunmaktadır.

İsteğe bağlı sigortaya ödenen primler, emeklilik haklarının yanı sıra sigortalının borcunun bulunmaması halinde genel sağlık sigortasından yararlanma imkânını da vermektedir.

XI- GENEL SAĞLIK SİGORTASI YARDIMLARINDAN YARARLANMA

Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olan sanatçılar ve bunların bakmakla yükümlü olduğu eş, çocuk ile bakmakla yükümlü olduğu ana ve babasının sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması yeterlidir.

Kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanların genel sağlık sigortası yardımlarından yararlanabilmeleri için sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödemiş olmaları ve 60 günden fazla prim borcu bulunmaması gerekir.

XII- HİZMET BORÇLANMALARI

- Doğum izni süreleri,
- Askerlik süreleri,
- Doktora öğreniminde veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçen süreler,
- Sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal stajda geçen süreleri,
- Tutuklulukta geçen süreler,
- Grev ve lokavtta geçen süreler,
- Hekimlerin fahri asistanlıkta geçen süreleri,
- 4857 sayılı Kanun'a göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların borçlanmaları, (5510 sayılı Kanunun 41. maddesine eklenen (i) bendi ile 25/2/2011 tarihinden sonraki sürelerle ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı Kanun'a göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik kalan sürelerini borçlanmalarına imkan sağlanmış olup, bu bent uyarınca yapılacak borçlanmalar 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsa-

mında sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir.)

- 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca gözaltına alınanların veya tutuklananların borçlanmaları (6111 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 36. maddesi ile; 13/5/1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan veya tutuklananlardan, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yönetime el koyduğu 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenlerin, gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri için kendilerinin ya da hak sahiplerinin bu durumlarını belgeleyerek 25/8/2011 tarihine kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'na talepte bulunmaları gerekmektedir.) sigortalı veya hak sahipleri tarafından borçlanılmak suretiyle hizmet olarak değerlendirilmektedir.

a- Borçlanma prim oranı ve ödeme süresi

Günlük borçlanma tutarı; prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında sigortalı tarafından belirlenen prime esas günlük kazancın 32'sidir. Borçlanma tutarı, tebliğ tarihinden itibaren bir aylık sürede ödenmekte, ödenmeyen süreler için tekrar borçlanma başvurusu yapılabilmektedir.

XIII- KÜLTÜR VE TURİZM BAKANLIĞI'NCA BELİRLENECEK ALANLARDA KISMİ SÜRELİ OLARAK ÇALIŞANLAR

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar sigortalı sayılmıştır. SSIY ekinde yer alan "Kanunun 4 üncü Mad-

desinin İkinci Fıkrasının (b) Bendi Kapsamında Sayılan Sigortalılara İlişkin Uğraşı Alanı Ve Çalışanları Gösterir Liste” ile bu kapsamda sayılan işler belirlenmiştir.

5510 sayılı Kanun’a eklenen Ek 6. madde⁵ ile 1/3/2011 tarihinden itibaren 4. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendine belirtilenlerden Kültür ve Turizm Bakanlığı’nca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişilerin sigortalılıkları, kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle sağlanacağı hüküm altına alınmış olup bunlar 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacaklardır.

a- Sigortalılığın başlangıcı ve başvuru

5510 Sayılı Kanun’un Ek 6. madde kapsamında sigortalı olmak isteyenler Sanatçı Olarak Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Belirlenecek Giriş Bildirgesi ve sanatçı ile işvereni arasında imzalanmış kısmi süreli iş sözleşmesi ile sanatçının ikamet ettiği ilde bulunan sosyal güvenlik il müdürlüğü/sosyal güvenlik merkezine müracaat edeceklerdir. İşveren ile çalışanın bağlı olduğu meslek birliği veya sendika ya da Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın merkez veya taşra birimleri tarafından onaylanmamış “Sanatçı Olarak Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Giriş Bildirgesi” işleme alınmayacaktır.

Ancak, sanatçıların ay içerisinde birden fazla işverenin veya Ek 6. madde kapsamında yeni bir işveren yanında çalışmaya başlamaları halinde her bir işverenle yapmış oldukları kısmi süreli iş sözleşmeleri Kuruma ayrı ayrı verilecek, ancak ay içerisinde her bir sözleşme için prim ödenmeyecek yalnızca 30 gün prim ödenecektir.

b- Ek 6. maddeye göre sigortalı olanların prim hesabı ve gün sayısı

5510 sayılı Kanun’un Ek 6. maddesine göre sigortalı olacaklardan 1/3/2011 tarihinden itibaren 5510 sayılı Kanun’un 82. maddeye göre belirlenen prime esas kazancın alt ve üst sınırı

arasında olmak kaydıyla sigortalı tarafından belirlenen günlük kazancın otuz katının % 32,5’i oranında prim öderler. Bu prim oranının % 20’si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, % 12,5’i genel sağlık sigortası primidir. Bu sigortalılardan 4447 sayılı Kanun’a tabi olmak isteyenler % 3 sigortalı ve işveren hissesi oranındaki işsizlik sigortası primini de öderler. İşsizlik sigortası priminin ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar ödenmemesi halinde o aya ait işsizlik sigortası primini ödeme hakları düşmektedir.

5510 sayılı Kanun’a eklenen Geçici 29. madde ile ek 6. madde kapsamındaki sigortalılar 1/3/2011-31/12/2011 tarihleri arasında 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazancın alt sınırının on sekiz katı üzerinden başlanılarak, takip eden her yıl için bir puan artırılmak suretiyle otuz katını geçmemek üzere prim ödeyeceklerdir.

Ek 6. maddeye tabi sigortalı sayılanlar için ay 30 gün olarak dikkate alınacak bu sigortalılar;

- 1.3.2011-30.6.2011 tarihleri arasında işsizlik sigortası primi ödemek istemeyenler;

Aylık kazanç alt sınırına göre: $26,55 \text{ TL} \times 18 \times \% 32,5 = 155,32 \text{ TL}$,

- 1.7.2011-31.12.2011 tarihleri arasında işsizlik sigortası primi ödemek istemeyenler;

Aylık kazanç alt sınırına göre: $27,90 \text{ TL} \times 18 \times \% 32,5 = 163,22 \text{ TL}$,

prim ödeyeceklerdir.

- 1.3.2011-30.6.2011 tarihleri arasında işsizlik sigortası primi ödeyecekler ise;

Aylık kazanç alt sınırına göre: $26,55 \text{ TL} \times 18 \times \% 35,5 = 169,65 \text{ TL}$,

- 1.7.2011-31.12.2011 tarihleri arasında işsizlik sigortası primi ödeyecekler;

Aylık kazanç alt sınırına göre: $27,90 \text{ TL} \times 18 \times \% 35,5 = 178,28 \text{ TL}$,

prim ödeyeceklerdir.

c- Sigortalılığın sona ermesi

Ek 6. madde kapsamında 4. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen ve Kültür ve Turizm Bakanlığı’nca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılanların sigortalılıkları;

- 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bendi kapsamında uzun vadeli kollarına tabi çalışmaya başlaması,
- İsteğe bağlı sigortalı olması,
- Bu kapsamdaki çalışmasının sona ermesi halinde sona erecektir.

XIV- GENEL OLARAK EMEKLİLİK ŞARTLARI

Sigortalıların yaşlılık sigortasından aylığa hak kazanma şartları;

- 08/09/1999 (hariç) tarihinden önce sigortalı olanlar,
- 08/09/1999 (dahil) ila 30/04/2008 (dahil) tarihleri arasında sigortalı olanlar,
- 01/05/2008 ve sonrasında sigortalı olanlar, şeklinde farklılaşmaktadır.

a- 08/09/1999 tarihinden önce sigortalı olanlar

1- Hizmet akdine tabi olarak 08/09/1999 tarihinden önce sigortalı olarak çalışmaya başlayanlardan;

- 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 doldurmuş olmakla beraber, kadın ise 20, erkek ise 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 5000 gün

malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olma şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir.

Söz konusu şartlar, 08/09/1981 tarihinden önce sigortalı olan kadınlar ile 08/09/1976 tarihinden önce sigortalı olan erkekler için uygulanmakta olup, belirtilen tarihlerden sonra sigortalı olanlar kademeli geçiş sürecine tabidir.

2- Kendi nam ve hesabına bağımsız olarak 08/09/1999 tarihinden önce çalışmaya başlayanlardan;

- Kadın ise 20 tam yıl, erkek ise 25 tam yıl veya
- Kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurmuş olmak ve en az 15 tam yıl

sigorta primi ödemiş olma şartları aranmaktadır.

Söz konusu şartlar, 01/10/1999 tarihi itibarıyla aylık bağlanmasına hak kazanmalarına iki tam yıl veya daha az kalan sigortalılar için uygulanmaktadır. 01/10/1999 tarihi itibarıyla 50/55 yaş ve 15 tam yılın, 01/06/2002 tarihi itibarıyla de 20 veya 25 tam yılın tamamlanmasına kalan süre esas alınmak suretiyle sigortalılar kademeli geçiş sürecine tabidir.

b- 08/09/1999 - 30/04/2008 tarihleri arasında sigortalı olanlar

1- Hizmet akdine tabi olarak 08/09/1999 (dahil) tarihinden sonra ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayanlardan;

- Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmak ve en az 7000 gün veya,
- Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmak, 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün

malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartları aranmaktadır.

2- Kendi nam ve hesabına bağımsız olarak 08/09/1999 tarihinden sonra ilk defa çalışmaya başlayanlardan;

- Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve 25 tam yıl veya
 - Kadın ise 60, erkek ise 62 yaşını doldurmuş olması ve en az 15 tam yıl
- sigorta primi ödemiş olma şartları aranmaktadır.

c- 01/05/2008 ve sonrasında sigortalı olanlar

İlk defa 01/05/2008 ve daha sonraki tarihlerde sigortalı olanlardan;

- 4 (a) sigortalıları için kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7200 gün,
- 4 (b) sigortalıları için kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 9000 gün

malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartları aranmaktadır.

Söz konusu yaşlar, 1/1/2036 tarihinden sonra emekli olacaklarda kademeli bir artışla

erkeklerde 2045 yılında, kadınlarda ise 2048 yılında 65 olarak öngörülmekle birlikte, aylık bağlanması için aranan 7200 veya 9000 gün prim ödeme şartının yerine getirildiği tarihte geçerli olan yaş hadleri uygulanmak suretiyle sigortalılar emekli olabileceklerdir.

Prim ödeme gün sayısının tamamlanacağı tarihe göre kademeli geçiş süreci aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Prim ödeme gün sayısını aşağıdaki aralıkta tamamlayanlar	Emeklilik Yaşı	
	Kadın	Erkek
01.01.2036-31.12.2037	59	61
01.01.2038-31.12.2039	60	62
01.01.2040-31.12.2041	61	63
01.01.2042-31.12.2043	62	64
01.01.2044-31.12.2045	63	65
01.01.2046-31.12.2047	64	65
01.01.2048 tarihinden itibaren	65	65

d- Kısmi aylık (4/a)

08/09/1999 tarihinden önce hizmet akdine tabi olarak çalışmaya başlamış olan ve 23/5/2002 tarihi itibarıyla 15 yıl sigortalılık süresi, kadın ise 50, erkek ise 55 yaş şartı ile birlikte 3600 gün prim ödeme şartını yerine getirememiş olan sigortalılar, söz konusu şartların yerine getirileceği tarihe göre kademeli yaşa tabi tutulmakta olup, yaş şartları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

15 yıl sigortalılık süresi, 3600 gün ve kadınlarda 50, erkek 55 yaşın	Kadın	Erkek
23.05.2002 ve Öncesinde Tamamlanması	50	55
24.5.2002-23.5.2005	52	56
24.5.2005-23.5.2008	54	57
24.5.2008-23.5.2011	56	58
24.5.2011-23.5.2014	58	59
24.5.2014 Sonrasında Tamamlanması	58	60

e- Kısmi aylık (4/b)

01/10/1999 tarihinden önce sigortalı olmak-

la birlikte, söz konusu tarih itibarıyla 15 tam yıl prim ödeme süresi ile kadın ise 50, erkek ise 55 yaşını doldurma koşulunu yerine getiremeyen sigortalıların tabi olacağı kademeli geçiş süreci aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

01/10/1999 tarihinden itibaren 15 tam yıl prim ödemesine ve kadın ise 50, erkek ise 55 yaşın tamamlanmasına	Kadın	Erkek
2 tam yıl veya daha az süre kalanlar	50	55
2 tam yıldan fazla, 4 tam yıl daha az süre kalanlar	51	56
4 tam yıldan fazla, 6 tam yıl veya daha az süre kalanlar	52	56
6 tam yıldan fazla, 8 tam yıl veya daha az süre kalanlar	53	57
8 tam yıldan fazla kalanlar	54	57
10 tam yıldan fazla kalanlar	56	58
8/9/1999 - 30/04/2008 arası sigortalı olanlar	60	62

f- 5510 sayılı Kanun'a göre ileri yaştakilerin emekliliği

Sigortalılar için öngörülen yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün prim ödenmiş olması halinde de aylık bağlanabilmektedir. 5400 gün şartı 4/a kapsamındaki sigortalılar açısından 2008 yılı için 4600 günden başlamak ve her yıl 100 gün artırılmak suretiyle 2016 yılına kadar kademeli geçiş tabidir.

g- Malullük aylığı

Çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60 oranında kaybedildiği Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilen sigortalılar malül sayılmaktadır.

Malullük aylığı bağlanması için; en az on yıldan beri sigortalı olan ve toplam 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartları aranmaktadır.

Söz konusu şartları yerine getiren sigortalılara çalıştığı işten ayrılması, 4/b (Bağ-Kur) men-

subu olanların ise prim borcu olmaması ile birlikte işyerini kapatması veya devretmesinden sonra yazılı talepte bulunması halinde malullük aylığı bağlanmaktadır.

Bağlanan malullük aylığı; çalışmaya veya yurt dışında ikamete dayalı sosyal yardım almaya başlanması durumunda veya kontrol muayenesi sonunda malul olmadığının tespiti halinde kesilmektedir.

h- Özel emeklilik şartları

Sosyal güvenlik uygulamalarında, sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlanan, sigortalı işe başladığı tarihten önce malül olan veya erken yaşlanan sigortalılar özel olarak korunmakta ve bunların daha kolay şartlarda emekli olabilmelerine imkân tanınmaktadır.

XV- SAKATLIĞI NEDENİYLE VERGİ İNDİRİMİNDEN YARARLANANLAR

30/4/2008 tarihinden önce sigortalı olan ve sakatlığı nedeniyle vergi indiriminden yararlanan sigortalıların emekliliğe hak kazanma şartları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

06/08/1991 tarihinden önce sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar, sakatlık dereceleri dikate alınmaksızın 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme şartıyla emekli olabilmektedir.

Sigortalılık Başlangıcı	I. Derece Sakat (% 80 ve üzeri)		II. Derece Sakat (% 60-% 80)		III. Derece Sakat (% 40-% 60)	
	Süre	Gün	Süre	Gün	Süre	Gün
06/08/1991 öncesi	15 yıl	3600	15 yıl	3600	15 yıl	3600
07/08/1991-06/08/1994	15 yıl	3600	15 yıl 8 ay	3680	16 yıl	3760
07/08/1994-06/08/1997	15 yıl	3600	16 yıl 4 ay	3760	17 yıl	3920
07/08/1997-06/08/2000	15 yıl	3600	17 yıl	3840	18 yıl	4080
07/08/2000-06/08/2003	15 yıl	3600	17 yıl 8 ay	3920	19 yıl	4240
06/08/2003-Ekim/2008	15 yıl	3600	18 yıl	4000	20 yıl	4400

XVI- ÇALIŞMAYA BAŞLADIĞI TARİHTE MALÜL OLANLAR

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2008 Ekim ayından önce sigortalı olarak çalışmaya başlayan ve çalışmaya başladığı tarihte malül olan sigortalılara da 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme şartıyla emekli aylığı bağlanabilmektedir.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce malül sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya özürü bulunan ve bu nedenle malullük aylığından yararlanamayan sigortalılara en az onbeş yıl sigortalılık süresi ve 3960 gün prim ödeme şartıyla emekli aylığı bağlanmaktadır.

Söz konusu 3960 gün prim ödeme şartı 4/a kapsamındaki sigortalılar açısından 2008 yılı için 3700 günden başlamak ve her yıl 100 gün artırılmak suretiyle 2011 yılına kadar kademeli geçişe tabidir.

XVII- ÇALIŞMA GÜCÜNDE KAYBI OLAN SİGORTALILAR

Kurum Sağlık Kurulu'nca çalışma gücündeki kayıp oranının;

a) % 50 ilâ % 59 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 16 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4320 gün,

b) % 40 ilâ % 49 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 18 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4680 gün,

malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla yaş şartı aranmaksızın yaşlılık aylığına hak kazanmaktadır.

4/a kapsamındaki sigortalılar açısından, 4320 gün prim ödeme şartı 2008 yılı için 3700 günden, 4680 gün prim ödeme şartı ise 4100 günden başlamak ve her yıl 100 gün artırılmak suretiyle 2015 yılına kadar kademeli geçişe tabidir.

XVIII- ERKEN YAŞLANAN SİGORTALILAR

55 yaşını dolduran ve erken yaşlanmış ol-

duğu Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalılar, 5400 gün prim ödeme şartını yerine getirmeleri halinde yaşlılık aylığından yararlanabilmektedir.

XIX- ÖLÜM AYLIĞI

Vefat eden sigortalının hak sahiplerine sağlanan yardımlar; ölüm aylığı bağlanması, ölüm toptan ödemesi yapılması, evlenme ödeneği verilmesi ve cenaze ödeneği verilmesidir.

a- Ölüm aylığından yararlanma şartları

1) En az 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş (borçlanmalar dahil) veya 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş iken,

2) Malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta veya hak kazanmış, durumda iken,

3) Bağlanmış bulunan aylığı, sigortalı olarak çalışmaya başlamaları sebebiyle kesilmiş iken,

Vefat eden sigortalının;

Dul eşine, çalışmayan ve kendi çalışmalarını nedeniyle gelir veya aylık bağlanmayan erkek çocuklarına öğrencilik durumları esas alınmak suretiyle 25 yaşına kadar, yaş şartı aranmaksızın evli olmayan kız çocuklarına, çalışma gücünü en az % 60 oranında kaybeden malûl çocuklarına, çalışmayan ve aylık almayan muhtaç anne ve babaya ölüm aylığı bağlanmaktadır.

Ayrıca, hizmet akdine tabi sigortalılardan 01/10/2008 tarihinden önce vefat edenler için borçlanma yapılarak 900 günün tamamlanması halinde aylık bağlanmaktadır.

XX- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI

5510 sayılı Kanun'un 4/a ve 4/b kapsamındaki sigortalılar yararlanır.

Meslekte kazanma gücünün en az % 10 yitirenlere sürekli iş göremezlik geliri bağlanmak-

tadır. Meslekte kazanma gücünü % 60 ve üzerinde kaybedenlere malûllük sigortası şartları da olması halinde ayrıca malûllük aylığı bağlanmaktadır.

İş kazası ve meslek hastalığı yardımlarından yararlanılabilmesi için belirli staj süresi aranmaktadır. Dolayısıyla, ilk işe başlanıldığı gün iş kazası meydana gelmesi halinde dahi bu sigorta kolundan sağlanan yardımlar verilmektedir. Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu vefat etmesi halinde ise hak sahiplerine gelir bağlanmaktadır.

Buna göre sigortalı olarak çalışmanın önemi ayrıca ortaya çıkmaktadır.

XXI- İLERİ YAŞTA OLUP SOSYAL GÜVENCESİ OLMAYANLAR İÇİN 2022 SAYILI KANUN'A GÖRE SAĞLANAN HAKLAR

01/07/1976 tarihinde kabul edilen 2022 Sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" 10/07/1976 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2022 sayılı Kanun'un amacı; herhangi bir Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan aylık ve gelir almayan muhtaç durumdaki yaşlı ve özürlü vatandaşlarımızı sosyal güvenlik şemsiyesi altına almak ve Devletin, Anayasanın öngörmüş olduğu Sosyal Hukuk Devleti İlkesini yerine getirmektir.

65 yaşını doldurmuş yaşlılar ile 18 yaşından büyük özürsüzler ve Kanunen bakmakla yükümlü olduğu 18 yaşını tamamlamamış özürsüz yakını bulunan muhtaç durumdaki Türk vatandaşları 2022 sayılı Kanun kapsamında yer almaktadır.

Bu Kanun kapsamında yapılan yardımlar muhtaçlık esasına dayanmakta olup, primsiz niteliktedir.

Ülkemizin, kriteri ve ödenecek aylık miktarı Kanunla belirlenen, düzenli, sürekli ve tek sosyal yardım sistemi olan 2022 sayılı Kanun kapsamında aylık alanların tedavi giderleri ye-

şil kart verilmek suretiyle devlet tarafından karşılanmaktadır.

a- 2022 sayılı Kanun kapsamında yapılan yardımlar

1- Yaşlılık Aylığı

65 yaşını doldurmuş muhtaç kimselere, muhtaçlık sınırı tutarında ödenen aylıktır.

2- Özürlü Aylığı

18 yaşından büyük ve herhangi bir işe yerleştirilememiş özürlü (özür derecesi %40 ile %69 arasında olanlar) muhtaç kimselere, muhtaçlık sınırının %200'ü tutarında ödenen aylıktır.

3- Bakıma Muhtaç Özürlü Aylığı

18 yaşından büyük olan ve başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde özürlü (özür derecesi %70 ve üzeri olanlar) muhtaç kimselere, muhtaçlık sınırının %300'ü tutarında ödenen aylıktır.

4- Özürlü Yakını Aylığı

Kanunen bakmakla yükümlü olduğu 18 yaşını tamamlamamış özürlü (özür derecesi %40 ve üzeri olan) yakını bulunan muhtaç kimselere, bakım ilişkisini fiilen gerçekleştirmek kaydı ile muhtaçlık sınırının %200'ü tutarında ödenen aylıktır.

b- 2022 sayılı Kanun'a göre muhtaçlık kriteri

Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan her ne ad altında olursa olsun bir gelir veya aylık almayan ve hanedeki geliri, 1615 gösterge rakamının (Bütçe Kanununda her yıl düzenlenmektedir) memur maaş katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarın altında olanlar muhtaç kabul edilmektedir. 2010 yılının birinci altı aylık dönemi için muhtaçlık kriteri 92,67 TL'dir.

c- 2022 sayılı Kanun kapsamındaki aylık miktarları

Her yıl Bütçe Kanunu'nun (K) Cetvelinde belirtilen gösterge rakamının memur maaş kat-

sayısı ile çarpımından bulunacak miktarlar esas alınarak ödenecek aylıklar belirlenmekte, bu şekilde bulunan aylık miktarlarına ayrıca % 5 oranında asgari geçim indirimi ilave edilmektedir.

XXII- HİZMET ÇAKIŞMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Sigortalının 4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statüleri ile (c) bendinde yer alan sigortalılık statüsüne aynı anda tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde öncelikle aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde ise aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır.

4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemezler.

İsteğe bağlı sigortalı olanların 4. maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamına tabi olacak şekilde çalışmaya başlamaları halinde, bu Kanununun 51. maddesinin üçüncü fıkrası saklı kalmak kaydıyla isteğe bağlı sigortalılık hali sona erer.

a- Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar ile tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süresiz olarak çalışan sigortalıların hizmetlerinin çakışması

6111 sayılı Kanun'la Kanun'a eklenen Ek 5. madde⁵ ile Ek 6. maddelerde sigortalılık talep ile başlamakta, sigortalıların 4. madde kapsamında çalışmamaları halinde bu sigortalılıkları devam etmekte, talepleri halinde ise sona ermektedir. Bu durumda Ek 5. madde kapsamında sigortalılığı devam ederken Ek 6. madde kapsamında talepte bulunan ya da Ek 6. madde kapsamında sigortalılığı devam ederken Ek 5.

madde kapsamında talepte bulunan sigortalıların önce başlayan sigortalılıkları sona ermeden diğer kapsamdaki sigortalılığı başlatılmayacaktır.

b- Hizmet çakışmalarında sosyal güvenlik destek primi uygulaması

4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi hizmet çakışmalarında sosyal güvenlik destek primine tabi sigortalılar hakkında 1/3/2011 tarihinden itibaren 4(a) kapsamındaki sigortalılık esas alınarak işlem yapılacaktır.

Örnek- 1/3/2003 tarihinden itibaren 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında yaşlılık aylığı alan sigortalının esnaf sigortalılığının devam etmesi nedeniyle aylığından sosyal güvenlik destek primi kesilmektedir. Sigortalının 3/6/2011 tarihinde 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışmaya başlaması nedeniyle aylıklarından yapılan sosyal güvenlik destek primi kesintisi 2/6/2011 tarihi itibarıyla kaldırılacaktır.

XXIII- SONUÇ

Kişilerin başkalarına muhtaç olmadan yaşamlarını teminat altına almayı amaçlayan sosyal güvenlik hakkı, Anayasamız ve kanunlarla belirlenmiş vazgeçilemez bir insan hakkıdır.

Sosyal güvenlik reformu çerçevesinde hayata geçirilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'yla; sigortalılar arasında ayrımcılığa yol açan farklılıklara son verilerek, kişinin kamu ya da özel sektörde, bir işverene bağlı ya da bağımsız çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın, bütün vatandaşlar eşit hak ve yükümlülüklerle tabi tutulmaktadır.

5510 sayılı Kanun'da; gerek emeklilik haklarından, gerekse genel sağlık sigortası haklarından yararlanılarak sosyal güvenlik kapsamında yer alınabilmesi için değişik alternatifler bulunmaktadır.

Bu nedenle, kişilerin bir başkasının yardımına muhtaç olmadan hayatını idame ettirebilmesi, çalışma yaşamında karşılaşılabileceği risklere karşı koruma altına alınması ve ileri yaşlarda

da emeklilik haklarından yararlanılabilmesi için sosyal güvenlik şemsiyesi altında olunması gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 16.06.2006 Tarih 26200 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 12.05.2010 Tarih 27579 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 3 04.02.2011 Tarih 27836 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 4 25.02.2011 Tarih 27857 (Mükerrer) Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 5 EK MADDE 5-Tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süresiz olarak çalışanları; EK MADDE 6- Ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerleri ile 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan, sigortalıları ifade eder.

KAYNAKLAR

SGK Genelgeleri ve eğitim notları.

Derya KARADEMİR

TİSK Müşavir Avukatı

İhaleli İşlerde Teşvik: Bir Varmış, İki Yokmuş...

Bu incelemenin hikâyesi; üç kanun¹, bir SGK Genelgesi ve bir Kamu İhale Tebliği tarafından yazılmıştır.

6111 sayılı Kanun: İhaleli İşler Kapsam Dışında

Toplumun her kesimi tarafından farklı nedenlerle ve yakından takip edilen 6111 sayılı Kanun, 216 madde ve beş kısımdan oluşmuştur. İlk dört bölümde kanunun asıl amacını oluşturan, af ve teşviklere ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, beşinci kısmında ise bazı kanunlarda (ki bunlar hiç de azımsanmayacak sayıda) değişiklik yapılmıştır.

“Torba Kanun”² geleneğinin giderek yerleştiği bir dönemde çıkarılan kanun, söz konusu geleneğin şüphe yok ki önemli temsilcilerinden biridir.

Aynı kanun içinde onlarca, bazen çok daha fazla kanunun değiştirilmesi, mevzuatın takibi açısından “ince hukuk işçiliği” gerektirmekte, “hukuk güvenliği” açısından da -kimi zaman bertarafı son derece zor- riskleri beraberinde getirmektedir.

6111 sayılı Kanunumuza ilişkin bu -kaçılmaz- ön değerlendirmeden sonra incelememizin ana konusuna dönerek, 6111 sayılı Kanun ile getirilen teşviklere, “ihaleli işler” özelinde bakmak istiyoruz.

6111 sayılı Kanun’un sosyal güvenliğe ilişkin getirdiği düzenlemelerin hazırlanış gerekçeleri arasında;

- Ülkemizin ve dünyanın en büyük sosyal güvenlik reformu olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun eksik ve aksaklıklarının giderilmesi,

- Sosyal güvenlik kapsamının genişletilmesi,

- Sosyal sigorta ve genel sağlık sigortasının kolaylaştırılması ve

- Prim tahsilatının artırılması gibi hususlara yer verilmiştir.

