

# SİCİL

Mart '10 • Yıl 5 • Sayı 17

## MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK  
MESS Yönetim Kurulu  
Başkanı

## Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet SİPAHI  
MESS Genel Sekreteri

## Yayın Yönetmeni

Av. Mesut ULUSOY

## Yayın Kurulu

Av. 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

## 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

29 Mart 2010

**M E S S**

## Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

Abidei Hürriyet Cad.  
Mecidiyeköy Yolu No. 268,  
MESS, 34381 Şişli İstanbul

Tel: 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>İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları</i> .....	5
Prof. Dr. Nuri ÇELİK	
<i>Türk İş Hukukunda İşveren</i> .....	17
Prof. Dr. Sarper SÜZEK	
<i>İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı</i> .....	27
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
<i>İşe İade Davasında Verilen Hükmün İcra Takibine Konulması</i> .....	45
Prof. Dr. Ejder YILMAZ	
<i>İstifa Durumunda Kıdem Tazminatı Sorunu</i> .....	53
Yrd. Doç. Dr. Engin ÜNSAL	
<i>Feshe İtiraz Davasının Yargılama Sürecinde Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi</i> .....	58
Dr. A. Eda MANAV	
<i>Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi</i> .....	74
Dr. Muhittin ASTARLI	
<i>Fesih Nedeni Olarak İşçinin Ödevli Olduğu Görevleri (İş Görme Edimi) Hatırlatıldığı Halde Israrla Yapmaması</i> .....	89
Bektaş KAR	
<i>Ağır ve Tehlikeli İşlerde Mesleki Eğitim Zorunluluğu</i> .....	96
Av. Ulaş YILDIZ	

## KARAR İNCELEMELERİ

<i>İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerini Devralan İşverenin Sorumluluğu</i> .....	107
Prof. Dr. M. Polat SOYER	
<i>İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı</i> .....	111
Prof. Dr. Fevzi DEMİR - Ar. Gör. Gönenc DEMİR	
<i>İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebinin Çakışması</i> .....	123
Prof. Dr. Ali Rıza OKUR	
<i>Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları</i> .....	138
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	
<i>Geçersiz Fesihle İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullanılması</i> .....	160
Doç. Dr. Murat ŞEN	
<i>Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması</i> .....	175
Doç. Dr. Süleyman BAŞTERZİ	
<i>İşçinin Ölümünün, Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarına Etkisi, Yargıtay'ın Yeni Görüşü</i> .....	199
Osman Güven ÇANKAYA	

**TOPLU İŞ HUKUKU**

*Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları* ..... 211  
Prof. Dr. Tankut CENTEL

*Yetki Belgesinin TİS Yürürlük Başlangıç Taribinden Daba Sonra Alınması* ..... 221  
Av. Mesut ULUSOY

**KARAR İNCELEMELERİ**

*Temerrüt Durumunda Ücret ve İkramiye Alacaklarına Uygulanacak Faiz Oranı ve Faizin Başlangıcına İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi* ..... 229  
Doç. Dr. Hakan KESER

*Sendikanın Üye Sayısındaki Azalma Nedeniyle Uygulanmakta Olan Grevin Yargı Kararıyla Durdurulması* ..... 243  
Av. Mustafa AVCI

**SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

*Prim İndirimi Genelgesi Kanunu Aşılıyor!* ..... 249  
Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

*5510 Sayılı Kanun Karşısında İlave Tediyeleden Sosyal Sigorta Primi Kesilemeyeceğine İlişkin Kuralın Yürürlükte Olduğu Söylenebilir Mi?* ..... 253  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

*İş Sözleşmesiyle Çalışanların Ücretsiz İzinde Sağlık Hizmetlerinden Yararlanması* ..... 259  
Dr. Saim OCAK

*Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının 3201 Sayılı Yasa'ya Göre Borçlanmalarında Yeni Uyuşmazlıklar* ..... 277  
Mesut BALCI

**MALİ HUKUK**

*Şirketlerin Prim Borçlarından Dolayı Üst Düzey Yöneticilerinin Sorumlulukları* ..... 281  
Prof. Dr. Ahmet KIRMAN

*2010 Senesinde Uygulanacak İstibdam Teşvikleri* ..... 283  
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

*İşçiye Ödenecek Bazı Tazminatların Vergi Hukuku Bakımından Durumu* ..... 287  
Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

**ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

*Ambalaj Atıklarının "Bedelsiz" Alınması Hukuka Uygun Mu?* ..... 292  
Dr. Abdurrahman SAYGILI

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

*Almanya'da Sosyal Güvenlik ve Sağlık Hizmetleri ile İş Sağlığı ve Güvenliği* ..... 295  
Brigitte FRONEBERG

**KARAR İNCELEMESİ**

*Çalışanlarla Anlaşarak Toplu İş Sözleşmesi ile Belirlenen Koşullardan Farklı Çalışma Koşullarının Getirilmesi* ..... 310  
Av. Şeyda AKTEKİN



# Ekonomik sorunların çözümünde hukuki destek gereklidir

İşyerlerimiz global ekonomik krizden en az zararlı çıkabilmek için mücadele ediyor. Bu noktada yaşanmakta olan ekonomik krizin etkilerinin azaltılmasında önemli bir işleve sahip kısa çalışma uygulaması ile ilgili 5951 sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenleme ise ne yazık ki işyerlerimizin sıkıntısını gidermeye yetmedi. Düzenleme ile getirilen uzatmanın 2010 yılında kısa çalışma için ilk defa başvuru yapan işyerleri ile 22 Haziran 2009 tarihli BKK'dan 6 ay süreyle yararlanmayan işyerlerine münbasır olması, ekonomik krizin etkilerinin sürdüğü bir dönemde gerek çalışanlarımız gerekse de işyerlerimiz açısından mağduriyetlere neden olacak ve bu tür bir uygulamanın olumsuz sonuçları istibdama yansıyacaktır. Ekonomik açıdan zor durumda olan işletmelerimizin ve çalışanlarımızın geleceği için kısa çalışma ile ilgili bu düzenlemenin acilen değiştirilmesi gerekmektedir.

Bu olumsuz gelişmeye Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yayımladığı 2009-155 sayılı Genelge'yi de eklemek gerekiyor. Söz konusu Genelge ile işten çıkış kaydı verilmemiş olmasına rağmen, ücretsiz izinli sayılan sürelerin, İş Kanunu'nda sayılan hallerden olmaması durumunda, "0" gün ve kazanç bildirilen sigortalıların sağlık yardımlarından faydalanamayacağı hüküm altına alındı. İş Kanunu'nda yer alması da tarafların anlaşmasıyla işçinin ücretsiz izne ayrılması, yargı içtihatları ile işlerlik kazanmış bir uygulama olup söz konusu sürelerde taraflar arasındaki iş sözleşmesi sona ermeyip, askıda kalmaktadır. Konuyla ilgili Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın açıklamasında; sigortalılar ile işverenler arasında yapılan toplu iş sözleşmesi ve sözleşme ya da yönetmelik gibi düzenleyici tasarruflarla daha önceden süreleri belirlenmiş olan ücretsiz izin sürelerinin Kurum'ca kabulünün mümkün olduğuna işaret edilmektedir. Söz konusu açıklama gerek çalışanlarımızı gerekse de işyerlerimizi tatmin edecek nitelikte değildir. Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de global ekonomik krize bağlı konjonktürel dalgalanmalar, ne yazık ki bu nitelikteki sürelerin önceden bilinmesini ve belirlenmesini imkansız kılmaktadır. Keza, piyasalarda yaşanan mevsimsel dalga-

lanmalar da kimi zaman bu tür uygulamalara gidilmesini zorunlu hale getirebilmektedir. Söz konusu Genelge'nin bir an önce uygulamadan kaldırılması gerekmektedir.

Öte yandan, Yargıtay tarafından verilen bazı kararlar da tartışmaları beraberinde getirmektedir. Şöyle ki; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23.12.2009 tarihinde vermiş olduğu Karar'la; işçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değerinin olmayacağı, davacının iş sözleşmesi işe iade davası sonunda başvurusu üzerine işverence işe başlatılmamak suretiyle feshedilmiş olup anılan tarihe göre davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde "İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürele- re ait ücret tutarı ayrıca ödenir." hükmüne yer verilmiştir. Karar'a ilişkin Karşı Oy yazılarında da belirtildiği üzere, işverenin İş Kanunu'nun 17. maddesine riayet ederek ihbar öneli tanınması hiçbir hukukî değer taşımayacak ve işveren tekrar ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğünde olacaksa, bu sonuç pek çok işvereni geçerli nedene dayanmayan feshin yanında usulsüz feshe de teşvik edebilecektir ki yasa koyucunun, böyle bir sonucu amaçladığı düşünülemez.

İş sözleşmesinin feshinden sonra işyerini devralan işverenin sorumluluğu, iş hukukumuzda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin önemli bazı sorunları, işçinin ölümünün feshin geçersizliğinin tespiti davalara etkisi ve Yargıtay'ın yeni görüşü, yetki belgesinin toplu iş sözleşmesi döneminden sonra alınması hali, ambalaj atıkları ve cezai hükümler dergimizin 17. sayısında değerlendirilen konu başlıklarından bazıları. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizi siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,

**Av. İsmet SİPAHİ**



# EV SAHİBİ OLMANIZ AN MESELESİ!

Mortgage Uzmanı Garanti'ye başvurunuzu belgesiz yapın,  
anında ön onay alın, beğendiğiniz evi kaptırmayın.

*Başka bir arzunuz?*





Prof. Dr. Nuri ÇELİK

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları

## 1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen önemli düzenlemelerden birini alt işveren kavramı ve asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşturmaktadır. Bu konudaki yasal hükümler şöyledir:

“Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

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

dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” (İş K. m. 2/VI, VII). Ayrıca, 5538 sayılı Kanunla 2. maddenin sonuna iki fıkra eklenmiş, bu düzenlemelerle, kamu kurum ve kuruluşları ile bunların bazı ortaklıklarının özel kesim işverenlerine uygulanan yukarıdaki sınırlamalara tabi olmaksızın, eşitlik ilkesine aykırı biçimde alt işverenlere (yüklenicilere) iş verebilmeleri olanağı sağlanmış, buna karşılık, iş alan işverenlerin yetkilerine ve çalıştırdıkları işçilere tanınabilecek hak ve menfaatlere ilişkin olarak bazı kısıtlamalar getirilmiştir (f. VIII ve IX)<sup>1</sup>. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile ilgili başka bir hükme 5763 sayılı Kanunun İş Kanunu'nun 3. maddesini 2008 yılında değiştiren düzenlemesinde yer verilmiştir. Bu madde uyarınca, yukarıdaki altıncı fıkraya göre işyerinde iş alan alt işveren kendi işyerinin tescilli için asıl işverenden aldığı yazılı işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte bölge müdürlüğüne bildirim yapmakla yükümlüdür. Böylece, bu hüküm ile asıl işveren-alt işveren

## 4857 sayılı Kanun'a getirilen yeni düzenlemelerde, eski dönemdeki uygulama sorunları göz önüne alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisini daraltıcı farklılıkların bulunduğu görülmektedir.

arasındaki ilişkinin yazılı sözleşmeye dayandırılması zorunluluğu getirilmiş olmaktadır. Kanunda bununla da yetinilmemiş, sözleşmede bulunması gerekli diğer hususların çıkarılacak yönetmelikte belirlenmesi öngörülmüştür. Ayrıca, 2009 yılında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na 5838 sayılı Kanunla getirilen bir düzenleme ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılacak işyeri bildirimlerinin bölge müdürlüklerine yapılması gereken bildirimlerin yerine geçeceği yolunda bir değişikliğe yer verilmiş, ancak 3. maddeye göre yapılacak idari işlemlerin ve Alt İşverenlik Yönetmeliği hükümlerinin varlığını sürdürmesi engellenmemiştir.

Bu incelemede ele aldığımız konular İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları, 3. maddesinin ikinci fıkrası ile sınırlı olup 2. maddedeki sekizinci ve dokuzuncu fıkralar inceleme dışında bırakılmıştır.

Genel olarak bakıldığında, 4857 sayılı Kanun'a getirilen yeni düzenlemelerde, eskisinde yer alan bazı esaslar korunmuş olmakla birlikte<sup>2</sup>, 2. madde gerekçesinde belirtildiği üzere, eski dönemdeki uygulama sorunları göz önüne alınarak asıl işveren-alt işveren ilişkisini daraltıcı farklılıkların bulunduğu görülmektedir. Bu ilişkiyi düzenleyen hükümlere göre, bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin "yardımcı işlerde" ya da "asıl işin bir bölümünde, iş alan işverenler işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırdıklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğacak, buna karşılık, yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümü dışında bina yapımı ya da onarımı gibi bir işi üstlenen diğer işveren İş Kanunu açısından alt işveren olarak nitelenemeyecektir.

## II. Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları

### 1. Alt İşverene Verilen Yardımcı İşin Bir Koşula Bağlı Olmaması

Kanunda, işyerindeki asıl işe yardımcı işlerin de alt işverene verilebileceği belirtilmiştir. Böylece, eski düzenlemenin olanak sağladığı bu işlerin söz konusu ilişki çerçevesinde uygulamasının sürdürülebileceği hususu pekiştirilmiştir<sup>3</sup>. Gerçekten, asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin önemli bir bölümünü, niteliği gereği ayrı bir uzmanlık ve organizasyonu gerektiren ve diğer bir işveren tarafından yapılması daha rasyonel olan yemek, temizlik, yükleme ve boşaltma (tahmil ve tahliye), bahçe bakımı gibi işler oluşturmaktadır<sup>4, 5</sup>.

Yargıtay'a göre, davalı işverenin alt işverene verilebilen temizlik, tahliye ve tahmil gibi yardımcı işleri ihaleye çıkardığı, ihalenin Kamu İhale Kanunu'na uygun olarak yapıldığı, davacı işe alan ve çalıştıranın dava dışı alt işveren olduğu anlaşıldığından ve muvazaa iddiası da yerinde görülmediğinden, davacı işçi asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz<sup>6</sup>. Yargıtay'ca, üretilen ürünlerin torbalanması veya paketlenmesi işi, tahmil ve tahliye işleri ile bağlantılı olduğu düşüncesiyle, yardımcı iş olarak kabul edilmiştir<sup>7</sup>.

Alt işverenlerin üstelenebilecekleri işler geçici nitelikte olabileceği gibi, devamlılık gösteren işler de olabilir<sup>8</sup>. Ancak geçici işlerin, bu yasal düzenleme karşısında sınırlı kalacağı kuşkusuzdur.

Yukarıda belirtilen alt işverenler işveren vekili değil, asıl işverene istisna akdi veya başka bir sözleşme ile bağlı olan ayrı birer işverendir<sup>9</sup>. Ancak, Yargıtayca belirtildiği üzere, işverenler arasında yapılan iş bulmaya aracılık (İş K. m.

**Yargıtay'ca, üretilen ürünlerin torbalanması veya paketlenmesi işi, tahmil ve tahliye işleri ile bağlantılı olduğu düşüncesiyle, yardımcı iş olarak kabul edilmiştir.**



## 4857 sayılı Kanun'da yardımcı işlerin alt işverene herhangi bir koşula bağlı olmaksızın verilebilmesi olanağı tekrar sağlanmış ve pekiştirilmiş bulunmaktadır.

90) sözleşmesi asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulması anlamında değildir<sup>10</sup>.

Yargıtay'a göre, İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu tür işlerin muvazaalı olmaması kaydıyla, alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir<sup>11</sup>. Yargıtay'ın görüşü yasal düzenlemeye ve öğretideki görüşe uygundur. Kararda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmama kaydına değinilmemekle yetinilmemiş, öğretide bu konuda yapılan tartışmalarla ilgili olarak, 2. maddenin yedinci fıkrasında düzenlenen söz konusu ilişkinin sınırları üzerinde de açıklamada bulunulmuştur. Bu konudaki değerlendirmemize aşağıda (III/2) yer verilmiştir.

Hemen belirtelim ki, yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlı olmadığı yönünde isabetle öne sürülen görüşün yasaya uygunluğuna yönelik olarak öğretide ortaya konulan bir itirazı yerinde bulmadığımızı söylemeliyiz. Bu konuda ortaya atılan görüşe göre, Kanunun 2. maddesinin altıncı fıkrasındaki “mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş” sözü karşısında bu işleri üretime ilişkin olmakla birlikte ikinci planda kalan işler olarak kabul etmek, asıl faaliyet olan mal ve hizmet üretimi ile ilgisi bulunmayan bir faaliyeti yardımcı iş olarak kabul etmemek gerekirken olup, “Bir dişli fabrikasının temizlik ve yemek işi işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile maddi bir ilişkisi bulunmadığından alt işverenlik bağlamında yardımcı iş olarak kabul edilemeyecekken bir hastanenin temizlik ve yemek işi bu bağlamda yardımcı iş kabul edilebilecektir”<sup>12</sup>. Oysa, yardımcı işlerin niteliği ve herhangi bir koşula bağlı olmaması baki-

mından 1475 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenleme ile 4857 sayılı Kanun'daki düzenleme arasında bir fark yoktur. Yeni Kanunda, yukarıda değinildiği üzere, eskisindeki yardımcı işlerin alt işverene herhangi bir koşula bağlı olmaksızın verilebilmesi olanağı tekrar sağlanmış ve pekiştirilmiş bulunmaktadır<sup>13</sup>. Bundan başka, 2. maddenin altıncı fıkrasındaki, işyerinde yürütülen “mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı iş” ifadesinin aynı maddenin ilk fıkrasında yer verilen işyeri tanımındaki “mal ve hizmet üretmek” amacıyla ilgili olduğu da açıktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu unsura yer veren işyeri tanımı eski kanundakinin öteden beri kabul edilen esaslarla geliştirilmiş hali olup herhangi bir yenilik getirmiş değildir<sup>14</sup>. Kaldı ki, işyeri tanımının yenilik getirdiğini savunan yazarlar da yardımcı iş kavramına farklı bir anlam vermemektedirler.

## 2. Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesinde Aranılan Koşul

### a) Yasal Düzenlemenin Anlamına İlişkin Tartışmalar

Yukarıda açıkladığımız üzere, İş Kanunu'nun altıncı fıkrasına göre, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin olarak asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Görüldüğü gibi, Kanuna, Taslakta yapılan bir değişiklik sonucu getirilen bu hükümde alt işverene verilebilecek işler son derecede soyut ve kısıtlayıcı olarak ortaya konulmuştur. Bu yüzden Kanundaki “ile” sözcüğü tartışmalara ve sorunlara neden olmuştur. Bu konudaki tartışmaların aşağıdaki şekilde iki ana başlıkta toplayarak açıklamaya çalışacağız.

#### aa. Yasal Düzenlemenin Bir Ölçüt Bütünlüğü Sağladığı Görüşü

Bu konu ile ilgili olarak öğretide, yasal düzenlemedeki sözün ve amacın<sup>15</sup> dikkate alınması durumunda “ile” sözcüğünün “olarak” biçiminde anlaşılması gerektiği noktasından hareket edilerek sonuca varılmaktadır. İsbetli

bulduğumuz bu görüşe göre, yasal düzenlemenin anlatımı karşısında asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi için, bunun işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir ve buradaki ölçüt bütünlük göstermekte olup bölünemez niteliktedir. “Bunun tersi kabul edildiğinde teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler sınırlamasının hiçbir anlamı kalmaz. Zira böyle bir yorum doğrultusunda işveren işletmenin ve işin gereği olduğunu öne sürerek asıl işi kolaylıkla bölebilir; alt işverene verebilir. Bu da maddenin konuluş amacı ile bağdaşmaz; yapılan düzenlemeyi anlamsız kılar”<sup>16</sup>.

**bb. Yasal Düzenlemedeki “İle”  
Sözcüğünün “Veya” Anlamında  
Olduğu Görüşü ve Değerlendirmemiz**

Yukarıda açıklanan yasal düzenlemede ölçüt bütünlüğü bulunduğu yolundaki görüşe karşı, herhalde, aşırı kısıtlayıcı nitelikteki bu yasal düzenlemeye makul bir uygulama olanağı sağlamak düşüncesiyle hükümdeki “ile” sözcüğünün “veya” olarak anlaşılması gerektiği görüşü öne sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre, söz konusu 2. madde hükmüyle getirilen ölçüt bölünebilir nitelikte olup bir bütün olarak yorumlanamaz<sup>17</sup>. Zira, alt işverene sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin verilmesi istenseydi, “işletme ve işin gereği” ibaresine Kanunda yer verilmezdi. Aksi yöndeki görüşün kabulü hukuka, pratik hayatın ihtiyaçlarına uygun düşmeyeceği<sup>18</sup> gibi, amaçsal yorum ilkesine, girişim ve sözleşme özgürlüğüne de aykırı olacaktır<sup>19</sup>. Hemen belirtelim ki, bu görüş Kanundaki düzenlemenin sözüne ve amacına uygun düşmemekte, sadece katı ve açık Kanun hükmünü uygulama ihtiyaçlarına uygun hale getirme hedefini gütmektedir. Kanunun yalnız bu hükmünün değil, 2. maddesindeki asıl işveren-alt işveren ilişkileri ile ilgili yedinci fıkrasının da olması gereken hukuk kurallarına uygun olmadığı, her iki hükmün isabetsiz ve sorunlar yaratan düzenlemeler niteliğinde olduğu açıktır. Gerçekten, aşağıda belirtildiği üzere, yedinci fıkradaki “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz” hükmü girişim ve sözleşme özgürlüğüne aykırı ve gereksiz bir yasal düzenleme

niteliğindedir. Her iki düzenlemeye, 1475 sayılı Kanun dönemindeki alt işverenlik ilişkisinin kötüye kullanılması uygulamalarını en aza indirmek amacıyla Kanunda yer verilirken ölçülülük ilkesine uygunluk sağlanamamıştır. Ne var ki, her iki düzenlemedeki sözlerin açıklığı karşısında, bunlara yorum yoluyla uygulama ihtiyaçlarına uygun anlam vermek şeklindeki düşüncenin kabulü olanaklı bulunmamaktadır. Yedinci fıkra konusundaki görüşümüz aşağıda açıklandığından burada yalnız altıncı fıkraya ilişkin birkaç noktayı belirtmekle yetineceğiz. Söz konusu fıkranın sözü ile ilgili olarak karşı görüş tarafından, alt işverene sadece teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin verilmesi istenseydi, o takdirde “işletme ve işin gereği” ibaresine Kanunda ayrıca yer verilmezdi yolunda öne sürülen düşünce isabetli değildir. Tam tersine, katıldığımız görüş tarafından belirtildiği ve yukarıda açıklandığı üzere, karşı görüşün kabulü halinde, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler sınırlamasının hiçbir anlamı kalmayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarla yasal düzenlemenin isabetli olmadığı, ancak maddenin amacı ve düzenlemedeki ifadenin açıklığı karşısında yorum yoluyla ihtiyaca uygun bir uygulamaya gidilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Bu önemli sorunun çözümü için, uygulama ihtiyacını dengeli olarak karşılayacak biçimde yasal değişikliğe gidilmesinin uygun olacağı kanısındayız<sup>20</sup>. Hemen belirtelim ki, bu konuda tartışılabilir nitelikteki yasal düzenleme varlığını sürdürürken aşağıda değindiğimiz Alt İşverenlik Yönetmeliği ile bu düzenlemeyi katıldığımız görüşe uygun bir şekilde getirerek ifade etmenin hukuki esaslarla bağdaşır bir yanı yoktur<sup>21</sup>.

**cc. Yargıtay’ın görüşü**

Yargıtay’a göre, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene devredilebileceği şeklinde ifade edilen düzenlemedeki baskın öge “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerdir. “Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önün-



Daha önce işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulamayacağına ilişkin ilişkinin varlığı, eskiden öne sürülmüş olanın aksine, bunun tek başına kötüye kullanma durumunu yaratacağı sonucuna varmayı gerekli kılamaz ve getirilen yasal düzenlemeyi haklı gösteremez.

de tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır<sup>22</sup>. Kararda yer verilen bu açıklama ile Yargıtay öğretideki iki karşıt görüşten birini oluşturan ve yukarıda ilk olarak açıklanan görüşü benimsemiş olmaktadır. Yargıtay'ın önceki kararlarında bu karardaki görüşüne uygunluk gösteren ifadeler yer verilmiş olmakla birlikte bu karardaki ayrıntılı ve kesin açıklamalara rastlanılmıyş değildi. Gerçekten, Yargıtay'ın yukarıda belirtilen yasal esasa ilgili yeterli bir açıklamada bulunmaksızın vermiş olduğu bir kararda, işverenin asıl işi olan soğutma sonu ve bant paketleme işi "uzmanlık gerektiren" bir iş olarak nitelenmiş, daha sonraki bir kararında, kauçuk ve plastik hortum üretimi işinin davalı şirketin asıl işi olup işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş niteliğinde olduğunun ispatlanamamış olması karşısında, söz konusu işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği sonucuna varılmıştı. Bunun gibi, başka bir kararda, PTT'nin posta tekeli dışında kalan, gönderilenin kabulü, nakli ve dağıtım işinin yardımcı iş sayılamayacağı ve bu işin asıl iş olup teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü bulunmadığından alt işverene verilemeyeceği belirtilmişti<sup>23</sup>. Yargıtay'ın yukarıda açıklanan 2008 yılı kararındaki görüşü ise herhangi bir duraksamaya yol açmayacak açıklıkta ortaya konulmuştur.

### III. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları ve Bunlara Aykırılığın Yaptırımı

#### 1. İlişkinin Sınırları

##### a) Asıl İşveren İşçilerinin Alt İşverence Çalıştırılmaması

Kanunda, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı hükmüne yer verilmiştir (m. 2/VII, c. 1)<sup>24</sup>. Hükümün anlatımı, asıl işveren işçilerinin alt işverence çalıştırılmasının hak kısıtlayıcı şekilde olamayacağı, hak kısıtlama durumunun söz konusu olmaması halinde ise bu olanağın engellenmediği sonucunu çıkarmaya elverişli gibi gözükmekte<sup>25</sup> ise de, bununla, çalışmayı sürdürmenin her hal ve koşulda hak kısıtlamasına yol açtığı kabul edildiği ve bunun önlenmesinin amaçlandığı da söylenebilecektir. Nitekim, Kanunun diğer düzenlemeleri göz önüne alındığında, bu hükümün bazı eleştirilere açık olduğu ve iyi niyetli uygulamaları engellediği ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

##### b) Asıl İşveren Yanında Çalışmış Olanla Alt İşveren İlişkisinin Kurulamaması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla Kanuna getirilen düzenlemelerden biri de, daha önce işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulamayacağına ilişkin hükümdür (m. 2/VII, c. 1). Kanımızca, bu ilişkinin varlığı, eskiden öne sürülmüş olanın aksine, bunun tek başına kötüye kullanma durumunu yaratacağı sonucuna varmayı gerekli kılamaz ve getirilen yasal düzenlemeyi haklı gösteremez<sup>27</sup>. Eski dönemde bu yola gitmenin temel nedeni, birlikte sorumluluk dolayısıyla alt işverenin işlemlerini yasalara uygunluk yönüyle denetlemek zorunda olan işverenin eskiden işyerinde çalışan ve kendisi için güvenilir bulduğu kişiyi alt işveren olarak seçmeyi tercih etmesiydi. Yeni düzenleme ile sadece iyi niyetli böyle bir uygulama değil, girişim ve sözleşme özgürlüğü de engellenmiş

olmaktadır<sup>28</sup>. Bu hükmün, haksız sonuçlara yol açmasını önlemek amacıyla, mutlak anlamda olmadığı, işverenin buna aykırı bir uygulamada bulunması halinde, kural olarak muvazaanın kabul edilebileceği ve aksinin işverence kanıtlanabileceği yolundaki “kanunî karine” görüşünün<sup>29</sup> kabulü ise, kanıtlama zorluğu nedeniyle çok riskli olup işvereni ağır bir yaptırımla karşı karşıya bırakabilir. Bunun gibi, işten ayrılan bir kişinin 2-3 yıl gibi uzun bir süre sonra aynı işverene alt işveren olarak ilişki kurmasının söz konusu düzenlemeye aykırılık oluşturmayacağı görüşü<sup>30</sup> de, sürenin uzunluğu noktasındaki belirsizlik nedeniyle, aynı sonucu doğurabilir. Bu durum karşısında, esasen açıklanan görüşlere kapalı ve mutlak emredici nitelikte<sup>31</sup> gözüken bu isabetsiz yasal düzenlemenin kaldırılması uygun olacaktır. Kaldı ki, alt işverenin üstleneceği işe ve işçilere ilişkin diğer yasal sınırlamalar (m. 2/VI-VII) düşünüldüğünde, alt işverenin asıl işverenin eski işçisi olup olmadığını önemsemek de gereksizdir.

### c) İşin Bölünerek Alt İşverenlere Verilememesi

Asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde şikâyet konusu olan uygulamaların başında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilmesi gelmişti. Bunun yargı kararına geçen tipik bir örneğini üretim bandının bir tarafında asıl işveren, öbür yanında taşeron işçilerinin çalıştırılması oluşturmuştu. Her ne kadar Yargıtay muvazaaya dayanarak bu tür uyuşmazlıkları olumlu yönde çözümlenmiş<sup>32</sup> de, yasa koyucu bu konudaki uygulamalara karşı yasal düzenleme getirmeyi uygun bulmuş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünemeyeceği kuralına Kanunda yer vermiş (m. 2/son) ve böylece asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi halinde o işte asıl işveren işçilerinin çalıştırılması olanağını tanımamıştır<sup>33, 34</sup>.

Yargıtay’ca belirtildiği üzere, işverenin muvazaalı bir şekilde asıl işin her bir bölümünü ayrı işverene yaptırması 2. maddedeki asıl işveren-alt işveren ilişkisi niteliğine uymadığından alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabulü ve toplu iş

sözleşmesi yetkisinin kazanılmasında çoğunluk tespitinin buna göre yapılması gerekir. Sendikanın daha önce muvazaayı öne sürmeden birbirinin aynı toplu iş sözleşmeleri her bir şirketle imzalamış ve yürürlükte tutmuş olması yasaya aykırılığı ortadan kaldırmaz<sup>35</sup>.

## 2. Yasal Sınırlamalara Aykırılığın Hukuki Yaptırımı

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi konusunda yukarıda açıklanan yasal sınırlamalara aykırılığın hukuki yaptırımı da Kanunda ortaya konulmuştur. Buna göre, yukarıdaki ilk iki sınırlama belirtildikten (m. 2/VII, c. 1) sonra, “Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” ifadesine yer verilmiştir (m. 2/VII, c. 2). Bununla anlatılmak istenen herhalde “aksi halde ve genel olarak” sözlerinin birlikte ele alınmasını sağlamak ve ilk cümledeki iki sınırlama ile muvazaalı işlem arasında bağlantı kurmak değildir. “Aksi halde” sözü muvazaayı incelemesine gerek görülmemeyen bu sınırlamaları sadece ikinci cümledeki yaptırıma bağlayıcı niteliktedir. “Genel olarak” ibaresi ise bu sınırlamalar dışında kalan hallerle ilgilidir<sup>36, 37</sup>. Kanundaki yedinci fıkranın ikinci cümlesini “Bu sınırlamalara aykırı hareket edildiği takdirde ve genel olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı hallerde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” şeklinde anlamak gerekir. Bundan sonraki cümlede, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği belirtilmiştir. Bunun yaptırımını da ikinci cümle hükmünün oluşturduğu kabul edilmelidir. Tasarının kanunlaşmasından önceki değişiklikte son cümleye isabetli şekilde fıkranın ikinci cümlesi olarak yer verilmişken, yapılan değişiklik sırasında sıralama değiştirilmiş, asıl işin bölünemeyeceğine ilişkin hüküm fıkranın sonuna getirilmiştir.

Yargıtay’ın bir kararında ise, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sınırları ve bunlara aykırılığın yaptırımına ilişkin 2. maddenin yedinci fıkrası



sındaki haller kanuni karine görüşü benimsererek muvazaalı işlemler ile bağlantılıymış gibi gösterilmiştir<sup>38</sup>. Bunu kabul etme olanağı yoktur. Görüşümüzün kabulü halinde yukarıdaki açıklamamızın sonucu olarak, işçi ile işveren arasında söz konusu sınırlamalarla ilgili bir uyumsuzluğun çıkması halinde, böyle bir sınırlamaya aykırılığın ispatı maddi vakıaların belirlenmesinden ibaret kalacak ve asıl işveren ile alt işverenin üçüncü kişileri aldatmaya yönelik bir anlaşmayla muvazaalı işlemde bulduklarının ispatı bakımından kararda belirtildiği şekilde genel ispat kurallarına gitmeye gerek kalmayacaktır.

## IV. İşyeri Bildirimine İlişkin Yasal Esaslar

### 1. 5763 ve 5838 Sayılı Kanunlardaki Hükümlerin Anahatları

İş Kanunu'nun 3. maddesinin özellikle alt işverenle ilgili 2. fıkrasındaki işyeri bildirim konusunda 5763 sayılı Kanun'la yapılan ve aşağıda ele alınan değişiklikten<sup>39</sup> sonra 5838 sayılı Kanun'la bu hükmü ilgilendiren yeni bir yasal düzenleme çıkarılmıştır. Hemen belirtelim ki, bununla sadece bildirim yapılacağı kurum değiştirilmiş, bu bildirim bölge müdürlüğüne bildirilmesinden sonra yapılacak idari işlemlere ilişkin olarak 5763 sayılı Kanun hükümleri esaslarının uygulanacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bölge Müdürlüklerince yapılacak idari işlemler ve alt işverenlik sözleşmesiyle ilgili esaslar ile yürürlüğe konulmuş olan Alt İşverenlik Yönetmeliği<sup>40</sup> hükümlerinin varlığını sürdürmesi engellenmiş değildir. Bu gelişmeyi ortaya koyan yasal düzenlemeye kısaca değindikten sonra 5763 sayılı Kanun ile 3. madde uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği hükümlerini açıklayacağız.

5838 sayılı Kanun'la<sup>41</sup> 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na getirilen Ek m. 1'e göre, işverenler tarafından 8., 9. ve 11. maddeler gereğince Kuruma yapılan sigortalı ve işyerlerine ilişkin bildirimler 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 62. maddesi ve İş Kanunu'nun 3. maddesi hükümleri

uyarınca Bakanlık ile Bölge Müdürlüklerine ve Türkiye İş Kurumu'na (İŞKUR) yapılması gereken bildirimlerin yerine geçer. Bu madde gereğince çıkarılan Yönetmelikte<sup>42</sup> yer verilen bir hüküm ile Kurum, Bakanlık, Bölge Müdürlükleri ve İŞKUR arasında bu konulardaki işlemlerin aksatılmadan yapılmasını sağlamak amacıyla bağlantı kurulmuştur. Yönetmeliğin 8. maddesine göre, Kuruma yapılan bildirimlerle tescil işlemlerine esas belge ve eklerinin birer sureti Kurum tarafından 15 gün içinde Bakanlık, Bölge Müdürlükleri ve İŞKUR'a gönderilir. İlgili kurumlar mevzuatları uyarınca işlem yaparlar. Aynı esasın Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nca çıkarılan Genelge'de tekrarlanmış olduğu görülmektedir<sup>43</sup>

### 2. 5763 Sayılı Kanun'la Getirilen Düzenleme

#### a) Genel Olarak

İş Kanunu'nda işyerinin işverence bölge müdürlüğüne bildirilmesi öngörülmüştür. Bildirim, sürekli işler için zorunlu olup İş Kanunu'nun kapsamına girecek nitelikte bir işyerini kuran, devralan, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren, faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işverence bir ay içinde yapılır (İş K. m. 3/1). Bu zorunluluğa uymayan işveren para cezasına mahkûm edilir (İş K. m. 98). Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyerinin tescili için yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte aynı şekilde bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğüne tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir (m. 3/II)<sup>44</sup>. Bu fıkraya göre, muvazaalı işlemin tespiti halinde gerekçeli müfettiş raporu işverene tebliğ edilir. Buna karşı altı işgünü içinde iş mahkemesine itiraz edilebilir. Mahkeme kararı kesindir. İtirazda bulunulmamış ya da muvazaa tespiti mahkemece onanmış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılırlar<sup>45</sup>. Fıkradaki muvazaalı işlemin tespiti konusu ile ilgili olarak öğretilde isabetle belirtildiği üzere, esas itibarıyla muvazaanın tespiti hukuki bir konu olup yargıcın

yetkisindedir ve bunun idari makama tanınmış olması, aynı hüküm uyarınca itirazın mahkemeye gidilecek olsa da, yerinde bir düzenleme olarak görülemez<sup>46</sup>.

### **b) Yazılılık Esası**

İş Kanunu'nun 3. maddesinde yapılan ve yukarıda açıklanan değişikliğe göre, alt işveren kendi işyerinin tescili için yazılı alt işverenlik sözleşmesini diğer belgelerle birlikte Bölge Müdürlüğü'ne yapacağı bildirimle ekleyecektir. Bu maddedeki yazılılık esası 5838 sayılı Kanun'la kaldırılmış değildir. Zira, 5838 sayılı Kanun'un 11. maddesinde alt işverenin sigortalıları bildirirken asıl işverenle yaptığı sözleşmenin ibrazından söz edilmektedir. Böylece her iki kanun ile de asıl işveren-alt işveren ilişkisinin yazılı bir sözleşmeye dayandırılması zorunluluğu getirilmiş olmaktadır. İş Kanunu'nda bununla yetinilmemiş, alt işverenlik sözleşmesinde bulunacak hususların çıkarılacak yönetmelikte belirlenmesi öngörülmüştür. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde bu konuda yapılan düzenleme ile tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisine gereksiz bir müdahalede bulunulmuştur. Aşağıda bunun yarattığı sorunlar üzerinde durulacaktır.

## **3. Alt İşverenlik Yönetmeliği**

İş Kanunu'nun 3. maddesine getirilen yukarıdaki düzenleme uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3. maddesinde muvazaanın tanımı yapılmış, 10. maddesinde alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken esaslar sayılmış, 11. maddesinde alt işverene verilecek asıl işin bir bölümüne ilişkin koşulları hakkında bir düzenlemeye yer verilmiş ve 12. maddesinde de muvazaanın incelenmesi usulü belirtilmiştir.

Alt İşverenlik Yönetmeliğinin yukarıda değindiğimiz hükümlerini ayrı ayrı ele almakta yarar vardır.

### **a) Muvazaa Tanımı**

İş Kanunu'nun 3. maddesinde muvazaanın tanımı yapılmamış iken Yönetmelikte gereksiz bir şekilde bununla ilgili bir hükme yer verilmiştir. Yönetmeliğin 3. maddesinin (g) bendine

göre muvazaa, "1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini, 2) Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini, 3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalışmaya devam ettirilmesini, 4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ihtiva eden sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın İş Kanunu'nun 2. maddesinin düzenleme aksaklıkları nedeniyle sorunlar yaratan altıncı ve yedinci fıkralarına ilişkin olarak öğretide ortaya konulan görüşlere ve Yargıtayca verilen kararlara uygunluğu eleştirilere açıktır<sup>47</sup>. Yönetmelikteki tanımı dikkate alacak bir iş müfettişi alt işverenin bildirim ekindeki belgelerde yukarıda belirtilen esasların varlığı halinde muvazaa tespitinde bulunmak durumunda kalacaktır<sup>48</sup>.

### **b) Alt İşverenlik Sözleşmesinde Yer Alması Gereken Hususlara İlişkin Düzenleme**

Yönetmeliğin 10. maddesinde, alt işverenlik sözleşmesinde yer alması gereken hususlar ayrıntılı bir şekilde belirtilmiş ve 9. maddesinde, bu hususların sözleşmede yer alması halinde bunun alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilebileceği öngörülmüş bulunmaktadır. Maddede (a)'dan (ı)'ya kadar sıralanan hususlar arasında asıl işveren ile alt işverenin işyeri unvanı ve adresi, asıl işveren ile alt işverenin tüzel kişiliği ya da tüzel kişiliğin olmaması halinde işveren vekillerinin adı, soyadı ve adresi ve diğerleri sayılmaktadır. Sayılan hususlar arasında en ilginç olanları (g) ve (ğ) başlığı altında yer alanlardır. Bu hükümlerle İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen birlikte sorumluluk ve yedinci fıkrasındaki asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılması halinde bu işçilerin haklarının kısıtlanamayacağı yolundaki esasların alt işveren sözleşmesinde yer alması gerekli görülmektedir. Bu konuda öğretide isabetle açıklandığı üze-

re, Yönetmeliğin 9. madde hükmü karşısında, 10. maddedeki hususlardan, örneğin, tüzel kişi olan sözleşme taraflarından birini temsil eden işveren vekilinin adı soyadı gösterildiği halde adresine sözleşmede yer verilmemişse, bu durumda sözleşmenin geçersiz mi olacağı ve alt işveren işçilerinin baştan itibaren asıl işverenin işçileri mi sayılacağı soruları ile karşı karşıya kalınacaktır<sup>49</sup>. Yukarıda belirtmiş olduğumuz İş Kanunu'nun 2. maddesindeki esasların sözleşmede gösterilmemesi halinde de aynı sonuca ulaşılacaktır.

### **c) Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesinde Aranacak Koşul**

Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi koşulları konusunda 2. maddenin altıncı fıkrasındaki düzenleme ve bununla ilgili tartışmalar varlığını sürdürürken, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 11. maddesinde yasal düzenlemeden farklı bir hükme yer verilmiştir. Bu maddeye göre, asıl iş, işletmenin ve işin gereği, teknolojik sebeplerle uzmanlık şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir. Yasal düzenlemede var olmayan bir şekilde Yönetmelikte ifade edilen söz konusu koşulların "birlikte gerçekleşmesi" esası, öğretilde yasal düzenlemeye ilişkin olarak yapılan tartışmada öne sürülen görüşlerden biri tarafından savunulan bir hususun benimsenmesinden ibarettir. Yönetmelikte, katılmış olduğumuz görüşe uygun olarak ifade edilmiş olmakla birlikte, yapılan düzenlemenin yasal hükümle ve Anayasa'da ifadesini bulan hukuk normları hiyerarşisi ile bağdaşır bir yanı yoktur<sup>50</sup>.

### **d) Muvazaayı inceleme usulü**

İş Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen, Bölge Müdürlüğü'nce tescili yapılan alt işverenin işyerine ait belgelerin gerektiğinde iş müfettişlerince incelenmesi ve bunun sonucunda muvazaalı işlemin tespit edilmesi ve bunun prosedürüne ilişkin esasların uygulanması konusunda Yönetmeliğin 12 ve 13. maddelerinde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Yukarıda IV/2-a'da açıkladığımız muvazaanın konusundaki yasal düzenlemeye yö-

nelik olarak yapılan eleştiriler Yönetmelikteki esaslar için de geçerlidir. Ayrıca, Yönetmeliğin 12. maddesinde muvazaanın incelenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlar sıralanırken, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı (ç) ve istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı (d) gibi incelemenin kapsamının ortaya konulmasında belirsizliklere ve subjektif değerlendirmelere yol açan noktaların varlığına rastlanmaktadır. Bu düzenlemelerin isabetsiz olduğu açıktır.

### **DİPNOTLAR**

- 1 RG 12 Temmuz 2006, 26626; bu düzenlemelerin değerlendirilmesi ve haklı eleştirisi için bkz. Çankaya, O.Güven/Çil, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, 69-70, 77; Tarcan, Nurseli: Yasalar Herkes İçin Eşit Değil Mi? Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Kesim Ayrımıcılığı, aynı dergi, 86-91; Ekmekçi, Ömer: Kamu İşverenin Özel Kesim İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/12, 1176-1180; Gerek, Nüvit: Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 81-90; Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 24-25; Akyiğit, İş Hukuku, 72 vd.
- 2 1475 sayılı eski İş Kanunu'ndaki hüküm şöyleydi: "Bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran diğer bir işverenin kendi işçilerine karşı o işyeri ile ilgili ve bu kanundan veya hizmet akdinden doğan yüklemelerinden asıl işveren de birlikte sorumludur" (m. 1/son).
- 3 Yasal düzenlemenin yürürlükteki şekle getirilmesine ilişkin Tasarı değişikliği teklifi gerekçesinde bu nokta vurgulanmıştır. Bu konuda bkz. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren, 46-47; Taşkent, Alt İşveren, 365; Süzek, İş Hukuku, 144; Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 48.
- 4 Çelik, karar incelemesi, İHU, 1988-1989, TSGLK. 9 (No. 4).
- 5 Yargıtay'a göre, güvenlik, itfaiye, kurye ve şoförlük işleri gibi yardımcı işlerin alt işverene devri olanaklı bulunmaktadır. (Yarg. 9. HD., 1.6.2005, E. 2005/12985 K. 2005/20130, Tekstil İşv. D., Aralık 2005, 41-43; 26.6.2006, E. 2006/16835 K. 2006/18807, Çalışma ve Toplum, 2007/1, 302-304).
- 6 Yarg. 9. HD., 24.1.2005, E. 2004/30506 K. 2005/1232, Çimento İşv. D, Mart 2005, 49-50.
- 7 Yarg. 9 HD., 29.5.2006, E. 2006/13218 K. 2006/15765, Çalışma ve Toplum, 2006/4, 257-260; 26.6.2006, E. 2006/13231 K. 2006/18825 ve M. Ekonomi'nin eleştirisi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 38.
- 8 Çelik, a.g. inceleme; Canbolat, 11; Yarg. HGK, 14.11.2001, E. 2001/9-711 K. 2001/820, Kılıçoğlu, İş Kanunu Şerhi, 2.



- Baskı, 1197-1203; Akyigit, İş Kanunu Şerhi, 1, 95; Ekonomi, a.g. tebliğ, 31-33; Aydınli, Alt İşveren, 162 dn. 86.
- 9 Ekonomi I, 53; Narmanlıoğlu I, 115; Centel I, 66; Süzek, İş Hukuku, 142; ayrıntılı bilgi Canbolat, 38 vd.; Aktay, 15; Mollamahmutoğlu, 162 vd.; Demir, 20.
- 10 Yarg. 9. HD., 4.4.2005, E. 2005/7774 K. 2005/11838, Çankaya/Çil, 256-257.
- 11 Yarg. 9. HD., 5.5.2008, E. 2008/15362 K. 2008/11408 ve N. Çelik'in incelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, 83-92.
- 12 Mollamahmutoğlu, 170-171.
- 13 Bu konuda ayrıca bkz. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, 2003, 46 ve 22. Bası, 48-49.
- 14 Çelik, a.g.e., 22. Bası, 56 vd.; Ulucan (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), 103-104; Aydınli, İşverenin Koruma Yükümlülükleri, 151; Ekonomi, İşverenin Kapatılması, 414; Doğan Yenisey, 9; tanımın yenilik getirdiği görüşü M. Kutal, İstanbul Barosu'nca düzenlenen Yeni İş Yasası Sempozyumu'ndaki konuşma, Toplantı Yayını, İstanbul 2003, 66-67; Şahlanan, aynı toplantı, 68; Ayan, 506 dn. 21.
- 15 Güzel, Alt İşveren Uygulaması, 46 vd.; Kanunun söz konusu düzenlemeye ilişkin gerekçesinde, 1475 sayılı Kanun döneminde özellikle 1980'li yıllardan itibaren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılmış olmasına dikkat çekilerek bu konudaki muvazaalı işlemlerin önlenmesi için yasal düzenleme yapılmasının amaçlandığı belirtilmiş bulunmaktadır.
- 16 Taşkent (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), 43-44 aynı yazar, Alt İşveren, 364-365; Özveri, 394 vd.; Güzel, Alt İşveren Uygulaması, 48 vd.; Uzun, 29; Kılıçoğlu, İş Kanunu Yorumu, 25-26; Çankaya/Çil, 19; Ayan, 509-510; Aydınli, Alt İşveren 175 vd.; Göktaş, 98-99.
- 17 Ekmekçi, Dava Süreci ve Sorunları, 134; Şahlanan, Konferans Notları, 70-71; Tunçomağ/Centel, 59-60; Alpagut, Alt İşveren, 18-19; Arslanoğlu, 107 vd.; Soyer, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 19 vd.; Kaplan-Seneyen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen), 67-68; Gerek/Oral, 31-32; Arıcı, 492 vd.; Süzek, İş Hukuku, 146-147. Ancak, yazara göre, salt maliyetleri düşürmek amacıyla alt işveren ilişkisi kurulamaz (148); Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 42 vd.; değişik görüş Mollamahmutoğlu, 169-170; Ünsal, 543-544; Engin, 16 vd.; Şen, Sabahattin: Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum, 2006/3, 92 vd.
- 18 Soyer, a.g.m., 19-20.
- 19 Süzek, İş Hukuku, 147.
- 20 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 47; aynı görüş Göktaş, 99.
- 21 Bkz. aşağıda IV/2-c.
- 22 Yarg. 9. HD., 5.5.2008, E. 2008/15362 K. 2008/11408 ve N.Çelik'in incelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, 83-92; aynı yolda 28.4.2008, E. 2007/19452 K. 2008/10426, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008/19, 1134-1135.
- 23 Sırasıyla, Yarg. 9. HD., 31.1.2005, E. 2004/31850 K. 2005/2487, Tekstil İşv. D., Mayıs 2005, 41-42; 12.2.2007, E. 2006/32217 K. 2007/3258, Toprak İşveren, Eylül 2007, 22-23; 14.5.2007, E. 2007/3132 K. 2007/14914, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 240-243.
- 24 İnşaat işleri ile ilgili olarak müteahhidin taşeronlara, onların da başkalarına iş vermesi halinde, bu sınırlamanın her bir işi verenle işi üstlenen kişi arasında geçerli olacağı, bir sonraki ilişkiyi ise etkilemeyeceği sonucuna varılmaktadır (Ekmekçi, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası'nca düzenlenen "Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem" semineri yayını, 132, 134 ve Z. Baydur, aynı yer, 133); aksi görüş Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren, 56.
- 25 Uçum, 22; Eyrenci, 21; Taşkent, Alt İşveren, 365; Günay, 18; Mollamahmutoğlu, 180-181; Süzek, İş Hukuku, 155; Arslanoğlu, 124-126; Engin, 19-20; Çankaya/Çil, 29; Ayan, 524; Arıcı, 497-498; ayrıntılı bilgi için Aydınli, Alt İşveren, 226 vd.; asıl işveren işçisinin alt işveren tarafından daha düşük ücretle işe alınması durumunda asıl işverenin işçisi sayılacağı yolunda, Yarg. 9. HD., 11.7.2005, E. 2005/18822 K. 2005/24469, Legal İHD, 2006/9, 273-274.
- 26 Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, 67; Şahlanan, Genel Hükümler, 27-28; Güzel, a.g.m., 56-57.
- 27 Eskiden böyle bir uygulamada, tek başına bu durum değil, işyerindeki üretim ve satışa ilişkin tüm işlerin grev öncesinde taşeronla devri durumu muvazaalı sayılarak bu ilişkinin kötüye kullanılması yargı kararıyla önlenebilmişti (Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 21.3.1991, E. 1991/1421 K. 1991/385 sayılı kararı ile bunu onaylayan Yarg. 9. HD., 12.4.1991, E. 1991/7302 K. 1991/7518 sayılı kararı ve N. Çelik'in incelemesi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 173-176).
- 28 Ekmekçi, a.g. tebliğ, 67; Şahlanan, aynı yer; Ünsal, 541; Akyigit, İş Hukuku, 75-76; Arslanoğlu, 117 vd.; Arıcı, 496-497.
- 29 Soyer, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu konuşması, 39-40; aynı yazar, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, 22-23; Eyrenci, 22; Demircioğlu/Centel, 52-53; Süzek, Panel, 44; aynı yazar, İş Hukuku, 157; Mollamahmutoğlu, 180 vd.; Özdemir, 78; Ayan, 525; Uşan, 27-28; Aydınli, Alt İşveren, 238-239; Demircioğlu, 39; değişik görüş Demir, 22-23.
- 30 Taşkent, Alt İşveren, 365-366; Tunçomağ/Centel 57.
- 31 Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren, 59; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 17. Bası, 2004, 51; Kaplan-Seneyen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen), 69; Sümer, 32-33.
- 32 Bkz. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, 2000, 462.
- 33 Şahlanan, Genel Hükümler, 27; Taşkent, Alt İşveren, 365; Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren, 50; Süzek, İş Hukuku, 158; Kaplan-Seneyen, a.g.e., 70; Arıcı, 504 vd.; aksi görüş Ekmekçi, İş Kanunu Tasarısı, 66; asıl iş ve bölümleri konusunda Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, 38 vd.
- 34 Yarg. 9. HD., 26.6.2006, E. 2006/15117 K. 2006/18653, Çalışma ve Toplum, 2007/1, 299-301.
- 35 Yarg. 9. HD., 10.4.2008, E. 2008/12851 K. 2008/8003, Çalışma ve Toplum, 2008/3, 212-215.
- 36 Çelik, İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, 2003, 51; aynı yönde Şahlanan, Genel Hükümler, 42; Özveri, 397; Güzel, a.g.m.,

- 61-62; aksi görüş Soyer, İş Yasası Sempozyumu, 40; Eyrenci, 22; K. Doğan Yenisey, 2006 Yılı Kararları Semineri, 28; ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için Aydınlı, Alt İşveren, 266 vd.; G. Ürcan, Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008/18, 957-1004; bu tartışmanın ötesinde yaptırımın eksikliği görüşü Şakar, 54.
- 37 Yargıtay'ca da, davalı Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastane ile taşeron şirketler arasındaki ihale sözleşmelerinde, temizlik işçilerinin işe alınmaları ve işlerine son verilmesinde tek yetkilinin hastane idaresi olduğu kararlaştırıldığından, bu durumda gerçek anlamda asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyeceği ve davacı işçinin başlangıçtan itibaren Sağlık Bakanlığı işçisi sayılacağı sonucuna varılmıştır (Yarg. 9. HD., 29.1.2007, E. 2007/309 K. 2007/1006, Tekstil İşv. D. Mart-Nisan 2008 eki, 4-5); aynı yöndeki 2005 yılı kararları için A. Güzel, 2005 Yılı Kararları Semineri, 16-17 ve oradaki kaynaklar; ayrıca, asıl işverenin alt işveren olarak gösterilen işletmeyi kendisinin kurması durumunda davanın asıl işveren yönünden kabulü gerekir (26.11.2007, E. 2007/38695 K. 2007/35306, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008/17, 169-172).
- 38 Yarg. 9. HD., 5.5.2008, E. 2008/15362 K. 2008/11408 sayılı kararı ve N. Çelik'in incelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, 88-90; aynı yönde 1.6.2009, E. 2009/3856 K. 2009/15040, Çalışma ve Toplum, 2009/4, 223-226.
- 39 RG 26 Mayıs 2008, 26887.
- 40 RG 27 Eylül 2008, 27010.
- 41 RG 28 Şubat 2009, 27155 (Mükerrer).
- 42 Sosyal Güvenlik Kurumuna Yapılan Sigortalı ve İşyeri Bildirimlerinin Bazı Kurumlara Yapılması Gereken Bildirimler Yerine Geçmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 21 Temmuz 2009, 27295.
- 43 12.10.2009 tarihli ve 2009/121 sayılı Genelge, sayfa 10.
- 44 Adı geçen 5763 sayılı Kanun.
- 45 Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde muvazaanın tanımı ve bu fıkradaki bildirim, tescil ve alt işverenlik sözleşmesine ilişkin esaslar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.
- 46 Centel, Alt İşveren, 7, 11; Ekonomi, Sayısal Esneklik, 11; Şen/Naneci, 33 vd.; Gökteş, 102-103.
- 47 Bkz. yukarıda II ve III' deki açıklamalar.
- 48 Centel, Alt İşveren, 41.
- 49 Ekonomi, a.g.m., 12.
- 50 Ekonomi, a.g.m., aynı yer; Centel, Alt İşverenlik Yönetmeliği, 56-57; Alpagut, Alt İşverenlik Yönetmeliği, 58-62; Mollamahmutoglu, 170; Aktekin, 7.
- Akyigit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Akyigit, Ercan: İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2008.
- Alpagut, Gülsevil: 4857 Sayılı İş Yasası İle Alt İşveren Kurumunda Yeni Yapılanma, İNTES ile İÜHF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi'nce ortaklaşa düzenlenen "Yeni İş Yasası'nın Alt İşveren Kurumuna Bakışı" konulu toplantı, Ankara 2004, 16-24 (Alt İşveren).
- Alpagut, Gülsevil: Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin Hukuka Aykırılığı Üzerine, İşveren Dergisi, Kasım 2008, 58-62 (Alt İşverenlik Yönetmeliği).
- Arıcı, Kadir: Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkinin Sınırlandırılması Sorunu, İÜİFM, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul 2006, 485-509.
- Arslanoğlu, M. Anıl: İş Kanunu'nda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul 2005.
- Ayan, Özge: Türk İş Hukuku'nda Alt İşverenlik İlişkisi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/10, 499-531.
- Aydın, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004 (İşverenin Koruma Yükümlülükleri).
- Aydın, İbrahim: Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukuku'nda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008 (Alt İşveren).
- Canbolat, Talat: Türk İş Hukuku'nda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.
- Centel, Tankut: İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994 (Centel I).
- Centel, Tankut: Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, 5-12 (Alt İşveren).
- Centel, Tankut: Alt İşverenlik Yönetmeliği, İşveren Dergisi, Kasım 2008, 56-57.
- Çankaya/Çil, İş Hukuku'nda Üçlü İlişkiler, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2009.
- Çelik, Nuri: Türk İş Hukuku'nda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları, Münir Ekonomi Armağanı, Ankara 1993, 163-178 (Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi).
- Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Baskı, İzmir 2009.
- Demircioğlu, A. Murat: Yargıtay Kararları Işığında 4857 Sayılı İş Yasası, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- Demircioğlu/Centel: İş Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007.
- Ekmekçi, Ömer: 26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine, T. Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası'nca düzenlenen seminer yayını, İstanbul 2002, 67-96 (İş Kanunu Tasarısı).
- Ekmekçi, Ömer: Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları, Mercek, Temmuz 2003, 132-139 (Dava Süreci ve Sorunları).
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Cilt I Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984 (İş Hukuku I).

## KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin: Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar, Kamu-İş, Ocak 1994, 11-23.
- Aktekin, Şeyda: Alt İşveren Müessesesi Tarihe Mi Karışıyor, MESS İşveren Gazetesi, Ekim 2008.

- Ekonomi, Münir: İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi'nce yayınlanan "30. Yıl Armağanı", Ankara 2006, 409-457.
- Ekonomi, Münir: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukuku'nda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, 21-52 (Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi).
- Ekonomi, Münir: 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, 5-23 (Sayısal Esneklik).
- Eyrenci, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/1, 15-55.
- Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukuku'nda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.
- Gerek, Nüvit/Oral, İlhan: Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, 29-35.
- Göktaş, Seracettin: Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, 97-105.
- Günay, Cevdet İlhan: Yargıtay Kararları Açısından Alt İşveren Sorunlarının Değerlendirilmesi, İNTES ile İÜHF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi'nce düzenlenen "Yeni İş Yasası'nın Alt İşveren Kurumuna Bakışı" konulu toplantı, Ankara 2004, 16-24.
- Güzel, Ali: Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1993, 3-11 (Alt İşveren Uygulaması).
- Güzel, Ali: İş Yasası'na Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2004/1, 31-65 (İş Yasası'na Göre Alt İşveren).
- Kaplan-Senayen, E. Tuncay: (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senayen), İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009.
- Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2002.
- Kılıçoğlu, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005 (İş Kanunu Yorumu).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, I, 3. Baskı, İzmir 2001 (Narmanlıoğlu I).
- Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.
- Özveri, Murat: Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/2, 383-400.
- Soyer, Polat: İstanbul Barosu/GS Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu konuşması, 39-40.
- Soyer, Polat: 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2006, 16-28 (Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi).
- Sümer, Halûk Hâdi: İş Hukuku Uygulamaları, 3. Baskı, Konuya 2009.
- Süzek, Sarper: 4857 Sayılı İş Yasası İle Alt İşveren Kurumu'nda Yeniden Yapılanma, İNTES ile İÜHF İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi'nce düzenlenen "Yeni İş Yasası'nın Alt İşveren Kurumuna Bakışı" konulu toplantı, Panel konuşması, Ankara 2004, 42-46 (Panel).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku 4. Baskı, İstanbul 2008.
- Şahlanan, Fevzi: Genel Hükümler ve Temel Kavramlar, İstanbul Barosu/GS Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, 25-38 (Genel Hükümler).
- Şahlanan, Fevzi: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Notları, Türk-İş'in düzenlediği Bolu Semineri, Türk-İş Dergisi eki, Ankara 2003, 66-81 (Konferans Notları).
- Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 5. Baskı, İstanbul 2003.
- Şen, Murat/Naneci, Aslı: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2009, 24-53.
- Taşkent, Savaş: (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006.
- Taşkent, Savaş: Alt İşveren, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/2, 363-366.
- Tunçomağ/Centel: İş Hukuku'nun Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2008.
- Uçum, Mehmet: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003.
- Ulucan, Devrim: (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006.
- Uşan, M. Fatih: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Cilt I, İş Hukuku, Ankara 2006.
- Uzun, Bekir: Yeni İş Yasası Semineri, İTO yayını, İstanbul 2004.
- Ünsal, Engin: 4857 Sayılı Yasa'ya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Korunması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/6, 536-544.



Prof. Dr. Sarper SÜZEK

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Türk İş Hukukunda İşveren

### 1. İŞVEREN KAVRAMI

İş yasalarında işveren kavramı belirlenirken işçi kavramı esas alınmıştır (İK 2/1, DİK 1/1, BİK 1/1, SK 2/4). İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre "İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara...işveren denir". İş akdi, bir kişinin işçi niteliğini belirlediği gibi, sözleşmenin diğer tarafı olan işvereni de belirler.

Adı geçen hükümde yer alan tanıma göre işveren bir gerçek veya tüzel kişi ya da tüzel kişiliği olmayan bir kurum ve kuruluş olabilir. Tüzel kişi işverenin bir özel hukuk tüzel kişisi (şirket, dernek, vakıf, kooperatif, sendika gibi) veya kamu hukuku tüzel kişisi (KİT, üniversite, belediye gibi) olması mümkündür. Hükümde tüzel kişiliği olmayan kurul ve kuruluşların da işveren olabileceği öngörüldüğünden, işçi çalıştıran tüzel kişiliği olmayan örneğin bakanlıklar gibi kamu kurumları veya adi şirketler gibi özel hukuk kuruluşları işveren sayılırlar.

Deniz İş Kanunu (m. 1/1, 2/B) ve Basın İş

Kanunu'na (m. 1,4) göre bir iş akdine dayanarak işçi (gemi adamı, gazeteci) çalıştıran kişiler işveren sayılırlar. Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesinin B bendine göre "Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere 'gemiadamı' denir". Aynı maddenin B bendine göre ise "Gemi sahibi veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimse" işveren sayılır. Bu hüküm işverenin belirlenmesinde önemli bir noktaya işaret etmektedir. İşveren niteliğini kazanmak için mutlaka işyerinin maliki olmak zorunlu değildir. Yargıtay'a göre de "mücerret malik oluş, işveren niteliğini kazandıran bir unsur olarak düşünülemez"<sup>1</sup>. İşletme sahibinin kiracı olması veya bir işyerinde alt işveren (taşeron) olarak faaliyet göstermesi onun işveren niteliğini etkilemez.

Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinin 4. fıkrasındaki tanıma göre "İşçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye ve tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşlarına" işveren denir. Bunun gibi, bireysel iş yasalarından farklı bir

**İş görme ediminin alacaklısı olarak işin görülmesini istemeye yetkili olan kişiler *soyut işveren*, buna karşılık, en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip kişiler ise *somut işveren* sayılır.**

biçimde Sendikalar Kanunu'nda *işletmenin bütününü yöneten* işveren vekillerinin de işveren sayılacakları hükme bağlanmıştır (m. 2/6-7).

Öte yandan, Sendikalar Kanunu'na göre bir adi şirkette fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ortak olanların dışındaki ortaklar işveren sayılırlar (m. 2/5). Adi şirkette fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ortak olanlar Sendikalar Kanunu anlamında işçi niteliğindedirler (m. 2/2). Buna karşılık, bu şirketin gerek sermaye gerek emek arzı suretiyle katılan ortakları işçilerden işin görülmesini isteme hakkına birlikte sahiptirler ve işçilere karşı birlikte işveren sıfatını taşırlar. Bu nedenle, adi şirkete gerek sermaye gerek emek getiren ortaklar işçilere karşı müteselsilen sorumludurlar<sup>2</sup>.

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'na göre toplu iş sözleşmeleri iş akitlerinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlediğinden (m. 2), bu yasa açısından da iş akdine dayanarak işçi çalıştıran kişiler işveren sayılırlar. İşletmenin bütününü yöneten işveren vekilleri Sendikalar Kanunu'na göre işveren sıfatını taşımaları nedeniyle işveren sendikalarına üye olabileceklerinden toplu iş sözleşmelerinden yararlanamazlar. Ayrıca yine Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'na göre (işletmenin bütününü yönetmese dahi) işyerinde işveren vekili durumunda olan ve temsilci sıfatıyla toplu iş sözleşmesinde veya *toplulu görüşmede taraf* olarak hareket eden kimse bu yasanın uygulanması bakımından işveren sayılır (TSGLK 62/2).

## II. SOYUT-SOMUT İŞVEREN AYRIMI

İş akdi ücret unsuru dışında iş görme ve bağımlılık unsurlarından oluşan bir sözleşmedir.

İşçinin işverene kişisel bağımlılığı, işverenin iş ilişkisi içinde yönetim hakkına sahip bulunması ve işçinin de onun emir ve talimatlarına uyma (itaat) borcu altında olması biçiminde ortaya çıkar. Diğer bir deyişle, işveren *iş görme ediminin alacaklısı* olan ve işçiye *en üst düzeyde emir ve talimat veren* kişidir<sup>3</sup>. Kuşkusuz birçok durumda işveren bu iki özelliği birlikte taşır yani hem işin görülmesini isteme hakkına sahiptir hem de işçilere emir ve talimat verir.

Ancak bazı durumlarda iş ilişkisinde işin görülmesini ve talimatlara uyulmasını isteme hakkının değişik kişilerde toplanması mümkündür. Örneğin işletme sahibinin yaş küçüklüğü nedeniyle hukuki işlem ehliyetine sahip olmaması halinde, işletme sahibi küçük, iş görme ediminin alacaklısı sıfatıyla işin görülmesini isteme hakkına sahip olacak, yönetim hakkı ve emir ve talimat verme yetkisi ise yasal temsilcisi tarafından kullanılacaktır. Bunun gibi iflas halinde müflis iş görme ediminin alacaklısı, iflas masası ise emir ve talimat verme yetkisinin sahibidir. Aynı şekilde, mirasçılardan iş görme edimini talep hakkına sahip olmasına karşın, vasiyeti tenfiz memuru yönetim hakkını kullanacaktır.

Belirtilen örneklerden işveren özellikleri ve yetkileri değişik kişilerde bulunmakta, bu nedenle de bunların tümünün işveren olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu gibi durumlarda iş görme ediminin alacaklısı olarak işin görülmesini istemeye yetkili olan kişiler *soyut işveren*, buna karşılık, en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip kişiler ise *somut işveren* sayılırlar. Yukarıda belirtildiği şekilde, küçük, müflis veya mirasçılar soyut işveren, yasal temsilci, iflas masası veya vasiyeti tenfiz memuru somut işveren niteliği taşır<sup>4</sup>. Aşağıda görüleceği gibi aynı durum yani iş akdinden doğan işverene ait yetkilerin bölünmesi tüzel kişi işverenler için de söz konusudur.

Bununla beraber belirtelim ki, işverenin yetkileri iş görme ediminin alacaklısı ve en üst düzeyde emir ve talimat verme hakkının sahibi olmaktan ibaret değildir. İş ilişkisi içinde işveren ayrıca belirli koşullarda kural koyma (iç yönetmelik düzenleme) ve yaptırım uygulama (disiplin cezası verme) yetkilerine de sahiptir<sup>5</sup>.

### III. TÜZEL KİŞİLERDE VE ŞİRKETLERDE İŞVEREN NİTELİĞİ

#### 1. Tüzel Kişinin Organının İşveren Niteliği

Tüzel kişilerde işin görülmesini ve talimatlara uyulmasını isteme hakları her zaman değişik kişilerde toplanmıştır. İş akdinin tarafı olan tüzel kişi işin görülmesini isteme hakkının sahibidir. Buna karşılık yönetim hakkı ve emir ve talimat verme yetkisi ise zorunlu olarak tüzel kişinin *organı* tarafından kullanılır. Gerek medeni hukuk gerek ticaret hukuku tüzel kişilerinde (ticaret şirketlerinde) tüzel kişinin iradesi organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar (MK 50, TTK 137, 138).

Bu nedenle, tüzel kişi işverenlerde, tüzel kişinin kendisi soyut, tüzel kişinin organı ise somut işveren sıfatını haizdir. Örneğin bir anonim şirkette, soyut işveren anonim şirketin kendisidir. Bunun yanında en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip bulunan anonim şirketin organı *yönetim kurulu* da somut işveren olarak işveren sıfatını taşır. Yönetim kurulu üyesi kişilerle tüzel kişi arasında kural olarak bir vekâlet akdinin varlığı kabul edilir<sup>6</sup>.

Belirtelim ki, tüzel kişilerde organ bir kurul olabileceği gibi, tek başına bir kişi de organ niteliği taşıyabilir ve bu nedenle somut işveren niteliğini haiz olabilir. Bu takdirde, tüzel kişinin iradesi bu *kişi-organ* tarafından açıklanır ve tüzel kişi bunun tarafından temsil edilir<sup>7</sup>. Türk

**İşverenden aldıkları temsil yetkisine dayanarak işveren adına değişik düzeylerde işin yönetiminde görev alan ve talimat verme yetkisine sahip bulunan örneğin genel müdürler, müdürler veya şefler işveren niteliği taşımazlar, işveren vekili sayılırlar.**

Ticaret Kanunu'nun 319. maddesi uyarınca anonim şirketi yönetim ve temsil yetkisi kendisine bırakılan yönetim kurulu üyesi *murabhas* (veya murahhaslar) kişi-organ olarak somut işveren niteliği taşır. Aynı şekilde, limited, hisseli komandit ve kolektif şirketlerde, şirketi yönetim ve temsil yetkisi bir ortak müdüre bırakılırsa, bu ortak müdür kişi-organ niteliği kazanır ve somut işveren sayılır<sup>8</sup>.

Tüzel kişilerde ve ticaret şirketlerinde sadece en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip, yukarıda belirtilen organ ve kişi-organlar işveren niteliğindedir. İşverenden aldıkları temsil yetkisine dayanarak işveren adına değişik düzeylerde işin yönetiminde görev alan ve talimat verme yetkisine sahip bulunan örneğin *genel müdürler*, müdürler veya şefler işveren niteliği taşımazlar, işveren vekili sayılırlar.

#### 2. Yönetim Kurulu Üyesi Genel Müdürün Durumu

Uygulamada görüldüğü gibi işveren vekili niteliği taşıyan ve iş akdiyle çalışan genel müdürün yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi halinde, hukuki statüsünün ne olacağına diğer deyişle şirketle arasındaki iş akdinin ortadan kalkıp kalkmadığının belirlenmesi gerekir. Sorun Yargıtay tarafından mahkemelerin görevi açısından ele alınmış ve 9. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu farklı yönde kararlar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'ne göre "Davacı ile davalı arasında 2.1.1996 tarihli sözleşme ile kurulan ilişki hizmet ilişkisidir. Daha sonra gerçekleşen ve aynı zamanda vekâlet ilişkisini öngören yönetim kurulu üyeliğine seçilme, kurulan hizmet ilişkisini ortadan kaldırmayacağından uyuşmazlığın iş mahkemesince çözümlenmesi gerekir. Mahkemece yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır"<sup>9</sup>.

Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu konuda şu görüşlere yer vermiştir: "Davalı(nın) ... bankanın genel müdürü ve yönetim kurulu üyesi olduğu anlaşılmaktadır... İlke olarak banka yönetim kurulu üyeleri ile banka tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişki vekâlet akdine dayanmaktadır...Yargıtay, yönetim kurulu üyeleri ile şirket (banka) arasında bir hizmet akdi bulunmadığını, en azından şir-



ket (banka) genel müdürü iken, yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişinin hizmet ilişkisinin sona erdiğini kabul etmiştir<sup>10</sup>. Bu gerçeklerle Hukuk Genel Kurulu davanın iş mahkemesinde değil asliye ticaret mahkemesinde görüleceğini kararlaştırmıştır. Hukuk Genel Kurulu daha sonraki bir kararında da genel müdürün yönetim kuruluna seçilmesiyle iş akdinin sona ereceği yolundaki görüşünü yinelemiştir<sup>11</sup>.

Öğretide bir görüşe göre, genel müdürün bankalarda olduğu gibi baştan itibaren veya diğer şirketlerde görüldüğü üzere daha sonra yönetim kurulu üyeliğine getirilmesi banka ve şirket arasında bulunan iş akdini ortadan kaldırmaz. Bu kişi ile şirket arasında aynı zamanda vekâlet akdine dayalı bir ilişki de kurulmuş olur. Bir kimse ile değişik akitlere dayalı ilişkiler oluşturulabilir. Bir kişi ile aynı zaman diliminde uygulanmak üzere iki ayrı akit yapıldığında, bu akitlerden birine uygun davranılmaması halinde ilgili sözleşmeyi düzenleyen kurallar uygulanır<sup>12</sup>.

nin varlığının kabulü hiçbir şekilde mümkün değildir. Bu, iş akdinin temel ve ayırt edici özelliğini oluşturan, işçi ile işveren arasında bulunması gereken bağımlılık ilişkisine aykırıdır<sup>14</sup>.

Gerçekten, genel müdür yönetim kuruluna girip kişi organ (murahhas) diğer deyişle somut işveren niteliğinin kazanmışsa, onun şirketle iş akdinin zorunlu unsuru olan bağımlılık ilişkisi içinde bulunduğu kabul edilemez. Tam aksine somut işveren olarak en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisinin sahibidir ve çalışanlar onun bağımlılığı altındadır. Bu durumdaki genel müdürün iş akdiyle çalıştığını ileri sürmek, onun işçi sıfatının taşıdığını kabul etmek anlamına gelir. Oysa, işveren sıfatı ile işçi sıfatının aynı kişide birleşmesi mümkün değildir. Çünkü, bir genel hukuk prensibi gereği bir kişi aynı zamanda sözleşmenin iki tarafından yer alamaz.

Buna karşılık, genel müdür, yönetim kurulu üyesi seçildiğinde murahhas veya kişi-organ (somut işveren) *niteliği kazanmamışsa* böyle bağdaşmaz bir durum ortaya çıkmaz. Çünkü

## İşveren sıfatı ile işçi sıfatının aynı kişide birleşmesi mümkün değildir.

Her şeyden önce, genel müdür yönetim kurulu üyeliğine seçildiğinde, genel müdürlük görevi ve/veya iş akdi sona erdirilmişse ortada bir sorun yoktur. Böyle bir durumda iş akdi sona erer, bu kişinin yönetim kuruluna seçilmesi ile vekalet akdi kurulmuş olur.

Buna karşılık, genel müdür bu unvanını koruyarak ve iş akdi sona erdirilmeksizin yönetim kurulu üyesi olmuşsa, bu takdirde ikili bir ayrıma yer verilmelidir. Yönetim kuruluna seçilen genel müdür *tüzel kişinin organı* yani *murahhas* veya *kişi-organ olmuşsa* diğer deyişle işveren niteliği kazanmışsa yine iş akdinin sona erdiğini kabul etmek gerekir<sup>13</sup>. Buna karşılık genel müdür organ sıfatını kazanmaksızın yönetim kurulu üyesi olmuşsa farklı sonuca varılması uygun olur.

İsviçre iş hukuku öğretisinde ve Federal Mahkeme içtihatlarında da isabetli olarak belirtildiği gibi bir şirket (tüzel kişi) ile onun organı işlevini yerine getiren kişi arasında bir iş (akdi) ilişkisi-

böyle bir durumda genel müdürle şirket arasında bağımlılık ilişkisi sona ermiş olmaz. Yönetim kuruluna girmekle birlikte genel müdürlük sıfatı devam ettiğinden, kendisinin somut işveren yönetim kuruluna karşı *bağımlılığı devam eder*, bu kurulun emir ve talimatlarını yerine getirmek, kararlarını uygulamak durumundadır. Bu nedenle şirketle arasındaki iş akdi devam eder.

Bankacılık Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca banka yönetim kurulunun doğal üyesi olan genel müdürler hakkında da aynı yönde düşünmek gerekir. Söz konusu genel müdür murahhas üye ise, kişi-organ diğer deyişle işveren sıfatını kazanacak, aksi takdirde bu niteliği taşımayacak, banka ile bağımlılık ilişkisi devam edecektir.

### 3. Şirkette Çalışan Limited Şirket Ortağının Durumu

Limited şirket ortağının bu şirketteki çalış-

ması karşılığında kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücreti talep etmesi nedeniyle açılan davada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu şu sonuca varmıştır: “Bir limited şirket ortağı kural olarak kendi adına bağımsız çalışan kişi kabul edilir ve işçi statüsünde sayılmaz. Zira, bir kişinin hem kazanç sağlayan bir şirketin ortağı hem de bu şirketin işçi statüsünde çalışını olarak kabulü mümkün değildir. Başka bir anlatım ile, işverenlik ile işçi statüsünün aynı kişide birleşmesi yasalarca mümkün bulunmamaktadır. Ne var ki, kural belirtilen şekilde olmakla birlikte, iş hayatında ayrık durumların ortaya çıkması mümkündür... Sembolik sayılabilecek bir oranda limited şirket ortağı gözükmeye karşın... hizmet akdine göre çalıştığı belirlendiği takdirde... işçi... sayılır. Davacının her ne kadar işçi statüsünde olduğu ileri sürülmekte ise de, ortağı olduğu limited şirkette %25 gibi önemli bir pay sahibi bulunmaktadır... Davacının çalışma biçimi ve bunun karşılığı aldığı ücret ile şirket ortağı olarak sağladığı kazanç ve kar durumu, sahip olduğu hisse oranı, şirketteki konumu karşılaştırılmalı ve sonuçta limited şirket ortaklığı ekonomik yaşamında baskın çıktığı takdirde, davacının işçi statüsünde bulunmayıp, tamamen ticari amaçla kazanç sağlayan ve bağımsız çalışan bir kişi olduğu kabul edilmeli ve dava reddedilmeli aksine, hizmet akdi altında bağımlı ve ücrete göre çalışmasının egemen olduğu sonucuna ulaşıldığında işçi sayılarak, buna bağlı hakları kabul edilmelidir”<sup>15</sup>.

Kanımızca Hukuk Genel Kurulu bu konuda isabetli bir ilke ortaya koymuştur. Gerçekten, limited şirket ortakları kural olarak hep birlikte şirketi yönetim ve temsil hakkına sahiptir (TTK 540/1). Ne var ki, limited şirkette ancak sembolik bir paya sahip bulunan kişinin iş mevzuatından doğan haklarından yoksun bırakılması da iş hukukunun amaçlarına uygun düşmez. Buna olanak tanınması kanuna karşı hilelere yol açabilir. Bu nedenle, Hukuk Genel Kurulu sosyolojik (sosyo-ekonomik) bir yorum<sup>16</sup> yapmakta, her olayın özelliğine göre ticari amaçla kazanç sağlamanın mı yoksa bağımlı ve ücretli çalışmanın mı baskın olduğunun belirlenmesini istemektedir.

#### 4. Holdinglerde ve Şirket Gruplarında İşveren Niteliği

Holdingler ve şirket topluluklarının bünyesinde her biri bağımsız tüzel kişiliğe ve hukuki varlığa sahip şirketler yer alır<sup>17</sup>. Her ne kadar bir holding, orada çalışanların aidiyet duygusu bakımından ve personel organizasyonunda, insan kaynaklarında vb. konularda ortaya çıkan ilkeler ve uygulamalar açısından bir bütünlük arz etse de, bu holdinge ya da şirket gruplarına bağlı her şirket hukuki yapıları bakımından ayrı ayrı birer işveren niteliği taşır. Dolayısıyla holdinge bağlı şirketlerde çalışan işçilerin işvereni holding veya şirket topluluğu değil iş akdinin tarafı olan şirkettir.

#### 5. Birlikte (İşverenler) İstihdam

Uygulamada ülkemizde genellikle aynı holding veya şirketler grubu içinde kimi işçilerin aynı anda birden fazla şirkete (işverene) iş gördüğü gözlenmektedir. Başka bir deyişle, aynı şirket topluluğu içinde iki (veya daha fazla) şirket, aynı işçi ile birbirini tamamlayan ve bir bütün oluşturan sözleşmeler bağitlayarak *tek bir iş ilişkisi* (iş akdi) kurmaktadır. Böylece işçi tarafı aynı olan ve birden fazla işverenin taraf olduğu bir iş ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu durumda işçi tarafından yerine getirilen hizmetlerin, kısmi süreli iş akitlerinin varlığına imkan verecek şekilde ayrıştırılması mümkün değilse, birlikte istihdam olarak nitelendirilebilecek bir çalışma şekli söz konusu olur<sup>18</sup>.

Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmesi gereken, birlikte istihdam konusunda Yargıtay şu anlatıma yer vermektedir: “Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbirleriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmet-

## Geçici (ödünç) iş ilişkisinde işveren değişmiş olmaz.

leri, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır ve 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, bir başka anlatımla tüm grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir<sup>19</sup>.

Her ne kadar, ülkemizde birlikte istihdam uygulaması daha çok şirket grupları içinde ortaya çıkmışsa da kanımıza göre bu ilişkinin kurulabilmesi için birlikte işverenlerin aynı şirket grubu içinde yer alması zorunlu değildir. Önemli olan yön, aynı grup içinde yer alma değil, işçi ile olan ilişkilerini hukuken ayrı ayrı ilişkiler olarak değerlendirebilme imkânını ortadan kaldıracak şekilde *hukuki bir bağlantı* içinde olmalarıdır. Bu bağlantı da iş akdinin yorumundan çıkarılabilir<sup>20</sup>.

Aynı şekilde, birlikte istihdam ilişkisinin oluşması için işçinin birlikte işverenlerle aynı iş akdi bağlatması gerekli değildir. İşçinin aynı iş akdi içinde, birden fazla işverene karşı aynı zamanda ve aynı nitelikte bir iş için iş görme borcunu yüklenmesi mümkündür<sup>21</sup>.

Birlikte istihdamda işverenlerin her biri, işverenin yasadan ve sözleşmeden doğan hak ve yetkilerine sahip olduğu gibi borçları ve sorumlulukları ile de karşı karşıyadır. İşverenler işçiye karşı birlikte (müteselsil) sorumludurlar. İşçi ücret ve diğer haklarının tümünü her işverenden talep edebilir<sup>22</sup>. İşverenlerin iş akdini birlikte feshetmeleri ve işçinin de sözleşmeyi bunların hepsine karşı feshetmesi gerekir<sup>23</sup>.

Birlikte istihdamın kısmi süreli iş akitlerinden farkı, birincisinde işveren grubunu oluşturanların, işçi karşısında bir bütün olarak tek bir işveren durumunda olmasına<sup>24</sup> ve ortada tek bir iş ilişkisinin bulunmasına karşın ikincisinde işçi ile ayrı ayrı iş ilişkileri kurmuş birden fazla işveren olmasıdır. Öte yandan, geçici (ödünç) iş ilişkisinde, birlikte istihdamdan farklı olarak bir işveren grubu olmayıp tek bir işveren söz konusudur. Çünkü işçinin iş görme edimini yerine getirdiği geçici işveren hukuken işveren niteliği

taşımaz. Ayrıca, geçici iş ilişkisi ilki en fazla altı ay olmak üzere daha sonra en fazla altışar ay olarak iki kez yenilenebilir. Buna karşılık, birlikte istihdamda bir süre sınırlaması yoktur<sup>25</sup>.

## 6. İşverenin Belirlenmesi (Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması)

Yargıtay isabetli bir biçimde, kimi işverenlerce iş hukukundan doğan yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla iş akdinin tarafı olarak görünüşte bir işverenin (şirketin) gösterilmesini engellemeye çalışmakta ve gerçek işverenin belirlenmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. Nitekim yüksek mahkemeye göre “Davacı işçi, muvazaalı işlemlerle resmi kayıtlarda başka bir şirketin işveren olarak gösterildiğini gerçek işverenin davalı şirket olduğunu iddia etmiştir. Mahkemece bu hususta herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmadan salt kayıtlarda dava dışı bir şirketin işveren olarak görüldüğü gerekçesiyle davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir. Bu konuda taraflardan deliller sorulmalı, varsa tanıklar dinlenmeli, gerekirse işyerinde keşif yapılarak davacının gerçek işverenin davalı şirket olup olmadığı belirlendikten sonra sonucuna göre karar verilmelidir”<sup>26</sup>.

Ülkemizde iş hukukunda doğan yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla yaygın bir biçimde muvazaalı alt işveren uygulamalarına başvurulmaktadır. Burada, bir holdingde veya şirketler topluluğunda (ya da bunların dışında) işçinin (işçilerin) yapay bir biçimde kurulan başka bir şirketin işçisi olarak gösterilmesi söz konusudur. Bu durumda yargı organı tarafından yapılması gereken, şirketler arasındaki ilişkiler açığa kavuşturularak, ayrı ayrı işverenlerin mi, birlikte istihdamın mı, (muvazaalı) alt işveren ilişkisinin mi, işyerinin devrinin mi, görünüşte kurulan bir şirketin mi söz konusu olduğunun araştırılmasıdır<sup>27</sup>.

Bir tüzel kişiliğin (şirketin) arkasına saklanılarak hukuki yükümlülüklerden kaçınılması ve işçilerin bu yolla zarara uğratılmasına karşı Alman ve Anglo-Sakson hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi geliştirilmiştir<sup>28</sup>. Bu teörinin temelini oluşturan görüşlerden yabancı hukuk öğretisinde en fazla taraftar bulan hakkın kötüye kullanılması görüşüdür. Buna

## İş akdinin devri kurumunun bütün yönleriyle ve devirde işçinin haklarını da koruyucu hükümler getirilmek suretiyle yapılacak yasada düzenlenmesi, uygun olacaktır.

göre, tüzel kişilik kurumunun (şirket kurma hakkının) dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kullanılması halinde tüzel kişilik perdesi kaldırılır. Bu durumda işçi haklarından görünüşte kurulan tüzel kişilik (şirket) değil onun arkasına gizlenen tüzel kişi diğer deyişle gerçek işveren sorumlu tutulur<sup>29</sup>. Örneğin, bir holding veya şirket topluluklarında işçiler üzerinde görünüşte yönetim hakkını kullanan bir yavru (bağlı) şirketin, hukuken bağımsız veya ayrı bir tüzel kişi olduğunun ileri sürülmesinin bir hakkın kötüye kullanılması halini oluşturması durumunda, tüzel kişilik perdesi kaldırılarak yavru şirketin değil, karar merkezi durumunda olan ana (hakim) şirketin yasadaki ve sözleşmelerden doğan işçilik haklarından sorumlu olduğu sonucuna varılır<sup>30</sup>.

### IV. İŞVERENİN DEĞİŞMESİ

İş hukukunda işverenin değişmesi kural olarak *iş akdinin* veya *işyerinin devri* yoluyla gerçekleşir. İş Kanunu'nun 6. maddesine göre işyerinin devri halinde iş akitlerinin kendiliğinden işverene devredildiği kabul edilir. İşyerinin devri ve hukuki sonuçları ayrı bir makalenin konusunu oluşturacak kapsamda olduğundan bu yazıda ele alınmayacaktır.

Her şeyden önce belirtelim ki, geçici (ödünç) iş ilişkisinde işveren değişmiş olmaz. İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca işveren kendisine iş akdi ile bağlı bulunan işçisinin iş görme edimini talep hakkını, onun da rızasını almak koşuluyla geçici bir süre için diğer bir işverene devredebilir. Geçici iş ilişkisinde iş akdi başkasına devredilmiş olmaz, işveren iş akdinin tarafı kalmaya devam eder ve iş akdinin tümü değil sadece iş görme edimini talep hakkı geçici bir süre devredilmiş olur.

Buna karşılık, iş akdinin bir bütün olarak yani tüm hak ve borçlarıyla başka bir işverene sürekli bir şekilde devri İş Kanunu'nu hazırlamakla görevli bilim kurulu taslağında yer almıştı (m. 7). Anılan düzenlemeye göre "Bir iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep hakkını sürekli olarak başka işverene devredebilir. Devir işlemi ile birlikte devreden işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan işveren bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanır". Bilim kurulu taslağında getirilmiş olan bir hüküm TBMM'de kabul edilmemiş ve İş Kanunu'nda yer almamıştır. Oysa, iş akdinin devri kurumunun bütün yönleriyle ve devirde işçinin haklarını da koruyucu hükümler getirilmek suretiyle yapılacak yasada düzenlenmesi uygun olacaktır<sup>31</sup>.

İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olmasına karşın, ülkemizde uygulamada ortaya çıkmış olan iş akdinin devrinin gerek iş görme edimini talep hakkını devrine olanak tanıyan BK 320/2 gerek sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği mümkün bulunduğu kabul edilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinin 1. fıkrasına göre "Hilafı, mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez". Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca "İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir". O halde, bu fıkra gereğince işveren iş görme edimini talep hakkını diğer deyişle iş akdini sözleşmeyle (mukaveleyle) sürekli bir şekilde başka bir işverene devredebilecektir. Ancak bunun için devreden ve devralan işverenler arasında bu yönde bir anlaşmanın olması yeterli değildir. Bunun gerçekleşmesi için eski ve yeni işverenlerle işçi arasında bu devri sağlayan *üçlü bir sözleşmenin* (iş akdinin devri sözleşmesi) ya da işverenler arasında yapılan bu yöndeki sözleşmeye *işçinin* açık veya örtülü *onayının* bulunması gerekir. Bu takdirde, geçici iş ilişkisinden farklı olarak devreden işveren iş akdinin tarafı sıfatını kaybeder, onun yerini anlaşmanın tarafı yeni işveren alır. İş akdi bütün hak ve borçlarıyla birlikte sözleşmeyi devralan işverene geçer<sup>32</sup>.



**İşveren gerçek kişi ise cezai yaptırımlar bu işverene uygulanır. Buna karşılık işyerinin gerçek kişi işvereni birden fazla ise cezai sorumluluk açısından, iş mevzuatına ilişkin yükümlülükleri yerine getirmekle görevli ve yetkili kılınmış ortağın (veya ortakların) saptanması ve sorumluluğun ona yöneltmesi gerekir.**

Böyle bir üçlü anlaşmanın varlığı halinde iş akdinin sürekli olarak devredilebileceği Yargıtayın yerleşmiş içtihatları ile kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Yine yüksek mahkemeye göre işçinin bu anlaşmaya onay vermemesi nedeniyle iş akdinin sona erdirilmesi haksız fesih sayılır<sup>34</sup>.

Burada, BK 320/1 uyarınca işçinin değişmesi (iş görme ediminin devri) sonucunda yeni bir iş akdinin kurulması değil, BK 320/2'ye göre yapılan sözleşme ile işverenin değişmesi (iş görme edimini talep hakkının devri) ve mevcut iş akdinin aynen yeni işverene devri söz konusudur. Çünkü, iş ilişkisinde işverenin kişiliği kural olarak önem taşımadığından, işverenin değişmesi mevcut iş akdinin temelinde ve içeriğinde bir değişiklik, yeni bir iş akdinin yapılması anlamını taşımaz<sup>35</sup>. Yapılan iş akdinin devri sözleşmesiyle mevcut iş akdi aynen yeni işverene intikal etmiş olur<sup>36</sup>.

Bu şekilde yeni işverene devredilen iş akdinin hüküm ve sonuçları başka bir deyişle, işçinin kıdeminin, işçilik alacaklarının tabi olacağı kurallar konusunda öğretide<sup>37</sup> ve yargı kararlarında<sup>38</sup> işyerinin devrine ilişkin İş Kanunu'nun 6. maddesi ile kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı yasanın 14/2. fıkrası hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Gerçekten kıyas, yasada belirli bir olgu için öngörülmemiş kuralın menfaatler açısından benzer ama yasada öngörülmemiş başka bir olguya uygulanmasıdır<sup>39</sup>. İş akdinin devri ile işyerinin devri arasında korunan menfaatler açısından benzerlik olması diğer deyişle işçinin ve işçilik

haklarının korunması gereği bu yönde bir kıyasın yapılmasına olanak tanır.

## V. İŞVERENİN SORUMLULUĞU

İş hukukunda işveren bu sıfatından doğan bazı yetkilere buna karşılık da birçok sorumluluğa sahiptir. İşverenin iş mevzuatından doğan borçlarını yerine getirmemesi kendisi hakkında çeşitli hukuki, idari ve cezai yaptırımların uygulanmasına neden olur<sup>40</sup>.

Bir gerçek kişi işveren her şeyden önce *bukuki sorumlulukların* muhatabıdır. İşyerinin birden fazla gerçek işvereni varsa bu işverenler hukuki (özel hukuk) yaptırımlardan sorumludur.

Eğer soyut-somut işverenin varlığı söz konusu ise, böyle bir durumda hukuki sorumluluklar iş görme ediminin alacaklısı *soyut işverene* aittir. Örneğin, bir tüzel kişi olarak soyut işveren anonim şirket, iş yasalarının uygulanmamasından veya iş akdinden doğan borçların yerine getirilmemesinden işçilere karşı tüm hukuki sorumlulukların muhatabıdır<sup>41</sup>. Söz gelimi, işçilerin fazla çalışma ücretleri, kıdem tazminatları veya iş akdinin geçersiz veya haksız feshi ya da iş kazası sonucu ortaya çıkan tazminatlar soyut işveren (tüzel kişi) tarafından ödenir. Bununla beraber, soyut işveren yaptığı ödemeleri aralarındaki ilişkiye ve olayın özelliğine göre kusuruyla zarara neden olanlara rücu edebilir.

İşveren gerçek kişi ise *cezai yaptırımlar* bu işverene uygulanır. Buna karşılık işyerinin gerçek kişi işvereni birden fazla ise cezai sorumluluk açısından, iş mevzuatına ilişkin yükümlülükleri yerine getirmekle *görevli ve yetkili kılınmış ortağın* (veya ortakların) saptanması ve sorumluluğun ona yöneltmesi gerekir. Yargıtay böyle bir araştırma yapılmaksızın tüm ortakların cezai bakımdan sorumlu tutulmasını isabetli bulmamıştır. Yüksek mahkemeye göre "Aralarındaki ortaklığın mahiyeti araştırılarak, iş yerine ait bu gibi işleri tedvirle görevlendirilen veya yetkili kılınan ortağın kim olduğunun araştırılması, ondan sonra cezai sorumluluğun kime terettüp edeceğinin saptanması gerekirken, bu husus araştırılmadan her üç sanığın hükümlülüğüne karar" verilemez<sup>42</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinin 1.

fıkrası uyarınca “Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz”. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri ceza sorumluluğunun suçu oluşturan fiili *kusurlu iradesiyle* gerçekleştiren kişiye yüklenmesidir. Bu nedenle, yönetim hakkını, emir ve talimat verme yetkisini kullanma olanağından yoksun bulunan, iş yasalarının emredici hükümlerine aykırı hareket etmesi fiilen mümkün olmayan *gerçek kişi soyut işverenlerin* ceza sorumluluğundan söz edilemez. Örneğin, küçüğün veya müflisin söz konusu kurallara uymak ya da yönetim hakkını kullanarak uyulmasını sağlamak görev ve yetkisi bulunmadığından ceza yaptırımlarına muhatap tutulmaları mümkün değildir. Bu nedenle, bu durumda cezai sorumluluk, yönetim ve talimat verme yetkisine sahip olan ve suçu oluşturan fiili gerçekleştiren somut işverene aittir<sup>43</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasına göre “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz”. Yargıtay da, *tüzel kişi işvereni* değil, tüzel kişinin organında yer alan gerçek kişileri ve/veya işveren vekillerini ceza yaptırımının muhatabı olarak kabul etmiştir<sup>44</sup>. Böyle bir durumda, iş hukuk kurallarından doğan yükümlülükleri yerine getirme görevi kendisine bırakılmış olan diğer bir anlatımla sosyal ceza normu ile getirilen yükümlülüğe uymak zorunda bulunan, kusurlu davranışlarıyla tüzel kişinin suç işlemesine neden olan kişi-organlar, yönetim kurulu üyeleri ve/veya işveren vekilleri cezalandırılacaktır<sup>45</sup>.

Gerçek kişi işverenle, birden fazla işverenlerin *idari yaptırımların* ve *idari para cezalarının* muhatabı oldukları kuşkusuzdur. Aynı şekilde ceza yaptırımlarından farklı olarak idari yaptırımlardan ve idari para cezalarından *soyut işveren tüzel kişiler* (şirketler) de sorumludur. Çünkü bunlar sadece “ceza” niteliği taşıyan yaptırımlardan sorumlu tutulamazlar. Buna karşılık idari para cezaları idari yaptırım (işlem) niteliği taşıdıklarından, kanımıza göre bunların tüzel kişilere uygulanmasına bir engel yoktur<sup>46</sup>.

## DİPNOTLAR

1 Yarg. 9. HD., 10.11.1967, 8386/10365, M. Çenberci, İş Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara 1986, 136, dn. 100.

2. E. M. Engin, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993, 132, vd.
3. M. Rehbindler, Droit suisse du travail (Tr. B. Schneider) Berne 1979, 26. M. Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987, 50. K. Tunçomağ, İş Hukuku, C. I, B. 4, İstanbul 1986, 111. Engin, 116.
4. Rehbindler, 26. Ekonomi, 50–51. T. Esener, İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978, 73. N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, B. 22, İstanbul 2009, 41–42. K. Tunçomağ-T. Centel, İş Hukuku'nun Esasları, B. 4, İstanbul 2005, 54. Ü. Narmanhoğlu, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B. 3, İzmir 1998, 104. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, B. 3, Ankara 2008, 137. S. Süzek, İş Hukuku Yaptırımları, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, 174–175.
5. P. Durand-R. Jaussaud, Traite de droit du travail, T. I, Paris 1947, 424 vd. F. H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 199 vd. S. Süzek, İş Hukuku, B. 5, İstanbul 2009, 61 vd., 115 vd.
6. Bu konularda bkz. ve kşz. Ekonomi, 51. Tunçomağ, 111. Ö. Eyrenci-S. Taşkent-D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, B. 3, İstanbul 2006, 41. M. Aydemir, Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, 1993, 14, 92. V. Laçiner, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren Vekili, İstanbul 1998, 84 vd., 95 vd.
7. B. Öztan, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluk, Ankara 1970, 99–100.
8. Geniş bilgi için bkz. Engin, 146 vd. Aydemir 92 vd. Laçiner, 106 vd. A. C. Tuncay, İş Hukukunda İşveren Vekili Kavramı, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar, İstanbul 1977, 53 vd.
9. Yarg. 9. HD., 11.3.2002, 5004/3531, Tekstil İşv., Mart 2003, 40-41 ve Ekonomi'nin görüşü, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2002, Ankara 2004, 27.
10. YHGK, 5.2.2003, 9–82/65 ve Ekmekçi'nin görüşü, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2003, Ankara 2005, 11–12.
11. YHGK, 5.5.2004, 9–261/254, Legal HD, Eylül 2004, 2633–2638.
12. Ekonomi, Değerlendirme 2002, 27–28, 79–80.
13. Yarg. 9. HD., 23.3.1989, 13629/2707, YKD, Eylül 1989, 1268.
14. R. Wyler, Droit du travail, Berne 2002, 58. TF, 21 décembre 1998, ATF, 125, III. 78 (i), Sem. Jud, 1999, I, 385 ve yollama yapılan öğreti görüşleri. Aynı yönde, I. Vacarie, L'employeur, Paris 1979, 245.
15. YHGK, 16.4.2003, 9-308/303, İşv., Kasım 2003, 15-16 ve Ekmekçi'nin görüşü, Değerlendirme 2003, 12-13.
16. İş hukukunda sosyolojik hukuk yorumu için bkz. Süzek, İş Hukuku, 22 vd. Genel olarak hukukta sosyolojik yorum için bkz. S. Keyman, Hukuka Giriş, Ankara 2002, 202 vd., 218 vd. C. Can, Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü, B. 2, Ankara 1997, 129 vd., 142 vd. A. Güriz, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1986, 49-50.
17. Bu konuda bkz. M. Ekonomi, Şirket Topluluklarında – Holdinglerde İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul Barosu Çalışma Hu-

- kuku Komisyonu Bülteni, S. 5, 2001, 4-5. Engin, 198 vd. İ. Aydınlı, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001, 129 vd. S. Koç, Şirket Gruplarında İş İlişkileri, İstanbul 2003, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 36 vd.
- 18 S. Çil, İş Kanunu Şerhi, C. I, B. 2, Ankara 2007, 45. D. Ulucan, Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Dolmasından Önce Feshi, Haklı Nedenle Feshe Süre Konması ve Aynı İş İlişkinin İki Ayrı Sözleşme ile Düzenlenmesi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, Maltepe ÜHFD, 2007/1, 497 vd. M. Kılıçoğlu-K. Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 2008, 34.
- 19 Yarg. 9. HD., 23.1.2007, 29128/441, ÇT, 15, 342-344. Aynı yönde, 27.2.2006, 1163/7414, Kılıçoğlu-Şenocak, 34.
- 20 Kılıçoğlu-Şenocak, 34.
- 21 Vacarie, 135, Bu yöndeki Fransız Yüksek Mahkemesi kararları için bkz. Cass. soc., 13 mai 1969, 24, nov. 1976, Bull. civ. V, No. 620, p. 503. Cass. soc., 13 mai 1969, Bull. civ. V, No. 135, P. 263, D. S., 1969, p. 513, Vacarie, 135, dn. 16-17.
- 22 Vacarie, 136. Ulucan, 501. Fransız Yüksek Mahkemesinin birlikte istihdamda işverenlerin müteselsil sorumlu olduğunu hükme bağlayan kararları için bkz. Cass. soc., 6 février, Bull. civ. V, No. 96, p. 88. Cass. soc., 26 nov. 1975, Bull. civ. V, No. 564, p. 477, Vacarie, 136, dn. 19. Kşz. Engin, 209.
- 23 Ulucan, 502, Kılıçoğlu-Şenocak, 34.
- 24 Kılıçoğlu-Şenocak, 34.
- 25 Ulucan, 504.
- 26 Yarg. 9. HD., 7.4.2005, 10684/12394, İHSGHD, 8, 1744-1745.
- 27 Yarg. 9. HD., 23.1.2007, 29128/441, ÇT, 15, 342-344.
- 28 Bkz. Aydınlı, 151-153 ve orada yollama yapılan yazarlar.
- 29 Geniş bilgi için bkz. Aydınlı, 152 vd. ve orada yollama yapılan yazarlar. Ayrıca bkz. M. Ekonomi-Ö. Eyrenci, Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, II, İstanbul 2001, 1207. Engin, 213.
- 30 Ekonomi-Eyrenci, 1207. Ayrıca bkz. Vacarie, 145-146. Engin, 213-214.
- 31 S. Süzek, Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil Haziran 2009, 13-14.
- 32 Rehbinden, 95 vd. Ekonomi-Eyrenci, 1213 vd. S. Süzek, Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, Ankara 2003, 8. A. Güzel, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, 266. M. Alp, İş Sözleşmesinin Devri, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, İstanbul 2009, 308 vd. Mollamahmutoglu, 290-291. O. G. Çankaya-Ş. Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, B. 2. Ankara 2009, 522 vd. Engin, 211-212. C. İ. Günay, İş Hukuku, B. 3, Ankara 2004, 246. A. Başbuğ, İş Sözleşmesinde Üçlü İlişki, Tühis, Mayıs-Ağustos 2003, II vd. K. D. Yenisey, Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2006, Ankara 2009, 36-37, 39-40.
- 33 Yarg. 9. HD., 14.3.2001, 225/3914 ve E. Akyiğit'in incelemesi, Tühis, Kasım 2001, 40-50, Yarg. 9. HD., 26.12.2006, 30168/34624, Yenisey, Değerlendirme 2006, 39-40, Yarg. 9. HD., 27.2.2006, 2422/4664, ÇT, 10, 268-269. Yarg. 9. HD., 12.7.2006, 1892/20661, İHSGHD, 12, 1450-1451. Yarg. 9. HD., 27.9.2007, 37441/28505, İHSGHD, 16, 1527-1528.
- 34 Yarg. 9. HD., 12.7.2006, 1892/20661 ve Şahlanan'ın incelemesi, Tekstil İşv., Ocak 2007, 2-4. Yenisey, Değerlendirme 2006, 18-19.
- 35 Bkz. Güzel, 284 vd.
- 36 Ekonomi-Eyrenci, 1218, 1221 vd.
- 37 Ekonomi-Eyrenci, 1222. Alp, 325-326. A. Güzel, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2005, Ankara 2007, 37, 292. Yenisey, Değerlendirme 2006, 39-40. Çankaya-Çil, 526 vd.
- 38 Yarg. 9. HD., 10.11.2005, 361/35713, İHSGHD, 10, 630-631. Yarg. 9. HD., 29.9.2005, 309/31664, Çankaya-Çil, 561-562. YHGK, 13.4.2005, 9-203/252. Bu kararlarının incelenmesi için bkz. Güzel, Değerlendirme 2005, 35 vd. Yarg. 9. HD., 27.2.2006, 22422/664, ÇT, 10, 268-269.
- 39 R. Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004, 112.
- 40 Bkz. Süzek, Yaptırımlar, 165 vd.
- 41 R. Wyler, La responsabilité personnelle de l'organe en droit du travail, Panorama en droit du travail, Berne 2009, 4 vd., 19.
- 42 Yarg. 9. CD., 15.2.1997, 3951/4127, H. Bıyıklı, Sosyal Ceza Hukuku ve Çalışma Düzeni Aleyhine Suçlar, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsangücü Yönetimi, C. VI, 1985, 623.
- 43 Süzek, Yaptırımlar, 174-175. Engin, 126.
- 44 Yarg. 9. CD., 25.5.1977, 1375/1859, YKD, Eylül 1977, 1334. Y8CD, 16.1.1975, 12699/245 ve Coşkun'un incelemesi, İHU, İşK. 97, No. 1 Yarg. 9. CD., 2055/1583 ve Bıyıklı'nın incelemesi, İHU, İşK. 98, No. 1.
- 45 Vacarie, 180-181, A. Coeuret, Pouvoir et responsabilité en droit pénal social, Dr. soc., juillet-août 1975, 402. Wyler, Responsabilité de l'organe, 8-9. Bıyıklı, 70.
- 46 Süzek, Yaptırımlar, 182-183.

## Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı

## 1. GİRİŞ

İnsanların bu arada işçilerin sürekli (devamlı) çalışmaları mümkün değildir. İnsanın bedeni kudreti, organizması sürekli çalışmaya engeldir. Çalışan kişilerin dinlenmeye ihtiyacı vardır. Bu dinlenmeler günlük çalışmalar içinde yemek, içmek, uyumak vb. gibi bir takım fizyolojik gereksinimleri gidermek için kuşkusuz gereklidir. Böylece çalışanların, çalışacakları sürelerin sınırlandırılmasını gerektiren ve işçileri de kapsayan sebepler, herşeyden önce fizyolojiktir.

Bu genel sebep yanında işçilerin çalışma sürelerinin ayrıca sınırlandırılmasını daha doğrusu çalışma süresinin azaltılmasını gerektiren bir takım özel sebepler de mevcuttur. Genellikle çalışma (iş) süresinin azaltılmasında çeşitli amaçlar güdülmektedir. İşçilerin kişiliklerini geliştirmeleri için “sosyal koruma amacı” bunların başında gelmekte, işçilere dinlenebilecekleri ve başka sosyal faaliyetlerde bulunabilecekleri “boş zaman sağlanması” da diğer bir amacı oluşturmakta, nihayet “işsizliğe karşı mücadele

amacı” da çalışma sürelerinin azaltılmasının ve sınırlandırılmasının gerekçeleri arasında bulunmaktadır<sup>1</sup>. Ayrıca “verimli çalışma”nın da ancak sınırlı, kısa bir çalışma çerçevesinde gerçekleşeceği kabul edilmektedir.

Öte yandan çalışan kişinin, bu arada emeğiyle geçinen işçinin dinlendirilmeden çalıştırılması kendi sağlığı yönünden sakıncalar doğurduğu gibi, giderek toplum için de zararlı sonuçları beraberinde getirecektir. Bu bakımdan da çalışma süresinin sınırlandırılmasına sonuçta azaltılmasına ihtiyaç bulunduğu gibi, aynı şekilde işçinin ailevi, dini ve kültürel vecibelerini sağlaması için de kendisine boş zamanların verilmesi zorunludur.

Yukarıda kısaca belirtilen sebepler dışında iş (çalışma) süresinin sınırlanması ve azaltılmasının başkaca politik ve ekonomik sebepleri de vardır. Özellikle işsizlikle mücadele, işsizlere iş bulunması, devletin “tam istihdam” amacına ulaşabilmesi çalışma sürelerinin sınırlandırılmasını ve azaltılmasını gerekli kılmaktadır.

Nitekim mevzuatımızda da konu bu çerçe-



vede ele alınmış, işçilerin günlük ve haftalık çalışma süreleri sınırlanmış, kanunen öngörülen azami sürelerin ötesine geçilmesi engellenmiş, bu arada normal çalışmalar dışında yapılacak fazla çalışmalar da ayrıca düzenlenmiştir.

Yukardaki sebepler işçilerin - özellikle sağlıklarını koruma düşüncesi - onların üstlendikleri işin ifası dışında çalışmalarını gerektirecek fazla çalışma konusuna da hakim bulunmakta; işçilerin normal çalışma süreleri dışında, onlara ilave (ek) olarak yapacakları çalışmaların ayrıca sınırlanması ve düzenlenmesi ihtiyacı duyulmaktadır. Biz bu incelememizde işçinin yaptığı fazla çalışma talep hakkının doğumu şartlarını ve karşılığını ele alacağız. Ancak daha önce fazla çalışma kavramı üzerinde kısaca durmak uygun olacaktır.

## II. FAZLA ÇALIŞMA VEYA FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA KAVRAMI<sup>2</sup>

### 1- Benzer durumlardan ayrılması

Genelde fazla çalışma, kanunda ya da kanuna aykırı olmayan sözleşmede belirlenen çalışma süresinin üstünde (ötesinde) işçinin yaptığı çalışmayı ifade etmektedir.

İş Kanunumuzda, işçinin tabi bulunduğu çalışma süresinin ötesinde çalışması sadece fazla çalışmalara münhasır olmayıp; genel olarak bir işyerinde belirli çalışma saatlerinden önce veya sonra, “teknik bir zorunluluğun bulunması veya bu işlerin asıl işin yürütümü sırasında yapılmasının sağlık ve güvenlik yönünden sakıncası olması” hallerinde yaptırılabilir “hazırlama veya tamamlama yahut temizleme” işleri (m.70) ve zorunlu sebeplerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzeri sebeplerle işyerinde normal çalışma süresinin altında çalışılması ya da tümüyle tatil edilmesi veya işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde çalışılmayan süreler için yaptırılabilir “telafi çalışmaları” da (m. 64/1) bu nitelikte çalışmalardır. Ancak gerek telafi çalışmaları gerek hazırlama, tamamlama veya temizleme işleri de işçinin normal çalışma süresi dışında yapılan

çalışmalar olmakla beraber; bunlar “fazla çalışma” veya “fazla sürelerle çalışma” sayılmazlar. İş Kanunumuz bu tür çalışmaların şartlarını ve hukuki sonuçlarını ayrıca düzenlemiş bulunmaktadır.

### 2- Tanım ve deyim

4857 sayılı İş Kanunu'na ve bunun buyruğu doğrultusunda çıkarılmış bulunan İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'ne göre, kanunda belirlenen haftalık 45 saati aşan çalışmalara fazla çalışma; haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda, bu çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalara fazla sürelerle çalışma denilir (İş K. m. 41, FÇY. m.3).

Böylece 1475 sayılı eski İş Kanunu'ndan farklı olarak yürürlükteki kanun fazla çalışmaları fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma şeklinde iki ayrı başlık altında düzenleyerek bu konuda açık bir ayırım yapmıştır. Doktrinde her iki durumu kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak “fazla saatlerle çalışma”<sup>3</sup> veya “normali aşan çalışma”<sup>4</sup> deyimlerinin kullanılmasını uygun bulan yazarlar vardır. Fazla berrak olmayan bu deyimler yerine kanundaki deyimleri kullanmayı uygun buluyoruz.

## III. FAZLA ÇALIŞMA VEYA FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA/ÇALIŞTIRMANIN GERÇEKLEŞMESİ İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma işçinin ya da işçilerin normal olarak üstlendikleri çalışma süresini aşan, iş sözleşmesi gereğince ifası gerekli sürenin çalışma süresinin ötesine taşan bir çalışma olduğundan talep edilebilmesi için kanunen belirlenen şartların gerçekleşmesine ihtiyaç vardır. Böyle bir çalışma kanunun öngördüğü şartların bulunması halinde yapılabilecektir. Zira kanun istendiği zaman ve istenildiği kadar fazla çalışma yükümünün kapsamı ve icrası esasları gibi bu türden bir çalışmanın hukuki sonuçlarını da ayrıca düzenleme yoluna gitmiştir<sup>5</sup>.

Gerçekten İş Kanunumuzda fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapılabilecek haller, bu tür çalışmanın caiz olmadığı durumlar ve yapılacak bu tür çalışmaların azami süresi gibi gerekler yanında işçinin onayının alınması da ayrıca tasrih edilmiştir. Bu kanuni gerekleri birkaç başlık altında kısaca incelemek uygun olacaktır.

## 1- İşçinin Yükümlü Olduğu Çalışma Süresinin Ötesinde (Üstünde) Çalışma İhtiyacı ya da Gereğinin Ortaya Çıkması

Genelde fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma işçinin ifa etmekle yükümlü bulunduğu normal çalışma süresinin ötesinde, üstünde bir çalışma olduğu için, böyle bir çalışma onu gerektiren bir durumun ya da sebebin ortaya çıkması halinde gündeme gelebilecektir.

Nitekim Borçlar Kanunu'nda "Akid ile tayin edilen yahut adet mucibince icap eden iş miktarından ziyade bir işin ifasına zaruret hasıl olup da işçi bunu yapmaya muktedir olur ve imtinayı da hüsnüniyet kaidelerine muhalif bulunursa" cebrolunacağını<sup>6</sup>; yapılan bu ilave (fazla) iş (çalışma) için ücrete hak kazanacağını (m. 329) belirtilmiştir<sup>7</sup>.

Öte yandan, işçinin normal çalışma süresi dışında, zorunluluk bulunan hallerde yapabileceği fazla çalışmayı dürüstlük kuralları çerçevesinde ele alan Borçlar Kanunu dışındaki İş Kanunlarında da konu ayrıca düzenlenmiş; fazla çalışma yapılabilecek haller ayrıca tasrih edilmiştir.

Bu konuda 1475 sayılı İş Kanunu'na sadık kalan 4857 sayılı İş Kanunu da "ülkenin genel yararları ya da işin niteliği veyahut üretimin arttırılması gibi sebeplerle işverenin işçilere fazla çalışma veya fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptırabileceğini düzenlemiş; bu genel sebepler dışında, "gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makinalar veya alet edevat için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahutta zorlayıcı sebeplerle"; aynı şekilde "seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak kaydıyla ülke savunmasının ihtiyaçlarını sağlayan işyerlerin-

de Bakanlar Kurulunun gerek görmesi halinde de, ilgili işçilere fazla çalıştırma yaptırma imkân ve yetkisi ortaya çıkabilecektir.

Böylece İş Kanunu çerçevesinde "normal ve genel sebepler", "ivedi ve zorunlu sebepler" ve "olağanüstü nedenler" şeklinde üç başlık altında toplanması mümkün olan nedenlere dayanarak yapılacak fazla (ek, ilave) çalışmalar için kanun farklı gerekler öngörmüş, ivedi veya zorunlu sebepler yahut olağanüstü nedenlere dayanarak yapılacak fazla çalışmalarda işin önemi ve özelliği dolayısıyla normal sebeplerle yapılacak fazla çalışmalar için aranan bir kısım gerekler aranmamıştır.

Şunu da belirtelim ki, İş Kanunu'nun 41 inci maddesinde öngörülen sebepler maddeden de açıkça anlaşılacağı gibi, sayılan durumlarla sınırlı olmayıp, çok geniş kapsamlıdır. İşyeri veya işletme için gerekli ve yararlı görülen her sebeple işveren fazla çalışmaya karar verebilecektir. Örneğin, zorlayıcı bir sebeple işin durmasından dolayı ortaya çıkan üretim kaybının giderilmesi için işçilere bu tür bir çalışma yaptırılması mümkündür<sup>8</sup>.

## 2- İşyerinde Uygulanan Çalışma Süresinin Dışında Çalışmayı Engellleyen Kanuni Bir Yasağın Bulunmaması

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma, bu türden çalışmayı gerektiren bir nedenin ortaya çıkması halinde gündeme gelebilirse de, bu tür çalışmanın yapılamayacağı işlerin ya da böyle bir çalışma kendilerine yasaklanan işçilerin özel durumlarını gözden uzak tutmamak gerekir. Zira kanun bazı işler ve işçiler için fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmaya izin vermemiş bu konuda yasak getirmiştir. Bu itibarla yasak kapsamına giren işlerde olduğu gibi bu kapsamdaki işçilerin de bu türden çalışma dışında tutulmaları gerekir<sup>9</sup>.

Fazla çalışmanın caiz olmadığı işler şunlardır<sup>10</sup>:

- Sağlık kuralları bakımından günde ancak yedi buçuk saat veya daha az çalışması gereken işlerde

- Gece sayılan<sup>11</sup> gün döneminde<sup>12</sup>

- Maden ocakları işleri, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tunel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak yerlerde fazla çalışma yaptırılmaz (İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği (FÇY) m.7).

Fazla çalışma yaptırılmayacak işçiler ise şunlardır:

- Onsekiz yaşını doldurmamış işçiler,
- İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belirlenen işçiler,
- Gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler,
- Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler<sup>13</sup>,

Şunu da ilave edelim ki, kanunda öngörülmemiş bulunmadığı halde, Yargıtay, “üst düzey yöneticiliği” yapan örneğin genel müdür mevkiindeki kimselerin fazla çalışma ücreti talep edemeyeceğini; dolayısı ile bunların da fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma yapacaklarını içtihat etmiştir<sup>14</sup>. Ancak konuya bu şekilde yani belli sıfatı taşıyan işveren vekillerinin fazla çalışma yapamayacakları şeklinde kategorik yaklaşmanın doğru olmadığı söylenmelidir<sup>15</sup>. EKONOMİ'nin isabetli olarak kaydettiği gibi “bu tip yöneticiler her ne kadar çalışma sürelerini belirleme yetkisine sahip olsa da bu serbesti fazla çalışma yapmadıkları anlamına gelmemelidir<sup>16</sup>.”

### 3- İşverenin Bu Tür Bir Çalışma İçin Talepte Bulunması ve İşçinin Onayının Alınması

#### a- İlave Çalışmanın İşverenin Bilgisi Dahilinde Yapılması

İşyerinde fazla çalışma yapılabilmesi ya da işçinin fazla sürelerle çalıştırılması ancak işverenin talep etmesi, işçinin de bunu kabul etmesi halinde söz konusu olabilmektedir. İşverenin talebi hususunda kanunda bir düzenleme

yapılmamış olmakla beraber, işverenin talebi ve isteği olmadan böyle bir çalışmaya işçinin kendiliğinden girmesi veya yapması mümkün olmamak gerekir. Böyle bir çalışmayı gerektiren bir durumun ya da sebebin ortaya çıkması halinde işveren ya da vekilinin bunu şu veya bu şekilde ortaya koyması, işçilere duyurması gerekir. Bu yüküm işin doğasında mevcuttur.

Gerçekten, işçinin günlük ve haftalık çalışma süresinin bitiminden sonra işyerinde bulunması, her zaman onun fazla çalışma veya fazla sürelerle çalıştığı anlamına gelmeyecektir. Özellikle işverenin veya vekilinin açık veya örtülü bir isteği bulunmadan işçinin kendiliğinden işyerindeki normal çalışması dışında çalışmış olması fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma olarak kabul edilemez. Böyle bir çalışmanın fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılabilmesi işverenin veya işveren vekilinin isteği ve iradesiyle yapılmış bulunması halinde mümkün olabilecektir.

Bununla beraber, işverenin veya işveren vekilinin isteğinin açık olması gerekli değildir. İşçinin bu şekilde yani normal haftalık süresi dışında işyerinde çalışması işveren ya da işveren vekilinin açık olmasa bile bilgileri dahilinde yapılmış ise, yapılan ilave (fazla) çalışmaların bu kapsam ya da nitelikte gözönüne alınması gerekir. Zira işçinin çalıştığını bilen ve gören işveren ya da işveren vekili, bu duruma karşı çıkmamışlarsa böyle bir çalışmayı işverenin istek ve iradesi, emri ve talimatı dahilinde yapılmış olarak kabul etmek gerekir<sup>17</sup>.

#### b- İlave Çalışma Yapacak İşçinin Onayının Alınması

İş Kanunumuzda, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü nedenlerle yapılacak fazla çalışmalar dışında, normal ya da genel nedenlere dayalı olarak yapılacak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmalarda işçinin muvafakati (onayı)nın alınması gereğine açıkça işaret edilmekte; fakat bu onayın şekline ve yöntemine ilişkin bir hükme yer verilmemektedir. Buna karşılık, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği işçilerden alınacak onayın (muvafakatın) yazılı olacağını, bunun her yılın başında alınacağını ve işçinin

özlük dosyasında saklanacağını belirtmektedir (FÇY.m.9). Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptırılacak işçiden alınacak olan muvafakatın (onayın) 'yazılı' olması ve her yılın başında alınmasını öngören yönetmelik hükmünün bağlayıcı olup olmadığı; başka bir şekilde alınacak muvafakatların (onayların) geçerli ve yeterli sayılıp sayılamayacağı üzerinde durulmaya değer önemdedir. Nitekim konuya doktrinde de eğilinmiş ve değişik görüşler öne sürülmüştür.

Bazı yazarlar bu düzenlemenin kamu hukukuna ilişkin bir yükümlülük olduğunu ve işyerindeki denetimle ilgili bulunduğunu; işçi başlangıçta yazılı bir iş sözleşmesi ile fazla çalışma yapmayı kabul etmişse, buna uymamanın sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğini; fazla çalışma yapabilmesi için o yılbaşında tekrar yazılı bir onay vermesinin gerekli olmadığını<sup>18</sup> savunmaktadırlar.

Öte yandan, yönetmelik hükmünün hukuki temelden yoksun bulunduğunu öne süren bazı yazarlar, yazılılık koşulunun, sözleşme yapma özgürlüğünü sözleşmenin biçimi bakımından sınırlayan bir koşul olduğunu ve bunun ancak kanunla düzenlenebileceğini; ancak kanunda öngörülen onayın yazılı olması ve belirli dönemlerde alınmasının belirlenmesinin kanuna aykırı olduğunun söylenemeyeceğine işaret etmektedirler<sup>19</sup>.

Konuya eğilen diğer bir kısım yazarlar ise, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde işçinin önceden muvafakatını vermiş olması halinde, ayrıca onayın (muvafakatın) gerekli bulunmadığını savunmaktadırlar<sup>20</sup>.

Nihayet Yargıtay da, 'iş sözleşmesinde yer alan fazla saatlerle çalışmaya ilişkin onayın sadece sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren geçecek ilk bir yıl için geçerli olduğunu, bundan sonrası için yönetmelikte belirtildiği şekilde her yıl için yeniden işçinin yazılı rızasının alınması' gerektiğine işaret etmiştir<sup>21</sup>. Ancak Yüksek Mahkeme diğer bir kararında, 'işçiden fazla mesai için önceden onay alınmamış olsa da, daha önce fazla çalışma yapan ve ücreti tam ve düzenli olarak ödenen işçinin fazla mesaiye kalmak istememesi'ni sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep olarak kabul etmiş ve bu

içtihadada temel olan görüşün kararlı bir şekilde Özel Dairece uygulandığına değinmiştir<sup>22</sup>.

Kanımızca sözü edilen hükmün anlatımında muvafakatın belirli bir şekilde ve belirli dönemlerde alınmasının zorunlu tutulduğu kuşkusuzdur. Bununla beraber hükmü amacına göre yorumlayarak, işçinin bu konudaki muvafakatının (onayının) şu veya bu şekilde, önceden veya fazla çalışma yapılmasına karar verildiği sırada alınmasının da mümkün olduğunu söyleyebilmek imkanı vardır. Bu itibarla kanuni düzenlemeye önce sözleşmelerle muvafakatın alınmış olması halinde ayrıca onay alınmasına gerek bulunmadığını kabul etmek uygun olur. Yönetmelikte yer verilen hüküm karşısında yani, 'her yıl yeniden onay alınması' gereğini sözleşmelerle onay alınmamış durumlara hasretmek; işçinin işe girdiği veya fazla çalışma talebi ile karşılaştığı tarihte yazılı onay vermesi ve bunu her yıl başında yenilemesi şeklinde uygulamak, uygun bir çözüm olsa gerekir.

İşçiden alınan "onay" her halükarda onun fazla çalışma yapması yükümlülüğünü doğurmaz; sağlık durumu ya da makul (haklı) nedenlerinin bulunması halinde işçinin fazla çalışmadan kaçınabilmesi tabiatı ile mümkün bulunmaktadır. Bu konuda peşin bir ölçüt verilemez ve her olayda ayrıca takdiri gereken haklı-makul bir sebep bulunup bulunmadığı araştırılmak gerekir.

#### 4- Kanunla veya Sözleşmeyle Belirlenen Çalışma Süresinin Ötesine Taşan (Üstünde) Bir Çalışmanın Yapılmış ve İspat Edilmiş Olması

##### a- Genel Olarak

Genelde kanunda ya da sözleşmede -bu sözleşme iş sözleşmesi gibi toplu iş sözleşmesi de olabilir- belirlenen çalışma süresinin ötesinde yapılan artık (ek) çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma olarak kabul edilmektedir. Bu türden çalışmalara temel teşkil eden fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmayı belirlemeye yarayan kriter (ölçüt) 'günlük' yahut 'haftalık' çalışma süresidir.



Önceki, 1475 sayılı İş Kanunumuz işçinin 'günlük kanuni çalışma süresi' dışındaki çalışmayı fazla çalışma olarak kabul ettiği için; günlük çalışma süresi haftanın altı iş gününde çalışılan işyerlerinde günde 7,5 saati; cumartesi tamamen tatil edilmek suretiyle haftanın geriye kalan beş günü çalışılan işyerlerinde 9 saati; cumartesi kısmen tatil edilen işyerinde uygulanan çalışma süresi kırk beş saatten çıkarıldıktan sonra arta kalan saat tutarı beşe bölünerek bulunacak (7,5-9 saat) arasında değişen süreyi geçmeyeceği sonucuna ulaşılmaktaydı. Böylece 1475 sayılı Kanun fazla çalışmaya ölçüt olarak 'günlük çalışma süresi'ni almış; bu süreden artık çalışmaları fazla çalışma olarak kabul etmişti. Bu sebeple de, haftalık kırk beş saatlik çalışma süresi içinde ve hatta altında kalsa bile, günlük çalışma süresinin aşılması halinde fazla çalışma söz konusu olabilecekti<sup>23</sup>. Zira gerek 1475 sayılı Kanun gerekse Fazla Çalışma Tüzüğü hükümleri fazla çalışmaya ölçüt olarak haftalık çalışmayı değil, günlük çalışmayı almış bulunuyordu.

Fakat o dönemde Yargıtayımız, fazla çalışmanın oluşmasında ve belirlenmesinde günlük çalışma süresi yanında haftalık çalışma süresini de ölçüt olarak göz önüne almakta ve haftalık çalışma süresi içerisinde kalmasına rağmen, günlük çalışma sürelerini aşan çalışmaları fazla çalışma olarak kabul etmemekteydi. Yüksek Mahkeme sadece günlük çalışmanın dışında kalan çalışmanın haftalık kanuni çalışma süresi içinde kaldıkça fazla çalışma sayılamayacağını içtihat etmiş ve bu çözümünü doktrindeki yaygın eleştirilere rağmen ısrarla sürdürmüştü<sup>24</sup>.

Öte yandan, yine önceki kanun döneminde kanunda belirlenen günlük çalışma süresinden daha az bir sürenin sözleşmelerle kararlaştırılması mümkün bulunduğundan; sözleşmeyle belirlenen sürelerin aşılması fakat kanuni çalışma süresi içinde kalınması halinde yapılan çalışmanın da fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerekmesine rağmen, Yüksek Mahkeme aksi bir çözüme yönelmişti. Yargıtayımız kanuni çalışma süresinden daha az bir sürenin sözleşmelerde öngörülmesi durumunda, kararlaştırılan sürenin günlük kanuni çalışma süresini aşmadıkça, o sürenin ötesine geçmedikçe yapılan

ilave çalışmaları normal çalışma hükümlerine tabi tutmakta; kanuni günlük çalışmanın altında kalan ve sözleşmelerle belirlenen daha az çalışma sürelerinin aşılması halinde, aşılın süre günlük kanuni çalışma süresinden fazla olmadıkça yapılan çalışmaların fazla çalışma sayılamayacağını sonucuna ulaşılmaktaydı<sup>25</sup>. Fakat tarafların aksini kararlaştırmış olmaları halinde, işçi bu çalışmaları için, yani sözleşmeyle kararlaştırılan süre ile kanunen öngörülen süre arasındaki çalışmaları için fazla çalışma ücretine hak kazanabilecekti<sup>26</sup>.

10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 1475 sayılı Kanun'un yerini alan 4857 sayılı İş Kanunumuz 'fazla çalışma' kavramı yanında ve 'fazla sürelerle çalışma' kavramına da ayrıca yer vermiş; bu tür çalışmalara ölçüt olarak önceki kanundaki günlük çalışma yerine 'haftalık çalışma' süresini kabul etmiş bulunmaktadır. Böylece yürürlükteki kanunda, kanuni çalışma süresi ile sözleşmeyle azaltılmış, kanuni sürenin altında sözleşmeyle belirtilen süre birbirinden ayrılmış (ayrılarak), normal çalışmalar ötesindeki ek (ilave) çalışmalar farklı şekilde düzenlenmiş; kanuni çalışma süresinin aşılması halindeki çalışmalarının 'fazla çalışma'; sözleşmelerle kanuni süreyi azaltarak kararlaştırılan sürenin üstünde, kanuni çalışma süresi sınırına kadar yapılan çalışmalar ise 'fazla sürelerle çalışma' olarak farklı kayıt ve sonuçlara bağlanmıştır.

Sözü edilen kanunun buyruğu doğrultusunda çıkarılan (İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği) de, 'İş Kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmaların 'fazla çalışma'; haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda, bu çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmaların ise 'fazla sürelerle çalışma' sayılacağına işaret etmiştir.

Bu itibarla yürürlükteki İş Kanunu'nun fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın belirlenmesinde ölçüt olarak aldığı 'haftalık çalışma süresi'nin istisnası yoktur. Çalışma sürelerinde esneklik imkanı tanıyan İş Kanunumuz günlük çalışma sürelerinin 11 saate kadar çıkarılarak iki aylık dönemde de denkleştirme yapabileme

imkanı vermiş; ancak denkleştirme dönemlerinde de fazla çalışmaya ölçüt olarak denkleştirme döneminin haftalık ortalamasının kırk beş saat olan normal çalışma süresinin üstündeki çalışmaların fazla çalışma sayılabileceğini kabul etmiştir. Şöyle ki, işçinin çalıştığı toplam sürenin çalışılan hafta sayısına bölünmesi suretiyle bulunacak kanuni haftalık çalışma süresini aşması halinde fazla çalışma gündeme gelebilecektir. Böylece, ister fazla çalışma ister fazla sürelerle çalışma olsun bazı haftalarda haftalık çalışma süresinin üstüne çıkılmış olması halinde de 'ortalama haftalık süre' aşılmamış ise fazla çalışma söz konusu olmayacaktır.

### **b- Fazla Çalışmada Haftalık Ölçütün Uygulanması**

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmanın belirlenmesi, saptanmasında kanunen öngörülen ölçüt "haftalık çalışma" süresi olduğundan işyerinde uygulanan daha doğrusu fazladan çalışma yapan işçi ya da işçilerin çalışma sürelerinin; işyerinde uygulanan çalışma düzeninin, işçinin tabi bulunduğu haftalık çalışmanın bilinmesine ihtiyaç vardır. Bu itibarla fazla çalışmaya veya fazla sürelerle çalışmaya esas teşkil edecek çalışma süresi üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir.

#### *aa- Çalışma Süresi*

Öncekinde olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nda da çalışma süresi tanımlanmamış, o döneme ait İş Süreleri Tüzüğünde olduğu gibi, yürürlükteki kanun buyruğuyla çıkarılan (İş Kanuna İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği), "işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre"nin çalışma (iş) süresi olduğunu; fiilen çalışılmadığı halde kanunen çalışılmış sayılan hallerin de çalışma süresine dahil bulunduğunu düzenlemiştir. Kısaca ifade edersek, çalışma süresine fiilen çalışılmadığı halde kanunen çalışılmış süreler de dahildir. Çalışma süresi, işçinin iş sözleşmesi uyarınca yükümlü bulunduğu işi ifa için işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar devam eden süredir<sup>27</sup>.

Hemen şunu belirtelim ki, kanunda ya da sözleşmede belirtilen çalışma süresinin herhalde işyerinde geçirilmiş bulunulması zorunlu olmayıp, işverenin buyruğunda olmak kaydıyla

işyeri dışında çalışılan süreler de iş (çalışma) süresinden sayılır. Hatta bazen işin niteliği işçinin işyeri dışında çalışmasını da gerektirebilir. Örneğin asansör montajcıları ya da ilaç firmalarının propogandasını yapan işçiler böyledir. Bu itibarla, önemli olan şu veya bu yerde çalışmak değil, işverenin buyruğunda çalışmaktır. Öte yandan bazı hallerde işçi fiilen çalışmasa da işyerinde işgörmeye amade bulunduğu sürelerle, işyerine gelmesi veya işini görmek için başka bir yere gitmesini gerektiren durumlarda yolda geçen süreler de kanunen çalışma süresinden sayılmıştır. Söylemeye gerek yok ki, işçi işgünü işverene tahsis ettiği sürece çalışmış sayılabilir; yoksa işçi işyerinde bulunmasına rağmen zamanına kendisi hakimse böyle bir mevcudiyet (hazır bulunma) çalışma süresinden sayılmaz. Bu itibarla genel çizgileriyle söylemek gerekirse işyerinde veya işyeri dışında işçinin işgücünü işverenin buyruğuna tahsis ettiği durumlarda ister fiilen çalışsın isterse çalışmamış olsun, bu şekilde geçirdiği sürelerin tümü çalışma süresinden sayılacaktır.

İş Kanunu kapsamına giren işçilerin iş (çalışma) süreleri azami sınır koyulmak suretiyle günlük ve haftalık olarak belirlenmiştir. Kanunda belirlenen bu azami sürelerin altında çalışma süresi öngören sözleşme hükümlerinin geçerli olacakları kuşkusuzdur. Öyleyse, ortada böyle bir sözleşme hükmü mevcutsa kanundaki süreler değil, sözleşmeyle azaltılmış süreler çalışma süresi olarak göz önüne alınacaktır<sup>28</sup>. Ancak kanuni sürenin altında çalışma süresi öngörülmesi işçinin ücretinde bir indirim sebebi yapılamaz. Her türlü işte uygulanmakta olan günlük veya haftalık çalışma sürelerinin kanunen daha aşağı sınırlara indirilmesi ve bu kanunun hükümleri gereğince işverene düşen herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmesi sebebiyle veyahut bu kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz (İş K. m. 62).

Şunu da belirtelim ki, çalışma süresinin sözleşmelerde düzenlenmediği hallerde kanuni azamiliğe riayet etmek suretiyle çalışma süresinin işveren tarafından belirleneceği tabiidir. Zira bu husus işverenin yönetim hakkı ile ilgili

**Yargıtayımız denkleştirmenin örtülü (zımni) bir anlaşma ile de mümkün olabileceğini kabul ederek, açık bir onaya ya da kabule ihtiyaç bulunmadığını içtihat etmiştir.**

bulunmaktadır. İşin başlama ve bitim saatinin belirlenmesi de işverene ait olmakla beraber, kanundaki gece-gündüz ayırımına uygun bir düzenlemeye özen gösterilmesi daha doğrusu riayet edilmesi gerekir. Örneğin işçilerin sabah saat beşte işbaşı yapmalarına ilişkin bir işveren buyruğunun – normal şartlar içinde- uygun bulunduğu söylenemez. Mevzuattaki hükümlere ters düşmeyecek bir düzenleme ile çeşitli işçi grupları (kadın işçiler, genç-çocuk işçiler, yaşlı işçiler) için farklı mesai kaideleri konulması da mümkün olsa gerekir.

İşçilerin haftalık çalışmalarının, çalışma sürelerinin bu çerçevede içinde belirlenmesinin zorunlu olduğunu vurgulayalım. Özellik arzeden ve kanunda ayrıca düzenlenen postalar halinde işçi çalıştırılan işler ile haftalık işgünlerine bölünemeyen çalışmalar dışında, iş sürelerinin başka bir biçimde belirlenmesi mümkün olmak gerekir.

Çalışma süresinin zamanla sınırlı bir süre olduğunu bu suretle açıkladıktan sonra, bunun işyeriyle değil işçilerle ilgili bulunduğu belirtilmelidir. Zira işyerinin günün yirmi dört saatinde çalışmasına kanuni bir engel bulunmamaktadır. Nitekim bu husus İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde (m.11) açıklanmış, iş süresiyle ilgili olarak öngörülen sınırlamaların işyerlerine ya da yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkin bulunduğu tasrih edilmiştir.

Öte yandan azami kırk beş saatlik çalışma süresi tüm işçiler için uygulanır<sup>29</sup>. Bununla beraber, günlük çalışma süresinin işyerinde çalışan bütün işçiler için aynı olması gerekli değildir; kanuni süreyi geçmemek şartıyla farklı işçi gruplarına farklı çalışma süreleri uygulanabilir. Başka bir söyleyişle, ayrı işçi gruplarına veya değişik işlerde çalışanlara göre farklı süreler tespit edilebilir; örneğin üretim işlerindeki işçiler için günlük 7 saat, temizlik işçileri ve bek-

çileri için de 7,5 saatlik bir süre kabul edilmiş olabilir<sup>30</sup>.

#### *bb- Çalışma (İş) Süresinin Haftanın Günlerine Dağılımı*

Çalışma (iş) süresini önceki kanunda olduğu gibi, haftalık kırk beş saat olarak öngören 4857 sayılı İş Kanunu bu sürenin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünerek uygulanması esasına sadık kalmakla beraber; tarafların anlaşarak farklı günlük süreler kararlaştırmasına da imkân vermektedir. Bununla beraber, tarafların anlaşmaları, onları günlük çalışma sürelerini diledikleri şekilde dağıtmalarına yetmemektedir. Kanunun veya toplu iş sözleşmesinin öngördüğü bir denkleştirme döneminde haftalık iş günlerinin değişik sürelerle yapabileceklerine izin verilmektedir.

İşyerlerinin niteliği ve çalışma tarzı yönünden ihtiyaçlarını karşılayacak bu esneklik sayesinde, günlük çalışma süresi bazı günlerde on bir saate kadar çıkarılabilecektir; şu şartla ki, denkleştirme dönemine dahil haftalık çalışma sürelerinin ortalama süresi kırk beş saatin üzerine çıkmasın. Bu şekilde bir düzenlemenin yapılmasının pratik sonucu ise bazı haftalarda haftalık azami çalışma süresinin yani kırk beş saatin üzerinde çalışılmış olması halinde, bu çalışmaların fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma sayılamayacağı şeklinde ortaya çıkacaktır<sup>31</sup>.

İş Kanunu'nun 63 üncü maddesine göre genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir; aksi kararlaştırılmamışsa bu süre işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacaktır. Bununla beraber, taraflar anlaşarak yani denkleştirme yöntemini kabul ederek haftalık normal çalışma süresini, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtabileceklerdir. Ancak böyle bir durumda günlük çalışma süresi onbir saatten fazla olamayacaktır. Öte yandan tarafların anlaşarak haftanın çalışılan günlerinde değişen süreler öngörmeleri halinde, kanunda belirlenen iki aylık veya toplu iş sözleşmeleri ile öngörülen dört aylık denkleştirme süresi içinde, işçinin ortalama haftalık çalışma süresinin kırk beş saati aşmaması gerekecektir.

Bu itibarla tarafların aksine bir anlaşma yap-

madıkları hallerde haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit dağıtılabilmek imkânı, 1475 sayılı önceki İş Kanunu dönemindeki gibi uygulama imkânı bulacak; denkleştirme yoluna gidilmesi halinde günlük çalışma süreleri farklı şekilde belirlenebilecektir. Tekrar vurgulayalım ki; denkleştirme yöntemine başvurulmadan haftalık çalışma süresinin farklı şekilde bölünmesi yoluna gidilmesi; bazı haftalarda eşit ve bazı haftalarda farklı şekilde dağıtılması mümkün olmasa gerektir<sup>32</sup>.

*cc- Denkleştirme yöntemine göre çalışma sürelerinin belirlenmesi*

1) *Denkleştirmede işçinin onayının alınması gereği*

Böylece İş Kanunu esneklik sağlamak amacıyla, tarafların anlaşarak bir denkleştirme döneminde haftalık iş günlerini farklı şekilde dağıtabilmelerine imkan veren bir yonteme de yer vermiştir. Böyle bir yontemin uygulanabilmesi için herşeyden önce işçinin muvafakatının alınması gerekir.

Gerçekten haftalık çalışma süresinin, haftalık çalışılan (iş) günlerine farklı şekilde dağıtılabilmesini sağlayacak denkleştirme yönteminin uygulanabilmesini kanun tarafların anlaşmaları koşuluna bağlamıştır. Böylece denkleştirme hususunda işçinin rızasının alınması kanuni bir zorunluluktur. Bu rızanın (muvafakatın) şekli hususunda kanunda bir düzenleme yapılmamış, fakat Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde, anlaşmanın yazılı olarak yapılacağı öngörülmüştür (Yön. m.5/1)<sup>33</sup>.

Doktrinde de genellikle kabul edildiği gibi, denkleştirme yöntemini işçi iş sözleşmesi ile kabul edebileceği gibi, bu nitelikteki işyeri iç yönetmeliği ya da personel yönetmeliğinin -işçiye usulünce bildirilmiş olması kaydıyla- yazılı anlaşmanın yerine kaim olacağı, sözleşme veya ekindeki düzenlemenin kanunun gereğini yerine getirmiş sayılacağı kabul edilmelidir<sup>34</sup>.

Öte yandan, toplu iş sözleşmesinde işçilerin bu yonteme bağlı olarak çalışacaklarına ilişkin bir düzenlemenin bulunması halinde bunun toplu iş sözleşmesiyle bağlı olmayan, fakat o işyerinde çalışan işçileri de etkileyeceğini kabul etmek gerekecektir<sup>35</sup>.

İlave edelim ki, Yargıtayımız denkleştirmenin örtülü (zımni) bir anlaşma ile de mümkün olabileceğini kabul ederek, açık bir onaya ya da kabule ihtiyaç bulunmadığını içtihat etmiştir<sup>36</sup>. Şunu belirtelim ki denkleştirme yöntemini hiç bir kayıt ve şarta tabi tutmayan "örtülü denkleştirme"ye cevaz veren Yargıtay'ın görüşünü paylaşmak mümkün değildir. Zira denkleştirmenin geçerliliğini tarafların anlaşmasına bağlayan kanuni düzenleme ve bunun uygulanması ile ilgili olarak çıkarılan yönetmeliğin, tarafların anlaşmalarını "yazılı" şekilde yapılmasını öngören açık hükmü<sup>37</sup> karşısında Yargıtayın görüşünü kabul etmek çok güçtür<sup>38</sup>.

2) *Kanunen öngörülen veya toplu iş sözleşmesi ile uzatılan denkleştirme süreleri içinde kalmak gereği*

Denkleştirme süreleri, yani kanunen iki ay toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar çıkarılabilen süreler azami sürelerdir; bunların uzatılması kabil değildir; ancak kısaltılmaları mümkündür. Başka bir deyişle, denkleştirme süresi iki aydan az olabilir ama daha fazla olamaz; fakat bu sürenin toplu iş sözleşmesiyle dört aya kadar uzatılabileceği kanunda açıkça belirtilmiştir<sup>39</sup>.

Öte yandan, kanuni gereklere uyulmak kaydıyla, denkleştirme yönteminin ard arda yapılmasına, devam ettirilmesine de bir engel bulunmadığı gibi; işyerinin tamamında ya da işyerindeki tüm işçileri kapsayacak şekilde uygulanması zorunluluğu da bulunmamaktadır; bir veya birkaç işçi için, ya da işyerinin belirli bir bölümü veya bölümleri için de bu yontemin uygulanması mümkün olabilecektir.

Ekleyelim ki kanuni çalışma süresinin altında çalışmanın öngörüldüğü durumlarda da "denkleştirme" yapılması kuşkusuz mümkündür. Böyle bir durumda yani haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında olacağının öngörülmüş olması halinde ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışma sayılacaktır. Söylemeye gerek yok ki; buradaki "ortalama çalışma süresi" tarafların sözleşme ile kanuni haftalık çalışma süresinin altındaki çalışma süresini ifade etmektedir. Denkleştirme dönemindeki ortalama haftalık çalışma süresi



## Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşınamaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilecektir.

aşılmadıkça fazla sürelerle çalışmadan söz edilemeyecektir.

### *dd- Fazla Çalışılan Sürenin Belirlenmesi ve Fazla Çalışıldığının İspatı*

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapıldığının öne sürüldüğü olaylarda, kanunen ya da sözleşme gereği çalışılmış sayılmayan sürelerin fazla çalışma süresinin hesabında gözönüne alınmayacağı kuşkusuzdur<sup>40</sup>. Özellikle hafta tatili ve diğer ücretli tatil ve izin günlerinde ve ara dinlenmelerinde, işçinin meşru bir nedene dayanan devamsızlık günlerinde, grev veya lokavt uygulaması sırasında geçen günlerde olduğu gibi işçinin çalışmadığı ya da çalışmasının mümkün olmadığı hallerde cereyan eden sürelerin fazla çalışma süresi hesaplanırken gözönünde bulundurulması ve fiilen çalışılmayan bu sürelerin dikkate alınarak fazla çalışma sürelerinin bu çerçevede hesaplanması gerekir.

İlke olarak, fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin bu iddiasını ispat etmesi gerekir. İşçi fazla çalıştığını ya da çalıştırıldığını her türlü delille ispat edebilir; bu arada şahit dinleterek de iddiasını ispat yoluna gidebilir. Fazla çalışmanın yapıldığı sabit bulunan hallerde, bu tür çalışmaya ilişkin ücreti "ödendiği savunması" şahit dinletilerek ispat edilmez; işveren fazla çalışma ücretinin ödendiğini yazılı belge ile ispat etmek zorundadır<sup>41</sup>.

Belirtelim ki, ücret bordrosu ile ödeme yapılması halinde, fazla çalışma iddiasının ispatı konusunda uygulamada Yargıtay kararlarıyla birtakım esaslar benimsenmiştir. Buna göre, bordrodaki fazla çalışma sütununun boş olması işçinin fazla çalışma yapmadığını kabule yeterli değildir. Böyle bir bordroyu ihtirazi kayıt (ön koşul) koymadan imzalayan işçinin fazla çalışma talebinde bulunmasına da bir engel yoktur;

zira böyle bir işlemle işçinin hak ettiği fazla çalışma ücretinden feragat ettiği sonucu çıkarılmaz<sup>42</sup>. Öte yandan, işçi tarafından imzalanan bordroda ayrı bir sütun bulunmasına rağmen, işçilerden hiçbirisine fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmemiş olan hallerde bordroyu imzalayan işçilerin ayrıca ihtirazi kayıt koymaları gerekli değildir<sup>43</sup>. Bu itibarla, bordroya itirazi kayıt konularak fazla çalışma ücreti alınan aylar ile bordroda fazla çalışma taahhuku bulunmayan aylar için işçi fazla çalışma iddiasında bulunabilir ve bunu da her türlü delille ispat yoluna gidebilir<sup>44</sup>. Şunu da ekleyelim ki fazla çalışma ücretini herhangi bir itirazi kayıt öne sürmeksizin bordroyu imzalayarak tahsil etmiş olan işçinin, bu süreye ilişkin fazla talebi ancak yazılı belgeye dayalı olarak öne sürülürse kabul edilebilir. Başka bir söyleyişle, işçi ihtirazi kayıt dermeyeran etmeksizin fazla çalışma ücretlerini bordro mucibi almışsa, artık o aylara ait daha fazla çalışma yaptığını yazılı belge olmadıkça şahit sözlerine dayanarak istekte bulunamaz<sup>45</sup>.

Yüksek Mahkemece isabetli olarak belirtildiği gibi fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşınamaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilecektir. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir<sup>46</sup>.

Ancak Yargıtayımız öteden beri verdiği kararlarda fazla çalışma konusundaki normal olmayan iddialara bir sınır çizmekte, bunlara ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini vurgulamakta; bu tür iddiaların hayat tecrübelerine uygun düşecek bir seciye taşımalarını aramaktadır<sup>47</sup>.

Diğer yandan Yargıtay bu konudaki şahit ifadelerinin değerlendirilmesi açısından, gerektiğinde fazla çalışıldığı iddia olunan işin niteliği itibarıyla fazla çalışmaya elverişli bulunup bu-

lunmadığı hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılmasını gerekli görmektedir<sup>48</sup>.

Nihayet; fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma iddiasının işin niteliği gözönünde tutulmak suretiyle değerlendirilmesi<sup>49</sup> gereği üzerinde duran Yüksek Mahkeme, ne kadar fazla çalışma yapıldığının tam olarak tesbit edilemediği durumlarda görülen işin niteliğinin de göz önüne alınarak günde ortalama iki saat fazla çalışıldığının kabul edilmesi gerektiğine de işaret etmiştir.

*ee- Kanuna Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Fazla Çalışmalar*

4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmanın “haftalık çalışma”ya göre belirleneceğini öngörmekte ve bu ölçütü esas almakta; günlük çalışma sürelerinin aşılması ölçütünü dışarda bırakmaktadır. Fakat İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği azami günlük çalışma süresi olan 11 saati aşan çalışmalarda, sözü geçen kanunun fazla çalışma ücretine ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirterek, yasak olmasına rağmen 11 saatin ötesinde yapılmış çalışmaları -haftalık çalışma süresinin aşılar aşılmamasına bakılmaksızın- işçinin fazla çalışma ücretini talep edebileceğini düzenlemiştir.

Kanunen yasak olmasına, kesinlikle engellenmesine rağmen ülkemizde yaygın olarak öteden beri kanuna aykırı olarak işçilerin çalıştırıldığı bir vakadır. Nitekim konu Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir tefsir (yorum) kararına neden olmuş, “haftada 48 saatlik normal mesainin dışındaki hukuki ve fiili her türlü mesai fazla mesai olup işçiye de bu sebeple fazla ücret ödenmesi icap eder.” sonucuna ulaşılmış 27.08.1958 tarihli ve 2001/2070 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla da “haftalık normal çalışma süresi aşılmak suretiyle işçiye hafta tatilinde kanuna aykırı olarak yaptırılan çalışmanın da fazla çalışma sayılacağı ve o günkü çalışması karşılığında zamlı ücret” ödeneceği dile getirilmiştir.

Yargıtay da haftalık 45 saatlik çalışma dışında kanuna aykırı olarak yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılacağı şeklindeki görüşünü istikrarlı bir şekilde sürdürmüş bu görüş doktrinde de tasvip görülmüştür<sup>50</sup>.

Kanuna aykırı olsa da iş ilişkisinin özelliği, yasaklanmış bulunsa da işçinin çalışmasının karşılıksız kalmaması, bu tür çalışmalarının zamlı ücretle karşılanmasını gerekli kılmaktadır<sup>51</sup>. Bu itibarla işçinin sadece hafta tatili gününde dinlendirilmeyip çalıştırılması halinde değil doktrinde de dile getirildiği gibi, günlük çalışma süresinin ötesinde veya yıllık azami fazla çalışma süresinin aşılması halinde de - işçinin çalışmasının fazla çalışma ücretini kıyasen uygulayarak- zamlı olarak ödenmesi gerekecektir<sup>52</sup>.

*ff- Fazla Çalışma Süresinden Hakkaniyet İndirimi*

Yargıtayımız fazla çalışma sürelerinde bazı şartlarla indirim gitmekte; özellikle tanık anlatımlarına dayalı zamlı ücret taleplerinde bu esas istikrarlı bir biçimde uygulamaktadır<sup>53</sup>.