Yer verilen gerekçelerin her birinin son derece önemli ve yerinde olduğuna şüphe yoktur. Ancak bu önem ve yerindelik ihaleli işler açısından geçerli ve gerekli görülmemiş olsa gerek ki; ihaleli işler getirilen tüm teşviklerin kapsamı dışında tutulmuştur.

6111 sayılı Kanununun 38. maddesi ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun, "Prim Oranları ve Devlet Katkısı" başlıklı 81. maddesinde değişikliğe gidilmiştir.

81. madde, özel sektör işverenlerinin Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalıştırdıkları sigortalıları için ödedikleri "malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazinece karşılanmasına" yönelik önemli bir teşvik düzenlemesini içermektedir.

Bu teşvik uygulamasına, Torba Kanun'dan önce 5763 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemede ilk kez yer verilmiştir.

5763 sayılı Kanun, "ihaleli işlere" 6111 sayılı Kanun'dan daha müşfik davranmış ve 24. maddesinde, bu teşvikten "yararlanamayacak olan" işveren ve sigortalıları şu şekilde belirlemiştir:

- Kamu idareleri işyerleri,
- Bu Kanuna göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar,
- Yurt dışında çalışan sigortalılar³.

Bir başka ifade ile 5763 sayılı Kanun getirdiği teşvikin "ihaleli işlere" uygulanmasına imkân vermiştir.

Toplumun tüm kesimleri ile adeta bir barış imzalamaya ve yeni bir sayfa açma hedefi ile yola çıkmış olan 6111 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle ise teşvikten "yararlanamayacak olanların kapsamı genişletilmiş" ve yukarıdakilere ilave olarak aşağıdaki işler ve işyerleri teşvik kapsamı dışına çıkarılmıştır:

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na,
- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na,
- Uluslararası anlaşma hükümlerine istinaden yapılan alım ve yapım işleri⁴,
- 4734 sayılı Kanun'dan istisna olan alım ve yapım işlerine ilişkin işyerleri.

Bu düzenleme sonucunda ihale mevzuatımız kapsamında ve hatta ondan istisna tutularak yapılan tüm alımlar söz konusu teşvik uygulamasının dışında bırakılmıştır.

6111 sayılı Kanun'un 38. maddesinin gerekçesi, düzenlemeyle ilgili iki temel amaçtan söz etmiştir.

Amaçlardan birincisi:

"5 puanlık prim indirimi içeren teşvik un-

surunun diğer teşviklerle aynı anda uygulanmasını sağlamak ve bu şekilde kapsamını genişletmek" iken;

İkinci amaç ise:

"Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu ve bu kanundan istisna olan alımlar ile uluslararası anlaşma hükümlerine istinaden yapılan hizmet alımları⁵ ve yapım işlerini yürüten işyerleri hakkında uygulanmamasını sağlamak" tır.

Ayrıca yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, 6111 sayılı Kanun uygulamasında, "İhaleli işler" sadece 5 puanlık prim indiriminden değil, genç ve kadınların istihdamına yönelik olarak getirilen teşviklerinde kapsamı dışında tutulmuştur.

Kamu alımları kapsamında istihdam edilen kişi sayısına dair bir veriye sahip olmamakla birlikte kamu alımlarına ayrılan kaynaklar dikate alındığında, bu sayının küçümsemeyecek bir istihdam potansiyeline denk düştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

AB ülkelerinde, kamu alımlarının sadece; "harcama", "yatırım" ve "ihtiyaçların temini" anlamına gelmediği, aynı zamanda istihdam, eğitim ve bazı sosyal alanlardaki sorunların çözümünde önemli bir pay sahibi olduğu giderek kabul görmekte ve bu yönde düzenlemeler yapılmaktadır.⁶

Ülkemizde de bu yaklaşımın gelişeceğine inanılmakla birlikte, Torba Kanun düzenlemesine bakıldığında, inancın gerçekleşme süresinin kısa olmayacağı görülmektedir.⁷

5763 sayılı Kanun: İhaleli İşler Kapsam İçinde (Mi?)

Tarihsel olarak yeniden eskiye gitmeyi tercih ettiğimiz incelememizde, daha geriye ve teşvikin -ve sorunun- başladığı 5763 sayılı Kanun dönemine geri dönüyoruz.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere istihdam için önemli teşvikler getiren 5763 sayılı Kanun'da, 6111 sayılı Kanun'dan farklı olarak ihaleli işler "sürpriz bir şekilde", 5 puanlık teşvikten yararlanacak işyerleri arasında kabul edilmiş, daha doğrusu "istisna tutulmamıştır".

Uygulamaya açıklık getirmek amacı ile Sosyal Güvenlik Kurumu'nca çıkarılan 13 Kasım 2008 tarih ve 2008/93 sayılı Genelge'de ihaleli işlerle ilgili olarak sadece, "Diğer Hususlar"

başlıklı 11 numaralı bölümde “Özel nitelikteki bina inşaatı ile ihale konusu işyeri işverenleri, aranılan şartları sağlamış olmaları kaydıyla, beş puanlık prim indiriminden yararlanabileceklerdir.” açıklamasına yer verilmiştir.

Bu ilk Genelge'den bir yıl sonra, 19 Kasım 2009 tarih ve 2009/139 sayılı Genelge yayımlanmıştır.

2009/139 sayılı Genelge ile 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde öngörülen “sigorta prim indiriminden yararlanılmasında tereddüde düşülen konularla ilgili olarak” açıklama yapılmıştır⁸.

Genelge'nin 5 numaralı alt başlığı “Beş puanlık prim indiriminden yararlanan ihale konusu işyerleri ile ilgili yapılacak işlemlere” ayrılmıştır.

Söz konusu açıklamayı içeren Genelge'nin ilgili bölümü şöyledir:

İhale konusu iş üstlenen işverenlerin, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde öngörülen beş puanlık prim indiriminden yararlanmış olmaları halinde, idarelerce yapılacak olan hakediş ödemeleri sırasında, Hazinece karşılanmış olan prim tutarları, ilgililerin hakedişinden kesilmektedir.

Bu nedenle, ihale konusu iş üstlenen işverenlerce, hakediş ödemesine esas yasal ödeme süresi geçmiş borçlarının olup olmadığının bildirilmesinin talep edildiği durumlarda söz konusu işverenlerin beş puanlık prim indiriminden yararlanmış olmaları halinde, düzenlenecek olan yazıların altına,

“Bu işyerinde çalışan sigortalılardan dolayı 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde öngörülen beş puanlık prim indiriminden yararlanılmış olup, ... TL tutarındaki sigorta primi Hazinece karşılanmıştır.” şeklinde açıklama yapılacaktır.

Diğer taraftan, ihale konusu iş üstlenen bazı işverenlerin, aylık prim ve hizmet belgelerini Kanun numarası seçmeksizin düzenleyerek prim tutarlarını ödedikten ve hakediş ile teminatlarını aldıktan sonra, geriye yönelik olarak Kanun numarası seçilmeksizin düzenlenmiş olan aylık prim ve hizmet belgeleri için iptal nitelikte ve iptal edilen prim belgelerinin yerine de 5510 sayılı Kanun numarası seçilmek

suretiyle asıl nitelikte prim belgesi düzenleyerek Kuruma verdikleri ve geriye yönelik olarak anılan Kanunda öngörülen indirimden yararlanmak istedikleri anlaşılmıştır.

Bu bakımdan, ihale konusu iş üstlenen ve aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içinde kanun numarası seçmeksizin Kuruma vermiş olan işverenlerce, sonradan geriye yönelik ve düzeltme amaçlı olarak 5510 sayılı Kanun numarası seçilmek suretiyle aylık prim ve hizmet belgesi düzenlendiği durumlarda, söz konusu belgelerin işleme alınıp alınmayacağı hususunda durum ilgili idareye bildirilecek ve ihale konusu iş üstlenen işverenin beş puanlık prim indiriminden yararlandırılıp yararlandırılmayacağı hususunda, ilgili idareden alınacak cevaba göre işlem yapılacaktır.”

Bölümün ilk paragrafında yer alan: “ihale konusu iş üstlenen işverenlerin.....idarelerce yapılacak olan hakediş ödemeleri sırasında, Hazinece karşılanmış olan prim tutarları, ilgililerin hakedişlerinden kesilmektedir.” şeklindeki, prim indiriminin hakedişlerden kesilmesini; “doğal”, “zaten olması gereken” ve “alışılabilir bir uygulama” olarak ifade eden bu açıklama, uygulama sorunlarının da başlangıcını oluşturmuştur.

Genelge'den sonra ortaya çıkan durumu özetlemeye çalışalım;

- İhaleli işin (sosyal güvenlik mevzuatı açısından) işvereni/(ihale mevzuatı açısından) yüklenicisi 5763 sayılı Kanun'da yer alan teşvikten yararlanıp, prim ödemelerinde 5 puanlık indirimi uyguluyor.

- Genelgeye göre ihaleli işin idaresi ise bu indirimi işverene/yükleniciye ödeyeceği hakedişten kesiyor.

- Bu durumda işveren/yükleniciye nasıl bir teşvik uygulanmış oluyor?

Aslında sonuç açık; 5763 sayılı Kanun'la teşvik kapsamında kabul edilen “ihaleli işlerin yüklenicisi olan özel sektör işverenleri”, Genelge'de yer alan açıklama sonucunda bu teşvikten fiilen yararlanamamış oluyor.

Nitekim bu sonuç, pek çok sorun ve hukuki uyumsuzluğa da konu olmuştur.

“5 puanlık indirimin hakedişlerden kesilmesi” şeklinde yaşanan uyumsuzlukta ilk derece

mahkemesi⁹, “Sigorta primlerini ödemeyi üstlenmiş olan yüklenicinin, kendi sorumluluğunu yerine getirirken ve devletin sağladığı katkıdan yararlanırken bunun idareye geçirilmesi anlamına gelecek bir uygulama ile hakedişlerinin kesilmesini yerinde bulmamıştır”¹⁰.

Hakedişlerden kesinti yapılmasının yasal zorunluluklardan ya da işin şartname ve sözleşmesinden kaynaklanması gerektiği, bu gerekler dışında hiçbir nedenle idarelerin hakediş kesintisi yapamayacağı, ihale ve kamu ihale sözleşmeleri mevzuatımızın hukuki gereklerinden biridir.

Sorunun kaynağına ve -sonra da mümkün ise- çözüme ulaşabilmek için, kanuna ve hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açan Genelge açıklamasının ihale mevzuatı açısından durumuna daha yakından bakmak gerekiyor.

İhaleli İşlerde İstisnai Bir Uygulama ve “Hakedişten Teşvik Kesintisi” İstisnasının Genele Teşmili

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan alımlar, alımın konusuna göre; “mal”, “hizmet” ve “yapım” ana başlıklarında ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kurumu’da, her alım türünün özelliklerine uygun, farklı ikincil mevzuat düzenlemeleri yapmıştır.

Ayrıca her bir alım türü de; “fiyat farkı uygulamasına tabi olanlar” ve “fiyat farkı uygulamasına tabi olmayanlar” şeklinde kendi içinde ayrılmıştır.

Sonuç itibarıyla, 4734 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatı kapsamında yapılan alımların -istisnai bazı düzenlemeler dışında- “altı farklı şekilde” yürütüldüğünü söylemek mümkündür.

Bu “altı farklı uygulama” içinde;

- Hizmet ihaleleri kapsamında yapılan,
- Personel çalıştırılmasına yönelik olan¹¹ ve
- Fiyat farkı uygulamasına¹² tabi tutulan

alımlar, inceleme konumuz açısından özel önem taşımakta ve diğer beş alımdan ayrılmaktadır.

Fiyat farkı uygulaması, idare ile yüklenici

arasında imzalanan “Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme”nin 14. maddesinde yer almakta ve alım konusu işin yürütümü sırasında fiyat farkı uygulanıp uygulanmayacağı bu madde ile belirlenmektedir. Bir başka ifade ile fiyat farkı uygulaması, taraflar açısından sözleşme hükmü niteliğini taşımaktadır.

Fiyat farkının uygulama esasları ise Bakanlar Kurulu’nca¹³ belirlenmiştir.

Hizmet alımlarında uygulanacak olan Fiyat Farkı Esasları’nın 8. maddesinde¹⁴ yer alan düzenlemeye göre, sözleşme süresi içindeki “Asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan fark yükleniciye ödenmektedir. Sosyal sigorta ve işsizlik sigortası primlerindeki artışlardan kaynaklanan maliyetlerde aynı şekilde yükleniciye bu kapsamda ödenmektedir. Buna karşılık aynı maddenin son bendinde, sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca “işveren nâm ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemelerin de yükleniciden kesileceği” düzenlenmiştir.¹⁵

Düzenleme kendi içinde hakkaniyetlidir. Zira alım konusunun personel çalıştırılması olduğu durumlarda, sözleşme döneminde işçilik maliyetlerindeki (asgari ücret, sigorta prim vb.) artışlar idareler tarafından işverene ödenmekte, devletin işçilik maliyetlerini azaltan düzenlemeler yapması halinde ise paralel şekilde bunu yüklenicilerden kesmektedir.

Düzenleme, yukarıda da belirtildiği üzere hizmet alımlarının spesifik bir uygulamasını kapsayan, özel bir düzenlemedir. Belirtilen özel nitelikli hizmet alımları dışında kalan hizmet alımları, mal ve yapım alımları açısından, -fiyat farkı ödensin ya da ödenmesin- benzer bir düzenleme öngörülmesi değildir.¹⁶ Personel çalıştırılmasına yönelik olan ancak fiyat farkı uygulaması öngörülmemiş hizmet alımları açısından da asgari ücret ve prim değişiklikleri nedeniyle yükleniciye herhangi bir fiyat farkı uygulaması yapılmayacaktır.

Nitekim bu durumu göz önünde bulunduran Kamu İhale Kurumu, gerek 5763 sayılı Kanun, gerekse 6111 sayılı Kanun çerçevesinde yaptığı düzenleyici işlemlerde, sadece personel çalıştırılmasına dayalı ve fiyat farkı uygulaması yapılan hizmet alımlarını dikkate almıştır.

İhaleli işlerin teşvik kapsamında kabul edildiği 5763 sayılı Kanun'u takiben Kamu İhale Kurumu'nca yapılan düzenlemede¹⁷; "İhale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı fiyat farkı hesaplanması öngörülen hizmet alımı ihalelerinden" söz edilmiş ve yukarıdaki düzenlemeler gereğince, Hazine tarafından karşılanan prim tutarının, idare tarafından yüklenici hakedişinden kesileceği" belirtilmiştir.

Diğer alımlar açısından bir açıklama yapılmamış; yukarıda belirtilen gerekçelere dayalı olarak yapılmasına gerek duyulmamıştır.

İhaleli işlerin teşvik kapsamı dışında bırakıldığı 6111 sayılı Kanun'u takiben Kurumca yapılan düzenlemede¹⁸ yine yalnızca söz konusu hizmet alımlarına atıfta bulunulmuş ve "01.03.2011 tarihinden sonraki dönemlere ait prim ödemelerinde işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarın Hazinece karşılanması uygulamasına son verildiğinden, yüklenicilerin 2011 yılının Mart ayı ve sonrasındaki aylara ait hakedişlerinden 5510 sayılı Kanununun 81. maddesi birinci fıkrasının (ı) bendi kapsamında herhangi bir kesinti yapılmayacağı" açıklanmıştır.

"İhale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı fiyat farkı hesaplanması öngörülen hizmet alımı ihaleleri" açısından ortaya çıkan 5 puanlık prim indirimin hakedişlerden kesilmesi uygulaması, kanaatimize göre SGK Genelgesi'nde tüm ihaleli işler açısından geçerli kabul edilerek bir açıklama yapılmış ve uygulamada sadece işveren/yükleniciler açısından değil, idarenin kendi içinde dahi uyumsuzluklar ortaya çıkmıştır.¹⁹

"Bir Var"Ken, "İki Yok"Muşun Yansımaları

"İhale dokümanında personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı fiyat farkı hesaplanması öngörülen hizmet alımı ihaleleri"nin yüklenicileri açısından, hakediş kesintisi sözleşmesel bir taahhüdü ifade etmekte iken diğer ihaleli iş yüklenicileri açısından böyle bir taahhütten söz etmek mümkün değildir.

Belirtildiği üzere personel çalıştırılmasına dayalı ve fiyat farkı ödemesi yapılan ihaleli işler açısından hakediş kesintisi, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan bir taahhüdüdür.²⁰ Bu tür işlerde idare ve yüklenici, personelin ücret ve prim farkları konusunda sözleşme ile karşılıklı olarak anlaşmaktadır. Yüklenici, asgari ücret ve primlerdeki artışların kendisine ödeneceğini, buna karşılık Hazinece karşılanacak bir tutarın ortaya çıkması halinde ise, Hazine'nin karşıladığı tutarın hakedişlerinden kesinti konusu yapılacağını sözleşmesinin bir hükmü olarak baştan kabul etmekte ve işin yürütümünü bu şartlar altında üstlenmektedir.

"5 puanlık prim teşvikinden yararlanan ve ihaleli iş yüklenen işverenlerin hakedişinden teşvik tutarı kadar kısmının kesilmesinin, prim teşviki ile getirilen esas amaçtan uzaklaşılması" anlamını taşıdığı ve "ihaleli iş alan işverenler açısından ikincil düzenlemelerle bu kısıtlamanın yapıldığı" şüphesiz olmakla birlikte, çözümün "Kamu İhale Genel Tebliği'nde yapılacak değişikliklerle²¹" geleceği yönündeki yaklaşımı paylaşmak güçtür.

Konuya bir başka açıdan yaklaşıldığında ise "kamudan iş alan yüklenicinin teşvik koşullarını hak ederek uyguladığı prim indiriminin, kamu idaresince hakedişinden kesilmesi halinde devletin kendisini mi, yoksa yükleniciyi mi ödüllendirdiği" sorusu son derece haklıdır. Ancak çözüm için hem Kamu İhale Genel Tebliği'nin, hem de SGK Genelgesi'nin kaldırılması ya da yargı tarafından iptali yönündeki görüşü de²² özellikle Kamu İhale Genel Tebliği ve ihale mevzuatı hükümleri yönüyle paylaşmak zordur.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin tüm alım türleri içinden sadece hizmet alımlarını ve onların içinden de personel çalıştırılmasına dayalı ve fiyat farkı ödenenleri esas alarak düzenleme yapmış olması ne kadar doğru ise, SGK Genelgesi'nin tüm alım türlerini içine alacak ve teşvik uygulamasını adeta kullanılamaz hale getirecek bir açıklama içermesi o kadar yerinde olmamıştır.

SGK Genelgesi normlar hiyerarşisindeki yerini aşarak, sözleşmesel bir yükümlülük taşımayan ihaleli iş yüklenicilerinin/işveren-

lerinin 5763 sayılı Kanun'un getirdiği teşvik imkânından yararlanmasında ciddi sorunlara yol açmıştır.

Son cümle; ihaleli işler açısından 6111 sayılı Kanun'la "teşvik -zaten- gitmiş"; ama 5763 sayılı Kanun'un uygulama dönemi yönünden "kavga henüz bitmemiştir".

DİPNOTLAR

1 6111 sayılı "Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" 25 Şubat 2011 tarih ve 27857 sayılı Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

5763 sayılı "İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" 26 Mayıs 2008 tarih ve 26887 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu" 16 Haziran 2006 tarih ve 26200 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

2 ALTINOK Tevfik; Torba Kanun mu, Çorba Kanun mu?, Tekstil İşveren, Sayı 375, Haziran 2011, s. 30-31.

3 Yurtdışında çalışan sigortalıların teşvik kapsamı dışında tutulmasındaki ısrar ve bunun sonuçları ise ayrı bir makale konusu olacak niteliktedir.

4 "Alım" kavramının kamu ihale mevzuatında özel olarak tanımlanmamış olduğunu; 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan, "mal, hizmet ve yapım" ihalelerinin tümü için "alım" kavramının ortak olarak kullanılabilmesini; hal böyle olunca da "yapım" kelimesinin ayrıca kullanılmasına esasen gerek bulunmadığını belirtmek gerekiyor.

5 Gereğede "hizmet alımlarına ve yapım işlerine" atfı yapılar iken, kanun metninde genel olarak "alım" ve "yapım" işlerinden söz edilmiş olması "mal alımları"na uygulanmama açısından tereddüd yaratacak mahiyette ise de kanun koyucunun genel amacının "her türlü ihaleli işleri" kapsam dışında bırakmak olduğu ve kanun maddesinde de bu hususun belirtilmiş olduğu dikkate alındığında "mal alımlarının" da kapsam dışında olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Gereğede bu ayrıma dikkat edilmemiş olmasının bir eksiklik olduğuna vurgu yapılmakla yetinilmektedir.

6 Su, Enerji, Ulaştırma ve Posta Hizmet Sektörlerinde Faaliyet Gösteren İdarelerin İhale Usullerinin Koordine Edilmesine ilişkin 31 Mart 2004 tarih, 2004/17/EC sayılı AB Direktifi'nde mesleki eğitim ve istihdama yönelik yeni yaklaşımlara yer verilmiştir.

Direktifin 39 numaralı başlığı altında "İstihdam ve meslek kazandırma, herkes için eşit fırsat yaratılmasının garanti edilmesini sağlayan temel faktörlerdir ve toplumdaki bütünleşmeye katkıda bulunur." ifadesi yer almakta; 44 numaralı başlık altında ise "İhalenin gerçekleştirilmesine ilişkin şartların doğrudan veya dolaylı olarak ayırım gözetmemeleleri ve ihaleye davet ilanında veya şartnamede belirtilmeleri koşuluyla Direktife uygun olacağı" vurgulandıktan sonra "bu şartların mesleki eğitim, bütünleşme konusunda belirli

bir zorluk yaşayan insanların istihdamı, işsizlikle mücadele veya çevrenin korunması gibi konularda teşvik edici olabileceği" belirtilmekte ve bu kapsamda "uzun süreli iş arayanların işe alınması veya işsizler veya gençler için eğitim tedbirlerinin uygulanması gibi" örneklere yer verilmektedir.

7 İhaleli İşlerde Nitelikli İşgücü İstihdamı İçin Bir Fırsat Kaçırıldı

6111 sayılı Kanun'un, 74. maddesinde mesleki yeterlilik belgesi sahibi ve mesleki eğitim almış işgücünün istihdamı açısından son derece önemli bir teşvik getirilmiştir.

Düzenlemeye göre belli niteliklere haiz sigortalıların sigorta primlerinin işveren hisseleri İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanacaktır. "Mesleki yeterlilik belgesine sahip" olanlar bu teşviktен kırksekiz ay süreyle yararlanabileceklerdir. Bu süre, teşviktен yararlanmak için öngörülen en uzun süredir.

"Mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi veya Türkiye İş Kurumu'nca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenler" içinse bu süre otuz altı ay olarak uygulanacaktır.

İhale konusu "yapım" işlerinin bir diğer deyişle "inşaat" sektörünün teşvik kapsamı dışında bırakılmasının, bu çalışmanın sınırları dışında kalan, ancak vurgulanmazsa çok eksik kalacak bir başka yönü de budur.

İnşaat, işgücü niteliğini yükseltmeye en fazla ihtiyaç duyan sektörlerin başında gelmektedir.

İhaleli yapım işlerinin bu teşvikin de kapsamı dışında bırakılmış olması, özellikle kamu inşaatlarında nitelikli işgücünün istihdamının artırılması açısından kaçırılmış bir fırsattır.

Üstelik kaçan fırsat yapım işleri ile sınırlı görülmemelidir. Kamunun ihale ile yaptığı tüm alımlarda nitelikli işgücü kullanma fırsatı önemli ölçüde kaçırılmıştır.

8 2009/139 sayılı söz konusu Genelge'nin diğer bazı düzenlemelerinin eleştirisi için; ŞAKAR, Müjdat; Prim İndirimi Genelgesi Kanunu Aşıyor!, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2010, s.249.

9 ÇOLAK, Mahmut; Hazine'ce Karşılana 5 Puanlık Sigorta Priminin Hakedişlerden Kesilip Kesilemeyeceği, Yaklaşım, Kasım 2010, Sayı: 215, s. 215-217.

10 Ankara Asliye İkinci Ticaret Mahkemesi'nin, 14.07.2010 tarih ve E.2009/193, K.2010/441 sayılı Kararı (Söz konusu kararın temyiz incelemesi Eylül 2011 tarihi itibarıyla halen devam etmektedir).

11 Kamu İhale Genel Tebliği'nin 78. maddesinde, söz konusu hizmet alımları ve teklif fiyatın belirlenmesi konusunda ayrıntılı açıklama yapılmıştır. Buna göre:

"Madde 78-Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında teklif fiyata dahil olacak giderler

78.1. Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımları; ağırlıklı olarak personel çalıştırılmasına dayanan, çalıştırılacak personel sayısının belirlendiği ve haftalık çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı hizmetlerdir.

78.2. Malzemeli veya malzemesiz temizlik, malzemesiz yemek, özel güvenlik, sayaç okuma ve kesme-açma, hasta ve ziyaretçi yönlendirme, tıbbi sekreterlik, veri işleme ve otomasyon sisteminin işletimi hizmetleri gibi hizmetler personel çalıştırılmasına dayalı olup, bu tebliğde personel ça-

lıştırılmasına dayalı olan/olmayan hizmetler arasında sayılmayan işlerin personel çalıştırılmasına dayalı olup olmadığı yukarıda yer verilen tanıma göre idarelerce değerlendirilecektir.

78.3. Malzeme dahil yemek hazırlama hizmeti veya malzeme dahil yemek hazırlama ve dağıtım hizmeti ya da makine ve ekipman ile araçlar ve/veya akaryakıtın yüklenici tarafından sağlanacağı çöp toplama ve nakline ilişkin hizmetler ile personel taşıma gibi hizmetler personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak, personel çalıştırılmasına dayalı olmayan bir hizmet alımına ilişkin ihale dokümanında haftalık çalışma saatlerinin tamamını idarede geçirecek personel sayısının belirlenmesi hallerinde teklif fiyata dahil giderler arasında işçilik giderine yer verilmesi gerekmektedir.

78.4. Çöp toplama ve nakline ilişkin hizmetlerde, çöp toplama ve naklinde kullanılacak makine ve ekipmanlar ile çöp toplama araçlarının ve akaryakıtın idare tarafından karşılanması durumunda bu alımların ve ayrıca malzemenin idare tarafından karşılandığı yemek hizmeti (malzemesiz yemek hizmeti) alımlarının personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı olarak ihale edilmesi gerekmektedir.”

12 Fiyat farkı uygulaması, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde başlamış, 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 22 Ocak 2002 tarih ve 24648 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ikincil mevzuatı çerçevesinde bu kez mal, hizmet ve yapım işleri için ayrı ayrı hazırlanmış ve Kanunun yürürlüğe girmesinden bir gün önce 31.12.2002 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

13 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar (31.12.2002 tarih ve 24980 3.Mükerrer sayılı Resmi Gazete).

14 Asgari ücret ve diğer işçilik maliyetlerindeki değişiklikten kaynaklanan fark (Değişik: 07.05.2004- 25455/ 3 md.)

Madde 8 - İhale konusu hizmetin gerçekleştirilebilmesi için çalıştırılacak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi personelin, sayı ve günlük çalışma saatinin belirtilmesi kaydıyla;

a) Asgari ücret tespit komisyonunca ihale (son teklif verme) tarihinde 16 yaşını doldurmuş işçiler için belirlenmiş asgari ücretin değiştirilmesi halinde eski ve yeni asgari ücret arasındaki fark,

b) İhale (son teklif verme) tarihi itibarıyla işveren tarafından karşılanacak olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigortası primine ilişkin toplam tutarda; asgari ücret değişikliği veya sigorta primi alt sınır değişikliği ile prim oranları değişikliği gibi sebeplerle meydana gelecek fark,

c) 506 sayılı Kanunun 77 nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde sözleşmede öngörülen ücret ekleri nedeniyle, işveren tarafından karşılanmakta olan sosyal sigorta primi ve işsizlik sigorta primine ilişkin toplam tutarda meydana gelecek fark,

toplamı ((a), (b) ve (c) bentleri toplamı), 506 sayılı Kanun gereğince işveren nâm ve hesabına Hazinece yapılacak olan ödemeler de dikkate alınmak suretiyle bu esasların 7 nci maddesi uygulanmaksızın ödenir veya kesilir.

15 Kamu İhale Kurulu Üyesi Bahattin Işık tarafından konuyla ilgili yapılan açıklamada şu görüşlere yer verilmiştir: “Fiyat Farkı Esasları’nın amacı, ihale tarihindeki şartların sözleşme aşamasında değişmesi durumunda, işveren aleyhine gelişen durumların giderilmesi, işveren lehine gelişmeler olduğunda ise kesinti yapılarak teklifin verildiği ihale tarihindeki şartların korunmasıdır. Bir başka ifade ile ihale tarihinde teklif edilen fiyatı dikkate alıp sözleşme aşamasında oluşan ekşi ya da artıya göre fiyat farkı vermek ya da kesmektir. Fiyat farkı esaslarının mantığı budur ve burada taraflar korunmaktadır. İhale tarihindeki şartların birinin aleyhine diğerinin lehine gelişmemesi anlamında getirilmiştir.” Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları Semineri-Çalıştay, Antalya/Belek (29 Nisan-2 Mayıs 2010), KAMU-İŞ Yayını, s.150.

16 “Hizmet” alımlarına yönelik Fiyat Farkı Esasları’nın yanı sıra “Mal” ve “Yapım” alımlarına yönelik olarak yayımlanmış fiyat farkı esasları da bulunmaktadır. Tüm fiyat farkı uygulamalarının ortak yönlerinden birinin “Fiyat Farkı” kavramının her zaman bir artışı ifade etmediği, kimi zaman yüklenicinin hakedişinden yapılacak kesintiyi de içerecek şekilde kullanıldığını belirtmek gerekmektedir. Yükleniciye yapılacak ödeme ya da kesinti Esaslar’da yer alan göstergelerin sözleşme dönemi içindeki değişimlerinin yine Esaslar’da yer alan formüle uygulanması sonucunda ortaya çıkmakta ve hakedişe yansımaları da bu sonuca uygun olarak yapılmaktadır. Ancak personele dayalı hizmet alımları dışında hiçbir fiyat farkı uygulamasında asgari ücret ve primler temel göstergeler arasında yer almamaktadır. Örneğin yapım işleri açısından temel göstergeler arasında çimento, demir, akaryakıt, kereste vb. ürünlerdeki fiyat değişimleri yer almaktadır.

17 Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğin 4. maddesi, 25.10.2008 tarih ve 27035 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

18 Kamu İhale Genel Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğin 20. maddesi, 20.04.2011 tarih ve 27911 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

19 Uyuşmazlıklar hakedişlerinden SGK Genelgesi nedeniyle kesinti yapılan yüklenicilerin konuyu yargıya taşımalarının yanı sıra, idarelerin Maliye Bakanlığı’na görüş sorarak “kesinti yapılmayacak” şeklindeki Bakanlık görüşü doğrultusunda işlem yapmalarının ardından aynı işlemin bu kez Sayıştay denetçileri tarafından eleştirilmesini konu yapılmaması şeklinde de ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için: Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları Semineri-Çalıştay, Antalya/Belek (29 Nisan-2 Mayıs 2010), KAMU-İŞ Yayını, s.114.

20 CANBOLAT Talat; Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları Semineri-Çalıştay, Antalya/Belek (29 Nisan-2 Mayıs 2010), KAMU-İŞ Yayını, s.105

21 ÇOLAK, Mahmut; Hazine’ce Karşılanan 5 Puanlık Sigorta Primininin Hakedişlerden Kesilip Kesilemeyeceği, Yaklaşım, Kasım 2010, Sayı: 215, s.215-217.

22 AKYİĞİT, Ercan; Kamuda İhaleyle İş Alan Yüklenicilerin Prim İndirimlerinin Kamu İşverenince Hakedişten Kesilmesi Yasal Mıdır?, Çimento İşveren, Cilt 25, Sayı 4, Temmuz 2011, s.13.

Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Türk Vatandaşı İşçinin Yabancı Bir Ülkede Geçirdiği İş Kazasına Uygulanacak Hukuk

- Yargıtay 21. HD.'nin 25.10.2010 Tarihli Kararının İncelenmesi-¹

T.C. YARGITAY

21. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2009/13391

Karar No : 2010/10434

Tarihi : 25.10.2010

DAVA

Davacı, murisinin 09.01.2007 tarihinde geçirdiği kazanın iş kazası olduğunun tespiti ile SGK 23. madde gereği gelir bağlanması gerektiğine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalı işveren A.Ş.'nin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davalı SGK'nın temyizine gelince;

Dava, nitelikçe davacının murisi'nün davalının işçisi olarak Irak'ta istihdam edilmek üzere Bağdat'a götürülmekte iken yolculuk sırasında bulunduğu uçağın düşmesi sonucu 09.01.2007 tarihinde gerçekleşen ölümünün iş kazası olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

İddia, savunma dosyadaki bilgi ve belgelerle dinlenen tanık beyanlarından, davacının murisi'ın davalı şirketin Bağdat'daki işyerinde çalışmak üzere 34 arkadaşı ile birlikte Hava yollarına ait yolcu uçağı ile Adana'dan hareket edildiği, ancak uçağın Bağdat havaalanı yakınında düştüğü, murisin ve diğer yolcuların öldüğü, gerçek-

leşen olayın davalı işveren yönünden “iş kazası” olduğu tartışmasızdır. Eldeki davada uyuşmazlık olayın SGK yönünden 506 sayılı Yasa'nın 11. maddesine göre “iş kazası” sayılıp sayılmayacağı ve SGK'nın davacılara 506 sayılı Yasa'da iş kazası sigorta kolundan öngörülen yardımları yapmakla yükümlü olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Dosya içeriğinden yurt dışında çalışmak üzere götürülmekte iken, kazaya maruz kalan işçinin uzun vadeli sigorta kolları olan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası bakımından topluluk sigortasına tabi olduğu, iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı topluluk sigortası yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Kamu hukuku alanına giren sosyal güvenlik hukukunun hizmet akdiyle çalışanlar yönünden başlıca kaynağını oluşturan olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa SGK'ya yükümlülükler getiren bir sosyal güvenlik sözleşmesi veya topluluk sigortası bulunmadığı takdirde kural olarak Türk milli sınırları içerisinde ve Türkiye'de tescilli işyerleri ve işverenler ile kanun kapsamındaki işçiler için uygulanabilir.

Başka bir anlatımla 506 sayılı Yasa'nın uygulama alanı devletin hükümranlık sahası ile sınırlı olup, ülke sınırları dışında uygulanamaz. 506 sayılı Yasa'nın ülke dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesi

SGK'ya yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi veya kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortaları bulunması halinde mümkün olabilir. Somut olayda, davacı murisinin davalı işverenin yurtdışında Irak'ta bulunan işyerine çalışmaya giderken, zararlandırıcı olaya maruz kaldığına ve Irak ile Türkiye arasında SGK'yı yükümlülükler altına sokan sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmadığına ve topluluk sigortası iş kazasını kapsamadığına göre olayın SGK yönünden iş kazası sayılması ve giderek SGK'nın 506 sayılı Yasa gereğince sorumlu olduğundan söz edilmesi mümkün değildir.

Mahkemece yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular gözetilmeden dava konusu olayın SGK yönünden de iş kazası sayılmasına karar verilerek “iş kazasından” SGK'da 506 sayılı Yasa gereğince sorumlu olması sonucunu doğuracak biçimde yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum'un temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden ilgiliye yükletilmesine, 25.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

1. UYUŞMAZLIĞA KONU OLAY

Somut olayda davacı, murisi A. N. Ö.'nün davalının işçisi olarak Irak'ta istihdam edilmek üzere Bağdat'a götürülmekte iken yolculuk sırasında bulunduğu uçağın düşmesi sonucu 09.01.2007 tarihinde gerçekleşen ölümün iş kazası olduğunun tesbitini talep etmiştir. Yurt dışında çalışmak üzere götürülmekte iken, kazaya maruz kalan işçi için iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı topluluk sigortası yapılmamıştır.

Yerel mahkeme olayın iş kazası olduğunu tespit edip hak sahiplerine gerekli yardımların sağlanması yönünde hüküm tesis etmiştir.

Yargıtay, kamu hukuku alanına giren sosyal güvenlik hukukunun hizmet akdiyle çalışanlar yönünden başlıca kaynağını oluşturan olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa SGK'ya yükümlülükler getiren bir sosyal güvenlik sözleşmesi veya topluluk sigortası bulunmadığı takdirde kural olarak Türk milli sınırları içerisinde ve Türkiye'de tescilli işyerleri ve işverenler ile kanun kapsamındaki işçiler için uygulanabileceği, 506 sayılı Yasa'nın uygulama alanının devletin hükümranlık sahası ile sınırlı olup, ülke sınırları dışında uygulanamayacağı, 506 sayılı Yasa'nın ülke dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesinin ancak

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27. maddesine göre, iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.

SGK'ya yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi veya kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortaları bulunması halinde mümkün olabileceği belirtilerek, somut olayda bu unsurlar bulunmadığından, Irak ile Türkiye arasında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmadığına ve topluluk sigortası iş kazasını kapsamadığına göre olayın SGK yönünden iş kazası sayılması ve giderek SGK'nın 506 sayılı Yasa gereğince sorumlu olduğundan söz edilmesinin mümkün olmadığını belirterek, yerel mahkemenin olayın SGK yönünden de iş kazası sayılmasına karar verilerek "iş kazasından" SGK'nın da 506 sayılı Yasa gereğince sorumlu olması sonucunu doğuracak biçimde yazılı şekilde karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bularak kararın bozulmasına hükmetmiştir.

II. HUKUKİ SORUN

Somut olaydaki temel hukuki sorun, ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış bir ülke olan Irak'ta iş alan Türk işverenin, iş kazası ve meslek hastalığını kapsayan bir topluluk sigortası yapmamış olmasından dolayı çalıştırmak üzere bu ülkeye işçi götürürken meydana gelen kazanın iş kazası olup olmadığının hangi ülke hukukuna göre tespit edileceği noktasında toplanmaktadır. Eğer dava konusu olaya Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varılırsa, Sosyal Güvenlik Kurumu davasının murisleri tarafından talep edilen sigorta yardımlarını yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Aksi ihtimalde meydana gelen kazanın Irak hukukuna göre çözümlenmesi gerekecek

ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun herhangi bir yardım yapma mükellefiyeti doğmayacaktır. Bu nedenle öncelikle, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin kuralların uygulanma alanının kapsamının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

III. DEĞERLENDİRME

1. YABANCILIK UNSURU BULUNAN İŞ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUK

İçinde yabancılik unsuru bulunan ilişkilere hangi hukukun uygulanacağı devletler özel hukukunda kanunlar ihtilafını ilgilendiren bir konudur. İş sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilmesi iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır: Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesi niteliğinde olması ve iş sözleşmesinin yabancılik unsuru taşıması.² Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesi niteliğinde olup olmadığını hakim Türk hukukuna göre tespit eder.³

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 1. maddesine göre, Türkiye'nin imzalamış olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı unsur bulunan hukuki ilişkide öncelikle uygulanması gerekir.⁴ Eğer milletlerarası sözleşme bulunmuyorsa sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK'un 24. maddesine göre tespit edilir.

5718 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da⁵ iş sözleşmesine uygulanacak hukukun nasıl tayin edileceği konusunda özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretide iş sözleşmesinin borçlar hukukuna ait sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralına tabi olması gerektiği kabul edilmekteydi⁶ ve Yargıtayın uygulaması da bu yöndeydi.⁷ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27. maddesinde iş sözleşmeleri ile ilgili özel bir düzenleme getirilerek bu konu açıklığa kavuşturulmuştur. MÖHUK'un 27. maddesine göre:

"(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hu-

İkili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan ülkelerde çalıştırılan Türk vatandaşı işçilerin sosyal sigorta hak ve yükümlülükleri bu sözleşmelerde yer alan düzenlemelere göre belirlenir.

kukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmesine, işçinin mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

(4) Ancak halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.”

27. maddeye göre, iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir. Eğer, taraflar hukuk seçimi yapmamış iseler, iş sözleşmesine işçinin mutad olarak işini yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde ise, o ülke hukuku değil, devamlı olarak işini yaptığı ülke hukuku o iş sözleşmesinde uygulama alanı bulacaktır. İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde ise işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku iş sözleşmesinde uygulanacaktır.

MÖHUK'nun 5. maddesine göre, “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır”.

Sosyal güvenlikle ilgili kurallar ise doğrudan uygulanabilir niteliktedirler. Bu bağlam-

da Türkiye’de yerine getirilen iş sözleşmeleri ile bağlantılı sosyal güvenlik meseleleri Türk hukukuna göre çözümlenir. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 7.6.1989 tarihli kararında belirttiği gibi, hizmetin ifa edildiği yer yabancı bir ülke ise, işçi Türk vatandaşı olsa bile sosyal güvenlik mevzuatımızın uygulanması mümkün değildir.⁸ Bu kararda, “...Sosyal güvenliğe ilişkin hükümler iş hukuku alanında doğrudan uygulanan kurallardır. Suudi Arabistan’daki işyerinde görülen hizmet için Suudi Sosyal Güvenlik Kanunlarının, o yer idari ve adli makamlarınca doğrudan uygulanması gerekir... 506 sayılı Kanun Türk milli sınırları içerisinde ve Türkiye’de tescilli işyerleri ve işverenler ve kanun kapsamındaki işçiler için uygulanabilir....Suudi ülkesinde, Suudi işverenin işyerinde veya işi dolayısıyla oluşan olayı 506 sayılı Kanunun 11. maddesine göre, iş kazası saymak ve işçiyi T.C. tebaasında (vatandaşlığında) da olsa, 506 sayılı Kanun’un 2. maddesi kapsamında sigortalı kabul etmek ve iş kazası geliri bağlamak olanaksızdır” sonucuna varılmıştır. Sosyal güvenlikle ilgili düzenlemeler kamu hukuku nitelikli ülkesel kurallar olduğu için uygulama alanları yürürlükte oldukları ülkeyle sınırlıdır, etkilerini ülke dışına taşıramazlar. Bu bağlamda Türkiye’de çalışan yabancılar da Türk sosyal güvenlik mevzuatına tabidirler.⁹

2. İKİLİ SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİ İMZALANMIŞ ÜLKELERE GÖTÜRÜLEN İŞÇİLERİN SOSYAL GÜVENLİĞİ

İkili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanan ülkelerde çalıştırılan Türk vatandaşı işçilerin sosyal sigorta hak ve yükümlülükleri bu sözleşmelerde yer alan düzenlemelere göre belirlenir. Yurtdışında çalışan Türk işçilerinin ve Türkiye’de çalışan yabancı işçilerin sosyal güvenlik konularını düzenlemek üzere 2011 yılı itibarıyla 22 ülke ile ikili sosyal güvenlik sözleşmesi ve bu sözleşmeleri tamamlayıcı idari anlaşmalar imzalanmıştır.¹⁰ Bu anlaşmaların her birinde, işçi alımına, istihdamına ve ücret ile tazminat ödemelerine ilişkin genel ilkeler konulmuştur. 1969 yılında Almanya, 1966 yılın-

da Avusturya¹¹, 2000 yılında Arnavutluk, 2000 yılında Azerbaycan, 1967 yılında Belçika, 2004 yılında Bosna-Hersek, 2004 yılında Çek Cumhuriyeti, 2001 yılında Danimarka, 2003 yılında Gürcistan, 2003 yılında Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı¹², 1973 yılında Fransa, 1967 yılında Hollanda, 1980 yılında İsveç, 1971 yılında İsviçre, 2000 yılında Kanada, 1988 yılında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, 1985 yılında Libya, 2000 yılında Makedonya, 2000 yılında Romanya, 1980 yılında Norveç, 2004 Lüksemburg ile ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış; 2004 yılında da Kebek ile sosyal güvenlik konusunda bir mutabakat imzalanmıştır.¹³

3. SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİ İMZALANMAMIŞ ÜLKELERE GÖTÜRÜLEN İŞÇİLERİN SOSYAL GÜVENLİĞİ

Türk uyruklu firmaların sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde üstlendikleri işlerde çalıştırmak için götördükleri Türk vatandaşları işçilerin sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerine ilişkin farklı düzenlemeler bulunmaktadır.

a) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu Dönemi

Mülga 506 sayılı Kanun'da ülkemizle ikili sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen Türk işverenlerin çalıştırmak üzere götördükleri Türk vatandaşları işçilerin sigortalılıkları yasanın 85 ve 86. maddeleri uyarınca isteğe bağlı sigorta ve topluluk sigortası uygulanmak suretiyle sağlanmaktaydı. Bu bağlamda, Kurum ile söz konusu işverenler arasında uzun vadeli sigorta kolları bakımından topluluk sigortası sözleşmesi imzalanmaktaydı. Bu konuyu doğrudan düzenleyen ve sözleşme yapılmasını zorunlu kılan herhangi bir kanun hükmü bulunmamakla birlikte, uzun süre Bakanlığın talimatıyla bu tür sözleşmelerin yapılması zorunlu tutulmuştu. Böylelikle sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde çalıştırılacak işçiler hakkında uzun vadeli sigorta kolları zorunlu olarak uygulanmaktaydı.¹⁴

Bunun için Sosyal Sigortalar Kurumu ile işverenler arasında Malullük-Yaşlılık ve Ölüm Topluluk Sigortası Sözleşmesi imzalanmaktaydı. Bu sözleşme metinleri matbu şekilde hazırlanmış olup Kurumun Topluluk Sigortası İşlemleri konulu 12-132 sayılı Genelgesi'nin ekinde yer almaktadır. 12-132 sayılı Ek Genelge'nin Topluluk Sigortası Genel Şartlarının yer aldığı 6. maddesinde, "Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Topluluk Sigortasından ödenecek sigorta primlerinin hesabında 506 sayılı Kanun'un 78. maddesi ile tespit edilen prime esas kazancın alt ve üst sınırları göz önünde bulundurulur. Prime esas kazancın alt ve üst sınırları arasında olmak koşulu ile istenilen miktar üzerinden aylık primler ödenir" hükmü bulunmaktaydı. Görüldüğü gibi, topluluk sigortasına tabi sigortalıların sigorta primleri, sigorta primine esas kazancın alt ve üst sınırları içinde olan bir miktar üzerinden işveren tarafından serbestçe belirlenebiliyordu.

Mülga 506 sayılı Kanun'daki düzenlemeye göre sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan ülkelerde iş üstlenen Türk işverenlerin yurtdışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götördükleri Türk işçilere istekleri halinde isteğe bağlı sigortalı olma hakkı da getirilmişti (m 85). 506 sayılı Kanun'un "Topluluk Sigortası" başlıklı 86. maddesinde, "Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerin yurt dışındaki işyerlerinde çalışmak üzere giden Türk işçilerine istekleri halinde 85 inci madde hükümleri uygulanır" hükmü bulunmaktaydı. İsteğe bağlı sigortalı olabilmek için gereken en az 1080 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olma koşulu yurt dışında çalışacak bu işçiler için aranmaktaydı (506 s.K. m.85/E). Ancak, topluluk sigortası kapsamında iken isteğe bağlı sigortalı olan kişilerin topluluk sigortası kapsamından çıkarılacağı belirtilmişti (12-132 Ek sayılı Genelge). İsteğe bağlı sigortalılık söz konusu işçiler için topluluk sigortasının alternatifi olarak getirilmişti.¹⁵ Zira, 12-132 Ek sayılı Genelgede, "Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerin bu ülkelerde çalıştırdıkları Türk işçilerinin isteğe bağlı sigortaya tabi tutulmaları isteklerine bırakıldığından, işverenlerin bu ülkelerde 06/08/2003 tarihin-

den önce veya sonra üstlendikleri işlerde bu tarihten sonra çalıştıracakları Türk işçilerinden isteğe bağlı sigortaya devam etmek isteyenler hakkında 506 sayılı Kanunun 85'inci maddesi hükümleri uygulanacak, ancak bu ülkelerde çalıştıracakları Türk işçilerin sosyal güvenliklerini topluluk sigortası yoluyla sağlamak isteyen işverenlere de Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Topluluk Sigortası Tip Sözleşmesi imzalanabilecektir." denilmiştir (12-132 s. Genelge, A). Bu bağlamda, işçilerin hem topluluk sigortası, hem de isteğe bağlı sigorta kapsamında uzun vadeli sigorta kollarına tabi tutulması mümkün değildi. Söz konusu iki sigortalılık türünden birinin seçilmesi gerekmektedir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.10.2008 tarihi itibarıyla 506 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve topluluk sigortası uygulamaları sona ermiştir. 5510 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesinde topluluk sigortasından yararlananlar açısından geçiş hükümleri getirilmiştir. Geçici 6. maddenin 4. fıkrasına göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 86. maddesi hükmüne göre topluluk sigortasına tâbi olanların ödedikleri iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, analık, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri genel sağlık sigortası dahil 5510 sayılı Kanun'a göre ödenmiş sayılır. Bu süreler yatırıldıkları sigorta kolları bakımından başlangıç süresi ve prim ödeme gün sayısı olarak kabul edilir (5510 s.K.geç. m. 6/4).

5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi (1.10.2008) itibarıyla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının mülga 86. maddesine göre malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından topluluk sigortasına devam edenler, 5510 s. Yasa'nın 4. maddesi kapsamında durumları değerlendirilerek, durumlarına uyan bent kapsamında sigortalı sayılırlar. Bunların kendileri veya işverenleri tarafından verilmesi gereken belgeler en geç üç ay içinde Kuruma verilmek zorundadır (geç. m. 6/5).

b) 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Dönemi

5510 sayılı Kanun'da sosyal güvenlik söz-

leşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurtdışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerin sigortalılıklarına ilişkin farklı düzenlemeler getirilmiştir. 5510 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (g) bendine göre, "Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz." (5510 s. K.m.5/g).

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin¹⁶ "Ülkemiz İle Uluslararası Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Bulunmayan Ülkelerde, İşverenlerce Üstlenilen İşlere İlişkin İşlemler" başlıklı 87. maddesine göre: "(1) Ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri, Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.

(2)Yurt dışına sigortalı götürecekt işverene ait işyeri, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulu ve tescilli olmalıdır. Yabancı ülke mevzuatına göre kurulan firmalarca yurt dışında gerçekleştirilen işlerde çalıştırılan Türk vatandaşları hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz.

(3) İşverenler, yurt dışında yapacakları işi, yeni tescil edecekleri işyeri dosyasından bildirilecek sigortalılarca gerçekleştireceklerse; işletme merkezlerinin bağlı olduğu üniteye işyeri dosyası tescil ettirerek, sosyal sigorta yükümlülüklerini bu dosyadan yerine getirirler. İşyeri bildirgesi ekine, bu Yönetmeliğin 29. maddesinde sayılan belgelerden ayrı olarak

506 sayılı Kanun'un uygulama alanı Türk milli sınırları ile sınırlı olup, ülke sınırları dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesi ancak Sosyal Güvenlik Kurumu'na yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi ya da kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortası bulunması halinde söz konusu olmaktadır.

işin alındığını belgeleyen sözleşme örneği ile ilgili ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti Dış Temsilciliği yazısı veya Dış Ticaret Müsteşarlığı'nca düzenlenecek belge eklenir. Aynı ülkede kısa vadeli sigorta kolu prim oranı aynı olan başka iş üstlenilmesi halinde, bu işyerinde çalışan sigortalılarla ilgili sosyal sigorta yükümlülükleri de, daha önce tescil edilmiş olan işyeri dosyası üzerinden yerine getirilebilir”.

Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmayan ülkelerde çalışacak olan işçilere uygulanacak kısa vadeli sigorta kolları 5510 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki tanıma göre, “İş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kollarını” kapsar. Yine bu sigortalılara uygulanacak genel sağlık sigortası, “Kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigortayı” ifade etmektedir (5510 s.K. m.3/8). Söz konusu işçiler için işverenin kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası yapması yasadaki zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Bu işçiler için isteğe bağlı sigortaya tabi olarak uzun vadeli sigorta kolları primi ödemek ise Türkiye’de yasal olarak ikamet etme koşuluyla mümkündür.

Bu işçilerin prime esas kazançları 5510 sayılı Kanun'un “Prime esas kazançlar” başlıklı 80. maddesine göre tespit edilecektir. Bu düzenlemeye göre:

“4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ben-

di kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları aşağıdaki şekilde belirlenir.

a) Prime esas kazançların hesabında;

1) Hak edilen ücretlerin,

2) Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların,

3) İdare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince yukarıdaki (1) ve (2) numaralı alt bentlerde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin

brüt toplamı esas alınır.

b) Aynı yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları ile Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, prime esas kazançta tabi tutulmaz.

c) (b) bendinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazançta tabi tutulur. Diğer kanunlardaki prime tabi tutulması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz...” Yurt dışına götürülen işçilerin zorunlu sigortalılık kapsamına alınması ile birlikte sigortalıların prime esas kazancını belirleme yöntemi de değişmiştir. 5510 sayılı Kanun ile topluluk sigortası uygulaması kaldırıldığından, işverenlerin yurt dışına götürdükleri işçilerin primlerini istedikleri miktar üzerinden ödeme imkânları da kaldırılmıştır.¹⁷

Sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurtdışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen işçilere kısa vadeli sigorta kolu zorunlu olarak uygulandığından, bu sigortalıların götürüldükleri

ülkelerde çalışmakta iken iş kazası geçirmeleri veya meslek hastalığına yakalanmaları halinde meslekte kazanma gücünde en az % 10 oranında kayıp meydana gelmesi halinde sürekli işgöremezlik geliri bağlanır (5510 s.K. m.19/I). Sigortalının geçirdiği iş kazası sonucu ölümü halinde gelir veya aylık almaya hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasına ölüm geliri veya ölüm aylığı bağlanır.

IV. SONUÇ

İkili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ülkelerde çalıştırılmak üzere bu ülkelere götürülen Türk işçilerinin sosyal güvenlikleri karşılıklılık esasına göre bu sözleşme hükümleri kapsamında sağlanmaktadır. Ancak ikili sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde iş üstlenen Türk işverenlerin çalıştırmak üzere götördükleri işçilerin sosyal güvenlikleri mülga 506 sayılı Kanun'un 86. maddesi çerçevesinde topluluk sigortası yoluyla yerine getirilmekteydi. 5510 sayılı Kanun'un 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen Türk işverenlerinin çalıştırmak üzere götördükleri Türk işçileri 5510 s. K. m.4/I-a kapsamında sigortalı olarak kabul edilmiş ve bu işçilerin kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına tabi olacağı düzenlemesi getirilmiştir. Bu işçilerin kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasında geçen sigortalılık süreleri malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanması için aranan sigortalılık süresi olarak dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla, işçilerin emekliliğe hak kazanmaları açısından isteğe bağlı sigortalı olarak uzun vadeli sigorta primi ödemeleri gerekmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut uyuşmazlığı incelediğimizde, dava konusu olay 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yürürlük süresi içinde meydana geldiğinden, uyuşmazlığın bu Kanun döneminde uygulanan topluluk sigortası hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği ilk tespit olmaktadır. 506 sayılı Kanun'un uygulandığı dönemde topluluk sigortası sadece uzun vadeli sigorta kollarını kapsamaktaydı ve sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan bir ülkeye işçi götüren işvereni kısa

vadeli sigorta kollarına ait prim ödemeye zorlayan herhangi bir yasal düzenleme de yoktu. 506 sayılı Kanun'un uygulama alanı Türk milli sınırları ile sınırlı olup, ülke sınırları dışında meydana gelen sigorta olaylarında uygulanabilmesi ancak Sosyal Güvenlik Kurumu'na yükümlülükler getiren sosyal güvenlik sözleşmesi ya da kısa vadeli sigorta kollarını da kapsayan topluluk sigortası bulunması halinde söz konusu olmaktadır. Somut olayda ise, hem Irak ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış olması, hem de iş kazası ve meslek hastalığı halini kapsayan bir topluluk sigortasının bulunmaması karşısında, meydana gelen kazanın Türk hukukuna göre değil, Irak hukukuna göre iş kazası olup olmadığının tespit edileceği yönündeki Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu 25.10.2010 tarihli kararının yasal düzenlemelere uygun ve isabetli olduğu kanaatine varılmıştır.