Yargıtay'ın hakkaniyet indirimi yöntemini her olayda uygulanması gerektiği yolundaki tutumu, bunu bir zorunluluk olarak kabul etmesini isabetli olmadığı doktrinde haklı olarak dile getirilmiştir<sup>54</sup>. Nitekim EKONOMİ “Yüksek Mahkeme'nin hayatın olağan akışına aykırı, gereklerle bağdaşmayan fazla çalışma iddialarını denetlemesi yerinde görülebilirse de her fazla çalışma ücreti talebinde hakkaniyete uygun bir indirim gidilmesi”nin yerinde olmadığını dile getirmektedir<sup>55</sup>.

## IV. FAZLA ÇALIŞMA VEYA FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI

### 1- Genel Olarak

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma normal haftalık çalışma süresinin ötesinde bir çalışma olduğuna göre, işçinin bu ilave çalışmasının da ayrıca değerlendirilmesi gerekli bulunmaktadır.

Herşeyden önce şunu belirtelim ki, sözleşmede özellikle toplu iş sözleşmesinde işçi yararına fazla çalışma ücreti -kanunun belirlediği miktarın üstünde bir miktarı- öngörülmüş yani kararlaştırılmışsa, fazla çalışma ücretinin buna göre hesaplanması gerekeceği tabiidir. Böyle bir sözleşme hükmünün bulunmaması halinde

ise kanunen öngörülen fazla saatlerde çalışma ücreti oranında fazla çalışma ücretinin hesabe- dilerek işçiye ödenmesi gerekecektir. Özellikle belirtelim ki, İş Kanunu'nun yürürlükteki hükümleri karşısında “fazla çalışma”ların ve “fazla sürelerle çalışma”nın zamlı ücretle- fazla çalışma ücretiyle – telafi edilmesi yanında, işçi talep ederse fazla çalışma karşılığında kendisine serbest zaman tanınması (verilmesi) imkanı da bulunmaktadır.

## 2- Artırımlı (zamlı) ücret ödenmesi

### a- Hesaplanması

Belirtelim ki, fazla çalışmaya ilişkin bu konudaki kanun hükümleri nisbi emredici niteliktedir. Bu itibarla sözleşmelerle yapılan düzenleme işçi lehine olduğu takdirde hiç kuşkusuz geçerli sayılacaktır. Fakat işçinin fazla çalışma yapması halinde, kendisine normal ücreti ödeneceğine ilişkin bir sözleşme hükmü bağlayıcı değildir. 9. HD.'nin 9.6.1972 tarih ve 32001/19894 sayılı Kararı böyle bir durumla ilgilidir. Yüksek Mahkemeye göre, iş sözleşmesinde fazla çalışma karşılığının zamsız ödeneceği yolundaki hükmü, İş Kanunu'nun fazla çalışmayı düzenleyen emredici hükümlerine aykırı olduğundan geçerli değildir<sup>56</sup>.

İş Kanunu'na göre “her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir.” (İş K. m.41/f2; FÇY. m.4). Fazla sürelerle çalışmalarda her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesi suretiyle ödenir (FÇY m.4/2). Böylece fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında kanunen saat ücreti temel alınmış bulunmaktadır. Bu itibarla ödeme şekli ne olursa olsun işçinin bir saatlik ücretinin bulunup hesaba esas alınması gerekmektedir. Bunun aksi kararlaştırılmamışsa “çıplak” ücret üzerinde hesabedilmesi gerekir<sup>57</sup>.

Bir saate ulaşmayan fazla çalışmaların yarım saatten az ise yarım saat daha fazlasının ise bir saat olarak hesaba katılacağı, açıkça düzenlenmiştir (FÇY. m.5/F2). Öyleyse saat ücretiyle çalışanlar dışında gündelik ücretle çalışan işçinin

saat ücreti günlük çalışma süresinin bir saate düşen miktarıdır. Haftalık ücret alanlar için ise işçinin çalıştığı günlere göre bulunacak bir günlük ücretin saat başına düşen kısmı hesaba esas alınacaktır. Aylıklı işçiler için de aynı yol izlenecektir<sup>58</sup>.

Parça başına ya da akort ücretle çalışan işçiler bakımından iki durumu birbirinden ayırmak lazımdır. İşçinin fazla saatlerde çalışma süresince ürettiği parça veya iş miktarının hesabında zorluk çekilmediği hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş miktarını karşılayan ücret esas tutularak ek ücret, yani fazla çalışma ücreti hesab olunur. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekildiği hallerde, parça başı veya yapılan iş miktarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş miktarları o dönem içinde çalışılmış olan normal veya fazla çalışma saatleri sayısına bölünmek suretiyle bir saate düşen parça veya iş miktarı bulunur (Fazla Çal. Yön. m.7)<sup>59</sup>.

Öte yandan “maktu aylıklı”<sup>60</sup> işçilerin fazla çalışmalarının aylıklarına dahil bulunduğu kararlaştırılmışsa -günlük ve yıllık kanuni azami sınırlar içinde kalmak kaydıyla- işçi başkaca bir talepte bulunmayacaktır. Fakat böyle bir düzenlemeye rağmen, maktu aylıklı işçinin yılda doksan günün (270 saatin) üzerindeki çalışmaları için fazla çalışma ücretinin ayrıca ödenmesi gerekecektir<sup>61</sup>.

Yüzde usulü ile çalışan işçinin fazla çalışma ücretinin hesab edilmesi (Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkındaki Yönetmelik) de ayrıca tasrih edilmiştir. İşveren yüzde usulü toplanan paraları işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puanlarına eklenir (Yön. m.4/1). Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark işverence ödenir. Zira yüzde usulü ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutarı ödenmiş olmaktadır<sup>62,63</sup>.

İşte yukarıdaki esaslar çerçevesinde bulunacak bir saatlik normal ücret<sup>64</sup> yüzde elli yani

yarısına kadar arttırılarak bulunacak miktar bir saatlik fazla çalışma ücretinin karşılığını teşkil edecek, çalışılan fazla saatle çarpımı sonucunda bulunacak miktar bir saatlik fazla çalışma ücretinin karşılığını oluşturacak, çalışılan fazla saatle çarpımı sonucu bulunacak miktar fazla çalışma ücreti olarak ayrıca işçiye ödenecektir.

### **b- Ödenme Zamanı, Şekli, Hesaba Esas Alınacak Ücret**

Fazla çalışma ücreti, ücret ödeme şekline göre asıl ücretin ödenmesi esasları çerçevesinde tediye edilmek gerekir<sup>65</sup>. Örneğin “ay hesabıyla” ücret ödendiği durumlarda fazla çalışma ücreti de ayın son gününde ödenmelidir<sup>66</sup>. İşvereni işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma karşılığı ücretlerin normal çalışma ücretleriyle birlikte İş Kanunu'nun 32. ve 34. madde hükümleri çerçevesinde ödeneceği Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde açıkça belirtilmiştir<sup>67</sup>.

Fazla çalışma ücretinin yabancı para ile ödeneceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, ödeme günündeki kur karşılığı Türk parası ile tediyesi gerekir<sup>68</sup>. İlave edelim ki, fazla çalışma ücretine esas olacak ücret, fazla çalışmanın yapıldığı sıradaki ücret olmak gerekir. Ancak uygulamada bu tür istekler genellikle iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapıldığı için, geçmiş yılları da içine alacak şekilde talepte bulunulduğu görülmektedir. Böyle bir durumda, yapıldığı zamandaki ücretin belirlenememesi halinde tesbiti daha kolay olan o dönemdeki asgari ücretin fazla çalışma ücretinin hesabına esas alınması uygun bir çözüm olacaktır. Nitekim Yüksek Mahkeme “tüm fazla mesainin dönem ücretleri yerine son ücret üzerinden hesaplanmasının yerinde olmadığına<sup>69</sup>”, “son dönem öncesi ücretlerin bilinmemesi durumunda hesaplamada asgari ücretin dikkate alınması gerektiğine” isabetli olarak işaret etmiştir<sup>70</sup>.

Nitekim son gündelik üzerinden yapılacak hesap biçiminin kanuna aykırı olduğuna<sup>71</sup> işaret eden Yargıtay, fazla çalışma talebinin bir çok seneyi kapsaması halinde, fazla çalışma ücretinin konusu olduğu süreler içindeki ücret üzerinden hesaplanması gerekeceğine<sup>72</sup>; işçinin bu ücretleri tespit edilemediği takdirde o

tarihlerdeki asgari ücret üzerinden hesaplanması gerektiğine<sup>73</sup> karar vermiştir<sup>74</sup>. Yüksek Mahkeme başka bir kararında da, “...ücret alacağına da prim ve ikramiye düşüldükten sonra çıplak ücretten hesabı gerekir.” denildikten sonra, fazla çalışmanın da yine çıplak ücretten hesabedilmesine gerekeceğine, giydirilmiş yani geniş anlamda ücretten hesap yapılamayacağına; fazla mesai ücretinin çalışılan sürenin tamamı için fesih tarihindeki son ücretten hesabedilemeyeceğine, işçinin çalıştığı dönemdeki değişen ücretleri tesbit edilerek ona göre hesap yapılması gereğine işaret etmiştir<sup>75</sup>.

Nihayet fazla çalışma ücretinin “son ücret” yerine hak kazanılan dönem ücretine göre hesaplanması gereğine vurgu yapan Yargıtayımız işçinin iş sözleşmesinin feshinden sonra hangi alacaklarının son ücret üzerinden hesaplandığı hususunun yasa ile sınırlı şekilde düzenlendiğini; fazla çalışma alacaklarının ise davacının hizmet süresi içinde hak ettiği dönemlere göre aldığı ücretler üzerinden ayrı ayrı hesaplanıp hüküm altına alınması gerektiğini isabetli olarak dile getirmiştir<sup>76</sup>.

### **c- Fazla Çalışma veya Fazla Sürelerle Çalışma Karşılığının Borçlusu – Alacaklısı, Zamanaşımı**

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmanın karşılığının alacaklısı kuşkusuz işçi ve normal olarak borçlusu da işçinin bu tür çalışmayı buyruğunda geçirdiği işverendir. Bununla beraber, işçi geçici iş ilişkisi ile çalıştırılmış ise yahut çalışma tamamlandıktan sonra karşılığı ödenmeden işyeri devredilmişse, bu takdirde durum değişebilir.

İşçiyi geçici iş ilişkisiyle çalıştıran (ödünç alan) işveren buyruğunda yapılan fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmadan dolayı ödünç veren asıl işverenin sorumlu olacağı düşünülemez; öyleyse karşılığın borçlusu işçiyi çalıştıran işveren olacaktır. Buna karşılık, geçici iş ilişkisi kurulurken işçinin fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma yükümü de -üçlü mutabakatta- işçiyi geçici olarak başka bir işverene veren işverenin de sorumlu olarak kabul edilebilme imkanı söz konusu olacaktır. Bu durumda işçiyi geçici olarak çalıştıran işverenin de birlikte



sorumlu tutulması ilişkinin doğasına uygun bir çözümdür.

Fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma yapıp, karşılığını hak eden işçinin bunu tahsil edemeden işyerinin devredilmiş olması halinde İş Kanunu'nun 6 ncı maddesi çerçevesinde, burada çalışan işçilerin iş sözleşmeleri devirle birlikte yeni işverene geçeceğinden; fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma karşılığının borçlusu "devralan işveren" olacak; ancak devreden işverenin birlikte sorumluluğu iki yıl süre ile devam edecektir.

Yukarıda fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma karşılığı zamlı ücretin genelde işin karşılığı olan ücretin hukuki rejimine tabi olduğuna değinmiştik. Bu itibarla söz konusu işçi alacağı hakkında da Borçlar Kanunu'nun 126/3 maddesi gereğince beş yıllık zamanaşımı uygulanacaktır.

#### **d- Karşılığın Geç Ödenmesi Halinde Faiz**

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma karşılığının zamanında ödenmemesi buna ilişkin hukuki sonuçları gündeme taşıyacaktır. Bu itibarla İş Kanunu'nun 34 üncü maddesinde öngörülen gecikme faizi bu konuda da uygulanma imkanı bulacaktır<sup>77</sup>. Öte yandan, konu sözleşmede özellikle toplu iş sözleşmesinde düzenlenmişse, kuşkusuz sözleşmedeki faiz oranı uygulanacak; aksi takdirde "mevduata uygulanan en yüksek faiz" in tahakkuk ettirilip ödenmesi ya da ödetilmesi gerekecektir<sup>78</sup>.

Nihayet şunu da belirtelim ki, geçerli bir neden daha doğrusu zorlayıcı neden olmaksızın ödemede yirmi gün gecikme halinde işçinin, iş görmekten kaçınma hakkı gündeme gelebilecektir.

### **3- İşçiye İstemesi Halinde Serbest Zaman Verilmesi**

1475 sayılı Kanun'da bulunmayan bu imkan isabetli olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş; fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmış ve zamlı ücret almaya hak kazanmış işçinin istemesi halinde kanunda belirlenen şartlarla ilave çalışmanın karşılığının serbest

zaman olarak da kullanabilme yolu açılmıştır. Ancak kanun bu imkanı sadece normal – genel sebeplerle yapılmış fazla çalışmalara hasretmiş; zorunlu sebeplerle ya da olağanüstü sebeplerle yapılacak fazla çalışmalarını hükmün dışında tutmuştur.

Fazla çalışma yapmış olan işçi bunun karşılığını serbest zaman olarak kullanacaksa, fazla çalışılan her saat için kendisine 1 saat 30 dakika verilecek; fazla sürelerle çalışma yapan işçi ise, fazla süre ile çalıştığı her saat için 1 saat 15 dakika serbest zamana hak kazanacaktır. Kanunda öngörülen bu asgari sürelerin üstünde bir sürenin kararlaştırılmasına bir engel yoktur. Bu takdirde sözleşmedeki süreler ölçüsünde serbest zaman kullanılacaktır. Aynı şey zamlı-fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma karşılığı ücret için de söz konusu olacağından iki tür karşılık arasında bir paralellik kurmak, yani her ikisinde de aynı oranda artırıma gitmek gereği vardır<sup>79</sup>.

Şunu belirtelim ki, işçinin serbest zaman imkânını tercih etmesi halinde, işverenin bunu reddetmek, kabul etmemek hakkı bulunmamakta; işveren işin ve işyerinin gereklerine uygun bir biçimde işçinin bu imkânı kullanmasını sağlamak; normalde kesintisiz olarak iş günlerinde, ücretinden herhangi bir kesinti yapılmaksızın kullandırmak zorundadır. Örneğin, tatil ya da izin günlerinde serbest zaman kullanılması ya da kullandırılması söz konusu olamaz. Serbest zamanın çalışma süresi içinde kullanılması ya da kullandırılması gerekir.

Gerçekten serbest zaman kullanma imkânı, işçinin istemesi halinde söz konusu olabilmekte; kanunen belirlenen süre ile sınırlı telafi edici dinlenme; fazla çalışan veya fazla sürelerle çalışan işçiye bu fazladan çalışmasının karşılığını teşkil etmektedir. İş Kanunu'na göre: "İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır." (m. 41/5)

Hemen belirtelim ki, işçiye tanınan ve fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışmanın karşılığı olan zamlı ücret yerine serbest zaman kullanma imkanı sadece İş Kanunu'nun 41 inci maddesinde belirtilen ve bu tür çalışmanın dayanağını teşkil eden normal- genel sebep-

lerle yapılan ilave çalışmalar için söz konusu olabilecektir. Bu itibarla, zorunlu, zorlayıcı ve ivedi sebeplere dayalı olarak ya da olağanüstü nedenlerle yapılacak fazla çalışmalarda işçinin bu imkânı kullanabilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumlarda sadece zamlı ücret, fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma ücreti talep edilebilecektir<sup>80</sup>.

Öte yandan işveren, işçinin talebi olmadan, re'sen, kendiliğinden fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma karşılığında serbest zaman vermeye mezuun değildir<sup>81</sup>; yukarıda belirtildiği gibi kanun bu imkânı işçinin istemesi haline hasretmiştir. Öte yandan işçinin zamlı ücret yerine serbest zaman kullanması kendisi istediğinde ve en erken fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışmanın bitiminde -bu tür çalışmanın tamamlanması halinde- gündeme gelebilecektir.

Bu itibarla işverenin bunu istemesi yahut sözleşmelerde<sup>82</sup> zamlı ücret yerine serbest zaman kullanılacağına ilişkin hüküm bulunması hukuki bir sonuç doğurmaz; daha doğrusu işçiyi bağlamaz<sup>83</sup>. Fazla çalışmanın veya fazla sürelerle çalışmanın karşılığı normal olarak zamlı, artırılmış ücrettir. Ancak işçi isterse işverenin bunu yerine getirmesi, kanunda ve yönetmelikte belirtilen çerçevede bu imkanı, serbest zamanı kullandırması zorunludur.

Şunu belirtelim ki, işçinin serbest zaman imkanının kanunun öngördüğü sürede kullanılması gerekir; kanuni sürede, altı aylık süre geçirildiğinde işçinin bu imkanı kullanması söz konusu olamaz. Ancak bu durum işçinin hak kazanmış olduğu (bulunduğu) zamlı ücretini istemesine engel değildir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmanın karşılıklarını kısmen kullanmak da – taraflar anlaşılırsa- mümkün olsa gerektir. Yani işçi hak ettiği ilave (ek) çalışmanın karşılığının bir kısmını ücret olarak, bir kısmını da serbest zaman kullanma şeklinde talep edebilir<sup>84</sup>. Bununla beraber böyle bir imkanın da altı aylık süre içinde kullanılması gerekir<sup>85</sup>.

## DİPNOTLAR

1 Bkz. LYON – CEAN/PELISSIER, Droit du travail, B. 16, sh.

- 387; JAVILLER, J.C. Droit du Travail, B. 4, Paris 1992, sh. 381.
- 2 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T.: İş Hukukunun Esasları, B.4, İstanbul, 2005, sh. 149 vd.; ÇELİK, N.: İş Hukuku Dersleri, B.21, İstanbul, 2008, sh. 332 vd.; SÜZEK, S.: İş Hukuku, B.4, İstanbul, 2008, sh. 749 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, H.: İş Hukuku, B.3, Ankara, 2008, sh. 888 vd.; EYRENCİ, Ö./TAŞKENT, S./ULUCAN, D.: Bireysel İş Hukuku, B. 3, İstanbul, 2006, sh. 217 vd.; DEMİR, F.: İş Hukuku ve Uygulaması, B.4, İzmir, 2005, sh. 145 vd.; KURUCU, O.: İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, Ankara, 1987; AKTAY, N./ARICI, K./KAPLAN-SENYEN, E.: İş Hukuku, B.3, Ankara, 2009, sh. 250 vd.; EKONOMİ, M.: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, KAMU-İŞ (R. ASLANKÖYLÜ'YE ARMAĞAN), Ankara, 2004, sh. 159 vd.; SOYER, P.: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, İHSGH LEGAL 2004/3, sh. 795 vd.; AKYİĞİT, E.: Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar, TÜHİS, Mayıs 2005, sh.1 vd.; CANIKLIOĞLU, N.: 4857 sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeler, sh. 149, III. Yılında İş Yasası Semineri Yayını, İstanbul, 2005, sh. 149 vd.; GÜNAY, C. İ.: Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları, SİCİL İHD, Haziran 2007, sh. 5 vd.; ÇİL, Ş.: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, ÇALIŞMA VE TOPLUM DERGİSİ, 2007/3, S.14, sh. 57 vd.
- 3 Bkz. SOYER, P.: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, İSGHD, LEGAL, 2004/3, sh. 797; CANIKLIOĞLU, N./CANBOLAT, T.: 4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezalarına Bağlı Yüklülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Resul ASLAKÖYLÜ'ye Armağan, KAMU-İŞ, C.7, 2004, S.3.
- Bu görüş İş Kanununun 41 inci maddesinin 5 inci fıkrası ile 102 inci maddesinin (c) fıkrasında dayanağını bulmaktadır. Bununla beraber kanun koyucunun böyle bir amacı gütmeyeceği, konuyu düzenleyen yönetmeliğin başlığının bu deyim üst kavram veya başlık olarak kabul edilmesini gölgelediği de ifade edilmiştir (Bkz. CANIKLIOĞLU, N.: 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası, 2125 Eylül 2005 Bodrum Seminerine sunulan Tebliğ, sh. 165 vd.).
- 4 Bkz. AKYİĞİT, E.: Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar, TÜHİS, Mayıs 2005, SH. 1. vd.
- 5 Bkz. KURUCU, O.: İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, Ankara 1987, sh. 83.
- 6 Doktrinde, maddedeki "cebrolunur" sözcüğünün aslına uygun olarak "yapmak zorundadır" yahut "bunu yapmak boynunun borcudur" şeklinde anlaşılması gereğine isabetli olarak işaret edilmiştir. (Bkz. ATALAY, A./SUNGURBEY, İ.: Açıklamalı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu, İstanbul, 1968).
- 7 Halen yasama organının gündeminde olan Borçlar Kanunu Tasarısının "Fazla çalışma borcu" başlığını taşıyan 402 inci maddesine göre: fazla çalışma İş Kanunu'na göre belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır. Ancak normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa, işçi karşılığı

- ödenmek koşuluyla fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür.”
- 8 Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmayı gerektirecek sebepler konusunda ayrıntılı bilgi için (2) numaralı dipnotta gösterilen eserlere bkz.
- 9 Bu konuda ayrıntılı bilgi için (2) numaralı dipnottaki eserlere bkz.
- 10 Bu konudaki yasaklar sadece fazla çalışmalar için öngörül-müş olup, fazla sürelerle çalışmalar hakkında uygulanmaz.
- 11 Günlük çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlarsa iş gece işi sayılır.
- 12 Şu kadar ki, bu ayırma göre gündüz işi sayılan çalışmalara ek olarak bu yönetmelikte öngörülen fazla çalışmalar gece döneminde yapılabilir.
- 13 Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma da yaptırılmaz (Yönetmelik m. 8/d). Doktrinde bu hükmün Anayasaya ve kanuna aykırı olduğu haklı olarak dile getirilmiştir (bkz. SÜZEK, sh. 629; AKYIĞIT sh. 9)
- 14 9 HD. 11.07.2006, 15189/20637 TEKSTİL İŞVEREN Ocak 2007.
- 15 Bkz. SÜZEK (İş Hukuku) sh. 756.
- 16 EKONOMİ, KOMİTE, 2006, sh. 74.
- 17 Bkz. EKONOMİ, M.: Fazla Çalışmanın İşverenin İsteği İle Yapılması, İHU. İş K. 35 (No: 6).
- 18 Bkz. EYRENCİ, “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri” Tebliğine İlişkin Genel Görüş-me, (III. Yılında İş Yasası) Eylül 2005, Bodrum Semineri, sh. 262
- 19 Bkz. CANIKLIOĞLU, N.: 4857 Sayılı Kanunun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası Eylül 2005 Bodrum Seminerine sunulan Tebliğ, sh. 171. Yönet-melikteki hükmün işçiyi koruyucu olduğuna değinen yazar, yönetmeliğin sınırlı yaklaşımının kanuna aykırı olduğunu; uygulamada birçok tartışma ve duraksamayı da beraberinde getireceğini kaydetmektedir.
- 20 Bkz. SOYER, P.: Çalışma Süresine İlişkin Bazı Düşünceler, İSGHD, Legal 2004, S.3; SÜZEK (İş Hukuku), sh. 749.
- 21 9. HD. 08.05.2006, 10028/13006 ÇALIŞMA ve TOPLUM, S.10, sh. 158 vd.
- 22 9. HD. 08.10.2007, 11936/29817 (Karar ve incelemesi için bkz. İHSGHD. Legal 2009, S.24, sh. 1446).
- 23 NARMANLIOĞLU, Ü.: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, B.3, İzmir, 1998, sh. 505 vd.
- 24 NARMANLIOĞLU, Ü.: İş İlişkisinin Kurulması ve İş İlişkisi-nin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1986 Yılına Ait Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, KOMİTE, 1988, sh. 3 vd.
- 25 ‘Kanuni iş sürelerini aşmayan çalışmaların fazla mesai sayılmayacağı, bu süre için sadece normal ücret istenebile-ceği daire içtihatlarından bulunmaktadır.’ (9. HD. 6.5.1986, 3174/4662 YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C.13.
- 26 Bir önceki dipnotta bkz.
- 27 Bkz. HGK. 2.10.1970, E.1970/9-501 K. 600 İLMİ-KAZAI İÇTİ-HATLAR DERGİSİ, Mart 1971, S.123, sh. 170 vd.
- 28 İşçi ücretlerinde kanunen asgarilik öngörüldüğü halde, ça-lışma (iş) sürelerinde azami sınır konulmuştur. Kanuni süre-nin aşılması hiçbir şekilde geçerli olmadığı halde, kanunda-ki sürelerin daha azının kararlaştırıldığı sözleşme hükümleri işçi lehine olacağı için geçerlidir.
- 29 Hafta tatili dışında bırakılan işyerlerinde çalıştırılan işçiler için de haftada 45 saatlik iş süresi esası uygulanır; bunların haftalık dinlenme hakları haftanın diğer günlerinde, 24 saat-ten az olmamak üzere nöbetleşme yoluyla sağlanır.
- 30 Ekonomi (İş Hukuku), sh. 278.
- 31 İş Kanunu denkleştirme esasının uygulandığı hallerde haf-talık 45 saatlik süreyi aşan çalışmalar için “fazla çalışma ödenmemesi” ile “fazla sürelerle çalışmalara ilişkin düzen-lemenin” de ücrette farklılaşma yaratması sebebiyle Anaya-saya aykırılığı öne sürülmüş ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu hususları Anayasaya aykırı bulmamıştır (Bkz. An. Mah. Kar. 19.10.2005, 66/72, RG.26710).
- 32 Bkz. EKONOMİ, Fazla Çalışma, sh.166; ULUCAN, Esnek Ça-lışma Düzeni, sh. 63; DEMİR, sh. 114 vd.; farklı görüş: EY-RENCİ, Yeni Düzenlemeler, sh. 156; ÇELİK, sh. 321; SÜZEK, sh. 607.
- 33 Doktrinde kanunda yer almadığı için yönetmelikle şekil zo-runluluğu getirilmeyeceğini öne süren yazarlar vardır (Bkz. CANIKLIOĞLU, N.: “4857 sayılı İş Kanununun Çalışma Süre-lerine İlişkin Değerlendirmeleri, Tebliğ III. Yılında İş Yasası 21-25, Eylül Bodrum, sh. 161).
- 34 Bkz. SÜZEK (İş Hukuku), sh. 728 vd.
- 35 Bkz. EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, sh. 41; EYRENCİ/TAŞ-KENT/ULUCAN, İş Hukuku, sh. 211; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, sh. 320; SÜZEK, (İş Hukuku), sh. 728; AKTAY/ARICI/KAPLAN, İş Hukuku, sh. 320.
- 36 Bkz. HGK. 5.4.2006, E.2006/9-107, K.2006/144; HGK 14.6.2006, E.2006/9-374, K.2006/382, Kararlar ve Değerlen-dirmesi için bkz. EKONOMİ, KOMİTE 2006, Tebliğ, sh. 69 vd.
- 37 Doktrinde fazla çalışmaya ilişkin Yönetmelikteki düzenle-meyi yerinde bulmayan ve bağlayıcı olmadığını savunanlar vardır (bkz. CANIKLIOĞLU, Çalışma Süreleri, sh. 161)
- 38 Nitekim EKONOMİ de “mevcut düzenlemeler ışığında ya-zınlık şartını göz ardı” etmenin mümkün olmadığına; denkleştirimin örtülü kararlaştırılabileceğine ilişkin görüşün yerinde olmadığına işaret etmektedir (Bkz. KOMİTE, 2006, Tebliğ, sh. 72).
- 39 EKONOMİ, Fazla Çalışma, sh. 166; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 200; SOYER, P.: Fazla Saatlerde Çalışma, sh. 225; CANIKLIOĞLU; sh. 157; EYRENCİ, Yeni İş Kanunu, sh. 42; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, sh. 318; SÜZEK (İş Hukuku), sh. 728
- 40 Bkz. Yukarıda sh. 7 vd.
- 41 “..Davacı dava dilekçesinde fazla mesai... karşılığının öden-mediyini iddia ederek istekte bulunmuştur. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davacının gerçekten fazla mesai yapıp yapmadığı, yapmış ise, kaç saat olduğunu araştırıp tesbit etmek ve gerçekleştiği takdirde bu isteklerin ödendiği davalı işveren tarafından, yazılı belge ile kanıtlanmadıkça tahsile karar vermektir. Bu konulardaki ödeme

- savunması tanıkla kanıtlanamaz.” (9. HD. 26.04.1993, E. 992/5786, K. 993/6779, ÇİMENTO İŞVEREN, C.7, Temmuz 1993, S.4, sh. 23.).
- 42 Bkz. HGK. 13.4.1977, E. 9-1646, K. 369.
- 43 Bkz. HGK. 18.9.1981, E. 979/9-1915, K. 981/607, (YASA HUKUK DERGİSİ, Ekim 1981); 9. HD. 7.11.1989, E. 6473, K. 9596 (KAMU-İŞ, C.2, Ocak, 1990, S.3, sh. 8-9).
- 44 Bu anlamda: Bkz. 9. HD. 20.4.1992, E. 991/6796, K. 992/4436, YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C.18, Eylül, 1992, S. 9, sh. 1370.
- 45 Fazla mesai tahakkukunun bordrolarda yer alması ve ödemelerin banka yoluyla da olsa yapılması halinde daha fazla çalışıldığı hususu yazılı belge (eşdeğer belge) ile kanıtlanmalıdır. “Bazı aylarda fazla mesai tahakkuku bulunduğu ve fazla mesai ücretlerinin bankaya yatırıldığı anlaşılmaktadır. Fazla mesai tahakkuku ve ödemesi bulunan aylarda daha fazla çalışıldığı, eş değerde yazılı delillerle kanıtlanamaması halinde Dairemiz uygulamasına göre fazla mesai ücreti alacağı talep etmek mümkün değildir (9. HD. 16.05.2006 1013/14735 ÇİL, Şerh, sh. 2513-14). Aynı yönde 9 HD. 18.4.2006, E. 2005/30415, K. 6/10539, C.12, sh. 2519) 9. HD. 9.03.2006 E. 2005/23672 K. 2006/5870, ÇİL, sh. 2528.
- 46 9 HD. 23.3.2009, E. 2008/25280, K. 2009/7594, ÇİL, İlke Kararlar, sh. 383 vd.; aynı yönde 9 HD. 01.04.2008, E. 2007/15191 K. 2008/7266, ÇİL, İlke Kararları, sh. 391 vd.
- 47 ...1987 işe giriş tarihinden 30.8.1995 fesih tarihine kadar her gün 3 saat fazla mesai yapıldığının ve aynı süre içinde her hafta tatili ve bayramlarda çalışıldığının kabulü (9. HD. 5.5.1998, E. 5866, K. 8297, TEKSTİL İŞVEREN, Eylül 1998, S.225, sh. 23); tam gün çalışılan günlerde davacının tabii ihtiyaçlarını karşılamak üzere ara dinlenmesi yaptığının kabulü gerekeceğinden; bir kimsenin haftanın her günü hiç ara vermeksizin 9 saat çalışıldığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır (9. HD. 30.9.1996, E. 67, K. 18326, ÇİMENTO İŞVEREN, Kasım 1996, S.6, sh. 28). “Davacının çalıştığı sürede (davacının iddiası 2001-2005 yılları arası) her gün fazla mesai yapması hayatın olağan akışına aykırı olduğu için izin, rapor vs. mazeretler sebebi ile bazı günler fazla mesai yapmadığı kabul edilerek takdiri bir indirim yapılmaması da bozmayı gerektirmiştir (9. HD. 26.9.2007, 1675/28226, EKONOMİ, M.: 2007 Tebliğ, sh. 42).
- 48 Örneğin Bkz. HGK. 27.4.1983, E. 286, K. 422; 9. HD. 14.4.1986, E. 2963, K. 3936; 9. HD. 6.10.1986, E. 7557, K. 8911 (YASA HUKUK DERGİSİ, C. 10; Ocak 87, sh. 785. Fazla çalışma yapıldığını genel, resmi ve bayram tatillerinde çalışıldığını işçinin, karşı iddiayı ve özellikle ücreti ödendiğini ise işverenin kanıtlaması gerekir (9 HD. 25.03.2008 E. 2007/37108 K. 2008/6384, ÇİL, İlke Kararları, sh. 391, vd.).
- 49 9. HD. 23.5.1991, E. 817, K. 8802 (TEKSTİL İŞVEREN, Ekim 1991, S. 162, sh. 18)
- 50 Kanuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, sh. 530 vd.
- 51 Bkz. EKONOMİ, Fazla Çalışma, sh. 161 vd.; ENGİN, Karar İncelemesi, SİCİL, Mart 2007, S.1, sh. 69 vd.; SOYER, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, LEGAL 2004, S.3, sh. 798; SÜZEK, sh. 751.
- 52 Bkz. EKONOMİ, Fazla Çalışma, sh. 163.
- 53 “Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtayca son yıllarda hak-kaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı bir uygulama halini almıştır. Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinde bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimde gidilmemektedir.” (9. H.D., 23.3.2009, E. 2007/38524, K. 2009/7580, ÇİL, İlke Kararlar, sh. 382; Aynı yönde 9.H.D., 02.05.2008, E. 2007/16055, K. 2008/11081, ÇİL, İlke Kararları, sh. 388).
- 54 Bkz. SÜZEK, KOMİTE 2001, sh. 50; EKONOMİ, KOMİTE 2002, sh. 47; GÜZEL, KOMİTE 2005, sh. 66.
- 55 Bkz. EKONOMİ, KOMİTE 2002, sh. 47.
- 56 Karar için bkz. ÇENBERCİ, Şerh, sh. 589.
- 57 Bkz. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku sh. 504.
- 58 Ancak “maktu aylıkla” çalışanların özel durumu gözden kaçırılmamalıdır. Fazla çalışma ücretine esas olacak saat ücretinin hasabedilmesinde “davacının maktu aylık ücretinin 208’e değil 240’a bölünmek suretiyle hesap yapılmaması isabetsizdir.” (9. HD. 14.11.1979, E. 12842, K. 13707 Çenberci, Şerh 84, sh. 590).
- 59 “Yüzde usulü ile çalışılan işyerlerinde fazla mesai hesabının işçinin kanuni asgari ücret ya da işyerinde uygulanmakta olan garanti ücreti varsa, günlük fazla mesainin bu ücrete göre hesaplanması ve yine fazla mesaiyi kapsayan sürede yüzdelerden aldığı miktarın tesbiti, bu suretle yapılan hesaba göre yüzdelerden ödenen miktarın daha fazla olduğu anlaşılırsa fazla mesai isteğinin reddi, aksi takdirde, yani yüzdelerden oluşan ücretin mahsubu ile fazla mesai ücretinde bir fazlalık olursa o miktarın hüküm altına alınması gerekir.” (9. HD. 1.4.1985, E. 810 K. 3317, YKD. C.XI, Aralık, 1985, S. 12, sh. 1804-1805).
- 60 “İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlanması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.” (9 HD. 23.3.2009, E. 2008/25280, K. 2009/7594, ÇİL, İlke Kararları, sh. 383. “Taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin 5. maddesinde aylık brüt ücretin içinde fazla çalışma ücretlerinin de bulunduğu dair kurala yer verilmiştir... Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, yılda 90 gün ve 270 saate kadar yasal fazla çalışma ücretlerinin aylık sabit ücretin içinde ödenmesi olanaklıdır.” (9. H.D., 14.3.2006, E. 2005/38226, K. 2006/6560, ÇİL, Şerh, sh. 2526); aynı anlamda: 9.H.D., 9.3.2006, E. 2005/23300, K. 2006/5850; 9. H.D., 22.12.2005, 6467/40596, ÇİL, Şerh, sh. 2536).
- 61 Bkz. EKONOMİ, İş Hukuku, sh. 308; ÇELİK, sh. 336 vd. Yargıtaya göre de “taraflar arasındaki sözleşmenin 5 inci



- maddesinde hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil paraları bakımından geçerli olduğu gibi İş Kanununun 35 inci maddesinde yazılı hadler içinde kalan fazla mesailer bakımından da geçerlidir.” (9. HD. 30.4. 1973, E. 24456, K.14208 Çenberci; Şerh 84, sh. 590). Aynı yönde: 9. H.D., 22.12.2005, 16467/40596, ÇALIŞMA ve TOPLUM, 2006/2, sh. 190 vd. “İşçinin aylık ücretinin İş Kanunu'nun m. 49/4 kapsamında maktu aylık ücret olması ve bu ücrete hafta tatili ve bayram ve genel tatil ücretinin dahil olması, miktarı belirlenen maktu aylık ücrete fazla çalışma ücretinin de dahil olduğunu tespitine engel teşkil etmez. Bu hususta aylık ücretin miktarı önemlidir; öyle ki, böyle bir sisteme göre ücret miktarı asgari ücretin üzerinde ve işçinin yıllık %50 artırılmış 270 saatlik ücretini de kapsar miktarda olmalıdır. Belirtilen bu durum asgari ücret ödenen bir işçinin ücretine fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu hususunda bir anlaşma yapılamayacağı, işçinin fazla çalışma ücretini ayrıca talep edebileceğidir.” (EKONOMİ, KOMİTE 2007, sh. 57).
- 62 9 HD, 23.3.2009, E. 2007/38524, K. 2009/7580, ÇİL, İlke Kararları, sh. 170.
- 63 “Fazla mesai ücretinin yüzdelerle oluşan saat ücretine göre hesap edilmesi gerekir. Ancak davacı fazla mesainin normal ücretini yüzdelerle almış olduğundan bunun sadece %50 zammını isteyebilir. O halde, tesbit edilecek fazla mesainin yüzde onlarla oluşan saat ücretinin sadece yüzde ellisi hesap edilerek hüküm altına alınmalıdır.” (9. HD. 24.9.1990 E. 5641, K. 9583, YASA HUKUK DERGİSİ, CXIV, Şubat, 1991, S.2, sh. 284).
- 64 Fazla çalışma ücretinin “çıplak ücret” üzerinden hesaplanması gerekir. Bu anlamda 9. HD. 1.4.1985, E. 810, K. 3317, YKD. CXI; S.12 Aralık, 1985, sh. 1804.
- 65 “.. fazla mesai ücreti konusunda borç ve alacak fazla mesainin yapıldığı anda doğmuş olur. Talep hakkı da alacak muaccel olduğu anda doğar. Öte yandan, bir borç Borçlar Kanununun 76. maddesine göre ifa için bir müddet tayin edilmiş ise, bu müddetin son günü muaccel olur. Olayda, davacıya ücretlerinin ay sonunda ödendiği anlaşılmaktadır. Şu durumda başkaca bir anlaşma mevcut olmadığına göre, fazla mesai ücretinin de ayın son günü ödenmesi gerekecektir.” (9. HD. 8.6.1990, E. 3925, K. 7031, YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C.17, Ocak 1991, S.1, sh. 505).
- 66 Ancak fazla çalışmanın yaptırıldığı ay içinde fazla çalışma ücretinin talep edilememiş olması, fazla çalışma ücreti isteminin reddine sebep olamaz. Bkz. 9. HD., 9.7.1996, E. 5264, K. 15640, Ekonomi, Emsal Kararlar, sh. 193.
- 67 “Denkleştirme yönteminin uygulandığı hallerde, işverenin denkleştirme ortalamasının aşılması halinde, geçmiş dönemin fazla çalışmasını bir ay sonraki bordroya yansıtması” (CANİKLİOĞLU, sh. 182) zorunluluğu ortaya çıkabilecektir.
- 68 Borçlar Kanununun 83. maddesinde başkaca bir şart olmadığı takdirde, borcun vadenin hülûlü günündeki rayici üzerinden memleket parası ile ödeneceği yazılıdır. O halde ücretin mark olarak ödeneceğinin kararlaştırıldığı bu olayda başkaca bir şart da olmadığına göre, davacının fazla mesai ücretlerinin fazla mesainin yapıldığı o ayın son günündeki kur karşılığı Türk parası ile ödenmesi icap edecektir..” (9. HD. 8.6.1990, E. 3925, K. 7031, YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C.17, Ocak 1991, S.1, sh. 50-51).
- 69 9. HD. 24.03.2005, 2004/18882, 2005/9550, C.1 Şerh 2578.
- 70 9.HD. 16.12.2004, 28615/28072, C.1 Şerh, 2589. Aynı doğrultuda 9. HD. 28.06.2004, 8737/16123.
- 71 Bkz. 9. HD. 14.2.1978, E. 15195, K. 2230; 9. HD. 17.3.1969, E. 15583, K. 2734. Çenberci, Şerh 84, sh. 589.
- 72 Bkz. 9. HD. 20.4.1981, E. 2870, K. 5468.
- 73 9. HD. 3.10.1980, E. 10970, K. 106666.
- 74 Kararlar için bkz. ÇENBERCİ, Şerh 84, sh. 589.
- 75 Bkz. 9. HD. 13.1.1992, E. 991/11802, K. 992/162 KAMU-İŞ, Kararlar, 1990-1995, sh. 85.
- 76 Bkz. 9 HD. 16.2.2006, E. 20318/3820, ÇİL, Şerh, sh. 2531. Aynı doğrultuda 9 HD., 18.1.2006, E. 2005/17358, K. 2006/392, ÇİL, Şerh, sh. 2535; 9 HD., 23.3.2009, E. 2007/38524, K. 2009/7580, ÇİL, İlke Kararları, sh. 381.
- 77 “Davalı işveren davadan önce temerrüde düşürülmüştür. Yargıtay H.G.K.'nın Dairemizce de benimsenen 3.7.2002 ve 2002/564-572 sayılı kararına göre kıdem tazminatı alacağı dışındaki ıslahla artırılan alacak miktarlarına ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken Mahkeme'ce dava tarihinden faize karar verilmesi doğru değildir.” (9. H.D. 24.11.2005, 9824/37169, ÇİL, Şerh, sh. 2538 vd.); Aynı doğrultuda 9. H.D. 24.11.2005, 9770/37157, ÇİL, Şerh, sh. 2541.
- 78 “...tarafar arasındaki TİS'nin 55. maddesinde ücretlerin her ayı takip eden ayın 15'inden sonra bir hafta içinde ödeneceği düzenlenmiştir. Temerrüt olgusu bu sözleşme hükmüyle ihtara gerek kalmaksızın gerçekleştiğinden ve davacı ödeme yapılmadan önce yasal haklarının 04.12.2003 tarihli dilekçeyle saklı tuttuğundan, temerrüdün gerçekleştiği her ayı takip eden ayın 23'ünden ödeme tarihine kadar yasal faiz alacağına hak kazanmıştır. Belirtilen temerrüt tarihinin ödeme tarihi olan 19.12.2003 tarihine kadar hesaplanacak gecikme faizi alacağı hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır.” (9. H.D. 11.04.2005 8566/12857, ÇİL, Şerh, sh. 2576).
- 79 Bkz. ve krş. EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, sh.45; SOYER, Fazla Saatlerle Çalışma; sh. 802; CANİKLİOĞLU, sh.184.
- 80 Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, sh. 895.
- 81 Bkz. EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, sh. 41; SOYER, Fazla Saatler, sh. 802; SÜZEK, s. 757.
- 82 Ayrıca “fazla çalışmanın serbest zamanla karşılanması, toplu iş sözleşmesi erkinin sınırları dışında kalan” bir konudur. SÜZEK, İş Hukuku, sh. 758.
- 83 Bkz. AKYİĞİT, sh. 23; SOYER, Fazla Saatlerle Çalışma, sh. 802; MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 896.
- 84 Bkz. EYRENCİ, Yeni Düzenlemeler, sh. 171; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süreleri, sh. 184; AKYİĞİT, sh. 22; DEMİR, sh. 151.
- 85 Altı aylık süre azaltılmış, sözleşmeyle indirilmişse (bkz. SOYER, Fazla Saatler, sh. 803; AKYİĞİT, sh. 24; CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, sh. 244) bu süreye göre hareket edilecek; hükmün uygulanması azaltılmış süreye göre şekillenecektir.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması

### A) GENEL OLARAK HÜKÜMLERİN İCRASI

Alacaklıların alacaklarına kavuşabilmeleri için İcra ve İflâs Kanunumuzda (İİK) esas itibariyle iki ayrı yol öngörülmüştür: ilâmlı icra (İİK m.24 vd.) ve ilâmsız icra (İİK m. 42 vd.).

İlâmsız icra, yalnızca para veya teminat alacakları bakımından mümkündür. (İİK m.42)<sup>1</sup>. Para veya teminat alacakları dışındaki alacaklıların icra takibine konulabilmesi için elde mutlaka bir ilâm (mahkeme kararı) bulunması gerekir. Dava konusu, örneğin taşınır teslimine (İİK m.24) veya taşınmaz tahliyesi ve teslimine (İİK m.26 vd.) yahut bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin (İİK m.30) ise, ilâmsız icra yoluna gidilemez; bu konuda daha önce açılmış bir dava sonucunda elde edilen ve icraya müsait olan bir mahkeme kararına (ilâma) ihtiyaç vardır<sup>2</sup>.

Para alacağı için, alacaklının mutlaka ilâmsız icra takibi yapması gerekmez; alacaklı, para alacağı için de önceden bir dava açıp, alaca-

ğını mahkeme kararına (ilâma) bağlattıktan sonra ilâmlı icra takibine de başvurabilir (İİK m.32 vd.). Para alacağı bakımından alacaklının, ilâmsız icra yoluna gitmeyerek önce bir dava açması bazen zorunlu nedenlerden kaynaklanabilir. Bu durum özellikle, gerçekten bir para alacağının bulunup bulunmadığı veya varsa bunun miktarının ne olduğunun tam olarak anlaşılamadığı gibi durumlarda ortaya çıkar. Gerçi böyle durumlarda dahi alacaklının ilâmsız icraya başvurması mümkün ise de, borçlunun ödeme emrine karşı itiraz etmesi durumunda icra takibi duracağından, alacaklı, hukukî niteliği itibariyle bir alacak davası olan<sup>3</sup> itirazın iptali davası açmak zorunda kalır; ki, (inkâr tazminatı<sup>4</sup> hükmü hariç) bu durum, bir anlamda, başlangıçta açılmamış bulunan alacak davasının şimdi açılmasına hemen hemen denktir. Uygulamadan da gözlemlendiği üzere, para alacağının bulunup bulunmadığı veya miktarının tam olarak tespit edilemediği durumlarda alacaklı, önce bir alacak davası açmakta ve bu davayı kazandığı takdirde elde

ettiği ilâmla, (ilâmlı) icra yoluna gitmeyi tercih etmektedir.

Tespit davalarının bu noktada özel bir önemi vardır. Tespit davaları, yargılama hukuku teorisinde, eda ve inşâ davaların yanı sıra nisbeten yeni zamanlarda kabul edilmiş olan özel bir dava türüdür<sup>5</sup>. Her ne kadar eda davası açma olanağı varken tespit davası açılmaz ise de, bazı durumlarda şartlarının gerçekleşmesi halinde para alacakları bakımından, önce bir tespit davası açılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Tespit davaları, esasen, bir hukukî ilişkinin var olup olmadığının belirlenmesine yönelik davalar ise de günümüzde, tespit davalarının kapsamının genişlediği ve hukuken tespit davası olarak nitelenen bazı davalarda, “hukukî ilişkinin var olup olmadığı”nın ötesinde bir tespit yapıldığı görülmektedir. Bunun ülkemizde en çok bilinen, öğretide ve Yargıtay

davasının sonucunda, eda hükmü veya inşâ hükmü veremez. Tespit hükmünün özelliği, elde edilen hükmün, yargılama giderlerine ilişkin bölümü hariç ilâmlı icraya konulamamasıdır. Elinde para alacağına ilişkin tespit hükmü bulunan kişi, bu hükmü ilâmsız icraya koyabilir veya bu hükmü (kaideten) kesin delil olarak kullanarak bir alacak (eda) davası açabilir ve daha sonra bu davada elde edeceği hükmü (eda hükmünü) ilâmlı icraya koyabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ilâmlı icraya başvurulabilmesi, elde icrası mümkün bir ilâm veya ilâm niteliğinde belge (İİK m. 38’de belirtilenler gibi) bulunmasına bağlıdır.

Öte yandan, bir ilâmın icraya konulabilmesi için hükmün kesinleşmiş olması, kural olarak, şart değildir. Nitekim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda da (m. 443, I), temyizden icrayı tehir etmeyeceği (durdurmayacağı), açık bir şekilde düzenlenmiştir.

## Öğretide, kesinleşmeden icraya konulamayacak ilâmlarda yer alan yargılama giderlerinin ve bu arada avukatlık ücretinin de asıl ilam kesinleşmeden icraya konulamayacağı görüşü hâkimdir.

uygulanmasında çeşitli açılardan ayrıntılı şekilde işlenen (değerlendirilen) örneği, kira bedelinin tespiti davalarıdır. Kira bedelinin tespiti davası; öğretide azınlık görüşü<sup>6</sup> göre inşâ dava olarak nitelenirken, çoğunluk görüşüne göre tespit davasının bir türüdür. Kira bedelinin tespiti davası, öğretide, eda davasının öncüsü olarak kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Yargıtay’a göre de, “Tespit davası, eda davasının öncüsü durumundadır. Henüz şartları tamam olmadığı için açılmayan eda davası için ilerideki hukukî ilişkisinin belli edilmesi bakımından, kesin delil olarak kullanılmak üzere tespit davası açılabilir. Tespit davası, ileride açılacak ve henüz şartları bulunmadığı için açılmayan kira alacağını hazırlamak amacını güder”<sup>8</sup>.

Tespit davası sonunda verilen (ister davanın kabulüne ister davanın reddine yönelik) hüküm, bir tespit hükmüdür; mahkeme, tespit

Kural bu olmakla birlikte, istisnaen bazı hükümler kesinleşmeden icraya konulamazlar.

Kesinleşmeden icraya konulamayacak hükümlerin bazıları, kanunlarda açıkça gösterilmiştir. Örneğin: Taşınmaza ve buna ilişkin aynî haklara, (nafaka hükümleri hariç) aile ve kişinin hukukuna ilişkin hükümler (HUMK m. 443, IV); yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin hükümler (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m.57, II); hakem kararları (HUMK m. 536); Sayıştay ilâmları (Sayıştay K. m. 64) gibi<sup>9</sup>.

Kanunların yanı sıra, diğer bazı ilâmların da kesinleşmeden icra edilemeyeceği, öğretide ve Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir. Örneğin:

Yargıtay’ın 12.11.1979 tarihli ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre: “Kiranın tespitine ilişkin mahkeme kararı ile tespit edilen kira alacağının ifa zamanının gelmiş sayılması

## İşe iade davasının hukukî niteliğinin doğru bir şekilde belirlenmesi, tereddüt edilen konulara sağlıklı cevap bulunabilmesi için önemlidir.

için, sadece alacaklının borçludan edada bulunmasını isteyebileceği zamanın gelmiş olması yeterli olmayıp, aynı zamanda o kararın kesinleşmesi gerekir”.

İstihkak davası (İİK m.97, 99) sonucunda verilen hükümde yeralan tazminat ve yargılama giderlerinin icraya konulabilmesi yönünden, öğreti ve Yargıtay uygulamasında davanın reddinde kesinleşmenin aranmamasına karşılık, davanın kabulünde kesinleşmenin gerekli olduğu belirtilmektedir<sup>10</sup>.

Öğretide, kesinleşmeden icraya konulamayacak ilâmlarda yer alan yargılama giderlerinin ve bu arada avukatlık ücretinin de asıl ilam kesinleşmeden icraya konulamayacağı görüşü hâkimdir<sup>11</sup>.

Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin:

“Takip, cebrî tescil davası sonunda verilen ilâma dayanılarak yapılmıştır. Dayanak ilâmın henüz kesinleşmediği bellidir. Bu ilâmın kesinleşmedikçe infazı mümkün olmadığı gibi, bu davaya bağlı olarak hüküm altına alınan mahkeme harcı ve vekâlet ücretinin ayrıca ilâm kesinleşmedikçe takip konusu yapılamayacağı nazara alınmadan, yazılı şekilde şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir”<sup>12</sup>.

“Takip dayanağı olan istimlâk kararının iptali ile yerin serbest bırakılması isteği ile açılan dava sonucunda verilen red kararı ile birlikte davalı İdare lehine hükmolunan avukatlık ücretine dairdir. Her ne kadar mülkiyet, kamulaştırma ile İdareye geçmiş ise de; davacı, İdare nezdindeki bu mülkiyet hakkının kendi adına dönüşmesini temin için dava açmış olduğuna göre anlaşmazlık gayrimenkulün aynına taallûk eder hale gelmiştir. Bu çeşit ilâmlar, HUMK'nın 443. maddesince kesinleşmedikçe infaz edilemez. Avukatlık ücreti ve yargılama gideri, esas hükmün eklentisi durumunda olduğundan, esasa ait hükümlerin aynı hukukî rejime tâbi olmaları zorunludur. Anılan ilâmın kesinleştiği

yönünde şerh mevcut değildir. Kamu düzeni ile ilgili bu hususun mercice resen araştırılması ve takip tarihinde kesinleşme vuku bulmamış ise sırf bu nedenle takibin iptaline karar verilmesi icap eder”<sup>13</sup>.

## B) İŞE İADE DAVASINDA VERİLEN HÜKMÜN İCRAYA KONULMASI

İş Kanunumuza (m.20) göre; iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasıyla, fesih bildirimini tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işverene karşı, iş mahkemesinde (veya tarafların anlaşması halinde: hakemde) dava açma hakkı vardır. Bu davaya, uygulamada “işe iade davası” denilmektedir.

Mahkeme açılan bu davayı kabul ederse, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemeye tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verilmiş olur; ki işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren, (işçinin) başvurusuna rağmen bir ay içinde işçiyi işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (İş K. m. 21, D). Mahkeme veya özel hakem, feshin geçersizliğine ilişkin kararında, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminatın (işe başlatmama tazminatının) miktarını da belirler. İşveren bu tazminattan ayrı olarak, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı (başta geçen) süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarını öder (İş K. m.21, II-III).

İşçi, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur (İş K. m. 21, V).

## 1) İŞE İADE DAVASI HUKUKEN BİR TESPİT DAVASIDIR

İşe iadesi davası, iş güvencesini sağlayan bir



davadır. Ülkemizde daha önceleri yalnızca sendika temsilcileri için mevcut bulunan bu güvence, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, genelleştirilmiştir. Yeni bir müessese olması sebebiyle uygulamada bazı hususlarda tereddütler doğabilmektedir. Doğan tereddütlerin önemli bir bölümünün çözümü, işe iade davasının hukukî niteliğinin belirlenmesine bağlıdır. Bu sebeple, işe iade davasının hukukî niteliğinin doğru bir şekilde belirlenmesi, tereddüt edilen konulara sağlıklı cevap bulunabilmesi için önemlidir.

İşe iade davasının, işverenin fesih bildirim sonucunu son bulan bir hukukî ilişkinin (iş ilişkisinin) yeniden kurulacağı gözönünde bulundurularak, hukukî nitelik itibarıyla bir yenilik doğuran (inşai) dava olduğu düşünülebilir. Ancak, işe iade davasının kabulü halinde verilen kararın, “feshin geçerli olmadığını tespit”ten ibaret olduğu ve bu kararın sonucunda, daha önce kurulan, yürüyen ve fakat işverenin fesih beyanı ile “kesintiye uğrayan” iş ilişkisinin devam ettiği (devam etmesi gerektiği) dikkate alındığında, ortada hukuken ve teknik anlamda bir yenilik doğuran dava bulunmadığı anlaşılmaktadır<sup>14</sup>.

Öğretide, işe iade davasını eda davası olarak niteleyen bir görüşe<sup>15</sup> göre; “Davacının açtığı işe iade davasının dilekçesinde iki temel talep vardır: Birincisi, feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işe iade ve onunla birlikte işveren işe başlatmazsa onun yerine ödeyeceği tazminatın belirlenmesi; ikincisi, işçinin kararın kesinleşmesine kadar işe başlatılmadığı için en fazla dört aylık ücret ve diğer hakların ödenmesidir. Bu talepler dikkate alındığında, dava bir eda davasıdır”.

Eda davası görüşü esas alınırrsa, bunun doğal sonucu olarak, mahkemenin verdiği davayı kabul kararının, ilâmlı icraya konu edilmesi sonucunu da kabul etmek gerekecektir; ki, ileride belirteceğim üzere bu sonuca katılmamaktayım.

Uygulamada işe iade davası açan davacıların, dava dilekçelerinde; bir alışkanlık sonucu olarak genellikle, işe iadeyi ve işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ilişkin ücreti talep etmekte oluşları ve mahkemelerle

Yargıtay'ın da bazı kararlarında, dava dilekçelerinde yazılı talepleri karşılamak üzere, “Davalı işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesi” yolunda ifade kullanmakta oluşları, “eda davası” görüşünü destekleyen hususlardandır.

Ancak İş Kanunu'nun, fesih halinde işçiye tanınan itiraz (dava) hakkına ilişkin 20. maddesinde açıkça, işçinin “fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası” ile dava açacağından; geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen 21. maddesinde de açıkça, “geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemeye tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde işverenin işçiye işe başlatmak zorunda olduğu”ndan söz edilmektedir. Kanundaki bu açık düzenleme sebebiyle, davacının dava dilekçesinde, (duruma göre:) fesih bildiriminde sebep gösterilmediğinden veya gösterilen sebebin geçerli olmadığından feshin geçersizliğine karar verilmesi talebinde bulunmasının yeterli olup, dava dilekçesinde ayrıca, “işe iade talebi”nde ve “işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücreti ödenmesi talebi”nde bulunmasının gerekmediği görüşündeyim.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasında, davacının talebinden sözetmeksizin, mahkemenin feshin geçersizliğine karar verdiğinde işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını belirleyeceğinin; 3. fıkrasında da (keza davacının talebinden sözetmeksizin), en çok dört aya kadar başta kalan doğmuş bulunan ücretin ödeneceğinin düzenlenmiş olması, yukarıda belirttiğim görüşümü destekleyip doğrulamaktadır.

Davacı, dava dilekçesinde “işe başlatmama tazminatı (İş K. m. 21, II) ve boşta geçen süreye ilişkin ücretin ödenmesi (İş K. m. 21, III) talebi”nde bulunmasa dahi, mahkemenin kendiliğinden (re'sen), işe başlatmama tazminatı (ki, işçinin kıdemine göre hâkimin takdirine bağlıdır) ve boşta geçen süreye ilişkin ücretin ödenmesi (ki, çalışılmayan süre esas olup hâkimin takdirine bağlı değildir)<sup>16</sup> konusunda karar vermesi gerekir<sup>17</sup>.

Yargıtayın yerleşik kararları da bu doğrultudadır. Örneğin<sup>18</sup>:

“Dairemizin kararlık kazanan uygulamasına göre, tazminatın süre olarak belirlenmesi yeterli olup, rakamsal olarak tutarın gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira işe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen süre için öngörülen ücret alacağı, feshin geçersizliğinin sonucuna bağlanmış tespit niteliğinde hükümlerdir. Ayrıca talep olmasa da, mahkemece yasanın hükmü gereği hüküm altına alınması gerekir”.

İş Kanunu'nun 21. maddesinde de kullanılan “tespit” ifadesi, dava sonunda bir edaya değil, tespite hükmedileceğini göstermektedir. O halde işe iade davası (uygulamada kullanılan adının şeklen çağrıştırdığı anlama rağmen), bir eda davası değil, kanımca bir tespit davası niteliğindedir.

İş K. m. 21'de, mahkemenin davanın kabulü halinde, işçinin işe iadesine karar vereceği yazılı değildir. Başka bir ifadeyle İş Kanunumuz, işe iade davasının kabulü halinde (örneğin memur hukukunda olduğu gibi) işçinin mutlaka işe iade edilmesi sistemini kabul etmemiş, işçinin işe iadesini bazı şartların varlığına (oluşmasına/oluşturulmasına) bağlamıştır. İşe iade için ön şart, açtığı davayı kazanan işçinin mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmasıdır<sup>19</sup>; işçi bu başvuruyu yapmazsa fesih, geçerli bir fesih sayılır (İş K. m. 21, IV). Ayrıca, işçi süresi içinde işverene işe iade için başvuruda bulunmasına rağmen işveren, işçiyi işe iade edip etmemekte (işe alıp almamakta) serbesttir; işveren, mahkeme kararında belirtilen işe başlatmama tazminatı ile diğer ödemeleri (İş K. m.21 yaparak, işçiyi işe iade etmeme hakkına sahiptir.

Yargılama ve takip hukuku bakımından normal olanı, mahkemenin, dava sonunda vereceği “eda hükmü”nün mutlaka yerine getirilmesidir. Zira eda hükmü, yerine getirilmesi bir gereken “emir”dir. Bu da, eda hükmünün ilâmlı icraya konulması suretiyle olur ve ilâmın yerine getirilmemesinin yaptırımları (İİK m. 30) vardır. Eğer işe iade davasının sonunda verilecek olan hüküm bir eda hükmü olsa idi ve mahkeme “işe iade” kararı vermek zorunda olsa idi; o zaman işçinin mutlaka işe döndürülmesi gibi

bir durum ortaya çıkardı; oysa Kanun, işverene iade ile tazminat ve ücret ödeme arasında seçimlik hak tanımıştır.

Mahkemenin, dava dilekçesinde “işe iade talebi”nde bulunan işçinin bu talebini, (belli süre içinde işçinin işe iadesi için başvurması, işverenin kabul etmesi gibi İş K. m. 21, V) şartların gerçekleştirilmesine bağlı olarak kabulü gibi bir durum da sözkonusu olamaz. Çünkü mahkemenin, şarta bağlı hüküm verebilmesi mümkün değildir<sup>20</sup>.

Bütün bu açıklamalardan, mahkemenin davayı kabul kararının, işçinin işe iadesi için bir eda (veya inşaî) hükmü olmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, davayı kabul ederek feshin geçersizliğine tespit eden mahkemenin verdiği kararda belirtilen, işe başlatmama tazminatı (İş K. m. 21, II) ve kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için (en çok dört aya kadar) ödenecek olan ücret de bu davaya eda davası niteliğini vermez ve bu hususlar da ilâmlı icraya konu olamaz. Çünkü davayı kabul eden mahkeme verdiği kararda, gerek işe başlatmama tazminatı gerek boşta geçen süre için ödenecek olan ücret, rakamsal olarak (kuruluşlandırılarak) belirtilmemekte, yalnızca ay (süre) olarak ifade edilmektedir. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre de; “İşe başlatmama tazminatının süre olarak belirlenmesi yeterli olup, rakamsal tutar olarak gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira işe başlatmama tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen süre için öngörülen ücret alacağı, feshin geçersizliği sonucuna bağlanmış tespit niteliğinde hükümlerdir ve mahkemenin yazılı şekilde miktar hükmüne bağlaması hatalıdır. İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrası gereğince ücretin kesin bir süre belirtilmeden ve tutar gösterilmeden hüküm altına alınması gerekir”<sup>21</sup>.

Uygulamada işe iade davalarını kabul eden mahkemeler hüküm fıkrasında ve onu takiben Yargıtay da temyiz incelemesi sonucunda verdiği kararın sonuç kısmında genellikle, “Davacının kararın kesinleşmesinden itibaren on gün içinde işe başlamak için davalı işverene başvurması halinde işverence işe başlatılmaması durumunda işçinin kıdemi ve fesih sebebi

## Mahkemenin ve Yargıtay'ın sözü edilen kararlarının hüküm fıkralarında yeralan ibarelerden, “feshin geçersizliği, tazminat ve ücret” kısımları tespit ile ilgilidir.

gözönünde bulundurularak takdiren ... aylık ücret tutarındaki tazminatın davalıdan alınıp davacıya verilmesi gerektiğinin tespitine (belirlenmesine)” ifadesini kullanmakta ve tazminatın veya aylık ücretin “tahsili” şeklinde hüküm vermemektedirler.

Yargıtaya göre: “Davacı işçi, davalıya ait iş yerinde bekçi olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin feshedilmediğini, dört ay süre ile ücretsiz izne çıkarıldığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiği gerekçesiyle davacının işe iadesine, davacının işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken 4 aylık ücret tutarı tazminat ile boşta geçen 4 aylık ücretin dava tarihinden itibaren en yüksek mevduat faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiştir...İşe başlatılmama tazminatı ve boşta geçen süre ücret alacağı, feshin geçersizliğinin sonucu olarak davacının başvurusu ve davalının işe başlatılmaması halinde uygulanması gereken tespit niteliğinde hükümler olmasına rağmen tespit yerine tahsillerine karar verilmesi hatalı olduğu gibi, muaccel olmayan söz konusu tazminat ve alacağı faiz yürütülmesi de doğru değildir”<sup>22</sup>.

Bu açıklamalar da, işe iade davasının hukuken bir tespit davası olduğunu göstermektedir.

### II) İŞE İADESİ DAVASI HÜKMÜNÜN İCRAYA KONULMASI

İşe iade davasının kabulü halinde, mahkemece verilen kararın hüküm fıkrası kısmında (HUMK m.388, I/4-II) esas olarak yeralması gereken hususların şunlar olması gerektiğini düşünmekteyim: “- İş sözleşmesinin feshinin ge-

çersizliğine; - ... işe başlatılmama durumunda takdiren ... aylık ücret tutarındaki tazminatın davalıdan alınıp davacıya verilmesi gerektiğinin tespitine; - ... çalıştırılmadığı süre içinde en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların işçiye ödenmesi gerektiğinin tespitine; - ... TL avukatlık ücreti<sup>23</sup> ile ... TL harç, ... TL posta ve tebligat gideri olmak üzere toplam ... TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine”.

Hükmün temyizi ve temyiz talebinin kabulü halinde, benzeri hususlar, Yargıtay kararında de yeralacaktır.

Daha yukarıda da açıklandığı üzere, Kanunda bu yönde bir zorunluluk öngörülmediğinden, mahkeme kararında “işçinin işe iadesi”ne dair bir ibarenin bulunması gerekmemektedir<sup>24</sup>. Bununla birlikte kararda bu yönde bir ifadenin yeralması da, hukuken sonucu değiştirebilecek önemde değildir.

Mahkemenin ve Yargıtay'ın sözü edilen kararlarının hüküm fıkralarında yeralan ibarelerden, “feshin geçersizliği, tazminat ve ücret” kısımları tespit ile ilgilidir. Buna karşılık, “avukatlık ücreti ile yargılama giderleri” kısmı, edaya ilişkindir.

Yukarıdan beri söylene geldiği üzere, işe iade davası kararının tespite ilişkin kısımlarının ilâmlı icraya konulabilmesi mümkün değildir. Yargıtay'a göre:

“Taraflar arasındaki şikâyet davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İcra Hukuk Mahkemesince şikâyetin reddine dair verilen kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin ilâmı ile; (İş Mahkemesinin 30.6.2006 tarihli kararında, alacaklının işe iadesine, işe başlatılmaması halinde 4 aylık tazminat tutarı ile 4 aya kadar ücret ve haklarının iadesine karar verilmiştir. Takip dayanağı olan bu ilâmın yargılama giderleri ve avukatlık ücreti dışındaki kısımlarının eda hükmünü içermediği anlaşılmaktadır. İlâm bu hali ile tespit niteliğinde olduğundan ilamcı icra takibine konu olamaz. Hukuk Genel Kurulu'nun 8.10.1997 tarih ve 12-517/776 sayılı kararında da vurgulandığı üzere ilamların infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür. Diğer bir anlatımla hükmün içeriğinin ay-

nen infazı zorunludur. Bu nedenle sınırlı yetkili icra mahkemesince ilâmın infaz edilecek kısmı yorum yolu ile belirlenemez. Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca şikâyetin icra emriyle talep edilen ilam vekalet ücreti 400 YTL ve yargılama gideri 50 YTL, dışında kalan bölümü için kabulü yerine, yazılı gerekçelerle bu kısım için de reddine karar verilmesi isabetsizdir) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır”<sup>25</sup>.

İşe iade davasının tespiti ilişkin kısımları hakkında borçluya (davayı kaybeden işverene) icra emri düzenlenerek gönderilemez. Gönderilirse, borçlu buna karşı şikâyet yoluna (İİK m.16 vd.) giderek, icra emrini iptal ettirebilir.

İşe iade ilâmında tespit edilen “işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen sürelerle ilişkin ücret” kısmını, işverenin ödememesi halinde, işçi bu alacakları için borçluya karşı ilâmsız icra takibi yapabilir. Bu durumda borçlunun (davayı kaybeden işverenin) ödeme emrine itiraz etmesi halinde, alacaklı (işçi) itirazın iptali davası açar ve mahkemece haklı görülürse, alacağın likit olması<sup>26</sup> sebebiyle borçlu inkâr tazminatına mahkûm edilebilir<sup>27</sup>. İşe iade davasında elde edilen ilâmında, normal olarak, işçinin alacağının tam olarak (rakamsal) miktarı bilinemediğinden, alacaklı bu ilâma dayanarak, icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep edemez<sup>28</sup>.

Buna karşılık, işe iade davasının kabulü kararının edaya ilişkin kısmı olan, “avukatlık ücreti ile yargılama giderleri” ilâmlı icraya konu teşkil eder. Uygulamada da, davayı takip eden avukatlar, “avukatlık ücreti ile yargılama giderleri” için (varsa faiz de ekleyerek) borçluya “para borcu” ile ilgili icra emri (örnek no.4-5) göndertmektedirler. Bu uygulama doğrudur.

İşe iade davasının kabulü kararında yeralan “avukatlık ücreti ile yargılama giderleri” ile icra emrinin gönderilme zamanı hakkında bazı tereddütlerin doğduğu gözlemlenmektedir. Bu tereddüdün nedeni, işe iade davasında verilen kararın icrası için “kesinleşmesinin gerekip gerekmediği”dir.

Yukarıda da değinildiği üzere, temyiz

ilâmların icrasını durdurmaması esastır (HUMK m.443) ancak, kanunların öngördüğü veya içtihatların kabul ettiği istisnaî durumlarda bazı ilâmların icrası için kesinleşmesi şartı vardır.

İşe iade davasındaki ilâmın edaya dair olan, “avukatlık ücreti ile yargılama giderleri” ile ilgili kısmının ilâmlı icraya konulabilmesi için kanun, kesinleşme şartını aramamıştır.

Her ne kadar Kanun, işçinin işe başlamak için işverene yapması gereken on günlük başvuru, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren başlatmakta (İş K. m.21,V) ve işçiye çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücreti bakımından kararın kesinleşmesini göz önüne almakta ise de, bu hususun, “avukatlık ücreti ile yargılama giderleri”nin icraya konulması ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, kesinleşmeden icraya konulamayacak ilâmlar için geçerli olan (öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilen), “avukatlık ücreti ile yargılama giderlerinin de ilâm kesinleşmeden icra konulamaması” kuralı, işe iade davaları bakımından geçerli değildir.

Özetle, işe iade davasının kabulüne dair olarak verilen karardaki avukatlık ücreti ile yargılama giderleri kısmının, hüküm kesinleşmeden ilâmlı icraya konulabilmesi mümkündür.

Yargıtay da bu görüştedir:

“4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesinde, bu maddeye göre verilen işe iadeye ilişkin ilamların kesinleşmeden icraya konulamayacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı halde Mahkemece ilâmın kesinleşmeden icraya konulamayacağı gerekçesi ile takibin iptaline karar verilmesi doğru değildir”<sup>29</sup>.

## C) SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan da görüldüğü üzere, işe iade davasının kabulüne ilişkin kararın, “feshin geçersizliği, işe iade etmeme tazminatı ve boшта kalan 4 aya kadar olan süreye ait ücret”e ilişkin kısımları, tespit hükümleridir ve bu kısımların ilâmlı icraya konu olması mümkün değildir. Buna karşılık, işe iade davasının (reddi veya kabulüne ilişkin) “avukatlık ücreti ve yargılama giderlerinin ödenmesi”ne ilişkin kısımları, eda hükümleridir ve bu kısımların ilâmlı icraya konu olması mümkündür. Bura-



daki ilâmlı icraya başvurabilmek için işe iade davasındaki hükmün kesinleşmesi şart değildir; işe iade davası kesinleşmeden dahi, bu kısmı ilâmlı icraya konulabilir.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2009, s. 123 vd.
- 2 Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, s.384 vd.
- 3 Bkz. Ejder Yılmaz, İtirazın İptali Davasının Hukukî Niteliği (Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı, Ankara 2009 s.569-596).
- 4 Ejder Yılmaz, İnkâr Tazminatı (Halûk Konuralp Anısına Armağan, cilt 2, Ankara 2009, s.675-754).
- 5 Baki Kuru, Tespit Davaları, Ankara 1963, s.1 vd; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, München 2004, s.598 vd; Hans W. Fasching, Zivilprozessrecht, Wien 1990 s.554 vd; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s.207 vd.
- 6 Bkz. Ergun Önen, İnşâî Dava, Ankara 1981, s.108 vd.
- 7 Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt 2, İstanbul 2001, s.1412 vd.
- 8 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 7.7.1965, 5/5 (Resmî Gazete 21.7.1965 sayı 12504).
- 9 Bkz. Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, cilt 2, Ankara s.3164 vd. ve orada anılan örnek Yargıtay kararları.
- 10 Uyar s.3172-3173 ve orada anılan kaynaklar.
- 11 Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, cilt 3, Ankara 1993, s.2110 vd; Uyar s.3175 ve orada anılan 12.HD 19.2.2004, 25817/3321 sayılı karar.
- 12 12.HD 16.11.1987, 16179/11666 (Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, s.2211 dipnot 102a) ve ayrıca bkz. aynı yerde anılan diğer Yargıtay kararları.
- 13 12.HD 18.12.1979,8771/9677 (Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, s.2210 dipnot 98).
- 14 Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması (2008 Yılı Emsal Kararları İle), Ankara 2009, s.528; Osman Güven Çankaya/Cevdet İlhan Günay/Seracetin Gökteş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2206, s.221.
- 15 Muhammet Özkes, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları (İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005 s.131-170) s.137-138.
- 16 9.HD 21.11.2005, 32501/36750.
- 17 Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, s.530.
- 18 9.HD 3.6.2004,1542/13363 (Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, s.530 dn. 274); 9.HD 22.12.2004, 13301/29110 (Çankaya/Günay/Gökteş, s.220 dipnot 2).
- 19 Ejder Yılmaz, İşe İade Davasının Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği (Sicil İş Hukuku Dergisi, 2009/14 s.123-133).
- 20 Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt 3 s.3073 vd.

- 21 9.HD 10.10.2005, 30809/32971 (Çankaya/Günay/Gökteş, s.1033-1034).
- 22 9.HD 10.10.2005, 28968/33031 (Kazancı Bilişim).
- 23 Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, işe iade davalarında avukatlık ücreti maktudur (karş. Ejder Yılmaz, İşe İade Davalarında Yargılama usulü İle İlgili Özellikler (Sicil İş Hukuku Dergisi, 2009/4 s.20-31).
- 24 Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, s.699 dipnot 373.
- 25 HGK 25.6.2008, 12-451/453.
- 26 Ejder Yılmaz, İcra İnkâr Tazminatı Açısından Likid Alacak Kavramı (Bankacılar Dergisi, 2008/67, s.85-93).
- 27 Şahin Çil, Kesinleşen İşe İade Davasının sonuçları (Ankara Barosu Dergisi,2008/1 s.44-86) s.50. Karşı görüşte: Özkan Ertekin, Açıklamalı İçtihatlı İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, Ankara 2005, s.535.
- 28 Özkes s.164-185.
- 29 12.HD 13.3.2007, 1628/4593.

Yrd. Doç. Dr. Engin ÜNSAL

Tek-Gıda İş Sendikası Genel Başkan Danışmanı

## İstifa Durumunda Kıdem Tazminatı Sorunu

İş Kanunu m. 2/1 de işçi, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamanın temeli iş sözleşmesi kavramına dayanmaktadır. Kanun’un m. 8/1 hükmüne göre iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşmedir<sup>1</sup>. İş sözleşmesini, konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran ve iş sözleşmesinin en önemli unsurunu oluşturan “bağımlılık” unsurudur. Türk Borçlar Kanunu’na kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu’nun değiştirilmiş metni, “işverenin hizmetinde çalışma” anlatımını kullanarak “bağımlılık” unsuruna açıkça yer vermiştir. Bu açılım dikkate alınarak iş sözleşmesi “işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverene bağımlı olarak iş görmeyi ve işverenin de ona bir ücret ödemeyi üstlendiği özel hukuk sözleşmesidir.” biçiminde tanımlamak gerekir<sup>2</sup>. Anayasa’nın 48. maddesi, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.” diyerek sözleşme özgürlüğünü bir temel hak ve özgürlük olarak güvence altına almıştır<sup>3</sup>. İş sözleşmesi

bir özel hukuk sözleşmesidir ve tarafların birbirine uygun irade açıklaması ile meydana gelir. Taraflar sözleşmenin içeriğini sebestçe belirler, diğer tarafı seçer ve usulüne uygun olarak özgürce sona erdirebilirler<sup>4</sup>.

İş sözleşmesi günümüzde tek boyutlu bir yasa tarafından düzenlenen normatif bir prototip değildir ve işçi de tek bir normatif statüye bağlı olmaktan çıkmıştır. İş hukuku değişen pazar dinamikleri karşısında kendisini daha açık, çoğulcu, dinamiklerle ifade etmek zorundadır. İş hukuku bir yandan normatif adem-i merkezileşme derecesini arttırmalı, bir yandan da değişik iş akdi ve istihdam ilişkisi biçimlerine yanıt verme yeteneğine sahip olmalıdır<sup>5</sup>.

### Kıdem Tazminatının Tanımı

Kıdem tazminatı 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesinde belirtilen asgari bir çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin Kanun’da sayılan nedenlerden biriyle son bulması halinde, işverence işçiye ya da mirasçılara yapılan bir ödemedir. Kıdem tazminatı belli bir kalıba

## Yargıtay'a göre kıdem tazminatına hak kazandırmayan bir nedenle sözleşmesi sona eren işçinin kıdemi, daha sonra aynı işyerindeki çalışma döneminde kıdem tazminatına hak kazanarak işten ayrılmasında hesaba katılmaz.

sokulamayan kendine özgü (sui generis) bir kurum niteliğindedir<sup>6</sup>. Kanun'da sayılan belirli fesih halleri veya işçinin ölümü durumunda işçiye işverence ödenen kıdem tazminatının verilmiş nedeni konusunda bazı gerekçeleri sürülebilir. Kıdem tazminatı 4447 sayılı Kanun'la İşsizlik Sigortası Fonu kurulana kadar işçinin işsiz kalacağı sürelerde satın alma gücünü ayakta tutmak amaçlı bir ödenti olarak algılanıyordu. Başka bir yaklaşımla kıdem tazminatı iş sözleşmesinin işverence feshinde bir caydırıcı unsur olarak kabul ediliyordu. En önemli gerekçe olarak kıdem tazminatı işçinin işyerine bağlılığının ve işyerindeki bedensel ve ruhsal yıpranmasının bir karşılığı olarak tanımlanıyordu. Bugün iş hukukunun geldiği noktada İşsizlik Fonu'nun kurulması nedeni ile işçinin işsiz kalacağı sürelerde satın alma gücünün belli süre bu fondan karşılanacağı ve İş Kanunu'nun 18-21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi kapsamında açılacak işe iade davaları nedeni ile caydırıcılık unsurunun fazlası ile sağlandığı gerekçeleri ile kıdem tazminatının kaldırılması veya bu yükün işverenin sırtından kurulacak bir Kıdem Tazminatı Fonu'na aktarılması seçenekleri tartışılmaktadır. İşçinin bedensel ve ruhsal yıpranmasının bedeli, eğer koşulları varsa, bu fondan karşılanmasını denmektedir.

### İşçinin İstifası Kıdem Tazminatı Nedeni Sayılmamıştır

1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesi, işçinin istifasını, başka deyişle işçinin özgür iradesi ile belirsiz süreli iş sözleşmesini sone erdirmesini, kıdem tazminatına hak kazandıran bir neden olarak saymamıştır. 1475 sayılı Kanun'un 14.

maddesinde, "istifa eden işçiye kıdem tazminatı ödenmez" şeklinde bir hüküm yoktur sadece maddenin 7. fıkrasında, "İşçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz." hükmü bulunmaktadır. Fıkranın açılımı istifa eden işçiye kıdem tazminatı ödenmeyeceği anlamını taşımakta, fakat maddede istifanın niteliği, hangi nedenle istifa edildiği hiç irdelenmemiş ve istifa, hiçbir ayrıntıya girilmeden ve ayırım yapılmadan, soyut bir kavram olarak ele alınmıştır.

Bu konu ile ilgili olarak uygulamada uyumsuzluk yaratan durumlar ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi Yasa'dan kaynaklanan nedenlerle zorunlu istifa durumu, ikincisi de kıdem tazminatına hak kazandırmayan bir nedenle ve özellikle İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendine göre iş sözleşmesi sona eren işçinin daha sonra aynı işyerinde çalışıp kıdem tazminatına hak kazanması durumunda önceki sürenin kıdem tazminatının hesabında göz önüne alınıp alınmayacağı noktasında kendisini göstermektedir. Yargıtay'a göre kıdem tazminatına hak kazandırmayan bir nedenle sözleşmesi sona eren işçinin kıdemi, daha sonra aynı işyerindeki çalışma döneminde kıdem tazminatına hak kazanarak işten ayrılmasında hesaba katılmaz<sup>7</sup>.

Biz bu incelememizde özellikle istifa kavramı üzerinde durmak ve Yargıtay'ın bu konudaki görüşünü irdelemek istiyoruz

### İstifa, Farklılık Gösteren Bir Kavramdır

İş sözleşmesinin, yukarıda belirtildiği gibi, işçi ve işverenin özgür iradesi ile kurulduğu gerçeği karşısında bu sözleşmenin işçi tarafından gene özgür iradesi ile İş Kanunu'nun 17. maddesi hükmüne uyularak sonlandırılabilirliğini kabul etmek gerekir. Başka bir deyişle iş sözleşmesini sonlandırmak isteyen işçi, İK md. 17'de gösterilen sürelerle uyularak sözleşmesini her zaman feshedebilir. Bu sonlandırmada işçinin ortaya koyduğu irade tamamen kendi seçiminden ve isteğinden kaynaklanmaktadır. Bu

## İstifa keyfiyeti her zaman işçinin özgür iradesine ve tercihine dayalı bir biçimde gerçekleşmeyebilir.

iradesini ortaya koyarken işçi, eğer koşulları varsa, kıdem tazminatı alacağından vazgeçtiğinin bilincindedir.

İstifa keyfiyeti her zaman işçinin özgür iradesine ve tercihine dayalı bir biçimde gerçekleşmeyebilir. Bazı durumlarda işçi iş sözleşmesini yasal bir zorunluluk nedeni ile sona erdirmek zorunda bırakılabilir. Böyle yasal zorunluluk nedeni ile yapılmış bir istifayı, işçinin özgür iradesi ile yapılmış bir istifa olarak kabul etmek mümkün değildir. Kıdem tazminatı konusunda özgür irade ile yapılmış bir istifa ile yasal zorunluluk nedeni ile yapılmış bir istifayı ayrı düşünmek gerekir. Her iki istifayı eş değerde olarak düşünmek hakça bir yorum olmaz.

Yasal zorunluluk nedeni ile işten ayrılmaya (istifa etmeye) örnek olarak 4857 sayılı İK'nın "Askerlik ve Kanundan Doğan Çalışma" başlıklı 31. maddesini, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 37/3 maddesini ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nu örnek olarak verebiliriz.

Yargıtay, Kanun'un "Askerlik ve Kanundan Doğan Çalışma" başlıklı maddesiyle ilgili bir davada çok ilginç bir karar vermiştir<sup>8</sup>. Karar, belediye başkanı aday olmak için işinden istifa eden bir işçinin durumuyla ilgilidir. Yargıtay, kararında şu hükme varmıştır:

"Davacı işçinin Belediye Başkanlığına adaylığını koymak için işyerinden ayrıldığı ve sonradan yerel seçimler sonucunda belediye başkanlığına seçildiği konusunda uyuşmazlık yoktur. Böyle bir seçim nedeni ile işten ayrılmasının kıdem tazminatını gerektirip gerektirmeyeceği tartışma konusudur. Mahkemece 1475 sayılı İş Kanunu'nun 27. maddesine (4857/31) dayanılarak 'kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden' davacı işçinin işten ayrıldığı kabul edilerek kıdem tazminatı hüküm altına alınmışsa da somut olayda çalışma ödevi yüzünden yani zorunlu olarak işten ayrılmak söz konusu değildir. İşçi ihtiyari olarak kendi istikbalini düşünerek işten ayrılmıştır ki dairemizin yerleşmiş

içtihatlarına göre bu durum kıdem tazminatına hak kazandırmaz."

Yargıtay bu kararında ihtiyari olarak yani işçinin özgür iradesini kullanarak yaptığı işten ayrılma fiili ile zorunlu olarak işten ayrılma fiili arasında çok önemli bir ayırım yapmıştır. Bu kararı, "İhtiyari, iradi olarak yapılan işten ayrılmalarda (istifalarda) kıdem tazminatı ödenmez ama yasal nedenlerle zorunlu olarak işten ayrılmalarda kıdem tazminatı ödenir." biçiminde anlamak gerektiği kanısındayız.

Sendikalar Kanunu'nun 37. maddesinin 3. fıkrası, "Mahalli idareler ve milletvekili seçimlerinde aday olan sendika ve konfederasyon yöneticilerinin sendika ve konfederasyon organlarındaki görevleri adaylık süresince askıda kalır. Seçilmeleri halinde görevleri son bulur." hükmünü getirmektedir. Burada da sendika ve konfederasyon yöneticisinin kendi iradesi ile bir yere aday olması söz konusudur. Seçilmeleri halinde görevlerinin son bulması bir istifa nedenine değil ama yasal zorunluluk nedenine dayanmaktadır. Bu sonucu yöneticinin kendi isteği ile aday olmasının yarattığı kuşkusuzdur. Durum böyle olduğu halde seçilen yöneticilere kıdem tazminatları ödenmekte ve bu durum asla dava konusu yapılmamaktadır.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18. ve 19. maddelerinde konumuzla ilgili iki önemli hüküm getirilmiştir. Kanun'un 18. maddesine göre:

"Hakimler ve savcılar, yüksek yargı organı mensupları, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yüksek Öğretim Kurulu, Radyo Televizyon Üst Kurulu üyeleri, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, aday olmak isteyen belediye başkanları ve subay ile

**2839 sayılı Yasa bazı görevlerde bulunanların, aday olabilmek için, görevlerinden ayrılma isteğinde bulunma ve bu isteğinin bağlı oldukları kurum veya dairece kabul edilme şartını getirmiştir.**



## Yasalar yorumlanırken yurttaşların temel haklarını engellemeyecek bir biçimde yorumlanmalıdır.

astsubaylar, aday olmak isteyen siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclis üyeleri, il genel meclisi üyeleri, genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce.....görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamaz ve aday gösterilemezler.”

Aynı Kanun’un 19. maddesinin 2. fıkrası, “Dilekçenin bakanlığa veya kuruma geldiği tarihten itibaren en geç on gün içinde ayrılma isteğinin kabul edildiği dilekçe sahibine ve amirlerine tebliğ olunur.” hükmünü getirmektedir.

Anayasa’nın 67. maddesi “seçilme” hakkını temel bir hak olarak kabul etmiştir. Bu haktan yararlanabilmek için 2839 sayılı Yasa bazı görevlerde bulunanların, aday olabilmek için, görevlerinden ayrılma isteğinde bulunma ve bu isteğinin bağlı oldukları kurum veya dairece kabul edilme şartını getirmiştir. Bu iki şart yerine getirildiği takdirde 18. maddede sayılan kişilerin aday olması söz konusu olacaktır. Yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarından vakıf üniversitelerinde çalışanlar, bir iş sözleşmesi ve İş Kanunu’na tâbi olarak çalışmaktadırlar. Bunların ayrılma isteği 19. maddede belirtildiği gibi bağlı oldukları kurum yani Rektörlük tarafından kabul edilmedikçe ve bu husus ayrılmak isteyenine on gün içinde bildirilmedikçe iş sözleşmesinin üniversite açısından devam ettiği sonucuna varmak gerekir. Vakıf üniversitesi öğretim elemanı ayrılma isteği Rektörlüğe bildirmiş ve Rektörlükçe bu isteğin kabul edildiğine dair bir yazı kendisine tebliğ edilmemişse ve o öğretim elemanı buna rağmen aday olmuş, kazanamamış ve eski görevine geri dönmüşse iş sözleşmesinin son ermediği ve devam ettiği kabul edilmelidir. Daha sonra o öğretim elemanının işine kıdem tazminatını hak edecek biçimde son verilmesi halinde bu istifa keyfiyeti öne sürülememeli ve kıdem tazminatı tüm hizmet süresi üzerinden ödenmelidir.

Yargıtay’ın bu konuda verdiği bir karar ve bu karara karşı oy yazısı çok ilginçtir<sup>9</sup>. Karşı oy yazısında şöyle denmektedir:

“Dava konusu olayda davacı bir bankanın Antakya şube müdürüyken milletvekili aday olmak için 28.9.1991 tarihinde istifa etmiştir. Davacı milletvekili olamayınca 11.11.1991 tarihinde aynı bankanın Adana şubesine müdür olarak atanmıştır. Davacının bu hizmeti Haziran 1992’de sona ermiştir. Açılan bu davayla 5.1.1977–21.8.1991 tarihleri arasında geçen hizmetin kıdem tazminatını istemiş ise de anılan istek mahkemece reddedilmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi davacının ilk dönem çalışması milletvekili aday olmak amacıyla istifayla sona ermiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, anılan istifa 1475 sayılı İş Kanunu’nun anladığı anlamda bir istifa değildir. Seçim mevzuatı nedeniyle yapılmış bir istifadır. Diğer bir deyişle iradi olmayan ve yasanın zorunlu gördüğü bir istifa türüdür. Davacı Anayasal hakkını kullanarak milletvekili aday olmak istemiştir. Yasalar yorumlanırken yurttaşların temel haklarını engellemeyecek bir biçimde yorumlanmalıdır. Açıkladığım gerekçeyle davacının kıdem tazminatına ilişkin isteğinin reddine dair mahkeme kararını sayın çoğunluğun onamasına katılmıyorum.” (Bu içerik 28 Aralık 2009 tarihli www.hukukturk.com arşivinden alınmıştır.).

Karşı oy yazısını yazan Sayın Yargıtay üyesi seçim mevzuatından dolayı, başka bir deyişle yasal zorunluluk nedeni ile, yapılan istifanın İş Kanunu’nun anladığı anlamda bir istifa olmadığını, ikisinin eş değerde algılanamayacağı isabetli bir biçimde tespit etmiştir. Gerçekten de gerek İş Kanunu’nda gerekse Borçlar Kanunu’nda tanımlandığı üzere, tarafların özgür iradesi ile kurulduğu gibi gene aynı biçimde yani özgür iradeleri ile sonlandırılabilir. Seçim mevzuatı nedeni ile yapılması zorunlu istifanın istifa edenin özgür iradesine dayalı olduğu iddia edilemez. Bu istifa, tamamen Anayasal bir hakkın kullanılabilmesi için yapılması zorunlu bir istifadır. Bu yapılmadığı takdirde yurttaşın temel bir Anayasal haktan yararlanması söz konusu olamayacaktır. Denmektedir ki, “Milletvekili aday olmak istemi kişinin isteği ve tercihidir. Dolayısı ile bu nedenle yapılan

## Seçim mevzuatı nedeni ile yapılması zorunlu istifanın istifa edenin özgür iradesine dayalı olduğu iddia edilemez.

bir istifa kişinin isteğinden ve tercihinden kaynaklanmaktadır. O halde bu istifayı isteğe bağlı bir istifa olarak değerlendirmeli ve 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesi kapsamında kıdeme hak kazandırmayan bir eylem olarak düşünmelidir.”

İş Hukukunun temel ilkelerinden biri, yorumun işçi yararına yapılmasıdır. İstifa olgusunu “özgür iradeye dayalı istifa-yasal zorunluluk nedeni ile istifa” ayrımını yapmadan yorumlarsak, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18. maddesinde sayılan kişilerden statü hukukuna bağlı olmayıp iş sözleşmesine ve İş Kanunu'na tâbi olarak çalışanlar için kıdem tazminatı hakkını kaybetmemek nedeniyle bir Anayasal haktan faydalanamama gibi bir durumla karşılaşılacaktır. Böyle bir sonucun işçi yararına yorum ilkesine aykırı olacağı açıktır.

Yargı organları, seçilme hakkından yararlanmak isteyen ve 2839/18 kapsamında sayılan İş Kanunu'na tâbi olarak çalışan kişilerin yasal nedenlerle yapmak zorunda oldukları istifa eylemini kıdem tazminatını ortadan kaldıran bir irade beyanı değil, Yasadan kaynaklanan sui generis bir olgu olarak kabul etmeleri gerekir. Milletvekili aday olmak, Anayasal bir haktan yararlanmak için istifa etmek zorunda bırakılan kişinin seçilemeyip, eski işinde yeniden istihdam edilmesi ve sonradan kıdeme hak kazanacak biçimde hizmet akdinin sonlandırılması durumunda istifa öncesi hizmeti mutlaka kıdem tazminatın hesabında dikkate alınmalıdır. Bunun aksini savunmak iş hukukunun, bu konuda, işçiyi koruyucu işlevini yitirmesi anlamına gelir ki bu anlayış iş hukukunun temel felsefesi ile bağdaşamaz.

### DİPNOTLAR

- 1 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri (20. bası), Beta Yayınları, 2007, s. 73.
- 2 Tankut Centel, Kenan Tuçomağ, İş Hukukunun Esasları (4. bası), 2005, s. 65.

- 3 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, 2004, s. 45.
- 4 İbid. s. 50.
- 5 Marco Biagi, İş Yaratma ve İş Hukuku, 2003, MESS Yayınları, s. 33.
- 6 Nuri Çelik, a.g.e., s. 289.
- 7 Yarg. HGK 6.6.1984, E. 1982/9-724, K.1982/657, Yarg. 9 HD 20.9.1999, E. 1999/1158, K. 1999/13917.
- 8 Yarg. 9 HD 11.12.2000, E. 2000/13314, K. 2000/18557.
- 9 Yarg. 9 HD 21.10.1999, E. 1999/12733, K. 1999/16168.

Dr. A. Eda MANAV

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Feshe İtiraz Davasının Yargılama Sürecinde Gerçekleşen Olayların Davaya Etkisi

## GİRİŞ

İşverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti amacıyla açılan feshe itiraz davasının yargılama sürecinde meydana gelen olayların, davayı ne şekilde etkilediği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çalışmamızda önce kısaca feshe itiraz davasının konusu ve tarafları incelendikten sonra, yargılama devam ederken gerçekleşen olayların davaya etkisi tartışılmıştır. Yargılama devam ederken işçinin işverence işe davet edilmesi, işçinin bu davete olumlu yanıt vererek işe başlaması veya olumsuz yanıt vererek işe başlamaması, bu süreçte işçinin ölümü halinde mirasçılarının davaya devam edip edemeyecekleri, yargılama devam ederken işyerinin kapatılmasının davayı konusuz bırakıp bırakmayacağı ya da bu dönemde işçinin emekli olması halinde davanın akıbetinin ne olacağı gerek doktrin görüşleri gerek yargı kararları çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

## 1. FESHE İTİRAZ DAVASI

### A. Feshe İtiraz Davasının Konusu

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmesinin işveren tarafından geçerli neden gösterilmeksizin veya İş K.m.19'da öngörülen fesih bildirim usulüne uyulmaksızın feshi halinde, işçiler feshin geçersizliğini ileri sürerek fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde feshe itiraz davası<sup>1</sup> açabilirler. Feshin geçersizliği iddiası ile açılan feshe itiraz davasının konusu, feshin geçersiz olduğunun tespit edilmesi ve bunun sonucunda işçinin işe iadesinin sağlanmasıdır. Söz konusu davanın temel amacı işe iadenin sağlanması olduğu için, bu dava tazminat talebini kapsamaz. İş ilişkisinin işverence yapılan fesihle sona erip ermediğinin tespiti amacıyla açılan feshe itiraz davası, yıllık izin ücreti talebini ve iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı hak taleplerini de içermez<sup>2</sup>.

İş güvencesi hükümleri kapsamında olan bir

işçinin sözleşmesinin geçersiz feshi halinde, işçi işe iade talebi yerine kötüniet tazminatı talep edemez<sup>3</sup>. Doktrinde aksi yönde ileri sürülen bir görüşe göre ise, işçinin feshe itiraz davasını kazanmış olması halinde dahi işe dönmek istememesi veya işe başlama olanağına fiilen sahip olmaması halinde işe iade yerine kötüniet tazminatı veya sendikal tazminat talep etme hakkı olmalıdır<sup>4</sup>. Olması gereken hukuk bakımından bu görüşün isabetli olduğu düşünülebilirse de, mevzuatımızda işçiye böyle bir seçim hakkı verilmemiştir<sup>5</sup>.

Alman hukukuna baktığımızda (Alman Feshe Karşı Koruma K.§ 9–10), mahkemece feshin geçersizliği tespit edildiği zaman işçi veya işverenin, iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği gerekçesi ile, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve tazminat veya işe iade talebinde bulunmak konusunda seçimlik bir hakka sahip olduklarını görmekteyiz<sup>6</sup>.

## B. Feshe İtiraz Davasının Tarafları

Feshe itiraz davasının bir tarafı iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçi, diğer tarafı ise işçinin sözleşmesini fesheden işverendir. Feshe itiraz davası bizzat işçinin kendisi tarafından açabileceği gibi avukatı ya da üyesi olduğu sendikaya verdiği yetki belgesi ile sendika avukatı tarafından da açılabilir<sup>7</sup>.

Feshe itiraz davası açma hakkı kişiye bağlı bir hak olup, ölümle mirasçılara geçmez. Nitekim bu dava ile esas olarak işçinin işe iadesi amaçlanmaktadır ve işçinin ölümünden sonra işe iadesi mümkün değildir<sup>8</sup>. İşçinin fesih bildirim süresinin bitiminden önce ölümü halinde mirasçılarının dava açma hakkı bulunmamaktadır. Nitekim iş sözleşmesi işverenin feshi ile değil, işçinin ölümü ile sona ermiştir. Buna karşın işçi fesih bildirim süresi sona erdikten sonra ölmüşse, mirasçılar fesih bildiriminin sona erdiği tarihten işçinin ölümü tarihine kadar işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin hakları talep edebilmek için feshe itiraz davası açabilir veya açılmış olan davaya devam edebilirler<sup>9</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, mirasçılarin fesihten itibaren bir ay içinde, fesih sebebinin geçersiz olduğunu veya hiçbir sebep gösterilmediğini ileri sürerek, fesihten ölüm tarihine kadar

murislerinin boşa geçirdiği süreye ilişkin ücret ve diğer mali haklara ilişkin alacak davası açma hakkı olmakla birlikte, bu şekilde bir dava açılması halinde, işveren geçerli sebebin varlığını kanıtlayamaz ve mahkemece feshin geçersizliğine karar verirse, mahkemece işçiye işe başlatmamanın yaptırımını olan iş güvencesi tazminatının işveren tarafından mirasçılara ödetilmesine karar verilemez. Nitekim ölüm ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermiştir<sup>10</sup>. Aksi yöndeki diğer bir görüşe göre ise, işçinin henüz dava açmadan ölümü halinde mirasçılar feshe itiraz davası açamayacakları gibi çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve eklerini ve iş güvencesi tazminatını da talep edemezler. Sadece eğer ödenmemişse ihbar ve kıdem tazminatı ile diğer işçilik hakları için dava açabilirler<sup>11</sup>. Nitekim dava hakkı, asıl hakka bağlı ferî bir haktır. Bu nedenle de ancak hak sahibi tarafından kullanılabilir. Sözleşmesi feshedildikten sonra ölen işçinin işyerine dönerek tekrar çalışması mümkün olmadığı için, bu hakkın dava edilmesi de söz konusu olamaz<sup>12</sup>.

İşçinin feshe itiraz davası açması ve dava devam ederken ölmesi halinde, doktrinde bir görüş tarafından mirasçıların fesih tarihinden ölüm tarihine kadar en çok dört aya kadar ücret ve eklerini talep edebilecekleri, ancak tazminat talebinde bulunamayacakları ileri sürülmüştür<sup>13</sup>. Mirasçılara iş güvencesi tazminatı ödenmeyeceğini kabul eden diğer bir görüşe göre ise, işçi başvuru koşulunu gerçekleştirilmeden öldüğü için çalıştırılmayan süreye ilişkin ücret ve eklerinin mirasçılara ödenmesi mümkün değildir. Nitekim kanunda işçinin işverene başvuru koşulunun gerçekleşmemesi halinde feshin geçerli bir fesih gibi hüküm ve sonuç doğuracağı açıkça düzenlenmiştir. Bu görüşe göre iş güvencesi, geçersiz sayılan fesih sonucunda işçinin işe iade edilmesi amacını taşımaktadır. Tazminat amacı bulunmamaktadır. Bu nedenle mirasçılara ne işçinin en çok dört aya kadar ücret ve eklerinin ne de iş güvencesi tazminatının verilmesi mümkün değildir<sup>14</sup>. Ancak feshin geçersizliğine ilişkin olarak açılan dava işçi lehine sonuçlanmış ve davacı işçi on iş günü içinde işe başlamak üzere işverene başvurmuş ve daha sonra ölmüş ise, mirasçıların murisin



çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarını işverenden talep etmesi hakkaniyet gereğidir<sup>15</sup>. Buna karşın, muris ölmeden önce feshin geçersizliğine ilişkin dava açmış ve açtığı dava kesinleşmiş, işe iadesini talep etmiş ve işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmamış ve daha sonra işçi ölmüşse, artık mahkemece verilen tazminat hakkı murisin malvarlığı kapsamına girdiği için mirasçılar ücret ve diğer haklarla birlikte bu tazminatı da talep edebilir<sup>16</sup>.

Feshe itiraz davasında pasif husumet işverene aittir. İş K. m. 2/1'e göre işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ve tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da işveren sayıldığı için, işveren sıfatıyla tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara da dava açılmasının mümkün olduğu düşünülebilse de, doktrinde tüzel kişiliği olmayan toplulukların feshe itiraz davasında husumete ehil sayılabilmelerinin sıkıntı yaratacağı ileri sürülmektedir. Nitekim dava sonuçlandığı zaman, tüzel kişiliği olmayan topluluğa nasıl icra takibi yapılacağı, tebligatın hangi adrese yollanacağı, sürenin ne zaman başlayacağı, davayı kimin yürüteceği gibi sorunlar oluşacaktır<sup>17</sup>. Fesih yetkisini kullanmış olsalar dahi işveren vekiline karşı feshe itiraz davası açılmaz<sup>18</sup>. Nitekim işveren vekillerinin yapmış oldukları işlemlerden dolayı hukuki sorumlulukları yoktur ve hukuki sorumluluk işverene aittir<sup>19</sup>.

## II. FESHE İTİRAZ DAVASININ YARGILAMA SÜRECİNDE GERÇEKLEŞEN OLAYLARIN DAVAYA ETKİSİ

### A. Yargılama Devam Ederken İşçinin İşe Davet Edilmesi

İşçinin yargılama sırasında işverence davet edilmesi ve işe başlatılmasının hukuki sonuçları tartışmalı olmakla birlikte, mahkemece feshin geçerli olup olmadığına ilişkin karar kesinleşinceye kadar yargılama sırasında işçinin çalıştırılmasının hukukten işverene bir hukuki yarar sağlayıp sağlamayacağı da tartışılabilir. Feshe itiraz davası açıldığı zaman, dava sonuçlanıncaya kadar geçen süreçte feshin geçerli olup

olmadığı belirsizdir. Dava kısa sürede sonuçlanamayacağı için, uzun süreli bir belirsizlik durumu söz konusu olur. Mahkeme feshin geçersizliğine karar verirse ve işçi bu dava sürecini çalıştırılmaksızın boşta geçirmişse, işçinin işe iade edilmesi sonucunda tekrar işe entegre olması zor olur. Her ne kadar dava kendi lehine sonuçlanmış olsa da, fiili olarak işini kaybetmiş olur. Bu sebeple dava devam ederken de işçiye işe devam olanağı sağlanması isabetli olabilir<sup>20</sup>. Ancak bu durumda da başka bir sıkıntı gündeme gelebilir. Nitekim davanın işçinin aleyhine sonuçlanması ve feshin geçerli olduğuna karar verilmesi halinde, işveren anlamsız yere işçiyi dava sürecinde çalıştırmış olacaktır. Alman hukukunda kanun koyucu bu çelişkiyi ancak belirli koşullar altında işçinin dava sürecinde de çalıştırılması ile çözmeye çalışmıştır<sup>21</sup>.

Alman hukuku düzenlemelerine göre, işverence süreli fesih bildirimini ile işten çıkarılan işçi belirli koşullar altında işe devamı talep edebilir. Bunun için öncelikle Temel İşletme Yasası § 102 çerçevesinde işyeri kurulu süresinde ve usulüne uygun olarak fesih bildirimine itiraz etmeli ve işçinin gerekirse başka bir işte çalışmaya devamını istemelidir. Bununla birlikte işçi süresinde feshe karşı koruma davası açmalı ve bu dava sürecinde işverenden çalışmanın devamını talep etmiş olmalıdır<sup>22</sup>. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde işçi feshe karşı koruma davası sonuçlanıncaya kadar değişmeyen koşullarda çalıştırılmış ve böylelikle iş ilişkisi kesintisiz devam etmiş olur. İşveren bu süreçte istihdam ettiği işçiye çalışması karşılığında ücretini de öder<sup>23</sup>.

İşyerinde işyeri kurulunun bulunmaması veya işyeri kurulunun süresi içinde ve usulüne uygun bir şekilde fesih bildirimine itiraz etmemesi halinde, işçi Temel İşletme Yasası § 102'ye dayanamaz. Bu durumda menfaatlerin dengelenmesi ilkesi çerçevesinde işçinin dava sürecinde çalışma talebinin kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilir<sup>24</sup>. İş hukukunda asıl amaç iş ilişkisinin devam ettiği müddetçe işçinin fiili olarak çalıştırılmasıdır. Ancak dava sürecinde feshin geçerli olup olmadığı belirsiz olduğu için, iş ilişkisinin devam edip etmediği de belirsizdir. İşçinin dava sürecinde çalıştırılma tale-

binin reddi için kural olarak işverenin işçiyi çalıştırmama konusunda daha üstün bir menfaati olmalıdır. Eğer işverence yapılan fesih açıkça geçersiz ise, yapılan menfaat dengelemesi işveren aleyhine olur ve işçinin istihdamın devamına ilişkin talebinin değerlendirilmesi gerekir. Buna karşın aslında iş ilişkisi devam ederken de işverene fesih hakkı veren birtakım sebepler dolayısıyla işveren dava sürecinde işçinin işe iade talebini reddedebilir<sup>25</sup>

İşçinin feshe itiraz davası devam ederken işe iade talebinin ve bu süreçte çalıştırılıp çalıştırılmamasının sonuçları belirsizdir. Mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmiş ve işçi dava sürecinde işe iade edilmiş ise iş ilişkisi kesintisiz devam etmiş olur ve işçi de bu süreçte çalıştığı için çalışmasının karşılığı ücreti elde etmiş olur. İşçi davayı kazanmış, ancak bu süreçte çalıştırılmamışsa, iş sözleşmesi fesihle sona ermeyeceği ve iş ilişkisi kesintisiz devam edeceği için, işveren kabulde temerrüde düşmüş olur ve Alman Medeni K. § 615 çerçevesinde çalıştırılmadığı halde işçiye bu süreye ilişkin ücretini ödemek zorunda kalır<sup>26</sup>.

### 1. Yargılama Devam Ederken İşçinin İşe Başlatılması

Feshe itiraz davasının yargılaması devam ederken işçi işveren tarafından çalıştırılmak üzere işe davet edilebilir. İşçinin geçersiz fesih iddiasıyla açtığı feshe itiraz davası devam ederken işverence işe başlatılması halinde, önceden açmış olduğu feshe itiraz davasının konusuz kalıp kalmayacağı, boşta geçen sürelerle ilişkin ücretini talep edip edemeyeceği, dava sonuçlanmadan tekrar işyerinde çalışmaya başlayan işçinin bu sözleşmesinin yeni bir sözleşme sayılıp sayılmayacağı uygulamada tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, işçi feshe itiraz davası devam ederken işe davet edilmiş, çalışmaya başlamış ve bu işe başlatmanın sözleşmenin devamı anlamına gelmediği ileri sürülmemiş ise, feshin geçersizliğine ve buna bağlı tazminata ilişkin dava konusuz kalacaktır. Nitekim işçinin işe başlatılması ile davayla amaçlanan sonuç gerçekleşmiş olur<sup>27</sup>. Fakat işçi boşta geçen süreye ilişkin ücret davasını geri almamış ise, boşta geçen süre ücretine yönelik davanın

yargılamasına devam edilmesi gerekir. Bu durumda boşta geçen süre ücreti, işçinin işe iade olduğu tarihe kadar en çok dört aylık süre için hüküm altına alınır<sup>28</sup>. Doktrinde bir başka görüşe göre de, işe iade gerçekleştiği için iş güvencesi tazminatına esas olacak ücretin belirlenmesine de gerek yoktur. İşçinin aynı ya da daha iyi bir konumda işe iade edilmesi halinde feshin geçersizliğine karar verilemeyecektir. İşveren işçiyi işe davet ederek, feshin geçerli bir nedene dayanmadığını kabul etmiştir. Davanın konusuz kalması halinde boşta geçen süre ücretine karar verilmeli ve böylece geçersiz feshin uygulandığı tarihten işe iadeye kadar geçen süreçte dört aya kadar ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması ile feshin geçersizliği tespit edilmiş olmalıdır. Bu şekilde işçinin işe başlayıncaya kadar geçen sürede mahrum kaldığı dört aya kadar ücret ve diğer hakları korunmuş olacaktır<sup>29</sup>.

Bir başka görüşe göre ise, bir davanın konusuz kaldığından söz edebilmek için her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hiçbir hukuki yararının olmaması gerekmektedir. Ancak yargılama devam ederken işçinin işverence işe davet edilmesi ve bu daveti kabul etmesi halinde yargılamanın devamında menfaati bulunmaktadır. Nitekim işçi sözleşmenin geçersiz olarak feshedildiği tarihten işe davet edildiği tarihe kadar geçen süreye ilişkin ücretini talep edecektir<sup>30</sup>. Eğer bu davanın konusu sadece işçinin işe iadesi olsaydı, işçinin tekrar işe başlaması nedeniyle davanın konusuz kalmasından söz edilebilirdi. Ancak davanın konusu sadece işçinin işe iadesi değil, feshin geçerli olup olmadığı ve buna bağlı olarak işçinin çalıştırılmadığı süredeki ücret talebidir. Bu nedenle, işçi işe başlatılmasına rağmen, davaya devam edilmeli ve feshin geçersizliği ve işçinin ücret talebi hakkında bir karar verilmelidir. Davanın tamamen konusuz kaldığı kabul edilirse, işverenin yargılama devam ederken işçiyi işe başlatarak işçinin iş güvencesine ilişkin birtakım haklarının ortadan kalkması gibi hukuka aykırı bir sonuç doğar<sup>31</sup>. Bununla birlikte, davanın konusuz kalması halinde yargılama giderlerine kimin mahkûm edileceğini belirleyebilmek için, bu yönüyle davanın yar-

gılamasına devam edilmelidir. Bu belirleme yapılırken, işçinin dört aya kadar çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret de tespit edilmelidir<sup>32</sup>.

Başka bir görüşe göre, feshe itiraz davasının yargılaması sırasında işçinin işverence işe başlatılması halinde, kural olarak işverenin feshin geçerli nedenle yapılmadığını, yani geçersiz olduğunu kabul ettiği sonucuna varılarak, işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücret ve diğer haklarını alması için gerekli olan ve İş K.m.21/5'de düzenlenen işverene işe iade için başvuru koşulu, işçi o yerde çalışmaya başladığı için yapılmış sayılacak ve işçi çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücretine hak kazanacaktır<sup>33-34</sup>.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre de, feshe itiraz davası devam ederken işveren tarafından işçinin işe davet edilmesi ve hatta işe başlatılmış olması halinde, bu durum devam eden dava üzerinde bir etki yaratmamalıdır. Mahkeme fesih sonrası ortaya çıkan bu durumu dikkate almadan feshin geçerli ya da geçersiz olduğunu tespit etmelidir. Mahkeme tarafından feshin geçersizliği yönünde bir karar verilip, bu karar kesinleşinceye kadar fesih geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu nedenle yargılama devam ederken işçinin işverence işe başlatılması, yeni bir iş sözleşmesinin kurulması konusunda icap olarak kabul edilebilir. İşçinin bu icaba uyarak işe başlaması ile iş ilişkisi kurulmuş olur<sup>35</sup>. Ancak bu ilişkinin yeni bir iş sözleşmesine mi dayandığı yoksa eski iş ilişkisinin devamı mı olduğu mahkemenin vereceği karardan sonra kesinlik kazanır. Mahkemenin feshin geçerli olduğuna karar vermesi halinde, yeni bir iş sözleşmesinden, feshin geçersiz olduğuna karar vermesi halinde ise, önceki sözleşmenin devamından söz edilecektir<sup>36</sup>.

Doktrinde benzer bir görüşe göre, fesih bildiri yapıldığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu nedenle işverenin fesihten vazgeçtiğini belirtmesi ve işçinin işe geri dönmesini istemesi işçiyi bağlamaz. İşçinin işe geri dönmeyi istemesi halinde, işçi ile işveren arasında yeni bir sözleşme yapılmış olacaktır. Bu yeni sözleşme yeni çalışma koşulları belirlenerek veya eski çalışma koşullarının devam edeceği kararlaştırılarak yapılabilir<sup>37</sup>. Ancak dava devam ederken

işçinin işe başlatılması işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim sözleşmenin feshi için geçerli bir sebep bulunmasına karşın, usuli birtakım eksiklikler nedeniyle fesih geçersiz olabilir<sup>38</sup>. Doktrinde aksi yönde ileri sürülen bir görüşe göre ise, feshe itiraz davasının yargılaması sırasında işçinin işverence işe başlatılmasının yeni bir sözleşme olarak nitelendirilmesi, işçi aleyhine sonuçlar doğurabilir. Bu ilişkinin yeni bir sözleşme olarak kabulü, işçinin önceki fesih dolayısıyla elde ettiği ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti gibi işçilik haklarının zarar görmesi ve kıdem tazminatı hakkının da sıfırlanması anlamına gelir<sup>39</sup>. Bununla birlikte işverenin feshe itiraz davası devam ederken işçiyi işe davet etmesi ve işçinin işe başlatılması, kural olarak işverenin feshin geçersizliğini kabul ettiği ve fesih beyanının geri alınması şeklinde yorumlanmalıdır<sup>40</sup>. Fesih bildiri tek taraflı bir irade beyanıdır ve bu beyandan tek taraflı olarak dönülemez. Ancak tarafların karşılıklı irade beyanları ile fesih bildiriminin anlaşarak geri alınması ve bu ilişkinin eski iş ilişkisinin devamını niteliğinde olduğunun kabulü mümkündür. Bu şekilde bir yorum yapıldığında, işçinin işe alınma tarihine kadar geçen en çok dört aylık süreye ilişkin ücret ve haklarının kendisine ödenmesi gerekmektedir. Nitekim dava bu yönüyle konusuz kalmamaktadır<sup>41</sup>.

Doktrinde işçinin yargılama sırasında işverence işe davet edilmesi üzerine işe iadesinin, kural olarak davayı konusuz bırakacağını savunan bir görüşe göre, böyle bir durumda işveren feshin geçersizliğini kabul etmiş olur. Davacı işçinin işe başlatılması, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesinden sonra işe iadesi ile aynı hukuki sonuçları doğurur. Bu nedenle artık iş güvencesi tazminatının ödenmesi söz konusu olmayacağı için ayrıca iş güvencesi tazminatının miktarının belirlenmesine gerek bulunmamaktadır<sup>42</sup>. Ancak böyle bir durumda davacı işçi açıkça feragat etmemiş veya talebini geri almamış ise boşta geçen süre ücretinin verilmesi gerekmektedir. Yargılama sırasında işçinin işe başlaması, boşta geçen süre ücretinin talebi için gerekli olan feshin geçersizliği kararı ve işçinin işverene işe iade için başvuru koşulu-

nun da önceden gerçekleştiği anlamına gelir<sup>43</sup>. Yargılama sırasında işverenin daveti üzerine işe başlayan işçi ya da işveren bu ilişkinin yeni bir sözleşme ilişkisi olduğunu ileri sürerse, işçinin işe iadesi davanın konusuz kalmasına neden olmaz. Bu durumda feshe itiraz davasının yargılamasına devam edilerek, davanın sonucuna göre feshin geçerli ya da geçersiz olduğu tespit edilmelidir<sup>44</sup>.

Yargıtay'a göre, feshe itiraz davası devam ederken işçinin işverence işe daveti üzerine işe başlaması halinde, aksi ileri sürülmedikçe işverenin feshin geçersizliğini kabul ettiğinden söz edilir. Feshin geçersizliğinin kabulü, aynı zamanda davanın da kabulü anlamına geldiği için, davanın kabulü ile feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekir<sup>45</sup>. Yargıtay'ın bir kararına göre, işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilen işçinin feshe itiraz davası açtıktan sonra yargılama devam ederken işverence işe davet edilmesi yeni bir iş sözleşmesi için icap niteliğini taşımaktadır<sup>46</sup>. Yargıtay işçinin yargılama devam ederken işe başlatılması halinde davanın konusuz kalıp kalmayacağına ilişkin farklı kararlar vermiştir.

2003 yılında verdiği bir karara göre, feshin geçersizliği nedeniyle dava açan işçi, dava sırasında işveren tarafından işe başlatıldığı takdirde davanın konusuz kalması nedeniyle boşta kalan süreye ilişkin ücreti talep edemez<sup>47</sup>. Yargıtay'ın 2004 yılında verdiği bir karara göre, davacı işçinin feshe itiraz davası devam ederken işverence işe başlatılması halinde, davanın konusuz kalması sebebiyle herhangi bir karar verilmesine gerek bulunmamaktadır. Davacı işçi davasından açıkça feragat etmedikçe işçinin çalıştırılmadığı süreye ilişkin dört aya kadar olan ücretini talep edebilmesi için daha önce yapılmış olan feshin geçerli olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir<sup>48</sup>. Yargıtay önceki kararlarında boşta geçen süre ücretinin ödenmemesine ilişkin görüşünü daha sonra değiştirmiştir. 2005 yılında verilen bir karara göre ise, davacı işçinin feshe itiraz davasının yargılaması sırasında işverence eski işine başlatılması halinde, dava konusuz kaldığı için bu konuda karar verilmesine gerek bulunmamakla birlikte, işçiye boşta geçen süreye ilişkin en çok dört aya kadar olan ücretin

işverence ödenmesi gerekmektedir<sup>49</sup>. 2006 yılında verilen bir karara göre ise, davacı işçinin feshe itiraz davası devam ederken bir gün de olsa işe başlaması davayı işe iade talebi bakımından konusuz bırakır<sup>50</sup>. Yargıtay 2009 yılında verdiği bir kararda bu konudaki uygulamasını şöyle açıklamıştır: "Dairemiz uygulamasına göre dava devam ederken, davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmektedir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ve işçinin işe başlatıldığı tarihe kadar çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer hakları hüküm altına alınmalı, işe başlatıldığı için işçinin konusuz kalan işe iade ve işe başlatmama tazminatına ilişkin istekleri bakımından "karar verilmesine yer olmadığına" biçiminde hüküm kurulmalıdır. Kuşkusuz varılan bu sonuç feshin geçersizliğinin kabulü anlamına gelecek "işe başlatma" ile ilgilidir. İşverenin fesihten sonra işçiyi işe başlatmakla birlikte feshin geçerli nedene dayandığını ileri sürmesi durumunda işe başlatma feshin geçersizliğinin kabulü anlamında yorumlanamaz. Bu durumda "işe başlatma" yeni bir iş sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir işlem olarak değerlendirilmeli ve hiç yapılmamış varsayılarak, dava konusu feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının araştırılıp incelenmesi ve ortaya çıkacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir."<sup>51</sup>

Kanaatimizce, yargılama sırasında işe davet edilen işçinin çalışmaya başlaması ile feshin geçersizliği itirazı ile açılan dava, işe iade bakımından konusuz kalır. Nitekim işçinin işe başlatılması ile, davanın asıl amacı olan işe iade gerçekleşmiş olur. Ancak, işçinin işe davet edilmesi halinde, taraflar bu ilişkinin yeni bir iş ilişkisi olmadığı, eski iş ilişkisinin devamı olduğu konusunda anlaşmışlar ise, davaya işçinin işten çıkartıldığı tarih ile tekrar işe başlatıldığı tarih arasında geçen boşta geçen süre ücreti ve yargılama giderleri bakımından devam edilmelidir.

## 2. İşçinin İşe Davete Olumsuz Yanıt Vermesi

Feshe itiraz davası devam ederken işçinin



işverenin işe davetini kabul etmemesi, açıkça işe geri dönmeyeceğini bildirerek işe başlamaması halinde, davanın devamı bakımından işçinin hukuki bir yararı kalmadığı söylenebilir. Nitekim davanın konusu işe iadedir. Ancak işçinin işverence işe başlatılmaması halinde parasal sonuçlar doğar. Bu nedenle, işçinin işe başlamayacağı konusundaki irade beyanı, işe iade bakımından davanın konusuz kaldığını gösterir<sup>52-53</sup>. Zira feshin geçersizliğine ilişkin iş güvencesi düzenlemelerinin hüküm doğurabilmesi için, işçinin işverene işe başlamak üzere başvurması gerekmektedir. İşçinin yargılama sırasında işverence yapılan davete olumsuz yanıt vererek, işe dönmek istemediğini bildirmesi halinde yargılamanın devamı ve işe iade kararı verilmesi anlamsız olur<sup>54</sup>.

Buna karşın, doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, işçinin yargılama sırasında işverence yapılan işe başlatma yönündeki çağrıya olumlu cevap vermemesi, feshe itiraz davasını olumsuz etkilememeli ve işçinin işe iadeyi istemediği şeklinde yorumlanmamalıdır. İşçinin açmış olduğu davanın sonucunda feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadeye karar verilmesi sonucunda işe başlamak istemesi mümkündür<sup>55</sup>. Doktrinde benzer doğrultuda bir başka anlayışa göre, işçinin işverenin davetine olumsuz yanıt vermesi işçinin iş güvencesinden vazgeçtiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Yargılama sırasında işçinin işe davet edilmesi halinde, işverenin feshin geçerli olmadığını kabul ettiği ve bu davetle yeni bir iş sözleşmesi için icapta bulunduğundan söz edilebilir. İşçinin de uygun olmayan (örneğin işverenin aralarında husumet olması halinde yapılan davet veya boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılması şartına bağlı olarak yapılan davet) bir daveti kabul zorunluluğu yoktur<sup>56</sup>.

Yargıtay'ın bir kararına göre, "İşçinin açmış olduğu davanın sonucunda işe iadeyi sağlama çabası yasal hakkıdır. Açtığı davada yargı kararı güvencesi ile işe başlatılmasını isteme hakkına sahip olan işçi daveti kabul etmek zorunda bırakılmamalı, davayı kabul etmediği için dava reddedilmemelidir."<sup>57</sup>

Kanaatimizce, iş güvencesine ilişkin düzenlemelere bakıldığında, işçinin işe iade ya da

tazminat konusunda seçim hakkı olmadığı ve iş güvencesinin asıl amacının da geçersiz feshin nedeniyle süresi içinde başvuran işçinin işe başlatılması olduğu görüldüğü için, yargılama sırasında işçinin işverence işe başlatılma önerisini reddi, yargılamaya devam edilmesinin gereksiz olduğunu gösterir. Bununla birlikte, işverenin işe iade davetine uymayan işçinin işe iade hakkından vazgeçtiği de söylenebilir.

## B. Yargılama Devam Ederken İşçinin Ölümü

Yargılama devam ederken işçinin ölümü halinde, davanın muhatabı olan kişi artık olmadığı için, davanın konusuz kaldığı söylenebilir<sup>58</sup>. Nitekim feshe itiraz davalarında asıl amaç ve talep işçinin işe iadesidir. Bu nedenle işi yapacak olan bir işçi, iş verecek olan bir işveren ve işin görüleceği bir işyeri olmalıdır<sup>59</sup>. Davacı işçinin yargılama sırasında ölmüş olması halinde, işe başlamak için işverene başvurması imkânsız hale gelmiştir. Bu sebeple de işe iade bakımından bir hüküm verilmesinin anlamı olmasa da, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin talep edilebilmesi mümkün olabilmelidir<sup>60</sup>. Doktrinde benzer doğrultuda ileri sürülen bir görüşe göre, yargılamanın devamı sırasında işçinin ölümü halinde, dava özünde konusuz kalmış olsa da, hem yargılama giderleri hem de ölüm anına kadar olmak ve dört ayı geçmemek şartıyla boşta geçen süre ücretinin hesaplanması gerekeceği için, bu yönüyle davaya devam edilmelidir<sup>61</sup>. Nitekim bu durumda, işçinin işe iadesine karar verilemese de; davanın haklı görülmesi halinde, işverenin mirasçılara işçinin çalıştırılmadığı dört aya kadar ücret ve eklerini ödemesine hükmedilmelidir<sup>62</sup>. Doktrinde bu bağlamda ileri sürülen bir görüşe göre, bu hakların talebi için işçinin feshe itiraz davası açıp, işverene işe iade için başvurduktan sonra ölmüş olması gerekmektedir<sup>63</sup>. Feshe itiraz davasının yargılması devam ederken işçinin ölümü halinde feshin geçersizliğinin tespitinde mirasçıların hukuki yararının olduğu söylenebilir. Ancak İş K.m.21 çerçevesinde feshe itiraz davasının hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için öncelikle feshin geçersizliğinin tespit edilmesi ve işçinin işe iade için işverene başvur-

ması gerekmektedir. İşçinin ölümü ile işverene başvuru koşulunun gerçekleşmesi imkânsız hale geldiği için, geçersizliğin tespitinde de bir hukuki yarar kalmamaktadır<sup>64</sup>.

Yargıtay'ın daha önce vermiş olduğu bir kararına göre, işçinin feshe itiraz davasının yargılaması sırasında ölümü halinde işe başlamak için işverene başvurması imkânsız hale gelmiştir. Bu nedenle ölen işçinin mirasçıları bakımından dört aylık ücret ve diğer hakların belirlenmesine ilişkin talebin reddi gerekir<sup>65</sup>. Yargıtay'ın 2009 yılında vermiş olduğu bir karara göre ise, "Davacı işçi feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade isteğinde bulunmuş, davalı işveren feshin geçerli nedene dayandığını savunmuştur. Yargılama sırasında davacı işçi ölmüş, mirasçıları davaya devam etmişlerdir. ...Davacı işe iade davasını açarken feshin geçerli bir nedene dayanmadığını iddia etmiştir. Geçersiz fesih var ise ölüm tarihine kadarki boşta geçen süre ücretine yasal dört aylık sınırlama dikkate alınarak hükmedilmelidir. Böyle bir sonuç genel olarak yasanın amacına da uygundur. Aksi halde işverenin haksız davranışı işçinin ölümü nedeniyle karşılıksız kalmaktadır. Bu durum da adalet duygusunu incitir."<sup>66</sup>.

Doktrinde bazı yazarlarca savunulan ve Yargıtay'ın da önceden kabul ettiği yargılama sırasında işçinin ölümü halinde, mirasçılar yönünden boşta geçen süre ücreti ve eklerine ilişkin hüküm verilemeyeceğine ilişkin görüş adalet duygusunu zedelemektedir. Nitekim feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde işçinin başvuru yapmadan ölümü nedeniyle işverenin hukuka aykırı fiili yaptırımsız kalmaktadır. Oysa işçi sağlığında feshin geçersizliği iddiasıyla dava açmış ve mahkemece feshin geçersiz olduğuna karar verilmiş olsaydı, işçinin işe başlamak üzere işverene başvuracağı bir varsayım olarak kabul edilmeli ve mirasçılar boşta geçen süre ücret ve eklerini talep edebilmelidir<sup>67</sup>.

### C. Yargılama Devam Ederken İşyerinin Kapanması/Kapatılması

Feshe itiraz davası devam ederken işyerinin kapatılması halinde davanın konusuz mu kalacağı yoksa işyerinin kapatılmasına rağmen davaya devam mı edileceği konusunda doktrinde

farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre işyerinin kapanması da davayı konusuz bırakmaktadır<sup>68</sup>. Bu nedenle de mahkemenin işe iade veya iş güvencesi tazminatına hükmetmesi söz konusu olmaz. Ancak feshin geçersizliği tespit edildikten sonra işyeri kapanmışsa, işçi en çok dört aylık ücretini talep edebilir<sup>69</sup>. Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre, feshe itiraz davası devam ederken işyerinin değişik sebeplerle kapanması halinde, artık işçinin çalıştırılacağı bir işyeri olmayacağı için, işe iade kararı verilmesinin de bir anlamı olmayacaktır. Nitekim dava sonunda verilen kararın amacı işçinin işe iadesinin sağlanmasıdır. Eğer işçinin on iş günü içinde işe başlatılmasını isteyebileceği bir işyeri kalmamışsa, işe başlamak üzere işverene başvurunun da bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla işe başlamak üzere işverene bir başvuru olamayacağı için, boşta geçen süre ücretinin koşulları da gerçekleşmemiş olacaktır. Bu nedenle de işçinin boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatı talebi mümkün değildir<sup>70</sup>. Ancak feshin geçersizliğinin kesinleşmesinden ve işe iade için on iş günü içinde işçinin işverene başvurusundan sonra bir aylık süre içinde işyeri kapandıysa, işçi işverene başvuru koşulunu gerçekleştirdiği için boşta geçen süre ücretini talep edebilir<sup>71</sup>. Bununla birlikte, bir aylık süre içinde işçinin işverence işe başlatılmaması ve bir aylık sürenin bitiminden sonra işyerinin kapatılması halinde, işe iade hükmü bu yönüyle icra kabiliyetini kaybetmiş olsa dahi, işçi işe başlatılmaması dolayısıyla iş güvencesi tazminatını talep edebilirler<sup>72</sup>. Diğer bir görüşe göre, işyerinin kapanması halinde işçinin işe iade amacıyla işverene başvurusu ve işe başlama imkânı olmayacağı için davaya devam da mümkün değildir<sup>73</sup>. Bir başka görüşe göre, mahkeme iş sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın ve son çare ilkesine uyulmaksızın feshedildiğine karar verirse, işverenin işçisini çalıştırabileceği başka bir işyeri olup olmasına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer işverenin işçiyi çalıştırabileceği başka bir işyeri varsa mahkeme işe iade kararı vermelidir. Buna karşın, başka bir işyeri yoksa işe iade olanağı olmadığı için mahkeme işe iade kararına ve iş güvencesi tazminatına hükmedemez. Ancak iş-

yerinin kapandığı tarih itibarıyla iş sözleşmesi yeniden sona ereceği için, bu tarihe kadar olan en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ilişkin ücret ve eklerinin ödenmesine karar verir<sup>74</sup>. Bir diğer görüşe göre de, yargılama devam ederken işyerinin kapatılması halinde, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmelidir. Ancak işyerinin kapatıldığı tarih, işçiyi işe başlatılacak bir işyeri kalmadığı için, yeni fesih tarihi olarak kabul edilmeli ve bu tarihe göre işçiye kıdem, ihbar tazminatı ile en çok dört aya kadar boşta geçen süre ücreti ödenmeli, iş güvencesi tazminatının ödenmesine hükmedilmemelidir<sup>75</sup>.

Doktrinde ileri sürülen bizim de katıldığımız farklı bir görüşe göre ise, işyerinin kapanması halinde işverenin işçiye iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen en çok dört aya kadar olan ücret ve eklerini ödemesine hükmedilmelidir<sup>76</sup>. İşyerinin kapanması ile işçiyi işe başlatma olanağı fiilen olanaksız olsa da, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen en çok dört aylık süreye ilişkin ücret ödenmesi konusunda bir imkânsızlık yoktur<sup>77</sup>. Benzer bir görüşe göre de, işyerinin kesin olarak kapatılması halinde de yargılamaya devam edilerek iş güvencesi ödemeleri yapılmalıdır. Nitekim işyerinin kapatılması ya da kapanması işverenin ortadan kaybolduğu anlamına gelmemektedir<sup>78</sup>. Yargıtay'a göre de, işyerinin kapatılmasına rağmen davaya devam edilmelidir<sup>79</sup>.

#### D. Yargılama Devam Ederken İşçinin Emekli Olması

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe ve Yargıtay'ın eski uygulamasına göre işveren tarafından geçersiz fesihle işten çıkarılan ve feshe itiraz davası açtıktan sonra emekli olan işçi, sözleşmesini kendisi feshetmiş sayılacağı için, feshe itiraz davası konusuz kalır ve konusuz kalan davanın reddi gerekir<sup>80</sup>. Doktrinde ileri sürülen bizim de katıldığımız diğer bir görüşe ve Yargıtay'ın yeni uygulamasına göre ise, feshe itiraz davası devam ederken işçinin emeklilik talebinde bulunması veya emekli olması, feshin işçi tarafından yapıldığı anlamına gelmez. İşçinin emeklilik talebine rağmen yargılamaya devam edilerek davanın sonuçlandırılması gerekmektedir<sup>81</sup>. İşçinin sözleşmesinin işverence

feshi halinde, işçi fesih bildirim süresi içinde emeklilik başvurusunda bulunmuş olsa dahi, feshin geçersizliğini ileri sürebilir ve bu amaçla dava açabilir. Nitekim emekli olan işçinin feshe itiraz davası açma hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme bulunmamaktadır. Fesih hakkı iş ilişkisini ortadan kaldırmak amacıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir hak iken; emeklilik bir sosyal güvenlik hakkıdır ve kurucu yenilik doğuran hak kapsamındadır. Bu iki hakkın işlevleri farklıdır<sup>82</sup>.

#### SONUÇ

Feshin geçersizliği iddiası ile açılan feshe itiraz davasının konusu, feshin geçersiz olduğunun tespit edilmesi ve bunun sonucunda işçinin işe iadesinin sağlanmasıdır. Yargılama sırasında meydana gelen bazı olayların bu davayı nasıl etkileyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. İşçinin yargılama sırasında işverence davet edilmesi ve bu davete olumlu ya da olumsuz yanıt vermesi farklı sonuçlar doğurmaktadır. Feshe itiraz davasının yargılaması devam ederken işçi, işveren tarafından çalıştırılmak üzere işe davet edilebilir. İşçinin, geçersiz fesih iddiasıyla açtığı feshe itiraz davası devam ederken işverence işe başlatılması halinde, önceden açmış olduğu feshe itiraz davasının konusuz kalıp kalmayacağı, boşta geçen sürelerle ilişkin ücretini talep edip edemeyeceği, dava sonuçlanmadan tekrar işyerinde çalışmaya başlayan işçinin bu sözleşmesinin yeni bir sözleşme sayılıp sayılmayacağı uygulamada tartışmalıdır. Kanaatimizce, yargılama sırasında işe davet edilen işçinin çalışmaya başlaması ile feshin geçersizliği itirazı ile açılan dava, işe iade bakımından konusuz kalır. Nitekim işçinin işe başlatılması ile, davanın asıl amacı olan işe iade gerçekleşmiş olur. Ancak, işçinin işe davet edilmesi halinde, taraflar bu ilişkinin yeni bir iş ilişkisi olmadığı, eski iş ilişkisinin devamı olduğu konusunda anlaşmışlarsa, davaya, işçinin işten çıkartıldığı tarih ile tekrar işe başlatıldığı tarih arasında kalan boşta geçen süre ücreti ve yargılama giderleri bakımından devam edilmelidir. Yargılama sırasında işçinin işverence işe başlatılma önerisini reddi ise, yargılamaya devam edilmesinin gereksiz olduğunu gösterir.

Aynı şekilde, işverenin işe iade davetine uymayan işçinin işe iade hakkından vazgeçtiği de söylenebilir. Yargılama devam ederken işçinin ölümü halinde ise, işçinin işe başlamak üzere işverene başvuracağı bir varsayım olarak kabul edilmeli ve mirasçılar boşa geçen süre ücret ve eklerini talep edebilmelidir. Feshe itiraz davası devam ederken işyerinin kapanması halinde, işverenin işçiye iş güvencesi tazminatı ve boşa geçen en çok dört aya kadar olan ücret ve eklerini ödemesine hükmedilmelidir. Nitekim işyerinin kapanması ile işçiye işe başlatma olanağı fiilen olanaksız hale gelse de, iş güvencesi tazminatı ve boşa geçen en çok dört aylık süreye ilişkin ücret ödenmesi konusunda bir imkânsızlık yoktur. Feshe itiraz davasının yargılama sürecinde işçinin emeklilik talebinde bulunması veya emekli olması, feshin işçi tarafından yapıldığı şeklinde yorumlanmamalı, işçinin emeklilik talebine rağmen yargılamaya devam edilerek dava sonuçlandırılmalıdır.

## DİPNOTLAR

- 1 Ekonomi'ye göre iş sözleşmesinin geçersiz feshi halinde açılan dava, "feshin geçersizliği istemi ile açılan bir dava" olup, ayrıca işe iadeye karar verilmesi istemi davanın konusu olmaz. Nitekim feshin geçersizliğinin hukuki sonucu olarak işçinin yeniden fiilen çalıştırılmasına ilişkin süreç kanunda düzenlenmiştir. İşçinin işe başlatılmamasının yaptırımını da Kanunda tazminat olarak öngörülmüştür. Bkz. Münir Ekonomi, "Feshin Geçersizliği İstemi İle Açılan Dava Sürecinde İşe Başlatma Daveti, Şartları ve Hukuki Sonuçları", Legal YKİ., 8/2008, s.116-117. Yargıtay ise bu davayı hukuk tabikatının yerleşik bir terimi olarak "işe iade davası" olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yarg. 9.HD., 26.2.2007, E. 2007/3819, K. 2007/5079; Cevdet İlhan Günay, İş Davaları, Ankara 2008, s.1308-1309; Yarg. 9. HD., 21.10.2004, E. 2004/5142, K. 2004/23770; Günay, İş Davaları, s.1314-1315; Yarg. 9. HD., 5.7.2004, E. 2004/12516, K. 2004/16973; Günay, İş Davaları, s.1317-1319. Aynı yönde bkz. Osman Güven Çankaya/Cevdet İlhan Günay/Seracettin Gökteş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 1. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.189 vd.; Günay, İş Davaları, s.1133 vd.; Muhammet Özekes, "Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, İstanbul, s.131 vd. Karşılaştırmalı hukuka, örneğin Alman hukukuna baktığımızda ise, "feshe karşı koruma davası" (Kündigungsschutzklage) teriminin kullanıldığını görmekteyiz. Bkz. Eugen Stahlhacke/Ulrich Preis/Reinhard Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9.Auflage, Beck, München 2005, (Vossen), s.675 vd.; Günter Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. neu bearbeitete Auflage, München 2007, (Linck), s. 1472 vd.; Gerrick Hoyningen-Huene/Rüdiger Linck, Kündigungsschutzgesetz Kommentar, München 2007, s.437 vd.; Christian Rolfs, Arbeitsrecht, Studienkommentar, München 2007, s. 331-332; Christian Rolfs/Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Peter Udsching, Arbeitsrecht, Online Kommentar, München 2007 (Erişim) <http://beck1gross.digibib.net/bib/default.asp?vpath=bibdata/komm/beckok/beckok-arbr/BeckOK/KschG/cont/beckok.KschG/p1a.htm.>, § 4, Rn.23 vd.
- 2 Schaub, Arbeitsrecht, s. 1484, Rn.43, 46.
- 3 Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 239. "İş güvencesi kapsamında kalan işçinin seçimsizlik olarak gerekirse feshin geçersizliği ya da bunun yerine kötüniyet tazminatı isteyebileceği sonucuna varılamaz. İş güvencesi kapsamında kalan ve feshin geçersizliğini istemeyen işçi, kötüniyet tazminatı isteğinde bulunamaz." Yarg. 9. HD., 12.9.2005, E. 2005/24784, K. 2005/29252; Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C. 2, 1. bası, İstanbul 2008, s. 51-52. Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 9. HD., 13.7.2005, E. 2005/18736, K. 2005/25514; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C. 2, s. 57-58; Yarg. 9. HD., 14.6.2005, E. 2005/3986, K. 2005/21156; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C. 2, s. 59; Yarg. 9. HD., 15.12.2005, E. 2005/13283, K. 2005/39543; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C. 2, s. 60.
- 4 Polat Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, s. s. 66.
- 5 Aynı görüş Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, s. 240.
- 6 Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, s. 240; Hoyningen-Huene/Linck, s. 512-515. Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Eda Manav, İş Hukukunda Geçersiz Feshin ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 401-402.
- 7 Yargıtay'ın bir kararına göre "Dava davacının Mayıs 2004 tarihinde üye olduğu sendikaya verdiği yetki belgesine dayanılarak sendika vekili tarafından açılmıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 22. maddesi gereğince sendika üyeliği notere tasdik ettirilen sendika üye fişinin sendikaya verilmesi ve sendika tüzüğünde belirtilen yetkili organın kabulü ile kazanılır..." Yarg. 9. HD., 17.3.2005, E. 2005/6146, K. 2005/8732; Çankaya/Günay/Gökteş, s. 590-591. Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "Fesihten sonra bir aylık dava açma süresi içinde üye olan işçi adına sendikaya açılan işe iade davasının incelenmesi gerekir." Yarg. 9. HD., 30.9.2004, E. 2004/4865, K. 2004/21086; Çankaya/Günay/Gökteş, s. 739-740. Yargıtay'ın bir diğer kararına göre sendikanın işçi adına dava açabilmesi için işçinin çalıştığı işkolunda örgütlenmiş olması şarttır. Davacı işçinin farklı işkoluna giren bir işyerinde çalıştığının ortaya çıkması halinde, sendika ile üyelik ilişkisi sona erdiği için, sendikanın işçi adına dava açması mümkün değildir. Fakat sadece bu durum dolayısıyla dava reddedilmez. Davacı işçiye davasını bizzat ya da vekil aracılığı ile takip edebilmesi için ek süre verilmesi ve bunun sonucuna göre uyuşmazlık hükmüne bağlanmalıdır. Yarg. 9. HD., 22.5.2006, E. 2006/10869, K. 2006/15169; Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/3, S. 10, s. 142.
- 8 A. Can Tuncay, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", Çi-



- mento İşveren, C. 17, S. 1, Ocak 2003, s. 11; Erol Aki, "İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 320; Mehmet Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 155; Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 103.
- 9 Schaub, Arbeitsrecht, (Linck), s. 1478, Rn. 22; Hoyningen-Huene/Linck, s. 446, Rn. 63-64; Vossen (Stahlhacke/Preis), s. 704, Rn. 1793; Rolfs/Giessen/Kreikebohm/Udsching, § 4, Rn. 43; Friedrich Becker/Wilfried Hillebrecht, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 8. neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Luchterhand 2007, (Friedrich), s. 341, Rn. 82-83.
- 10 Uçum, s. 155, 156.
- 11 Ömer Ekmekçi, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", MESS Mercek Dergisi, Temmuz 2003, s. 136; Ömer Ekmekçi, "4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine", MESS Mercek Dergisi, Ekim 2002, yıl:7, S. 28, Özel Sayı, s. 110; Tuncay, İş Güvencesi Yasası, s. 11; Ercan Akyiğit, "İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi (Karar İncelemesi)", Kamu-İş, C. 9, S. 4, 2008, s. 12, 15; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 313; Çankaya/Günay/Göktaş, 1. bası, s. 211; Aki, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 320; Süzek, İş Hukuku, s. 578; Sarıbay, s. 104; Cumhur Sinan Özdemir, "İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Çalıştırılmayan Dört Aylık Sürenin Kıdem Süresine Eklennesi Sorunu", Terazi Hukuk Dergisi, Mart 2007, S.7, s. 55.
- 12 Aki, s. 320.
- 13 Ekmekçi, Yeni İş Kanunu, s. 136, Ekmekçi, 4773 sayılı İş Güvencesi, s. 110; Tuncay, İş Güvencesi Yasası, s.11; Uçum, s. 156.
- 14 Sarıbay, s.104.
- 15 Aki, s.320; Çankaya/Günay/Göktaş, s.211.
- 16 Uçum, s. 156.
- 17 Bkz. Sarıbay, s. 120. Tüzel kişiliği olmayan kurum ya da kuruluşların işveren sayılacağına ilişkin bir karar ve incelemesi konusunda bkz. Yarg. 9. HD., 11.12.2003, E. 2003/19269, K. 2003/20526; Tankut Centel, "İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı", (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 291, Mart 2004, (Erişim) www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/mart/hukuk.htm.
- 18 Uçum, s. 161. Yargıtay'ın bir kararına göre, somut olayda acente işveren vekili olduğu için, mahkemece işveren vekili konumunda olan davalı hakkında açılan davanın husumet yönünden reddi gerekir. Nitekim işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlemlerinden işveren sorumludur. Yarg. 9. HD., 8.5.2006, E. 2006/9749, K. 2006/12601, Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.2, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. bası, İstanbul 2008, s. 1470-1471.
- 19 Sarıbay, s. 111. Yargıtay'ın bir kararına göre de, "Genel müdür işveren vekili konumunda olup, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan bir kişidir. Aynı madde gereği, genel müdürün bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden, doğrudan işveren sorumludur. Genel müdürün gerçekleştirdiği fesih işleminden işveren sorumludur." Yarg. 9.HD., 18.2.2008, E. 2007/24595, K. 2008/193; bkz. İşveren Dergisi, Yargıtay Kararları, C. 47, S. 2, Kasım 2008, Özel Eki, s. 12-13.
- 20 Rüdiger Krause, Arbeitsrecht, Baden 2005, s. 219-220, Rn. 63. İşveren yargılama sürecinde işçiyi dava kesin olarak sonuçlanıncaya kadar aynı çalışma koşullarında süreli olarak ve dava kendi lehinde sonuçlandığı takdirde iş ilişkisinin sona ereceği koşuluyla da istihdam edebilir. Hoyningen-Huene/Linck, s. 544, Rn. 37.
- 21 Krause, s. 220, Rn. 63.
- 22 Krause, s. 220, Rn. 64; Schaub, Arbeitsrecht, (Linck), s. 950, Rn. 64; Peter Schrader/ Gunnar Straube, "Die tatsächliche Beschäftigung während des Kündigungsschutzstreites", RdA, 2006, Heft 2, s. 101.
- 23 Krause, s. 221, Rn. 65. Federal İş Mahkemesi'nin bir kararına göre, objektif olarak bakıldığında fesih geçersiz ve iş ilişkisinin devam ettiği şüphesiz ise, mahkeme feshe itiraz davası açmış olan işçinin işe iade talebini kabul etmelidir. BAG NJW 1978; karar için bkz. Wilfried Berkowsky, "Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses-ein Phantom?", NJW, 1982, Heft 17, s. 905-909, s. 906-907, dn.17.
- 24 Krause, s. 221, Rn.67. Benzer yönde bkz. Johannes Denck, "Das vorläufige Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers im Kündigungsschutzstreit", NJW, 1983, Heft 6, s. 258-259; Schrader/Straube, s. 103.
- 25 Krause, s. 221-222, Rn. 67. Ayrıca bkz. Berkowsky, s. 908.
- 26 Krause, s. 221, Rn. 68; Berkowsky, s. 908-909; Denck, s. 259.
- 27 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. bası, Ankara 2008, s. 756; Çankaya/Günay/Göktaş, 1. bası, s.262; Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulanması, 4. baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2005, s. 242.
- 28 Çankaya/Günay/Göktaş, s. 262; Demir, s.242; Ercan Akyiğit, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 296, 308-309. İşçi yargılama sırasında sadece işe başlatılmış ve dava bu yönüyle konusuz kalmıştır. Ancak işçinin çalıştırılmadığı süre için ücretine ilişkin talep ve dava konusu ayaktadır, Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Eylül 2004, s. 112-113; Abdurrahman Duran, "Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları", Legal İHSGHD., 3/2004, s. 813-814.
- 29 Muhammet Özkes, "Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, İstanbul, s. 152; Günay, İş Davaları, s. 1206. Aynı yönde bkz. Sedef Koç, "Geçersiz Feshin Sonuçları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 77, S. 4, Yıl:2003, s. 923. Tuncay'a göre de,

- burada aynı hukuki olguya dayanan iki ayrı talep vardır. Taleplerden birinin herhangi bir nedenle konusuz kalması diğerinin de konusuz kalmasını gerektirmez. Bu nedenle işçinin yargılama devam ederken işe başlatılması en fazla dört aya kadar olan boşta geçen süre ücreti bakımından davayı etkilememelidir. A. Can Tuncay, "İş Güvencesi", Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 2, Mart 2004, s. 60.
- 30 Ömer Ekmekçi, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD., 1/2004, s. 174; Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. baskı, İstanbul 2008, s. 574.
- 31 Ekmekçi, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 174.
- 32 Özkes, s. 152-153.
- 33 Savaş Taşkent, "Boşta Geçen Sürenin Ücreti", (Karar İncelemesi), Kamu-İş, C. 7, S. 3/2004, s. 110.
- 34 Yargılama süresinde işçinin işverence işe başlatılması halinde, mahkemece yargılamaya devam edilerek bir karara varılması ve bunun sonucuna göre işçinin boşta geçen sürenin ücretine hak kazanıp kazanmayacağına tespiti gerekir. Bkz. Taşkent, s. 109-110. Aynı görüş için bkz. Tankut Centel, "Boşta Kalınan Sürenin Ücreti", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, S. 285, Eylül 2003, s. 36.
- 35 Haluk Hadi Sümer, "İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4, s. 93.
- 36 Sümer, İşe Davet, s. 93. Aynı görüş, Fatih Uşan, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları, Kamu-İş, C. 10, S. 1, 2008, s. 24.
- 37 Soyer, s. 60; Taşkent, s. 108. Centel'e göre, gerek 1475 s. İş K. m. 13/C-D gerek 4857 S. İş K.m. 20 ve 21 işe iade davası devam ederken işçinin işverence işe başlatılmasının hukuki sonuçlarını düzenlememiştir. Yargılama sırasında işçinin işverence işe başlatılması, feshin bildirimiminin geri alınması veya fesihden dönme anlamını taşımamaktadır. Ancak böyle bir geri alma mümkün olsaydı, davanın konusuz kalmasından söz edilebilirdi. Bu nedenle yargılama sırasında işçinin işverence işe daveti ve bu davetin işçi tarafından kabulü halinde, tarafların bu konudaki anlaşması önceki iş sözleşmesinin devamı değil, yeni bir sözleşme olarak kabul edilir. Centel, Boşta Kalınan Süre, s. 37-38.
- 38 Ekonomi, İşe Başlatma Daveti, s.124. Örneğin işverene ait ilaç pazarlama şirketinde satış temsilcisi olarak çalışan işçinin sözleşmesi, bölgede bu ilaca talebin azalması nedeniyle temsilcilik işinin kaldırılması sebebiyle işletme gereğine dayanılarak feshedilebilir. Temsilci bu talep azalmasını bilmesine rağmen feshin geçersizliği iddiasıyla dava açabilir. Davanın devamı sırasında işveren başka bir bölgede temsilciliğini güçlendirmek amacıyla performansından memnun olduğu bu işçisine ihtiyaç duyabilir ve bu işçiyi işe davet edebilir. İşçinin bu öneriyi kabul etmesi ile aralarında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olur. Ancak bu davet işverenin sözleşmeyi geçerli sebeple feshetmemiş olduğu anlamına gelmez. Bkz. Ekonomi, İşe Başlatma Daveti, aynı yer.
- 39 Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, s. 242.
- 40 Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, s.243; Gülsevil Alpagut, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2005, Ankara 2007, s.114. Fesih işlemine ve açılan feshin itiraz davasına rağmen işverenin işçiyi işe başlatması, açıkça ve tek taraflı olarak iş sözleşmesinin feshinden vazgeçtiğini gösterir. Duran, Geçersiz Sebepyle Yapılan Feshin Sonuçları, s.813. Doktrinde aksi yönde ileri sürülen bir görüşe göre, işverenin dava devam ederken işçiyi işe başlatması, işverenin feshin geçersiz olduğunu kabul ettiği şeklinde yorumlanamaz. Ekmekçi, Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, s.174.
- 41 Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, s.243; Alpagut, İş İlişkisinin Sona Ermesi, s.114.
- 42 Çankaya/Günay/Göktaş, s.209. Kar'a göre de, yargılama sırasında işçinin işverence eski işine davet edilmesi, feshin geçerli bir nedene dayanmadığını gösterir ve bu durumda mahkemece bu hususta tespit hükmü verilerek, feshin geçersizliği tespit edilmeli, ancak işe iade ve iş güvencesi tazminatı konularında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm kurulmalıdır. Bununla birlikte işçinin açıkça feragat etmemiş veya talebini geri almamış olması halinde boşta geçen en çok dört aya ilişkin ücrete hükmedilmelidir. Bkz. Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 701-702. Eğer işveren dava devam ederken fesih bildirimini geri aldığı bildirirse, bu bildirim o ana kadarki iş ilişkisinin geçerli koşullarda devam etmesi konusunda bir teklif olarak anlaşılır. İşçinin bu teklifi kabul ederek işe başlaması halinde dava konusuz kalır. Hoyningen-Huene/Linck, s.506, Rn.22.
- 43 Çankaya/Günay/Göktaş, s.209-210.
- 44 Çankaya/Günay/Göktaş, s.210.
- 45 "Dava devam ederken, davacının işe başlatılmış olması, aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. Dava konusuz kaldığından davanın reddine karar verilemez. Bu durumda davacı işçi, açıkça feragat etmemiş ya da talebini geri almamış ise boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının hüküm altına alınması gerekir."Yarg. 9. HD., 2.2.2005, E.2004/31715, K.2005/2889; Çankaya/Günay/Göktaş, s.714; Yarg. 9. HD., 27.12.2004, E.2004/32026, K.2004/29584; Çankaya/Günay/Göktaş, s.718; Yarg. 9. HD., 10.3.2008, E.2008/3172, K.2008/4338; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.2, B.2, s.31-32. Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararına göre, "... Sözleşmenin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanı olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. İşverence dava sırasında yapılan davet daha önce gerçekleştirilen feshi ortadan kaldırmaz. Davet geçersiz feshi geçerli hale getirmeyeceği gibi, işverenin feshin geçersizliği davası devam ederken, işçiyi işe dava açtığı için davet etmesi, bir anlamda duruşma dışında davayı kabul anlamına gelmektedir. Davetin koşulsuz ve samimi olması gerekir. ... Yargılama sırasında işe davete gelince; açıklandığı üzere, davet bir anlamda feshin geçersiz olduğunun kabulüdür. Davalı işveren, işçiyi işe davet ederken, ödenen ihbar ve kıdem tazminatını faizi ile ödemesini ve makbuzunu ibraz etmesini istemiştir. İşe davetin şartlı ve samimi olmadığı anlaşılmaktadır." Yarg. 9. HD., 2.2.2009, E.2008/9768, K.2009/909 (kişisel arşiv).