DİPNOTLAR

- 1 Bu karar İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:2010/5, Cilt:84, Eylül-Ekim s.61-63'de yayımlanmıştır.
- 2 EKŞİ, Yabancılık Unsuru, s. 117.
- 3 NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 275; EKŞİ, Yabancılık Unsuru, s. 117.
- 4 MÖHUK Madde 1: "Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır" (RG. 12.12.2007, 26728).
- 5 RG. 22.5.1982, 17701.
- 6 NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 8. bası, İstanbul 1996, s. 275; EKŞİ, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, s. 121; ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, s. 207-208; DOĞAN, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, s. 88-89.
- 7 "...iş aktinin işveren tarafı Suudi vatandaşı Abdülaziz ve iş Suudi Arabistan'da okul inşası olup, işin yapıldığı yer işyeri Suudi Arabistan topraklarında bulunduğundan ötürü, kişi ve toprak bakımından yabancı unsur oluşmuştur. Bu nedenle olaya Milletlerarası Özel Hukukun uygulanması gerekmektedir....Söz konusu Kanunda, iş sözleşmesi için ayrı bir düzenleme mevcut olmadığından, "sözleşmeden doğan borç ilişkilerine" ilişkin ihtilafları düzenleyen 24. maddenin, iş akitlerine de uygulanacağı tabiidir.", YHGK, T.7.6.1989, E.1989/10-316, K.1989/411, YKD. C.XVI, Şubat 1990, s. 176-180.
- 8 YHGK, T.7.6.1989, E.1989/10-316, K.1989/411, YKD.

- C.XVI, Şubat 1990, s. 176-180. Bu kararın incelenmesi için bkz.: TUNCAY, Can, Çimento İşveren Mart 1990, Cilt:4, Sayı:2, s.14-18.
- 9 EKŞİ, Yabancılık Unsuru, s. 140. Yabancı işçilerin çalıştırılmasıyla ilgili, bu işçilerin ülkeye girişi, ülkede ikamet ve seyahati, işe başvuru usulleri, çalışma izninin alınması ve yenilenmesi hususlarını düzenleyen kurallar doğrudan uygulanırlar; bkz. EKŞİ, Yabancılık Unsuru, s. 140; DOĞAN, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, s. 125.
- 10 Sözleşmeler ve İdari Anlaşma metinleri için Bkz.: ERGİN, Hediye, Türkiye'nin İmzaladığı İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri, İstanbul 2008.
- 11 12 Ekim 1966 tarihli Sosyal Güvenlik anlaşmasının yerine geçmek üzere, 2000 yılında Avusturya ile ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmıştır.
- 12 2003 yılında Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış, bu sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle 1959 tarihli İngiltere sözleşmesi yürürlükten kalkmıştır (m. 33/1).
- 13 Bulgaristan ile ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış, sadece 1 Mayıs 1989 tarihinden itibaren Türkiye Cumhuriyetine göç etmiş kişilerin, Bulgaristan Cumhuriyeti Kanunlarına göre verilmesi gereken emekli aylıklarının ödenmesi konusunda bir "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Bulgaristan Cumhuriyeti Arasında Bulgaristan Emekli Aylıklarının Türkiye'de Ödenmesine İlişkin Anlaşma" yapılmıştır. Avusturalya, Belarus, Çin, Hırvatistan, İsrail, Mısır, Moldova, Özbekistan, Rusya, Beyaz Rusya, Sırbistan Karadağ, Slovakya ve Ukrayna ülkeleri ile de halen sözleşme yapma çalışmaları devam etmektedir.
- 14 OCAK, Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmamış Ülkelere Götüürülen İşçilerin Sosyal Güvenliği, s.1072.
- 15 OCAK, Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmamış Ülkelere Götüürülen İşçilerin Sosyal Güvenliği, s.1074.
- 16 RG.12.05.2010, 27579.
- 17 ORDU, 5510 Sayılı Kanun'a Göre Yurt Dışında Çalıştırılan İşçilerin Sigorta Primleri, E-Yaklaşım D.

- EKŞİ, Nuray, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 116-148 (Yabancılık Unsuru).
- EKŞİ, Nuray, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 1. Bası, İstanbul 2006.
- ERGİN, Hediye, Yabancı İşçinin Çalışma İzni Alamamasının İş Sözleşmesine Etkisi, Legal YKİ, 2007/4, s.215-244.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010.
- OCAK, Saim, Sosyal Güvenlik Sözleşmesi İmzalanmamış Ülkelere Götüürülen İşçilerin Sosyal Güvenliği, Legal İSGHD, 2008/19, s.1072.
- ORDU, Harun, 5510 Sayılı Kanun'a Göre Yurt Dışında Çalıştırılan İşçilerin Sigorta Primleri, E-Yaklaşım, Şubat 2011, Sayı:218.
- ŞAKAR, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 10. Bası, İstanbul 2011.
- TUNCAY, Can, Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.898-899.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009.
- ULUOCAK, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989.
- UŞAN, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara 2009.

KAYNAKLAR

- ASAR, Aydoğan, Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, 2. Bası, Ankara 2004.
- ASLANKÖYLÜ, Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2009.
- ÇELİKEL, Aysel/GELGEL, Günseli, Yabancılar Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2005.
- ÇELİKEL, Aysel, Türkiye'de Yabancıların Çalışma İzni ve Ulusal Programda Öngörülen Düzenleme, Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, s.109-119.
- ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancıların Çalışma İzinleri, TİSK Yayın no: 240, Ankara 2004.
- ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar Hukuku, Ankara 2007.
- DOĞAN, Vahit, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996.

Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

İstanbul Arel Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksekokulu

Türk Vergi Sisteminde Ücretlere Tanınan Muafiyet ve İstisnalar

1. GİRİŞ

Ücret, üretim faktörlerinden biri olan emeğin, fikren veya bedenen üretime katılması sonucu elde edilen bir gelir unsurudur¹.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun² 61. maddesinde ücret; "işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler" olarak tanımlanmıştır. Yine aynı madde hükmüne göre "ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun niteliğini değiştirmez."

Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde aşağıda yazılı ödemelerin de ücret sayılan ödemeler olduğu belirtilmiştir:

1. Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunan sigorta şirketleri tarafından ödenen emeklilik, maluliyet, dul ve yetim aylıkları;

2. Evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatler;

3. Türkiye Büyük Millet Meclisi, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile özel kanunlarına veya idari kararlara göre kurulan daimi veya geçici bütün komisyonların üyelerine ve yukarıda sayılanlara benzeyen diğer kimselelere bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;

4. Yönetim ve denetim kurulları başkanı ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;

5. Bilirkişilere, resmî arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler;

6. Sporculara transfer ücreti veya sair adlarla yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler.

Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan ücret tanımının dışında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda³ aylık, 4857 sayılı İş Kanunu'nda⁴

Verginin ödeme gücüne göre alınmasını sağlamak için yararlanılan önemli ilkelerden birisi “ayırma ilkesi”dir.

ise ücret tanımları yer almaktadır⁵. Devlet Memurları Kanunu'nun 147. maddesine göre aylık; bu Kanuna tabi kurumlarda görevlendirilen memurlara hizmetlerinin karşılığında, kadroya dayanılarak ay itibarıyla ödenen paradır. İş Kanunu'nun 32. maddesine göre ücret; bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.

İster işçi ister memur olsun, hizmet erbabı yaptığı iş karşılığında ücret elde eder. Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesine göre ücret geliri, çalışan tarafından elde edileceği için verginin mükellefi çalışandır⁶.

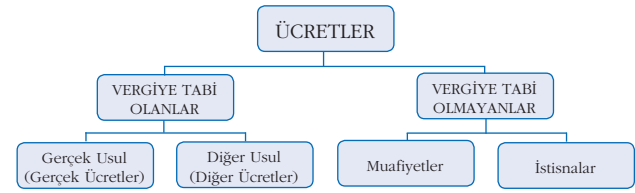
Ücretlerin vergilendirilmesinde tahsil esası kabul edilmiştir. Ödeme yapılmadığı takdirde ücretten bahsedilemez ve vergileme yapılamaz⁷. Yani ücretin vergilendirilmesi için ödemenin yapılmış olması, örneğin, ücretinin banka hesabında görülmesi gerekir⁸. Yapılan ödemenin geçmişte yapılmış hizmet karşılığı ya da gelecekte yapılacak hizmet karşılığı olması sonucu değiştirmez⁹.

Ücretler gerçek usule tabi ücretler ve diğer ücretler¹⁰ olmak üzere ikiye ayrılabilir. Vergi matrahının tespitinde gerçek usul ve diğer usul (götürü gelir) olmak üzere iki yöntem uygulanır¹¹. Ancak matrah, ilke olarak gerçek usule göre saptanır¹². Ücretlerin gerçek usulde vergilendirilmesinde kaynakta vergilendirme, yani tevkifat (stopaj, kaynakta kesinti) kullanılır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 94/1. maddesinde hizmet erbabına ödenen ücretler ile 61. maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden (istisnadan faydalananlar hariç) 103. ve 104. maddelere göre vergi tevkifatı yapılacağı hükme bağlanmıştır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 97. maddesinde yer alan hükme göre işverenler, hizmet erbabına ödedikleri ücretlerden yaptıkları vergi tevkifatını Vergi Usul Kanunu'nda yazılı ücret bordrosunda veya bordro yerine ge-

çen diğer kayıtlarda göstermeye mecburdurlar. Yapılan vergi tevkifatı, vergi kesenin kayıt ve hesaplarında ayrıca gösterilir ve muhtasar beyanname ile vergi idaresine bildirilip, ödenir. Vergisi kaynakta alnamayan bazı ücret gelirleri için ve birden fazla işverenden elde edilen ücret gelirleri için yıllık beyanname verilmesi gerekmektedir¹³.

Ücretin gerçek net değeri işveren tarafından verilen para ve ayınlarla sağlanan menfaatler toplamından Gelir Vergisi Kanunu'nun 63. maddesinde sayılan indirimler yapıldıktan kalan miktardır. Bundan başka işçinin kendisi sakatsa veya bakmakla yükümlü olduğu sakat kişiler varsa ücretinden sakatlık indirimi de yapılır.

Ücretlerin vergilendirilmesi şematik olarak şöyle özetlenebilir:



Verginin ödeme gücüne göre alınmasını sağlamak için yararlanılan önemli ilkelerden birisi “ayırma ilkesi”dir. Ayırma ilkesi, emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre korunmaya ihtiyacı olduğu varsayımıyla, emek gelirlerinden sermaye gelirlerine göre daha düşük oranda vergi alınması olarak ifade edilebilir¹⁴. Emek gelirlerine sağlanan muafiyet ve istisnalar ise ayırma ilkesinin araçlarından biridir. Ücret gelirleri yukarıda da belirtildiği gibi emekten elde edilen gelirlerdir. Ülkemizde ücret gelirlerine tanınan muafiyet ve istisnalar, esas olarak Gelir Vergisi Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla beraber, bazı özel kanunlarda da ücretlere ilişkin muafiyet ve istisnalar düzenlenmiştir.

Bu makalenin amacı Türk Vergi Sisteminde yer alan ücret muafiyeti ve istisnaları ile ilgili yasal düzenlemeleri açıklamak ve vergi idaresinin uygulamalarını incelemektir. Çalışmamızda önce Gelir Vergisi Kanunu'nda daha sonra da diğer kanunlarda yer alan vergilendirilmeyen ücretleri inceleyeceğiz.

II. ÜCRETLERDE MUAFİYET VE İSTİSNALAR

1. Muafiyet ve İstisna Kavramları

Ücretlerde muafiyet ve istisna konusuna başlamadan önce muafiyet ve istisna arasındaki ayrıma dikkat çekmekte fayda vardır. “Muafiyet, vergi kanunlarında esas itibarıyla kendileri için vergi borcu doğmasının öngörülmesi olmasına rağmen, belirli kişilerin veya grupların vergi yükümlülüğü dışında tutulmalarına denir. İstisna, vergi kanunlarında esas itibarıyla vergilendirilmesi öngörülen bir konunun kısmen veya tamamen, devamlı ya da geçici bir şekilde vergi dışında tutulmasına denir.”¹⁵ Kısaca, muafiyette vergi yükümlüsü olması gereken kişi veya gruplar vergilendirme dışı kalırken, istisnada vergilendirilmesi gereken vergi konusu vergilendirme dışında tutulmaktadır.

Ücretlere ilişkin muafiyet ve istisnalar esas olarak Gelir Vergisi Kanunu’nun 15, 16, 23, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra bazı özel kanunlarda ücret sayılan ödemeler vergi dışında tutulmuştur.

2. Gelir Vergisi Kanunu’nda Yer Alan Muafiyet ve İstisnalar

a) Diplomat Muaflığı ve Yabancı Elçilik Çalışanları İçin Ücret İstisnası:

Diplomat muaflığı Gelir Vergisi Kanunu’nun 15. maddesinde düzenlenmiştir. 15. maddeye göre, “Yabancı devletlerin Türkiye’de bulunan elçi, maslahatgüzar ve konsolosları (fahri konsoloslar hariç) ile elçilik ve konsolosluklara mensup olan ve o memleketin uyruklığında bulunan memurları, Türkiye’de resmi bir göreve memur edilenler bu sıfatlarından dolayı ve karşılıklı olmak şartıyla Gelir Vergisi’nden muaftırlar. Bu muaflığın menkul sermaye iradı üzerinden tevkif suretiyle alınan vergiye şümü-lü yoktur.”

Gelir Vergisi Kanunu’nun 16. maddesine göre, yabancı elçilik ve konsoloslukların 15. maddeye girmeyen memur ve hizmetlilerinin

yalnız bu işlerinden dolayı aldıkları ücretler karşılıklı olmak şartıyla gelir vergisinden istisna edilir. Gelir Vergisi Kanunu’nun 95/2. maddesinde de, 16. maddede yazılı istisnadan faydalanmayan yabancı elçilik ve konsolosluk memur hizmetlilerinin gelirlerini yıllık beyanname ile bildirecekleri hükme bağlanmıştır.

14 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği’ne¹⁶ göre yabancı devletlerin memleketimizdeki elçi, maslahatgüzar ve konsoloslarıyla ve elçilik ve konsolosluklara mensup ve o memleket uyruklığında bulunan memurlar ve Türkiye’de resmî bir göreve memur edilenler, Gelir Vergisi Kanunu’nun 15. maddesiyle sağlanan muaflikten istisnasız faydalanacaklardır. Ancak, bu muafiyet, sözü edilen kimselerin Türkiye’de sağladıkları menkul sermaye iratları üzerinden tevkif suretiyle alınan vergilerine etkili değildir. Fahri konsoloslar, kazanç ve iratlarının niteliğine göre, Kanun’un genel hükümleri çerçevesinde vergilendirileceklerdir. Yabancı elçilik ve konsolosluklarda çalışanlardan 14 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği’nde yer alan listede sözü edilen kimseler, bu yerlerden aldıkları ücretlerini, varsa diğer kazanç ve iratlarıyla birlikte, bütçe yılının birinci ayında bağlı oldukları vergi dairelerine yıllık beyanname ile bildirecekler ve bu beyanname üzerinden tarh edilecek vergilerini de Mart ve Temmuz aylarında olmak üzere, iki taksitte ödeyeceklerdir.

Gelir Vergisi Kanunu’nun 95/2. maddesine göre Gelir Vergisi Kanunu’nun 16. maddesinde yazılı istisnadan faydalanamayan yabancı elçilik ve konsolosluk memur ve hizmetlilerin ücretleri tevkifata tabi olmadığından, bu kişiler gelirlerini yıllık beyanname ile bildirmek zorundadırlar.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, B.07.1.GİB.4.06.16.01-2011-GVK-15-1-411 sayılı ve 14.06.2011 tarihli bir özelgesinde¹⁷, yabancı bir ülkenin büyükelçiliğinde çalışan Türk vatandaşlarının Gelir Vergisi Kanunu 16. maddesindeki istisnadan yararlanıp yararlanmayacağı konusunda görüş bildirmiştir. Buna göre, ülkemizde bulunan yabancı büyükelçilik ve konsolosluklarda çalışan Türk vatandaşı ve diğer ülke vatandaşlarına ödenen ücretlerin karşılıklı olarak gelir vergisinden istisna tutulabilmesi için,

yabancı ülkelerde bulunan Türk Büyükelçilik ve Konsolosluklarında çalışan Türk vatandaşı ve diğer ülke vatandaşı personelin ücretlerinin de gelir vergisinden istisna olması gerekmektedir. Karşılıklı olmak şartının sağlanması halinde, yabancı ülkelerin büyükelçiliğinden alınan ücretler Gelir Vergisi Kanunu'nun 16. maddesine göre gelir vergisinden istisna edilecek ve ilgili takvim yılında elde edilen ücret geliri için yıllık gelir vergisi beyannamesi verilmeyecektir.

b) Ücretlere Sağlanan İstisnalar:

Gelir Vergisi Kanunu'nda ücretlere tanınan istisnalar, "müteferrik istisnalar" başlığı altında 23. maddede on beş bent olarak düzenlenmiştir. Ancak 23. maddenin 4. bendinde yer alan; "Ticari ve sınaî kazançları vergiden muaf bulunanların bu işlerinde çalıştırılan hizmet erbabının ücretleri gelir vergisinden istisnadır." hükmü 1998 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

aa. Küçük Yerleşim Yerlerinde El ile Dokunan Halı ve Kilim İmal Eden İşletmelerde Çalışan İşçilerin Ücretleri:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/1. maddesine göre, köylerde veya son nüfus sayımına göre belediye içi nüfusu 5.000'i aşmayan yerlerde faaliyet gösteren ve yalnızca el ile dokunan halı ve kilim imal eden işletmelerde çalışan işçilerin ücretleri gelir vergisinden istisnadır.

bb. Gelir Vergisinden Muaf Olanların veya Gerçek Usulde Vergilendirilmeyen Çiftçilerin Yanında Çalışan İşçilerin Ücretleri:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/2. maddesine göre, gelir vergisinden muaf olanların veya gerçek usulde vergilendirilmeyen çiftçilerin yanında çalışan işçilerin ücretleri gelir vergisinden istisnadır.

cc. Toprak Altı İşletmesi Halinde Bulunan Madenlerde Cevher İstihsalı İşletmelerinde Çalışanların Ücretleri:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/3. maddesine göre, toprak altı işletmesi halinde bulunan madenlerde cevher istihsalı ve bununla ilgili diğer

bütün işlerde çalışanların münhasıran yeraltında çalıştıkları zamanlara ait ücretleri gelir vergisinden istisnadır.

İstanbul Vergi Daire Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.34.16.01-GVK 23-741 sayı ve 14.06.2011 tarihli özeldesine konu olan olayda, madencilik sektöründe faaliyet gösteren bir şirketin Türkiye'nin birçok yerinde maden işletmesi bulunduğu, bu işletmelerin bir kısmının toprak altı maden işletmesi olduğu ve burarlarda cevher üretiminde çalışan personelin ücretlerinin toprak altında çalıştıkları süreler isabet eden kısmının gelir vergisinden istisna edildiği belirtilerek, kısmen toprak altında çalışan personelin ücreti üzerinden kesilen sigorta priminin vergiden istisna edilen ücrete isabet eden kısmının vergi matrahından düşülüp düşülemeyeceği hususunda bilgi talep edilmiştir. Vergi idaresi ise 25.02.1982 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 135 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne dayanarak,

"...Toprak altı işletmesi halinde bulunan madenlerde cevher istihsalı ve bununla ilgili diğer bütün işlerde çalışan hizmet erbabına hafta tatili ve genel tatil günleri için ödenen ücretlerin de yeraltında geçen zamana isabet eden kısımları vergiden müstesna tutulacak; resmi tatil günleri dışında kalan izin günlerine ilişkin olarak ödenen ücretler ise, istisna kapsamına dâhil edilmeyerek vergiye tabi tutulacaktır. Bu tür hizmet erbabının istisna kapsamına dâhil bulunmayan ve vergiye tabi tutulacak ücretlerinin vergilendirilmesinde ücretin ödeme dönemine göre genel, özel ve varsa sakatlık indirimleri uygulanacaktır.

Öte yandan, Gelir Vergisi Kanununun 98 inci maddesine göre, 94 üncü maddesi gereğince vergi tevkifatı yapmaya mecbur olanlar bir ay içinde yaptıkları ödemeler veya tahakkuk ettirdikleri karlar ve iratlar ile bunlardan tevkif ettikleri vergileri ertesi ayın yirmüçüncü günü akşamına kadar ödeme veya tahakkukun yapıldığı yerin bağlı olduğu vergi dairesine bildirmeye mecburdurlar. Bu nedenle, toprak altı işletmesi halinde bulunan madenlerde cevher istihsalı ve bununla ilgili diğer işlerde çalışanların ücretlerinin peşin ödenmekte olması halinde ücretin ödenmesi anında söz konusu is-

istisna uygulanmayacak, ancak ay sonunda bu kişilerin yeraltında çalıştıkları süreler tespit edilerek, bu sürelerle ilişkin ücretler vergiden istisna edilecek ve muhtasar beyannamede istisna uygulandıktan sonra tespit edilen vergi beyan edilecektir....” şeklinde görüş bildirmiştir.

Tebliğden de anlaşıldığı gibi bir şirketin, toprak altı işletmesi halinde bulunan madenlerde cevher üretiminde çalışan personelinin münhasıran yeraltında çalıştıkları zamanlara ait ücretleri gelir vergisinden istisnadır. Sigorta priminin hesaplanmasında vergiye tabi olan ücret ile vergiye tabi olmayan ücret ayrımı yapılmayacaktır. Personele ödenen ücretin tamamı üzerinden kesilen sigorta priminin gelir vergisi matrahının tespitinde vergiye tabi ücretten indirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, personelin ücretinin peşin ödenmekte olması halinde ücretin ödenmesi anında söz konusu istisna uygulanmayacaktır. Ay sonunda personelin yeraltında çalıştığı süreler tespit edilerek bu sürelerle ilişkin ücret vergiden istisna edilerek, muhtasar beyannamede istisna uygulandıktan sonra tespit edilen verginin beyan edilmesi gerekmektedir.

dd. Köylerdeki Bazı Çalışanların Ücretleri:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/5. maddesine göre, köy muhtarları ile köylerin kâtip, korucu, imam, bekçi ve benzeri hizmetlilerine köy bütçesinden ödenen ücretler ile çiftçi mallarını koruma bekçilerinin ücretleri gelir vergisinden istisnadır.

ee. Hizmetçilerin Ücretleri:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/6. maddesine göre, hizmetçiler, özel fertler tarafından evlerde, bahçelerde, apartmanlarda ve ticaret mahalli olmayan sair yerlerde orta hizmetçiliği, sütünelik, dadılık, bahçıvanlık, kapıcılık gibi özel hizmetlerde çalıştırılanlardır. Mürebbiyelere ödenen ücretler istisna kapsamına dâhil değildir.

Hizmetçilerin, ticari bir organizasyon kapsamında ve bir iş yeri açmadan veya temizlik hizmeti veren bir firmanın işçisi durumunda olmadan, ev temizleme işi karşılığında doğrudan doğruya ev sahibinden aldıkları ücretler Gelir

Vergisi Kanununun 23/6. maddesine göre gelir vergisinden müstesnadır¹⁸.

Site yönetimine bağlı olarak çalışan güvenlik görevlisi, bekçi, kapıcı ücretleri, siteler ticari mahaller olmadıkları için gelir vergisinden müstesnadır. Ancak iş hanları, iş yerleri gibi ticari nitelikli yerlerde çalışan güvenlik görevlisi, kapıcı ve diğer hizmetçilerin ücretleri gelir vergisinden müstesna değildir. Bu kişilerin ücretlerinden gelir vergisi tarifesine göre gelir vergisi kesintisi yapılması gerekir¹⁹. Kısmen mesken, kısmen ticaret mahalli olarak kullanılan sitelerde bekçi, bahçıvan ve temizlik işlerinde çalıştırılanlara yapılan ödemeler gelir vergisinden istisnadır²⁰.

Mersin Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.0 7.1.GİB.4.33.15.01-2011-720-3-19 sayı ve 13.06.2011 tarihli özelgesine konu olan olayda, özel bir sitenin aidatlarını toplamak ve site faaliyetlerini sürdürmek amacıyla kurulan derneğin istihdam ettiği bahçıvana ödenen ücretin istisna kapsamında olup olmadığı yönünde bilgi istenmiştir. İdare, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesine göre gelir vergisi tevkifatı yapmak zorunda olanlar arasında derneklerin de sayılmış olması ve hizmet erbabına ödedikleri ücretler ile ücret sayılan ödemelerden (istisnadan faydalananlar hariç) istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben 103. ve 104. maddelere göre tevkifat yapması gerektiği hükmüne dayanarak, derneğin istihdam ettiği bahçıvana ödediği ücretin istisna kapsamında olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.

Balıkesir Vergi Dairesi Başkanlığı B.07.1.GİB.4.10.15.01-2010-GVK-1336-71 sayı ve 14.07.2011 tarihli bir özelgesinde, okul aile birliklerini, Milli Eğitim Temel Kanunu'na göre çıkarılan yönetmelik uyarınca kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan, amacı; okulun ihtiyaçlarının karşılanması, veli ve öğretmenler arasında işbirliğinin sağlanması olan ve buldukları okul bünyesinde faaliyet gösteren birlikler olarak tanımlamış ve kamu kurumu olarak kabul etmiştir. İdare, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesine dayanarak, kamu kurumlarının gelir vergisi tevkifatı yapmak zorunda olduklarını belirtmiştir. Bu nedenle de okul aile birliği tarafından çalıştırılan hizmetlinin ücretinden ge-

lir vergisi tevkifatı yapılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Zaten söz konusu istisna özel fertler tarafından çalıştırılan hizmetlileri kapsamaktadır.

ff. Öğrencilere, Hükümlülere, Tutuklulara ve Düşkünlere Verilen Ücretler:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/7. maddesine göre, sanat okulları ile bu mahiyetteki enstitülerde, ceza ve ıslahevlerinde, darülacezelerin atölyelerinde çalışan öğrencilere, hükümlü ve tutuklulara ve düşkünlere verilen ücretler gelir vergisinden istisnadır.

gg. Hizmet Erbabına İşverenlerce Yemek Verilmek Suretiyle Sağlanan Menfaatler:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/8. maddesine göre, hizmet erbabına işverenlerce yemek verilmek suretiyle sağlanan menfaatler gelir vergisinden istisnadır. İşverenlerce, işyerinde veya müstemilatında yemek verilmeyen durumlarda çalışılan günlere ait bir günlük yemek bedelinin 278 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile 2011 yılında uygulanmak üzere 10,70 TL'yi aşmaması gerekir. Buna ilişkin ödemenin yemek verme hizmetini sağlayan mükelleflere yapılması şarttır. Ödemenin bu tutarı aşması halinde, aşan kısım ile hizmet erbabına yemek bedeli olarak nakden yapılan ödemeler ve bu amaçla sağlanan menfaatler ücret olarak vergilendirilir. Bu maddeyi tablo halinde aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz²¹.

Yemeğin Piştiği Yer	Yemeğin Yendiği Yer	Sağlanan Menfaatin Vergi Durumu
İşyeri	İşyeri	Vergiye tabi değil
İşyeri Dışı	İşyeri	Vergiye tabi değil
İşyeri Dışı	İşyeri Dışı	Kanuni haddi aşan kısım vergiye tabi

Maliye Bakanlığı'nın B.07.1.GİB.0.03.43/4314-20/ 047154 sayı ve 26.06.2006 tarihli özelgesinde, işverenin çalışanlarına yemek çekleri temin etmesi durumunda bu yemek çekleri ile çalışanlar tarafından anlaşmalı market işyerlerinden gıda ve ihtiyaç maddesi satın alınma-

sının yemek verme hizmeti ile hiçbir ilişkisi olmadığından, yemek verme kapsamında değerlendirilmeyip ücret olarak vergilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

hb. Konut Tedariki ve Mesken Tahsis Suretiyle Sağlanan Menfaatler:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/9. maddesine göre, genel olarak maden işletmelerinde ve fabrikalarda çalışan işçilere ve özel kanunlarına göre barındırılması gereken memurlarla müstahdemlere;

a. Konut tedariki ve bunların aydınlatılması, ısıtılması ve suyunun temini suretiyle sağlanan menfaatler,

b. Mülkiyeti işverene ait brüt alanı 100 m²'yi aşmayan konutların hizmet erbabına mesken olarak tahsisi suretiyle sağlanan menfaatler

gelir vergisinden istisnadır. Bu konutların 100 m²'yi aşması halinde, aşan kısma isabet eden menfaat için bu istisna hükmü uygulanmaz. Gelir Vergisi Kanunu'nun 63. maddesine göre, ücretin gerçek safi değeri hesaplanırken, konut tedariki ve sair suretle sağlanan menfaatler, konutun emsal kirasına veya menfaatin emsal bedeline göre değerlendirilir.

Maliye Bakanlığı, B.07.0.GEL.0.42/4214-1672/65040 sayı ve 04.12.2001 tarihli özelgesinde, 285 sayılı K.H.K.'nin 5. maddesi gereğince, Olağanüstü Hal Bölgesindeki birliklerde görev yapan ve idarelerince lojman tahsis edilmemesi nedeniyle, kendi imkanlarıyla kirada kalan bazı personele idare mahkemesi kararı gereğince ödenen kira bedellerinden tevkifat yapıp yapılmayacağı hususunda şu şekilde görüş bildirmiştir:

“.....193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 61 inci maddesinde “Ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir...” denilmiş, aynı Kanunun 63 üncü maddesinde de “Ücretin gerçek safi değeri işveren tarafından verilen para ve ayınlarla sağlanan menfaatler toplamından aşağıdaki indirimler yapıldıktan sonra kalan miktardır... konut tedariki ve sair suretle sağlanan menfaatler, konutun emsal kirasına veya menfaatin emsal bedeline göre değerlendirilir.” denilmiştir.

Aynı Kanunun 23 üncü maddesinin 9 uncu bendinde “Genel olarak maden işletmelerinde ve fabrikalarda çalışan işçilere ve özel kanunlarına göre barındırılması gereken memurlarla müstahdemlere konut tedariki ve bunların aydınlatılması, ısıtılması ve suyunun temini suretiyle sağlanan menfaatler ile mülkiyeti işverene ait brüt alanı 100 m²'yi aşmayan konutların hizmet erbabına mesken olarak tahsisi suretiyle sağlanan menfaatlerin (Bu konutların 100 m² yi aşması halinde, aşan kısma isabet eden menfaat için bu istisna hükmü uygulanmaz.) gelir vergisinden müstesna olduğu hükme bağlanmıştır.

...Bu maddede yer alan istisna hükmünün uygulanabilmesi için, kendisine konut tahsis edilen personelin Kanun uyarınca barındırılması gereken kişilerden olması veya konutun işverene ait olması gerekmektedir.

Bu çerçevede, yazınızda sözü edilen T.S.K. personeline konutun bedelsiz olarak tahsis edilmesi halinde, söz konusu kira bedellerinin vergiden istisna edilmesi mümkün olmayacağından, bu ödemelerin gayrisafi tutarının ilgililerin ücretlerine eklenmek suretiyle vergiye tabi tutulması gerekir.

Ancak, kiralanan konutun Kamu Konutları Yönetmeliği uyarınca hesaplanan kira bedelinin ilgili personelin ücretinden kesilmesi halinde, personele bedelsiz olarak sağlanmış bir menfaatten söz edilmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla ilgili konutu kiralayan personele yapılan ödemeler ayrıca ücret olarak vergilendirilmeyecektir.”

ii. Hizmet Erbabının Toplu Olarak İşyerine Ulaşımını Sağlamak İçin Yapılan Taşıma Giderleri:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/10. maddesine göre, hizmet erbabının toplu olarak işyerlerine gidip gelmelerini sağlamak maksadıyla işverenler tarafından yapılan taşıma giderleri ücret niteliğinde olmakla birlikte gelir vergisinden istisnadır.

Söz konusu istisna, hizmet erbabının “toplu olarak” işyerine götürülüp getirilme şartına bağlanmıştır. Bu nedenle, mahkeme kararı gereğince çalışanlara ödenecek olan servis ücretinden gelir vergisi kesintisi yapılmayacağı

hakkındaki Manisa Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.45.15.01-GVK-40-10-65 sayı ve 25.07.2011 tarihli özelgesinde, hizmet erbabına nakit olarak ödenen servis bedellerinin istisna kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

jj. Emekli, Malûliyet, Dul ve Yetim Aylıkları:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/11. maddesine göre, Kanunla kurulan emekli sandıkları ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklar tarafından ödenen emekli, malûliyet, dul ve yetim aylıkları gelir vergisinden istisnadır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklar tarafından ödenen aylıkların toplamı, en yüksek devlet memuruna ödenen en yüksek ödeme tutarından fazla ise aradaki fark ücret olarak vergiye tabi tutulur. Genel, katma ve özel bütçelerden ödenen bu nevi aylıklar da istisna uygulamasına dâhildir.

Bireysel emeklilik sistemi ve diğer şahıs sigortalarına ödenen katkı payı ve primlerin matrahın tespitinde indirimi ve elde edilen gelirlerin vergilendirilmesine ilişkin 13.08.2003 tarihli 3 numaralı Gelir Vergisi Sirküleri'nin “2.7- 07.10.2001 Tarihinden Önce Akdedilen Poliçeler İle İlgili Ödemeler” başlıklı bölümünde, kazanılmış haklarda herhangi bir kayba neden olmamak bakımından 07.10.2001 tarihinden önce akdedilmiş şahıs sigorta poliçeleri kapsamında yapılan ödemelerle ilgili olarak Gelir Vergisi Kanunu'nun 4697 sayılı Kanunla değişmeden önceki 23, 25, 75 ve 94. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Maliye Bakanlığı'nın B.07.1.GİB.0.40/4060-37/63297 sayı ve 14.08.2006 tarihli bir özelgesinde aşağıdaki şekilde görüş bildirilmiştir:

“.....11.02.1991 tarihinde akdedilen hayat sigorta poliçenizi 10.02.2003 tarihinde aynı poliçe numaralı zeyilname ile eşinize devrettiğiniz ve 11.02.2006 tarihinde vadesi dolan poliçe sebebiyle sigorta şirketince yapılan ödemelerden kesilen gelir vergisi ile ilgili olarak bilgi talep ettiğiniz anlaşılmıştır.

Dilekçenize konu olan birikimli hayat sigorta poliçesi 07.10.2001 tarihinden önce tanzim edilmiş olmakla birlikte 07.10.2001 tarihinden

sonra devri gerçekleştiğinden, bu poliçe kapsamında yapılan ödemelerin Gelir Vergisi Kanununun 94 üncü maddesine 4697 sayılı Kanunla eklenen 15 numaralı bent kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte olup, yapılan gelir vergisi tevkifatında yasaya aykırı bir husus bulunmamaktadır.”

kk. Çırakların Asgari Ücreti Aşmayan Ücretleri:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/12. maddesine göre, 3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'na²² tabi çırakların asgari ücreti aşmayan ücretleri gelir vergisinden istisnadır. Bir çırak, asgari ücretten yüksek ücret aldığı takdirde, çırak olarak çalıştığı kabul edilmediği için ücretin tamamının vergilendirilmesi gerekir²³.

ll. Yabancı Ülkelerde Bulunan Sosyal Güvenlik Kurumları Tarafından Yapılan Ödemeler:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/13. maddesine göre, yabancı ülkelerde bulunan sosyal güvenlik kurumları tarafından ödenen emekli, malûliyet, dul ve yetim aylıkları gelir vergisinden istisnadır. Bu ödemelerin istisna tutarı konusunda bir sınırlama yoktur²⁴.

mm. Dar Mükellefiyete Tabi İşverenlerin Yanında Çalışanlara Ödenen Ücretler

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/14. maddesine göre, kanunî ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan dar mükellefiyete tâbi işverenlerin yanında çalışan hizmet erbabına, işverenin Türkiye dışında elde ettiği kazançları üzerinden döviz olarak ödediği ücretler gelir vergisinden istisnadır.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.06.16.01-2010-GVK-23-2-361 sayılı ve 07.06.2011 tarihli bir özelgesine göre, kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan dar mükellefiyete tabi kurumların bünyesinde çalışan hizmet erbabına ödenen ücretlere istisnânın uygulanabilmesi için;

a. Türkiye'de hizmet arz eden gerçek kişinin bağlı olduğu işverenin dar mükellef kurum olması, bu kurumun da Türkiye'de kazanç elde edecek şekilde faaliyette bulunmaması,

b. Dar mükellef kurumda çalışan kişinin hizmet erbabı ve yapılan ödemenin de ücret niteliğinde olması,

c. Dar mükellef kurumun Türkiye'deki personeline yapılacak ödemenin bu kurumun yurt dışı kazançlarından karşılanması,

d. Ücretin döviz olarak ödenmesi,

e. Ödenen ücretin dar mükellef kurumun Türkiye'deki hesaplarına gider olarak kaydedilmemesi,

şartlarının bir arada mevcut olması gerekmektedir.

Eğer bir firma Türkiye'de kazanç elde ediyorsa ve personele yapılan ödeme bu faaliyete ilişkin ise, ödenen ücretin Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/14. maddesi kapsamında gelir vergisinden istisna tutulması mümkün bulunmamaktadır.

nn. Amatör Sporculara Ödenen Ücretler:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/15. maddesine göre, yüz ve daha aşağı sayıda işçi çalıştıran işyerlerinde bir, yüzden fazla işçi çalıştıran işyerlerinde iki amatör sporcu çalıştıranların, her yıl millî müsabakalara iştirak ettiklerinin belgelenmesi ve bu amatör sporculara ödenen ücretler asgari ücretin iki katını aşmamak kaydıyla gelir vergisinden istisnadır.

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, B.07.1.GİB.4.34.16.01-GVK 23-526 sayılı ve 12.11.2010 tarihli özelgesinde, amatör olarak Türkiye Karate Federasyonu faaliyet programında yer alan milli müsabakalara katılan, aynı zamanda... İlköğretim Okulunda beden eğitimi öğretmeni olarak görev yapan bir öğretmenin okuldan aldığı ücretin Gelir Vergisi Kanunu'nun 23/15. maddesine göre istisna olup olmadığı konusunda aşağıdaki şekilde görüş bildirmiştir:

“Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde, “ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler” olarak tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanununun, Genel Hükümler adlı birinci bölümünün, “Tanımlar” başlıklı ikinci maddesinde, “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren

arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir...” hükümü yer almaktadır. Bu hükümlere göre, Devlet Memurları Kanunu’na tabi olarak çalışanlar, İş Kanunu’na göre işçi olmadıkları için Gelir Vergisi Kanunu’nun 23/15. maddesinde yer alan istisnadan yararlanabilmesi mümkün bulunmamaktadır.”

oo. Profesyonel Sporculara Ödenen Ücretler:

Gelir Vergisi Kanunu’nun geçici 72. maddesine göre, sporculara yapılan ücret ve ücret sayılan ödemeler 31.12.2017 tarihine kadar gelir vergisinden istisnadır. Bu ödemeler üzerinden 94. madde kapsamında gelir vergisi tevkifat yapılmaz. Bu gelirler için yıllık beyanname verilmez, diğer gelirler dolayısıyla beyanname verilmesi halinde de bu gelirler beyannameye dâhil edilmez. Ancak bu istisna vergi kesintisi yani tevkifat yapmaya engel değildir. Bu ücretlerden, geçici 72. maddeye göre aşağıda belirtilen oranlarda gelir vergisi tevkifatı yapılır:

a) Lig usulüne tabi spor dallarında;

- 1) En üst ligdekiler için % 15,
- 2) En üst altı ligdekiler için % 10,
- 3) Diğer liglerdeki için % 5,

b) Lig usulüne tabi olmayan spor dallarındaki sporculara yapılan ödemeler ile milli sporculara uluslararası müsabakalara katılmaları karşılığında yapılan ödemelerden % 5.

c) Gider Karşılığı Olarak Yapılan Ödemelere Sağlanan İstisnalar:

Gelir Vergisi Kanunu’nun 24. maddesine göre gider karşılığı olarak yapılan aşağıda yazılı ödemeler gelir vergisinden istisna edilmiştir.

1. Harcırah Kanunu’na tabi kurumlar tarafından harcırah veya yolluk olarak yapılan ödemeler;

2. Harcırah Kanunu kapsamı dışında kalan müesseseler tarafından idare meclisi başkanı ve üyeleri ile denetçilerine, tasfiye memurlarına ve hizmet erbabına (Harcırah Kanunu’na tabi olsun olmasın her türlü sözleşmeli personel dahil) verilen gerçek yol giderlerinin tamamı ile yemek ve yatma giderlerine karşılık verilen gündelikler (Bu gündelikler aynı aylık seviyesindeki devlet memurlarına verilen gündeliklerden fazla ise veya devletçe verilen gün-

deliklerin en yüksek haddini aşarsa, aradaki fark ücret olarak vergiye tabi tutulur);

3. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na göre ödenen yakacak yardımı (memur, işçi ve Bağ-Kur emeklilerine avans olarak ödenenler dâhil);

4. Sayım işleriyle, seçim işlerinde çalıştırılanlara özel kanunlarına göre verilen zaruri gider karşılıkları.

Harcırah, “sürekli veya geçici görevle bir yere gönderilen görevlilere, bu yere gidebilmeleri, orada yiyip içme ve konaklama gibi yapacakları diğer giderleri karşılamak için verilen para, yolluk” olarak tanımlanabilir²⁵. 6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun²⁶ 3. maddesine göre harcırah, ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından birini, birkaçını veya tamamını ifade etmektedir. Harcırah ödemeleri üç şekilde yapılmaktadır²⁷:

- Harcama belgelerine bakılmaksızın nakden yapılan ödemeler,
- Harcama belgeleri karşılığında aynı olarak yapılan ödemeler,
- Kısmen belgeler karşılığında, kısmen de belgesiz olarak kısmen nakden ve kısmen aynı ödemeler.

Ödemeler belgelendirildiği takdirde tamamı vergiden istisnadır²⁸. Belgelendirilmeyen giderler için ise Gelir Vergisi Kanunu’nun 24/2. maddesinde bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Buna göre, Harcırah Kanunu kapsamı dışında kalan müesseseler tarafından idare meclisi başkanı ve üyeleri ile denetçilerine, tasfiye memurlarına ve hizmet erbabına (Harcırah Kanunu’na tabi olsun olmasın her türlü sözleşmeli personel dahil) verilen gerçek yol giderlerinin tamamı ile yemek ve yatma giderlerine karşılık verilen gündeliklerinin nakden ödenmesi halinde, ödemenin 2011 takvim yılı için 41.00 TL’si vergiden istisnadır, aşan kısmın ise vergilendirilmesi gerekmektedir.

“Harcırah gündeliğinin kısmen belgeli, kısmen de nakden ödenmesi halinde (Denetim Elemanları Dışındaki Personel için) ;

- İlk on gün için konaklama bedelinin belgelendirilmesi şartıyla, gündeliklerin bir buçuk katını geçmemek üzere belge tutarının ödenmesi,

Bir mükellefin yurtiçinde ve yurtdışında elde etmiş olduğu gelirlerin tamamı üzerinden Türkiye’de vergilendirilmesi durumunda tam mükellefiyet söz konusu olur.

• Harcırah Kanunu kapsamı dışında bulunan kurum ve kuruluşlar tarafından personele nakit olarak ödenen gündeliğin yanı sıra ayrıca, yatacak yer temini için ödedikleri ücretleri belgelendirenlere, belge bedelini aşmamak üzere gündeliklerinin bir buçuk katına kadar olan kısmın da ödenmesi durumunda, bu ödemelerin aynı aylık seviyesindeki Devlet memuruna veya en yüksek Devlet memuruna aynı amaçla ödenen tutarı aşmayan kısmının vergiden müstesna tutulması, aşan kısımların ise gelir vergisine tabi tutulması gerekir”²⁹.

Maliye Bakanlığı’nın B.07.1.GİB.0.03.43/4306-4/098115 sayılı ve 14.12.2006 tarihli özelgesine göre, sözleşmeli personele yemek ve yatma giderlerine karşılık olarak nakden ödenen gündelik tutarının; aynı aylık seviyesindeki Devlet memurlarına verilen gündelik tutarı ile karşılaştırılması gerekir. Aynı aylık seviyesine karşılık gelen Devlet memuru bulunmaması halinde (Devletçe verilen en yüksek gündelik tutarını aşmamak kaydıyla) vergiden müstesna tutulması, aşan kısmın ise ücret olarak vergilendirilmesi gerekmektedir.

Maliye Bakanlığı’nın B.07.0.GEL.0.42/4213-1831/24379 sayılı ve 01.06.2004 tarihli özelgesinde, bir şirketin yurt dışındaki ofislerinde görevli yabancı personelin 3-12 ay arasında Türkiye’ye gelmesinin planlandığı; bu kişilerin proje süresince ücretlerini şirketin yurtdışındaki ofislerinden alacakları; söz konusu personele ücretlerinin yanı sıra Türkiye’deki yeme ve yatma masraflarına karşılık yine yurt dışından harcırah niteliğinde “living allowance” adı altında bir ödeme yapılacağı belirtilmekte olup, bu ödemelerin vergilendirilip vergilendirilmeyeceği konusunda Maliye Bakanlığı’nın görüşü sorulmuştur. Bu olayda öncelikle yabancı

personelin Türk Vergi Hukuku açısından mükellefiyet türünü tespit etmek gerekir. Bir mükellefin yurtiçinde ve yurtdışında elde etmiş olduğu gelirlerin tamamı üzerinden Türkiye’de vergilendirilmesi durumunda tam mükellefiyet söz konusu olur. Dar mükellefiyette ise mükellefin sadece Türkiye’de elde etmiş olduğu gelirler Türkiye’de vergilendirilir. Gelir Vergisi Kanunu’nun 3. maddesine göre, “1- Türkiye’de yerleşmiş olanlar; 2- Resmi daire ve müesseselere veya merkezi Türkiye’de bulunan teşekkül ve teşebbüslere bağlı olup adı geçen daire, müessese, teşekkül ve teşebbüslerin işleri dolayısıyla yabancı memleketlerde oturan Türk vatandaşları (Bu gibilerden, buldukları memleketlerde elde ettikleri kazanç ve iratları dolayısıyla Gelir Vergisine veya benzeri bir vergiye tabi tutulmuş bulunanlar, mezkûr kazanç ve iratları üzerinden ayrıca vergilendirilmezler.) Türkiye içinde ve dışında elde ettikleri kazanç ve iratların tamamı üzerinden vergilendirilirler.” Gelir Vergisi Kanunu’nun 4. maddesine göre de, ikametgâhı Türkiye’de bulunanlar ile bir takvim yılı içinde Türkiye’de devamlı olarak altı aydan fazla oturanlar Türkiye’de yerleşmiş sayılırlar. Bu hükümlere göre, Gelir Vergisi Kanunu’nun 5. maddesinde sayılan hallerden biri olmaksızın bir takvim yılı içinde Türkiye’de devamlı olarak altı aydan fazla oturan yabancıların, Türkiye içinde ve dışında elde ettikleri kazanç ve iratların tamamı üzerinden tam mükellefiyet esasında vergilendirilmeleri gerekmektedir. Olayda şirketin yurtdışındaki ofisinden gelecek yabancı personelin belli ve geçici görev veya iş için değil, Türkiye’de şirket tarafından yürütülen projelerde çalıştırılmak üzere geleceği belirtilmektedir. Bu durumda, bu kişilerin Türkiye’de 6 aydan fazla kalmaları halinde tam mükellefiyet, daha az bir süre kalmaları halinde dar mükellefiyet statüsünde vergilendirilmeleri gerekir. Maliye Bakanlığı bu durumda, personele Türkiye’de çalıştığı süre için ödenen ücretlerin yıllık beyanname ile beyan edilmesi gerektiğini, ödemenin yurtdışında yapılmasının vergilendirmeyi etkilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıca, Gelir Vergisi Kanunu’nun 24/2. maddesine göre, Harcırah Kanunu’na tabi olmayan kurumların, çalıştırdıkları personele fiili

yemek ve yatma giderlerini belgelendirmeleri şartıyla bu giderlere karşılık olarak verdikleri gündelikler, devlet memurlarına ödenen gündelikler ile karşılaştırılmaksızın tamamen vergiden müstesna tutulacaktır. Personele fiili yemek ve yatma giderleri dışında ayrıca gündelik de ödenmesi durumunda bu gündelik de tamamının ücret olarak vergiye tabi tutulması gerekir.

186 Seri no.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne³⁰ göre, "geçici görevle görev mahalli dışına gönderilen personele harcırah ödenmesi halinde bu ödeme, Gelir Vergisi Kanunu'nun 24. maddesinin 1 veya 2 numaralı bendinde yer alan esaslara göre gelir vergisinden müstesna tutulmaktadır. İşverenlerce, personelin harcırah ödenmesini gerektiren bir görevle, görev mahalli dışına gönderilmeleri halinde, bu personele ayrıca yemek bedeli adı altında bir ödeme yapılması durumunda, bu ödemenin de tutarına bakılmaksızın tamamı gelir vergisine tabi tutulacaktır. Zira hizmet erbabına verilen harcırah tutarları, yemek ve yatma giderlerini de içermekte ve bu ödemeler zaten gelir vergisinden müstesna tutulmaktadır."

Seyahat eden personelin belge karşılığı gerçek yeme ve yatma giderleri karşılandığı halde personele, ayrıca harcırah adı altında para verilirse, bu para prim mahiyetinde olduğu için harcırah sayılmaz ve gelir vergisi kesintisi yapılarak vergilendirilmesi gerekir³¹.

d) Tazminat ve Yardımlara Sağlanan İstisnalar:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesine göre aşağıda yazılı tazminat ve yardımlar gelir vergisinden müstesnadır:

1. Ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dâhil) verilen tazminat ve yapılan yardımlar;

2. Muhtaç olanlara belli bir süre için veya hayat kaydıyla yapılan yardımlar (Asker ailelerine yapılan yardımlarla hayır derneklerinin ve yardım sandıklarının yardımları mutlak olarak bu istisnaya girerler);

3. Kanunla kurulan emekli sandıkları ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklar tarafından,

kendilerine zat aylığı bağlananlara aylıklarının dışında, kanunları veya statüleri gereğince verilen emekli, dul, yetim ve evlilik ikramiyeleri veya iade olunan mevduatı ve sürelerini doldurmamış bulunanlarla dul ve yetimlerine toptan ödenen tazminatlar (506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklar tarafından ödenen tazminat, yardım ve toptan ödemeler en yüksek Devlet memuruna ödenen en yüksek ödeme tutarından fazla ise aradaki fark ücret olarak vergiye tâbi tutulur. Bu mukayesede gerek muhtelif sandıklardan gerekse aynı sandıktan muhtelif zamanlarda yapılan ikramiye, tazminat ve toptan ödemeler topluca dikkate alınır.);

4. Hizmet erbabına ödenen çocuk zamları (Bu zamlar devletçe verilen miktarları aştığı takdirde, fazlası vergiye tabi tutulur.);

5. Evlenme ve doğum münasebetiyle hizmet erbabına yapılan yardımlar (Bu istisna hizmet erbabının iki aylığına veya buna tekabül eden gündeliklerinin tutarına kadar olan yardım kısmına uygulanır.);

6. Sosyal sigorta kurumları tarafından sigortalılara yapılan ödemeler;

7. 1475 ve 854 sayılı Kanun'lara göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 5953 sayılı Kanun'a göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz);

8. Genel olarak nafakalar (alanlar için);

9. Yardım sandıkları tarafından statüleri gereğince kendi üyelerine ölüm, sakatlık, hastalık, doğum, evlenme gibi sebeplerle yapılan yardımlar.

10. Yabancı ülkelerde bulunan sosyal güvenlik kurumları tarafından ödenen emekli, dul, yetim ve evlenme ikramiyeleri veya iade olunan mevduat, sürelerini doldurmamış bulunanlarla, dul ve yetimlerine toptan ödenen tazminat ve yardımlar.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/1. maddesinde yer alan ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dâhil) verilen tazminat ve yapılan yardımlar vergiden istisna edilirken ödeme yapılan açısından istis-

Çocuk zammı istisnasından yararlanmak için çocuk sayısı kısıtı kaldırılmıştır ve tüm çocuklar için ödenen çocuk zammı gelir vergisinden müstesnadır.

na tutarı konusunda bir sınırlama getirilmemiştir³². Bu nedenle bu tazminatların tutarına bakılmaksızın tamamı vergiden istisnadır. Ölüm tazminatının işçinin ölümü nedeniyle yakınlarına ya da yakınlarının ölümü nedeniyle işçiye ödenmiş olması halinde gelir vergisi kesintisi yapılmayacaktır³³.

16.06.2009 tarihli ve 5904 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan ve "işsizlik sebepleriyle verilen tazminat" ibaresi ve "işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dahil) verilen tazminat" şeklinde değiştirilmiş ve Kanun'un 4. maddesi ile de Gelir Vergisi Kanunu'na geçici 77. madde eklenmiştir. 272 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne³⁴ göre; 5904 sayılı Kanun'la Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 77. madde hükmüyle, 03.07.2009 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak işverenlerce işçilere ödenen işe başlatmama tazminatlarının, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaması; anılan dönemlere ilişkin söz konusu tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin ise tarha yetkili vergi dairelerine başvurmaları, dava açmamları veya açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla Vergi Usul Kanunu'nun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemlerinin yapılması gerekmektedir.

Yapılacak iade işlemi sırasında, Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 121. maddesine göre işe başlatmama tazminatı tutarlarıyla ilgili vergi indirimi uygulamasından faydalananların indirim tutarlarının mahsup edilmesi ve mükelleflerin dilekçe ile birlikte çalıştıkları işverenlerinden alacakları söz konusu dönemlere ait vergi tevkifatı tutarlarına ilişkin bilgileri içeren bir belgeyi de vermeleri zorunludur.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/3. maddesine göre, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklar tarafından yapılan tazminat, yardım ve toptan ödemelerin tutarının vergiden istisna edilen sınırı, en yüksek Devlet memuru olan Başbakanlık Müsteşarına ödenen en yüksek aylık veya ikramiye tutarı kadar olan kısmıdır. Ödenen emekli, dul ve yetim aylıkları ile ikramiye, tazminat ve toptan yapılan ödemelerin toplamının, en yüksek Devlet memuruna ödenen en yüksek ödeme tutarından fazla olan kısmı ücret olarak vergiye tabi tutulacaktır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/4. maddesine göre hizmet erbabına ödenen çocuk yardımları vergiden istisnadır, parantez içi hükme göre de bu yardımların Devletçe belirlenen sınırları aşmaması gerekir, aşan kısım vergiye tabi tutulur. 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 117/g maddesi ile, Devlet Memurları Kanunu'nun 202/2. maddesinde yer alan "...ancak ikiden fazla çocuk için yardım ödeneği verilmeyeceği" ibaresi 25.02.2011 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hüküm 01.01.2011 tarihinden itibaren geçerli olacaktır. Artık çocuk zammı istisnasından yararlanmak için çocuk sayısı kısıtı kaldırılmıştır ve tüm çocuklar için ödenen çocuk zammı gelir vergisinden müstesnadır. Bu durumda, 25.02.2011 tarihinden önce ikiden fazla çocuk için ödenen çocuk zammı dolayısıyla ödenen gelir vergisinin iadesi talep edilebilir³⁵. Çocukların her biri için çocuk zammı, her yıl bütçe kanununa göre belirlenen gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile bulunan tutarıdır. Dolayısıyla vergiden istisna edilecek çocuk zammının her yıl değişen bu rakama göre belirlenmesi, fazlasının ücret olarak vergiye tabi tutulması gerekmektedir³⁶. Çocuk zammının 01.07.2011-31.12.2011 dönemi için 16.12 TL'si vergiden müstesnadır.

Burada hatırlatılması gereken konulardan biri de Gelir Vergisi Kanunu'nun istisnalarını düzenleyen hükümlerinde hizmet erbabına eşi için "aile yardımı" veya benzer adlarla ya-

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde yapılan kıdem tazminatının tanımı kapsamına, işverenle işçi arasında yapılacak ikale sözleşmeleri sonucunda ödenen kıdem tazminatı girmemektedir.

Yapılan ödemelerin gelir vergisinden müstesna tutulacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiş olduğudur. Bu nedenle 145 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne³⁷ göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu³⁸ ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'na³⁹ tabi olmayan hizmet erbabına eşleri için kendi statüleri uyarınca aile yardımı veya başka adlar altında yapılan ödemelerin ücret ödemesi olarak kabul edilerek, Gelir Vergisi Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca vergiye tabi tutulması gerekmektedir. Bu durumda, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁴⁰ m.4/a'ya tabi olan hizmet erbabına ödenen aile yardımları gelir vergisine tabidir⁴¹.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/5. maddesine göre, evlenme ve doğum yardımının tutarı hizmet erbabının iki aylığını aşarsa aşan kısmı vergiye tabi tutulacaktır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/7. maddesine göre, 1475 sayılı İş Kanunu⁴² ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na⁴³ göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetin Tanzimi Hakkında Kanun'a (Basın İş Kanunu)⁴⁴ göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları gelir vergisinden müstesnadır. Hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.