- 46 Yarg. 9. HD., 12.9.2005, E.2005/22601, K.2005/29568; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.2, s.29-30; Kararın değerlendirilmesi konusunda bkz. Sümer, İşe Davet, s.90-91. "Akdin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir eylem olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Davacı tarafından temyiz incelemesine konu işe iade ve tazminat davası açıldıktan sonra davalı işveren tarafından davacının işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğinde bulunmaktadır. Bu davet feshi ortadan kaldırmaz. Bu nedenle dava şartlarının kalmadığını kabul ederek davanın reddedilmesi hatalıdır." Yarg. 9. HD., 29.1.2004, E.2004/499, K.2004/1489; Çankaya/Günay/Göktaş, s.717-718. Aynı doğrultuda kararlar için bkz. Yarg. 9. HD., 21.3.2006, E.2006/3835, K.2006/7127; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.1, b.2, s.1511-1512. Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 9. HD., 21.6.2004, E.2004/3377, K.2004/15404; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.1, b.2, s.1513-1514.
- 47 Yarg. 9. HD., 8.7.2003, E.2003/12444, K.2003/13125; karar ve incelemesi için bkz. Centel, Boşta Kalınan Süre, s.36-37; Koç, s.918 vd.
- 48 Yarg. 9. HD., 12.2.2004, E.2004/448, K.2004/2029; Tekstil İşveren Dergisi, S.302, Şubat 2005, s.41 vd.
- 49 Yarg. 9. HD., 17.5.2005, E.2005/11753, K.2005/18631; Tekstil İşveren Dergisi, S.321, Ekim 2006, s.8.
- 50 Yarg. 9. HD., 20.11.2006, E.2006/22036, K.2006/30615, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.13, 2007/2, s.274-275.
- 51 Yarg. 9. HD., 23.2.2009, E.2008/17120, K.2009/3175 (kişisel arşiv).
- 52 Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, s.243. İşçi işverenin yapmış olduğu fesih bildirimini geri alarak kendisine yaptığı işe iade teklifini reddederse, artık işverenin dava konusu yapılan fesihlenen vazgeçmesi nedeniyle dava konusu kalmaz. Bununla birlikte işçinin Feshe Karşı Koruma K. § 9 çerçevesinde iş ilişkisinin sona erdirilmesi ve bunun karşılığında da tazminat talep etme hakkı vardır. Hoyningen-Huene/Linck, s.506, Rn.22.
- 53 Yargıtay'ın bir kararına göre, yargılama sırasında işe başlatılmak üzere davet edilen işçinin işverenle arasındaki husumet nedeniyle işe dönmesinin imkansız olduğunu belirtmesi halinde, dava konusuz kaldığı için karar verilmesine yer bulunmamaktadır. Yarg. 9. HD., 13.1.2005, E.2005/33309, K.2005/645; Çankaya/Günay/Göktaş, s.714-715.
- 54 Mollamahmutoglu, s.757.
- 55 Şahin Çil, "Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, S.1, Kış 2008, s.49; Kar, s.702.
- 56 Akyiğit, İş Güvencesi, s.310-311.
- 57 Yarg. 9. HD., 2.2.2009, E.2008/9768, K.2009/909 (kişisel arşiv). Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD., 25.5.2009, E.2008/32079, K.2009/14164 (kişisel arşiv). Yargıtay'ın bir başka kararına göre, "Yargılama sırasında davalı işverence davacıya gönderilen 24.10.2007 tarihli ihtarname ile iş sözleşmesinin istifa ile sona erdiği belirtilerek konuya iyi niyetle yaklaşıldığı, davacının ayrıldığı pozisyonun halen açık bulunduğu ve ihtiyaç nedeni ile iki gün içinde işe başlaması gerektiği belirtilmiştir. Davacı işçi, ihtarnameye cevabında konuya iyi niyetle yaklaşıldığının gösterilmesi için çalışmadığı iki aylık ücretinin ödenmesi gerektiğini açıklamıştır. Davalı işveren bu kez 7.11.2007 tarihli ihtarname ile iş sözleşmesinin istifa ile sona erdiğini tekrar belirtmiş ve davacının iki aylık ücret talep hakkının bulunmadığından söz ederek on gün içinde işe başlamasını ihtar etmiştir. ... Somut olayda, davalı işverence yapılan işe davet önceki iş ilişkisinin kaldığı yerden devamına yönelik olmayıp, yeni bir iş sözleşmesinin kurulmasını amaçlamaktadır. Her iki ihtarnamede de iş sözleşmesinin istifa ile sona erdiğinin ısrarla vurgulanmış olması ve davacının boşta geçen ücrete hak kazanmadığının belirtilmesi varılan bu sonucu doğrulamaktadır. Davalı işverenin feshin geçersizliğini kabul ettiği anlamına gelecek bir daveti söz konusu olmadığına göre davacıdan böyle bir davete icabet etmesi beklenemez. Zira davacının feshin geçersizliğinin tespitini talep etmesindeki amacı yeni bir iş sözleşmesinin kurulması değil, önceki iş ilişkisinin devamına yöneliktir. Buna göre davalının işe başlaması için yaptığı davete icabet etmeyen davacının iş ilişkisinin devamını istemekte samimi olmadığı sonucu çıkarılamaz." Bkz. Yarg. 9. HD., 29.6.2009, E.2009/18562, K.2009/18246 (kişisel arşiv).
- 58 Özekes, s.153; Akyiğit, İş Güvencesi, s.313; Günay, İş Davaları, s.1206-1207; Akı, s.320; Ekmekçi, Yeni İş Kanunu, s.136.
- 59 Özekes, İşe İade, s.153; Günay, İş Davaları, s.1207.
- 60 Günay, İş Davaları, s.1207-1208.
- 61 Özekes, s.153; Ekmekçi, Yeni İş Kanunu, s.136.
- 62 Özdemir, s.54-55.
- 63 Süzek, s.578. Nitekim hukuki düzenlemeye bakıldığında, bu ödemelerin ve işe iadenin gerçekleşebilmesi için, işçinin süresi içinde işverene başvurması gerektiği görülmektedir. Ancak işçinin yargılama sırasında ölmesi halinde artık mevcut olmayan bir işçinin işverene başvurusundan ve işe iade talebinden söz edilemeyecektir. Ancak işçinin feshin geçersizliği kararının kesinleşmesinden ve işverene işe başlamak üzere başvurusundan sonra ölmesi halinde, sözleşme işçinin ölümüne kadar devam edeceği için, mirasçılar boşta geçen süre ücret ve eklerine hak kazanır. Akyiğit, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, s.16-17; Akyiğit, İş Güvencesi, s.313.
- 64 Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, s.244.
- 65 "Davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olduğuna göre işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir. Bu nedenle, ölen işçinin mirasçıları yönünden boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer hakların belirlenmesine yönelik talebin reddine karar verilmiş olması isabetlidir. İşe iade davaları niteliği itibarıyla tespit davası olduğundan ve mirasçılar yönünden feshin geçersizliğine karar verilmesinde hukuki yarar bulunmadığından feshin geçersizliğine ilişkin talebin konusuz kaldığı kabul edilemez. Asıl talep feshin geçersizliği olduğuna göre yargılama gideri ve vekalet ücreti yönünden feshin geçersizliğine karar verildiğinde, dava kabul edilmiş gibi hüküm kurulmalıdır." Yarg. 9. HD., 30.10.2006, E.2006/19624, K.2006/28700; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.2, s.126-127. Bu karara ilişkin bir inceleme için bkz. Akyiğit, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi, s.15-17.
- 66 "Geçerli nedene dayanmayan feshin tespiti ile yetinilmesi, ölen işçinin mirasçıları yönünden hiçbir imkan sağlamaya-

caktır. Oysa konu, sosyal güvenlik haklarını da ilgilendirmektedir. Dört aya kadar ücret ve diğer haklar yönünden Sosyal Güvenlik Kurumuna prim yatırılması ve ölen işçinin mirasçılarının buna göre sosyal güvenlik haklarından yararlanması gerekir. İşe iade yargılaması sırasında işçinin ölümü daha önce Dairemiz önüne uyuşmazlık olarak gelmiş ve işçinin ölümü sebebiyle işe başlama yönünde başvuruda bulunmasının imkansız olduğu gerekçesiyle boşta geçen süreye ait ücret isteklerinin reddine karar verilmiştir. (Yarg. 9. HD., 6.11.2006, E.2006/20109, K.2006/29326). Konu temyizle konu olayda Dairemizce bir kez daha değerlendirilmiş ve belirtilen gerekçelerle işe iade yargılaması sırasında ölen işçi yönünden dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara dair isteğin kabulüne karar vermek gerekmiştir." Söz konusu karar Yargıtay 9. Hukuk Dairesinde oyçokluğu ile kabul edilmiştir. Sami Özfırat karşı oyunu şu gerekçeye dayandırmıştır: "İşe başlamayı isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardanır. Bu hak kişinin ölümü ile son bulur. Ölenin mirasçıları tarafından istenemez. Zira sağlığında kullanılmayan haklar mirasçılar tarafından kullanılamaz. Bu itibarla da dava devam ederken işçinin ölümü halinde mirasçılar dört aylık ücret talebinde bulunamazlar. Zira İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının açık hükmü boşta geçen süreyle ilgili ücrete hak kazanabilmenin şartı, kesinleşen işe iade hükmünün tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurması gerekir. İşçinin ölümüyle anılan başvuru imkansız hale geldiğinden boşta geçen süreyle ilgili ücret hakkında karar verilemez." Ömer Hicri Tuna ise karşı oyunu şu gerekçeye dayandırmıştır. "Somut olayda davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olduğuna göre işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir. İşe başlatılma talebi inşai bir hak olup mirasçılar tarafından kullanılması mümkün değildir. Yasal düzenleme ve Dairemizin yukarıda açıklanmaya çalışılan uygulamaları göz önüne alındığında, yargılama sırasında vefat eden işçinin, dava açmakla işe iade iradesini belirttiği amacın işe iade edilmek ve edilmemesi halinde akçalı haklardan yararlanmak olduğu gerekçesiyle, davaya devam eden mirasçılar yararına dört aya kadar boşta geçen süre ücretine hükmedilmesi yönünden yerel mahkeme kararının bozulmasına ilişkin sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum." Yarg. 9. HD., 15.9.2009, E.2009/21710, K.2009/22886 (kişisel arşiv).

- 67 Mollamahmutoğlu, s. 757; Manav, s.339.
- 68 Özekes, s.153; Günay, İş Davaları, s.1207-1208; Ekmekçi, Yeni İş Kanunu, s. 137; Ali Cengiz Köseoğlu, "İşyerinin Kapanması", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Aralık 2006, s.59.
- 69 Ekmekçi, Yeni İş Kanunu, s. 137; Köseoğlu, s. 59. Benzer bir görüş için bkz. Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2007, s.160.
- 70 Osman Güven Çankaya/Cevdet İlhan Günay/Seracettin Göktaş; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Genişletilmiş 2. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 249.
- 71 Çankaya/Günay/Göktaş, 2. baskı, s.249.
- 72 Çankaya/Günay/Göktaş, 2. baskı, s. 249; Köseoğlu, s. 59. Özekes'e göre, ölüm veya işyerinin kapanması, davayı konusuz bırakmasına karşın; işçi çalışmaya devam ediyor olsaydı ölüm veya işyerinin kapandığı tarihe kadar ücrete hak

kazanacağı için hem yargılama giderleri hem de ölüm veya işyerinin kapandığı tarihe kadar olan boşta geçen süre ücreti bakımından davaya devam edilmelidir. Özekes, s.153. Aynı görüşte Ekmekçi, Yeni İş Kanunu, s.136-137.

- 73 Abbas Bilgili, İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, 2. baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2005, s.241.
- 74 Haluk Hadi Sümer, "İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerinin Kapatılmasının İşe İade Davasına Etkisi", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, 800-801.
- 75 Kar, s. 703.
- 76 Akyiğit, İş Güvencesi, s. 312-213; Münir Ekonomi, "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 456-457; Cevdet İlhan Günay, "Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması, Yargıç Güven Çankaya'ya Armağan Semineri, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara 2008, s. 121; Özdemir, s. 54-55; Manav, s. 340.
- 77 Süzek, s. 577. Odaman'a göre de, fesihden sonra yargılama devam ederken işyerinin kapatılması halinde davanın konusuz kalması mümkün değildir. Bu nedenle davaya devam edilerek esasa ilişkin karar verilmesi gerekmektedir. Davanın işçi lehine sonuçlanması halinde işçiyi işe başlatma olanağı ortadan kalkmış olsa da, işveren işçinin işe başlatılmamasına ilişkin hukuki yaptırımlara maruz kalmalıdır. Serkan Odaman, "Fesihden Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.8, Aralık 2007, s. 78-79.
- 78 Akyiğit, İş Güvencesi, s. 313.
- 79 Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi işyerinde yeniden, siparişlerin azlığı ve genel ekonomik nedenler gerekçe gösterilerek feshedilmiştir. Fesihden yaklaşık dört ay sonra işyerinin kapatılması feshi geçerli hale getirmemektedir. Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken; fesihden sonra işyerinin kapatılması gerekçesi ile davanın konusuz kaldığına ve karar verilmesine yer olmadığına şeklindeki hüküm hatalıdır. Fesihden sonra işyerinin kapatılması hükmün infazı ile ilgili bir sorun olduğu için, davacı işçinin işe iadesine karar verilmelidir. Yarg. 9.HD., 25.12.2006, E.2006/27396, K. 2006/34577; Sümer, İşyerinin Kapatılması, s. 793-795; Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.14, 2007/3, s. 248-249. Kararın değerlendirilmesi konusunda ayrıca bkz. Odaman, İşyerinin Kapatılması, s. 75 vd.
- 80 Akı, s. 320. "Dairemizin yerleşik uygulamasına göre ihbar tazminatı peşin olarak ödenerek yapılan fesihlerde ihbar tazminatı ödenmeden önce, önelli fesihlerde önel süresi içinde işçinin emeklilik için başvurması durumunda, iş sözleşmesi işçi tarafından emeklilik nedeniyle feshedilmiş kabul edilmektedir. Somut uyuşmazlıkta davacının ihbar tazminatı ödenmeden SSK'na emeklilik için müracaat ettiği anlaşılmaktadır. Davanın reddi gerekir." Yarg. 9. HD., 29.3.2007, E. 2006/37011, K. 2007/8875, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.14, 2007/3, s. 186-187. Benzer bir karar ve kararın değerlendirilmesi konusunda bkz. Yarg. 9. HD., 21.4.2005, E. 2005/10722, K. 2005/14042; Fevzi Şahlanan, "İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi", Tekstil İşveren Dergisi, S.310, Ekim 2005, s. 39-40.
- 81 Süzek, s. 573; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 296, 307. "... Emekli-



lik işlemi tek taraflı bir irade beyanıdır. İş sözleşmesi feshedilen işçi yaşlılık aylığına hak kazanmış ise, bu hakkı elde etmek için kurumuna başvurması tabiidir. İşe iade istemini ortadan kaldıran bir beyan olmadığı gibi, yasada bu yönde açık bir düzenleme de yoktur. İşçinin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna yaşlılık aylığı almak için başvurusu, ücretsiz kalan işçinin sosyal güvenliğini sağlamaya ilişkin bir hukuki işlem olarak kabulü gerekir. Emeklilik olgusu davacı işçi ile bağlı bulunduğu kurumu ilgilendiren bir sosyal güvenlik hukuku işlemidir. Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hukuki bir sonucun bireysel iş ilişkilerini doğrudan etkilemesinin kabulü uygun değildir. Birbirlerinden bağımsız hukuk dallarından olan sosyal güvenlik hukukuna ait olgunun yasada açık hüküm olmadıkça diğer bir hukuk dalı olan iş hukukunu, kısaca bireysel iş hukukunu etkilemesi mümkün değildir. Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek davalı işveren tarafından feshedilmiş ve fesih sonuçlarını doğurmuştur. Davacı bildirim öneline ilişkin ücreti ödendikten ve işveren feshi sonuçlarını doğurduktan sonra, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna başvurarak emekli olmuştur. Davacının sosyal güvenlik hukukuna ilişkin bu işlemi işe iade isteğini ortadan kaldırmaz. Mahkemenin aksi yöndeki gerekçesi yerinde olmadığı gibi, Dairemiz uygulamasına da aykırıdır." Yarg. 9. HD., 26.5.2008, E. 2007/37485, K. 2008/12509; Kılıçoğlu/Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C. 2, 2. baskı, s. 1344-1346. "Somut olayda iş sözleşmesi davalı işverenin 5.9.2006 tarihli ve aynı gün davacı işçiye tebliğ edilen fesih bildirimini ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. İş sözleşmesi bu şekilde sona erdikten sonra davacı işçinin yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunması iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği gerçeğini değiştiremez. Taraflar arasında işverence yapılmış olan fesih bildiriminin sonuç doğurmayacağı konusunda bir anlaşma da bulunmadığına göre iş sözleşmesinin emeklilik suretiyle davacı tarafından feshedildiğinin kabulü doğru olmaz. Mahkemece davalı işverenin fesih bildiriminde belirtilen nedenle ilgili olarak taraflardan delilleri sorulmalı; feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı konusunda araştırma ve inceleme yapıldıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmelidir. Yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması hatalıdır." Yarg. 9. HD., 23.6.2008, E. 2007/39446, K. 2008/17066. (kişisel arşiv)

82 Şahlanan, s. 40. Ayrıca bkz. Akyiğit, İş Güvencesi, s. 307.

## KAYNAKÇA

- AKI, Erol; "İş Sözleşmesinin Feshi ve Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 283-321.
- AKYİĞİT, Ercan; Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Seçkin Yayınları, Ankara 2007 (İş Güvencesi).
- AKYİĞİT, Ercan; "İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi (Karar İncelemesi), Kamu-İş, C.9, S.4, 2008 (İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi).
- ALPAGUT, Gülsevil; "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 200-251 (İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi).
- ALPAGUT, Gülsevil; İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2005, Ankara 2007, s. 73-121 (İş İlişkisinin Sona Ermesi).
- BECKER, Friedrich, HILLEBRECHT, Wilfried; Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungrechtlichen Vorschriften, 8. neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Luchterhand 2007.
- BERKOWSKY, Wilfried; "Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses-ein Phantom?", NJW, 1982, Heft 17, s. 905-909.
- BİLGİLİ, Abbas; İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, 2. baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2005.
- CENTEL, Tankut; "Boşta Kalınan Sürenin Ücreti", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, S.285, Eylül 2003, s. 36-38 (Boşta Kalınan Süre).
- CENTEL, Tankut; "İş Güvencesine Tabi Olacak İşyerlerinde Çalışan İşçi Sayısının Hesabı", (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S.291, Mart 2004, (Erişim) www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2004/mart/hukuk.htm.
- ÇANKAYA, Osman Güven, GÜNAY, Cevdet İlhan, GÖKTAŞ, Seracettin; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 1. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- ÇANKAYA, Osman Güven, GÜNAY, Cevdet İlhan, GÖKTAŞ, Seracettin; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Genişletilmiş 2. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006 (2. baskı).
- ÇİL, Şahin; "Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, S. 1, Kış 2008, s. 44-86.
- DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 4. baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2005
- DENCK, Johannes; "Das vorläufige Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers im Kündigungsrechtsstreit", NJW, 1983, Heft 6, s. 255-260.
- DURAN, Abdurrahman; "Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları", Legal İHSGHD., 3/2004, s. 809-815.
- EKMEKÇİ, Ömer; "4773 sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine", MESS Mercek Dergisi, Ekim 2002, yıl: 7, S. 28, Özel Sayı, s. 97-111 (4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası).
- EKMEKÇİ, Ömer; Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, MESS Mercek Dergisi, Temmuz 2003, s. 132-139 (Yeni İş Kanunu).
- EKMEKÇİ, Ömer; "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD., 1/2004, s.165-181 (Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi).
- EKONOMİ, Münir; "Feshin Geçersizliği İstemi İle Açılan Dava Sürecinde İşe Başlatma Daveti, Şartları ve Hukuki Sonuçları", Legal YKİ., 8/2008, s.113-124 (İşe Başlatma Daveti).
- EKONOMİ, Münir; "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve

- Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 409–457.
- GÜNAY, Cevdet İlhan; “Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması, Yargıç Güven Çankaya’ya Armağan Semineri, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara 2008, s. 93–147.
  - GÜNAY, Cevdet İlhan; İş Davaları, Ankara 2008 (İş Davaları).
  - GÜVEN, Ercan, AYDIN, Ufuk; Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2007.
  - GÜZEL, Ali; “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Eylül 2004, s. 15–145.
  - HOYNINGEN-HUENE, Gerrick v., LINCK, Rüdiger, Kündigungsschutzgesetz Kommentar, München 2007.
  - KAR, Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009.
  - KILIÇOĞLU, Mustafa, ŞENOCAK, Kemal; İş Kanunu Şerhi, C. 1–2, 1. bası, İstanbul 2008 (İş Kanunu Şerhi, C. 1–2).
  - KILIÇOĞLU, Mustafa, ŞENOCAK, Kemal; İş Kanunu Şerhi, C. 1–2, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. bası, İstanbul 2008 (İş Kanunu Şerhi, C. 1–2, 2. bası).
  - KOÇ, Sedef; “Geçersiz Feshin Sonuçları”, İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.4, Yıl:2003, s. 918–923.
  - KÖSEOĞLU, Ali Cengiz; “İşyerinin Kapanması”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Aralık 2006, s. 43–68.
  - KRAUSE, Rüdiger; Arbeitsrecht, Baden 2005.
  - MANAV, A. Eda; İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.
  - MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
  - ODAMAN, Serkan; “Fesihten Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık 2007, s. 74–79.
  - ÖZDEMİR, Cumhuriyet Sinan; “İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Çalıştırılmayan Dört Aylık Sürenin Kıdem Süresine Eklenebilirliği Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, Mart 2007, S. 7.
  - ÖZEKES, Muhammet; “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, İstanbul, s. 131–170.
  - ROLFS, Christian, GIESEN, Richard, KREIKEBOHM, Ralf, UDSCHING, Peter; Arbeitsrecht, Online Kommentar, München 2007 (Erişim) <http://beck1gross.digibib.net/bib/default.asp?vpath=bibdata/komm/beckok/beckok-arbr/BeckOK/KschG/cont/beckok.KschG/p1a.htm>.
  - ROLFS, Christian; Arbeitsrecht, Studienkommentar, München 2007.
  - SARIBAY, Gizem; Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
  - SCHAUB, Günter; Arbeitsrechts-Handbuch, 12. neu bearbeitete Auflage, München 2007.
  - SCHRADER, Peter, STRAUBE, Gunnar; “Die tatsächliche Beschäftigung während des Kündigungsrechtsstreites”, RdA, 2006, Heft 2, s. 98–104.
  - SOYER, Polat; “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, s. 27–69.
  - STAHLHACKE, Eugen, PREIS, Ulrich, VOSSEN, Reinhard; Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9.Auflage, Beck, München 2005.
  - SÜMER, Haluk Hadi; “İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi”, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, s. 90–94 (İşe Davet).
  - SÜMER, Haluk Hadi; “İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerinin Kapatılmasının İşe İade Davasına Etkisi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 793–801.
  - SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 4.baskı, İstanbul 2008.
  - ŞAHLANAN, Fevzi; “İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi”, Tekstil İşveren Dergisi, S.310, Ekim 2005, s. 39–40.
  - TAŞKENT, Savaş; “Boşta Geçen Sürenin Ücreti”, (Karar İncelemesi), Kamu-İş, C. 7, S. 3/2004, s. 105–110.
  - TUNCAY, A. Can; “İş Güvencesi”, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, Mart 2004, s. 58–61.
  - TUNCAY, A. Can; “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor”, Çimento İşveren, C.17, S.1, Ocak 2003, s. 3–18 (İş Güvencesi Yasası).
  - UÇUM, Mehmet, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003.
  - UŞAN, Fatih; “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C.10, S. 1, 2008, s. 1–48.

Dr. Muhittin ASTARLI

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi

## GİRİŞ

Dünyada 2008 yılının son aylarında başlayıp asıl etkisini 2009 yılında gösteren küresel ekonomik kriz günümüzde de işletmeleri, bu işletmelerde çalışan işçileri ve bunlarında ötesinde geniş halk kitlelerini doğrudan veya dolaylı bir şekilde etkilemektedir. Alanımız itibariyle iş hukukunun da mevcut ekonomik ve sosyal değişimlerden diğer disiplinlere nazaran daha yoğun bir şekilde etkilenmesi nedeniyle, söz konusu dönemde ortaya çıkan pek çok sorun iş hukukçularını özel olarak meşgul etmektedir. Zira ekonomik krizler etkilerini öncelikli olarak çalışma yaşamında doğurmakta ve gerek iş sözleşmesinin içeriğinde gerek iş sözleşmesinin varlığında değişimlere neden olmaktadır. Krizin iş sözleşmesinin içeriğinde ve varlığında yarattığı değişimlerin iş hukuku mevzuatı bakımından geçerliliğinin değerlendirilmesi aynı zamanda bu hukukun varlık nedeni olan işçinin korunmasını temel alan sosyal düşünceler ile ekonomik gerçeklik arasında bir değerlendirmeyi de zorunlu kılmaktadır.

Genel ekonomik krizlerin işletmelerin ekonomik tablolarında yarattığı olumsuz değişim ve bu değişim karşısında işletmenin verimliliğinin ve kârlılığının sağlanmasında işletmelerin başvurdukları yollardan birisi ve hatta ilk sırada geleni personel giderlerinden tasarruf edilmesidir ki bu da iş hukuku bakımından iş sözleşmesinin feshini gündeme getirmektedir. İşletme gereklere nedeni ile feshin amacı, işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanmasıdır<sup>1</sup>. Zira bu sayede işgücü ihtiyacındaki fazlalık nedeniyle doğacak ekonomik riskin bertaraf edilmesi sağlanmaktadır.

Burada tartışılacak olan ekonomik kriz dolayısıyla bir işveren kararının neticesi olan işletme gereklere nedeniyle feshin geçerliliği bakımından Kanun'un öngördüğü kısa çalışma uygulamasının ne ifade ettiği. Daha açık bir ifadeyle, işletme gereklere nedeniyle feshin geçerliliğinin bir unsuru olan ölçülülük-ultima-ratio ilkesi kapsamında işverenin fesihten önce kısa çalışmaya başvurmasının zorunlu olup olmadığı, zorunluluğun varlığının kabulü halinde bunun

sınırlarının ne olması gerektiğidir. Zira Kanun işverene genel ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenle ortaya çıkan geçici dönemin, işin ve işletmenin sürekliliğinin sağlanarak, atlatılması anlamında bir imkan sunmuştur. Üstelik İşsizlik Sigortası Kanunu'na 5838 sayılı Kanunla eklenen geçici 8. madde ve bu maddede değişiklik yapan 5951 sayılı Kanun ile 2008, 2009 ve 2010 yıllarında kısa çalışma için yapılan başvurulara münhasır olmak üzere, ek 2. maddenin ikinci fıkrasında kısa çalışma için öngörülen azami üç aylık sürenin, altı ay olarak uygulanması, üçüncü fıkrasında öngörülen kısa çalışma ödeneği miktarının % 50 oranında artırılarak ödenmesi, kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemelerin, işsizlik ödeneği süresinden düşülmemesi ve maddede öngörülen ödenek miktarı aynı kalmak kaydıyla, kısa çalışma süresini altı ay daha uzatmaya, Bakanlar Kurulu'nun yetkili olduğu öngörülmüştür. Nitekim Bakanlar Kurulu önce 2009/1529 sayılı Kararıyla, daha sonra ise 11 Mart 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2010/180 sayılı kararıyla 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun geçici 8. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde, kısa çalışma süresinin altı ay daha uzatılmasını kararlaştırmıştır.

## 1. KISA ÇALIŞMA

4447 sayılı Kanunun ek 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren; genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurması halinde, durumu derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

Kısa çalışma uygulamasının temelinde yatan nedeni fesih hukuku içerisinde aramak gereklidir. Zira işverenin işyerinde işçilere kısa çalışma yaptırmayı, feshe karşı koruma hukuku kapsamında değerlendirilecek bir tedbir niteliğinde olup, bu vesileyle işverenin fesihten

kaçınması amaçlanmıştır<sup>2</sup>. Zira işyerinde ortaya çıkan ekonomik zorluklar dolayısıyla işletme gereklerine dayanan fesih suretiyle işçi çıkarmadan önce işveren, bu ekonomik darboğazı kısa çalışma yaptırmak suretiyle aşmayı deneyecek, eğer bu geçici tedbire rağmen işletmenin devamı için işçi çıkarmaktan başka bir çare kalmamışsa işveren iş sözleşmelerini geçerli nedenle feshedebilecektir. Kısa çalışma uygulamasıyla çalışma sürelerinde indirim giden işveren, buna bağlı olarak işçi ücretlerinde dolayısıyla da işletmenin en önemli giderinde tasarruf edecek, bu suretle de işletmenin devamı için gerekli kaynağı kısmen de olsa temin etmiş olacaktır. Kısa çalışma uygulamasıyla kural olarak işçinin çalışma süresi ve bunun neticesinde de çalışmak dolayısıyla elde edeceği ücrette azalma olmakla birlikte, bunun işçi bakımından da kabul edilebilir avantajları vardır; zira geçici bir dönem ücretinde azalma olsa da işçi, kendisi için daha hayati bir önem taşıyan işini kaybetmeyecek, işletmenin sürekliliğinin sağlanması suretiyle işinin devamlılığı da temin edilmiş olacaktır. Nitekim bu husus, 4857 sayılı Yasanın yürürlükten kaldırılan 65. maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Bu düzenleme ile, bir ekonomik krizde veya zorlayıcı bir sebebin varlığı halinde, işyerinde işçiler arasında tenkisat yapma yerine, işçilerin tamamının veya bir kısmının geçici olarak ücretsiz izine çıkartılması ekonomik ve sosyal politika olarak tercih edilmekte; işçilerin geçici olarak ücretsiz izine çıkarılması "geçici bir işsizlik" olarak nitelenerek işsizlik sigortasından "kısa çalışma ödeneği" almaları öngörülmektedir. Bu şekilde, bu işçiler işsiz kalsa idi, işsizlik sigortasının bu işçileri yeniden işe yerleştirmek için yapacağı masraflardan da kurtulmuş olmaktadır."

Kanun kısa çalışmayı iki esas nedene bağlamıştır, buna göre işverenin diğer hukuk kaynakları ile verilmiş başkaca bir yetkiye dayanmaksızın ve işçinin rızasına gerek olmaksızın kısa çalışma kararı alıp uygulayabilmesi ancak genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde mümkün olabilir. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Yönetmelik bu iki kavramdan ne anlaşılması gerektiği-



ni de açıklamıştır. Buna göre genel ekonomik kriz, ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları; zorlayıcı sebepler ise, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması ve faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenleri ifade eder.

Konumuz esas itibariyle “kısa çalışma” olmayıp işletme gerekleri ile fesihte kısa çalışmanın ultima-ratio ilkesi bakımından feshe göre daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığının incelenmesi olduğundan burada uzun uzadıya kısa çalışmaya yer verilmeyecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere 4857 sayılı Yasa ile hukukumuzda giren kısa çalışma ilk defa 2005 yılı Eylül ayında uygulanmaya başlamış ve 21 işçiye kısa çalışma ödeneği ödenmiştir. 2006 yılı Ocak ayında ise 85 işçiye kısa çalışma ödeneği ödenmiş olup bu işçiler kuş gribi salgınından etkilenen işyerlerinde çalışan işçilerdir. Bu güne kadar Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından İşsizlik Sigortası Fonundan ödenen kısa çalışma ödeneklerinin yıllar itibariyle miktarı ve ödenekten faydalanan işçi sayısı aşağıdaki tabloda belirtilmektedir<sup>3</sup>.

DÖNEMLER	KİŞİ SAYISI	ÖDEME MİKTARI
2005	21	10.566
2006	217	64.398
2007	40	22.051
2008	650	70.639
2009	508.253	162.506.260
Ocak 2010	32.760	10.277.164
Şubat 2010	28.500	8.297.799

Tablodan da açıkça görüleceği üzere kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçi sayısı 2009 yılında büyük bir artış göstermiş ve bir önceki yıl 650 iken bu yılda 508.253'e çıkmıştır. Bu olağanüstü artışın 2008 ekonomik krizinin 2009 yılındaki yansımaları ve işletmelerde yarattığı olum-

suz sonuçlardan kaynaklandığını tespit etmek güç olmasa gerekir. Ancak burada ilginç olan husus yaklaşık 570.000 işçiye genel ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışma ödeneği ödenirken Çalışma Bakanının bugüne kadar tespit edebildiğimiz kadarıyla bir genel ekonomik krizin varlığını açıklamamış olmasıdır. Oysa Yönetmeliğin md.5/f.2 ve f.3 hükümlerine göre, genel ekonomik krizin varlığını, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi veya bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı duruma açıklık getirir (f.2). İkinci fıkrada belirtilen duruma açıklık getirilmeden, genel ekonomik kriz gerekçesi ile yapılan başvurular ile zorlayıcı sebeplerle bağdaşmadığı halde, nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi sebeplere dayalı olarak yapıldığı tespit edilen başvurular Kurum tarafından reddedilir (f.3).

Mevzuatın uygulanmasında siyaseten ortaya çıkan farklılaşmalar bir yana bizim burada tespit etmek ve tartışmak istediğimiz Bakanlığın dolaylı da olsa 2008 yılının sonu ve 2009 yıllarında ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayları, ülke ekonomisi ve dolayısıyla işyerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları genel ekonomik kriz olarak kabul etmesi ve bu krizden etkilenen muhtelif sayıdaki işyeri veya işletmede çalışan bugüne kadar yaklaşık 570.000 işçiyi kısa çalışma ödeneğinden yararlandırması karşısında kısa çalışmanın bu krizden etkilenen işyerlerinde işletme gerekleri nedeniyle feshe alternatif ve daha hafif nitelikte bir tedbir olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Zira işletme gerekleri ile feshin bir unsuru olarak ultima-ratio ilkesi kapsamında kısa çalışmanın bu nitelikte kabul edilmesi halinde, genel ekonomik kriz nedeniyle iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin sözleşmelerinin sona erdirilmesinden önce işverenin bir tedbir olarak kısa çalışma ödeneğine başvurmaması, fesih son çare olarak uygulanmadığından geçersiz bir feshin sonuçlarını doğuracaktır.

## II. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ – ULTIMA-RATIO (SON ÇARE) İLKESİ VE KISA ÇALIŞMA

4857 sayılı Kanunun öngördüğü geçerli fe-

sih nedenlerinden biri de işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerdir. Kanunun 18. maddesi gerekçesinde bu nedenler işyeri içinden ve dışından kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayrılarak değerlendirilmiştir. Buna göre işyeri dışından kaynaklanan sebepler; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesidir. İşyeri içi sebepler ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler olabilir.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerin fesih için bir neden oluşturabilmesi için işçinin işini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyerek, işçinin işyerinde çalıştırılma ihtiyacını sürekli bir şekilde ortadan kaldırması gereklidir<sup>4</sup>.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshin geçerlilik koşullarından diğeri ise feshin son çare olarak düşünülmesidir. Bu koşul Kanunda yer almasa da 18. madde hükmünün gerekçesinde zikredilmiştir. Buna göre, “Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak feshin kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.”

Görüldüğü üzere işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshin geçerli olması için, işçinin işgücüne duyulan ihtiyacın sürekli bir şekilde ortadan kalmasına yol açan nedenlerin varlığının ispatlanması tek başına yeterli olmamakta, işveren tarafından bu nedenlere rağmen mümkün olduğu ölçüde iş ilişkisinin ayakta tutulmasının sağlanması aranmakta, bu kapsamda feshe oranla daha hafif tedbirlerle, fesihle ulaşılmak istenen amaca ulaşılabiliriyorsa feshin kaçınılması öngörülmektedir<sup>5</sup>. Her ne kadar gerekçede zikredilse de Kanunun iş güvencesine ilişkin hükümlerinden işveren bakımından doğrudan bu yönde bir yü-

kümlülük çıkmamaktadır. Ancak genel olarak hukuka, özel olarak da iş hukukuna hakim ilkelere hareketle bu yönde bir sınırlamanın işveren bakımından öngörülmesi mümkündür. Bu konudaki ihtilafların çözümünde kendisine başvuru ilke, doğruluk ve güven kurallarının uygulanmasının bir görünümü olan “ölçülülük ilkesi”dir<sup>6</sup>. Zira biz de kısa çalışmanın işletme gerekleri nedeni ile feshe göre daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığının tespitinde bu ilke ve onun alt ilkelerinden faydalanacağız.

## 1. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi esas olarak kaynağını anayasadan bulan ve ağırlıklı olarak idare hukukunda uygulanan genel bir hukuk ilkesidir. Bu ilke, bir amaca ulaşmak için başvuru aracının amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olmasını ve araçla amacın ölçsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder<sup>7</sup>. Kamu hukukundan çıkan bu ilkenin özel hukuk alanında da uygulama alanı bulacağı, bunun temelinde de ölçülülük ilkesinin doğruluk ve güven kurallarının somut bir uygulaması olmasının yattığı kabul edilmektedir<sup>8</sup>. Ölçülülük ilkesi özel hukukta daha yoğun olarak yenilik doğuran hakların kullanılmasında uygulama alanı bulmaktadır<sup>9</sup>. Zira yenilik doğuran hakkın kullanılması ile hak sahibi karşı tarafın hukuk alanında yeni bir durum meydana getirmektedir. Tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılan ve muhatabının kabulüne gerek bulunmayan bu hakkın kullanılmasıyla yeni bir hukuki ilişki meydana getirilmekte, mevcut hukuki ilişki değiştirilmekte veyahut tamamen ortadan kaldırılmaktadır<sup>10</sup>. Dayanağı bir kanun ya da sözleşme olsa da bu tür bir hakkın kullanılması özellikle bozucu yenilik doğuran haklar itibarıyla, karşı tarafın hukuk alanına ağır bir müdahale niteliği taşıyabilir. İşte bu nedenledir ki bu müdahalenin meşruluğunun denetlenmesinde ölçülülük ilkesi önemli bir yere sahiptir<sup>11</sup>. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi de ölçülülük ilkesini, feshin olağan veya olağanüstü fesih niteliğinde olup olmadığına, feshin işletmeye, işçinin kişiliğine veya davranışlarına dayanıp dayanmadığına bakmaksızın uygulamakta ve feshin ancak işçinin başka bir şekilde çalıştırılması imkanı

## Kısa çalışma ancak geçici nitelikteki üretim düşüşü ve buna paralel işgücü ihtiyacındaki azalmanın mevcudiyeti halinde feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliği taşır.

kalmamışsa, son çare olarak uygulanmasına imkan tanımaktadır<sup>12</sup>.

İş hukukunda fesih de bozucu yenilik doğuran bir hak olması niteliğiyle, muhatabı işçi bakımından karşılaşılabileceği en büyük riski ifade eder ki, o da işsizliktir. Bu nedenlerdir ki iş hukuku düzenleri, muhtelif vasıtalarla işverenin fesih hakkını sınırlandırmaya çalışmaktadır. 4857 sayılı Kanunun öngördüğü iş güvencesi sistemi de işçinin işinin sürekliliğinin sağlanması anlamında feshin geçerli bir nedene bağlanmasını öngörmüştür. Ancak salt feshi gerekli kılan bir nedenin varlığı, feshin geçerliliği bakımından yeterli değildir; bozucu yenilik doğuran hak olarak fesih, muhatabı işçinin hukuk alanına ağır bir müdahale niteliği taşıdığından, hedeflenen amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olması ve ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gereklidir. Yani iş güvencesi kapsamında işverenin feshi, Kanunda açıkça öngörülme de ölçülülük ilkesinin sınırlarına tabidir. Nitekim Yargıtay da pek çok kararında geçerli feshin denetlenmesinde ölçülülük ilkesini feshin son çare olması itibarıyla kullanmaktadır<sup>13</sup>.

Ölçülülük ilkesinin hukuki niteliği genel anlamda ortaya konulduktan sonra kısa çalışmanın ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır. Bunun için öncelikli olarak ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleri ele alınarak bunlarla bağlantılı olarak kısa çalışmanın, işletme gerekleri nedeniyle feshe nazaran daha hafif bir tedbir mahiyetinde olup olmadığı değerlendirilecektir. Ancak yeri gelmişken belirtmelidir ki, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleri birbirlerinden kesin sınırlarla ayrılmamaktadır. Ölçülülük ilkesinin amacı genel anlamıyla feshin işletmesel amaca ulaşmak bakımından yegane çözüm olup ol-

madığını değerlendirmektir ki, bu esas itibarıyla başvuru tedbirin gerekliliği ile ilgili bir husustur<sup>14</sup>.

## 2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri ve Kısa Çalışmanın Daha Hafif Bir Tedbir Niteliği

Yukarıda da belirttiğimiz üzere muhatabı aleyhine hukuki sonuç doğuran işlemlerin, bununla güdülen amacın gerçekleşmesi için elverişli ve gerekli olması ve amaçla aracın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gereklidir. Buradan bir üst ilke olarak ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri çıkarılabilir ki, bunlar elverişlilik, gereklilik ve oranlılık (dar anlamda ölçülülük) ilkeleridir.

### a. Elverişlilik İlkesi

Ölçülülük ilkesi kapsamında başvuru elverişlilik ilkesi ile denetlenen, belirli bir amaca ulaşmak için başvuru veya başvurulması beklenen aracın, bu amacı gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olup olmadığıdır<sup>15</sup>. Eğer amacın gerçekleştirilmesi için seçilen araç, bu amacı gerçekleştirmek için elverişli değilse yani amacın gerçekleştirilmesini güçleştiriyorsa veya amaca ulaşma anlamında herhangi bir etki doğurmuyorsa, bu tedbirin amaç-arac ilişkisi bakımından başvurulmaması gereken veya başvurulması beklenmeyen bir tedbir olarak kabul edilmesi gereklidir. İş güvencesi bakımından da işletme gerekleri nedeniyle fesih ile birlikte hangi tedbirlerin, bu yolla ulaşmak istenen amacı aynı ölçüde etkili bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olduklarının tespitine çalışılır. Ancak işverenden aşırı masraflı veya işletmeye zarar verecek önlemler alması veya işçiye iş yaratması beklenmez<sup>16</sup>.

Bununla birlikte aracın amacı gerçekleştirmede mutlak anlamda elverişli olması aranmalı, aracın bu anlamda kısmen elverişli olması da yeterli kabul edilmelidir<sup>17</sup>. Çünkü aracın amacı gerçekleştirmede elverişli olup olmadığı bir tahminin neticesidir; aracın, örneğin iş güvencesi kapsamında feshin, ekonomik krizin atlatılması için alınan işletmesel kararları gerçekleştirmekte etkili olup olmayacağı yani iş-

letmesel kararlarla hedeflenen amaca ulaşmakta elverişli olup olmadığı fesihden önce yapılan bir tahmine dayanır ki, tahmin doğası gereği bir bilinmezliği ve belirsizliği de bünyesinde barındırır<sup>18</sup>. Bu nedenle işverenin başvurduğu tedbirin hiç şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıkça amaca uygun olmadığına tespit edilmesinin dışında kalan hallerde kural olarak aracın amacı gerçekleştirmekteki elverişliliğine ilişkin işveren tahminine itibar edilmelidir<sup>19</sup>. Önemli olan, fesih anında mevcut olaylara dayanılarak yapılan tahminin objektif bir bakış açısı ile savunulabilir olması ve tutarlı kabul edilebilmesidir<sup>20</sup>.

İşletmesel gereklerle feshin son çare olması anlamında kısa çalışmanın feshe oranla başvurulması gereken daha hafif bir tedbir niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için, kısa çalışmanın, hedeflenen amacı, örneğin genel ekonomik kriz nedeniyle ortaya çıkan talep azalması karşısında işgücü ve personel ihtiyacını uyumlaştırma amacını gerçekleştirmekte elverişli bir yöntem olup olmadığına değerlendirilmesi gerekecektir. Bunun için işyerinin mevcut koşullarının göz önünde bulundurulması lazımdır<sup>21</sup>.

İşletme içi veya işletme dışı nedenlerden kaynaklanan talep azalması karşısında, işletmenin sürekliliğinin sağlanması anlamında üretimin azaltılması için işverenin önünde temel olarak iki seçenek vardır ki bunlar işyerinin mevcut işçilerini daha az çalıştırmak veya daha az sayıdaki işçi ile çalışmaya devam etmektir; böylece işveren işgücü ihtiyacını üretim ihtiyacı ile uyumlaştırmak imkanını bulabilir. İş hukuku anlamında bunlar kısa çalışma ve işletme gerekleri nedeniyle fesih olarak karşımıza çıkar. Bu anlamda kısa çalışmanın feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için, kısa çalışmanın, işyerinde talep azalmasına karşılık daha az üretim yapmak ve personel giderlerinde çalışma sürelerine mukabil bir düşüş sağlamak amacını gerçekleştirmeye elverişli olması gereklidir. Elverişliliğin tespitinde belirleyici unsur, kısa çalışmanın ortaya koyduğu geçici dönem neticesinde işyerinin yeniden normal çalışma düzeyine dönüp dönmeyeceğidir; farklı bir ifadeyle,

genel ekonomik krizden etkilenen işyerindeki üretim azalmasının, buna paralel olarak iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici mi sürekli mi olduğudur<sup>22</sup>. Kısa çalışma ancak geçici nitelikteki üretim düşüşü ve buna paralel iş gücü ihtiyacındaki azalmanın mevcudiyeti halinde feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliği taşır<sup>23</sup>.

Bilindiği üzere kısa çalışma niteliği itibarıyla geçici bir tedbir mahiyetindedir. Bu dönemin sona ermesiyle işyerinde tekrar normal çalışma süreleri rejimine dönülür. Oysa işletme gerekleri ile feshin geçerliliğinin öncelikli şartı işçiye duyulan iş gücü ihtiyacının sürekli şekilde ortadan kalkmış olmasıdır<sup>24</sup>. Nitekim Alman Federal İş Mahkemesi de 1989 yılında verdiği bir kararda<sup>25</sup>, sürekli iş gücü azalmasının mevcut olduğu durumlarda kısa çalışma ile fesihden kaçınma imkanı bulunmadığından personel azaltımının zorunlu olduğunu kabul edilmiştir. Zira mahkemeye göre kısa çalışma, işgücü ihtiyacındaki eksilmenin süresine bağlıdır; eğer bu süre geçici değilse bir sona erdirme nedeninin mevcut olduğu söylenecektir. Yargıtay da işletme dışı nedenlerin varlığı halinde krizin geçici olup olmadığına mahkemece denetlenmesi gerektiği görüşündedir<sup>26</sup>. Dolayısıyla işverenin işletme gerekleri ile fesihden önce, kriz nedeniyle ortaya çıkan talep azalmasının ve buna bağlı üretim düşüşünün ve de işgücü ihtiyacındaki fazlalığın geçici mi olduğunu yoksa artık feshe konu işçinin işgücüne bundan sonra sürekli olarak mı ihtiyaç duyulmayacağını öngörmesi gerekmektedir.

Bu itibarla işverenin fesihden önce yapacağı aslında bir tahmindir<sup>27</sup>. Zira burada işveren, iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici mi sürekli mi olduğuna ilişkin bir öngöründe bulunmaktadır. Ancak bunun bir tahmin olması denetim dışı olduğu anlamına gelmez; ancak iş gücü ihtiyacının geçiciliğine ilişkin işletmesel tahmin mahkeme tarafından sadece nesnellik, mantıklılık ve keyfilik denetimine tabi tutulabilir<sup>28</sup>. Bu kapsamda işveren, tahmininin dayanağı olan nedenleri objektif olarak ortaya koymalı ve ispatlamalıdır.

İşyerine ve işe ilişkin mevcut koşulların değerlendirilmesini içeren tahmin neticesinde eğer iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici



olduğu olasılığı kabul edilebiliyorsa işverenin doğrudan işletme gerekleri nedeniyle fesihle bulunması hainde fesih geçerli değildir. Zira bu durumda doğası itibarıyla işyerindeki geçici iş gücü ihtiyacındaki azalmalara karşılık işyerinin ve işin sürekliliğinin sağlanmasını amaçlayan kısa çalışma, iş güvencesi hukukuna hakim ölçülülük ilkesi kapsamında bu dönemi aşmak anlamında elverişli ve feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğindedir<sup>29</sup>. Daha hafif bir tedbir mevcutken işverenin buna başvurmadan fesih yoluna gitmesi fesih son çare niteliğine kavuşmadığından geçerli olmayacaktır.

Bununla birlikte işyeri içi nedenlerle yani işverenin doğrudan işletmesel kararına dayanan bir yeniden yapılanma tedbiri ile, işyerinin bir bölümü kapatılmış, kimi bölümler birleştirilmiş veya kimi pozisyonlar ortadan kaldırılmış ve bu nedenle bir iş gücü fazlalığı ortaya çıkmışsa, bu fazlalık sürekli bir nitelik taşıdığından bu durumda kısa çalışmaya başvurulması mümkün değildir<sup>30</sup>. Dolayısıyla işletmesel kararın uygulanması ile işgücü ihtiyacındaki azalmanın süreklilik taşıdığı hallerde kısa çalışmanın ölçülülük ilkesiyle feshin son çare olması anlamında daha hafif bir tedbir mahiyetinde olup olmadığının denetlenmesine gerek yoktur.

Burada tartışılması gereken bir husus ise, geçicilikten ne anlaşılması gerektiğidir. Doktrindeki kimi görüşler geçiciliğin tespitinde Kanunun "kısa çalışma" için öngördüğü sürenin esas alınması gerektiği kanaatindedirler<sup>31</sup>. Nitekim Engin'e göre, kanun askı halini en fazla 3 ayla sınırlandırarak geçicilikten ne anlaşılması gerektiğini kendisi belirlemektedir; 3 ayın aşılması halinde ifayı kabul engelini sürekli hale geldiği ve işverenin geçerli nedene dayanarak süreli fesih yoluna gidebileceğinin kabul edilmesi gereklidir. Yazar ayrıca feshin gündeme geldiği andan feshe ilişkin bildirim önellerinin sonuna kadar olan sürenin de dikkate alınması gerektiği dolayısıyla 3 ay ve buna ilave olarak bildirim önellerinin sonuna kadar olan sürenin feshin geçerliliğinde esas alınması görüşündedir<sup>32</sup>. Kanaatimizce de Engin'in belirttiği gibi 13.01.2009 tarihli Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkındaki Yönetmelik md. 3'e göre kısa çalışma, en fazla üç ay süreyle;

işyerinde uygulanan çalışma süresinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması veya en az dört hafta süreyle işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını ifade etmekte olup, md. 7'ye göre kısa çalışma ödeneğinin süresi üç ayı aşmamak kaydıyla kısa çalışma süresi kadardır. Dolayısıyla Yönetmeliğin belirlediği 3 aylık sürenin esas alınarak eğer fesih tarihinde, talepteki azalmaya bağlı iş gücü ihtiyacındaki fazlalığın bu süre içinde ortadan kalkıp işyerinde tekrar krizden önceki şekilde tam olarak çalışılacağı öngörülüyorsa, bu durumda yapılacak işletme gerekleri ile feshin geçersiz olması gerekir; çünkü Kanunun öngördüğü kısa çalışma düzenlemesi işverene geçici olan bu dönemin atlatılması ve fesih-ten kaçınma için gerekli imkanı sunmaktadır<sup>33</sup>. Şöyle ki, bu dönemde çalışma süresini azaltan veya işyerini tamamen kapatan işveren, işçi ücretlerinde tasarrufa gitmekte, işçiler ücretlerini mevcut şartların yerine getirilmesi kaydıyla işsizlik sigortası fonundan almaktadırlar. Bu itibarla kısa çalışmanın fesihle hedeflenen amacı karşılamak konusunda elverişli ve feshe oranla daha hafif bir tedbir mahiyetinde olduğu söylenebilir. Kısa çalışmanın elverişli bir tedbir olup olmaması anlamında işverenin yapacağı tahmin her ne kadar subjektif olup, belirsizlikler içerse de yargı denetimine tabidir; işletme gerekleri nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işveren üretimdeki azalmanın geçici olmadığını, iş gücü ihtiyacının sürekli bir şekilde ortadan kalktığına ilişkin tahmininin dayanaklarını ispat etmelidir<sup>34</sup>.

Kısa çalışmanın fesihle hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğunun söylenebilmesi için, hukuken mümkün olması yani kanuna veya sözleşmeye aykırı olmadan uygulanabilmesi gereklidir<sup>35</sup>. Eğer somut olayın şartları bakımından işverenin işyerinde kısa çalışma yaptırması hukuken mümkün değilse bu durumda kısa çalışmanın bir işletmesel tedbir olarak elverişli olduğu söylenemez.

## **b. Gereklilik İlkesi**

Ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi olan gereklilik ilkesi, bir amaca ulaşmak için bir başkasının hukuk alanına müdahale edilmesinin gerektiği

hallerde, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli tedbirler arasından, karşı tarafın hukuk alanına hiç veya en az müdahale eden, karşı taraf aleyhine en az sonuç doğuran tedbirin seçilerek uygulanmasını ifade eder<sup>36</sup>. Buna göre fesih dışında, fesihle öngörülen amacı gerçekleştirmeye en az fesihle aynı ölçüde etkili ancak feshle oranla daha hafif bir tedbirin varlığı halinde işverenin, fesih yerine işçi bakımından daha az aleyhe sonuç doğuran tedbiri uygulaması gerekir; aksi halde fesih geçersiz hale gelecektir. Bu hali itibariyle gereklilik ilkesi bağlamında ölçülülük ilkesi ile ultima-ratio (son çare) ilkesi eş anlamlı olarak kullanılmaktadır<sup>37</sup>. Zira ultima-ratio ilkesi sözleşmenin feshi yoluna gitmeden önce fesihle kaçınmak için mümkün bütün yolların denenmesi, buna rağmen iş sözleşmesinin ayakta tutulması sağlanamıyorsa feshinin gündeme gelmesini ifade eder<sup>38</sup>. Bu ilke de temelini MK. md. 2'deki doğruluk ve güven kurallarında bulmaktadır<sup>39</sup>.

Gereklilik ilkesi itibariyle işveren fesihle ulaşmak istediği amaca daha hafif bir tedbirle ulaşmasının mümkün olup olmadığını değerlendirecektir. Ancak bunun için fesih anında fesihle hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli tedbirlerin varlığı gerekir. Bu nedenle gereklilik ilkesi öncelikle bir elverişlilik değerlendirmesini gerekli kılar<sup>40</sup>. İşverenin fesihle öngördüğü amacı gerçekleştirmeye aynı ölçüde elverişli yani aynı ölçüde etkili sonuçlar doğuracak bir tedbir mevcut değilse işverenin karşı taraf için daha hafif sonuçlar doğursa da bu tedbiri seçme yükümlülüğü yoktur<sup>41</sup>.

İş güvencesi hukuku kapsamında fesih, işçinin karşılaşılabileceği en büyük risktir. Dolayısıyla konumuz itibariyle ekonomik krizden kaynaklı işletme gerekleriyle feshle göre iş sözleşmesini sona erdirmeyip, sadece içeriğinde değişiklikler yaparak iş ilişkisini ayakta tutmayı amaçlayan tedbirlerin daha hafif tedbir niteliğinde olduğu söylenebilecektir<sup>42</sup>. Bu anlamda kısa çalışma da işletme gerekleri ile fesih karşısında kanaatimizce bu niteliktedir. Şöyle ki, işletme gerekleri ile fesihle işverenin amacı, işletmenin personel sayısını, üretim ihtiyacıyla paralel işgücü ihtiyacıyla uyumlaştırmaktır. Diğer bir ifadeyle ekonomik kriz nedeniyle

ortaya çıkan talep azalması neticesindeki üretim düşüşüne paralel olarak personel sayısını da düşürmek ve böylece personel fazlalığının yaratacağı iktisadi yükü azaltarak verimliliğini ve karlılığını devam ettirmektir. Ancak bunun neticesi bir kısım işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesidir. Kısa çalışma ise, öncelikli olarak etkisini çalışma süreleri üzerinde göstererek, çalışma sürelerinin azaltılmasına imkan tanımakta ve buna paralel olarak işçi ücretlerinde bir düşüş meydana getirmektedir. Dolayısıyla kısa çalışma ile işveren, ekonomik kriz nedeniyle talepteki azalmaya rağmen personel sayısının aynı kalmasından doğacak iktisadi riski geçici bir dönem ortadan kaldırmaktadır. Zira işçiler kısa çalışma dolayısıyla ortaya çıkan ücret kayıplarını kısa çalışma ödeneği ile gidermektedirler. Bu anlamda kısa çalışmanın işletme gerekleri ile fesihle hedeflenen amacı gerçekleştirmek anlamında elverişli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte kısa çalışma iş sözleşmesinin içeriğinde değişiklik yapmakla birlikte sözleşmenin mevcudiyetine dokunmadığından, bir diğer ifadeyle sözleşmeyi askıya aldığından feshle oranla daha hafif bir tedbir niteliğindedir ve bu itibarla da gereklidir<sup>43</sup>.

### **c. Oranlılık İlkesi (Dar Anlamda Ölçülülük İlkesi)**

Oranlılık, doktrindeki diğer ifadesiyle dar anlamda ölçülülük ilkesi, amaçla, bu amacın gerçekleştirilmesi için müracaat edilecek araç arasında bulunan ilişkiyi esas alır. Buna göre amaç ile araç birbiriyle oranlı bir ilişki içinde olmalıdır<sup>44</sup>. Bu ilkeyi fesih hukukuna uyguladığımızda ise, işverenin fesih kararına öncelik eden amaç ile bu amacın gerçekleştirilmesi anlamında en nihai tedbir niteliğinde olan araç olarak feshin birbiriyle ölçülü olması gerekir. Bu ise tarafların, amaç-araç ilişkisi kapsamında yapılacak bir menfaat değerlendirmesini gerekli kılar<sup>45</sup>. İşvereni iş sözleşmesinin içeriğine veya varlığına müdahale etmesini gerektirecek nedenin ağırlığı ve bu anlamda işverenin menfaatleri ile, amacın gerçekleşmesi için seçilecek tedbir ve bu tedbirden etkilenecek işçinin menfaatleri arasında bir değerlendirme yapılır. Buna göre işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesi

ile sona erdirmeye ilişkin menfaatleri arasında bir oransızlık söz konusu ise işveren fesih yerine amacı gerçekleştirmekle oranlı başka bir tedbiri uygulamalıdır. Aksi takdirde işverenin meşru olmakla birlikte küçük ve önemsiz bir amacının gerçekleştirilmesi için dahi fesih yoluna başvurması gündeme gelir ki bu durumda feshe muhatap olan işçinin menfaatlerinin aşırı zararı söz konusu olacaktır.

İşte bu anlamda kısa çalışmanın da oranlılık ilkesi kapsamında işverenin amacıyla oranlı bir ilişki içinde bulunması gereklidir. Bunun için genel ekonomik krize bağlı talep azalması nedeniyle üretimi düşen, bu nedenle de personel fazlalığı doğan işletmede personel ihtiyacı ile üretim miktarını uyumlaştırma amacını gerçekleştirmede başvurulacak işletmesel tedbirlerin somut olaydaki taraf menfaatleri bakımından ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi yapılır. Böylece kısa çalışmanın feshe nazaran amaçla daha oranlı bir ilişkisinin varlığı aranır.

### III. İŞLETMESEL KARAR ÖZGÜRLÜĞÜ VE KISA ÇALIŞMA İLİŞKİSİ

Üretimdeki düşüş nedeniyle ortaya çıkan personel fazlalığının yarattığı iktisadi riski ortadan kaldırmak gibi meşru bir amacı hedeflemekle birlikte işletme gerekleri ile fesih, ancak işveren işyerindeki bu duruma iş tekniğinde, iş organizasyonunda veya ekonomik alandaki tedbirlerle çözüm bulamıyorsa geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracaktır. Buna göre işçinin işinin veya işyerinin değiştirilmesi, bu konularda esaslı olan veya olmayan değişiklikler yapılması, çalışma sürelerinde veya ücretlerde değişiklik yapılması veya işçiye mesleki eğitim verilerek çalışma ilişkisinin sürdürülmesi daha hafif ve feshe alternatif tedbirler niteliğindedir<sup>46</sup>. Dolayısıyla işverenin bu riski feshe göre daha hafif ancak en az fesih kadar etkili bir başka tedbirle karşılayabilmesi imkanı mevcutsa, ölçülülük ilkesine uymadığı ve son çare olarak uygulanmadığından feshin geçersizliğine hükmedilecektir. Konumuz itibarıyla kısa çalışma da somut olayın şartları göz önüne alındığında iş organizasyonundaki bir değişik-

likle genel ekonomik krizin yarattığı geçici iş gücü fazlalığını iş sözleşmesinin mevcudiyetine zarar vermeden giderme imkanı tanıdığından feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliği taşıyabilir ve kanundaki şartların mevcudiyetine rağmen uygulanmaması somut olayın şartları da göz önüne alındığında feshin geçersizliğine yol açabilir.

Görüldüğü üzere iş güvencesi kapsamında işverenin fesih yerine teknik, ekonomik veya organizasyonel tedbirlerle meşru bir menfaatinin temin etmesi öngörülmektedir. İşte bu noktada işletme gerekleri ile fesihten önce daha hafif bir tedbir olarak kısa çalışmanın denenmiş olmasını aramanın işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyıp taşımadığı çok temel bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Zira her ne kadar ölçülülük denetimi medeni hukuka hakim doğruluk ve güven kurallarının bir neticesi olmakla birlikte bu ilkenin aşırı biçimde uygulanması işverenin ekonomik kararlarının hakim denetimi ve tercihlerine açılması ve işverenin fesih hakkının kanunun öngörmediği şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuracağı söylenebilir<sup>47</sup>. Zaten bu çelişki nedeniyle kısa çalışmanın ölçülülük ve feshin son çare olması ilkesi bakımından başvurulması gereken daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığı gerek Türk gerekse karşılaştırılmalı hukuklarda kesin olarak cevaplandırılmış değildir. Örneğin Alman hukukunda Federal İş Mahkemesi kararları yönünden bu konuda tam bir netlikten bahsedilemez. Zira 1964 tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme<sup>48</sup>, işverenin ekonomik darboğazdan çıkmak için adımlar atması gerektiğini, ancak işverenin hangi tedbirleri alacağı onun işletmesel karar özgürlüğü kapsamında olduğunu, objektif olduğunu, makul olduğu ve keyfi olmadığı sürece bunun amaca uygunluk denetiminin yapılamayacağını belirtmektedir. Ancak Mahkemeye göre bu durum aynı zamanda tarafların menfaatleri arasında bir değerlendirme yapılmasını da dışlamaz ki bu değerlendirme kapsamında işletme gereklerinin fesih dışında kısa çalışma ile karşılanıp karşılanmayacağı denetlenir. Eğer ekonomik darboğazdan çıkmak anlamında kısa çalışmanın uygulanması mantıklı ve mümkün

görünüyorsa, kısa çalışma uygulamadan iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde acil işletme gereklerinin varlığından söz edilmez.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin 1986 tarihli kararında<sup>49</sup> ise konu kısmen tartışılmış ve mahkemenin değerlendirmesinin eğer kısa çalışma uygulansaydı fesihden kaçınma imkanı mevcut olur muydu şeklinde bir soruyu içermediği kararına varılmıştır. Ancak bu davada asıl tartışılan işletme konseyinin kısa çalışma uygulamasında karar hakkına sahip olup olmadığıdır ki buna göre eğer işletme konseyi kısa çalışma uygulamasını açıkça reddederse, işverenin fesih yerine kısa çalışma uygulamaması nedeniyle ultima-ratio ilkesine aykırı davrandığının söylenemeyeceği kanaatine varılmıştır.

Federal İş Mahkemesi 1989 yılında verdiği bir kararda<sup>50</sup>, sürekli iş gücü azalmasının mevcut olduğu durumlarda kısa çalışma ile fesihden kaçınma imkanı bulunmadığından personel azaltımının zorunlu olduğu kabul edilmiştir. Zira mahkemeye göre kısa çalışma, işgücü ihtiyacındaki eksilmenin süresine bağlıdır; eğer bu geçici değilse bir sona erdirmeye nedeninin mevcut olduğu söylenecektir.

Görüldüğü üzere işverenden fesih yerine kısa çalışmaya başvurmasını beklemenin onun işletmesel karar özgürlüğünü ihlal niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. En genel anlamıyla işletmesel karar özgürlüğü, kaynağını Anayasanın girişim ve sözleşme özgürlüğünde bulan ve piyasa ekonomisinin kuralları içerisinde işletmenin kârından nemalanan ve buna karşılık zarar riskine katlanan işverenin işyeriyle ilgili teknik, ekonomik ve organizasyonel kararları alabilmesini ifade eder<sup>51</sup>. İşletmesel kararlar iş sözleşmesinin feshi arasındaki ilişki incelendiğinde ise kanaatimizce de feshin başlı başına bir işletmesel karar olmadığı görülür<sup>52</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz üzere işletmesel karar işverenin ekonominin ve sektörün mevcut ve gelecekte öngörülen durumu, rekabet şartları ve üretim teknikleri itibarıyla, neyi, ne kadar ve nasıl üreteceğine, hangi üretim ve satış politikalarına göre davranacağına dair verdiği kararlardır. Bu anlamda ekonomik kriz neticesinde ortaya çıkan talep azalması nedeniyle üretimin düşürülmesi ve bu nedenle işyerinde işgücü

ihtiyacındaki azalma nedeniyle personel fazlalığı çıkması durumunda, bu fazla personelin yaratacağı ekonomik yükün doğuracağı riski üzerinde taşımak istemeyen işverenin iş gücü ihtiyacıyla personel miktarını birbiriyle uyumlaştırmak istemesi bir işletmesel karardır. Ancak bu karar neticesinde kimi işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi başlı başına bir işveren kararı olmayıp işletmesel kararın amacının gerçekleşmesinin sağlanması için uygulanan bir işletmesel tedbirdir<sup>53</sup>. Dolayısıyla işletmesel karar denetim dışı olsa da işverenin bu karar neticesinde uyguladığı tedbirler mahkemelerin denetimine tabidir.

İşletmesel karar işverenin tercihlerini içerdiğinden mahkemelerin amaca uygunluk ve yerindelik denetimine tabi değildir; işveren işletmesel kararın amacını ve içeriğini serbestçe belirleyebilir<sup>54</sup>. İşverenin işletme içi veya dışı nedenler karşısında ne şekilde davranacağı kendi takdirindedir<sup>55</sup>. Zira işletmesel kararın doğruluğu ve yerindeliliğinin sorumluluğu, işletmenin iyi veya kötü yönetilmesi anlamında işverene aittir. İşletmesel karar sadece açıkça tutarsız ve keyfi olup olmadığı yönlerinden denetlenebilir<sup>56</sup>. Bununla birlikte feshin geçersizliğine ilişkin bir davada hakim işletmesel kararı yerindelik bakımından denetleyemese de işletmesel kararın somut olaydaki şekliyle alınmasını gerektiren vakıaların gerçekten mevcut olup olmadığını, bunların objektif anlamda feshi zorunlu kılıp kılmadıklarını ve işletme gereklerinin personel ihtiyacının personel sayısı ile uyumlaştırılmasını zorunlu kıldığına tespit edilmesi halinde ise, bu amacın fesih dışında daha hafif başka bir tedbirle gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığını denetleyebilir<sup>57</sup>. Nitekim Kılıçoğlu/Şenocak'ın da yerinde bir şekilde ifade ettikleri üzere aksine bir düşünce İş Kanunu'nun öngördüğü iş güvencesi sistemini anlamsız kılar; zira bu durumda işveren her türlü işletme gerekleri ile feshin denetiminden, feshin açıkça kötüye kullanıldığı haller hariç, fesih kararının da bir işletmesel karar olduğu ve bu nedenle mahkemelerin denetimi dışında buldukları savunmasıyla kurtulmuş olur<sup>58</sup>. Yargıtay da iş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli ted-



birlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinin işverenin tekelinde olmadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde işletmesel kararın gerekliliğinin de denetlenebileceği kanaatindedir<sup>59</sup>. Preis'a göre de fesih anında bir yandan işçilere fazla çalışma yaptıran diğer yandan geçici işçi çalıştıran işveren, bu vakıalara rağmen işyerindeki işgücü ihtiyacının neden azaldığını makul bir şekilde ortaya koymalıdır; işyerinde fazla çalışma yaptırılması ve geçici işçi çalıştırılmasının bir işletmesel karar olduğu tartışmasızdır; ancak bu kapsamda organizasyonel işletme tedbirinin doğruluk-akla yatkınlık (Plausibilitaet) bakımından değerlendirmesi yapılır<sup>60</sup>.

Buna göre, işgücü ihtiyacının geçici olarak azaldığı durumlarda işletme gerekleri ile fesih, mahkemenin denetimi dışındaki amacın gerçekleştirilmesinin fesih dışındaki daha hafif bir tedbirle sağlanmasının mümkün olup olmadığının hakim tarafından denetlenmesi işverenin işletmesel karar özgürlüğüne müdahale niteliği taşımaz<sup>61</sup>. Zira burada denetime tabi tutulan işletmesel kararın kendisi değil bu kararın uygulanmasını, amacın gerçekleştirilmesini sağlayan işletmesel tedbirdir; denetleme konusu ise işletmesel amaca fesih dışında aynı ölçüde etkili bir başka tedbirle ulaşmanın mümkün olup olmayacağıdır<sup>62</sup>. Eğer işveren aynı amacı, örneğin geçici bir kriz dolayısıyla ortaya çıkan personel sayısını üretim ihtiyacıyla uyumlaştırma amacını, iş sözleşmesini feshetmeden de gerçekleştirebiliyorsa, yapılacak fesih geçersiz olur. Zira bu durumda aslında bir menfaatler karşılaştırması yapılır. İşverenin menfaati, ekonomik krize bağlı üretimdeki düşüş nedeniyle ortaya çıkan personel fazlalığının yarattığı ekonomik riski ortadan kaldırmaktır. İşveren bu menfaatini iş sözleşmesinin feshi yerine, kanunun tanıdığı bir imkan olarak kısa çalışma ile aynı fesih gibi etkili olacak şekilde temin etmesi mümkün ise bu durumda işletmesel kararın muhatabı olarak işçinin menfaatleri dikkate alınır. Zira işveren kısa çalışmayla, işgücü ihtiyacına kıyasla fazla olan personelin ücret yükünden kurtulmakta, iş sözleşmeleri askıya alınmakta ve işçiler şartların oluşması halinde ücretlerini işsizlik sigortası fonundan karşılamaktadırlar ki bu durumda

riskin geçici bir dönem için işveren üzerinden alınması söz konusudur. Dolayısıyla bu durumda işçinin menfaati nazara alınacaktır ki, işçinin menfaati iş sözleşmesinin devamıdır, zira işçi bakımından en büyük risk özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işsizliktir. Bu durumda gerek fesihle gerekse kısa çalışmayla menfaatleri temin edilen işveren, işçiye en az zarar verecek tedbiri seçmelidir. Bu, genel olarak kaynağını doğruluk ve güven kurallarından alan ve hukukun tüm dallarına hakim olan ölçülülük ilkesinin, onunla eş anlamlı olarak kullanılan ultima-ratio (son çare) ilkesinin, ayrıca da iş hukuku bakımından işverenin işçiyi gözetme borcunun bir gereğidir.

Görüldüğü üzere iş sözleşmesinin feshinin denetlenmesinde denetlenen işletmesel karar değil bir işletmesel tedbir olarak feshin kendisidir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi kapsamında kısa çalışmanın feshe alternatif daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığı ve bu anlamda feshe son çare olarak başvurulup başvurulmadığının denetlenmesi işletmesel karar özgürlüğüne bir müdahale niteliği taşımaz.

#### IV. KISA ÇALIŞMANIN UYGULANMASI SIRASINDA İŞLETME GEREKLERİ İLE FESİH

Kısa çalışma niteliği itibariyle geçici nitelikte bir tedbirdir ve iş sözleşmesini askıya alan bir sonuç doğurmaktadır. Tarafların temel edim yükümlülükleri askıda olsa da bunun dışında kanundan ve sözleşmeden doğan borçları devam etmektedir. Dolayısıyla bu dönemde iş sözleşmesinin işçi ve işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi elbetteki mümkündür. Ancak tartışmalı olan, işletme gerekleri ile feshe alternatif bir tedbir olarak uygulanan kısa çalışma sırasında yine işletme gerekleri ile fesih yapılabilmeyeceğidir. Kural olarak kısa çalışmanın işletme dışı ekonomik nedenlere dayanması halinde kısa çalışma sırasında işletme gerekleri ile fesih yapılamaz; zira kısa çalışmanın uygulanması, işletme dışı nedenlerden kaynaklanan iş gücü fazlalığının geçici nitelikte olduğunun bir işaretidir<sup>63</sup>. Oysa işletme gerekleri ile feshin

söz konusu olması için iş gücü ihtiyacının sürekli bir şekilde ortadan kalkmış olması gereklidir. Ancak bu, kısa çalışma sırasında işletme gerekleri ile feshin tamamen dışlandığı anlamına gelmemelidir<sup>64</sup>. Kısa çalışma döneminde de olsa işçiye duyulan iş gücü ihtiyacını sürekli bir şekilde ortadan kaldıran işletme gereklerinin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi geçerli olarak feshedilebilir. Örneğin kurucu işveren kararı neticesinde işyerinde yeni bir organizasyona gidilmesi, iş gücünün yeniden yapılandırılması, rasyonalizasyon tedbiri olarak yeni bir makine edinimi, bir bölümün kapatılması gibi nedenler kısa çalışmaya muhatap işçiye duyulan iş gücü ihtiyacını sürekli olarak ortadan kaldırıyorsa işletme gerekleri nedeniyle geçerli bir fesih gündeme gelebilir<sup>65</sup>.

## V. YARGITAY'IN KONUYA İLİŞKİN YAKLAŞIMI

Yargıtay'ın bu konudaki ilke kararına göre "Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörüme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır." Görüldüğü üzere mahkeme işletmesel kararın yerindeliğini denetlememekte, yalnızca hakkın kötüye kullanılmaması anlamında tutarlılık ve keyfilik denetimi yapmaktadır. Mahkemenin bu denetimi MK md. 2'ye dayandırdığı söylenebilir<sup>66</sup>. Bir başka kararında Mahkeme aynen şu ifadelerle yer vermektedir: "İşveren amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletme kararları alabilir. Ancak, işletme kararı sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletme gerekleri ile varılmak istenen hedefe

fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez."<sup>67</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus Mahkemenin feshi, işletmesel kararın sonucunda düşünülen bir tedbir olarak gördüğüdür; dolayısıyla Mahkemenin de işletmesel karar ve işletmesel tedbir olarak feshi birbirinden ayırdığı söylenebilir. Kararlardan çıkan bir diğer önemli husussa Yargıtay'ın genel bir hukuk ilkesi olan "ölçülülük ilkesini" iş güvencesi hukukuna hakim bir ilke olarak benimsediğidir. Yargıtay'ın "ölçülülük ilkesi" ile "feshin son çare olarak uygulanması ilkesini" eş anlamlı olarak kullandığı görülmektedir. Bununla birlikte Yargıtay işverenin fesih dışında daha hafif bir önlemle amaca ulaşması olanaklı ve beklenebilir bir durumda ise, feshi geçerli kılan bir işletme, işyeri ve iş gereğinin bulunmadığını; feshin son çare olması ilkesine uygunluğu denetiminde, somut duruma uygun bir inceleme yapılması ve fesih yerine başvurulacak somut tedbirlerin araştırılması gerektiği kanaatinde. Yüksek Mahkeme bu araştırmanın ne şekilde yapılacağına da kararlarında yer vermektedir; şöyle ki, "krizin geçici olup olmadığı, fesih dışında tedbirlerle bu krizin geçirilip geçirilmeyeceği, davalı işverenin bu kapsamda savunduğu gibi fazla mesai kısıtları kaldırıp kaldırmadığı, vardiya sayısını indirip indirmediği, yıllık izinleri kullandırıp kullandırmadığı, ücretsiz izin uygulaması yapıp yapmadığı, ücret zammını erteleyip ertelemediği, kısa çalışma ödeneği için başvurup başvurmadığı incelenmelidir."<sup>68</sup> Yargıtay'ın bu yöndeki kararları aslında yeni değildir. Yüksek Mahkeme iş güvencesi hükümlerinin mevzuatımıza girdiği günden bu yana feshin son çare ilkesini ve bu ilkenin uygulanmasında feshe alternatif hangi tedbirlerin uygulanabileceğini belirtmektedir<sup>69</sup>. Bu anlamda kararlara bakıldığında Yargıtay'ın ekonomik kriz nedeniyle ortaya çıkan iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici mi sürekli mi olduğunu aradığını ve işletme gerekleri ile fesihte kısa çalışmayı da feshin son çare olması ilkesi bakımından feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğinde gördüğü söylenebilir. Ancak Yüksek Mahkeme kısa çalışmayı diğerleri yanında bir tedbir olarak belirtmekte olup, Yüksek Mahkeme'nin salt kısa çalışmayı konu alan

ve ölçülülük denetimi ile feshin son çare olduğunun tespit edilmesi anlamında değerlendirilmeye tabi tutan bir kararına rastlanmamıştır.

## SONUÇ

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 2009 yılında 508.253 işçi, 2010 yılı Ocak ve Şubat aylarında ise yaklaşık 61.000 işçi kısa çalışma ödeneğinden yararlanmıştır. Hükümet tarafından her ne kadar reddedilse, teğet geçtiği söylenece de, 2008 ekonomik krizinden işletmelerin yoğun bir şekilde etkilendikleri görülmekte ve hatta Çalışma Bakanlığının yarattığı fiili durum nedeniyle ülkede bir genel ekonomik krizin hüküm sürdüğü kesinleşmektedir. Bunun iş hukukuna yansımaları ise genel ekonomik krizden kaynaklı işletme gerekleriyle iş sözleşmelerinin feshedilmesidir. Kanaatimizce kısa çalışmanın genel ekonomik krizden etkilenen işverenler bakımından feshe oranla daha hafif bir tedbir niteliğinde olup olmadığını tespiti için “ölçülülük ilkesi”nden faydalanılması ve feshin elverişli, gerekli ve oranlı olup olmadığı, bu kapsamda feshe son çare (ultima-ratio) olarak başvurulup başvurulmadığının denetlenmesi gereklidir. Buradaki denetleme işletmesel kararın değil bunun neticesi olan işletmesel tedbirin bir denetlemesi olduğundan işletmesel karar özgürlüğüne bir müdahale söz konusu değildir. Dolayısıyla genel ekonomik krizin işletmeye etkilerinin geçici nitelikte olduğu öngörülüyorsa, iş gücü ihtiyacının personel ihtiyacına uyumlaştırılması amacının gerçekleştirilmesi için işverenin fesih yerine daha hafif bir tedbir olan kısa çalışmaya başvurusunun feshin son çare olması bakımından gerekli olduğu söylenebilir. Eğer işveren bu geçici dönemin atlatılması anlamında kısa çalışma yaptırmak için Çalışma Bakanlığı'na başvurmuş ancak yapılan inceleme neticesinde şartları taşımadığından kısa çalışma uygulanmasına izin verilmemişse ve işverenin başvurusu gereken başka daha hafif bir tedbir bulunmuyorsa fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracaktır. Üstelik hukukumuzda diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak kısa çalışma kanunla düzenlenmiş ve işverene tek taraflı yönetim yetkisi kapsamında işçinin rızası ol-

maksızın kısa çalışma uygulayabilmesi imkanı tanınmıştır; Kanun bu düzenlemeyi yapmamış olsaydı işveren İş Kanunu md. 22 uyarınca her bir işçinin rızasını alması gerekecekti<sup>70</sup>. Bu nedenle de genel ekonomik krizin doğurduğu iş gücü ihtiyacındaki azalmanın geçici nitelikte olduğu hallerde Kanunun işverene tanıdığı bu imkan kullanılmadan feshe başvurulması geçerli olmasa gerekir; aksi taktirde Kanunun kısa çalışmayı düzenlemekteki işin ve işyerinin korunması amacının gerçekleşmesi söze konu olmayacaktır. İşletme gerekleri ile fesihten kaçınmak için başvuru olan kısa çalışma sırasında işletmede iş gücü ihtiyacını sürekli olarak ortadan kaldıran bir durumun ortaya çıkması halinde işletme gerekleri ile fesih yoluna gidilmesine engel bir hukuki durum mevcut değildir.

## DİPNOTLAR

- 1 Engin Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, Beta yay., İstanbul, 2003, sh. 98.
- 2 Schaub Günter/Schindele Friedrich, Kurzarbeit, Massenentlassung, Sozialplan, Verlag C.H.Beck München 1993, sh. 63; Heinze Meinhard, “Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit”, RdA, 1998, Heft 1, (14-23), sh. 14.
- 3 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İşsizlik Sigortası Fonu Aylık Basın Bülteni Mart 2010.
- 4 Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, sh. 733.
- 5 Süzek Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. bası, İstanbul, 2008, sh. 538-539.
- 6 Nitekim Süzek'e göre de, fesihle ulaşılmak istenen sonuca “ölçülülük ilkesi” uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılır (Süzek, sh.539).
- 7 Alp Mustafa, “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C.XVII, S.205/12, Ocak 1999, sh. 1519; Manav Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, sh. 132-133.
- 8 Alp, sh. 1524.
- 9 Alp, sh. 1525; Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvenliği Hukuku, İstanbul, 2007, sh. 185.
- 10 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993, sh. 16.
- 11 Alp, sh. 1525.
- 12 Berkovsky, Wilfried, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Auflage, 2002, sh. 58.

- 13 Örneğin bkz. Yarg. 9. HD., 13.07.2009 t., E.2009/289, K.2009/20632.
- 14 Hergenröder, Wolfgang, im Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 4, Verlag C.H.Beck, München, 2005, sh. 986; Alp, sh. 1529 vd.
- 15 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 189; Alp, sh. 1521.
- 16 Süzek, sh. 540; Engin, sh. 92; Çankaya/Günay/Göktaş, sh. 100.
- 17 Barhhofer, Gabriele, Kurzarbeit zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften 1995, sh. 84; Alp, sh. 1521.
- 18 Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip), Yargıtay Dergisi, C. 34, S. 1-2, Ocak-Nisan 2008, sh. 106-107.
- 19 Alp, sh. 1251
- 20 Kılıçoğlu/Şenocak, Tahmin İlkesi, sh. 107.
- 21 Barnhofer, sh. 84.
- 22 Barnhofer, sh. 85.
- 23 Hoyningen-Huene v.Gerrick/Linck Rüdiger, Kündigungsschutzgesetz Kommentar, 14.völlig neuarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, sh. 276-277; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, kn.573; Hergenröder, sh. 323; Başterzi Süleyman, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3, sh. 60.
- 24 Hoyningen-Huene/Linck, sh. 277; Engin, sh. 43, 77; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, sh. 223.
- 25 BAG, Urteil vom 15.06.1989 - 2 AZR 600/88, NZA, 1990, sh. 65.
- 26 "Daha sonra ise krizin geçici olup olmadığı, fesih dışında tedbirlerle bu krizin geçirilip geçirilmeyeceği, davalı işverenin bu kapsamda savunduğu gibi fazla mesaileri kaldırıp kaldırmadığı, vardiya sayısını indirip indirmediği, yıllık izinleri kullanarak kullanmadığı, ücretsiz izin uygulaması yapıp yapmadığı, ücret zammını erteleyip ertelediği, kısa çalışma ödeneği için başvurup başvurmadığı incelenmelidir." (Yarg. 9. HD. 20.07.2009 t., E.2009/27271, K.2009/27272).
- 27 Barnhofer, sh. 86.
- 28 Ascheid/Preis/Schmidt, kn.573; Preis'a göre ise, işverenin iş gücü eksikliğinin geçici mi sürekli mi olduğuna ilişkin tahmini işletmesel karar özgürlüğü kapsamındadır ve mahkemelerin kontrolüne tabi değildir. Ancak işveren, mahkemede iş gücü ihtiyacının geçici olduğunu bir beceriksizlik neticesinde ortaya koyarsa, kısa çalışmanın feshe göre uygulanması gereken daha hafif bir tedbir olduğu incelenebilir (Preis Bernd, "Betriebsbedingte Kündigung zwischen dringenden betrieblichen Erfordernissen und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit Grundsätzliches und Alltägliches zur Gretchenfrage des Kündigungsschutzes" NZA, Heft 12, sh. 630-631).
- 29 Hergenröder, sh. 1057.
- 30 Hoyningen-Huene/Linck, sh. 277; Schaub/Schindele, sh. 64; Engin, sh. 37.
- 31 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 279; Barnhofer, sh. 87; Engin, sh. 106; Çankaya/Günay/Göktaş, sh. 101.
- 32 Engin, sh. 106.
- 33 Geçiciliğin tespitinde kısa çalışmaya ilişkin 3 aylık süre esas alınırken, yürütme organının kriz dönemlerinde kısa çalışma ödeneğinin süresini veya miktarını artırmasının geçiciliğe ilişkin bu 3 aylık süre ölçütünde bir değişikliğe neden olmasa gerekir.
- 34 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 279.
- 35 Barnhofer, sh. 92.
- 36 Alp, sh. 1522; Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 190; Barnhofer, sh. 88; Engin, sh. 91; Başterzi, sh. 59; Berkovsky, sh. 60.
- 37 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 203; Manav, sh. 133; Alman Federal İş Mahkemesinin de bu iki ilkeyi aynı anlamda kullandığı yönünde bkz. Berkovsky, sh. 58.
- 38 Güzel, Ali, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", A. Can. Tuncay'a Armağan, Legal Yay., 2005, sh. 62; Başterzi, sh. 58.
- 39 Güzel, sh. 65; aynı yazar, , "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Çalışma ve Toplum, 2005/1, sh. 173.
- 40 Alp, sh. 1522.
- 41 Alp, sh. 1523.
- 42 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 193.
- 43 Barnhofer, sh. 89; Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 277; Engin, sh. 105
- 44 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 200; Alp, sh. 1523.
- 45 Barnhofer, sh. 89; Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 200; Alp, sh. 1523; aksi yönde Berkovsky, sh. 61.
- 46 Feshe alternatif daha hafif nitelikteki tedbirlerin değerlendirilmesi için bkz. Engin, sh. 93 vd.; Başterzi, sh. 60 vd.; Güzel, sh. 72 vd.
- 47 Alp, sh. 1533.
- 48 BAG, 25.6.1964 - 2 AZR 382/63, NJW, 1964, Heft 41, sh. 1921-1922.
- 49 BAG 4.3.1986 - 1 ABR 15/84, NZA, 1986, sh. 432.
- 50 BAG, 15.06.1989 - 2 AZR 600/88, NZA, 1990, sh. 65.
- 51 Aynı yönde Güzel, Keyfilik, sh. 166.
- 52 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 266.
- 53 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 267.
- 54 Berkovsky, sh. 87; Preis Ulrich, sh. 250; Güzel, sh. 74; aynı yazar, Keyfilik, sh. 166.
- 55 Barnhofer, sh. 106.
- 56 Berkovsky, sh.87; Schaub/Schindele, sh.65; Schaub Günter, Die betriebsbedingte Kündigung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, NZA, Heft 7, 1987, sh.218; Çankaya Osman Güven/Günay Cevdet İlhan, Göktaş Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. baskı, 2006, sh. 89.
- 57 Schaub/Schindele, sh.65; Schaub, sh.218; Güzel'e göre de



ekonomik nedenle işten çıkarma ile ulaşılması hedeflenen sonuca, fesih dışındaki nedenlerle ulaşıp ulaşılamayacağı hususundaki takdir yetkisi yargıca ait bulunmaktadır (Güzel, sh. 74). Yargıtay da aynı görüştedir: “İşletme dışı nedenler, işletme gereklerine dayanan fesih için, ancak işyerinde işgücü fazlasına neden olmuşsa, önem arz eder. İşveren, işletme dışı sebeplerin zorunlu kıldığı işletmesel süreçteki yapısal değişimi somut olarak ortaya koyarak bunun belirli çalışma yerlerinde azalmaya yol açtığını göstermelidir. Bir başka anlatımla, işveren, fiili verileri, işçilerin karşı vakıalar ile itiraz edebileceği ve mahkemelerce de denetlenebilmesine imkan sağlayacak şekilde somut ve ayrıntılı olarak ortaya koymalıdır. İşletme dışı sebebin işletmedeki iş miktarına etki edip etmediği, ediyorsa ölçüsünü ve bu suretle işletmedeki işçi sayısına etki edip etmediği, ediyorsa ne kadarına etki ettiği yargısal denetim sonucu açıklığa kavuşturulmalıdır.” (Yarg. 9. HD. 20.07.2009 t., E.2009/27271, K.2009/27272)

- 58 Kılıçoğlu/Şenocak, sh.267; benzer görüşte Güzel, Keyfilik, sh. 169.
- 59 Yarg. 9. HD. 27.04.2009 t., E.2009/5133, K.2009/11695.
- 60 Preis, Ulrich, “Autonome Unternehmerentscheidung und “dringendes betriebliches Erfordernis””, NZA, Heft 6, sh. 247.
- 61 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 278-279.
- 62 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 279.
- 63 BAG, Urteil vom 26.06.1997 - 2 AZR 494/96, NZA, Heft 23, sh. 1286.
- 64 Ascheid/Preis/Schmidt, kn.576; Hergenröder, sh. 1057.
- 65 Ascheid/Preis/Schmidt, kn.576; Hergenröder, sh. 1057; Schaub, sh. 219; Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 281.
- 66 “İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun’un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.” (Yarg. 9. HD., 27.04.2009 t., E.2009/10026, K.2009/11699).
- 67 Yarg. 9. HD. 11.09.2006 t., E.2006/18576, K.2006/21357.
- 68 Yarg. 9. HD., 20.07.2009 t., E.2009/27271, K.2009/27272.
- 69 “Öte yandan, işletme gerekleri ile varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak yada meslek içi eğitime tabi tutarak ve kısa çalışma ile amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, “fesih son çare olmalıdır” (ultima ratio) ilkesi gözetilmelidir.” (Yarg. 9. HD. 13.01.2005 t., E.2004/33414, K.2005/930).
- 70 Başterzi, sh. 65.

## KAYNAKÇA

- Alp Mustafa, “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C.XVII, S. 205/12, Ocak 1999.
- Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007.
- Barhhofer Gabriele, Kurzarbeit zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigung, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften 1995.
- Başterzi Süleyman, “Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3.
- Berkovsky Wifried, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Auflage, 2002.
- Çankaya Osman Güven/Günay Cevdet İlhan, Göktaş Seracetin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. baskı, 2006.
- Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007.
- Engin Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, Beta yay., İstanbul, 2003.
- Güzel Ali, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can. Tuncay’a Armağan, Legal Yay., 2005.
- Güzel Ali, “İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2005/1.
- Heinze Meinhard, “Die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der Einführung von Kurzarbeit”, RdA, 1998, Heft 1.
- Hergenröder Wolfgang, im Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 4, Verlag C.H.Beck, München, 2005.
- Hoyningen-Huene v.Gerrick/Linck Rüdiger, Kündigungsgesetz Kommentar, 14.völlig neuarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007.
- Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul, 2007.
- Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvencesinde Tahmin İlkesi (Prognoseprinzip), Yargıtay Dergisi, C. 34, S. 1-2, Ocak-Nisan 2008.
- Manav Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Preis Bernd, “Betriebsbedingte Kündigung zwischen dringenden betrieblichen Erfordernissen und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit Grundsätzliches und Alltägliches zur Gretchenfrage des Kündigungsschutzes” NZA, Heft 12.
- Preis Ulrich, “Autonome Unternehmerentscheidung und “dringendes betriebliches Erfordernis””, NZA, Heft 6.
- Schaub Günter, Die betriebsbedingte Kündigung in der Rechtssprechung des Bundesarbeitsgerichtes, NZA, Heft 7, 1987.
- Schaub Günter/Schindele Friedrich, Kurzarbeit, Massenentlassung, Sozialplan, Verlag C.H.Beck München 1993.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. bası, İstanbul, 2008.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

## Bektaş KAR

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

# Fesih Nedeni Olarak İşçinin Ödevli Olduğu Görevleri (İş Görme Edimi) Hatırlatıldığı Halde Israrla Yapmaması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. fıkrasının h bendinde, "işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" haklı fesih nedenlerinden biri olarak sayılmıştır.

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olan iş sözleşmesinin işçiye yüklediği borçların en önemlisi iş görme borcudur. İşçi, Borçlar Kanunu'nun 320. maddesi uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça ve halin icabı gerektirmedikçe taahhüt ettiği işi kendisi yapmak zorundadır. Aynı Kanunun 321. maddesi uyarınca da işçi, işini özenle yerine getirmelidir.

İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır.

İşçinin iş görme edimi kapsamında yapacağı işin türü, bireysel iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği, organizasyon şeması ve görev tanımları ile belirlenmektedir. Genelde işçinin mesleği olduğunda, meslekle ilgili işler olabileceği gibi işçi ve işveren arasında bu konuda bir anlaşma olmadığı takdir-

de işin türünü ve ayrıntılarını yönetim hakkı kapsamında işveren belirleyebilir. Çalışan açısından bakıldığında iş, bir görevin yerine getirilmesi için yapılan çeşitli faaliyetlerdir. İktisadi açıdan bakıldığında ise iş, mal ve hizmet üretmektir.

İş görme ediminin yapılacağı yer, sözleşmelerde açıkça yer alabileceği gibi işveren yönetim hakkı kapsamında bu yeri belirleyebilir. Ancak kural olarak iş, işverene ait olan işyerinde ifa edilir. Genel anlamda işyeri, bir işverenin maddi olan ve olmayan araçlarla belli bir teknik amacı gerçekleştirmesine yarayan ve süreklilik gösteren organize edilmiş bir bütündür<sup>1</sup>. Buna göre, işyeri sadece sınaî ve ticari amaç güden yerleri değil hizmet kesimine giren ve ayrıca serbest meslek faaliyetlerinin de görüldüğü bütün yerleri kapsar. İş ve işletme kavramlarının aksine, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işyeri tanımına yer verilmiştir. Bu maddeye göre, "İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime" işyeri denir.

İşin yapılacağı zamanı da işveren, sözleşme, 4857 sayılı İş Kanunu ve buna bağlı olarak çıkarılacak yönetmeliklere uygun olarak yönetim hakkı kapsamında belirlemelidir.

İşçinin, iş sözleşmesinden kaynaklanan diğer önemli bir borcu da, işverenin talimatlarına uyma borcudur. İşverenin yönetim hakkının karşısını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerede, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar.

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan diğer bir önemli borcu da sadakat borcudur. Sadakat borcu, işçiyi işverenin menfaatleri doğrultusunda bazı olumlu davranışlarda bulunması (iş yaparken eksiklikleri bildirmek, keza özenle yapmak), yapılmaması gereken örneğin işve-

lerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak, eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekte de yükümlüdür.

İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan diğer bir önemli borcu da sadakat borcudur. Sadakat borcu, işçiyi işverenin menfaatleri doğrultusunda bazı olumlu davranışlarda bulunması (iş yaparken eksiklikleri bildirmek, keza özenle yapmak), yapılmaması gereken örneğin işve-

## Yasanın gerekçesine göre, işçinin “işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi” geçerli fesih nedeni olarak sayılmıştır.

Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir.

İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hüküm-

rene zarar verecek her çeşit davranışından da kaçınması yükümlülüğünü getirmektedir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında, işçinin verilen işi özenle yapması için verdiği talimatlara işçi uymak zorundadır. İşçinin iş görme, özenle işi yapma ve sadakat borcu kapsamında işverenin menfaatlerine uygun davranışta bulunma borçlarına aykırı davranması, talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesini haklı ya da geçerli fesih hakkı verir. İşçini bu davranışı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. fıkrasında sayılan nedenlerden birini ve en önemlisi inceleme konusu olan “h” bendindeki, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi nedeni kabul edilebilir. Ancak bu davranış, anılan nedenler ağırlığında olmamakla birlikte, işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin devamı işveren açı-

sından beklenmez bir hal almış ise işçinin iş sözleşmesi aynı Yasanın 18. maddesi uyarınca davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeni olarak da değerlendirilebilir. Örneğin, Yasanın gerekçesine göre, işçinin “işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi” geçerli fesih nedeni olarak sayılmıştır.

İşçinin asıl yükümlükleri yanında, yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre iş görme edimi, dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir. Bu kurala aykırı şekilde ifa edilen yükümlülükler işverene geçerli veya koşulları olması halinde haklı fesih imkânı verebilir.

## 1. Haklı fesih nedeni olarak işçinin görevini yerine getirmeme davranışının unsurları:

### a. İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri bulunmalıdır.

İşçinin bu ödevleri iş görme borcu kapsamında yasal sınırlar içinde sözleşme, iç yönetmelik, mesleği ve görev tanımı içerisinde yer alan işlerdir. Bu işlerin, işçi açısından bir görevin yerine getirilmesi için yapılan çeşitli faaliyetler, işveren açısından ise genel olarak mal ve hizmet üretimi olduğu açıktır. İşçinin sözleşme ve yasal sınırlar içinde kalan ve işverenin yönetim hakkı kapsamında belirlediği genel olarak mal ve hizmet üretimine yönelik görevlerini yapması gerekir. İşveren işçinin yapmakla ödevli bulunduğu bir görevi var ise, işçiye bu görevlerini yapması için talimat verebilir. İşçinin yapmakla ödevli bulunmadığı bir görevi yapması için verilecek talimat veya uyarı üzerine, işçinin bu görevi yapmaması, işverene iş sözleşmesini feshetme hakkı vermeyecektir.

Yargıtayın işçinin ödevli bulunduğu görevi konusunda uyarılması gerektiğine işaret eden kararları vardır. Emsal olarak 29.06.2009 gün ve 2008/36439 Esas, 2009/18290 Karar sayılı bozma kararında “Envanter sayımını şirketin prosedürlerine uygun yapma ve açık çıkmaması için önlemler almanın davacı işçinin görevleri

kapsamında olduğu, envanter sayımında açık çıktığı, stoklarda ve üründe fazlalık meydana geldiği, davacının bu görevini gereği gibi yapmadığı, daha önce uyarıldığı, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, bu davranışları nedeni ile iş ilişkisinin devamının işveren açısından beklenmez bir hal aldığı, feshin davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayandığı” belirtilmiş ve işçinin işe iade isteminin reddine karar verilmiştir.

### b. İşçi yapmakla ödevli olduğu bu görevi bilerek ve isteyerek eksik veya hiç yapmamalıdır.

İşçinin, işi yapamaması, az verimli çalışması veya verilen işi eksik yapması kendi isteğinden kaynaklanabileceği gibi yetersizliğinden de kaynaklanabilir. İş görme edimini yerine getirmek istememek (bilerek davranış) ile yerine getirememek (mesleki veya fiziki yetersizlik) arasında sınırı çizmek çoğu kere zordur. İlk hal, İş Kanunu’nun 18. maddesi anlamında, işçinin davranışına dayanan süreli fesih nedeni iken, ikinci hal işçinin yetersizliğinden kaynaklanan süreli fesih nedenidir. İşçinin verilen görevi yapmaması veya eksik yapması nedeni ile işverenin zarar görmesine gerek yoktur. Elbette ki işçinin bu davranışı nedeni ile işverenin zarar göreceği durumlar da olabilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında buna vurgu yapmış ve “işçinin iş amaçlı bilgisayar mesai saatleri içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcadığı, üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranış ortadan kaldırmayacağı, işçinin sözleşme ile üstlendiği yükümlülüğünü ihlal ettiği, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı, işverenin

**İşçinin verilen görevi yapmaması veya eksik yapması nedeni ile işverenin zarar görmesine gerek yoktur.**



iş sözleşmesini feshetmesinin, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayandığı” kabul edilmiştir<sup>2</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi diğer bir kararında, “işverene ait sosyal tesislerin konutunda kalan, sosyal tesislere gelen çalışanların servis şoförlüğü yanında asli olarak görevi bekçilik olan işçinin, lokalde gece yapılan hırsızlık olayında görevini eksik yaptığını, servis şoförlüğü yapması nedeni ile yorgun olmasının asli görevini eksik yapmasına mazeret olamayacağını, feshin geçerli nedene dayandığını” belirtmiştir<sup>3</sup>.

### **c. İşçinin görevleri işveren tarafından işçiye hatırlatılmalıdır.**

İşveren fesih öncesinde işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevleri hatırlatmalıdır. Bu konuda ispat yükü de işverendedir. Hatırlatmanın belli bir şekli yoktur. Hatırlatmanın belirgin ifade şekli ihtar/uyarıdır. Yazılı veya sözlü

açısından fiziki yeterliliğe hiç sahip olmayan ya da eksik sahip olan işçi karşısında herhangi bir olumlu etkide bulunmayacaktır. Bu suretle, İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedeni ile gerekçede söz edilen ve işçinin davranışı nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı veren işin yetersiz olarak yerine getirilmesi arasında bir ayırım yapma olanağına sahip olunur. Böylece, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih sebebinin varlığından bahisle ihtara gerek olmadığına inanarak iş sözleşmesini fesheden işveren, gerçekte işçinin davranışına dayanan bir fesih sebebinin varlığının tespiti sonucunda, ihtar yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan geçersiz feshin sonuçları (işe iade) ile karşılaşmak tehlikesinden kurtulur.

İşçinin görev tanımının, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması işverenin hatırlatma yükümlülüğünü ortadan kal-

## **İhtar, çalışana, işyerinin işleyişini ve işin yürütümünü olumsuz etkileyecek bir sonuç doğuran davranışta bulunması veya verimsizliği halinde verilen önemli bir ikazdır.**

yapılabilir. Ancak ispat yükü açısından yazılı yapılması gerekir.

İhtar/uyarı bir irade beyanı ve hukuki işlem olmayıp, hukuki işlem benzeri bir eylemdir. Dolayısı ile sonuç doğurmaz ve karşı tarafın öğrenmesi yeterlidir<sup>4</sup>. İhtar, çalışana, işyerinin işleyişini ve işin yürütümünü olumsuz etkileyecek bir sonuç doğuran davranışta bulunması veya verimsizliği halinde verilen önemli bir ikazdır.

İşçinin iş görme edimini yerine getirmek istememesi hâlinde, işçiye ihtar verilmesi ve ihtarda işçiye iş sözleşmesinin feshedileceği tehdidinde bulunulması, olumlu etki yaratabilir. Bu sebeple, her iki halde de işçiye ihtarın yapılması zorunlu olmalıdır. Zira uyarı, iş görme edimini hiç yerine getirmek istemeyen veya eksik yerine getirmek isteyen işçi karşısında olumlu etki doğurabilecek iken; iş görme

dırmaz. İşçiye yapılacak hatırlatmada, işçiden yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmelidir. Bildirimde, görevin hatırlatılması yeterlidir<sup>5</sup>.

### **d. İşçi hatırlatılmasına rağmen yapmakla ödevli olduğu görevleri ısrarla yapmalıdır.**

İsrar, bir olgu konusunda diretmedir. İşçinin sözleşme, işyeri yönetmeliği ve işyeri uygulaması kapsamında kalan ve işverenin yönetim hakkı kapsamında belirlediği görevlerini daha önce uyarılmasına ve hatırlatılmasına rağmen ısrarla yapmaması, işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı verecektir. Burada ısrar koşuluna yer verildiğine göre, işçi bilerek ve isteyerek görevi yapmamakta, bu konuda direktmektedir. Bir anlamda kasıtlı ve kusurlu davranışı vardır. Yargıtay kararları bu yönde-

## İşçiye yapılacak hatırlatmada, işçiden yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmalıdır.

dir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi “birçok kez mesaiye gelmeyen ve verilen işleri yapması için uyarılan, yevmiye kesme cezası verilen işçinin aynı davranışına devam etmesi nedeni ile iş sözleşmesinin feshini haklı neden olarak değerlendirmiştir<sup>6</sup>.

İşçinin kasıtlı ve kusurlu davranışının bulunmadığı durumlarda, örneğin fiziki veya mesleki yetersizliği bulunmakta ve işçi bu yetersizliği nedeni ile görevini tam anlamı ile yapamamakta ise görevleri hatırlatılsa bile bu davranışından kaynaklanan bir neden olarak kabul edilemez. Koşulları taşımadığı için işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.h maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshetmesi, haksız fesih niteliğinde değerlendirilecektir. Zira ortada yetersizlikle ilgili bir davranış vardır. Yetersizliğin işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca feshi geçerli neden olarak kabul edilebilecektir.

İşçinin iş sözleşmesinin ödevli bulunduğu görevleri hatırlatıldığı halde ısrarla yapmama davranışından dolayı haklı olarak feshedilebilmesi için, bu nedenin yukarıda belirtilen 4 koşulu taşıması gerekir. Bunlardan birinin eksikliği, feshi haksız duruma getirir.

## 2. İşçinin yasadan kaynaklanan iş görme edimini yerine getirmemesi:

İşçi bazı yasal koşulların gerçekleşmesi durumunda, işveren tarafından uyarılsa dahi iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabilir. İşverenin işçinin bu şekildeki davranışını haklı veya geçerli fesih nedeni yapması, yasal değildir.

İşçinin iş görme edimini yasal olarak yerine getirmedığı durumlar şunlardır.

### a) Ücret ödenmemesi:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 34/1 maddesi uyarınca işçinin ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmezse, işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Maddenin son fıkrası uyarınca işçinin bu davranışı nedeni ile iş sözleşmesini görevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar ettiği gerekçesi ile feshedilemez. Yerine yeni işçi alınamaz. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 09.11.2009 gün ve 2009/34820 Esas, 2009/31111 Karar sayılı ilamında açıkça “ücretlerin ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir neden olmaksızın ödenmemesi veya eksik ödenmesi, işçiye iş görme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı verdiği, işçinin bireysel kararı sonrası ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile yaptığı bu eylem toplu nitelikte olsa bile kanun dışı grev sayılmayacağı ve bu durumda iş sözleşmesinin feshi haklı ve geçerli neden teşkil etmeyeceği, bu nedenle iş sözleşmeleri feshedilen işçilere ücretlerinin ödenip ödenmediği, ödenmemiş veya eksik ödenmiş ise bu olgunun davacı işçiye iş görme ediminden kaçınma hakkı verip vermediği araştırılmalı, sonucuna göre feshin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmeli” gerekçesine yer verilmiş ve yerel mahkeme kararını bozulmuştur.

### b) Fazla mesaiye kalınmaması:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/6-7 maddeleri uyarınca, “Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir. Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz”. İşçinin onayının bulunmadığı ve 42 ve 43. maddelerdeki koşulların bulunmadığı veya fazla mesai ücretinin ödenmediği durumlarda, fazla mesai çalışmasına kalmadığı ve görevini yapmadığı gerekçesi ile işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli ve haklı neden teşkil etmez. Nitekim iş sözleşmesi fazla mesaiye kalmadığı için feshedilen işçinin açtığı işe iade davasında yerel mahkemenin feshin geçersizliğine dair verdiği karar, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin temyiz incelemesinden geçmiş ve Daire tarafından “Somut olayda, davacı ve bir kısım arkadaşının

## 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesindeki düzenleme ile iş sözleşmesini feshetme riski işverene yükletilmiştir.

fazla mesai kalmak istememeleri üzerine işverenle aralarında anlaşmazlık çıktığı ve iş sözleşmesinin feshinin esas nedeninin davacının fazla mesai kalmama eylemine dayandığının dosya içeriğinden anlaşıldığı, davacıdan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğe uygun olarak fazla mesai yapması için onayı alınmadığı, zorunlu nedenlerle fazla mesai yapılmasını gerektiren bir durum da bulunmadığına göre davacının fazla mesai yapmak istememesinin işe gelmeme ve verilen görevi yapmama olarak değerlendirilemeyeceği, davacının işi yavaşlattığı veya durdurduğu da kanıtlanmadığı, iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı yönünde varılan sonuç isabetli olduğu" belirtilmiştir<sup>7</sup>.

### c) İş şartlarında esaslı değişiklik yapılması:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca "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 şekilde 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". Bu madde uyarınca görev yeri değiştirilen veya daha alt bir göreve atanan işçi, esaslı nitelikteki değişikliği kabul etmediği takdirde, işveren değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedeni olduğunu yazılı bir bildirimle açıklayarak, işçinin iş sözleşmesini süreli

veya bildirimli feshedebilir. İşveren yeni görev yerine gitmeyen işçinin iş sözleşmesini, verilen görevleri yapmadığı veya bu yere devamsızlık yaptığı gerekçesi ile bildirimsiz olarak feshedemez.

İşçinin iş şartlarında esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde işveren ya bu değişikliği yapmamak ya da iş akdini sebebini bildirmek ve ihbar ve kıdem tazminatı ödeyerek feshetmek zorundadır. İşçinin değişikliği kabul etmemesi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği şeklinde yorumlanamaz. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesindeki düzenleme ile iş sözleşmesini feshetme riski işverene yükletilmiştir<sup>8</sup>.

### d) İş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 84. maddesi uyarınca, işçi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalması halinde, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. İşveren'in kurulun iş güvenliği ve sağlığı yönünden gerekli tedbirleri almadan, Yasa gereği iş görmekten kaçınan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi haklı ve geçerli neden sayılmayacaktır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi "işyerinde 65-70 kişilik işçi grubunun, işyerinde yaşanan iş kazası sonrası, iş emniyetlerinin olmadığı, sağlanmadığı, sigortasız çalıştırıldıkları, iş makine ve kepçe operatörlerinin ehliyetsiz olarak 36 saat aralıksız çalıştırıldıkları, vasıfsız eleman çalıştırıldığı, işyeri kazalarına karşı doktor ve ambulans bulundurulmadığı, servislerde can güvenliği olmadığı, içme sularının sağlığa uygun ve yemeklerin hijyenik olmadığı, sorunlarını iletecek yetkili kişi bulamadıkları, insan gibi çalışmak istedikleri, vardiya eleman sayısının yetersiz olduğu şeklinde şikayetlerini dile getirmek için görevlerini eylemde bulunmaları ve bu eylem sonrası eyleme katılanların bir kısım

işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinin haklı neden olarak değerlendirilemeyeceğini, ancak işyerinde bu şekilde topluca ve iş sağlığı ve güvenliğine dair eksikliklerin iş güvenliği kurulu ve Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne öncelikle şikayet hakkı kullanılmadan işin bırakılmasının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve geçerli neden olduğunu” kabul etmiştir<sup>9</sup>.

## DİPNOTLAR

- 1 TAŞTAN, S.; İş Hukukunun Temel Kavramları <http://www.humanresourcesfocus.com/proje4.asp>
- 2 04.05.2009 Gün ve 2008/36305 Esas, 2009/12393 Karar (Kişisel arşiv).
- 3 21.04.2008 gün ve 2007/30767 E., 2008/9215 K. (Kişisel arşiv).
- 4 Kılıçoğlu/Şenocak, s: 32
- 5 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. 09.06.2008 gün ve 2007/40943 Esas, 2008/14421 K. (Kişisel arşiv).
- 6 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 8.10.2007 gün ve 2007/6112 Esas, 2007/29279 Karar. “Somut uyumsuzlukta resepsiyon bölümünde görev yapan davacı işçinin, 2005 yılı Şubat ayından itibaren işyeri ve mesai kurallarına uymadığı, hakkında bir çok kez tutanak tutulduğu, birkaç kez uyarıldığı, son olarak işverenin 18.04.2005 tarihinde bölümüne gelen malların elektronik ortamda kaşelenmesi için talimat verdiği, davacının bu tebliğe rağmen, 28.04.2005 ve 03.05.2005 tarihlerinde resepsiyon gelen mallarda elektronik kaşe kullanmadığı, bu davranışları nedeni ile 2 gün yevmiye kesme cezası ve uyarı cezası verildiği, ancak davacının uyarılara rağmen, en son 13.05.2005 tarihinde tekrar aynı davranışta bulunduğu, bu şekilde görevleri hatırlatıldığı halde ısrarla yapmamak davranışının gerçekleştiği, işveren açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.h maddesi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkının doğduğu, davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı anlaşılmaktadır. İş sözleşmesi haklı ve geçerli nedenle feshedilen işçi, feshin geçersizliği ve işe iade isteminde bulunamaz. Davanın reddi gerekir.”
- 7 9. Hukuk Dairesi 07.07.2008 gün ve 2008/19612 E., 2008/18982 K. (Kişisel arşiv).
- 8 9. Hukuk Dairesi. 16.11.2009 gün ve 2009/5117 Esas, 2009/31950 Karar. “Somut uyumsuzlukta davalı işveren Çorum/Dodurga kömür işletmesi işyerinde yıllardır çalışan davacıyı, duyulan ihtiyaç nedeni ile Elazığ/Palu kum ocağı işyerinde geçici olarak görevlendirmiş, davacı işçi bu görevlendirmeyi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca iş şartlarında esaslı değişiklik olduğu gerekçesi ile kabul etmemiş, davacı işçi eski işyerine gelmesine rağmen işe alınmamış ve görevlendirildiği yere gitmediği hakkında tutanak tutulmuş ve işveren tarafından bu durum işçinin iş sözleşmesini kendisinin feshi olarak kabul edilmiştir. Davacı işçinin Çorum ilinden kömür işletmeciliği işyerinden Elazığ kum ocağı işyerine geçici de olsa nakledilmesi, yer ve faaliyet alanı olarak iş şartlarında esaslı değişikliktir. Davacı işçi bu değişikliği kabul etmemiştir. Bu durumda davalı işvere-

nin yukarıda açıklandığı gibi ya davacıyı aynı önceki işinde çalıştırması ya da değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya fesh için başka geçerli bir nedeni olduğunu belirterek iş sözleşmesini feshetmesi gerekirdi. Davalı işveren önceki işine gelen davacı işçiyi işe almadığı gibi görevlendirilen yere gitmediği gerekçesi ile hakkında tutanak tutulmuştur. Davacı işçinin görevlendirilen yere gitmemesi, yasal hakkından kaynaklanmaktadır. Bu gitmeme işçinin feshi olarak değerlendirilemez. Zira davacı işçi önceki işine devam etmek istemiş, ancak işverence işe alınmamıştır. Bu işe alınmama işverenin eylemli feshidir. Davalı işveren değişiklik nedeni ile yazılı fesh bildiriminde bulunmadığı gibi değişikliğin geçerli nedene dayandığını da kanıtlamış değildir”.

- 9 Yargıtay 02.07.2007 gün ve 2007/11541 Esas, 2007/21261 Karar. (Kişisel arşiv).

## KAYNAKÇA

- ÇİL, Şahin, İş Kanunu Şerhi C. I-III, B. 2, Ankara 2007.
- Kar, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması. Ankara. 2009.
- Kılıçoğlu, M./Şenocak. K.: İş Kanunu Şerhi, C. I-II, İstanbul 2008.
- Kılıçoğlu/Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, Legal, İstanbul, 2007.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008.
- Yargıtay Kararları.



# Ağır ve Tehlikeli İşlerde Mesleki Eğitim Zorunluluğu

## 1. GİRİŞ

Bilindiği üzere, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçilere yönelik mesleki eğitim zorunluluğu, 5763 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 85. maddesinde yapılan değişiklikle mevzuatımıza giren bir düzenlemedir. Kanun değişikliğine ilişkin gerekçede, bazı işkollarındaki iş kazalarının artışıdaki temel sebeplerden birinin mesleki eğitim almadan ağır ve tehlikeli işlerde işçi çalıştırılması olduğunun görüldüğü ifade edilerek, bu işkollarında çalıştırılacak işçilere iş öncesi eğitim verildiği takdirde eğitilmiş ve kalifiye işçi çalıştırılması ve iş kazalarının önlenmesinin hedeflendiği belirtilmektedir.

4857 sayılı Kanun'un 85. maddesinde yapılan düzenlemenin iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesinde katkı sağlayacağına şüphe olmamakla birlikte, söz konusu zorunluluğun getirilmesinin uygulamaya ne şekilde yansıtacağı üzerine gerekli etki analizinin yapılmadığı düşünülmektedir. Hukuki düzenleme, uygulamada iş sağlığı ve güvenliğine katkı sağlamaktan ziyade birçok belirsizliğe yol açmış bulunmaktadır. Burada öncelikle söz ko-

nusu belirsizlikler ortaya konulacak, ardından belirsizliklerin aşılması konusunda yapılan düzenlemeler ve yapılan girişimler değerlendirilecek, son olarak da sorunun çözümü konusundaki çözüm önerileri ortaya konulacaktır.

## II. MESLEKİ EĞİTİM ZORUNLULUĞU NEDENİYLE YAŞANAN BELİRSİZLİKLER

### 1. Hukuki Düzenlemenin Yerindeliliği

Burada hukuki düzenlemenin yerindeliliğini gündeme getirerek amaçladığımız, hem 5763 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin çalışma hayatı açısından beklenen faydayı doğurup doğurmadığını, hem de yapılan hukuki düzenlemenin 4857 sayılı Kanun'a eklenmesinin hukuk tekniği açısından uygun olup olmadığını tartışmaya açmaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği genel kural olmakla birlikte, kanun hükümlerinin ekonomik ve sosyal alanda sorunlar doğurması halinde eleştirilmesi gelecekte benzeri sorunların yaşanmaması açısından önem taşımaktadır.

### a. Çalışma Hayatı Açısından Yerindelik

Öncelikle yapılan düzenlemede iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ile mesleki eğitim, bir bütün olmakla birlikte, herhangi bir işe ilişkin olarak karşılaşılan risklerin önlenmesinde asıl etkiyi doğuran ve iş kazaları ile meslek hastalıklarının önlenmesinde asıl başarı sağlayan hususun, iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri olduğu gözden kaçırılmaktadır. Özellikle ülkemiz gibi mesleki eğitim alanında sorunların halihazırda çözülemediği, işgücü piyasasındaki ihtiyaçların yeterince karşılanamadığı, formal mesleki eğitimin belirli meslekler için sınırlı kaldığı bir ülkede, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorunların getirilen mesleki eğitim zorunluluğu ile çözüleceğini beklemek hayatın olağan akışına aykırı bir yaklaşımdır.

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamındaki mesleklere yönelik müfredatlarda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin güncel ve uygulamaya yönelik bilgilerin yer alıp almadığının tespiti de önem taşımaktadır. İş sağlığı ve güvenliği konularına mesleki eğitim programlarında yeterince yer verilmediği aşıkâr olup, özellikle mesleki eğitimle ilgili kurum ve kuruluşların hazırladıkları metinlerde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yasaşması ile kullanılmaya başlanan "iş sağlığı ve güvenliği" kavramının "işçi sağlığı ve iş güvenliği" olarak kullanılmaya devam edilmesi, konuya ilişkin en basit güncellemelerin bile yapılmadığını ortaya koymaktadır. Mesleki eğitimde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili gereken iyileştirilmelerin yapılması da kısa vadede mümkün görünmemektedir. Zira söz konusu konuların mesleki eğitim sistemine entegre edilmesinin zor bir süreci gerektirdiği genel olarak kabul görmektedir<sup>1</sup>.

Öte yandan müfredatta iş sağlığı ve güvenliğine yer verilmesinin, mesleki eğitim alanların gerekli formasyona sahip olmasını sağlamadığı da vurgulanmalıdır. Uluslararası alanda yapılan yorumlarda da mesleki eğitimin iş sağlığı ve güvenliği ile bağlantısının daha çok mesleki eğitimde kullanılan makine ve teçhizatların genelde günün koşullarına uygun olmamasından kaynaklanan riskler yarattığı ve mesleki eğitimde öğreticilerin gerekli iş sağlığı ve güvenliği

bilgisinden yoksun olduğu ifade edilmektedir<sup>2</sup>. Mevcut koşullarda işyerlerindeki teknolojiden ve süreçten yoksun eğitim materyallerinin, işyerlerinde çalışmakta olan işgücünün bilgi, beceri ve yeterliliklerinin gelişimine nasıl katkı sağlayacağı temel bir sorun olarak değerlendirilmektedir<sup>3</sup>.

Hukuki düzenlemenin yerindeliği ile ilgili bir diğer sorun da, ağır ve tehlikeli işlerde çalışan işçilerin işe giriş tarihlerine bakılmaksızın mesleki eğitim zorunluluğuna tabi tutulması durumunda, tüm işçilerin nasıl ve nerede mesleki eğitimden geçirileceği noktasında toplanmaktadır. Yapılan kanun değişikliğinde "...yapılan işle ilgili mesleki eğitim alma..." şeklinde bir kısıtlama getirildiyse de, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nde yer alan 111<sup>4</sup> çeşit ağır ve tehlikeli işte istihdam edilen işçilerden mesleki eğitime sahip olmayan büyük çoğunluğunun mesleki eğitime tabi tutulmasının kısa vadede beklenmesi pek de mümkün görülmemektedir.

Nitekim ağır ve tehlikeli işlerle ilgili olarak söz konusu zorunluluğun inşaat, metal gibi sektörlerde uygulanmasının çok farklı güçlükler taşıdığı da gözden uzak tutulmaması gereken bir husustur. Özellikle inşaat sektörü ile ilgili olarak sektör temsilcilerinin verdikleri bilgilere göre, 1 milyon – 1 milyon 200 bin kişinin iyimser bir tahminle en az yarısının mesleki eğitim almadığı varsayıldığında mesleki eğitimin nasıl yapılacağı bir muamma olarak nitelenmektedir<sup>5</sup>.

### b. Hukuk Tekniği Açısından Yerindelik

5763 sayılı Kanun ile İş Kanunu 85. maddede yapılan değişiklikle ilgili bir diğer sorun da, mesleki eğitimle ilgili söz konusu düzenlemede 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'na<sup>6</sup> atf yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Zira 3308 sayılı Kanun, mesleki eğitimle ilgili temel konuları düzenlemekte olup, mesleki eğitim zorunluluğunun 3308 sayılı Kanun ile bağlantı kurulmadan düzenlenmesi uygulamada tereddütlere yol açmıştır. 3308 sayılı Kanun'la ilişki kurulmadığı için mesleki eğitimin ne seviyede, hangi süreyle alınacak bir eğitimi kapsadığı belirsiz olarak değerlendirilmiştir<sup>7</sup>.

Özellikle mesleki eğitimin kapsamı 3308 sa-

yılı Kanun ile belirli meslek dallarına özgülenmiş, geri kalan dallardaki eğitimlerin ise ilgili meslek kuruluşlarınca verilmesi öngörülmüştür. Aşağıda da vurgulanacağı üzere bu durum ağır ve tehlikeli işlerde mesleki eğitim zorunluluğunu düzenlemek üzere çıkarılan Tebliğ'de de benzeri bir sorun doğmasına yol açmış bulunmaktadır.

Yapılan düzenleme ile ilgili bir diğer belirsizlik de, kanun değişikliğinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili beşinci bölümünde yapılması nedeniyle yapılacak mesleki eğitimden ne anlaşılması gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır. 85. maddede, yapılan değişiklikle kast edilen mesleki eğitimin nasıl olacağı, kimler tarafından verileceği konularında bir yönetmelik veya başkaca bir düzenleme çıkarılacağına dair bir hükme yer verilmemektedir<sup>8</sup>. Nitekim doktrinde mesleki eğitimden gerçekten o işle ilgili mesleki eğitimin mi, yoksa iş sağlığı ve güvenliği alanında mesleki eğitimin mi kastedildiği tartışılmış, düzenlemenin İş Kanunu'nda yer aldığı bölüm dikkate alındığında iş sağlığı ve güvenliğine yönelik bir mesleki eğitim olarak algılanması gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>9</sup>.

Öte yandan yapılan düzenleme, Milli Eğitim Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve ilgili diğer kurum ve kuruluşlar arasında yetkiyle ilgili probleme neden olmuştur. Milli Eğitim Bakanlığı yetkilileri, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu<sup>10</sup> ve ilgili Başbakanlık Genelgesi<sup>11</sup> gereğince eğitimle ilgili konuların kendi yetki alanlarında olduğunu belirterek, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın veya diğer kurum ve kuruluşların eğitimlerle ilgili tasarrufla bulunmasının mümkün olmadığını belirtmişlerdir.

## 2. Mesleki Eğitim Zorunluluğu Açısından Kanun'un Yürürlük Tarihi Öncesinde Çalışanların Durumu

Ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçilerin mesleki eğitim almadan çalıştırılmayacağına ilişkin İş Kanunu'nun 85. maddesinde yapılan değişiklik 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe gir-

miş bulunmaktadır. Ancak yasal düzenlemede işyerlerinde yürürlük tarihi itibarıyla çalışan işçilerin mesleki eğitim almamaları halinde ne olacağı konusuna ilişkin bir açıklık yer almamıştır.

Hükümde açıklık bulunmaması nedeniyle işyerlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalışan tüm işçilerin -çalışmaya başladıkları tarih dikkate alınmaksızın- mesleki eğitim zorunluluğuna tabi tutulacağı şeklinde hatalı yorumlar ortaya çıkmış, işletmelere yönelik yaptırım uygulanması tehdidi ortaya çıkmıştır. Gerçekten de hükmün lafzına bağlı kalındığında mesleki eğitim zorunluluğunun yerine getirilmemesi halinde işçinin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmasının mümkün olmayacağı, aksi durumda ise her işçi için 500 TL idari para cezası ödenmesi sonucu doğacağı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda işyerlerinde uzun süredir çalışan ve yaptıkları ağır ve tehlikeli işlerle ilgili olarak yeterli bilgi ve becerilere sahip olan işçiler mesleki eğitim almamış olmaları halinde bir günde "yetersiz" kişiler haline gelecek ve söz konusu işlerde çalıştırılmaları hukuken mümkün olmayacaktır<sup>12</sup>.

Doktrinde de vurgulandığı üzere, 5763 sayılı Kanun ile getirilen zorunluluğun, ancak konuyu kısmen açıklığa kavuşturan Tebliğ'in<sup>13</sup> yayımlandığı tarih olan 31 Mayıs 2009 tarihinden itibaren işe alınacak işçiler açısından geçerli olduğu kabul edilmelidir. Zira ilgili Kanun maddesi, herhangi bir ikincil norm olmaksızın doğrudan uygulanabilecek nitelikte değildir. Yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceği belirlenmeden, zorunluluğun geçerli olduğunu kabul etmek ve 31 Mayıs 2009 tarihi öncesinde işe alınan işçiler için belgelendirme beklemek hukuki güvenlikle bağdaşmamaktadır.

Bilindiği üzere kanunların geriye yürümezliği, evrensel düzeyde kabul gören hukukun genel ilkelerinden biri olup, Anayasa'da ifadesini bulan hukuk devletinin de gerekleri arasında yer almaktadır. Söz konusu ilkeye, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da ölçü norm olarak sıkça başvurulmaktadır<sup>14</sup>. Bireylerin hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla formüle edilen söz konusu ilke, yürürlükteki kuralların yürürlüğe girdiği tarihten sonraki dönem için uygulama kabiliyetini haiz olması, aksi belirtilmedikçe

geçmişe dönük olarak uygulanamamasını ifade etmektedir<sup>15</sup>.

Ağır ve tehlikeli işlerde mesleki eğitim zorunluluğuna ilişkin kanun hükmünün ayrıntılarını belirleyen Tebliğ'in, yayımlandığı 31 Mayıs 2009 tarihinden önce işyerlerinde çalışmaya başlamış işçiler açısından uygulanmak istenmesi, söz konusu işlerde çalıştırılan işçiler açısından kanunların geriye yürümezliği kuralının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

İş Kanunu'ndaki zorunluluğun işveren açısından geçerli olduğu savunulabilirse de, işçinin mesleki eğitimden geçmemiş olması veya mesleki eğitime tabi tutulduktan sonra girdiği sınavda başarısız olması, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçinin de zor durumda kalmasına sebep olmaktadır. İşverenin, bu yorum kabul edildiğinde mesleki eğitim almamış işçinin iş sözleşmesini, işi görebilme yeterliliğini kaybettiği gerekçesiyle geçerli sebeple feshetmesi işçinin zarara uğramasına yol açacaktır<sup>16</sup>.

### 3. Mesleki Eğitim Modülleri Oluşturulmamış Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalışanların Durumu

Ağır ve tehlikeli işler bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca çıkarılan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği<sup>17</sup> ekinde yer alan liste ile tespit edilmiş bulunmaktadır. Söz konusu listede 111 iş, ağır ve tehlikeli iş olarak sayılmış olup, 5763 sayılı Kanun ile getirilen zorunluluğun varlığı bir işin söz konusu listede yer alıp almadığına göre belirlenecektir.

Ancak liste değerlendirildiği takdirde sayılan ağır ve tehlikeli işlerin, mesleki eğitimle ilgili modül ve programlarla uyum sağlamadığı göze çarpmaktadır. 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu gereği mesleki eğitim modül ve programları, Mesleki Eğitim Kurulu'nun belirleyeceği mesleklerde kullanılmak üzere hazırlanmaktadır. Söz konusu modüllerin hazırlanmasında Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği ekinde yer alan Çizelgede sayılan işler dikkate alınmamakta, meslek sınıflandırması üzerinden değerlendirme yapılmaktadır.

Öte yandan Mesleki Eğitim Kanunu kapsamı dışındaki mesleklerde mesleki eğitimleri ilgili

meslek kuruluşlarının yürüteceği düzenlenmiş ise de, uygulamada söz konusu kuruluşların ağır ve tehlikeli işlere özgü modül ve programlar hazırladığından söz edilememektedir.

5763 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 85. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında ağır ve tehlikeli işlerde çalışan işçilerin tabi tutulacağı mesleki eğitim modüllerinin tespiti önemli bir sorun haline gelmiştir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere formel mesleki eğitim modülleri ile ağır ve tehlikeli işler arasında bir uyum kurulmadığından, birçok işkolunda mesleki eğitim almak isteyen işçilere uygun mesleki eğitim modül ve programı bulunamamıştır.

### 4. Yükümlülükle Bağlantılı Diğer Belirsizlikler

Ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçilerin yaptıkları işle ilgili mesleki eğitim almaları zorunluluğu ile ilgili belirsizliklerin yukarıda incelenenlerle sınırlı olduğu sonucuna varmak hatalı olacaktır. Nitekim Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) tarafından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirilen yasal düzenlemede açıklık taşımadığı görülen diğer konulara aşağıda başlıklar halinde yer verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir:

- Eğitim maliyetlerinin kime ait olacağı<sup>18</sup>,
- Eğitimde geçen sürelerle çalışma süreleri arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağı,
- İşverenin eğitim verdirdiği işçilerin işten ayrılmaları halinde yargı kararlarında genellikle müspet karşılanmayan eğitim giderleri konusunda cezai şart konulmasının hukuki sonuçları,
- İşçilerin eğitime gönderilmesi halinde -özellikle de bunun milli eğitim mevzuatında yer aldığı gibi son derece uzun süreleri kapsaması halinde- işyerlerindeki işlerin yürütümünün nasıl sağlanabileceği,
- İşyerlerinde eğitim yapılması söz konusu olduğu takdirde ise şantiyeler gibi şehir merkezlerinden uzak ve son derece sınırlı imkânların söz konusu olduğu ortamlarda eğitim faaliyetinin nasıl gerçekleştirilebileceği,
- İnşaat gibi, bir başka işverene karşı belli süreler ve maliyetlerle karşılanacağı taahhüt



edilmiş işlerde bahse konu eğitimin yaratacağı ilave maliyet ve süre kayıplarının işveren üzerinde bırakılmasının hakkaniyetle ne ölçüde bağdaşacağı,

- Eğitim zorunluluğunu yerine getiren işverenlere örneğin sosyal güvenlik primi yahut işsizlik sigortası primlerinde indirim uygulamasına gidilmesinin öngörülmemiş olması,
- Eğitim giderlerini karşılayan işverenlere vergi ve kredi avantajları sağlanmaması.

### III. BELİRSİZLİKLERİN GİDERİLMESİNE YÖNELİK ÇALIŞMALAR

1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe giren 5763 sayılı Kanunun 5. maddesi ile mevzuatımıza giren ağır ve tehlikeli işlerde mesleki eğitim zorunluluğunun yol açtığı belirsizliklerin giderilmesi konusunda süreç içinde çeşitli çalışmalar yapılmış bulunmaktadır. Söz konusu faaliyetler mevzuatta yapılan değişiklikler ve diğer girişimler şeklinde tasnif edilerek incelenecektir.

#### 1. Mevzuattaki Değişiklikler

##### a. Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ

Ağır ve tehlikeli işlerde mesleki eğitim zorunluluğunun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2009 tarihinden itibaren söz konusu yükümlülüğün uygulanabilirliği konusunda sorunlarla karşılaşılması mevzuatta açıklık sağlayacak ikincil bir düzenleme hazırlığının başlamasına neden olmuştur. Söz konusu hazırlıklar sonucunda Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

Ancak burada önemle vurgulanması gereken husus, Tebliğ'in zamanlama olarak hatalı şekilde çıkarılmasıdır. Zira mesleki eğitim zorunluluğuna ilişkin kanun değişikliği 26 Mayıs 2008 tarihinde yapılmasına ve 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen zorunluluğun nasıl yerine getirileceğine ilişkin ikincil düzenleme 31 Mayıs 2009 tarihine kadar çıkarılmamıştır<sup>19</sup>.

Söz konusu Tebliğ'in, hükmün uygulanabi-

lir hale getirilmesi amacıyla çıkarıldığı anlaşıl-makla birlikte geriye yönelik ceza tehdidinin doğması ihtimalini bertaraf ettiğini söylemek mümkün değildir. Tebliğ, Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren dört ay sonra yayımlanma-sına rağmen yükümlülüğün Tebliğ'in yayımı tarihinden geçerli olacağı şeklinde bir hükme yer verilmemesi, uygulamanın ayrıntıları belir-lenmeden yükümlülüğün hayata geçirilmesi so-nucunu doğurmuştur<sup>20</sup>. Konuya ilişkin özellikle işveren kuruluşlarının ısrarlı talepleri hazırlık aşamasında dikkate alınmamış, geçiş süresine metinde yer verilmemiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Tebliğ'de yer alan işe alınmadan belge alınacağına ve çalış-tırılacak işçilerin belgeye sahip olacağına iliş-kin hükümler, mesleki eğitim zorunluluğun, Tebliğ'in yayımı tarihinden sonra işe alınacak veya çalışmaya başlayacak işçiler açısından aranacağına delalet etmektedir. Ancak burada açık bir geçiş süresine yer verilmediği için uy-gulamada daha önce işe alınan işçilerden ötürü ceza verilmesi yoluna gidilmesi mümkün bu-lunmaktadır.

Tebliğ, genel olarak 85. maddede yer alan mesleki eğitimin içeriğini doldurmakta olup, metinde mesleki eğitimin tanımı, mesleki eğitim alındığını gösteren belgeler ve yükümlülüğün kişi bakımından kapsamına yönelik hükümlere yer verilmektedir.

Tebliğ'in 4. maddesinde yer alan mesleki eğitim tanımının, örgün ve yaygın mesleki eğitim ile kısıtlandığı göze çarpmaktadır. Mesleki eğitim, bu tanım çerçevesinde enformel (alaylı) öğrenmeyi içermemekte ve söz konusu öğrenim süreçleri mesleki öğrenme biçimi ola-rak kabul edilmemektedir<sup>21</sup>. Enformel eğitimin mesleki eğitim tanımı dışında tutulması, özelli-kle işletmelerde çalışan işçilerin yaptıkları işlerle ilgili olarak edindikleri bilgi, tecrübe ve yeter-liliklerin dikkate alınmaması sonucunu doğur-maktadır.

Mesleki eğitimin belgelendirilmesi konusun-da Tebliğ ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Tebliğin 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca altı bent halinde sayılan belgelere sahip olanla-rın mesleki eğitim almış sayılacağı ve belge sa-hibi olmayanların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştı-

rılamayacağı hükme bağlanmaktadır. Maddede yer alan belgeler, 3308 sayılı Kanun kapsamındaki mesleki eğitim belgeleri, İŞKUR tarafından yürütülen işsizlere yönelik meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme kursları sonucu verilen bitirme belgeleri, Özel Öğretim Kurumları Kanunu uyarınca verilen operatör ve sürücü belgeleri, ateşçi yeterlilik belgeleri, uluslararası kurum ve kuruluşlarca verilen ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından denklik tanınan belgeler şeklinde sayılmaktadır.

Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrasının "d" bendinde ilk dört bentte sayılan belgeler dışında kuruluş kanunlarında veya ilgili kanunlarca yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, eğitim amaçlı faaliyet gösteren vakıf ve dernekler ile işçi ve işveren kuruluşları veya işveren tarafından Milli Eğitim Bakanlığının onayı ile düzenlenen eğitim faaliyetleri sonucunda verilen belgelerin de yükümlülüğün yerine getirilmesi açısından geçerli kabul edileceği belirtilmektedir. "d" bendinde yer alan hüküm özellikle Milli Eğitim Bakanlığının onayının hangi kurum ve kuruluşlar için aranacağı konusunda soru işaretlerine yol açmıştır. Zira Milli Eğitim Bakanlığının onayının işçi ve işveren kuruluşları veya işveren tarafından yapılan eğitimler için aranacağı açık olmakla birlikte, bentte sayılan "kuruluş kanunlarında veya ilgili kanunlarca yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, eğitim amaçlı faaliyet gösteren vakıf ve dernekler" için onay aranıp aranmayacağı belli değildir.

Milli Eğitim Bakanlığının Tebliğ'deki belgelendirme esasları açısından tekele varan bir yetkiye sahip olduğu açıkça görülmektedir. Bakanlık belgelerin bir kısmını bizzat kendisine bağlı eğitim kuruluşları vasıtasıyla verirken, diğerlerinin ya onay mercii ya da denetim mercii olarak sürece dahil olmaktadır. Yalnızca Patlayıcı Madde Ateşleyici Yeterlilik Belgesi, sahip olduğu özel durum nedeniyle bu genellemenin dışında tutulmuş olup, İçişleri Bakanlığının yetkisine bırakılmıştır<sup>22</sup>. Milli Eğitim Bakanlığının onayı olmaksızın mesleki eğitim yapılması ve geçerli belge verilememesi sonucunu doğuran bu yaklaşım, çağdaş eğitim anlayışları-

nın tam aksi yönde bir gelişmeye yol açmaktadır. Günümüzde geçerli olan ve ülkemizde de önemli aşama kaydedilen yaşam boyu eğitim konseptini dışlayan bu anlayış, mevzuatta yer alan birçok düzenlemeyi de gözden kaçırmaktadır. Zira Sendikalar Kanunu uyarınca sendikaların yürüteceği faaliyetler arasında üyelerinin mesleki eğitim, bilgi ve tecrübelerini yükseltmek için çalışmak teknik ve mesleki eğitim tesisleri kurmak açıkça sayılmakta, Milli Eğitim Bakanlığının onay alınması hususunda bir düzenlemeye yer verilmemektedir<sup>23</sup>. Bu açıdan, yükümlülüğün yerine getirilmesi konusunda özellikle Milli Eğitim Bakanlığının onayı dışında eğitim düzenlenebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Mesleki eğitim zorunluluğu ile ilgili olarak Tebliğ'de yer alan en önemli düzenlemelerden biri de, zorunluluğun kişi olarak kapsamını belirlemeye yönelik 5. maddedeki hükümdür. Söz konusu hüküm uyarınca ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçiler, işe alınmadan önce mesleki eğitime alınacak olup, işyerinde yapılan asıl işin Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği ekinde yer alan listedeki işlerden biri olmasına rağmen işçinin yaptığı iş ağır ve tehlikeli işler kapsamında değilse mesleki eğitim zorunluluğu aranmayacaktır. İş Kanunu'nun 85. maddesindeki "işle ilgili mesleki eğitim" ibaresini açıklığa kavuşturulan hükmün uygulanmasında 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu hükümlerinin saklı olduğu vurgulanmaktadır.

5. maddenin uygulanmasında sorunlarla karşılaşılması muhtemeldir. Zira işyerinde yapılan asıl işin ağır ve tehlikeli iş olduğu bir işyerinde ağır ve tehlikeli olmayan işlerde çalışan işçilerinin mesleki eğitim zorunluluğu açısından durumlarının netleştirilmesi, işverenin veya ilgili işverenin vekilinin konu hakkında yapacağı değerlendirmeye bağlı olacaktır.

Konuyla ilgili olarak Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası (MESS) bünyesinde gerçekleştirilen bir araştırmada zorunluluğa tabi personel sayısı belirlenmiştir. MESS tarafından üye işyerlerinde gerçekleştirilen "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalışanlar İçin Mesleki Eğitim Alma ve Belgelendirme Zorunluluğu İhtiyaç Analizi" sonucunda, asıl işin ağır ve tehlikeli iş (metal

ve metalden mamul eşya imalatı) olduğu 53 iş yerinde yaklaşık 7000 işçinin zorunluluğa tabi olduğu tespit edilmiş bulunmaktadır<sup>24</sup>. Söz konusu tespitin özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler açısından teknik ve yapısal sorunlar nedeniyle güçlüklerle yapılabileceği ve gelecekte zorunlulukla bağlantılı cezaların söz konusu olabileceği düşünülmektedir.

Tebliğ'de ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçilerin gerekli belgelere sahip olup olmadıklarının iş müfettişlerince denetleneceği ve hazırlanan özlük dosyalarında mesleki eğitim alındığına ilişkin belgelerin bir örneğinin saklanacağı da hükme bağlanmaktadır.

### **b. Tebliğ İlişkin Değişiklik Çalışmaları**

Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ'in yayımlanması ile yukarıda belirttiğimiz belirsizliklerin giderilmesi konusunda bir adım atılmakla birlikte, birçok sorunun aynen devam ettiği görülmüştür. Özellikle 31 Mayıs 2009 tarihinden önce işyerlerinde istihdam edilen işçilerin durumunun açıklığa kavuşturulmaması eleştiri konusu olmuş bulunmaktadır.

Gelen eleştiriler ve olumsuz yorumlar nedeniyle 2010 yılı Ocak ayında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından Tebliğde değişiklik yapılmasına yönelik bir çalışma başlatılmıştır. Çalışmalar çerçevesinde İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü ile Milli Eğitim Bakanlığı tarafından birer değişiklik önerisi hazırlanmış ve ilgili taraflarla paylaşılmıştır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan değişiklik önerisinde, 1 Ocak 2009 tarihinden önce işe giren işçilerin, meslekteki çalışma sürelerine göre farklı belgelendirme esaslarına tabi tutulmaları öngörülmektedir. Öneride;

- 3 yıldan az (üç yıl dahil) çalışması bulunan işçilere, verilecek en az 40 - 60 saat mesleki eğitim sonucu Milli Eğitim Bakanlığının ilgili birimlerince yapılacak sınavda başarılı olmaları halinde,

- 3 yıldan fazla ve 10 yıldan az (10 yıl dahil) çalışması bulunan işçilere, Milli Eğitim Bakanlığının ilgili birimlerince yapılacak sınavda başarılı olmaları halinde,

- 10 yıldan fazla çalışması bulunan işçilere, herhangi bir şart aranmaksızın,

belge verilmesi öngörülmüştür. Söz konusu öneri, zorunluluğun ancak 31 Mayıs 2009 tarihinden itibaren geçerli olduğunu dikkate almakla birlikte, çalışanların meslekteki çalışma sürelerine göre farklı düzenleme getirmesi ve en azından 10 yıllık çalışması olanlara eğitim ve sınav olmaksızın belge verilmesine olanak sağlaması açısından olumlu karşılanmalıdır.

Çalışmalara katılan Milli Eğitim Bakanlığı temsilcilerinin sundukları öneride ise ağır ve tehlikeli işlerde çalışıp mesleki eğitim aldığı belgelenemeyen işçilerin durumları, yapılmakta olan işin 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında olup olmadığına göre farklı şekilde belirlenmektedir. Ağır ve tehlikeli işlerde çalışıp mesleki eğitim alındığının belgelenmemesi durumunda;

- Yapılmakta olan işin 3308 sayılı Kanun kapsamında olması halinde işçinin İl İstihdam (ve Mesleki Eğitim) Kurulu aracılığı ile mesleki eğitim merkezlerine yönlendirilmesi,

- Yapılmakta olan işin 3308 sayılı Kanun kapsamında olmaması halinde işçinin, çalıştığı işte 5 yıl ve üzeri hizmeti olduğunu belgelemesi şartıyla Tebliğ'in 6. maddede belirtilen belgeleri vermeye yetkili kurum/kuruluşlar tarafından yapılacak teorik ve pratik sınava tabi tutulması ve başarılı olması durumunda belgelendirilmesi,

- Yapılmakta olan işin 3308 sayılı Kanun kapsamında olmaması halinde işçinin çalıştığı işte 5 yıldan az hizmeti varsa, 6. maddede belirtilen belgeleri vermeye yetkili kurum/kuruluşlar tarafından verilecek yoğunlaştırılmış eğitim sonunda yapılacak teorik ve pratik sınava tabi tutulması ve başarılı olması durumunda ilgili kurumca belge verilmesi,

öngörülmektedir.

Yapılan çalışmalarda özellikle Milli Eğitim Bakanlığı yetkilileri, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nün 10 yıl ve üzerinde çalışması bulunanlar için getirdiği sınav ve eğitim olmaksızın belgelendirme olanağının 3308 sayılı Kanun'a aykırı olacağını belirterek, söz konusu önerinin kabul edilemez nitelikte olduğunu vurgulamışlardır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Hukuk Müşavirliği temsilcisi ise sı-

navla belgelendirme yapılmasının kazanılmış haklara müdahale anlamını geleceğini belirterek, yapılacak yeni düzenlemede sınav zorunluluğuna yer verilmemesinin uygun olacağını belirtmiştir.

Çalışmalarda, TİSK ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) temsilcileri tarafından uygulamanın geriye yürütülmesinin hatalı olacağı belirtilerek, metinde bir geçiş süresi öngörülerek uygulamanın ertelenmesi önerisinde bulunulmuş, ancak Kanun hükmünün aksine düzenleme yapılamayacağı gerekçe gösterilerek uygulamanın ertelenmesi talebi kabul edilmemiştir.

Çalışma sonucunda Tebliğ'de değişiklik yapılmasına ilişkin olarak Tebliğ<sup>25</sup> hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu değişiklik Tebliği öncelikle 6. maddenin birinci fıkrasına Mesleki Yeterlilik, Sınav ve Belgelendirme Yönetmeliği<sup>26</sup> kapsamında verilen mesleki yeterlilik belgelerine sahip olanların İş Kanunu'nun 85. maddesi açısından mesleki eğitim almış kabul edileceği hükme bağlanmaktadır. Söz konusu düzenleme yerinde olmakla birlikte mesleki yeterlilikler sistemimizin tam anlamıyla faaliyete geçmemesi nedeniyle maddenin kısa vadede etki doğurması mümkün görünmemektedir.

9 Mart 2010 tarihli Tebliğ'de yer alan hükümlerden en önemlisi, 1 Ocak 2009 tarihinden önce işyerlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalışan işçilerin belgelendirilmesine yönelik özel düzenlemedir. Söz konusu düzenleme uyarınca 1 Ocak 2009 tarihinden önce Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği kapsamına giren işlerde çalışmaya başlayan işçilere verilecek en az 32 en çok 40 saatlik eğitim sonucu düzenlenecek belgelere sahip olanlar bu Tebliğ kapsamında mesleki eğitim almış olarak kabul edilecektir. Yapılacak eğitimlerin Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrasının "d" bendinde sayılan kuruluşlar ile Milli Eğitim Bakanlığı arasında yapılacak protokoller çerçevesinde yürütülmesi öngörülmektedir. Başka bir deyişle protokol bağlanmadan 6. maddenin ikinci fıkrasındaki imkandan yararlanılması mümkün görünmemektedir.

Ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçilerin 32 ila 40 saatlik eğitim sonrasında herhangi bir ölçme, değerlendirme veya sınava tabi tutulmaksızın belgelendirilmesi, genel olarak 1 Ocak

2009 tarihinden önce işyerlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalışan işçilerin durumunu açıklığa kavuşturması açısından olumlu olmakla birlikte, eğitime tabi tutulacak işçilerin bilgi, beceri ve yeterliliklerini dikkate almaması nedeniyle eleştiriye açık bir hüküm olarak değerlendirilebilir. Birçok sektörde yaptıkları işle ilgili olarak mesleki eğitim kurum ve kuruluşlarındaki eğitimcilerden daha güncel ve daha detaylı bilgilere sahip olan, ancak belge alamadıkları için eğitime tabi tutulacak işçilerin, bu durumda ne gibi bir fayda sağlayacakları ve Kanunun gerekçesi hatırlanırsa iş kazalarının önlenmesinde ne gibi bir katkısı olacağı soru işareti olarak karşımıza çıkmaktadır.

6. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile ilgili bir diğer soru işareti de, uygulamayı 1 Ocak 2009 tarihinden önce işyerlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalışan işçilere özgülemesinden kaynaklanmaktadır. Zira söz konusu tarihten sonra mesleki eğitimin ne şekilde yapılacağına ilişkin bir düzenleme yürürlüğe konulmamıştır. Bu bağlamda mesleki eğitim zorunluluğunun, hukuki olarak konunun ayrıntılarını düzenleyen Tebliğ'in yürürlüğe girdiği 31 Mayıs 2009 tarihinde başladığı dikkate alındığında, 31 Mayıs 2009 tarihine kadar işyerlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalışanların da madde kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Yeni Tebliğ'de yer alan bir diğer hüküm de, daha önce çıkarılan Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrasının "d" bendinde değişiklik yapmaktadır. Söz konusu hükme göre, Milli Eğitim Bakanlığı'nın ilgili biriminin onayının alınması şartıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, eğitim amaçlı faaliyet gösteren vakıf ve dernekler, işçi ve işveren kuruluşları ile bünyelerinde kurulu iktisadi işletmeler veya işveren tarafından düzenlenen eğitim faaliyetleri sonucunda verilen belgeler de mesleki eğitim zorunluluğu açısından geçerli kabul edilecektir. Yeni düzenlemede Milli Eğitim Bakanlığı'nın onayının hangi kurum ve kuruluşlar için aranacağı hususunda uygulamada yaşanan tereddüt<sup>27</sup> giderilmiş bulunmaktadır. Ayrıca Tebliğ ile işçi ve işveren kuruluşları bünyesinde kurulu iktisadi işletmelerin eğitim düzenleyebileceklerine yönelik değişiklik yapılmaktadır.



9 Mart 2010 tarihli Tebliğ ile “yürütme” başlıklı 9. maddede değişiklik yapılarak, Tebliğ hükümlerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Milli Eğitim Bakanlığı tarafından birlikte yürütüleceği belirtilmektedir.

## 2. Diğer Girişimler

Ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçilerin çalıştıkları işle ilgili mesleki eğitimden geçirilmesi konusunda mevzuatta yapılan düzenlemelerin yanı sıra özellikle protokollerin hazırlanması ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında denklik mekanizmasından yararlanılması gibi çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Özellikle işletmelerin karşı karşıya kaldığı ceza tehdidinin mevcut işgücü açısından ortadan kaldırılmasına yönelik bu girişimlerde, iş dünyasını temsil eden kurum ve kuruluşların ön plana çıktığı görülmektedir.

### a. Protokoller

Mesleki eğitim gibi ülke kalkınması açısından önemli bir konuda Milli Eğitim Bakanlığı ile işletmeler arasında sıkça protokoller bağtandığı bilinmektedir. Özellikle vasıflı işgücü teminine yönelik söz konusu protokoller Milli Eğitim Bakanlığı bünyesindeki mesleki eğitimle ilgilenen çeşitli genel müdürlükler ile imzalanmaktadır<sup>28</sup>.