Burada işverenle işçi arasında yapılacak ikale sözleşmeleri sonucunda ödenen kıdem tazminatlarının gelir vergisi açısından durumuna değinmekte fayda vardır. "1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olan kıdem tazminatı ilişkin 14. maddesinde hangi hallerde kıdem

tazminatı ödeneceği sayılmıştır. 14. maddede öngörülme-yen ya da yasal sınırlamaları aşan her türlü ödeme teknik anlamda kıdem tazminatı değildir"⁴⁵. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde yapılan kıdem tazminatının tanımı kapsamına, işverenle işçi arasında yapılacak ikale sözleşmeleri sonucunda ödenen kıdem tazminatı girmemektedir. Bu nedenle bu ad altında yapılan ödemeler, Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesi kapsamında yer alan ücret niteliğindedir ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/7. maddesine göre gelir vergisinden istisna değildir⁴⁶.

e) Vatan Hizmetleri Yardımlarına Sağlanan İstisnalar:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 26. maddesine göre, aşağıdaki yazılı vatan hizmetleri yardımları gelir vergisinden müstesnadır:

1. Harp malullüğü zamları;
2. Harp malullerine ve şehit, dul ve yetimlerine verilen tekel beyiyeleri;
3. Şehitlerin dul ve yetimlerine şehit, dul ve yetimi sıfatıyla yapılan bilimum ödemeler (Bu hükmün tatbikinde hususi kanunlarına göre kendilerine şehit sıfatı verilenlerle harp, isyan, eşkiya, kaçakçı takip ve müsademesi, sanıkların ve mahkûmların takibi, manevra, talim ve tatbikat esnasında görev başında veya görevden doğan sebeplerle ölenler şehit sayılır.);
4. Vatan hizmetleri tertibinden bağlanan aylıklar ile ödenen mükâfatlar.

f) Teçhizat ve Tayın Bedellerine Sağlanan İstisnalar:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 27. maddesine göre, aşağıda yazılı teçhizat ve tayın bedelleri gelir vergisinden müstesnadır:

1. Özel kanunlara dayanarak verilen yemek ve hayvan yem bedelleri veya bu mahiyette yapılan ödemeler;
2. Demirbaş olarak verilen giyim eşyası (Resmi ve özel daire ve müesseselerce hizmet erbabına işin icabı olarak verilen ve bunların işten ayrılmalari halinde geri alınan giyim eşyası);
3. Tahsilde bulunanlar için yapılan giyim giderleri.

g) Tahsil ve Tatbikat Ödemelerine Sağlanan İstisnalar:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 28. maddesine göre, tahsil ve tatbikat giderleri karşılığı olarak yapılan aşağıda yazılı ödemeler gelir vergisinden istisna edilmiştir:

1. Resmi ve özel müesseseler ve şahıslar hesabına yabancı memleketlerde tahsilde veya stajda bulunan öğrenci ve memurlara gider karşılığı olarak verilen paralar (özel müesseseler tarafından yapılan ödemeler, benzeri devlet öğrenci ve memurlarına verilen miktardan fazla olduğu takdirde, aradaki fark ücret olarak vergiye tabi tutulur.) (Asli görev veya memuriyet dolayısıyla alınan ücretler bu istisnaya dâhil değildir);

2. Resmî ve özel müesseselere ve şahıslar hesabına Türkiye'de tahsilde bulunan öğrenciye iâşe, ibate ve tahsil gideri olarak ödenen paralar;

3. Öğrencilere tatbikat dolayısıyla öğretim müesseseleri veya tahsil masraflarını üstlenenler tarafından verilen paralar.

h) Teşvik, İkramiye ve Mükâfatlara Sağlanan İstisnalar:

Gelir Vergisi Kanunu'nun 29. maddesine göre, teşvik gayesiyle verilen aşağıda yazılı ikramiye ve mükâfatlar gelir vergisinden müstesnadır:

1. İlim ve fenni, güzel sanatları, tarımı, hayvan yetiştirilmesini ve memleket bakımından faydalı olan diğer işleri ve faaliyetleri teşvik maksadıyla verilen ikramiyeler ve mükâfatlar;

2. Subay, astsubay, erbaş ve erlere ve ordu hizmetinde bulunan sivil makinistlere, uçuş, dalış gibi hizmetleri dolayısıyla verilen tazminatlar, gündelikler, ikramiyeler, zamlar ile Türk Hava Kurumu veya kanuni veya iş merkezi Türkiye'de bulunan müesseselerde uçuş maksadıyla görevlendirilen, hava aracının sevk ve idaresiyle görevli pilotlar ile uçuş esnasında uçak içinde hizmet veren yetkili sivil havacılık otoritesince sertifikalandırılmış personele; fiilen uçuş hizmeti, denizaltına dalış yapanlara fiilen dalış hizmetleri dolayısıyla yapılan aynı mahiyetteki ödemeler;

3. Spor yarışmalarına katılan amatör sporculara ödenen ödül ve ikramiyeler;

4. Spor yarışmalarını yöneten hakemlere ödenen ücretler.

Maliye Bakanlığı, B.07.0.GEL.0.42/ 4213-1532/13142 sayı ve 02.03.2001 tarihli özelgesinde, Gelir Vergisi Kanunu'nun 29/1. maddesinde yer alan istisna hükmünün uygulanabilmesi için,

- Ödemenin maddede belirtilen iş ve faaliyetleri teşvik amacıyla ve memleket çapında önemi haiz bir çalışma sonucu yapılmış olması,
- Ödeme yapan ile ödeme yapılan arasında bir hizmet ilişkisinin bulunmaması gerektiğini belirtmiştir.

Yine aynı özelgede, 02.06.2000 tarih ve 4574 sayılı Kanun gereğince, ... Saymanlığı tarafından Devlet Memurları Kanununa tabi Döner Sermaye personeline ödenen "teşvik tazminatı"nın anılan maddede belirtilen iş ve faaliyetleri teşvik maksadıyla verilmediği, hizmet erbabı işveren ilişkisinin gereği olarak hizmet karşılığında ödendiği ve süreklilik arz ettiği anlaşıldığından, Gelir Vergisi Kanunu'nun 29/1. maddesine göre vergiden istisna edilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir.

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın, B.07.1.GİB.4.34.16.01-GVK 29-59 sayı ve 26.04.2010 tarihli, deniz altında dalış yapanların ücretlerinin vergilendirilmesi hakkında verdiği özelgeye göre; Gelir Vergisi Kanunu'nun 29/2. maddesinde yer alan istisna, fiili dalış için görevlendirilen dalgıç ve balıkadamların, sadece fiilen dalış yaptıkları süre ile sınırlıdır. Bu kişilere ödenen dalış ücretlerinin, tahakkuk belgelerinde ayrı gösterilmesi şarttır. Fiili dalış sürelerinin dışında kalan süreler için ödenecek ücretlerin ise Gelir Vergisi Kanunu'nun ücretlere ilişkin genel hükümlerine göre vergilendirilmesi gerekir.

İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, B.07.1.GİB.4.34.16.01-GVK 61-186 sayı ve 23.03.2011 tarihli, milli sporculara ödenecek primlerin gelir vergisi karşısındaki durumu hakkında verdiği özelgesinde şöyle görüş bildirmiştir:

".....Erkek Milli Basketbol Takımı tarafından 2010 yılında Türkiye'de yapılan Dünya Basketbol Şampiyonasında sağlanan üstün başarı dolayısıyla Türkiye Basketbol Fede-

Türk Vergi Sisteminde ekonomik, sosyal, siyasi nedenlerle ücretlere oldukça çeşitli muafiyet ve istisnalar tanınmaktadır.

rasyonu tarafından verilen prim ve ödüllerin, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, Özerk Federasyonlar Çerçeve Statüsü ile TBF Ana Statüsü'ne dayanılarak çıkarılan Ödül ve Yardım Talimatı çerçevesinde verilmesi halinde, Gelir Vergisi Kanununun 29 uncu maddesinin 1 numaralı bendi gereğince gelir vergisinden istisna edilmesi gerekmektedir. Ancak, sporculara ödenecek prim ve ödüllerin söz konusu talimat çerçevesinde ödenmemesi halinde, Gelir Vergisi Kanununun Geçici 72 nci maddesi kapsamında %5 oranında vergi tevkifatı yapılacağı tabiidir.

Diğer taraftan, yukarıda bahsi geçen istisnaların FİBA'ya bildirilen oyuncu, basketbol takımı çalıştırıcısı (koç) ve yardımcıları ile sınırlı olmak üzere ve bu kişilere Türkiye'de fiilen ödenen tutarlar esas alınarak uygulanması gerekmektedir.”

3. Diğer Kanunlarda Yer Alan İstisnalar

a) Gemi Adamlarına Ödenen Ücretlere Sağlanan İstisnalar:

4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁴⁷ 12. maddesi kapsamında, Türk Uluslararası Gemi Siciline kayıtlı gemilerde çalışan personele ödenen ücretler gelir vergisinin dışındadır. Bu gemilerde çalışan gemi adamlarına iş sözleşmelerinin ihbar tazminatı ödenerek feshi halinde yapılacak ihbar tazminatı ödemeleri de (ihbar tazminatı ücret niteliğinde olduğu için) gelir vergisinden istisnadır⁴⁸.

b) Vergi Konseyi Üyelerine Huzur Hakkı Ödemelerine Sağlanan İstisnalar:

5228 sayılı Bazı Kanunlarda ve 178 sayılı

lı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁴⁹ 41. maddesi ile 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye 33. maddesinden sonra gelmek üzere 33/A maddesi eklenmiştir. Kararnamenin ek 33/A. maddesine göre, “Vergi Konseyinin başkan ve üyelerinden; uhdesinde kamu görevi bulunanlara (2000), bulunmayanlara (3000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarda ve ayda dört toplantıyı geçmemek üzere, her toplantı günü için damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tâbi tutulmaksızın Bakanlık bütçesinden huzur hakkı ödenir.”

c) Üniversite Elemanlarına Yapılan Bazı Ödemelere Sağlanan İstisnalar:

2914 sayılı Yükseköğretim ve Personel Kanunu'nun⁵⁰ 12. maddesine göre verilmekte olan üniversite ödenekleri, 14. maddesine göre ödenen geliştirme ödeneği, ek 1. maddeye göre ödenen eğitim öğretim ödeneği, ek 2. maddeye göre ödenen makam tazminatı, temsil tazminatları gelir vergisinden istisnadır.

d) Yargı Elemanlarına Yapılan Bazı Ödemelere Sağlanan İstisnalar:

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na⁵¹ göre verilmekte olan hâkim ve yargı ödenekleri, temsil tazminatları gelir vergisinin dışındadır.

e) Serbest Bölgelerde Çalışanlara Ödenen Ücretlere Sağlanan İstisnalar:

3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun⁵² geçici 3/ b maddesine göre, “Avrupa Birliği'ne tam üyeliğin gerçekleştiği tarihi içeren yılın vergilendirme döneminin sonuna kadar, bu bölgelerde üretilen ürünlerin FOB bedelinin en az % 85'ini yurtdışına ihraç eden mükelleflerin istihdam ettikleri personele ödedikleri ücretler gelir vergisinden müstesnadır. Bu oranı % 50'ye kadar indirmeye ve kanuni seviyesine kadar yükseltmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Yıllık satış tutarı bu oranın altında kalan mükelleflerden zamanında tahsil edilmeyen ver-

giler cezasız olarak, gecikme zammıyla birlikte tahsil edilir.”

Aynı personelin hem serbest bölge içinde hem de serbest bölge dışında çalıştırılması durumunda, ücretin sadece bölge içinde çalıştırılan süreye karşılık gelen kısmının vergiden istisna olduğuna dikkat etmek gerekir⁵³.

f) Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Çalışanlara Ödenen Ücretlere Sağlanan İstisnalar:

4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun⁵⁴ geçici 2/2. maddesine göre “Bölgede çalışan; AR-GE ve destek personelinin bu görevleri ile ilgili ücretleri, 31.12.2023 tarihine kadar her türlü vergiden müstesnadır. Muafiyet kapsamındaki destek personeli sayısı AR-GE personeli sayısının yüzde onunu aşamaz. Yönetici şirket, ücreti gelir vergisi istisnasından yararlanan kişilerin Bölgede fiilen çalışıp çalışmadığını denetler. Ancak, Bölgelerde yer alan girişimcilerin yürüttükleri AR-GE projesi kapsamında çalışan AR-GE personelinin, Bölgede yürüttüğü görevle ilgili olarak yönetici şirketin onayı ile Bölge dışında geçirmesi gereken süreye ait ücretlerinin bir kısmı gelir vergisi kapsamı dışında tutulur. Kapsam dışında tutulacak ücret miktarı, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak hazırlanacak yönetmelikle belirlenir. Yönetici şirketin onayı ile Bölge dışında geçirilen sürenin Bölgede yürütülen görevle ilgili olmadığı tespit edilmesi halinde, ziyaa uğratılan vergi ve buna ilişkin cezalardan ilgili işletme sorumludur.”

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun geçici 2/3. maddesine göre, “Bu madde hükümleri TÜBİTAK-Marmara Araştırma Merkezi Teknoloji Serbest Bölgesi yönetici şirketi, bu bölgede faaliyet gösteren Gelir ve Kurumlar Vergisi mükellefleri ile bölgede çalışan araştırmacı, yazılımcı ve AR-GE personelinin bu görevleri ile ilgili ücretleri bakımından da uygulanır.”

g) Araştırma ve Geliştirme ve Destek Personeline Ödenen Ücretlere Sağlanan İstisnalar:

Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 75. maddesine göre, “31.12.2013 tarihine kadar, 28.2.2008

tarihli ve 5746 sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen Ar-Ge ve destek personelinin, bu çalışmalarını karşılığında elde ettikleri ücretleri üzerinden asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra hesaplanan gelir vergisinin; doktoralı olanlar için yüzde 90'ı, diğerleri için yüzde 80'i verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden indirilmek suretiyle terkin edilir. Bu süre içerisinde, anılan maddenin bu maddeye aykırı olan hükmü uygulanmaz.”

5746 sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun'un⁵⁵ gelir vergisi stopajı teşviki başlıklı 3/2. maddesinde teşvikten yararlanacak personel belirlenmiştir:

- Kamu personeli hariç olmak üzere teknoloji merkezi işletmelerinde çalışanlar.
- Ar-Ge merkezlerinde çalışanlar.
- Kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan veya teknoloji geliştirme projesi anlaşmaları kapsamında uluslararası kurumlardan ya da kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar.
- Ar-Ge projelerini desteklemek amacıyla fon veya kredi kullanan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen TÜBİTAK tarafından yürütülen Ar-Ge ve yenilik projelerinde çalışanlar.
- Teknogirişim sermaye desteklerinden yararlanan işletmelerde çalışanlar.
- Rekabet öncesi işbirliği projelerinde çalışanlar.

h) Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan Kültür Yatırımı Belgesi veya Kültür Girişimi Belgesi Almış Kurumlar Tarafından Çalışanlara Ödenen Ücretlere Sağlanan İstisnalar:

5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun⁵⁶ “gelir vergisi stopajı indirimi” başlıklı 5/b maddesine göre, indirimden yararlanmak isteyen kurumlar Kültür Bakanlığı'ndan yatırımcı veya girişimci belgesi almak zorundadırlar. Bu belgeye sahip olan

kurumlar vergisi mükelleflerinin, ilgili idareye verecekleri aylık sigorta prim bordrolarında bildirdikleri, münhasıran belgeli yatırım veya girişimde çalıştıracakları işçilerin ücretleri üzerinden hesaplanan gelir vergisinin, yatırım aşamasında üç yılı aşmamak kaydıyla % 50'si, işletme aşamasında ise yedi yılı aşmamak kaydıyla % 25'i, verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden terkin edilir.

1) 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Kapsamındaki İllerdeki Yatırımlarda Çalışanlara Ödenen Ücretlere Sağlanan İstisnalar:

“5084 sayılı Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca bu Kanun kapsamına giren illerdeki yeni yatırımlar nedeniyle yararlanılacak gelir vergisi stopajı teşviki süresi, 5084 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan süreye bakılmaksızın;

- 01.01.2005 – 31.12.2007 tarihleri arasında tamamlanan yatırımlar için tamamlandığı tarihten itibaren beş yıl,

- 01.01.2008 – 31.12.2008 tarihleri arasında tamamlanan yatırımlar için tamamlandığı tarihten itibaren dört yıl,

- 01.01.2009 – 31.12.2009 tarihleri arasında tamamlanan yatırımlar için tamamlandığı tarihten itibaren üç yıl,

uzatılmıştır. Öte yandan, Çanakkale ilinin Bozcaada ve Gökçeada ilçelerindeki işletmelerin; yapacakları yatırımlarla ilgili olmak üzere, 5084 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan gelir vergisi stopajı teşvikinden, 5615 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Resmi Gazete’de yayımını izleyen 04.04.2007 tarihinden itibaren 5084 sayılı Kanunun 3. maddesinde belirtilen şartları da taşımaları kaydıyla 5 yıl süreyle (04.04.2012 tarihine kadar) yararlanmaları mümkündür”⁵⁷.

III. SONUÇ

Vergilemede adaleti sağlamak ve ödeme gü-

cüne göre vergi almak için kullanılan yöntemlerden birisi olan ayırma ilkesinin amacı emek gelirlerinin korunmasıdır. Ayırma ilkesinin bir uzantısı olarak, emek gelirlerine sermaye gelirlerine oranla düşük oranlı vergi tarifesi, en az geçim indirimi, muafiyet ve istisnalar uygulanmaktadır.

Vergi kanunları hazırlanırken, ekonomik nedenlerle birlikte vergi adaletinin gerçekleştirilmesi amacıyla muafiyet ve istisnalara yer verilebilir⁵⁸. Türk Vergi Sisteminde ekonomik, sosyal, siyasi nedenlerle ücretlere oldukça çeşitli muafiyet ve istisnalar tanınmaktadır. Verginin ödeme gücüne göre alınabilmesine hizmet ettiği ölçüde vergi adaleti açısından yararlı olan muafiyet ve istisnalar, vergi ödeme gücü bulunan bazı mükelleflerin daha az vergi ödemesine olanak sağladığında olumsuz etki yaratır⁵⁹. Söz konusu istisnalar eğer siyasi baskı gruplarının yarattığı etkiler sonucunda ortaya çıkarsa, gelir vergisinin mali işlevinin yanı sıra sosyal işlevini de olumsuz etkileyecek olan vergi matrahının aşınmasına sebep olabilirler⁶⁰.

DİPNOTLAR

- 1 Doğan ŞENYÜZ/Mehmet YÜCE/Adnan GERÇEK, Türk Vergi Sistemi Dersleri, 5. Baskı, Ekin Yay., Bursa 2011, s. 65.
- 2 R.G. 06.01.1961, 10700
- 3 R.G. 23.07.1965, 12056.
- 4 R.G. 10.06.2003, 25134.
- 5 Nihal SABAN, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2009, s. 332.
- 6 SABAN, s. 331.
- 7 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s. 66.
- 8 SABAN, s. 334.
- 9 Şükrü KIZILOĞLU/Metin TAŞ, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2. Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2010, s. 240.
- 10 Gelir Vergisi Kanunu’nun 64. maddesine göre diğer ücretler: “Aşağıda yazılı hizmet erbabının safi ücretleri takvim yılı başında geçerli olan ve sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan asgari ücretin yıllık brüt tutarının % 25’idir.
 1. Kazançları basit usulde tespit edilen ticaret erbabı yanında çalışanlar;
 2. Özel hizmetlerde çalışan şoförler;
 3. Özel inşaat sahiplerinin ücretle çalıştığı inşaat işçileri;
 4. Gayrimenkul sermaye iradı sahibi yanında çalışanlar;
 5. Gerçek ücretlerinin tespitine imkân olmaması sebebiyle,

Danıştay'ın müspet mütülaasıyla, Maliye Bakanlığınca bu kapsama alınanlar.

Diğer ücretler için yıllık beyanname verilmez, diğer gelirler nedeniyle beyanname verilmesi halinde de bunlar beyannameye ithal edilmez.”

- 11 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s. 67.
- 12 Mualla ÖNCEL/Ahmet KUMRULU/Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 290; Abdurrahman AKDOĞAN, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2009, s. 252.
- 13 Nurettin BİLİCİ, Vergi Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 169.
- 14 Abdurrahman AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2009, s. 248; Gülay AKGÜL YILMAZ, Kamu Maliyesi, Genişletilmiş 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2009, s.182.
- 15 Halil NADAROĞLU, Kamu Maliyesi Teorisi, 10. Baskı, Beta Yay., İstanbul 1998, s. 236-237.
- 16 RG. 28.03.1951, 7770.
- 17 <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028> (Erişim: 18.08.2011)
- 18 Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.16.16.01-GV-10-40-25 sayı ve 25.05.2010 tarihli özelgesi.; Balıkesir Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.10.15.01-2010-GVK-1315-4 sayı ve 02.04.2010 tarihli özelgesi. <http://www.gib.gov.tr> (Erişim: 05.08.2011).
- 19 Resul KURT, Vergi ve Sosyal Güvenlik Mevzuatında Ücret, Tazminat, Harcırah ve Diğer Ödemeler, TÜRMOB Yayınları-404, Ankara 2011, s. 286-287.
- 20 AKDOĞAN, s. 246, dipnotu: 32.
- 21 ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s. 75.
- 22 R.G. 19.06.1986, 19139.
- 23 AKDOĞAN, s. 247.
- 24 AKDOĞAN, s. 247.
- 25 Ramazan ŞENER, “2011 Yılı Kamu Kesiminde Yurt İçi ve Yurt Dışı Harcırah Tutarları”, E- Yaklaşım, Şubat 2011, Sayı: 218. http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20110218684.htm (Erişim: 25.08.2011)
- 26 R.G. 18.2.1954, 8637.
- 27 Ramazan CENK, “Gider Karşılıklarının (Harcırah) İstisna Edilmesinde Emsal Alınacak Ücret ve Özellikli Durumlar-I”, E-Yaklaşım, Mart 2011, Sayı: 219. http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20110318892.htm (Erişim: 25.08.2011)
- 28 Şefik ÇAKMAK, 2010 Yılı Gelir ve Kurumlar Vergisi Beyanname Düzenleme Rehberi, Ankara SMMM Odası Yayın No:72, Ankara 2010, s. 89; CENK, http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20110318892.htm (Erişim: 25.08.2011)
- 29 CENK, http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20110318892.htm (Erişim: 25.08.2011)
- 30 R.G. 26.07.1995, 22355.
- 31 Metin BAŞER, “Vergiden İstisna Yurt Dışı Harcırah Uygulaması ve Tutarları”, Mali Çözüm Dergisi, Yıl: 8, Sayı 43, Nisan- Mayıs- Haziran 1998. <http://www.istanbulsmmmodasi.org.tr/htmldergikonu.asp?id=2359&did=13&dad=MALİÇÖZÜMDERGISİ,SAYI43,NİSAN-MAYIS-HAZİRAN1998>. (Erişim: 26.08.2011)
- 32 ÇAKMAK, s. 89.
- 33 ÇAKMAK, s. 90.
- 34 RG. 12.08.2009, 27317.
- 35 Yüksel KOÇ, “Vergiden Müstesna Çocuk Zammı Uygulamasında İki Çocuk Sınırı Kaldırılmıştır”, 01.04.2011 tarih ve 2011/003 numaralı Sirküler, <http://yuksekokocymm.com.tr>. (Erişim: 28.08.2011)
- 36 ÇAKMAK, s. 91.
- 37 R.G. 09.03.1985, 18689.
- 38 R.G. 10.08.1967, 12670.
- 39 R.G. 13.10.1983, 18190.
- 40 R.G. 16.06.2006, 26200.
- 41 KURT, s. 274.
- 42 R.G. 01.09.1971,13943.
- 43 R.G. 29.04.1967, 2586.
- 44 R.G. 20.06.1952, 8140.
- 45 Erdem ÖZDEMİR, İstifa ve İkale-İşçinin İş Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği- Seminer, İstanbul 2009 içinde Şahin ÇİL'in görüşü, s. 68.
- 46 Müjdat ŞAKAR/ Ayşe YİĞİT ŞAKAR, İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukuku Açısından İşçiye Ödenecek Tazminatlar, 2. Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2011, s. 39-40; Ayşe YİĞİT ŞAKAR, “İşçiye Ödenen Ücret ve Tazminatların Vergilendirilmesine İlişkin Bazı Meseleler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı 12, Aralık 2008, s. 224; Ayşe YİĞİT ŞAKAR, “İş Sözleşmelerinin İkale Sözleşmesi ile Sona Erdirilmesinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:4, Sayı:16, Aralık 2009, s. 227.
- 47 R.G. 21.12.1999, 23913.
- 48 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.34.16.01/GVK -61-13245 sayı ve 27.12.2006 tarihli özelgesi. ŞAKAR/ YİĞİT ŞAKAR, s. 104.
- 49 R.G. 31.07.2004, 25539.
- 50 R.G. 13.10.1983, 18190.
- 51 R.G. 26.02.1983, 17791.
- 52 R.G. 15.06.1985, 18785.
- 53 Ayşe YİĞİT ŞAKAR, Vergi Hukukunda Serbest Bölgeler, Yaklaşım Yay., Ankara 2008, s. 266.
- 54 R.G. 26.06.2001, 24454.
- 55 R.G. 12.03.2008, 26814.
- 56 R.G. 21.07.2004, 25529.
- 57 Gelir İdaresi Başkanlığı, 03.03.2010 tarih ve 5084-2/2010-1 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki Sirküleri / 2, <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028> (Erişim: 29.08.2011)

- 58 Osman PEHLİVAN, Kamu Maliyesi, Trabzon 2010, s.157.
- 59 AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, s. 252.
- 60 Salih TURHAN, Vergi Teorisi, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yay. No: 2550, İstanbul 1979, s. 148.

KAYNAKLAR

- AKDOĞAN, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2009.
- AKDOĞAN, Abdurrahman: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2009.
- AKGÜL YILMAZ, Gülay: Kamu Maliyesi, Genişletilmiş 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2009.
- BAŞER, Metin: "Vergiden İstisna Yurt Dışı Harcırah Uygulaması ve Tutarları", Mali Çözüm Dergisi, Yıl: 8, Sayı 43, Nisan- Mayıs- Haziran 1998. <http://www.istanbulsmmmodasi.org.tr/htmldergikonu.asp?id=2359&did=13&dad=MALİ ÇÖZÜM DERGİSİ, SAYI 43, NİSAN- MAYIS- HAZİRAN 1998>. (Erişim: 26.08.2011)
- BİLİCİ, Nurettin: Vergi Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2008.
- CENK, Ramazan: "Gider Karşılıklarının (Harcırah) İstisna Edilmesinde Emsal Alınacak Ücret ve Özellikli Durumlar-I", E-Yaklaşım, Mart 2011, Sayı: 219. http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20110318892.htm (Erişim: 25. 08.2011)
- ÇAKMAK, Şefik: 2010 Yılı Gelir ve Kurumlar Vergisi Beyanname Düzenleme Rehberi, Ankara SMMM Odası Yayın No:72, Ankara 2010.
- KIZILOĞLU, Şükrü/TAŞ, Metin: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 2. Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2010.
- KOÇ, Yüksel: "Vergiden Müstesna Çocuk Zammı Uygulamasında İki Çocuk Sınırı Kaldırılmıştır", 01.04.2011 tarih ve 2011/003 numaralı Sirküler, <http://yuksekokocymm.com.tr>. (Erişim: 28.08.2011)
- KURT, Resul: Vergi ve Sosyal Güvenlik Mevzuatında Ücret, Tazminat, Harcırah ve Diğer Ödemeler, TÜRMOB Yayınları-404, Ankara 2011.
- NADAROĞLU, Halil: Kamu Maliyesi Teorisi, 10. Baskı, Beta Yay., İstanbul 1998.
- ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- ÖZDEMİR, Erdem: İstifa ve İkale- İşçinin İş Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemlerin Geçerliliği- Seminer, İstanbul 2009.
- PEHLİVAN, Osman: Kamu Maliyesi, Trabzon, 2010.
- SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2009.
- ŞAKAR, Müjdat/YİĞİT ŞAKAR, Ayşe: İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukuku Açısından İşçiye Ödenecek Tazminatlar, 2. Baskı, Yaklaşım Yay., Ankara 2011.
- ŞENER, Ramazan: "2011 Yılı Kamu Kesiminde Yurt İçi ve

Yurt Dışı Harcırah Tutarları", E-Yaklaşım, Şubat 2011, Sayı: 218. http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=20110218684.htm (Erişim: 25.08.2011).

- ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan: Türk Vergi Sistemi Dersleri , 5. Baskı, Ekin Yay., Bursa 2011.
- TURHAN, Salih: Vergi Teorisi, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yay. No: 2550, İstanbul 1979.
- YİĞİT ŞAKAR, Ayşe: "İş Sözleşmelerinin İkale Sözleşmesi ile Sona Erdirilmesinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 16, Aralık 2009.
- YİĞİT ŞAKAR, Ayşe: "İşçiye Ödenen Ücret ve Tazminatların Vergilendirilmesine İlişkin Bazı Meseleler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008.
- YİĞİT ŞAKAR, Ayşe: Vergi Hukukunda Serbest Bölgeler, Yaklaşım Yay., Ankara 2008.

ABONELİK SİSTEMİ

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”



4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayınıımız, çalışma yaşamında yaşanan gelişmeleri yakından takip ederek kullanıcılarına yeni bilgileri zamanında ulaştırmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, güncel bilgileri içeren föyler “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” abonelerine düzenli olarak gönderilmektedir.

MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

“MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

Faks :

e-posta :

İmza :

MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi'ne abone olmak istiyorum:

Maliyet bedelini ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi

Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL

Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19

TÜRKİYE İŞ BANKASI Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)

Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

Prof. Dr. Haluk KABAALIOĞLU

İktisadi Kalkınma Vakfı Başkanı

Türkiye AB İlişkilerinin Geleceği: Müzakerelerde Son Durum

Türkiye 1957 yılındaki Roma Antlaşması ile kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu'na başından itibaren ilgi göstermiş ve bir ortaklık tesis etmek amacıyla 1963 yılında Ankara Antlaşması'nı imzalamıştır. Ankara Antlaşması Roma Antlaşması örnek alınarak tasarlanmıştır ve bu Antlaşma'da yer alan mal, hizmet, sermaye ve emek özgürlüğünü taraflar arasında tedricen gerçekleştirmeyi hedefler. Ancak maalesef bu özgürlüklerden sadece sanayi mallarının serbest dolaşımı 1996 yılında Gümrük Birliği'nin yürürlüğe girmesi ile gerçekleşmiştir. Diğer alanlarda ise hedeflere varılamamıştır. Türkiye için büyük önem taşıyan emeğin serbest dolaşımının 1986 yılında gerçekleşmesi öngörülmüş ise de bu tarihe gelindiğinde artık Avrupa'nın kapıları Türkiye'den gidecek işçilere büyük ölçüde kapanmıştır.

İniş çıkışlar, gecikmeler ve ertelemeler ile dolu olan ilişkilerin tarihi 1999 Helsinki Zirvesi'nde Türkiye'nin aday ülke olarak ilan edilmesi ile yeni bir aşamaya gelmiştir. Bundan sonra ilişkiler yalnızca ortaklık ilişkisi kapsa-

mında değil buna ek olarak üyelik ve katılım perspektifinde düzenlenecektir. Nitekim bu tarih sonrasında hükümetlerimizin ve Meclisimizin gösterdikleri çabalar ile AB üyeliğinin gerektirdiği Kopenhag kriterlerinin siyasi olanlarını yerine getirmeye yönelik reformlar çıkarılmış ve Avrupa Konseyi 2004 tarihinde Türkiye ile katılım müzakerelerini başlatma kararını almıştır. 3 Ekim 2005 tarihinde başlayan müzakerelere süreci Türkiye'nin üyeliğe hazır olmak için 33 müktesebat başlığında kapsamlı bir uyum çalışmasını gerçekleştirmesini gerekli kalmıştır. Çevreden, istihdama, sanayiden tarıma kadar bu farklı alanlarda Türkiye'nin AB müktesebatını kendi mevzuatına uyarlaması ve idari yapısını hazırlaması gerekecektir. Her müktesebat başlığının açılabilmesi için tüm üye devletlerin oybirliğine ihtiyaç olduğu gibi aynı zamanda Türkiye'nin de AB tarafından belirlenen açılış kriterlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Aynı şekilde müktesebat başlıklarının müzakereye kapatılabilmesi için de Türkiye'nin gerekli çalışmaları yaparak kapanış kriterlerini yerine

getirmesi gerekmektedir. Ancak bugüne kadar sadece bir başlıkta, Bilim ve Araştırma başlığında müzakereler geçici olarak kapatılabilmektedir. 33 başlıktan -ki son iki başlık müzakerelerin son aşamasında ele alınmaktadır- yine sadece 13 tanesi açılabilmiştir. En son olarak müzakereye açılan başlık Gıda Güvenliği, Veterinerlik ve Bitki Sağlığı başlığıdır.

Müzakere sürecinde en önemli engeller 2006 yılında Avrupa Konseyi'nin Türkiye liman ve hava sahasını GKRY bandıralı gemi ve uçaklara açana dek sekiz başlığı açmama ve hiçbir başlığı geçici olarak kapatmama kararı, 2007 yılında Fransa'da cumhurbaşkanı olan Nicolas Sarkozy'nin Türkiye'nin üyeliğine karşı olduğu gerekçesi ile tek taraflı olarak 5 başlığın açılmasını bloke etmesi, GKRY'nin yine tek taraflı olarak dört başlığın açılmasını veto etmesi ve Almanya ve Avusturya gibi ülkelerin de Türkiye'nin AB üyeliğini desteklemek yönünde gönülsüz olmalarıdır. Nitekim Türkiye için üyelik yerine imtiyazlı ortaklık önermek konusunda Almanya Şansölyesi Angela Merkel ile Sarkozy arasında tam bir uyum vardır. 2004 yılında tüm üye devletlerin oybirliği ile alınan Türkiye ile katılım müzakerelerini başlatma kararı, ne yazık ki bazı AB üyelerinin pacta sunt servanda ilkesi ile bağdaşmayan şekilde hareket etmesi sonucunda bir belirsizliğe doğru gitmektedir. AB bölünmüş ve toprakları üzerinde bir BM barış gücünün olduğu bir ülkeyi üye olarak alarak büyük bir hata yapmıştır ve bu hatanın sonuçlarını bugün yaşamaktayız.

Müzakereler neredeyse durma noktasına gelmiştir. 2012'nin ikinci yarısında AB dönem başkanlığını üstlenmesi beklenen Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin başkanlığında ise durum iyice içinden çıkılmaz bir hal alabilir. Türkiye bugünden tavrının sert olacağı sinyallerini vermektedir. Geline noktada 2004'te AB üyesi olan ve Türkiye'nin tanımadığı GKRY tüm AB'yi temsilen AB Dönem Başkanı olarak Türkiye ile müzakereleri sabote edebilir. Ancak son tahlilde müzakerelerin tamamen kesilmesi GKRY için de istenen bir sonuç olmaz. Sağduyu Ada'da kapsamlı ve adil bir siyasi çözümün yine de tek yol olduğunu bize göstermektedir. O gün gelene kadar Ada'da iki taraf arasında

devam eden görüşmelerden sonuç alınmasını ümit ediyoruz.

Avrupa Birliği'nin bugünkü durumuna baktığımızda, 2008'den itibaren finansal ve ekonomik krizin olumsuz etkilerini gözlemlemek mümkündür. Yunanistan, İrlanda, Portekiz ve son olarak İtalya gibi üye devletlerin yüksek borçlanma nedeniyle düştükleri durum, AB'nin en büyük başarılarından biri olarak görülen ekonomik ve parasal birlik ve Avro'nun geleceğini tehlikeye atmıştır. AB büyük ölçüde kendi iç sorunlarına eğilmiş ve mali açıdan daha federal bir yapıyı oluşturmanın sancılarını çekmektedir. AB'nin krizden çıkması ortak hareket edebilmesine ve Üye Devletler arasındaki uyuma bağlıdır. Üye devletler arasındaki ekonomik performans ve üretim hacmindeki farklılıklar ekonomik ve parasal birliğin dengeli bir şekilde yürütmesine olanak tanımamaktadır. AB'nin içinde bulunduğu kriz ve dış ilişkilerde de uyumsuz bir tablo ortaya koyması AB'nin üye olmak isteyen ülkeler için çekim gücünü de zedelemektedir.

Öte yandan, bugün içinde bulunduğumuz dünyada AB'nin bir barış ve refah projesi olarak hala büyük önemi bulunmaktadır. Türkiye bölgesinde ve özellikle Ortadoğu'da daha aktif bir ekonomik ve siyasal rolü yerine getirmektedir. Ancak istikrarsızlıkların geçerli olduğu bu bölgelerde Türkiye'nin etkili olabilmesi ve bu istikrarsızlıkların etkilerini nötralize edebilmesi için AB bağlantısının büyük önem taşıdığı bir gerçektir. Türkiye'nin modernleşmesi, büyümesinin devamı ve refahın artması için Türkiye'nin diğer ülke ve bölgeler ile ilişkilerini geliştirmesi gereklidir. Afrika, Latin Amerika gibi pazarlar Türk üretici ve ihracatçıları için önemli potansiyeller barındırmaktadır. Bunun yanında, Türkiye'nin AB önceliğini devam ettirmesi ve zorluklardan yılmayarak AB üyeliği hedefini gerçekleştirmek hedefine ulaşması şarttır. Nitekim yeni kurulan Avrupa Birliği Bakanlığının hükümetimizin bu yöndeki kararlılığını ortaya koyduğunu söylemek mümkündür. Türkiye önüne çıkarılan engellerden yılmayarak, AB içindeki yerini alacaktır. Türkiye'nin dünyadaki artan ağırlığı AB'nin ileri gelen bir üyesi olarak daha da ön plana çıkacak ve dünya dengeleğinde önemli bir etkisi olacaktır.

Murat BATUR

MESS Müşavir Avukatı

Hastalık Sebebiyle Raporlu Olan İşçinin Raporlu Olduğu Süre Zarfında Başka İşyerinde Çalışmasının Değerlendirilmesi

FEDERAL İŞ MAHKEMESİ¹

Karar Tarihi : 03.04.2008**Karar Sayısı** : 2 AZR 965/06

ÖZET

Bir işçi hastalık nedeniyle raporlu olduğu sırada, başka bir işte çalışır ise, bu durum derhal fesih için haklı neden oluşturabilir. İşçinin başka bir işte çalışması, işçinin esasen hasta olmadığını, sadece hasta olduğuna ilişkin rol yaptığı biçiminde yorumlanabilir. Bunun ile birlikte işçinin hastalık durumunun bir an önce sona ermesine yönelik olarak tedavi sürecini aksatmış olması da derhal fesih için haklı neden oluşturacaktır.

OLAY

Davacı 2000 yılından itibaren davalının yanında şoför olarak çalışmıştır. Mart 2004 de geçirdiği bir kaza sonucunda çalışama-

yacak durumda olduğunu işverenine bildirmiştir. Ancak davalı Mayıs 2004 tarihinde, araştırma yapmak üzere görevlendirmiş olduğu bir dedektif aracılığıyla, söz konusu kimsenin raporlu olduğu dönem içerisinde bir kafeterya işlettiğini, burada müşterilere servis yaptığını, bulaşık makinesini boşalttığını ve buna benzer başka işler ifa ettiğini öğrenmiştir. Bunun üzerine davalı, davacı ile aralarındaki iş ilişkisini derhal feshetmek istemiştir. Bu doğrultuda davalının iş sözleşmesini feshetmek niyetinde olduğunu 01.06.2004 tarihli yazısı ile Çalışma Konseyi'ne bildirmiştir. Çalışma Konseyi'nin bir üyesi aynı tarihli yazısı ile fesih kararına ilişkin olarak herhangi bir itirazın olmayacağını bildirmesi üzerine, davalı 02.06.2004 tarihinde davacının iş sözleşmesini derhal feshetmiştir. Ancak 04.06.2004 tarihli Çalışma Konseyi toplantısında, Konsey'in fesih kararına itiraz etmesi üzerine, davalı bu kez

07.06.2004 tarihinde iş sözleşmesini bir kez daha derhal feshetmiştir.

Davacı açmış olduğu davası ile raporlu olduğu dönem içerisinde sadece sınırlı olarak çalıştığını ve fesih kararının İşyeri Teşkilat Yasası'nın² 102. maddesi uyarınca geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Davanın açıldığı İş Mahkemesi ve Eyalet İş Mahkemesi davayı büyük ölçüde kabul etmişlerdir. Davalının Federal İş Mahkemesi'ne yapmış olduğu başvuru üzerine gerçekleştirilen yargılama sonucunda Mahkeme, 07.06.2006 tarihli fesih kararını iptal ederek, dava konusu olayın yeniden görüşülmesi üzerine Eyalet İş Mahkemesi'ne iade etmiştir.

GEREKÇE

İş Mahkemesi'nin ve Eyalet İş Mahkemesi'nin görüşüne karşı olarak, 02.06.2004 tarihinde alınan fesih kararına ilişkin Çalışma Konseyi, feshin yasada belirtilen düzenlemeler doğrultusunda uygun biçimde sürece dâhil edilmediğinden ötürü, mahkememiz feshin geçerli olmadığına hükmetmiştir. Geçerli olmamasının gerekçesi, davalının Çalışma Konseyi'nin görüşünü

kendilerine tanınan sürenin dolmasından önce, davalının fesih kararını vermiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Buna karşın 07.04.2004 tarihli fesih kararına ilişkin olarak Çalışma Konseyi usulüne uygun bir biçimde dinlenmiştir. Ancak Çalışma Konseyi kendisinden istenen görüşün 02.04.2006 tarihinde gerçekleştirilen fesih konusu ile aynı olduğunu bilmektedir.

Fesih, dava konusu olay ile ilgili olarak haklı neden oluşturabilir. Bir işçi hastalık nedeniyle raporlu olduğu bir dönem içerisinde, başka bir işte çalışıyor ise bu açık bir biçimde gerçek anlamda hasta olmadığının bir göstergesi olabilir. Bunun ile birlikte işçinin raporlu olduğu dönemde çalışması, onun iyileşme sürecini de olumsuz yönde etkileyebilir. Her iki durumda da iş sözleşmesi derhal fesih edilebilir. Ancak dava konusu olay ile ilgili olarak, davacının hastalık nedeniyle raporlu olduğu dönem içerisinde çalıştığı iş ile ilgili ayrıntılar ortaya konmadığından ötürü, dava konusu olayın bu açıdan yeniden incelenmesi üzerine dava dosyasının Eyalet İş Mahkemesi'ne iade edilmesine hükmedilmiştir.

1. Karara Konu Olay

2000 yılından beri davalı işverenin yanında şoför olarak çalışan işçi, 2004 yılında geçirdiği bir kaza sonrası rapor olarak çalışamayacak durumda olduğunu işverene bildirmiştir. Davalı işveren bir dedektife yaptırttığı araştırma sonrasında işçinin raporlu olduğu süre içerisinde bir kafeterya işlettiğini ve bu kafeteryada aktif olarak çalıştığını öğrenmiştir. İş sözleşmesini derhal feshetmek isteyen işveren, durumu 01.06.2004 tarihinde İşyeri Çalışma Konseyi'ne iletmış ve itiraz gelmeyeceğinin kendisine aktarılması üzerine 02.06.2004 tarihinde davacının iş sözleşmesini feshetmiştir. Ancak Çalışma Konseyi'nin 04.06.2004 tarihli toplantısında karara itiraz edilmesi üzerine, davalı işveren bu sefer de 07.06.2004 tarihinde

davacı işçinin iş sözleşmesini derhal feshetmiştir.

Raporlu olduğu süre içerisinde çalışan işçi, İş Mahkemesi'nde dava açmış ve raporlu olduğu dönem içerisinde sadece sınırlı olarak çalışmış olduğunu belirterek söz konusu fesih işleminin İşyeri Teşkilat Yasası'nın 102. maddesine aykırı olduğunu öne sürmüştür. Davanın açılmış olduğu İş Mahkemesi ve Eyalet İş Mahkemesi'nin davayı büyük ölçüde kabul etmesi üzerine, davalı işveren Federal İş Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Federal Mahkeme fesih işleminin dava konusu olay ile ilgili olarak haklı neden oluşturabileceği, bir işçinin hastalık nedeniyle raporlu olduğu bir dönemde başka bir işte çalışmasının açık bir biçimde gerçek anlamda hasta olmadığının bir göstergesi olabileceği, bununla birlik-

Sadakat borcunun kapsamını kesin ölçülerle belirleyebilmek sürekli olarak değişmekte olan iş hayatı ve onu düzenleyen iş hukuku açısından mümkün olmamaktadır zira teknolojik şartlar, iş etiği ve genel ahlaka ilişkin toplumda var olan algılar da zaman içerisinde değişiklik gösterebilmektedir.

te işçinin raporlu olduğu dönemde çalışmasının onun iyileşme sürecini de olumsuz yönde etkileyebileceği, her iki durumda da iş sözleşmesinin derhal fesih edilebileceği tespitlerini yapmıştır. Ancak, dava konusu olay ile ilgili olarak, davacının hastalık nedeniyle raporlu olduğu dönem içerisinde çalıştığı iş ile ilgili ayrıntıların ortaya konmadığı, dava konusu olayın bu açıdan yeniden incelenmesi gerekliliği sebebiyle Eyalet İş Mahkemesi'ne iade etmiştir. İncelememizde, somut olaydaki işçinin raporluken başka bir işte çalışmış olup olmamasına ilişkin maddi gerçeğin tespiti meselesi bir kenara bırakılarak, çalışmış olduğu kabul edilecek ve bir işçinin tam zamanlı olarak bir işyerinde çalışmaktayken raporlu olunan süre içerisinde başka bir işyerinde de çalışması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e alt bendinde yer alan doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar (sadakat borcu) kapsamında ele alınacaktır.

2. Sadakat Borcu

2.1. Tanım

Bilindiği üzere, iş akdinin diğer pek çok sözleşme tipinden ayrılan bir yanı işçi ve işveren arasında kişisel bir ilişki de kurmasıdır. Gerçekten de, işveren, iş sözleşmesini yaparken, muhatabı işçinin yeteneklerini, objektif vasıflarını dikkate aldığı kadar, sübjektif vasıflarını da dikkate alır; öyle ki iş sözleşmesinin o işçiyle yapılmasında belirleyici olan husus, işveren ta-

rafından takdir edilen işçiye ait objektif ve sübjektif özelliklerin bütünüdür³.

İş hukukunda hakların süjesi işçi ve işveren olup bu hakların kullanımı, Medeni Kanun'un 2. maddesindeki genel kurala uygun olarak, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edemez. Bunun doğal bir sonucu olarak işçi hizmet ilişkisi içerisinde işini yerine getirirken iyiniyetle hareket etmek, işverenin korunmaya değer ya da diğer bir tabirle haklı menfaatlerini korumak ve işverene zarar vermekten kaçınmak borcu altındadır.

Sadakat borcu Yargıtay tarafından "işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici ve risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınmak"⁴ şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü gibi, sadakat borcu işçiye hem olumlu (yapma), hem de olumsuz nitelikli borçlar (kaçınma borçları) yüklemektedir ve kavramın pek çok eylemi içine alabilecek geniş çerçevesi sebebiyle başka bir tanıma muhtaç olmayan tam bir tanımının yapılması kaynağını bulduğu iyiniyet kavramının tam bir tanımının yapılması kadar güçtür.

Kanımızca, sadakat borcu bir işçinin dürüstlük ve iyiniyet kuralları dâhilinde, işverenin ve işletmenin haklı menfaatlerini risk ve zararlardan korumak için pozisyonundan beklenebilecek ölçüde alabileceği önlemlerle, kaçınması veya yapması gereken eylemlerin tamamının oluşturduğu, kaynağını dürüstlük kuralları ve kanundan alan, çeşitli yan edimlerden oluşan bir borçtur.

2.2. Sadakat borcunun konusu ve kapsamı

Sadakat borcunu doktrindeki genel ayrıma sadık kalarak yapma ve yapmama borçları şeklinde örneklendirmek gerekirse: işverenin ve işyerinin menfaatlerine zarar verebilecek durumlarla ilgili açıklama yapmak, bu durumlarla ilgili nitelikleri gereği kendisinden beklenilebilecek önlemleri almak, işin işleyişi, işveren ve diğer işçiler açısından tehlike yaratabilecek durumları ihbar etmek, yapmak borçları arasında; hırsızlık yapmamak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmamak, kanunsuz greve katılmamak veya bu gibi eylemler için iş arkadaşlarını kış-

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 396. maddesi "Özen ve Sadakat Borcu" başlığı altında sadakat borcunu açıkça düzenlemektedir.

kırtmamak gibi fiiller de kaçınılması gereken yapmama borçları arasında sınırlı sayıda olmak üzere sayılabilir.

Sadakat, kökeni itibarıyla hukuki bir kavram olmayıp, daha çok ahlaki bir kavramdır. Bu kavram zaman içerisinde, hukukun toplumdaki ahlak anlayışı ile etkileşimi sonucunda, hukuk düzeni içerisindeki yerini almıştır. Söz konusu kavram ahlak ve hukukun kesişme noktasında yer alıp her ikisi ile de etkileşim içerisindeydi.⁵

Sadakat borcunun kapsamını kesin ölçülerle belirleyebilmek sürekli olarak değişmekte olan iş hayatı ve onu düzenleyen iş hukuku açısından mümkün olmamaktadır zira teknolojik şartlar, iş etiği ve genel ahlaka ilişkin toplumda var olan algılar da zaman içerisinde değişiklik gösterebilmektedir.

Frankfurt-am-Main Eyalet İş Mahkemesi'nin (Landesarbeitsgericht) 1933 yılında vermiş olduğu bir kararda⁶ ilk derece mahkemesinin komünist parti üyesi bir işçinin emekli aylığı alabilmek için açtığı davanın kabulüne ilişkin kararı komünist aktivitenin sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği gerekçe gösterilerek bozulmaktadır:

"Komünist faaliyetlerde bulunan bir işçi bu sebeple işten çıkarılırsa suçlayabileceği tek kişi kendisidir. Komünist aktivite hizmet akdinde yer alan sadakat borcunun ihlalidir. 28 Şubat 1933 Kanunu ile Mülga Federal Anayasa'nın 118. maddesi sadece ifade özgürlüğünü garanti altına almakta ancak komünist faaliyetlere katılma eylemini almamaktadır."

Söz konusu kararda, komünist aktivite veya komünist parti üyeliği devleti yıkmak isteyen, hiçbir otoriteyi tanımayan, anavatan Almanya'ya ihanet içerisinde, sivil savaş yanlısı, tanrıtanımazlık olarak tanımlanmış ve toplumun genel algısına da atıfta bulunularak bu

partiye bağlantılı olmak ya da işbirliği yapmak devlete karşı, kamu düzenine ve Alman milli duygularına karşı suç kabul edilip bu aktiviteler sadakat borcuna aykırılık olarak görülmüştür.

Yukarıda yer alan ve işçinin siyasi görüşü ile siyasi parti üyeliği sebebiyle sadakat borcuna aykırı eylemde bulunduğunu belirten kararda da açıkça görülebileceği gibi toplumdaki ahlak ve suç kavramlarının kapsamındaki değişikliklerle beraber bazı fiiller belirli bir dönemde sadakat borcuna aykırılık teşkil etmezken, başka bir dönem için bunun tam aksini söyleyebilmek de mümkündür.

Sadakat borcunun kapsamı zamanla değişiklik gösterebildiği gibi, borcun konusu ve kapsamı iş ilişkisinin özel durumuna ve alışveriş yaşamının görüşlerine göre de değişiklik gösterebilecektir. Gerçekten, yanlar arasındaki kişisel ilişkiler ne kadar sıkı ve bu ilişkiler ne kadar karşılıklı güvene dayanıyorsa, sadakat borcunun kapsamı da o kadar genişler.⁷

Sadakat borcunun konusu ve kapsamının dinamik yapısı sebebiyle, İş Kanunu'nun sadakat borcuna ilişkin düzenleme getiren 25/II. maddesinin (e) bendi: "İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" hükmünde "gibi" edatını kullanarak kanunda belirtilen hallerin tahdidi olmadığını vurgulamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında⁸ bir eylemin sadakat borcuna aykırılık teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde hâkimin, hangi davranışların doğruluk ve bağlılığa aykırı saymak gerekeceği konusunda belli ve kesin sınırlı bir ölçüden hareket etmeyerek iş hayatının gereklerini, çevrenin geleneklerini göz önüne alarak her davranışın özelliğine göre bir sonuca varması gerektiğini belirtmiştir.

2.3. Borcun yasal dayanakları

Sadakat borcuna Medeni Kanun'daki iyiniyet ve dürüstlük kurallarına ilişkin 2. madde, İş Kanunu'ndaki işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyan, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hal ve benzerlerini düzenleyen 25/II maddesi hükümleri kaynak teşkil etmekle

birlikte, 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu yayımlanana kadar geçen süre içerisinde herhangi bir kanunda sadakat borcuna ismen değinen bir hüküm yer almamıştır. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 396. maddesi "Özen ve Sadakat Borcu" başlığı altında sadakat borcunu açıkça düzenlemektedir:

"İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin baklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.

İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür.

İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.

İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin baklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür."

Gerekçesine⁹ bakıldığı zaman söz konusu maddenin mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 321a maddesinin esas alınarak hazırlandığı görülmektedir. Aslında yukarıda bahsi geçen İş Kanunu ve Medeni Kanun hükümleri ile konuyla ilgili Yargıtay içtihatları ışığında mevcudiyeti zaten tartışmasız olan sadakat borcunun genel çerçevesi Borçlar Kanunu'nun 396. maddesindeki düzenleme ile somutlaştırılmıştır. İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (b), (d) ve (e) alt bentlerinde ise bu borca aykırı hallerden bazıları sayılmış, (e) bendindeki "gibi" ibaresi ile kanun koyucu kasıtlı olarak bu hallerin neler olabileceğini yoruma açık bırakmıştır. İncelememize konu olan Alman Federal İş Mahkemesi Kararı'ndaki işçinin raporlu iken başka işyerinde çalışması hali de İş Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde 25/II-(e) bendi ile Türk hukukuna göre de haklı nedenle derhal fesih sebebi sayılacaktır.

Alman hukukunda ise sadakat borcu BGB §241/2 ve 242'de düzenlenmiştir. BGB § 241/2'ye göre, "Her iki taraf da borç ilişkisinin içeriğine uygun olarak diğer tarafın haklarını, malvarlığını ve çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür." BGB § 242'ye göre ise, "Borçlu edimini işlem hayatının gereklerini ve dürüstlük kuralını dikkate alarak ifa etmelidir."¹⁰

2.4. İşçinin sadakat borcu ve işverenin gözetme borcu arasındaki bağ

İşçinin sadakat borcunun iş sözleşmesinin karşılıklı edimlerinden olmadığı, sadakat borcunun birçok yan edimler içeren, işçiyi sadece işyerinde değil, işyeri dışında da takip eden bir borç olduğu ve bu nedenle işverenin, "işçiyi gözetme yükümlülüğü"nü işçinin sadakat borcunun karşılığı olmadığı görüşü de doktrinde savunulmakla¹¹ birlikte, ağırlıklı olarak da işverenin gözetme borcunun işçinin sadakat borcunun karşılığı olduğu da öne sürülmektedir.¹²

Bizim görüşümüze göre, bu borçların her ikisi de, asıl edimler olan hizmet ve ücret ödeme edimlerinin ifası için gerekli olan birer yan edim niteliğindedir. Her iki borcun da temel kaynağı iyiniyet ve dürüstlük kurallarıdır. İşçinin sadakat borcu ile işverenin gözetme yükümlülüğü arasındaki ilişkide bu iki borcun teknik anlamda birer "karşılıklı edim" olmadıkları ve bu edimler arasında borçlar hukuku bağlamında bir mübadele söz konusu olmadığı açıktır. Ancak, tarafları farklı olan bu iki borç, konuları itibariyle güven ilişkisi çerçevesi içerisinde birbirine oldukça yakın bir konumdadır.

Bu borçların birer karşılıklı edim olarak kabul edilmesi halinde, hizmet akdinin karşılıklı ve ana edimleri olan "hizmet" ve "ücret" borçlarında olduğu gibi karşı taraf edimini yerine getirmediğinde diğer tarafın borcunu ifadan kaçınabilme hakkı doğmasının da mümkün olması gerekebilecekken, sadakat borcu ve işverenin gözetme yükümlülüğü arasında böyle bir ilişki prensip itibariyle bulunmamaktadır. Bir işveren nasıl ki sadakat borcuna aykırı davranış ve tutumlarla karşılaştığında işçiyi gözetme

yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmıyorsa, aksi durumun varlığı halinde de işçinin sadakat borcuna aykırı davranışta bulunması da hukuken korunmayacaktır.