İş Kanunu'nun 85. maddesinde 5763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile gündeme gelen ağır ve tehlikeli işlerde mesleki eğitim zorunluluğuna yönelik olarak da, Milli Eğitim Bakanlığı ile işbirliği protokollerini yapılması yoluna gidildiği görülmektedir. Uygulamada Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası (ÇEİS)<sup>29</sup> ve TİSK tarafından Milli Eğitim Bakanlığı ile protokoller yapılmış bulunmaktadır.

TİSK ile Milli Eğitim Bakanlığı arasında 15 Ocak 2010 tarihinde imzalanan ve üç yıl süreli olan Protokol, TİSK üyesi İşveren Sendikalarına bağlı işletmelerde ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlardan bu işlerde çalışabilmeleri için gerekli belgesi olmayanlara, belge için lüzumlu eğitimin ve belgenin verilmesini sağlamak üzere yürürlüğe konulmuştur. Milli Eğitim Bakanlığını Erkek Teknik Öğretim Genel Müdürlüğü'nün temsil ettiği Protokol kapsamında, özellikle

eğitim programlarının hazırlanması konusunda Mesleki Eğitim Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılacak olup, Mesleki Yeterlilik Kurumu tarafından standardı yayımlanmamış mesleklerle ilgili kursların içeriği ve süresinin, kursa katılacak personelin eğitim seviyesi ve niteliklerine göre TİSK'e üye işveren sendikalarının ihtiyaç ve beklentilerini karşılayacak tarzda hazırlanması öngörülmektedir<sup>30</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 31 Mayıs 2009 tarihli Tebliğ'de değişiklik yapılmasına ilişkin Tebliğ'in yayımlanması ile 1 Ocak 2009 tarihinden önce çalışmaya başlayan ve mesleki eğitimden geçmemiş işçilerin 32 – 40 saatlik eğitimlerle belgelendirilmesi ancak Protokoller vasıtasıyla mümkün olacaktır. Bu bağlamda Tebliğ'in yürürlüğe girmesi ile Protokollerin önemi büyük ölçüde artmış olup, önümüzdeki dönemde benzeri birçok protokolün imzalanması muhtemel görünmektedir.

### b. Denklik Mekanizması

Mesleki eğitim zorunluluğu ile ilgili olarak gündeme gelen bir diğer konu da, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 35. maddesi kapsamında işçilerin çalışma süreleri dikkate alınarak kalfalık ve ustalık belgesi almalarının sağlanmasıdır. Söz konusu Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrası “Kapsamı, şartları ve süresi Bakanlıkça belirlenecek telafi eğitimine katılan ve bu eğitim sonunda yapılacak sınavlarda başarılı olan kalfa, usta ve genel lise mezunlarına, bitirdikleri meslek alanının diploması verilir.” şeklinde olup, uygulamanın esasları Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliği'nde<sup>31</sup> düzenlenmiştir.

Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliği'nin 229 ve devamındaki maddelerde denklik esaslarına yer verilmekte olup, Yönetmeliğin 242. maddesinin ikinci fıkrasının “c” bendinde mesleki eğitim süresine göre belirlenecek sürelerle meslekleri ile ilgili bir işletmede çalıştıklarını belgelendirenler ile bir meslek dalında pratik eğitim karşılığı kabul edilen başarılı hizmet süresi çıraklık eğitimi süresinin iki katı olanlara doğrudan o meslekle ilgili kalfalık sınavına girme imkanı sağlanmaktadır.

Her ne kadar denklik mekanizmasına ilişkin esasları düzenleyen yasa hükmünde telafi eği-

timinden geçirilme şartından söz edilmekteyse de, Yönetmelik ile belirli süre çalışması olanlar için bir istisna tanındığı ve söz konusu kişilerin doğrudan sınava alındığı görülmektedir.

Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliği uyarınca çalışma süresini belgelendirerek sınavla kalfalık belgesi alan işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmasının önünde bir engel kalmamaktadır. Zira Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ'in 6. Maddesinin birinci fıkrasında kalfalık belgesi, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçiler için aranacak belgelerden biri olarak sayılmaktadır.

Uygulamada bazı iş dünyası kuruluşlarının, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılan işçiler için denklik mekanizması ile belge alınabileceği yönünde duyurular yayınladıkları görülmektedir. Denklik yoluyla belgelendirme yapılması, önemli bir imkan olarak değerlendirilerek birlikte mesleki eğitim modülleri ile ağır ve tehlikeli işler arasındaki uyumsuzluk nedeniyle uygulamada kullanılması güç bir yöntem olarak değerlendirilmektedir. Ancak uygulamanın ayrıntılarının netleştirilmesi halinde mesleki eğitim zorunluluğunun yerine getirilmesi anlamında fayda sağlaması mümkün bulunmaktadır.

#### IV. SONUÇ VE ÖNERİLER

5763 sayılı Kanun ile mevzuatımıza giren ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçilerin mesleki eğitim zorunluluğu, ilgili hükmün Resmi Gazete'de yayımlandığı 26 Mayıs 2008 tarihinden bu yana sürekli tartışılan ve endüstriyel ilişkiler gündemini meşgul eden bir konu olarak varlığını korumaktadır. Zorunluluk, uygulamada birçok belirsizliğe sebep olmuştur bulunmaktadır.

Hükmün böylesine olumsuz sonuçlar doğurmasındaki temel nedenin, hazırlık aşamasında yeterince üzerinde düşünülmemesi ve mevcut yapıyla ne kadar uyumlu olacağının tartışılması olduğu vurgulanmalıdır. Nitekim uygulama esaslarını belirlemek üzere çıkarılan Tebliğ'in, ilgili maddenin Resmi Gazete'de yayımlanmasından bir yıl sonra ve yürürlüğe girmesinden de yaklaşık altı ay sonra çıkarılması, uygulama başlangıca kadar maddenin ne gibi sonuçlar do-

ğuracağıının idare tarafından da öngörülmediğini ortaya koymaktadır.

Mesleki eğitim zorunluluğu ile ilgili temel çözüm önerimiz, uygulamada karşılaşılan belirsizlikler dikkate alınarak uygulamanın ertelenmesine veya zorunluluğun kaldırılmasına yönelik bir kanun değişikliğinin yapılmasıdır. Doktrinde de paralel şekilde, uygulamanın ertelenmesine ihtiyaç olduğu yönünde görüşler dile getirilmiş bulunmaktadır<sup>32</sup>.

Burada özellikle ilgili maddenin öncelikle İş Kanunu'ndan çıkarılarak 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'na dahil edilmesi veya konuyla ilgili olarak İş Kanunu'nda 3308 sayılı Kanun'a atf yapılması suretiyle düzenlemenin netleştirilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Aksi takdirde, herhangi bir yasal dayanak olmaksızın çıkarılan Tebliğ ve çıkarılan değişiklik Tebliği'nin geçerliliği hakkında soru işaretleri gündeme gelecektir.

Ayrıca mesleki eğitim zorunluluğunun hangi gerekçeyle getirildiği dikkate alınarak, iş kazaları ile meslek hastalıklarının önlenmesi amacıyla, mesleki eğitim müfredatı iş sağlığı ve güvenliği açısından genel bir gözden geçirmeye tabi tutulmalıdır. Mesleki eğitimde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin konular işlenirken güncel teknolojiler dikkate alınmalı, eğitimcilerin düzeyi geliştirilmeli, çağdaş eğitim materyalleri ve metotlar kullanılmalıdır. Tüm bu gözden geçirme ve güncelleme faaliyetlerinin uzun vadede gerçekleşeceği dikkate alındığında yukarıda yer alan erteleme önerisinin, bir yıl veya daha uzun süreli olmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Mesleki eğitim zorunluluğu ile ilgili son bir buçuk yıllık süreçte yaşanan tartışmalar da gösterdiği üzere, uygulamadan ve çalışma hayatının gerçeklerinden bağımsız şekilde yürürlüğe konulan hukuki düzenlemeler, beklenen faydayı doğurmak yerine yeni sorunların yaşanmasına neden olmaktadır. Önümüzdeki dönemde bu yaşananlardan ders alınarak, hukuki düzenlemelerin ekonomik ve sosyal alanda ne gibi sonuçlara yol açacağı dikkatle değerlendirilmeli ve konuyla ilgili tüm kurum ve kuruluşların görüşleri alınmalıdır. Aksi takdirde çalışma hayatının gerçek problemleri yerine yeni ve suni

sorunların çözümü ile uzun bir süre daha vakit kaybetmemiz söz konusu olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 OSH in The School Curriculum: Requirements and Activities in the EU Member States, European Agency for Safety and Health at Work, sh. 17, Bilbao, 2007, Mainstreaming Occupational Safety And Health into Education, European Agency for Safety and Health at Work, sh. 49, Bilbao, 2004.
- 2 Gary Gibson, Vocational Training And Apprenticeships, Encyclopaedia of Occupational Health and Safety, Fourth Edition, Vol. 3, 1995, Geneva.
- 3 Engin, Aykut, "Ağır ve Tehlikeli İşler Tebliği Bilinmezliğini Hâlâ Koruyor", MESS İşveren Gazetesi, Kasım 2009.
- 4 Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği ekindeki listede yer alan 153 iş, son Yönetmelik değişikliği ile 111'e indirilmiştir. Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 7 Mart 2010 tarih ve 27514 sayılı Resmi Gazete.
- 5 "İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor" Semineri, 16 Temmuz 2008, TİSK Yayını, sh. 71, Ankara, 2008 (İstihdam Paketi).
- 6 19 Haziran 1986 tarih ve 19139 sayılı Resmi Gazete.
- 7 Alpagut, Gülsevil, "Alt İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği ile İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler", İstihdam Paketi, sh. 50.
- 8 Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ Üzerine", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 25, Temmuz 2009.
- 9 Alpagut, Gülsevil, "Alt İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği ile İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler", İstihdam Paketi, sh. 73, Kış. Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 25, Temmuz 2009.
- 10 24 Haziran 1973 tarih ve 14574 sayılı Resmi Gazete.
- 11 2007/17 sayılı Eğitim ve Öğretimde Koordinasyon konulu Başbakanlık Genelgesi 4 Temmuz 2007 tarih ve 26572 sayılı Resmi Gazete.
- 12 Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ Üzerine", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 27, Temmuz 2009.
- 13 Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ, 31 Mayıs 2009 tarih ve 27244 sayılı Resmi Gazete.
- 14 Anayasa Mahkemesi'nin E. 2006/95, K. 2009/144, 15.10.2009 tarihli kararı, E.1988/7, K.1988/27, 27.09.1988 tarihli kararı.
- 15 Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, sh. 121 – 123, Ankara 2005.
- 16 Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ Üzerine", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 27, Temmuz 2009.
- 17 16 Haziran 2004 tarih ve 25494 sayılı Resmi Gazete.
- 18 Eğitim masrafının kim tarafından karşılanacağını belirlememesi nedeniyle, bu konuda işçi ve işverenlerin karşı karşıya kalmalarının kaçınılmaz olduğu vurgulanmaktadır. Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ Üzerine", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 27, Temmuz 2009.
- 19 Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ Üzerine", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 27, Temmuz 2009.
- 20 Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ Üzerine", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 30, Temmuz 2009, Engin, Aykut, "Ağır ve Tehlikeli İşler Tebliği Bilinmezliğini Hâlâ Koruyor", MESS İşveren Gazetesi, Kasım 2009.
- 21 Kenar, Necdet, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimleri", MESS Mercek, Yıl: 15, S. 57, sh. 151 – 152, Ocak 2010.
- 22 Patlayıcı Madde Ateşleyici Yeterlilik Belgesi Verilmesi Esas ve Usullerinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik, 11 Temmuz 2002 tarih ve 24812 sayılı Resmi Gazete.
- 23 Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ Üzerine", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 29, Temmuz 2009.
- 24 "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalışanlar İçin Eğitim ve Belgelendirme Bilmecesi", MESS İşveren Gazetesi, Ağustos 2009.
- 25 Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğde Değişiklik Yapılması Hakkında Tebliğ, 9 Mart 2010 tarih ve 27516 sayılı Resmi Gazete.
- 26 30 Aralık 2008 tarihli ve 27096 sayılı Resmi Gazete.
- 27 Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ Üzerine", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 29, Temmuz 2009.
- 28 Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı Erkek Teknik Öğretim Genel Müdürlüğü ile işletmeler veya işletmeleri temsil eden kurum ve kuruluşlar arasında bugüne kadar 173 protokol imzalanmış bulunmaktadır. [http://etogm.meb.gov.tr/index.asp?sayfa\\_id=500&konu=protokol\\_tam\\_liste](http://etogm.meb.gov.tr/index.asp?sayfa_id=500&konu=protokol_tam_liste) , Erişim Tarihi: 7 Mart 2010.
- 29 ÇEİS ile Milli Eğitim Bakanlığı Erkek Teknik Öğretim Genel Müdürlüğü arasında iş ve hizmet alanlarında istihdam için gerekli niteliklere sahip olmayan ve halen ÇEİS üyesi çimento fabrikalarında ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlardan bu işlerde çalışabilmeleri için gerekli belgesi olmayanlara bu belgenin verilmesini temin edecek eğitimin verilmesi konulu protokol 25.08.2009 – 25.08. 2010 tarihleri arasında geçerli olmak üzere imzalanmıştır. [http://etogm.meb.gov.tr/index.asp?sayfa\\_id=500&konu=protokol\\_detay&id=184](http://etogm.meb.gov.tr/index.asp?sayfa_id=500&konu=protokol_detay&id=184), Erişim Tarihi: 7 Mart 2010.
- 30 Protokole ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kenar, Necdet, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimleri", MESS Mercek, Yıl: 15, S.57, sh.153 – 156, Ocak 2010. "TİSK ve MEB Arasında Mesleki Eğitimde İşbirliği Protokolü imzalandı", İşveren Dergisi, C. 48, S. 4 , sh. 65 – 67, Ocak 2010, TİSK Yayını, "Mesleki Eğitimde Dev İşbirliği", MESS İşveren Gazetesi, Şubat 2010.
- 31 3 Temmuz 2002 tarih ve 24804 sayılı Resmi Gazete.
- 32 Alpagut, Gülsevil, "Alt İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği ile İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler", sh. 73 (İstihdam Paketi). Ekmekçi, Ömer, "Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılacak İşçilerin Mesleki Eğitimlerine Dair Tebliğ", MESS Mercek, Yıl: 14, S. 55, sh. 27, Temmuz 2009.

Prof. Dr. M. Polat SOYER

Emekli Öğretim Üyesi

## İş Sözleşmesinin Feshinden Sonra İşyerini Devralan İşverenin Sorumluluğu

### T.C. YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/15619

**Karar No** : 2008/7304

**Tarihi** : 03.04.2008

### ÖZET

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır.

Davacı, kıdem tazminatı ile ücret alacağı'nın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası

için Tetkik Hâkimi S. Tok tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**1)** İşyeri devrinin iş ilişkisine etkileri ile işçilik alacaklarından sorumluluk balonundan ("bakımından" olsa gerek [yazarın notu]) taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir.

İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarda ise, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu olduğu aynı Yasanın 3. fıkrasında açıklanmış ve devreden



işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır.

Somut olayda, davalı Gün... A.Ş. ne ait işyerinin, davacının hizmet akdinin feshinden sonra davalı Bay... A.Ş. ne devredildiği anlaşılmaktadır. Davacı, kısmi davasını her iki davalıya yönelterek dava konusu alacakların müştereken müteselsilen tahsilini istemiştir. Açıklanan nedenlerle, kısmi dava konusu alacaklardan davalı Bay... A.Ş. de sorumlu

bulduğundan anılan davalı hakkındaki kısmi davanın da kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.

2) 4857 sayılı Kanun'un 34. maddesi gereğince ücret ve ikramiye alacaklarına en yüksek mevduat faizi uygulanması gerekir. Buna göre, davacının ücret alacağına bu alacak yönünden HUMK 74 m. uyarınca reeskont faizini aşmamak kaydıyla olmak üzere ve ikramiye alacağına anılan faizin yürütülmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 3.4.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

1. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, yukarıdaki kararında, İş Kanunu md. 6, f. 3 hükmünden hareketle, iş sözleşmesinin devirden önce feshedilmesi halinde, devir tarihine kadar doğmuş bulunan ve devirden önce ödemesi gereken ücret, ikramiye, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden devreden ve devralan işverenlerin zincirleme olarak sorumlu buldukları sonucuna varmaktadır<sup>1</sup>. Bu içtihadı ile Yüksek Mahkeme, devirden önce sona ermesi nedeniyle otomatik olarak devralan işverene geçmemiş olan iş sözleşmesinden kaynaklanan

**İş sözleşmesinden doğan hak ve borçların devralan işverene geçmesi, İş Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasında, iş sözleşmesinin devir sırasında mevcut olması şartına bağlanmıştır.**

haklardan dahi devralan işvereni (de) sorumlu tutmuş olmaktadır. Öğretide, bu görüşte olan yazarlar da vardır<sup>2</sup>.

Bu düşünce tarzının isabetli olmadığı kanaatindeyim. Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere<sup>3</sup>, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödemesi gereken borçlardan devralan işvereni de sorumlu tutan İş Kanunu md. 6, f. 3 hükmü, maddenin bütününe hâkim olan düşünce çerçevesinde sistematik bir yoruma tâbi tutulmalıdır: Dikkat edilmelidir ki, iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların devralan işverene geçmesi, 6. maddenin 1. fıkrasında, iş sözleşmesinin devir sırasında mevcut olması şartına bağlanmıştır<sup>4</sup>. Devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen 3. fıkra hükmü ise, 1. fıkradaki şartın gerçekleşmiş olması haline özgü bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Üçüncü fıkranın "Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde..." ifadesiyle başlayan anlatım tarzı da, devralan işverenin sorumluluğunun, iş sözleşmesinin devir nedeniyle devralan işverene geçmiş olduğu haller bakımından düzenlenmek istendiğini göstermektedir. Zaten, iş sözleşmesinin devra-

## İş Kanunu md. 6 üçüncü fıkra hükmünün anlamı, iş sözleşmeleri devralana geçmiş olan işçiler karşısında devreden işverenin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen bir kural olmasından ibarettir.

lana geçmesi için devir anında mevcut olması şartının aranması, devirden önce sona eren bir sözleşmeden kaynaklanan haklardan devralan işvereni sorumlu tutmamak düşüncesine dayanır. O halde denilebilir ki, üçüncü fıkra hükmünün anlamı, iş sözleşmeleri devralana geçmiş olan işçiler karşısında devreden işverenin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen bir kural olmasından ibarettir<sup>5</sup>. Devirden önce sona ermiş olması nedeniyle devralan işverene geçmeyen bir iş sözleşmesi nedeniyle sorumluluk, İş Kanunu md. 6 hükmünün hiçbir yerinde düzenlenmiş değildir<sup>6</sup>. Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda da devirden önce sona ermiş olan iş sözleşmelerinden doğan alacaklardan devralan işverenin sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihadına göre, üye devletlerin, işyerini devralan işvereni devirden önce işyerinden ayrılmış olan işçilere karşı sorumlu tutmak hususunda bir yükümlülükleri yoktur<sup>8</sup>.

**2.** Bununla birlikte, devralan işverenin, devirden önce sona ermiş olan iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçlardan, Borçlar Kanunu md. 179 çerçevesinde sorumlu tutulabileceğini de kabul etmek gerekir. Çünkü, yukarıda da değinildiği gibi, İş Kanunu md. 6 hükmü, devirden önce sona eren iş sözleşmelerinden doğan sorumluluk sorununu düzenlememektedir. Bu boşluğun, genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu md. 179 ile doldurulmasına engel herhangi bir durum yoktur. Yeter ki, bu maddede aranan koşullar -ticarî işletmenin devri sözleşmesinin kurulması ve sözleşmede borçların yüklenilmesinin öngörülmesi, ticari işletmenin aktif ve pasifi ile devri ve nihayet bu devrin üçüncü kişilere duyurulması, yani alacaklılara ihbar ve ilân yapılması<sup>9</sup> gerçekleşmiş olsun<sup>10</sup>.

Yargıtay'ın bu konudaki içtihadına gelince: Yüksek Mahkeme, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde oyçokluğu ile vermiş olduğu bir kararda<sup>11</sup>, iş sözleşmeleri işyerinin devrinden önce sona ermiş olan işçiler karşısında devralan işverenin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiş ise de, karara yazılan karşı oy yazısında, Borçlar Kanunu md. 179 hükmünün uygulanması ile ilgili koşulların mevcudiyeti halinde, devralan işverenin dava konusu alacaklar bakımından sorumlu tutulması gerektiğine isabetle işaret edilmiştir. Bu karşı oy yazısının dayandığı temel gerekçe, iş sözleşmeleri işyerinin devrinden önce sona eren işçiler karşısında devralan işverenin sorumluluğunu düzenleyen bir hükme 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmemiş olması, bu boşluğun da Borçlar Kanunu md. 179 hükmü ile doldurulması gerektiği düşüncesidir. Yukarıda da değinildiği üzere bu düşünce, 4857 sayılı İş Kanunu açısından da aynen geçerlidir<sup>12</sup>. Nitekim Yüksek Mahkeme bu konudaki görüşünü daha sonra değiştirmiştir. Gerçekten, Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 12.10.2004 tarihinde vermiş olduğu bir kararda<sup>13</sup> aynen, "... Davacının iş sözleşmesinin feshinde kendisine ödenmemiş ücretlerin varlığının kanıtlanması durumunda, bundan, işyerini tüm aktif ve pasifleriyle birlikte devralan işverenin de sorumlu olacağı açıktır" denilmektedir. Dokuzuncu Daire'nin 5.10.2006 tarihinde vermiş olduğu bir kararda da<sup>14</sup> aynı düşünce tekrarlanmaktadır.

**3.** Bu açıklamalar çerçevesinde, sonuç olarak, işyerini devralan işverenin, devirden önce sona eren iş sözleşmesinden doğan haklardan İş Kanunu md. 6, f. 3 hükmü uyarınca sorum-

**Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihadına göre, üye devletlerin, işyerini devralan işvereni devirden önce işyerinden ayrılmış olan işçilere karşı sorumlu tutmak hususunda bir yükümlülükleri yoktur.**

## İş Kanunu md. 6 hükmü, devirden önce sona eren iş sözleşmelerinden doğan sorumluluk sorununu düzenlememektedir. Bu boşluğun, genel hüküm niteliğindeki Borçlar Kanunu md. 179 ile doldurulmasına engel herhangi bir durum yoktur.

lu tutulmasının mümkün bulunmadığı; böyle bir sorumluluğun sadece, Borçlar Kanunu md. 179'daki koşullar mevcut olduğu takdirde söz konusu olabileceği kanaatindeyim. Bu nedenle de, inceleme konusu kararda varılan sonuca katılamadığımı belirtmeliyim.

### DİPNOTLAR

- 1 Y9HD'nin aynı tarihte verdiği E. 2007/15621, K. 2008/7306 sayılı karar da bu yöndedir.
- 2 Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2. Bası, Ankara, 2008, s. 388; Çil, İş Kanunu Şerhi, C. I, 2. Bası, Ankara, 2007, s. 380.
- 3 Bkz. Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 339 vd.
- 4 İşyerinin devriyle birlikte devir sırasında mevcut olan iş sözleşmelerinin devralan işverene geçeceğinin öngörülmesi, "mevcut" iş sözleşmelerine devamlılık sağlama; bu iş sözleşmelerini koruma düşüncesine dayanır. Bkz. Schliemann/Ascheid, Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Aufl., Berlin 2002, § 613 a BGB Anm. 3.
- 5 Sonuç itibarıyla bu yönde, Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, C. I, 3. Bası, Ankara, 2008, s. 336. Devreden işverene böyle bir sorumluluk yüklenmesinin başlıca iki nedeni vardır: Bunlardan birincisi, işçilerin, devralan işverenin içinde bulunabileceği finansal güçlükler karşısında korunmaları, ikincisi de, işçilerin devir anına kadar verdikleri emek nedeniyle işyerinin değerinde bir artış (da) meydana getirmiş olmaları (olasılığı)dır. Bkz. Erman/Hanau, BGB I. Bd., 8. Aufl., Münster, 1989, § 613 a Anm. 105; Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 16. Aufl., Köln, 2004, RdNr. 627.
- 6 Özkaraca, s. 342. Nitekim, Avrupa Birliği'nin işyeri devrine ilişkin gerek 77/187, gerek onun yerini alan 2001/23 sayılı Yönergeleri'nde de, sadece, devreden, "devir anında mevcut olan" iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçlarının devirle birlikte devralana geçeceği (Art. 3 Abs. 1, S. 1), üye devletlerin, devirden önce iş sözleşmesinden doğmuş bulunan ve devir tarihinde mevcut hak ve borçlardan devreden ve devralanı devir tarihinden sonra müteselsil olarak sorum-

lu tutma yoluna gidebilecekleri öngörülmüş bulunmaktadır (Art. 3 Abs. 1 S. 2).

- 7 Bkz. Staudinger/Richardi, 12. Aufl., Berlin, 1989, § 613 a BGB RdNr. 107, 110; Erfurter Kommentar/Preis, München, 1998; § 613 a BGB, , RdNr. 40-42; BAG 24.3.1977 AP § 613 a BGB Nr. 6; BAG 11.11.1986 § 613 a BGB Nr. 60. Bu sonuç, pratik gerekçelerle de desteklenebilir: Gerçekten, aksi görüş kabul edildiği takdirde, ödeme güclüğü içinde olan bir işyerinin devri çok güç, hatta imkânsız olabilir. Bkz. Özkaraca, s. 342, dn. 1164.
- 8 EuGH 7.2.1985, 19/83, beck-online-Beck, RS 2004, 72129.
- 9 Borçlar Kanunu md. 179 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Acemoğlu, Malvarlığı veya Ticarî İşletmenin Devri, İstanbul, 1971; ayrıca bkz. Güzel, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987, s. 272 vd; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1995, s. 933 vd.
- 10 Bkz. Özkaraca, s. 342-346.
- 11 Y9HD, 12.3.2002, E. 2001/18371, K. 2002/4008, Çankaya/Çil, s. 517-518.
- 12 Özkaraca, s. 344.
- 13 E. 13687, K. 22962, Günay, İş Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara, 2006, s. 281.
- 14 E. 4720, K. 25950, www.kazanci.com.tr.

Prof. Dr. Fevzi DEMİR - Ar. Gör. Gönenç DEMİR

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi

## İş Sözleşmesinde Yer Alan Eğitim Karşılığında Çalışma Şartı

### T.C. YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/20016

**Karar No** : 2007/28104

**Tarihi** : 25.09.2007

### DAVA

Taraflar arasındaki, ihbar tazminatı, eğitim gideri, eğitim süresine ait ücret ve bir yıllık sürenin çalışılmayan kısmından doğan ücret alacaklarının ödenmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle reddine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizden incelenmesi davacı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 25.09.2007 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı adına Avukat A.Y geldi. Karşı taraf adına kimse gelmedi.

Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işveren, devamsızlık sebebiyle haklı olarak iş sözleşmesi feshedilen davalı işçiden eğitim giderlerinin tahsili, eğitim süresinde ödenen ücretlerin geri alınması ve çalışılmayan süreye ait ücretlerin cezai şart olarak ödenmesi istekleriyle bu davayı açmıştır. Mahkemece, eğitim hizmet sözleşmesinde eğitim giderleri ile cezai şartla ilgili bir hüküm bulunmadığı, sözleşmenin eğitime başladıktan sonra imzalandığı ve bir yıl olarak belirlenen hizmet süresinin performans testlerinin bitişi tarihinden başlayacağı açıklanmış olmakla birlikte bu olgunun belirsiz olduğu gerekçesiyle isteklerin reddine karar verilmiştir. Kararı davacı işveren süresi içinde temyiz etmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Dairemi-



zin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre eğitim süresince işçiye ödenen ücretlerin geri alınması söz konusu olmaz. Öte yandan iş sözleşmesinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen cezai şart kuralı işçi aleyhine olup tek taraflıdır. Böyle olunca eğitim süresinde işçiye ödenen ücretler ile cezai şart taleplerinin reddi, bu gerekçeyle yerinde olmuştur.

Davalı işçiye, işverence giderleri karşılanmak suretiyle eğitim verildiği tartışmasızdır. Taraflar arasında imzalanmış olan eğitim-hizmet sözleşmesinde verilen eğitim karşılığında 1 yıllık çalışma şartı öngörülmüş ve bir yıllık sürenin başlangıcı projenin performans testlerinin bitişi olarak açıklanmıştır. Aynı sözleşmenin II. maddesinde ise, projenin performans testinin olmaması durumunda 1 yıllık çalışma süresinin, eğitimin bitişi tarihinde başlayacağı kurala bağlanmıştır. Yine sözleşmenin V. maddesinde eğitim bitiş tari-

hi 06.01.2006 olarak açıklanmıştır. Böyle olunca davacının 1 yıllık hizmet süresi bakımından kesin bir tarihin taraflarca kararlaştırıldığı kabul edilmelidir.

Davacının işyerinden 28.4.2006 tarihinde istifa ederek ayrıldığı sabit olduğuna göre eğitim gideri bakımından davacı işverenin talepleri bakımında bir karar verilmesi gerekir. Bu yönde gerekli inceleme yapılmalı ve eğitim giderleri bakımından 1 yıllık süre içinde çalışılan ve çalışması gereken süreye göre indirim hususu da düşünülerek hüküm kurulmalıdır.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, Davacı yararına takdir edilen 500 YTL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.09.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1- KARARIN İNCELENMESİ

### Olayın Özeti:

Davacı işveren iş sözleşmesini devamsızlık sebebiyle haklı sebeple fesih etmiştir. Karar metninde ayrıca iş sözleşmesinin işçinin 28/04/2006 tarihindeki istifası suretiyle sona erdiği belirtilmiştir. Fesih davasında davacı, davalı işçiden 1) ihbar tazminatı, 2) eğitim giderleri ve eğitim süresinde ödenen ücretlerin geri alınmasını, 3) çalışılmayan sürelerle ait ücretlerin cezai şart olarak ödenmesini talep etmiştir.

Davalı işçiye, işverence giderleri karşılanmak suretiyle eğitim verildiği tartışmasızdır. Taraflar arasında imzalanan eğitim hizmet sözleşmesinde verilen eğitim karşılığında 1 yıllık çalışma şartı öngörülmüştür. Bu bir yıllık süre performans değerlendirme testlerinin bitişi tarihinde başlayacağı eğitim hizmet sözleşmesinde kararlaştırılmıştır. Performans değerlendirmesi-

nin yapılmayacağı hallerde ise eğitim hizmet sözleşmesinde 1 yıllık çalışma süresinin, eğitimin bitişi tarihinde başlayacağı kararlaştırılmış ve eğitim bitiş tarihi 06/01/2006 olarak düzenlenmiştir. Karardan anlaşıldığı üzere performans değerlendirilmesi yapılmamıştır. Davalı işçi 28/04/2006 tarihinde istifa ederek iş sözleşmesini sona erdirmiştir.

### A) Yerel Mahkemenin Kararı

Yerel mahkeme; eğitim hizmet sözleşmesinde eğitim giderleri ile cezai şartla ilgili bir hüküm bulunmadığı, sözleşmenin eğitime başlandıktan sonra imzalandığı ve bir yıl olarak belirlenen iş sözleşmesinin süresinin performans testlerinin bitişi tarihinden başlayacak olması sebebiyle davacı taraf taleplerinin reddine karar vermiştir. Kararda işverenin ihbar tazminatı ile ilgili talebi konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Karar davacı işveren tarafından temyiz edilmiştir.

## B) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Kararı

- Yargıtay, kararında yerleşik içtihatlarına dayalı olarak işçiye eğitim süresince verilen ücretlerin geri alınmasının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

- Kararda eğitim giderleri bakımından davacı taleplerinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir; çalışılan ve çalışılması gereken süreye göre indirim hususu da düşünülerek hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir.

- Kararda iş sözleşmesinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen cezai şart kuralı işçi aleyhine olduğundan tek taraflı olarak kararlaştırılan cezai şart taleplerinin reddinin yerinde olduğu hükme bağlanmıştır.

- Kararda taraflarca eğitimi müteakip verilecek belirli hizmet süresine ilişkin kesin bir tarihin (1 yıl) kararlaştırıldığı kabul edilmiştir.

- Kararda davalı işçinin iş sözleşmesini istifa etmek suretiyle sona erdirdiği kabul edilmiştir.

- Kararda işverence talep edilen ihbar tazminatı ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir.

## II- KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A) İhbar Tazminatı Talebi Bakımından Değerlendirme

Kararda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın belirli süreli iş sözleşmesine mi belirsiz süreli iş sözleşmesine mi dayandığı açık olarak anlaşılamamaktadır. Davacı işveren tarafın talebinde “ihbar tazminatı” yer aldığına göre, bu tazminatın reddine veya kabulüne ilişkin her iki gerekçeli kararda da bir hüküm bulunmaması öncelikle hükmün ve gerekçenin eksik yazıldığını gösteriyor. Bu nedenle, taraflar arasında yapılan iş sözleşmesinin belirli mi yoksa belirsiz mi olduğu da açıkça anlaşılamıyor. Halbuki, sözleşmenin belirli veya belirsiz oluşuna göre talep edilen “ihbar tazminatı” hakkında mahkemece bir hüküm kurmak gerekirdi.

Zira, belirli süreli iş sözleşmelerinde ihbar önellerinden söz edilemeyeceği için, ihbar tazminatı da söz konusu olmaz. İhbar önelleri, ni-

teliği itibarıyla 30 günden çok süren “sürekli işlerde” (İş K. md. 10) yapılan “belirsiz süreli iş sözleşmelerine” uygulandığından, ihbar tazminatı da bu sözleşmeler için söz konusu olur. Bu nedenle, niteliği itibarıyla 30 günden çok süren sürekli işlerde yapılan belirsiz süreli iş sözleşmelerine uygulanan ihbar tazminatı<sup>1</sup>, 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir<sup>2</sup> (BK. md. 125).

Üstelik, kanunda gösterilen ihbar önellerine (bildirim sürelerine) uymadan işi terk eden işçi de işçinin işine son veren işveren de “ihbar önel süresine tekabül eden ücret tutarında tazminat” ödemek zorundadır (İş K.md.17/4). Kanunen öngörülen bu maktu tazminat için tarafların bir zarara uğramış olması da gerekmez. İhbar önellerine uyulmadan işten çıkarılan işçi hemen bir iş bulmuş olsa veya işi terk eden işçi yerine hemen bir işçi bulunmuş olsa bile, ihbar önel süresine tekabül eden ücret tutarındaki ihbar tazminatı tam olarak ödenir.

Olayımızda işçi işyerinde “belirsiz süreli iş sözleşmesi” ile işe başlamış olmalı ki, “ihbar önellerine uymaksızın” işi terk etmesi nedeniyle davacı işveren ayrıca “ihbar tazminatı” talebinde bulunmuş olsun. Gerçi, Kararda yer alan “... iş sözleşmesinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen cezai şart ...” cümlesinden, taraflar arasında sanki “belirli süreli iş sözleşmesi” varmış anlamı çıkmaktadır. Ayrıca kararda, “taraflarca hizmet süresine ilişkin kesin bir tarihin kararlaştırıldığı” belirtilmesi bu anlamı güçlendirmektedir. Ancak, böyle ise bu sözleşmenin başlangıç tarihi nedir? İşçinin ücreti ödenerek eğitim sürecinin başladığı tarih mi, yoksa eğitimin bitimini takip eden 06.01.2006 tarihi mi? O zaman eğitim süreci boyunca ödenen ücretler ne tür bir sözleşmeye dayanarak ödenmiştir?

Kararın bütününden anlaşıldığı kadarıyla; aslında işe belirsiz süreli iş sözleşmesiyle başlayan davalı işçinin çalışmaya devam ederken performansını geliştirmesi amacıyla işverenin ayrıca bir “eğitim hizmet sözleşmesi” teklifi ile karşılaştığı, eğitime başladıktan sonra imzalandığı bu sözleşmede eğitim süreci sonunda “bir yıllık” bir “mecburi hizmet” yükümlülüğü altına girdiği görülmektedir. Bir başka deyişle, taraflar arasında “belirsiz süreli bir iş sözleşmesi

devam ederken”, işçinin ve işverenin karşılıklı yararına gördükleri bir eğitim süreci sonunda sözleşmenin niteliğini değiştirerek “belirli süreli iş sözleşmesi” yaptıkları; ancak, yapılan “bir yıl” süreli “eğitim hizmet sözleşmesi” sonunda “sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi” veya “ tarafların ihbarıyla sona erdirilmesi” gibi tarafların irade beyanlarına yer verilmediği görülmektedir. Bunun anlamı, taraflarca yapılan “bir yıl” süreli “eğitim hizmet sözleşmesinin” işçinin işe girerken yaptığı “belirsiz süreli iş sözleşmesinin” niteliğini değiştirerek “belirli süreli iş sözleşmesine” dönüştürmediğidir<sup>3</sup>. Gerçi, “esaslı bir nedenin” ve “haklı bir gerekçenin” bulunması halinde belirsiz süreli iş sözleşmesiyle başlayan bir çalışmanın “belirli süreliye” dönüştürülmesi mümkündür. Ancak, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle elde edeceği kimi haklarını engelleme amacıyla “belirli süreli iş sözleşmesi” yapılamaz. Aksi halde, bu

de sözleşmeyi fesih hakkını ancak 17. maddede öngörülen fesih bildirim önellerine uygun olarak kullanabilecektir. Bu nedenle, davalı işçi tarafından “istifa ederek” feshedilen sözleşme, aslında hukuki hüküm ve sonuçlarına ayrıca katlanacağı “belirsiz süreli bir iş sözleşmesidir”. Bunun sonucu, davalı işçi tarafından fesih bildirim önellerine uymadan feshedilen belirsiz süreli iş sözleşmesi nedeniyle (velev ki fesih iradesi “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesinin” süresi içinde beyan edilmiş olsun...), davacı işveren lehine “ihbar tazminatına” hükmedilmesi isabetli olmamıştır. Üstelik, dava dilekçesinde yer alan işverenin “ihbar tazminatı” ile ilgili talebi hakkında herhangi bir gerekçeye ne mahkeme kararında ne de Yargıtay kararında yer verilmemesi eksikliklidir.

Kaldı ki, davalı işçinin “bir yıl” süreli “eğitim hizmet sözleşmesini” tamamlamadan ve “haklı bir sebep” olmadan, üstelik işsizlik sigortasın-

### **“Esaslı bir nedenin” ve “haklı bir gerekçenin” bulunması halinde belirsiz süreli iş sözleşmesiyle başlayan bir çalışmanın “belirli süreliye” dönüştürülmesi mümkündür.**

tür “belirsiz süreli iş sözleşmelerinin” bilahare niteliğinde değişikliğe gidilerek “belirli süreli iş sözleşmesine” dönüştürülmesi “hakkın kötüye kullanılması” (MK. md. 2) sayılır<sup>4</sup>.

Ancak, kararda bahsi geçen belirsiz süreli iş sözleşmesi devam ederken yapılan “bir yıl” süreli “eğitim hizmet sözleşmesi”, doktrindeki deyişimiyle, belirsiz süreli sözleşme içinde yapılan “asgari süreli bir sözleşmedir”<sup>5</sup>. Çünkü, tarafların karşılıklı serbest iradeleri ile yaptıkları “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesi” bitiminde de “belirsiz süreli iş sözleşmesi” devam edecektir. Böylece, aslında “belirsiz süreli iş sözleşmesiyle” çalışan işçi, yapmış olduğu “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesi” ile eğitimin bitiş tarihinden itibaren İş Kanunu’nun 17. maddesinin kendisine verdiği iş sözleşmesini fesih hakkını “bir yıl” süreyle ertelemektedir. Bir yıllık “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesinin” bitiminde

dan da yaralanamayacak şekilde istifa etmesi, kendisinin hemen yeni bir işe başladığı ihtimalini güçlendirmektedir. Böyle olunca, davalı işçinin “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesinin” bitimini bile beklemeden istifa ederek “yeni bir işe girmesi” söz konusu ise; “1) işçinin bu davranışına yeni işine girdiği işveren sebep olmuşsa, 2) yeni işveren işçinin bu davranışını bile bile onu işe almışsa, 3) yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ediyorsa”, eski işveren hem işçiyi hem de yeni işvereni “birlikte (müteselsil) sorumlu” bile tutulabilecektir (İş K. md. 23). Bunun sonucu davacı eski işveren, işçi ile yeni işverenden sadece birine başvurarak “ihbar tazminatını” ve bunu aşan miktardaki “maddi” ve “manevi” zararını tazmin ettirebileceği gibi, bunların her ikisine birden başvurarak da zararının giderilmesini isteyebilecektir<sup>6</sup>. Zira,

Kanun'un öngördüğü "birlikte sorumluluk" ilkesi, sadece "ihbar tazminatı" hakkını değil, hukuki niteliği itibarıyla "gerçekleşen zararın tümünün tazmini" hakkını ifade eder. Yeter ki "maddi" veya "manevi" anlamda gerçekleşmesi şart olan eski işverenin uğradığı "ihbar tazminatını" aşan zararlar, kendisi tarafından "ispat edilmiş" olsun<sup>7</sup>. Ancak davada bu konuda bir talepte bulunulmaması nedeniyle kararda böyle bir hükme yer verilmemesi isabetli olmuştur.

## B) İşçiye Eğitim Süresince Bir İş Karşılığı Olmaksızın Verilen Ücretlerin ve Eğitim Giderlerinin Ödenmesi Talebi Bakımından Değerlendirme

Taraflar arasında yapılan sözleşmede işçiye eğitim süresince normal ücretinin ve eğitim giderlerinin işveren tarafından ödeneceğinin hükme bağlandığı anlaşılmaktadır. Gerçi, Yargıtay'ın mezkur yerleşik kararları gibi, bu kararında da "işçiye eğitim süresince bir iş karşılığı olmaksızın verilen ücretlerin" yapılan diğer "eğitim giderlerinden" farklı olarak değerlendirildiği; "ücretler" dışında sadece "eğitim giderlerinin", çalışılan süreye göre indirim tabi tutularak ödenmesine karar verildiği görülmektedir. Gerçi, karardan özellikle işçinin eğitim süresince aynı zamanda işyerinde çalışıp çalışmadığı kesin olarak anlaşılamamaktadır. İşçinin eğitim süresince aynı zamanda işyerinde de çalışıyor olması halinde, Yargıtay kararının isabetinden kuşku duyulmamak gerekir. Ancak, mahkemece reddedilen davacı işverenin talebinden işçinin eğitim süresince işyerinde çalışmadığı, buna rağmen kendisine bir iş karşılığı olmaksızın ücretlerinin ödendiği anlaşılmaktadır.

İşte bu noktada Yüksek Mahkeme kararına katılmak biraz zorlaşmaktadır. Zira, "eğitim giderleri" kapsamına eğitim süresince sağlanan ek mali destek, eğitim kurumuna ödenen para, eğitim malzemesi sağlanması amacıyla yapılan masraflar, yol parası gibi giderlerin yanı sıra, eğitim sırasında bir iş karşılığı olmaksızın verilen ücret ve ikramiye gibi ödemelerin de girmesi gerekir<sup>8</sup>. Çünkü, özellikle eğitim süresince bir iş karşılığı olmaksızın ödenen ücret olmasaydı,

eğitimin gerçekleşmesi ve devamı mümkün olmazdı. Bu nedenle, eğitim süresince bir iş karşılığı olmaksızın ödenen ücretin "eğitim gideri" sayılması gerekirken, aksi yöndeki hükmü isabetli bulmuyoruz. Kaldı ki, iş hukuku anlamında "ücret" bir işyerinde işveren lehine üretim süreci içinde ödenen "iş görme borcunun" karşılığıdır. Anayasamıza göre de "ücret, emeğin karşılığı" (md. 55) olup, bir iş karşılığı olmaksızın hangi hallerde "ücret" ödeneceği de (hafta tatili, yıllık izin, vb.) İş Kanunu'nda açıkça belirtilmiştir. Bu haller dışında "ücret" ödemesi bir hak olarak talep edilemeyeceği gibi, bu gibi hallerde işçiye ödenen para da iş hukuku anlamında "ücret" sayılmaz, "bağış" olur. Böyle olunca, ödenen paranın da "ücret" adı altında "işletme masraflarına" dahil edilip "vergi matrahından" indirilip indirilmeyeceği tartışma konusu olur. Olayımızda da bir iş karşılığı olmaksızın eğitim süresince ödenen "ücret" iş hukuku anlamında bir "ücret" olmadığından, niteliği itibarıyla "eğitim gideri" sayılması gerekir. Zira, eğitim süreci boyunca işçi "işveren yararına" değil "kendi yararına" iş görmekte; işverene sadece yeni alacağı formasyon sonrası "asgari bir süre" iş görme borcunu ifa etmeyi taahhüt etmektedir.

Bu nedenle, eğitim süresince bir iş karşılığı olmaksızın yapılan "ücret" ödemelerinin de "eğitim gideri" sayılarak işçi tarafından geriye ödenmesi gerekir. Geriye ödemeyi mümkün kılan prensip, Alman Federal İş Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, "görülen eğitimin ücrete hak kazandıran hizmet ediminin kapsamı içinde düşünülmemeyecek olmasıdır". Bu kararı isabetli bulan SOYER'e göre de, "geri ödeme yükümlülüğü işçiye eğitim süresince bir ücret ödenmiş olmasına rağmen herhangi bir işin görülmemiş olmasına dayanmaktadır"<sup>9</sup>. Bu nedenle, Mahkeme'nin ve Yargıtay'ın eğitim süreci içinde bir iş karşılığı olmaksızın işçiye ödenenleri "eğitim gideri" saymamasını isabetli bulmuyoruz.

Buna karşılık, Mahkeme'ce "eğitim hizmet sözleşmesinde eğitim giderleri ile cezai şartla ilgili bir hüküm bulunmadığı, sözleşmenin eğitime başladıktan sonra imzalandığı" belirtilerek "isteklerin reddine karar verilmiştir". Mahkeme ve Yargıtay kararına göre, belirli süreli "eğitim



hizmet sözleşmesinde” ne eğitim giderlerinin ne de bununla ilgili masrafların ödenmesine ilişkin bir “cezai şart hükmü” bulunmaktadır. Zira, bir hükmün “cezai şart” kabul edilebilmesi için bizzat sözleşmede veya ek bir “yazılı” protokol ile ayrıca hüküm altına alınması gerektiği iyi bilinmektedir<sup>10</sup>. Öyleyse, içinde bir iş karşılığı olmaksızın ödenen işçi ücretlerinin de bulunduğu “eğitim giderlerinin” taraflarca “cezai şart” olarak kararlaştırılmadığı gerekçesine dayanan mahkemece verilen ret kararı isabetli sayılabilir.

Bununla birlikte, belirli süreli “eğitim hizmet sözleşmesine” aykırı olarak “haklı bir sebep” olmadan işyerinden istifa ederek ayrılan işçiden “eğitim giderleri” talep edilemeyecek midir? Edilemeyecek ise, bu durum hukukun “adalet, nısfet ve hakkaniyet” ilkelerine ne derece uygun düşecektir? Kanımızca, “eğitim giderleri” ile ilgili talebin sözleşmede yer almayan bir “cezai şart” hükmüne değil, Borçlar Kanunu’nun “sebepsiz zenginleşme” hükümlerine (md. 61–66) dayanarak talep edilmesi gerekir. Buna göre, “haklı bir sebep olmaksızın başkasının zararına zenginleşen kimse onu geri vermek zorundadır” (BK. md. 61). Gerçekten, olayımızda belirli süreli “eğitim hizmet sözleşmesi” hükmüne uymayarak zamanından önce işyerini terk eden işçi, işveren tarafından yapılan masraflar sonucunda yeni bir vasıf kazanmakta, işgücü piyasasında pazarlık gücü ve istihdam olanakları artmakta, bundan parasal yarar sağlayacak duruma gelmektedir<sup>11</sup>. Nitekim, davalı işçinin “bir yıl” süreli “eğitim hizmet sözleşmesini” tamamlamadan ve “haklı bir sebep” olmadan, üstelik işsizlik sigortasından da yaralanamayacak şekilde istifa etmesi, kendisinin hemen “yeni bir işe başladığı” ihtimalini güçlendirmektedir. Halbuki, işverenin bu yatırımı yapması işçinin işyerinde en az “bir yıl” çalışmaya devam etmesini öngören sözleşme hükmüne dayanmaktadır. Böyle bir durumun söz konusu olduğu hallerde haklı bir sebep olmaksızın iş sözleşmesini fesih eden işçiden herhangi bir “cezai şart” hükmünün bulunmadığı hallerde, “sebepsiz zenginleşme” hükümlerine dayanarak “eğitim giderlerinin” talep edilmesi, hukukun “adalet, nısfet ve hakkaniyet” ilkelerine uygun

düşeceği gibi, taraflar arasındaki “menfaatler dengesine”<sup>12</sup> de uygun düşer. REİSOĞLU’na göre de “gelecekteki bir amaca, bir hukuki sebebe bağlı olarak ödemede bulunulmuş, fakat bu amaç, bu hukuki sebep gerçekleşmemişse, zenginleşme BK md. 61 anlamında gerçekleşmemiş bir sebebe dayanıyor demektir”<sup>13</sup>.

Görüldüğü gibi, eğitim giderlerinin sözleşmelerde “cezai şarta” bağlanmadığı hallerde BK’nın “sebepsiz zenginleşme” hükümlerine dayanarak talep edilmesi mümkündür. Kararda “eğitim giderleri bakımından davacı taleplerinin değerlendirilmesi” yanında; “çalışılan ve çalışılması gereken süreye göre indirim hususunun da düşünülerek hüküm kurulması gerektiği” yolundaki hükmün de yerinde ve isabetli olduğuna kuşku yoktur. Zira, Borçlar Kanunu’na göre, “haklı bir sebep olmaksızın zenginleşen iyi niyetli kimse, iade halinde zenginleşmeye sebep olan şey için yapmış bulunduğu zorunlu veya yararlı giderleri isteme, sebepsiz zenginleşme bir miktar para ise bu giderleri iade borcundan düşme hakkına sahiptir” (BK. md. 64/1). Olayımızda sebepsiz zenginleşen davalı işçi 06/01/2006 tarihinde başladığı “bir yıl” süreli “eğitim hizmet sözleşmesini” 28/04/2006 tarihinde sözleşme hükmüne aykırı olarak “haklı bir sebep olmaksızın” feshettiğine göre, 06.01.2009-28.04.2009 tarihleri arasında vermiş olduğu hizmet süresinin (4/12’sinin) eğitim giderlerinden düşülmesi gerekmektedir. Bu nedenle, “bir iş karşılığı olmaksızın eğitim süreci boyunca ödenen ücretler” ile ilgili kararı dışında, adı konulmamış olsa bile Yüksek mahkemenin “eğitim giderlerinin iadesine” ilişkin kararı yanında, “çalışılan ve çalışılması gereken sürelerle” ilgili “indirim” uygulanmasına ilişkin kararını da sonuç itibarıyla uygun ve isabetli buluyoruz

Ekleyelim ki, davalı işçinin “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesini” tamamlamadan ve “haklı bir sebep” olmadan, üstelik işsizlik sigortasından yaralanamayacak şekilde istifa ederek “yeni bir işe girmesi” söz konusu ise; “1) işçinin bu davranışına yeni işine girdiği işveren sebep olmuşsa, 2) yeni işveren işçinin bu davranışını bile bile onu işe almışsa, 3) yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu

çalıştırmaya devam ediyorsa”, eski işveren hem işçiyi hem de yeni işvereni “birlikte (müteselsil) sorumlu” bile tutulabilecektir (İş K. md. 23). Bunun sonucu davacı eski işveren, işçi ile yeni işverenden sadece birine başvurarak “ihbar tazminatını” ve bunu aşan miktardaki “sebeatsız zenginleşmeden” doğan zararını tazmin ettirebileceği gibi, bunların her ikisine birden başvurarak da zararının giderilmesini isteyebilecektir<sup>14</sup>. Zira, yukarıda da değinildiği gibi, Kanun’un öngördüğü “birlikte sorumluluk” ilkesi sadece “ihbar tazminatı” hakkını değil, hukuki niteliği itibarıyla “gerçekleşen zararın tümünün tazmini” hakkını ifade eder. Yeter ki “maddi” veya “manevi” anlamda gerçekleşmesi şart olan eski işverenin uğradığı “ihbar tazminatını” aşan zararlar, kendisi tarafından “ispat edilmiş” olsun<sup>15</sup>. Ancak davada bu konuda bir talepte bulunulmaması nedeniyle kararda böyle bir hükme yer verilmediği anlaşılmaktadır.

### **C) Belirli Süreli Eğitim Hizmet Sözleşmesinin Çalışılmayan Sürelerine İlişkin Ücretlerin Cezai Şart Olarak Ödenmesi Talebi Bakımından Değerlendirme**

Yargıtay’ın kararında “iş sözleşmesinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen cezai şart kuralı işçi aleyhine olduğundan tek taraflı olarak kararlaştırılan cezai şart taleplerinin reddinin yerinde olduğu” hükme bağlanmıştır. Bu ifadeden, “bir yıl” süreli “eğitim hizmet sözleşmesinde” işçinin “haklı bir sebep” olmaksızın istifa ederek işten ayrıldığı tarihten sonra kalan süreye ait ücretlerin “cezai şart” olarak kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Buna karşılık, bidayet mahkemesi kararındaki “eğitim hizmet sözleşmesinde eğitim giderleri ile cezai şartla ilgili bir hüküm bulunmadığı” yolundaki ifadeden sonra, Yargıtay kararında belirtilen “sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen” herhangi bir “cezai şart kuralından” bahsedilmemektedir. Bu iki hüküm, sözleşmede bir “cezai şart” bulunup bulunmadığı konusunda bizi şüpheye düşürmüştür. Yoksa sözleşmede “eğitim giderleri” ile ilgili bir “cezai şart” yok da “sözleşmenin

kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen bir cezai şart” mı var? Her iki kararda bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, kararda “sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen cezai şart kuralı” bulunup bulunmamasına göre, kararın incelenmesi gerekmektedir. Zira, “sözleşmede kalan süreye ait ücretlerle ilişkilendirilen” taraflarca kararlaştırılmış bir “cezai şart” hükmü bulunması halinde doğan hüküm ve sonuçlar farklı, “cezai şartın” sözleşmede kararlaştırılmadığı halde doğacak hüküm ve sonuçlar farklı olacaktır.

#### **1- Sözleşmede Çalışılmayan Sürelere İlişkin Ücretlerin Cezai Şart Olarak Ödenmesinin Kararlaştırıldığı Hal Bakımından Değerlendirme**

İncelememize konu olan kararda çok açık olmamakla birlikte “eğitim hizmet sözleşmesinde” öngörülen bir yıllık “mecburi hizmet” süresinde işçinin çalışmadığı sürelerle ilgili bir “cezai şartın” kararlaştırıldığı kabul edilecek olursa, Mahkeme’ce ve Yargıtay’ca bu cezai şartın “tek taraflı” olarak kararlaştırılmış olması sebebiyle reddedildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de Yargıtay, bugüne kadarki yerleşik kararlarında işverenin iş sözleşmelerine tek taraflı “işçi aleyhine” koyduğu cezai şart düzenlemelerini kabul etmemiştir<sup>16</sup>. Bunun istisnası, işçinin yetişmesi için yurtiçinde veya yurtdışında işverenin yaptığı eğitim yatırımı gibi “özel hallerde” masrafları karşılığı iş sözleşmesine koyduğu “tek taraflı cezai şart” hükmüdür<sup>17</sup>.

Cezai şart, Borçlar Kanunu’nun 158-161. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Uygulamada ekonomik değeri yüksek edimler içeren sözleşmelerde yaygın olarak rastlanan cezai şartın en önemli işlevi, borçluyu doğru dürüst ifade bulunmaya sevk edici (zorlayıcı) olmasıdır<sup>18</sup>. Borcun ihlal edilmesi üzerine nasıl hesaplanacağı ve ne kadar tutacağı henüz belirsiz olan bir kanuni tazminat yükü altına girmekten pek fazla çekinmeyerek işi gevşek tutabilecek bir borçlu; borcu ihlal ettiği anda, alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaksızın doğacak önceden belli kesin bir cezanın kararlaştırılmış olması karşısında daha dikkatli ve özenli davranmak

zorunluluğu duyabilir<sup>19</sup>. Üstelik, sözleşme cezası borcun ihlali üzerine ödenecek önceden belli (götürü) bir tazminat tutarı olduğu için, cezanın ödenmesi alacaklının zararının derecesine hatta zarar görüp görmemesine de bağlı değildir (BK. md. 159/1). Ancak, cezai şart isteyen alacaklı, ayrıca uğradığı zarardan dolayı kusurlu borçludan tazminat isteyemez. Böyle durumlarda, alacaklı sadece cezai şart tutarını aşan zararının tazminini isteyebilir. Cezai şart tutarını aşan zararının tazminini isteyen alacaklı, bu defa borçlunun “kusurunu” ispat etmekle mükelleftir (BK. 159/2).

Tarafların ceza miktarını serbestçe belirleyebileceklerini belirleyen Borçlar Kanunu, “hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir” demek suretiyle (BK. md. 161/1, 3), bu ceza miktarının hakim kararıyla azaltılabileceğini hükme bağlamıştır. Cezai şart tutarının ne zaman fahiş sayılacağını ve ne miktara indirileceğini hakim tayin edecekse de bu değerlendirmeyi yaparken olayın bütün özelliklerini “adalet, nısfet ve hakkaniyet” ilkelerine uygun olarak değerlendirecektir. Özellikle alacaklının edimini elde etmedeki menfaatini, borca aykırı davranış nedeniyle alacaklının uğradığı zararı<sup>20</sup>, borçlunun davranışının kusur derecesini, alacaklının ortak kusurunu ve tarafların (özellikle borçlunun) ekonomik durumunu dikkate almak zorundadır<sup>21</sup>. Bununla birlikte, hakim bütün bu değerlendirmeleri yaparken cezai şartın borçluyu borcunu ihlalden caydırıcı gücünü gözden uzak tutmamalıdır<sup>22</sup>. Bu anlamda ceza tutarının alacaklının uğradığı zarardan fazla olması, başlı başına indirim sebebi değildir<sup>23</sup>. Hâkim bu yetkisini (görülmede olan bir davada borçlunun talebi olmasa bile) kendiliğinden (res’en) kullanabilir<sup>24</sup>.

Geçerli ve henüz ifa edilmemiş her türlü borç ilişkisinde kararlaştırılabilen cezai şart hükmü<sup>25</sup>, taraflarca yapılan iş sözleşmelerinde de kararlaştırılabilir. Nitekim, uygulamada da iş sözleşmelerinde, sözleşmenin işçi tarafından belirli bir tarihten önce herhangi bir sebeple fesih edilmesi durumunda geriye kalan döneme ilişkin ücretlerin işverene ödeneceği cezai şart olarak sıklıkla kararlaştırılmaktadır<sup>26</sup>. Yargıtay da bu konuda sözleşmelere konan ihbar ve kıdem tazminatları dışındaki “cezai şart” hükümlerine

sıcak bakmaktadır. Örneğin Yüksek Mahkeme, toplu iş sözleşmesiyle getirilen ve sözleşmenin feshinde Disiplin Kurulu kararı arayan “maddeye aykırı olarak” işten çıkartılanlara “kıdem tazminatlarının iki kat fazlasıyla ödeneceğine” ilişkin hükmü, bir “cezai şart” niteliğinde sayarak kabul etmiştir<sup>27</sup>. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen “iş güvencesi tazminatını”, “kötü niyet tazminatını” ve “cezai şartı” nitelikleri itibarıyla “aynı nitelikli cezai şart” sayan Yüksek Mahkeme, “aynı eylem için birden fazla aynı nitelikli cezai şart uygulamasının mümkün olmadığını, davacı işçinin lehine olan toplu iş sözleşmesinin cezai şart hükmünün BK. md. 161/son uyarınca değerlendirilmesi (indirilmesi)” gerektiğine karar vermiştir<sup>28</sup>.

Bununla birlikte, “hakime istisnai olarak tanınmış bulunan cezai şart miktarında indirim yapma hak ve yetkisinin”<sup>29</sup> hakim tarafından “fahiş oranda indirim yapılması” suretiyle kullanılmayacağına hükmeden Yargıtay<sup>30</sup>; sözleşmede işçinin aleyhine daha fazla miktarda cezai şart öngörülmesi halinde, “daha düşük olan işveren aleyhindeki cezai şartın uygulanacağı ve bunun üstündeki kısmın geçersiz sayılacağı” kararlaştırılmıştır<sup>31</sup>. Ancak, sözleşmelerde “işçi lehine” kararlaştırılan cezai şart geçerli sayılmakla birlikte<sup>32</sup>, işveren tarafından “ekonomik kriz veya imkânsızlık nedeniyle süresinden önce feshedilen belirli süreli iş sözleşmesindeki cezai şart talebi” reddedilmiştir<sup>33</sup>. Aynı şekilde, “sözleşmenin işçi tarafından haklı sebeple feshi halinde cezai şartın işverence ödeneceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemesi” durumunda, “sözleşmede geçen cezai şartın hüküm altına alınması imkânı bulunmamaktadır”<sup>34</sup>.

Gerek yasa hükümleri, gerekse Yargıtay kararları çerçevesinde incelenecek olayımızda, işçinin çalışılmayan süreler için ücretlerinin cezai şart olarak sözleşmede kararlaştırıldığı kabul edilecek olursa, inceleme konusu kararda Yargıtay’ın “cezai şartın tek taraflı olarak kararlaştırılmış olması sebebiyle” reddedilmesinin daha önceki kararlarıyla uyumlu olmadığı ve isabetsiz olduğu ortaya çıkmaktadır. Borçlar Kanunu’na göre, cezai şartın esasen herhangi bir zarara uğramaksızın bile kararlaştırılabileceği (md. 159/1) göz önünde tutulacak olursa,

iradeyi sakatlayan sebeplerle imzalanmadıkça (BK. md. 23 dv.), işçi “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesinden” doğan borcunu yerine getirmemesi sebebiyle, çalışılmayan süreler için ücretler tutarındaki cezai şartı ödemek yükümlülüğündedir. Kaldı ki, sadece tek taraflı olarak kararlaştırılmış olması değil aynı zamanda böyle bir cezai şartın dürüstlük kuralı kapsamında işçi bakımından bağlayıcılığı (sadakat borcu) da dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce eğitim giderlerinin tek taraflı işçi aleyhine cezai şart olarak düzenlenmesine olanak tanıyan Yargıtay kararlarının aksine, inceleme konusu kararda eğitim alan işçinin işyerine olan bağlılığını sağlayan cezai şartı tek taraflı olduğu görüşünden hareketle reddetmesi, çelişkili bir durum oluşturmaktadır.

Gerçi, SOYER’in de belirttiği gibi, sözleşmede herhangi bir sebeple sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi durumunda işçinin çalışılmayan sürelerle ilişkin olarak bir cezai şart ödemesinin kararlaştırılması, işçinin işyerini serbestçe seçme hakkını olağandışı bir biçimde sınırlandırıp sınırlandırmadığını gündeme getirecek ve bu durum hakim tarafından değerlendirme konusu yapılabilecektir. Ancak, sözleşmelerde eğitim giderlerine dayalı olarak cezai şartın kararlaştırılması, işçinin işyerine ve işverenine karşı olan sadakatini korumasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla işçinin sadakatıyla bağdaşmayan bir feshin varlığı durumunda sözleşmede kararlaştırılan ödeme yükümlülüğünün geçerliliğine hükmedilmesi gerekir<sup>35</sup>.

ALPAGUT da, “cezai şart” hükmünün işçinin belirli bir tazminat ödeyerek yükümlülükten kurtulmasını sağlayan bir araç değil, esas itibarıyla işçinin işyerine bağlılığını (sadakatini) sağlayan bir “baskı” aracı olduğunu ileri sürmektedir: “... taraflar borçlunun belirli bir tazminat ödeyerek sözleşmeden dönmesini değil, esasen sözleşmeye uymasını hedefler ki, bu bağlamda tazminat genelde sadece zararın giderilmesine yönelik olmayıp aynı zamanda ifayı gerçekleştirmek için bir baskı vasıtası olarak kararlaştırılmaktadır. Tüm bu özellikler sözleşmede kararlaştırılan miktarın dönme cezası değil, kural olarak BK. md. 158/I anlamında alelade cezai şart niteliğinde olduğunun kabulünü gerektirir”<sup>36</sup>.

Sözleşmede açık olmamakla birlikte, bu cezai şart hükmü “eğitim giderleri ile eğitim süresince bir iş karşılığı olmaksızın ödenen ücretleri” de kapsıyorsa hakimin ona göre hüküm tesis etmesi ve “fahiş” bulunduğu cezai şart hükmünü, yukarıda açıkladığımız gibi, “özellikle alacaklının edimini elde etmedeki menfaatini, borca aykırı davranış nedeniyle alacaklının uğradığı zararı<sup>37</sup>, borçlunun davranışının kusur derecesini, alacaklının ortak kusurunu ve tarafların (özellikle borçlunun) ekonomik durumunu dikkate alacak<sup>38</sup>” ölçüler içinde indirim tabii tutması gerekirdi. Buna karşılık, cezai şart hükmü, “eğitim giderleri ile eğitim süresince bir iş karşılığı olmaksızın ödenen ücretleri” kapsam dışında bırakıyor; sadece, “çalışılmayan süreler için ücretleri” içeriyorsa, bu durumda hakim “sebepsiz zenginleşme” hükümlerine göre hükmedilen “davacı menfaatini” göz önünde tutarak indirim kararı verecek demektir. Bununla birlikte, hakim indirimde bulunurken cezai şartın borçluyu borcunu ihlalden caydırıcı gücünü gözden uzak tutmamalıdır<sup>39</sup>. Bu açıdan bakılınca, Yargıtay’ın inceleme konusu kararında yer alan “cezai şartın tek taraflı olarak kararlaştırılmış olması sebebiyle reddedilmesi” hem daha önceki kararlarıyla çelişkili, hem de isabetsiz bulunmaktadır.

## **2- Sözleşmede Çalışılmayan Sürelere İlişkin Ücretlerin Cezai Şart Olarak Ödenmesinin Kararlaştırılmadığı Hal Bakımından Değerlendirme**

Yukarıda da değinildiği gibi, gerek mahkeme kararında gerekse Yargıtay kararında “sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerle ilişkilendirilen cezai şart kuralı” bulunup bulunmadığı “açıklıkla” belirtilmediği için, sözleşmede böyle bir “cezai şart” hükmünün bulunmamasına göre kararın incelenmesi lüzumu tarafımızdan uygun görülmiştir.

Kararda, işçinin aslında işe belirsiz süreli iş sözleşmesiyle başladığı, çalışmaya devam ederken performansını geliştirmesi amacıyla işverenin ayrıca bir “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesi” teklifi ile karşılaştığı, eğitime başladıktan sonra imzaladığı bu sözleşmede eğitim süreci sonunda “bir yıllık” bir “mecburi hizmet”



yükümlülüğü altına girdiği anlaşılmaktadır. Böylece, aslında “belirsiz süreli iş sözleşmesiyle” çalışan işçi, yapmış olduğu bu “eğitim hizmet sözleşmesi” ile eğitimin bitiş tarihinden itibaren İş Kanunu’nun 17. maddesinin kendisine verdiği iş sözleşmesini fesih hakkını “bir yıl” süreyle kullanmayacağını taahhüt etmiştir. Bunun anlamı, belirsiz süreli iş sözleşmesi süreci içinde imzaladığı “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesi” ile davalı işçinin kendisini sözleşmenin niteliğini değiştiren ayrı bir “belirli süreli iş sözleşmesi” ile bağlı saymasıdır. ALPAGUT’un deyişiyle, bu tür sözleşmelerde “asgari süre içerisinde süreli fesih hakkının kullanılmaması,- bu dönemle sınırlı olarak- sona erme rejimi bakımından belirli süreli sözleşme ile benzerlik gösterir”<sup>40</sup>. Öyleyse, davalı işçi tarafından “istifa ederek” feshedilen “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesi”, aslında hukuki hüküm ve sonuçlarına ayrıca katlanacağı “belirli süreli iş sözleşmesidir”.

Bilindiği gibi, belirli süreli iş sözleşmeleri “ömür boyu” veya “on yıldan fazla” süreli de yapılabilir. Bu gibi hallerde işçi, iş sözleşmesini on yılın geçmesinden sonra “bir ay önceden” haber vermek koşuluyla ve herhangi bir tazminat ödemeksizin feshedebilir (BK. md. 343). Aksi halde taraflar, tüm belirli süreli sözleşmelerde olduğu gibi, iş sözleşmesinin süresinin bitimine kadar sözleşmeye riayetle mükelleftirler. Taraflardan birinin, sözleşme süresinin bitiminden önce “haklı bir sebep” olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi, diğer tarafa sözleşme süresinin sonuna kadar doğan zararını talep hakkı verir<sup>41</sup>. Örneğin, işverenin sözleşme süresinin bitiminden önce haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi “iş sahibinin (işverenin) temerrüdünü” oluşturur. Bu halde işçi “fesih tarihi ile sözleşmenin sona erme tarihi arasındaki süreye ilişkin ücreti ve ücret eklerini isteyebileceği” gibi, sözleşmede kararlaştırılan “cezai şartı” da isteyebilir<sup>42</sup>. Ancak işçinin fesih tarihinden sonra “tasarruf ettiği” veya “diğer bir iş ile kazandığı” veya “kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyin” talep edilen tazminat miktarından düşülmesi gerekir (BK. md. 325)<sup>43</sup>. Bunun gibi, hâkim cezai şart miktarında indirim yapmak yetkisine sahiptir (BK. md. 161/son). Fakat bu indirim yapma yetkisi “istisnai” nitelikte olup, “fahiş oranda indirim” yapamaz<sup>44</sup>.

Bunun gibi, işçi de belirli süreli sözleşmeyi “haklı bir sebep” olmadan süresinden önce feshedemez. Aksi halde, işveren sözleşme süresinin sonuna kadar doğan zararını talep edebilir<sup>45</sup>. Hukukumuzda BK. md. 325’de öngörülen “iş sahibinin (işverenin) temerrüdü” hükmünün karşılığı olarak niteleyebileceğimiz sözleşmenin süresinden önce işçi tarafından feshi halinde işverenin uğrayacağı zararın ve tazmin yükümünün kapsamını belirleyen bir özel “işçinin temerrüdü” hükmü bulunmamaktadır. Buna karşılık, İsviçre Borçlar Kanunu’nda (İBK) 1972 yılında yapılan bir değişiklikle özel bir hüküm getirilmiş; işçinin sözleşmeyi haksız feshi halinde “işverene zarar ispatı yüklenmeksizin” maktu bir miktar tazminat öngörülmüştür. Buna göre işçi haklı bir sebep olmaksızın işe başlamaz veya önelsiz olarak işi terk ederse, işveren işçinin bir aylık ücretinin dörtte biri tutarında bir tazminata hak kazanır. Bununla birlikte, işveren bu “maktu” tazminatın yanı sıra varsa diğer fazladan zararlarının tazminini de talep edebilir. Ancak, işveren için hiçbir zarar doğmaz veya daha az bir zarar gerçekleşirse hakimin takdirine göre bu tazminatta indirime gidilir (İBK md. 337). Böyle bir indirimle gidilmesi, işverenin derhal uygun bir işçi bulduğunun veya piyasa koşullarının tekrar işçi bulmak konusunda uygun bulunduğu işçi tarafından ispatı halinde mümkündür<sup>46</sup>.

Türk hukukunda BK. md. 325’de öngörülen “iş sahibinin (işverenin) temerrüdü” hükmünün karşılığı olarak niteleyebileceğimiz sözleşmenin süresinden önce işçi tarafından feshi halinde işverenin uğrayacağı zararın ve tazmin yükümünün kapsamını belirleyen bir “özel hüküm” bulunmadığından<sup>47</sup>, işveren genel hükümler uyarınca uğradığı “maddi” ve “manevi” zararın tazminini işçiden talep edebilir (BK. md. 46, 47 ve özellikle md. 96). Bunun yanında, işçinin sözleşmede belirlenen süreden önce “istifa ettiğini” bildirerek işyerini terketmesi üzerine işverenin “devamsızlık nedeniyle” (İş K. md. 25/II, g) iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmesi halinde de işveren İş K. md. 26/2. madde uyarınca uğradığı zararı tazmin ettirebilir. Her iki halde de aynı nitelikte bir işçi buluncaya kadar işin yapılmaması nedeniyle işverenin uğ-

radığı zarar, yeni bir işçi bulmak amacıyla yapılan masraflar, bulunan aynı nitelikteki işçiye sözleşme süresinin sonuna kadar ödenen ücret farkları tazminatın tespitinde esas alınabilir<sup>48</sup>. Bu gibi hallerde uğranılan zararın ispat yükünün işverende olduğu kuşkusuzdur.

Üstelik, davalı işçinin “asgari süreli eğitim hizmet sözleşmesini” tamamlamadan ve “haklı bir sebep” olmadan, üstelik işsizlik sigortasından yaralanamayacak şekilde istifa ederek “yeni bir işe girmesi” söz konusu ise; “1) işçinin bu davranışına yeni işine girdiği işveren sebep olmuşsa, 2) yeni işveren işçinin bu davranışını bile bile onu işe almışsa, 3) yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ediyorsa”, eski işveren hem işçiyi hem de yeni işvereni “birlikte (mütelsel) sorumlu” bile tutulabilecektir (İş K. md. 23). Bunun sonucu davacı eski işveren, işçi ile yeni işverenden sadece birine başvurarak “ihbar tazminatı” yanında, bunu aşan miktarda doğan zararını tazmin ettirebileceği gibi, bunların her ikisine birden başvurarak da zararının giderilmesini isteyebilecektir<sup>49</sup>. Zira, yukarıda da değinildiği gibi, Kanun’un öngördüğü “birlikte sorumluluk” ilkesi sadece “ihbar tazminatı” hakkını değil, hukuki niteliği itibarıyla “gerçekleşen zararın tümünün tazmini” hakkını ifade eder. Yeter ki “maddi” veya “manevi” anlamda gerçekleşmesi şart olan eski işverenin uğradığı “ihbar tazminatını” aşan zararlar, kendisi tarafından “ispat edilmiş” olsun<sup>50</sup>. Ancak davada bu konuda bir talepte bulunulmaması nedeniyle kararda böyle bir hükme yer verilmediği anlaşılmaktadır.

## DİPNOTLAR

- 1 9. HD, 17.01.1991, 9157/189, YKD, Aralık 1991, s. 1821; 9. HD, 29.04.1993, 13104/7316, T. Maden-İş, s. 24; 9. HD, 28.02.1995, 16836/6017, YKD, Ekim 1995, s. 1556; 9. HD, 09.07.1997, 11179/14307, Çimento İşv.D., Eylül 1997, s. 38,
- 2 9. HD, 06.07.1995, 6649/23470, Çimento İşv. D., Eylül 1995, s. 27; HGK, 15.10.1997, E. 1997/9-568, K. 1997/806, Tekstil İşv. D., Aralık 1997, s. 18; 9. HD, 17.02.2005, 14043/4567-İşveren D. Temmuz 2005 Eki, s. 20.
- 3 Burada bir “karar incelemesinin” sınırları içinde “belirli süreli iş sözleşmesinin” kendiliğinden veya ihbarla sona ermesi ile ilk defa yapılan belirli süreli sözleşmenin “objektif bir nedene” dayanmasa bile geçerli olup olmayacağı yolundaki tartışmalara girmiyoruz: Bkz. F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2009, s. 59-63.
- 4 9. HD, 28.06.2004, 3120/15915 - KILIÇOĞLU, 2005, s. 60. Bu anlamda, “belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmakta iken davalı işveren bünyesinde oluşturulan birimde üst düzey yönetici olarak çalıştırılmak üzere tüm hakları ödendikten sonra yapılan bir yıllık belirli süreli sözleşmenin” esaslı bir nedene dayandığı için belirsiz süreli sözleşmenin devamı olmadığı kabul edilmiştir: 9. HD, 20.11.2003, 19338/19593-KILIÇOĞLU, 2005, s. 117; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s. 61.
- 5 G. ALPAGUT, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, MERCEK, Ocak 2004, s. 75; İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, SİCİL, Aralık 2007, Y: 2, S: 8, s. 13 vd.
- 6 9. HD, 08.20.1992, 3428/10990, T. Maden-İş, s. 39; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s. 355.
- 7 9. HD, 30.07.1969, 4969/8082, N. ÇELİK, s. 213; 9. HD, 18.12.1997, 17290/21811, GÜNAY, İş Kanunu 1, m. 15, s. 956.
- 8 SOYER, Polat, “Cezai Şart”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2000, Sayı: 5, Cilt: 14, s. 3.
- 9 SOYER, Polat, “Cezai Şart”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2000, Sayı: 5, Cilt: 14, s. 31.
- 10 REİSOĞLU, S., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1990, s.208; M. K. OĞUZMAN/M.T ÖZ, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1998, s. 897.
- 11 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2. Bası, s. 547.
- 12 Eğitim giderlerinin “cezai şart” olarak kararlaştırıldığı hallerde aynı değerlendirmenin yapılacağı hk. bkz: SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2. Bası, s. 548.
- 13 REİSOĞLU, S., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1990, s. 214.
- 14 9. HD, 08.20.1992, 3428/10990, T. Maden-İş, s. 39; F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s. 355.
- 15 9. HD, 30.07.1969, 4969/8082, N. ÇELİK, s. 213; 9. HD, 18.12.1997, 17290/21811, GÜNAY, İş Kanunu 1, m. 15, s. 956.
- 16 9. HD, 17.11.1992, 8777/12603, İHU, Nisan-Haziran 1993, s. 306, P. SOYER İncelemesi; 9. HD, 03.06.1997, 7529/10660, YKD, Eylül 1997, s. 1427; 9. HD, 08.04.1997, 1090/7099, Tekstil İşv. D., Ağustos 1997, s. 15; HGK, 17.12.1997, E. 997/9-816, K.997/ 062, Tekstil İşv.D., Mart 1999, s. 15; 9. HD, 28.01.1998, 19363/389, Tekstil İşv. D., Mayıs-Haziran 1998, s. 14; 9. HD, 02.03.1998, 21587/2833, YKD, Ekim 1998, s. 1483. Ayrıca bkz: DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 6. Bası, Ocak 2009, İzmir, s. 247, USTA, Osman; İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminat Ve Uygulamaları, Kasım 1988 Ankara, s. 966; ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, 1998, İstanbul, s. 195-196.
- 17 “Dairemizce sadece işveren yararına yer verilen cezai şartın kural olarak geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Ancak söz konusu düzenleme belli bir nedene bağlı olarak cezai şartın öngörüldüğünü belirtmektedir ki bu tür özel haller söz konusu olduğu zaman cezai şartın tek taraflı olmasının sonuca etkili olmadığı düşünülmektedir.”, 9. HD, 29.03.2000, 507/4100, P. SOYER İncelemesi, Çimento İşv., Eylül 2000. Aynı yönde bkz: 9. HD, 19.09.2001, 10099/ 14144, Çimento İşv. D., Kasım 2001, s. 49; 9. HD, 10.03.2004, 14720/ 4609,

- Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 113.
- 18 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 372; F. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Ankara, 1991, s. 365; M. K. OĞUZMAN/M. T. ÖZ, s. 868.
- 19 M. K. OĞUZMAN/M. T. ÖZ, s. 868.
- 20 HGK, 03.10.1973, K. 751-S. OLGAC, Borçlar Hukuku İle İlgili İçtihatı Birleştirme Kararları ve Hukuk Genel Kurulu Em-sal İçtihatları, İstanbul, 1969, s. 635; S. REİSOĞLU, s. 368.
- 21 HGK, 08.03.1961, K. 10- S.OLGAÇ, s. 639 ve İHFM, C.XXIX, 1963, S. 1/2; S. REİSOĞLU, s. 368; M. K. OĞUZMAN, s. 869 K. TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. B. İstanbul, 197, s. 146.
- 22 Aynı karar.
- 23 M. K. OĞUZMAN, s. 882.
- 24 HGK, 03.10.1973, K. 751-S. OLGAC, s. 635; HGK, 09.10.1986, k. 3211-YKD, 1987, s. 273; S. REİSOĞLU, 367. Aksi görüş, K. TUNÇOMAĞ, s. 151-153.
- 25 M. K. OĞUZMAN, s. 869.
- 26 O. USTA; İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminat Ve Uygulamaları, Kasım 1988 Ankara, s. 966.
- 27 9. HD, 17.01.1991, 9306/207, E. AKYİĞİT İncelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1991, s. 268; 9. HD, 06.11.1991, 11567/13949, Türk Kamu-Sen, Aralık 1991, s. 15; 9. HD, 10.11.1992, 6312/12426, YKD, Temmuz 1993, s. 1014; 9. HD, 25.06.1996, 10085/14277, YKD, Kasım 1996, s. 173; 9. HD, 24.11.1997, 14466/19523, TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, s. 74; Aksi yönde “kamu düzeniyle” ilgili 1475 sayılı İş Kanunu’nun “14. maddesine” aykırı bulunarak reddedilen karar için bkz: 9. HD, 19.06.1996, 1783/14013, İşveren D., Ağustos 1996, s. 17 ve N. ÇELİK, s. 178; 9. HD, 14.10.2002, 3553/19194, TÜHİS, Kasım 2002-Şubat 2003, s. 127.
- 28 9. HD, 20.11.2003, 8682/19629, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s. 151.
- 29 9. HD, 14.02.2005, 14528/4135, LEGAL-İHSGHD 2005/6, s. 705.
- 30 9. HD, 15.04.1997, 609/7438, Tekstil İşv. D., Ekim 1997, s. 15; HGK, 15.10.1997, E. 997/9-486, K. 997/822 – GÜNAY, İş Kanunu, II, s. 1365.
- 31 9. HD, 26.03.1997, 22867/6102, GÜNAY, İş Kanunu, I, md. 13, s. 373, dn. 125
- 32 9. HD, 27.12.1999, 17469/20361, Çimento İşv. D, Mart 2000, s. 38-ÇELİK, s. 168, dn. 38d.
- 33 9. HD, 22.01.2004, 22636/534, Tekstil İşv. Ocak 2005, s. 39.
- 34 9. HD, 27.10.2004, 5632/24444, Çalışma ve Toplum, 2005/1, s. 290.
- 35 SOYER, Polat, “Cezai Şart”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2000, Sayı: 5, Cilt:14, s. 32.
- 36 ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS Yayın No: 24, Ankara, 1998, s. 195-196. Ayrıca bkz: SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2. Bası, s. 547.
- 37 HGK, 03.10.1973, K. 751-S. OLGAC, Borçlar Hukuku İle İlgili İçtihatı Birleştirme Kararları ve Hukuk Genel Kurulu Em-sal İçtihatları, İstanbul, 1969, s. 635; S. REİSOĞLU, s. 368.
- 38 HGK, 08.03.1961, K. 10- S.OLGAÇ, s. 639; S. REİSOĞLU, s. 368; K. TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. B. İstanbul, 197, s. 146.
- 39 Aynı karar.
- 40 G. ALPAGUT, İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, SİCİL, Aralık 2007, Y: 2, S: 8, s. 16.
- 41 “Belirli süreli sözleşmenin işçi tarafından haklı sebeple feshi, kalan süreye ait tazminat talep hakkı verir”: 9. HD,04.07.1996, 2439/15373-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 164.
- 42 Bununla birlikte, “sözleşmenin işçi tarafından haklı sebeple feshinde, cezai şartın işverence ödeneceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemesi” durumunda, “sözleşmede geçen cezai şartın hüküm altına alınması imkânı bulunmamaktadır”: 9. HD, 27.10.2004, 5632/24444, Çalışma ve Toplum, 2005/1, s. 290.
- 43 9. HD, 19.02.1976, 33599/6498, İHD, 1977, İş K.9 (No:2), Ö. EYRENCİ İncelemesi; 9. HD, 08.03.1988, 548/2728, Tekstil İşv. D., Ağustos 1988, s. 19; 9. HD, 12.12.1988, 9596/11849, Tekstil İşv. D., Haziran 1989, s. 18; 9.HD, 06.03.1989, 12055/2088, YKD, Ağustos 1989, s. 1121; 9. HD, 25.11.1993, 8962/17312, YKD, Haziran 1994, s. 910-911; 9. HD, 04.11.2003, 4264/18705, Çalışma ve Toplum 1, 2004/1, s. 162; 9. HD, 07.07.2004, 3600/17316- KILIÇOĞLU, 2005, s. 67; 9. HD, 08.02.2005, 9243/3625, Çalışma ve Toplum 5, 2005/2, s. 229; 9. HD, 27.09.2005, 7279/31416, Ş. ÇİL, İş Kanunu Şerhi, 2. B. Ankara, 2007, s. 603; 9. HD, 10.07.2007, 17466/23044, İşveren, Şubat 2008, Yargı K. s. 51.
- 44 9. HD, 15.04.1997, 604/7438, Tekstil İşv. D. Ekim 1997, s. 15; HGK, 15.10.1997, E. 1997/9-486, K. 1997/882-GÜNAY, İş Hukuku II, s. 1365. “Cezai şart” ile ilgili diğer kararlar için bkz: F. DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s. 295 vd. ile dipnotları.
- 45 “Belirli süreli sözleşmenin işçi tarafından haklı sebeple feshi, kalan süreye ait tazminat talep hakkı verir”: 9. HD, 04.07.1996, 2439/15373-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s. 164.
- 46 G. ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS Yayın No: 24, Ankara, 1998, s.190.
- 47 Bu konuda özel bir hükmün hazırlanan Borçlar Kanunu Tasarısına konularak; işçinin işe başlamaması veya işi haksız olarak bırakması durumunda, işverenin İBK md. 337 hükmüne uygun olarak işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit miktarda bir tazminat talep edebileceği, bunun yanında ek zararların da giderilmesini isteyebileceği, işverenin zarara uğramadığı veya zararın işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az olduğu hallerde ise hakime tazminatı indirim yetkisinin tanınması öngörülmüştür (md. 438).
- 48 Krş. G. ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS Yayın No: 24, Ankara, 1998, s. 190; İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, SİCİL, Aralık 2007, Y:2, S: 8, s. 18.
- 49 9. HD, 08.20.1992, 3428/10990, T. Maden-İş, s. 39; F.DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, s. 355.
- 50 9. HD, 30.07.1969, 4969/8082, N. ÇELİK, s. 213; 9.HD, 18.12.1997, 17290/21811, GÜNAY, İş Kanunu 1, m. 15, s. 956; G. ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS Yayın No: 24, Ankara, 1998, s. 191.

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebinin Çakışması

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/37485  
**Karar No** : 2008/12509  
**Tarihi** : 26.05.2008

#### DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi B.Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

#### KARAR

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş sözleşmesinin performansının yetersiz olması nedeni ile davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin performans düşüklüğü nedeni ile ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek feshedildiği, ancak davacının dava açmadan 5.10.2005 tarihinde emeklilik dilekçesi verdiği ve emekli olma iradesini öne çıkardığı, işe iadesinin mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi gerekir. İşverenin iş sözleşmesini feshettiğini bildirmesi, bozucu yenilik doğurucu bir irade beyanı olup karşı tarafa varması ile sonuçlarını doğurur. Ancak dairemizin kararlılık kaza-



nan uygulamasına göre “bildirim önellerine ilişkin ücret peşin ödenmeksizin işverence gerçekleştirilen fesihlerde, işçi emeklilik aylığı bağlanması için bağlı bulunduğu kuruma başvurması halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Zira bu durumda önel süresine ilişkin peşin ödeme yapılmadığı sürece iş sözleşmesinin önel sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir.

Diğer taraftan, emeklilik işlemi tek taraflı bir irade beyanıdır. İş sözleşmesi feshedilen işçinin yaşlılık aylığına hak kazanmış ise, bu hakkı elde etmek için kurumuna başvurması tabiidir. İşe iade istemini ortadan kaldıran bir beyan olmadığı gibi, yasada bu yönde bir açık düzenleme de yoktur. İşçinin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna yaşlılık aylığı almak için başvurusu, ücretsiz kalan işçinin sosyal güvenliğini sağlamaya ilişkin bir hukuki işlem olarak kabulü gerekir. Emeklilik olgusu davacı işçi ile bağlı bulunduğu kurumu ilgilendiren bir Sosyal Güvenlik Hukuku işlemidir. Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin hukuki bir sonucun bireysel iş ilişkilerini doğrudan etkilemesinin kabulü uygun değildir. Birbirinden bağımsız hukuk dallarından olan Sosyal Güvenlik Hukukuna ait olgunun yasada açık hüküm olmadıkça diğer bir hukuk dalı olan iş hukukunu, kısaca bireysel iş hukukunu etkilemesi mümkün değildir.

Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek davalı işveren tarafından feshedilmiş ve fesih sonuçlarını doğurmuştur. Davacı bildirim öneline ilişkin ücreti ödendikten ve işveren fesih sonuçlarını doğurduktan sonra, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna başvurarak emekli olmuştur. Davacının Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin bu işlemi işe iade isteğini ortadan kaldırmaz. Mahkemenin aksi yöndeki gerekçesi yerinde olmadığı gibi, Dairemizin uygulamasına da aykırıdır.

Diğer taraftan, 4857 İş Kanunu'nun 19'uncu maddesine göre: “Hakkındaki id-

dialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır”. Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. İşverene savunma alma yükümlülüğünü, sadece iş sözleşmesini feshinden önce yüklemektedir. İşçiye ihtar verilirken ise bu şekilde bir yükümlülük yüklemektedir. Dolayısıyla, işçiye davranışı nedeniyle ihtar verilirken, savunmasının alınmaması ihtarını geçersiz kılmaz. İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı nedeniyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildiriyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.

Dosya içeriğine göre davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesi uyarınca davranışlarından, verimsizliğinden kaynaklanan nedenlerle feshettiği, ancak davacı işçinin savunmasını almadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hâlidir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

## SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2. Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE**,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yapmış olduğu 156.40 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarihye göre 500-YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine,

Kesin olarak 26.5.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## T.C. YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/24490

**Karar No** : 2008/20203

**Tarihi** : 14.07.2008

## DAVA

Davacı, ücret alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarıncaya temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için

Tetkik Hakimi S.Bıçaklı tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

## KARAR

1. Dosyadaki toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. İhbar tazminatı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur. İş sözleşmesi, taraflara sürekli borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasına ilişkin sona erdirmesi mümkündür.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, hak sahibine, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanıyla iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırılabilmeye yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır (Saymen, F. Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.551).

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 sözleşmesiyle çalışması arasında, bildirim öneli tanınması gerekliliği yönünden bir fark bulunmamaktadır. Ancak deneme süreli iş sözleşmesinde karşı tarafa bildirim öneli tanınmasına gerek yoktur.

Fesih bildirim, 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 bildirim geçerli değildir.

Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam et-

meme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir, işçinin 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.HD18.4.2006 gün 2006 /4823 E, 2006/10605 K.).

Fesih bildirimini yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanununun 109.maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.

Fesih bildirimini öneli olsun veya olmasın karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğuracağından bundan dönülemez (Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955. s.194). Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli süresi 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 gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması sebebiyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçek-

leştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvenliği hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanununun 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.

Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir.

Bildirim önellerinin arttırılabileceği yasa da belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hâkimin belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 21.3.2006 gün 2006/109 E. 2006/7052 K.). Üst sınırın en çok ihbar ve kötü niyet tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmektedir.

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanunun 24 ve 25. madde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve Kanunun 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.

İhbar tazminatının miktarı “bildirim süresine ait ücret” olarak Kanunda belirtilmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadan doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla B.K. 125.maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

İhbar tazminatının hesabında Kanununun 32.maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak

işçiye sağlanmış para ve para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Somut olayda sözleşmenin tazminat gerektirmeyecek şekilde son bulunduğunu kanıtlanamaması nedeniyle davalı işverene ait olup, yargılama sırasında bu yükümlülük yerine getirilmemiştir. Bu durumda ihbar tazminatı isteğinin kabulü gerekirken, yazılı şekilde reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.7.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1. İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebinin Genel Bir Değerlendirmesi

4857 sayılı yeni İş Kanunumuzun (22.05.2003 t, RG. 10.06.2003, 25134) iki temel özelliği esneklik ve işe iade konularını ayrıca düzenlemiş oluşudur. Kanununun 18-22. maddelerinde düzenlenmiş olan geçerli nedenle fesih (işe iade) kurumu, gerek hükümlerin yetersizliği gerekse maddeler ve fıkralar arasındaki çelişkiler nedeniyle yasanın yürürlüğü ile birlikte çok renkli, yoğun tartışma ve gelişmelere neden olmuştur. Tartışılan konulardan biri de, işe iade davası ile yaşlılık aylığı talebinin birlikte gerçekleşmesi halinde (Bu birliktelik aynı anda olabileceği gibi, bunlardan birinin daha önce veya sonra olması halinde de söz konusu olabilmektedir.) doğacak hukuki sorunlara ilişkindir.

Bu karar incelememizde, değişik fesih türlerini ve yaşlılık aylığı talep tarihlerini esas alarak, konuyu aydınlatmaya çalışacağız. Ele alacağımız iki karar, Yargıtay 9. HD.'nin 26.05.2008 tarihli, E.2007/37485, K.2008/12509 sayılı kararı ile 14.07.2008 tarihli, E.2007/24490, K.2008/20203 sayılı kararlarıdır. Bu amaçla Yargıtay'ın konuya ilişkin önceki tarihli kararları, bu kararlara ilişkin karar incelemeleri ve doktrinde konuya değinen değişik görüşler de ele alınacaktır. Fesih türlerine ve bununla ilgili eski kararlara değindikten sonra, uygulamadaki iki temel görüşü dile getiren birbirinden farklı son iki kararı ele alacağız. Bunlardan ilki (26.05.2008 tarihli karar), işverenin iş sözleşmesini 17. maddeye göre feshinden sonra, işçinin yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini yine 17. maddeye göre feshi halinde, sözleşmeyi işçi tarafından feshedilmiş sayan ve işe iade davası açılmayacağını kabul eden karardır. Diğer kararda ise (14.07.2008 tarihli karar) daha sonra verilmiş olmasına rağmen farklı bir sonuç kabul edilmiştir. Bu son yorum, işçinin yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini



## Sürelî fesih ve haklı nedenle fesih hem işçi, hem işveren tarafından kullanılabilir.

feshetmesinin, işverenin feshini ortadan kaldırmayacağını, aksi görüşün 4857 sayılı Kanun'un iş güvencesine ilişkin düzenlemesi ile bağdaşmayacağını, bunun sosyal güvenliğe ilişkin bir hakkın kullanılması olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

4857 sayılı yeni İş Kanunumuzla getirilen işçiyi işverenin feshine karşı koruyan ve ona işe iade olanağı sağlayan sistemin temeli (m. 18-21) iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması, feshin işveren tarafından yapılması ve feshin geçerli bir nedene dayandırılmasıdır. Konumuz açısından burada bizi ilgilendiren iki koşuldan biri feshin işveren tarafından gerçekleştirilmesi, diğeri de işçinin yaşlılık aylığı başvurusu, bunun için de iş sözleşmesini feshidir. Bu iki koşul değişik biçimlerde bir araya gelebilir ve farklı sonuç ve yorumlara neden olabilir.

### 1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi

Genel olarak iş sözleşmesinin sona ermesi iki ana başlık altında ele alınır:

İş sözleşmesinin fesih dışında sona ermesi ve fesih beyanı ile sona ermesi.<sup>1</sup> Fesih dışında sona erme halleri, tarafların anlaşması (ikale), ölüm ve belirli sürenin bitimidir. Fesih beyanı ile sona erme ise süreli fesih, geçerli nedenle fesih ve haklı nedenle fesih olmak üzere üç ayrılmaktadır. Süreli fesih ve haklı nedenle fesih hem işçi, hem işveren tarafından kullanılabilir. Geçerli nedenle fesih ise sadece işveren tarafından gerçekleştirilebilmektedir. İşe iade davasını düzenleyen İş Kanunu'nun 18-21. maddelerinde sadece işverenin feshinden söz edilmektedir.<sup>2</sup> Bu durumda iş sözleşmesinin fesih dışında sona ermesi ile işçi tarafından sona erdirilmesi (İş K. m.17, İş K. m.24) inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Ancak yaşlılık aylığı almak isteyen işçinin sözleşmeyi sona erdirmesi için 17. maddeyi kullanmak zorunda olması, konuyu bu açıdan ele almayı gerekli kılmaktadır. Doktrinde işe iade açısından

iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin şart olduğu açıkça vurgulanmaktadır.<sup>3</sup> Bu durumda iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi, işe iade davasına konu olmaz. İşçinin yaptığı feshin 17. maddeye veya 24. maddeye dayanmasının bir önemi yoktur.<sup>4</sup> Burada farklı bir durum, işçinin talebi ile iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi halidir. Uygulamada işçi, kıdem tazminatı ve işsizlik ödeneğinden yararlanabilmek için, işverene taahhütte bulunarak feshi itiraz etmeyeceğini beyan etmektedir. Ancak işçinin bu feragati geçerli olamayacağından, işçi feragata rağmen iade davası açabilecek ve geçerli nedenle tartışmaya konu olabilecektir.<sup>5</sup> Yargıtay ise burada farklı bir sonuca ulaşmıştır. Yargıtay'a göre, ihbar ve kıdem tazminatları ve sosyal haklarının ödenmesi koşulu ile işten ayrılacağını dilekçe ile bildiren işçinin bu isteği üzerine sözleşme feshedilirse, işçi işe iade talebinde bulunamaz.<sup>6</sup> Burada çıkacak kıdem tazminatı sorunu ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun, geçici 6. maddesinin yaptığı atıf sonucu, kıdem tazminatı fonu kuruluncaya kadar yürürlükte kalacak olan, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine göre çözülecektir.

İşçi ile işveren arasındaki sulh anlaşması, işverenin iş sözleşmesini feshinden sonra gerçekleşmişse durum farklıdır. Sonradan yapılan bu sulh anlaşması işverenin fesih işlemine geçerlik kazandırmaz ve işçinin açtığı iade davasını engellemez.<sup>7</sup>

İşverenin değişik fesih durumlarında verilmiş Yargıtay kararlarını ve doktrindeki görüşleri ele aldıktan sonra, ulaşılan sonuçları inceleme konumuz kararlar açısından değerlendirmeye çalışacağız.

### 2. İşveren Feshi-Önel Süresi İçinde İşçinin Aylık Başvurusu

Burada iş sözleşmesi işveren tarafından feshedildikten sonra işçi önel süresi içinde yaşlılık aylığı almak için başvurmakta, bu başvuruya bağlı olarak da iş sözleşmesini feshetmektedir. Bu şıkta uygulamada değişik uyuşmazlıklar ortaya çıkmış, Yargıtay ve doktrin değişik görüşler ileri sürmüştür.

a) Yargıtay 9. HD. 21.06.2004 t., 15842/15334 sayılı karar.<sup>8</sup> Karar Yargıtay'ın bu konuda-

**İhbar tazminatı, 17. madde koşullarına uymadan, karşı tarafa önel tanımadan yapılan feshin doğurduğu bir haktır.**

**Bu hak hem işçi, hem de işveren tarafından kullanılabilir.**

**İş sözleşmesi önel sonunda değil, derhal sona erer, önele ilişkin ücret ise ücret olarak değil, tazminat olarak talep edilir.**

ki eski görüşünü yansıtmaktadır. Bu görüşe göre, “ihbar tazminatı ödemediği işverence gerçekleştirilen fesihlerde, işçinin emeklilik aylığı bağlanması için bağlı bulunduğu kuruma başvurması halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği sonucuna varılmaktadır. Zira bu durumda ihbar tazminatı ödenmediği sürece iş sözleşmesinin bildirim sonuna kadar devam ettiği kabul edilmektedir.... Böyle olunca davacı işçi feshin geçersizliği ve işe iade isteyemez”. Kararı inceleyen *Uçum*, Yargıtayın ihbar tazminatı ödenmediği hallerde, iş sözleşmesinin İş K. 17. maddesinde öngörülen 2-8 haftalık önel sonunda sona ereceği görüşünü kabul etmemekte, bunu yasa hükmüne açıkça aykırı bulmakta, bildirim süresine uyulmaması halinde sözleşmenin bildirim süresi sonunda değil, hemen sona ereceğini ileri sürmekte, ancak işverenin tazminat ödeme yükümlülüğü altına gireceğini ileri sürmektedir.<sup>9</sup> *Uçum*’un işçiyi iş güvencesinden mahrum bırakmamak için yaptığı bu yorum, İş Kanunu’nun 17. maddesinin lafzı ile uyumlu değildir. Bu maddeye göre;

‘Belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.’

İş sözleşmeleri işçilerin kıdemlerine göre 2, 4, 6, 8 hafta sonra feshedilmiş sayılır. Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. Yine aynı maddenin 6. fıkrasında işverenin bildirim şartına uymamasının veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi

feshetmesinin işçinin işe iade davası açmasını engellemeyeceği de vurgulanmaktadır. Burada temel sorun, bu sırada yaşlılık aylığı için başvuruda bulunan işçinin, ayrıca sözleşmeyi 17. maddeye göre feshine gerek olup olmadığıdır. İşçiyi bu yükümlülükten kurtarabilirsek, aylık talebi ile birlikte işçi feshine de gerek kalmayacak, aradaki çelişki de giderilmiş olacaktır.

b) Yargıtay 9. HD. 8.5.2006 t. 5958/12950 sayılı karar.<sup>10</sup> Sözleşme ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek işveren tarafından feshedilmiş, aynı gün işçi de yaşlılık aylığı bağlanması için talepte bulunmuştur. Yargıtay burada işçi lehine yorum yaparak, sözleşmenin işçi tarafından emeklilik nedeniyle sona erdirildiğini kabul etmiştir. Bu karara konu olayda, işe iade davası açılmamış olduğundan bu açıdan tartışmaya girilmemiş, sadece askerlik borçlanması, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı konuları ele alınmıştır.

İşverenin bildirimli feshinden sonra, iş sözleşmesi önel sonunda sona ereceğinden, önel süresi içinde sözleşmeyi, yaşlılık aylığı almak amacıyla bu kez de işçi feshederse, işe iade davası açılmış olsa da, sözleşme aylık almak amacıyla sona erdirilmiş olduğundan, işe iade davası ile ihya edilecek bir iş sözleşmesi kalmadığından işe iade davası konusuz kalacaktır.<sup>11</sup>

### 3. İşveren Feshi-Usulsüz Fesih-İhbar Tazminatı

İşveren iş sözleşmesini İş Kanunu’nun 17. maddesine göre feshetmiş, ancak bildirim öneli tanımamış veya bildirim süresine ilişkin ücreti peşin ödemişse ortada usulsüz bir fesih vardır. Usulsüz feshin yaptırımını ise “bildirim süresine ilişkin ücret” tutarında tazminat ödemektir. Bu tazminata “ihbar tazminatı” denmektedir. Bu durum Kanunun 17/III. maddesinde “...bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır.” denerek, açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca koşulları varsa maddi tazminat, manevi tazminat ve kıdem tazminatı da istenebilir.<sup>12</sup>

Usulsüz fesih hallerinde, ihbar öneline uyulmadığından, iş sözleşmesi, önelin sonunda değil, fesih beyanının yapıldığı anda sona erer. Önele uymama nedeniyle ödenen para ücret

## Doktrin peşin ödemeye rağmen sözleşmenin önel sonunda sona ereceğini, Yargıtay ise sözleşmenin peşin ödeme tarihinde derhal sona ereceğini kabul etmektedir.

değil, tazminattır. Yargıtay burada iş sözleşmesinin devam ettiği görüşünden hareketle, usulsüz fesih hallerinde de, yaşlılık aylığı talebinde bulunan işçinin sözleşmeyi kendisinin feshetmiş olduğu varsayımından hareketle, işe iade davası açılmayacağı sonucuna varmaktadır.<sup>13</sup>

Yargıtay burada, ihbar süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi yoluyla yapılan fesihle, ihbar öneline uyulmadan yapılan fesih (usulsüz) fesih kavramlarını birbirine karıştırmaktadır.<sup>14</sup>

Bu iki kavramın nitelikleri de, hukuki sonuçları da farklıdır. İhbar tazminatı, 17. madde koşullarına uymadan, karşı tarafa önel tanımadan yapılan feshin doğurduğu bir haktır.<sup>15</sup> Bu hak hem işçi, hem de işveren tarafından kullanılabilir. İş sözleşmesi önel sonunda değil, derhal sona erer, önele ilişkin ücret ise ücret olarak değil, tazminat olarak (ihbar tazminatı) talep edilir. İşçinin işverenin usulsüz feshinden sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunması, işçi feshi olarak yorumlanamaz, ortada işveren tarafından yapılmış usulsüz de olsa bir fesih söz konusudur. İş sözleşmesi sona ermiştir, ancak önele uyulmadığından işçinin ihbar tazminatı hakkı doğmuştur. Sözleşme sona ermiş olduğundan, işçi yaşlılık aylığı talebinde bulunabilir. Aylık talebi için önemli olan iş sözleşmesini işçinin feshetmiş olması değil, iş sözleşmesinin sona ermiş olmasıdır.<sup>16</sup>

Bildirim süresini beklemeden peşin ödeme ile fesihte ise, işveren önel süresince işçiyi çalıştırmamakta, ücreti peşin vererek iş sözleşmesini sona erdirmektedir. Buradaki ödeme tazminat değil, ücret niteliğindedir. Burada iş sözleşmesinin sona ermesi konusu Yargıtay ve doktrin arasında tartışmalıdır. Doktrin sözleşmenin peşin ödemeye rağmen önel sonunda, Yargıtay ise peşin ödeme anında sona erdiği görüşündedir.<sup>17</sup> Bu farklı yorum, önel süresi içindeki yaşlılık aylığı başvurusunun hukuki sonuçlarını da etkile-

yecektir. Bu konu ise ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

## 4. İşverenin İş Sözleşmesini Peşin Ödeme ile Feshi

Burada işveren iş sözleşmesini, önele ilişkin ücreti peşin ödeyerek feshetmektedir. Bu yetkiyi yasa sadece işverene tanımaktadır. İşçinin peşin ödeme ile fesih yetkisi yoktur. İş Kanunu madde 17/V'de "...işveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir." denmektedir. Yukarıda da değindiğimiz gibi burada doktrin ve Yargıtay farklı görüştedir. Doktrin peşin ödemeye rağmen sözleşmenin önel sonunda sona ereceğini, Yargıtay ise sözleşmenin peşin ödeme tarihinde derhal sona ereceğini kabul etmektedir. Bu durumda Yargıtay'a göre sözleşme, peşin ödeme ile sona ermiş olduğundan, işçinin yaşlılık aylığı başvurusu işçi feshi sayılmayacak ve işe iade davasını etkilemeyecektir.<sup>18</sup>

Doktrin ise, peşin ödemede de iş sözleşmesinin önel vererek fesihte olduğu gibi önel süresinin sonunda sona ereceğini iddia etmektedir. "...işverene peşin ödeme yoluyla iş akdine son verebilme yetkisi, işçinin bildirim süreleri içinde doğacak haklarından yoksun bırakılması amacıyla değil....işçinin bu dönem içinde moral bozukluğu sonucunda işe bağlılığının ve veriminin azalabileceği düşüncesiyle getirilmiştir. Süreli feshin hukuki sonucu iş akdinin bildirim süresinin bitiminde sona ermesidir. Bu hukuki durum, Yargıtay'ın görüşünün aksine, bildirim süresine ilişkin ücretin peşin ödenmesi halinde de değişmez. İşverene bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle tanınan fesih yetkisi, iş akdinin süreli feshine ve bildirim süresine ilişkin hükümleri ortadan kaldıracak, işçiyi bu süre içinde gerçekleşecek haklarından yoksun bırakacak bir biçimde yorumlanamaz.<sup>19</sup> Süreli feshin karakteristik yönü, bildirim süresi denilen belirli bir müddetin geçmesi ile feshin hüküm doğurmasıdır. İş K. md. 17, işte bu nitelikte bir fesih türünü düzenlemektedir ve peşin ödeme suretiyle fesih de bu maddede yer almaktadır. Kanunun işverene peşin ücret ödemeye fesih hakkı tanıyan hükmünün ruhu kadar anlatımı da süreli feshin bu karakteristik

yönünü dışlayarak iş sözleşmesinin, peşin ödemeyle derhal sona ereceği anlamını çıkarmaya elverişli değildir; peşin ödemeyle fesih, fesih beyanının hüküm doğurduğu, yani iş sözleşmesinin sona erdiği zamanı değiştirmemektedir.<sup>20</sup>

Doktrindeki, peşin ödeme halinde de iş sözleşmesinin önel sonunda sona ereceği görüşü, işçiye önel süresi içindeki haklarını talep yetkisi vermekle birlikte, önel içinde yaşlılık aylığı talep etmesi halinde, feshin işçi feshine dönüşüp dönüşmediği konusunda bazı sorunlar çıkarmaktadır. İşverenin peşin ödeme ile feshi, önel vererek fesihte olduğu gibi, iş sözleşmesini önel sonunda sona erdirecekse, önel içinde yaşlılık aylığı talep eden ve bu amaçla iş sözleşmesine son veren işçinin feshi, işveren feshinden önce gerçekleşmiş, bunun sonucu olarak da, işverence yapılmış bir fesih olmadığından, iade davası yolu tıkanmış olmayacak mıdır?

Doktrin değişik yorumlarla bu yolu açmaya çalışmaktadır. Bir görüşe göre, "...iş akdi işveren tarafından ister önellere uymak suretiyle ister peşin ödeme yoluyla hatta usulsüz feshedilsin işçinin bildirim süresi içinde yaşlılık aylığı almak üzere SGK'ya başvurması feshin işveren tarafından yapıldığı gerçeğini değiştirmez. Çünkü her şeyden önce, bu durumda işçinin ne iş akdini fesih iradesinin ne de işverene yöneltilmiş feshine ilişkin bir irade beyanının varlığından söz edilebilir. Tam aksine işçi işe iade davası açmakla işyerinde çalışmaya devam iradesini ortaya koymuştur".<sup>21</sup> Ayrıca yaşlılık aylığı talep hakkı, işçinin anayasal ve 5510 sayılı Yasa'da düzenlenmiş yasal bir hakkıdır. Yaşlılık aylığı talebinde bulunmak çalışmaktan vazgeçme anlamına da gelmez. Aylık bağlanan işçi ister çalışmaktan vazgeçer, isterse çalışmasına, aynı işyerinde veya başka bir işyerinde sosyal güvenlik destek primi ödeyerek devam eder.<sup>22</sup> Ancak yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma konusunda 5754 sayılı Kanun'da farklı düzenlemeler getirilmiştir.<sup>23</sup> Bağımsız çalışanlar dışında, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanların sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağı kaldırılmıştır. Ancak yeni Yasaya göre ilk emekliler, ancak 7200 gün (20 yıl) veya 9000 gün (25 yıl) prim

ödedikten sonra ortaya çıkacağından, bu uygulamanın başlangıç tarihi 2028 (2008+20) yılı olacaktır.

Doktrinde başka bir görüş de, emeklilik hakkının bir sosyal güvenlik hakkı olduğu, yaşlılık aylığı bağlanması için başvurmanın, çalışmaktan yani iş güvencesinden yararlanma hakkından vazgeçme anlamına gelemeyeceği, emeklilik nedeniyle fesihte, feshin işverene yöneltilmesi gerekirken, işverenin feshinden sonraki yaşlılık aylığı başvurusunun, işverene yönelik bir fesih beyanı olarak alınamayacağı biçiminde dile getirilmiştir.<sup>24</sup>

## 5. İşverenin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi

İş sözleşmesinin işverence feshinin bir yolu da İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiş olan "işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı"dır. Sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler ve işçinin gözüne alınması veya tutuklanması, başlıkları altında düzenlenmiş bu durumlarda, işveren iş sözleşmesini önel vermeden, ihbar tazminatı ödemediği derhal fesih hakkına sahiptir.<sup>25</sup>

Yargıtay'ın 6.2.2006 tarihli kararına konu olan olayda<sup>26</sup> işveren iş sözleşmesini, işçinin diğer işçilere sataşması, şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi, iş arkadaşları ile işyerinin disiplin ve ahengini bozacak şekilde davranışlarda bulunması, amirlerine ve kendisi ile beraber çalışanlara zorluk göstermesi nedenleriyle, İş Kanunu'nun 25/b ve d bentlerine dayanarak haklı nedenle feshetmiş, işçi ise feshin geçersiz olduğunu ileri sürerek işe iade davası açmıştır.

İş Mahkemesi davayı reddetmiştir. Mahkeme, işverenin fesih nedeni olarak ileri sürdüğü iddiaları ispat edememesine rağmen, işçinin işverenin feshinden sonra yaşlılık aylığı başvurusunda bulunmasının, işe iade davası açmadaki yararını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay, şu şekilde karar vermiştir:

"Davacının iş sözleşmesi davalı işverence ihbar öneli verilmeden ya da ihbar tazminatı ödenmeden feshedilmiştir. Başka bir



anlatımla iş sözleşmesi bildirimli fesih yoluyla değil, haklı nedene dayanılarak derhal fesih hakkı çerçevesinde sonlandırılmıştır. İşverenin İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshettikten sonra işçinin emeklilik talebinde bulunması feshin işçi tarafından yapıldığı sonucunu doğurmaz. Zira, işverenin derhal fesih hakkına ilişkin bildirim işçiye ulaşmakla hüküm ve sonuçlarını doğurmuştur. Bu nedenle, davacının fesih sonrası emeklilik talebinde bulunduğu gerekçesi ile işe iade isteğinin reddine karar verilmiş olması doğru değildir.”

Doktrin de bu görüşü paylaşmakta, haklı nedenle fesih halinin işe iade davasını etkilemeyeceği gibi, bu arada yaşlılık aylığı başvurusunun da işe iade davasını ve işverenin haklı feshini, etkilemeyeceğini kabul etmektedir.<sup>27</sup>

## II. İşe İade Davası ile Yaşlılık Aylığı Talebi Konusundaki Genel Değerlendirmeler Işığında Yargı Kararlarındaki Son Gelişmeler

Burada, yukarıdaki temel bilgilerin ışığında Yargıtay 9. HD.'nin birbiri ile çelişen iki kararını değerlendirmeye çalışacağız. Bunlardan 26.5.2008 tarihli Yargıtay 9. HD.'nin kararı, yaşlılık aylığı başvurusunun, işveren feshini işçi feshine dönüştüreceği, bu nedenle artık işe iade davası açılmayacağı görüşü, diğeri ise bu karardan 49 gün sonra verilmiş olan ve bu karardan farklı sonuçlara varan doktrindeki değerlendirmelere de uyan 14.7.2008 tarihli karardır.

### 1. Yargıtay 9. HD.'nin 26.5.2008, E.2007/37485, K.2008/12509 Sayılı Kararının İncelenmesi

Dava konusu olay: İşveren iş sözleşmesini, işçinin davranışlarına bağlı nedenlerle (performans düşüklüğü) feshetmiş, kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiştir. İşçi buna karşı geçerli neden olmadan iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadenin sağlanması için dava açmıştır.

İş mahkemesi, davacı işçinin, davadan önce emeklilik dilekçesi vermiş olduğunu, bu nedenle emeklilik iradesinin ön plana çıktığını, bu durumda işe iadeye karar vermenin mümkün olmadığını ileri sürerek iade davasını reddetmiştir.

Yargıtay 9. HD. ise, iş mahkemesinin kararını bozarken iki ayrı konuya değinmiştir:

İş sözleşmesinin bildirim önelerine ilişkin ücretin peşin ödenerek sona erdirilmesi ve iş sözleşmesinin peşin ödeme olmaksızın önel vererek sona erdirilmesi:

a) İş sözleşmesi peşin ödeme olmaksızın önel verilerek sona erdirilmişse (m. 17), iş sözleşmesi önel sonunda sona erer.<sup>28</sup> Ancak işçi önel içinde yaşlılık aylığı talebinde bulunur ve bu amaçla iş sözleşmesini feshederse, işveren feshi işçi feshine dönüşür, bu durumda da işe iade hükümleri uygulanmaz. Zira işe iade davası açılabilmesi için iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi gerekir (m. 18).

b) İş sözleşmesi önelere ilişkin ücret peşin ödenerek sona erdirilmişse, iş sözleşmesi bozucu yenilik doğuran bu fesih iradesi ile sona ermiştir. Emeklilik işlemi de tek yanlı bir irade beyanıdır. İş sözleşmesi işveren tarafından peşin ödeme ile feshedilen işçi, yaşlılık aylığına hak kazanmışsa Kuruma başvurarak aylık talebinde bulunabilir. Bu talep, işverenin feshini, işçi feshine dönüştürmediği gibi, açılmış veya açılacak işe iade davalarını da etkilemez. İşçi yaşlılık aylığına hak kazanmış ise, ilgili sosyal güvenlik kurumuna başvuracaktır. Bu başvuru işe iade talebini ortadan kaldıran bir beyan olmadığı gibi Yasada da bu yönde bir açıklık yoktur. İş sözleşmesi feshedilen işçi, yaşlılık aylığına hak kazanmış ise ilgili sosyal güvenlik kurumuna başvurması en doğal hakkıdır. Bu, işçi ile bağlı bulunduğu kurumu arasındaki, sosyal güvenlik hukukundan doğan bir ilişkidir, iş hukuku ile bir bağlantısı yoktur. Birbirinden bağımsız iki hukuk dalının (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku) yasada açık bir hüküm olmadıkça birbirini etkilemesi mümkün değildir.

Dosya içeriğine göre, iş sözleşmesi ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek davalı işveren tarafından sona erdirilmiş ve fesih sonuçlarını doğurmuştur. Bu sırada işçinin, bağlı bulunduğu

sosyal güvenlik kurumuna başvurarak emekli olması, işe iade talebini ve işe iade davasını etkilemez. Mahkemenin aksi yöndeki kararı bozulmalıdır.

Yargıtay 9. HD. kararda ayrıca feshin işçinin yetersizliğine veya davranış bozukluğuna dayandırılması halinde (m.18/I), fesih bildirimının yazılı olması ve fesih sebebinin açıkça bildirilmesi (m.19/I) yanında, işçinin savunmasının alınmasını da zorunlu görmektedir. İşçinin savunması fesihten önce alınmalıdır. Fesih bildirimi ile birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar.

Görüldüğü gibi Yargıtay peşin ödeme halinde iş sözleşmesinin derhal sona erdiğini, bu nedenle sona ermeden sonra aylık talebinin bu feshi ve işe iade davasını etkilemeyeceğini açıkça ifade etmektedir. Ancak peşin ödeme yoksa, önel süresi içinde yaşlılık aylığı başvurusu, işveren feshini işçi feshine dönüştürecek ve 18 vd. maddelerine göre işe iade davasına engel olacaktır.

Bu görüş doktrin tarafından eleştirilmiş,<sup>29</sup> bazı yazarlar açıkça önelli fesihle, peşin ödemeli fesih arasında farklılık gözetilemeyeceğini, iş sözleşmesi işveren tarafından, ister önellere uyarak, isterse peşin ödeme ile hatta usulsüz olarak feshedilsin, işçinin önel süresi içinde yaşlılık aylığı başvurusunda bulunmasının, feshin işveren tarafından yapıldığı gerçeğini değiştirmeyeceğini, yani işveren feshinin işçi feshine dönüşmeyeceğini ileri sürmüştür.<sup>30</sup>

Ancak iş sözleşmesi işverence feshedilmeden önce (önel vererek veya peşin ödeme ile) işçi yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini feshetmişse, daha sonraki işveren feshine dayanarak işe iade davası açamaz.<sup>31</sup> Fesih bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan işverene ulaşmakla iş sözleşmesi sona ermiştir.

## 2. Yargıtay 9. HD.'nin 14.7.2008, E.2007/24490, K.2008/20203 Sayılı Kararının İncelenmesi

Yargıtay bu kararı ile sürdürmekte olduğu ve son olarak da yukarıda ele aldığımız 26.5.2008 tarihli kararda dile getirdiği görüşünü terk etmiş, önelli fesihlerde de, yaşlılık aylığı almak

amacıyla işçinin, işverenin feshinden sonra, ilgili kuruma başvurmasını ve iş sözleşmesini sona erdirmesini, işveren feshi yerine geçen bir işçi feshi olarak kabul edilemeyeceğini dile getirmiştir.

Kararda bu konu dışında deneme süresi, şartlı fesih, askerlik borçlanması, önelin üst sınırı ve zamanaşımı konularına da değinilmiştir. Biz kararın sadece yaşlılık aylığı talebi ve işe iadeye etkisi ile ilgili kısmını ele alacağız.

Yargıtay'ın bu kararına göre, 'fesih bildiri mi önelli olsun veya olmasın karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğuracağından bundan dönülemez. Dairemizce daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar önelli içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi..... Dairemizin derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iade ile ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematiğine 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'.<sup>32</sup>

## 3. Kararların Karşılaştırılması, Değerlendirilmesi ve Sonuç

### A) Önel Vererek Peşin Ödemeli Fesih

Yargıtay'ın yaşlılık aylığı başvurusunun feshi ve işe iade davasına etkisi konusunda ele aldığımız kararlarındaki gelişimi değerlendirirsek, başlangıçta Yargıtay'ın işveren feshinden sonra gelen işçi fesihlerinin işveren feshini orta-

**Peşin ödeme halinde iş sözleşmesi o anda sona ermiş olduğundan, işe iade davası da açılabilir. Yaşlılık aylığı talebi nedeniyle yapılan işçi feshi de işveren feshinin yerini alıp, işe iade davasına engel olmaz.**

dan kaldırdığı görüşünde olduğunu görüyoruz. Yargıtay işverenin önel vererek, peşin ödeme ile veya usulsüz feshinden sonra, işçi sözleşmeyi yaşlılık aylığı almak amacıyla feshederse, bu feshin, işveren feshini işçi feshine dönüştürdüğünü ve artık işe iade davası açılmayacağını, zira iade davasının ancak işverenin feshine karşı açılabileceğini kabul ediyordu.

Daha sonra Yargıtay önelli fesihle, peşin ödemeli feshi birbirinden ayırdı. İşverenin önelli feshinde, sözleşmenin önelin sonunda sona ereceği gerekçesiyle, önelden önceki fesihlerin işveren feshini, işçi feshine dönüştüreceğini kabul etti. Yukarıdaki açıklamalarımızda yer verdiğimiz görüş değiştirdiğini ileri sürdüğü konularda da yine önele ilişkin ücretin ödenmiş olup olmadığına göre bir sonuca vardığını görüyoruz. Eğer işçi bildirim öneline ilişkin ücretini aldıktan sonra, yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini sona erdirmişse, bu fesih işveren feshini etkilemez ve işveren feshini işçi feshine dönüştürmez. Bu durumda sözleşmeyi işveren feshetmiş ve bu fesih sonuçlarını doğurmuştur. Bunlardan biri de işçinin açtığı veya açacağı işe iade davasıdır. Yaşlılık aylığı talebiyle birlikte veya bu talepten önce veya sonra açılan işe iade davası, yaşlılık aylığı başvurusundan etkilenmez. İşçi hem aylığını alabilir hem de işe iade davasını sürdürebilir. Davada feshin geçersizliğine karar verilirse işine dönüp çalışmasını sürdürebilir. Yeter ki 5510 sayılı Kanun'un 30. ve geçici 14. maddesinde düzenlenen Sosyal Güvenlik Destek Primi koşullarını ve ödemelerini yerine getirsin. Yargıtay görüş değiştirdiğini ileri sürdüğü 14.7.2008 tarihli kararında da "... işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsiste bulunmasının<sup>33</sup> işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir.....

işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır" demektedir. Bu sonuç, böyle bir feshin işe iade davasını da etkilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

### **B) Yaşlılık Aylığı Talebi-İşe İade Davası**

Yaşlılık aylığı sosyal güvenlik hukukunun, yaşlılığa karşı getirdiği bir güvencedir. Belli yaşı dolduran ve belli koşulları gerçekleştirenlere bağlanması öngörülen bir sürekli para yardımıdır. Bu koşullardan biri de işten ayrılma ve aylık talebinde bulunmadır. Bu koşul, eski 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 60/H maddesinde<sup>34</sup> '...yaşlılık aylıklarından yararlanabilmek için, sigortalının çalıştığı işten ayrılması ve yazılı istekte bulunması şarttır.' biçiminde yer almıştır.

5510 sayılı yeni Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda<sup>35</sup> ise işten ayrılma koşulu 28/VIII. maddede yer almıştır; '...yaşlılık aylığından yararlanabilmek için 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalının (işçiler) çalıştığı işten ayrıldıktan... sonra yazılı istekte bulunması şarttır.'<sup>36</sup>

İşe iade davası ise iş hukukunda işçilerin işverenin feshine karşı korunmaları ve gerektiğinde işe iadelerinin sağlanması amacını güder. 4857 sayılı yeni İş Kanunu'muzun<sup>37</sup> 18, 19, 20, 21. maddelerinde düzenlenmiştir.<sup>38</sup>

Yaşlılık aylığı talebi ve işe iade talebi birbirlerinden farklı amaçlar taşır. Birinde amaç yaşlılık aylığı alarak yaşamını sürdürmek, diğeri ise feshe engel olarak çalışmayı sürdürmektir. Bu hakkın kullanılmasını sağlayacak kurumlar da farklıdır. Yaşlılık aylığı ilgili Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan, işe iade ise İş Mahkemesi'nden istenecektir. Aylık talebi çalışmaya engel değildir. Her ne kadar yasa aylık bağlanması için işten ayrılma koşulunu arıyor ise de, bu iş sözleşmesinin feshi anlamında değil, iş ilişkisini sona erdirmeye anlamındadır. Eski 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu 63. maddesinde "yaşlılık aylığı alanların yeniden çalışmalarını" açıkça düzenlemiş ve Sosyal Güvenlik Destek Primi

ödemek koşuluyla aylık olarak çalışmaya izin vermiştir. 5510 sayılı Kanun ise bunu 30. maddesinde düzenlemiştir. Maddenin III/a fıkrasında yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, yurtiçinde veya yurtdışında çalışmaya başlayanların aylıklarının kesilmesini öngörmüştür. Ancak bu yasa, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra (1.10.2008) çalışmaya başlayacak olanlar içindir. 1.10.2008 tarihinden önce sigortalı olanlar eski Kanun döneminde olduğu gibi (506 sayılı Kanun) Sosyal Güvenlik Destek Primi ödeyerek çalışabileceklerdir. 5510 sayılı Kanun bunu 30/III. maddesinde "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olan kişilerden yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra... bu Kanuna göre veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları, çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başında kesilir" diyerek ifade etmiştir. Kanunun geçici 14. maddesi de "sosyal güvenlik destek primine ilişkin geçiş hükümleri" başlığı altında, bunlara "yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasına devam" edileceğini belirtmektedir.

### C) Yaşlılık Aylığı-Çalışma-Fesih

Yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için aranan temel koşul iş sözleşmesinin feshi değil, işten ayrılımdır. Hem çalışıp hem de aylık alma, ancak eski sigortalılar için,<sup>39</sup> sosyal güvenlik destek primi ödeyerek mümkündür. Sigortalı çalışma ancak 1.10.2008 tarihinden sonra çalışmaya başlayanlar için yasaklanmıştır. Bunun sonucu aylığın kesilmesidir. Bunların iade davası açıp feshi iptal ettirmeleri ve çalışmaya başlamaları, yaşlılık aylıklarının kesilmesine yol açacaktır. Bu yeni sigortalılar aylık almaya devam etmek istiyorlarsa, işe iade davası açamayacaklardır.

Çalışma ile aylık bağlanması arasındaki bir diğer bağlantı, yaşlılık aylığının, koşulların tamamlanmasını izleyen aybaşından itibaren başlamasıdır. Bu koşullardan biri de işten ayrılma olduğundan yaşlılık aylığı almak isteyen sigortalı işten ayrılacak, işverenin iş sözleşmesini feshi halinde de, işe iade davası açmayıp işi bırakacaktır. Bu nedenle yeni sigortalılar açısından işverenin feshine karşı iade davası açmak, yaşlılık aylığından vazgeçme anlamına gelecektir.

Burada aylık talebi işveren feshinin işçi feshine dönüşmesi nedeniyle değil, yaşlılık aylığı koşullarından, işten ayrılma koşulunu ortadan kaldıracığı için işe iade davasına engel olacaktır. Ancak bunun uygulamaya geçebilmesi için yeni sigortalıların 9.000 (25 yıl) veya 7200 gün (20 yıl) prim koşulunu doldurmaları gerektiğinden en erken 2008+20=2028 veya 2008+25=2033 yılında mümkün olacaktır.

### D) Önel Vererek Fesih-Peşin Ödemeli Fesih-İşe İade

Yargıtay, önel ücreti peşin ödenmişse, sözleşmesinin derhal sona ereceğini, işçinin bildirim süresi içinde doğacak haklarını (prim, ikramiye, toplu sözleşme zammı) isteyemeyeceğini kabul etmektedir.<sup>40</sup> Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde kabul görmemiş, geniş çapta eleştirilere neden olmuştur. Önel vererek fesihte olduğu gibi peşin ödemeli fesihte de, işçinin önel içinde doğacak tüm hakları ödenmeli ve önel süresi işçinin kıdemine eklenmelidir.<sup>41</sup>

Yargıtay'ın işe iade davası ile fesih ve yaşlılık aylığı talebi arasındaki bağlantıyı yorumlarken, bu görüşün etkisinde kaldığı görülmektedir. Peşin ödemeli fesihte iş sözleşmesi işverenin fesih ve peşin ödemesi anında sona erdiğinden işçinin daha sonra aylık talebi ve işe iade davası açması arasında bir engel yoktur. İş sözleşmesi sona ermiş olduğundan işçi işe iade davası da açabilir, aylık da talep edebilir. Burada iş sözleşmesi sona ermiş olduğundan işçi feshi, işveren feshinin yerine geçip onu ortadan kaldırmaz.

Yargıtay'ın bu yeni görüşü kendi içinde tutarlıdır. Peşin ödeme halinde iş sözleşmesi o anda sona ermiş olduğundan, işe iade davası da açılabilir. Yaşlılık aylığı talebi nedeniyle yapılan işçi feshi de işveren feshinin yerini alıp, işe iade davasına engel olmaz.

Doktrinde peşin ödeme halinde de sözleşmesinin önel sonunda sona ereceği kabul edildiğinden, işverenin feshi, önel süresi sonunda iş sözleşmesini sona erdirecektir. Önel süresi içinde işçinin aylık almak amacıyla iş sözleşmesini feshi durumunda iş sözleşmesi devam etmektedir. Hangi gerekçeyle işçi feshi işlevsiz kalacaktır? Burada işverenin feshinden sonra



gerçekleştirilen işçi feshi, yaşlılık aylığı açısından bir formaliteden ibarettir. Hatta Sosyal Güvenlik Kurumu'na ortada bir işveren feshi bulunduğu, işverenden alınacak bir belgeyle kanıtlanırsa, Kurumun, işçi feshini aramaması gerekir. Burada önemli olan, iş sözleşmesinin feshi değil, iş ilişkisinin sona erdirilmesi, yani işçinin çalışmamasıdır. Bu koşul da sözleşme ister peşin ödeme ile ister önel vererek feshedilmiş olsun, önel süresinin sonunda gerçekleşecektir. Zaten yaşlılık aylığı da tüm koşulların, bu arada işten ayrılma koşulunun, gerçekleşmesini izleyen ay-başında başlatılacaktır. Bu nedenle işçinin Kuruma karşı işten ayrıldığını veya iş sözleşmesini feshettiğini değil, iş ilişkisinin sona erdiğini, yani önel sonunda işten ayrılmanın gerçekleşeceğini bildirmesi yeterli olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 22 Bası, İstanbul 2009, s.185 vd.; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2009, 448 vd.; Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 580 vd.
- 2 ".....işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren..".
- 3 Çelik bu konuda, '....iş güvencesi hükümlerinin iş sözleşmesinin işverence feshinde uygulanacağı kuşkusuzdur.'(s.235), Süzek, 'iş güvencesi, işçiyi işveren tarafından yapılan fesihlere karşı güvence altına almayı amaçlar. İşveren tarafından feshedilmesi dışında bir nedenle iş akdi sona ermişse, iş güvencesi kuralları uygulanamaz(s.502), Sarıbay, "....İş Kanunu m.18/1 'işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren..' diyerek açıkça iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir (Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, s.39) demektedir. Uçum, s.57 ve Çankaya/Günay/Göktaş, s.167 aynı görüşü dile getirmiştir.
- 4 Bkz. Çelik, s. 299 vd; Süzek, s. 685 vd; Mollamahmutoğlu, s. 791 vd.
- 5 Çelik, s. 235 ve dn. 253'te anılan yazarlar.
- 6 Yarg. 9. HD. 27.12.2004, 32081- 29589, Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet, İlhan/Göktaş, Seracettin; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s.168. Bu görüş doktrinde de taraftar bulmuştur. Bkz. Çelik, s. 235, dn. 254; Süzek, s. 503.
- 7 Yargıtay 9. HD. 17.4.2006, 6103/9953, TÜBA/İİÇB, 1621, 27.11.2006.
- 8 Legal, Yargı Kararları ve İnceleme Dergisi, 1/2006, s. 55-56. ve kararla ilgili Mehmet Uçum'un incelemesi, s. 57-65
- 9 Uçum, s. 61-62.
- 10 TÜBA/İİÇB, 1607, 21.7.2006.

- 11 YHGK, 23.11.2005, 9-631/643, Uçum, s. 59, dn. 7.
- 12 Ayrıntı için bkz. Süzek, s. 469 vd.; Çelik, s. 202 vd.; Mollamahmutoğlu, s. 675 vd.
- 13 Yargıtay 9. HD. 1.3.2004, 2003/13738, 2004/3888, Legal İSGHD 2004/3, S.1031; Yargıtay 9. HD. 12.9.2005, 24894/29256, Çalışma ve Toplum 7, 2005/4, s.181; Yargıtay 9. HD. 4.7.2005, 19873/25866, Legal İSGHD, 2006/9, s. 274.
- 14 Uçum, s. 61.
- 15 Uçum, s. 62.
- 16 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, 12. Bası, s. 476.
- 17 Süzek, s. 467; Çelik, s. 199 vd.; Mollamahmutoğlu, s. 684: Mollamahmutoğlu'na göre '... peşin ödemeyle fesih, fesih beyanının hüküm doğurduğu, yani iş sözleşmesinin sona erdiği zamanı değiştirmemektedir; sözleşme yine, bildirim süresinin geçmesiyle sona ermektedir; burada işverene, sözleşmeyi değil, iş ilişkisini fiilen derhal sona erdirme imkanı tanınmış olmaktadır; iş ilişkisinin fiilen sona ermesine rağmen iş sözleşmesi, bildirim süresinin bitimine kadar devam etmektedir; şu halde, peşin ödemeyle fesih, süreli feshin özel bir uygulama şeklidir.' (s. 686-687).
- 18 Yargıtay 9. HD ve HGK ise peşin ödeme halinde iş sözleşmesinin derhal sona erdiği görüşündedir: YHGK, 8.5.1991, 9-148/245;YHGK 24.6.1983, 9-256/747; Yarg. 9. HD. 21.6.1984, 5630/6804 (Mollamahmutoğlu, s. 685, dn. 435); Yarg. 9. HD. 6.11.1995, 13352/33432, Tekstil İşv. D, Şubat 1996; Yarg. 9. HD. 11.4.2000, 2616/5001, TÜHİS, Kasım 2000- Şubat 2001, s. 77-79; Yarg. 9. HD. 25.1.2001, 16671/1258, YKD, Ağustos 2001, 1187-1188; Yarg. 9. HD. 20.4.2005, 25001/13861, Çalışma ve Toplum, 2005, s. 241; Yarg. 9. HD. 1.4.2003, 21541/5474, İşveren, Haziran 2003, s. 20-21.
- 19 Yarg. 9. HD. 13.2.2006, 37555/3454, YKD. Temmuz 2006, 1084-1086; Yarg. 9. HD. 10.7.2006, 16037/20331, Çalışma ve Toplum, 11, s. 163-165. Kararlara konu olaylarda işveren iş sözleşmelerini peşin ödeme ile sona erdirmiş, işçi yaşlılık aylığı talebine bulunmuş, ancak Yargıtay bu şıkta, işçi feshini işveren feshinin yerine geçen bir fesih saymamış, işe iade davasının da açılabilceğini kabul etmiştir.
- 20 Süzek, s. 468.
- 21 Mollamahmutoğlu, s. 686.
- 22 Süzek, s. 504.
- 23 Süzek, s. 504; Uçum, s. 65.
- 24 17.4.2008 t., 5754 sayılı bu Kanunla (RG. 8.5.2008, 26870), 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda, değişik boyutlarda tam 262 değişiklik yapılmıştır. Bu arada 30/III. maddede yapılan değişikliklerle 'Köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan tarımsal faaliyette bulunanlar dışındakilerin yaşlılık aylıklarının, çalışmaya başladıkları tarihi izleyen ödeme döneminden itibaren kesilmesi öngörülmüştür. Çalışmanın 5510 sayılı Kanun kapsamında olmasının veya yabancı ülke mevzuatı kapsamında sürdürülmesinin bir önemi yoktur. Bu hüküm kapsamına 'Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olanlar' girecektir. Kanun'un (5510 sayılı Kanun) yürürlük tarihinden

- önce (1.10.2008) yaşlılık aylığı bağlananlara bu hüküm uygulanmayacaktır. Yine Kanun'un 30/IV. maddesinde 4. maddenin (b) bendine göre çalışanların almakta oldukları aylıkların %15'i oranında sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmalarını kabul edilmiştir.
- Kanun yürürlük tarihinden önce sigortalı olanlarla ilgili sosyal güvenlik destek primi uygulaması 5510 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.
- 24 Mollamahmutoğlu, 758; Ercan Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008, 3. Bası, c. 1, s. 877; Mustafa Alp, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s. 176.
- 25 Çelik, s. 262 vd.; Süzek, s. 632 vd.; Mollamahmutoğlu, s. 586 vd., 618 vd.
- 26 Yarg. 9. HD. 6.2.2006 tarihli, 2005/39001, 2006/2268 sayılı kararı, TÜBA, İİÇB, 1605, 7 Ağustos 2006.
- 27 Uçum, s. 65; Süzek, s. 504; Mollamahmutoğlu, s. 758.
- 28 Çelik, s. 193 vd., s. 206 vd.; Süzek, s. 456 vd.; Mollamahmutoğlu, s. 656 vd., 675 vd.; Mustafa Kılıçoğlu, İlke Kararları İşçinde İş Hukukunda Temel Kavramlar, s. 209 vd.; İşçinin süreli feshi açısından bir değerlendirme için bkz. Okur, Ali Rıza, İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi, Sicil, Aralık 2008, sy.12 s. 106-111.
- 29 Fevzi Şahlanan, Tekstil İşveren, Ekim 2005, sy.310; Tekstil İşveren sy. 351, Haziran 2009, Hukuk 36, 14.7.2008, 2007/24490, 2008/20203, sayılı karar incelenmesi; Mollamahmutoğlu, s. 758; Akyiğit, 877; Süzek, s. 504; Kılıçoğlu, s. 212. Kılıçoğlu açıkça görüş belirtmemiş, bu konudaki 9. HD.'nin 26.6.2008, 2007/24004, 2008/17671 kararını vermekle yetinmiştir; Uçum, önel vererek fesihte, iş sözleşmesi önel sonunda sona ereceğinden, bu süre içinde işçinin emeklilik başvurusunun, önel sonunda sona erecek bir sözleşmeyi emeklilik nedeniyle daha önce feshetmiş sayılacağını ileri sürmektedir. Uçum'a göre ".....yapılan fesih işlemi bildirimli olup da, işçi bildirim süresi içinde emeklilik başvurusu yapar ise böyle bir durumda bildirim süresi sonuna kadar devam eden bir iş sözleşmesini (İş K. m. 17/II son cümle) işçinin emeklilik nedeniyle feshettiği sonucuna varmak zorunludur. Nitekim Yargıtay HGK'dan geçen yakın tarihli bir kararda da yüksek mahkeme aynı sonuca varmıştır. (YHGK, E.2005/9-631, K.2005/643, 23.11.2005). Bu nedenle bu tip durumlarda işe iade davası açılmış olsa bile iş sözleşmesi devam ederken, işçinin emeklilik başvurusu işten ayrılma koşuluna bağlı olduğundan (506, m. 63/B,5510, m. 30/8)..... işe iade kararı ile ihya edilecek bir iş sözleşmesi olmayacağından işe iade davası konusuz kalır" demekte, buna karşılık "peşin ödeme ile veya haklı nedenle yapılan fesihlerde fesih bildirimini hukuki sonucu hemen doğurduğundan yani iş sözleşmesi de sona erdiğinden işe iade davası açma süresi de bu tür durumlarda sözleşmenin fesih yoluyla sona erdiği tarihte başlar" sonucuna ulaşmaktadır.
- 30 Süzek, s. 504; Alp, s. 176; Şahlanan, 14.7.2008 tarihli karar incelemesi.
- 31 Yarg. 9. HD. 1.10.2007t, 14067/28540 sayılı kararı.
- 32 Yarg. 9. HD.'nin görüş değişikliğini değişik kararlarda, benzer klişelerle aynen tekrarladığını görüyoruz. Bkz. 23.6.2008t, 2007/39446, 2008/17066, Mollamahmutoğlu, s. 759, dn. 693; 26.6.2008, 2007/24004, 2008/17671, Kılıçoğlu, s. 212.
- 33 'tahsis talebinde bulunmasının' denmeliydi.
- 34 RG. 29.30.31.7-1.8.1964, 11766-11779.
- 35 RG. 16.6.2006, 26200.
- 36 Ayrıntı için bakınız. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 476 vd.
- 37 RG., 10.6.2003, 25134.
- 38 Ayrıntı için bkz. Çelik, s. 212 vd.; Süzek, s. 486 vd.; Mollamahmutoğlu, s. 703 vd.; Kılıçoğlu, s. 240vd.; Sarıbay, s.39
- 39 1.10.2008 tarihinden önce sigortalı olarak çalışmaya başlamış olanlar.
- 40 Süzek, s. 467 ve dn. 53'deki karar ve kaynaklar; Mollamahmutoğlu, s. 684 vd.; Çelik, s. 199 vd.
- 41 Süzek, s. 467.

Prof. Dr. Ercan AKYIĞIT

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/33290

**Karar No** : 2009/2942

**Tarihi** : 19.02.2009

### DAVA

Davacı, kıdem tazminatı ile izin ücreti alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarıncaya temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş. Kırmaz tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**1-** Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

**2-** Taraflar arasında temel uyumsuzluk davalılar arasındaki asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Alt işveren, bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve görevlendirdiği işçileri sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren olarak tanımlanabilir. Alt işverenin iş aldığı işveren ise, asıl işveren olarak adlandırılabilir. Bu tanımdan yola çıkıldığında asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları, iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekir. Alt işverene yardımcı iş ya da asıl işin bir bölümü, ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin

varlığı halinde verilebilecektir. 4857 sayılı İşK. 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini(n) sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren(e) verilmesinde “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmiştir. 4857 sy. İşK.’nun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır. İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir. Muvazaa Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrasında sözü edilen hususların adi kanuni karine olduğu ve aksinin kanıtlanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. 5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin

bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu içtihatlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 24.10.2008 gün 2008/33977 E, 2008/ 28424 K.). Somut olayda davacı elektrik enerjisi üretimi yapılan Seyit Ömer Termik Santrali’nde elektrik üretiminde kullanılan ve kömür ile çalışan tribünlerin (değirmenlerin) bakım işinde çalışmıştır. Davalı işyerinde değirmen, transport, periyodik yağlama, kinci, elek, izolasyon, sıhhi tesisat bakımı ve onarımı işi ihale sözleşmeleri neticesinde uzun yıllardır alt işveren şirketler eliyle yürütülmüş, davacı da bu şirketlerin işçisi olarak ihale ile iş alan şirketler değişmesine rağmen ara vermeden termik santralde çalışmasını sürdürmüştür. Davacının, davalı işletmenin ihtiyaç duyduğu eleman istihdamının en ucuz şekilde temini amacıyla muvazaalı olarak asıl işleri taşeron şirketlere verdiği iddiası, mahkemece gerekçe gösterilmeksizin reddedilmiştir. 4857 sy. İşK.’nun 2.maddesinin 6. fıkrası gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öge, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren” işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin



bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacaktır. Bu sebeple mahkemece üniversite öğretim üyelerinden seçilecek 3 kişilik bilirkişi heyeti marifetiyle mahallinde keşif yapılarak alınacak raporla alt işverene verilen işin bu madde kapsamında verilip verilemeyeceği tespit edilmeli, muvazaa iddiası her türlü şüpheden uzak bir şekilde dosyada mevcut tüm delillerle birlikte alt işveren uygulamasına yönelik sözleşme ve teknik şartnameler de

göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilerek açıklığa kavuşturulmalıdır. Yazılı şekilde eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalıdır.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.02.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## 1. GİRİŞ:

Türk iş hukukunun önemli kurumlarından biri olan alt işverenlik ilişkisinin yasal düzenlemelere göre, özel kesimde yaşanması ile kamu işyerlerinde yaşanması ilke olarak farklıdır. Çünkü; bu konudaki yasa hükümlerinin devlet-özel ayırımı olmaksızın getirilmesi gerekir. Nitekim konuyla ilgili yasa hükümleri (İŞK. 2/6-7) ilke olarak böyledir ama İŞK. 2 hükmüne 01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Kanunla eklenen 8. ve 9. fıkra hükümleri alt işverenliğin muvazaa yüzünden geçersizliğine bağlanan hukuki sonuçların kamu kesimi için ayrı, özel kesim için farklı mı olacağı konusunda zihinleri bulandıran içeriğe sahiptir. İşte incelemeye çalıştığımız bu kararda Yargıtay, bu konuya değinmekte ve 5538 sy Yasayla yapılan değişikliğin alt işverenlik ve muvazaanın sonuçları bakımından kamu/özel kesim işyerleri arasında farklılığa yol açmayacağını dile getirmektedir.

## II. OLAY VE PROBLEM:

Yukarıda metni verilen Yargıtay kararından ve dava dosyasına ulaşabildiğimiz için dosyadan anlaşıldığına göre:

### 1. Olay:

Davacı işçi, işveren Elektrik Üretim A.Ş. (E. Ü. A. Ş.) Genel Müdürlüğüne izafeten Seyitömer Termik Santrali İşletme Müdürlüğü aleyhine bir dava açarak bu davada özetle;

\* Bir süreden (Haziran 1998'den) beri mu-

vazaalı alt işveren olarak nitelediği bir firmanın işçisi olarak davalı işyerinde (Seyitömer Termik Santralinde) çalışmaya başladığı ve bu durumun arada taşeronlar değişmesine rağmen aynı işyerinde hiç ara vermeden 05.01.2005 gününe dek devam ettiğini,

\* En son taşeron olarak gösterilen firmanın hiçbir haklı nedeni yokken davacı işçinin ücretini düşürüp geç ödemeye başladığını, hatta kendisine viziteye çıkma hakkı bile tanımadığını ve bu yüzden de kendisinin 05.01.2005'te iş sözleşmesini haklı olarak feshetmek zorunda kaldığını ve feshettiğini,

\* Davalı Kurum'un alt işverenlik için aranan yasal koşullar bulunmadığı halde, sırf ucuz ve yasal güvencelerden yoksun işçi istihdamını sağlayabilmek için ilgili kişilerle yasaya aykırı ve muvazaalı alt işverenlik ilişkileri kurduğunu ve böylece işçilerin sendikal örgütlenmesinin önüne geçilmek istendiğini,

\* Davalı işyerinde çalıştığı yaklaşık 7 yıllık hizmet süresi boyunca kendisine hiç yıllık ücretli izin kullandırılmadığını ve izin ücreti ile hak ettiği kıdem tazminatının ödenmediğini iddia etmiş ve şimdilik bunların sadece belirttiği bir kısmının ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı taraf (Kurum) ise savunmasında davacı işçinin taleplerini reddetmiş, Kurum ile ilgili firmalar arasında alt işverenlik değil hizmet alımı sözleşmeleri bağtlandığını ve koşullarının yazılı olarak belirlendiğini, muvazaalı alt işverenlik bulunmadığını ve bu yüzden Kuruma

sorumluluk düşmeyeceğini, aralarında yaptıkları sözleşme gereği sorumluluğun sadece taşeron firmalara ait olduğunu ve onların da zaten yasal biçimde bunları ödemediğini savunmuştur. Ayrıca, alt işverenlik olsa bile İşK. md. 2'ye 5538 sayılı Kanunla 2006'da yapılan ekleme sonucunda davalı Kuruma karşı davacı işçinin böyle bir iddia ve talepte bulunamayacağını dile getirerek davanın reddini istemiştir.

Davaya bakan yerel mahkeme ise, dosyayı bir bilirkişiye vermiş ve bilirkişi de olayda anahtar teslimi iş bulunmayıp alt işverenlik bulunduğunu ve alt işverenler değiştiği halde işçilerin çalışmaya aynen devam ettiğini, burada muvazaalı bir çalıştırma olmadığını ve fakat davacıya karşı asıl işveren olarak E. Ü. A. Ş.'nin tüm süre için sorumlu tutulabileceğini dile getirerek hesaplama yapmıştır. Tüm verileri değerlendiren yerel mahkeme neticede, olayda alt işverenlik ilişkisini de kabul etmiş sonucu çıkacak şekilde davalı E. Ü. A.Ş.'nin bilirkişi tarafından hesaplanan kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarını faiziyle birlikte ödemesine karar vermiştir.

Mahkemece verilen bu karar hem davacı ve hem de davalı taraflarca temyiz edilmiş ve temyiz üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9. HD. ise yukarıda metnini verdiğimiz ve incelemeye çalıştığımız kararında, özetle "alt işverenlik kavramını tanımlayıp unsurlarını ve gerçekleşme koşullarını sıralamış, bu bağlamda asıl işin bir bölümünün alt işverene ancak teknolojik nedenlerle uzmanlık gereken işin varlığı halinde verilebileceğini ve bunda işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler ölçütünün bir arada olması gerektiğini, işletmenin ve işin gereğinin ancak teknolojik nedenler varsa göz önüne alınacağını vurgulamış, muvazaa kavramı ile alt işverenlikteki yasal muvazaa olgusuna değinerek kendisince kabul edilen muvazaa karinelerini belirtmiş, ayrıca kamu işyerlerinde yaşanan muvazaalı alt işverenlikler bakımından, İşK. 2'ye 5538 sayılı Yasayla eklenen 8. ve 9. fıkra hükümlerinin muvazaayı değiştirmedeğini ve kamuda da olsa muvazaalı alt işverenlikler halinde işçilerin asıl işverenin işçileriyle aynı haklara sahip olacağını, aksine tutumun İşK. 5'de belirtilen eşitlik il-

kesine aykırılığı gibi işçinin, şartları varsa toplu iş sözleşmesinden yararlanamamasına ve sendikal haklarını kullanamamasına neden olacağını belirtmiş ve bilirkişiye keşif de yaptırılarak muvazaa iddiasının açıklığa kavuşturulmasını isteyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur."

## 2. Problem:

İşte yukarıda sunulan karar metninden anlaşıldığı kadarıyla bu davada çözümlenmesi gereken problemlerin,

**A.** Dava konusu olayda davalı Kurum ile ondan ihaleyle iş alan ve davacı dahil, işçileri bu işte çalıştıran üstlenici arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin alt işverenlik ilişkisi olup olmadığı ve alt işverenliğin unsurlarının neler olduğu,

**B.** Bu ilişkide muvazaa bulunup bulunmadığı ve

**C.** Muvazaalı alt işverenliğin kamu kesimi işletmelerinde işçiler açısından doğurabileceği sonuçların neler olabileceği ve bu konuda özel kesim işyerlerinden farklılık bulunup bulunmadığından oluştuğu görülür.

## III. İNCELEME:

Yukarıda metnini verdiğimiz Yargıtay kararı ve olayla ilgili belgeleri incelemeye çalıştığımızda şöyle bir tablo ile karşılaşyoruz:

1. E. Ü. A.Ş.'ye bağlı bir işletme olan Seyitömer Termik Santrali İşletme Müdürlüğü'nün kömürden elektrik üretme işiyle uğraştığı ve bunun her departmanında olduğu gibi, elekdeğirmen diye tabir edilen kömürün elenip ayıklandığı-kırıldığı birimlerde de kendi işçileriyle çalışmayı başlatıp bir süre böylece devam ettiği;

2. Fakat daha sonra değirmen dahil birçok işi hizmet alımı sözleşmesi diye anılan sözleşmelerle ve her yıl yapılan ihalelerle başka firmalara verdiği;

3. İhaleyi alan firmaların hemen her yıl böylece değiştiği ama bazılarıyla üst üste yıllarca süren sözleşmeler yapıldığı;

4. Firmaların kimilerinin temizlik ve turizm gibi aslında aldıkları işe yabancı firmalar olduğunun söylenebileceği;

5. İhaleyi alan firmanın/firmaların kendisi-

nin ayrı bir işçi grubu vs. bulunmayıp, hep aynı işçilerle çalışmanın sürdürüldüğü, değişenin sadece işi alan müteahhitler olduğu;

6. Müteahhidin oraya getirdiği işçilere bile işbaşı eğitiminin bizzat Davalı Kurum elemanlarınca verildiği;

7. Yıllardır davalı Kurum elemanlarıyla taşeron işçisi diye gösterilen işçilerin aynı yerde ve aynı işte (değirmen işinde) birlikte çalıştıkları ama son yıllarda sayılarının azaldığı;

8. Halen davalının kimi elemanlarının değirmende bulunduğu ve zaman zaman taşeron işçilerine doğrudan veya dolaylı talimatlar verdiği;

9. Çeşitli tarihlerde taşeronlarla yapılan hizmet alımı sözleşmelerinde ve buna dair teknik şartnamelerde değirmenlerin bakımı için gerekli tüm malzemelerin ve araçların ihale makamı denilen davalı Kurumca sağlanacağı, taşeronun bu işte çalıştıracağı işçilerin sayısının ve yaşlarının bile davalı tarafça belirlendiği ve

valı Kurumun bu konuda sorumluluk taşıyacağı vs. hususlarının açıkça belgelerde yer aldığı görülmüştür. Diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi davacıyı ilk olarak orada işe aldığı dile getirilen E. Elektrik Üretim ve Dağıtım A.Ş. ile davalı Kurum arasında imzalanan hizmet alımı sözleşmesi ile ona ait teknik şartnamede bu hususların tereddütsüz biçimde düzenlenip belirtildiği görülmektedir.

Keza davacının en son çalıştırıldığı taşeron olan A. A.Ş. ile 05.03.2004'ten itibaren yürürlüğe konulan hizmet alım sözleşmesi ile teknik şartnamede de anılan hükümlere aynen yer verildiği görülmektedir. Gerçekten bu son sözleşmede ve teknik şartnamesinde konuyla ilgili olarak şunların dikkate değer olduğu görülmektedir:

\* Sözleşme konusu olan işin; Seyitömer Termik Santrali İşletme Müdürlüğünün değirmen, transport, periyodik yağlama, kırıcı, elek, izolasyon, sıhhi tesisat bakım ve onarımının bir

## İş başkasına vermenin temelinde genellikle eser sözleşmesi bulunursa da başka bir sözleşmeye (kira, taşıma gibi) dayanmasına da engel yoktur.

belirleneceği ve davalı Kurumun taşeron işçilerinin sayısını artırıp eksiltebileceği, davalının değiştirilmesini istediği işçilerin taşeron tarafından değiştirileceği, işçilerin kılık ve kıyafetlerinin de davalı kurumun isteğine uygun olacağı, taşeron işçilerinin taşıyacağı niteliklerin yine davalı tarafından belirlendiği ve getirilen işçilerin davalı tarafından deneme ve teste tabi tutulacağı; taşeron işçilerine bu işçiler arasından birisini ekip sorumlusu olarak yine davalı Kurumun belirleyeceği; taşeron işçilerinin çalışmaları sırasındaki puantajlarının davalı Kurum elemanlarınca tutulacağı; davalı Kurumun taşeron işçilerinin nitelik ve sayısını ve çalışma yerleriyle bölümlerini ve çalışma zamanları ile hafta tatillerini değiştirebileceği; taşeron işçilerine milli ve dini bayramlarda izinlerin davalı Kurum tarafından ve ücretsiz olarak verileceği; işçilerin İşK. ve SSK'dan doğan hakları bakımından tek sorumlunun taşeron olacağı ve da-

miktar işçiyle yaptırımı işi olduğu (Söz. md. 4),

\* Yüklenici/taşeronun belirlenen işçi sayısında davalı işletme istemedikçe değişiklik yapamayacağı (Söz. 22.2),

\* Taşeronun orada çalıştıracağı işçilerin ancak işletmece uygun bulunanlardan oluşacağı ve işletmenin uygun bulmadığı kişilerin işe başlatılamayacağı (Söz. 22.3),

\* Davalı işletmenin daha sonra uygun bulmadığı ve değiştirilmesini istediği işçilerin taşeron tarafından derhal işten uzaklaştırılacağı ve 3 gün içinde yenisinin getirileceği (Söz. 22 ve 16.5),

\* Taşeronun işçi sayısının işletme tarafından değiştirilebileceği (Söz. 33),

\* E.Ü. A.Ş.'nin onayı olmadan taşeronun eleman değiştiremeyeceği (Şartname 5.7),

\* Taşeron işçilerinin çalışma saat ve düzenlerini E.Ü. A.Ş. belirleyecek ve taşeronun getir-

diği işçilerin o işe uygun olup olmadığını E.Ü. A.Ş. deneyip test edecektir ve taşeron işçilerinin taşıyacağı nitelikler E.Ü. A.Ş. tarafından belirlenmiştir. (Şartname 6),

\* Taşeron işçilerinin tüm puantajlarının E.Ü. A.Ş. elemanlarınca tutulacağı (Şartname 7.2),

\*Taşeron işçileri sayısını, çalışma yer ve bölümleri ve çalışma zamanları ile hafta tatillerini bile E.Ü. A.Ş.'nin değiştirebileceği (Şartname 8.1.1-4),

\* İşçilerin mazeret ve yıllık izin tarihlerinin bile davalı E.Ü. A.Ş. tarafından belirleneceği (Şartname 9/g, h, ı, i),

\* Taşeron işçilerinin E.Ü. A.Ş.'nin talimatlarına uymak zorunda oldukları ve uymayanların E.Ü. A.Ş. tarafından işten atılacağı ve yerine yeni işçi getirileceği (Şartname 10-ı) ve

\* Taşeronun bu işlerde kullanacağı bütün araç ve gereç ile malzemelerin E.Ü. A.Ş. tarafından verileceği belirlenmiştir. (Şartname 7.1).

10. Gerçekten davacı işçinin de 07.05.1998 tarihinden beri davalının Seyitömer işletmesinde değirmen işçisi ve bir taşeron işçisi olarak işe başladığı ve daha sonraları değişik taşeronlara bağlı gösterildiği ve en son başka bir taşeron işçisi olarak çalışırken işten ayrıldığı,

11. Davalı işletmesinde çalışan taşeron işçilerinin kendilerine yasal iş koşullarının uygulanmadığına dair TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'na bile dilekçe verdikleri ve fakat bunun üzerine işletmeye gönderilen ÇSGB Baş İş Müfettişi'nin inceleme yapmak ve orada çalışan işçileri de dinlemek yerine sadece işletme müdürüyle röportaj yapar gibi görüşme tutanağı tuttuğu ve bunun İşK. 92'de belirtilen tutanak olgusundan uzak bulunduğu,

12. Keza yine bir Baş İş Müfettişi tarafından yapılan teftiş üzerine hazırlanan raporda ise; davalı işletmedeki taşeronlaşmanın muvazaalı ve geçersiz olup, işçilerin aslında E.Ü. A.Ş. işçisi oldukları açıkça ve delilleriyle gösterildiği anlaşılmaktadır.

#### IV. DEĞERLENDİRME:

Her şeyden evvel uyuşmazlıktaki ana sorun olayda bir alt işverenlik bulunup bulunmadığı ve varsa bunun muvazaalı olup olmadığı ve nihayet muvazaalı ise bir kamu işyeri olan E.Ü.

A.Ş. bakımından İşK. 2/8. ve 9. fıkra hükümleri karşısında doğurabileceği sonuçların neler olabileceğidir. Bunlarınsa sırayla şöyle değerlendirmiyi düşünülebilir.

#### 1. Olayda Alt İşverenlik Bulunup Bulunmadığı:

Uyuşmazlık konusu işçinin çalışmasına esas teşkil eden hukuki ilişkinin 1475 sayılı İşK. döneminde (19.06.1998'de) başladığı ve yeni İş Yasası olan 4857 sayılı İşK. döneminde (05.01.2005'de) sonlandığı dikkate alınınca, aradaki ilişkinin alt işverenlik olup olmadığı ve geçerli bulunup bulunmadığının da buna göre değerlendirimi gerekir. Bunun için önce genel olarak alt işverenlik kavramı ve unsurları ile geçersizliği hakkında bilgi verilecek ve sonundaysa somut olaya dönük değerlendirmelerde bulunulacaktır. Buna göre;

#### A. Genel Bilgiler:

Bilindiği üzere, işyeri; asıl işin yapıldığı yerler ile işyerinden sayılan yerlerin birlikte oluşturduğu iş hukuku ünitesidir (İşK. 2) ve bir işyerinde mal ve/veya hizmet üretimiyle bağlantılı olarak mevzuatımız itibarıyla birisi "asıl iş ve bölümleri", diğeri "yardımcı iş" olmak üzere iki tür iş bulunur. Bir işverenin tüm bunları kendi personeliyle yürütüp yapması, doğaldır ama bazen asıl işinin bir bölümünü veya yardımcı işlerin yapımını çeşitli nedenlerle başka bir işverene bırakması yani işin onun vasıtasıyla yapılmasını sağlaması da mümkündür. Özellikle 1970'lerden bu yana yaşanan sürekli ekonomik kriz ve değişen personel yönetimi, personelde esneklik gereğini ortaya çıkarmıştır. İşte ekonomik nedenler ve işverenlerin özel uzmanlık gerektiren alanlarda kendisine ait personel istihdamı yerine bunu başka ve uzman bir kuruluş eliyle yaptırma düşünceleri gibi işgücü maliyetlerini azaltma yahut sorunsuz ve sürekli istihdam anlayışı onları böyle bir yola itmiş olabilir. İş başkasına vermenin temelinde genellikle eser sözleşmesi (BK. 355 vd.) bulunursa da başka bir sözleşmeye (kira, taşıma gibi) dayanmasına da engel yoktur. Böyle bir ilişkinin değişik şekillerde karşımıza çıkması mümkündür. Öyle ki bir kimse kendisi işveren



## Yasa Tasarısı TBMM'de ele alınırken çeşitli önergelerle kimi noktalarda değişiklikler yaşamış ve nihayetle alt işveren ilişkisini eskisine nazaran biraz daha sıkı kayıtlara bağlayan ama eskisinden daha tartışmalı biçimde düzenleyen bir hüküm getirilmiştir.

sıfatı taşımaksızın veya taşısa da o işle ilgili olmaksızın belli bir işin yapımını bir müteahhide götürü olarak vermiş olabilir. Örneğin kendi arsasına bina yapımı işinin bir müteahhide verilmesi böyledir. Buna alelade eser sözleşmesi veya müteahhitlik ilişkisi denilebilir<sup>1</sup>. Böyle bir durumda, işi alan müteahhit bunu bir sonuç garantisi altında serbestçe yapar. Duruma göre işi ismarlayanın alanında yapması gerekmez ve zaten olayların çoğunda ismarlayanın o işle ilgili işveren sıfatı ve işyeri ile işçileri de yoktur. Bunda iş hukukunu ilgilendiren bir alt işverenlik mevcut değildir ve iş hukukuna ait sonuçlar gündeme gelmez. Fakat bazen, kendisi de o işle ilgili olarak orada işçi çalıştırırken asıl işin bir bölümünde veya işyerinin yardımcı işlerinde (çoğu kez eklentisinde) başka işverene, orada yapılmak üzere ihaleyle veya ihalesiz sözleşmeyle götürü biçimde iş verebilir. Buna ise alt işveren ilişkisi denir ve özelliklerini aşağıda sunacağız<sup>2</sup>.

Aslında 3008 sayılı İşK.'dan beri<sup>3</sup> hukuk sistemimizde yer bulan alt işveren olgusu 1475 sayılı İşK.'da "diğer işveren" diye dile getirilmişti (1475 sayılı İşK. 1/son fıkra), sonra aşağıda sunulacağı üzere 4857 sayılı İşK.'da düzenlenmiş ve bazı değişiklikler geçirmiştir (İşK. 2/6-9 ve 3/2).

### B. 1475 sayılı İşK. Dönemi:

Bilindiği üzere 1475 sayılı İşK. 1/son fıkra hükmünde, alt işveren kavramı "herhangi bir işverenden işinin-işyerinin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve aldığı bu işte işçilerini münhasıran oraya özgüleyerek çalıştıran diğer işveren" olarak tanımlanmıştı. Buna uygun

olarak alt işverenliğin ancak, ortada kendisi de işçi çalıştıran bir asıl işverenin bulunması ve bundan asıl işte veya eklentide kendi işçileriyle yapmak üzere iş alan bir başka işverenin olması ve işçilerini oraya özgülemiş biçimde çalıştırması ile alınan bu işin asıl işverene ait işyerinde yapılması gibi koşullar aranıyordu. Bu şartlarda alt işverenin işçilerinin seçimi, işe alınması, talimatlar verilmesi, cezalandırılması ve işten atılması gibi konularda tek yetkilinin alt işveren olması aranıyordu. Aksine hallerde uygulamada işçilik haklarının dolanımı sonucu doğuran bir takım kötüye kullanımlarla karşılaşılıyordu. Yargıtay ise, konuya ilişkin olarak verdiği kararlarında muvazaa (BK. 18) ve kanuna karşı hile vs. kurumlarından hareketle kötüye kullanım olgularının önüne set çekmeye çalışıyordu ve burada belli ölçüde başarılı ve istikrarlı bir tutum izlediği söylenebilirdi<sup>4</sup>. Gerçekten de Yargıtay, alt işveren işçisinin işe alınması, seçimi, işten atılması ve çalışırken talimatlarla yönlendirilmesi vs. konularında asıl işverenin fiilen veya aradaki sözleşmeye göre yetkili olduğu hallerde alt işverenliği muvazaa nedeniyle geçersiz sayarak işçinin baştan beri asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceğini belirtiyordu<sup>5</sup>. Uyuşmazlık konusu olan ve 1475 sayılı İşK. döneminde başlayan olaydaki ilişkide bu yönden muvazaalı bir durum olduğuna aşağıda değineceğiz.

### C. 4857 Sayılı İşK. Dönemi:

1475 sy İşK. döneminde yaşanan anılan yargısal engelleme de sürekli olacağı söylenemezdi ve alt işverenlikle ilgili sorunlara kanunen çözüm getirmenin daha isabetli olacağı açıktı. İşte yeni İş Kanunu hazırlanırken Bilim Komisyonu<sup>6</sup> ve Hükümet Taslağında alt işverenlikle ilgili konular da ele alınarak açık düzenleme yoluna gidilmişti. Yasa Tasarısı TBMM'de ele alınırken çeşitli önergelerle kimi noktalarda değişiklikler yaşamış ve nihayetle alt işveren ilişkisini eskisine nazaran biraz daha sıkı kayıtlara bağlayan ama (başarılı gözükmeyen anlam tarzı yüzünden) eskisinden daha tartışmalı biçimde düzenleyen bir hüküm getirilmiştir (İş K. 2/6, 7)<sup>7</sup>. Kimi aksaklıklar içerip çeşitli tartışmalara yol açan bu hükme 01.07.2006 tarih

ve 5538 sy. Kanun ile 12.07.2006'dan itibaren iki yeni fıkra daha eklenerek kamu sektöründeki alt işverenlikte yaşanan bazı hukuka aykırı olgulara sanki prim verilmek istenmiş gibi gözükmektedir (İş K. 2/8, 9)<sup>8</sup>. Fakat bu yasal değişikliğin kamu kesiminde yaşanan alt işverenliklerde muvazaa konusunda özel kesime nazaran herhangi bir farklılığa yol açmadığı bizzat Yargıtay'ca dile getirilmektedir<sup>9</sup>. Nitekim bu incelemeye esas olayda yerel mahkeme kararını bozan 9. HD.'nin 19.02.2009 tarihli kararında da aynı eğilim sürdürülmektedir. Ancak alt işverenlikte yaşanan gelişmeler bununla sınırlı kalmamış, 26.05.2008'de 15.05.2008 tarih ve 5763 sy Kanun'la işyerini bildirme yükümü getiren İşK. 3'te değişikliğe gidilerek alt işverenlikle ilgili önemli hükümler getirilmiş ve ardından Alt İşverenlik Yönetmeliği (AİY) adıyla bir yönetmelik çıkarılarak yürürlüğe konmuştur<sup>10</sup>. Bu son değişiklikler incelendiğinde sade-

sında kurulan ilişki" biçiminde uzun bir tanıma bağlamıştır (İş K. 2/6). AİY.'deki hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden de aynı sonuca varılabilir (AİY. 3, 4). Yalnız AİY. alt işverenlik sözleşmesinin yazılı olarak yapılacağını öngörmektedir (AİY. 3/b, 9). Keza İşK. 3/2'nin 5763 sy Kanunla değişik halinde de yazılı alt işverenlik sözleşmesinden söz edilmektedir. Öğretide bunun bir geçerlilik şekli olduğu yönünde görüşler vardır<sup>11</sup> ama kişisel düşüncemiz, anılan şeklin ispata yönelik bir anlam taşıdığı ve geçerlilik şekli sayılamayacağı yönündedir. Kısaca açılmak istenirse, alt işverenlik ilişkisinde yukarıda verdiğimiz tanımda, kendi yürüttüğü işin (asıl işin) bir bölümünü veya yardımcı işlerinde başka bir işverene iş veren birisinin (asıl işveren) ve ondan bu alanda belli gerekçelerle iş alıp kendi işçileriyle bağımsız biçimde yapmayı üstlenen diğer bir işverenin (alt işveren) ve bunun sırf bu işe özgüleyerek çalıştırdığı iş-

## Asıl işveren; kendisine ait işyeri olup da burada yürüttüğü yardımcı işlerde veya belli gerekçelerle asıl işin bir bölümünde kendi işçileriyle yapmak üzere başka bir işverene iş veren işverendir.

ce bildirimle değil alt işverenliğin esasıyla da ilgili önemli açılımlara yol açabilecek nitelikte oldukları görülür.

İşte Yasanın ve Yönetmeliğin bu hükümlerini dikkate aldığımızda alt işveren ilişkisi ve tarafları hakkında şunlar söylenebilir:

Kanunun bazen asıl işveren-alt işveren ilişkisi diye andığı (İşK. 2/6, 3; AİY. 3 vd.) ve fakat bazen de bizim gibi alt işveren ilişkisi diye dile getirdiği alt işveren ilişkisi, kısaca asıl işverenle alt işveren arasında alt işverenlik sözleşmesiyle kurulan hukuki ilişki olarak anılabilir. Yasa bunu, bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren ara-

çilerin (alt işveren işçileri) bulunduğu görülür. Dolayısıyla işin personel istihdamında esneklik içinde yaptırılmasını öngören üçlü bir ilişki yahut iş hukukuna ait bir üçlü ilişkinin varlığı göze çarpar<sup>12</sup>.

Bu üçlü ilişki iş hukukuna ait diğer benzer üçlü ilişkilerden kimi yönleriyle farklılık taşımaktadır ama bunları ayrıntılı olarak burada ele almayacak, ilgili yapıtlara yollama ile yetineceğiz<sup>13</sup>. Alt işverenlik ilişkisi asla bir iş sözleşmesi ilişkisi değildir. Sınırlayıcı olmamakla birlikte çoğu kez bir eser sözleşmesi yahut kira veya taşıma sözleşmesi vb. şeklinde karşımıza çıkar. Hatta işyerinin (her halde) kısmen devri biçiminde de görülebileceği ileri sürülür.

Bu arada alt işverenlik sözleşmesi hakkında da bazı bilgiler vermenin yararlı olacağını düşünüyoruz. Belirtilsin ki, alt işverenlik sözleşmesi Yasada tanımlanmamıştır ama Yönetmeliğin il-

gili hükümleri dikkate alındığında bunun; “asıl işverenle alt işveren arasında yazılı olarak yapılan ve işin üstlenilmesi bağlamında AİY. 10’da sayılan hususları içeren sözleşme”yi anlattığı söylenebilir (AİY.9). Yönetmeliğin 10. maddesine bakıldığında 11 bent halinde olgular içeren bir fıkra (AİY. 10/1) ile ayrıca bir başka fıkranın (AİY. 10/2) yer aldığı görülür. Bunlarda sayılanları tek tek ele almaya kalkarsak, aslında çoğunun Yasadaki esasın lüzumsuz bir tekrarı ve laf kalabalığından öteye anlam ifade etmediği söylenebilir. Bununla birlikte anılan hükümleri ayrı ayrı değerlendirmeye kalkıştığımızda 4857 sayılı İşK. bakımından şöyle bir tablo ile karşılaşırız;

Ancak, burada kısaca alt işveren ilişkisinin tarafları hakkında da bilgi vermek gerekir. Bu bağlamda, asıl işveren, alt işveren ve alt işveren işçisi kavramlarına değinilmelidir.

Asıl işveren; kendisine ait işyeri olup da burada yürüttüğü yardımcı işlerde veya belli gerekçelerle asıl işin bir bölümünde kendi işçileriyle yapmak üzere başka bir işverene iş veren işverendir. Bunun gerçek veya tüzel kişi olması gibi özel hukuk yahut kamu hukuku tüzel kişisi olması da mümkündür. Hatta kişiliği olmayan bir kamu kurum veya kuruluşu dahi olabilir. Yalnız işin tümünü vermemesi gerekir. Nitekim AİY.’de de “işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” asıl işveren olarak tanımlanmıştır (AİY. 3/ç).

Alt işveren ise; Yasaya göre; “bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren”dir (İşK. 2/6). Oldukça uzun bu yasal tanımla paralel bir tanıma AİY.’de de yer verilmiştir (AİY. 3/a). Anılan Yasa ve Yönetmelikteki düzenlemenin anlam ve içeriğine ileride yer yer değineceğiz fakat daha kısa ve anlaşılır

bir tanım vermek gerekirse, alt işveren; “başka bir (asıl) işverenden belli gerekçelerle iş alan ve bu işi sırf oraya özgülediği işçilerine yaptıran bağımsız diğer bir işveren”dir. Alt işveren işi kendi yapmaz, onun ifa yardımcılarını kullanarak niteleyebileceğimiz kendi işçileri ile yerine getirmeyi üstlenir. Bunun da gerçek yahut tüzel kişi veya kişiliği olmayan bir kamu kurum veya kuruluşu olması mümkündür<sup>14</sup>.

Alt işveren işçilerine gelince; alt işverenin asıl işverenden aldığı işte oraya özgülenmiş biçimde çalıştırdığı işçilerdir. Bunlar yalnızca bir gerçek kişi olabilir ve sadece alt işverenle hizmet sözleşmesi (iş ilişkisi) içinde bulunurlar. Bu yüzden de onların kimler olacağı, sayısı ve onların seçilip işe alınması, denenmesi, tüm iş koşullarının, cezalandırımı ve işten atılması vs.’nin onların gerçek işvereni olan alt işverence belirlenmesi gerekir. Bu konularda asıl işverenin herhangi bir yetkisi olamaz.

#### **D. Alt İşveren İlişkisinin Gerçekleşme Koşulları:**

Yasada net biçimde ifade edilmese de Alt İşverenlik Yönetmeliği alt işveren ilişkisinin doğumu için bazı koşulların varlığından söz etmektedir (AİY.4) ve öğretilerde de buna dair açıklamaların yapıldığı görülmektedir. İşte tüm bunlar dikkate alındığında, alt işverenlik ilişkisinin gerçekleşebilmesi için şu koşulların sağlanması gerekir.

##### **1. Kendisi de İşçi Çalıştıran Bir İşveren Bulunmalıdır.**

Alt işverenlik, asıl işverene nazaran anlaşılabilir bir kavram olduğundan, alt işverene işyerinde iş veren bir işverenin bulunması gerekir. İşte buna asıl işveren adı verilir. Bir kimsenin asıl işveren sıfatını edinebilmesi için, alt işverene verdiği iş vesilesiyle işveren niteliği taşıması, kendi adına bu işyerinde geri kalan işlerde işçi çalıştırması gerekir. Hiç işveren sıfatı bulunmadan (örneğin bir memurun arsasına inşaat işini bir müteahhide vermesi) yahut alt işverene verdiği iş değil de başka bir iş vesilesiyle işveren sıfatı taşıyan (örneğin bir fabrikatörün dokuma fabrikasına ek bina inşaatı işini bir müteahhide vermesi gibi) kimsenin asıl işveren niteliği yoktur. Kısacası, asıl işverenin işveren sıfatının, bir

kısmını alt işverene verdiği asıl işin geri kalan kısmında yahut alt işverenlik yardımcı işlerde yaşanıyorsa bunun dışındaki alanda kendi adına işçi çalıştırmadan kaynaklanması zorunludur. Nitekim Yönetmeliğin “asıl işverenin işyerinde mal veya hizmet üretimi işlerinde çalışan kendi işçileri de bulunmalıdır” biçiminde dile getirdiği husus (AİY. 4/a) budur. Yargıtay’ın 1475 sayılı İşK. dönemindeki uygulamasının da bu yönde olduğu ve yeni İşK. çerçevesinde de geçerlilik taşıdığı belirtilmelidir. Gerçekten de işi anahtar teslimi verenin veya işi bölümlere ayırarak her bölümü bir başka müteahhide veren ve kendisi bu işte işçi çalıştırmayan kimsenin (iş sahibinin) asıl işveren olarak kabulü günümüzde de mümkün değildir<sup>15</sup>.

Ancak, bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için, onun kamu veya özel kesim işvereni olması fark etmediği (AİY. 3/ç) gibi, alt işveren(ler)e verdiği işlerin kalan kısmında çalıştırdığı işçilerin sayısı da ilke olarak önemli değildir.

Yine değinilecek bir husus; bir kimsenin asıl işveren sayılabilmesi için işin asıl sahibi olmasının gerekmediğidir.

Uyuşmazlık konusu olayda davalı E.Ü. A.Ş.’nin kömürden elektrik üretimi yapılan Seyitömer İşletmesinde, işletmenin elek-değirmen vs. bakımının taşeronlara verildiği ve geri kalan bölümlerde E.Ü. A.Ş.’nin halen kendi işçilerini çalıştırdığı ve onlara karşı bu iş nedeniyle işveren sıfatı taşıdığı tartışmasızdır ve o halde alt işverenlik için bu koşulun olayda gerçekleştiği söylenebilir.

## **2. Bir Başkası Bu İşverenden Belli Nedenlerle İş Almalıdır.**

Alt işveren ilişkisinin bir diğer koşulu, yukarıda sunulan (asıl) işverenden başka bir kimsenin kendi adına yapmak üzere, belli nedenlerle iş almasıdır. Yasanın “bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ...” diye değindiği (İşK. 2/6) bu kişi “alt işveren” diye anılır. Aynı yönde bir tanıma AİY.’de de

yer verilmiştir (AİY. 3/a). O halde, alt işveren ilişkisinin gerçekleşebilmesi için, alt işveren diye anılan bir kimsenin asıl işverenden yukarıda kısaca belirtilen özelliklere sahip iş alması gerekmektedir.

1475 sy. İşK. döneminde asıl işverenden işinin herhangi bir kısmında veya işyerinin eklenmelerinde serbestçe iş alınabilirken, 4857 sayılı İşK.’nın bu keyfilik ve serbestlik sisteminden ayrıldığı görülmektedir. Öyle ki, yeni Yasa ve Yönetmelik incelendiğinde, asıl işverenden alınacak işin ya “asıl işin bir bölümünde” veya “mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde” olması gerektiği görülür. Şüphesiz asıl iş, o işyerine/işletmeye gerçek karakterini veren teknik amaca (üretim) yönelik faaliyetlerdir. Nitekim Yönetmelikten evvel yaptığımız bu tanımın Yönetmeliğe de yansıdığı söylenebilir. Öyle ki, Yönetmeliğe göre de asıl iş; mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işler (AİY. 3/c). Örneğin bir buzdolabı fabrikasındaki asıl iş, buzdolabı üretimi; bir oteldeki asıl iş konuklarına konaklama vs. hizmetler sunumudur. PTT’nin posta dağıtım hizmeti de böyledir<sup>16</sup>. İşte işyerine gerçek karakterini veren bu işin içinde yer alan ve tek başına bile yapılabilir nitelik taşıyan prosedür alanına ise “asıl işin bölümü” (bölümleri) denilebilir. Eğer asıl iş zaten tek bir süreçten ibaret olup da bu yüzden üretim bütünlüğünü bozmadan bölünemiyorsa, bunun parçalanarak alt işverene verilmesinden söz edilemez. Zira Yasanın amacı; işyerinin asıl/genel üretim prosedürünü bozmadan, bağımsız yürütülebilecek birimlerinde alt işverenlere iş verilip geri kalanında asıl işverenin üretimi sürdürülebilmesidir. Yoksa, asıl işin az çok bağımsız yürütülebilir süreçlere ayrılmadığı hallerde bunun keyfi bölümü yoluyla alt işverenlik oluşturulamaz. Buradaki bağımsızlık, asıl işin (geri kalan kısımlar anlamını kaybetmeden) bölünebilirliğine ve ayrı bir işverence yürütülebilirliğine yöneliktir. Yoksa, alt işverene verilen iş de asıl işin bir bölümü olduğuna göre, asıl iş ile zorunlu bağlantısı kendiliğinden anlaşılır. Asıl işle ilgisiz bir faaliyeti onun bir bölümü saymak düşünülemez<sup>17</sup>.

Asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesi için Yasa önemli bir özellik aramak-



tadır. Gerçekten Yasa, asıl işin bir bölümünde iş alınabilmesini “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” mümkün görmekte (İŞK. 2/6) ve bunu bir başka fıkrada “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” diyerek tekrarlayıp vurgulamaktadır (İŞK. 2/7). Aynı yönde hükümlere Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde de rastlanmaktadır (AİY. 3-5, 10 vd.). Bunlar, Yasa Tasarısının ilgili maddesinin TBMM’de ikinci kez görüşülmesi sırasında maddeye eklenerek yasalasmıştır. Anılan hüküm maddeye eklenirken “İşletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmuştur ve bu kısıtlama taşeronla ilgili olarak bugüne kadar yapılmış düzenlemelerin ötesindeki bir düzenlemedir.” biçiminde gerekçelendirilmiştir.

Gerçekten de anılan hüküm, 1475 sayılı İŞK.

tiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.” denilmektedir. Maddenin amacı da dikkate alınırca bu ifadede de yer alan “ile” sözcüğünü “olarak” biçiminde değerlendirmeli ve böylece asıl işin bölünerek alt işverene verilebilmesi için, bunun “işletmenin ve işin gereği olarak teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş” olması gerekir<sup>20</sup>. Nitekim Yargıtay’a göre de “anılan düzenlemede baskın öge, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerdir. Başka bir anlatımla, işletmenin ve işin gereği, ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi halinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacak (tır) ...”<sup>21</sup>

Yukarıda da belirtildiği üzere, bize de isabetli geleni; asıl işin bir bölümünün ancak işyeri ve işletme gereği olarak teknolojik uzmanlık gerekçesiyle alt işverene verilebileceği, aksi halde

## Bir işyerinin asıl ve yan işinin ne olduğu, her bir işyeri için farklılık gösterebileceğinden, her bir somut işyeri için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

dönemindeki keyfi alt işverenliğe sınır çizmek amacıyla getirilmiştir. Ancak, bunda ne ölçüde başarılı olduğu tartışmaya açıktır. Zira hükmün Türkçe açısından pek de başarılı olduğu söylenecek kaleme alınmış tarzı, ona verilecek anlamın/içeriğinin ne olacağı konusunda tartışmalara yol açmıştır<sup>18</sup>. Öyle ki; bu konuda savunulan bir anlayışa göre, asıl işin bir bölümünde geçerli bir alt işverenliğin oluşabilmesi ancak “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” mümkündür. Buradaki cümle bir bütün olarak algılanmalı ve sadece işletme gereği yahut sadece işin gereği veya yalnızca teknolojik uzmanlık nedeniyle asıl işin bir bölümü alt işverene verilememelidir<sup>19</sup>. Pek başarılı olmasa da, Yasada kullanılan “ve” ile “ile” bağlacı bunun bütünlük içinde anlaşılmasını gerektirir. Çünkü, Yasada açıkça “İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerek-

alt işverenliğin geçersiz olacağıdır. Yargıtay’ın da bu yönde kararları olduğu<sup>22</sup>, hatta incelemeye çalıştığımız bu kararında da bunu tekrarladığı belirtilmelidir. Bu tartışmalardan sonra çıkarılan AİY.’de yukarıda belirtildiği üzere bu anlayışı yansıtır bir ifadeye sahiptir (AİY. 11/3). Gerçekten de anılan hükme göre, “asıl iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilir” (AİY. 11/3). Hatta yönetmelik daha da ileri giderek işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işin ne olduğunu da tanımlamaktadır. Buna göre, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren iş; “mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iş”tir (AİY. 11/1).

Önemli bir husus, Yasadaki şartların (anlatımı isabetli olmasa da) özel/kamusal ve bildirim yükümü olan olmayan bütün alt işverenliklerde uygulanacağıdır.

Yardımcı işlere gelince; “yardımcı iş”in ne olduğu Yasada düzenlenmiş değildir ama Kanun Tasarısı TBMM’de görüşülürken alt işverenle ilgili maddeye ilişkin verilen değişiklik önergesinin gerekçesinde örneklerle bu kavrama açıklık getirilmiştir. Bu gerekçeye göre yardımcı işler; “...doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik gibi işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin” (yardımcı işler...)dir. Öğretide de kavramı böyle anlayanlar bulunduğu gibi bunun yetersizliğini dile getirenler de vardır. Öyle ki, bir anlayışa göre, asıl iş-yardımcı iş kavramı belirlenirken o işin doğrudan üretim organizasyonu içinde yer alıp almadığı ölçüt olarak alınabilecektir. Keza bir işin yardımcı iş sayılıp sayılmamasında “işin devamlılık arz edip etmediği, çok kısa süreli bir iş olup olmadığı” da ölçüt olarak düşünülebilir. Bu bağlamda üretim yapan bir fabrikanın yemek veya temizlik işi (hijyen ve verim gibi nedenlerle) asıl işi ne derece tamamlayıp asıl işin yapım sürecine ne ölçüde katkıda bulunuyor ve bunun sonucu olarak yardımcı iş sayılıyorsa, bir çatı onarım işi de (çatısı akan bir binada üretim yapılamayacağına göre) yardımcı iş sayılmalıdır. Alt İşverenlik Yönetmeliği’ne göre ise yardımcı iş; işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan işi anlatır (AİY. 3/g). Kanımca yardımcı iş, ilgili asıl işverenin gerçek üretim sürecinde yer almayan ama onu ve onda çalışan personelin kimi ihtiyaçlarının tatminini hedefleyen, asıl işle bağlantılı, yan-destekleyici nitelikteki faaliyetlerdir. Bunun alt işverene verilebilmesi için, işletme ve işin gereği yahut teknolojik uzmanlık gerektirmesi aranmaz<sup>23</sup>.

Yukarıda da dile getirildiği gibi, bir işyerinin asıl ve yan işinin ne olduğu, her bir işyeri için farklılık gösterebileceğinden, her bir somut

işyeri için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda örneğin temizlik işi genelde işletmelerin yardımcı işi olarak algılanır<sup>24</sup>. Fakat bir belediye için aynı şey söylenemez. Zira temizlik işleri belediyelerin asıl işlerindedir<sup>25</sup> ve bu yüzden de asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi koşullarına tabidir<sup>26</sup>.

Uyuşmazlık konusu olayda davacının da çalıştırıldığı ve alt işverene verilen değirmen-elek bakımı-transfor gibi işlerin ne olacağına gelince, bunun tespiti de önemlidir. Yukarıda da değinildiği üzere, E.Ü. A.Ş.-Seyitömer Termik Santrali İşletmesi’nin nihai işinin kömürden elektrik üretimi olduğu ve fakat bunun sadece elektrik üretim birimleri ve orada yapılan işlerle sınırlı bulunmadığı; elektrik üretimi işinin birbiri içine geçmiş birçok süreçten oluştuğu; bu bağlamda kömürün santrale kadar raylı vs. sistemle getirildiği, sonra elek ve değirmende parçalara ayrılarak uygun olanların transfor sistemine gönderildiği ve diğer işlemlerle tamamlanarak elektrik enerjisi üretildiği görülmektedir. Değirmen ve elekler tüm üretim boyunca faaliyettir ve sırayla ama sürekli bakıma alınmaktadır. Değirmen-elek ve transfor bakımı işini aslında davalı E.Ü. A.Ş. işçilerinin yaptığı ve taşeron işçilerine işbaşı eğitimi ve denemenin bile yine davalı E.Ü. A.Ş. personeline verildiği/uygulandığı, hatta halen E.Ü. A.Ş.’ye ait birkaç personelin bu işlerdeki çalışanları denetleyip onlarla birlikte ve sürekli aynı departmanda bulunup faaliyet gösterdiği dile getirilmiştir. Ayrıca bizzat firma yetkililerinin dosyadaki beyanı ve hizmet alım sözleşmeleriyle teknik şartnamedeki ifadelerden, bakım için gerekli tüm araç-gereç ve malzemelerin asıl işveren E.Ü. A.Ş. tarafından sağlandığı ve ihaleyi kazanan taşeronla işçileriyle birlikte teslim edildiği anlaşılmaktadır. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, elek-değirmen bakımı kısmının, tartışılrsa da elektrik üretimi içinde yer aldığını söylemenin mümkün olabileceğini düşünüyoruz. Ancak bu durumda, diğer olgular bir yana, işyerine ve işletmeye ait gerekler ile uzmanlık koşulu gerçekleşmeden anılan işlerin taşeronlara verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü taşeron işçileri denilen kişilerin o konuda önceden bilgisi olmadığı gibi, taşeronların yeterli ekipman ve uzmanlığı

da mevcut gözükmemektedir.

\*Alt işverene verilen işte alt işveren işçileri yanında asıl işveren işçilerinin de çalışmasının mümkün olup olmadığı da önemli bir konudur fakat öğretilerde tartışmalıdır.

Bu konudaki bir anlayışa göre, (asıl işin bir bölümü - yardımcı iş ayırımı yapılmadan) alt işverene verilen işte artık asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmaması alt işverenlik için zorunlu bir unsurdur. Aksi halde alt işverenlik oluşmaz<sup>27</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu ile ilgili hazırlanan Hükümet Taslağının ilgili madde gerekçesinde de bu anlayışla paralel olarak şöyle denilmektedir; "... bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu için, asıl işin bir bölümünde iş alınmasının anlamının, aynı bölümde asıl işverenin artık işçi çalıştırmayacağı, işçilerin bölünme suretiyle bir kısmının asıl işverence diğer kısmınınsa alt işverence yürütülmesine madde düzenlemelerinin imkân vermediği konusunun da göz önünde tutulmasıdır"<sup>28</sup>.

Ancak öğretilerde, anılan gerekçenin böyle bir sonucu sağlamaya yetmeyeceği, zira Yasada bu anlama gelecek bir ifadenin kullanılmadığı da belirtilmektedir. Bu anlayışa göre, maddede sadece asıl işin bir bölümünde iş almaktan söz edilmiş, o bölümde artık hiç asıl işveren işçisi çalıştırılmayacağından söz edilmediği gibi, yorum yoluyla da böyle bir sonuca gidilmesi mümkün değildir.

Aslında Yasa metnini incelediğimizde, gerçekten böylesi bir olgunun açıkça yasaklandığı söylenemez. Fakat asıl işin bir bölümünün ancak işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle "uzmanlık gerektiren işlerde" alt işverene verilebileceğinden söz eden metnin (İşK. 2/6, 7) madde gerekçesiyle birlikte değerlendirimi bizi belli bir noktaya götürebilir. Zira, madem ki bu iş uzmanlık nedeniyle yani asıl işverenin bu konuda uzmanlığı bulunmadığı gerekçesiyle verilmektedir, o halde işi alan uzman kuruluşun bunu kendi uzman elemanlarıyla yapmasını beklemek doğaldır. Eğer asıl işverenin elinde bu işi yapabilecek yeterliliğe sahip uzman elemanlar varsa, bu işin alt işverene gerçekten uzmanlık nedeniyle verildiği söylenebilir mi? Bu yüzden, biz, asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakıldığı hallerde artık bu işte asıl işverenin işçilerinin çalıştırılmamasının uygun

düşeceği kanısındayız<sup>29</sup>. Aksi halde anılan işçiler de sözde alt işverenin değil asıl işverenin işçisi sayılırlar<sup>30</sup>.

### **3. İş alan kişi daba önce o işyerinde çalışmamış olmalıdır.**

Bunun incelediğimiz karara konu olayla ilgisi olmadığından üzerinde durmuyoruz<sup>31</sup>.

### **4. İş alan kişi işçilerini buraya özgülenmiş biçimde ve asıl işverenin iş organizasyonu içinde çalıştırmalıdır.**

Öğretilerde bizim de katıldığımız anlayışa göre, alt işveren asıl işverenden aldığı asıl işin bir bölümü veya yardımcı işi, asıl işverenin işyerinden ve iş organizasyonundan ayrı bir yerde yapamaz. Yaparsa, bu ilişki alt işverenlik olmaz. İşte Yönetmeliğin bu hükmü de anılan açılımı desteklercesine, alt işverenin asıl işverenden aldığı işi asıl işverenin işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceğinin sözleşmede belirtilmesini aramaktadır. Fakat bunun da resmi makamları vs. bağlayıcı bir yanı yoktur. Sorun çıkarsa, sözleşmede belirtilen yerde değil, inandırıcı biçimde kanıtlanan yerde alt işverenin iş yaptığı kabul edilir<sup>32</sup>. İncelemeye çalıştığımız Yargıtay kararına konu olayda da ihaleyi kim alırsa alsın işçilerin hep asıl işverenin iş verdiği bölümde/birimde çalıştırıldığı iddia edilmiş olduğu gibi dosyadaki veriler de bu yönde olup, zaten aksini iddia eden de yoktur. O halde alt işverenlik için aranan bu koşul olayımızda zaten gerçekleşmiş olduğundan üzerinde durmuyoruz.

### **5. Nihayette son bir koşul, Yargıtay'ın da belirttiği gibi alt işverenliğin muvazaalı olmaması da gerekir.**

Bu son koşulun olayımızda önemli bir yeri bulunduğu, aşağıda alt işveren ilişkisinin geçersizliği ve muvazaa başlığı altında üzerinde özel ve ayrıntılı olarak durulacaktır.

### **E. Alt işveren ilişkisinin geçersizliği ve muvazaa durumu**

Alt işveren ilişkisi de karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla oluşan bir hukuki ilişki (hukuki işlem/sözleşme) olduğundan

geçerlilik bakımından genel olarak hukuki işlemlerin geçerlilik koşullarına tabidir (BK. 19 vd.). Bu çerçevede alt işverenliğe yönelik irade açıklamalarının sağlıklı olması (BK. 23-31), konunun genel ahlaka ve kamu düzenine vs. aykırılık ile muvazaa (BK. 18) taşımaması ve imkânsız bulunmaması gerekir (BK. 19-20). Keza ilişkide gabin (sömürü) bulunmaması da böyledir. Şüphesiz tüm bunlar genel geçerlilik nedenleridir ve bu çalışmanın konusunu oluşturmazlar. Buna karşın, yine genel geçerlilik koşulları çerçevesinde “emredici hukuk kurallarına aykırılık” (BK. 19-20) ve “muvazaa” (BK. 18) olguları da sayılmakla birlikte bunların alt işveren ilişkisinde gösterdiği özellikler nedeniyle ayrıca incelenmesi gerekir. Buna göre;

### **1. Emredici hukuk kurallarına aykırılık ve muvazaa**

Alt işveren ilişkisinin, özel olarak getirilmiş emredici hukuk kurallarına aykırılık nedenleri, daha doğrusu muvazaa dışı özel geçersizlik nedenlerinin bulunup bulunmadığı ve varsa nelerden ibaret olduğu konusu tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız bir anlayış, “alt işveren olacak kişinin iş aldığı bu yerde daha önce çalışmış bulunması” ile “asıl işverenin işçilerini daha düşük koşullarla işe alarak çalıştırmaya devam ettirmek” ve “gerekli şartları (uzmanlık vs.) taşımadan asıl işin bir bölümünde iş almak” ile “işletme ve işyerine ait gerekler ile uzmanlık koşulu olmadan asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesi” hallerini muvazaa dışı özel geçersizlik nedenleri olarak algılamaktadır, denilebilir<sup>33</sup>. Ancak incelediğimiz Yargıtay kararında ve hatta AİY’de de bu haller birer muvazaa karinesi olarak kabul edilmiştir. Aslında doğuracağı sonuç itibarıyla iki anlayış arasında pek fark yoktur ve ikisinde de anılan koşullar gerçekleşmeden yaşanan alt işverenliğin geçersiz sayılarak alt işveren işçilerinin baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağı kabul edilir. Bunu zaten Yasa ve Yönetmelik açıkça dile getirmektedir. Fark sadece ispat bakımından mevcuttur denilebilir.

### **2. Alt işverenliğin muvazaalı (danışıklı) olması**

Bilindiği üzere muvazaa “bir hukuki ilişki

(sözleşme) taraflarının dışarıya karşı bir işlem yapmış olarak görünmelerine (göstermelerine) rağmen gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmamak veya gösterdiklerinden başka bir işlem yapmak konusunda anlaşmalarıdır.” Bu bağlamda muvazaa, tarafların açıkladıkları iradeleyle gerçek ve ortak iradeler arasında bilerek - isteyerek (anlaşmayla) meydana getirdikleri uygunsuzluktur. Böyle hallerde uyumsuzluk çıktığında yargıç, tarafların dışarıya yansıttıkları (ama gerçekte istemedikleri) iradelerini değil, gizledikleri gerçek ve ortak iradelerini belirleyip esas alarak sorunu çözer (BK. 18).

Üçüncü kişilerde yanlış kanı uyandırmaya yönelik muvazaaya bir hukuki işlemin hemen her noktasında başvurulabilir. Örneğin ilişkinin niteliği, içeriği ve hatta tarafları bakımından bile muvazaa ile karşılaşmak mümkündür<sup>34</sup>.

Konumuz itibarıyla alt işveren ilişkisinde muvazaa ise daha çok alt işverenliğin görünüşte mi yoksa gerçek mi olduğu bağlamında karşımıza çıkabilmektedir. Nitekim eski dönem uygulamasında sıkça karşılaştığımız bu olguyu (BK. 18 iş hukukunda da geçerli olduğu için) yeni İş Kanunu açıkça dile getirmiştir (İşK. 2/son fıkra). Böylece öğretici çoğunluğunda ve Yargıtay uygulamasında, Yasanın kimi halleri açıkça muvazaa hali saydığı ve bunların özel muvazaa halleri olduğu ve fakat bunlar dışı da genel olarak BK. 18 bağlamında muvazaa hallerinin de olabileceği, ama her iki halde de yaptırımın aynı olduğu, alt işverenliğin geçersiz sayılacağı ve işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceği kabul edilmektedir. Ayrıca Yasa bununla da yetinmeyerek, 5763 sy Kanunla İşK. 3’de yapılan değişiklik ve eklemelerle, işyerinin bildirim ve tescili bağlamında da olsa, sonraki aşamalar için de geçerli olacak şekilde, alt işverenlik ilişkisindeki muvazaa olgusuyla ilgili hem özel bir prosedür öngörmüş ve hem de AİY.’nin çıkarılmasına dayanak hüküm getirmiş ve buna uygun olarak çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği ise, açıkça muvazaa hallerinden söz eden düzenlemeleri beraberinde getirmiştir. Öğretide anılan hallerin birer muvazaa durumunu anlattığını kabul edenler olduğu gibi, burada muvazaa yerine “kanuna karşı hile”den söz edenler de vardır<sup>35</sup>. Oysa



bize göre, Yasa hiçbir yerinde muvazaa oluşturan halleri saymamış ve muvazaa örneği dahi vermemiştir. İşK. 2/6, 7'de dile getirilen durumlar muvazaa değil, birer kanuna/hukuka aykırılık halleridir. Yasa, muvazaa olgusunu BK'ya bırakmış ama hem muvazaa halinde ve hem de saydığı hukuka aykırılık hallerinde yaptırımın aynı olacağını, yani alt işverenlik geçersiz sayılarak işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceğini belirtmiştir.

Bu tartışmayı böylece noktaldıktan sonra, alt işveren ilişkisinin muvazaalılığı konusunda<sup>36</sup> şunları söyleyebiliriz;

İşK. 3'de 5763 sayılı Kanunla 2008'de yapılan değişiklik sonrası çıkarılan AİY. alt işverenlik ilişkisine yönelik olarak muvazaa ismini de anarak bazı hükümler getirmiştir ve öncelikle bunların incelenmesi gerekir. Bu bağlamda şunlar söylenebilir.

Yönetmelik her şeyden önce muvazaayı; “işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini” (AİY. 3/1-g-1), “daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini” (AİY. 3/1-g-2), “asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini” (AİY. 3/1-g-3) ve “kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri” ihtiva eden sözleşme biçiminde tanımlamıştır (AİY. 3/1-g-4). Ancak burada sadece alt işverenlikte muvazaayı tanımlamakla kalmayıp, aynı zamanda bu ilişkinin muvazaalı olduğu kabul edilecek halleri de 4 bent halinde saymıştır. AİY. 12 hükmünü de dikkate alırsak, bunlara AİY. bakımından aksi iddia ve ispatlanabilen birer “muvazaa karinesi” mi yoksa aksi iddia ve ispat edilemeyen “muvazaa faraziyesi” halleri mi denileceği tartışılabilir. Öğretide bunlar aksi iddia ve ispat edilebilen karine olarak kabul edilmektedir<sup>37</sup>. AİY. bununla da kalmayıp iş müfettişince yapılacak incelemede muvazaa bulunup bulunmadığına götürmeye yarayacak emarelerden de söz etmiştir (AİY. 12). Tüm bu

konularda şöyle bir sıra içinde açıklama yapılabilir:

Bir kere gerçek bir alt işverenlik ilişkisinde alt işveren işçilerinin kimler olacağına ve tabi tutulacaklarsa eğitimlerine, onların işe alınışı ve iş ilişkisinin devamı boyunca alacakları emir-talimat konusunda ve disiplin cezası ile işten çıkarma vs. konularında tek yetkili onların gerçek işvereni olan alt işverendir. Asıl işverenin bu konularda yetkisi olamaz. Asıl işveren olsa iş güvenliği vs. noktalarında genel nitelikli talimatlar verebilir. Bunlar onun gerçekten asıl işverenden bağımsız bir işveren olduğuna götürecektir ve eğer bir olayda bu yetkilerin tümü veya bazılarının asıl işverence icra edildiği görülürse, ilkinin muvazaalı olduğu ve alt işverenliğin paravan/geçersiz bulunduğu, sözde alt işverenlik gösterilen işçilerinse baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağı kabul edilir. Bu husus sadece öğretide değil uygulamada Yargıtay'ca da benimsenmektedir.

Alt işverenin aldığı işte kullanacağı iş alet ve malzemelerinin (ekipmanlarının) asıl işverence sağlanması/verilmesinin bir muvazaa oluşturup oluşturmadığı konusuna bizce bir ayırımla yaklaşılmalıdır. Öyle ki, alt işverenlik asıl işin bir bölümünde yaşanıyorsa; bu durumda işletmenin ve işin gereği ile teknolojik uzmanlık gerektirdiği için alt işverenliğe gidilebileceğinden (İş K. 2/6, AİY. 11/3), uzmanı gözüktüğü iş ile ilgili olarak gerekli asgari ekipmana sahip bulunmayan kişinin nasıl olup da alt işveren sayılacağı sorusuyla karşılaşılır. Bizce böyle hallerde alt işverenliğin muvazaalı olduğu kuvvetle muhtemeldir. Nitekim AİY.'deki muvazaa karinesi olarak anılan hallerden birisinin “alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı” hususunu (AİY. 12/2-ç) bu bağlamda değerlendirmek uygun düşer.

### **3. Geçersizliğin etkisi ve kapsamı**

Alt işverenliğin yukarıda değinilen muvazaalı yahut kesin yasaklar gibi nedenlerle geçersiz olduğu hallerde, aslında bu geçersizlik kesin bir geçersizlik olup, geçersizlik sonucu kendiliğinden gerçekleşir. Kesin geçersiz bir işlemin geçersizliğini ilgili herkes ileri sürebileceği gibi yargıcın da re'sen dikkate alması gerekir. Bu bağlamda alt işverenliğin geçersizliğini sözde

alt işveren işçilerinden her biri ileri sürebileceği gibi o alanda ve işyerinde faaliyet gösteren, özellikle de asıl işverenin işyerindeki TİS'in tarafı olan bir işçi sendikasının ileri sürmesi de mümkündür. Şüphesiz bu ileri sürme bir eda davasında yahut TİS yetkisiyle ilgili itiraz davasında gerçekleşebileceği gibi sırf geçersizliğin tespitine yönelik bir tespit davasında da gündeme getirilebilir.

Alt işverenliğin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu hallerde alt işvereninmiş gibi gösterilen işçilerin baştan beri asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceği Yasanın buyruğudur (İşK. 2/7) İşte alt işverenliğin geçersizliğine karar verildiğinde sözde alt işverene ait gözüken işçiler asıl işverenin işçisi sayılacağından onun işyerindeki TİS'den yasal yollardan biriyle yararlanacaklardır. Böylece TİS tarafı işçi sendikası da ilgili işçilerden üyelik yahut dayanışma aidatı biçiminde bir ödenti alabilecektir. Keza işçilere yapılan ödemelerde alt işverene nazaran bir farklılık olacağından sendikanın aidat alacağı miktarı da değişebilecektir<sup>38</sup>.

## **F. Somut Olayın Değerlendirmesi:**

Yukarıda sunulan bilgilerden sonra somut olaydaki verilerin değerlendirimi hakkında sunular söylenebilir:

### **1. Alt işverenlik bulunup bulunmadığı bakımından**

Davalı E.Ü. A.Ş. Seyitömer Termik Santrali İşletmesi'nde kömürden elektrik enerjisi üretimi yapılmakta ve bu iş çeşitli bölümlerden oluşmaktadır. Ayrıca burada yine bir takım yardımcı işler de icra edilmektedir.

Davalı E.Ü. A.Ş. Seyitömer İşletmesindeki elek-değirmen-transfor bakımı vs. işlerini davacının da işe başladığını bildirdiği yıllar öncesinden beri ihale yoluyla ve hizmet alımı sözleşmeleriyle çeşitli firmalara vermekte o firmalar aracılığıyla bu işleri yürütmektedir. İhaleyi alan firmalarla yapılan sözleşmeler ve buna ek teknik şartnameler incelendiğinde, ilk ihaleden bu yana aynı içeriğe sahip oldukları; buna göre firmanın işi Seyitömer işletmesinde ve kendi işçileriyle yapacağı, E.Ü. A.Ş. Seyitömer İşletmesinin de işletmenin geri kalan kısımlarında işçi çalıştıran bir işveren olduğu, hatta önceleri

daha çok ama şimdi nispeten az sayıda işletme işçisinin bile ihaleyi alan firmanın işçileriyle aynı departmanda çalışmaya devam ettiği, ihaleyi alanın bağımsız bir işveren gibi gösterildiği anlaşılmaktadır. Bu durum ise, davalı ile ihaleyi alan firmalar arasında BK. 355 vd. bağlamında bağımsız ve İşK.'dan dışlanan bir alelade eser sözleşmesinin değil, tam tersine, gerek olayların ve davacının çalışmaya başladığı dönemde yürürlükte olan 1475 sy İşK. 1/son fıkra anlamında ve gerekse 10.06.2003'ten beri yürürlükte olan ve bundan itibaren olaya uygulanan 4857 sy İşK. 2/6, 7 anlamında bir alt işverenlik olgusunun ve ilişkisinin bulunduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla E.Ü. A.Ş.'nin asıl işveren, iş alan müteahhitlerinse alt işveren konumunda düzenlendiği görülür.

### **2. Alt işverenliğin yasaya uygun olup olmadığı yönünden:**

İncelemeye çalıştığımız karara konu olayda İşK. 2 anlamında alt işverenliğin bulunduğunu yukarıda dile getirmiştik. Ancak belirtilmeli ki, bu alt işverenliğin işletmenin hangi tür işinde gerçekleştirilmek istendiği ve yaşandığı, olayların başlangıcındaki 1475 sy İşK. açısından önemsizken, olaya sonradan uygulanan 4857 sy İşK. bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira yeni Yasa (1475 sy İşK.'dan farklı olarak) alt işverenlere asıl işin bir bölümünde iş vermeyle yardımcı işlerde iş vermeyi farklı koşullara bağlamıştır. Öyle ki, asıl işin bir bölümünde iş ancak işyeri ve işletmeye ait gerekler ile teknolojik uzmanlık gerektirme koşullarının tümü birlikte gerçekleşip verilirse geçerli olacak, aksi halde (baskın eğilime ve AİY'ye göre) muvazalı sayılarak sözde alt işveren işçileri orada işe başladıkları ilk günden beri asıl işverenin işçisi olarak işlem görecektir (İşK. 2/7).

İşte bu bağlamda uyuşmazlık konusu olaya bakıldığında; davacının da çalıştırıldığı ve alt işverene verilen değirmen-elek bakımı-transfor gibi işlerin ne olacağına gelince, bunun tespiti de önemlidir. Yukarıda da değinildiği üzere, E.Ü. A.Ş.-Seyitömer Termik Santrali İşletmesi'nin nihai işinin kömürden elektrik üretimi olduğu ve fakat bunun sadece elektrik üretim birimleri ve orada yapılan işlerle sınırlı bulunmadığı; elektrik üretimi işinin birbiri içine geçmiş bir-

çok süreçten oluştuğu bu bağlamda kömürün santrale kadar raylı vs. sistemle getirildiği, sonra elek ve değirmende parçalara ayrılarak uygun olanların transfor sistemine gönderildiği ve diğer işlemlerle tamamlanarak elektrik enerjisi üretildiği görülmektedir. Değirmen ve elekler tüm üretim boyunca faaliyettedir ve sırayla ama sürekli bakıma alınmaktadır. Değirmen–elek ve transfor bakımını zaten aslında davalı E.Ü. A.Ş. işçilerinin yaptığı ve taşeron işçilerine işbaşı eğitimi ve denemenin bile yine davalı E.Ü. A.Ş. personeline verildiği/uygulandığı anlaşılmaktadır. Hatta halen E.Ü. A.Ş.'ye ait birkaç personelin bu işlerdeki çalışanları denetleyip onlarla birlikte ve sürekli aynı departmanda bulunup faaliyet gösterdiği dile getirilmiştir<sup>39</sup>. Ayrıca bizzat firma yetkililerinin beyanı ve hizmet alım sözleşmeleriyle teknik şartnamedeki ifadelerden, bakım için gerekli tüm araç-gereç ve malzemelerin asıl işveren E.Ü. A.Ş. tarafından sağlandığı ve ihaleyi kazanan taşerona işçileriyle birlikte teslim edildiği anlaşılmaktadır. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, tartışılrsa da elek-değirmen bakımı kısmının elektrik üretimi içinde yer aldığını söylemenin mümkün olabileceği akla gelmektedir. Uygulamada bir kararda belediyenin makine ikmal ve bakım-onarım işinin onun asıl işlerinden olduğu kabul edilmiştir<sup>40</sup>. Durum böyle olunca da, diğer olgular bir yana, işyerine ve işletmeye ait gerekler ile teknolojik uzmanlık koşulu gerçekleşmeden anılan işlerin alt işverenlere verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü İşK. 2/6 anlamında uzmanlık gerektiren iş “işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir” (AİY. 11/1). Oysa dava konusu olayda taşeron işçileri denilen kişilerin o konuda önceden bilgisi olmadığı gibi, taşeronların yeterli ekipman ve uzmanlığı da mevcut gözükmemektedir. Tam tersine E.Ü. A.Ş.'nin ihaleyi alanlardan daha uzman ve donanımlı bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunun doğal sonucuysa alt işverenliğin (Yargıtay ve baskın eğilime göre) muvazaalı ve (bize göre ise hukuka aykırılık nedeniyle) geçersiz, işçilerinse baştan beri asıl işveren işçisi sayılacağıdır (İşK. 2/7). Nitekim uygulama da böyledir<sup>41</sup>. Ancak bir an için anılan işlerin yardımcı işlerden

sayıldığı düşünülse bile, diğer geçerlilik koşullarının gerçekleşmediği aşağıda görülecektir. Yani yardımcı iş sayılsa bile alt işverenlik geçersiz denilebilecektir.

**3. Oysa ister eski yasa döneminde olsun, istenirse de yeni yasa döneminde bulunsun, alt işverenliğin muvazaa içermemesi ve bir şekilde geçersiz olmaması da geçerli bir alt işverenliğin koşuludur.**

Buna göre; gerçek bir alt işverenlik ilişkisinde alt işveren işçilerinin kimler olacağına ve tabi tutulacaklarsa eğitimlerine, onların işe alınışı ve iş ilişkisinin devamı boyunca alacakları emir-talimat konusunda ve disiplin cezası ile işten çıkarma vs. konularında tek yetkili onların gerçek işvereni olan alt işverendir. Asıl işverenin bu konularda yetkisi olamaz. Asıl işveren olsa olsa iş güvenliği vs. noktalarında genel nitelikli talimatlar verebilir. Bunlar onun gerçekten asıl işverenden bağımsız bir işveren olduğuna götürecek olgulardır ve eğer bir olayda bu yetkilerin tümü veya bazılarının asıl işverence icra edildiği görülürse, ilişkinin muvazaalı olduğu ve alt işverenliğin paravan/geçersiz bulunduğu, sözde alt işvereninmiş gibi gösterilen işçilerinse baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağı kabul edilir. Bu husus sadece öğretilerde değil uygulamada Yargıtay'ca da benimsenmektedir. Oysa önceden de maddeler halinde sıralandığı üzere<sup>42</sup>, ihaleyi alan firmanın burada kaç işçi çalıştıracağı, işçi sayısının gerekirse davalı işletmece değiştirilebileceği, işçilerin davalı yetkililerince işten atılabileceği, işbaşı eğitimi ve denemenin bile davalı işletmece yapılacağı, bu işlerde kullanılacak araç-alet ve malzemenin davalı işletme tarafından sağlanacağı, firma işçilerinin puantajlarının bile davalı işletme elemanlarınca tutulacağı, hatta işçilerin alabileceği ücretin bile davalı işletmece belirlendiği, işçilerin çalışma yerleri ile çalışma saatlerinin işletme tarafından belirlenip değiştirilebileceği yönünde sözleşmelerde ve teknik şartnamelerde açık hüküm mevcuttur. Hatta ihaleyi alan firmanın davacı yerine alacağı işçiyi bile ancak E.Ü. A.Ş.'nin onayıyla aldığı, sözde alt işveren yetkilisinin E.Ü. A.Ş.'ye verdiği dilekçeden açıkça anlaşılmaktadır. Oysa tüm bu

yetkiler bir kimsenin işveren sayılabilmesi için onda bulunması gereken yetkililerdir. Eğer bir kimsede anılan yetkiler yoksa, kağıt üzerinde istendiği kadar işveren yazsın, o kişiyi gerçekte işveren saymak mümkün olmaz. Böyle bir durumda olayda muvazaalı bulunduğu kabul edilerek, onun yerine, anılan yetkileri kendi adına fiilen kullanan kişinin işveren sayılması gerekir<sup>43</sup>. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde; ihale dokümanlarında ve işçilere imzalatılan matbu form şeklindeki iş sözleşmelerinde, E.Ü. A.Ş. ihale makamı ve ihaleyi alan firmalar işveren gösterilse de, aradaki ilişkinin muvazaalı ve geçersiz olup, işçilerin ve davacının gerçek ve hukuki işverenin davalı E.Ü. A.Ş. olduğu, ilişkinin fiili gidişatından ve belgelerden kolaylıkla çıkarılabilmektedir.

Nitekim iş müfettişi S. Ş. tarafından davalı işletmenin teftişi ve fiili durum ile belgelerinin incelenmesi sonucu hazırlanan teftiş raporunda da aynen bu yönde isabetli bir tespitin bulunduğu ve İşK. 92/son uyarınca, aynı değerde bir delille çürütülene kadar ilgilileri bağlayacağı da<sup>44</sup> unutulmamalıdır.

Bu söylenenlerin hem 1475 sy İşK. dönemi için ve hem de 4857 sy İşK. dönemi yani günümüz için geçerli olacağını bir daha vurgulamalıyız. Yeni döneme dair çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği'ndeki muvazaaya dair hükümler de bu savımızı doğrular niteliktedir.

#### 4. **Tüm bunların sonucu is:**

Alt işverenliğin muvazaalı nedeniyle geçersizliği ve davacı işçinin orada işe başladığı ilk günden beri davalı E.Ü. A.Ş. işçisi sayılacağıdır (İşK. 2/7). Bunun sonucundaysa Yargıtay'ın da dile getirdiği gibi, işçiye asıl işverenin işçilerine uygulanan koşullar uygulanmalı ve varsa ve şartlarını sağlıyorsa, asıl işveren (yani tek işveren) işyerindeki TİS'den yararlanabilmesi de gerekir. Aksine tutum, eşitlik ilkesine (İşK. 5) aykırı sayılır. Aynı şey asıl işveren işyerinde faaliyet gösteren bir sendikaya üyelik vs. haller için de geçerlidir. Dolayısıyla, muvazaalı alt işverenliklerde aslında ilgili işçinin sendikal özgürlüğünün de engelle karşılaştığı söylenebilir. Bu söylenenler özel kesim işyerleri bakımından hiç tartışmasız kabullenilirken, kamu işyerlerinde durum biraz tartışmalıdır.

#### 5. **Kamu işyerleri bakımından sonucun farklı olup olmadığı:**

4857 sayılı İşK. 2'ye 01.07.2006 tarih ve 5538 sayılı Yasa ile iki yeni fıkra eklenmiş ve bunlarda kamu işyerlerinde yaşanan alt işverenliklerle de bağlantılı kılınabilir şekilde hükümlere yer verilmiştir. Bunun sonucundaysa öğretide bazı fikirlerin ortaya çıktığı görülmüştür. Hatta davalı Kurum da olayda muvazaalı alt işverenlik olsa bile kendisine özeldeki sonuçların uygulanmayacağını savunarak, sorunu olayımıza da taşımış olup Yargıtay'ın değerlendirmesine vesile olmuştur. Sorunu algılamak ve çözüm önerisi için, önce ilgili fıkra hükümlerinin metnini verip sonra farklı eğilimleri yansıtacak ve nihayetle kişisel eğilimimizi sunacağız.

**a) İlgili hükümler:** Tartışmaya yol açan hükümler şöyledir;

“Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

a. Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

b. Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,

hak kazanamazlar.” (İşK. 2/8)

“Sekizinci fıkroda belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tabii oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tabidir. Sekizinci fıkroda belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum,



kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a. İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b. Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,

yönünde hükümler konulamaz.” (İşK. 2/9)

**b) Değerlendirmeler:** Anılan fıkra hükümlerinin algılanmasına gelince, öğretide bu noktada değişik fikirlerin ileri sürüldüğü görülür. Örneğin bir anlayış, 5538 sy Kanunla İşK. 2'ye eklenen 8. ve 9. fıkra hükümlerini bu konuda yani muvazaalı ve geçersiz alt işverenliklerde asıl işveren kamu işvereniye işçinin baştan beri asıl işveren işçisi sayılmayacağı gibi anlam çıkarmaya gidilebilecek içerikte değerlendirmektedir<sup>45</sup>. Nitekim davalı E.Ü. A.Ş. savunmasında da bu yönde bir tez mevcuttur. Ama öğretide bunun Anayasa'nın hukuk devleti, eşitlik vs. gibi ilkelerine aykırı bulunduğu ve değiştirilmesi gerektiği söylendiği gibi<sup>46</sup>, iş hukukuna ve muvazaalı alt işverenlik ile sonuçlarına yönelik hiçbir etkisinin bulunmadığı bile dile getirilmektedir<sup>47</sup>. Nitekim incelediğimiz kararında Yargıtay 9. HD.'de isabetli olarak, “5538 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İşK.'nın 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir... Alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İşK.'nın 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz” demektedir.

Gerçekten de anılan hükümleri yorumlama-

ya kalkıştığımızda şöyle bir tabloyla karşılaşabiliriz: Bir kere öğretide de dile getirildiği üzere, hizmet alımı sözleşmesi, yüklenici gibi kavramlar iş hukukunun kendi kavramları değildir<sup>48</sup>. Bunlar kamu ihaleleri bağlamında Kamu İhale Kanunu gereği kullanılan kavramlar olup, hizmet alım sözleşmesi ihaleyi kazanan kişi (yüklenici) ile kamu kuruluşu arasında yapılan ve işin nasıl görüleceğine dair taahhütler içeren bir sözleşmedir. Teknik şartname ise hizmet alım sözleşmesinin eki niteliğinde kabul edilir ve bu husus sözleşmeye de yazılır, üstlenilen işin nasıl yerine getirileceğine dair ayrıntılı bilgi içeren bir düzenlemedir. Hizmet alımı sözleşmesinin bir kişiyle ve bizzat onun iş yapması üzerine yapılması mümkün olduğu gibi bir firmayla yapılarak onun işçilerinin ödünç işçi olarak kamuda çalışıp iş görmesi yahut alt işverenlik içeriğinde düzenlenmesi mümkündür. İşte anılan fıkra hükümleri bu anlamda değerlendirilmeye gidildiğinde denebilir ki; anılan hükümlerden birinde (İşK. 2/8) hizmet alımı sözleşmesi uyarınca yüklenici aracılığıyla yani onun işçisi sıfatıyla kamuda çalışanların oradaki kadrolara atanma ve orada kamunun kendi elemanlarına uygulanan TİS ve mevzuata göre belirlenen mali haklar ve sosyal yardımlardan yararlanamayacağı söylenmektedir. Eğer hizmet alımı geçerli bir ödünç iş ilişkisi (İşK. 7) veya alt işverenlik (İşK. 2/6, 7) yoluyla sağlanmışsa, gerek ödünç işçi ve gerekse alt işveren işçisi işi veren kamu kuruluşunun kendi işçisi sayılmayacağına göre, bu işçilerin işi veren kamu kuruluşundaki kadroya atanma ve ondaki kendi personeline uygulanan TİS ve mevzuattaki mali haklar ve sosyal yardımlardan yararlanamayacağı açıktır. Örneğin kamuda çalışan işçilere 6772 sayılı Yasa uyarınca ödenecek ikramiyeden ve (varsa) TİS'deki ücret zammı ve çocuk-yakacak yardımından yararlanamama böyledir. Bizce bu yönüyle anılan hükümde bir terslik mevcut değildir.

Keza hizmet alımına temel olacak sözleşme ve şartnamelere (herhalde); “yüklenicinin kamudan aldığı bu işte çalıştırmak üzere işe alacağı işçilerin belirlenmesi ve alınanların sonra işten çıkarımı yetkisinin ihale sahibi kamu kurum ve kuruluşuna bırakılması” ve “aynı yerde daha önce hizmet alımı sözleşmesiyle veya

geçici işçi olarak çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması” yönünde hüküm konulmasını öngören hüküm (İŞK. 2/9) de önemlidir. Burada işçi alımı ve işten atma yetkisinin işverene ait yetkiler olduğu ve fakat bunun kamu kurumuna bırakımı halinde ilişkinin (duruma göre alt işverenliğin) muvazaalı olduğu ve işçinin aslında işin sahibi kamu kurumunun işçisi olacağı gerçeğinden hareket edilerek bunun engellenmeye çalışıldığı söylenebilir. Daha önce hizmet alımı yoluyla veya ödünç işçi olarak orada çalışmış işçilerin yeni ihalede de ihaleyi alan değişse bile çalıştırılacağı kaydı ise, olayımızda da olduğu gibi alt işverenler değiştiği halde işçilerin hep aynı yerde ve pozisyonda çalışmaya devam etmesini ve böylece oluşabilecek muvazaayı önlemeye yöneliktir denilebilir. Nitekim uygulamada Yargıtay, alt işverenler değiştiği halde işçinin hiç ara vermeden aynı şekilde çalışmaya devam etmesi halinde, işçinin baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağını belirtmektedir<sup>49</sup> ve öğretide de bu anlayış benimsenmektedir<sup>50</sup>. Hal böyle olunca bu hükümde de bir olumsuzluk yoktur denilebilir.

İşte anılan hükümlere böyle bir anlam verilirse, gerçekten de kamu işyerlerindeki muvazaalı alt işverenliğin özele nazaran farklı değerlendirilmediği, muvazaa varsa yine Yasadaki sistemin yani işçilerin baştan beri iş sahibi Kurumun işçisi sayılacağını, bu yüzden de olaydaki Yargıtay kararının bu konuda tamamen isabetli olduğu söylenecektir.

Buna karşın, hizmet alımı sözleşmeleri ve şartnamelere böylesi hükümler konulsa bile olayın muvazaa olmayacağı ve/veya muvazaa olsa bile işçilerin asıl işveren kamu kurumunun işçisi sayılmayacağı ve ondaki işçilere uygulanan haklardan yararlanamayacağı anlamı verilirse; işte bu durumda kamu ve özel kesim işverenleri arasında muvazaalı alt işverenlik ve sonuçları bakımından haksız bir ayırım yapıldığı ve bunun Anayasa'nın eşitlik, çalışma sözleşme özgürlüğü ve hatta sosyal devlet ilkesine aykırı ve devlet ciddiyetiyle bağdaştırmanın zor olduğu düşünülebilir.

Kişisel düşüncemiz; tartışmaya yol açar tarzda düzenlenen ilgili hükümlerin kaldırılması ve bu yapılan kadar da yukarıda söylediğimiz

gibi, kamu işverenleri için herhangi bir avantaj getirmediği ve gerek orada yasaklananlar ve gerekse de başka muvazaa örnekleri yaşandığında kamuda da işçilerin baştan beri asıl işveren kamu kuruluşunun işçisi sayılacağı kabulü uygun ve isabetlidir. O yüzden, bunu dile getiren Yargıtay kararını isabetli buluyor ve katılıyoruz.

Somut olay açısından bakıldığında da, davacı işçinin orada çalışmaya başladığı tarihten işten ayrıldığı ana kadar uygulanan hizmet alımı sözleşmeleri ve teknik şartnamelerde taşeron/alt işveren işçilerinin işe alımı-iş düzeni-tatili-işten çıkarımı-işçilerin sayısının ne olacağı vs konularda asıl işveren Kurumun yetkili kıldığı görülmekte ve uygulamanın da böyle olduğu dile getirilmektedir. Durum bu olunca, olayda muvazaanın varlığı ve işçinin de baştan beri asıl işveren E.Ü. A.Ş.'nin işçisi olarak işlem görmesi gerektiğini söylemeliyiz.

Bunun doğal sonucu olaraksa, davacı işçinin muvazaalı asıl işveren E.Ü. A.Ş. Seyitömer İşletmesinde çalışan kendi işçilerinden sayılarak, ödenmeyen işçilik haklarının eşitlik ilkesi de dikkate alınarak ve TİS'den yararlanma olgusu da değerlendirilerek hesaplanması gerekir. Bu husus hem bu olaya dair Yargıtay bozma kararında ve hem de daha önceki kimi kararlarında açıkça dile getirilmiştir. Nitekim konuya dair bir başka kararında Yargıtay şöyle demektedir; “Davacının davalı işverenin işçisi olduğu, alt işverenle olan ilişkinin muvazaaya dayandığı işe iade davasında kesinleşmiş durumdadır. Bu durumda davacının yaptığı işi ve unvanına göre, davalı işverenin diğer işçileri ile aynı ücreti alması gerekir. Muvazaalı alt işverenlik sözleşmelerine dayanılarak ücret konusunda işçiler arasında ayırım yapılması doğru olmaz”<sup>51</sup>.

**6. Olaydaki alt işverenlikler muvazaa nedeniyle geçersiz olup davacı işçi baştan beri davalı E.Ü. A.Ş. işçisi sayılacağından, devam eden bu davada sadece E.Ü. A.Ş.'nin davalı olarak gösterimi ve busumetin sadece ona yöneltip onun adına hüküm kurulması da doğaldır.**

Çünkü böylesi durumlarda alt işverenlik ge-

çersiz olduğundan, muvazaalı alt işverenlerin davacıya karşı işveren sıfatları yoktur. Nitekim Yargıtay da bu kanaattedir<sup>52</sup>.

### 7. Oysa eğer olaydaki alt işverenlikler geçerli olsaydı

Alt işverenler değiştiği halde işçinin aynı yerde ve konumda çalışmasını sürdürmesi yine bir anlayışa göre muvazaalı alt işverenlik olarak nitelenecek ve alt işverenlik geçersiz olacaktı<sup>53</sup>. Fakat böyle bir durumun alt işverenler arası geçerli biçimde oluşması halinde, böyle bir durum, alt işverenler arasında örtülü bir şekilde işyerinin devri sayılacak ve işçinin hakları kesintisiz olarak tüm alt işverenlere bağlı olarak orada geçirdiği sürelerden oluşacak ve işçilik haklarından dolayı ise asıl işveren birlikte/müteselsil sorumluluk gereği alt işverenlerle birlikte sorumlu olacaktı<sup>54</sup>. Ayrıca bu sorumluluğun sözleşmelerle daraltımı veya kaldırımı da geçersiz olacaktır<sup>55</sup>. Bu konuda son alt işveren ve asıl işveren tüm süre için sorumlu olurken, önceki alt işverenler kendi dönemleri için ve örtülü devir anındaki ücretten hesaplanan kısmından sorumlu olacaktı. Davacı işçininse, müteselsil sorumluluk gereği isterse işverenlerden birini-birkaçını veya tümünü sorumlu tutması mümkündür. Yani eğer olaydaki alt işverenlikler geçerli olsaydı, davacının davasını sadece asıl işveren E.Ü. A.Ş.'ye yöneltmesi bile mümkün ve geçerliydi.

Olaydaki alt işverenliklerin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu ve işçinin baştan beri asıl işverenin işçisi sayılacağı kanısına vardığımızı ve işçilik ücret vs. gibi haklarının da bu ölçü dikkate alınarak hesaplanması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Davada kıdem tazminatı ve kullandırılmayan yıllık izin ücretleri talep edildiğinden, kıdem tazminatına hak kazandığını davacı işçinin ve bunun gereğince ödendiğini ise işverenin kanıtlaması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir<sup>56</sup>. Aynı şey yıllık ücretli izin bakımından da geçerlidir. Yani çalıştığı evrede yıllık ücretli izine/izinlere hak kazandığını ve sözleşmenin sona erdiğini davacı işçinin ispat etmesi ve henüz bunların kullandırılmadığı iddiasında bulunması gerekir. Olayda böyle bir iddianın varlığı gözükmemektedir. Anılan yıllık izinlerin kullandırıldığını kanıtlama yükü

ise davalı işverene düşmekte ve o bunu başaramadığında, kullandırılmayan yıllık izinlerin toplam miktarı bulunarak sözleşmenin son bulunduğu tarihteki ücretten hesaplanarak ödenmesi gündeme gelecek demektir<sup>57</sup>.

## V. SONUÇ:

İncelemeye çalıştığımız bu Yargıtay kararına konu olayda gerçekten de muvazaalı/geçersiz alt işverenlikler yoluyla işçi istihdamının bulunduğu ve neticede kamu işyeri bile olsa, işçilerin baştan itibaren asıl işveren kamu işvereni işçisi sayılacağını, Yasanın bu konuda kamu-özel kesim işverenleri arasında ayırım yapmadığını ve muvazaa ile sonuçlarını değiştirmediklerini, bunu dile getiren Yargıtay kararının tamamen isabetli bulunduğunu düşünüyoruz.

## DİPNOTLAR

- 1 Eser sözleşmesi hakkında bk. P.Gauch, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. Aufl.Zürich 1977, 21 vd. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., Besond. Teil, 1. Halbd. München 1986, § 53, I ved. Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İst. 1992, 346 vd.
- 2 Alt işveren ilişkisine dair fazla bilgi için bkz. T. Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, 1 vd. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, 3. Bası, Ankara 2008, md. 2, 87 vd. ile orada anılanlar. Akyiğit, İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010, 59 vd. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 133 vd. C. Şafak, 4857 sy. İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBBD. Sy, 51, 2004, 111-132. İ. Aydın, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkilerinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004, 162-183. A. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum 2004/1, 31-65. P. Soyer, 4857 sy. İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil/Mart 2006, 16-28. S. Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum 2006/3, 71-97. N. Gerek/İ. Oral, Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, Sicil/Mart 2006, 29-35. Akyiğit, İş Güvencesi, Ankara 2007, 39 vd. İ. Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 153 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik İlişkisi ve Benzeri İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38.
- 3 Krş. N. Ekin, Ekonomik ve Hukuksal Boyutlarıyla Alt İşveren, İTO yy. 93-94. İ. Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 153 vd. 93 vd, 149.
- 4 Tüm bu konularda bkz. Akyiğit, İş K. 2, 89 vd. ile orada anılan kaynaklar.
- 5 Bkz. Akyiğit, 1475 sayılı İşK. Şerhi, Ankara 2001, md. 1, 82-88 ve 97 vd. da anılan Yargıtay kararları.

- 6 Bil. Kom. tas. md. 1/ç.
- 7 Bkz. C. Şafak, 4857 sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Taşeron (Alt İşveren) Meselesi, TBB Dergisi, sy. 51, 2001, 111-132. A.Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum D. 2004/1, 31-66. M. Özveri, Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası, Legal İSGHD. 2004/2, 383-400. Ş. Taşkent, Alt İşveren, Legal İSGHD. 2004/2, 363-366. Akyiğit, Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı, Tühis/Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38.
- 8 Bkz. N. Tarcan, Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil/Eylül 2006 86-91. Krş. Çankaya/Çil, 4857 sy. İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Sicil/Eylül 2006, 69.
- 9 9. HD. 14.07.2008-1929/20008.
- 10 RG. 27.09.2008, No; 27010.
- 11 Bkz. Kaplan/Arıcı/Aktay, 105 dn.76.
- 12 Bkz. Röhsler, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, 259 vd. Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 68-73. Akyiğit, İşK. 2, 90. Çankaya/Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 13 vd. Arslanoğlu, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü İlişkiler, İstanbul 2005, 53 vd. Krş. Aydın, 158-159.
- 13 Bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik ve Benzer İlişkilerden Farkı, 33 vd.
- 14 Akyiğit, İşK. 2, 90. Akyiğit, Alt İşveren, 5 ve Aydın, 159.
- 15 9. HD. 09.10.2003 – 3219/16714.
- 16 9. HD. 14.05.2007 – 3132/14914.
- 17 Bkz ve krş. Aydın, 163.
- 18 Bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik, 10 vd. ile orada anılanlar.
- 19 Taşkent, Alt İşveren, 364. Akyiğit, Alt İşveren, 11-12. Çelik, Asıl İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları, Sicil/Mart 2009, 83-91 (87) krş. Şahlanan, TİD. Hukuk/Mart 2007, 2-4. Süzek, 145 vd. Şen, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi, Çalışma ve Toplum D. 2006/3, 92 vd.
- 20 Bkz. 9. HD. 14.05.2007 – 3132/14914; 14.09.2006 – 24492/22445.
- 21 9. HD. 05.05.2008-15362/11408.
- 22 9. HD. 05.05.2008-15362/11408.
- 23 Akyiğit, İşK. 2, 93 vd. Aydın, 165. krş. Mollamahmutoğlu, 138. Şen, Alt İşverenlik, 80-81.
- 24 9. HD. 22.03.2005-14236/9380.
- 25 5272 sy. Beld. K. 14/a ve 15/2 ile onun yerini alan 5393 sy. Beld. K.
- 26 Akyiğit, İş K. 2, 96 ve Gerek/Oral, 33. Aynı yönde bkz. 9. HD. 30.05.2005-14410/19793.
- 27 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 139.
- 28 Hük. Ts. md. 2 gerekçesi.
- 29 Akyiğit, Alt İşverenlik, 16.
- 30 9. HD. 03.04.2007-10545/9282.
- 31 Bkz. Akyiğit, İşK. 2, 101 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 21 vd.
- 32 Bkz. Akyiğit, İşK. 2, 104 vd. Akyiğit, Alt İşverenlik, 19.
- 33 Akyiğit, İş K. 2, 118 ve Akyiğit, Güvence, 56. Aynı yönde Güzel, 58-59 ve 61. Krş. Uşan, 28 ve 9. HD. 15.05.2006, 11741/14066; 19.06.2006, 15067/17766.
- 34 Bkz. T. Esener, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, 8 vd. Özmen/Özkaya, Muvazaa Davaları, Ankara 1993, 32 vd.
- 35 Bkz. Aydın, 292 vd.
- 36 9. HD. 29.05.2006-13218/15765.
- 37 Bkz. E. Yılmaz, Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaalı Olduğunu Tesbit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası, ÇİD. Ocak 2009 Eki, 16 vd. G. Ürcan, Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler, Legal İSGHD. 2008/19, 964 vd.
- 38 Akyiğit İşK. 2, 118 vd.
- 39 Bunun muvazaa olacağına dair bkz. 9. HD. 27.03.2006-4860/7479.
- 40 Bkz. 9. HD. 04.12.2006-30340/31894.
- 41 9. HD. 14.09.2006-24492/22445.
- 42 Bkz. yukarıda III-9.
- 43 9. HD. 18.11.1997-16673/19164; 9. HD. 09.02.1999-17926/1750.
- 44 9. HD. 09.02.1999-17926/1750.
- 45 F. Demir, İş Hukuku Uygulaması, 5. Bası, İzmir 2009, 34-35. N. Tarcan, Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı, Sicil/Eylül 2006 86-91. Süzek, 165.
- 46 Bkz. N. Tarcan, 86-91. Süzek, 165.
- 47 Bkz. Çankaya/Çil, 4857 sy. İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Sicil/Eylül 2006, 69.
- 48 Süzek, 165.
- 49 9. HD. 07.12.2006-13876/3223.
- 50 Süzek, 159-160 ve K. D. Yenisey, Seminer 2006, 16.
- 51 9. HD. 07.07.2009-25544/20096.
- 52 Bkz. 9. HD. 05.10.2009-35910/25679; 9. HD. 03.05.2004-22214/10373.
- 53 9. HD. 18.06.1997-8568/12193; 9. HD. 22.04.2004-6280/9180.
- 54 Bkz. 9. HD. 07.07.2009-40398/19939.
- 55 9. HD. 18.03.1988-517/3080 ve Demir, 32.
- 56 Bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 2. Bası, Ankara 2010.
- 57 Bkz. Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000.



Doç. Dr. Murat ŞEN

Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Geçersiz Fesihle İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Bildirim Süresi Kullanılması

### T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

**Esas No** : 2009/9-526  
**Karar No** : 2009/583  
**Tarihi** : 23.12.2009

Taraflar arasındaki “İşçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 6. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 13.06.2007 gün ve 2006/922 E., 2007/314 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 04.02.2009 gün ve 2007/36071 E., 2009/1496 K. sayılı ilamı ile; (...1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm temyiz itirazlarıyla davacının aşağıdaki ben-din kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin iş sözleşmesi 31.12.2005 tarihinde feshedilmiş ve süresi içinde feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye dair dava açılmıştır. Kesinleşen işe iade kararı üzerine davacı işçi usulüne uygun olarak işe başlama yönünde talepte bulunmuş, işverence süresi içinde işe başlatılmamıştır.

Davacı işçi açmış olduğu bu davada ihbar tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkemece daha önce ihbar öneli tanınmak suretiyle fesih gerçekleştirildiği gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin reddine karar verilmiştir.

Kararı bu yönden davacı taraf temyiz etmiştir.

İşçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmaz. İşçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama

tarihi fesih tarihi olduğundan, belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekir. Geçersiz sayılan fesih kullandırılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisi düşünülemez. Ancak, geçersiz sayılan fesih sebebiyle işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödeme, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrası hükmüne uygun olarak işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edilir.

Kesinleşen işe iade kararı üzerine işçinin işe başlatılmış olması halinde iş ilişkisi feshedilmemiş gibi değerlendirileceğinden daha önce ödenen ihbar tazminatı konusuz kalmış olur ve işçinin bir alacağından mahsubu gerekir. 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 4.fıkrasında sözü edilen mahsup veya iade yükümü de feshin geçersiz sayılmasına bağlı olarak ortadan kalkmasının bir sonucudur.

İşçinin kesinleşen işe iade kararı ve süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde de önceki fesih ortadan kalkmakta ve işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak değerlendirilmektedir. Dairemizin bu yönde kararları istikrar kazanmıştır (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/27243 K). Bu durumda yine işçiye geçersiz sayılan fesih sebebiyle ödenen ihbar tazminatı konusuz kalmış olur. O halde işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatı tutarı, işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe göre hak kazanılan işçilik alacaklarından mahsup edilmelidir.

Geçersiz sayılan fesih öncesinde usulüne uygun bildirim yapılarak işçiye ihbar öneli kullandırılmış olması halinde ihbar tazminatının ödenmediği açıktır, bundan başka işçi ihbar öneli içinde işverene olan iş görme edimini yerine getirmiş ve bunun karşılığı olarak ücrete hak kazanmıştır. İhbar öneli içinde işçi ve işveren karşılıklı edimlerini yerine getirmiş olmakla sözü edilen ihbar önelinin daha sonra doğan (olan) bir işçilik alacağın-

dan mahsup edilmesi ya da alacağı ortadan kaldırması düşünülemez. Aynı şekilde geçersiz sayılan fesih öncesinde yapılan bildirimde göre kullandırılan ihbar öneli içinde iş arama izinlerinin verilmemiş olması, işçiye 4857 sayılı İş Kanununun 27. maddesi hükmüne göre zamlı ücret ödeme hakkını tanımaz.

4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinin 4. fıkrasında “işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir” hükmüne yer verilmiş olup, anılan kurala göre de geçersiz sayılan fesih öncesinde verilen bildirim önelinin geçerliliğini koruduğu sonucuna varılması doğru olmaz. Düzenleme, açık biçimde “bildirim süresi verilmemiş” olma halini ele almış olup, böyle bir durumda işçinin işe başlatılmadığı tarihe göre ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği tartışmasızdır. Anılan maddede de bu husus düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde “bildirim süresi verilmişse” işe başlatmama tarihine göre ihbar tazminatı ödeme yükümünün olmadığı düzenlenmiş değildir. İlgili hükmün karşıt anlamından yola çıkılarak, geçersiz sayılan fesihler öncesinde bildirim süresi verildiği hallerde sözü edilen ihbar önelinin geçerliliğini koruduğu şeklinde bir yorum İş Hukukunun kurallarına uygun düşmemektedir. Gerçekten fesih geçersiz sayılarak ortadan kalktığına göre, daha önce tanınmış olan ihbar öneli de bir anlam ifade etmez.

Öte yandan, işe başlatılmayan işçi yönünden 4 aya kadar boşta geçen sürenin hizmet süresine ekleneceği tartışmasızdır. Mahkemece varılan sonucun doğru olduğu kabul edildiği takdirde, boşta geçen süreye ait en çok 4 aylık sürenin ilavesiyle 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde belirlenen ihbar önellerinden bir üst dilime geçilmesi halinde de sorun ortaya çıkar. Geçersiz sayılan fesih öncesinde işçinin hizmet süresine göre 6 haftalık bir ihbar öneli tanındığı bir örnekte, işe başlatmama tarihinde gerçekleşen feshe göre 4 aylık boşta geçen sürenin

de eklenmesiyle 8 haftalık ihbar tazminatı yükümü ortaya çıkabilir. Bu durumda ihbar önelinin bölünmezliği ilkesi de gözetildiğinde, geçersiz sayılan (fesh) öncesinde tanıyan ihbar önelinin geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Somut olayda işe iade davası sonunda feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye karar verilmiş ve işçi yasal süresi içinde başvurmuş olmakla 31.12.2005 tarihinde gerçekleşen fesih tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmıştır. Davacının iş sözleşmesi işe iade davası sonunda başvurusu üzerine işverence işe başlatılmamak suretiyle feshedilmiş olup anılan tarihe göre davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmelidir. Geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli kullanılmış olması sebebiyle ihbar tazminatı isteğinin reddi hatalı olmuştur. İhbar tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

## TEMYİZ EDEN

Davacı vekili

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

## SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının ka-

bulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 23.12.2009 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

## KARŞI OY

Olayda tartışmalı olan husus, davalı işverence gerçekleştirilen fesihte, davacı işçiye tanınan ihbar önellerinin yok sayılıp sayılmayacağı yani davacının ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır. Gerçekten davalı işveren, dosya içeriğine göre TİS hükümlerinde öngörülen sürelerle uygun bir şekilde yaptığı bildirimle, iş sözleşmesinin sona ereceğini davacı işçiye bildirmiştir.

İhbar tazminatı ödenmesi ile işverenin usule ve yasal esaslara uygun şekilde ihbar öneli tanınması olgularını birbirinden tümüyle soyutlayan sayın çoğunluğun bozma kararına katılamamaktayız. Kararda “..işçiye tanınmış olan ihbar önelinin bir değeri olmaz” sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen İş K. 21. maddesinde işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının nasıl bir değeri varsa, işçiye ihbar öneli tanınmasının da bir değeri olduğu açıktır.

Bilindiği gibi İş K. 17. maddesi, işçinin kıdemine göre artan ihbar önellerine uyulmasını, buna aykırılık halinde o süreye ilişkin ücret ve eklerinden ibaret “ihbar tazminatı” ödenmesini öngörmektedir. Bir diğer ifadeyle aslolan işçiye ihbar öneli tanınmasıdır. İşveren ihbar önellerine uymuş, usulsüz bir fesih gerçekleştirmemişse zaten ihbar tazminatından da söz edilememektedir, İş Kanunu 21. madde, geçerli nedene ya da şekil şartına aykırı feshin sonuçlarını; 17. madde ihbar önellerine aykırılığın sonuçlarını düzenler. Her iki müessesenin ve yaptırımın dayandığı temeller, koruma alanları birbirinden farklıdır ve birbiriyle karıştırılıp iç içe geçemez. Yasa da bu ayrılığın öylesine far-

kindadır ki; geçersiz fesihle işe başlatılmayan işçiye “bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse” bu sürelerle ait ücretin yani ihbar tazminatının ayrıca ödeneceğini düzenlemiştir. Çoğunluğun kabulünün aksine görüşümüz, 21. maddenin 4. fıkrasının son cümlesinin karşıt anlamından yola çıkılarak ulaşılan bir yorum olmayıp, bizatihi hükmün kendisidir. Hüküm, ihbar tazminatının hangi hallerde ayrıca ödeneceğini düzenlemektedir: 1) İşçiye bildirim süresi verilmemişse 2) Bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse. İctihat ise bu haliyle, maddeye ve hükme 3) İşçiye bildirim süresi verilse de ibaresini eklemektedir.

Üstelik, İş K. 21. madde işe başlatıp başlatmama kararı bakımından işverene 1 aylık mehil tanımakta ve 17. madde de ihbar önellerini asgari 2-4-6-8 haftalık sürelerle düzenlemekte iken, çoğunluk görüşüne göre, işverenin işçiye işe başlatmayacağını (örneğin) 8 hafta önceden yahut toplu iş sözleşmesiyle artırılan süreden önce bildirmesi beklenmektedir. Yasadaki süre 1 ay olduğuna göre, işe iade başvurusunun ardından işverenin 8 hafta sonra işe başlatmayacağını bildirmesinden elbette söz edilemeyecektir. Bunun iş güvencesi sistemiyle de, geçersiz feshin sonuçlarıyla da hiçbir mantıki ve hukuki irtibatı yoktur. Böylelikle, geçersiz fesih ise usulsüz fesih sanki birbiriyle aynı kavramlarmış gibi, geçersiz feshin kendiliğinden ve doğrudan doğruya aynı zamanda usulsüz fesih olduğu varsayımına ulaşılmaktadır. Sadece bildirim sürelerine aykırı feshin yaptırımı olan ihbar tazminatı da hiçbir unsura bakılmaksızın otomatikman hüküm altına alınır hale gelmektedir.

Onama kararında “ihbar önellerinin bölünmezliği prensibinden” hareket etmek mümkün değildir. Öyle ki Yüksek 9.H.D. yerleşik kararlarına göre söz gelimi geçersiz fesih tarihinde hizmet süresine göre 6 haftalık önel üzerinden “ihbar tazminatı ödenen ve işe başlatılmayan” ancak dört aylık

boşta geçen sürenin eklenmesiyle kıdemi üç yılı aşım da 8 haftalık ihbar öneline tabi hale gelen bir işçi bakımından “fark” ihbar tazminatına hak kazanılacağı görüşündedir. O halde bu içtihatlarla da ihbar önellerinin bölündüğü sonucuyla karşılaşıldığından söz konusu ilkenin, fesih usulüne uyulsa da bunun değersiz sayılacağına gerekçe olamayacağı görüşündeyiz.

İş hukukunun genelde işverenin fesih hakkını sınırlayan müesseseleri, özelde süreli feshle ilişkin düzenlemeleri esasen, işçiye daha çok para alacağı sağlamayı değil; iş sözleşmesini olabildiğince ayakta tutmayı, işçi fesihle karşı karşıya gelecekse bunun da usule, yasal esaslara uygun gerçekleşmesini hedefler. Çoğunluk görüşüne göre işverenin 17. maddeye riayet ederek ihbar öneli tanınması hiçbir hukukî değer taşımayacak ve işveren tekrar ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğünde olacaksa, bu sonuç pek çok işvereni geçerli nedene dayanmayan feshin yanında usulsüz feshle de teşvik edebilecektir. İhbar öneli tanınmadığında yeni iş arama izni verilmeyecek İş Kanunu’nun 27. maddesi de hem işlevi hem yaptırımı bakımından etkisizleşecektir. Neticede işçi, ansızın ve hazırlıksız bir biçimde işsiz kalacaktır.

İhbar önellerinin getiriliş amacı bakımından da, hükmün amacı işçinin Yasa’da öngörülen süreler öncesinden artık iş ilişkisinin sona ereceğini bilmesi ve fesihle sonraki sürece hazırlanabilmesidir. İşveren bu esasa ve Yasa’nın öngördüğü usule uyarak işçiye önceden bilgilendirmiştir. Bu feshin geçerli bir nedene dayanmaması yahut 19. maddedeki şekil kurallarına aykırılık içermesi, feshin 17. madde uyarınca usule aykırılığı ile ilgili bir mesele değildir. Fesih geçerli nedenden yoksun olsa ve 20. maddedeki dava neticesinde bu yön tespit edilse dahi hüküm, çözülen iş ilişkisinin fiilen yeniden sürmesini gerçekleştirmeye yeterli değildir. Belirleyici olan işçinin süresi içinde başvurusunun ardından işverenin “azamî” 1 ay içinde nasıl bir tutum sergileyebileceğidir.



İşverence bu yöndeki menfi iradenin açıklanmasının da yine 17. maddedeki usule göre gerçekleştirileceği hakkında Yasa'da hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Esasen 21. maddenin 1. fıkrası ve buradaki "bir aylık mehil" karşısında, yukarıda açıklandığı üzere, böyle bir usulden ve konunun tekrar 17.madde kapsamına çekilmesinden söz edilemeyeceği tabiidir. 17. maddeye aykırılık bulunmadığına göre o maddenin yaptırımını olan ihbar tazminatı yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

21. maddenin 4. fıkrası, işe başlatılmayan işçinin durumunu düzenlerken onun 18. ve 19. maddelere aykırı fesih esnasında aynı zamanda usulsüz, 17.maddeye aykırı bir feshe

de maruz kalmış olabileceği ihtimalini gözeterek, böyle bir "usulsüz fesih yapılmışsa" bunun yaptırımını olan ihbar tazminatının ayrıca ödeneceğine işaret etmiş ve 17. maddeyi tekrarlamıştır. Buna göre 4. fıkranın son cümlesinde öngörülen iki hal mevcut değilse, işe başlatılmayan işçinin tekrar ihbar tazminatı alacağına hak kazanmayacağı, aksi sonucun Yasa'nın 21. maddesine de açıkça aykırı olacağı kanaatiyle yerel mahkeme hükmünün ihbar tazminatı taleplerinin reddi yolundaki direnme kararının onanması gerektiği görüşündeyiz<sup>1</sup>.

A. Nesrin Uygur Yeşil  
21. HD. Üyesi

Ö. Hicri Tuna  
9. HD. Üyesi

## I. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Karara Konu Olay

Karara konu olay, işe iade davasını kazanaarak feshin geçersizliğini tespit ettiren işçinin, işverene başvurmasına rağmen bir aylık süre içinde işe başlatılmaması halinde, işçiye geçersiz kabul edilen fesih nedeniyle bildirim süresi verilmiş ise işe başlatılmama tarihi itibarıyla yeniden ihbar tazminatının ödenmesinin gerekip gerekmediğine ilişkindir.

Somut olayda davacı işçinin iş sözleşmesi 31.12.2005 tarihinde feshedilmiş; fesih bildiriminden itibaren bir aylık süre içerisinde davacı, feshin geçersizliğini ve işe iadesini içeren davayı açmıştır. Mahkemece işe iade kararı verilmiş ve davacı işçi de usulüne uygun olarak işe başlama yönünde talepte bulunmuş ancak işveren, başvuru tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde işçiyi işe başlatmamıştır. Bunun üzerine davacı işçi, ihbar tazminatı isteğinde bulunmuş, mahkeme ise daha önce ihbar öneli tanınmak suretiyle fesih gerçekleştirildiği gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğini reddetmiştir. Mahkemenin ret kararı üzerine davacı işçi, kararı bu yönüyle

temyiz etmiş ve uyuşmazlık Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin önüne gelmiştir.

Somut olayda tartışmalı olan husus, davalı işverence gerçekleştirilen fesihte, davacı işçiye tanınan ihbar önellerinin, feshin geçersiz sayılıp işe iade edilmesine rağmen işçinin işe başlatılmaması halinde yok sayılıp sayılmayacağı, başka bir deyişle, işe başlatılmama halinde davacı işçinin o tarih itibarıyla ihbar tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

### B. Yerel Mahkemenin Kararı ve Gerekçesi

Yerel Mahkeme (İzmir 6. İş Mahkemesi, 13.06.2007, E. 2006/922, K. 2007/314 sayılı kararı ile), önüne gelen ve feshin geçersizliği ile işe iade istemli davada, işe iade kararının kesinleşmesi ve davacı işçinin usulüne uygun olarak işe başlama yönündeki talebine rağmen işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde, davacının ihbar tazminatı isteğini, daha önce ihbar öneli tanınmak suretiyle feshin gerçekleştirilmesi gerekçesiyle reddetmiştir.

Mahkemenin kararı, bu yönüyle davacı işçi tarafından temyiz edilmiş ve uyuşmazlık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir.

### C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Kararı ve Gerekçesi

Yüksek Mahkeme, (Y.9.HD., 04.02.2009, E. 2007/36071, K. 2009/1496 sayılı ilamı ile) işçinin açmış olduğu işe iade davası sonunda, daha önce ihbar öneli tanınmış olan feshin geçersizliğinin tespit edilmesi, kararın kesinleşmesi ve işçinin işe başlamak için başvurması halinde, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değerinin olmayacağını karara bağlamış ve işçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihinin fesih tarihi olduğuna ve bu tarih itibarıyla ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Temyiz Mahkemesi bu sonuca ulaşırken, yerel mahkeme tarafından geçersiz sayılan fesih te kullanılan ihbar önelinin işe başlatmama suretiyle gerçekleşen feshe bir etkisinin düşünülmemeyeceğini; ancak, işçiye ihbar önellerine ait ücretin peşin olarak ödenmiş olması halinde yapılan bu ödemenin, işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret alacaklarından mahsup edileceğini; zira işçinin kesinleşen işe iade kararı ve süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde önceki feshin ortadan kalkıp işe başlatılmadığı tarihin fesih tarihi olduğunun istikrar kazanmış kararı olduğuna vurgu yapmıştır.

Burada yerel mahkeme ile yüksek mahkemenin farklı sonuçlara ulaşmasına neden olan temel sorun, feshin geçersizliği ve işe iade kararı verilmesi halinde, işverene başvuran işçinin bir aylık sürede işe başlatılmaması durumunda, feshin hangi tarihte yapılmış sayılacağı ile mahkemece geçersiz sayılan feshe dayalı olarak yapılan ihbar öneli ve ihbar tazminatı gibi uygulamaların bundan nasıl etkileneceği noktasında toplanmaktadır. Bu bağlamda, işe başlatılmayan işçiye, hangi tarih itibarıyla ihbar tazminatı ödeneceği önem taşımaktadır.

Temyiz mahkemesi, özetle, işçiye tanınmış olan önceki ihbar önelinin bir değeri olmayacağını; işçinin işe başlatılmaması halinde işe başlatmama tarihinin fesih tarihi olacağını ve belirtilen fesih tarihine göre ihbar tazminatının ödenmesi gerekeceğini karara bağlamıştır.

### D. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı ve Gerekçesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin kararını bozmasına rağmen, yerel mahkeme, özel dairesinin bozma kararına direnmiş, bunun üzerine uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş ve Hukuk Genel Kurulu 9. Hukuk Dairesi'nin kararının gerekçelerini yeterli ve tatmin edici bularak oyçokluğu ile yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur.

Hukuk Genel Kurulu'nun oyçokluğu ile aldığı bu karara katılmayan üyeler, karşı oy yazılarında, özetle, ihbar tazminatı ödenmesi ile işverenin usule ve yasal esaslara uygun şekilde ihbar öneli tanınması olgularını birbirinden tüümüyle soyutlayan çoğunluğun bozma kararına katılmadıklarını; geçersiz feshin sonuçlarında nasıl ki işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının bir değeri varsa, aynı şekilde işçiye ihbar öneli tanınmasının da bir değerinin olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Karşı oy yazılarında özellikle, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrasının "İşçiye bildirim süresi verilmemişse" ve "Bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse" bu sürelerle ait ücretin ayrıca ödenmesi gerektiğinin açıkça belirtildiği üzerinde durulup bunun yorum değil hükmün kendisi olduğu vurgulanmış; 9. Hukuk Dairesinin içtihadının ise yorum ile açık hükme (İş K.m. 21/4'e) "İşçiye bildirim süresi verilse de" ibaresinin eklendiği vurgulanmıştır.

Bunun yanı sıra, iş hukukunun amacının işçiye daha çok para alacağı sağlamak değil, iş sözleşmesini olabildiğince ayakta tutmak olmasından hareket edildiğinde çoğunluk görüşünün işverenin usulsüz feshini teşvik ettiği ileri sürülmüş; işverence en geç 1 ay içinde işe başlatılmaması halindeki tutumun 17. maddedeki usule göre gerçekleştirileceği hakkında Yasa'da hiçbir hüküm bulunmadığı vurgulanmış ve dolayısıyla işe başlatmama iradesinin yeni bir süreli fesih olmadığı belirtilmiş ve işe başlatılmayan işçiye yeniden bir ihbar tazminatı ödenmesine gerek olmadığına vurgu yapılmıştır.

## E. Geçersiz Sebep ve Feshin Geçersizliği Kavramları

4857 sayılı İş Kanunu'nun "feshin geçerli sebebe dayandırılması" kenar başlıklı 18. maddesinde, (iş güvencesi kapsamında yer alan işçilerin) işverence yapılacak süreli fesihlerinin geçerli bir nedene dayandırılması zorunluluğu öngörülmüş; işverenin bildirimli olarak iş sözleşmesini feshetmek istemesi halinde, işçinin davranışlarından veya yeterliliğinden ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerektiği vurgulanmış ve geçerli bir fesih sebebi oluşturmayan nedenler de 158 sayılı Sözleşme'ye paralel olarak (m.5-6) ayrıntılı olarak sayılmıştır. Söz konusu hükümde, geçerli sebep kavramına yer verilmiş; 19. maddede "sözleşmenin feshinde usul" ele alınmış, 20. maddede ise "fesih bildirimine itiraz ve usulü" düzenlenmiştir. 21. maddede ise "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları"na yer verilmiştir.

İş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin geçersizliği değerlendirilirken, sözleşmenin geçersizliğine yol açan haller ile feshin geçersizliği birbirinden ayırt edilmeli, İş K. m.18 çerçevesinde geçerli sebebe dayanılmaması ve 19. maddedeki fesih usulüne uyulmaması halinde feshin geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmalıdır<sup>2</sup>. Dolayısıyla, fesih bildiriminde sözleşmenin feshine yol açan geçerli bir sebebin bulunmaması, bildirilen sebebin açık ve kesin şekilde belirtilmemesi veya gösterilen sebebin ispatlanamaması ya da feshin geçerli olarak sonuç doğurabilmesi için uyulması gereken usule uyulmaması (fesih bildiriminin yazılı şekilde yapılmaması, işçinin davranışına veya verimsizliğine ilişkin sebeplerle fesih halinde işçinin savunmasının alınmaması ya da feshin son çare olarak bakılmamış olması) feshin geçersizliğine yol açan durumlar olarak görünmektedir.

İş Kanunu'nun 21. maddesinde geçersiz feshin sonuçları "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren,

işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir."

Söz konusu hükümde feshin geçersizliği, geçerli bir fesih sebebinin olmamasına dayandırılmış ise de, yukarıda sözü edildiği üzere, İş K. m.19 ile getirilen fesih usulüne aykırılık ile iş güvencesine hakim olan bir takım ilkelere uyulmadan yapılan fesih halinde de geçersiz fesihten söz edilir.

Bu çerçevede, iş güvencesi kapsamında olup da iş sözleşmesi geçersiz nedenle feshedilen işçinin, feshin geçersizliği ve işe iade isteğiyle açtığı davada mahkeme feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar vermiş ise, işçinin kararın tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde işe başlamak için işverene başvurusu; işverenin de en geç bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmak zorunluluğu getirilmiştir. Mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesine rağmen işçinin on işgünü içerisinde işverene

başvurmaması halinde ise işverence yapılmış fesih geçerli bir fesih sayılmıştır. Süresi içerisinde işverene başvuru yapılmasına rağmen işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması halinde ise, işverenin işe başlatma yükümlülüğü tazminat yükümlülüğüne dönüşmekte ve işverenin işçiye en az dört ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

Burada, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde işverene, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunluluğu getirilmekte ancak bu zorunluluğa uymayanlara hakim tarafından en az dört ve en çok sekiz aylık ücret tutarında olacak miktarda tazminat yaptırımı öngörülmektedir. Bu nedenle, madde ile öngörülen yaptırımın tam bir geçersizlik yaptırımı olmadığı sonucuna da ulaşılmaktadır. Çünkü geçersizlik yaptırımında, işverence yapılan fesih bildirimini geçersiz sayılır ve bozucu yenilik doğuran hak, iş sözleşmesi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmez, iş ilişkisi taraflar arasında baştan itibaren aynen devam eder; dolayısıyla da işveren işçiyi işe almak ve boşta geçen sürelerle ilişkin tüm ücretini ve diğer haklarını ödemek durumundadır. Başka bir anlatımla, genel hükümlere uygun bir geçersizlik yaptırımında, işverence yapılan fesih (yani bozucu yenilik doğuran hak), iş ilişkisi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı için, geçersizlik kararının kesinleşmesiyle birlikte iş ilişkisi, işçinin başvurması, işverenin işçiyi işe alması ve boşta geçen sürenin bir kısmının ücretinin ödenmesi gibi hiçbir şarta bağlı tutulmaksızın, aynen devam eder.

Oysa ki, İş K. m.21 ile getirilen geçersizlik yaptırımı, işçinin on işgünü içinde işverene başvuruda bulunması, işverenin de derhal değil bir ay içinde başlatması, başlatıp başlatmama konusunda seçim hakkına sahip olması ve başlatmadığı takdirde tazminat yaptırımı uygulanması, yargının karar vermesiyle birlikte hemen devreye girmemesi gibi özellikler taşıyan ve bu gibi yönlerle genel hükümlere uygun geçersizlik yaptırımı ile örtüşmeyen kendine özgü bir geçersizlik yaptırımıdır<sup>3</sup>.

Ancak belirtelim ki, kendine özgü bir takım özellikleri bulunsa da “feshin geçersizliği” kav-

ramı ile, işveren tarafından yapılan fesih bir sonuç doğurmamakta, işverenin fesih işlemi mahkeme kararı ile geçersiz kabul edilmektedir.

## F. Geçersiz Feshin Sonuçları

Mahkeme feshin geçersizliğini başka bir deyişle geçerli usul ve nedene dayanmadan bir fesih gerçekleştirildiğini tespit ettiğinde, işe iadeye karar verir. Dolayısıyla geçersiz feshin ilk sonucu işe iadeye karar verilmesidir<sup>4</sup>. İkinci sonuç ise, işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin ücretinin ödenmesi yani çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücret ve diğer haklarının sağlanmasıdır. Bu sonuçları aynı başlıklar altında ele almakta yarar vardır.

### 1. İşe İade Kararı

Geçersiz feshin ilk sonucu işe iadeye karar verilmesidir. İşe iade edilen işçinin, bir ay içinde işveren tarafından işe başlatılması gerekir. Bu karar, işverene seçimlik bir hak olarak iki yönde yükümlülük getiren bir sonuç doğurmaktadır<sup>5</sup>. Bunlar, işçinin işverene başvurudan itibaren bir aylık süre içinde işe başlatılması, işe başlatılmadığı takdirde tazminat ödenmesidir. Belirtelim ki, mahkemenin işe iade ve tazminattan birini seçme, iadeyi uygulanabilir nitelikte görmeyerek sadece tazminata hükmetme yetkisi yoktur<sup>6</sup>.

#### a. İşçinin İşe Başlatılması

Geçersiz fesihte işverenin birinci tercihi, süresi içinde (yani mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde) işverene başvuran işçiyi bir ay içinde işe başlatmasıdır<sup>7</sup>. İşçinin işe iadesine dair kesinleşen mahkeme kararının ilamlı icra yoluyla uygulamaya koyulması mümkün değildir. Böyle bir mahkeme kararını alan işçi, on işgünü içerisinde işverene müracaat etmelidir<sup>8</sup>. İşveren işe başlatacağı işçiyi eski işinde ve aynı koşullarla çalıştırmak zorundadır<sup>9</sup>. İşçinin işverence işe başlatıldığından söz edebilmek için işe başlatmanın şarta bağlanmaması da gerekir<sup>10</sup>.

Bu takdirde mahkemece feshin geçersizliğine hükmedildiği için iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmemiş kabul edilmekte ve buna göre hüküm ve sonuç doğurmaktadır.



### **b. İşçinin İşe Başlatılmaması Halinde Tazminat Ödenmesi**

İşverenin ikinci tercihi ise, işçiyi işe başlatmaması halinde söz konusu olan bir tazminat ödeme yükümlülüğüdür. “İşe başlatmama tazminatı” veya “iş güvencesi tazminatı” adı da verilen bu tazminat, işçinin “en az dört ay en çok sekiz aylık ücreti tutarında” olup, feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme veya özel hakem kararında kesin miktarı süre olarak belirtilen bir tazminattır (İş K. m. 21/I,II). Belirtelim ki, sendikal sebeplerle iş sözleşmesinin feshi halinde ise işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedilir (Sen. K.m.31/VI).

İşçiye işsizlik sebebiyle verilen ve Gelir Vergisi Kanunu çerçevesinde vergiden istisna tutulan bu tazminat<sup>11</sup>, işçinin işe başlatılmadığı tarihe kadarki son çıplak ücreti dikkate alınarak hesaplanır<sup>12</sup>.

Bu tazminat işçinin işe iade talebinin işverence kabul edilmemesinin bir sonucu olduğundan mahkemenin iş güvencesi tazminatına hükmedebilmesi için işçinin ayrıca bu tazminatı talep etmiş olması da gerekmez; işçinin işe iadeyi istemiş olması yeterlidir<sup>13</sup>. Diğer taraftan hakim, iş güvencesi tazminatını miktar (rakamsal) olarak değil de süre (ay) olarak belirlerken, işçinin işyerindeki kıdemini, işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığını, gerektiğinde fesih nedenini ve şeklini de bir ölçüt olarak dikkate alır<sup>14</sup>. Bu husus maddenin gerekçesinde, “Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, en az dört aylık ve en çok bir sekiz aylık ücret tutarında olmak üzere, mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edilecektir.”<sup>15</sup> sözcükleriyle ifade edilmektedir.

İşe başlatmama tazminatı, işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin on işgünlük süre içinde işverene başvurması ve bir aylık süre içinde de işe başlatılmaması halinde muaccel olur. Başka bir anlatımla, işe başlatmama tazminatı işçinin iş sözleşmesinin geçerli bir nedenle feshedilmemiş olmasının değil, işçinin işe başlatılmamış olmasının bir yaptırımını olduğu için, geçersiz fesih tarihi itibariyle değil, en erken, işverenin, işe iade kararı verilen işçiyi süresi içinde işe almadığı tarih itibariyle doğar

ve talep edilebilir hale gelir. Bu itibarla anılan tazminata fesih veya dava tarihinden veya hüküm tarihinden itibaren faiz yürütülmesi mümkün değildir, muaccel olduğu andan itibaren faiz yürütülmesi gerekir<sup>16</sup>.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken ve Yargıtay’ın 9. Hukuk Dairesi’nin yerleşik içtihadı olmasına rağmen, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda oyçokluğu ile yerel mahkemenin direnme kararının bozulmasına neden olan husus, özü itibariyle, tazminat ödeme yükümlülüğünün tercih edilmesi halinde, iş sözleşmesinin hangi tarih itibariyle sona erdiğinin kabul edileceği ve önceki geçersiz feshi dayalı işlemlerin sonucunun ne olacağı ile ilgilidir.

Kanaatimize<sup>17</sup>, öğretilerdeki baskın görüşe<sup>18</sup> ve Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına<sup>19</sup> göre, işverence işe başlatmama tazminatının ödenmesi tercihi yapıldığında, işverenin önceki feshi geçersiz sayıldığı için devam eden iş sözleşmesi, işverenin işçiyi işe başlatmamaya yönelik davranış veya irade açıklamasıyla feshedilmiş olur<sup>20</sup>. İşveren tarafından yapılmış olan bu yeni fesih de bir süreli fesihtir; işçiye ihbar öneli tanınmadığı veya bildirim süresine ilişkin ücreti peşin verilmediği için usulsüz fesih kabul edilir. Ancak bu yeni feshin geçerli olup olmadığı tartışılmaz ve geçersizliği de talep edilemez<sup>21</sup>. Dolayısıyla işveren, işçiyi işe başlatmamakla yeni bir fesih yapmış olduğu için bu feshin hukuki sonuçlarından doğan tazminatları da işçiye ödemek zorundadır. İşçiye bu tarih itibariyle bildirim süresi verilmemiş olduğu için ihbar tazminatına ve yine bu tarih dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatına ilişkin ödenimin yapılması gerekecektir. Şayet geçersiz fesih tarihi itibariyle ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş ise, sözleşme işçinin işverence işe başlatılmadığı tarihte sona erdiği ve bu arada sözleşme devam ettiği için, geçersiz fesih tarihi ile işe başlatılmama tarihi arasında geçen süreye ilişkin fark da ödenmelidir<sup>22</sup>. İşçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli tanınmış ise, bu takdirde bildirim öneli tanınmak suretiyle gerçekleşen fesih geçersiz sayıldığından, işçi, önel içinde işverene olan iş görme borcunu yerine getirmiş olduğundan bildirim sürelerine ait ücretin iadesi ya da mahsubu mümkün olamayacaktır. Yargıtay’ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir<sup>23</sup>.

Fakat İş Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "...İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir." şeklindeki hüküm farklı bir anlam taşımakta ve işçiye geçersiz kabul edilen feshe dayanarak bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi halinde işverenin ihbar tazminatı yükümlülüğünün bulunmayacağı hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Söz konusu hükme ilişkin gerekçede de "Ancak, bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı işçiye peşin ödenmişse, bu tutar yapılacak ödemeden düşülecek; buna karşılık, peşin ödeme yapılmamış ve de bildirim süresi verilmemiş ise, bu sürelerle ait ücret tutarı işçiye ayrıca ödenecektir." denilerek, mahkemece geçersiz kabul edilen fesih sonucunda işçiye bildirim süresinin verilmesi veya peşin ödeme yapılması ile bu borcun sona ereceğine işaret edilmiştir. Başka bir anlatımla, söz konusu hüküm, açıkça işçiye geçersiz fesih tarihi itibarıyla tanınan bildirim süresinin veya yapılan bildirim süresine ait peşin ücret ödemesinin yeterli olduğunu anlatmaktadır. Böyle olunca da, mahkemece geçersizliğine hükmedilen fesih tarihi itibarıyla bildirim süresi verilmiş ise veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmişse, işçinin ihbar tazminatı alacağına kalmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa ki bu sonuç, işe başlatılmama halinde işçinin işe başlatılmayacağına ilişkin irade açıklamasının yapıldığı veya bir aylık sürenin dolduğu tarih itibarıyla feshin yapıldığı sonucuna aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle işçinin işveren tarafından işe başlatılmaması halinde, İş K. m. 21/IV'de yer alan ikinci cümledeki hüküm nedeni ile, ya "yargı tarafından geçersiz kılınan feshin geçerli hale dönüşmesi"nden<sup>24</sup> ya da "genel hukuk kurallarına aykırı olmasına rağmen yaptırım, kanun tarafından açıkça tespit edilen bir hüküm"den söz etmek gerekecektir. Kaldı ki, Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda karşı oy yazılarının dayandığı temel yasal dayanak da bu hükümdür.

Hukuk Genel Kurulu üyelerini farklı kanaatlere ulaştıran husus, davalı işverence gerçekleştirilen fesihte, davacı işçiye tanınan ihbar önel-

lerinin yok sayılıp sayılmayacağı yani davacının ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı hususudur. Hatta, davalı işverenin kanunda öngörülen 2, 4, 6, 8 haftalık sürelerle değil, TİS'de öngörülen daha uzun süreli bildirimlerle iş sözleşmesini sona erdirdiği anlaşılmaktadır. Karşı oy yazısı yazarlar, ihbar tazminatı ödenmesi ile işverenin usule ve yasal esaslara uygun şekilde ihbar öneli tanınması olgularını birbirinden tümüyle soyutlayan çoğunluk görüşüne katılmadıklarını, adeta "...işçiye tanınmış olan ihbar önelinin bir değeri olmaz" sonucunun kabul edilemeyeceğini vurgulamakta, bizatihi hükmün kendisinin işçiye daha önce ödenen ihbar tazminatının da işçiye tanınan ihbar önelinin de bir değerini olduğunu ifade etmektedirler.

Söz konusu hükmün yorum suretiyle değil, bizatihi kendisinin, geçersiz fesihte işe başlatılmayan işçiye ihbar tazminatının ancak "1) İşçiye bildirim süresi verilmemişse" "2) Bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse" ayrıca ödeneceğini düzenlediğini vurgulamakta; oysa ki, çoğunluk görüşünün, maddeye ve hükme bir de "3) İşçiye bildirim süresi verilse de" ibaresini eklediğini ifade etmektedirler.

Gerçekten, söz konusu hükümde, işçinin işe başlatılmamasının bir sonucu olarak ihbar tazminatı ödenmesi düzenlenmektedir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmesi muhal olduğuna göre, burada kastedilenin önceden (geçersiz fesihle) verilen bildirim süresi olduğu açıktır. Zira, hüküm ile, işverenin geçersiz fesih kararı ile kendisine başvuran işçiyi işe başlatmayacağını (örneğin) 8 hafta önceden yahut toplu iş sözleşmesiyle artırılan süreden önce bildirmesinin beklendiğinin yasadaki işe başlatma süresinin 1 ay olması nedeniyle kastedilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, Kanun, yukarıda açıkladığımız genel hükümlerin aksine olarak, özel bir düzenleme getirmekte ve işçiye bildirim süresi verilmiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmiş ise ihbar tazminatının ödenmesine gerek olmadığını, şayet ödenmedi ise ayrıca ödeneceğini hüküm altına almaktadır.

Ayrıca karşı oy yazılarında, ihbar önellerinin bölünmezliği ilkesinin buna engel oluşturmayacağı, iş sözleşmesinin usule uygun feshinin

de cezalandırılmaması gerektiği hususları gerekçelerle açıklanmış bulunmaktadır.

Belirtelim ki, işverenin işçiyi işe başlatmaması ile kıdem ve ihbar tazminatı muaccel hale geldiği için, zamanında ödenmeyen kıdem ve ihbar tazminatlarına sözleşmenin feshedildiği tarihten itibaren faiz yürütülmelidir<sup>25</sup>.

## 2. Boşta Geçen Sürelere İlişkin Ücretin Ödenmesi

İş sözleşmesinin feshinin geçersizliği yönünde mahkemeden karar alan işçi işe başlatılmadığı takdirde iş güvencesi tazminatına hak kazanacağı gibi ayrıca işe başlatılsın veya başlatılmasın boşta geçen sürelere ilişkin en çok dört aylık ücretini ve diğer haklarını da isteyebilir. Başka bir ifadeyle, işçiye mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir (İş K.m.21/III)<sup>26</sup>. Maddenin gerekçesine göre, “Dava, seri mahkeme usulüne göre görülecek olmakla birlikte, sonuçlanması uygulamada. öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir. Böyle bir durumda -işveren işçiyi ister işe başlatmış, isterse başlatmamış olsun - işçi çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücretini ve diğer haklarını alabilecektir.”

Belirtelim ki, söz konusu ücretin hüküm altına alınması için bu konuda bir talep zorunluluğunun bulunmadığı<sup>27</sup> İş K. m. 21/III'deki hükümden de anlaşılmaktadır: “Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.”

Burada söz konusu olan dört aylık ücret tutarında bir tazminat değil, işçinin boşta geçirdiği dört aya kadar olan sürenin ücreti ve işçinin bu süredeki diğer haklarıdır<sup>28</sup>. Boşta geçen süreye ilişkin ücret ve bu süreye ilişkin diğer haklar işçinin süresi içinde işe başlamak üzere işverene başvurduğu an muaccel olacağından, bu tarihteki ücret esas alınmalıdır<sup>29</sup>. Boşta geçen süreye ilişkin ücretin süre olarak tespiti yapıp miktar olarak belirlenmemesi gerekir. Ayrıca bu ücret, işçiye iş sözleşmesi feshedilmeyip çalıştırsaydı ödenecek ücret olduğu için giydirilmiş ücret (geniş anlamda ücret)

olmalıdır<sup>30</sup>. Sigorta primlerinin ödenmesi de bu kapsamda olup<sup>31</sup> “Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği”nin<sup>32</sup> 115/6-e hükmü konuya ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir: “4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesine istinaden iş mahkemelerince veya özel hakem tarafından verilen kararlar uyarınca, göreve iadesine karar verilen sigortalı için, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının, sigortalıya tebliğinden sonra on iş günü içinde sigortalı işverene işe başlamak üzere başvurduğu takdirde, onuncu iş gününün içinde bulunduğu ayı takip eden ay başından... başlamak üzere Kurumca çıkarılacak tebliğde belirtilecek süreler içinde ödenirse yasal süresi içinde ödenmiş kabul edilir.”

İşçinin iş sözleşmesinin feshinden fesih kararının geçersizliğine kadar geçen süreçte en çok dört ayla sınırlı ücret alacağı da, süresi içinde (on işgünü içinde) işverene başvurduğu anda muaccel olan bir alacaktır. Başka bir söyleyişle, dört aya kadar ücret talebi de, tazminat gibi, işe iade talebinin mahkemece kabulüne bağlı haklar niteliğinde olup, faizin başlangıcı dava tarihi değil, işçinin işverene başvurduğu tarihtir. Yargıtay'a göre de, "...Tazminat miktarı belirlenirken davacının brüt ücreti üzerinden hesaplanma yapılmalı; ikramiye ve diğer sosyal haklar dikkate alınmamalıdır. Öte yandan en çok 4 aylık ücret alacağı işçinin işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olacağından faiz başlangıcı da bu tarih olmalıdır. Yazılı şekilde ücret alacağına dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de hatalıdır<sup>33</sup>.”

Ayrıca, İş Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesine göre; “İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir.” Dolayısıyla, işverence yapılan fesih gereği peşin ödenmiş olan bildirim süresine ait ücreti ve ödenen kıdem tazminatı, hukuki dayanaktan yoksun kaldığı için işverene iade edilir. Ancak iadesi gereken bildirim süresine ait ücreti, yetmediği takdirde kıdem tazminatı, işçiye işverence ödenmesi gereken dört aylık süreye ilişkin ücret ve eklerinden mahsup edilir<sup>34</sup> (İş K. m. 21/IV).

Dört aylık sürenin öngörülmesinde işçinin iş

mahkemesine dava açma süresi ile dava süresi esas alınmıştır. Anayasa Mahkemesi de bu konuya ilişkin bir kararında, “4857 sayılı Yasa’nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasa koyucu tarafından 20. maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemekte ölçü olarak kullanılmıştır... Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır.”<sup>35</sup> gerekçesiyle 4 aylık sürenin Anayasaya aykırı olmadığına oyçokluğuyla hükmetmiştir.

Öğretide tüm boşa geçen sürenin ücretinin ve haklarının ödeneceğine ilişkin bir düzenlemenin daha uygun olacağı da ileri sürülmekte; davaların uzun sürmesinin bedelinin ekonomik bakımdan güçsüz olan ve iade sürecinde ücretinden yoksun kalan işçilere yükletilmemesini savunmaktadır<sup>36</sup>.

İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrası “Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.” şeklinde bir hüküm getirdiği için, üçüncü fıkrada yer alan “Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.” hükmüne aykırı bir sözleşme hükmünün veya mahkeme kararının anlamı olmayacağı açıktır. Yargıtay da, bu hükme aykırı olarak yerel mahkemece verilen işçinin çalıştırılmadığı süre için altı aylık ücret ve diğer haklarının ödenmesine ilişkin kararı bozmuştur<sup>37</sup>.

## II. SONUÇ

İşveren tarafından geçersiz nedenle işten çıkarılan ve işe iade davası sonunda feshin geçer-

sizliğini tespit ettiren işçinin iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi devam etmekte, işverenin fesih işlemi ise geçersiz görülmektedir. Böyle bir durumda on işgünü içerisinde işverene başvurması halinde işverenin işçiye bir ay içerisinde işe başlatması zorunluluğu bulunmaktadır.

İşçinin işe başlatılmaması halinde sözleşme, başlatılmadığı tarih itibariyle sona ermekte ve bu tarih itibariyle feshedildiği kabul edilerek hüküm ve sonuç doğurması beklenmektedir. Dolayısıyla da, işveren, işçiye işe başlatmamakla yeni bir fesih yapmış olduğu için bu feshin hukuki sonuçlarından doğan tazminatları da işçiye ödemek zorunda kalmaktadır. Şayet geçersiz fesih tarihi itibariyle ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş ise, sözleşme işçinin işverence işe başlatılmadığı tarihte sona erdiği ve bu arada sözleşme devam ettiği için, geçersiz fesih tarihi ile işe başlatılmama tarihi arasında geçen süreye ilişkin fark da ödenmeli; işçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli tanınmış ise, bu takdirde bildirim öneli tanınmak suretiyle gerçekleşen fesih geçersiz sayıldığından, işçi, önel içinde işverene olan iş görme borcunu yerine getirmiş olduğundan bildirim sürelerine ait ücretin iadesi ya da mahsubu da mümkün olamamalıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yerleşik kararları ile Hukuk Genel Kurulu’nun oyçokluğu ile almış olduğu bu karara göre, işe iadeye karar verilmiş ve işçi yasal süresi içinde başvurmuş ise, daha önce gerçekleşen fesih tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmış olup iş sözleşmesi işe iade davası sonunda işçinin işverene başvurusu üzerine işverence işe başlatılmamak suretiyle feshedilmiş kabul edilmekte ve davacı işçiye, bu tarihe göre ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği, geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli kullandırılması sebebiyle ihbar tazminatı isteğinin reddedilmemesi gerektiği, genel hukuk kuralları çerçevesinde karara bağlanmaktadır.

Ancak İş Kanunu’nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “... İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler ait ücret tutarı ayrıca ödenir.” şeklindeki hüküm, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin sonucu olarak ihbar tazminatına yönelik özel bir düzenleme



getirmektedir. Bu nedenle hukukun genel hükümlerine aykırı tarzdaki bu hüküm gereğince, işçiye (mahkemece geçersiz kabul edilen feshe dayanarak) bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi halinde işverenin ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü kalmamaktadır. Burada, ya “genel hukuk kurallarına aykırı olmasına rağmen, yaptırımı kanun tarafından açıkça tespit edilen bir hüküm”den ya da karşı oy yazısında söz edilmemekle birlikte “yargı tarafından geçersiz kılınan feshin geçerli hale dönüşmesi”nden söz edilebilir.

Sonuç olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında ifade edilen, Kanun'da genel hükümlere aykırı fakat yoruma ihtiyaç bırakmayacak tarzda açık bir şekilde düzenlenen hüküm nedeniyle, işe başlatılmayan işçiye, işveren tarafından yapılan ve mahkemece geçersiz sayılan feshe dayanarak bildirim süresi verilmesi veya bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi halinde, işe başlatılmaması nedeniyle söz konusu olan fesih için ayrıca ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğini ileri süren karşı oy yazılarına katılıyorum. Dolayısıyla, işe iadeye rağmen işe başlatılmayan işçiye, işverenin geçersiz feshi nedeniyle bildirim süresi verilmiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmiş ise, işe başlatılmaması nedeniyle söz konusu olan fesih için ayrıca ihbar tazminatı ödenmesine gerek yoktur.

Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunun yerel mahkemenin direnme kararını bozan, hukukun genel hükümlerine uygun fakat Kanun'daki açık hükme aykırı olan, işçinin iş sözleşmesinin işe iade davası sonunda başvurusu üzerine işverence işe başlatılmamak suretiyle feshedilmiş olduğu ve anılan tarihe göre işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği, geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli kullanılmış veya bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmiş olması halinde dahi ihbar tazminatına hak kazanacağı yönündeki kararına ise katılmıyorum.

## DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23.12.2009, E. 2009/9-526, K. 2009/583, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları, www.legalbank.net.
- 2 Ercan Akyiğit, İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. B., C. I, Ankara 2008, s. 884; Eda Manav, İş Huku-

kunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 167-168.

- 3 Sarper Süzek, İş Hukuku, 5. Baskı Tıpkı Basım, İstanbul 2009, s. 580; Münir Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, ÇİD, Mart 2009, Özel Ek, s. 16; Fevzi Şahlanan, İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek, Nisan 2003, s. 19; Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 3. B., Ankara 2008, s. 760-762; Mustafa Alp, “İşçinin Feshe Karşı Korunması” (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, 2003, S.1, s. 23; Mehmet Uçum, “İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları”, Karar İncelemesi, Legal YKİ, 2, 2006, s. 185. Kanunda yer verilen feshin geçersizliği deyimi, genel anlamdaki geçersizliği ifade etmektedir. Genelde geçersizlik işverence yapılan feshin iş sözleşmesi üzerinde hüküm ve sonuç yaratmaması, sözleşmenin aynen devam etmesi anlamındadır. Oysa, buradaki geçersizliğe, maddede görüldüğü üzere, işçiyi işe başlatma veya başlatmamaya göre farklı hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Feshin geçersizliği sözü, 25. maddedeki haklı nedenle yapılan feshin hukuki sonuçları ile buradakilerin ayırt edilmesini sağlama amacıyla, feshin kanuna aykırılığını belirtmek için kullanılır. Bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 22. B., İstanbul 2009, s. 237.
- 4 Hükümün gerekçesindeki, “Mahkemenin veya özel hakemin yapılan feshi geçersiz bulması, dolayısıyla işçinin işe iadesine karar vermesi durumunda” sözcükleri geçersiz feshin sonucunun işe iade olduğunu anlatmaktadır. Murat Şen, İş Kanunları Sosyal Güvenlik Kanunları, Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleriyle, Ankara 2008, s. 42.
- 5 Akyiğit, Şerh, s. 893; Ömer Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine”, Mercek, Yıl 7, S. 28, Ekim 2002, s. 107; Mahkemece feshin geçerli bir nedene dayanmadığının kararlaştırılması halinde, işverenin işçiyi işe başlatmak yerine tazminat ödemeyi tercih edeceği genellikle daha baskın bir olasılık olduğundan iş güvencesi yasasının tazminat yaptırımına ağırlık tanıdığı söylenebilir. Bkz. Süzek, s. 579; Alp, s. 22. “...Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak yasa, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanımaktadır. Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır.”, Y9HD., 06.12.2004, E. 2004/28355, K. 2004/26161, Sinerji.
- 6 Çelik, s. 245; Ekmekçi, İş Güvencesi Yasası, s. 107.
- 7 İşe iade yönündeki bu hüküm işyeri sendika temsilcilerine de uygulanacağı için (Sen.K.m.30/D); daha önceki düzenlemede kesin bir şekilde işyerine iade edilen temsilci, bu hükümle, kesin olarak işe iade olanağı elde edemekte, işe başlatılmama durumunda tazminat yaptırımı devreye girmektedir. Bu açıdan, 4773 sayılı Kanun ve 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen düzenleme işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesinde bir geriye gidış anlamı taşımaktadır. Bkz. Polat Soyer, 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşverenin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, s. 292; Mehmet Uçum, “Türk Toplu İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki

- Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002, s. 219-220; Fevzi Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 241-246; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. B., Konya 2008, s. 211.
- 8 Şahin Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004, s. 415.
- 9 Süzek, s. 584; Çelik, s. 243-244.
- 10 "...Davalı işveren boşta geçen sürenin ücretsiz izinli sayılmasını kabul etme koşuluna bağlı olarak davacıyı işe başlatmak istemiştir. Davacı 08.09.2003 günü işyerine gitmiş, saat 16.00'ya kadar işyerinde çalışmadan bekletilmiş sonra işverenin söz konusu şartını duyunca ayrılmış ve bir daha işe gelmemiştir. Burada yasanın aradığı anlamda bir işe başlatmadan söz edilemez. ...", Y9HD., 21.06.2004, E. 2004/3377, K. 2004/15404, Sinerji.
- 11 Danıştay, 3. Dairesi, 15.02.2007, E. 2006/3799, K. 2007/414, Sinerji.
- 12 Ekonomi, s. 16-17.
- 13 Ömer Ekmekçi, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, 1, Ocak-Mart 2004, s. 178; Ali Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s. 108; Soyer, s. 63; Süzek, s. 586.
- 14 "Mahkemece sonuç itibari ile feshin geçersizliğine karar verilmesi doğrudur. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işe başlatmama tazminatının 4 ile 8 ay arasında belirlenirken, işçinin kıdemi ve fesih sebebi gibi nedenlerle yasal sınırlar içinde belirlenmesi gerekir. Davacının emekliliğe hak kazandığı sabittir. Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması uyarınca, emekliği gelen ve iş sözleşmesi işletmeden kaynaklanan nedenle feshedilen, ancak geçerli neden kanıtlanmadığı hallerde fesih sebebine göre işe başlatmama tazminatının alt sınır olan 4 ay üzerinden belirlenmesi gerekir.", Y9HD., 20.02.2007, E. 2006/33626, K. 2007/4743, Sinerji; "4857 Sayılı Yasanın 21. maddesinin birinci fıkrasında işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Fesih nedeni de dikkate alınarak, emekli olarak çalışan davacı için anılan tazminatın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmiş olması hatalıdır.", Y9HD., 30.04.2007, E. 2007/5646, K. 2007/13561, Sinerji.
- 15 Şen, İş Kanunu, s. 42.
- 16 Tankut Centel, "Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, S. 286, Ekim 2003, s. 34; Ekmekçi, İş Güvencesi Yasası, s. 110.
- 17 Murat Şen, "4773 Sayılı Kanuna Göre Bildirimli Feshin Geçerli Nedene Dayanmaması ve İşe İade" (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 08.07.2003 tarihli ve E. 2003/12442, K. 2003/13123 sayılı Kararı Çerçevesinde, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003, s. 772.
- 18 Mollamahmutoğlu, s. 765; Fevzi Şahlanan, "4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri", 4857 Sayılı Yeni İş Kanununu Değerlendirme Konferansları, 2003, s. 90; Ekonomi, s. 16; Devrim Ulucan, İş Güvencesi, İstanbul 2003, s. 85.
- 19 "...İşe iade davası sonunda feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye karar verilmiş olmakla 13.7.2006 tarihinde gerçekleşen fesih ortadan kalkmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/4. maddesinde, işçinin işe başlatılması durumunda peşin ödenen bildirim süresine ait ücretlerle kıdem tazminatının mahsup edileceği hükmüne bağlanmıştır. Sözü edilen hükümde ihbar öneli verilmiş olması halinde ihbar süresinden indirme gidileceği öngörülmediği gibi, bu durum ihbar önelinin bölünmezliği kuralına da aykırılık oluşturur. Kaldı ki davacı işçi geçersiz sayılan fesih öncesinde 2.6.2006-13.7.2006 tarihleri arasında işyerinde çalışmış ve karşılığında ücrete hak kazanmıştır. Bu sürenin ya da ücretinin işe başlatmama suretiyle fesih tarihinde ödenmesi gereken ihbar tazminatından mahsubu doğru olmaz. Davacının iş sözleşmesi bir aylık işe başlatma süresinin sonu olan 21.8.2007 tarihinde feshedilmiş olup, anılan tarihe göre davacı işçiye 56 günlük ihbar tazminatı ödenmelidir. Geçersiz sayılan fesih öncesinde kullanılmış olan ihbar önelinin bildirim süresinden düşülmesi doğru değildir.", Y9HD., 17.06.2008, E. 2008/12025, K. 2008/16090, Sinerji.
- "...Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak yasa, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanımaktadır. Hakim, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçları arasında kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğini hükme bağlamaktadır. Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının ödeneceğine ilişkin kural da, taraflar arasındaki sözleşmesinin bir süre devam ettiğine işaret etmektedir. Feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmekle iş sözleşmesinin kesintisiz devam ettiği ve işe başlatmama halinde feshin bu tarihte gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak yasanın düzenlenmesi gereği bu sürenin 4 aya kadar ücret ve diğer yasal haklarının ödenmesine karar verilen süre; ihbar, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının hesabında nazara alınması gerekmektedir. Bu hukuki düzenleme karşısında boşta geçen 4 aylık süresinin kıdem tazminatına esas süre ile yıllık ücretli izin süresinden sayılması yerine mahkemece yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.", Y9HD., 06.12.2004, E. 2004/28355, K. 2004/26161, Sinerji.
- 20 Savaş Taşkent, "İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi", Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, s. 127; Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler", Genel Bir Değerlendirme, Legal İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 37-38; Güzel, s. 102; Mollamahmutoğlu, s. 767; Ekonomi, s. 16-17; Akyiğit, Şerh, s. 889.
- 21 Ulucan, s. 85; Mollamahmutoğlu, s. 765; Ercan Akyiğit, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s. 325; Akyiğit, Şerh, s. 889, 894.
- 22 Ekonomi, s. 59; Mollamahmutoğlu, s. 767; Süzek, 585; Mehmet Uçum, "İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları", Sicil İHD, Eylül 2008, s. 53; Ulucan, 85; Çelik, s. 243-245; Fevzi Demir, En Son Yargi-

- tay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, s. 244; Güzel, s. 102; Eyrenci, s. 37-38; Manav, s. 388.
- 23 "...Davacı işçiye geçersiz sayılan fesih öncesinde ihbar öneli tanındığı gerekçesiyle ihbar tazminatı isteğinin reddi hatalı olmuştur. Davacı işçiye 24.06.2005 tarihinde yapılan bildirimle ihbar öneli tanınmak suretiyle bir fesih bildirim yapılmış ise de, sözü edilen feshin geçerli bir nedene dayanmadığı işe iade yargılamasında tespit edilmiştir. Davacı işçinin iş sözleşmesi işverence işe çağrılmış olmasına rağmen eski işine başlatılmamış olması sebebiyle 03.08.2006 tarihinde feshedilmiş sayılmalıdır. Anılan feshe göre de, davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmesi gerekir. Bu bakımdan geçersiz sayılan fesih öncesinde tanınmış olan ihbar önelinin sonuca bir etkisi bulunmamaktadır. Daha önce davacı işçiye ihbar tazminatı ödenmiş olsaydı, 03.08.2006 tarihinde gerçekleşen fesih sebebiyle hak kazandığı tutardan indirilmesi gerekirdi. Ancak bildirim öneli tanınmak suretiyle gerçekleşen fesih geçersiz sayıldığından, işçi, önel için de işverene olan iş görme borcunu yerine getirmiş olduğundan bildirim sürelerine ait ücretin iadesi ya da mahsubu mümkün değildir.", Y9HD., 13.05.2008, E. 2007/42521, K. 2008/12221, Sinerji.
- 24 Akyiğit, Şerh, s. 894.
- 25 "Davacı işçinin iş sözleşmesi 13.08.2003 tarihinde davalı işveren tarafından feshedilmiş, davacı işe iade davası açmış ve feshin geçersizliğini tespiti ile işe iadesine dair mahkemece karar verilmiştir. Davacı yasal süresi içinde işe başlamak için işvereni 11.03.2005 tarihinde başvurmuş, işveren bir aylık işe başlatma süresi sonu olan 11.04.2005 tarihinde işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarını ödemiştir. Bu durumda davacı işçi yönünden iş sözleşmesinin feshedildiği tarih, işe başlatılmayacağına açıklandığı ve haklarının ödendiği 11.04.2005 tarihidir. Kıdem tazminatı faizi için sözleşmenin feshedildiği bu tarih yerine, geçersiz sayılan fesih tarihinden itibaren faize karar verilmesi hatalı olmuştur", Y9HD., 06.11.2007, E. 2007/24092, K. 2007/32631, Sinerji.
- 26 "1475 sayılı İş Kanununa 4773 sayılı kanunla eklenen 13/D maddesi uyarınca işçinin çalıştırılmadığı süre için ücrete hak kazanması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin süresinde işe iade için işverene başvurması koşullarına bağlıdır. Gerçekten, anılan yasanın 13/D maddesi "geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlığını taşımaktadır. Geçersiz sebep bulunduğuna karar verilmeyen hallerde bu maddenin uygulama olanağı yoktur. Somut olayda, mahkemece feshin geçersizliğine karar vermediğine göre davanın konusuz kalması nedeniyle davanın ücret isteği hakkında da karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmalıdır." Bu açıdan "feshin geçerli nedene dayanmadığı iddiasıyla dava açmış işçi, dava sırasında işveren tarafından işe başlatıldığı takdirde, boşta kaldığı süreye ilişkin ücreti isteyemez." (Y9HD., 08.07.2003, E. 2003/12444, K. 2003/13125, Tekstil İşveren, S. 285, Eylül 2003, s. 36-37). Bu karara ilişkin ne alt mahkemenin kararının gerekçesine ve varmış olduğu sonuca ve ne de Yüksek Mahkeme'nin gerekçesine katılmanın, hukuken mümkün görünmediği yönündeki değerlendirme için bkz. Tankut Centel, "Boşta Kalınan Sürenin Ücreti (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren, S. 285, Eylül 2003, s. 37-38).
- 27 "...İşçinin işe iade isteği, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatı ve en çok dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret taleplerini de içerir. Bir başka anlatımla, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri olmasa dahi bu hususlar işe iadenin sonucu olup, mahkemece bu konularda da karar verilmelidir." Y9.HD., 11.09.2003, E. 2003/14994, K. 2003/14267, Sinerji.
- 28 Ekmekçi, İş Güvencesi Yasası, s. 108; Alp, s. 22.
- 29 "Boşta geçen süre ücreti ve bu dönemde doğan diğer haklar bakımından da işverenin temerrüde düştüğü tarih işçinin fesih geçersizliğine ilişkin kararın tebliğinden itibaren süresi içinde işverene işe başlatılmak için başvurduğu gündür. Bu nedenle fark ilave tediye, fark ikramiye ve ücret farkı alacaklarına davacının işe başlamak için işverene gönderdiği ihtarnamenin tebliğ tarihi esas alınarak bu tarihten itibaren faiz yürütülmesi gerekirken işe iade kararının Yargıtay'ca onandığı tarihten itibaren faiz uygulanmasına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Y9HD., 25.12.2006, E. 2006/15816, K. 2006/33753, Sinerji.
- 30 Mollamahmutoğlu, s. 769; Akyiğit, İş Güvencesi, s. 337; Süzek, s. 588; Alp, s. 24; Ekonomi, s. 59; "4773 Sayılı Yasa ile değiştirilen 1475 sayılı Yasanın 13-D maddesi II. fıkrasında feshin geçersizliğinin kabulü halinde işçinin Mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların kendisine ödeneceği düzenlenmiştir. Dosya içeriğinden davalının ikramiye ve yemek ücreti haklarının olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu hakları nazara almadan brüt çıplak ücret üzerinden karar vermesi ve belirlemesi hatalıdır.", Y9HD., 01.12.2003, E. 2003/19181, K. 2003/19777, Sinerji.
- 31 Can Tuncay, "İş Güvencesi, Karar İncelemesi", ÇİD, Mart 2004, s. 60; Süzek, s. 589.
- 32 RG., 28.08.2008, S. 26981.
- 33 Y9HD., 06.11.2003, E. 2003/18733, K. 2003/18729 Sinerji.
- 34 "...Ayrıca davacı işçinin hizmet akti ihbar tazminatı peşin ödenerek feshedildiğine göre, davacı işçiye ödenen bildirim süresine ait bu ücretin işverence işe başlatılması halinde davalıya ödenecek boşta geçen günler ücretinden mahsubuna da 4773 sayılı yasanın 13/D-B fıkrası gereğince karar vermek gerekirken bu konuda bir hüküm verilmemesi de hatalıdır.", Y9HD., 15.10.2003, E. 2003/16116, K. 2003/17101, Sinerji.
- 35 AYM., 18.12.2008, E. 2005/2, K. 2008/181, RG., 07.10.2009, S. 27369.
- 36 Süzek, s. 588.
- 37 "Mahkemece, fesih için geçerli neden bulunmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminatın davacının 4 aylık ücret tutarı ile davacının çalıştırılmadığı süre için 6 aylık ücret ve diğer haklarının belirlenmesine karar verilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi'nin 3. Fıkrası'nda "kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir" kuralı öngörülmüş olup, buna göre feshin geçersizliğine karar verildiğinde davacı işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının belirlenmesi gerekir. Mahkemece anılan hükme aykırı olarak davacının çalıştırılmadığı süre için altı aylık ücret ve diğer hakların hüküm altına alınmış olması doğru değildir. Yasal düzenleme gereği davacı işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık süre için ücret ve diğer haklarının belirlenmesine karar verilmelidir.", Y9HD., 05.06.2006E. 2006/11727, K.2006/16256, Sinerji.

Doç. Dr. Süleyman BAŞTERZİ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması

### T.C.YARGITAY

### 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/876  
**Karar No** : 2009/20602  
**Tarihi** : 13.07.2009

### DAVA

Davacı ücret ve vekâlet ücret alacaklarının davalı kurumdan tahsil edilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hakimi ... düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

Davacı vekili, davacı ve davalı idare ile

arasında 21.05.2001 tarihinde ... Avukatlık sözleşmesi imzalandığını, bunun bir hizmet sözleşmesi olduğunu, bu sözleşmenin 31.12.2002 tarihi itibarıyla da ... Genel Müdürlüğü kararıyla feshedildiğini, 04.12.2001 tarihli Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 1. kısım 4. bölümünde Kamu Kurum ve Kuruluşlarının sözleşmeli Avukatlarına 300,00 YTL aylık ücret ödenmesi gerektiğinin düzenlendiğini, bu tarifenin yürürlüğe girdiği tarih ile sözleşmenin fesih tarihi arasında davacıya tarifenin altında ücret ödendiğini, fark tarife ücreti ile davalı adına takip ettiği İş Mahkemesi ve İcra Takibindeki vekâlet ücretlerinin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunmadığını, vekâlet ilişkisi bulunduğunu, iş mahkemesinin görevsiz olduğunu, davacı ile kurum arasında 13.03.2001 tarihli karşılıklı sözleşme imzalandığını, söz-



leşmenin 7. maddesinde aylık ücret yanında, ilamlı-ilamsız icra takiplerinde yaptığı tahsilatlardan dolayı prim ve ücret ödendiğini, davacının sözleşmede kabul ettiği şartlar aksine talepte bulunamayacağını, Avukatlara yeni sözleşmelerde yer alan hükümler doğrultusunda ödeme yapıldığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, taraflar arasında iş sözleşmesi bulunduğu ve iş mahkemesinin görevli olduğu kabul edilerek, davalının davacı avukata Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre eksik ücret ödediği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir, iş mahkemesinin kural olarak görevli olması için davacının işçi, davalının işveren ve aralarında iş ilişkisi olması gerekir.

Dosya içeriğine göre taraflar arasında yapılan sözleşmenin iş sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğu uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/1 maddesi uyarınca iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getirenin iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağılılığı vardır, iş 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, işçinin bu anlamda işveren(e) karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuken, işçiyi kişisel olarak işveren bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda iş yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.

Yukarıda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi-

si bulunduğuna kanıt oluşturabilir. Dikkate alınabilecek diğer bir ölçütte münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yararlanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.

Dosya içeriğine göre davalı kurum ile bağımsız bir organizasyona sahip olan ve serbest avukat olarak kendi bürosunda çalışan davacı avukat, davalı kurumun il sınırları içerisindeki dava ve icra takipleri için sözleşme yapmışlar ve sözleşmede davacı avukata Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca aylık ücret yanında, sayı olarak verilen dava ve icra takiplerinde alınacak vekâlet ücretlerinden belirli bir oranda ücreti vekâlet ödenmesi kararlaştırılmıştır. Sözleşme içeriğine göre davacı kendi ofisinde çalışmakta, sayı ve adet olarak verilen dava ve takipleri takip etmekte, belirli zamanlarda rapor vermektedir. Takip edilen dava ve icra takipleri nedeni ile belirli bir oranda ücreti vekâlet yanında aylık olarak ücret öngörülmesi, taraflar arasındaki ilişkiye iş ilişkisi niteliğini vermez. Davacı avukat aldığı dava ve icra takiplerini teslim aldıktan sonra, kendi iş organizasyonu içerisinde ve işverenin mesai ve iş konusunda bir talimatı olmadan takip etmekte ve sonuçlandırmakta, sadece aşı-

maları ve sonuçları hakkında rapor sunmaktadır. Davacı avukat, aynı iş organizasyonda ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırmakta, keza işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip bulunmaktadır. O halde taraflar arasındaki sözleşmede iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olan hukuki ve kişisel bağımlılıktan söz edilemez. Davacı iş görme edimi bakımında teknik ve ekonomik olarak davalıya bağımlıdır. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasındaki sözleşmede vekâlet ilişkisi ağır basmakta olup, davacı avukat, davalı ise vekil tutan sıfatındadır. Uyuşmazlıkta iş mahkemesinin görevli olmadığı açıktır. Vekâlet ilişkisi nedeni ile uyuşmazlığın, genel mahkeme olan ve davanın değerine göre HUMK.'un 8/1 maddesi gereğince Sulh Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. Görevsizlik kararı verilmesi yerine işin esasına girilerek karar verilmesi hatalıdır.