2.5. Yargıtay kararlarında sadakat borcuna aykırılık teşkil eden haller

Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki, karar incelemesine konu olan işçinin raporluyken başka bir işyerinde çalışması hali Yargıtay'ca da işçinin sadakat borcuna aykırı bir eylem olarak görülmüş ve verilen kararlarda¹³ işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğine hükmedilmiştir. Bu konuya bir sonraki bölümde daha ayrıntılı olarak değinilecektir. Bu halin dışında, Yargıtay tarafından sadakat borcuna uymayan davranışlar olarak kabul edilip iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinin uygun bulunduğu diğer kararlara örnek olarak: işçinin dolaylı da olsa çalıştığı şirket ile aynı faaliyet alanında şirket kurması ve mesaisini kısmen de olsa bu şirkette geçirmesi¹⁴, izinde bulunduğu süre içerisinde işyerine gelerek topluca iş bırakma eylemine katılan işçinin sadakat borcunu ihlal etmiş olması¹⁵, üniversitede sınavı olmamasına rağmen varmış gibi işverenden izin alınması¹⁶, personel müdürü olarak görev yapan davacının istifa eden personele gerçeğe aykırı olarak sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğine ilişkin belge vermesi¹⁷, müşteriden ücret alan işçinin fiş kesmeyerek bu ücreti kasaya koymaması¹⁸, işyerine ait satılacak otomobilin jantlarını kendi aracına takmak¹⁹, mesai saati içerisinde uyumak²⁰, kasadan avans çekme yetkisi olmamasına rağmen sonra geri koymak amacıyla kasadan para almak²¹, geri ödenmiş olsa da işyerindeki stajyer öğrencilerden borç para almak²², kendi vardiyasından önceki vardiyadaki hatalı üretimi fark edip bu durumu işverene bildirmemek²³, mezbaha kesim işçisinin arabasında bir miktar kesim için ayrılan etlerden bulunması²⁴, yurtdışında böbrek hastası olan kardeşine böbreğini bağışlayabilmek için izin alıp ve sonrasında hafif işlere verilmesini talep edip böbreğini vermemiş olması²⁵, işçinin işyerinin tanıtımı amaçlı mamulleri usulüne uy-

gun olarak dağıtmaması ve kendi aracının bakım masraflarını işverene fatura etmesi²⁶, başkasına ait kart basmak suretiyle çalışmış gibi göstermek²⁷, işyeri ile ilgisi bulunan bir üçüncü kişiyle kömür satmak, mali sıkıntısını gidermek amacıyla evini satın almak gibi ticari ilişkilere girmek²⁸, işçinin ücret azlığını bahane ederek işyerine gelip çalışmaması²⁹, işverene ait araçla alkollü şekilde kaza yapmak³⁰, işverenin bilgisi dışında aynı iş kolunda başka yerde çalışmak³¹, işyerinde kaloriferlerin az yanmasını bahane ederek direnişe geçilmesi³², işverenin talimatına rağmen görevlendirilen yere gitmeyip evde istirahat etmek³³ durumları sayılabilir.

İş Kanunu'nun 25/II-e maddesinde belirtilen haller sınırlı olmadığı ve sadakat borcunun -İş Kanunu'ndaki görünümü ile "doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar"ın- kapsamının kesin bir sınırı çizilemediği için, yukarıda sayılan hallerde veya işveren ve işçi arasındaki güven ilişkisinin sürdürülebilmesini imkânsız kılan diğer benzer durumlarda, iş sözleşmesi işveren tarafından İş Kanunu'nun 25. maddesine dayanılarak ve aynı Kanun'un 26. maddesinde yer alan şartlar dâhilinde haklı nedenle derhal feshedilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, sadakat borcuna aykırılık teşkil eden bir eylemde önemli olan herhangi bir zararın doğmuş olması değil, ortaya çıkan riskin güven ilişkisinin sürdürülebilirliğini imkansız kılmasıdır.³⁴ Yargıtay da sadakat borcuna aykırılık teşkil eden fakat zarar oluşturmeyen bir eylemle ilgili olarak aşağıdaki yönde karar vermiştir:

"... iş ilişkisi karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olup, bu güvenin sarsıldığı durumlarda, anılan tutumla karşılaşan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesini beklemek işin doğasına uygun düşmez. İşçinin, işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlarından kaçınmak sadakat borcunun bir gereğidir. Davacının belirtilen eylemleri zarara yol açmamış olsa da doğruluk ve bağlılığa uyduğunu söylemek mümkün değildir. Davacı ile birlikte başkalarının da eyleme iştirak etmesi veya eylemin ceza hukuku açısından suç teşkil etmemesi varılan bu hukuken sonucunu değiştirmez.

Bu maddi ve hukuki olgular karşısında hizmet akdinin davalı işverence haklı nedenle feshedildiğinin kabulü ile davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”³⁵

3. Raporlu Olunan Sürede başka işyerinde çalışılması

3.1. Raporlu işçinin raporlu olduğu dönemde başka işyerinde çalışması

İşçinin işverenle rekabet oluşturacak şekilde başka bir işyerinde çalışması ya da kendi namına iş yapması durumunun sadakat borcuna aykırı bir eylem teşkil edeceği açıktır. Aynı şekilde, incelenen karara konu olan olayda olduğu gibi raporlu olduğu süre içerisinde bir başka işverenin yanında çalışması da sadakat borcuna, bir başka anlatımla doğruluk ve bağlılık kurallarına aykırılık teşkil edecektir.

Hizmet sözleşmesi devam ederken hastalanan bir işçinin ilgili yerlerden alacağı ve hasta ve belirli bir süre iş göremez olduğunu gösterir rapor üzerine kendisine iyileşmesi için istirahat (dinlenme) izni verilir. Hastalık sebebiyle verilen istirahatın amacı işçinin iyileşmesidir.³⁶

Yukarıda metni verilen ve incelememize konu olan Almanya Federal İş Mahkemesi Kararı’ndan da anlaşılacağı üzere, Federal Mahkeme fesih işleminin dava konusu olay ile ilgili olarak haklı neden oluşturabileceği, bir işçinin hastalık nedeniyle raporlu olduğu bir dönemde başka bir işte çalışmasının açık bir biçimde gerçek anlamda hasta olmadığının bir göstergesi olabileceği ve iş sözleşmesinin bu durumda derhal feshedilebileceği tespitini yapmıştır. Raporlu iken başka işyerinde çalışma eyleminin Türk hukukunda da aynı sonuçları doğuracağı ve bu fiil sebebiyle işverenin iş sözleşmesini İş Kanunu’nun 25/II. maddesinin (e) bendi uyarınca bildirimsiz ve tazminatsız feshedebileceği hem sadakat borcunun Medeni Kanun’un 2. maddesinden doğan dürüstlük ve iyiniyet kurallarıyla olan bağlantısı, hem de Yargıtay’ın aynı örnekle ilgili olarak vermiş bu-

lunduğu kararlar sebebiyle açıktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi incelemekte olduğumuz karara benzer konulu bir kararında da işçinin raporlu olduğu dönemde başka bir işyerinde çalışmasının doğruluk ve bağlılık yükümlülüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir:

“Somut olayda; Davacı işçinin raporlu olduğu 21.8.2007 tarihinde başka bir işyerinde çalıştığı sabittir. Bu durum işçinin doğruluk ve bağlılık yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından haklı olarak feshedilmiştir. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”³⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 1991 yılında bir yerel mahkemenin aksi yönde direnme kararı vermesi üzerine raporluyken başka işveren yanında çalışmanın bağlılık, sadakat ve doğruluk kurallarıyla bağdaşmayacağını belirtmiştir:

“Somut olayda, davacının, raporlu olduğu günlerde başka bir işverenin işyerinde fiilen çalışarak asıl mesleği kaportacılığı sürdürdüğü, kesin olarak saptanmış durumdadır. İşçinin genel olarak dürüstlüğe uymayan, bu davranışının bağlılık sadakat ve doğruluk kurallarıyla bağdaştırılması mümkün değildir. O itibarla işverenin iş akdinin feshinde haklı olduğunun kabulü gerekeceğini vurgulayarak davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağına işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”³⁸

3.2. İyileşme süreci

Görüldüğü üzere, Alman Mahkemesi’nin kararı ve bizim içtihatlarımız işçinin raporluyken çalışmasının iş sözleşmesinin derhal feshi sebebi oluşturması yönünden uyumludur. Yukarıda belirttiğimiz kararlar ve inceleme konusu Alman Federal İş Mahkemesi’nin kararı, işçinin raporluyken çalışmasına aynı sonuçları benzer bir düşünce sistemi ile bağlasa da; Alman Mahkemesi bir tespitite daha bulunarak raporlu olan işçinin başka işyerinde çalışmasının iyileş-

İşçinin raporlu olduğu süre içerisinde çalışması ve güven ilişkisine aykırı hareket ederek işvereni aldatması ile rekabet etmeme borcuna aykırı davranma hallerinin İş Kanunu'nun 25/II-(e) bendine uygun olarak iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için tek başına yeterli olduğu görüşünderiz.

mesini de engelleyebileceği noktasını da kararında belirtmiş ve her iki halin de derhal fesih sebebi sayılacağı yönünde karar vermiştir.

İyileşme sürecine atıfta bulunan başka bir Federal İş Mahkemesi kararında da, bir işçinin doktor raporuyla belgelenen bir hastalığına rağmen başka bir işe girmesi sonucu yapılan bir feshin, şüpheli ortadan kaldırdığı takdirde haklı olacağından, zira hastalık halinde verilen iznin; işçinin tekrar sağlığına kavuşması için verildiği ve fakat işçi bu arada bir yan işe (uğraşa) girerse, bunun "işçinin geriye kalan (bakiye) çalışma yeteneğini" (Restarbeitsfaehigkeit) asıl iş ilişkisinde değerlendirme yükümüne aykırılık oluşturacağından söz edilmektedir.³⁹

İyileşme süreciyle ilgili olarak verilen bir başka kararda⁴⁰, omuzundaki sakatlık sebebiyle raporlu olan ve 16 yaşından beri spor aktiviteleriyle uğraşan, yılda yaklaşık 3.000 km koşan bir işçinin yine raporlu olduğu dönemde önceden bir hekimle görüşmek suretiyle bir maratona katılmasının her durumda bunun hastalığın iyileşme sürecini geciktireceği şeklinde algılanmaması gerekeceği ve bunun özellikle daha önceden bir hekim ile görüşülüp, hekimin de yapılacak etkinliğe katılmasında herhangi bir engel görmemesi sebebiyle geçerli olduğu belirtilmektedir. Söz konusu olayda, işçi raporlu olduğu süre zarfında iki maratona katılmıştır. Ancak kendisi bu müsabakalara katılmadan önce hekimine danışmıştır. Hekim ise kendisine bu maratona katılması konusunda

herhangi bir engelin bulunmadığı gibi aynı zamanda da hastalığın iyileşmesi yönünde de bir engel oluşturmayacağını bildirmiştir. Bununla birlikte hekimi, kendisine herhangi bir ağrının baş göstermesi halinde spor faaliyetini derhal bırakması gerektiği yönünde de bir uyarıda bulunmuştur. Mahkeme vermiş olduğu kararda işverenin fesih işlemi, iyileşme sürecinin gecikmeyeceği yönünde bir hekim kararı olması sebebiyle haksız ve süreli fesih için de geçersiz saymıştır. Ancak mahkeme, iyileşme sürecinin önemine ilişkin olarak "İş göremez duruma düşmüş olan işçilerin esas itibarıyla en kısa zamanda iyileşmeleri yönünde hareket etmeleri ve davranmaları gerekmektedir" tespitinde de bulunmuştur.⁴¹

Raporlu işçinin başka bir işyerinde çalışmaya başlamasına ilişkin Yargıtay tarafından verilen kararlarda, işçinin bakiye çalışma yeteneğini asıl iş ilişkisinde değerlendirme yükümünden veya iyileşme sürecini sekteye uğratan davranışların sadakat borcuna aykırılığından bahsedilmemekle birlikte, işçinin raporlu olduğu süre içerisinde başka işyerinde çalışmasının haklı nedenle derhal fesih sebebi oluşturacağı sonucuna aynı şekilde ve isabetli bir biçimde ulaşılmaktadır.

İyileşme süreciyle doğrudan ilgili olmasa da, bir kararda Yargıtay da işçinin mesai saatleri dışında başka bir işyerinde çalışması hususuyla ilgili olarak aşağıdaki tespitte bulunmuştur:

"Davacının normal mesai saatleri dışında da olsa, kalifiye bir eleman olarak başka bir işyerinde çalışması nedeniyle gerekli dinlenmeden yoksun kalacağından kendi işyerinde en azından verimin düşeceği aşikârdır. Davacı işçinin genel olarak dürüstlüğüne uymayan bu davranışı bağlılık (sadakat) ve doğruluk kuralları ile bağdaştırılması mümkün değildir"⁴².

3.3. Raporluysen çalışma ve rekabet etmeme borcu

İşçinin rekabet etmeme borcu genellikle hizmet sözleşmesinin devamı esnasında ve sözleşme son bulduktan sonraki süreye ilişkin olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Biz buradaki incelememizi, hizmet sözleşmesine eklenen bir şart veya ikinci bir sözleşme ile hizmet sözleş-

“İyileşme süreci” konusunun, Türk mahkemelerinin önüne gelecek olan uyuşmazlıklarda da hem iş sağlığı ve güvenliği perspektifi, hem de sadakat borcu kapsamında irdelenmesi kanımızca verimli bir iş piyasası ve sağlıklı bir toplum açısından elzemdir.

mesinin son bulmasından sonra belirli bir süre, hizmet ve yer kapsamında devam eden rekabet yasağı yerine, işçinin bir işveren yanında çalışmaktayken başka bir işveren yanında çalışması veya kendi namına iş tutması halinin sadakat yükümlülüğüne aykırılık hali ile sınırlı tutacağız.

Hizmet sözleşmesinin devam ettiği süre içerisinde, bu borç kaynağını dürüstlük kurallarından aldığı için, arada rekabet yasağına ilişkin münferit bir sözleşme ya da hizmet sözleşmesine eklenmiş bir madde olmasa bile, işçi hizmet sözleşmesinin devamı süresince işverenle rekabet oluşturacak eylemlerde bulunmamakla yükümlüdür. Bu borç kaynağını herhangi bir sözleşmeden ya da sözleşme maddesinden değil sadakat borcunun bir yan yükümlülüğü olan olan rekabet etmeme borcundan alır. Bunun altında yatan temel sebep ise, işçinin işverenin korunmaya değer menfaatlerine zarar vermesinin ve Medeni Kanun’un 2. maddesinde yer alan objektif iyiniyet kavramına aykırı davranmasının sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesidir. Sadakat borcunun ihlali için bir zararın doğmuş olması şartının aranmayacağına ilişkin Yargıtay kararları mevcuttur⁴³. Kanımızca, işçinin rekabet teşkil eden davranışta bulunması da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi açısından yeterlidir. Dolayısıyla, burada da önemli olan işverenin gördüğü zarar değil ancak böyle bir zararı görme ihtimalinin mevcudiyeti ve bu şartlar çerçevesinde güven ilişkisinin sürdürülememesidir.

Alman hukukunda, hizmet sözleşmesinin devam ettiği süre içerisinde, rekabet yasağı Al-

man Ticaret Kanunu’nun 60. paragrafında düzenlenmiştir. Buna göre tacir yardımcıları, işverenin rızası olmadıkça kendi ya da başkası hesabına ticari faaliyette bulunamaz.⁴⁴

Rekabet etmeme borcu Basın İş Kanunu’nun 13. maddesindeki⁴⁵ istisna dışında iş mevzuatında açıkça düzenlenmemiş olsa da, Alman Ticaret Kanunu’nun 60. paragrafına benzer bir hüküm olarak yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 455. maddesi ticari mümesiller ve ticari vekillerin işletme sahibinin izni olmadığı sürece bir başka işle uğraşmalarını yasaklamıştır. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu’nun 396. maddesi ise bu borcu daha açık ve somut bir anlatımla özen ve sadakat borcu başlığı altında düzenlemiştir.

İşçinin çalıştığı süre içerisinde rekabet etmeme borcu Yargıtay tarafından kimi zaman -somut olayda her iki olgunun da bir arada bulunmasından ötürü- işçinin raporluyken başka işveren yanında çalışması ile bağlantı kurulmak sureti ile raporlu olunan süre içerisinde çalışılan işin rekabet teşkil etme haline de atıfta bulunularak incelenmiştir. Yargıtay’ın vermiş olduğu bu kararlarda, işçinin raporluyken “aynı türde bir işyerinde”⁴⁶ çalıştığı veya “asıl mesleği kaportacılığı sürdürdüğü”⁴⁷ ifadeleri kullanılmıştır.

Yukarıda belirtilen örneklerde işçi hem raporlu olduğu süre içerisinde çalıştığı, hem de rekabet borcuna aykırı eylemde bulunduğu için sadakat borcunun iki özel görünümünü ayrı ayrı ihlal etmiştir. İşçinin raporlu olduğu, yani dolayısıyla dinlenmesine ayrılmış süre içerisinde çalışması ve güven ilişkisine aykırı hareket ederek işvereni aldatması ile rekabet etmeme borcuna aykırı davranma hallerinin her ikisinin de, İş Kanunu’nun 25/II-(e) bendine uygun olarak iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshi için tek başına yeterli olduğu görüşünderiz. Başka bir deyişle, işçinin raporlu iken çalışması durumunda; çalıştığı işin rekabet teşkil edip etmemesinin sadakat borcu açısından ve raporlu iken çalışma eyleminin İK. 25/II-(e) bendine göre haklı nedenle derhal fesih sebebi oluşturması açısından bir önemi olmamalıdır.

Yargıtay da vermiş olduğu bazı başka ka-

rarlarda işçinin raporluyken çalışmakta olduğu diğer işin rekabet teşkil edip etmemesine göre herhangi bir nitelime ya da ayırım yapmadan raporluyken “başka işyerinde” çalışmanın doğruluk ve bağlılık kuralları ile sadakat borcuna aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.⁴⁸

4. Sonuç ve değerlendirme

Yukarıda metnini verdiğimiz Federal İş Mahkemesi'ne ait kararda da açıkça görüleceği üzere, işçinin dinlenip iyileşmesine ayrılmış olan raporlu bulunulan süre içerisinde başka bir iş tutması -maddi olgunun varlığı halinde- hem Alman hukuku hem de Türk hukukuna göre haklı nedenle derhal fesih sebebi sayılmaktadır. Türk hukukunda İş Kanunu'nun 25/II-(e) alt bendinde sadakat borcu kelimesi kullanılmadan sadece doğruluk ve bağlılık kavramı kullanılmış olsa da, değinilen Yargıtay içtihatlarından da anlaşılacağı üzere bu sadece terminolojik bir farklılıktır. Ancak, Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 321a maddesi ile aynı olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 396. maddesi ile İş Kanunu metnine daha önceden “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar” olarak girmiş olan “sadakat borcu” bu sefer sadakat borcu olarak yeni Borçlar Kanunu'na konmuş ve bu farklılık bir ölçüde giderilmiştir.

“Sadakat borcu” kelime olarak Alman hukukunda belki de paternalist anlayışın yarattığı toplumsal süreçlerin etkilerinden⁴⁹ uzak durmak adına kullanılmak istenmese de, işçinin iyiniyetle davranmasını gerekli kılan tüm kurallar, özellikle küreselleşme sürecinde ve ülkelerin rekabet gücünün büyük önem arz ettiği günümüz koşullarında adı ne olursa olsun benzer bir mantıkla işlemektedir. Dolayısıyla, Alman hukukunda da sadakat borcunun varlığından bahsetmek, deyimisel olarak olmasa da, kavramsal olarak mümkündür. Söz konusu Federal İş Mahkemesi kararı da bu noktada, raporluyken çalışmaya bağlanan sonuçlar yönünden, Yargıtay kararları ile uyum içerisindedir. Alman mahkemesi tarafından raporlu işçinin başka işyerinde çalışmasıyla ilgili ikinci bir husus olarak irdelenmiş olan ve bölüm 3.2'de değindiğimiz “iyileşme süreci” konusunun da, Türk mahkemelerinin önüne gelecek olan

uyuşmazlıklarda da hem iş sağlığı ve güvenliği perspektifi, hem de sadakat borcu kapsamında irdelenmesi kanımızca verimli bir iş piyasası ve sağlıklı bir toplum açısından elzemdir.

DİPNOTLAR

- 1 Çev.: Alpay Hekimler, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 18, 2008/3, s.439-440.
- 2 Çevirmenin notu: İşyeri Teşkilat Yasası (Betriebsverfassungsgesetz BetrVG) işyeri düzeyinde yönetime katılım haklarını düzenlemektedir, ibid.
- 3 Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, Ankara 2005, s.239.
- 4 Y9HD., 09.03.2005, E. 2005/4880, K. 2005/12110, www.legalbank.net
- 5 Arzu Arslan Ertürk, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010, s.1
- 6 [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09629/09629\(1933\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09629/09629(1933).pdf) (26 Ağustos 2011), LArbG. Frankfurt-am-Main 27 Kasım 1933.(ArbRSamml., C:XIX, LAG., s. 207.)
- 7 Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, s.100.
- 8 YHGK., 29.5.1991, E.1991/9-223, K.1991/315 www.kazanci.com.tr.
- 9 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (18 Ağustos 2011)
- 10 A. Eda Manav, “İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, Ocak 2011, s.105.
- 11 Fevzi Demir/Gönenç Demir, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması” Kamu-İş; C:11, S.1/2009, s.2; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Ankara 2010, s.127.
- 12 Murat Demircioğlu/Tankut Centel, İş Hukuku, İstanbul 2010, s.124; Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2008, s. 303; Aktay/Arıcı/Senyen, İş Hukuku, Ankara 2007 s.140; Mollamahmutoglu, age, s.424.
- 13 Y9HD., 13.5.1991, E. 1991/457, K. 1991/8358;Y9HD., 9.7.1996, E. 1996/7565, K. 1996/15521; Y9HD., 16.12.2010, E. 2008/42769, K. 2010/38188; YHGK., 29.5.1991, E. 1991/9-223, K. 1991/315, www.kazanci.com.tr.
- 14 Y9HD., 01.02.2010, E. 2009/13571, K. 2010/1815 www.legalbank.net.
- 15 Y9HD., 14.07.2008, E.2008/26211, K. 2008/20195 www.legalbank.net.
- 16 Y9HD., 01.12.2010, E. 2009/59, K. 2010/35888 www.legalbank.net.
- 17 Y9HD., 01.03.2010, E. 2009/48006, K. 2010/5399 www.legalbank.net.
- 18 Y9HD., 28.01.2010, E. 2008/14806, K. 2010/1477 www.legalbank.net.
- 19 Y9HD., 25.03.2009, E.2007/40375, K. 2009/7979 www.legalbank.net.
- 20 Y9HD., 27.04.1992, E. 1991/17320, K. 1992/4704 www.legalbank.net; ancak Yargıtay'ın daha yeni tarihli bir ka-

- rarında uyuma eyleminin bir kez olması haklı sebeple değil geçerli sebeple fesih sebebidir, Nuri Çelik, İş Hukuku, İstanbul 2010, s.137, dn. 38'den naklen: (Y9HD, 09.02.2009, E. 2008/11037, K. 2009/1879, Çalışma ve Toplum, 2009/3, s. 312-313).
- 21 Y9HD., 02.04.2009, E. 2007/42850, K. 2009/9270 www.legalbank.net.
- 22 Y9HD., 03.12.2009, E. 2008/12070, K. 2009/33439 www.legalbank.net.
- 23 Y9HD., 27.05.2010, E. 2008/28023, K. 2010/14777 www.legalbank.net.
- 24 Y9HD., 18.06.1992, E. 1992/1015, K. 6429 www.kazanci.com.tr.
- 25 Y9HD., 16.5.1994, E. 1994/2324, K. 1994/7374 www.kazanci.com.tr.
- 26 Y9HD., 04.07.1994, E. 1994/5313, K. 1994/10491 www.kazanci.com.tr.
- 27 Y9HD., 31.12.1997, E. 1997/18516, K. 1997/23028 www.kazanci.com.tr.
- 28 Y9HD., 26.05.1997., E. 1997/4847, K. 1997/9797 www.kazanci.com.tr.
- 29 Y9HD., 16.01.2001, E. 2001/2, K. 2001/240 www.kazanci.com.tr.
- 30 Y9HD., 11.02.2004, E. 2003/12297, K. 2004/1946 www.kazanci.com.tr.
- 31 YHGK., 25.09.1991, E. 1991/9-351, K. 1991/429 www.kazanci.com.tr.
- 32 YHGK., 05.12.1980, E. 1980/3341, K.1980/2631, Şahin Çil, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s. 1832.
- 33 Y9HD., 01.04.2011, E. 2009/8026, K. 2011/19708, Legal Hukuk Dergisi, 9-102, Haziran 2011, s. 2436.
- 34 Y9HD., 20.06.2005, E. 2005/16341, K. 2005/22099; Y9HD., 04.04.2000, E. 2000/2465, K. 2000/4716, www.legalbank.net; Y9HD., 02.05.2005, E. 2004/25130, K. 2005/15369, www.kazanci.com.tr.
- 35 Y9HD., 04.04.2000, E. 2000/2465, K. 2000/4716, www.legalbank.net.
- 36 Ercan Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, s.64.
- 37 Y9HD., 16.12.2010, E. 2008/42769, K. 2010/38188.
- 38 YHGK., 29.5.1991, E. 1991/9-223, K. 1991/315, www.legalbank.net.
- 39 Ercan Akyiğit, İşçinin Başka İşde Çalışması, Ankara 1995, s.58, dn.198'den naklen BAG. U.v. 26.08.1993-2 AZR 154/93. W.Hunold'un notuyla. BB 1994/2. s.142-145,
- 40 Stuttgart İş Mahkemesi, 22.03.2007, 9 Ca 475/06, (Çeviren: Alpay Hekimler), Çalışma ve Toplum Dergisi, 15. Sayı, s.383, <http://www.calismatoplum.org/sayi15/federal.pdf> (19 Ağustos 2011).
- 41 Ibid. S.383.
- 42 YHGK., 25.09.1991, E. 1991/9-351, K. 1991/429 www.kazanci.com.tr.
- 43 Y9HD., 20.06.2005, E. 2005/16341, K. 2005/22099; Y9HD., 04.04.2000, E. 2000/2465, K. 2000/4716, www.legalbank.net.
- 44 Ertürk, age, s.317; Manav, age, s. 107.
- 45 Basın İş Kanunu m.13: "Gazeteci işverenle yaptığı mukavelede aksi zikredilmediği takdirde dışarda, basınla alakası olsun veya olmasın, başka iş tutmakta serbesttir. İş akdinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini icra serbestisini takyit eden hükümler batıldır."
- 46 Y9HD., 9.7.1996, E. 1996/7565, K. 1996/15521, www.legalbank.net.
- 47 YHGK., 29.5.1991, E. 1991/9-223, K. 1991/315, www.legalbank.net.
- 48 Y9HD., 13.5.1991, E. 1991/457, K. 1991/8358; Y9HD., 16.12.2010, E. 2008/42769, K. 2010/38188, www.legalbank.net.
- 49 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkzn. Ertürk, age, s.115,134,136-137,142; Nuri Çelik, age, s.135.

KAYNAKLAR

- Eda Manav, "İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, Ocak 2011.
- Aktay/Arıncı/Senyen, İş Hukuku, Ankara 2007.
- Arzu Arslan Ertürk, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.
- Nuri Çelik, İş Hukuku, İstanbul 2010.
- Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Seçkin, Ankara 2010.
- Ercan Akyiğit, İşçinin Başka İşde Çalışması, Ankara 1995.
- Ercan Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000.
- Fevzi Demir/Gönenç Demir, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması" Kamu-İş; C:11, S.1/2009.
- Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2005.
- Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008.
- Murat Demircioğlu/Tankut Centel, İş Hukuku, İstanbul 2010.
- Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2008.
- Şahin Çil, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2007.



“SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

e-posta :

İmza :

SİCİL / MERCEK dergisine abone olmak istiyorum.

2011 yılı abonelik bedeli olan 56 TL'yi ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi
Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL
Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19

TÜRKİYE İŞ BANKASI Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)
Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)