Diğer taraftan kabule göre, hesaplanan tarife ücretinden davacıya yapılan ödemenin mahsubu sonucu kalan 637,00 YTL olduğu halde bu miktar yerine 3.880,00 YTL alacağına karar verilmesi de isabetsizdir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 13.07.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

### 1. HUKUKİ SORUN

Davacı, 21.05.2001 tarihinde bağitladıkları bir avukatlık sözleşmesine dayalı olarak davalı idareye avukatlık hizmeti sunmuştur. Bu sözleşmenin davalı idare tarafından 31.12.2002 tarihi itibarıyla feshedilmesi üzerine davacı, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 1. kısım 4. bölümünde Kamu Kurum ve Kuruluşlarının sözleşmeli avukatlarına 300,00 YTL. aylık ücret

ödenmesi gerektiğini düzenlendiğini, oysa söz konusu tarifenin yürürlüğe girdiği tarih ile sözleşmenin fesih tarihi arasında kendisine tarifenin altında ücret ödendiğini belirterek, fark tarife ücreti ile davalı adına takip ettiği davalara ve icra takiplerine ilişkin vekâlet ücretlerinin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davacı bu davayı davalı idare ile arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu düşünerek iş mahkemesinde açmıştır. Davalı vekili ise, taraflar arasında iş sözleşmesi değil vekâlet ilişkisi bulunduğunu, iş mahkemesinin görevsiz ol-

duğunu, davalı kurumla bağtlatdığı 13.03.2001 tarihli sözleşmenin 7. maddesine göre davacıya aylık ücret yanında, ilamlı-ilamsız icra takiplerinde yaptığı tahsilatlardan dolayı prim ve ücret ödendiğini, davacının sözleşmede kabul ettiği koşulların dışına çıkarak talepte bulunamayacağını, avukatlara yeni sözleşmelerde yer alan hükümler doğrultusunda ödeme yapıldığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Davaya bakan ilk derece mahkemesince taraflar arasında iş sözleşmesi bulunduğu ve iş mahkemesinin görevli olduğu kabul edilerek, davalının davacı avukata Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre eksik ücret ödediği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Bu kararın temyizi üzerine uyuşmazlığı değerlendiren Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin incelemeye çalıştığımız kararında da belirtildiği gibi, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemelerinde görülecek davalar, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İK'ya dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarına ilişkindir. Buna göre dava konusu uyuşmazlıkta iş mahkemesinin görevli olması için, davacının işçi, davalının işveren, aralarındaki hukuki ilişkinin de iş sözleşmesine dayalı bir ilişki olması gerekir.

Yüksek Mahkeme dava konusu uyuşmazlığa ilişkin temyiz incelemesi sonucunda, davacı ile davalı idare arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesine değil vekâlet sözleşmesine dayandığı, dolayısıyla uyuşmazlığın davanın değerine göre HUMK.'un 8. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna vararak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Görüldüğü gibi incelemeye çalıştığımız Yargıtay kararı, uyuşmazlığın tarafları arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi temeline dayanmaktadır. Bu bağlamda davanın tarafları arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi mi, vekâlet sözleşmesi mi olduğu incelenmiştir. Dolayısıyla Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu kararına ilişkin olarak aşağıda yapacağımız değerlendirmenin konusunu, iş sözleşmesinin dava konusu uyuşmazlık bakımından vekâlet

sözleşmesinden ve diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılması oluşturmaktadır. Anılan ayırım açıklanırken Yargıtay kararında bu ayırımı ortaya koymak üzere dikkate alınan ölçütler değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DİĞER İŞ GÖRME SÖZLEŞMELERİNDEN AYRILMASINDA BAĞIMLILIK ÖLÇÜTÜ

İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Bu tanıma göre iş sözleşmesinin belirleyici unsurları, ücret, iş görme ve bağımlılıktır. Anılan unsurların her biri ayrıca önem taşımakla birlikte, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edici temel ölçüt bağımlılık ilişkisidir. Zira diğer iki unsurun varlığının tespiti genellikle daha az tartışma yaratır. Nitekim incelemeye çalıştığımız kararda iş sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden ayrılması üzerinde durulurken, uyuşmazlık konusu ilişkide iş görme ve ücretin varlığı sabit olduğundan, bu unsurlar üzerinde fazla durulmamıştır. Bununla birlikte ücretin iş sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olduğunu, vekâlet sözleşmesinde ise sadece taraflarca kararlaştırılmış ya da âdet ise vekile ödenmesi gerektiğini (BK. 386/3), dolayısıyla bazı durumlarda vekâlet sözleşmesini iş sözleşmesinden ayırt etmede önem taşıyabileceğini de belirtmek gerekir. Dava konusu uyuşmazlıkta böyle bir sorun ortaya çıkmamıştır.

Bugün İK'nın 8. maddesinde yer verilen bağımlılık unsuru, bu şekilde Yasada ifadesini bulmadan önce de iş sözleşmesini ayırt edici bir unsur olarak öğretî<sup>1</sup> ve yargı<sup>2</sup> tarafından kabul edilmiştir. Bu itibarla, BİK'de gazeteci<sup>3</sup> ve DİK'de gemi adamı<sup>4</sup> tanımlanırken bağımlılık unsuru yeni İK'da olduğu gibi açıkça belirtilmese de bu yasalar anlamında, iş sözleşmesi ve işçinin varlığı için de bağımlılık unsurunun gerekli olduğu kuşkusuzdur. Aşağıda iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru, değerlendirmeye çalıştığımız Yargıtay Kararında bu unsura ilişkin olarak yapılan saptama ve açıklamalar da

gözden geçirilerek incelenmeye çalışılacaktır.

İşçiyle işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin, bu ilişkinin belirleyicisi olduğu ileri sürülen klasikleşmiş üç temel boyutu söz konusudur. Bunlar, ekonomik bağımlılık, teknik bağımlılık ve kişisel – hukuki bağımlılık şeklinde sıralanır. Anılan bağımlılık ilişkilerinden her biri zaman içinde iş sözleşmesine dayalı iş ilişkisini diğer iş görme ilişkilerinden ayırmak amacıyla ortaya atılmıştır.<sup>5</sup>

### 1) Ekonomik Bağımlılık

İş hukukunun doğuş amacından yola çıkılarak iş ilişkisinin ekonomik boyutunun iş sözleşmesini belirleyici bir ölçüt olarak öne sürülmesinin temelinde, iş hukukunun kişiler açısından uygulama alanının ekonomik bakımdan zayıf olanlarla sınırlanması düşüncesi yer alır. İşçiler genellikle ücretlerine dayalı yaşayan kişiler oldukları için, işverenleriyle aralarında ekonomik bağımlılık olduğu savunulmuştur. Bu görüşü ileri sürenlere göre, bir iş sahibine iş gören kişi, yaşamı için gerekli olan geliri esas olarak o işten elde ediyor ve çalışmasını büyük ölçüde söz konusu işverenin yanında sürdürmek durumunda bulunuyorsa işçi sayılır.<sup>6</sup>

Ekonomik bağımlılık ilişkisini esas alan görüş, işçi topluluğunun büyük bir kısmı için isabetli sonuç verse de, ekonomik bağımlılığın mutlak anlamda ayırıcı bir ölçüt olmadığı, belirsizliklere yol açtığı ileri sürülerek haklı olarak eleştirilmiştir. Gerçekten de sürekli olarak aynı işverenin emrinde çalışan işçilerin başka gelirlerinin de olması ve işverenlerine ekonomik yönden bağımlı olmamaları her halde olasıdır. Aynı şekilde, iş gören kişiyle iş sahibi arasında ekonomik bir bağımlılığın bulunması da her durumda bu ilişkinin iş sözleşmesine dayalı bir iş ilişkisi olduğunu göstermez. Sürekli olarak aynı iş sahibi için çalışan ve yaşamını sürdürmesi için gerekli geliri o kişi için gördüğü işten elde eden herkesin işçi sayılması olanaklı değildir. Eser ya da taşıma sözleşmesi gibi başka iş görme sözleşmeleriyle, hatta franchising sözleşmesiyle kişisel olarak bağımsız çalışanların da sürekli ve düzenli şekilde iş yaptıkları iş sahibine karşı ekonomik bağımlılığı bulunabilir.<sup>7</sup> O nedenle, iş sahibiyle iş gören kişi arasındaki

**Ekonomik bağımlılık günümüzde daha çok, klasik anlamdaki işçiyle tam anlamıyla bağımsız çalışan arasında yer alan, üzerindeki işveren otoritesi işçilere göre daha zayıf olmakla birlikte işverene ekonomik bakımdan bağımlı bulunan marjinal çalışan grupların bağımsız çalışanlardan ayrılmasında işlev görmektedir.**

ilişkinin hukuki yapısı yerine tarafların sosyal durumlarını öne çıkaran böyle bir düşüncenin, özellikle Türk Hukuku gibi işçi kavramının belirlenmesinde iş sözleşmesini esas alan hukuk sistemlerinde temel ölçütler arasında savunulması güçtür.<sup>8</sup>

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin incelemeye çalıştığımız kararında "İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmeleri olan eser ve vekâlet sözleşmelerinden ayırt edici en önemli kıstas bağımlılık ilişkisidir. Her üç sözleşmede iş görme edimini yerine getiren iş görülen kişiye (işveren-eser sahibi veya temsil edilen) karşı ekonomik bağımlılığı vardır, iş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır" görüşlerine yer verilmiştir. Bu ifadeden Yüksek Mahkemenin de iş sözleşmesinin belirlenmesinde ekonomik bağımlılığı dikkate almadığı anlaşılmaktadır. Ancak görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme bu sonuca eser, vekâlet ve iş sözleşmelerinin üçünde de iş gören kişinin iş sahibine karşı ekonomik bağımlılığının bulunduğu varsayımından hareketle varmaktadır. Kararda bu yaklaşıma uygun olarak, nedeni açıklanmaksızın davacının davalı idareye ekonomik bakımdan bağımlı bulunduğu belirtilmiş, buna karşın davacının iş sözleşmesiyle değil vekâlet sözleşmesiyle çalıştığı sonucuna varılmıştır. Oysa yukarıda iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından dahi bunun aksi durumların söz konusu olabileceğini, başka bir deyişle işçinin ekonomik bakımdan işverene bağımlı olmaya-



**Çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine dayanıp dayanmadığının tespitinde bütün ölçütler gözden geçirildikten sonra başvurulması gereken, sosyolojik yorum metodu ile yapılacak değerlendirmede tarafların sosyo-ekonomik durumlarına bakılması, hâlâ dikkate değer bir ölçüt olma özelliğini korumaktadır.**

bileceğini belirttik. Diğer iş görme sözleşmeleriyle çalışanlar bakımından ise bu olasılık daha da yüksektir. O nedenle iş gören kişinin iş sahibine ekonomik bağımlılığının bulunması, daha çok iş sözleşmelerinde olmak üzere, iş görme sözleşmelerinde sadece bir olasılık olarak değerlendirilebilir. Kuşkusuz bu dahi ekonomik bağımlılığı iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmada güvenilir bir ölçüt olmaktan çıkarır.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ekonomik bağımlılık ölçütü anılan nitelikleri nedeniyle çok belirleyici olmasa da, işçiyi diğer iş görme sözleşmeleriyle çalışanlardan ayırma konusunda bugün ön planda olan kişisel hukuki bağımlılık ve bu ölçütün yeniden tanımlanmasıyla öne çıkan işverenin iş organizasyonu içinde onun yararına iş görme ölçütünü destekleyici ikincil bir ölçüt olarak değerlendirilebilir.<sup>9</sup> Ekonomik bağımlılık günümüzde daha çok, klasik anlamdaki işçiyle tam anlamıyla bağımsız çalışan arasında yer alan, üzerindeki işveren otoritesi işçilere göre daha zayıf olmakla birlikte işverene ekonomik bakımdan bağımlı bulunan marjinal çalışan grupların bağımsız çalışanlardan ayrılmasında işlev görmektedir. İşçi benzeri olarak adlandırılan ve ekonomik bakımdan zayıf konumları nedeniyle işçiler gibi korunma ihtiyacı içinde olan bu gruptakilerin bağımsız çalışanlardan ayrılmasında işletme riski ölçütü yanında ekonomik bağımlılık ölçütü de hâlâ dikkate alınmaktadır. Anılan kapsamda

çalışanlara örnek olarak, ev hizmetlerinde çalışanlar, ticari temsilciler, sigorta prodüktörleri, evde çalışanlar gösterilmektedir.<sup>10</sup>

Bu bağlamda son olarak belirtmek gerekir ki, incelememizin sonunda üzerinde duracağımız, çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine dayanıp dayanmadığının tespitinde bütün ölçütler gözden geçirildikten sonra başvurulması gereken, sosyolojik yorum metodu ile yapılacak değerlendirmede tarafların sosyo-ekonomik durumlarına bakılması hâlâ dikkate değer bir ölçüt olma özelliğini korumaktadır.

## **2) Teknik Bağımlılık**

İşçiyle işveren arasındaki bağımlılığın ikinci görünüm biçimi teknik bağımlılıktır. İşçiler birçok durumda işverenlerin işyerlerindeki araç-gereç ve hammaddeler gibi maddi unsurlarla müşteri çevresi, bir takım ticari haklar gibi maddi olmayan unsurları kullanarak iş görürler. Yine, işlerini görebilmeleri için, işin nasıl, nerede, hangi araçlar kullanılarak, hangi yöntemle yerine getirileceği konusunda işverenin talimatlarına ihtiyaç duyabilirler. Bu durum işverenleriyle aralarında teknik bir bağımlılık yaratır.<sup>11</sup> Aslında anılan ikinci durum, belki de daha çok aşağıda incelemeye çalışacağımız kişisel hukuki bağımlılık kapsamında değerlendirilmelidir. Zira, çalışan açısından bir ihtiyaç olsa da olmasa da iş görme ediminin somutlaştırılması işverenin yönetim hakkı çerçevesinde vereceği emir ve talimatlarıyla gerçekleşir. Kişisel ve hukuki bağımlılığın bir ifadesi olan bu yetkinin dayanağıysa iş sözleşmesidir.<sup>12</sup> Bu konu aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Belirtmek gerekir ki açıklamaya çalıştığımız anlamda bir teknik bağımlılık iş ilişkisinde her zaman karşılaşılabilecek bir durum değildir. Çünkü yapılması, maddi olan ya da olmayan herhangi bir donanımına gerek göstermeyen işler olabileceği gibi, iş gören kişinin kendi araç gereçlerini kullanması da her zaman iş sahibine bağımlı olmadığını göstermez.<sup>13</sup> Öte yandan, özellikle vasıflı işçiler işverenin bilgi ve talimatlarına ihtiyaç duymaksızın iş görebildikleri gibi, diğer iş görme sözleşmeleriyle çalışanların da belirli ölçüde işverene teknik bağımlılıkları bulunabilir. Buna örnek olarak, iş sözleşmesindeki kadar yoğun

olmamakla beraber vekâlet sözleşmesinde de vekilin müvekkilin açık talimatlarıyla bağlı olması gösterilmektedir (BK.389).<sup>14</sup> Ancak teknik bağımlılık ölçütünün bu şekilde bazı durumlarda yetersiz kalması bütünüyle göz ardı edilmesini de gerektirmemektedir. Diğer ölçütlerle birlikte destekleyici ek bir ölçüt olarak değerlendirilmesi uygun olur.<sup>15</sup> Nitekim İngiltere’de, çalışan kişinin bir başkasının yararına iş görürken kullandığı araç gerecin mülkiyetine sahip olması, yargı kararlarıyla şekillenen, bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırmaya yarayan ölçütler listesinde yer almakta ve bağımsız çalışmaya işaret ettiği kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Aynı durum, İtalya<sup>17</sup> ve İspanya’da da<sup>18</sup> söz konusudur. Bu konu aşağıda iş sözleşmesiyle çalışanlarla serbest girişimci arasındaki ayrımın ölçütleri arasında ayrıca ele alınacaktır.

İncelemeye çalıştığımız kararda da “... malzemenin işveren tarafından sağlanması, ... kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgular ...” dan biri olarak belirtilmiştir. Kararda ayrıca “Davacı iş görme edimi bakımından teknik ve ekonomik olarak davalıya bağımlıdır” ifadesine yer verilmiştir. Ancak kararda davacı avukatın “Dosya içeriğine göre davalı kurum ile bağımsız bir organizasyona sahip olan ve serbest avukat olarak kendi bürosunda çalışan ...” bir kişi olduğu da tespit edilmiştir. Bu ise davacı ile davalı idare arasındaki teknik bağımlılığın ancak vekâlet sözleşmesinde olduğu üzere en alt düzeyde olduğuna işaret etmektedir.

### 3) Kişisel ve Hukuki Bağımlılık

Bağımlılık ilişkisinin, iş sözleşmesini ve çalışma ilişkisini belirleyici asıl boyutu, işçiyle işveren arasındaki kişisel ve hukuki bağımlılıktır. Bu bağımlılık, işçinin iş sözleşmesiyle hukuki olarak işverenin emir ve otoritesi altına girmeyi, taahhüt ettiği iş görme edimini sözleşme ve emredici yasa hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla işverenin belirlediği koşullarda, onun talimatları doğrultusunda ifa etmeyi kabul etmesinden kaynaklanır. Böylece işçiyle işveren arasında hiyerarşik bir bağ kurulmuş olur. Bu bağ bir özel hukuk sözleşmesine (iş sözleşmesi) dayandığı için hukukidir. Öte yandan,

işçinin kişiliğinin bir parçası olan işgücünü, emrine hazır tutarak işverene bağladığı için, kişisel bir bağımlılıktır. İşveren bu bağımlılık ilişkisinden doğan yönetim yetkisine dayanarak verdiği talimatlarla işin yürütümünü ve işyeri düzenini sağlar. Belirli koşullarda aynı yönetim yetkisine dayanarak işçilere disiplin cezası uygulayabilir.<sup>19</sup>

Yüksek Mahkemenin incelemeye çalıştığımız kararında işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin öne çıkan asıl belirleyici boyutunun hukuki ve kişisel bağımlılık olduğu şu görüşlere yer verilerek dile getirilmiştir: “ ... iş 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, işçinin bu anlamda işveren(e) karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işveren(e) bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur.”

Yukarıda teknik bağımlılık başlığı altında da belirtildiği gibi, işçilerin işverene karşı olan kişisel ve hukuki bağımlılıklarının yoğunluğu, işyerindeki konumlarına ve vasıflarına bağlı olarak görece bir nitelik taşır. Özellikle iş görme ediminin somutlaştırılması noktasında uzmanlık sahibi işçilerle işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi zayıflayabilmektedir. Nitekim incelemeye çalıştığımız karara konu iş görme ilişkisinde iş gören kişi avukattır. Özel uzmanlığı gerektiren bu meslek dalında icra edilen faaliyet iş sözleşmesine dayansa da işverenle avukat arasındaki bağımlılık ilişkisinin, vasıfsız ya da yarı vasıflı pek çok işçiye göre daha zayıf olacağı kolaylıkla söylenebilir. Kişisel hukuki

**1950’li yıllardan başlayarak işverenin kontrolünde çalışma ölçütü yerini işverenin iş organizasyonu içinde çalışma ölçütüne bırakmıştır.**

bağımlılığın bu görelî yapısı, gelişen ekonomik ve teknolojik koşullara bağılı olarak ortaya çıkan atipik yeni istihdam biçimleri nedeniyle de tartışılmış ve bu ilişkinin sürekli olarak yeniden tanımlanması ve yeni ayırt edici ölçütler geliştirilmesi ihtiyacını canlı tutmuştur. Aşağıda kısaca bu süreç incelenmeye çalışılacaktır.<sup>20</sup>

#### 4) Kişisel Hukuki Bağımlılığı Belirleyen Ölçütler

##### a) İşverenin Kontrolünde İş Görme

Zaman içinde kişisel hukuki bağımlılığın belirlenmesine ilişkin çok çeşitli yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Bunların çıkış noktasını bağımlı çalışanların bağımsız çalışanlardan ayrılması ihtiyacı oluşturmuştur. Söz konusu ihtiyaç iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında olduğu gibi mali hukuk alanında da gözlenmiştir. İş ve sosyal güvenlik hukuku bağlamında işverene kişisel ve hukuki bakımdan bağımlı olarak çalışan işçiyle bağımsız çalışanların ayrılmasına ilişkin ilk ölçütün 20. yüzyılın başında İngiltere’de “kontrol testi” adı altında ortaya çıktığı görülmektedir. Bu ölçüt işverenin sadece çalışanların ne yapacağını değil, işlerini ne şekilde yaptıklarını da kontrolü altında tutup tutmadığı ya da buna hakkı olup olmadığı esasına dayanmaktadır.<sup>21</sup> Kontrol testi, Fordist yasal modelin Hollanda, Almanya, Fransa ve Avusturya gibi Avrupa ülkelerinde gözlenen tipik bağımlılık özelliklerini yansıtmaktadır.

İncelediğimiz kararda da kişisel hukuki bağımlılık ilk olarak anılan klasik boyutuyla ortaya konmuştur. Bu bağlamda şu görüşlere yer verilmiştir: “...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. ...” “... İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. ... iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, ... kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak ... olgulardır.”

Anılan klasik ölçütün eleştirilen yönünü uzman işgücünün bağımsız çalışanlardan ayrılmasıyla yetersizliği oluşturmaktadır. Zira işverenin işin nasıl yapılacağı konusunda uzman işgücü üzerindeki yönetim hakkı çok sınırlı kalmaktadır. 20. yüzyılın ortalarından itibaren anılan nedenle yeni ölçüt arayışlarının başladığı görülmektedir.

##### b) İşverenin İş Organizasyonunda İş Görme

1950’li yıllardan başlayarak işverenin kontrolünde çalışma ölçütü yerini işverenin iş organizasyonu içinde çalışma ölçütüne bırakmıştır. Söz konusu bakış açısıyla geliştirilen sınıma modeline İngiltere’de, işçinin çerçevesi işverence çizilen iş organizasyonuna katılıp bütünleşmesi temeline dayandığı için, “bütünleşme testi” adı verildiği görülmektedir. Bu noktada özellikle Güney Avrupa ülkelerinde bağımlı bağımsız çalışma ayrımında, bağımlılık ilişkisi ölçütünün yanında mesleki faktörlerin de devreye girebildiğini, buna karşılık kuzey Avrupa ülkelerinde, çalışmanın iş sözleşmesine dayanmasının kural kabul edilip bunun dışındaki bütün çalışmaların bağımsız çalışma olarak değerlendirildiğini belirtmek gerekir.<sup>22</sup>

İşverenin iş organizasyonu içinde çalışma, ilk olarak uzman işgücünün işverene bağımlılığının ortaya konması için geliştirilmiş bir model olmakla birlikte, daha sonra atipik çalışma biçimlerinde bağımlılık ilişkisinin ortaya konmasında da kullanılmış, yargı kararlarında ve öğretide sürekli tartışılıp yeni ölçütlerle desteklenerek günümüze kadar işlevselliğini korumaya devam etmiştir.

Bu modelde, işçiyle işveren arasındaki bağımlılık, işin ne zaman, ne sürede, nerede yapılacağı ve içeriğinin ne olacağı işverenin talimatlarıyla belirlenmesi, işçininse çerçevesi anılan şekilde çizilen organizasyona katılması olarak tanımlanmaktadır.<sup>23</sup> Anılan çerçevede çalışma koşullarını, iş sözleşmesinden kaynaklanan yetkisiyle mevzuata aykırı olmamak üzere iş sahibi belirliyor, iş gören kişi iş görme edimini iş sahibinin emir ve talimatlarına uygun olarak, onun belirlediği koşullarda sunuyorsa, iş sahibiyle iş gören kişi arasında kişisel bağımlılık ilişkisi bulunduğu sonucuna varılmaktadır.

İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda onun için çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması, amaca uygun olarak işin yapılması noktasında belirli ölçüde serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini zedelememektedir. Zira işçi her halde işverenin belirlediği amaç için çalışmaktadır. Ancak, bu modelde bağımlılık ilişkisinin varlığını koruyabilmesi için, işverenin gözetim ve denetim yetkisine sahip olması gerektiği kuşkusuzdur. Aksi halde, işverenin öngördüğü amaca yönelik olarak çerçevesini çizdiği koşullarda iş görülmesinin yaratması beklenen bağımlılık havada kalır. Bu nedenle bağımlılık ilişkisinin varlığından söz edilebilmesi için, işin iş sahibinin belirlediği çalışma koşullarına uygun olarak ve onun öngördüğü amaç doğrultusunda yürütülmesi, iş sahibinin denetim ve gerektiğinde yönetim hakkına dayanarak işin düzenli yürütümünü sağlamak üzere disiplin yaptırımını uygulama yetkisine sahip olması gereklidir.<sup>24</sup>

İncelemeye çalıştığımız Yargıtay kararında, kişisel ve hukuki bağımlılığın değişen koşullar nedeniyle yeniden tanımlanması sonucu ortaya çıkan, işverenin kurduğu iş organizasyonunda işveren yararına çalışma ölçütü "... iş görenin ... bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ... kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak ... olgular..." arasında belirtilerek ve "... İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz." görüşlerine yer verilerek açıklanmıştır. Kararda ayrıca "... özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir." denilmek suretiyle de bu ölçüt dile getirilmiştir. Daha sonra ise, anılan ölçütler çerçevesinde dava konusu olay gözden geçirilmiştir.

Karara göre, davacı avukat hizmet verdiği kurumdan bağımsız bir iş organizasyonuna sahiptir. Kendi bürosunda çalışmakta ve davalı kuruma il sınırları içindeki dava ve icra takiplerinde avukatlık hizmeti sunmaktadır. Davacı bu hizmeti işverenin mesai ve iş konusunda bir talimatı olmadan takip etmekte ve sonuçlandırmakta, sadece yaptığı işin aşamaları ve sonuçları hakkında iş sahibine rapor sunmaktadır. Bunun karşılığı olarak da Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenen ücret yanında, sayıyla verilen dava ve icra takiplerinden elde edilecek vekâlet ücretinden sözleşmede kararlaştırılan oranda pay almaktadır.

Anılan tespitler çerçevesinde davacı avukatın iş sözleşmesiyle çalışmadığı sonucuna varılmıştır. Bu olayda davacı avukatın, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre ücret alması ve yaptığı işin aşamalarına ve sonuçlarına ilişkin olarak iş sahibine rapor sunması, iş sahibiyle aralarında bir bağımlılık ilişkisi bulunduğu izlenimi vermekteyse de kendi iş organizasyonunda çalışması ve bu çerçevede işini kendi bürosunda yapması ve işin yapılma zamanını kendisinin tayin etmesi davalı kurum ile aralarındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayanmadığı sonucuna varılmasında etkili olmuştur.

İşverenin kurduğu iş organizasyonunda çalışma ölçütü incelenirken, işin yapılma zamanı ve işyeri kavramlarının gözden geçirilmesi zorunludur. Yukarıda görüldüğü gibi incelediğimiz kararda da bu ölçütlere yer verilmiştir. Pek çok Yargıtay kararında iş sözleşmesinin belirlenmesinde işin yapılma zamanı ölçütünün dikkate alındığı görülmektedir.<sup>25</sup> Gerçekten de işin, mevzuata uygun olarak, sözleşmede belirlenen ya da işverenin yönetim hakkı çerçevesinde öngördüğü zaman diliminde ve sürede yapılmasının gerekli olması, çalışan kişinin iş gördüğü kişiye karşı sözleşmeden kaynaklanan hukuki bağımlılığının önemli bir göstergesi olup, aralarındaki sözleşmenin bir iş sözleşmesi olduğuna kanıt oluşturur. Ancak, iş görme ediminin düzenli zaman dilimlerinde ifa edilmediği esnek süreli çalışmalarda iş gören kişiyle iş sahibi arasındaki bağımlılık ilişkisinin saptanması aynı derece kolay olmayabilir. Örneğin, işçinin her gün için kararlaştırılan çalışma sü-



resinin ne zaman başlayıp ne zaman biteceği konusunda serbest olduğu kayan iş süreleri söz konusu ise veya hafta ya da ay gibi belirlenen belirli bir dönemde öngörülen çalışma süresini doldurmak koşuluyla günlük çalışma süresinin ne zaman başlayıp ne zaman biteceği yanında uzunluğunun da çalışan tarafından belirlenebildiği vasıflı kayan iş sürelerinin uygulandığı durumlarda, iş sahibiyle iş gören kişi arasındaki bağımlılık ilişkisi bir ölçüde zayıflamaktadır. Bu durumda yine, işin yapılma zamanının iş organizasyonunun bir unsuru olarak değerlendirilmesi zorunluluğu doğmaktadır. Anılan kapsamda bir değerlendirmeye gidildiğinde iş gören kişinin işverenin organizasyonu çerçevesinde öngörülen bir zaman diliminde belirli bir süre çalışma yükümlülüğünün bulunması durumunda aralarında bir hukuki bağımlılık ilişkisinin var olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buna karşılık, iş gören kişi iş sahibine belirli

dikkate alarak iş sözleşmesiyle çalıştığı sonucuna varmıştır.<sup>27</sup> Buna karşılık Yüksek Mahkeme 2001 yılında verdiği diğer bir kararında, İspanyol demiryolu şirketi RENFE'nin hizmet alım sözleşmesiyle hekimlik hizmetinden yararlandığı doktorun, şirket işyerinde haftanın belirli günlerinde ve belirli saatlerinde çalışmasına karşın iş sözleşmesiyle çalışmadığını kabul etmiştir. Mahkeme kararında, sözleşmede işin yapılacağı gün ve saatlerin tarafların anlaşmasıyla belirlendiğine, işin yapılma zamanının tek tarafı olarak şirket tarafından öngörülmesinin söz konusu olmadığına, çalışma zamanının bu şekilde tarafların anlaşmasıyla belirlenmesinin temelinde doktorun çalışmasının, yine haftanın beş günü 09.00-11.30 saatleri arasında hekimlik hizmeti verdiği diğer bir işyerindeki çalışmasıyla çakışmaması düşüncesinin yattığına da dikkat çekilmiştir. Mahkeme, bu durumu ve taraflar arasındaki sözleşmenin diğer unsurla-

## Bir başkasının kurduğu organizasyon içinde iş görse dahi çalışanın bağımlı olup olmadığı araştırılırken kimin yararına çalıştığına ve risk üstlenip üstlenmediğine bakmak gerekir.

sürelerde iş görmeyi taahhüt etmesine rağmen iş sahibini daha çok iş görme ediminin sonucu ilgilendiriyor ve çalışan kişi çalışma süresine ilişkin olarak iş sahibinden etkin bir talimat almıyorsa, aralarında bir bağımlılık ilişkisi bulunmadığı sonucuna varılabilir. O itibarla, zaman ölçütünün bağımlılık ilişkisinin göstergelerinden sadece biri olduğunun, bazı durumlarda tek başına yeterli olmayabileceğinin altını çizmek gerekir. Örneğin, esnek çalışma ilişkileri dikkate alındığında iş sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden ayrılmasında zaman unsuru tek başına yeterli olmayabilir.<sup>26</sup>

İspanyol Yüksek Mahkemesi (Sosyal İşler Dairesi) 2000 yılında verdiği bir kararında, gerekli olduğu ölçüde, haftanın bir ya da birkaç günü bir binanın iç temizliğini yapan kişinin, temizlik yapacağı zamanı belirlemede serbest olmasına karşın, iş ilişkisinin diğer unsurlarını

rını birlikte değerlendirerek, davacı doktorun, davalı şirketin iş organizasyonu içinde ve onun talimatlarına tabi olarak bağımlı çalışmadığı sonucuna varmıştır.<sup>28</sup>

Aynı yaklaşımın incelemeye çalıştığımız olaydaki gibi avukatlık hizmetlerinin sunulmasında da benimsenmesi uygun olur. Buna göre, avukatlık mesleğinin icrasında avukat haftanın belirli gün ve saatlerinde hizmetini işyerine giderek müvekkiline sunsa da hizmetin sunulma zamanının belirlenmesinde avukatın iş organizasyonuna göre iş sahibiyle anlaşması söz konusu ise, diğer deyişle çalışma zamanının belirlenmesinde tek başına işveren etkin değilse, haftanın belirli günlerinde ve saatlerinde işyerine gelip hizmet sunması tek başına iş sahibiyle avukat arasında iş sözleşmesi bulunduğu sonucuna varılmasını gerektirecek ölçüde bir bağımlılık ilişkisi yaratmayabilir. Anılan değer-

lendirmede icra edilen mesleğin özelliklerinin de dikkate alınması uygun olur.

Bu bağlamda belirtelim ki, Almanya'da mahkemeler Ticaret Yasası'nın 84. maddesinin 1. paragrafında yer alan ve bağımsız ticari temsilciyi, kendi çalışma faaliyetini organize edebilen ve çalışma zamanını kendisi belirleyebilen kişi olarak belirten tanıma atıfta bulunarak, çok geniş bir alanda olmasa da ilke olarak işini kendisi organize edemeyen ve çalışma zamanını belirleyemeyen kişileri işçi kabul etmektedir.<sup>29</sup>

İşyeri kavramına gelince, bağımlılık ilişkisini belirlemek üzere geliştirilen iş organizasyonu kavramı bugün işyerinin tanımlanmasında da işlev üstlenmiştir. 4857 sayılı yeni İK'da işyeri işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmıştır (m.2/1). İşverenin mal ve hizmet üretimi için önceden belirlediği koşullar ise, iş organizasyonunu ifade etmektedir. Nitekim İK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında anılan tanım verildikten sonra 2. fıkrada işyerine bağlı yerler tanımlanmış, 3. fıkradaysa, işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlarla oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre işyerine bağlı yerler, işverenin işyerinde ürettiği mal ve hizmet ile nitelik yönünden bağlı bulunan, diğer bir deyişle aynı teknik amaca yönelik olarak faaliyet gösteren ve aynı yönetim altında örgütlenen yerlerdir. Yasada işyerine bağlı yerler anılan şekilde tanımlanırken bu yerlere bazı örnekler de verilmiştir. Görüldüğü gibi, işyerine bağlı yerlerin Yasadaki tanımında da yönetimde birlik, aynı işverenin yönetiminde ona bağlı olma unsuru öne çıkmaktadır. Şu halde çalışan kişinin işverenin iş organizasyonu içinde faaliyet gösterdiği sonucuna varılmışsa, iş organizasyonu içinde kalan bütün yerler işyeri sayılacağı,<sup>30</sup> dolayısıyla bu durumun varlığı başlı başına çalışmanın işverenin işyerinde yürütüldüğünü göstereceği için, ayrıca işin işverenin klasik anlamda işyerinde görülüp görülmediğinin araştırılması gereksiz ve yanıltıcı olur. Belirtmek gerekir ki, işyeri bu şekilde yeniden tanımlanmadan önce de, iş sözleşmesiyle çalışan kişinin işini klasik anlamda işyerinde ya da

işyeri dışında yürütmesinin işçi niteliğini etkilemeyeceği haklı olarak ileri sürülmüştür.<sup>31</sup>

İncelemeye çalıştığımız Yargıtay kararında da işin işverene ait işyerinde görülmesi, iş sözleşmesinde bağımlılık unsuru içinde değerlendirilmekle birlikte, bağımsız yardımcı bir olgu olarak tanımlanmıştır. Yukarıda açıkladığımız gibi bu unsurun artık bağımsız yardımcı bir ölçüt olarak değil, işverenin kurduğu iş organizasyonunu ifade eden bir ölçüt olarak değerlendirilmesi daha uygun olur.

İşverenin iş organizasyonuna katılma ölçütü kural olarak buraya kadar açıklamaya çalıştığımız çerçevede işçiyle işveren arasındaki kişisel hukuki bağımlılık ilişkisini belirleyebilmekteyse de, birçok durumda yetersiz kalmış ve bu ölçütü destekleyecek yan ölçütlere de ihtiyaç duyulmuştur. Söz konusu yan ölçütler büyük ölçüde işverenin iş organizasyonu içinde daha çok esnek istihdam biçimleriyle çalışan işçileri, yine diğer bir iş sahibinin iş organizasyonu içinde faaliyet gösteren bağımsız çalışandan ayırmak üzere ortaya atılmıştır. Burada ayırıcı temel ölçüt ise çalışan kişinin serbest girişimci özelliği taşıyıp taşımadığıdır. Aşağıda serbest girişimcilik kavramı üzerinde durulmaya çalışılacak ve incelemeye çalıştığımız karar bu bağlamda değerlendirilecektir.

### c) Serbest Girişimcilik

Serbest girişimciliğin en belirgin özelliği kendi hesabına çalışma ve risk üstlenmedir. Şu halde bir başkasının kurduğu organizasyon içinde iş görse dahi çalışanın bağımlı olup olmadığı araştırılırken kimin yararına çalıştığına ve risk üstlenip üstlenmediğine bakmak gerekir. İş gören kişi, bir işverenin iş organizasyonu içinde ve onun yararına hizmet ediyorsa ve yaptığı işin riskini üstlenmiyorsa, aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu sonucuna varılır. Buna karşılık risk üstleniyor ve kendi yararına iş görüyorsa, bu faaliyetin serbest girişimcilik temelinde bağımsız bir çalışma olduğu sonucuna varmak gerekir.

İngiltere'de 1960'lı ve 1970'li yıllarda genel bir destek gören bu yaklaşım esas olarak istihdam ilişkisinin ekonomik yapısı üzerine odaklanmakla birlikte, bireyin çalışma yaşamının çeşitli diğer boyutlarını da dikkate alan çok öl-

çütlü bir yaklaşım niteliği kazanmıştır. Bu özelliği nedeniyle “girişimcilik testi” adı verilen bu modele dayalı sınamanın, “ekonomik gerçeklik testi” olarak adlandırıldığı da görülmektedir.<sup>32</sup>

Anılan yaklaşımın öne çıktığı iki yargı kararından ilkinde, kendisine hizmet veren kamyon şoförünün sosyal sigorta primlerini ödemesi istenen davacı şirket, şoförle aralarında iş sözleşmesi bulunmadığını, dava konusu şoförün de arasında bulunduğu şoförlerin davacı şirketten alım satım ya da kira sözleşmesiyle temin ettikleri kamyonlarla karıştırılmış hazır beton taşıdıklarını ileri sürmüş ve bu konuda imzalanan 30 sayfalık bir sözleşmeyi mahkemeye sunmuştur. Sözleşmede yer alan, kamyonların sadece şirket işlerinde kullanılacağı, işin şirketin talimatlarıyla sürdürüleceği ve makul bütün talimatlara uyulacağı hükümleri, şirketin şoförler üzerinde kontrol ve denetim yetkisi bulunduğunu göstermekteyse de, sözleşmede işin yapılma zamanına, şoförlerin tatil sürelerine ilişkin düzenlemelere yer verilmediği, ayrıca şoförlerin kamyonun kullanılmasında başka kişileri çalıştırmasını engelleyen bir düzenlemeye de gidilmediği tespit edilmiştir. Sözleşmede şoförlerin yıllık asgari bir limitin altında kalmamak koşuluyla taşıdıkları betona göre para alacakları öngörülmüştür. Bu davaya ilişkin Mahkeme kararında iş sözleşmesinin varlığı üç koşula bağlanmıştır. Birincisi, iş sözleşmesiyle çalışan kişi ücret karşılığında hizmetini işverenin emrine hazır tutmayı, ikincisi, açık ya da örtülü olarak işin görülmesi sırasında iş gördüğü kişiyi işveren statüsüne oturtacak düzeyde onun kontrolüne tabi olmayı kabul eder. Üçüncüsü, çalışanla iş sahibi arasındaki sözleşmenin diğer koşulları da iş sözleşmesinin niteliğiyle uyumlu olmalıdır. Mahkeme anılan üçüncü koşulun karşılanmadığı gerekçesiyle dava konusu şoförün bağımsız çalışan olduğu sonucuna varmıştır.<sup>33</sup>

Aynı konuya ışık tutan diğer bir davada anılan üçüncü koşul daha iyi açıklanmıştır. Söz konusu davada bir market araştırmacısının kendi adına bağımsız çalışan olup olmadığı araştırılmış, anılan üçüncü koşul kapsamında, özellikle sözleşme çerçevesinde hizmetini başka iş sahiplerine de sunup sunamayacağı ve başarısızlığının riskini üstlenip üstlenmediği so-

ularının yanıtları araştırılmıştır. Anılan son iki sorunun olumsuz yanıtlanması üzerine market araştırmacısının işçi olduğuna karar verilmiştir.<sup>34</sup> Görüldüğü gibi, bu kararla birlikte serbest girişimcinin belirlenmesinde, başka işverenlere de hizmet etme ve girişim riskini üstlenme ölçütleri öne çıkmaktadır. Bu davadaki ölçütler 1990 yılında Temyiz Mahkemesi (Privy Council) tarafından diğer bir davada da benimsenmiştir.<sup>35</sup> Türkiye’de de Yargıtay, iş sözleşmesinin varlığı için, hukuki bağımlılık yanında, ekonomik riskin işverende olup olmadığına da dikkat edilmesi gerektiği görüşündedir.<sup>36</sup>

Serbest girişimciliği bağımlı çalışmadan ayırt etmeye yarayan işletme riski ölçütünün öne çıktığı söz konusu İngiliz Mahkemesi kararında, serbest girişimciyi bağımlı çalışandan ayıracak ölçütlerin tüketici biçimde sayılacağı bir listenin verilemeyeceği, bu listenin olaylara göre gelişeceği de belirtilmiştir. O tarihten bu yana, İngiltere’de yargı kararlarıyla birçok ölçüt tespit edilmiştir. Bu yaklaşımın bazı Avrupa Birliği ülkelerine de yansıdığı görülmektedir.<sup>37</sup>

İş ilişkisinin ekonomik yapısına odaklanan yaklaşımın, 1980’li yıllarda Alman iş hukuku öğretisinde de Rolf Wank tarafından işçi kavramının yeniden tanımlanması çabasının bir ürünü olarak gündeme getirildiği görülmektedir. Wank, bağımsız çalışanı, kendi isteğiyle girişim riskini üstlenen kişi olarak tanımlamıştır. Yazara göre, tek taraflı, adil olmayan sözleşmelerin önlenmesi için riskler ve fırsatlar dengelenmelidir. Böyle bir denge yoksa çalışan kişi otomatik olarak işçi sayılır.<sup>38</sup> Söz konusu yaklaşım, işçiyle bağımsız çalışan arasında gri bölgede kalan işçi benzerlerini göz ardı etmekte ve bu gruptakileri de işçilerle birlikte iş ve sosyal güvenlik yasalarının kapsamına dahil etmektedir. Wank’ın bu görüşü bazı eyalet iş mahkemelerinin kararlarına yansımakla birlikte, iki nedenle Federal İş Mahkemesince benimsenmemiştir. Söz konusu nedenlerden ilki, Wank’ın önerdiği modelin 19. yüzyılın sonunda sosyal güvenlik kurumlarınca geliştirilen, Weimar döneminde ve ardından Federal Cumhuriyet döneminde mahkeme kararlarıyla yerleşen geleneğe aykırı olmasıdır. Kıta Avrupa’sında mahkemeler kararlarını değiştirme özgürlüğüne sahip olsalar da

yerleşip gelenekselleşen yaklaşımların değiştirilmesi kolay değildir. İkincisiyse, bazı yasalarda işçi benzerlerinin özel olarak düzenlenmesi, diğer deyişle yasa koyucunun çalışanları işçiler, işçi benzerleri ve bağımsız çalışanlar olarak üç gruba ayırması ve bu gruplardan birinin yorum yoluyla göz ardı edilmesinin güçlüğüdür. Daha da önemlisi, yargısal içtihatlarla oluşan geleneksel modele yöneltilen, hukuki belirsizlik yarattığına ilişkin eleştirinin Wank'ın modeline de yöneltilebilir olmasıdır. Zira bu modelin dayandığı ihtiyari risk üstlenmenin ne zaman var olduğu çok belirgin değildir. Aynı şekilde, risklerle fırsatların ne zaman dengede olacağı da belirsizdir. Sağlayacağı yararın çok net olmaması, mahkemelerin birkaç yüzyılda yerleşen gelenekleri terk etmek istememeleri yönündeki eğilimlerini güçlendirmiştir. Kaldı ki geleneksel modelin sosyal bakımdan kabul edilemez sonuçlar doğurduğu ileri sürülemeyeceği gibi, bu metot yeni kavramların eklenmesine de kapalı değildir.<sup>39</sup> Bu bağlamda Federal Anayasa Mahkemesi, son yıllarda meydana gelen sosyal ve yapısal değişikliklere karşın, sosyal güvenliğin amacının bu yöntem sayesinde gerçekleştiğini açıklamıştır.<sup>40</sup>

İngiliz hukukunda olduğu gibi Almanya'da da, Federal İş Mahkemesi, iş ilişkisini bağımsız çalışmadan ayırt etmeye ilişkin tanımlanmış tek bir ölçüt bulunmadığını belirtmiş<sup>41</sup> ve karşılaşılan olayların özelliklerine göre birçok ölçüt geliştirmiştir. İtalya'da da benzer bir durum söz konusudur.<sup>42</sup> Aşağıda ayrıntılarıyla gözden geçirileceği üzere, değerlendirmeye çalıştığımız karar ile Türk iş hukukunda da yargı içtihadıyla çok ölçütlü bir yaklaşımın benimsenmeye başlandığı görülmektedir. İncelemeye çalıştığımız kararın bu açıdan ayrı bir önem taşıdığını vurgulamak gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki çalışma ilişkilerinin dinamik yapısı nedeniyle serbest girişimciyi bağımlı çalışandan ayırmaya yarayan ölçütlerin bugüne kadar tespit edilenlerle de sınırlı kalamayacağı açıktır.<sup>43</sup> Şimdi kısaca yargı kararlarıyla ortaya konulan ve incelemeye çalıştığımız kararda satır başlarıyla belirtilen serbest girişimciyi bağımlı çalışandan ayırt etmeye yarayan ölçütler üzerinde durmaya çalışacağız.

#### **d) Serbest (Bağımsız) Çalışmayı Bağımlı Çalışmadan Ayıran Ek Ölçütler**

##### *aa) İşin yönetimi ve gerçek denetimi*

Yukarıda belirtilen ölçütler yanında bağımsız çalışanı işçiden ayırmada dikkate alınan durumlardan ilki, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendisi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilir. Burada önemli olan iş sahibinin kurduğu organizasyon kapsamında iş gören kişi üzerindeki kontrolün derecesidir.

Alman Federal İş Mahkemesi, her ay belirli miktarda fotoğraf çekip iş sahibine verme yükümlülüğünde olan, ancak belirli bir zamanda belirli bir yerde bulunması zorunluluğu aranmayan fotoğrafçının bağımsız çalışan olduğuna karar vermiştir.<sup>44</sup> Buna karşılık, Mahkeme belirli iş nöbetlerini kabul etmeme hakkına sahip olan gazetecinin, müdür tarafından böyle bir görevin önerilmesi durumunda görevi kabul etmesinin beklendiğini dikkate alarak işçi olduğu sonucuna varmıştır.<sup>45</sup> Burada önemli olan, çalışanın verilen görevi işini kaybetmeksizin serbestçe reddedip edemeyeceği, yeni görevler için hazır bekleyip beklemediğidir. Görüldüğü gibi üzerinde durulan husus gerçek nihai kontrolün kimde olduğudur. Federal İş Mahkemesi yine aynı yaklaşımla, birkaç dilde dünya çapında yayın yapan "Deutsche Welle" radyo programında topladığı haberleri metin haline getirip her akşam saat 18.00'de okuyan kişinin, işe ne zaman başlayacağı ve işini nasıl yapacağı konusunda tamamen serbest olmasına karşın, bu işi yapabilmesi için yoğun bir şekilde çalışmasının bir zorunluluk olduğunu dikkate alarak işçi olduğuna karar vermiştir.<sup>46</sup> Özellikle, iş sahibinin doğrudan otoritesi altına girmeden sadece onun kurduğu iş organizasyonunda faaliyet gösterme durumlarında, iş sahibinin, onun için iş gören kişi üzerindeki kontrolünün derecesi kişisel ve hukuki bağımlılığın belirlenmesinde önemli bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır.



İncelemeye çalıştığımız Yargıtay kararında da işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğu ölçütünün dikkate alınarak uyumsuzluğun çözülmeye çalışıldığı görülmektedir. Kararda bu ölçüt şu şekilde ifade edilmiştir: “Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir. ...”

Kararda bu görüşlere yer verildikten sonra yapılan değerlendirmede, kendi bürosunda serbest avukatlık faaliyeti sürdüren davacı avukatın, davalı işveren kurumla il sınırları içerisinde

iş organizasyonu içerisinde ve işverenin mesai ve iş konusunda bir talimatı olmadan takip etmekte ve sonuçlandırmakta, sadece aşamaları ve sonuçları hakkında rapor sunmaktadır.” görüşlerine yer verilmiştir.

Kararda “... çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir.” dendiikten sonra “Davacı avukat, ... işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip bulunmaktadır” tespitinde bulunularak taraflar arasındaki ilişki bu yönüyle de irdelenmiştir. Kararda parantez içinde belirtildiği gibi bu ölçüt aslında işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunun bir ifadesidir. Çalışan kişinin iş görme borcu yoksa içinde bulunduğu çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine dayandığını söylemek olanaksız-

## Çalışma ilişkisi nitelendirilirken sadece tarafların iş görme ve iş verme yükümlülükleri üzerine odaklanılıp, çalışmanın ifa biçiminin dikkate alınmaması yanıltıcı olabilir.

deki dava ve icra takip işlerini yürütmek üzere yaptığı sözleşmeye göre, sayı ve adet olarak verilen dava ve takip hizmetlerini yerine getirdikten sonra belirli zamanlarda kuruma rapor verme yükümlülüğünün bulunduğu tespit edilmişse de, bu rapor verme yükümlülüğü işin yönetimi ve gerçek denetiminin davalı kurumda olduğu sonucuna varılması için yeterli görülmemiştir. Bu sonuca varılmasında davacı avukatın verdiği hizmetin organizasyonunu esas olarak kendi bürosundan yapması ve bu durum aşağıda inceleyeceğimiz diğer ölçütlerle birlikte değerlendirildiğinde, işin yönetimi ve denetimi konusunda davacı avukat ile davalı kurum arasındaki ilişkinin bağımlılık yaratacak düzeye erişmediği sonucuna varılması etkili olmuştur. Kararda anılan değerlendirmeyi desteklemek üzere “Davacı avukat aldığı dava ve icra takiplerini teslim aldıktan sonra, kendi

dır. İş görme borcu iş sözleşmesinin unsurlarını oluşturan karşılıklı iki temel edimden biridir. İş görme borcunun işverenin yönetim yetkisiyle ilişkisi ise, bu borcun somutlaşmasının ve yerine getirilme şeklinin belirlenmesinin işverenin yönetim hakkına dayalı olarak vereceği talimatlarla gerçekleşmesinden kaynaklanır. Dolayısıyla, iş görme borcunun bulunmaması uzantısında hukuki bir bağımlılık ilişkisinin ve yönetim yetkisinin de bulunmaması sonucunu doğurur. Böyle bir çalışma ilişkisi içinde iş gören kişinin bağımsız çalışan olduğu sonucuna varmak mümkündür. Ancak, çalışma ilişkisi nitelendirilirken sadece tarafların iş görme ve iş verme yükümlülükleri üzerine odaklanılıp, çalışmanın ifa biçiminin dikkate alınmaması yanıltıcı olabilir. Zira bütün iş görme ilişkilerinde az çok böyle bir risk bulunmaktadır. Dolayısıyla düzenli olarak avukatlık hizmeti sunulmasını

içeren dava konusu çalışma ilişkisinde bu ölçüt tek başına yanıltıcı olabilir. Nitekim kararda bu ölçütün önemine vurgu yapılmakla birlikte, isabetli olarak birçok ölçüt bir bütün olarak değerlendirilmek suretiyle sonuca gidilmiştir.

Bu noktada davacı avukatın teorik olarak iş sahibinin gönderdiği her işi yapma yükümlülüğü olmasa da bu davranışının, özellikle sıkça tekrarlandığı durumlarda iş sahibinin çalışma ilişkisinin devamını gözden geçirmesine neden olabileceği haklı olarak ileri sürülebilir. Konu bu açıdan değerlendirilirken avukatlık mesleğinin ve uyumsuzluğa konu avukatın meslekteki itibarının verilen işi reddetmede ne derecede serbestlik tanıdığına dikkat edilmesi gerekir. Avukatlık mesleği, özelliği nedeniyle bir tarafa bırakılacak olursa, diğer hizmet alanlarında iş gören kişinin verilen işi reddetmesi nedeniyle iş sahibinin çalışma ilişkisini sona erdirmeye olanlığı bulunuyor ve bu durum işin türüne göre

duğu bazı işlerde varlığı kabul edilen, işverenin iş verme borcu da yoktur.<sup>47</sup>

Hollanda Yüksek Mahkemesi, örnek içtihat oluşturan Agfa davasında, bir geçici istihdam bürosu aracılığıyla çağrı üzerine aynı iş sahibi için birkaç yıl çalışan kişinin, çağrıldığında gelmeme hakkının bulunmasına karşın bunu göz ardı edip, çalışmanın ifa şekline ve diğer unsurlarına bakmak suretiyle ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı sonucuna varmıştır. O dönemde Hollanda'da aralıklı yapılan çalışmalarda belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin devam ettiğinin ve koruyucu mevzuat kapsamına girdiğinin kabulü için, iki çalışma dönemi arasında 31 günden (1999'dan bu yana 3 ay) fazla bir zaman geçmemiş olmasının aranmasına karşın, davacının birkaç yıl bu şekilde çalışmış olduğunu dikkate alan Mahkeme aksine bir yaklaşımın yasanın dolanılması olacağını belirterek ilişkiyi belirsiz süreli bir iş sözleşmesi olarak nitelemiştir.<sup>48</sup>

## Bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırmaya yaradığı kabul edilen diğer bir ölçüt de, iş gören kişinin hizmet ettiği iş sahibinden başka iş sahiplerine de hizmet etme olanağının bulunup bulunmadığıdır.

çalışanın iş piyasasındaki itibarını da zedeleyecek nitelikte ise, işi reddetme konusunda çok geniş bir serbestiden söz etmek doğru olmayabilir.

Belirtelim ki işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkının bulunup bulunmaması ölçütünün bağımlı çalışanı bağımsız çalışandan ayırmada dikkate alınması özellikle çağrı üzerine çalışma ilişkilerinde uygulama alanı bulmakta ve tartışılmaktadır. İş sahibi çalışan kişiyi, sözleşme gereği iş olduğunda çağırıyorsa ve asgari bir süre çalıştırma mükellefiyeti yoksa, iş gören kişinin de çağrıya yanıt verme yükümlülüğü bulunmuyorsa, çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine dayanmadığı ileri sürülebilir. Çünkü bu durumda, işçinin iş görme borcu bulunmadığı gibi, Fransa ve Almanya'da genel olarak, İsviçre ve Türk hukukunda ise, çağrı üzerine çalışmanın da aralarında bulun-

Hollanda Yüksek Mahkemesinin önüne gelen diğer bir olayda da, çiçek soğanı yetiştiren işveren, tatil dönemlerinde iş olduğunda çağrı üzerine çalıştırdığı okul öğrencisiyle aralarında iş sözleşmesi olmadığını ileri sürmüştür. İşveren bu iddiasını, öğrencinin çağırıldığında işe gelip gelmemekte ve dilediğinde işten ayrılmakta serbest olmasına dayandırmış ve bu serbestiyi gösteren öğrenci tarafından imzalanmış bir belgeyi de Mahkemeye sunmuştur. Mahkeme tarafların iradelerini içeren yazılı belgeye rağmen, tanık beyanlarından sözleşmenin ifa şekline göre, çalışmanın iş sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır.<sup>49</sup>

Bugün Türk hukukunda çağrı üzerine çalışma İK'da koruyucu bir düzenlemeye kavuşturulmuş ve taraflarca hafta, ay ya da yıl gibi bir zaman diliminde işçinin ne kadar çalışacağı belirlenmemişse, haftalık çalışma süresinin 20

saat kararlaştırılmış sayılacağı öngörülmüştür (m.14). Ancak maddenin yedek hukuk kuralı olarak düzenlenmiş olması nedeniyle tartışılır olmakla birlikte, tarafların isterlerse belirli bir dönemde belirli bir süre çalışma koşulunun bulunmadığını kararlaştırabilecekleri sonucuna varılabilirse ya da tarafların iş görecek kişinin çağrıya olumlu yanıt vermeme hakkının bulunduğunu kararlaştırdıkları durumlarda, iş sözleşmesine dayalı bağımlı çalışanla bağımsız çalışan ayırımında benzer sorunların Türk hukukunda da yaşanması olasıdır.

Bu bağlamda iş sözleşmesine dayalı bağımlı çalışmayla bağımsız çalışmayı ayırmak üzere İngiliz hukukunda geliştirilen, edimlerin karşılıklılığının sınanmasına ilişkin ölçüte de değinmek gerekir. İş sözleşmesinin iki tarafa karşılıklı borç yüklemesi esasına dayalı bu ölçüte göre, çalışanın iş sözleşmesiyle çalıştığı varsayımı, işveren tarafından talep edilen iş görme ediminin onun tarafından şahsen ifası mükellefiyetini içerir. İş sözleşmesinden kaynaklanan bu borca karşılık işverenin de işçiye iş verme borcu vardır. Bağımlılık ilişkisinden ve iş sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için, anılan karşılıklı edim mükellefiyetinin varlığı ve devamlılığı gerekir. Bu ölçütün şekillendiği örnek davaya (O'Kelly v THF [1983] IRLR 370) konu olayda, bir bar çalışanı ile otel işletmesi arasındaki sözleşme gereği işletme barmene işin durumuna göre iş verip vermemekte serbesttir. Buna karşılık barmen de kendisine yapılan çalışma çağrısını teknik olarak geri çevirme hakkına sahiptir. Anılan durum iş sözleşmesinin karşılıklı edim mükellefiyeti yaratan özelliğine uymadığı için, Temyiz Mahkemesi bu olayda barmenin bağımsız çalışan olduğu sonucuna varmıştır. İşin görülmesinden önceki ilişkiye ya da işçinin çalışmadığı döneme odaklanan bu yaklaşım, ekonomik bağımlılığı dikkate almadığı için eleştirilmiştir. Kuşkusuz ki söz konusu durumdaki işçi kuramsal olarak işverenin çağrısına uymama hakkına sahiptir. Ancak bunun bir takım ekonomik sonuçlarının olacağı açıktır. Zira, işverenin çağrısına uymayan işçi güvenilirliğini yitirecektir ki, iş dünyasında işverenlerin işlerinin başarıyla yürütmelerinde güvenilir eleman çalıştırmaları önemli

rol oynar. O nedenle, işverenlerin güven vermeyen arızı işçi çalıştırmak istememeleri doğaldır. İşverenin çağrısına uymamaları istihdam edilebilirliklerini azaltıp işsiz kalmalarına yol açacağı için kuramsal boyutta var olan işverenin çağrısına cevap vermeme hakkının pratiğe yansımaları güçtür. Bu nedenle, sadece kuramsal olarak şahsen iş görme borcu bulunmayanların, bağımsız çalışan olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığı belirtilmektedir. Bu grupta yer alanlar, arızı, mevsimlik, ev merkezli, ihtiyaç olduğunda çağrı üzerine çalışan kişiler olup, istihdam alanlarıysa daha çok eğlence sektörü, tarım, vasıfsız montaj ya da dağıtım işleridir. Genellikle kısmi çalışma özellikleri gösteren bu istihdam biçimleriyle çalışanların gerçekte bağımlı şekilde çalışan, korunmaya muhtaç kişiler olduğu kuşkusuzdur. Bu çalışma biçimlerinde bağımlı bağımsız çalışmayı ayırmaya yarayan ölçütlerin özellikle çalışmanın olmadığı döneme odaklanmasının doğru sonuçlar vermemesi ve iş piyasasında korunmaya muhtaç bu esnek çalışma biçimleriyle istihdam edilenlerin artması nedeniyle koruyucu yasaların yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. İngiltere'de bu konudaki tartışmalar hâlâ devam etmektedir.<sup>50</sup>

#### *bb) Başka iş sahiplerine de hizmet etme*

Bağımlı çalışmayı bağımsız çalışmadan ayırmaya yaradığı kabul edilen diğer bir ölçüt de, iş gören kişinin hizmet ettiği iş sahibinden başka iş sahiplerine de hizmet etme olanağının bulunup bulunmadığıdır. Alman Federal İş Mahkemesi, incelediği iki olayda nakliyat işi yapan kamyon şoförlerinin, sadece kuramsal olarak değil pratik olarak da başka müşterilerden iş alma olanağının bulunmasının çalışmalarının bağımsızlığına karine oluşturduğunu kabul etmiştir.<sup>51</sup> Ancak bu şekilde nakliyat yapan şoförlerin sabahtan akşama kadar her saat başı iş sahibini arayarak taşınacak mal olup olmadığını sorma yükümlülüğü bulunması söz konusuysa, bu durumdaki şoförün pratik olarak başka işverenlere iş görmesinin çok olnaklı olmayacağını ve iş sahibiyle aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>52</sup> Kanımızca burada önemli olan asıl husus, şoförün her saat başı iş sahibini arama yükümlülüğü nedeniyle iş sahi-

binin şoför üzerinde sahip olduğu yönetim ve kontrol yetkisidir.<sup>53</sup> Bu itibarla iş gören kişinin birden fazla iş sahibine hizmet etmesi tek başına bağımlı bağımsız çalışma ayrımında doğru ölçüt oluşturamayabilir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde parçalı ve farklı çalışma ilişkileriyle karşılaşılması olasılığı yüksektir. Dolayısıyla Alman Federal İş Mahkemesi'nin anılan kararına konu olaydaki kamyon şoförünün vaktit bulup başka işverenler için de bağımlı ya da bağımsız iş görmesi, işverenin kontrolü altında bulunması nedeniyle vardığımız, iş sahibine bağımlı olarak iş sözleşmesiyle çalıştığı yönündeki sonucu değiştirmeyecektir.

*cc) Münhasıran aynı iş sahibi için çalışma*

İş gören kişinin münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, aralarında bir bağımlılık ilişkisi bulunduğuna ölçüt oluşturabilir. Ancak başka iş sahiplerine de hizmet etme ölçütünün tersi bir bakış açısını yansıtan bu durumun varlığı da her zaman çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine dayandığı sonucuna varmak için yeterli olmayabilir. Ayrıca, iş sahibinin iş gören kişi üzerindeki kontrolünün derecesi ve girişim riskinin kimin üzerinde olduğu gibi ölçütlerin de değerlendirilmesi uygun olur. Münhasıran bir iş sahibi için iş gören kişi üzerinde iş sahibi etkin bir kontrol gücüne sahipse ve iş gören kişi risk üstlenmiyorsa bağımlı çalışan olduğu sonucuna varılabilir. Bu bağlamda yapılacak bir değerlendirmede, aşağıda ele alacağımız işin görülmesinde ücret ödenerek istihdam edilen yardımcı eleman kullanılıp kullanılmadığı da dikkate alınması gereken önemli bir husustur.

*dd) İşin görülmesinde ücret ödenerek istihdam edilen yardımcı eleman kullanma*

Özellikle münhasıran bir iş sahibi için iş gören kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman istihdam edip işin görülmesinde ondan yararlanması çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir. Alman Federal İş Mahkemesi yukarıda anılan şoförlerden birinin, münhasıran aynı işveren için nakliyat işi yaptığını tespit etmesine rağmen, işin yürütümünü kendisi organize eden kamyon şoförünün ba-

ğımsız çalışan olduğuna karar vermiştir.<sup>54</sup> Alman Federal Mahkemesi münhasıran aynı işveren için, sahip olduğu iki kamyonla nakliyat işi yapmasına rağmen, bir çalışan istihdam edip işin görülmesinde ondan yararlanan kamyon şoförünün bağımsız çalışan olduğu sonucuna varmıştır.<sup>55</sup>

İncelemeye çalıştığımız kararda da “Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğuna kanıt oluşturabilir. Dikkate alınabilecek diğer bir ölçüt de münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yararlanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.” görüşlerine yer verilmiştir. Kararda bu açıklamayı takiben “Davacı avukat(ın), aynı iş organizasyonunda ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırmakta ...” olduğu tespiti de dikkate alınarak, davacının bağımsız çalışmasının ağır bastığı sonucuna varılmıştır.

Gerçekten de avukat veya diğer bir mesleki faaliyet yürüten kişi, münhasıran ya da ağırlıklı olarak belirli bir iş sahibi için çalışsa da bu hizmeti sunarken kendi iş organizasyonunda iş sözleşmesiyle istihdam ettiği avukatlar ya da yardımcılarından yararlanıyorsa bu, yürütülen faaliyetin bağımsızlığını gösterir. Birden fazla iş sahibine hizmet ederken istihdam ettiği kişilerden yararlananlar bakımından ise aynı sonuca öncelikle varılacağı açıktır.

Belirtelim ki, çoğu ülkede olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de iş sözleşmesine dayanan iş görme ediminin, sözleşmenin tarafı işçi tarafından ifası kuraldır. Ancak taraflar açık ya da örtülü olarak iş görme ediminin işçi yerine başkası tarafından da ifa edilebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi, içinde bulunulan koşulların bir gereği ise, yine iş görme ediminin üçüncü kişi tarafından ifasının olanaklı olduğu kabul edilir (BK.320/1). Böyle bir durum söz konusu olduğunda işverenle üçüncü kişi arasında ayrı bir iş sözleşmesi kurulur.<sup>56</sup> Bu itibarla, iş görme ediminin üçüncü bir kişi tarafından ifası, çalışma ilişkisinin bağımsızlığına karine oluştursa da, yukarıda anılan çerçevede iş sözleşmesiyle



çalışanların yerine üçüncü kişilerin ikame edildiği durumlarda bu ölçüt doğru sonuç veremeyebilir. Dolayısıyla anılan ölçütten yararlanılırken üçüncü kişinin ücretinin kimin tarafından ödendiği de destekleyici bir ölçüt olarak gereklidir. Her ne kadar işçi ücretinin üçüncü bir kişi tarafından ödenmesi olanaklı ise de, diğer ölçütlerle desteklenmek koşuluyla bu durumun çalışmanın bağımsızlığı (ayrı bir organizasyon oluşturduğu) yönündeki kanaati güçlendireceği kabul edilebilir.

İspanyol Yüksek Mahkemesi (Sosyal İşler Dairesi) yukarıda değindiğimiz 2000 tarihli kararında gerekli olduğu ölçüde, haftanın bir ya da birkaç günü bir binanın iç temizliğini yapan kişinin, hamileliği döneminde yerine kız kardeşinin iş görmesini iş sözleşmesinin varlığına engel görmezken,<sup>57</sup> 2001 yılında verdiği diğer kararında, İspanyol demiryolu şirketi RENFE ile yaptığı hizmet alım sözleşmesiyle şirket işyerinde hekimlik hizmeti veren doktorun, iş sözleşmesiyle çalışmadığı yönündeki kararının gerekçeleri arasında, doktorun hastalığı döneminde hekimlik hizmetinin, giderlerini doktorun karşıladığı başka doktorlarca verilmesine de yer vermiştir.<sup>58</sup>

*ee) İşin aynı işyerinde işçi olarak çalışanlar tarafından da görülüyor olması*

Çalışmalarının bağımlı mı bağımsız mı olduğu konusu çok tartışmalı olan gazeteciler ve radyo istasyonlarında çalışanlarla ilgili uyuşmazlıkların çözümlenmesi sırasında Almanya'da Federal İş Mahkemesi tarafından bağımlı çalışmaya karine olarak geliştirilen bir ölçüt de, çalışmasının bağımsız olduğu ileri sürülen kişinin gördüğü işin aynı işyerinde işçiler tarafından da görülüyor olmasıdır. Böyle bir durum tespit edildiğinde, çalışmasının bağımsız olduğu ileri sürülen gazetecinin, işçi olarak kabul edilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir. Bu görüşün ortaya çıkmasının temelinde yatan düşünce, genel eşitlik ilkesidir. Aynı işyerinde aynı işi yapanların bir kısmının bağımlı, diğer bir kısmınınsa bağımsız çalışan kabul edilmesi eşitlik ilkesine aykırı görülmektedir.<sup>59</sup>

Ancak özellikle avukatlık gibi serbest icra edilmesi yaygın mesleki faaliyetler bağlamında bu ölçüte ihtiyatla yaklaşılması gerekir. Zira

aynı işyerinde iş sözleşmesiyle çalışan avukatlar bulunabileceği gibi, özellikle ayrı bir uzmanlığı gerektiren konularda ya da işyerinde iş sözleşmesiyle çalışanlarca yürütülen hizmete destek olmak üzere serbest avukatlık hizmeti satın alınması da olasıdır. Dolayısıyla bu ölçütün, uygulandığı mesleki faaliyetin özelliğine göre ve her halde diğer ölçütlerle desteklenerek dikkate alınması uygun olur. İncelemeye çalıştığımız kararda bu ölçüte göre bir değerlendirmeye gidilmemiştir.

*ff) İş gören kişinin kullandığı iş araç ve gereçlerinin maliki olması*

İş gören kişinin kullandığı iş araç ve gereçlerinin maliki olması da çalışmanın bağımsızlığını destekleyen bir ölçüt olarak dikkate alınabilir. İngiliz yargı kararlarında bu durumun bağımsız çalışmaya işaret ettiği kabul edilmektedir.<sup>60</sup> Gerçekten Türk hukukunda da BK'nın 331. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş sözleşmesinde aksine bir düzenleme yoksa ya da aksi işin özelliklerinden anlaşılmıyorsa, işçinin işini yaparken kullanacağı araç-gerecin ve hammaddelerin sağlanması işverene ait bir yükümlülüktür.<sup>61</sup> Bu şekilde genel bir ilke oluşmasının temelinde, pazar ekonomisinde üretim araçlarının sahibinin işveren olması bu nedenle işçinin işverene bağımlı olduğu düşüncesi yatar. Ancak bu ölçütün her durumda işçiyle bağımsız çalışanın ayrılmasında isabetli sonuca ulaşmaya elverişli olmadığını yukarıda teknik bağımlılık başlığı altında belirtmiştik. Gerçekten de iş gören kişi üretim araçlarının sahibi olsa bile bu araçları istediği gibi kullanamıyorsa bağımsızlığından söz edilemeyecektir.<sup>62</sup> İspanyol Yüksek Mahkemesi (Sosyal İşler Dairesi) bir binanın iç temizliğini yapan kişinin, binada mukim dernek hesabına onun otoritesi altında iş gördüğü sonucuna vardığı 2000 tarihli kararında, temizlik malzemelerini temizliği yapan kişinin sağlamasını diğer koşullarla birlikte değerlendirildiğinde taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisini zedeleyici bir husus olarak görmemiştir.<sup>63</sup> Dava konusu uyuşmazlıkta, iş gören kişinin avukat olması ve avukatlık mesleğinin icrasında özel iş araç-gereçlerinin kullanılmaması nedeniyle bu ölçüt dikkate alınmamıştır.

## gg) Ücretin ödeniş biçimi

Ücret iş sözleşmesinin esaslı bir unsurudur. Ücret olmadan iş sözleşmesinin varlığından söz etmek olanaklı değildir. Bununla birlikte diğer iş görme sözleşmeleri de genellikle ücret unsuru içerdiğinden, ücret iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmada etkili bir ölçüt oluşturmamaktadır. Ancak, özellikle ücretin ödeniş biçiminin, bağımsız çalışanı işçiden ayırmada yararlı bir unsur olabileceğini belirtmek gerekir. Bağımsız çalışanlar genellikle yaptıkları iş için toplu bir para alırlar. Bu ödeme birçok durumda belirli bir edim sonucunun gerçekleştirilmesine yönelik olup, ödeme zamanı edim sonucunun ortaya çıkmasıyla bağlantılı olarak belirlenir. İşin görülmesindeki bir gecikme ya da başarısızlığın sonucuna iş gören kişi katlanır. Görüldüğü gibi bu bağlamda da girişim riski ölçütü gündeme gelmektedir.<sup>64</sup> Anılan türde bağımsız çalışma ilişkilerinin kurulmasına temel oluşturacak iş görme sözleşmelerinin en tipik örneği eser sözleşmesidir. Ancak, iş sözleşmesiyle çalışanların da, zamana göre ücret yanında, verime göre, diğer deyişle akort (parça başına) ya da götürü ücret almaları olanaklıdır. Bu durumda, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaya yarayan başka ölçütlerin de devreye sokulması ihtiyacı doğar. Bununla birlikte, ücretinin verime göre ödendiği durumlarda dahi, işçiye asgari bir ücret güvencesi sağlanması amacıyla, çalışması karşılığında hak kazandığı ücreti, yeterince iş verilmemesi nedeniyle asgari ücretin altında kalan işçiye, çalışarak hak kazandığı ücretiyle asgari ücret arasındaki fark işverence zaman esasına göre ödenir (İK.25/2, f). Ücret kâra katılma şeklinde belirlendiğinde de benzer bir durum söz konusu olur. Öte yandan, vekâlet sözleşmesiyle bağımsız çalışanların (bu sözleşmenin varlığı için zorunlu olmamakla birlikte) aldıkları ücret de, iş sözleşmesiyle çalışanlarda olduğu gibi, müvekkilleri adına iş görmelerinin bir karşılığı olup, herhangi bir edim sonucunun gerçekleştirilmesinin karşılığı değildir. Dolayısıyla vekâlet ücretinin ödenmesi de iş görmeyle ulaşılmaya çalışılan sonucun elde edilip edilmemesine bağlı değildir. Görüldüğü gibi, ücretin verime göre, götürü ya da

parça başına belirlenmesi, bağımsız çalışmanın varlığının mutlak bir kanıtı olmadığı gibi, ücretin bir edim sonucunun değil, iş görmenin karşılığı olması, diğer bir deyişle sonucun gerçekleşmesinden bağımsız olarak ödenmesi de iş sözleşmesiyle bağımlı çalışmanın mutlak bir göstergesi değildir.<sup>65</sup> Bu açıklamalarımız çerçevesinde ücretin ödenme biçimi iş sözleşmesiyle çalışanlarla bağımsız çalışanları ayırmada sadece yardımcı bir ölçüt olarak dikkate alınabilir.

Nitekim incelemeye çalıştığımız kararda da "... ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgular ..." arasında belirtildikten sonra davacı avukatın iş ilişkisi ücretin ödenme şekli yönünden değerlendirilirken şu görüşlere yer verilmiştir: "... davalı kurum ile ...davacı avukat, davalı kurumun il sınırları içerisindeki dava ve icra takipleri için sözleşme yapmışlar ve sözleşmede davacı avukata Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca aylık ücret yanında, sayı olarak verilen dava ve icra takiplerinde alınacak vekâlet ücretlerinden belirli bir oranda ücreti vekâlet ödenmesi kararlaştırılmıştır. ... Takip edilen dava ve icra takipleri nedeni ile belirli bir oranda ücreti vekâlet yanında aylık olarak ücret öngörülmesi, taraflar arasındaki ilişkiye iş ilişkisi niteliğini vermez."

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi uyarınca Türkiye Barolar Birliği tarafından her yıl yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi gereğince yapı kooperatifleri ve anonim şirketlerde bulundurulması zorunlu sözleşmeli avukatlar ile kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerçek ve tüzel kişilerin sözleşmeli avukatlarına ödeyecekleri asgari ücretler öngörülmektedir. Ancak kararda belirtildiği gibi, bu şekilde belirlenen asgari ücret üzerinden çalışmanın mutlaka iş sözleşmesine dayalı olması zorunlu değildir. Zira ne Avukatlık Kanunu'nun yapı kooperatifleri ve anonim şirketlerde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu öngören 35. maddesi hükmünün, ne de belirli durumlarda sözleşmeli çalışan avukatlara ödenecek asgari ücretin belirlenmesinin amacı böyle bir sonuca varmayı gerektirir. Anılan avukatlık hizmetlerini sunanlar bu hizmeti iş sözleşmesine dayalı olarak ve

rebilecekleri gibi vekâlet sözleşmesine dayalı olarak da verebilirler. Dolayısıyla tarife üzerinden ücret ödenmesi tek başına iş sözleşmesinin varlığı açısından belirleyici değildir.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, serbest avukatlık bürosu bulunan avukatın hizmet sunduğu iş sahibinden ücretini serbest meslek makbuzu keserek tahsil etmesi de mutlak bir ölçüt oluşturmamakla birlikte, avukatın bağımsız bir faaliyet yürüttüğüne işaret eden yan bir ölçüt oluşturabilir. Ancak aşağıda değinileceği üzere, tarafların aralarındaki ilişkiyi nasıl nitelendirdikleri sözleşmenin türü konusunda belirleyici olmadığından, taraflar arası ilişkide avukatlık ücretinin serbest meslek makbuzu ile tahsili konusunda anlaşmaya varılmasına rağmen, diğer koşullar dikkate alınarak avukat ile iş sahibi arasında kişisel hukuki bağımlılık, dolayısıyla iş sözleşmesi bulunduğu sonucuna varılabilir.

*bb) İş sahibiyle iş gören kişinin çalışma ilişkisini nitelendirme biçimi*

İş sözleşmesiyle çalışanlarla bağımsız çalışanların birbirinden ayrılması konusunda değinilmesi gereken son bir husus da, iş sahibiyle iş gören kişinin, aralarındaki çalışma ilişkisini nitelendirme biçimleridir. Bu ilk planda itibar edilebilecek bir husus gibi görünse de gerçek anlamda belirleyici bir ölçüt değildir. Uygulamada iş sözleşmesinin taraflarının kendilerini bağımsız sözleşmeci olarak tanımlayabildiklerine rastlanmaktadır. Bu durumda gerçeğin, mevcut ilişkinin unsurları dikkate alınarak mahkemelerce araştırılması gerekir.<sup>66</sup> Anılan araştırma kamu düzenini ilgilendiren sosyal güvenlik konusunda özellikle önem taşımaktadır. Zira SSGSSK'nın 92. maddesinde, sigortalılığın zorunlu olduğu belirtildikten sonra, bu Yasada yer alan sigorta hak ve yükümlerini ortadan kaldırmak veya azaltmak üzere yapılan sözleşmelerin geçersiz olduğu altı çizilerek belirtilmiştir.

Bu nitelendirme sorununun mahkemelerin önüne gelmesi genellikle, tarafların vergi hukukuna ya da sosyal sigorta prim yükümlülüğüne ilişkin nedenlerle bağımsız çalışma ilişkisini tercih ettikten sonra, çalışan kişinin işçi statüsüne bağlı işçilik haklarıyla bazı sosyal sigorta haklarını talep etmesi üzerine ortaya çıkmaktadır. İşçiyle işverenin aralarındaki ilişkiyi fark-

lı adlandırmaları yabancı hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da karşılaşılan bir durumdur. İşverenler sosyal sigorta prim yükümünden kurtulmak istediklerinden, özellikle üst gelir grubundaki bazı işçiler de (özel sigorta primleri dahil) bir kısım giderlerini vergiden düşebilme gibi vergi hukukuna ilişkin nedenlerle ve yine bağımsız çalışan statüsünde olduklarında prim basamağını serbestçe belirleyip daha az prim ödeyebilme olanağına sahip olduklarından, aralarındaki ilişkiyi bağımsız çalışma olarak nitelendirmeyi tercih edebilmektedir. Bu nedenle, bir uyuşmazlık çıktığında çalışanın bağımsız vergi mükellefi olması ve bağımsız çalışan olarak sosyal güvenlik kapsamına alınmış olması iş gören kişiyle iş sahibi arasındaki ilişkinin belirlenmesinde güvenilir ölçüt oluşturmamakta, gerçek durumun çalışma ilişkisinin unsurları, özellikle de kişisel hukuki bağımlılık araştırılarak belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Yukarıdaki başlık altında belirttiğimiz üzere avukatın iş sahibinden serbest meslek makbuzu karşılığında ücret alması da tarafların aralarındaki ilişkiyi bağımsız çalışma olarak nitelendirmelerinin bir sonucu olarak görülmektedir. Bu da ücretin serbest meslek makbuzu karşılığında ödenmesinin bağımsız çalışmaya ölçüt oluşturmasının güvenilirliğini azaltır. Keza tarafların, aralarındaki ilişkiyi iş sözleşmesi olarak adlandırıp, iş sahibinin iş gören kişiyi işçi gibi Sosyal Güvenlik Kurumuna tescil ettirmesi de benzer bir durumdur. Bu şekilde bir tescile rağmen, kişisel ve hukuki bağımlılık içeren gerçek bir iş ilişkisi yoksa, taraflar arasında bir iş sözleşmesi bulunduğu kabulü olanaklı değildir. Dolayısıyla bir kişinin Sosyal Güvenlik Kurumuna işçi olarak tescil edilmiş olması da iş sahibiyle arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı konusunda kesin bir ölçüt oluşturmamaktadır.

*u) Sosyolojik yorum*

Bağımlı çalışmanın bağımsız çalışmadan ayrılması bağlamında dikkate alınacak ölçütler yukarıda belirttiklerimizle sınırlı değildir. Anılan ölçütler tek başına mutlak belirleyici bir özelliğe sahip olmadığı gibi, iş hukukunun dinamik yapısı gereği bu listeye zaman içinde yeni bazı ölçütlerin eklenmesi de olasıdır. Bu nedenle bir çalışma ilişkisinin bağımsız mı, yoksa iş söz-

leşmesi temelinde bağımlı bir çalışma ilişkisi mi olduğu araştırılırken, öğreti görüşleri ve yargı kararlarıyla oluşturulan ölçütler listesinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir.

Bu çerçevede yapılacak son değerlendirmede, iş gören kişinin iş sahibi karşısındaki sosyo-ekonomik konumu da göz ardı edilmemeli, yukarıda belirtilen ölçütler topluca değerlendirilmek suretiyle ortaya konan tablo iş gören kişinin iş sahibi karşısındaki sosyo-ekonomik durumu dikkate alınarak yapılacak sosyolojik yorumla gözden geçirilmelidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da işçi niteliğinin belirlenmesinde çalışanın sosyo-ekonomik durumunu isabetli olarak göz önünde tutmaktadır. Yüksek mahkeme limited şirkette çalışan şirket ortağının işçi niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde yerleşmiş içtihadı ile sosyolojik bir yorum yaparak söz konusu kişinin şirketteki payının küçük veya büyük olmasına göre sonuca varmaktadır.

Yüksek mahkeme bu konudaki kararında şu görüşlere yer vermiştir: "... Davacının çalışma biçimi ve bunun karşılığı aldığı ücret ile şirket ortağı olarak sağladığı kazanç ve kâr durumu, sahip olduğu hisse oranı, şirketteki konumu karşılaştırılmalı ve sonuçta limited şirket ortaklığı ekonomik yaşamında baskın çıktığı takdirde, davacının işçi statüsünde bulunmayıp, tamamen ticari amaçla kazanç sağlayan ve bağımsız çalışan bir kişi olduğu kabul edilmeli ve dava reddedilmeli aksine, hizmet akdi altında bağımlı ve ücrete göre çalışmasının egemen olduğu sonucuna ulaşıldığında işçi sayılarak, buna bağlı hakları kabul edilmelidir."<sup>67</sup>

## SONUÇ

Yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin incelemeye çalıştığımız kararı, iş sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılmasında belirleyici olan bağımlılık ilişkisi unsurunu tespit etmek üzere modern iş hukukunun geliştirdiği ölçütler listesini neredeyse bütünüyle içermektedir. Kararda, oluşturulan ölçütler listesine göre davacı avukatın iş sözleşmesiyle çalışmadığı ve bu nedenle dava konusu uyuşmazlığın çözülmesinde iş mahkemesinin görevli olmadığı

sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkemenin vardığı bu sonuca katıldığımız gibi, incelemeye çalıştığımız kararın önümüzdeki dönemde iş sözleşmelerinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılmasında ilkesel bir nitelik taşıyacağını düşünüyoruz.

## DİPNOTLAR

- 1 Saymen, 395-397; Oğuzman, 4; Esener, 126; Çelik, İş Hukuku, 79 vd.; Ekonomi, İş Hukuku, 73-74; Narmanlıoğlu, 135 vd.; Tunçomağ – Centel, 51-52; Süzek, İş Hukuku, 213 vd.; aynı yazar, Fesih, 8-9; Güzel, İşçi Kavramı, 94-95; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 19-20; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, 57-58; Centel, İş Hukuku, 79 vd.; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 262 vd.; aynı yazar, Hizmet Sözleşmesi, 20 vd.; Aktay – Arıcı – Kaplan/Senyen, 81-82; Engin, İşveren, 60.
- 2 AyM, 26-27.9.1967, E. 1963/336, K. 1967/29 (RG., 19.10.1968, S. 13031); YHGK, 2.2.2005, 2004/10-737, 2005/26, İHSGHD, S.6, 2005, 681-685; Y9HD, 8.11.1984, 8455/9548, YKD, Kasım 1985, 1642; YHGK, 13.4.1977, 9-1635/355, YKD, Mayıs 1978, 676.
- 3 Basın İş Kanunu'nun 1. maddesinde gazeteci "bu kanunun şümülüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar" şeklinde tanımlanmıştır.
- 4 Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesinin (B) bendinde gemi adamı "bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimseler" olarak tanımlanmıştır.
- 5 Bağımlılık ilişkisi konusunda bkz. Başterzi, 25 vd.
- 6 Güzel, İşçi Kavramı, 102-103; Ölçüt Arayışı, 24-25.
- 7 Saymen, 414; Reisoğlu, 51; Ekonomi, İş Hukuku, 14; Güzel, İşçi Kavramı, 104; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 25-26; Eyrenci, Değerlendirme 1989, 5; Süzek, Genel Esaslar, 178; Narmanlıoğlu, 136; Centel, İş Hukuku, 58; Sözer, 170-171; Mollamahmutoğlu, Hizmet Sözleşmesi, 21; Engin, İşveren, 60-64.
- 8 krş. Güzel, İşçi Kavramı, 104-105; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 26.
- 9 Yamakava, 103.
- 10 bkz. Supiot, 7 vd.; Däubler, 88 vd.; Weiss - Schmidt, 45-47; Wank, 141-142; Zachert – Radner, 151; Lokiec, 150-151; Davies – Freedland, 274-278; Centel, İş Hukuku, 59; Kılıçoğlu, 70-71.
- 11 Güzel, İşçi Kavramı, 105; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 26.
- 12 Saymen, 202; Taşkent, 36-37; Süzek, İş Hukuku, 72.
- 13 Nitekim Yargıtay da bir kararında "Kazalının kendi aletleriyle çalışmış olması da İş Kanunu'nun 23'ncü maddesi karşısında sözleşmenin istisna sözleşmesi olduğunu göstermez. Götürü sözleşmelerde, bir süre için hizmet etmenin mi, yoksa önceden tayin edilmiş bir sonucun meydana getirilmesi borcunun mu yüklenildiği(nin) şüpheli olması halinde tarafların amacı, durumu, hayat tecrübelerine göre davacının müfettişe verdiği ifade değerlendirilmek suretiyle araştırılıp bulunmalıdır. Çünkü hizmet akdinde işçi emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurur; faaliyetinin meydana gelmesinin sonucu için değil, faaliyet için ücret alır. İşveren



- müfettişe verdiği ifadesinde “yevmiyeli olarak çalışmak istediğini ancak işi götürü almak istemeleri nedeniyle 30.000 lira karşılığında götürü olarak verdiğini” söylemiştir. Bu beyandan, davacının istisna değil hizmet akdini amaçladığı anlaşılmaktadır.” görüşlerine yer vermiştir (Y10HD, 27.2.1984, 1132/1168, Tüba/İİÇB: <http://www.ajanstuba.com.tr>).
- 14 Süzek, Fesih, 9-10; Güzel, İşçi Kavramı, 105; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 26; Engin, İşveren, 65-66.
- 15 Güzel, İşçi Kavramı, 105; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 26
- 16 bkz. Market Investigations Ltd. v Minister of Social Security [1969] 2 QB 173 at 185; Bowers, 15, Smith – Thomas, 11.
- 17 Tiraboschi – Del Conte, 155.
- 18 Supreme Court (Social Chamber) Decision of 25 January 2000, ILLR, Vol. 20, Sp. 1, 123-128.
- 19 Süzek, İş Hukuku, 213-214; Narmanlıoğlu, 135 vd.; Eyrenci – Taşkent – Ulucan, 55-56; Eyrenci, Tele-Çalışma, 205; Sözer, 167-168; Engin, İşveren, 67 vd.
- 20 Bağımlılık kavramının genişletilmesi eğilimi konusunda bkz. Supiot, 11-13.
- 21 Bowers, 13; Smith – Thomas, 11; Leighton, Employee, 6; Kontrol testinin özellikle birden fazla işveren için çalışma durumlarında çalışmanın gerçekliğini ortaya koyma işlevi görmesi nedeniyle de önemli olduğu vurgulanmaktadır (Clifford v Union of Democratic Mineworkers [1991] IRLR 518, CA, Smith – Thomas, 11, dn.26) ; Özdemir, 136-137.
- 22 Leighton, Entrepreneurism, 290-292; aynı yazar, Employee, 6, Supiot, 11-12; Özdemir, Ev Çalışması, 137.
- 23 Däubler, 80; Narmanlıoğlu, 138-139; Süzek, İş Hukuku, 215-216; Güzel, İşçi Kavramı, 109 vd.; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 29 vd.
- 24 Güzel, İşçi Kavramı, 110-111; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 30-31; Tiraboschi – Del Conte, 154.
- 25 Y9HD, 15.9.2003, 15847/14406 ve Ahmet Sevimli'nin incelemesi, Legal İHSGHD, S. 3, 967-981; Y9HD, 22.3.2004, 5846/5621, Çalışma ve Toplum, S.3, 176-178.
- 26 bkz. Güzel, İşçi Kavramı, 121-122; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 38-39; Ulucan, 12-13; Ekmekçi, 16-17.
- 27 Decision of 25 January 2000 (Supreme Court/Social Chamber), ILLR, Vol. 20, Sp. 1, 123-128.
- 28 Karar ve Moreno'nun değerlendirmesi için bkz. Decision of 22 January 2001 (Supreme Court/Social Chamber), ILLR, Vol. 21, Sp. 3, 151-159; Fransız Yargıtayı da bir kararında, bağımlılık ilişkisinin varlığı için, çalışanın katılmasını aradığı iş organizasyonunun, çalışma koşullarını işverenin tek tarafı olarak belirlediği organizasyon olduğu sonucuna varmıştır (Cass. Ass. Plén. 4th March, 1983, bkz. Legifrance.com/, Lokiec, 148).
- 29 BAG Nov. 19, 1997, AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit Blatt 3, Däubler, 80; Weiss, 31; Farklı görüşte Wank, 137.
- 30 Süzek, İş Hukuku, 176-177; krş. Engin, Evde Çalışma, 271; aynı yazar, Değerlendirme, 2000, 2.
- 31 Ekonomi, Yeni Yaklaşımlar, 181; Çelik, İş Hukuku, 80; Güzel, İşçi Kavramı, 120-121; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 37-38; Tuncay – Ekmekçi, 206; Y9HD'nin 2004 yılında verdiği bir kararında Fransa'da ikamet edip Türkiye'deki bir yayıncılık şirketiyle imzaladığı sözleşmeye dayalı olarak yurtdışında yayın danışmalığı ve temsilciliği yapan kişinin, bağımlılık ve ücret unsurlarının bulunduğu gerekçesiyle işçi statüsünde çalıştığı sonucuna varılırken, bizzat davalının işyerini yurtdışında göstermesinin bunu etkilemeyeceği belirtilmiştir (Y9HD, 3.6.2004, 1550/13370, İHSGHD, S. 5, 2005, 332). Kararı inceleyen Engin, kararı isabetli bulmakla birlikte haklı olarak, bağımlılık ilişkisinin İK'nun 2. maddesindeki işyeri tanımında esas alınan iş organizasyonu ölçütü çerçevesinde değerlendirilmemesinin bir eksiklik olduğuna işaret etmiştir (Engin, Değerlendirme 2004, 1-2).
- 32 Leighton, Entrepreneurism, 290-292; aynı yazar, Employee, 6; Bowers, 14.
- 33 Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance [1968] 2 QB 497, [1968] 1 All ER 433, Bowers, 14; Smith – Thomas, 11.
- 34 Market Investigations Ltd v Minister of Social Security [1969] 2 QB 173 Bowers, 14-15; Smith – Thomas, 11.
- 35 Lee Ting Sang v Chung Chi-Keung [1990] ICR 409, [1990] IRLR 236 Bowers, 15; Smith – Thomas, 11.
- 36 “Gösterilen çalışma saatlerinde kendilerinden emir ve talimat beklenmesi, izne ve tatile çıkmadan kendilerine bilgi verilmesi istenmektedir. Yine işin ekonomik riskinin davalıya ait olduğu yazışmalardan anlaşılmaktadır” Y9HD, 9.2.1999, E.1998/18888, K. 1999/1810, YKD, Nisan 2000, 546-549 ve Melda Sur'un değerlendirmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 12-14; Çelik, İş Hukuku, 82.
- 37 Leighton, Entrepreneurism, 295; Alman hukukundan etkilenen Japon hukukunda da benzer bir durum söz konusudur (bkz.Yamakava, 103 vd.).
- 38 Wank, 140-141; Blomayer, 211-212; Däubler, 85-86; Tiraboschi – Del Conte, 155; Eyrenci, Tele – Çalışma, 205.
- 39 Däubler, 85-86.
- 40 BverfG May 5, 1996, AP Nr. 82 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Däubler, 86.
- 41 BAG Mar 25, 1992, AP Nr. 48 zu § 5 Betr VG 1972; BAG Nov. 19, 1997, AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Däubler, 81.
- 42 Biagi, 53; Treu, 36.
- 43 Bağımlılık kavramının belirsizleşmesi, bunun yarattığı sorunlar ve yeni yaklaşımlar konusunda bkz. Kuban, 62-66.
- 44 BAG Jan. 29 1992, Der Betrieb (DB) 45, p. 1781 (1992), Däubler, 82.
- 45 BAG Nov. 30, 1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Däubler, 82.
- 46 BAG Oct. 3, 1975, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Däubler, 82.
- 47 bkz. Baştzerzi, 180-182.
- 48 HR 8.4.1994, 1994 JAR 1994, 94, van Peijpe, 145, 149.
- 49 HR 16.9.1994, JAR 1994, nr. 214, van Peijpe, 145.
- 50 Leighton, Entrepreneurism, 295 vd.; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Freedland, 98-105.
- 51 BAG Nov. 19, 1997, DB 51, p. 624 (1998); BAG Sep. 30, 1998, DB 52, p. 436 (1999), Däubler, 83.
- 52 BAG Sep. 30, 1998, DB 52, p. 436 (1999), Däubler, 83.

- 53 Güzel, İşçi Kavramı, 123; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 39-40; Narmanlıoğlu, 137.
- 54 BAG Sep. 30, 1998, DB 52, p. 436 (1999), Däubler, 83.
- 55 BGH (Bundesgerichtshof) Oct. 21, 1998, DB 52 p. 151 (1999), Däubler, 83.
- 56 Süzek, İş Hukuku, 293-294.
- 57 bkz. yuk. dn. 27'de belirtilen karar.
- 58 bkz. yuk. dn. 28'de belirtilen karar.
- 59 BAG June 28, 1973, Oct. 3, 1975, ufn June 2, 1976, AP Nr. 10, 16, 17 und 20 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Däubler, 81.
- 60 Bowers, 15, Smith – Thomas, 11; Tiraboschi – Del Conte, 155.
- 61 Saymen, 531; Reisoğlu, 212; Süzek, İş Hukuku, 418; Tunçoğlu – Centel, 140; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 557-558; Aktay – Arıcı – Kaplan/Seneyen, 169; Yavuz, 46.
- 62 Güzel, İşçi Kavramı, 122-123; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 39-40.
- 63 bkz. yuk. dn. 27'de belirtilen karar.
- 64 Tiraboschi – Del Conte, 155.
- 65 Güzel, İşçi Kavramı, 124-125; aynı yazar, Ölçüt Arayışı, 24-25; İş sözleşmesinin istisna ve vekâlet sözleşmesinden ayrılması konusunda bilgi için bkz. Saymen, 412 vd.; Tandoğan, 35-38, 375-377; Esener, 129 vd.; Çelik, İş Hukuku, 82-84; Narmanlıoğlu, 141 vd.; Süzek, İş Hukuku, 218-219; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 304-308.
- 66 Bowers, 16-17; Däubler, 81; Weiss, 32; Weiss – Schmidt, 82; Moreno, 157; Lockiec, 147-148; Yargıtay'a göre de, istisna sözleşmesi adı altında çalışan kişi ücret karşılığında işverene bağımlı olarak çalışıyorsa, aralarındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığının kabulü gerekir (Y10HD, 14.3.1995, 2008/2571 ve Burhan Özdemir'in eleştirisi, Çimento İşveren D., Mayıs 1998, 16-22; YHGK, 15.12.2004, 9-422/726, İHSGHD, S. 6, 2005, 691-692).
- İtalya'da, iş sözleşmesine dayalı çalışmayla bağımsız çalışma ayrımında ortaya çıkan uyumsuzlukların yargıya intikal ettirilmeden önce, bazı uzman kuruluşlarca, tarafların ortak sözleşme iradeleri ve iş sözleşmesinin yasal unsurları dikkate alınarak belirlenmesine ilişkin bir yasal düzenlemeye gidilmiştir. Biagi Yasası olarak anılan 2003 tarihli bu düzenlemeye göre, iş sözleşmesini belgelemeye yetkili kurum ve kuruluşlar; kendilerine yetki verilen, 1) işçi ve işveren temsilcilerinin katılımıyla oluşan kurumlar, 2) bölge çalışma büroları ya da yerel otoriteler ve 3) özel ya da kamu üniversiteleriyle bunlara bağlı kurum ve kuruluşlar olarak sıralanmıştır (Tiraboschi – Del Conte, 155-156).
- 67 YHGK, 16.4.2003, 9-308/303, İşveren Dergisi, Kasım 2003, 15-16 ve Ömer Ekmekçi'nin değerlendirmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara 2005, 12-13.

## KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin - Arıcı, Kadir - Seneyen-Kaplan, Emine Tuncay: İş Hukuku, B.3 Ankara, 2009.
- Başterzi, Süleyman: Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007.
- Biagi, Marco: "Painful Rebirth From Ashes: the Future of the Individual Employment Contract in Italy", The Employment Contract in Transforming Labour Relations, Kluwer Law International 1995.
- Blomayer, Wolfgang: (Çev. Tankut Centel) "Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler", Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, Çeşme Altın Yunus (27-31 Ekim 1993), İzmir 1994, 195-213.
- Bowers, John: Bowers on Employment Law, 5th Ed., Blackstone Press Limited, Great Britain 2000.
- Centel, Tankut: İş Hukuku, C: I Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, B.22, İstanbul 2009.
- Davies, Paul – Freedland, Mark: "Employees, Workers, and the Autonomy of Labour Law", Legal Regulation of the Employment, Edited by Relation, Collins, Hugh – Davies, Paul – Rideout, Roger, Kluwer Law International, 2000, 267-286.
- Däubler, Wolfgang: "Working People in Germany", Comparative Labor Law and Policy Journal, Vol. 21, No. 1, Fall 1999, 77-98.
- Ekmekçi, Ömer: "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara 2005, 11-57.
- Ekonomi, Münir: Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstri İlişkileri Sistemimiz, ORHİM yayını, İstanbul 1986, 173-198 (Yeni Yaklaşımlar).
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1984 (İş Hukuku).
- Engin, E. Murat: Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, 1-15 (Değerlendirme 2004).
- Engin, E. Murat: Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, 1-23 (Değerlendirme 2000).
- Engin, E. Murat: "Türk İş Hukukunda Evde Çalışma", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 269-287 (Evde Çalışma).
- Engin, E. Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993 (İşveren).
- Esener, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978.
- Eyrenci, Öner - Taşkent, Savaş - Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul 2006.
- Eyrenci, Öner: "Tele-Çalışma ve İş Hukuku", İHD, C. I, S. 2, Nisan – Haziran 1991, 199-209 (Tele-Çalışma).
- Eyrenci, Öner: Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul 1991, 2-38 (Değerlendirme 1989).

- Freedland, Mark: *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, New York 2003.
- Güzel, Ali: "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 84-126 (İşçi Kavramı).
- Güzel, Ali: "Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi – İstanbul Barosu ortak yayını, İstanbul 1997, 15-46 (Ölçüt Arayışı).
- Harris, Neville: "Beveridge and Beyond: The Shift From Insurance to Means-testing", *Social Security Law in Context*, Neville Harris with Gillian Douglas ... [et al], Oxford 2000, 87-117.
- Kılıçoğlu, Mustafa: *Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma*, Ankara 2002.
- Kuban, Arzu: "Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi – İstanbul Barosu ortak yayını, İstanbul 1997, 47-73.
- Leighton, Patricia: "Defining the Employee and Genuinely Self-Employed: Are We Ever Going To Get These Definitions Right?", <http://www.industriallawsociety.org.uk/papers/leighton.htm> (Ziyaret tarihi 24.12.2006) (Employee).
- Leighton, Patricia: "The European Employment Guidelines, "Entrepreneurism" and Continuing Problem of Defining the Genuinely Self-Employed", *Legal Regulation of the Employment Relation*, Edited by Collins, Hugh – Davies, Paul – Rideout, Roger, Kluwer Law International, 2000 (Entrepreneurism).
- Lokiec, Pascal: "The Scope of Labour Law and Notion of Employee: Aspects of French Labour Law", *The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar 9th – 10th March 2004*, [http://www.jil.go.jp/english/events\\_and\\_information/documents/clls04\\_wank2.pdf](http://www.jil.go.jp/english/events_and_information/documents/clls04_wank2.pdf).
- Mollamahmutoglu, Hamdi: *İş Hukuku*, B.3 Ankara 2008 (İş Hukuku).
- Mollamahmutoglu, Hamdi: *Hizmet Sözleşmesi*, Ankara 1995 (Hizmet Sözleşmesi).
- Moreno, Galiana: "Contract of Employment and Contract For Services – Criteria – Medical Doctor at RENFE" (Karar incelemesi), *ILLR*, Vol. 21, Kluwer Law International, Hague 2002, 151-159.
- Narmanlıoğlu, Ünal: *İş Hukuku*, I, Ferdi İş İlişkileri, B.3, İzmir, 1998.
- Oğuzman, Kemal: *Hukuki Yönden İşçi – İşveren İlişkileri*, C. I, B.4, İstanbul 1987.
- Özdemir, Burhan: "Ev Çalışması", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 127-150.
- van Piepje, Taco: "Independent Contractors and Protected Workers in Dutch Law", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 21, No. 1, Fall 1999, 127-156.
- Reisoğlu, Seza: *Hizmet Akdi*, Ankara 1968.
- Saymen, F. Hakkı: *Türk İş Hukuku*, İstanbul 1954.
- Sözer, Ali Nazım: *Sosyal Sigorta İlişkisi*, İzmir 1991.
- Smith, I. T. -Thomas, Gareth: *Industrial Law*, 8th Ed. Butterworths, Great Britain 2000.
- Supiot, Alain: *Beyond Employment, Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press 2001.
- Süzek, Sarper: *İş Hukuku*, B.2, İstanbul 2008 (İş Hukuku).
- Süzek, Sarper: *İş Hukukunun Genel Esasları*, Ankara 1998 (Genel Esaslar).
- Süzek, Sarper: *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, Ankara 1976 (Fesih).
- Şuğle, Mehmet Ali: *İş Hukuku Açısından Gazeteci*, Ankara 2001.
- Tandoğan, Haluk : *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 4. Bastı, C. II, İstanbul 1989.
- Taşkent, Savaş: *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul 1981.
- Tiraboschi, Michele - Del Conte, Maurizio: "Employment Contract: Disputes on Definition in the Changing Italian Labour Law", *The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar 9th – 10th March 2004*, [http://www.jil.go.jp/english/events\\_and\\_information/documents/clls04\\_wank2.pdf](http://www.jil.go.jp/english/events_and_information/documents/clls04_wank2.pdf).
- Treu, Tiziano: *Labour Law and Industrial Relations in Italy*, Kluwer Law International, Hague 1998.
- Tuncay, Can - Ekmekçi, Ömer: *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, B.11, İstanbul 2005.
- Tunçomağ, Kenan - Centel, Tankut: *İş Hukukunun Esasları*, B.4, İstanbul 2005.
- Ulucan, Devrim: "Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996*, İstanbul 1998, 11-32.
- Wank, Rolf: "Diversifying Employment Patterns – The Scope of Labour Law and the Notion of Employees", *The Japan Institute for Labour Policy and Training, Comparative Labor Law Seminar 9th – 10th March 2004*, [http://www.jil.go.jp/english/events\\_and\\_information/documents/clls04\\_wank2.pdf](http://www.jil.go.jp/english/events_and_information/documents/clls04_wank2.pdf).
- Weiss, Manfred - Schmidt, Marlene: *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, Hague 2000.
- Wikeley, N. J. – Ogus, A. I. Barendt E. M.: *Wikeley, Ogus & Barendt's, The Law of Social Security*, Consultant Editor, A.I.Ogus, 5th ed., UK 2002.
- Yamakava, Ryuichi: "New Wine in Old Bottles?: Employee/Independent Contractor, Distinction Under Japanese Labour Law" *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 21, No. 1, Fall 1999, 99-156.
- Yavuz, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, İstanbul 1989.
- Zacher, Ulrich – Radner, Thomas: "The Evolution of Labour Law in Germany and Austria, 1992-2002", *The Evolution of Labour Law (1992-2003) Vol. 2, National Reports*, European Commission, Belgium 2005, 119-188.

**Osman Güven ÇANKAYA**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

# İşçinin Ölümünün, Feshin Geçersizliğinin Tespiti Davalarına Etkisi, Yargıtay'ın Yeni Görüşü

**T.C. YARGITAY  
9. HUKUK DAİRESİ'****Esas No** : 2009/21710**Karar No** : 2009/22886**Tarihi** : 15.09.2009**ÖZET**

Feshin geçersizliğinin tespiti talebi ile dava açan ve yargılama sırasında vefat eden işçinin iş sözleşmesinin ölümü ile sona erdiği konusunda şüphe yoktur.

Ölüm olaylarına nasıl bir sonuç bağlanacağı yastada belirtilmediğinden yasal boşluğu doldurmak yargıcın görevidir. İşçi ölmeseydi ne tür davranışına üstünlük tanınacak idiyse, öngörülen bu davranışa hukuki sonuç bağlanmalıdır.

Ölen işçi tarafından açılan feshin geçersizliğinin tespiti davasını mirasçılardan devam

ettirmeleri halinde boşta geçen 4 aya kadar ücret ve diğer hakları hüküm altına alınmalıdır.

**DAVA**

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davacının yargılama sırasında ölmesi sebebiyle konusuz kalan işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir.

**KARAR**

**1-)** Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının temyiz itirazları yerinde değildir.

**2-)** Davacının temyizine gelince:

Davacı işçi feshin geçersizliğinin tespiti



ti ile işe iadesi isteğinde bulunmuş, davalı işveren feshin geçerli nedene dayandığını savunmuştur.

Yargılama sırasında davacı işçi ölmüş, mirasçuları davaya devam etmişlerdir.

Mahkemece, yapılan yargılama sonunda feshin geçerli bir nedene dayanmadığı yönünde karar vermiş ancak, davacı işçi ölmüş olmakla işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri yönünden davanın konusuz kaldığından söz edilerek karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, somut olay yönünde uyulan bozma ilamına uygun yapılan araştırmaya göre davacı işçi yönünden fesih için geçerli bir nedenin bulunmadığı belirlenmiş olup, somut olayın özelliği dikkate alındığında mahkemenin bu yöndeki kararı dosya içeriğine de uygundur.

Öte yandan, iş sözleşmesinin işçinin ölümü ile sona (BK. m.347/1) erdiği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır.

İşçinin ölümü halinde kıdem tazminatının mirasçılara geçtiği (İş Kan.14) de bir gerçektir. O halde dava konusu haklar irdelemelidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesine göre Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar miras bırakanın alacaklarını doğrudan doğruya kazanırlar.

Davacı işçinin iş sözleşmesi 1.12.2006 tarihinde işyerinde yapılan ve alt işveren uygulamasına gidilmesi nedeniyle feshedilmiştir. Dava 13.12.2006 tarihinde açılmıştır. Davacı yargılama sırasında ölmüştür.

Davacı davayı açmayla işe iade iradesini belirtmiştir. Amaç, işe iade edilmek ve edilmemesi halinde akçalı haklardan yararlanmaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen dört aya kadar boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklar işverenin işe başlatma veya başlatmaya bağlı bir sonuç değildir.

Ölüm olgusu bir hukuki ilişkide aleyhe olarak yorumlanmamalıdır. İşçi ölmeseydi, ne tür davranışına üstünlük tanınacak idiyse, öngörülen bu davranışa hukuki sonuç bağlanmalıdır. Öte yandan bir yasa yorumlanırken yasanın konuluş amacı dikkate alınmalıdır. Yasadaki işe iade hükümleri işçinin işe iadesini amaçlamıştır. Ölüm olaylarına nasıl bir sonuç bağlanacağı yasa da belirtilmediğine göre bu boşluğu doldurmak yargıcın görevidir. (TMK m.1/II). Yargıç burada kanun koyucu olarak davranmalıdır.

Davacı işe iade davasını açarken feshin geçerli bir nedene dayanmadığını iddia etmiştir. Geçersiz fesih var ise ölüm tarihine kadarki boşta geçen süre ücretine yasal 4 aylık sınırlama dikkate alınarak hükmetmelidir. Böyle bir sonuç genel olarak Yasanın amacına da uygundur. Aksi halde işverenin haksız davranışı işçinin ölümü nedeniyle karşılıksız kalmaktadır. Bu durum da adalet duygusunu incitir.

Geçerli nedene dayanmayan feshin tespitiyle yetinilmesi, ölen işçinin mirasçuları yönünden hiçbir imkân sağlamayacaktır. Oysa konu, sosyal güvenlik haklarını da ilgilendirmektedir. Dört aya kadar ücret ve diğer haklar yönünden sosyal güvenlik kurumuna prim yatırılması ve ölen işçinin mirasçılarının buna göre sosyal güvenlik haklarından buna göre yararlanması gerekir.

İşe iade yargılaması sırasında işçinin ölümü daha önce dairemiz önüne uyuşmazlık olarak gelmiş ve işçinin ölümü sebebiyle işe başlama yönünde başvuruda bulunmasının imkansız olduğu gerekçesiyle boşta geçen süreye ait ücret isteklerinin reddine karar verilmiştir. (Yargıtay 9.H.D. 6.11.2006 gün 2006/20109 E., 2006/29326 K.).

Konu, temyize konu olayda dairemizce bir kez daha etraflıca değerlendirilmiş ve yukarıda belirtilmiş gerekçelerde işe iade yargılaması sırasında ölen işçi yönünden dört aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara dair isteğinin kabulüne karar vermek gerekmiştir.

Böyle olunca işçinin ölümü feshi izleyen 4 ay geçtikten sonra gerçekleşmiş olmakla, ölen işçinin mirasçılara 4 aylık süre için boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekir. Mahkemece davanın kısmen kabulü yerine reddine karar vermesi hatalı olup, 4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

## HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

**1-)** Mahkemenin kararının bozularak ORTADAN KALDIRILMASINA,

**2-)** Feshin geçerli nedene dayanmadığının TESPİTİNE,

**3-)** Davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olmakla işe iade ve işe başlatmama tazminatı istekleri konusuz kalmakla bu yönlerden KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

**4-)** Boşta geçen süreye ait 4 aylık süre için ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacı ölen işçinin MİRASÇILARINA VERİLMESİNE,

**5-)** Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

**6-)** Davacının yapmış olduğu 60 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

**7-)** Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575 TL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

**8-)** Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine,

Kesin olarak 15.9.2009 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

## KARŞI OY

Davacı işçi, işten çıkarılma nedeninin geçerli olmadığı ileri sürerek, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesini talep etmiştir.

Yargılama sırasında davacı işçi ölmüş olduğundan mirasçılara davaya katılarak davayı sonuçlandırmışlar mahkemece, işçinin

işten çıkarılma nedeninin geçerli bir nedene dayanmadığına ancak, davacının ölmesi nedeniyle işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret talepleri yönünden bir karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

İş sözleşmesi, çalışma gücünü karşı tarafın emrine, o şahsa bağımlı şekilde ve bir bedel karşılığında vermeyi kabul eden bir sözleşmedir.

İş sözleşmeleri, işçinin kişiliği ve nitelikleri nazara alınarak işverenle yapılan sözleşmelerdir. Bu nedenle işçinin ölümü ile sözleşme sona erer. (BK. 347/1). Bu durumda iş görme borcu mirasçılara geçmediği gibi, görülmekte olan dava yönünden kesinleşmiş maddi bir alacak da oluşmadığından mirasçuları herhangi bir hak talep edemezler.

Mirasçuları ilgilendiren davalar ölüm sonucunda mirasçılara geçen alacaklara ilişkin davalardır.

İşe başlamayı isteme hakkı ise kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu hak kişinin ölümü ile son bulur. Ölenin mirasçuları tarafından istenemez. Zira sağlığında kullanılmayan haklar mirasçuları tarafından kullanılamaz. Bu itibarla dava devam ederken işçinin ölümü halinde mirasçılar 4 aylık ücret talebinde bulunamazlar.

Zira İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının açık hükmü boşta geçen süreyle ilgili ücrete hak kazanabilmenin şartı, kesinleşen işe iade hükmünün tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işçinin işe başlamak için işverene başvurması gerekir. İşçinin ölümüyle anılan başvuru imkânsız hale geldiğinden boşta geçen süreyle ilgili ücret hakkında karar verilemez.

Diğer bir deyişle mirasçılar işçinin yerine işe başlamak için başvuramazlar. Diğer taraftan işçi iş sözleşmesinin feshinden de sonra bir aylık dava açma süresinde ölmesi halinde de mirasçılar ölen işçi yerine işe iade davası açamazlar.

Dava konusu olayımızda da dava görülürken, davacı işçi ölmüş olması nedeniyle

işverene başvurması imkansız hale geldiğinden, yukarıda açıklanan nedenler ve dairemizin şimdiye kadarki uygulamaları da nazara alındığında anılan mahkeme kararının onanması görüşünde olduğumdan, çoğunluğun kararın bozulması görüşüne katılmıyorum. 15.9.2009

Üye Sami ÖZFIRAT

### KARŞI OY

Feshin geçersizliği davalarında üç aşama mevcuttur. Birincisi; mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi, ikincisi; karar kesinleştikten sonra işçinin on işgünü içerisinde işe başlamak için işverene başvurması, üçüncüsü; işverenin işçiyi işe başlatma iradesini işçiye ulaştırmasıdır. (B. Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, s.809).

4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesine göre mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinden, işçi kesinleşen kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. Buna göre işçinin işe başlatmama tazminatı ile çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklara hak kazanması için kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. Aksi halde, işverence yapılmış olan fesih geçerli hale gelir.

Yüksek Dairenin son yıllarda kararlılık

kazanmış görüş ve uygulamalarına göre, işçinin kesinleşen mahkeme kararından sonra işverene işe başlamak için başvurması tek başına yeterli görülmemektedir. İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. (Dairemizin 14.10.2008 gün ve 2007/29383-2008/27243 sayılı kararı).

Somut olayda davacı işçi yargılama sırasında ölmüş olduğuna göre işe başlamak için işverene başvurması imkansız hale gelmiştir. İşe başlatılma talebi insani bir hak olup mirasçılar tarafından kullanılması mümkün değildir. Yasal düzenleme ve Dairemizin yukarıda açıklanmaya çalışılan uygulamaları göz önüne alındığında yargılama sırasında vefat eden işçinin, dava açmakla işe iade iradesini belirttiği amacın işe iade edilmek ve edilmemesi halinde akçalı yararlanmak olduğu gerekçesiyle, davaya devam eden mirasçılar yararına 4 aya kadar boşa geçen süre ücretine hükmedilmesi yönünden yerel mahkeme kararının bozulmasına ilişkin sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum. 15.9.2009

Üye Ömer Hicri TUNA

## 1. İNCELEME KONULARI

1475 sayılı İş Kanunu'na 15 Ağustos 2002 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 4773 sayılı Kanun'la iş güvencesine ilişkin hükümler eklenmiş ve bu değişiklik 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş, kısa bir süre sonra da 4857 sayılı halen yürürlükte bulunan İş Kanunu 22

Mayıs 2003 tarihinde kabul edilmiş ve 10 Haziran 2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konmuştur. Türk iş hukukuna feshin geçersizliği kavramı ve işe iade davaları anılan bu yasalarla girmiş, iş hukukunun en çok tartışılan, uygulamada en fazla dava konusu olan çekişme konuları olmuştur.

Karar değerlendirmesi kapsamında kalacak

olan bu incelememizde, iş güvencesini düzenleyen 4857 sayılı Yasa'nın 18-21. maddelerini açıklama gereği duyulmamıştır. Yeri geldiğinde ilgili yasa hükümlerine değinmekle yetinilecektir.

Çıkacak ihtilaflara sağlıklı çözüm getirebilmenin en önemli ve öncelikli koşulu işveren tarafından hizmet akdi geçerli nedenlerle feshedildiği bildirilen ve bilahare ölen, 4857 sayılı Yasa'nın iş güvencesi hükümlerinden yararlanma durumunda olan işçinin hizmet akdinin hangi tarihte, kim tarafından ve ne şekilde sona erdirildiğinin saptanmasıdır. Bunu da farklı aşamalara göre incelemek gerekir.

## 1. İşverenin Öneli Fesih Yoluna Başvurması

İşveren tarafından öneli fesihte bulunulması halinde fesih iradesi işçiye ulaşmakla önel süresi işlemeye başlar ve önel süresi sonunda hizmet akdi sona erer. Bu konuda doktrinde ve yargı kararlarında istikrarlı bir uyum mevcuttur. Önel süresi içerisinde hizmet akdi ve tarafların akitten doğan yükümlülükleri devam eder. Önel süresi sona ermeden başka bir anlatımla işverenin feshi gerçekleşmeden işçinin vefatı halinde, iş sözleşmesi işçinin ölümüyle sona erer. Bu gibi durumlarda 4857 sayılı İş Yasası'nın 18-21. maddelerinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. İşçi, fesih bildiriminden tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde (4857 sayılı Yasa'nın 20/1. maddesi gereği), ancak önel süresi içerisinde feshin geçersizliği davası açmış, fakat önel süresi sona ermeden ölmüşse, iş sözleşmesi ölümle sona erdiğinden (işverenin feshi, önel süresi ölüm tarihinde dolmadığı için gerçekleşmediğinden), ölen işçilerin mirasçılarının böyle bir davayı yürütmelerinde hukuki bir yararları mevcut değildir. Ölen işçinin açtığı feshin geçersizliği davasının mirasçılarca yürütülmesi halinde davanın reddi gerekir. Mirasçılar ödenmemişse ölüm sebebiyle feshin sonucu doğan kıdem tazminatını, ölüm tarihine kadar hizmet akdinden doğan ve mirasçılara geçen işçilik alacaklarını talep ve ayrı bir davaya konu yapabilirler. Mirasçılar ihbar tazminatı isteyemezler.

## 2. İşverenin Feshinin Gerçekleşmesinden Sonra İşçinin Ölümü Hali

### a. İşçinin Ölümü Bir Aylık Dava Açma Süresi Dolmadan ve Dava Açılmadan Gerçekleşmiş İse

Konunun 4857 sayılı Yasa'da düzenlenen iş güvencesi sistemine göre çözümlenmesi gerekir. İş ilişkisinde işçinin kişiliği önemlidir. İşe başlamak için başvuru, işe başlama veya başlamama; hayattaki bir işçi için söz konusu olabilir. İşçinin şahsına bağlı olan bu konularda mirasçılarının feshin geçersizliği davası açmaları mümkün görülmemiştir. Doktrinde de bu görüş benimsenmektedir.<sup>2</sup>

İşverenin geçerli nedenlerle yaptığı feshin geçersizliğinin tespiti davasının açılması mümkün olamayacağından ve feshin geçersizliği de askıda bulunduğu bir tarihte ölen işçinin iş sözleşmesinin ölüm nedeniyle sona erdiğinin kabulü de mümkün olmadığından, akdin işverence geçerli nedenlerle sona erdirildiği sonucuna varılmalıdır. Böyle olunca mirasçılar geçerli nedenlerle feshin sonucu olan iş akdinin işveren tarafından feshin gerçekleştirildiği tarihte doğan ihbar ve kıdem tazminatını talep ve konusu yapabilirler.

### b. İşçinin Ölümü Feshin Geçersizliği Davası Açıldıktan, Ancak Dava Sonuçlanmadan Gerçekleşmişse

Burada öncelikle işverenin geçerli nedenlerle fesih iradesinin işçiye ulaştığı tarihte feshin gerçekleşip gerçekleşmediği, feshin geçersizliğinin tespiti davası açılması, feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin 10 günlük sürede işe başlamak için işverene başvurması halinde fesih ile başvuru arasında geçen sürede hizmet akdinin askıda sayılıp sayılamayacağı, açıklıktan uzak olan "feshin geçersizliği"nin ne anlama geldiğinin tespiti iş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından önem taşımaktadır.

Anılan sürelerde iş sözleşmesinin askıda bulunduğu, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önceki yıllardaki bazı kararlarda benimsenmiş, ancak doktrinde bu kararlar genellikle eleştirilmiştir.



Gerçekten açıklanan dönemi iş sözleşmesinin askıya alınması ilkeleriyle açıklamak çok zordur.

Bu durumda işverenin feshinin askıda kaldığı düşüncesi geliştirilmeyse çalıştırılmış ancak bunun da uyumsuzluklara tam bir çözüm getirmeyeceği görülmüştür.

Kanunda kullanılan “feshin geçersizliği” ifadesi doktrinde bir görüşe göre feshin iş sözleşmesi üzerinde hüküm ve sonuç doğurmaması, sözleşmenin aynen devam etmesi anlamını taşımamaktadır. Feshin geçersizliği sözü 4857 sayılı Yasa'nın 25. maddesinde açıklanan haklı nedenlerle feshin hukuki sonuçları ile buradakilerin ayırt edilmesini sağlamak amacıyla feshin kanuna aykırılığını belirtmek amacıyla kullanılmıştır.<sup>3</sup> Benzer bir görüşe göre kullanılan ifadeye rağmen kanun hükmünün, tam bir geçersizlik yaptırımını getirdiği söylenemez; çünkü, geçersizlik yaptırımını fesih bildirimini geçersiz kılar, bozucu yenilik doğuran hak, iş sözleşmesi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaksızın iş ilişkisi devam eder.<sup>4</sup> Aynı yöndeki bir görüşe göre de burada mutlak anlamda bir geçersizliğin söz konusu olmadığı, geçersizlik tespitinin işverene seçimlik bir hak olarak iki yönde yükümlülük getiren sonuç doğurduğu, kanunun feshin geçersiz sayılması üzerine iş ilişkisi hiç bozulmamış gibi devam edecek şekilde düzenleme getirmediği sonucuna varılmaktadır.<sup>5</sup> Ulucan'ın görüşü de bu yöndedir.<sup>6</sup>

Öğretide, kanunun feshin geçersiz sayılarak iş ilişkisinin kural olarak hiç sona ermemiş gibi devam etmesini; işverenin bunu kabul etmesi halinde de tazminat ödenmesini öngördüğü karşıt görüş olarak savunulmuştur.<sup>7</sup> Diğer bir görüş feshin geçersizliğini “işe iade” bağlamında ele almakta ve feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde iş sözleşmesinin yargılama süresince askıda kaldığı ve İş Kanunu 66/c maddesi hükmüne uyan bu süre zarfında işverenin iş vermekte temerrüde düştüğünün kabul edilmesi yönündedir.<sup>8</sup> Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre Kanunun öngördüğü düzenleme feshin geçersizliği noktasında işverenin işçiyi işe başlatması veya başlatmamasına göre farklılık arz etmektedir.

Farklı bir görüşe göre de Kanun, “feshin geçersizliği” ile apriori olarak feshin mutlak manada hükümsüzlüğünü murat etmemiştir. Fakat bu husus işçinin işe başlatılıp başlatılmaması esasına değil işçinin feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde Kanunda öngörülen süre içinde işverene başvuruda bulunup bulunmaması esasında ele alınması gereken bir durumdur. Gerçekten de mahkemece veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verilmiş olsa bile, işçinin Kanunda öngörülen süre içinde işverene başvurmaması halinde fesih geçerli sayılır ve işveren sadece bunun sonuçlarından sorumlu olur (md.21/5). Buna göre, işçinin başvuracağı ana kadar geçersizliğin hükmü askıdadır; başvuruyla birlikte geçersizliğine karar verilen fesih hükümsüz hale gelerek iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi bir durum ortaya çıkar. Buna karşılık işçi süresi içerisinde başvuruda bulunmamışsa, geçersizliğine karar verilen fesih geçerli bir fesih olarak hüküm doğurmuş olur ve sözleşme fesih tarihi itibarıyla sona ermiş bulunur. İşçinin süresi içinde başvuruda bulunmasına rağmen işveren tarafından işe başlatılmaması halinde ise hükümsüz hale gelen bir fesih ve bu bakımdan da iş sözleşmesinin devam etmesi karşısında işe başlatılmama yeni bir fesih olarak değerlendirilecektir.<sup>9</sup>

Kanaatimizce bu son görüş yasal düzenlemeye daha uyumlu olup hak uyumsuzluklarında daha sağlıklı bir çözüm getirebilecektir. Geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen 4857 sayılı Yasa'nın 21/5. maddesinde “İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçi bu süre içerisinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlarıyla sorumlu olur” hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu açık yazılımından mahkeme ve özel hakem tarafından verilen feshin geçersizliğine dair kararın sonuçlarını doğurabilmesi için işçinin işe başlamak için bizzat işverene başvurması zorunludur. İşçinin bu yönde geçerli bir başvurusunun bulunup bulunmadığının tespiti bir çok uyumsuzlukların çözümü yönünden önem arz etmektedir. İşçinin usulüne uygun işe başlama

başvurusu mevcut değilse, mahkeme veya özel hakem tarafından verilen feshin geçersizliği kararı bir sonuç doğurmayacak feshin geçersizliği davası hiç açılmamış gibi iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli nedenlerle sona erdirildiği kabul edilerek doğacak hukuki uyumsuzluklar çözümlenecektir.

Feshin geçersizliği kararı kesinleştikten sonra işçinin işverene işe başlamak için usulünce başvurması halinde, başvuru tarihinde feshin geçersizliği kararı sonuçlarını doğuracak, işverenin feshi geçersiz fesih sayılacak ve işçinin işe başlama başvuru tarihi itibarıyla iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi devam edecektir. Fakat bu tarihte işçinin fiilen işe başlaması söz konusu olmadığından iş sözleşmesinin askıda bulunma hali gündeme gelecektir. Bir aylık süre içerisinde işçi işe başlatılmışsa, işe başlama tarihinde askı hali sona erecek iş sözleşmesi feshedilmemiş gibi devam edecektir.

İşe başlama başvurusuna rağmen işveren tarafından bir ayın sonunda işçi işe başlatılmamış veya bir ay dolmadan işveren işçiyi işe başlatmayacağını bildirmişse bu tarihler itibarıyla işverenin yeni bir feshi gerçekleşmiş olacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında işçinin tazminatlarının bu tarihteki ücretlere göre belirlenip kıdem tazminatını bu tarihlere göre tavan ve faiz uygulayarak bu görüşü benimsemektedir.

Hizmet akdini askıda bulunduğu sürede veya bir ayın sonunda işçinin işe başlamaması iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği şeklinde değerlendirilmelidir. Zira işçinin işe başlama başvurusu ile işverenin feshi geçersiz hale gelip iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş sayıldığından bu aşamadan sonra işçinin işe başlama başvurusunu geri alarak işverenin önceki geçerli nedenlerle feshine hayatiyet kazandıramaz. Zira hizmet akdinin askıda bulunduğu dönemde tarafların bazı istisnalar dışında iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri devam etmekte olup hizmet sözleşmesi sona ermiş değildir.

İşverenin geçerli nedenlerle işçinin iş akdinin feshettiği tarihten feshin geçersizliğine karar verilip işçinin işe başlamak için işverene başvurduğu tarihe kadar feshin geçersizli-

ğinin hükmü askıda olduğundan (bu dönemde iş sözleşmesinin askıda bulunduğu kabulü mümkün görülmediğinden) anılan tarihler arasında işçinin ölümü halinde; mirasçılardan açılan feshin geçersizliğinin tespiti davasını sürdürmeleri ve boşta geçen dört aya kadar süre ücretini talep etmeleri mümkün müdür? Yukarıda da açıklandığı gibi iş ilişkisinde işçinin kişiliği önemlidir. İşe başlamak için başvuru, işe başlama veya başlamama hayattaki bir işçi için söz konusu olabilir. İşçinin şahsına bağlı bu haklar mirasçılar tarafından kullanılamaz. Dört aya kadar ücret ve sair haklar işverenin feshinin geçersizliğinin tespitinin kesinleşmesinden sonra işçinin işverene bizzat işe başlamak için başvuru tarihinde doğar. Bu, 4857 sayılı Yasa'nın 21/5. maddesindeki açık düzenlemenin sonucudur. Dava sırasında ölen işçinin şahsa bağlı bu başvuru hakkını kullanması fiilen mümkün olmadığı gibi, bu hak mirasçılara da geçmeyeceğinden mirasçılardan dört aya kadar ücret ve sair haklar yönünden dava yürütmekte hukuki yararları bulunmamaktadır<sup>10</sup>. Ancak mahkeme masrafları ve vekalet ücreti yönünden mirasçılar isterlerse davayı sürdürebilirler. Yargıtay uzun süre bu görüşünü istikrarla sürdürmüştür (örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.10.2006 gün 19624-28700 s., 15.9.2006 gün 2006/20109 E., 2006/29326 K. sayılı kararları).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009 yılında bu görüşünden döndüğünü açıklayarak incelemeye konu yaptığımız ve aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz 15.9.2009 gün 2009/21710 E., 2009/22886 K. sayılı kararında feshin geçersizliği için dava açan ve yargılama sırasında ölen işçinin mirasçılarının açılan davayı sürdürüp dört aya kadar ücret ve sair hakları isteyebileceği görüşünü üçte iki çoğunlukla benimseyip görüş değiştirmiştir. Ancak daire bu kararında da dört aylık boşta geçen ücret ve sair hakların mirasçılarca istenebilmesinin gerekçesini, feshin geçersizliği davasını açan ve yargılama sonucu ölen işçi ölmeseydi ne tür davranışına üstünlük tanınacak idiyse, öngörülen bu davranışa hukuki sonuç bağlanmalıdır şeklinde düzenlemiştir. Daire bu kararında da işçinin başvurusu gerektiğini kabul etmekte, ancak öngörü ile (varsayımla) sonuca gitmektedir. Varsayımla

mahkeme kararı verilmesinin hukuk düzenlememizde yeri olmadığı düşünülmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009 yılında verdiği diğer bir kararında (2007/38730 E., 2009/7385 K. sayılı)<sup>11</sup> işçinin işe iadesi yönündeki başvurusunun samimi olmasının boшта geçen dört aya kadar ücret ve sair haklarını talep edebilmesi için gerekli olduğunu benimseyerek, işe başlamak için samimi bir başvurunun varlığını aramaktadır. İşe başlamak için hayatta olan işçinin başvurusunun samimi olup olmadığının araştırılmasını haklı olarak isteyen Yargıtay'ın ölen bir işçinin işe başlamak için başvuracağını varsayması ve bu gerekçeyle ölen işçinin mirasçılara ölen işçinin açtığı feshin geçersizliğinin tespit davasını yürütebileceklerini kabul edip dört aya kadar ücret ve sair hakları isteyebileceklerini karar vermesi yerinde görülmemiştir.

### **c. İşçinin Ölümü Feshin Geçersizliğine Dair Kararın Kesinleşmesi, Ancak İşçi İşe Başlamak İçin İşverene Başvuru Yapmadan ve On Günlük Başvuru Süresi Dolmadan Gerçekleşmişse**

İşçinin açtığı feshin geçersizliğine ait dava feshin geçersiz olduğu şeklinde sonuçlanıp kesinleştikten sonra, ancak on günlük işçinin işe başlama süresi dolmadan ve işçi işe başlamak için işverene başvurmadan işçinin ölümü halinde mirasçılardan davayı sürdürüp sürdürmemeleri söz konusu olamaz, zira dava sonuçlanmıştır. Ancak boшта geçen dört aya kadar ücret ve sair hakları mirasçılardan isteyip isteyemeyecekleri tartışma konusu olmaktadır. Yukarıda (b) bendinde etraflıca açıklandığı gibi bu halde de işçinin işe başlama başvurusu bulunmadığından, öngörü (varsayımla) ile işçinin başvuruda bulunacağı kabulünün mümkün olmadığından ve mirasçılar da ölen işçi adına işe başlama başvurusu yapamayacaklarından dört aya kadar boшта geçen süre ücreti ve sair hakları işveren istemezler. Ancak işverence yapılan geçerli nedenlerle fesih sırasında ödenmemişse ihbar ve kıdem tazminatlarını dava konusu yapabilirler.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2009 yılında verdiği önceki yıllardaki kararlarıyla çelişen in-

celeme konusu karara göre mirasçılar dört aya kadar ücret ve sair hakları isteyebileceklerdir.

### **d. İşçinin, Feshin Geçersizliğine Dair Kararın Kesinleşmesi ve İşe Başlama Başvurusunun Yapıldığı Tarihten Sonra Ölümü Hali**

Bu durumda işçi boшта geçen dört aya kadar ücret ve sair hakları hak kazandığından ölüm halinde bu haklar mirasçılara geçer. Yargıtay'ın yukarıda açıklanan 2007/38730 E., 2009/7345 K. sayılı ilamında benimsendiği gibi işçinin işe iade yönündeki başvurusunun samimi olması gerekir. Asıl olan iyi niyettir. İşverenin aksini iddia etmesi halinde iddiasını kanıtlamalıdır. Ancak işçinin işe başlama başvurusunun samimi olup olmadığı başvuru tarihine göre belirlenmelidir. İşçinin bilahare işe başlamaması her zaman işe başlama başvurusunun samimi olmadığını göstermez. İşçi kaçınılmaz veya haklı nedenlerle işe başlamayabilir. Esasen bu dönemde iş sözleşmesi askıda olduğundan işçinin haklı nedenlerle feshi de söz konusu olabilir.

## **II. İNCELEME KONUSU KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yukarıda I nolu bentte geçerli nedenler gösterilerek iş sözleşmesi işveren tarafından fesih edilen işçinin ölümünün 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18-21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerine göre açılacak ve açılan davalara ve mirasçılara etkisi geniş olarak incelenmiş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin inceleme konusu kararı da bazı yönleriyle irdelenmiştir.

Ancak, inceleme konusu yapılan daire kararının değinilmeyen veya yeterince incelenmeyen hususları, özellikle gerekçelerin yerindeliği üzerinde durmak gerekir.

İncelenen 9. Hukuk Dairesi kararına konu somut olayda; davalıya ait işyerinde çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi 1.12.2006 tarihinde yeniden yapılanma ve alt işveren uygulamasına girilmesi nedenleriyle işveren tarafından sona erdirilmiştir. Süresi içerisinde 13.12.2006 günü davacı işçi tarafından feshin geçersizliğinin tes-

piti ile işe iadesi talebinde bulunulmuş davalı ise feshin geçerli nedenlere dayandığını savunmuştur.

Davacı yargılama sırasında ölmüştür. Kararda ölüm tarihi ay ve gün olarak belirlenememekle birlikte dairece boşta geçen dört aylık ücretin mirasçılara ödenmesine karar verildiğinden ölümün fesihden en az dört ay sonra ancak yargılama sırasında gerçekleştiği anlaşılmaktadır. İşçinin ölümünü müteakip dava mirasçılar tarafından sürdürülmüştür. Yargılama sonunda mali mahkemece feshin geçerli bir nedene dayanmadığı, ancak işçi ölmüş olmakla işe iade ve işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücret istekleri yönünden dava konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmuştur. 9. Hukuk Dairesi çoğunluk oyuyla 12.9.2009 tarihinde verdiği bozma kararında, mahkemenin davacı işçi yönünden fesih için geçerli bir nedenin bulunmadığı yolundaki kararını dosya içeriğine uygun bulmuştur.

- İş sözleşmesinin işçinin ölümü ile sona (B.K. m.347) erdiği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır.

- Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesine göre kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar miras bırakanın alacaklarına doğrudan doğruya hak kazanırlar.

- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen dört aya kadarki boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar işe başlatma veya başlatmamaya ait bir sonuç değildir. Ölüm olgusu bir hukuki ilişkide aleyhe olarak yorumlanmamalıdır. İşçi ölmeseydi ne tür davranışına üstünlük tanınacak idiyse, öngörülen bu davranışa sonuç bağlanmalıdır. Bu konuda yasal boşluk mevcuttur. Bu boşluğu yargıç doldurmalıdır. Davacı işe iade davasını açarken feshin geçerli bir nedene dayanmadığını iddia etmiştir. Geçersiz fesih var ise ölüm tarihine kadarki boşta geçen süre ücretine yasal dört aylık sınırlama dikkate alınarak hükmedilmelidir.

Gerekçeleriyle kararın bu yönlerden bozulmasına, boşta geçen süreye ait dört aylık ücret ve diğer hakların davalıdan alınarak ölen işçinin mirasçılara verilmesine karar verilmiştir. Karardan dairenin daha önce işçinin ölü-

mü sebebiyle işe başlama yönünde başvuruda bulunmasının imkânsız olduğu gerekçesiyle boşta geçen süreye ait ücret isteklerinin reddedilmesi gerektiği yönündeki içtihadından (9. Hukuk Dairesi'nin 6.11.2006 gün, 2006/20109 E., 2006/29326 K. sayılı ilam) dönüldüğü açıklanmıştır. Dairenin iki üyesi inceleme konusu 15.09.2009 tarihli bozma kararını karşı oya yazmışlardır.

Sayın Üye Özfirat özetle; "işe başlamayı isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu hak kişinin ölümüyle son bulur. Sağlığında kullanılmayan bu hak mirasçılara geçmez. Bu itibarla dava devam ederken işçinin ölümü halinde mirasçılar dört aylık ücret talebinde bulunamazlar bunun yasal dayanağı İş Kanunu'nun 21/5. maddesidir" gerekçesiyle mahalli mahkeme kararının onanması görüşünde olduğunu bildirmiştir.

Sayın Üye Tuna ise özetle; feshin geçersizliği davalarında 3 aşama mevcut olduğunu, birincisinin mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi, ikincisinin karar kesinleştikten sonra işçinin on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurması, üçüncüsünün ise işverenin işe başlama iradesini işçiye ulaştırmasıdır. 4857 sayılı Yasa'nın 21. maddesine göre işçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılmış olan feshi geçerli hale gelir. İşe başlatılma talebi inşai bir hak olup mirasçılar tarafından kullanılması mümkün değildir. Yargılama süresinde ölen işçinin davaya devam eden mirasçıları yararına dört aya kadar boşta geçen süre ücretine hükmedilmesi yönündeki daire çoğunluğunun bozma kararına katılmadığını açıklamıştır.

Daire çoğunluğunun yukarıda açıklanan bozma gerekçelerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

## 1. Davacı İşçinin İş Sözleşmesinin Ölümü ile Sona Erip Ermediği

Somut olayda davacı işçi feshin geçersiz olduğunu iddia ederek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesine dayanarak feshin geçersizliğinin tespiti isteği ile dava açmış, ancak yargılama



devam ederken fesihden dört aydan fazla bir süre geçtikten sonra ölmüştür. Bu nedenle mahkemedен feshin geçersizliği yönünde karar alması ve 4857 sayılı Yasa'nın 21/5. maddesi düzenlemesine göre işe başlamak için işverene başvurması imkânsız hale gelmiştir.

Daire bozma kararında "iş sözleşmesinin işçinin ölümü ile sona (BK. m347) erdiği konusunda bir kuşku bulunmamaktadır." denilmektedir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Öncelikle iş sözleşmesinin işçinin ölümüyle sona erdiği kabul edilirse mirasçılarının ihbar tazminatı talep etmeleri mümkün değildir. Ödenmişse ihbar tazminatını ölen işçilerin mirasçıları işverene iade etmek zorunda kalacaklardır. Zira iş sözleşmesinin işçinin ölümüyle sona ermesi halinde işverenin ihbar tazminatı ödeme hükümlülüğü yoktur. Diğer taraftan iş sözleşmesinin ölümle sona erdiğinin kabulü halinde, ölümle sona eren sözleşmenin geçersizlik sebebi ile açılan davanın mirasçılar tarafından yürütülmesi ve feshin geçersiz olduğuna karar vermesi mümkün değildir.

İşverenin geçerli nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi üzerine, işçinin feshin geçersizliğinin tespiti davası açması halinde, mahkemece feshin geçersizliğine dair verilen kararın kesinleşerek iş akdi feshedilen işçiye tebliğ edildikten sonra işçi tarafından işverene işe başlamak için başvurduğu tarihe kadar yukarıda I, 2, b ve c bentlerinde etraflıca açıklandığı gibi feshin geçersizliğinin hükmü askıdadır. Böyle olunca somut olayda işçinin ölümü tarihinde feshin geçersizliği hükmü askıda bulunmaktadır. Başka bir anlatımla işverenin geçerli nedenlerle feshi ölüm tarihinde geçersiz fesih haline gelmemiştir. İş Kanunu'nun 21/5. maddesinde düzenlenen prosedür gerçekleşmeden davacı işçi öldüğünden şahsa bağlı işe başlama için başvurunun gerçekleştirilmesine de imkân kalmadığından, işveren tarafından yapılan fesih işleminin geçerli hale geldiği ve işçinin sözleşmesinin ölümle değil, işveren tarafından geçerli sebeplerle sona erdirildiğinin kabulü gerekir. Bunun sonucudur ki 9. Hukuk Dairesi'nin önceki kararlarında benzer durumlarda ödenmemişse işçinin mirasçılarının ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecekleri; dört

aya kadar boşta geçen ücret ve işe başlatmama tazminatları isteyemeyecekleri istikrarla kabul edilmiştir.

## 2. Türk Medeni Kanunu'nun 509. Maddesinin Uygulama Alanı Mevcut Mudur?

Daire çoğunluğu, Türk Medeni Kanunu'nun 509. maddesi uyarınca kanunda öngörülen aylık durumlar saklı kalmak üzere "mirasçılar miras bırakanın alacaklarını doğrudan doğruya kazanırlar" gerekçesiyle; ölen işçinin mirasçılarının işçi tarafından açılan feshin geçersizliğinin tespiti davasını yürütebileceklerini ve boşta geçen dört aya kadar ücreti işverenden isteyebileceklerini kabul etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk Medeni Kanunu'nun 509. maddesinin inceleme konusu davada uygulama alanı mevcut değildir. 4857 sayılı Yasa'nın 21/5. maddesi gereği işçinin işe başlamak için işverene başvuru hakkı şahsa bağlı bir hak olup mirasçılara geçmesi, ölüm sebebiyle kullanılması mümkün olmayan bir hakkın kullanılacağı varsayılarak boşta geçen dört aya kadar ücretin alacağına dönüştüğünün ve bu alacağın ölümle mirasçılara geçtiğini kabul etmek mümkün görülmemiştir.

## 3. Ölen İşçi Ölmeseydi Ne Tür Davranışına Üstünlük Verilecek İdiyse Öngörülen Bu Davranışa Göre Ölen İşçinin İşe Başlamak İçin İşverene Başvuracağı Kabul Edilerek Hüküm Kurulabilir Mi?

Daire bozma kararı gerekçesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen dört aya kadar süreye ilişkin ücret ve diğer haklar işverenin işe başlatma veya başlatmamasına ait bir sonuç olmadığı açıklanmıştır. Dairenin bu yöndeki tespiti doğrudur.

İncelenen daire kararında da önceki kararlarda olduğu gibi dört aya kadar boşta geçen süreyle ilgili ücret ve sair hakların kazanılabilmesi için 21. madde gereği işçinin işe başlama başvurusunu gerekli görmekte, hatta son dönemde verdiği 18.3.2009 gün 2007/38730 E., 2009/7245

K. sayılı kararda da işe başlama başvurusunu yeterli bulmamakta, haklı olarak bu başvurunun samimi olması gerektiğini aramaktadır. Ancak inceleme konusu yaptığımız kararda olduğu gibi “işçi ölmeseydi ne tür davranışına üstünlük tanınacak ise öngörülen bu davranışa sonuç bağlanmalıdır” gerekçesiyle feshin geçersizliği davası açan ve yargılama sırasında ölen işçinin böyle bir dava açtığı için mahkemece feshin geçersizliğine karar verilirse işe başlamak için başvuracağını kabul edip öngörülen bu davranışa üstünlük tanınarak işçinin işe başlama başvurusunun varlığını kabul etmek ve bunun sonucu olarak davayı yürüten mirasçıların lehine dört aya kadar ücret ve diğer haklara hükmetmesi kabul etmek kesinlikle mümkün değildir. Mahkemeler varsayımlarla karar veremez. Esasen bu konuda Daire bozma kararının gerekçesinde belirtildiği gibi kanunda boşlukta mevcut değildir. İş Kanunu'nun 21/5 maddesi çok açık düzenlenmiştir. Bizzat işçi işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçinin işe başlama başvurusu gerçekleşmez veya işçinin bizzat işe başlamak için işverene başvuru imkânı olayımızda olduğu gibi işçinin ölümü nedeniyle ortadan kalkmışsa işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçlarıyla sorumlu olur.

Daire bozma gerekçesinde 4857 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin 5. fıkrası hükmünün tartışma konusu yapıldığından böyle bir sonuca ulaşıldığı düşünülmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önceki yıllarda istikrarla verilen kararlarından (örneğin 6.11.2006 gün 2006/20109 E., 2006/29326 K. sayılı kararı) dönülmesini gerektirecek bir mevzuat değişikliği de yapılmamıştır.

## SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenler, bozma kararına muhalefet yazan sayın üyeler ÖZFIRAT ve TUNA'nın benimsenen görüşleri, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önceki yıllarda vermiş olduğu kararlar göz önünde bulundurularak inceleme konusu bozma kararına katılamıyorum.

## DİPNOTLAR

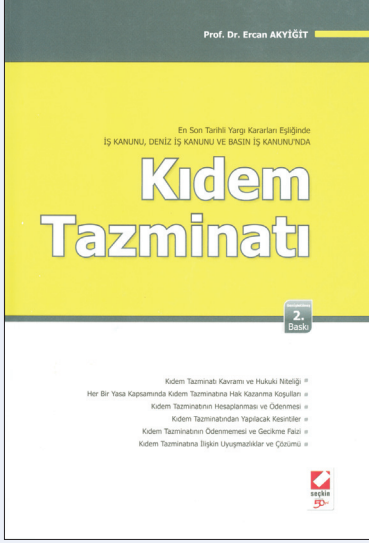
- 1 Bozma kararı özel arşivden alınmıştır.

- 2 Akyiğit, Ercan; “İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi”, Kamu-İş, c.9, s.4, 2008, s.16.
- 3 Çelik, Nuri; İş Güvencesi, s.44, İş Hukuku, s.214.
- 4 Süzek, Sarper; s.614.
- 5 Ekonomi, Münir; Hizmet Akdinin Feshi ve Güvencesi, s.16.
- 6 Ulucan, Devrim; agc, s.44.
- 7 Ekmekçi, Ömer; s.107.
- 8 Demir, Fevzi; s.150.
- 9 Mollamahmutoğlu; Hamdi; İş Hukuku, 3. basım, s.761.
- 10 Çankaya-Günay-Göktaş; İşe İade Davaları, 2. basım, s.248-249.
- 11 Bostancı, Uygur; İşçinin İşe İadesi Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü, Sicil, Aralık 2009, s.120 vd.

## KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan; “İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uygulamasına Etkisi (Karar İncelemesi)”, Kamu İş, c.9, s.4, 2008.
- BOSTANCI, Uygur; “İşçinin İşe İade Yolundaki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü (Karar İncelemesi)” Sicil, Aralık 2009, s.16, s.120.
- ÇANKAYA-GÜNAY-GÖKTAŞ; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, 2.bası.
- ÇANKAYA-ÇİL; İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2009, 2. bası.
- ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri; İstanbul 2004, 17. bası.
- DEMİR, Fevzi; İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, 2003.
- EKMEKÇİ, Ömer; 4857 sayılı İş Kanununa Göre Geçici İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, 2.
- EKONOMİ, Münir; “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi, 2003, c.17, s.2, özel ek.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, 2008, 3. bası.
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, İstanbul 2006, 3 bası.
- ULUCAN, Devrim; İş Güvencesi.

# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Ercan Akyiğit tarafından yazılan “**En Son Tarihli Yargı Kararları Eşliğinde İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’nda KIDEM TAZMİNATI**” adlı eserin genişletilmiş ikinci baskısı Şubat 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

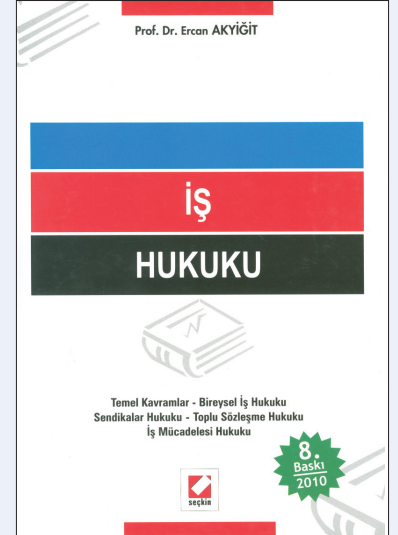
Kitabın ilk ayırımında kıdem tazminatı genel olarak ele alınmış; 4857 sayılı İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı başlığını taşıyan ikinci ayırımında ise İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatıyla İlgili Hükümler ve Tarihçesi, Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Koşulları, Kıdem Tazminatının Hesaplanması ve Miktarı, Kıdem Tazminatının Ödenmesi ve Sonuçları’na yer verilmiştir. Üçüncü ayırında Deniz İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı, dördüncü ayırında da Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı açıklanmıştır. İlgili yargı kararlarının yer aldığı eklerden sonra beşinci ayırında Kıdem Tazminatının Talep Edilebilme Süresi ve Kıdem Tazminatına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü’ne yer verilmiştir.

Eserin bu baskısında kıdem tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu çerçevesinde, gerek mevzuat ve öğreti ile gerekse yargı kararlarında yaşanan en son gelişmelerle birlikte ele alınmıştır. Bu yapılırken ulaşılan en son tarihli ve emsal nitelikli çok sayıda yargı kararına da ya tam metin olarak ya da ilgili kısım itibariyle yer vermeye çalışılmıştır.

Prof. Dr. Ercan Akyiğit tarafından yazılan “**İş Hukuku**” adlı eserin sekizinci baskısı Şubat 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

Kitapta özellikle öğrencilerin ders notu gereksinimlerini karşılama eğilimi ağır basmış, bu nedenle konular fazla dipnot ayrıtısına dek sunulmak yerine, genel hatlarıyla ama özlü biçimde sunulmuştur.

En son yasal değişiklikleri de içeren açıklamalara yer verilen kitabın ilk kısmında iş hukukunun kavramı, tarihçesi ve özellikleri anlatılmıştır. Bireysel İş Hukuku başlıklı ikinci kısımda, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinden doğan haklar/borçlar ve sona ermesi ile sonuçları, kıdem tazminatı, çalışma süreleri, dinlenme süreleri ve tatiller, iş sağlığı ve güvenliği konuları ele alınmıştır. Sendikalar Hukuku başlıklı üçüncü kısımda ise sendikalar hukuku ve kaynakları, sendika özgürlüğü, sendika kavramının anlamı ve öğeleri, işçi-işveren ve konfederasyonlarının kuruluşu, sendika/konfederasyon üyeliği, sendikanın organları ve işleyişi, üyelikten doğan haklar ve borçlar, sendika üyeliğinin sona ermesi - askı - devam halleri, sendikanın faaliyetleri, denetimi ile faaliyetinin durdurulması ve sona ermesi, sendikal güvenceler konularına yer verilmiştir. Toplu İş Sözleşmesi hukuku başlığını taşıyan dördüncü kısımda da, toplu iş sözleşmesi, uygulanması, sona ermesi konuları açıklanmıştır. İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları başlıklı beşinci kısımda ise, iş uyuşmazlığı kavramı ve çeşitleri, çözüm yolları, iş mücadelesi kavramı ve araçları, grev ve lokavt başlıkları ele alınmıştır.



Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları

## I. Giriş

Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin hukuki sınırlarından söz edildiğinde; genellikle, toplu iş sözleşmesinin getirdiği kuralların, yasalar ve diğer hukuk kuralları tarafından sınırlanması anlaşılmaktadır. Oysa, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin diğer hukuk kurallarıyla olan ilişkisi, gerçekte bir sınırlama olmayıp, kurallar arasındaki önceliğe ilişkin bir sorundur<sup>1</sup>. Nitekim, toplu iş sözleşmesi hükümleri, hukuk düzeninin bir parçası olduğu için, normlar hiyerarşisi içinde daha üstte yer alan hükümlere ters düşmemek durumundadır<sup>2</sup>.

Bu bakımdan, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin hukuki sınırları sorunu; toplu iş sözleşmesinin yanlarının, toplu iş sözleşmelerine koyamayacakları hükümlerin irdelenmesi biçiminde ele alınması, daha uygun olacaktır. Buna göre, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin, sadece yasadan (Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'ndan) kaynaklanan sınırlamaları yerine, diğer alanlardaki sınırlarının da ele alınması gerekmektedir<sup>3</sup>.

## II. Toplu İş Sözleşmesi ve Anayasa

Devletin (Türkiye Cumhuriyeti'nin) niteliğini "insan haklarına saygılı" ve "sosyal bir hukuk devleti" (Ay. m. 2) olarak belirleyen Anayasa, toplu iş sözleşmesi hakkını tanıyarak, toplu iş sözleşmesi özerkliğini kurumsal güvence altına almış olmaktadır. Bununla, toplu iş sözleşmesinin yanlarına üyelerinin çalışma koşullarını düzenleme yetkisi, Anayasa uyarınca toplu iş sözleşmesine bırakılmaktadır.

Bu bakımdan, toplu iş sözleşmesi hakkının özü, söz konusu hakkın kaynağını oluşturan Anayasa'dan çıkarılmak durumundadır. Buna göre, Ay. m. 53/I hükmüyle anayasal kurum güvencesine kavuşturulan toplu iş sözleşmesi hakkı, genel sözleşme özgürlüğünün basit bir tekrarı niteliğini taşımaz. Çünkü, anayasa koyucu, toplu iş sözleşmesi yoluyla kendine özgü bir yetki oluşturmak istemeseydi, Ay. m. 48/I hükmüyle tanıdığı sözleşme özgürlüğünün yanısıra toplu iş sözleşmesi hakkını ayrıca



## Toplu iş sözleşmesinin yanlarına tanınmış bulunan özerk alanın genişliği, buyurucu yasa hükmünün mutlak veya görece buyurucu oluşuna göre değişmektedir.

düzenleme gereğini duymazdı<sup>4</sup>. Böylece, toplu iş sözleşmesi hakkına Anayasa’da ayrıca yer verilmesi, toplu iş sözleşmesi özerkliğine ayrı nitelikte bir kurum güvencesinin sağlanmak istendiğini göstermektedir. Gerçekten, toplu iş sözleşmesinde bu sözleşmenin içine girmemiş bulunan üçüncü kişilerin hukuki ilişkileri düzenlendiğinden, burada artık yanlara belli bir amaca bağlı özgün bir yetkinin tanınması zorunluğu ortaya çıkmaktadır<sup>5</sup>.

Toplu iş sözleşmesi hakkını tanıyan Ay. m. 53, toplu iş sözleşmesi özerkliğine ilişkin olarak, sadece aynı işyerinde ve aynı dönem için birden çok toplu iş sözleşmesinin yapılamaması ve uygulanamaması (f. 4) sınırlamasını getirmiş; bunun dışında ise, toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına yasayla düzenlenmesini (f. 2) öngörerek, konulacak sınırlamaları yasaya (yasa koyucuya) bırakmıştır. Bu anlamda, aynı işyerinde aynı dönem için birden çok toplu iş sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin sınırlama (Ay. m. 53/IV), toplu iş sözleşmesi özerkliğinin çalışma barışını sağlama işlevinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin yanları, toplu iş sözleşmesinin herşeyden önce bir “barış sözleşmesi” niteliğinde olduğunu gözden uzak tutamayacaklardır.

Belirtilen sınırlamanın ötesinde, Anayasa’da açıkça gösterilmiş herhangi bir sınırlamaya rastlanılmamaktadır. Ancak, toplu iş sözleşmesinin yanları; anayasa hükümleri devlet organlarının dışında diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarını içerdiği (Ay. m. 11/I) için, kendilerine tanınmış özerk alan kapsamında, Ay. m. 53 hükmünün dışındaki diğer Anayasa hükümlerini de dikkate almak zorundadır.

Yine, toplu iş sözleşmesinin düzenleyici bölümünde yer alan normatif hükümlerin maddi anlamda yasa hükmünde oldukları ve yasaların

Anayasa’ya ters düşemeyecekleri (Ay. m. 11/II) esası anımsanacak olduğunda da, ayrıca diğer Anayasa hükümlerinin göz önünde bulundurulmaları zorunluğu, büyük bir açıklıkla ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda, özellikle Anayasa’daki genel nitelikteki eşitlik ilkesi (m. 10) ile ücrette adalet sağlanması esas (m. 55); toplu iş sözleşmesinde, ancak işin doğasından kaynaklanacak, akla yakın (makul) ve nesnel olarak savunulabilir nitelikteki nedenlerle ayırım yapılmasına olanak tanımaktadır. Nihayet, Anayasa’daki çalışma hakkı (m. 49), toplu iş sözleşmelerine konulacak akdi iş güvencesi hükümlerine ışık tutacaktır.

Diğer yandan, sosyal hukuk devleti esasını içeren Ay. m. 2 hükmü, toplu iş sözleşmesi özerkliğinde de söz konusu olmaktadır. Gerçekten, bağitlanacak toplu iş sözleşmesi, Anayasa’da yer alan sosyal hukuk devleti ilkesine bağlıdır. Bu anlamda, sosyal niteliğe ters düşecek ve onunla bağdaşmayacak nitelikteki toplu iş sözleşmesi hükümleri ile belirsiz veya anlaşılabilir olmaları yüzünden hukuk güvenliği ni sarsıcı nitelikteki toplu iş sözleşmesi hükümleri, toplu iş sözleşmesi özerkliğine ters düşmektedir<sup>6</sup>. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin yanlarının, belirtilen nitelikteki hükümlere toplu iş sözleşmelerinde yer vermemeleri gerekir.

### III. Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Yasa

Yedek hukuk kuralı niteliğindeki tamamlayıcı ve yorumlayıcı yasa hükümleri, toplu iş sözleşmesi özerkliği bakımından, herhangi bir sınırlama getirmez. Çünkü, esasen yedek hukuk kuralları, sözleşme serbestisi ilkesini oluşturur<sup>7</sup>. Buna karşılık, buyurucu (emredici) yasa hükmü, kural olarak aksi kararlaştırılmayan hüküm niteliğinde olduğu için, toplu iş sözleşmesinin yanlarına tanınmış bulunan özerk alana sınırlama getirir.

#### 1. Buyurucu Yasa Hükümleri Karşısında Özerklik

Buyurucu yasa hükümlerinin niteliği, toplu iş sözleşmesi özerkliği bakımından, son derece

önemlidir. Nitekim, toplu iş sözleşmesinin yanlarına tanınmış bulunan özerk alanın genişliği, buyurucu yasa hükmünün mutlak veya görece buyurucu (sosyal kamu düzeni hükmü) oluşuna göre değişmektedir.

Gerçekten, mutlak buyurucu nitelikteki yasa hükümleri, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmayan ve kendisine mutlaka uyulması gereken düzenlemelerdir. Buna göre, mutlak buyurucu bir yasa hükmü söz konusu olduğunda; artık, toplu iş sözleşmesi özerkliğinden söz edilerek, yanların belirtilen hükme ters düşecek bir hüküm toplu iş sözleşmesine koymaları, hukuken mümkün değildir. Nitekim, TİSGLK. m. 5, toplu iş sözleşmelerine yasaların buyurucu hükümlerine aykırı hükümlerin konulamayacağını öngörerek, mutlak buyurucu yasa hükümlerinin yanlara tanınmış özerk alanı sınırlamış bulunduğunu büyük bir açıklıkla göstermektedir. Böylece, mutlak buyurucu yasa hükümleri konusunda, yasa koyucuya Anayasa'nın bir maddesiyle (Ay. m. 87 hükmüyle) tanınan erk, başka bir Anayasa hükmü (Ay. m. 53/I) tarafından toplu iş sözleşmesinin yanlarına sağlanmış erki sınırlamaktadır.

Bu bağlamda, Yargıtay; geçmişten birkaç örnek verilecek olunursa, kendi isteğiyle (istifa ederek) işyerinden ayrılacak işçiye kıdem tazminatının ödenmesini<sup>8</sup>, bireysel iş sözleşmesinin feshinde disiplin kurulunun oybirliğiyle karar almasını<sup>9</sup>, çalışılmadan geçirilen feshi ihbar süresinin işçinin kıdeminden sayılmasını<sup>10</sup>, yasada (İş Kanunu'nda) öngörülen mazeretsiz işe devamsızlık süresinden daha kısa bir süreyle devamsızlık halinde işverene haklı nedenle fesih yetkisinin tanınmasını<sup>11</sup> öngören toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hukuken geçerli olmadıklarına karar vermiştir.

Buna karşılık, görece buyurucu (sosyal kamu düzenine ilişkin) yasa hükümlerinde, durum değişiktir. Burada artık, toplu iş sözleşmesi yoluyla ve ancak işçi yararına olmak koşuluyla, buyurucu yasa hükmünün aksinin kararlaştırılması mümkündür. Çünkü, sosyal kamu düzeni hükümleri olarak da nitelendirilen görece buyurucu nitelikteki yasa hükümleri işçi yararına asgari (taban) koşulları belirleyip üst sınır (tavan) konusunda bir sınırlama getirmediği için,

bu tür hükümler toplu iş sözleşmesinin yanlarına tanınmış serbesti çerçevesinde aşılabilmektedir. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin yanları, buyurucu yasa hükümlerini ancak işçi yararına aşabilen bir özerk kural koyma yetkisine sahiptir. Bu bağlamda, yasaların buyurucu hükümlerine aykırı hükümlerin toplu iş sözleşmelerine konulamayacağını öngören TİSGLK. m. 5 hükmünün; yasaların görece buyurucu hükümlerine aykırı hükümlerin, işçi yararına olmayacak biçimde toplu iş sözleşmelerine yanlarca konulamayacağı, biçiminde anlaşılması gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay, işçi aleyhine feshi ihbar süresini artıran toplu iş sözleşmesi hükmünü<sup>12</sup> geçersiz saymış; kıdem tazminatının askerlik dönüşü iadesi halinde son dönem kıdem tazminatı hesabında dikkate alınacağına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünün<sup>13</sup> de, geçerli olduğunu kabul etmiştir.

## 2. Konulamayacak Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri

### a) Sınırlayıcı Nedenlerin Kapsamı

Toplu iş sözleşmesinin yanlarının, her şeyden önce, temel hakları dikkate almak zorunda buldukları gözden uzak tutulmamalıdır. Çünkü, toplu iş sözleşmesine tabi olacak kişiler temel hak olarak korunan konumlarının sınırlanmasını, toplu iş sözleşmesinin yanlarına bırakmış durumdadır. Bu itibarla, devlet, temel hakların etkin bir biçimde korunması için çaba göstermek durumundadır. Böyle bir çaba da, yapılacak toplu iş sözleşmesinin sıkı sıkıya temel haklarla bağlı olmasını sağlamakla gerçekleşir. Buna göre, yasa koyucu olarak devlete bırakılmış alandan daha geniş bir alanın, toplu iş sözleşmesinin yanlarına tanınmadığı gerçeği ortaya çıkmaktadır<sup>14</sup>.

Bu anlamda, Anayasa, biryandan, toplu iş sözleşmesi hakkını ve özerkliğini tanıırken (Ay. m. 53); diğer yandan, başka bir düzenlemesinde (Ay. m. 13/I) temel hak ve özgürlüklerin, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın

korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak” yasayla sınırlanabilmesini kabul etmektedir. Nitekim, “Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebep” olarak, Ay. m. 53/IV hükmündeki sınırlama getirilmiş ve Ay. m. 13/I hükmünün tanıdığı gerekli “yasa”yla sınırlama ise, TİSGLK. m. 5 hükmünde yapılmıştır<sup>15</sup>.

Buna göre, “toplular iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler” konulamaz. Bu noktada, TİSGLK. m. 5 hükmünün ilk bölümünde yer alan “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”, “milli egemenlik”, “Cumhuriyet”, “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “genel asayiş”, “genel ahlak” ve “genel sağlık” gerekçeleri, görüldüğü üzere, Ay. m. 13/I hükmünde sayılı nedenlerin basit bir tekrarından öteye gitmemiş; sadece Ay. m. 13/I hükmündeki “kamu yararı” gerekçesine, TİSGLK. m. 5 hükmünde yer verilmemiştir.

TİSGLK. m. 5 hükmünün ikinci bölümünde yer alan sınırlayıcı nedenlere gelince; bunlardan “kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden hükümler”, ceza mevzuatıyla yakından ilgilidir. Nitekim, Türk Ceza Kanunu’nun 214 üncü maddesi, “suç işlemeye tahrik” ve 215 inci maddesi de, “suçu ve suçluyu övme” suçlarını düzenlemektedir. Bu anlamda, belirtilen suçların kapsamına girebilecek nitelikteki eylemlerin toplu iş sözleşmesi hükmüne dönüştürülmesi ise, TİSGLK. m. 5 hükmüyle yasaklanmakta ve aksine davranışlar hakkında, altı aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenmesi (TİSGLK. m. 68) öngörülmektedir.

### **b) Sınırlayıcı Nedenlerin İçeriği**

Ay. m. 13/I doğrultusunda TİSGLK. m. 5 hükmüyle getirilen sınırlayıcı nedenlerin içeriğini genel olarak belirlemek, son derece güçtür. Çünkü, TİSGLK. m. 5 hükmünde yer alan sınırlayıcı

nedenler, çok genel nitelikteki kavramları kapsamaktadır. Bu bakımdan, söz konusu nedenlerin belirlenmesinde, her somut olayın kendine özgü özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir<sup>16</sup>.

Sonra, birçok olayda TİSGLK. m. 5 hükmündeki sınırlayıcı nedenlerin birlikte söz konusu olacağı ve bunları birbirinden bağımsız kabul etmenin mümkün bulunmayacağı görülmektedir<sup>17</sup>. Bunun da nedeni, söz konusu kavramların, birbirleriyle çok yakın ilişki içinde bulunmalarıdır. Nitekim, bir fiilin yasalarda suç sayılmasına yol açan neden, çoğu kez yasa koyucunun, anılan sınırlayıcı nedenlerden birini veya birkaçını gözetmesidir. Böylece, sözgelimi, yanlarca toplu iş sözleşmesine konulmak istenen ülkeyi bölücü nitelikteki bir hüküm, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne olduğu kadar, nitelikleri Ay. m. 2 hükmünde belirlenmiş bulunan Cumhuriyet’e, ulusal güvenliğe, kamu düzenine ve genel asayişe de ters düşmektedir.

#### **aa) Devlet Bütünlüğü**

Soruna önce, Devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü açısından yaklaşıldığında; söz konusu deyim, egemenliğin ülkede tümüyle Türk ulusuna ait bulunmasını ve ülkenin bütününde aynı şekilde Türk ulusunun temsilcileri eliyle kullanılmasını anlattığı görülür. Bu bakımdan, ülkenin belirli bölümlerinde Devletin egemenliğini sınırlayacak her türlü çaba, belirtilen esasa aykırı düşmektedir<sup>18</sup>.

“Devletin ulusuyla bölünmez bütünlüğü”ne gelince; bu konuda, önceden belirli bir ölçütün getirilmesi, son derece güçtür. Çünkü, ulusal bütünleşmeyi sarsıcı nitelikte görünen bir faaliyet, aslında bazen ulusal bütünlüğü bozucu nitelikte olmayabilir. Nitekim, ulusal topluluğa daha iyi yaşam koşullarını sağlamak için girişilen hareketlerden bazı kesimler mutlaka mağdur olmakta; ancak, elde edilecek sonuç, ulus çoğunluğunun büyük ölçüde yararına olduğundan, ulusun bölünmez bütünlüğünü sarsmamaktadır. Bu bakımdan, devletin ulusuyla bölünmez bütünlüğü konusunda, hareketin niteliği ile kullanılan yöntemlerin barışçı olup olmaması gibi etkenlerin göz önünde bulunduru-

rulması yoluyla, her olay ve olasılıkta değişik düşünmekte yarar vardır<sup>19</sup>. Buna karşılık, bölücülükten mahkum olmuş işçilere işe alınmada öncelik tanıyacak toplu iş sözleşmesi hükümleri, “devletin ulusuyla bölünmez bütünlüğü” anlatımına ters düşmektedir<sup>20</sup>.

### **bb) Ulusal Egemenlik**

Ulusal egemenlik; yasama, yürütme ve yargı erklerinden oluşan egemenliğin ulusa ait bulunmasını ve ulusun da, bu egemenliği temsilcileri eliyle kullanmasını içerir. Bu anlamda, egemenliğin, Türk ulusunun elinden alınması sonucunu taşıyacak veya söz konusu egemenliğin, ulusun temsilcileri tarafından ulus adına kullanılmasını engelleyecek her türlü faaliyet, ulusal egemenlik temeline ters düşer.

Diğer yandan, ulusal egemenlik esası, ulus egemenliği-halk egemenliği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Ancak, günümüzde her iki kavramın, aynı amaca hizmet ettiği ve soyut/somut olmanın dışında, herhangi bir teorik yarar sağlamadığı artık anlaşılmalıdır.

### **cc) Cumhuriyet**

TİSGLK. m. 5 hükmündeki “Cumhuriyet” sözcüğünün Ay. m. 1 ve 2 doğrultusunda ele alınması, yerinde olur. Buna göre, biryandan, Devletin şeklini cumhuriyet olarak kabul etmeyen ve diğer yandan da, Devletin, “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti” (Ay. m. 2) olma niteliklerini göz ardı edecek her türlü çaba, Cumhuriyet’e ters düşecektir.

### **dd) Milli Güvenlik**

Ulusal (milli) güvenlik konusunda da, önceden belirlenmiş ölçütlerin getirilebilmesi, son derece güçtür. Bu bakımdan, Türk toplumunun güvenliğini tehlike altına sokacak ulusal güvenliğe aykırı durumların, ampirik olarak her somut olayda belirlenmesi, daha yerinde olacaktır.

Bununla birlikte, ulusal güvenlik kavramını ortaya çıkarmaya yardımcı olabilecek bazı ölçütlerin, uygulamaya hakim olduğu görülmektedir. Nitekim, Milli Güvenlik Kurulu Ge-

nel Sekreterliği Yönetmeliği<sup>21</sup>, ulusal güvenlik kavramını, “Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması” (m. 3/bent a) biçiminde ele almıştır. Bu anlamda, Danıştay da; aynı doğrultuda, konuya ilişkin daha önceki yönetmelik hükmünden yararlanarak, ulusal güvenliği “yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması” olarak tanımlamıştır<sup>22</sup>.

### **ee) Kamu Düzeni**

TİSGLK. m. 5 hükmünde sınırlayıcı neden olarak yer alan “kamu düzeni” kavramı, hukukta üzerinde tartışılıp belirli bir sonuca ulaşılamayan önemli kavramlardan birini oluşturmaktadır. Nitekim, kamu düzeni, biryandan, “toplumun huzur ve güvenlik içinde bulunması” biçiminde ele alınırken; diğer yandan ise, “toplumun temel kurallarının bütünü” olarak düşünülmektedir<sup>23</sup>. Böylece, kamu düzeni, dar ve geniş anlamda olmak üzere, iki ayrı yoruma bağlanıp; dar anlamı içinde kamu düzeninin, toplumun güven ve barış içinde yaşamasını anlattığı ve geniş anlamı içinde ise, toplumun sosyal ve siyasi yapısını kurması ve uyumlu biçimde gelişmesi anlamına geldiği belirtilmektedir<sup>24</sup>. Buna göre, Türk toplumunda güven ve barışı bozacak ve toplumun büyük bir bölümünde rahatsızlığa yol açacak veya Devletin ve toplumun temel kurumlarını sarsacak nitelikteki hükümler, TİSGLK. m. 5 uyarınca ve kamu düzeni gerekçesiyle toplu iş sözleşmelerine konulamayacaktır<sup>25</sup>.

Bu bağlamda, suç işleyip mahkum olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilemeyeceğine ve ücretlerinin ödenmesine devam olunacağına ve cezaevinde geçecek sürelerin işçinin kıdeminden sayılıp bunun aksine hareket halinde belirli bir tazminat ödeneceğine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri, Yargıtay tarafından kamu düzeniyle bağdaşmaz nitelikte görülmüştür. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; “.. Olayda işlenen suçun niteliği ki polis memurunu öldürmeye teşebbüs ile 6136 sayılı



Ateşli Silahlar Hakkında Kanun'a muhalefet ki göz önünde tutulduğunda toplu iş sözleşmesine konulan ve davaya esas tutulan hükmün giderek Devletin güvenliğini tehlikeye koyacak sonuçlar doğurmaya elverişli bulunduğu ve bu itibarla da kamu düzenine aykırı düştüğü sonucuna varılır .."<sup>26</sup> anlatımını taşıyan bozma kararını uygun görmek suretiyle, işten çıkarma ve yeniden işe almaya ilişkin toplu iş sözleşmesi (akdi iş güvencesi) hükümlerinin kamu düzeniyle bağdaşmaz nitelikte oldukları görüşünü benimsemiştir<sup>27</sup>.

Diğer yandan, kamu düzeni ile kamu yararı kavramları, çoğunlukla birbiriyle örtüşen kavramlar olarak görülür. Ancak, TİSGLK. m. 5 açısından her iki kavramın özdeş olarak kabul edildiğini söylemek, olanaksızdır. Çünkü, Ay. m. 13/I, "temel hak ve hürriyetler" in, "kamu düzeninin" ve "kamu yararının" korunmaları amacıyla ve yasayla sınırlanabileceğini kabul etmişken; TİSGLK. m. 5, sadece "kamu düzeni" ne yer vermiş ve "kamu yararı"ndan söz etmemiştir. Bu bakımdan, TİSGLK. m. 5 hükmünün, kamu düzeni ve kamu yararı kavramlarını farklı kavramlar olarak ele aldığı ve kamu yararını bir sınırlama nedeni olarak kabul etmediği görülmektedir.

#### **ff) Genel Asayiş**

TİSGLK. m. 5'de yer alan "genel asayiş" deyişi, toplumda huzur ve barışın sağlanması amacıyla güvenliğin yaratılması durumunu içerir. Bu bağlamda, genel asayiş; terim olarak, aynı yerdeki "kamu düzeni" kavramıyla yakın ilişki içindedir. Nitekim, genel asayiş sorunu, genelde toplum düzeninin sağlanmasına yönelik bir konudur.

#### **gg) Genel Ahlak**

Genel ahlak, toplumlara göre değişen ve bir toplumda geçerli bulunan genel nitelikteki ahlak değerlerini içeren bir kavramdır. Bu bakımdan, TİSGLK. m. 5 hükmündeki genel ahlak sınırlamasının da, her olayın somut özelliklerine göre değişeceği bir gerçektir.

#### **hb) Genel Sağlık**

TİSGLK. m. 5 hükmündeki genel sağlık sınırlaması, genel olarak toplumda belirecek has-

talık durumlarının önlenmesini ve toplumun esenlik içinde bulundurulmasını içerir.

Bu konuda, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun birinci maddesinden yararlanılması gerektiği belirtilmektedir<sup>28</sup>. Buna göre, "memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimali muavenete mazhar eylemek" (Umumi HK. m. 1), genel sağlığın kapsamını oluşturacaktır.

#### **ii) Yasalarda Suç Sayılan Fiillerin Teşvik, Tahrik ve Himayesi**

TİSGLK. m. 5'deki "yasalarda suç sayılan fiillerin teşvik, tahrik ve himayesi" sınırlaması, sadece yasalara göre suç sayılan fiillere ilişkindir. Buna göre, yasalara göre suç oluşturmakla birlikte kamu düzenine veya daha önce belirtilen diğer sınırlayıcı nedenlere aykırı bulunan fiillerin teşviki, tahriki ve himayesine yönelik hükümler, bu bağlamda yer almamaktadır. Ancak, suç sayılan fiiller, genellikle buraya kadar ele alınan nedenler yüzünden getirilmiştir. Bununla birlikte, yasa koyucu, bir fiili suç sayarken başka nedenlerle de etkilenmiş olabilir.

Uygulamaya gelince; bir suçtan dolayı mahkumiyetini tamamlamış işçiye tahliyesini takiben yeniden iş verilmesini ve verilmediği takdirde, kendisine aylık ücretinin 36 katı tutarında tazminat ödenmesini öngören toplu iş sözleşmesi hükmü, suçu teşvik eder nitelikte görülmüştür<sup>29</sup>.

#### **jj) Mevzuat**

Mevzuattaki buyurucu hükümler, toplu iş sözleşmesi özerkliğini sınırlayan etkenler içinde yer alır. Bu bağlamda, TİSGLK. m. 5, "kanun veya tüzüklerin" buyurucu hükümlerine aykırı hükümlerin toplu iş sözleşmelerine konulmamasını öngörmüş ve yönetmeliklerin buyurucu hükümlerine aykırı olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden ise, söz etmemiştir. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin yanlarının, yönetmeliklerin buyurucu hükümlerinin dışına çıkamayacaklarını söylemek, uygun olmaz. Çünkü, toplu iş sözleşmesi özerkliğine getirilen sınırlamaların genişletilmesi, yasadaki bir açık hükmün varlığına bağlıdır<sup>30</sup>. Kaldı ki, TİSGLK. m. 5 hükmü-

nün “tüzüklerin” buyurucu hükümlerine aykırı hükümleri yasaklamış olmasının yerindeliği<sup>31</sup> dahi, tartışmaya açıktır. Nitekim, toplu iş sözleşmesi serbestisi, buyurucu hüküm kavramına tüzüklerin de sokulmasıyla, aşırı ölçüde sınırlandırılmış olmaktadır<sup>32</sup>. Bu bakımdan, TİSGLK. m. 5 hükmünün toplu iş sözleşmesi özerkliğine getirdiği sınırlamalar olarak, mevzuat hükümleri içinde sadece yasalar<sup>33</sup> ile tüzüklerin buyurucu hükümlerini kabul etmek yerinde olur.

## IV. Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğine Müdahale

Sosyal (serbest) piyasa ekonomisine dayalı sistemlerde devlet, kural olarak, toplu iş sözleşmesi alanına, yani yanlar arasındaki toplu iş uyumsuzluklarının barışçı ve barışçı olmayan yollardan çözülmesine karışmaz. Burada devlet, sadece toplu ilişkiler mekanizmasının kurallarını koymakla ve bu kurallara uyulmasını sağlamakla yükümlüdür.

Ancak, Türkiye gibi karma ekonomi modelini uygulayan ülkelerde devlet; koruyucu/düzenleyici işlevinin dışında, giderek en büyük işveren olma sıfatını da taşır. Nitekim, özellikle kamu kesiminde çalışan işçiler için devlet, aynı zamanda işveren olma konumundadır. Bu bakımdan, devletin, kamu kesiminde toplu iş sözleşmesi özerkliğine zaman zaman müdahale ettiği görülür. Bunun dışında, sanayileşmiş Batı Avrupa ülkelerinde de, ülkenin ekonomik bunalım içine düştüğü durumlarda, işçi kuruluşlarıyla işbirliği yapılarak, toplu iş sözleşmesi özerkliğini kısıtlayıcı önlemler oluşturulmaktadır<sup>34</sup>.

### 1. Yasa Yoluyla Müdahale

Kamu kesiminin gözardı edilemeyecek bir özelliği, işçi çalıştıran kamu kuruluşlarının sınırlı bütçe olanakları içinde faaliyet göstermeleridir. Nitekim, 1980 öncesinde ülkemizde belediyelerin, zaman zaman çalıştırdıkları işçilere ücret ödeyemez duruma düştükleri görülmüştür. Bu bağlamda, yasa koyucu; kamu kuruluşlarının bütçe olanaklarının sınırlı oluşunu gözönünde bulundurarak, geçmişte bunların toplu iş sözleşmeleriyle istihdam edecekleri personele

ödeyecekleri ücretler ile sağlayacakları maddi ve aynı çıkarların brüt miktarının belli bir tutarı geçemeyeceğine ilişkin hükümlere yıllık “bütçe yasası” içinde yer vermiştir.

Ancak, geçmişte Anayasa Mahkemesi, toplu iş sözleşmesi özerkliğini sınırlayan ve hatta, ortadan kaldıracak olan bu tür tavan hükümlerinin iptaline karar vermiştir<sup>35</sup>. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi’nin geçmişte (1961 Anayasası döneminde) oluşturduğu içtihat, günümüz için de geçerli olup; kamu kesimi toplu iş sözleşmelerindeki ücret artışlarını sınırlayıcı nitelikte olan bu tür yasal düzenlemeler, Anayasa’nın toplu iş sözleşmesi özerkliğini tanıyan 53 üncü maddesi hükmüyle bağdaşmaz niteliktedir<sup>36</sup>.

### 2. Sosyal Nitelikli Anlaşma Yoluyla Müdahale

Genellikle ekonomik kriz dönemlerinde ve çalışma barışının bozularak bundan kamu yararının zarar gördüğü durumlar için, hükümetin işçi sendikaları konfederasyonlarıyla biraraya gelip, genellikle “toplumsal anlaşma” biçiminde adlandırılan sosyal nitelikli anlaşmaları oluşturduğu görülmektedir<sup>37</sup>. Nitekim, ülkemizde kamu kesimi için sürdürülen toplu iş sözleşmesi görüşmeleri geçmişte durdurulup, Hükümet ile Türk-İş arasında 20.7.1978 tarihli ve “Toplumsal Anlaşma”<sup>38</sup> olarak adlandırılan bir belge imzalanmıştır.

Toplumsal Anlaşma, kamu iktisadi teşebbüslerinde sürdürülen toplu iş sözleşmesi düzeninin aksaklıklarının ortadan kaldırılması ve kamu iktisadi teşebbüslerinin Devlet üzerinde yük olmaktan kurtarılması amacını izleyen bir anlaşma olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>39</sup>. Ancak, söz konusu belge, özellikle kamu iktisadi teşebbüslerine yönelmiş olmasına karşın; genelde iş güvencesi, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin saptanmasında oylama (referandum) ve işçi/memur ayrımı gibi Türk iş hukukunun o dönemdeki ağırlıklı temel sorunlarına da çözüm getirmek istemiştir.

Ülkemiz uygulaması açısından Toplumsal Anlaşma, hukuki niteliği itibariyle bir “centilmen anlaşması”dır<sup>40</sup>. Çünkü, Toplumsal Anlaşma, hukuki hiçbir borç yaratmamış ve ahlaki bağlılıktan öteye hiçbir hukuki etki (yükümlü-

lük) taşımamıştır. Toplumsal Anlaşma'nın hukuken hiçbir bağlayıcı yönünün olmayışı ise, söz konusu belgeyle toplu iş sözleşmesi özerkliğinin ortadan kaldırılmış bulunmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, söz konusu belge; toplu iş sözleşmesi erkini işçi sendikalarından alıp konfederasyona (Türk-İş'e) vermiş ve işçi sendikalarının toplu iş sözleşmeleriyle sağlayabilecekleri ücret artışlarını askıya almıştır.

Bu tür anlaşmalara uymak gerektiğinde, işçi sendikaları geçmiş yıllardaki uygulamayı gözönünde bulundurup, isteklerini "makul" bir düzeyde başlatma zorunluğunu duymakta ve belli bir sınırdan öteye de gidememektedir. Böyle bir durum ise, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin, önceden hazırlanmış evrakların törenle imzalanmasına dönüşmesi tehlikesini barındırmaktadır.

Ekonomik kriz dönemlerinde başvuru ve devletin (hükümetin) müdahalesini içeren bu tür toplumsal nitelikli anlaşmalar, hukuken toplu iş sözleşmesi özerkliğine ters düşen ve Anayasa'nın kurumsal güvencesi altındaki sendika özgürlüğü (Ay. m. 51) ile toplu iş sözleşmesi hakkını (Ay. m. 53) sınırlayan ve hatta bazen ortadan kaldıracabilecek nitelikte uygulamalardır.

Ancak, hukuken geçersizliklerine karşın, bu tür anlaşmalara uygulamada önemli birer sosyal siyaset önlemi olarak başvurulduğu gerçeği, görmezlikten gelinemez. Bu konuda, devletin (hükümetin) toplu iş sözleşmesi düzenine müdahalesi anlamına gelen söz konusu anlaşmalar için önemli ve ideal olan nokta, işçi ve işveren sendikalarının, toplu iş sözleşmesi sisteminin (özerkliğinin), ancak kendi sorumlulukları altında geliştirilip korunabileceği bilincini taşıyıp taşımadıklarındır.

### 3. Yargı Kararı Yoluyla Müdahale

Toplu iş sözleşmesi özerkliği yoluyla yanlara tanınmış olan kural koyma yetkisi, yapılmış veya yapılacak olan toplu iş sözleşmesine yargıcın (mahkemenin) müdahale etmesi sonucunda sınırlanmakta ve giderek, ortadan kalabilmektedir. Oysa, toplu iş sözleşmesi yapma iradesi, toplu iş sözleşmesinin yanlarından kaynaklanmalı ve yargıçtan gelmemelidir<sup>41</sup>. Bu

itibarla, yargıcın toplu iş sözleşmesine müdahalesi, toplu iş sözleşmesi alanında kolayca kabul edilebilecek bir durum değildir. Buna göre, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırlarını belirlerken, yargıcın çok dikkatli ve titiz davranması gerekmektedir.

#### a) Uyarılma Esasının Toplu İş Sözleşmesine Uygulanması

Ekonomik krizle birlikte ortaya çıkan ifa güçlükleri karşısında, toplu iş sözleşmeleri bakımından, "sözleşmeye bağlılık" (pacta sunt servanda) ilkesinin giderek terkedildiği ve sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması esasının, yargı kararlarıyla benimsendiği görülmektedir.

Nitekim, geçmişte Yargıtay; Hükümetin 1994 yılında 5 Nisan ekonomik önlemler paketini uygulamaya koymasının ardından, denge koşulları olağanüstü biçimde değiştiği ve katlanılamayacak ölçüde yük getirdiği takdirde, işverenin toplu iş sözleşmesindeki ücret artışlarını bir ödeme planı dahilinde ödeme önerisini kabul etmek gerektiğine karar vermiştir. Bu bağlamda, Yargıtay; kamu kesimi işyerlerinde toplu iş sözleşmesinden doğan zamlara ait ödemenin, bir Hükümet genelgesiyle durdurulup, oluşturulan bir ödeme planı çerçevesinde ileriki bir tarihte yapılmasının öngörülmesi üzerine açılan davada, yanlar arasında varolan dengenin olağanüstü nedenler yüzünden yanlardan biri için katlanılmayacak derecede bozulduğu ve bu suretle sözleşmeyle kurulmuş işlemin temelini çöktüğü durumlar için yargıcın müdahale edip, sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayabilmesi esasını kabul etmiştir<sup>42</sup>.

Ancak, sözleşmenin yargıç tarafından değişen koşullara uyarlanması esasının toplu iş sözleşmesine de uygulanabileceği görüşü, toplu iş

**Toplu iş sözleşmesi özerkliği konusunda, birtakım sınırlayıcı nedenlere mevzuatta yer vermek yerine, yanları hukuk kuralı koyduklarının bilincine vardırırmak daha önemlidir.**

sözleşmesi özerkliği esasıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü, yargıcın bu konuda karar verebileceğinin benimsenmesi, toplu iş sözleşmesiyle kural koymak anlamını taşımaktadır. Oysa, söz konusu yetki temel kaynağı Ay. m. 53 hükmü olmak üzere toplu iş sözleşmesinin yanlarına tanınmış olup; yargıcın toplu iş sözleşmesini uyarılma kararı, yanlara tanınmış olan özerkliğe müdahale sonucunu yaratmaktadır<sup>43</sup>.

### b) İş Mücadelesi Araçlarının Kötüye Kullanılması

Anayasa, grev hakkı ile lokavtın kötüye kullanılmamasını öngörmüştür (m. 54/II). Bu bağlamda, anayasa koyucu, Ay. m. 54/II hükmünde belirttiği sınırlar içinde hak kullanımının yasayla düzenlenmesini istemiştir<sup>44</sup>. Ancak, söz konusu Anayasa hükmünü aynen aktaran TİSGLK. m. 47/I hükmü, “grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmaz” anlatımını taşımakta ve belirtilen esasa aykırı olarak uygulanacak grev veya lokavtın, iş mahkemesi kararıyla durdurulmasını öngörmektedir.

Buna göre, “iyi niyet kuralları” ile “toplum yararı” ve “ulusal servetin korunması”, toplu iş sözleşmesinin yanlarına tanınmış olan özerk alanı belirtilen noktalarda sınırlamaktadır. Nitekim, yargıç, belirtilen durumda yanların önerilerini gözönünde bulundurmak suretiyle hukuki inceleme başlatacak ve anılan nedenler yüzünden grevin veya lokavtın durdurulmasına karar verdiği takdirde, yanlar iş mücadelesi araçlarını kullanamayacaktır. Aksi takdirde, iş mücadelesi aracının kullanılması, yasa dışılığı beraberinde getirecektir.

Bu durumda, toplu iş uyuşmazlığının yanları, toplu iş sözleşmesine ulaşmak için, iş mücadelesi aracının “iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde” kullanılmasına yol açmayacak hükümleri (düzenlemeleri) önermek durumunda kalmacaktır. Bunun ise, kolay olmayacağı açıktır. Çünkü, iş mücadelesi araçlarının kullanılması, herhalükârda özü itibarıyla hak mücadelesi olup; “zarar verme” tehlikesini bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim, iş mücadelesi araçları

toplular iş uyuşmazlıklarının barışçı olmayan yollardan çözümünü için düşünülmüş olup, bundan herhangi bir biçimde zarara uğranılması kaçınılmazdır<sup>45</sup>.

Ancak, yargıcın bu konudaki durdurma kararı, hukuken (kanunen) haklı görüldüğü için, toplu iş sözleşmesi özerkliğiyle bağdaştırılmaktadır. Nitekim, iş mücadelesi araçlarının “iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde” kullanılması suretiyle ulaşılabilecek bir toplu iş sözleşmesi, sosyal yararı gerçekleştirilmekten uzak kalmaktadır. Kaldı ki, her hak gibi toplu iş sözleşmesi hakkı da, kötüye kullanılmamak zorundadır.

## V. Sonsöz

Toplu iş sözleşmesi özerkliği, toplu iş sözleşmesi hakkının tanınmasıyla birlikte, kendilerine tanınan alan içinde kural koyma yetkisini yanlara tanımaktadır. Ancak, bu alanın, hukuken sınırsız olmadığı ve yanların, her zaman, diledikleri kuralı öngöremeyecekleri anlaşılmaktadır.

Yanlara tanınan özerk alana, ister yasama veya yürütme ve isterse yargı organları eliyle olsun, devletin müdahale etmeye kalkıştığı bir gerçektir. Devletin de kural oluşturma yetkisine sahip bulunması nedeniyle, buradaki yarışma kaçınılmazdır. Ancak, buradaki müdahale, yine yürürlükteki hukuk kuralları kendisini tanıdığı ölçüde, hukuken geçerlik kazanmaktadır.

Toplu iş sözleşmesi özerkliği konusunda, birtakım sınırlayıcı nedenlere mevzuatta yer vermek yerine, yanları hukuk kuralı koyduklarının bilincine vardırırmak daha önemlidir. Çünkü, bu yolla yanlar, esasen kendilerini, mevcut hukuk kurallarıyla bağlı hissedeceklerdir. Nitekim, özerklik bilinci kazandırılmış bir yan, kendisinden özveri beklendiğinde, bunu toplulardan esirgemeyecektir.

Bunun gibi, getirilecek sınırlamaların içeriğinin de, TİSGLK. m. 5 hükmünde olduğu üzere, çok geniş ve her yana çekilebilecek kavramları oluşturmaması gerekir. Aksi takdirde, yanlara çok geniş biçimde olduğu sanılarak yaratılan alanın, gerçekte hiç de geniş olmadığı görülür. Oysa, özerklik bilincini taşıyan bir yan, kendi-



sine geniş olarak tanınacak alanı, gereksinime göre ayarlayabilecek durumdadır.

## DİPNOTLAR

- 1 Devrim Ulucan, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1981, 150.
- 2 Manfred Löwisch/Volker Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, Münih 2004, 102 k. no. 201.
- 3 Bkz. A. Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, 115.
- 4 Fazıl Sağlam, "Türk Hukukunda Toplu Sözleşme Erki ve Sınırları", AÜSBFD XXIX, 1-2 (Mart-Haziran 1974), 207.
- 5 Sağlam, 207-208.
- 6 Alfred Hueck/Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II. Band, Halbband (II/1), Berlin/Frankfurt a.M. 1966-1967, 390-391.
- 7 Turhan Esener, İş Hukuku, Ankara 1978, 34.
- 8 Yarg. 9. HD., 30.5.1985-2920/5932-İlhan Cevdet Günay, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Açıklamalar-Kararlar-İlgili Mevzuat, Ankara 1999, 185 No. 79.
- 9 Yarg. 9. HD., 20.2.1995-1994-19247/13581-Günay, 182-183 No. 76., 167 No.
- 10 Yarg. 9. HD., 14.10.1997-16090/17665-Günay, 176 No. 65.
- 11 Yarg. 9. HD., 17.6.1996-810/13877-Günay, 179-180 No. 71.
- 12 Yarg. 9. HD., 4.3.1998-564/3399-Günay, 166-167 No. 54.
- 13 Yarg. 9. HD., 16.10.1997-13599/17766-Günay, 175 No. 64.
- 14 Löwisch/Rieble, 106 k. no. 218.
- 15 Ayrıca bkz. Fevzi Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, 175.
- 16 Seza Reisoğlu, "2822 Sayılı Yasanın 5. Maddesi Açısından Toplu İş Sözleşmelerine Konulamayacak Hükümler", Tütis VIII, 6 (Kasım 1984), 6; Şahlanan, 175-176; Kenan Tunçoğlu/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 375.
- 17 Seza Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 90.
- 18 Sulhi Dönmezer, "Devletin Ülkesi ve Milleti İle Bütünlüğü ve Bölünmezliği İlkesi", Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağanı, İstanbul 1973, 13.
- 19 Dönmezer, 18-19.
- 20 Ayrıca bkz. Şahlanan, 176.
- 21 29.12.2003 tarih ve 2003/6688 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla (RG. 8.1.2004, No. 25340) yürürlüğe konulmuştur.
- 22 Bkz. Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 300-301.
- 23 Ayrıntılı bilgi için bkz. Köksal Bayraktar, "Türk Ceza Kanununda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler", Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977, 593-594.
- Ayrıca bkz. ve karşı. AyM., 28.1.1964-128/8-RG. 17.4.1964, No. 11685.
- 24 Bkz. Bayraktar, 594.
- 25 Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 89.
- 26 Yarg. HGK., 17.6.1983-1981-9-9876687-İşveren XXII, 5 (Şubat 1984), 16.
- 27 Ayrıca bkz. Günay, 156.
- 28 Bkz. Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, 301.
- 29 Bkz. Şahlanan, 176 ve aynı yer, dn. 17.
- 30 Tunçoğlu/Centel, 375.
- 31 Bkz. Günay, 157; Şahlanan, 180-181.
- 32 Ibid.
- 33 Buradaki "yasalar" sözcüğünün, "yasalar ve yasa hükmünde kararnameler" (Ay. m. 91) biçiminde anlaşılması gerekir.
- 34 Örnekler için bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2000, 409.
- 35 Bkz. AyM., 9.12.1976-34/52-RG. 15.3.1977, No. 15879.
- 36 Bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, 501-502; Şahlanan, 4-5.
- 37 İsveç ve İngiltere örnekleri için bkz. Cahit Talas, Bir Toplumsal Politika Belgesinin Yorumu: Toplumsal Anlaşma, Ankara 1982, 11 vd.
- 38 Metni için bkz. Talas, 46 vd.
- 39 Talas, 18.
- 40 Tankut Centel, "Toplumsal Anlaşma-Hukuken Geçersiz Bir Belge", Günümüzde Yargı, 29 (Eylül 1978), 16; Kenan Tunçoğlu, "Toplumsal Anlaşma ve Yeni Gelişmeler", 18.8.1978 günlü Milliyet.
- 41 Löwisch/Rieble, 92 k. no.169.
- 42 Bkz. Yarg. 9. HD., 31.1.1995-1994-16730/1307-İşveren XXXI-II, 5 (Şubat 1995), 15 vd.; Yarg. HGK., 3.5.1995-9-392/494-İşveren XXXIII, 10 (Temmuz 1995)15 vd. Ayrıca bkz. Çelik, 569-570.
- 43 Bkz. Çelik, 570-571 ve aynı yer, dn. 14'deki yazarlar. Karş. Gülsevil Alpagut, Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi, İstanbul 2002, 80 vd.; Münir Ekonomi, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (yay.), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 174 vd. Ayrıca bkz. ve karşı. Melda Sur, İş Hukuku, Toplu İlişkiler, 335.
- 44 Bkz. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, 645 dn. 434.
- 45 Ibid. Ayrıca bkz. Tuncay, 274.

Av. Mesut ULUSOY

MESS Hukuk Müşaviri

## Yetki Belgesinin TİS Yürürlük Başlangıç Tarihinden Daha Sonra Alınması

### GİRİŞ

Toplu iş sözleşmesi bağtlayabilmek için, öncelikle toplu iş sözleşmesi tarafı olacakların ehil ve yetkili olması ön koşuldur. Toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, medeni hukuktaki her gerçek ve tüzel kişinin sahip olduğu ve medeni haklardan yararlanmayı ifade eden hak ehliyeti kavramı ile özdeş olmasa da, hak ehliyetinin iş hukuku uygulamasındaki dar ve özel bir görünümüdür.<sup>1</sup> Medeni hukuk anlamında hak ehliyeti her gerçek ve tüzel kişiye tanınmışken, yasal düzenlemelerde, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti gerçek kişi olarak işverene, tüzel kişi olarak da işçi ve işveren sendikalarına ya da tüzel kişiliği bulunan işverenlere tanınmıştır.

Ancak burada önemli olan husus, taraf olabilmek ehliyeti ile toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin birbirlerine karıştırılmaması gerekliliğidir. Ehliyet, kimin ya da hangi kuruluşun toplu iş sözleşmesinin tarafı olabileceğini, sendikada çokluk ilkesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan, yetki kavramı ise, toplu iş sözleşmesi

yapabilme ehliyetine sahip olan kuruluşlardan hangisinin toplu iş sözleşmesi bağtlamak üzere süreci başlatıp, sonuçlandırabileceğini ifade eden bir kavramdır. Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olabilmek, öncelikle taraf ehliyetine sahip olabilmeyi, akabinde de yapanın yetkili olabilmek için aranılan koşullara sahip olabilmelerini gerekli kılmaktadır.

### TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİ

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'na göre "Toplu iş sözleşmeleri bir yıldan az ve üç yıldan uzun süreli olamayacaktır." Bu hüküm kamu düzenine ilişkin olduğu için, tarafların ortak iradeleriyle değiştirilebilmesi mümkün değildir. Yasa koyucu en az süreyi belirlerken, işyerinde asgari süreli bir çalışma barışını sağlamak, azami süreyi belirlerken de; değişen hayat şartları, çalışma koşulları ve özellikle para değerinin düşmesi nedeniyle tarafların daha uzun bir süre kararlaştırmalarından zarara uğramalarını önlemek istemiştir.<sup>2</sup>

## Toplu iş sözleşmesinin son bulmasına kadar, toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına üyeliğin devam etmesi ya da dayanışma aidatı ödemiş olmak, normatif hükümlerin art etkisinden yararlanmak için yeterlidir.

Toplu iş sözleşmesinin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılmayacak, kısaltılmayacak ve sözleşme süresinden öncede sona erdirilemeyecektir. Böylece tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları süreyi sonradan, şu veya bu şekilde değiştirmeleri önlenmiş ve yasal azami süre içinde kalmak koşulu ile ya da sözleşmenin yenilemesi yoluyla da olsa, sözleşme süresinin uzatılması engellemek istemiştir. Oysa ki toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu dönem içinde toplu iş sözleşmesi tarafları bir araya gelerek, geleceğe etkili olarak yapacakları toplu iş sözleşmesi tadil protokolleri ile her zaman için toplu iş sözleşmesini değişen yeni koşullara uyumlaştırebilirler. Bunu gerçekleştirebilmek için tarafların sözleşme süresinin sona ermesini ve yeni sözleşmeyi yapma koşullarının doğmasını beklemelerine gerek yoktur.<sup>3</sup> Yasanın örtülü ifadesinden anlaşılan bu düzenleme çerçevesinde, doktrin ve yargı içtihatları bu yönde oluşmuş bulunmaktadır.<sup>4</sup>

Bu bağlamda üzerinde önemle durulması ve vurgulanması gereken husus, kanun koyucunun toplu iş sözleşmesinin yürürlük dönemine karşı göstermiş olduğu özel hassasiyettir. Zira toplu iş sözleşmesi düzeni, işyerinde istikrar, güven ve çalışma barışını sağlamada büyük rol oynamaktadır. Süre konusunda oluşacak belirsizlikler, işletmede ciddi bir kaosa yol açabilecektir.

Toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi son bulup bir yenisi yapıldığında, eski sözleşme tüm etkisini yitirecek, akdedilmiş bulunan yeni toplu iş sözleşmesi uygulanacaktır. Yeni toplu iş sözleşmesiyle getirilen değişikliğin işçi yararına olup, olmadığı da fark etmeyecektir.

Düzen ilkesi uyarınca, toplu iş sözleşmesiyle bir öncekinde yer alan bazı hakların değişmesi veya kaldırılması mümkündür ve bu durumda kazanılmış hak iddiasıyla talepte bulunulamaz. Zira işçiye yararlılık ancak, toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi arasındaki ilişkiyi ilgilendiren bir ilkedir.<sup>5</sup> Yargıtay'a göre de, " ... düzen ilkesi uyarınca toplu iş sözleşmeleri ile bazı hakların değiştirilmesi veya kaldırılması mümkün olup, kazanılmış hak ilkesi düşüncesiyle davacı, sonraki toplu iş sözleşmesinde öngörülmeyen veya azaltılan hakları veya farklarını isteyemeyecektir."<sup>6</sup>

## TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Normal olarak bir sözleşmenin süresi bittiğinde bütün etkileri son bulmalıdır. Ancak 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu madde 6/III gereğince, her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri, yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edecektir. Söz konusu yasa hükmüne göre toplu iş sözleşmesinin bu art etkisinden yararlanabilmek, Yargıtay kararları çerçevesinde, toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte işyerinde çalışıp, toplu iş sözleşmesinden yararlananlar için geçerli olabilecektir. Örnek olarak, toplu iş sözleşmesi henüz sona ermeden sendika üyeliğinden ayrılan bir işçi, toplu iş sözleşmesinden hizmet akdi hükmü olarak yararlanamayacaktır. Toplu iş sözleşmesinin son bulmasına kadar, toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına üyeliğin devam etmesi ya da dayanışma aidatı ödemiş olmak, normatif hükümlerin art etkisinden yararlanmak için yeterlidir.

Yasa koyucu tarafından böyle bir düzenleme getirilmesindeki amaç, bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün sona ermesinden sonra ortaya çıkacak yasal boşluğun doğuracağı sakıncaları ortadan kaldırmaktır. Zira yeni toplu iş sözleşmenin henüz yapılmamış, eskisinin ise sona ermiş olması sebebiyle, işyerinde toplu sözleşme düzeniyle sağlanmış olan haklar ortadan kalkabilecektir. Toplu iş sözleşmelerinin uygulandığı işyerlerinde çoğunlukla ayrıntılı hizmet akitleri yapılmadığı da göz önünde tutulduğunda, top-

## Önceki toplu iş sözleşmesinde yer alan ve hizmet akdi hükmü haline gelen şartların “müktesep hak” olarak devamı söz konusu olmadığı gibi, bu şartların yeni sözleşme hükümlerine nazaran işçi leh veya aleyhinde olmasının bir önemi yoktur.

lu iş sözleşmesinin son bulmasıyla adeta hizmet akitleri içerikten yoksun kalacak ve toplu iş sözleşmesi öncesi durumun geri gelmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle de, yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, yeni toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar geçen toplu sözleşmesiz dönemde, taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları engellemek ve iş ilişkilerinde istikrarı sağlamak amacıyla, sona eren toplu iş sözleşmesinin etkisi kanunla açıkça düzenlenmiştir. Toplu iş sözleşmesinin, normatif hükümlerinin, hizmet akitleri olarak, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi bittikten sonraki etkisi doğrudan ve emredici bir etkileme değildir. Zira toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu dönemde, maddi anlamda kanun gibi objektif, genel nitelikli hukuk kuralları olarak, hizmet akitleri üzerinde yer alan normatif hükümler, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra, söz konusu emredici ve doğrudan etkilerini kaybetmekte ve sıradan sözleşme hükmü niteliğine bürünmektedirler. Başka bir ifadeyle, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri artık tarafların üzerinde serbestçe düzenlemede bulunabilecekleri hizmet akitleri haline gelmektedirler. Toplu sözleşme hükümlerinin hizmet akdi olarak devamı geçici olarak uygulanmakta, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar çalışma şartları ve düzeninde bir boşluk yaratılmaması amaçlanmaktadır. Yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesiyle, eski toplu iş sözleşmesinin hizmet akdi hükmü olarak devam eden bütün hükümleri ortadan kalkmaktadır. Bu dönem içinde, işçiler ve işverenler, aralarındaki hizmet ilişkilerini bireysel akitler ile düzenleyebilir ve hizmet akdi haline gelen

toplular sözleşme hükümlerini değiştirebilirler. Yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesiyle, eski toplu iş sözleşmesinin hizmet akdi hükmü olarak devam eden tüm hükümleri ortadan kalkmaktadır.<sup>7</sup>

Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin hizmet akdi olarak devamı geçici olarak uygulanmakta olup, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar çalışma şartları ve düzeninde bir boşluk yaratılmaması amaçlanmaktadır. Sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin etkisi belirli süreye bağlı değildir. Söz konusu etki yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar devam eder. Şüphesiz bu dönemde işçiler ve işverenler aralarındaki hizmet ilişkilerini bireysel akitler ile düzenleyebilirler, hizmet akdi hükmü haline gelen toplu iş sözleşmesi hükümlerini değiştirebilirler.

Önceki toplu iş sözleşmesinde yer alan ve hizmet akdi hükmü haline gelen şartların “müktesep hak” olarak devamı söz konusu olmadığı gibi, bu şartların yeni sözleşme hükümlerine nazaran işçi leh veya aleyhinde olmasının bir önemi yoktur. Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a göre “yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi hemen önceki sözleşmenin yürürlükten kalkmasını takip ederse, önceki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sürenin bitiminden sonra hizmet akdi olarak uygulanması söz konusu olmayacaktır.”<sup>8</sup>

Önceki toplu iş sözleşmesinde yer alan ve hizmet akdi hükmü haline gelen şartların kazanılmış hak olarak devamı söz konusu olmaz. Bu hükümlerin, yeni toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre işçi lehinde ya da aleyhinde olmasının da bir önemi yoktur. Aksinin kabulü yeni toplu iş sözleşmesi ile, eski toplu iş sözleşmesinin sağladığı hakların altında haklar getirilemeyeceği gibi bir sonuç doğurur ki, böyle bir görüşün toplu iş sözleşmesi sistemi ile bağdaşması mümkün değildir. Yargıtay 9.H.D., 1996 yılında vermiş olduğu bir kararla “TİS hukukunda düzen ilkesi gereği yeni sözleşmelerle birçok hakların tanınabileceği gibi, bazı hakların da uygulamadan kaldırılmasının kararlaştırılabileceği” ni hükme bağlamıştır.<sup>9</sup>

Ancak yapılan toplu iş sözleşmesinde, önceki haklar saklı tutulmuşsa durum farklı ola-



caktır. Zira bu durumda öngörülen haklar, akdedilmiş bulunan yeni toplu iş sözleşmesine dayanmaktadır. Her toplu iş sözleşmesi birbirinden bağımsız bulunmaktadır. Yeni toplu iş sözleşmesi ile lehte veya aleyhte kurallar kabul edilebilmesi mümkündür. Aksi halin kabulü; değişen şartlar içerisinde taraflara çalışma ilişkilerini düzenleme yetkisini veren toplu iş sözleşmesi özerkliği ilkesini anlamsız hale getirecektir. Eski toplu iş sözleşmesi ile belirli bir süre için kabul edilmiş bulunan düzen, yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ile yerini yeni bir düzene terk etmektedir.<sup>10</sup>

Düzen ilkesi uyarınca, toplu iş sözleşmesi ile sağlanan haklarda azaltma veya çoğaltma yapılabilir. Bu nedenle, bu konuda işçiye hak tanıyan açık bir hüküm bulunmadıkça, eski toplu iş sözleşmesi hükmüne dayanılarak yeni toplu iş sözleşmesi döneminde bir hak talep edilebilmesi mümkün değildir.

## TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ VE YÜRÜRLÜK

Toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe gireceği tarih genellikle sözleşmelerde açıkça belirtilmektedir. Sözleşmede bu konuda bir açıklık yoksa, sözleşmenin taraflarca imza edildiği tarihte yürürlüğe gireceğinin kabulü gerekmektedir. Aynı şekilde taraflar, sözleşmenin imza tarihinden farklı bir tarihte de yürürlüğe gireceğini kararlaştırabilirler. Yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin bulunduğu ve bu sözleşmenin süresinin bitimine 120 gün kala yetki işlemlerine başlanabileceği bir yasal sistem içinde, sözleşmenin yürürlük süresinin, imzadan farklı bir tarihte bırakılması bazen bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilmektedir. Toplu iş sözleşmeleri, sona eren toplu iş sözleşmesinin bitim tarihinden daha geriye gitmemek üzere, imza tarihinden daha önceki bir tarihte yürürlüğe konabilir. Bu konuda açık bir yasal düzenleme olmamakla birlikte, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. madde hükümleri bunu ifade etmektedir.

Kural, sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlüğe girmesidir. Bu bağlamda, sözleşmenin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulması için bu hususta açık bir düzenleme gerekmektedir.

Tarafların toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün sona ereceği tarihten önceki 120 günlük süre içinde, yetki tespiti için başvurması yasal bir zorunluluk değildir. Sözleşme süresinin dolmasından sonra da başvurulabilmeleri imkân dahilindedir. Ancak tarafların akdedilmiş bulunan bir toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihini diledikleri kadar geciktirebileceklerinin kabulü de mümkün değildir. Böyle bir yetki, başka sendikaların işyerinde yetki almalarını veya işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarını iyi niyet kurallarına aykırı düşecek bir biçimde geciktirebilecektir.<sup>11</sup>

Toplu iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulabilmesi mümkün ise de, bu olanak sınırsız değildir. Şöyle ki; sözleşmenin geriye etkili kılınmasının ilk sınırı eski sözleşmenin bitim tarihidir. Bir başka ifadeyle, toplu iş sözleşmelerinin yürürlük başlangıcı eski sözleşmenin bitim tarihinden öncesine kadar geriye götürülemez. Nitekim 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinin bitiminden 120 gün önce yetki işlemlerine başlanacağını kabul etmiş ve yapılacak toplu iş sözleşmelerinin önceki sözleşme sona ermeden yürürlüğe girmeyeceğini hükme bağlamıştır. Bunun dışında mevcut bir toplu iş sözleşmesinin bulunması veya eski sözleşmenin sona ermesinden sonra yetki için başvuruda bulunmuş olması halinde ise, yeni yapılacak sözleşmenin, en fazla “yetki belgesi” için Bakanlığa başvuruda bulunduğu tarihe kadar geriye götürülebileceği kabul edilmelidir.<sup>12</sup>

Prof. Dr. Kemal Oğuzman geriye yürürlük konusunda, “geriye yürürlü” toplu iş sözleşmesinden, söz etmenin doğru olmadığını, aslında kararlaştırılanın, parasal haklarla ilgili önceki bir süreye tekabül eden farkların imza tarihinden sonra ödenmesinden ibaret olduğuna işaret etmiştir. Dolayısıyla bu “geçmişe etki” imzadan sonra ödenecek mali hakların bir hesap tarzından başka bir anlam taşımamaktadır.<sup>13</sup>

Toplu iş sözleşmesi yapmaya yönelik olarak yetki için başvuru işyeri veya işyerlerinde daha önceden yapılmış olan bir toplu iş sözleşmesi yoksa, sendika Bakanlığa her zaman için başvurabilecektir.

Yetki alan bir sendikanın yetkisi düşmeden ve toplu iş sözleşmesi prosedürü tamamlanmadan, bir başka sendikanın yetki için başvurusu dikkate alınmayacaktır. Yetki tespiti, başvuru tarihine göre ve o tarihteki verilere göre yapılacaktır. Başvuruda bulunan sendikanın, yetki başvurusu sonucu yetkili olmadığı anlaşıldığında, sendika yeniden başvuruda bulunabilir. Bu defa yeni başvurudaki verilere ve o tarihe göre yetki tespiti yapılacaktır. Ancak bir yetki tespiti işlemi kesinleşmeden aynı sendika yeni bir başvuruda bulunamayacaktır. Bir işyeri ya da işyerlerinde örneğin iki gün ara ile aynı işkolunda iki farklı sendika başvuruda bulunursa, ilk başvuruda bulunan sendikanın yetki başvurusu sonucu kesinleşmeden, diğer sendikanın başvuru işlemi değerlendirilemeyecektir.<sup>14</sup>

Yargıtay 9. H.D. konuya ilişkin vermiş olduğu kararında bu husustaki yaklaşımını ortaya koymuştur. “..... davacı sendikanın, kesin yetki belgesine dayanarak Toplu İş Sözleşmesi prosedürünü yürüttüğü bir sırada davalı sendikaya yetki belgesi verilmesi yasaya aykırıdır. Zira davacı sendikanın yetkisi düşmemiştir. Nitekim, işverenin açtığı grevin kanun dışı olduğunun tespiti davası da başvuru tarihinde henüz sonuçlanmadığı gibi, daha sonra 27.6.1994 tarihinde de esastan değil, ehliyet yönünden reddedilerek kesinleşmiştir. Bu durumda toplu iş sözleşme prosedürü devam ederken, bir başka sendikaya yetki belgesi verilemeyeceği hususu dikkate alınarak yetki belgesinin iptaline karar verilmesi gerekirken, aksine düşünce ile yazılı şekilde davanın reddedilmiş olması hatalıdır.”<sup>15</sup>

## YÜRÜRLÜK VE YETKİ MESELESİ ÜZERİNE

Buraya kadar anlattıklarımızı bir bütünün parçaları olarak derlediğimizde, toplu iş sözleşmesi düzeni, süresi, yetki meselesi, gibi hususlarda ortaya şöyle bir hukuki tablo çıkmaktadır.

1) Toplu iş sözleşmeleri bir yıldan az (yasada belirtilen istisnai durumlar haricinde), üç yıldan uzun süreli olamazlar.

2) Toplu iş sözleşmelerinin süresi, sözleş-

menin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve toplu iş sözleşmesi süresinden önce sona erdirilemez.

3) Toplu iş sözleşmesi olan bir işyerinde/işletmede, yeni dönem toplu iş sözleşmesi için yetki, mevcut toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden geriye doğru 120 günlük bir dönem içinde ancak istenebilir. Daha öncesinde yapılacak bir talep reddolunacaktır. Hiç şüphesiz bu kural mutlak değildir. 120 günlük süre geçirilip toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra da yeni dönem için yetki istenmesi mümkündür.

4) Kural olarak toplu iş sözleşmeleri imzalandıkları tarihte yürürlüğe girerler. Eğer yürürlük tarihi konusunda akdedilen toplu iş sözleşmesinde özel bir düzenleme yoksa, sözleşme imza tarihinde yürürlüğe girecektir. Ancak taraflar anlaşarak sözleşmenin yürürlük tarihini, bir önceki toplu iş sözleşmesinin yürürlük bitim tarihine kadar geriye götürebilirler.

5) Mevcut bir toplu iş sözleşmesi olmayan işyeri/işletme için, akdedilmiş bulunan bir toplu iş sözleşmesi de, aksine bir hüküm olmadıkça imzalandığı tarihte yürürlüğe girecektir. Ancak taraflar pekala anlaşarak, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girişini imza tarihinden geriye götürebileceklerdir. Böylesi bir durumda geriye götürülmüş bulunan yürürlük tarihi, yetki belgesinin alınmış olduğu tarihten daha geri bir tarih olamayacaktır.

6) Peki taraflar imzaladıkları toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihini, imzaladıkları bir tarihten sonraya bırakabilirler mi? Burada bir ölçü var mıdır? Ya da yetki belgesinin, toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra, (örnek olarak yapılan itirazlar sonucu toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün sona erdiği tarihten 3,5 yıl sonra) gelmesi halinde tarafların, akdedecekleri toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihleri konusunda hareket alanı ne olabilecektir?

İlk beş maddede sayılan hukuki sonuçlar, gerek ilgili yasada açık düzenlemeler bulunması ve gerekse de uygulamada çok sıkça karşılaşılan durumlar olması sebebiyle, doktrinde ve yargı kararlarında problem arz etmeyen ve üzerinde görüş birliği olan hususlardır. Ancak altıncı maddede yer alan hususlar, uygulamada çok karşılaşılmayan ve ilgili mevzuatta da, hak-

kında açık ya da örtülü hüküm bulunmayan durumları kapsamaktadır. Burada ifade edilen hususları tek tek ele alarak incelemek doğru bir yaklaşım olacaktır.

Toplu iş sözleşmesi tarafları ortada mevcut bir toplu iş sözleşmesi varken ya da ilk defa bir toplu iş sözleşmesi akdedilirken, sözleşmenin yürürlük tarihini geleceğe yönelik olarak nasıl belirleyebilirler? Burada tarafların manevra alanı ne olabilecektir?

Bilindiği üzere toplu iş sözleşmesi taraflarının bir işyerinde/işletmede yetkili sendikasının tespitini istediği tarih ile yetki belgesinin alınmış olduğu tarih arasında ülkemiz uygulamasında kimi zaman ciddi bir tarih aralığı bulunabilmektedir. Bu kimi zaman, işkolu ve yetki itirazının birleştiği hallerde, yıllara sari bir dönemi de kapsayabilmektedir. Böylesi bir durumda, gerek ilk defa toplu iş sözleşmesi akdedecek ve gerekse daha önce toplu iş sözleşmesi mevcut bir işyeri/işletme olsun, aksine toplu iş sözleşmesinde bir hüküm bulunmadığı sürece, toplu iş sözleşmesi imzalandığı tarihte yürürlüğe girecektir. Aksine hüküm bulunması halinde ise, daha önce toplu iş sözleşmesi olan bir işyeri/işletme için, bir önceki toplu iş sözleşmesinin yürürlük bitim tarihine, ilk defa toplu iş sözleşmesi akdedecek işyeri için ise, yetki için Bakanlığa müracaat edildiği tarihe kadar yürürlük başlangıcı geriye götürülebilecektir. Tarafların bu arada (yani imza tarihi ile önceki sözleşmenin bitiş tarihi/yetki tespitinin istenildiği tarih), herhangi bir tarihi yürürlük başlangıcı olarak kabul etmeleri hukuken mümkün gözükmemektedir.

Ancak taraflar, ülkemiz uygulamasında zaman zaman görüldüğü üzere, çok gecikmeli olarak sonuçlanan yetki meselelerinde, yürürlük başlangıçlarını belirleme konusunda mutlak bir serbestiye sahip midirler? Sorunu somutlaştırmak bakımından bir örnekle konuyu ele almak isabetli olacaktır. İlk defa toplu iş sözleşmesi akdedilecek bir işyerinde, 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla bir sendikanın Bakanlığa yetki tespiti için başvurduğunu, işkolu veya yetki itirazı nedeniyle yetki meselesinin, 1 Şubat 2009 tarihi itibarıyla sonuçlandığını kabul edelim. Hukuki durum bu olayda şu şekildedir:

A işyerinde X sendikası, 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla toplu iş sözleşmesi yapmak için yetkilidir, ancak bu durum 37 ay sonra, 1 Şubat 2009 tarihi itibarıyla kesinleşmiştir. Dolayısıyla X sendikası A işyeri işvereniyle, 1 Şubat 2009 tarihi sonrasında toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütecek ve örnek olarak 1 Mart 2009 tarihinde de bir toplu iş sözleşmesi akdedilebilecektir. Bu durumda 1 Ocak 2006 tarihinde işyerinde mevcut sendikal duruma göre, 1 Mart 2009 tarihinde akdedilmiş bir toplu iş sözleşmesi söz konusudur. Aksine bir hüküm yok ise, toplu iş sözleşmesi 1 Mart 2009 tarihinde yürürlüğe girecek ve geleceğe yönelik yapılmışsa eğer, en az bir en çok üç yıl olmak üzere, 28 Şubat 2010 ya da 28 Şubat 2012 tarihlerine kadar toplu iş sözleşmesi yürürlükte kalacaktır. (1 Mart 2009-28 Şubat 2010, 1 Mart 2009-28 Şubat 2012 yürürlük tarihi gibi)

Böylesi bir durumda ortaya çıkan hukuki tablo iki türlü sıkıntıyı içinde barındırabilecektir. Bu tabloda, işyerinde 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla sendikal yetki bulunan bir işyerinde; 1 Ocak 2006 ve 31 Aralık 2009 (toplu iş sözleşmelerinin en fazla üç yıl olabilmesi nedeniyle) dönemi için işçiler, toplu iş sözleşmesi hakkından mahrum edilmekte ve ikinci bir olumsuzluk olarak da, sözleşmenin akdedildiği tarihteki fiili durum, belki hukuki durumla örtüşmeyebilecektir. Diğer bir ifadeyle aradan geçen üç yılı aşan zaman zarfında, önceki döneme ilişkin olarak yetki belgesini almış olan ve geleceğe yönelik toplu iş sözleşmesi akdetmek isteyen sendika, işyerinde ya da işletmede yetkisinin kesinleşmiş olduğu tarih itibarıyla (1 Şubat 2009) belki çoğunluğu kaybetmiş olabilecektir. Böylece, özellikle her iki olasılığın birlikte gerçekleştiği bir durumda, işçiler bir dönem toplu iş sözleşmesi hakkından yoksun kalabilecekleri gibi, aslında toplu iş sözleşmesinin imza tarihi itibarıyla kendilerini temsil etmeyen bir sendikanın imzaladığı toplu iş sözleşmesiyle de karşı karşıya kalmış olabileceklerdir.

Burada ortaya çıkan bir başka sıkıntı ise, toplu iş sözleşme süresi bir yıldan az, üç yıldan da çok olmamak şeklinde yasal sınırlara tabi olduğu için, her iki hal sınırı içinde dahi yürürlük başlangıcı, yetki tespitinin istenildiği ya da bir

önceki toplu iş sözleşmenin bittiği tarihe götürülmesi durumunda, akdedildiği tarihte yürürlüğü sona ermiş ve yürürlük sınırları içerisinde imza edilememiş bir toplu iş sözleşmesinden söz etmemiz gerekecektir. Kişisel görüşümüze göre, bu durumda toplu iş sözleşmesi tarafları, işçilerin mağduriyetini önlemek bakımından bir-üç yıl sınırları içinde, üç yıllık bir toplu iş sözleşmesini geriye doğru yürürlüğe koyarak, söz konusu dönemin telafisini sağlayabilirler. Burada bir ya da üç yıllık sürenin imza tarihinden geriye doğru mu, yoksa yetkinin alındığı ya da mevcut toplu iş sözleşmesinin yürürlüğünün sona erdiği tarihten ileriye doğru mu olduğu meselesi ortaya çıkmaktadır. Burada da yine kişisel görüşümüz, toplu iş sözleşmesinin imza edildiği tarihten geriye doğru bir ya da üç yıllık sürenin başlatılmasının daha doğru olacağı yönündedir (Böylece sözleşmenin yürürlük tarihleri içinde toplu iş sözleşmesi akdedilmiş olacaktır.). Bu anlattıklarımızı tarihleri içeren örneklerle şu şekilde ifade etmek konuyu biraz daha anlaşılır kılabilecektir:

1) 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla toplu iş sözleşmesi akdetmek üzere yetki tespiti istemiyle Bakanlığa başvurulmuştur.

2) Söz konusu işyeri/işletme için yetki belgesi, 1 Şubat 2009 tarihinde kesinleşmiştir (37 ay sonra işkolu-yetki itirazları nedeniyle).

3) Yeni dönem toplu iş sözleşmesi 1 Mart 2009 tarihinde bağtlanmıştır. Bu sözleşme, 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla işyerinde yetkili olduğu, 1 Şubat 2009 tarihinde belirlenmiş bulunan sendika ile işveren arasında yapılmıştır.

4) Bu sözleşme, 1 Ocak 2006- 31 Aralık 2006 (bir yıl süreli) ya da 1 Ocak 2006-31 Aralık 2008 (üç yıl süreli) yürürlük tarihli mi olacaktır? Böylece taraflar 1 Mart 2009 tarihinde imzaladıkları sözleşmeyle, sözleşmenin yürürlük başlangıcını işçi sendikasının yetki almış olduğu 1 Ocak 2006 tarihine götürerek, ileri doğru bir yıl ya da üç yıl süreli bir sözleşme akdetmiş olacaklardır. Bu durumda sözleşme, imza edildiği tarih itibarıyla (yani 1 Mart 2009) yürürlük süresinin dışında akdedilmiş olacaktır. Böylesi bir olasılıkta, yürürlüğün sona erdiği tarih ile sözleşmenin akdedildiği tarih arasında (31 Aralık 2006-1 Mart 2009, 31 Aralık 2008-1 Mart 2009) sözleşmenin bir yıl ya da üç yıl süreli olması

durumuna göre iki aylık ya da yirmi dört aylık bir boşluk kalacaktır.

5) Ya da bu sözleşme, 1 Mart 2009 tarihinden geriye doğru bir ya da üç yıl yürürlük tarihli olarak, 1 Mart 2006 - 1 Mart 2009 (üç yıl süreli) / 1 Mart 2008 - 1 Mart 2009 (bir yıl süreli) yürürlük tarihli mi olacaktır? Bu durumda sözleşme, imzalandığı tarihten geriye doğru, sözleşmenin akdedildiği tarihi de kapsayan bir yürürlük dönemi ile akdedilmiş olacaktır. Ancak üç yıl yapılmış bulunan bir sözleşme olması durumunda dahi, sendikanın yetkili olduğu tarih 1 Ocak 2006 ile toplu iş sözleşmesinin yürürlük başlangıcı 1 Mart 2006 tarihleri arasında iki aylık bir boşluk olacaktır. (Toplu iş sözleşmesinin bir yıllık yapılması halinde ise, yirmi altı aylık boşluk söz konusudur.)

6) Yoksa 1 Mart 2009 tarihinde akdedilen bu toplu iş sözleşmesi, geleceğe yönelik olarak bir ya da üç yıl yürürlük tarihli olarak, 1 Mart 2009-28 Şubat 2010 yada 1 Mart 2009-28 Şubat 2012 tarihlerinde yürürlükte olabilecek midir? Bu durumda sözleşmenin anlamı, işyerinde 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla yetkili sendika bulunan, bu yetkili olma hali 1 Şubat 2009 tarihinde kesinleşen ve 1 Mart 2009 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalanan bir işyerinde işçiler, sözleşme ileriye doğru yürürlüğe sokulduğu için, 1 Ocak 2006-1 Mart 2009 dönemi için yaklaşık otuz sekiz aylık bir süreyle toplu iş sözleşmesi hakkında mahrum edilmiş olacaklardır. Ancak 1 Mart 2009 tarihinde bu işyerinde toplu iş sözleşmesi akdetmiş bulunan sendika, bu tarih itibarıyla belki de işyerinde toplu iş sözleşmesi akdetmek için gerekli çoğunluğa da sahip olmayabilecektir. Böylesi bir durumu kanımızca hukuk düzeninin himaye etmesi düşünülemez. Zira bunun kabulü, başka sendikaların işyerinde yetki almalarını ve işçilerin bu bağlamda toplu iş sözleşmesinden süreç içerisinde yararlanmalarını iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde olumsuz etkileyebilecektir.

Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız üzere burada doğru yaklaşım, beşinci bentte ifade edilmiş bulunan, sözleşmenin akdedilmiş olduğu tarihten geriye doğru bir ya da üç yıl yürürlük süresi bulunan bir toplu iş sözleşmesini akdetmek olacaktır. Bu şekilde toplu iş sözleşmesi akdedilmiş olduğu tarih itibarıyla



(1 Mart 2009) geriye doğru (bir yıl ya da üç yıl yürürlük süreli olarak) yürütülürken, eğer sendikanın yetki tespiti istediği tarih (1 Ocak 2006) ile yürürlük başlangıcı arasında bir boşluk olursa -ki olacaktır- (iki ya da yirmi dört ay) bunu taraflar, akdetmiş oldukları toplu iş sözleşmesi ile telafi edebileceklerdir. Ancak yürürlük başlangıcını sendikanın yetki almış olduğu tarihten (1 Ocak 2006) başlatır (bir yıl ya da üç yıl yürürlük süreli) ve örneğimizde olduğu gibi, toplu iş sözleşmesinin akdedildiği tarihi (1 Mart 2009) yürürlük süresi dışında bırakacak olursak (1 Ocak 2006-31 Aralık 2006 ya da 1 Ocak 2006-31 Aralık 2008) taraflara, söz konusu geleceğe yönelik dönemi telafi etmek adına, toplu iş sözleşmesinin yürürlük dönemini aşan bir yetkiyi de ister istemez tanımak durumunda kalacağız demektir ki, bu durum gerek doktrinde çok tartışılmamış ve gerekse yargı kararlarına bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla pek konu olmamıştır.

## DİPNOTLAR

- 1 Barış DUMAN, Açıklamalar İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi S.64.
- 2 Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, S.187.
- 3 Prof. Dr. Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, S.572.
- 4 Yargıtay 9. H.D., 20.01.2004 T, E. 2003/18300, K. 2003/426.
- 5 Prof. Dr. Melda SUR, İş Hukuku Toplu İlişkiler, S.289.
- 6 Yargıtay 9. H.D., 27.03.1985 T, E. 1985/2859, K. 1985/3284.
- 7 Av. Ertan İREN, Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmeleri ve Hizmet Akitleri Üzerindeki Etkileri s.77-78.
- 8 Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi ve İşveren İlişkileri s.75.
- 9 Yargıtay 9.H.D., 07.03.1996 T, E. 1995/36398, K. 4764.
- 10 Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Hukuku s.196.
- 11 Prof. Dr. Can TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.194.
- 12 Prof. Dr. Can TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.195.
- 13 Prof. Dr. Melda SUR, İş Hukuku Toplu İlişkiler s.284.
- 14 Dr. Mustafa KILIÇOĞLU, Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları s.437.
- 15 Yargıtay 9. H.D., 22.12.1994 T, E. 1994/18400, K. 1994/18404.

## KAYNAKÇA

- ÇELİK, Nuri, İş Hukuk Dersleri Yenilenmiş 22. Bası İstanbul-2009.

- DEMİR, Fevzi, Sorularla Toplu İş Hukuku – Türkiye Barolar Birliği Ankara-2006.
- DUMAN, Barış, Açıklamalı-İçtihatlı Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi Ankara-2005.
- GÜNAY, Cevdet İlhan, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara-1999.
- İREN, Ertan, Türk İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Hükmüleri ve Hizmet Akitleri Üzerindeki Etkileri Çimento Müstahsilleri İşveren Sendikası, Ankara-1988.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri İzmir-2001.
- ŞAHLANAN, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul-1992.
- SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara-2008.
- REİSOĞLU, Seza, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara-1988.
- TUĞ, Adnan, Sendikalar Hukuku, 2. Baskı.
- TUNCAY, A. Can, Toplu İş Hukuku, 1. Baskı Nisan-1999.

Doç. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Temerrüt Durumunda Ücret ve İkramiye Alacaklarına Uygulanacak Faiz Oranı ve Faizin Başlangıcına İlişkin Yargıtay Kararının İncelenmesi

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'

**Esas No** : 2009/5001  
**Karar No** : 2009/17850  
**Tarihi** : 23.06.2009

### DAVA

Davacı, ücret ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş. Çil tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere

göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı işçi ikramiye alacağının toplu iş sözleşmesinden kaynakladığını ile sürerek en yüksek işletme kredisi faizi ile birlikte tahsili isteğinde bulunmuş, mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir.

Dosya içinde bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinde akdi ikramiye kararlaştırılmış değildir. Davalı belediye işyerinde çalışmakta olan davacı işçiye 6772 sayılı yasadan doğan ilave tediye ödemelerinin yapılacağı toplu iş sözleşmesinde belirtilmiş ve anılan alacağın ödenmesi gereken tarihler açıklanmıştır. Bu durumda davaya konu ikramiye alacağı toplu iş sözleşmesi yerine yasadan doğmaktadır. Anılan istek için yasal faiz yerine en yüksek işletme kredisi faizine karar verilmesi hatalı olmuştur.

Davacı vekili ıslah dilekçesinde açıkça

faiz isteğinde bulunmamıştır. Böyle olunca ıslaha konu olan miktar yönünden faize karar verilmesi de HUMK'nun 74. maddesinde öngörülen taleple bağlılık kuralına aykırılık oluşturur. Kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir.

Dava dilekçesinde davaya konu ücret ve ikramiye alacakları için hak kazanma tarihlerinden itibaren faiz isteğinde bulunulmuştur. Toplu iş sözleşmesinde ücret ve ikramiye alacaklarının ödeme tarihlerinin kesin olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Böyle olunca Borçlar Kanun'un 101. maddesi uyarınca da-

valı işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Mahkemece dava dilekçesinde sözü edilen istekler yönünden talep doğrultusunda hak kazanma tarihlerinden itibaren faize karar verilmesi gerekirken dava ve ıslah tarihlerinden itibaren faiz yürütülmesi hatalı olmuştur.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten bozulmasına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.06.2009 gününde karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

**I-** İnceleme konusu olan Yargıtay kararı; toplu iş sözleşmesinden, iş sözleşmesinden veya kanundan kaynaklanan, geniş anlamda ücret alacaklarının ödenmesinde işverence gecikilmesi durumunda, bu tür alacaklara uygulanacak faiz oranının ne olacağı ve bu faizin hangi tarihten itibaren ödenmesi gerekeceğine ilişkin bir karardır.

Görüldüğü üzere, Yargıtay bu yönde bir uyuşmazlıkla karşılaştığında, öncelikle söz konusu alacağın kaynağını tespit etmekte, daha sonra tespit edilen bu kaynağa göre hangi faiz oranının uygulanacağına karar vermektedir.

Yargıtay bunu takiben de söz konusu alacak türüne göre, işletilecek faiz oranının hangi tarihten itibaren işletileceğine karar vermektedir.

**II-** Bilindiği üzere, iktisadi bir kavram olan ücret, "üretimde kullanılan zihinsel ve bedensel insan gücünün karşılığı" ve "emeği üretimde kullanabilmek için ödenen bir fiyat" biçiminde tanımlanabilmektedir<sup>2</sup>. Görüldüğü gibi bu tanımlamalarda "emek" alınıp satılan veya kiralanan bir meta olarak kabul edilmekte ve ücretin de bunun bir bedeli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Buna karşılık, iş hukukunda bu görüş kabul edilmemektedir. İş hukukunda ücret iş sözleşmesinin temel unsuru olması, devlet müdahalesi ve toplu iş sözleşmeleri yoluyla korunması sebebiyle hukuki açıdan ele alınmakta<sup>3</sup> ve

ücreti emeğin fiyatı biçiminde düşünmenin doğru olmadığı belirtilmektedir<sup>4</sup>. Bununla birlikte, AY. m. 55/1'de yer alan "ücret emeğin karşılığıdır" hükmünün de ücretin anayasal bir tanımı olmadığı, bu hükmün sadece ücretin fiili bir çalışma karşılığında ödeneceğini belirttiği doktrinde savunulmuştur<sup>5</sup>.

4857 sayılı İK. 32. maddesi, ücreti "genel anlamda bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar" olarak tanımlamıştır. Görüldüğü üzere, bu tanımda da ücretin genel olarak bir iş karşılığı olduğu<sup>6</sup> noktası ön plana çıkmaktadır<sup>7</sup>. Burada sözü edilen iş kavramı ise, karşı taraf bakımından değeri olan ve onun maddi veya manevi nitelikteki bir ihtiyacının giderilmesine<sup>8</sup> yarayan bir faaliyet olarak ele alınmaktadır.

Ücret, genellikle işveren tarafından ödenmektedir. Ancak İK'nın 32. maddesinde de ifade edildiği üzere, ücreti üçüncü bir kişinin yani işveren dışında bir başka kişinin ödemesi de mümkündür. İK'da yer alan bu esas BK. m. 67'de yer alan "borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir" genel kuralının da bir uygulamasını oluşturmaktadır. Buna göre, ücretin mutlaka ve doğrudan işveren tarafından ödenmesi gerekmemekte, yüzdeler ile bahşişlerde olduğu gibi üçüncü kişilerce de ödenmesi mümkün olmaktadır. Bir başka ifade ile, işverenin ücret

ödeme borcu şahsi bir edimi, yani ifa edenin şahsına göre niteliği değişen bir edimi zorunlu kılmadığı için, ücretin işveren veya üçüncü kişilerce sağlanacağına ilişkin İK. m. 32/I. hükmü, sadece şahsi edimlerde bizzat borçlunun ifasını öngören BK. m. 67 hükmüne de uyum sağlamaktadır<sup>9</sup>. Diğer yandan, ücretin üçüncü kişilerle birlikte işveren tarafından ödendiği durumlar da vardır. Bu yüzden, İK'daki "işveren veya üçüncü kişiler" ifadesi yerine "işveren ve/veya üçüncü kişiler" ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı görüşü yerinde olarak ifade edilmektedir<sup>10</sup>.

İK. m. 32/2, ücretin, kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceğini belirttiğinden sonra, yabancı para olarak kararlaştırılmış olması durumunda ise, işverenin ödeme günündeki rayiçe göre ücreti Türk parası ile ödeyebileceğini ifade etmiştir.

Görüldüğü üzere Kanunda yer alan bu ifadeler, asıl ücrete ilişkin ifadeler olup, işçiye asıl ücrete ek olarak ödenen para ile yapılan aynı ödemeleri kapsamamaktadırlar. Oysa, uygulamada işçilere asıl ücret dışında, yine nakit para olarak çeşitli isimler altında birçok ödeme yapılmaktadır. Nitekim, İK. m. 32/5, iş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur ifadesini kullanarak, tüm bu ödemelerin ücrete dahil olduğunu ve bu anlamda iş karşılığı ödenen asıl ücretin, geniş anlamda düşünüldüğünde ücret ekleri ya da ücretin tamamlayıcısı niteliğinde olan ve asıl ücretin dışında ayrıca verilmesi gereken tüm ödemeleri de kapsayacağına işaret etmektedir.

Asıl ücret dışında söz konusu olan bu ödemeler, işin veya işyerinin özelliğinden doğmuş olabileceği gibi, kanunla, iş sözleşmesiyle ya da özellikle toplu iş sözleşmesiyle işçiye sağlanmış olabilecektir. Uygulamada özellikle özel sektörde en sık karşılaştığımız ücret ekleri, ikramiye, prim, bahşiş, kârdan hisse ve komisyon ödemeleridir<sup>11</sup>.

Ancak, kamu kesiminde söz konusu bu ücret eklerinin tümüne rastlamamız yapılan hizmetin niteliği itibarıyla mümkün olmamaktadır. Bu

anlamda kamu kesiminde çalışan işçilerin asıl ücretlerine ek olarak, bahşiş, komisyon, prim ve kural olarak kârdan hisse almaları mümkün değildir. Buna karşılık, en önemli ücret eklerinden olan ikramiyelere ilişkin olarak ise, kamu kurumlarında çalışan işçilere kanunen bir hak sağlanmıştır.

Bilindiği üzere, ikramiye, normal olarak işverenin işçilere yaptıkları işten ve işyerinin gelişmesine katkılarından ötürü duyduğu hoşnutluğu belirtmek için ya da işçinin yaşantısının önemli günlerinde evlenme, doğum gibi bazı olaylar münasebetiyle ödediği bir miktar para olarak tanımlanabilecektir<sup>12</sup>. İkramiyeler bir iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya kanun ile getirilmiş olabileceği gibi işverence tek taraflı olarak da sağlanmış olabilecektir. İşverence tek taraflı olarak verilen ikramiyeler arka arkaya üç defa ödenmeleri halinde işyeri uygulaması haline dönüşecek ve bunun sonucu olarak da işçi için kazanılmış hak niteliğine bürünecektir<sup>13</sup>.

Hukukumuzda kamu kesiminde çalışan işçilere ikramiye hakkı, özel kesimde çalışan işçilerden farklı olarak kanunla tanınmıştır. Buna göre, 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 sayılı Kanunla 6212 sayılı Kanun'un 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun'un<sup>14</sup> 1. maddesi uyarınca, bu maddede sayılan kamu kurumlarında çalışan işçilere ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında bir ikramiye ödenecektir. Yine 6772 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre de, birinci maddede sözü geçen işçilerden maden işletmelerinin münhasıran yeraltı işlerinde çalışanlarına bu işlerde çalıştıkları müddetle orantılı olarak her yıl için ayrıca birer aylık istihkakları tutarında bir ilave ödeme yapılacaktır.

Bunun dışında sözü edilen kamu kurumlarında çalışan işçiler ile maden işletmelerinin münhasıran yeraltı işlerinde çalışan işçilere, yukarıda sözü edilen ikramiye ödemelerinden ayrı olarak, her yıl için bir aylık istihkakları tutarını geçmemek üzere Bakanlar Kurulunca bir ikramiyenin daha ödenmesi kararlaştırılabilecektir (m.3).

Söz konusu Kanun; kapsamına aldığı kamu kurumlarını 1. maddesinde belirtmiştir. Buna



göre, genel katma ve özel bütçeli idarelerle, döner sermayeli müesseseler, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlarla belediyeler ve bunlara bağlı kuruluşlar, 3460 ve 3659 sayılı Kanunların kapsamına giren İktisadi Devlet Teşekkülleri ve diğer tüm kurum, banka, ortaklık ve müesseseler Kanunun kapsamına girmekte ve burada çalışan işçiler açısından ikramiye ödemesi zorunlu tutulmaktadır.

Zorunlu olarak yapılması gereken ikramiye ödemesinin zamanı, içeriği ve korunmasına ilişkin hükümler içeren 6772 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca da; bu kanuna göre yapılacak ikramiye ödemelerinin zamanı Bakanlar Kurulunca tespit olunacak ve Kanunda sözü edilen "aylık istihkak tutarı"nın hesabında fazla mesai, evlilik, çocuk zamları veya primleri, aynı yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrete ek ödemeler dikkate alınmayacaktır. Diğer yandan yapılacak bu ikramiye ödemelerinden çeşitli işçi sigortalarının gerektirdiği primler kesilmeyecek ve bu paralar borç için haczedilemeyecektir. Ayrıca, söz konusu ikramiyelerin ödenmesinde, ödeme tarihinde işçinin işinden ayrılmış olup olmadığına bakılmaksızın işçinin ikramiyenin ilgili olduğu yıl içinde o yerde veya aynı idare, teşekkül ve müesseseye ait muhtelif yerlerde geçmiş olan hizmetlerinin toplamı oranında ve son çalıştığı yerde ödenecektir. İşçinin ikramiye ödemesine esas olacak çalışma süresinin hesaplanmasında iş veya iş sözleşmesinin devamı süresine rastlayan kanuni ve idari izinlerle hastalık izinleri, hafta tatili ve genel tatil günleri çalışılmış gibi hesaba katılacaktır. Aynı şekilde vardiyalı işçilerin vardiya sebebiyle çalıştırılmadıkları günler de çalışmış gibi sayılacaktır.

Hukuk sistemimizde, başlangıçta işçilere ödenebilecek ikramiye sayısında herhangi bir sınırlama yer almamasına rağmen 17.04.1981 tarihli ve 2448 sayılı Kanun'la 6772 sayılı Kanuna getirilen ek maddeler ile işçilere ödenebilecek ikramiyelerin sayısı sınırlandırılmıştır. Buna göre 6772 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca; bu Kanun uyarınca işçilere yapılan ikramiye ödemelerinden ayrı olarak, her yıl için her biri bir aylık istihkakları tutarını (hafta

ve genel tatil ücretleri dâhil) geçmemek şartıyla toplu iş sözleşmeleri ile en çok iki ikramiye daha verilebilecektir. Kanun'un ek 2. maddesine göre de 6772 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan yani özel sektör işyerlerinde çalışan işçilere toplu iş sözleşmeleri ile en çok dört, münhasıran yer altında çalışanlara ise en çok beş ikramiye ödenebilecektir. 6772 sayılı Kanunda getirilmiş bulunan ikramiyelere ilişkin sınırlamanın, kanunda her ne kadar toplu iş sözleşmeleri ile verilecek ikramiyelere ilişkin olduğu ifade edilmesine rağmen, doktrinde kanunun amacına uygun olarak, getirilen sınırlamaların iş sözleşmeleri ile veya doğrudan işveren tarafından ödenen ikramiyeler hakkında da geçerli olduğu belirtilmektedir<sup>15</sup>.

İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay Kararında, hakkında hüküm verilen işçi 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 Sayılı Kanunla 6212 Sayılı Kanun'un 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun kapsamına giren, belediye işyerinde çalışmakta olan bir işçidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, söz konusu bu işçi 6772 sayılı Kanun kapsamına girmekle doğrudan ikramiye hakkını kazanmış bulunmaktadır. Zira kanun maddesinden de anlaşıldığı üzere, kanun kapsamındaki kamu kurumlarında çalışan bir işçinin söz konusu ikramiye hakkını kazanması, iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde yer alan her hangi bir kaydın varlığına bağlanmamıştır.

Bu yüzden, söz konusu ikramiyenin kaynağının tespit edilmesi konusunda Yargıtay görüşü kanımızca uygundur. Zira sözü edilen kamu kurumunca imzalanmış bulunan toplu iş sözleşmesinde, taraflarca üzerinde görüşülüp kararlaştırılmış sözleşmesel bir ikramiye ödemesi mevcut değildir. Toplu iş sözleşmesinin ilgili maddesi, işveren kurumca işçilere yapılacak ödemelere ilişkin açıklayıcı bir hüküm içermekte ve işçilere 6772 sayılı Kanundan doğan ilave tediye ödemelerinin yapılacağını belirterek ve bu ödemenin yapılması gereken tarihleri açıklamakta, aksine işçilere bu yönde yeni bir hak ihdas etmemektedir<sup>16</sup>.

Söz konusu durumun tespiti, aşağıda da ifade edileceği üzere, toplu iş sözleşmesinden

doğan yani kaynağını toplu iş sözleşmesinde bulan bir hakkın ihlali durumunda açılacak eda davaları sonucunda, TSGLK'nın 61. maddesi uyarınca, bu alacaklara iş sözleşmesinden veya kanundan doğan alacaklara uygulanan farklı bir gecikme faizi uygulanacak olmasından ötürü önem taşımaktadır.

Nitekim, İK. m. 32 uyarınca kanun kapsamında çalışan bir işçinin iş sözleşmesinden doğan ücret alacağının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanmasına karşın, toplu iş sözleşmesinden doğan bir ücret alacağı söz konusu olduğunda ödenecek faizin bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi oranı olarak tespit edilmesi bu durumun tespitinin önemini ortaya koymaktadır.

Mevcut olayda da, uygulanacak faiz oranının hangi oran olduğunun belirlenmesi açısından, Yargıtay'ca öncelikle uyuşmazlık konusu olan ikramiye ödemesinin kaynağının tespiti yoluna gidilmiştir. Yargıtay'ca yapılan değerlendirme sonucunda bu ikramiye alacağının 6772 sayılı Kanunda düzenlenmiş bir hak olması sebebiyle, toplu iş sözleşmesinde yer alan düzenlemenin sadece açıklayıcı nitelikte olduğu yani, bu ikramiye ödemesinin toplu iş sözleşmesinden doğan bir alacak niteliğinde olmadığı belirtilerek, gününde ödenmemesi durumunda sadece kanuni faiz uygulanabileceği, buna karşın bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi oranının burada uygulanamayacağı esası kanımızca isabetli olarak ifade edilmiştir.

Bu konuda Yargıtay uygulaması da istikrarlıdır. Yargıtay genel olarak, kanundan kaynaklanan alacaklara "kanuni faiz" toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan kanuna ek olarak getirilmiş ekstra ödemelere "işletme kredisi faizi", buna karşın iş sözleşmesinden kaynaklanan "ücret" "ikramiye" "fazla mesai" ve "genel tatil ücretlerine" ise mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanacağı yönünde kararlar vermektedir<sup>17</sup>.

**III-** Yargıtay kararında yer alan önemli bir diğer konu ise, mevcut alacağın kaynağına göre tespit edilecek faiz oranının, ödenmediği iddia edilen alacağa hangi tarih itibarıyla uygulanmaya başlanılacağıdır.

Gerçekten söz konusu faiz oranlarını belirleyen kanuni düzenlemelerde bu faiz oranlarının söz konusu alacaklara hangi tarih itibarıyla uygulanmaya başlanacağına ilişkin açık bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu durumda kanunlardan kaynaklanan bu belirsizlik genel hükümler çerçevesinde Yargıtay kararları ile çözümlenmeye çalışılmakta ve doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.

İşçinin ücreti; ki burada kastedilen geniş anlamda ücret olup ikramiye prim vb. gibi alacaklar da bu kavram içerisine girmektedir<sup>18</sup>, ödeneceği belirtilen zamanda ödenmediği takdirde, işçi alacaklı sıfatı ile sözleşmeye aykırı bir durum ortaya çıkmış olduğundan öncelikle ücretinin ödenmesi için işverene karşı bir "eda davası" açabilecek ya da ortada bir "para borcu" olduğu için, "ilamsız icra" yoluna başvurabilecektir<sup>19</sup>.

İşçi sözü edilen bu hukuki yollara, uygulamada pek yaygın olmasa da, iş sözleşmesinin sona ermesini beklemeksizin iş sözleşmesi devam ederken de başvurabilecektir. Yani işçi iş sözleşmesi devam ederken, işverenine karşı eda davası açabileceği gibi, doğrudan icra yoluna başvurabilecektir<sup>20</sup> ya da işçi bu yolları tercih etmese bile en azından işverene bir "ihlarname" çekerek onu temerrüde düşürebilecektir. Ancak uygulamada istisnalar olsa da, genelde işçiler işlerini kaybetmekten çekinerek iş sözleşmelerinin devamı süresince bu kanuni hakları kullanmaktan kaçınmaktadırlar.

İş sözleşmesinde ücret alacağının borçlusu durumunda olan işverenin ücret ödeme borcunu ifa etmek zorunda bulunduğuna şüphe duyulmamaktadır. Buna göre, işverenin ücret ödeme borcunu zamanında ifa etmemesi durumunda temerrüde düşeceği de açıktır. Bütün para borçları açısından olduğu gibi, ücret borcu bakımından da temerrüdün temel şartı, borcun muaccel hale gelmiş olmasıdır<sup>21</sup>. Bununla ifade edilen, artık işçinin ödemeyi talep hakkını kullanabileceği, işverenin ise ödemede bulunmaktan kaçınamayacağı zaman noktasına ulaşması, yani ödeme zamanının gelmiş olmasıdır.

Genel hükümler uyarınca, borcun muaccel hale gelmesi borçlu temerrüdünün ana şartı

olsa da, kural olarak borçlu temerrüdü için tek başına yeterli olmamakta ve alacaklı tarafından borçluya bir ihtarda bulunulması da gerekmektedir<sup>22</sup>. Ancak ihtarın varlığı kural olarak gerekli ise de, bu kuralın istisnaları oldukça fazladır<sup>23</sup>. Nitekim, ödeme gününün sözleşmeyle belirlenmiş veya belirlenebilir tarzda düzenlenmiş olması (BK. m. 101/2), borçlunun borcu ifa etmeyeceğini bildirmiş olması veya hal ya da durumundan bu sonuca varılabildiği (BK. m. 107/1) haller, ihtar gereğini ortadan kaldıran istisnai hallerdir. Örneğin ödeme gününün sözleşmeyle belirlenmiş veya belirlenebilir tarzda düzenlenmiş olması durumunda, borçlu hangi gün ödemede bulunması gerektiğini bilmektedir. Bu bakımdan, anılan günde borç ödenmediği takdirde başkaca bir şeye gerek kalmaksızın temerrüt gerçekleşmektedir<sup>24</sup>. Kanımızca, ücret alacağının ödenmesi konusundaki durum da böyle olmalı ve işverence sözleşme yapılırken tayin edilen ücret, sözleşmede belirtilen ödeme zamanında ödenmemesi durumunda ayrıca bir ihtar gerektirilmeksizin, işverenin ücret borcunu ödemede temerrüde düşüğü kabul edilmelidir.

Zira, günümüzde iş sözleşmesi süren bir işçinin işini kaybetme korkusu ile işverenine karşı eda davası açması, doğrudan icra yoluna başvurması ya da en azından işverene bir "ihtarname" çekerek onu temerrüde düşürmesi hallerine pek sık rastlanmamaktadır.

Oysa, işçinin söz konusu bu yollardan birine başvurup başvurmaması, özellikle Yargıtay'ın geçmişten beri süregelen; ücret, ikramiye, fazla mesai, ihbar tazminatı ve bu gibi kıdem tazminatı dışındaki iş sözleşmesinden doğan işçi alacaklarına, ancak işverenin temerrüde düşürülmesi tarihinden itibaren faiz yürütülebileceği yönündeki görüşünün karşılığında önem taşımaktadır.

Zira, Yargıtay'a göre, işçinin, iş sözleşmesi devam ederken ödenmesi geciken geniş anlamda ücret alacağına, gecikme tarihi itibarıyla İş Kanunu'ndaki faizin yürütülmesini talep edebilmesi için, iş sözleşmesi devam ederken, işverenine karşı bir eda davası açması, doğrudan icra yoluna başvurması ya da en azından işverene bir "ihtarname" çekerek onu temerrüde

düşürmüş olması gerekmektedir<sup>25</sup>. Bu anlamda, Yargıtay'a göre, borcun muaccel olması ile temerrüt olgusu farklı kavramlar olduklarından, ücretin her ayın sonunda ödenmesi kuralı bu alacağın muaccel olma zamanını göstermekte, buna karşılık temerrüt olgusunun gerçekleştiğini göstermemektedir<sup>26</sup>. Yani, muaccel olma, alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisi olup, borç muaccel olmadan borçlu temerrüdü söz konusu olmayacaktır. Temerrüt ise, alacaklı tarafından talep edilebilir (muaccel) hale gelmiş bir borcun ifasındaki gecikmedir ve kural olarak, bu tür (muaccel) bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşecektir. (BK. m. 101/1). Bir başka ifade ile, temerrütten söz edilebilmesi için, öncelikle muaccel bir borcun ve alacaklının o borca yönelik ihtarının bulunması gerekir<sup>27</sup>.

Genelde bu yönde kararlar veren Yargıtay zaman zaman vermiş olduğu bazı kararlarda ise, belirli koşulların varlığı durumunda farklı çözümlere de ulaşabilmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın ücret alacağı ve temerrüt konusunu ayrıntılı olarak ele alan bir kararında, İş Kanunu'na göre ücretin en geç ayda bir ödeneceği, iş hukuku mevzuatımızda Basın İş Kanunu'nun 14. maddesi hariç, ücretin peşin ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmadığı, bu nedenle ücretin çalışılan ayı takip eden aybaşında muaccel hale geleceği, fazla mesai, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin muacceliyet tarihlerinin de normal aylık ücret gibi olacağı, kıdem tazminatı dışındaki tazminat ve alacaklar bakımından ise, tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları ödeme zamanı ya da işçi tarafından gönderilecek ihtarnamele belirtilen ödeme günü itibarıyla işverenin temerrüdünün gerçekleşeceği hususları açıklanmıştır<sup>28</sup>.

Görüldüğü üzere Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda, temerrütten söz edilebilmesi için, öncelikle muaccel bir borcun ve alacaklının o borca yönelik ihtarının bulunması gerekir kuralının, istisnaları olan durumları yani, ifa gününün taraflarca birlikte kararlaştırıldığı (BK. m. 101/2), borçlunun borcu ifa etmeyeceğini bildirmiş olduğu veya hal ya da durumundan bu sonuca varılabildiği (BK. m. 107/1) hallerde,

temerrüdün gerçekleşmesi için alacaklının ihtarına gerek yoktur kuralını göz önüne alarak, “işyerinde ücretlerin ödeme gününü belirleyen toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi bulunmadığı hallerde ücrete faiz yürütülmesi için işverenin temerrüde düşürülmesi şarttır” demek suretiyle, işçi ücretleri için de, eğer iş sözleşmesinde ücretin ödeneceği gün taraflarca kararlaştırıldı ise, ayrıca ihtar gerekmezsiniz ödeme gününün bitimiyle birlikte işverenin temerrüde düşmüş sayılacağını kabul etmektedir<sup>29</sup>.

Yargıtay’ın, genellikle açıklamış olduğu, işçinin iş sözleşmesinden doğan asıl ücret veya ücret eklerine ilişkin bir alacağına faiz yürütülebilmesi için, iş sözleşmesi devam ederken, işçinin işverene karşı bir eda davası açması, doğrudan icra yoluna başvurması ya da en azından işverene bir “ihtarname” çekerek onu temerrüde düşürmüş olması gerektiği yönündeki görüşüne karşın, doktrinde farklı görüşler de ileri sürülmektedir.

Buna göre, doktrinde bazı yazarlar, 4857 sayılı İş Kanunu’nun “ücretin gününde ödenmemesi” başlıklı 34. maddesi ile getirilmiş bulunan düzenlemede yer alan “ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.” düzenlemesinden hareketle, 4857 sayılı Kanun uygulamasında ödemeyen ücret alacağının Kanundaki ifade uyarınca ancak 20 gün geçmesinden sonra muaccel olacağı ve faiz yürütülmesinin de ancak bu tarihten itibaren mümkün olabileceği görüşünü savunmaktadırlar<sup>30</sup>.

Yine bu görüş sahipleri, 4857 sayılı İş Kanunu’nda “özel” olarak düzenlenen bu hüküm karşısında, ücret alacağı ve eklerine uygulanacak” en yüksek mevduat faizi” için, işçinin artık yukarıda ifade edildiği gibi “ihtarname” çekerek işvereni “temerrüde düşürmesi”nin (BK. md. 101) de şart olmadığını ifade etmektedirler. Yani, bu görüşe göre, 20 gün içinde ödenmeyen ücret ve eklerine ilişkin olarak işveren

21. gün herhangi bir “ihtara” gerek olmaksızın “kanunen” temerrüde düşmüş sayılacak ve gecikme faizi ancak bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Görüldüğü üzere, bu görüş, kötüye kullanmadığı sürece (MK. m. 2), işverenin yirmi güne kadar ücret ve eklerini “erteleme hakkı” olduğu düşüncesinden hareket etmekte, 21. günden önce temerrüt durumunun oluşmadığını kabul etmekte ancak bu süre sonunda artık otomatikman kanunen temerrüdün gerçekleştiğini ifade etmektedir. Söz konusu görüş uyarınca, Kanundaki düzenleme karşısında toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılan “ücret ve ekleri de ödeme gününden itibaren yirmi gün” sonra “muaccel” olacak, bu tarihten itibaren işveren kanunen “temerrüde düşecek” ve “faiz işletilmeye” başlatılacaktır. Yani, İş Kanunu’nun “emredici” hükmü karşısında (m. 34/1, 2), toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücret alacağı ve eklerine uygulanacak “en yüksek işletme kredisi faizi” için de, 20 günün geçmesi gerekecek ancak bu tarihten sonra işverenin ayrıca “temerrüde düşürülmesine gerek olmayacaktır<sup>31</sup>.

Bu görüşe katılmayan doktrindeki bazı yazarlar ise, İş Kanunu’ndaki maddenin başlığında, herhangi bir ayırım ve sınırlama yapılmaksızın “ücretin gününde ödenmemesi” ifadesinin yer alması ve maddedeki düzenlemenin “gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır” şeklindeki mutlak anlatım karşısında, söz konusu faizin her türlü geç ödeme halinde ilk günden itibaren uygulanması gerektiği görüşündedirler<sup>32</sup>. Yine bu görüşte olan bazı yazarlara göre, özellikle işçi ücretinin her ay sonunda ödenmesi gibi, muayyen bir günde ödenmesi halinde, bunun bir işyeri uygulaması oluşturduğunun kabulüyle BK. m. 101/2 bağlamında sözleşmeyle belirlenmiş bir vade olduğu sonucuna varılması ve buna göre de ödeme günü gelmekle o gün akşamına kadar ücretin ödenmemesi halinde işverenin temerrüde düştüğünün kabulü gerekecektir<sup>33</sup>.

Kanımızca, İş Kanunu’nun 34. maddesinde sözü edilen 20 günlük sürenin; işverene kanunen tanınmış olan “yirmi güne kadar ücret ve eklerini erteleme hakkı” olarak kabul edil-



mesi, iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği ile bağdaşmayacağı ve kötüye kullanıma çok açık olacağından, özellikle işçi ücretinin her ay sonunda ödenmesi gibi, muayyen bir günde ya da zamanda ödenmesinin söz konusu olduğu hallerde, bunun bir işyeri uygulaması oluşturduğunun kabulüyle, bir anlamda sözleşmeyle belirlenmiş bir vade olduğu sonucuna varılması ve buna göre de ödeme günü gelmekle o gün ya da zamanın (örneğin ayın ilk 5 günü gibi) akşamına kadar ücretin ödenmemesi halinde, işverenin temerrüde düşüğünün kabulü, iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği ile bağdaşan bir çözüm olabilecektir.

**IV-** Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu'nun 102-108. maddelerinde borçlu temerrüdünün sonuçları belirli bir sistem dahilinde ve tümüyle ele alınmıştır. Bu hükümler, Türk özel hukukunda temerrüdün sonuçlarını belirleyen temel normatif düzenlemeleri teşkil etmektedir. Söz konusu hükümlerde, önce temerrüdün bütün borçlar için geçerli olan neticeleri gösterilmiş, daha sonra para borçları ve diğer karşılıklı sözleşmelerden doğan borçlar hakkında uygulanabilecek diğer bazı sonuçlara yer verilmiştir<sup>34</sup>.

Ücret alacağı gibi bir para borcunda temerrüde düşülmesinin genel sonucu, temerrüdün olduğu andan itibaren, duruma göre sözleşmede veya kanunda belirlenen oran üzerinden temerrüt faizi ödenmesidir. Bu anlamda, alacaklının muhtemel zararlarının giderilmesi amacıyla doğrudan doğruya kanun koyucu tarafından öngörülmüş bir karşılık olarak nitelendirilen temerrüt faizi, bir para borcunun ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun kural olarak temerrüt anından itibaren ve temerrüt hali devam ettiği sürece herhalde ödemekle yükümlü olduğu faiz olarak tanımlanabilecektir<sup>35</sup>. İsviçre ve Türk sistemlerinde borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olup olmadığının da önemi yoktur<sup>36</sup>.

Temerrüdün ortaya çıkması durumunda, alacaklı temerrüt sebebiyle bir zarara uğradığını da kanıtlamak zorunda kalmaksızın, sadece temerrüdün oluşumuyla temerrüt faizini talebe hak kazanmaktadır (BK. M. 103). Bu konuda borçluya bir karşı ispat hakkı da tanınmamıştır. Borçlu alacaklının gerçekte herhangi bir zarara

uğramadığını veya zararın temerrüt faizinden az olduğunu ispatlayarak da olsa, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünden kurtulamayacaktır<sup>37</sup>. Ayrıca, yine genel hükümler uyarınca, temerrüt sebebiyle alacaklının malvarlığında bir zarar meydana geldi ise ve zarar miktarı temerrüt faizi miktarından fazla ise borçlu bu aşkın zararı da tazminle yükümlü olacaktır (BK. m. 105/1). Ancak burada temerrüt faizinden farklı olarak alacaklı zararın varlığını kanıtlamak zorunda olduğu gibi, borçlu da temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat ederse tazmin yükümlülüğünden kurtulacaktır.

Bu anlamda, Türk hukuk doktrininde de<sup>38</sup>, temerrüt faizinin alacaklının temerrüt sebebiyle uğradığı varsayılan zararını faiz oranı çerçevesinde gidermeyi amaçlayan, zararın kanıtlanması ve borçlunun kusuru şartlarından bağımsız götürü bir tazminat niteliğinde olduğu görüşü kabul görmektedir.

Alacaklının temerrüt faizine yönelik hakkının kapsamı, asıl borcun miktarına, temerrüdün süresine ve uygulanacak faiz oranına bağlı olarak belirlenecektir. Temerrüt faizi miktarının hesaplanmasında temel alınacak asıl borç miktarı, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye göre borçlunun alacaklıya tediye ile yükümlü olduğu para meblağıdır. Buna göre, işverenin ücret ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde, temerrüt faizinin ücretin net tutarı üzerinden hesaplanması gerekmektedir. Zira, ödeme zamanında yapılırdı, işçinin elde edeceği miktar net ücret tutarı olacak ve bu durumda temerrüt sonucunda alacaklı işçinin malvarlığında olduğu farz edilen zararın da bu miktar üzerinden gerçekleşebileceği kabul edilebilecektir. Zaten brüt ücretin net ücret dışında kalan kısmı, işverenin işçinin ücretinden keserek Vergi Dairesine ve Sosyal Güvenlik Kurumuna ödemekle yükümlü bulunduğu vergi ve primlerden olduğundan, işçinin bu kalemleri de hesaba katarak faiz talep etmesini haklı kılacak bir neden mevcut olmayacaktır<sup>39</sup>.

Temerrüt faizi asıl alacağı ilişkin dava ya da takip çerçevesinde istenebileceği gibi, asıl alaktan bağımsız olarak da ayrı bir dava veya takibe konu olabilecektir. Alacaklı normal olarak temerrüt faizini asıl alacak ile birlikte tahsil

etmek istiyorsa, dava dilekçesinde veya takip talebinde temerrüt faizi isteğine ayrıca yer vermek zorundadır. Bu yönde bir talep bulunmadıkça, hakim temerrüt faizinin tahsiline ayrıca karar veremeyecek, söz konusu olan bir icra takibi ise, takip sadece asıl alacak üzerinden yürüyecek, temerrüt faizini kapsamayacaktır<sup>40</sup>. Alacaklı temerrüt faizini asıl alaktan bağımsız olarak talep etmek isterse, bunun için asıl alacağa ilişkin davada, faiz konusunda ayrı bir dava açma hakkını saklı tutmuş olması da aranmayacaktır<sup>41</sup>. Ancak, alacaklının bu serbestisi faiz borcunun bir diğer özelliği sebebiyle bir noktada sınırlanmıştır. BK. m. 113/1'e göre, asıl borç ödeme veya diğer bir sebep ile sona erdiği takdirde, fer'i haklar da ortadan kalkacaktır. Faize ilişkin talep hakkı da fer'i nitelikte bir hak olduğundan, doğrudan doğruya bu hükmün kapsamına girmekte ve asıl borcun sona ermesi temerrüt faizine ilişkin hakkın da sona ermesine yol açmaktadır. Ancak alacaklı işlemiş temerrüt faizlerine ilişkin hakkını saklı tuttuğunu asıl borcun sona erme anına kadar beyan etmiş bulunuyorsa veya somut olayın şartları çerçevesinde böyle bir sonuca varılabiliyorsa, asıl borç sona erdikten sonra da temerrüt faizinin talep edilmesi mümkün olacaktır<sup>42</sup>.

Alacaklı, temerrüt faizine ilişkin hakkını geççerliliği herhangi bir şekilde bağılı olmayan bir beyanla saklı tutabilecektir. Bu beyan, uygulamada ispat kolaylığı sağlamak amacıyla çoğu zaman bir ihbarnameyle yapılmakta veya asıl borca ilişkin dava dilekçesinde veya mahkeme zabıtlarında yer almaktadır<sup>43</sup>. Buna karşılık, temerrüt faizinden bahsedilmeksizin alacaklının asıl borca ilişkin dava dilekçesinde "sair alacaklarını" saklı tuttuğunu belirtmekle yetinmesi, BK. m. 113/2 anlamında koruyucu bir beyan olarak nitelendirilemeyecektir<sup>44</sup>. Bu durumda artık borçlu hiçbir şekilde temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü altında olmayacak, alacaklının temerrüt faizinin istemesi sebebiyle açtığı davada, hakim faiz talebi hakkının bulunmadığını resen dikkate alacak ve bu durum bir itiraz sebebi teşkil edecektir<sup>45</sup>. Hatta borçlu hatayla faiz ödemesinde bulunursa ödediği tutarı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri isteyebilecektir<sup>46</sup>.

Ancak, genel kural bu olmakla birlikte, dürüstlük kuralı (MK. m. 2) gerektirdiği takdirde, BK. m. 113/2 uygulanmayabilecektir. Şöyle ki, borçlu asıl borcu ödediği sırada alacaklıya faizleri de hemen ödeyeceğini bildirmiş ve alacaklıda haklı bir güven uyanmasına sebep olmuşsa veya başka herhangi bir şekilde alacaklının saklı tutma beyanında bulunmasını engellemişse, sonradan yöneltilen temerrüt faizi talebine karşı, hakkın saklı tutulmuş olmadığını ileri sürmek iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacaktır<sup>47</sup>.

Diğer yandan, temerrüt faizini talep hakkına sahip olan alacaklı, bu faizi ister asıl alacakla birlikte ister ayrıca talep etmiş olsun, bu talebinde faize ilişkin taleplerini olması gerekenden daha düşük tutmuşsa dava veya takip sonucunda kendisine ödenecek faiz tutarı buna göre hesaplanacaktır. Bu sebeple temerrüt faizinin işlenmesi gereken tarihten daha sonraki bir tarih itibarıyla talep edilmesi ya da kanuni faiz oranından daha düşük bir faiz istenmesi hallerinde durum böyledir. Bunun sebebi de, hakimin netice-i taleple bağılı olup, talepten fazlasına hükmedememesi (HUMK. m. 73) ve icra hukukunda da takibin takip talebinde gösterilen miktarla sınırlı olarak yürütmesi (İİK. m. 60/2, b. 1, 2, m. 85/2) esaslarıdır<sup>48</sup>. Doktrinde ise, böyle bir durumda, alacaklının açık veya zımni bir feragati bulunmadıkça, geriye kalan ve aradaki farka tekabül eden temerrüt faizi tutarının yeni bir dava veya takip ile istenmesi mümkün görülmektedir<sup>49</sup>.

Temerrüt faizi borçlu temerrüdünün oluştuğu andan itibaren işlemeye başlayacak ve temerrüdün sona erdiği ana kadar devam edecektir. Temerrüt faiz miktarı olayda uygulanacak faiz oranına göre belirlenecektir. Sözleşmede bir oran öngörülmüşse bu oran, aksi takdirde olaya uyan kanuni oran uygulama alanı bulacaktır. Türk hukukunda bugün için temerrüt faizini düzenleyen temel kanun 04.12.1984 tarih ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un<sup>50</sup> 2. maddesidir. Bu genel hüküm dışında, iş hukuku alanında, kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin olarak getirilmiş bulunan İK. m. 14<sup>51</sup>'deki temerrüt faizi hükmü, İK. m. 34/1'de yer alan gününde ödenmeyen ücret için getirilmiş olan

temerrüt faizi hükmü ve TSGLK. m. 61'de düzenlenmiş olan toplu iş sözleşmesine dayanan bir eda davasında ifaya mahkum olunan tarafa uygulanacak temerrüt faizi hükmü, temerrüt faizinin düzenlenmiş olduğu hükümler arasında yer almaktadırlar.

Temerrüt faizinin genel olarak düzenlendiği temel kanun olan 3095 sayılı Kanun'un "temerrüt faizi" kenar başlığını taşıyan 2. maddesi genel olarak borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğüne ilişkin esasları düzenlemektedir. Buna göre 3095 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça geçmiş günler için 1. maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecbur olacaktır. Bakanlar Kurulu da bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkili olacaktır (m. 1). Parasal Sınırlar ve Oranlar Hakkında Genel Tebliğ<sup>52</sup> uyarınca 01.01.2010 tarihinden itibaren: kanuni faiz oranı sözleşme ile tespit edilmemişse yıllık %9; Temerrüt faiz oranı, sözleşme ile tespit edilmemişse yine %9 olarak tespit edilmiştir. Ticari işlerde ise bu oran 22.12.2009 tarihli Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Tebliği ile %16 olarak belirlenmiştir. Bu anlamda taraflar temerrüt faizinin ödenmesi konusunda anlaşmış olmasalar veya böyle bir anlaşma bulunmakla birlikte faiz oranının belirlenmemesi halinde dahi, faiz kural olarak temerrüdün oluşmasıyla birlikte anılan oran üzerinden kendiliğinden işlemeye başlayacaktır<sup>53</sup>.

Kıdem tazminatının<sup>54</sup> (1475 sayılı İK. m. 14/11) ve ücretin (4857 sayılı İK. m. 34/1) geç ödenmesine ilişkin getirilmiş bulunan kanuni temerrüt faizi, ilgili kanunlarda mevduata ödenen en yüksek faiz olarak belirtilmiştir<sup>55</sup>. Burada temerrüt faizinin miktarının hesaplanmasında ölçü, mevduata uygulanan en yüksek faizdir. Mevduat kelimesi, vadesiz mevduat ile bir aylık, üç aylık, altı aylık ve bir yıllık mevduatı kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanmalıdır<sup>56</sup>. Bunlardan hangisi en yüksek faizi getiriyorsa ona uygulanan oran esas alınmalıdır<sup>57</sup>. Bunun gibi, belirlenen mevduat tipine uygulanan faiz temerrüdün söz konusu olduğu

zaman dilimi içerisinde değişikliğe uğradıysa, değişen oranlardan en yüksek olanının dikkate alınması gerekmektedir<sup>58</sup>. Bununla birlikte, işçi temerrüt faizini talep ederken söz konusu hükme dayanmasa da, en yüksek mevduat faizi üzerinden temerrüt faizi istediğini açıkça belirtmiş olmasa da, hakim bu esası uygulamak zorundadır<sup>59</sup>.

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, toplu iş sözleşmesine dayanan bir eda davasında ifaya mahkûm edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren bankalarca uygulanan en yüksek kredi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır<sup>60</sup>. Uygulamada söz konusu eda davasının işveren tarafından sendika aleyhine de ikame edilmesi mümkün ise de, genellikle bu davanın toplu iş sözleşmesinin düzenleyici hükümlerine dayanılarak işçi tarafından işverene karşı olarak açılması söz konusu olmaktadır<sup>61</sup>. Görüldüğü üzere, hükümde temerrüt faizi oranı oldukça yüksek bir düzeyde tutulmuştur. Bunun gerekçesi ise, işverenin işçinin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan meblağı geç ödemek sureti ile kendisine bir nevi düşük faizli kredi imkânı yaratması ve işçinin çıkarlarına zarar vermesi tehlikesinin varlığı olarak açıklanabilmektedir<sup>62</sup>. Böylece, kanun koyucu olası bu tehlikelere karşı işçiyi koruma amacından hareket ederek, bu şekilde yüksek oranda temerrüt faizi oranı tespiti yoluna gitmiştir. Buna göre, TSGLK. m. 61/1 uyarınca, temerrüt faizi oranı temerrüt müddetince bankaların işletme kredisi açma karşılığında tahakkuk ettirdikleri faizlerden en yüksek oranlı olanına bağlanmıştır.

İnceleme konusu olan Yargıtay kararında, Yargıtay; toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümün sadece belediye işyerinde çalışmakta olan işçiye 6772 sayılı Yasadan doğan ilave tediye ödemelerinin yapılacağına ilişkin açıklayıcı bir hüküm olması ve bu hükmün bu ödemelerin kaynağını oluşturan bir hüküm olmaması sebebi ile bu ödemelerin gecikmesi durumunda kanuni faiz uygulanması gerektiğini buna karşın, en yüksek işletme kredisi faizine karar verilmesinin hatalı olacağını kanımızca yerinde olarak ifade etmiştir.

## SONUÇ

Yukarıda ele aldığımız, ücretin geç ödenmesi durumunda işletilecek faiz oranının belirlenmesine, belirlenen bu faiz oranının hangi tarihten itibaren yürütüleceğine ve temerrüt faizinin niteliklerine ilişkin esaslar dikkate alındığında, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararı varmış olduğu sonuç itibarıyla yerinde ve doğru bir karardır.

Zira kanımızca da, kanuni düzenlemelere toplu iş sözleşmesi hükümleriyle atf yapılması, kanuni düzenlemelerle getirilmiş bulunan hakların ödeme tarihlerinin belirlenmesi, sözü edilen bu düzenlemelerin toplu iş sözleşmesinden kaynaklanması anlamına gelmemektedir. Bu durumda Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61. maddesinin birinci fıkrası, sadece toplu iş sözleşmesine dayanan bir eda davasında, ifaya mahkûm edilen tarafın, temerrüt tarihinden itibaren bankalarca uygulanan en yüksek kredi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacağından söz ettiğine göre, kanundan doğan bir alacağa en yüksek işletme kredisi faizi yerine kanuni faiz uygulanması yerinde olacaktır.

Diğer yandan, ücret ve ikramiye alacaklarının ödeme tarihlerinin toplu iş sözleşmesinde kesin olarak belirlenmesi sebebiyle, Borçlar Kanun'unun 101. maddesi uyarınca işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek olmaksızın, toplu iş sözleşmesinde belirtilen tarihlerden itibaren faiz işletilmesine ilişkin karara katılmakla birlikte, bunun uygulamada iş sözleşmesinde düzenlenen işçi ücretlerine de yayılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Bununla beraber, işçi ücretlerinin ödenmesinde gecikilmesi konusunda ise, İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen 20 günlük sürenin; işverene kanunen tanınmış olan "yirmi güne kadar ücret ve eklerini erteleme hakkı" olarak kabul edilmesi, iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği ile bağdaşmayacağı ve kötüye kullanıma çok açık olacağından, özellikle işçi ücretinin her ay sonunda ödenmesi gibi, muayyen bir günde ya da zamanda ödenmesinin söz konusu olduğu hallerde, bunun bir işyeri uygulaması oluşturduğunun kabulüyle, bir anlamda sözleşmeyle belirlenmiş bir vade olduğu sonu-

cuna varılması ve buna göre de ödeme günü gelmekle o gün yada zamanın (örneğin ayın ilk 5 günü gibi) akşamına kadar ücretin ödenmemesi halinde, işverenin temerrüde düştüğü görüşünün kabulü, kanımızca iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği ile bağdaşan bir çözüm olabilecektir.

## DİPNOTLAR

- 1 LEGAL, Legal 23. sayı, sayfa 1155.
- 2 ZARAKOLU, A.; Ekonomi İlminin Temel İlkeleri, Ankara, s. 160; ÖZELMAS, E.; "Ücret Problemleri", Ücretler Semineri, 24-26 Kasım 1967, İstanbul 1968, s. 14 vd.; Kapitalist piyasalarda ücretin çift yönlü bir görünümü mevcuttur. Bunlardan biri hizmet piyasasında insanların kazanmak amacıyla çalıştıkları bir değer, diğeri ise organizasyon açısından kar amaçlı olarak tespit edilmesi gereken bir üretim unsurudur. SCHETTGEN, Peter; Arbeit Leistung Lohn, Analyse und Bewertungsmethoden aus sozioökonomischer Perspektive, Stuttgart 1996, s. 288; LÖWISCH, Manfred; Arbeitsrecht, 4.Auflage, Düsseldorf 1996, s. 282 vd.
- 3 ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, yenilenmiş 22. Bası, Ağustos 2009, s. 140.
- 4 Filadelfiya Bildirisi olarak adlandırılan "Milletlerarası Çalışma Teşkilatının Gaye ve Hedeflerine Ait Beyanname"de de emeğin bir meta olmadığı belirtilmiştir. RG. 16.2.1948, No: 6833; Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 457; EKONOMİ, Münir; İş Hukuku I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 15; TUNÇOMAĞ, Kenan; İş Hukuku I, İstanbul 1984, s. 16; ÇELİK, s. 140; CENTEL, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 56.
- 5 CENTEL 56.
- 6 Çalışma ilişkilerinde karşılaşılan "zorla çalıştırma" ve "angarya" uygulamalarının ücret açısından farklılıkları ve niteliklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız DEMİR, Fevzi; Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 2004, s. 255 vd.
- 7 Ücret bir iş karşılığıdır. Çalışmadan ücret isteğinde bulunma imkânı yoktur. Yarg. 9. HD. 25.1.1994 t. E. 1993/12474 K. 1994/548, Kamu-İş, s. 359; Yarg. 9. HD. 02.02.1995 t. E. 1995/15339 K. 1995/2160, Kamu-İş, s. 308; Yarg. 9. HD. 4.6.1996 t. E. 1995/37765 K. 1996/12623 Çimento İşveren, C. 10, S. 4, Temmuz 1996, s. 32.
- 8 Hizmet edimi olumlu bir faaliyettir. Nitekim sadece yapma karşı taraf için bir değer taşısa bile hizmet kavramına girmemektedir. CENTEL, s. 59.
- 9 CENTEL (Ücret), s.70-72.
- 10 CENTEL (Ücret), s.70-72.
- 11 İkramiye, prim, bahşiş, komisyon, kardan pay alma gibi ücret ekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, s. 105 vd.
- 12 İkramiye ve ücret ekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NARMANLIOĞLU, Ü.; İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, B. 3, İzmir, 1998, s. 213-216; ESENER, T., İş Hukuku, B. 3, Anka-



- ra, 1978, s. 170; EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987, s. 133; CENTEL s. 119, SÜZEK, Sarper; İş Hukuku Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 310 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008, s. 463 vd.; ÇELİK, 145 vd.; DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, Ocak 2009, s. 140 vd.
- 13 DEMİR, s. 142.
- 14 R.G. 11.07.1956 t. No: 9355.
- 15 EKONOMİ, s. 135.
- 16 Doktrinde aksi görüşte yazarlar da mevcuttur. Buna göre, herhangi bir hakkın, olgunun toplu iş sözleşmesine dayanan eda niteliğini alabilmesi için kanuni miktarların aynı ya da farklı bir biçimde sadece toplu iş sözleşmesinde düzenlenmesi yeterli görülmektedir. Yani toplu iş sözleşmesinde sadece ilgili kanun hükümlerine atf yapılması bile, o olgunun toplu iş sözleşmesine dayanan eda sayılması için yeterli olacaktır. AKYİĞİT, Ercan; İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C:2, 3.Bası, Ankara 2008, s. 1576
- 17 Yarg. 9.HD, 25.11.1997 t., 17591/19624, TÜHİS, Kasım 1997-Şubat 1998, s. 75; Yarg. 9. HD, 20.04.1989 t., 3391/3764, TÜHİS, Kararlar, C. II, s. 278; Yarg. 9. HD, 01.03.1999 t., 2799/3654, Kamu-İş Bilgi Bülteni, Mart/Nisan 1999, s.10; Yarg. 9. HD, 08.06.1999, 7157/9898, TÜHİS, Ağustos 1999, s. 58; Yarg. 9. HD, 24.01.2000 t., 18192/253 ve Yarg. 9. HD, 03.05.2001 t., 5113/7733, GÜNAY, C. İ.: İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması, Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan, Kamu-İş, C. 6, S.4, Ankara, 2002, s. 126-127; Yarg. 9. HD, 30.12.1997 t., 19329/23027, GÜNAY, TİSGLH, s.1045; Yarg. 9. HD, 27.03.2003 t., 310/652, Tekstil İşv. Mayıs 2004, s. 40.
- 18 Yarg. 9. HD, 11.04.2005 t., E. 2005/10352, K. 2005/12625-ÇANKAYA, O. G./GÜNAY, C.İ./GÖKTAŞ, S.; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s. 417 vd.
- 19 Bu yönde bkz. DEMİR Fevzi, Yarg 9. H.D.02.02.2005 t. E. 2004/12851, K. 2005/2861 tarihli kararın İncelenmesi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:20, S. 4-5, Kasım 2006/Şubat 2007
- 20 12. HD, 12.07.2005 t., E. 2005/12127, K. 2005/15426-www.kazanci.com
- 21 Fazla mesai, hafta tatili, Ulusal Bayram ve genel tatil günleri gibi çalışma ücretleri, o çalışmaların yapıldığı ayın son günü muaccel olur. Yarg. 9. HD., 8.6.1990 t. E. 1990/3925 K. 1990/7031, Kamu-İş, s. 343-344.
- 22 Yarg. HGK. 08.01.1964 t. E. 1964/3-64, K. 1964/18, İKİD., C. 5, S. 51, Mart 1965, s. 3615. Yarg. 15. HD. 22.6.1977 t., E. 1977/890, K. 1977/1418, KARAHASAN, Mustafa, Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. I, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1989, s. 1315; Yarg. 15. HD. 03.01.1978 t. E. 1978/185, K. 1978/155, YKD. C. IV, S. 12, Aralık 1978, s. 2013; Yarg. 15. HD. 6.7.1984 t. 1984/174 E., 1984/2361 K., KARAHASAN, I, 1535.
- 23 Ayrıntılı bilgi için bkz. BARLAS, Nami; Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 54-61.
- 24 OĞUZMAN, M. Kemal; Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, 4. Bası, İstanbul 1987, 251-252; BUCHER, Eugen; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988; BARLAS, 107; YHGK. 29.09.1973 t., E. 1973/4-892, K. 1973/735, İKİD., C. 13, S. 156, Aralık 1973, s. 2436 .
- 25 Yarg. HGK, 08.01.1964 t., E. 1963/3-34, K. 1964/12 M. K. OĞUZMAN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. B. İstanbul 1998, s. 288; Yarg. 9. HD., 21.03.1989 t., E. 1989/12867, K. 1989/2624, YKD, Ekim 1989, s. 1417; Yarg. 9. HD., 25.02.1997 t, E. 1997/20158, K. 1997/3187, Tekstil İşveren Mayıs 1997, s.22; Yarg. 9.HD, 22.02.2001 t., E. 2001/19142, K. 2001/3127, İşveren Dergisi, Mart 2001, s.15; Yarg. 9.HD., 11.12.2001 t., E. 2001/14321, K. 2001/19181, GÜNAY, 110.
- 26 Yarg. 9. HD., 23.06.2003 t., E. 2003/930, K.2003/11746, MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008, s. 499, dn. 269.
- 27 Yarg. 9. HD., 05.11.2009 t., E. 2008/8261, K. 2009/30509 www.legalbank.net
- 28 Yarg. 9. HD., 05.11.2009 t., E. 2008/8261, K. 2009/30509 www.legalbank.net
- 29 Yarg. 9. HD., 05.10.2004 t., E. 2004/12959 K., 2004/22023; Yarg. 9. HD., 26.09.2005 t., E. 2005/28809 K., 2005/ 31364; ÇİL, Şahin; 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, C: 2 Eylül 2007, s. 2400.
- 30 DEMİR, Karar İncelemesi, TÜHİS, Kasım 2006/Şubat 2007.
- 31 DEMİR, Karar İncelemesi, TÜHİS, Kasım 2006/Şubat 2007.
- 32 SÜZEK, s. 328; AKYİĞİT, (2008), s. 1578-1579, MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 499.
- 33 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 499.
- 34 Bkz. AYBAY, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 1984, s. 130-137; REİSOĞLU (Borçlar Hukuku), 296-312.
- 35 BARLAS, s. 133.
- 36 Bu esas kanunda açıkça ifadesini bulmuş değildir. Ancak bununla beraber, borçlu temerrüdünün oluşum şartlarını belirleyen BK. m. 101 (OR Art.102)'de kusur unsuruna yer verilmemesi, BK. m. 102/2 (OR Art. 103/Abs 2)'de borçlunun kendisine atfedilecek bir kusur bulunmaksızın temerrüdün oluştuğunu kanıtlamasından söz edilmesi ve kefilin sorumluluğuna ilişkin BK. m. 490/1'de "...borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticeleri..." ifadesinin kullanılması göz önünde tutularak, tereddütsüz bu sonuca varılmaktadır. BARLAS, s. 17, dn. 36. Alman hukuk sisteminde ise durum farklıdır. "Kusursuz temerrüt olmaması" kenar başlığını taşıyan BGB. 285'e göre, edim borçluya isnat edilemeyen bir durum sebebi ile yerine getirilemiyorsa, borçlu temerrüde düşmeyecektir.
- 37 KARAYALÇIN, Yaşar; Enflasyon Karşısında Faiz Hukuki Açından Bir İnceleme, Ankara 1980, s. 32; ÖÇAL, Akar; Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965, s. 22; BECKER, Hermann; Kommentar zum schweizersichen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183, 2. Auflage, Bern 1941; LARENZ, Karl; Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987, s. 353.
- 38 BARLAS, s. 137; ÖÇAL, s. 25-39; EVREN, s. 154; KARAYALÇIN, Yaşar; Ticaret Hukuku, I.Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968, s. 568 OĞUZMAN (Borçlar Hukuku), 315; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1246; EREN, Fikret,

- Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. III, 2. Bası, Ankara 1990, s. 276.
- 39 BARLAS, 169.
- 40 OĞUZMAN (Borçlar Hukuku), 317; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1247; ÖÇAL, 58; BARLAS, 181.
- 41 OĞUZMAN (Borçlar Hukuku) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1247; ÜSTÜNDAĞ, s. 409; BARLAS, 181; Yarg. Tic. D. 11.1.1971 t., E. 1971/2132, K. 1971/4244, (RKD, 1972, S. 1, II-2, s. 57); Yarg. 11. HD., 16.10.1975 t., E. 1975/3386, K. 1975/5526 YKD. C. II, S. 9 Eylül 1976, s. 1325; Yarg. Tic. D. 28.5.1971 t., E. 1971/2132, K. 1971/4244 (RKD, 1972, S. 1, II-2, s. 57); Yarg. 13. HD. 15.3.1982 t. E. 1982/1232, K. 1982/1772, YKD. C. VIII, S. 6, Haziran 1982, s. 835; Aksi görüşte eski bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 3. HD., 31.3.1958 t. ve E. 1958/2519, K. 1958/2160 (TİK. 1958, I-II, s. 189, No. 295).
- 42 Yarg. 15. HD., 1.2.1978 t., E., 1978/58, K. 1978/169 (YKD. C. 5, S. 4, Nisan 1979, s. 540); Yarg. 2. HD., 15.12.1981 t., E. 1981/7800, K. 1981/8121 (İBD. C. 59, S. 1-3, Ocak, Şubat; Mart 1985, s. 209); Yarg. 9. HD., 8.3.1988 t., E. 1988/552, K. 1988/2731, YKD. C. XIV, S. 11, Kasım 1988, s. 1524; Yarg. HGK. 20.12.1989 t., E. 1989/5-616, K. 1989/676, İKİD. C. 30, S. 352, Nisan 1990, s. 7146.
- 43 BARLAS, 183. Ancak herhalde beyanın içeriğinden alacaklının faiz hakkını ayrıca kullanacağını tereddütsüz anlaşılabilmesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. age. 183 vd.
- 44 YHGK. 31.1.1973 t., E. 1973/582, K. 1973/28 (İKİD. Yıl: 14, S. 148, Nisan 1973, s. 1927).
- 45 EVREN, 90; BARLAS, 184; Yarg. 9. HD., 1.5.1986 t., E. 1986/3395, K. 1986/4477 (YKD. C. XIV, S. 5, Mayıs 1988, s. 644).
- 46 Yarg. 9. HD., 4.6.1987 t., E. 1987/4638, K. 1987/5582 (YKD. C. XIII, S. 12, Aralık 1987, s. 1785).
- 47 EVREN, 95; BARLAS, 184; Yarg. 3. HD., 28.12.1971 t., E. 1971/5819, K. 1971/4650 (İBD. C. XLVI, 1972, S. 3-4, s. 350).
- 48 BARLAS, 185.
- 49 BARLAS, 174, 175 ve 185.
- 50 RG. 19.12.1984, s. 18910.
- 51 29.7.1983 tarih ve 2869 sayılı Kanunla değişik.
- 52 RG. 29.01.2010 t. No: 27477.
- 53 BARLAS, 151.
- 54 Ücretten farklı olarak, zamanında ödenmeyen kıdem tazminatına ilişkin faiz, iş sözleşmesinin feshi anından işleme başlayacaktır. Yarg. 9. HD., 1.10.1986 t., E. 1986/7392, K. 1986/8743, İHU İŞK.14, No:51; Yarg. 9. HD., 22.10.1986 t., E. 1986/8522, K. 1986/9464 (Tekstil İşveren Mayıs 1987, S. 110, s. 17); Yarg. 9. HD., 3.2.1987 t., E. 1987/517, K. 1987/916 (YASA, C. 10, Ağustos 1987, S. 8, s. 1196) Yarg. 9. HD.8.10.1992 t., E.1992/3403, K.1992/10973, Kamu-İş, s. 112; Yarg. 9. HD., 23.11.1995 t., E. 1995/17722 K., 1995/34505, Kamu-İş, s. 220.
- 55 Yarg. 9. HD., 28.12.1995 t., E. 1995/24536, K. 1995/36706, Kamu-İş, s. 240; Yarg. 9. HD., 26.5.1992 t., E. 1992/5559, K. 1992/5662 Kamu-İş, s.103; Yarg. 9. HD., 14.9.1992 t., E. 1992/10277 K., 1992/9956 Kamu-İş, s. 108; Yarg. 9. HD., 4.10.1995 t., E. 1995/9533, K. 1995/30452, Kamu-İş, s. 199.
- 56 BARLAS, 167; Yarg. 9. HD., 15.12.1995 t., E. 1995/35241, K. 1995/35601, Kamu-İş, s. 228.
- 57 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, vadesiz mevduat faizini uygulayan esas mahkemesi kararını bozmuştur. Yarg. 9. HD., 26.10.1984 t., E. 1984/8298, K. 1984/9199 (YASA, Ekim 1984, C. 7, S. 10, s. 1456).
- 58 TUNÇOMAĞ (İş Hukukunun Esasları), 245; ÇENBERCİ (Şerh), 479; Ayr. Bkz. Yarg. 9. HD., 12.6.1989 t., E. 1989/4264, K. 1989/5445 (YKD. C. XVI, S. 2, s. 231); Kıdem tazminatı için hizmet akdinin sona erdiği tarihte mevduata uygulanan en yüksek faize hükmedilmesi gerekirken, çok önceki bir tarihin dikkate alınması hatalıdır. Yarg. 9. HD., 14.12.1995 t., E. 1995/36125, K. 1995/35511, Kamu-İş, s. 226.
- 59 EVREN, 12; BARLAS, 167.
- 60 Yarg. 9. HD., 28.2.1995, t., E. 1994/16567, K. 1995/6006, Kamu-İş, s. 563; Yarg. 9. HD., 12.10.1995 t., E. 1995/34061, K. 1995/31575, Kamu-İş, s. 569; Ancak Yargıtay bazı olağanüstü ekonomik koşullarda bu hükmün uygulanmaması yolunda görüş bildirmiştir. Şöyle ki; "Tarafların serbest iradeleri ile imzaladıkları sözleşmelerin tarafları bağlaması asıl ise de, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra, tüm ülke çapındaki olumsuz gelişmeler, sözleşme adaletini ve taraflarca yüklenen edimler arasındaki dengeleri ortadan kaldırdığında, ekonomik bunalım ve buna karşı alınan olağanüstü önlemler ortada ve herkes tarafından bilindiğine ve milli dayanışma içinde göğüs gerilmekte olduğuna göre, ekonomik önlemler paketinin bir gereği olarak, işverenlerin de bazı tedbirler almasının kabul edilmemesi, MK.m.2'de öngörülen doğruluk ve dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz. Bu nedenle işçi yararına faize hükmedilmesi de doğru değildir. YHGK. 3.5.1995 t., E. 1995/9-267, K. 1995/442, Çimento İşveren, C. 9, S. 5, Temmuz 1995, s. 40 vd.; Yarg. 9. HD., 14.3.1996 t., E. 1996/4479, K. 1996/5354, İşveren, C. XXXIV, S. 6 Mart 1996, s. 15; ülkede ekonomik bunalımın varlığının kabulü için Anayasa'nın 119 ve 120. maddelerine göre olağanüstü hal ilan edilmiş olması şart değildir. YHGK. 3.5.1995 t., E. 1995/9-267, K. 1995/442, Çimento İşveren, C. 9, S.5, Temmuz 1995, s. 40 vd.
- 61 OĞUZMAN, M. Kemal; Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, (Toplu İş Sözleşmesi - Grev ve Lokavt - Arabuluculuk- Yüksek Hakem Kurulu - Özel Hakemlik), 4. Bası, İstanbul 1987, s. 93; BARLAS, 167.
- 62 OĞUZMAN (İşçi-İşveren İlişkileri), 93; BARLAS, 167-168.

## KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan; İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C: 2, 3.Bası, Ankara 2008,
- AYBAY, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 1984.
- BARLAS, Nami; Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.
- BECKER, Hermann; Kommentar zum schweizerischem-sichen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Ab-

- teilung, Allgemeine Bestimmungen, Art 1-183, 2. Auflage, Bern 1941.
- BUCHER, Eugen; Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988.
  - CENTEL, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988.
  - ÇANKAYA, O. G./GÜNAY, C. İ./GÖKTAŞ, S.; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005.
  - ÇELİK, Nuri; İş Hukuku Dersleri, yenilenmiş 22. Bası, Ağustos 2009.
  - ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984
  - ÇİL, Şahin; 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, C: 2 Eylül 2007, s. 2400.
  - DEMİR, Fevzi; Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 2004.
  - DEMİR, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, Ocak 2009.
  - EKONOMİ, Münir; İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987.
  - EREN, Fikret; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. III, 2. Bası, Ankara 1990.
  - ESENER, T. İş Hukuku, B. 3, Ankara, 1978.
  - GÜNAY, C. İ.; İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması, Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan, Kamu-İş, C. 6, S. 4, Ankara, 2002.
  - KARAHASAN, Mustafa, Reşit; Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. I, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1989.
  - KARAYALÇIN, Yaşar; Ticaret Hukuku, I. Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968
  - KARAYALÇIN, Yaşar; Enflasyon Karşısında Faiz Hukuki Açından Bir İnceleme, Ankara 1980.
  - LARENZ, Karl; Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München, 1987.
  - LÖWISCH, Manfred; Arbeitsrecht, 4. Auflage, Düsseldorf 1996.
  - MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008.
  - NARMANLIOĞLU, Ü.; İş Hukuku I, Ferdi İş İlişkileri, B. 3, İzmir, 1998.
  - OĞUZMAN, M. Kemal; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2.B. İstanbul 1988,
  - OĞUZMAN, M. Kemal; Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, 4. Bası, İstanbul 1987.
  - OĞUZMAN, M. Kemal; Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, (Toplu İş Sözleşmesi - Grev ve Lokavt - Arabuluculuk - Yüksek Hakem Kurulu - Özel Hakemlik), 4. Bası, İstanbul 1987.
  - ÖÇAL, Akar; Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965.
  - ÖZELMAS, E.; "Ücret Problemleri", Ücretler Semineri, 24-26 Kasım 1967, İstanbul 1968.
  - SCHETTGEN, Peter; Arbeit Leistung Lohn, Analyse und Bewertungsmethoden aus sozioökonomischer Perspektive, Stuttgart 1996.
  - SÜZEK, Sarper; İş Hukuku Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008.
  - TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: 1 -C: 2 5. Bası, İstanbul 1985.
  - TUNÇOMAÇ, Kenan; İş Hukuku I, İstanbul 1984.
  - ZARAKOLU, A.; Ekonomi İlminin Temel İlkeleri, Ankara 1985

**Av. Mustafa AVCI**

Ankara Barosu Avukatı

# Sendikanın Üye Sayısındaki Azalma Nedeniyle Uygulanmakta Olan Grevin Yargı Kararıyla Durdurulması

**T.C. YARGITAY  
9. HUKUK DAİRESİ**

**Esas No** : 2009/33838  
**Karar No** : 2009/27396  
**Tarihi** : 15.09.2009

**DAVA**

Davacı, yetki belgesindeki sendika üyesi işçi sayısının Kanunun belirlediği dörtte üç oranından fazla azalması sebebiyle grevin sona erdirilmesine, sendikanın aldığı yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

**KARAR**

Dava, 2822 sayılı Yasanın 51. maddesinin son fıkrası uyarınca grevin sona erdirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı A.Ş., ... tarihinde gerçekleştirilen ihaleyle grev uygulamasına konu işyerleri de dahil şirketin iktisadi bütünlüğünün Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu'ndan ihale sonucu küllen devir alındığını ve yeniden yapılandırıldığını, işletme kapsamında ... işyerleri ile diğer işyerlerinin birleştirilerek yeni bir işletme oluşturulduğunu, bu işletmeye dahil ... adreslerinde kurulu işyerleri ile ilgili olarak davalı sendikanın ... A.Ş. ile toplu iş sözleşmesi görüşmeleri yürüttüğünü, görüşmelerin uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine davalı sendika tarafından grev kararı alınıp 13.2.2009 tarihinde uygulanmaya başlandığını, bu süreçte davalı sendika üyesi işçilerin dörtte üçünden fazlasının üyelikten istifasını, greve katılan işçilerin de ... ve bağlı



işyerlerinde çalışan işçiler değil, ... işçileri olduğunu, grev uygulanan işyerlerinde çalışan işçilerin hiçbirinin greve iştirak etmediğini belirterek grevin ihtiyati tedbir kararı ile durdurulmasına, 2822 sayılı Kanunun 51/4 maddesi uyarınca grevin sona erdirilmesine, sendikanın aldığı yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı sendika, grev kararının işletmeye dâhil tüm işyerleri için alınıp uygulamaya konulduğunu, grevin uygulanmaya konulduğu tarihten sonra sendika üyeliğinden istifa eden işçi bulunmadığını, grevin uygulanmaya başladığı tarih esas alınarak üye sayısının dörtte üçünün azalıp azalmadığının tespitinin gerektiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece grevin uygulandığı tarihte işyerindeki sendika üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrılmış olduğundan grevin sona erdirilmesine, kararın kesinleşmesine kadar grevin durdurulmasına ve 2822 Sayılı Yasa'nın 51/son maddesi gereğince karar özetinin ilanına karar verilmiştir.

Davalı sendika, 10.5.2007 başvuru tarihi itibarıyla işletmeye dâhil işyerlerinde çalışan 96 üyelerinin bulunduğunu, bu sayının dörtte üçünün 72 olduğunu, üyelikten istifa eden 6 işçinin grev kararı alınmadan tekrar sendikaya üye olduğunu, grevin uygulanmaya başlandığı tarihte 68 işçinin üyelikten ayrıldığını, bu sayının başvuru tarihindeki üye sayısının dörtte üçünden az olduğunu, kaldı ki, grevin uygulanmaya başlandığı tarihten sonra grev uygulanan işyerlerinde çalışıp sendika üyesi olan ve halen üyelikleri devam eden işçilerin bulunduğunu ve bu üyeliklerinde üye sayısında nazara alınması gerektiğini belirterek kararı temyiz etmiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 51. maddesinin son fıkrasında "Grevi uygulayan sendikanın, bu grevin uygulandığı işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri

grevin sona erdirilmesi için 15. maddeye göre yetkili mahkemeye başvurabilir" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bununla grevin etkisiz kaldığı kabul edilen durumlarda mahkeme kararı ile sona erdirilmesi amaçlanmaktadır. Bunun için işçi sendikası tarafından yetki belgesinde belirtilen işyeri veya işletmeye dâhil işyerlerinde usulüne uygun olarak uygulamaya konulan grevin sona erdirilmesinin istenebilmesi için grevin uygulanmaya başlamış olması, işyerinde veya işletmeye dâhil işyerlerinde çalışan işçilerin, işveren sendikasının veya sendika üyesi olmayan işverenin veya işyerinde çalışan bir işçinin grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurması ve mahkemece sendikanın üye sayısının dörtte üçünün üyeliklerinin istifa, işkolu değiştirmesi, emeklilik, ölüm gibi sebeplerle sona ermesi gerekir. En önemlisi grevin ilan tarihinde işletmede çalışan sendika üyesi işçilerin dörtte üçünün üyelikten ayrılması durumunda uygulanmakta olan grevin etkisiz kalıp kalmadığının araştırılması, etkisiz kaldığı sonucuna varılır ise uygulanmakta olan grevin sona erdirilmesine karar verilmelidir.

Somut olayda davalı sendika tarafından işletme toplu iş sözleşmesi için verilen yetki belgesinde işletmeye dâhil olduğu belirtilen İstanbul ve Ankara adresindeki işyerleri için 05.12.2008 tarihinde grev kararı alındığı, grev kararının aynı gün işyerlerinde ilan edildiği, 16.12.2008 tarihinde de işletmeye dâhil anılan işyerlerinde grevin 13.2.2009 tarihinde uygulanmasına karar verildiği ve uygulanmaya başlandığı dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Bu durumda öncelikle grevin işletmeye dâhil işyerlerinde ilan edildiği tarihte davalı sendikanın işletmede çalışan üye sayısının tespiti edilip bu tarihten grevin sona erdirilmesinin talep edildiği 18.2.2009 dava tarihine kadar üyelerin dörtte üçünün üyelikten ayrılıp ayrılmadığının saptanması, daha sonra üye sayısındaki bu azalmanın işletmede uygulanmakta olan grevi etkisiz hale getirip getirmediğinin araştırılması gerekir. Eğer üye

sayısının dörtte üçünün üyelikten ayrılması grevi etkisiz kılmakta ise uygulanmakta olan grevin sona erdirilmesine aksi durumda davanın reddine karar verilmelidir.

Eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.09.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## Kararın İncelenmesi

Ekonomik kriz ve buna bağlı olarak istihdamda ortaya çıkan daralma ve yaygın işsizlik sonucu ülkemizde son yıllarda çalışma ilişkilerinde grev uygulamaları bakımından kayda değer bir azalma görülmektedir. Özel sektörde işyerlerinde yeni haklar elde etmek bir yana mevcut durumu olabildiğince koruyabilmek adına greve başvurmaksızın daha çok barışçı yöntemlerle toplu sözleşmeye ulaşmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir<sup>1</sup>.

Anılan ekonomik tablonun hukuki yansımalarını toplu iş hukukuna ilişkin yargı kararlarında da görmek mümkün olup, çoğunluk tespiti, yetki itirazı, grev ve lokavt konularına ait kararlarda gözle görülür bir azalma, buna karşılık ücrette indirim, çalışma koşullarında aleyhe değişiklik, toplu iş sözleşmesine konu haklarda genellikle çalışanlar aleyhine değişiklik öngören protokollerin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda artış görülmektedir.

İncelememize konu Yargıtay bozma kararında, grevin yargı kararıyla durdurulmasına imkan veren 2822 sayılı TSGLK m.51/4'ün uygulamasına yön verecek kriterler ortaya konulmuş ve değerlendirmeler yapılmıştır.

Somut uyuşmazlıkta taraf işçi sendikasının yasal prosedüre uygun olarak aldığı işyeri/işletme yetki belgesine istinaden muhatap işverenin toplu iş sözleşmesi görüşmelerine çağrıldığı, yasal süresi içinde olumlu bir sonuç alınamaması üzerine 05.12.2008 tarihinde grev kararı alındığı, grev kararının aynı gün işyerlerinde ilan edildiği, 16.12.2008 tarihinde alınan karar doğrultusunda 13.02.2009 tari-

hinde grevin uygulanmasına başlandığı anlaşılmaktadır.

Söz konusu grev uygulamasından sonra davalı işveren 18.02.2009 tarihinde TSGLK m.51/4'e dayalı olarak anılan süreçte davalı sendika üyelerinin 3/4'ünden fazlasının üyelikten istifa ettiğini ileri sürerek grevin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulması, sona erdirilmesi ve sendikanın aldığı yetki belgesinin geçersizliğine karar verilmesini talep etmiş, davalı sendika ise grevin uygulamaya konulduğu tarihten sonra sendika üyeliğinden istifa eden işçi olmadığını, 3/4'ün tespiti bakımından grevin uygulanmaya başlandığı tarihin esas alınması gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece grevin uygulamaya başladığı tarihteki sendika üyelerinden 3/4'ünün sendika üyeliğinden ayrılmış olduklarından bahisle grevin sona erdirilmesine, kararın kesinleşmesine kadar grevin durdurulmasına ve karar özetinin ilanına karar verilmiştir.

Davalı sendika söz konusu hükmü "10.05.2007 başvuru tarihi itibarıyla işletme/işyerinde bulunan üye sayılarının 96, bu sayının dörtte üçünün 72 olduğunu, üyelikten istifa eden 6 işçinin grev kararı alınmadan tekrar sendikaya üye olduğunu, grevin uygulanmaya başlandığı tarihte 68 işçinin üyelikten ayrıldığını, bu sayının -başvuru tarihindeki üye sayısının- dörtte üçünden az olduğunu, kaldı ki, grevin uygulanmaya başlandığı tarihten sonra grev uygulanan işyerlerinde çalışıp sendika üyesi olan ve halen üyelikleri devam eden işçilerin bulunduğunu ve bu üyeliklerin de üye sayısında nazara alınması" gerektiğini ileri sürerek temyiz etmiş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yukarıda işaret edilen gerekçelerle kararı oybir-

## Grevin yargı kararıyla sona erdirilmesinde -kaydi üyelik yerine- greve fiili katılım/grevin etkinliğini gözetecek bir yasal düzenleme daha uygun olacaktır.

liğiyle bozmuştur.

Yargıtay kararında yer verilen hususların değerlendirilmesine geçmeden önce uygulanmakta olan grevin yargı kararıyla sona erdirilmesine imkan veren TSGLK m. 51/4'deki .. Grevi uygulayan sendikanın, bu grevin uygulandığı işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için 15 inci maddeye göre yetkili mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği birinci fıkradaki usul uyarınca ilan edilir." hükmüne göz atmak gerekecektir. Anılan hükmün gerekçesinde ise... grevin etkisiz kaldığı varsayılan durumlarda hakimin müdahalesinin sağlandığı belirtilmiştir.

Yargıtay kararında yasal düzenlemedeki hususlara işarette isabetli olarak; grevin yasal prosedüre uygun olarak alınmış ve uygulanmaya başlanmış olması gereğine işaret ettikten sonra, böyle bir talep için mahkemeye başvurabilecek "ilgililer" ve "işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrılmaları" tabirinin kapsamı ve bundan ne anlaşılması gerekeceğine ilişkin isabetli açıklamalar yapılmış, madde hükmünün uygulanabilmesi için sendika üyelerinden 3/4'ünün üyelikten ayrılması yanında uygulanmakta olan grevin etkisiz kalıp kalmadığının araştırılması ancak, etkisiz kaldığı sonucuna varılması halinde talebin kabul edilerek uygulanmakta olan grevin durdurulabileceği... yönünde bir sonuca varılmıştır ki, maddede yer almayan son kıstas tartışmalara yol açabilecek niteliktedir.

Kararda üye sayısındaki azalmanın tespiti bakımından, konuya ilişkin farklı görüşlerden grev kararının işyeri /işletmeye dâhil işyerlerinde ilan edildiği (TSGLK m. 28) tarihteki sendika üye sayısının esas alınması gerektiği yönündeki önceki görüşün korunduğu görülmektedir<sup>2</sup>.

Bu görüşü benimseyenlere göre maddede bu konuda bir açıklık olmaması karşısında, benzer bir kurum olan grev oylamasına ilişkin düzenlemedeki tarihin esas alınarak, grev kararının ilan edildiği tarihteki toplam üye sayısının ve bu tarihten sonraki üyelikten ayrılmaların dikkate alınması gerekmektedir<sup>3</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, greve fiilen başlandığı tarih esas alınmalıdır<sup>4</sup>; zira üye tam sayısının tespitinde "grevin fiilen başladığı tarih" in, 3/4'lük ayrılma oranının belirlenmesinde de bu oranı oluşturduğu söylenen ileriki bir tarihin baz alınması, mevcut hüküm çerçevesinde doğru olacaktır<sup>5</sup>.

Bir başka görüşe göre ise yetki tespiti yapılırken zaten saptanmış bulunan başvuru tarihindeki üye sayısının esas alınması gerekmektedir<sup>6</sup>.

Her üç görüşün de haklı noktaları bulunmakla birlikte tarafımızca, düzenlemenin grevin uygulanma aşamasına ilişkin olması nedeniyle grevin uygulanmaya başlandığı tarihteki üye sayısının dikkate alınmasının daha isabetli olabileceği değerlendirilmektedir.

Bizim de katıldığımız, Yargıtay uygulaması ve öğretide genellikle benimsenen görüşe göre "sendika üyeliğinden ayrılma" ibaresi çekilme ile sınırlı olmayıp, sendika üyeliğini sona erdiren bütün halleri kapsamaktadır<sup>7</sup>. Genel ilke gereği, talebin mahkemeye iletildiği dava tarihi itibarıyla değerlendirme yapılacak, bu tarih itibarıyla taraf sendikanın üye kaybının yasa da belirtilen sayıya ulaşmış olmadığı belirlenecektir.

Yukarıda ortaya konulan hukuki durum ve açıklamalardan sonra eksik araştırmaya yönelik bozma kararındaki ".. madde hükmünün uygulanabilmesi için sendika üyelerinden 3/4'ünün üyelikten ayrılması yanında uygulanmakta olan grevin etkisiz kalıp kalmadığının araştırılması" şeklindeki değerlendirmenin isabetli olup olmadığının üzerinde durmak gerekecektir. Varılan sonucun amaca daha uygun olduğunda şüphe yoksa da mevcut yasal düzenleme açısından tartışmaya açık olduğu ortadadır. Madde gerekçesinde, 'grevin etkisiz kaldığı varsayılan durumlarda hakimin müdahalesinin sağlandığı..' belirtilmiş olmakla, kanun koyucunun

## Bozma kararındaki bazı noktalar yasal düzenleme karşısında tartışmalara açık bulunmaktadır.

sendika üye sayısındaki 3/4 üye kaybının grevi etkisiz kılacağı gibi bir öngöründen hareket etmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla 3/4'lük üye kaybı yanında ayrıca grevin etkisiz hale gelmiş olmasını aramak, yasa metnini aşar bir değerlendirme olacaktır. Mahkeme, yeter sayıda üyenin ayrılmasına rağmen bu durumla yetinmeyip grevin gerçekten etkisini yitirip yitirmediğinin de araştırılması gerektiğini istemekte ise de mevcut yasal düzenlemeden böyle bir koşul çıkartmak zor olmakla birlikte işin özüne de uygun olacaktır<sup>8</sup>.

Gerçekten; sendika üyesi olmayanların veya sendikadan ayrılanların greve katılması mümkün bulunduğu gibi sendika üyelerinin dahi greve katılmaması yasal mevzuata uygun ve teorik olarak mümkündür. Dolayısıyla grevin bu çerçevede yargı kararıyla ortadan kaldırılması -grevin etkin uygulanması konusunda çok da anlam ifade etmeyen-kaydi üyelik durumuyla değil- greve fiili katılım durumuyla ilişkilendirilerek düzenleme yapılmalıdır.

Elbette TSGLK m. 51/4'ün düzenlenme amacı, grevin etkinliğinin yitirildiği durumlarda, grevin gereksiz yere devam etmesinin önlenmesidir. Sendika üye sayısının azalmasıyla grevin etkisiz hale gelmesi arasında doğrudan bir bağlantı kurulabilmesi, ancak greve katılan işçi sayısı ile ilgili bir düzenlemenin bulunması halinde mümkün olabilecektir<sup>9</sup>. Sendika üyelerinin dörtte üçünün, üyelikten ayrılması her durumda grevin etkinliğinin azaldığı anlamını taşımayacaktır<sup>10</sup>. Sendika üyelerinin dörtte üçü, sendikadan ayrılmamış, fakat işyerinde çalışıyor ve üretimi devam ettiriyor olabileceği gibi tamamının grevden vazgeçip çalışmaya başlaması da mümkündür<sup>11</sup>. Şu halde söz konusu hükmün amacına uygun biçimde düzenlemesi gerekmekte olup yapılması gereken; kanun koyucu tarafından düzenlemeye uygun bir muhteva kazandırılması ve bunu yaparken de 3/4 üye ayrılma oranını yerine grevin etkinliğini

yitirdiği olgusunun ölçüt olarak kabul edilmesi gerekmektedir<sup>12</sup>.

Yargıtay kararında temas edilmemiş olmakla birlikte m. 51/4'e dayalı olarak uygulanan grevin yargı kararıyla sona erdirildiği durumlarda sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisinin sona ereceğini ve yetki belgesinin anlamını yitireceğini kabul etmek gerekecektir<sup>13</sup>.

## Sonuç

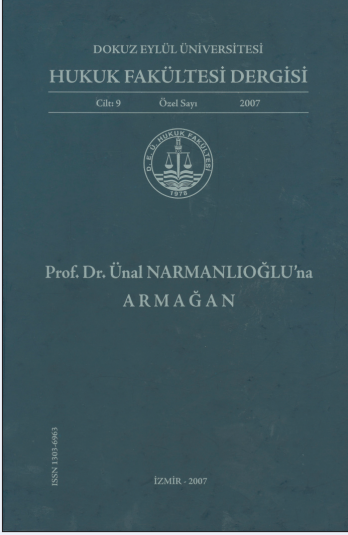
İncelemeye konu Yargıtay bozma kararında TSGLK m. 51/4 düzenlemesinin uygulanmasına ışık tutabilecek noktalara işaret edilmiş ve ancak daha uygun bir sonuca ulaşılmışsa da mevcut hüküm karşısında tartışmalara açık olacağı da göz ardı edilmemelidir.

## DİPNOTLAR

- 1 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre 2000 yılında toplam 233 işyerinde grev uygulamasına geçilmişken, 2008 yılında grev uygulamasına konu işyeri/işletme sayısı 38'e gerilemiştir.
- 2 9. HD. 13.04.1995 T, 12858/13584; aynı yönde NARMANLIOĞLU, Ünal, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 652; İNCE, Ergun, Grevin Sona Ermesinde Özel Bir Durum, İş Hukuku Dergisi, Ekim-Aralık 1992, s. 573.
- 3 KABAKÇI, Mahmut Grev ve Lokavt, İstanbul 2004, s. 230.
- 4 BERKSUN- EŞMELİOĞLU, Abdullah, İbrahim, TSGLK Şerhi, Ankara 1989, s. 704.
- 5 AKYİĞİT, Ercan Sendikanın Üye Kaybı Nedeniyle Grevin Sona Erdirilmesi, Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1998, s. 26.
- 6 SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2009, s. 440; EKMEKÇİ, Ömer, Yasal Grevin Üye Kaybı Nedeniyle Mahkemece Sona Erdirilmesinin Koşulları ve Bunun Yetki Belgesine Etkisi, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 2/2006, s. 239.
- 7 Karşı görüş, AKYİĞİT, s. 21; EKMEKÇİ, s. 238.
- 8 AKYİĞİT, s. 26.
- 9 EKMEKÇİ, s. 236 vd.
- 10 İNCE, s. 574.
- 11 İNCE, s. 575.
- 12 AKYİĞİT, s. 26
- 13 EKMEKÇİ, s. 241 vd.



# YENİ YAYINLAR



Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin Özel Sayı olan 9. cildi, “**Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan**” olarak hazırlanmış ve yayımlanmıştır.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2005 yılında emeklilik sebebiyle ayrılan ve önemli eserleri ile yetiştirdiği, halen de yetiştirmeye devam ettiği öğrencileriyle Türk iş hukukuna çok önemli katkıları olan Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu için hazırlanan Dergi, gerek iş hukukundan gerekse özel hukukun ve kamu hukukunun diğer alanlarından birçok önemli akademisyeni bir araya getirmiştir.

1258 sayfadan oluşan Armağan'da iş hukuku alanında 15 adet makale ile karar incelemesi, özel hukukun diğer alanlarında 19 ve kamu hukuku alanında da 9 adet makale yer almaktadır. İş hukuku ile ilgili olarak fesihte geçerli neden olarak emeklilik, özel hakem anlaşması, telafi çalışması, çalışma koşulları hakkında işçileri bilgilendirme, iş akdinin askıya alınması ve ücretsiz izinler, KİT'lerde personel rejimi, kamu görevlilerinin sendikalaşması ve toplu pazarlık hakkı, Yargıtay'ın kayan iş süreleri ve fazla çalışma ile ilgili yaklaşımı, iş sözleşmesinin devrinde bazı sorunlar, değişiklik feshi, çalışma şartlarında esaslı değişiklik ve uygulama sorunları, yasal asgari ücretin yargı kararı ile düşürülebilmesinin mümkün olup olmadığı ve ödünç iş ilişkisine dair sorunlara yönelik makale ve karar incelemeleri yer almaktadır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Ali Güneren tarafından yazılan “**İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları**” isimli eser Ocak 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, iş kazası ve meslek hastalıklarının konusuna giren uyuşmazlıkların ülkemizdeki sosyal, ekonomik ve özellikle teknolojik gelişmelere paralel olarak artması dolayısıyla bir başvuru kaynağı oluşturması ve uygulamada görülen yanlışlıklar karşısında uyuşmazlıkların çözümüne bir ölçüde katkıda bulunulması amacıyla hazırlanmıştır.

Kitap, Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesinden Kaynaklanan Maddi Tazminat Davaları, Destekten Yoksun Kalma Tazminat Davaları, Ölüm veya Ruhsal Bütünlüğün Zedelenmesinden Kaynaklanan Tazminat Davaları başlıklı üç ayrı kitaptan oluşmuştur.

Eserde her üç tazminat davası, özellikle uygulama yönüyle ele alınmış, uygulayıcılara yararlı olacağı inancıyla usul konularına ayrıca yer verilmiş, gerekli görüldükçe öğretinin görüşüne de değinilmiştir. Başta Hukuk Genel Kurulu ve 21. Hukuk Dairesi kararları olmak üzere örnek nitelikte kararlar ilgili bölümün sonuna konulmuş, kitabın sonuna ise ayrıntılı bir kavram dizini eklenmiştir.



## Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Prim İndirimi Genelgesi Kanunu Aşıyor!

## 1. GİRİŞ

“İstihdam Paketi” adıyla bilinen 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un<sup>1</sup> 24. maddesi ile, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 81. maddesinin birinci fıkrasına (1) bendi eklenmiş ve malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin işveren payında, bazı şartlarla beş puan indirim uygulaması başlatılmıştır.

01.10.2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan söz konusu (1) bendinde şu hüküm yer almaktadır: “Bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin, bu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılabilmesi için, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim

ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermeleri, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı yasal süresinde ödemeleri, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır. Ancak Kuruma olan prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarını 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48. maddesine göre tecil ve taksitlendiren işverenler ile 29.07.2003 tarihli ve 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu’na ve 22.02.2006 tarihli ve 5458 sayılı Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile diğer taksitlendirme ve yapılandırma Kanunlarına göre taksitlendiren ve yapılandıran işverenler bu tecil, taksitlendirme ve yapılandırmaları devam ettiği sürece bu fıkra hükmünden yararlandırılır. Bu

## Kurum, Kanun hükümlerini Genelge ile genişletmekte ve Kanun'a aykırı bir uygulama yapmaktadır.

fıkra hükümleri Kamu idareleri işyerleri ile bu Kanuna göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar ve yurt dışında çalışan sigortalılar hakkında uygulanmaz. Hazinece karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz. Bu fıkıyla düzenlenen destek unsurundan diğer ilgili mevzuat uyarınca ayrıca yararlanmakta olan işverenler aynı dönem için ve mükerrer olarak bu destek unsurundan yararlanamaz. Bu durumda, işverenlerin tercihleri dikkate alınmak suretiyle uygulama, destek unsurlarından sadece biriyle sınırlı olarak yapılır. Bu Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmedeği tespit edilen işverenler bir yıl süreyle bu fıkıyla sağlanan destek unsurlarından yararlanamaz. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir.”

Sosyal Güvenlik Kurumu, 13.11.2008 tarihli ve 2008/93 sayılı Genelge ile indirimden yararlanma esaslarını açıklamıştır. 19.11.2009 tarihli ve 2009/139 sayılı Genelge ile de ilk Genelge'de eksik kalan hususlar ve uygulamada tereddüt yaratan noktalar konusunda açıklamalar yapılmıştır. Ancak Kurum, Kanun hükümlerini Genelge ile genişletmekte ve Kanun'a aykırı bir uygulama yapmaktadır.

### II. BEŞ PUANLIK İNDİRİMDEN YARARLANMA ESASLARI

İşyerinde kayıt dışı olarak sigortasız işçi çalıştırmayan, çalıştırdığı sigortalılara ait prim belgelerini süresi içinde Kurum'a veren, tahakkuk eden sigorta primlerini süresi içinde ödeyen, çalıştırdığı sigortalılardan dolayı SGK'ya borcu bulunmayan ya da varsa borçlarını taksitle ödeme planına bağlayan işverenler beş puanlık prim indirimine hak kazanmaktadırlar. İndirim-

den, sadece uzun vadeli sigorta kollarına tabi bulunan 4/a'lı sigortalıları çalıştıran özel sektör işyeri işverenleri yararlanabileceklerdir<sup>2</sup>.

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin işveren hissesinin beş puanlık kısmının Hazine'ce karşılanabilmesi için, işverenlerin, muaccel sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının bulunmaması gerekmektedir.

Uygulama, işverenin Türkiye genelindeki tüm işyerleri bazında değil, sigorta prim indiriminden yararlanılacak işyeri bazında yapılacaktır. Böylece işveren bir işyeri bakımından indirimden yararlanırken, diğerinde yararlanamıyor olabilir.

İşverenlerin söz konusu sigorta prim indiriminden yararlanabilmeleri için, kapsama giren sigortalılara ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerini 5510 sayılı Kanun türünü seçmek suretiyle yasal süresi içinde Kurum'a göndermeleri gerekmektedir. Tahakkuk eden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin işveren hissesine isabet eden beş puanlık kısmı için Hazine tahakkuku oluşturulacak olup, sigortalı hissesi ile Hazine'ce karşılanmayacak olan işveren hissesi prim tutarlarının tamamının yasal süresi içinde ödenmesi halinde, beş puanlık prim indiriminden yararlanılmış olunacaktır.

Öte yandan, muaccel sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçları bulunan işverenler, bahse konu borçlarının tamamını ödemeleri halinde, söz konusu sigorta prim indiriminden, yasal verilme süresi sona ermemiş ilk aylık prim ve hizmet belgesinden başlanılarak yararlanabileceklerdir.

### III. BİR YIL SÜREYLE BEŞ PUANLIK İNDİRİMDEN YARARLANMANIN YASAKLANMASI VE KANUN HÜKMÜNÜ AŞAN UYGULAMALAR

Kurum uygulamasına göre, SGK müfettişleri veya SGK kontrol memurları tarafından yapılan tespitler veya diğer kamu idarelerinin denetim

## Uygulama, işverenin Türkiye genelindeki tüm işyerleri bazında değil, sigorta prim indiriminden yararlanılacak işyeri bazında yapılacaktır.

elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde ya da bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelere veya mahkeme ilamına istinaden, çalıştırdıkları sigortalıları Kurum'a bildirmedikleri veya prim ödeme gün sayısını ya da prime esas kazanç tutarını eksik bildirdiği tespit edilen işyerlerinden dolayı, işverenler beş puanlık prim indiriminden, bir yıl süreyle yararlanamayacaklardır.

Buna göre, çalıştırılan sigortalıların Kurum'a bildirilmediği ya da prim ödeme gün sayısının veya prime esas kazanç tutarının eksik bildirildiği hususunun,

- Yapılan kontrol ve denetimler sonucunda tespit edilmesi halinde tutanak tarihini,

- Bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden anlaşılması halinde, söz konusu yazıların Kurum'a intikal tarihini,

- Mahkeme ilamı ile karar verilmesi halinde, mahkemenin kesinleşmiş karar tarihini,

izleyen ay başından itibaren bir yıl süreyle işverenler söz konusu indirimden yararlanamayacaktır.

Çalıştırdığı sigortalıları, Kurum'a bildirmediği veya prim ödeme gün sayısını eksik bildirdiği tespit edilen işyerlerinin, tespiti ilişkin tutanağın/bilgi veya belgenin/mahkeme ilamının ilgili Üniteye geç intikal etmesi nedeniyle beş puanlık prim indiriminden yersiz yararlanmış olduklarının anlaşılması halinde, bu aylara ilişkin daha önce Hazine'ce karşılanmış olan tutarlar gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte ilgililerden tahsil edilecektir.

Kurum, işverenin bir yıl süreyle beş puanlık indirimden men edilmesi sadece sigortasız işçi çalıştıran işverenlerle sınırlı tutmayıp, sigorta-

lının gün sayısını ya da kazanç tutarını eksik beyan eden işverenlere de uygulamaktadır ki, bu durum açıkça kanun hükmünü aşmaktadır. Prime esas kazanç kavramını tam ve doğru bilmeyen işveren ya da muhasebe sorumluları yapacakları hesap hatasıyla her an işvereni beş puan indirimden bir yıl boyunca mahrum bırakabilirler.

**Örnek 1:** İşveren 2009/Kasım ayında bayram nedeniyle işçilere ödediği 225 TL'yi 2009/Kasım ayına ilişkin aylık prim ve hizmet belgesinde sigorta primine esas kazançta dahil etmemiş, bu durum 15 Mart 2010 tarihinde SGK müfettişinin yaptığı bir başka soruşturmada saptanmış ve kayıt inceleme tutanağı 15 Mart 2010 tarihinde tutulmuşsa, işveren 1 Nisan 2010 tarihinden itibaren bir yıl boyunca 5 puan indirimden mahrum kalacaktır.

İndirimden mahrum kalmamak için, işyerine ait yasal kayıt ve belgeler SGK müfettişi yada SGK kontrol memuruna teslim edilmeden önce özellikle sigorta primine esas kazanç yönünden incelenmeli, gerekmesi halinde Kurum'a düzeltme beyannameleri (prim hizmet belgesi, işe giriş bildirgesi v.b.) verilmeli, kayıt ve belgeler daha sonra teslim edilmelidir.

**Örnek 2:** İşveren 2009/Kasım ayında bayram nedeniyle işçilere ödediği 500 TL'yi 2009/Kasım ayı prim hizmet belgesinde sigorta primine esas kazançta dahil etmemiş, 1 Mart 2010 tarihinde SGK müfettişi bir başka konu ile ilgili olarak işyerinin kayıt ve belgesini istemiş, işyeri yetkilisi kayıt ve belgeyi teslim etmeden önce yaptığı kontrolde hatayı fark etmiş ve 2009/Kasım ayı için 10 Mart 2010 tarihinde Kurum'a kendiliğinden ek prim ve hizmet belgesi vermiş ve sonrasında işyerine ait kayıtları SGK müfettişine teslim etmiştir. Bu durumda 15 Mart 2010 tarihinde tutulan kayıt inceleme tutanağı öncesi ek prim hizmet belgesi kendiliğinden verildiği için (Tutanak tarihinden en az bir gün önce) işveren beş puan indirimden yararlanmaya devam edecektir<sup>3</sup>.

İşveren primlerine devletin katkıda bulunmasında belirleyici etken olan sigortasız işçi çalıştırmama koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti amacıyla SGK, prim indiriminden yararlanan işverenlerin işyerlerinde örnek-



## Kayıt-dışı istihdamın önemli boyutlarda olduğu ülkemizde teftiş kapsamına alınması gerekenler primlerini düzenli ödeyenler değil, sigortasız işçi çalıştıran işverenler olmalıdırlar.

leme yöntemiyle denetim başlatmıştır. Primini ödemeyen, sigortasız işçi çalıştıran işyerlerinin denetimi dururken, sırf prim indiriminden yararlandı diye sigorta primlerini düzenli ödeyenler, borçlarını ödeme planına bağlayıp ödeme planına sadık kalan işverenler teftiş davetiye çıkarmıştır. Oysa kayıt-dışı istihdamın önemli boyutlarda olduğu ülkemizde teftiş kapsamına alınması gerekenler primlerini düzenli ödeyenler değil, sigortasız işçi çalıştıran işverenler olmalıdırlar. Prim indiriminden yararlananlar harıl harıl denetlenirken, sigortasız işçi çalıştıran, primlerini ödemeyen, borçlarını ödeme planını bağlamayan işverenler denetim kapsamı dışına alınmıştır<sup>4</sup>.

### IV. SONUÇ

Sigorta prim oranlarının yüksekliği ve primlere Devletin katkısının olmaması, öğretide eskiden beri eleştirdiğimiz konulardan biri olmuştur. Kanun koyucunun bu eleştirileri bir ölçüde dikkate alarak sağladığı prim indirimi ve Hazine katkısı elbette önemlidir. Sigorta primlerine Devletin katkıda bulunması, işverenleri primlerini düzenli ödemeye teşvik etmekte, bu yolla SGK'nın prim tahsilatı yükselmektedir. Primlere Devletin katkıda bulunması aynı zamanda primlerini düzenli ödeyen ve geçmiş yıllarda çıkarılan prim gecikme zammının bir kısmının affa uğratılmasına tepki gösteren düzenli prim ödeyen işverenleri ödüllendirici bir fonksiyona sahiptir. Bu nedenle, primlere devletin de katkıda bulunması, istihdamı teşvik edici ve kayıt dışını önleyici etkisi de dikkate alındığında olumlu bir düzenleme olarak nitelendirilmelidir. Ancak uygulamanın Kanun'a uygun biçimde yapılması icap eder.

Kanun hükmüne göre beş puanlık indirim-

den bir yıl süreyle yasaklanma, yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmedeği tespit edilen işverenlerle sınırlı tutulması gerekirken, SGK kanun hükmünü geniş yorumlayarak, sigorta primine esas kazancı eksik bildiren işverenlere de beş puan indirim yasağı getirmektedir. İşçilerine bayramda bayram harçlığı dağıtan işveren, bu harçlıkları sehven sigorta primlerine dahil etmemiş ve sonradan da hatasını fark etmemişse, Kurum'ca sigortasız işçi çalıştırmış muamelesi görmekte, bir yıl süreyle beş puanlık prim indiriminden yararlanması engellenmektedir<sup>5</sup>.

### DİPNOTLAR

- 1 26.05.2008 tarih ve 26887 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa CERİT, "Sigorta Primi İşveren Payında Beş Puanlık İndirim Uygulaması", Mali Çözüm, Sayı: 92 2009, s. 217 vd.
- 3 Bkz. Murat GÖKTAŞ, "5 Puanlık Prim İndiriminin Başlangıcı", Yaklaşım Ocak 2010, Sayı: 205.
- 4 Yunus Emre IŞIK, "İşverenler, Dikkat: SGK'ya Düzenli Prim Ödemek Teftiş Davetiye Çıkarır", www. anayurtgazetesi. com, 20 Aralık 2009.
- 5 Yunus Emre IŞIK, "SGK 5 Puanlık Prim İndiriminden Yararlanılmasını İstemiyor", www.anayurtgazetesi. com, 31 Ocak 2010.

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## 5510 Sayılı Kanun Karşısında İlave Tediye-lerden Sosyal Sigorta Primi Kesilemeyeceğine İlişkin Kuralın Yürürlükte Olduğu Söylenebilir Mi?

Son dönemde 6772 sayılı Kanun gereği, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçiler için ödenen ilave tediye-lerin sigorta primine esas kazanç kapsamında olup olmadığı, söz konusu kazançtan sigorta primi kesilip kesilemeyeceği yolunda tartışmalar yaşanmaktadır. Bize göre, 5510 sayılı Kanunun açık hükmü çerçevesinde ilgili hüküm yürürlükten kaldırılmış ise de<sup>1</sup>, internette yer alan bazı forumlarda<sup>2</sup> ve bir kısım sendikaların elektronik sayfalarında<sup>3</sup> konu tartışılmaktadır. Yine aksi yönde bazı yerel mahkeme kararların var olduğu da söylenmektedir. İşte bu çalışmanın amacı bahsi geçen tartışmayı ortaya koymaktır.

Söz konusu incelemeye geçmeden önce bir kanunun nasıl yürürlükten kaldırılacağı hususunu genel hatlarıyla hatırlatmakta fayda vardır.

**I.** Bir kanunun yürürlükten kaldırılması meselesi (eski ifadesiyle ilga) yine bir kanun hükmü ile olabileceği gibi, bir mahkeme kararı ile de olabilmektedir. Bir başka ifadeyle, kanunun yürürlükten kaldırılması, ya yasama

organı tarafından ya da yargı yolu ile gerçekleştirilmektedir. Şüphesiz yargı yolu Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kuralı, Anayasa'ya aykırı bulması şeklinde karşımıza çıkar ki, bu bizim inceleme alanımıza girmemektedir.

Dolayısıyla bir kanun hükmü, yine bir kanun (veya eş değer düzenlemeler ile- kanun hükmünde kararname gibi) yürürlükten kaldırılabilir. Yürürlükten kaldırma *açık* (sarih) bir biçimde olabileceği gibi, *örtülü* (kapalı-zımnî) bir biçimde de olabilir.

Yürürlükte olan kanunlar daha sonra çıkarılan başka bir kanunla açık olarak yürürlükten kaldırılabilirler. Bu gibi durumlarda daha sonra çıkarılan bir kanunda yer alan hüküm kaldırılan kanunları açıkça belirtir. Örneğin 22.11.2001 t. ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.1028'e göre, "17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi yürürlükten kaldırılmıştır". Böylece sonraki 4721 sayılı Kanun, önceki 743 sayılı Medeni Kanunu yürürlükten kaldırmıştır.

Bazen de, bir Kanun önceki kanunda yer alan bir kısım maddeleri yürürlükten kaldır-

bilir. Nitekim, 4857 sayılı İş K.m.120'ye göre, "25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır". Yine 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Yürürlükten Kaldırılan Kanunlar üst başlığını taşıyan 106. maddesi de 27 bent halinde yürürlükten kaldırılan kanunları veya kanun maddelerini belirtmiştir. Bahsi geçen örneklerde, sonraki kanunla yürürlükten kaldırılan kanun veya belli bir kanunda yer alan bazı hükümlerin açık olarak yürürlükten kaldırılması, yani "açık-sarih ilga" söz konusudur.

Bununla birlikte sonraki kanunda yer alan kuralın önceki düzenlemeleri yürürlükten kaldırdığı bu kadar açık bir biçimde ifade edilebilir. "Bu kanuna aykırı hükümler yürürlükten kaldırılmıştır (mülgadır)" gibi genel bir ifade de kullanılabilir. Böylelikle sonraki kanunda yer alan bu hükmün içeriğini doldurmak, başka bir deyişle kaldırılan hükümleri tespit etmek; öğreti ve daha ziyade yargı organları tarafından yapılır. Belli bir kanunun bahsi geçen hükümlerinin bu şekilde yürürlükten kaldırılması "örtülüzimnî ilga" olarak adlandırılır. Zimnî yürürlükten kaldırmada kanun koyucu, yürürlükten kaldırma hususunda suskun kalmaktadır. Ancak, kanun koyucunun çıkarmış olduğu kanun daha önceden çıkartılmış olan kanunlarda yer alan hükümlerle çelişen hükümler ihtiva etmektedir. Bu halde hangi kanunun uygulanacağı hususunda, birbiriyle çatışan kanunların niteliklerine göre dört farklı ihtimal ortaya çıkmaktadır<sup>4</sup>:

**(a)** Birbiriyle çatışan kanunlardan önceki kanun genel, sonraki kanun da genel nitelikli ise, *Lex Posterior* ilkesi gereği, sonraki genel kanunda yer alan hüküm önceki genel kanunda yer alan hükümü yürürlükten kaldırmış kabul edilir.

**(b)** Birbiriyle çatışan kanunlardan önceki kanun özel, sonraki kanun da özel nitelikli ise, *Lex Posterior* ilkesi gereği, sonraki özel kanunda yer alan hüküm önceki özel kanunda yer alan hükümü yürürlükten kaldırmış kabul edilir.

**(c)** Birbiriyle çatışan kanunlardan önceki kanun genel, sonraki kanun özel nitelikli ise, *Lex Posterior* ilkesi gereği, sonraki özel kanunda yer alan hüküm önceki genel kanunda yer alan hükümü yürürlükten kaldırmış kabul edilir.

**(d)** Birbiriyle çatışan kanunlardan önceki kanun özel, sonraki kanun genel nitelikli ise, *Lex Specialis* ilkesi gereği, kural olarak, önceki özel kanunda yer alan hüküm sonraki genel kanunda yer alan hükümü yürürlükten kaldırmış kabul edilir. Fakat bu ilkenin her durumda uygulanması mümkün değildir. Kanun koyucunun iradesine ve kanunun koruduğu menfaate bakılır.

**II.** Bu genel açıklamalardan sonra, konu olaya ilişkin iki ayrı hüküm bulunmaktadır.

4.7.1956 t. ve 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 Sayılı Kanunla 6212 Sayılı Kanunun 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçiler için ilave tediye ödenmesini emretmektedir. Ayrıca, yine Kanun yapılan bu ödemenin sigorta primine esas kazançta dikkate alınmaması gerektiğini de düzenlemiştir. Gerçekten 6772 sayılı Kanun m.1'e göre, "Umumi, mülbak ve hususi bütçeli dairelerle mütedavil sermayeli müesseseler, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlarla belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, 3460 ve 3659 sayılı kanunların şümulüne giren İktisadi Devlet Teşekkülleri ve diğer bilcümle kurum, banka, ortaklık ve müesseselerinde müstahdem olanlardan İş Kanununun şümulüne giren veya girmiyen yerlerde çalışmakta olan ve İş Kanununun muaddel birinci maddesindeki tarife göre işçi vasfında olan kimselere, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında ilave tediye yapılır". Yine Kanun m.4/2'ye göre de, "Aylık istihkakların hesabında fazla mesai, evlilik, çocuk zamları veya primleri, aynı yardımlar, hafta ve genel tatil ücretleri gibi esas ücrete munzam tediyeler nazarı itibara alınmaz. Bu tediyelerden çeşitli işçi sigortalarının icabettirdiği primler kesilmez ve bu paralar borç için haczedilemez".

Bununla birlikte 31.5.2006 t. ve 5510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 80'de prime esas kazançları belirlemiştir. Gerçekten, Kanun m.80'e göre, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi 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 istibkaktan 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, ibbar 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 tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz... ”.

Bu şekilde kanun koyucu, diğer kanunlarda prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnaların 5510 sayılı Kanun uygulanmasında dikkate alınmayacağını hüküm altına almaktadır.

Uygulamayı belirlemek açısından Sosyal Güvenlik Kurumu bir de Tebliğ yayınlamıştır. 5510 Sayılı Kanununun 4 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri Kapsamındaki Sigortalılar ile Sadece Genel Sağlık Sigortasına Tabi Sigortalıların Prime Esas Tutulacak Kazançlarına Dair Tebliğ'in (28.9.2008 t. ve 27011 sayılı RG.) Kanunda İstisna Olarak Sayılmayan Diğer Ödemeler başlığını taşıyan 2.1.6. maddesine göre, “5510 sayılı Kanunun

80. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, (b) bendinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın, tüm ödemelerin prime tabi tutulacağı ve diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnaların bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacağı, öngörülmüştür. Bu bakımdan, sigortalıların yakacak, temizlik, aydınlatma ve benzeri nitelikteki giderleri için yabut tabsil veya mesken yardımı gibi kanunda ismen sayılmayan nedenlerle yapılan ödemeler, ödemenin yapıldığı aydaki prime esas kazançta dahil edilecektir.

Öte yandan, Kanundaki bu hükme istinaden, 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 Sayılı Kanunla 6212 Sayılı Kanunun 2. Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanuna istinaden ödenmekte olan ikramiyeler ile ilave tediye prime tabi tutulacağı gibi, 4857 sayılı Kanunun 61. maddesindeki istisnai hüküm üzerinde durulmaksızın hak kazanıldığı halde kullanılmayan yıllık izin süresi için ödenecek ücretlerden de kısa vadeli sigorta kolları primi kesilecektir”.

Buna göre, cevaplanması gereken soru şudur: 5510 sayılı Kanunda öngörülen istisnalar dışında kalan tüm ödemelerin prime tabi tutulması ve bu anlamda diğer kanunlarda istisna niteliğinde yer alan hükümlerin uygulanmaması gerektiğine ilişkin hüküm, 6772 sayılı Kanun kapsamında ilave tediylere de içermekte midir?

Hiç şüphesiz artık 5510 sayılı Kanun m.80/1 c gereği, diğer kanunlarda yer alan aksi hükümler geçerliliğini yitirmiştir. Hal böyle olunca 6772 sayılı Kanun düzenlemesinin özel hüküm niteliğinden bahsedilerek, 5510 sayılı Kanunun uygulanamayacağından söz edilemez. Bir başka ifadeyle, 6772 sayılı Kanun m.4/2 yürürlükten kaldırılmıştır. Burada kanun koyucu genel-özel kanun ayırımını dikkate almaksızın mevzuatta yer alan tüm düzenlemelerin ortadan kaldırıldığını çok açık olarak ortaya koymuştur.

Bununla birlikte yukarıda da izah ettiğimiz gibi ilave tediylere prim kesilmemesi gerektiğine dair yapılan tartışmalarda İzmir 2. İş Mahkemesi'nin kararından da bahsedilmekte-



dir<sup>5</sup>. Bu kararda 2009 Ocak ayında yapılan ilave tediyelerden yapılan sigorta prim kesintisine ilişkin açılan davada İzmir 2. İş Mahkemesi Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararını da emsal göstererek, ilave tediyelerden sigorta primi kesilmeyeceğine hükmetmiştir. Belirtelim ki, söz konusu karar, miktar nedeniyle temyize kapalı olup, kesin niteliktedir.

İlave tediye prim kesilmemesi noktasında, her ne kadar İzmir 2. İş Mahkemesi'nin ilgili kararından bahsedilmekte ise de, bir kere, sigorta primine esas kazanç açısından dikkate alınan 2009 Ocak ayı ödemesinin kural olarak 2008 yılına ait olduğu karar metninden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanun, kural olarak geçmişe yürümeyeceğinden 1 Ekim 2008 tarihinden sonrası için uygulama alanına sahiptir. Bununla birlikte bahsi geçen mahkeme kararında bu hususa ilişkin bir tartışmaya yer verilmemiştir. Konu, 5510 sayılı Kanun dönemini ilgilendirir gibi hüküm tesis edilmiştir. Ayrıca, İzmir 2. İş Mahkemesi'nin kararında davacı talebi açısından Bandırma Asliye Hukuk Mahkemesi'nin bir kararının bulunduğu, bu kararın gerekçesinin de genel kanun, özel kanun olduğu belirtilmektedir. Nitekim İzmir Mahkemesi de aynı gerekçeye dayanarak, fakat Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 9.2.2009 tarihli kararını emsal göstererek hüküm tesis etmiştir<sup>6</sup>.

Hemen ifade edelim ki, İzmir Mahkemesi'nin dayanak yaptığı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararı olaya uygulanmaktan uzaktır. Bir kere, burada konu uyuşmazlık davalı Üniversitede çalışan bir işçinin 6772 sayılı Kanun kapsamında ilave tediye yararlanıp yararlanamayacağına ilişkindir. Burada Yargıtay, davalı üniversitenin 6772 sayılı Kanun kapsamına girdiği ve burada çalışanlara da ilave tediye ödenmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur. Kararda, yer alan ilave tediye sigorta primi kesilmeyeceğine ilişkin cümle ise, 6772 sayılı Kanun m.4/2'de yer alan düzenlemenin metne alınmasından ibarettir. Yargıtay kararında ilave tediye kapsamı ve ne anlama geldiği açıklanırken, ilgili kanun metni verilmiştir. Ancak bu metinde yer alan "sigorta primi kesilmeyeceğine ilişkin hüküm" üzerinde bir değerlendirme yapılmamıştır. Bir başka ifadeyle, konu uyuşmazlık her şeyden önce ilave

tediyeden prim kesilip kesilmeyeceğine ilişkin değildir. Sonra karar metninde geçen ifade, kanun hükmünün tekrarından ibarettir. Dolayısıyla emsallik niteliği taşımaz.

Esasa ilişkin olarak burada genel kanun – özel kanun eşleşmesinde her ne kadar 6772 sayılı Kanun belki özel düzenleme olarak ilave tediye prim kesilmeyeceğini öngörse de, 5510 sayılı Kanunun açık hükmü gereğince, bunlardan prim kesilmesi gereklidir. Zira kanun koyucunun iradesi ve hükmün koruduğu menfaat bu yöndedir.

5510 sayılı Kanun m.80/1 c de yer alan "*Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz*", kuralı, 6772 sayılı Kanunun ilgili hükmünün uygulanamayacağını düzenlemiştir. Böylelikle, 5510 sayılı Kanundaki bu kurala aykırı her düzenleme, artık yürürlükten kaldırılmıştır.

Aslında primlere ilişkin 80. maddede bu yönde açık bir kural olmasaydı da, Kanun m.105'te yer alan düzenlemeden de benzer bir sonuç çıkarılabilirdi. Uygulanmayacak Hükümler üst başlığını taşıyan 5510 sayılı Kanun m.105'e göre de, "*21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi, 26/10/1990 tarihli ve 3671 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi ile 10/7/1987 tarihli ve 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5 inci maddesinin onbirinci fıkrası hariç olmak üzere, diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz*". Burada yer alan kural, mevzuatta diğer kanunlarda yer alan aksi her hükmün artık uygulamayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu ikinci bir kez de, sosyal güvenlik ile ilgili diğer kanunlardaki hükümlerin uygulanamayacağını ifade etmektedir. Bu primlere ilişkin de sonuçlar doğurur.

**III.** 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde Yargıtay, 6772 sayılı Kanunun 506 sayılı Kanun karşısında özel bir düzenleme getirdiği görüşündeydi. Şöyle ki, "*Davacıya ikramiyenin 6772 sayılı yasa ile ödendiği mahkemece de kabul edilmiştir. Gerçi 506 sayılı sosyal sigortalar kanununun 77'nci maddesinin ilk fıkrasının (b) bendi gereğince ikramiyeler dahi prime esas alınacak ücretler çevresine dabilirdir. Ne var ki*

6272 sayılı kanunun 4 nci maddesinin 2. Fıkrası hükmüne göre bu ödemelerden prim kesilmez. Anılan hüküm , özel hüküm niteliğini taşıdığı için sosyal sigortalar kanununun 77'nci maddesi ile zımnen ortadan kaldırıldığı da düşünülemez. Öbür yandan, primi ödenmeyen ücretlerin ödenek ve gelirlere esas tutulacak günlük kazançta dahil bulunmadıkları yönü Sosyal Sigortalar Kanununun 88'nci maddesinin açık hükmü gereğidir<sup>8</sup>. Belirtelim ki, bu görüş 506 sayılı Kanunun 77. Maddesinde 29.7.2003 t. ve 4958 sayılı Kanun m.36 ile değişiklik yapılmadan önce oluşturulmuştur. 4958 sayılı Kanun ile ilgili fıkra "Bunların dışında her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılınsın tüm ödemeler prime tabi tutulur" kuralı getirilmiştir. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m.77/2'de yer alan düzenleme de şöyledir: "Şu kadar ki, ölüm, doğum ve evlenme yardımları, yolluklar, kıdem, ihbar ve kasa tazminatları, aynî yardımlar ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca miktarları yıllar itibariyle belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, sigorta primlerinin hesabına esas tutulacak kazançların aylık tutarının tespitinde nazara alınmaz. Bunların dışında her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılınsın tüm ödemeler prime tabi tutulur". Bu kural ile 5510 sayılı Kanun hükmü arasında önemli farklılık bulunmaktadır. Zira, 506 sayılı Kanunda belirtilenler dışında kalan kazançların prime tabi olmadığı vurgulanırken, 5510 sayılı Kanun açık bir biçimde diğer kanunlarda aleyhe olan düzenlemelerin de geçerli olmadığını belirlemiştir. Bu husus da, artık durumun 506 sayılı Kanun uygulamasından farklı olması gerekliliğini haklı olarak ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, 5510 sayılı Kanunun prime esas kazanç açısından Kanunda belirtilen istisnalar dışında kalan her türlü ödemenin prime tabi olduğu, bu yönde mevzuattaki aksi düzenlemelerin de geçerli olmadığı (Kanun m.80/1 c) ve çatışma durumunda yine Kanun m.105'te sayılan istisna üç kanun hükmü dışında artık çelişkili durumlarda da 5510 sayılı Kanunun uygulanması zorunluluğundan hareketle, 6772 sayılı Kanun m.4/2'de yer alan ilave tediyeyle sigorta primi kesilemeyeceğine ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Bir başka ifadeyle,

le, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla, ilave tediyeyle elde edilen kazançlar, sigorta primine tabi kazanç olarak değerlendirilmelidir.

## DİPNOTLAR

- 1 Öğretide de, 6772 sayılı Kanun gereği ödenen primlerden sigorta primi kesilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. B., İstanbul 2009, s.233; TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2.B., İstanbul 2009, s.139; ŞAKAR, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9.B., İstanbul 2009, s.157.
- 2 Bkz.<http://www.hukuki.net/showthread.php?t=55307>, <http://www.hukuki.net/archive/index.php?t-31950.html> <http://aygunundunyasi.blogcu.com/ilave-tediye-ve-ikramiyeden-sgk-primi-kesintisi-yapilamaz/6984242>; <http://forum.memurlar.net/topic.aspx?id=855517> (28.02.2010).
- 3 Bkz. <http://www.ormanis.org.tr/template.asp?articleid=2317&zoneid=39>; <http://www.ozorman-is.org.tr/haberler.asp?id=68> (28.02.2010).
- 4 Geniş bilgi için bkz. YALMAN, Süleyman, editör, Hukuka Giriş, Konya 2005, s.59 vd.
- 5 Karar metni için bkz. <http://www.ormanis.org.tr/template.asp?articleid=2317&zoneid=39> (28.02.2010).
- 6 "Sonuç itibari ile 6772 sayılı yasanın kapsam bakımından, devlet tarafından yasa ve yasanın verdiği yetki ile idari işlemle kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan kamu tüzel kişilikleri ve bunlara bağlı kuruluşlarda iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacağı görülmektedir. Davalı Üniversitenin Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kanunla kurulduğu, devlet bağlı kuruluş olduğu ve bütçeden pay aldığı, özel bütçeli idare olduğu sabittir. Nitekim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'nun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında davalı üniversite de sayılmıştır. Davalı üniversite 6772 sayılı yasa kapsamında kalan bir kuruluştur. Bu işyerinde iş sözleşmesi ile çalışan davacı işçinin ilave tediye alacağından yararlandırılması gerekir. Davacı işçinin ilave tediye alacağı yukarıda belirtilen açıklamalar kapsamında belirlenmeli, hesap bilirkişisinden rapor alınmalı ve bir değerlendirmeye tabi tutularak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde istemin reddi hatalıdır", Yarg.9.HD., 9.2.2009 t. ve 2008/33967, 200901799, karar metni için bkz. <http://www.ormanis.org.tr/template.asp?articleid=2317&zoneid=39> (28.02.2010).
- 7 Uygulanmayacak hükümler konusunda geniş bilgi için bkz. UŞAN, M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2.B., Ankara 2009, s.49.
- 8 Yarg 10. HD, 30.01.1975 t. ve 6194/478, ÇENBERCİ, Mustafa, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, s.444.

# YENİ YAYINLAR



Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyeliği yapmış olan ve halen akademisyenliğini sürdüren, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Üyesi Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY'ın “**İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku**” kitabının genişletilmiş 2. baskısı yayımlanmıştır.

İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve İlgili Mevzuat olarak üç ayrı kitaptan oluşan eserde, Yargıtay 9., 10. ve 21. Hukuk Dairelerinin ve Danıştay'ın ilgili dairelerinin vermiş olduğu son kararlar ile yeni iş ve sosyal güvenlik mevzuatına yer verilmiştir.

Eserin ilk bölümü olan birinci kitap “İş Hukuku” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde önce iş yargısı açıklanmış daha sonra Ferdi İş Hukuku ve Toplu İş Hukuku anlatılmıştır. Bireysel İş Hukuku bölümüne, 4857 sayılı İş Kanunu'nda 5538, 5754 ve 5763 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler işlenmiştir. İkinci bölüm olan ikinci kitap ise “Sosyal Güvenlik

Hukuku” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde ise, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası çerçevesinde sosyal güvenlik hukukuna yer verilmiştir. Söz konusu bölümde uygulayıcılara ışık tutmak amacıyla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'na göre uygulama bir sistematik içinde sunulmuştur.

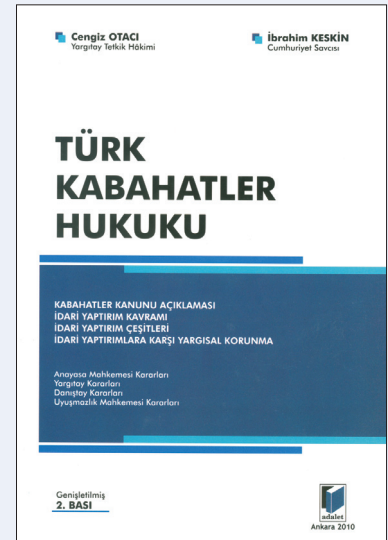
Kitabın son bölümü olan “İlgili Mevzuat” başlıklı üçüncü kitapta ise, çalışma mevzuatındaki kanunlara, bazı kanunların gerekçelerine ve mülga yasaların yürürlükte olan maddelerine yer verilmiştir.

Hakim Cengiz OTACI tarafından hazırlanan “**Türk Kabahatler Hukuku**” adlı eser, Cumhuriyet Savcısı İbrahim KESKİN'in katkılarıyla genişletilmiş ve kitabın ikinci baskısı Ocak 2010'da yayımlanmıştır.

Avrupa Birliği Müktesebatına uyum sürecinin de hızlandırmasıyla yargı üzerine düşen yükün azaltılması amacıyla önceden ceza hukukunun bir parçası olarak düzenlenip yaptırımı da ceza yargısı içinde gösterilen kabahat türünden basit suçlar idari yaptırımı tabi tutulmuş ve Kabahatler Kanunu yayımlanmıştır. 2005 yılında yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu, çalışma hayatını da yakından ilgilendirmektedir.

Kitabın temel amacı, idari yaptırım kavramından hareketle 5236 sayılı Kabahatler Kanunu'nun sistematik açıklaması, bu bağlamda idari yaptırımlara hakim olan genel ilkelerin belirlenmesi, yaptırımı karar verme sürecinde yaşanacak sorunlar üzerinde uygulayıcılara ışık tutması, bu kararlara karşı başvurulacak yargısal koruma yollarının gösterilmesi olarak belirtilmektedir.

Türk Kabahatler Hukuku kitabı, Kabahatler Kanunu'nun açıklaması, idari yaptırım kavramı, idari yaptırım çeşitleri, idari yaptırımlara karşı izlenecek yargısal koruma konularını içermektedir. Eserde ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararlarına, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına da yer verilmiştir.



Dr. Saim OCAK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Sözleşmesiyle Çalışanların Ücretsiz İzinde Sağlık Hizmetlerinden Yararlanması

## 1. GİRİŞ

Sosyal güvenlik alanında yıllardır yaşanan sorunlar karşısında sosyal güvenlik sistemimizde reform yapma ve yeniden yapılandırma ihtiyacı doğmuştur. İşte belirtilen ihtiyacı karşılamak ve sosyal güvenlik alanındaki sorunları gidermek amacıyla başlatılan reform sürecinde, diğer hususların yanı sıra, özellikle sosyal sigorta hak ve yükümlülükler bakımından norm ve standart birliğinin sağlanması amacıyla, 2006 yılında hazırlanan 5510 sayılı Kanun<sup>1</sup> 2008 yılında yürürlüğe konulmuştur<sup>2</sup>. Sözü edilen Kanunla, diğer birçok alanda olduğu gibi, çalışma konumuzla bağlantılı olarak sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından da genel sağlık sigortasına ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir. İşte sözü edilen düzenlemelerden bir kısmı, çalışmamızı doğrudan ilgilendirmektedir.

Bilindiği gibi, genel sağlık sigortasından sağlanan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak için, kural olarak, genel sağlık si-

gortasının kapsamında sayılma ve prim ödeme (gün sayısı) koşulu başta olmak üzere; bildirim, tescil, başvuru, aktivasyon, sevk zincirine uyma, katılım payı ve ilave ücret ödeme gibi birçok koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bununla birlikte bazı istisnai hallerde, belirtilen koşulların tamamının gerçekleşmesi aranmamakta, bunlardan bazılarının varlığı yeterli görülmektedir.

Çalışmamızda, çalışmamızın konusu, amacı ve kapsamı nedeniyle, 5510 sayılı Kanunun m. 4/I, (a) bent kapsamında hizmet akdi (iş sözleşmesi) ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan ve Kanunun m. 60/I, (a-1) hükmünde genel sağlık sigortalısı<sup>3</sup> sayılan kişilerin<sup>4</sup>, ücretsiz izin süresi içinde genel sağlık sigortasından sağlanan sağlık hizmetlerinden<sup>5</sup> ve diğer haklardan yararlanması için gerekli olan koşullardan sadece prim koşulu ve bununla ilgili diğer hususlar incelenecektir. Bu incelemeler, konuyla ilgili düzenlemeler ve özellikle Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2009/155 sayılı Genelgesindeki<sup>6</sup> hükümler değerlendirilerek



yapılacaktır. Burada, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, sağlık hizmetlerinden yararlanılması için gerekli olan prim koşuluna yer verildikten sonra, ücretsiz izinde sağlık hizmetlerinden yararlanılmasına ilişkin hususlar, Kurumun konuyla ilgili Genelgesinde yer alan hükümlerle birlikte değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## II. GENEL OLARAK SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMA

Bilindiği üzere, genel sağlık sigortasından sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için her şeyden önce, 5510 sayılı Kanun kapsamında genel sağlık sigortalısı veya bu kişilerin bakmakla yükümlü olduğu kişi olunması gerekmektedir. Öte yandan, Kanunun 67. maddesi uyarınca, sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için; Kanunun 60. maddesinin birinci fıkrasının (c)<sup>7</sup> ve (f)<sup>8</sup> bentleri hariç diğer bentleri gereği genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması gerekmektedir (m. 67/I, a)<sup>9</sup>. Sözü edilen düzenleme sigortalılığın devam ettiği süre içerisinde uygulanmaktadır. Sigortalılığın sona erdiği dönemden sonra ise farklı kurallar uygulanmaktadır. Bu hususlar, çalışmamızla doğrudan ilgili olup aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Kanunun 67. maddesine göre, Kanunun m. 4/I, (a) hükmü kapsamında sigortalı olanların ve dolayısıyla iş sözleşmesiyle çalışan sigortalılar ile bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için kural olarak, sağlık hizmeti sunucusuna başvurdukları tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması<sup>10</sup> gerekmektedir<sup>11</sup>. Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2009/155 sayılı Genelgesinde, sözü edilen hükmün ücretsiz izin sürelerinde uygulanması bakımından, tartışmaya neden olacak farklı düzenlemeler getirilmiştir.

## III. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU'NUN 2009/155 SAYILI GENELGESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1. Genel Olarak

Sosyal Güvenlik Kurumunun 2009/155 sayılı Genelgesinde ücretsiz izinde sağlık hizmetlerinden yararlanılması konusunda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Genelgede, "Kamu idarelerine ait işyerlerinde çalıştırılan ve iş sözleşmelerinin askıda kaldığı sürelerle ilişkin genel sağlık sigortası primleri ilgili kamu idaresince ödenen sigortalılar hariç olmak üzere, ücretsiz izne ayrılarak hizmet akdi askıya alınan ve ay içinde sıfır gün ve kazanç bildirilen sigortalılar ile bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilerin sağlık yardımlarından yararlandırılması konusunda aşağıdaki açıklamalar doğrultusunda işlem yapılması gerekmektedir." denilmektedir. Ayrıca Genelgede, hizmet akdiyle çalışan sigortalıların sigortalılıklarının sona ermesi ve genel sağlık sigortasından yararlanmalarıyla ilgili olarak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 9. ve 61. maddelerinde<sup>12</sup> düzenlemeler bulunduğu, Kanunun 86. maddesinde ise ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların, otuz günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine ekleneceğinin öngörüldüğü, otuz günden az çalışılan sürelerle ilişkin eksik gün nedenleri, Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin "g.1-Eksik gün nedenlerinin bildirilmesi" başlıklı bölümünde açıklandığı ifade edilmiştir<sup>13</sup>.

Genelgede belirtilen düzenlemelerin devamında, ücretsiz izin süreleri Kanununda düzenlenen ve düzenlemeyen ücretsiz izin süreleri şeklinde ikiye ayrılarak, belirtilen sürelerde sağlık hizmetlerinden yararlanma farklı hükümlere tabi tutulmuştur. Belirtilen düzenlemeleri ayrı başlıklar altında değerlendirmek yerinde olacaktır.

## 2. Hukuki Nitelendirme Bakımından

Genelgede, sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından ücretsiz izin sürelerinin iki farklı şekilde nitelendirildiği görülmektedir. Genelgede yer alan konuyla ilgili düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır; "...4857 sayılı İş Kanununun 56 ncı maddesinde, yıllık ücretli izinlerini işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren tarafından toplam dört güne kadar ücretsiz izin verileceği, 74 üncü maddesinde ise isteği halinde doğum yapan kadın işçiye, onaltı veya onsekiz haftalık sürenin tamamlanmasından sonra altı aya kadar ücretsiz izin verileceği öngörülmüş ve Kanunda bu sürelerin haricinde ücretsiz izin düzenlenmesine yer verilmemiştir.

Bu nedenle, 4857 sayılı İş Kanununda sayılan haller haricindeki ücretsiz izin süreleri geçerli sayılmadığından 5510 sayılı Kanun uyarınca sigortalılık niteliği yitirilmiş olmaktadır."

Görüldüğü üzere ücretsiz izin süreleri Genelge hükmünde, Kanunda düzenlenip düzenlenmemesine göre farklı şekilde nitelendirilmektedir. Ayrıca Genelgede, belirtilen nitelendirmeye bağlı olarak da sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından farklı uygulamalara neden olacak düzenlemelere yer verilmektedir. Ücretsiz izinlerin sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından bu şekilde nitelendirilmesi ve farklı hükümlere tabi tutulması isabetli kabul edilemez. Öte yandan Genelgede yer alan, 4857 sayılı İş Kanununda sayılan haller haricindeki ücretsiz izin sürelerinin geçerli sayılmadığı, bu tür durumlarda 5510 sayılı Kanuna göre sigortalılık niteliği yi-

**Kanunda öngörülen hallerin dışında, tarafların anlaşmasıyla ücretsiz izne çıkılması halinde sigortalılığın sona ermiş olacağı yönündeki Genelge hükmü yerinde değildir.**

tirilmiş olacağı yönündeki düzenleme de yerinde olmamıştır.

Bilindiği gibi, Kanunda açıkça düzenlenen veya iş sözleşmesinin taraflarının anlaşmasıyla uygulamaya koyulan ücretsiz izin sürelerinde sözleşme ve dolayısıyla sigorta ilişkisi varlığını sürdürmektedir. Zira, Kanunda öngörülün veya öngörülmesin ücretsiz izin süreleri içerisinde iş sözleşmesi sona ermemekte, askıda kalmaktadır<sup>14</sup>. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 506 sayılı Kanun döneminde verilen ve uygulanmakta olan 5510 sayılı Kanun döneminde de geçerliliğini koruyacak olan bir kararında şu hususlara yer verilmiştir: "506 sayılı Kanunda ücretli veya ücretsiz izin konusu düzenlenmemiş ise de anılan Yasanın 107/2. maddesi sigortalıya ücretsiz izin verilebileceğini belirtmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda sözleşme serbestisi kuralına göre işveren ile işçi ücretsiz izin sözleşmesi yapabilirler ve böyle bir sözleşmenin yasaya ve hukuka aykırı olduğu söylenebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılmaması ve ekonomik kriz geçtikten sonra sigortalının tekrar işe alınması koşuluyla tarafların müşterek iradeleriyle kararlaştırılan ücretsiz izin süresince hizmet akdi askıda kalır."<sup>15</sup> Dolayısıyla, Kanunda öngörülmeyen ve taraflarının anlaşmasıyla uygulanan ücretsiz izin süreleri içerisinde, iş sözleşmesi ve sigortalılık ilişkisi sona ermeyip, varlığını sürdürmektedir. Zira, ücretsiz izin döneminde tarafların iş görme ve ücret ödeme gibi bazı borçları askıya alınmakla birlikte, diğer bazı borçları varlığını korumaktadır. Örneğin, ücretsiz izin döneminde iş sözleşmesi devam ettiğinden, işçinin işverene karşı sadakat borcu ve bu kapsamda sır saklama ve rekabet etmeme gibi borçları varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla, Kanunda öngörülen hallerin dışında, tarafların anlaşmasıyla ücretsiz izne çıkılması halinde sigortalılığın sona ermiş olacağı yönündeki Genelge hükmü yerinde değildir.

Ayrıca vurgulamak gerekir ki, Genelgede konunun esasına ilişkin olarak getirilen düzenlemelerde de bu husus kabul edilmiş olmaktadır. Bu bağlamda Genelgede, "...Bu itibarla, aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı eksik gün nedeni hanesine, "02 Ücretsiz/aylıksız

izin” kodu kaydedilmesi halinde...İşten çıkış kaydı verilmemiş olmasına rağmen, ücretsiz izin sürelerinin İş Kanununda sayılan halleri kapsamaması durumunda ise “0” gün ve kazanç bildirilen sigortalılar sağlık yardımlarından yararlanamayacaktır.” denilmektedir. Anılan hükmünde Genelgenin yukarıda belirttiğimiz hükmünden farklı bir esasa yer verilmiş olup, bu yönüyle Genelgedeki düzenlemelerin birbirleriyle çeliştiği açık bir şekilde görülmektedir. Zira anılan düzenlemeyle, Genelgenin incelediğimiz diğer hükmünden farklı olarak, Kanunda öngörülme- yen ve tarafların anlaşmasıyla uygulamaya konulan ücretsiz izin döneminde işten çıkış kaydının verilmediği, iş sözleşmesinin ve dolayısıyla da sigortalılığın sona ermemiş olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle Genelgedeki diğer düzenlemelerle, Kanunda öngörülme- yen ücretsiz izin uygulamalarında sigortalılığın sona ermiş olduğu yönündeki düzenlemenin ve dolayısıyla buna dayanılarak belirtilen dönemde sağlık hizmetlerinden yararlanmanın farklı koşullara bağlanmasının yerinde olmadığı söylenebilecektir.

Genelgede, Kanunda öngörülen ücretsiz izinlerin dışındaki diğer ücretsiz izinlerde, genel sağlık sigortalısı ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişiler hakkında genel sağlık sigortasından yararlanma bakımından, Kanunun m. 60/I, (g) ve m. 60/I, (c-1) hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir. Aşağıda inceleneceği üzere, Kanunun m. 60/I, (c-1) hükmünde, 60. maddenin (a) ve (b) bentlerine göre genel sağlık sigortasının kapsamına girmeyenlerin, Kanunun m. 60/I, (g) hükmünde ise, 60. maddedeki diğer düzenlemelere göre genel sağlık sigortasının kapsamına girmeyen ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşların belirli koşul ve ölçüler uygulanarak genel sağlık sigortalısı olduğu düzenlenmektedir. Kanunda öngörülen hallerin dışında, tarafların anlaşmasıyla uygulanan ücretsiz izin sürelerinde, sigortalılığın sona ermemesine ve genel sağlık sigortasının kapsamı dışına çıkılmamasına rağmen, Genelgedeki düzenlemelerle belirtilen sürelerde sigortalılığın sona erdiği ileri sürülerek, isabetsiz bir şekilde, ücretsiz izne çıkanlar ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişiler

Kanunun m. 60/I, (g) ve m. 60/I, (c-1) hükümlerine tabi tutulmaktadır.<sup>16</sup> Elbette, böyle bir düzenlemenin isabetli olduğu söylenemez.

Belirtilen nedenlerle, Genelgenin konuyu düzenleyen ve hukuki bakımdan yerinde olmayan bu hükmünün ve hatta Genelgenin tamamının gözden geçirilmesi yerinde olacaktır. Zira, belirtilen düzenleme, Genelgenin devamında yer alan ve ücretsiz izin sürelerinde sağlık hizmetlerinden yararlanma konusunda getirilen diğer hükümlere dayanak olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla, hukuki dayanağı yerinde olmayan aşağıda inceleyeceğimiz diğer düzenlemelerin de yerinde olmadığı söylenebilecektir. Burada vurgulamak gerekirse, sözü edilen Genelge hükümlerinin ve dolayısıyla Genelgenin tamamının yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

### 3. Dayanılan Kanun Hükümleri (Gerekçeler) Bakımından

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Genelgede, Kanunda öngörülen ücretsiz izinler ile Kanunda öngörülme- yen ve iş sözleşmesinin taraflarının kendi aralarında anlaşmalarıyla uygulamaya koydukları ücretsiz izinler farklı şekilde nitelendirilmektedir. Genelgenin devamında, belirtilen ücretsiz izin uygulamaları yapılan nitelendirmeye bağlı olarak farklı hükümlere tabi tutulmaktadır. Genelgede, yukarıda isabetli olmadığını belirttiğimiz düzenlemelere dayanılarak şu hükümlere yer verilmiştir; “...Bu itibarla, aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı eksik gün nedeni hanesine, “02 Ücretsiz/aylıksız izin” kodu kaydedilmesi halinde;

- İş Kanununda sayılan ücretsiz izin hallerini ihtiva eden ve bu durumu belgelenen ücretsiz izin sürelerinde, “0” gün ve kazanç bildirilen ve işten çıkış kaydı verilmemiş olan sigortalılardan, sağlık hizmet sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde 30 gün prim ödeme şartını yerine getirenler sağlık yardımlarından yararlanabilecek,

- İşten çıkış kaydı verilmemiş olmasına rağmen, ücretsiz izin sürelerinin İş Kanununda sayılan halleri kapsamaması durumunda ise “0” gün ve kazanç bildirilen sigortalılar sağlık yardımlarından yararlanamayacaktır.”

Görüldüğü üzere Genelge hükmünde, Kanunda öngörülen ücretsiz izin ile tarafların anlaşmasıyla uygulamaya koydukları ücretsiz izin uygulamaları isabetsiz olarak, farklı şekilde nitelendirilmekte ve farklı uygulamalara tabi tutulmaktadır. Belirtilen düzenlemelere dayanak teşkil eden ve Kanunda öngörülen hallerin dışındaki ücretsiz izin uygulamalarında iş sözleşmesinin (sigortalılığın) sona ermiş sayılacağı yönünde yukarıda belirttiğimiz Genelge hükmü isabetli olmadığından, buna dayanılarak hazırlanan diğer düzenlemeler de yerinde görülemeyecektir.

Sağlık hizmetlerinden yararlanılmasına ilişkin temel esaslar ancak kanunla düzenlenebilir. Bu bağlamda, 5510 sayılı Kanunda sağlık hizmetlerinden yararlanılması için gerekli olan prim koşuluna ilişkin temel kural, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olmasıdır (m.

67/I, a). Bu kurala yine Kanunla aynı düzenlemede istisna getirilerek, sözü edilen prim koşul aranmaksızın sağlık hizmetlerinden yararlanılabilecek bazı istisnai hallere yer verilmiştir. Öte yandan, Kanunun 67. maddesinde, sağlık hizmetlerinden yararlanılması bakımından; bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunun yanı sıra, bazı sigortalılar bakımından prim ve prime ilişkin herhangi bir borcun bulunması, diğer bazı sigortalılar bakımından ise 60 günden fazla prim ve prime ilişkin herhangi bir borcun olmaması yönünde koşullar öngören düzenlemeler getirilmiştir. Ayrıca Kanunun bazı hükümlerinde, sigortalılardan bazılarının 30 tam gün genel sağlık sigortası primi ödemesi gerektiği ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere, sağlık hizmetlerinden yararlanılması için gerekli olan prim koşuluna ilişkin temel esaslar Kanunda düzenlenmektedir. Dolayısıyla, sözü edilen konuların Genelge, Tebliğ veya Yönetmelikle düzenlen-

mesi yerinde olmayacaktır. Bu bakımdan Genelgedeki düzenlemelerin yerinde olmadığı açık bir şekilde görülmektedir.

5510 sayılı Kanunun m. 4/I, (a) hükmü kapsamında iş sözleşmesiyle çalışan sigortalıların, Kanunda öngörülen veya iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla uygulanan ücretsiz izinlerde sağlık hizmetlerinden yararlanılması bakımından, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması aranmaktadır (m. 67/I, a). Belirtilen prim koşulunun gerçekleştirilmiş olması, sigortalıların Kanunda öngörülmeyen ücretsiz izin sürelerinde de sağlık hizmetlerinden yararlanılması için gerekli olan prim koşulunun sağlanması bakımından gerekli ve yeterli olacaktır. Bu koşulun uygulanması bakımından sigortalıların lehine veya aleyhine olacak şekilde Genelge ile düzenlemeler getirilemez. Özellikle de, sosyal güvenlik hakkı bakımından hak kaybına neden

## Sosyal güvenlik hakkı bakımından hak kaybına neden olacak düzenlemelerin Genelge ile getirilmesi mümkün değildir.

olacak düzenlemelerin Genelge ile getirilmesi mümkün değildir. Oysa, Kurumun 2009/155 sayılı Genelgesiyle böyle bir düzenleme getirilmiştir. Genelgeyle getirilen hükümler, Anayasaya ve Kanuna aykırılık taşımakta, Kanunda yer alan konuyla ilgili hükümlerle çelişmektedir. Genelgede, Kanunda öngörülen ücretsiz izinlerde sağlık hizmetlerinden yararlanılması için sözü edilen prim koşulunun uygulanacağı belirtilirken, tarafların anlaşmasıyla uygulanan ücretsiz izinlerde sağlık hizmetlerinden yararlanılması Kanunda öngörülmeyen şekilde, farklı hükümlere ve bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunun dışında başka farklı koşullara bağlanmaktadır.

Genelgedeki düzenlemelerin Anayasa'ya ve 5510 sayılı Kanunda yer alan konuyla ilgili düzenlemelere aykırı olduğu görülmektedir. Belirtilen düzenlemeler öncelikle, Anayasanın 2. maddesinde yerini bulan sosyal devlet ilkesi-



ne, 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve sosyal güvenlik alanında uygulanan nimet-külfet ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Bilindiği gibi, Anayasanın 10. maddesi uyarınca, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir (m. 10/I). Bu bağlamda, m. 4/I, (a) kapsamında iş sözleşmesiyle çalışan sigortalıların kullandıkları ücretsiz izinlerin Kanunda düzenlenip düzenlenmemesine göre farklı şekilde nitelendirilmesi suretiyle, belirtilen kişiler arasında sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından farklı hükümler ve koşullar uygulanarak ayırım yapılması yerinde olmayacaktır<sup>17</sup>.

Anayasanın 65. maddesinde belirtildiği üzere, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” Bu husus Anayasa ile Devlete görev olarak yüklenmiştir. Yine Anayasanın 56. maddesi uyarınca, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir”. Anayasanın 17. maddesi uyarınca, herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir (m. 17/I).

Ayrıca, Anayasanın 12. maddesine göre, “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir (m. 12/I). Benzer bir düzenleme de 5510 sayılı Kanunun 92. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, “Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan

sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir.” (5510 s. K. m. 92/I) İşte, kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez olan sosyal güvenlik ve sağlık hakkı Kurumun Genelgesindeki düzenlemelerle ihlal edilmektedir.

Öte yandan, temel bir hak olarak Anayasa ile teminat altına alınan ve temel insan haklarından olan sosyal güvenlik ve sağlık hakkını sınırlayan böyle bir düzenlemenin Genelgede düzenlenmesi de yerinde olmamıştır. Bilindiği gibi, 1982 Anayasasının 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz (m. 13). Sözü edilen düzenlemeler karşısında, sosyal güvenlik ve sağlık hakkına ilişkin sınırlayıcı düzenlemelerin Kanunla getirilmesi gerekmektedir. Elbette, Kanunla getirilecek düzenlemelerin de hakkın özüne dokunmaması ve Anayasada belirtilen diğer hususlara uygun olması gerekecektir. İşte, Genelgede yer alan düzenlemelerin bu yönüyle de isabetli olmadığı söylenebilecektir. Zira, Kanunla dahi hakkın özüne dokunacak bir düzenleme getirilemez iken, Genelgede böyle bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Öte yandan burada vurgulamak gerekirse, Genelgede yer alan isabetli bulmadığımız düzenlemeler Kanunla getirilecek olsa dahi tartışmaya neden olacaktır. Zira, belirtilen düzenlemeler Anayasa'nın belirttiğimiz hükümlerine aykırı olacak ve 5510 sayılı Kanunda yer alan genel sağlık sigortasına ilişkin diğer hükümlerle çelişecektir. Kanunun sözü edilen hükümlerine, Genelgedeki düzenlemelerin esas yönünden değerlendirilmesi yapılırken yer verilecektir.

#### 4. Esas Yönünden Değerlendirme

Yukarıda belirttiğimiz üzere, 5510 sayılı Kanununun 67. maddesi uyarınca, genel sağlık sigortasından sağlanan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için; kural

olarak, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması gerekmektedir (m. 67/I, a).

Burada vurgulamak gerekirse, sözü edilen 30 günlük süreye ilişkin primlerin ödenmiş olması şart olmayıp, sigortalılara ilişkin olarak toplamda 30 günlük süreyi kapsayan aylık prim ve hizmet belgelerinin Kuruma intikal etmesi gereklidir. Kanunun m. 4/I, (a) hükmü kapsamına giren kişilerin ve dolayısıyla iş sözleşmesiyle çalışan sigortalıların prim ödeme yükümlüsü, bunların işverenleridir (m. 85/I, a). O halde, primler ödenmiş olsa dahi diğer koşullar gerçekleşmişse, sağlık hizmetlerinden yararlanılabilecektir. Elbette, sigortalılara ve dolayısıyla 30 günlük süreye ilişkin aylık prim ve hizmet belgesinin Kuruma verilmiş olması gerekecektir. Zira, Kurum tarafından, 30 günlük prim koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği bu şekilde tespit edilebilmektedir. Belirtilen nedenlerle, iş sözleşmesiyle çalışan sigortalıların sağlık hizmetlerinden yararlanması için, Kuruma, bunlar için sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının bildirilmiş olması gerekmektedir.

Bununla birlikte Kanunun 67. maddesinde, sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak için gerekli olan bir yıl içinde 30 günlük prim koşul aranmadan yararlanılabilecek bazı istisnai hallerde de yer verilmiştir (m. 67/D)<sup>18</sup>. İşte bu istisnai haller dışında, Kanunun m. 4/I, (a) bendi kapsamında iş sözleşmesiyle çalışanlar sigortalıların ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için, diğer koşulların yanı sıra, sigortalılığın devam ettiği süre içerisinde, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması gerekli ve yeterli olacaktır<sup>19</sup>.

Oysa, yukarıda belirttiğimiz üzere Genelgede, 4857 sayılı Kanunda öngörülen ücretsiz izin ile Kanunda öngörülmemeyen ve iş sözleşmesinin taraflarının anlaşmasıyla uygulamaya koydukları ücretsiz izinler, farklı bir şekilde nitelendirilerek, farklı hükümlere tabi tutulmaktadır. Ge-

nelgede, isabetsiz olarak, "...Bu nedenle. 4857 sayılı İş Kanununda sayılan haller haricindeki ücretsiz izin süreleri geçerli sayılmadığından 5510 sayılı Kanun uyarınca sigortalılık niteliği yitirilmiş olmaktadır..." denilmektedir. İşte sözü edilen gerekçelere dayanılarak Genelgede şu hükümlere yer verilmiştir, "...İş Kanununda sayılan ücretsiz izin hallerini ihtiva eden ve bu durumu belgelenen ücretsiz izin sürelerinde. "0" gün ve kazanç bildirilen ve işten çıkış kaydı verilmemiş olan sigortalılardan, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde 30 gün prim ödeme şartını yerine getirenler sağlık yardımlarından yararlanabilecek,

İşten çıkış kaydı verilmemiş olmasına rağmen, ücretsiz izin sürelerinin İş Kanununda sayılan halleri kapsamaması durumunda ise "0" gün ve kazanç bildirilen sigortalılar sağlık yardımlarından yararlanamayacaktır."

Sözü edilen Genelge hükümleriyle, Kanunda düzenlenen ücretsiz izinler ile Kanunda öngörülmemeyen ve iş sözleşmesinin taraflarının uygulamaya koyduğu ücretsiz izinler farklı şekilde nitelendirilerek farklı hükümlere tabi tutulmaktadır. Zira, konuyla ilgili olarak Genelgenin devamında şu hükme yer verilmiştir: "4857 sayılı Kanunda belirtilen ücretsiz izin halleri dışında aylık prim ve hizmet belgelerinde "0" gün ve kazanç bildirilen sigortalılar 5510 sayılı Kanunun 60. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortası kapsamına girmektedirler. 01/10/2010 tarihine kadar iki yıllık geçiş sürecinde talebe bağlı olarak, bu tarihten itibaren ise zorunlu olarak genel sağlık sigortalısı olacak bu durumdaki kişilerin gelir testi talebinde bulunarak 60/c-1 kapsamında veya gelir seviyelerine bağlı olarak genel sağlık sigortalısı olma imkanları bulunmaktadır."

Belirtilen düzenlemelere göre, Genelgede, Kanunda öngörülen ücretsiz izinlerde sağlık hizmetlerinden yararlanması için bir yıl içinde 30 günlük prim koşulu uygulanacak, diğer ücretsiz izinlerde ise bu koşulun yanı sıra başka koşulların gerçekleştirilmesi de gerekecektir. Genelgeye göre, iş sözleşmesi ile çalışan sigortalılardan; Kanunda öngörülen ücretsiz izinlerde "0" gün ve kazanç bildirilen sigortalılar, bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunu gerçekleştirdik-

lerinde sağlık hizmetlerinden yararlanabilecek iken, Kanunda öngörülme ve iş sözleşmesinin taraflarının anlaşmasına bağlı olarak uygulanan ücretsiz izin döneminde "0" gün ve kazanç bildirilen sigortalılar, bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunu gerçekleşmesine rağmen, sağlık hizmetlerinden yararlanamayacaklardır<sup>20</sup>. Zira, bu kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanması, Genelgeyle, Kanunda öngörülme bir şekilde, başka hükümlere (m. 60/I, g; m. 60/I, c-1) ve koşullara bağlanmıştır. Genelgede, Kanunda öngörülen ücretsiz izinlerde sağlık hizmetlerinden yararlanması için bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunun uygulanacağı belirtilirken, tarafların anlaşmasıyla uygulanan ücretsiz izinlerde sağlık hizmetlerinden yararlanması Kanunda öngörülme şekilde, farklı hükümlere ve bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunun dışında başka farklı koşullara bağlanması isabetli kabul edilemez. Kanunda düzenlenen bir kuralın, Kanunda öngörülen ücretsiz izin sürelerinde uygulanmakta iken, bunun dışındaki ücretsiz izinlerde uygulanmaması yerinde olmayacaktır.

Genelge hükümlerinin düzenleniş biçimi konunun esasını da olumsuz yönde etkileyecek şekilde getirilmiştir. Bilindiği üzere, sağlık hizmetlerinden yararlanılmasına ilişkin temel esaslar ve koşullar kanunla düzenlenmiştir. Kanunda, sigortalıların sağlık hizmetlerinden yararlanılmasına ilişkin olarak getirilmiş olan bir yıl içinde 30 günlük prim koşuluna ilişkin düzenleme de bunlardan birisidir. Genelgeyle, sözü edilen düzenlemelere ve belirtilen prim koşuluna, bir anlamda sigortalıların aleyhine olacak şekilde istisna getirilmektedir. Zira Genelgeyle, sigortalıların Kanunda öngörülme ücretsiz izin sürelerinde sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı sınırlandırılmış ve engellenmiştir. Genelge hükmüne göre, sigortalı, sözü edilen prim koşulunu yerine getirmesine rağmen, belirtilen sürelerde sağlık hizmetlerinden yararlanamayacaktır. Zira, sigortalıların belirtilen sürelerde sağlık hizmetlerinden yararlanması bakımından Kanunda öngörülen bir yıl içinde 30 günlük prim koşulu yeterli görülmemekte, Kanunda öngörülme bir şekilde belirtilen koşulun yanı sıra daha farklı ve ağır koşulların gerçekleştirilmesi istenmektedir.

Kanundaki düzenlemelere getirilecek istisna ve Kanunda öngörülen haklara getirilecek sınırlamalar yine Kanunla getirilebilir. Genelgeyle, Kanunda yer alan bir kuralın uygulanması yeterli görülmemekte ve hatta doğrudan uygulanması engellenmektedir. Böylece, sigortalıların Kanunda öngörülen temel esaslar uyarınca sağlık hizmetlerinden yararlanma hakları sınırlandırılmaktadır. Bu tür düzenlemelerin Genelgeyle düzenlenmesi yerinde görülmez. Elbette, yukarıda da vurguladığımız üzere, Kanunla getirilecek olsa dahi belirtilen düzenlemeler Anayasaya ve Kanuna aykırı olacağı gibi, Kanunda yer alan konuya ilişkin diğer hükümlerle çelişecektir.

Genelgede, bir yıl içinde 30 gün prim gün sayısının bulunmasına ilişkin koşulun Kanunda öngörülen ücretsiz izinlerde uygulanacağı ve bu koşula bağlı olarak genel sağlık sigortasından yararlanılabileceği belirtilmekte, Kanunda öngörülen ücretsiz izinlerin dışındaki ücretsiz izinlerde ise belirtilen koşul yerine, sigortalının durumuna göre Kanunun m. 60/I, (g) veya m. 60/I, (c-1) hükmünün uygulanacağı düzenlenmektedir. Belirtilen düzenlemelerden, m. 60/I, (c-1) hükmü sigortalıların lehine olmakla birlikte, m. 60/I, (g) hükmü aleyhe sonuçlar doğurmaktadır. Zira aşağıda belirtileceği üzere, sözü edilen kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için, her ay otuz tam gün genel sağlık sigortası primi ödenmesi zorunludur. İşte Genelgedeki düzenlemelerle, Kanunda öngörülme ve Kanundaki düzenlemelerle çelişecek biçimde, sözü edilen kişilerin belirtilen sürelerde sağlık hizmetlerinden yararlanma koşulları ağırlaştırılarak, bir anlamda bunların sağlık hizmetlerinden yararlanma hakları sınırlandırılmakta, belirten haktan yararlanmaları engellenmekte ve sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla, ister Genelgeyle, isterse Kanunla getirilsin belirtilen düzenlemelerin yerinde olmadığı söylenebilecektir.

Kanunun 67. maddesinde, m. 60/I, (a) bendine göre genel sağlık sigortalısı sayılanların zorunlu sigortalılıklarının sona erdiği tarihten itibaren 10 gün süreyle genel sağlık sigortasından yararlanacağı öngörülmektedir (m. 67/IV)<sup>21</sup>. Öte yandan aynı maddeye göre, Kanu-

nun m. 60/I, (a) hükmü uyarınca genel sağlık sigortalısı sayılanlar (m. 4/I, (a), (b), (c)), sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten geriye doğru bir yıl içinde 90 günlük zorunlu sigortalılıkları bulunması halinde, sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten itibaren 90 gün süreyle, zorunlu sigortalılıklarından sonraki genel sağlık sigortalılıklarından dolayı prim borcu olup olmadığına bakılmaksızın, bakmakla yükümlü olduğu kişiler dahil sağlık hizmetlerinden yararlanabilecektir (m. 67/IV). İş sözleşmesinin ve dolayısıyla sigortalılığın sona ermesi halinde, sigortalıların ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin, sigortalılığın sona ermesinden itibaren 90 gün içinde sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi bakımından, bir yıl içinde 90 günlük prim koşulu gerekli ve yeterli görülmektedir.

Kanunda öngörülme ve tarafların anlaşmasıyla uygulanan ücretsiz izin döneminde iş sözleşmesi ve sigortalılık ilişkisi devam etmesine rağmen, sağlık hizmetlerinden yararlanılması bakımından sigortalılığın devamı sırasında aranan bir yıl içinde 30 günlük prim koşulu yerine getirilmesi gerekli ve yeterli görülmekte iken, Genelgede farklı bir yaklaşım sergilenmiştir. Zira Kanundaki düzenlemelerin aksine, Genelgede, belirtilen koşulun yerine getirilmesi yeterli görülmemekte, farklı bir prim koşulu daha getirilmektedir. Böyle bir düzenlemenin yerinde olmadığı açıkça görülmektedir. Genelgede, sözü edilen ücretsiz izin döneminde sigortalılığın sona erdiği ileri sürülmesine rağmen, sigortalılığın sona ermesi halinde uygulanan bir yıl içinde 90 günlük prim koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanması yönünde bir düzenleme yer almamıştır. Bu husus, Genelgedeki düzenlemelerin kendi içinde çeliştiğini belirtmek için vurgulanmıştır. Elbette, Genelgedeki mevcut hükümler yerinde olmadığı gibi, ücretsiz izinde sigortalılık sona ermediği için böyle bir düzenlemenin yapılması da mümkün olmayacaktır. Zira, belirtilen sürelerde iş sözleşmesi ve sigortalılık ilişkisi sona ermeyip varlığını sürdürmektedir.

Genelgedeki düzenlemenin Kanunda yer alan bazı düzenlemelerin yanlış yorumlanması sonucunda getirildiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, 1.10.2010 tarihine kadar kişilerin

isteklerine bağlı olarak, belirtilen tarihten sonra ise zorunlu bir şekilde herkesin genel sağlık sigortasının kapsamına girmesine ilişkin Kanun hükümleridir<sup>22</sup>. Bilindiği gibi, Kanunun diğer hükümleri kapsamında sigortalı olmayan veya sigortalılığı sona erenler, 1.10.2010 tarihine kadar isteklerine bağlı olarak, belirtilen tarihten sonra ise zorunlu olarak Kanunun m. 60/I, (c-1) veya m. 60/I, (g) hükmü kapsamında genel sağlık sigortalısı olacaktır. Aşağıda belirtileceği üzere, sözü edilen hükümler kapsamında sigortalı alanlar için her ay 30 tam gün genel sağlık sigortası priminin ödenmesi gerekmektedir. Kanunun m. 60/I, (c-1) hükmü kapsamındaki primlerini Devlet, m. 60/I, (g) hükmü kapsamındaki primlerini ise sigortalıların kendileri ödeyecektir. İşte Genelgedeki düzenlemelerle, Kanunda öngörülenlerin dışında, tarafların anlaşarak uyguladıkları ücretsiz izin döneminde isabetsiz olarak sigortalılığın sona erdiği ileri sürülerek, belirtilen hükümlerin uygulanması amaçlanmaktadır<sup>23</sup>.

İkinci olarak Genelge hükümlerinin, Kanunun 88. maddesinde yer alan ve bazı sigortalıların her ay 30 tam gün genel sağlık sigortası primi ödenmekle zorunlu tutulduğu düzenlemelerin yanlış yorumlanması nedeniyle getirildiği anlaşılmaktadır. Ancak Kanunda, sözü edilen hükümler tüm sigortalılar için değil, bazı sigortalılar için bunların sigortalılıklarının niteliğine (statülerine) bağlı olarak farklı amaçlar gözetilerek getirilmiştir. Dolayısıyla, Kanunda farklı amaçlarla getirilmiş olan hükümlerin yanlış yorumlanması suretiyle, dolaylı olarak, diğer sigortalılar hakkında da uygulanmasına neden olacak şekilde Genelgeyle düzenleme yapılması yerinde görülemez. Eğer Kanunda genel sağlık sigortalıları için, kendilerinin veya bir başka kişi ya da kurumun (istisnasız) her ay 30 tam gün genel sağlık sigortası primi ödemesi gerektiği yönünde bir düzenleme getirilmiş olsaydı, belki bu durumda, ücretsiz izin süreleri bakımından benzer düzenlemeler ve uygulamalar kendi içinde tutarlı olabilirdi. Ancak Kanunda bu yönde genel bir düzenleme bulunmaz iken, Genelgeyle belirtilen sonuçlara neden olacak hükümlere yer verilmesi isabetli olmamıştır.

Kanunun m. 60/I, (c-1) hükmünde, 60. mad-



denin (a) ve (b) bentlerine göre genel sağlık sigortasının kapsamına girmeyenlerden, 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 vatandaşların genel sağlık sigortalısı sayıldığı belirtilmektedir. Aşağıda belirtileceği üzere, bunların primleri Devlet (ilgili kamu idareleri) tarafından ödenecektir. Kanunun m. 60/I, (g) hükmünde ise, Kanunun m. 60/I, (c-1) hükmünde içinde yer aldığı 60. maddesindeki diğer düzenlemelere göre genel sağlık sigortasının kapsamına girmeyen ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlardan söz edilmektedir. Bu konuda Kanunda, "...Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar, genel sağlık sigortalısı sayılır" hükmüne yer verilmiştir (m. 60/I, g). Kanunda öngörülmeyen ve tarafların anlaşmasıyla uygulanan ücretsiz izin döneminde, sigortalılar, sigortalılığın sona ermemesine ve genel sağlık sigortasının kapsamı dışına çıkılmamasına rağmen, Genelgedeki düzenlemeyle belirtilen hükümlere tabi tutulmaktadır. Elbette, böyle bir düzenlemenin isabetli olduğu söylenemez. Ancak, Genelgenin yürürlükte kalması halinde nasıl bir uygulama ile karşılaşılacağına da burada açıklık kazandırmak yerinde olacaktır.

#### IV. 2009/155 SAYILI GENELGENİN UYGULANMASI VE ÜCRETSİZ İZİNDE SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMA

##### 1. Genel Olarak

Yukarıda belirttiğimiz üzere, genel sağlık sigortasından sunulan sağlık hizmetlerinden, diğer koşulların yanı sıra, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması halinde yararlanılabilmektedir. İşte, Genelgenin yürürlükte kal-

ması ve Genelgeye bağlı kalınması halinde, iş sözleşmesi ile çalışan sigortalılar ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişiler, Kanunda öngörülmeyen ve sözleşmenin taraflarının anlaşmasına bağlı olarak uygulanan ücretsiz izin döneminde sağlık hizmetlerinden belirtilen koşulu yerine getirmiş olmasına rağmen yararlanamayacaklardır. Zira Genelgede bu kişiler, belirtilen ücretsiz izin sürelerinde sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından, diğer koşulların yanı sıra, farklı hükümlere (m. 60/I (g); m. 60/I, (c-1) ve koşullara tabi tutulmuştur. Dolayısıyla bunların, kural olarak, sağlık hizmetlerinden yararlanabilmeleri için belirtilen koşulları taşımaları gerekecektir. Ancak burada vurgulamak gerekir ki, Kanunda genel sağlık sigortasından sağlanan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanılabilmesi için, prim koşulunun aranmadığı bazı istisnai haller bulunmaktadır. Belirtilen haller Kanunda yer alan prim koşuluna ilişkin düzenlemelere istisna oluşturduğu gibi, Genelgedeki hükümlere de istisna oluşturmaktadır. İşte, bu istisnai hallerde sağlık hizmetlerinden yararlanılması için Kanunda düzenlenen prim koşullarının varlığına ihtiyaç duyulmayacaktır. Bu nedenle, Kanunda öngörülen veya öngörülmeyen tüm ücretsiz izinlerde, sözü edilen istisnai hallerde, sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan herhangi bir prim koşulu aranmaksızın yararlanılabilecektir. Bu hususlar aşağıda ayrı başlıklar altında incelenmeye çalışılacaktır.

##### 2. Kanunun m. 60/I, (c-1) ve m. 60/I, (g) Hükümlerine Tabi Olma

###### a) Genel olarak

Kurumun 2009/155 sayılı Genelgesine göre, "4857 sayılı Kanunda belirtilen ücretsiz izin halleri dışında aylık prim ve hizmet belgelerinde "0 gün ve kazanç bildirilen sigortalılar, 5510 sayılı Kanunun 60. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortası kapsamına girmektedirler. 01/10/2010 tarihine kadar iki yıllık geçiş sürecinde talebe bağlı olarak, bu tarihten itibaren ise zorunlu olarak genel sağlık sigortalısı olacak bu durumdaki kişilerin gelir testi talebinde bulunarak 60/c-1 kapsamında veya gelir seviyelerine bağ-

lı olarak genel sağlık sigortalısı olma imkanları bulunmaktadır.”

### **b) Kanunun m. 60/I, (c-1) hükmünün uygulanması**

Kanunun 60. maddesinde, “...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 vatandaşlar...” genel sağlık sigortasının kapsamında sayılmaktadır (m. 60/I, c-1). Bunlar Kanunun m. 60 hükmünün diğer hükümleri (m. 60/I, (a) ve (b)) uyarınca zorunlu olarak genel sağlık sigortalısının kapsamına giren kişilerin dışında kalan ve sosyal güvencesi olmayan düşük gelirlili vatandaşlardır. Kanunun 87. maddesinde, bu kişilerin de içinde bulunduğu, m. 60/I, (c) hükmünde sayılan kişilerin primlerinin merkezî yönetim bütçesinden karşılanmak üzere ilgili kamu idareleri tarafından ödeneceği ifade edilmektedir (m. 87/I, c). Sözü edilen kişiler genel sağlık sigortasından bu kapsamda yararlanabileceklerdir.

5510 sayılı Kanunun Geçici 12. maddesinde, m. 60/I, (c-1) hükmünün uygulanması 1.10.2010 tarihine ertelenmiş ve belirtilen tarihe kadar bu kişiler hakkında 18/6/1992 tarihli ve 3816 sayılı Yeşil Kart Kanunu'nun<sup>24</sup> uygulanacağı öngörülmektedir<sup>25</sup>. Sözü edilen düzenlemede şu şekilde kaleme alınmıştır; “Bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren iki yıl süresince bu Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi uygulanmaz. Bu sürede, 18/6/1992 tarihli ve 3816 sayılı Kanun kapsamında yeşil kart verilen ve verilecek kişiler durumlarında değişiklik olmaması kaydıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın bu Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır. 3816 sayılı Kanun kapsamında yeşil kart almak için müracaat etmekle birlikte, 3816 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit edilen aile içindeki kişi başına düşen gelir payının aylık tutarı; asgari ücretin üçte birinden asgari ücrete kadar olduğu tespit edilen kişiler için 82 nci maddeye göre belirle-

nen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının üçte biri, asgari ücretten asgari ücretin iki katına kadar olduğu tespit edilen kişiler için 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarı; asgari ücretin iki katından fazla olduğu tespit edilen kişiler için 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının iki katı prime esas asgari kazanç tutarı olarak esas alınır (Geç. m. 12/IV).

Belirtilen düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Kanunun m. 60/I, (c-1) hükmünün (ve dolayısıyla 1.10.2010 tarihine kadar Yeşil Kart uygulamasının) kapsamına girdiğini düşünerek genel sağlık sigortalısı olmak ve sağlık hizmetlerinden yararlanmak için başvuruda bulunan kişilerin; 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 fazla olduğu belirlenecek olursa, bu kişiler Kanunun m. 60/I, (c-1) hükmü kapsamında değil, m. 60/I, (g) hükmü kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacak ve bu kişiler primlerini kendileri ödeyeceklerdir. Kanunun 87. maddesinde, m. 60/I, (g) hükmü kapsamında genel sağlık sigortalısı olan kişilerin kendilerinin prim ödeme yükümlüsü olduğu ve dolayısıyla primlerinin kendileri tarafından ödeneceği öngörülmektedir (m. 87/I, b)<sup>26</sup>.

Kanuna göre, “60 ıncı madde gereği genel sağlık sigortalısı iken durumunda değişiklik olan kişilerden, aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendine veya (g) bendi kapsamına giren kişiler durumlarında değişiklik olduğu tarihten itibaren en geç bir ay içinde Kuruma başvurmak zorundadır. Bu kişilerin 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamına girmediğinin tespit edilmesi halinde, durumlarında değişiklik olduğu tarihten başlamak üzere (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılırlar” (m. 61/III). Yine Kanuna göre, m. 60/I, (g) bendinde sayılanlar, “...diğer bentlere göre genel sağlık sigortalısı olmadıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılır ve bu tarihten itibaren

bir ay içinde verecekleri genel sağlık sigortası giriş bildirgesi ile tescil edilirler. Ancak 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanların zorunlu sigortalılıklarının sona erdiği tarihten itibaren 10 gün sonra bu bent kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır (m. 61/I, f)<sup>27</sup>.

Kanunun 87. maddesinde, Kanunun m. 60/I, (c-1) hükmünün kapsamına girenlerinde bulunduğu m. 60/I, (c) hükmünün kapsamına giren kişilerin primlerinin Devlet tarafından ödeneceği öngörülmektedir. Belirtilen düzenlemede, m. 60/I, (c) hükmünde sayılan kişiler için primlerin merkezî yönetim bütçesinden karşılanmak üzere ilgili kamu idarelerinin prim ödeme yükümlüsü olduğu belirtilmektedir (m.87/I, c). İşte Kurumun 2009/155 sayılı Genelgesi uyarınca, ücretsiz izin sürelerinde gelir seviyesi itibariyle m. 60/I, (c-1) hükmünün kapsamına girdiği tespit edilen kişiler, sağlık hizmetlerinden primleri Devlet tarafından karşılanarak yararlanabilecektir. Ancak, gelir seviyesi itibariyle Kanunun m. 60/I, (g) hükmünün kapsamına girdiği belirlenen kişilerin, ücretsiz izinde sağlık hizmetlerinden yararlanması normal zamandakinden çok daha farklı ve ağır koşullara bağlanmaktadır.

### **c) Kanunun m. 60/I, (g) hükmünün uygulanması**

Bilindiği üzere, 5510 sayılı Kanunda genel sağlık sigortasının kapsamı 60. maddede düzenlenmiştir. Burada, kanun yapma tekniği bakımından farklı bir yol izleyerek, genel sağlık sigortasının kapsamına giren kişilerin önemli bir kısmı Kanunun m. 60/I, (a)-(f) bentlerinde özel olarak ayrı ayrı düzenlendikten sonra, anılan bentlerde sayılanların dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşların da genel sağlık sigortalısı olduğu ifade edilmiştir (m. 60/I, g). Anılan hükme göre, "...Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar, genel sağlık sigortalısı sayılır." (m. 60/I, g). Böylece, Kanunun 60. maddede diğer düzenlemelere göre genel sağlık sigortasının kapsamına girmeyen ve başka bir

ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar genel sağlık sigortasının kapsamına alınmaktadır. Sözü edilen kişiler belirtilen düzenlemeyle zorunlu olarak genel sağlık sigortasının dahil edilmekle birlikte, konuyla ilgili Kanun, Yönetmelik<sup>28</sup> ve Tebliğ<sup>29</sup> hükümleri birlikte değerlendirildiğinde farklı bir uygulama olduğu görülmektedir. Zira, 1.10.2010 tarihine kadar, Kanunun 60. maddede diğer düzenlemelere göre genel sağlık sigortasının kapsamına girmeyen ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşların genel sağlık sigortasından yararlanıp yararlanmamaları onların isteğine bırakılmıştır. Ancak, 1.10.2010 tarihinden itibaren sözü edilen kişiler zorunlu olarak genel sağlık sigortasına tabi tutulacaklardır.

Kanuna göre, "...60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (g) bentleri gereğince sigortalı sayılanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde bildirimlerini yapmak zorundadır<sup>30</sup>. Bu süre içinde, 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (g) bentleri gereğince genel sağlık sigortalısı sayılanlardan; tescil talebi olmayanların 18 yaşından küçük çocuklarının sağlık hizmetlerinden yararlandırılması halinde bu kişilerin tescili çocuklarının sağlık hizmet sunucusuna müracaat tarihi itibarıyla yapılır. Ancak, aile hekimliği uygulamasına başlanan illerde, bu kişiler iki yıllık süreye bakılmaksızın genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak kapsama alınır." (Geç. m. 12/IV). Konuyla ilgili olarak mevzuatta birçok düzenleme yer almakta olup, konumuzun kapsamı ve amacı nedeniyle bunları incelemekten kaçınılmaktayız.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Kanunun 87. maddesi uyarınca, m. 60/I, (g) hükmü kapsamında genel sağlık sigortalısı olan kişiler primlerini kendileri ödeyeceklerdir. Zira, sözü edilen düzenlemede, bunların kendilerinin prim ödeme yükümlüsü olduğu öngörülmektedir (m. 87/I, b)<sup>31</sup>.

Kanunun m. 67/I, (a) hükmünde, m. 60/I, (g) bendine tabi olanları da kapsayacak şekilde, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde

toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması gerektiği belirtildikten sonra, maddenin devamında, m. 60/I, (g) bendine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sözü edilen şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 60 günden fazla prim ve prime ilişkin herhangi bir borcunun da bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan Kanunun 88. maddesinde, m. 60/I, (g) hükmünde genel sağlık sigortalısı sayılanların, her ay otuz tam gün genel sağlık sigortası primi ödenmesi zorunlu olduğu öngörülmektedir (m. 88/III). İşte Kanunun m. 60/I, (g) hükmüne tabi tutulan sigortalıların sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için sözü edilen koşulların sağlanması istenecektir.

Burada vurgulamak gerekirse, her ay tam otuz gün prim ödenmesi yönündeki düzenleme ile 60 günden fazla prim ve prime ilişkin herhangi bir borcun bulunmamasına ilişkin düzenleme ilk bakışta duraksamaya neden olmaktadır. Eğer Kanunun 88. maddesinde düzenlenen her ay otuz tam gün prim ödenmesine ilişkin koşul, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte herhangi bir prim borcunun olmaması şeklinde uygulanacak olursa, bu durumda, 67. maddede düzenlenen sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinde 60 günden fazla prim ve prime ilişkin herhangi bir borcun bulunmamasına ilişkin düzenleme ile çelişki yaşanacaktır. Belirtilen düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, her ay otuz tam gün prim ödenmesine ilişkin hükmün genel bir düzenleme olduğu, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinde 60 günden fazla prim ve prime ilişkin herhangi bir borcunun bulunmaması halinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, m. 60/I (g) hükmüne tabi tutulan sigortalılar ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişiler, sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması ve sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinde 60 günden fazla prim ve prime ilişkin herhangi bir borcunun bulunmaması gerekecektir.

Belirtilen hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Kurumun 2009/155 sayılı Genelgesine göre, ücretsiz izin sürelerinde gelir seviyesi itibarıyla haklarında m. 60/I, (g) uygulanmasına karar verilen kişiler, sağlık hizmetlerinden sözü edilen prim koşullarını yerine getirerek yararlanabileceklerdir. İşte, sözü edilen kişilerin, ücretsiz izin sürelerinde sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi için, her ay 30 gün genel sağlık sigortası primi ödemesi gerekecektir. Elbette, böyle bir uygulamanın ve dolayısıyla konuya ilişkin 2009/155 sayılı Genelgesindeki düzenlemelerin isabetli olduğu söylenemeyecektir. Daha önce de vurgulandığı gibi, ücretsiz izin döneminde sözleşme askıda olduğundan, iş sözleşmesi sona ermeyip askıda kaldığından varlığını korumaktadır. Dolayısıyla, sigortalılık ilişkisi de ücretsiz izin döneminde sona ermeyip varlığını sürdürmektedir. Kanuna göre, sigortalılık ilişkisi içerisinde sağlık hizmetlerinden yararlanmak için bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunun sağlanması gerekli ve yeterli olacaktır. Kanunda öngörülmeyen bir şekilde Genelge ile sözü edilen dönemde sağlık hizmetlerinden yararlanılmasının daha ağır koşullara bağlanması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

### 3. Genelgeye Rağmen Prim Ödemeden Sağlık Hizmeti Alınabilecek Haller

#### a) Kanunun 67. maddesinde sayılan haller

Kanunun 67. maddesinde sağlık hizmetlerinden prim koşulu aranmaksızın yararlanılabilecek hallere yer verilmiştir. Sözü edilen düzenlemeyle, bir anlamda, sağlık hizmetlerinden yararlanılması için aynı maddede öngörülen bir yıl içinde 30 günlük prim koşulu ve diğer prim koşullarına istisna getirilmiştir. Sözü edilen haller Kanunda, 18 yaşını doldurmamış olan kişiler, tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, acil haller, iş kazası ile meslek hastalığı halleri, bildiri zorunlu bulaşıcı hastalıklar, 63. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri gereğince sağlanan sağlık hizmetleri,



75. maddede sayılan afet ve savaş ile grev ve lokavt halinde sağlık hizmetleri ve diğer haklar şeklinde sayılmıştır (m. 67/D).

İşte sözü edilen istisnai hallerde, normal zamanda olduğu gibi ücretsiz izin dönemlerinde de sağlık hizmetlerinden prim koşulu aranmaksızın yararlanılabilecektir. Dolayısıyla, Genelgedeki düzenlemeler Kanunun 67. maddesinde sayılan bu hallerde uygulanmayacaktır. Bu nedenle, Genelgedeki düzenlemelere rağmen, kanunda öngörülme-yen ve iş sözleşmesinin taraflarının anlaşmasıyla uygulamaya koydukları ücretsiz izin sürelerinde, sağlık hizmetlerinden prim koşulu aranmaksızın yararlanılabilecektir.

#### **b) Onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin özel durum**

Kanunun 67. maddesinde, 18 yaşını doldurmamış olanlar prim koşulu aranmaksızın sağlık hizmetlerinden yararlanabilecektir. Zira Kanunun 61. maddesi uyarınca, "...60 ıncı madde gereği genel sağlık sigortalısı sayılanların çocukları, ana ya da babanın tescil edilmiş olmasına bakılmaksızın ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın 18 yaşını dolduruncaya kadar genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlandırılır. 18 yaşından küçük çocuğun ana ve babası da yok ise 18 yaşını dolduruncaya kadar 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (7) numaralı alt bendi kapsamında primi Devlet tarafından ödenmek üzere genel sağlık sigortalısı sayılır." (m. 61/II). Kanunda ve Yönetmelikte konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Sözü edilen düzenlemelere göre, 18 yaşını doldurmamış olanların prim ödeme yükümlülüğü olmayıp, bunların primleri Devlet tarafından ödenecektir. Dolayısıyla, Devletin primleri geç ödemesi veya hiç ödemiş olsa dahi 18 yaşını doldurmamış kişiler sağlık hizmetlerinden 1 yıl içinde 30 günlük prim koşulu ve diğer prim koşulları aranmadan yararlanabilecektir. Elbette aynı husus, 18 yaşını doldurmamış olan ve m. 4/I, (a) hükmü kapsamında çalışmakta iken işverenle anlaşarak ücretsiz izne çıkan bir sigortalı bakımından da (18 yaşını dolduruncaya kadar) geçerli ola-

caktır. İlk bakışta, bu konuda duraksama yaşanabilir. Ancak, konuya ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Kanuna göre 18 yaşını doldurmamış kişiler prim koşulu aranmadan sağlık hizmetlerinden yararlandığına göre, 18 yaşını doldurmamış bir işçi de normal zamanda olduğu gibi, ücretsiz izin sürelerinde de sağlık hizmetlerinden prim koşulu aranmaksızın yararlanabilecektir. Zira, bu kişiler de Kanunun sözü edilen koruma alanına girmektedir. İşte böyle bir durumda, Kanundaki düzenlemeler esas alınacak ve Genelgede hükümleri uygulanamayacaktır.

#### **c) Kısmi süreli iş sözleşmesi ile birden fazla işverene bağlı olarak çalışanlar**

Bilindiği üzere, bir kişi birden fazla işverenin yanında kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışabilmektedir. İşte, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir sigortalı, çalıştığı bir işyerinde ücretsiz izne çıktığında, sağlık hizmetlerinden, kural olarak diğer işverenin yanındaki çalışmasına bağlı olarak yararlanabilecektir<sup>32</sup>. Ancak Kanunda bu duruma etki edecek farklı bir düzenleme getirilmiş bulunmamaktadır. Kanunun 88. maddesine göre, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olmakla birlikte, 4857 sayılı Kanunun 13 ve 14 üncü maddelerine göre kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanlar ile bu Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalılar için eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerinin 30 güne tamamlanması zorunludur. Bu durumda olan sigortalıların eksik günlerine ilişkin genel sağlık sigortası primleri, 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi veya (g) bendi kapsamında ödenir. Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalıların iş sözleşmesinin askıda kaldığı aylara ait genel sağlık sigortası primi, 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazancın alt sınırının 30 günlük tutarı üzerinden ilgili kamu idaresince ödenir." Sözü edilen düzenlemenin, ücretsiz izin dönemlerinde sağlık hizmetlerinden yararlanılması bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı ayrı bir tartışma konusu olacaktır.

#### d) Sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışanlar

Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malûllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilmektedir (Geç. m. 14/D)<sup>33</sup>. Örneğin, yaşlılık aylığı almakta ve sosyal güvenlik destek primi ödenmesi suretiyle çalışmakta olan bir sigortalı, genel sağlık sigortasından, ücretsiz izinli olduğu sürelerde zaten yaşlılık aylığına ilişkin statüsü nedeniyle yararlanabilecektir<sup>34</sup>. Dolayısıyla, Genelge hükmü bu tür durumlarda da uygulanamayacaktır.

#### e) Devam etmekte olan tedaviler

Kanunun 63. maddesinde, “60. maddede sayılan genel sağlık sigortalısı sayılma şartlarının yitirilmesi halinde, devam etmekte olan tedavi nedeniyle sağlanacak sağlık hizmetleri kişinin iyileşmesine kadar sürer.” denilmektedir (m. 63/III). Daha önce de belirttiğimiz üzere, Kurum Genelgesinde, 4857 sayılı İş Kanunu’nda sayılan haller haricindeki ücretsiz izin süreleri geçerli sayılmayarak 5510 sayılı Kanun uyarınca sigortalılık niteliğinin yitirilmiş olduğu ifade edilmektedir. Esas itibarıyla, iş sözleşmesiyle çalışan bir kişinin ücretsiz izne çıkması halinde, iş sözleşmesi ücretsiz izinli olunan dönemde askıda kalmakta olup, iş ilişkisi sona ermez ve varlığını sürdürür. Dolayısıyla, Genelgedeki düzenlemenin aksine, sigorta ilişkisi varlığını sürdürür ve sigortalılık niteliği yitirilmez. Ancak, Genelge hükmüne bağlı kalınacak olursa, Kanunun devam eden tedavilere ilişkin hükmünün sözü edilen ücretsiz izin sürelerinde uygulanması gerekecektir. Bu bağlamda, ücretsiz izne çıkmadan önce prim koşulu sağlandığı için başlamış ve devam etmekte olan tedaviler için gerekli olan sağlık hizmetleri ücretsiz izinli olunan sürelerde iyileşinceye kadar sağlanmalıdır. Elbette, Kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Genelgeye bağlı kalınmaması

ve dolayısıyla devam eden tedavilere ilişkin hüküm yerine, sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından Kanundaki diğer hükümlerin uygulanması, normal zamandaki uygulamaya devam edilmesi daha yerinde olacaktır. Bu nedenle, prim koşulu gerçekleştiği için yararlanılmakta olan sağlık hizmetlerinden, ücretsiz izin sürelerinde de normal zamandaki gibi sigortalılığın devam etmesi nedeniyle yararlanılmaya devam edilmelidir.

#### V. SONUÇ

İş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, 5510 sayılı Kanunda genel sağlık sigortasından sunulan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanılması için, sağlık hizmeti sunucusuna başvuru tarihinden önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması gerekli ve yeterlidir. Sözü edilen esas sigortalılığın devam ettiği süre içerisinde uygulanacaktır. Dolayısıyla, ücretsiz izin süreleri içerisinde de, sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesi için bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunun yerine getirilmesine ilişkin esaslar uygulanacaktır. Oysa, Kurumun 2009/155 sayılı Genelgesiyle, isabetsiz bir şekilde, Kanunda düzenlenen ücretsiz izinler ile Kanunda öngörülmemen ve iş sözleşmesinin taraflarının aralarında anlaşarak uygulamaya koydukları ücretsiz izinler farklı şekilde nitelendirilerek, farklı hükümlere ve koşullara tabi tutulmaktadır.

Genelgeye göre, bir yıl içinde 30 günlük prim koşuluna ilişkin esaslar, sadece Kanunda öngörülen ücretsiz izinde uygulanacak ve belirtilen koşulu yerine getirenler sağlık hizmetlerinden yararlanabilecektir. Buna karşılık Kanunda öngörülmemen ücretsiz izinlerde belirtilen koşul yeterli görülmemeyerek, Kanunda öngörülmemen ücretsiz izinlerde sigortalılar Kanunun m. 60/I, (c-1) ve m. 60/I, (g) hükümlerine ve dolayısıyla başka koşullara tabi tutulmaktadır. Böyle bir durumda ise, bir yıl içinde 30 günlük prim koşulunun yerine getirilmesine rağmen sağlık hizmetlerinden yararlanılamayacaktır. Zira, belirtilen ihtimalde, m. 60/I, (c-1) ve m. 60/I, (g) hükümlerine tabi olanlar için öngörülen prim

koşullarının da yerine getirilmesi gerekecektir. Sözü edilen kişiler için ise her ay genel sağlık sigortası primi ödenmesi gerekmektedir. Genelgenin uygulanması sonucunda, Kanunda düzenlenmeyen ücretsiz izin sürelerinde Kanunun m. 60/I, (c-1) hükmüne tabi tutulanların primleri Devlet tarafından, m. 60/I, (g) hükme tabi tutulanların primleri ise kendileri tarafından ödenecektir.

Her şeyden önce, Kanunda öngörülmemen düzenlemelerin Genelgeyle getirilmesi mümkün değildir. Öte yandan sözü edilen düzenlemeler, başta Anayasa ve 5510 sayılı Kanuna aykırı olup, ayrıca konuya ilişkin kanun hükümleri ile çelişmektedir. Bu bağlamda Genelgedeki düzenlemelerin, hem düzenleniş biçimi, hem de esas yönünden isabetli olmadığı söylenebilecektir. Dolayısıyla, Genelge hükümlerinin Anayasa ve Kanun hükümleri karşısında uygulanması mümkün olmayacaktır. Belirtilen nedenlerle, ücretsiz izinlerde sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından Genelgeye bağlı kalınmaması ve Kanunda yer alan hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Belirtilen nedenlerle, Genelgenin uygulanmaması, geriye (ve ileriye) etkili olarak yürürlükten kaldırılması yerinde olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Sözü edilen Kanun, 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu"dur (RG.16.06.2006, 26200).
- 2 5510 sayılı Kanundaki düzenlemeler, Kanunun 108. maddesi uyarınca; 1/1/2008, 30/4/2008, 1/7/2008 ve 2008 yılı Ekim ayı başında olmak üzere dört farklı zamanda yürürlüğe girmiştir.
- 3 Kanunun 3. maddesinde, "Genel sağlık sigortası: Kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigortayı,...ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır.
- 4 Genel sağlık sigortalısının sağlık yardımlarından yararlanma koşulları ile bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık yardımlarından yararlanması aynı koşullara tabi tutulduğundan, çalışmamızdaki açıklamalar, sözü edilen kişiler bakımından da geçerli olacaktır. Kanunun 3. maddesine göre, genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi, "Bu Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentlerinin dışında kalan genel sağlık sigortalısının, sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan; a) Eşini, b) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî

Eğitim Kanununda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarını, c) Geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babasını...ifade eder." (m. 3/I,10).

- 5 Çalışmamızda "sağlık hizmetleri" ibaresi, sade bir anlatım amacıyla, genel sağlık sigortasından sağlanan sağlık hizmetlerini ve diğer hakları kapsayacak şekilde kullanılacaktır.
- 6 Sosyal Güvenlik Kurumu'nun "Sıfır Gün ve Kazanç Bildirilen Sigortalıların Sağlık Yardımları" konulu, 23.12.2010 tarih ve 2009/155 sayılı Genelgesi.
- 7 Sözü edilen kişiler, Kanunun m. 60/I, (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı sayılmayanlardan, m. 60/I, (c) hükmü uyarınca genel sağlık sigortasının kapsamına alınan kişilerdir. Bunlar, Kanunun m. 60/I, (c) hükmünde 10 alt bent şeklinde düzenlenmiştir. Belirtilen kişilerin primleri Devlet tarafından karşılanacaktır. Bu husus, Kanunun 87. maddesinde, "c) 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan kişiler için primi yılı merkezî yönetim bütçesinden karşılanmak üzere ilgili kamu idareleri,... prim ödeme yükümlüsüdür." şeklinde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla bu kişiler kendileri prim ödemediği sağlık hizmetlerinden yararlanabileceklerdir.
- 8 Belirtilen kişiler, Kanunun m. 60/I, (f) bendinde, "Bu Kanun veya bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler, ...genel sağlık sigortalısı sayılır şeklinde düzenlenmiştir." Bunlar gelir veya aylık almaları nedeniyle bu statülerinden dolayı sağlık hizmetlerinden, Kanunda öngörülen diğer koşullarla yararlanmaktadırlar.
- 9 Kanunda bazı sigortalılar bakımından başka farklı prim koşullarına da yer verilmiş olup, bu hususlara aşağıda gerekli görüldüğü ölçüde değinilecektir.
- 10 Burada vurgulamak gerekirse, sözü edilen 30 günlük süreye ilişkin primlerin ödenmiş olması şart olmayıp, sigortalılara ilişkin olarak toplamda 30 günlük süreyi kapsayan aylık prim ve hizmet belgelerinin Kuruma verilmiş olması gerekli ve yeterli olacaktır (Bkz., II, 4.).
- 11 Ayrıca konumuzla ilgisi bakımından aşağıda belirtileceği üzere m. 60/I (g) hükümlerine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, belirtilen koşulun yanı sıra, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 60 günden fazla prim ve prime ilişkin herhangi bir borcunun bulunmaması da gerekmektedir (m. 67/I, b). Öte yandan, Kanunun m. 60/I, (b) ve (d) bentlerine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin diğer koşulların yanı sıra, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin herhangi bir borcunun bulunmaması da şarttır (m. 60/I, c). Görüldüğü üzere, sigortalılardan bazıları sigortalılıklarının niteliklerinden (statülerinden) dolayı farklı prim koşullarına tabi tutulmuşlardır.
- 12 İş sözleşmesi ve dolayısıyla sigortalılık ilişkisi ücretsiz izin döneminde sona bulmadığı, varlığını sürdürdüğü için, Kanunun 9 ve 11. maddelerinde düzenlenen sigortalılığın sona ermesine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Bu husus,

- aşağıda farklı başlıklar altında değerlendirilecektir.
- 13 Kanununun 86. maddesinde belirtildiği üzere, “Ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların, otuz günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine eklenmesi şarttır. Kamu idareleri ile toplu iş sözleşmesi imzalanan işyerlerinde bu şart aranmaz (m. 86/IV). Sigortalıların otuz günden az çalıştığını gösteren bilgi ve belgelerin aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi gereken süre içinde Kuruma verilmemesi veya verilen bilgi ve belgelerin Kurumca geçerli sayılmaması halinde, otuz günden az bildirilen sürelerle ait aylık prim ve hizmet belgesi Kurumca re’sen düzenlenir ve muhteviyatı primler, bu Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.” Konuyla ilgili Yönetmeliğe göre, ay içinde bazı iş günlerinde çalıştırılmayan ve çalıştırılmadığı günler için ücret de ödenmeyen sigortalıların eksik çalışma nedenleri aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı eksik gün nedeni hanesine sigortalının durumunu açıklayan kod numarası ile kaydedilmesi gerekmektedir. Sigortalının eksik çalışma nedenleri Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nin 9 nolu ekinde yer alan Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin arka sayfasında açıklanmış olup, “02 Ücretsiz/aylıksız izin” kodu eksik gün nedenlerinden birisi olarak sayılmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz., “Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ” (RG. 28.09.2008, 27011).
- 14 Ücretsiz izin uygulaması ve sözleşmenin askıda kalması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Alp, Mustafa; İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, 229 vd; Demir, İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, İzmir Temmuz 2003, 77 vd; Engin, Murat; İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, İstanbul 2003, 39 vd;109 vd; Süzek, Sarper; İş Hukuku, 5. Bası (Tıpkı Basım), İstanbul 2009, 423 vd; aynı Yazar, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, 3 vd; Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, (c). 1, S. 1, 2. Bası, 2006/I, 12; Şen, Murat; İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, 235 vd; Başterzi, Süleyman; Türkiye’de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (c). 54, S. 3, (Ayrı Bası) Ankara 2006, 75 vd; aynı yazar, Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007, 88 vd; Çelik, Nuri; Ekonomik Krizlerde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları, 433 vd. (aynı eser farklı bası, Kamu-İş, 433 vd); Demir, Fevzi; Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Önceden Alınması, Sicil, Haziran 2006, S. 2, 108 vd.; Doğan Yenisey, Kübra; Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, 17-18 Mayıs 2002, 81 vd; Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ağustos 2006, 434 vd; Eyrenci, Öner; Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S. 5, 2001, 41 vd; İstanbulluoğlu, Selin; İş Sözleşmesinin Askıda Kalma Halleri, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007/15, 949 vd; Köseoğlu, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmesine Etkisi, İstanbul 2000, 443 vd; aynı Yazar, İşyerinin Kapanması, Sicil, S. 4, Aralık 2006, 48 vd; Taşkent, Savaş; İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 3, Eylül 2006, 20 vd; Uşan, Fatih; İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, 1216 vd.
- 15 Yarg. 10. HD., 14.04.2005, E. 2004/11825, K. 2005/4071, (www.calismatoplum.org/sayi7/abc/10daire/5.doc).
- 16 Belirtilen düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin esaslar aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecektir.
- 17 5510 sayılı Kanununun m. 4/I, (c) kapsamında gören kişiler ile m. 4/I, (a) kapsamında giren kişilerin farklı hükümlere tabi tutulması ve ayrıca, kamu idarelerine ait işyerlerinde çalıştırılan ve iş sözleşmelerinin askıda kaldığı sürelerle ilişkin genel sağlık sigortası primleri ilgili kamu idaresince ödenen sigortalılar ile diğer sigortalıların farklı hükümlere tabi tutulması ise çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.
- 18 Sağlık yardımlarından prim koşulu aranmadan yararlanılabilecek hallere aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecektir.
- 19 Burada vurgulamak gerekirse, sözü edilen 30 günlük süreye ilişkin primlerin ödenmiş olması şart olmayıp, sigortalılara ilişkin olarak toplamda 30 günlük süreyi kapsayan aylık prim ve hizmet belgelerinin Kuruma intikal etmesi gereklidir. Kanununun m. 4/I, (a) hükmü kapsamına giren kişilerin ve dolayısıyla iş sözleşmesiyle çalışan sigortalıların prim ödeme yükümlüsü, bunların işverenleridir (m. 85/I, a). O halde, primler ödenmiş olsa dahi diğer koşullar gerçekleşmişse, sağlık hizmetlerinden yararlanılabilecektir. Elbette, sigortalılara ve dolayısıyla 30 günlük süreye ilişkin aylık prim ve hizmet belgesinin Kuruma verilmiş olması gerekecektir. Zira, Kurum tarafından, 30 günlük prim koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği bu şekilde tespit edilebilmektedir.
- 20 Burada vurgulamak gerekirse, Genelgedeki düzenlemeler karşısında, sağlık hizmetlerinden yararlanma konusunun yanı sıra, ücretsiz izin süreleri içerisinde geçici iş göremezlik ödeneğine ilişkin risklerin gerçekleşmesi ihtimalinde belirtilen ödenekle ilgili olarak benzer sorunlar yaşanacaktır. Bu bağlamda, sağlık hizmetlerine ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar uygun olduğu ölçüde geçici işgöremezlik ödenekleri bakımından da geçerli olacaktır.
- 21 Bununla bağlantılı olarak, Kanununun 67. maddesinde, Kanununun m. 60/I, (a) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanların zorunlu sigortalılıklarının sona erdiği tarihten itibaren 10 gün sonra bu bent kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacağı öngörülmektedir (m. 67/I, f). Sözü edilen kişiler, iş sözleşmesiyle çalışan sigortalıların da içinde bulunduğu (m. 4/I, a), Kanununun m. 4/I (a), (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen kişilerdir.
- 22 Bu durum Genelgede yer alan, “...Hizmet akdiyle çalışan sigortalılarımızın sigortalılıklarının sona ermesi ve genel sağlık sigortasından yararlanmalarıyla ilgili olarak; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 9 ve 61 inci maddelerinde düzenlemeler bulunmaktadır....Bu nedenle. 4857 sayılı İş Kanununda sayılan haller haricindeki ücretsiz izin süreleri geçerli sayılmadığından 5510 sayılı Kanun uyarınca sigortalılık niteliği yitirilmiş olmaktadır...” yönündeki düzenlemelerden de açıkça anlaşılmaktadır.
- 23 Yerinde olmayan benzer bir uygulama geçmiş günlerde, sigortalılığın sona ermesinden sonraki dönemde sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından yaşanmıştır. Bu bağ-



lamda, Kurum yetkilileri, Kanunda yer alan, m. 60/I, (a) hükmü kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanlar, zorunlu sigortalıklarının sona erdiği tarihten itibaren on gün süreyle genel sağlık sigortasından yararlanacağı yönündeki hükmü yanlış yorumlayarak, sözü edilen süreden sonra sağlık hizmeti sunulmayacağını ifade etmişlerdir. Oysa aynı hükmün devamında, bu kişilerin sigortalılık niteliğini yitirdikleri tarihten geriye doğru bir yıl içinde 90 günlük zorunlu sigortalılıklarının bulunması halinde, genel sağlık sigortalılıklarından dolayı prim borcu olup olmadığına bakılmaksızın belirtilen kişilerin ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmetlerinden sigortalılık niteliğinin yitirildiği tarihten itibaren 90 gün süreyle yararlanacakları öngörülmektedir. Kurum yetkilileri yapılan itirazlar üzerine, konuya açıklık kazandırmışlar ve sözü edilen Kanun hükümlerinin doğru bir şekilde uygulanmasını sağlamışlardır.

- 24 Sözü edilen Kanun, "Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanun"dur (RG., 03.07.1992, 21273).
- 25 Kanunun geçici 12. maddesine göre, "Bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren iki yıl süresince bu Kanunun 60 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi uygulanmaz. Bu sürede, 18/6/1992 tarihli ve 3816 sayılı Kanun kapsamında yeşil kart verilen ve verilecek kişiler durumlarında değişiklik olmaması kaydıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın bu Kanunun 60 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır. 3816 sayılı Kanun kapsamında yeşil kart almak için müracaat etmekle birlikte, 3816 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit edilen aile içindeki kişi başına düşen gelir payının aylık tutarı; asgari ücretin üçte birinden asgari ücrete kadar olduğu tespit edilen kişiler için 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının üçte biri, asgari ücretten asgari ücretin iki katına kadar olduğu tespit edilen kişiler için 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarı; asgari ücretin iki katından fazla olduğu tespit edilen kişiler için 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz günlük tutarının iki katı prime esas asgari kazanç tutarı olarak esas alınır (Geç. m. 12/IV).
- 26 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12. Bası, İstanbul 2009, 277; Tuncay, A.Can/Ekmekçi, Ömer; Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, 164; Şakar, Müjdat; Sosyal Sigortalar Uygulaması, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2009, 378, 363-365; Uşan, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara 2009, 165, 282; Genel Sağlık Sigortasında Geline Son Durum (Son Durum), MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 11, S. 3, İstanbul Eylül 2008, 121.
- 27 Bunların yanı sıra, Kanuna göre, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olmakla birlikte, 4857 sayılı Kanunun 13 ve 14 üncü maddelerine göre kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanlar ile bu Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalılar için eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerinin 30 güne tamamlanması zorunludur. Bu durumda olan sigortalıların eksik günlerine ilişkin genel sağlık sigortası primleri,

60 ncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi veya (g) bendi kapsamında ödenir. Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalıların iş sözleşmesinin askıda kaldığı aylara ait genel sağlık sigortası primi, 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazancın alt sınırının 30 günlük tutarı üzerinden ilgili kamu idaresince ödenir." (m. 88/IV).

- 28 Sözü edilen Yönetmelik, "Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği"dir (RG. 28.08.2008, 26981).
- 29 Belirtilen Tebliği, "5510 Sayılı Kanun Gereğince Genel Sağlık Sigortalısı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi Hakkında Tebliğ"dir (RG. 28.09.2008, 27011).
- 30 Konuyla ilgili olarak Yönetmelikte, "Kanunun 60 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) ve (g) bentleri gereğince genel sağlık sigortalısı sayılanların genel sağlık sigortalılıkları 1/10/2010 tarihine kadar, başvurdukları tarihten başlar ve bunlar Kuruma verecekleri genel sağlık sigortası giriş bildirimlerine göre tescil edilirler..." denilmektedir.
- 31 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 277; Tuncay/Ekmekçi, 164; Şakar, 378, 363-365; Uşan, 165, 282; Ergin, 121.
- 32 Kanunun 87. maddesinde konuyla ilgili olarak şu hükme yer verilmiştir, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olmakla birlikte, 4857 sayılı Kanunun 13 ve 14 üncü maddelerine göre kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanlar ile bu Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalılar için eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerinin 30 güne tamamlanması zorunludur. Bu durumda olan sigortalıların eksik günlerine ilişkin genel sağlık sigortası primleri, 60 ncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi veya (g) bendi kapsamında ödenir. Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalıların iş sözleşmesinin askıda kaldığı aylara ait genel sağlık sigortası primi, 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazancın alt sınırının 30 günlük tutarı üzerinden ilgili kamu idaresince ödenir." Belirtilen hükmün, 30 günden eksik olan günlere ilişkin primin ödenmesi durumunda genel sağlık sigortasından yararlanma bakımından nasıl bir etki yapacağı tam olarak anlaşılama-maktadır. Burada, Kanunda yer alan konuya ilişkin hükümler de dikkate alınarak, sigortalının lehine hareket edilmesi gerektiği söylenebilecektir.
- 33 Ayrıca Kanuna göre, "...Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışanlar için sosyal güvenlik destek primi oranı 80 inci maddeye göre tespit edilen prime esas kazançlar üzerinden 81 inci maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen prim oranına yüzde 30 oranının eklenmesi suretiyle bulunan toplamdır. Yüzde 30 oranının dörtte biri sigortalı, dörtte üçü işveren hissesidir. Bu kapsamda sayılan kişilerden sosyal güvenlik destek primine tabi olanların prim ödeme yükümlüsü bunların işverenleridir. Bunlar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır..." (Geç. m. 14/I, a).
- 34 Kanunun 60. maddesinde, 5510 sayılı Kanuna veya bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler (zorunlu olarak) genel sağlık sigortasının kapsamına alınan kişiler arasında sayılmaktadır (m. 60/I, f).

Mesut BALCI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi

## Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının 3201 Sayılı Yasa'ya Göre Borçlanmalarında Yeni Uyuşmazlıklar

### 3201 Sayılı Yasa'ya Göre Borçlananların Yaşlılık Aylığı Tahsis Taleplerinde 506 Sayılı Yasa'nın Geçici 81. Maddesinin (B) Bendinin Uygulanması Sorunu

#### A- MEVZUATTAKİ DEĞİŞİKLİKLER

506 sayılı Yasa'nın 60. maddesinin 4447 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinden önceki hükümlerine göre, "Erkekler için 25 yıl kadınlar için 20 yıl sigortalılık süresi ve 5000 gün prim ödeme" koşulu ile yaşlılık aylığı bağlanıyordu.

4447 sayılı Yasa'nın 08.09.1999 tarihinde yürürlüğe giren 6. maddesi ile 506 sayılı Yasa'nın 60. maddesi değiştirilmiş, değişiklik yaşlılık aylığı koşullarını ağırlaştırarak "Bu Kanunun (4447 sayılı Kanun) yürürlüğe girmesinden sonra ilk defa sigortalı olacaklar için, "Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7000 gün veya kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4500 gün, malütlük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şarttır." koşulunu getirmiştir.

Öte yandan; 4447 sayılı Yasa'nın 17. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na eklenen Geçici 81. maddesi de, yaşlılık aylığına hak kazanma yönünden 08.09.1999 tarihinden

önce tescili bulunan sigortalılar için düzenleme getirmiştir. Söz konusu 81. maddenin (A) bendindeki düzenlemeye göre, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte; (08.09.1999) bu Kanunun yürürlük tarihinden önce yürürlükte bulunan hükümlere göre yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlar ile sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ve sigortalılık süresi 23 yıl ve daha fazla olan erkekler hakkında, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümler uygulanır." Aynı maddenin (B) bendinde de sigortalılık süresine bakılarak kademeli geçiş maddeleri getirilerek yaş ve prim ödeme gün sayısı sınırı konmuş, en erken kadın sigortalı için 41 yaş, erkek sigortalı için ise 45 yaş sınırı getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 23.02.2001 gün ve 1999/42 E, 2001/41 Karar sayılı iptal kararı ile 4447 sayılı Yasa ile 506 sayılı Yasaya eklenen Geçici 81. maddenin (B) bendi ile (C) bendini iptal etmiştir. Aynı davada iptale konu (A) bendi iptal edilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra; 4759 sayılı Yasa ile iptal edilen benderler yeniden düzenlenmiş, (B) bendine bu kez, 23.05.2002 tarihi itibarıyla saptanan sigortalılık sürelerine göre, kademeli olarak prim ödeme gün sayısı koşulu yanında kadınlarda en az 40, erkeklerde en az 44 yaşını esas alan yaş sınırları getirilmiştir.

## B- 3201 SAYILI YASA'YA GÖRE BORÇLANANLARIN DURUMU

### 1- Genel açıklama

3201 sayılı Yasa'ya göre borçlanarlardan, 506 sayılı Yasa'ya tabi olanların durumu borçlandıkları tarihe göre değişiklik göstermektedir.

4447 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 08.09.1999 tarihinden önce borçlanarlara ve bu borçlanma süresi ile yaşlılık aylığına hak kazananlar yönünden bir sorun yoktur. Türkiye'de sigortalılık süresini sağlayacak şekilde sigortalılık başlangıcı varsa bu tarih geçerlidir. Türkiye'de sigortalılık başlangıcı yoksa 3201 sayılı Yasa'nın 5. maddesine göre, borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülen tarih sigortalılık başlangıcı olarak dikkate alınır.

Yukarıdaki açıklamalara göre tespit edilen sigortalılık süresi yaşlılık aylığı için yeterli değilse; Geçici 81. maddenin (A) bendindeki düzenlemede yer alan, "Bu Kanunun yürürlük tarihinden (08.09.1999) önce yürürlükte bulunan hükümlere göre yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlar ile sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ve sigortalılık süresi 23 yıl ve daha fazla olan erkekler hakkında, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümler uygulanır." hükmünden hareketle, 506 sayılı Yasa'nın 60. maddesinin 4447 sayılı Yasa ile değişmeden önceki halindeki koşullara göre yaşlılık aylığı bağlanacaktır.

506 sayılı Yasa'nın Geçici 81. maddesinin (A) bendi kapsamına girmeyenler için ise artık 23.05.2002 tarihindeki durumlarına bakılacaktır. 4759 sayılı Yasa'nın Geçici 81. maddesinin (B) bendi bu tarih itibarıyla var olan sigortalılık

süresini esas alarak, yaşa ve prim ödeme gün sayısını esas alan kademeli geçiş sistemi öngörülmektedir.

### 2- 08.09.1999-23.05.2002 tarihleri arasında borçlanma primini ödeyenlerin durumu

4759 sayılı Yasa açıkça 23.05.2002 tarihinden önceki sigortalılık süresini esas aldığından, bu dönemde borçlanma primini ödeyenler Geçici 81. maddenin (B) bendindeki kademeli geçiş sisteminden yararlanabileceklerdir. Zira, 3201 sayılı Yasa'nın 5. maddesine göre Türkiye'de sigortalı hizmetleri olanların borçlandığı süreler prim ödeme gün sayısına katılacak, hizmeti olmayanların da sigortalılık başlangıç tarihi, borçlanmayı ödediği tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülerek bulunan tarih olacaktır. Aşağıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Yargıtay Kararlarında bu durumda olanlar ayrı olarak değerlendirilmemiştir.

### 3- 23.05.2002 tarihinden sonra prim ödeyenlerle ilgili Yargıtay uygulaması

23.05.2003 tarihinden sonra yurtdışı hizmetlerinin borçlanma tutarını ödeyenler bakımından Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Daireleri'nin çoğunluk görüşü ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarına göre, yaşlılık aylıklarının bağlanacağı tarihin tesbitinde, sigortalılık başlangıcı kabul edilse de, 506 sayılı Yasa'nın geçici 81 maddesinin (B) bendindeki kademeli geçiş sisteminin uygulanması sözkonusu olmayacak, 506 sayılı Yasa'nın değişik 60. maddesi hükmüne göre, "Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7000 gün veya kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4500 gün, mülülük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları" koşulu aranacaktır.

Sözü edilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.03.2006 gün ve 2006/21-36 Esas, 2006/80 Karar sayılı Kararına göre; "Somut olaya bakıldığında; 7.10.1948 doğum tarihli davacının yurtiçi sigortalı çalışmalarının 1.7.2000'de başladığı, davalı Kurumdan 10.9.1999 tarihi ile 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlanma isteminde bulunarak, borçlanma bedelini 12.5.2000 ta-

rihinde yatırdığı, tahsis başvurusunun 31.5.2004 olduğu ve yurtdışı borçlanma ile kazanılan 3538 gün olmak üzere toplam 4480 prim ödeme gün sayısına sahip bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 4447 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa eklenen ve 4759 sayılı Kanunun 3. maddesi ile (B ve C) bentlerinde yeniden düzenleme yapılan Geçici 81. maddesi, yaşlılık aylığına hak kazanma yönünden saklı tutulan haklar ile bu koşullara sahip olmayanlar için kademeli bir geçiş öngörmektedir.

Anılan maddenin (4447 sayılı Kanun ile eklenen) (A) bendi uyarınca,

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte;

A) Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce yürürlükte bulunan hükümlere göre yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlar ile sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ve sigortalılık süresi 23 yıl ve daha fazla olan erkekler hakkında, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümler uygulanır.”

B) Uyuşmazlık; sigortalılık bilgileri ile 506 sayılı Kanunun 60 ve Geçici 81. maddesinde belirtilen yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları dikkate alındığında davacının 1.6.2004 tarihinden geçerli olarak tahsise hak kazanıp kazanmadığı, yaşlılık aylığında kademeli geçişi öngören 4447 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun uyarınca yapılan borçlanmanın, kademeli geçişte aranan sigortalılık süresinin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Sigortalılara yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilme olanağı veren 3201 sayılı Kanunun 6. maddesi hükmü uyarınca değerlendirilen sürelerle istinaden aylık tahsisi yapılabilmesi için tahakkuk ettirilen döviz borcunun tamamının ödenmiş olması aranmaktadır.

Borçlanılan sürenin sigortalılık süresi olarak değerlendirilebilmesi, yasada belirtilen süre içerisinde olmak üzere borçlanma primlerinin Kuruma ödenmiş olması koşuluna bağlı bulunmaktadır. Yasada belirtilen borçlanma koşulları gerçekleşmeden, yurtdışında geçen sürenin si-

gortalılık süresi olarak değerlendirilmesine yasa olarak bulunmamaktadır.

4447 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa eklenen Geçici 81. maddesinin yürürlüğe girdiği 8.9.1999 tarihi itibarıyla davacının tahsis kapsamında değerlendirilecek her hangi bir sigortalılık süresi bulunmamaktadır. Yurt dışı borçlanma talebi ve borçlanma bedelinin ödenmesinin ise anılan maddenin yürürlüğünden sonraki tarihlerde yapıldığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Geçici 81. maddede öngörülen geçiş dönemi yaşlılık aylığı koşullarının belirlenmesinde sigortalının, (maddenin A bendi uyarınca) 8.9.1999 tarihinde, (B ve C bentleri uyarınca) 23.5.2002 tarihinde mevcut ve geçerli sigortalılık sürelerinin dikkate alınması yasa gereğidir.

Geçici 81. maddenin (A) bendinin yürürlük tarihinden sonra yurt dışı çalışmaların borçlanması yoluyla elde edilen sigortalılık süresi dikkate alınarak, davacının 4447 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan yaşlılık aylığı koşullarından yararlandırılmasını sağlayan Geçici 81. maddenin (A) bendi uyarınca isteminin kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” denmektedir.

Öte yandan; Yargıtay 10. ve 21. Hukuk Daireleri'nin yerleşmiş içtihatları ile aynı yönde olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 03.11.1999 gün ve 1999-10/654 Esas, 1999/899 Karar sayılı Kararı, aynı şekilde 23.01.2001 gün ve 2001/10-232 Esas, 2001/272 Karar sayılı Kararı, ilk defa Almanya'da sigortalı bir işte çalışmaya başlayan ve 3201 sayılı Yasa'ya göre borçlanan Türk vatandaşının, 506 sayılı Yasa'ya göre; sigortalılık başlangıcının sosyal güvenlik sözleşmesi gereğince Almanya'da ilk defa sosyal sigortaya girdiği tarih olduğu yönündedir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 19.10.2009 gün ve 2008/13091 Esas, 2009/13006 Karar sayılı Kararında, Hukuk Genel Kurulu kararı gerekçe gösterilerek aynı yönde bozma kararı verilmesine karşın “davacının sigortalılık başlangıç tarihinin 22.07.1977 olduğu ve tahsis talep tarihi olan 31.12.2007 tarihi itibarı ile 3201



sayılı Yasa kapsamında Almanya'da geçen 22.07.1977-22.05.1996 tarihleri arasındaki çalışmalarından 5000 günü kuruma borçlanarak 30 yıldan fazla sigortalılık süresi ile 5000 gün prim ödemesi bulunduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık davacının yaşlılık aylığı şartlarının yurt dışı borçlanmasını yaptığı tarih olan 27.12.2007 tarihinde yürürlükte olan 506 sayılı Yasa'nın 60/A-b maddesi uyarınca mı yoksa 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Yasa'nın 17 maddesi ile 506 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 81. maddesi hükümlerine göre mi belirleneceği noktasında toplanmaktadır." denmektedir. Karardan anlaşılacağı gibi, sigortalılık süresine esas sigortalılık başlangıcı kabul edilmesine karşın, 08.09.1999 tarihinde henüz borçlanma bedeli ödenmediğinden, başka bir anlatımla bu tarih itibarıyla prim ödeme gün sayısı bulunmadığından hareketle Geçici 81. maddenin uygulanamayacağı kabul edilmektedir.

Bu uygulama sonucunda, özetle; 3201 sayılı Yasa'ya göre 08.09.1999 tarihinden sonra borçlanma bedelini ödeyenlerden kadınların 58, erkeklerin ise 60 yaşından önce yaşlılık aylığı almaları imkansız hale gelmektedir.

### C- YARGITAY UYGULAMALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

23.05.2002 tarihinden önce 3201 sayılı Yasa'ya göre borçlanarak primini ödeyenler, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine 4759 sayılı Yasa ile Geçici 81. maddeye eklenen (B) bendinin açık hükmü gereğince, bu tarih itibarıyla elde ettikleri prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık başlangıcına göre kademeleli sistemdeki durumlarına göre yaşlılık aylığına hak kazanacaklardır.

Uyuşmazlığın çözümü; 506 sayılı Yasa'nın Geçici 81. maddesinin (B) bendinde yer alan sürenin "sigortalılık süresi" mi, "prim ödeme gün sayısı" mı olduğu noktasında toplanmaktadır. Gerek 4447 sayılı Yasa ile ve gerekse Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra 4759 sayılı Yasa ile getirilen (B) bendinde açıkça "sigortalılık süresi"nden söz edilmektedir.

"Sigortalılık süresi" uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin bir kavram olup, sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak ilk defa çalışmaya baş-

lanılan "sigortalılık başlangıcı" tarihi ile yaşlılık sigortasından tahsis talebinde bulunulan veya ölüm sigortası bakımından sigortalının ölüm tarihine kadar geçen zaman dilimidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda sözü edilen kararında, Almanya'da çalışarak borçlanan Türk vatandaşları yönünden, Sosyal Güvenlik Sözleşmesi gereğince Almanya'daki ilk sigortalılık tarihi sigortalılık başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Bu durumda Almanya'dan gelerek borçlananlar için sigortalılık süresi bu tarihten başlar. Geçici 81. maddenin (B) bendinin uygulanmasının sözkonusu olduğu durumlarda, aksinin uygulandığı açıklanmışsa da Hukuk Genel Kurulu Kararı "sigortalılık süresini" değil "prim ödeme gün sayısını" esas almış olmaktadır. Keza 21. Hukuk Dairesi'nin kararlarında da açıkça Almanya'daki sigortalılık başlangıcı kabul edilmesine karşın Geçici 81. maddenin (B) bendi uygulanmamaktadır.

Sigortalılık başlangıcı yönünden, buldukları ülke ile yapılan sosyal güvenlik sözleşmelerinde açık hüküm bulunmayan veya hiç sözleşme yapılmayan ülkelerde bulunanların durumu ise 3201 sayılı Yasa hükümlerine göre değerlendirilecektir.

Sosyal güvenlik sözleşmelerinde özel hüküm bulunmayan veya sözleşme imzalanmayan ülkelerdeki çalışmalarını borçlananlar yönünden sigortalılık başlangıcının ve dolayısıyla sigortalılık süresinin nasıl hesaplanacağı, 3201 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, borçlanma konusu hizmetlerinden sonra Türkiye'de tescili bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık başlangıcı, tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek bulunacak, hiç tescili olmayanlar için de borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacaktır.

Türkiye'de sigortalı olarak tescili bulunanlar Geçici 81. maddenin (B) bendinden yararlanırken tescili bulunmayanların yararlanamaması bir eşitsizliğe yol açmaktadır.

Sonuç olarak; 3201 sayılı Yasa'ya göre sonradan borçlananların, 506 sayılı Yasa'nın Geçici 81. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihte hiç hizmetlerinin bulunmadığı gerekçesiyle 81/B maddesinin uygulanmaması, 3201 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde açıkça yazılı olan hakların ortadan kaldırılmasına yol açmaktadır.

Prof. Dr. Ahmet KIRMAN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Şirketlerin Prim Borçlarından Dolayı Üst Düzey Yöneticilerinin Sorumlulukları

16 Haziran 2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 88. maddesinin ilk şekline göre tüzel kişilerin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri prim borçlarının ödenmesi bakımından işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur.

5510 sayılı Kanun’un 88. maddesindeki bu hüküm 17 Nisan 2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun’un 52. maddesi ile değiştirilerek prim ödemelerinden sorumlu kişilerin kapsamı genişletilmiş ve sigorta primlerinin ödenmemesi halinde, işverenlerin yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici ve yetkilileri ile Kanuni Temsilcileri işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır.

Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları T.T.K.’nın 336. maddesinde “Mesuliyet” başlığı altında açıklanmıştır. Bu hükme göre yönetim kurulu üyeleri şirket namına yapılmış işlemlerden şahsen sorumlu tutulamazlar. Yönetim kurulu üyelerinin işveren

ile birlikte müşterek sorumluluğu kendilerine yüklenen görevleri kasten veya ihmal sonucu yapmamaları halinde doğmaktadır.

Görülebileceği üzere, Türk Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyeleri için kusurlu sorumluluk aramaktadır. Ancak gerek 5510 sayılı Kanun gerekse 6183 sayılı Kanun ile yönetim kurulu üyelerine icracı olsun olmasın şirketin borçlarından dolayı müteselsil sorumluluk getirilmiştir. Bu sorumluluk temel kanun olan T.T.K. hükümleri ile çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır.

5510 sayılı Kanun’un 88. maddesine göre, prim borçları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip edilmektedir.

Bu kanun hükümlerine göre idare ödenmeyen prim borçları için;

- Ödeme Emri Gönderme,
- Teminat İsteme,
- Haciz,
- Yurtdışına Çıkma Yasağı,

şeklindeki yaptırımları uygulayabilme imkânına sahiptir.

**Uygulamada şirket tüzel kişiliğinin mal varlığı yeterince takip edilmemekte şirket nezdinde gerekli haciz işlemleri gerçekleştirilmeden, doğrudan yönetim kurulu üyelerinin ve üst düzey yöneticilerinin mal varlığına haciz getirilmek veya yurtdışı yasağı konmak suretiyle borcun kolay yoldan tahsili tercih edilmektedir.**

Prim borcunun geç yatırılması veya hiç yatırılmamasında icrai bir kusuru olmayan yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu tutularak tüm mamelekine haciz konması, yurtdışı çıkışı yasağı getirilmesi öncelikle T.T.K. hükümleri ile bağdaşmamaktadır. T.T.K.'da yönetim kurulu üyelerine şirket adına yapılmış işlemlerden şahsen sorumlu tutulmamaları, kasit ve ihmale bağlı olarak kusurlu sorumluluk getirilmiş olması anonim şirket ortaklık yapısı ve yönetim şekline uygun bir sorumluluktur.

6183 ve 5510 sayılı Yasalarla getirilen müşterek ve müteselsil sorumluluk hükümleri anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeliği yapacak basiretli yöneticilerin ortaya çıkmasını güçleştirmekte ve ticari hayatı zorlaştırmaktadır.

6183 sayılı Kanuna göre tahsil edilemeyen amme alacağı terimi;

*“Amme borçlusunun bu kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin amme alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen amme alacaklarını”* ifade etmektedir.

Görüleceği üzere, 6183 sayılı Kanun ve 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesine göre prim borçlarının öncelikle işveren nezdinde yapılacak yasal takibatlarla sağlanması, üst düzeydeki yönetici ve yetkililer nezdinde yapılacak takibata başlanabilmesi için ise işveren nezdindeki yasal takibatın sonuçsuz kalması gerekmektedir.

Gerçekte 6183 sayılı Kanun hükümlerinde de bu esas geçerlidir, ancak uygulamada şirket tüzel kişiliğinin mal varlığı yeterince takip edilmemekte şirket nezdinde gerekli haciz işlemleri gerçekleştirilmeden, doğrudan yönetim kurulu üyelerinin ve üst düzey yöneticilerinin mal varlığına haciz getirilmek veya yurtdışı yasağı konmak suretiyle borcun kolay yoldan tahsili tercih edilmektedir. Bu da yönetim kurulu üyelerini ve üst düzey yöneticileri mutazarrır etmektedir. Oysa tüzel kişiliğin tüm mal varlığının haciz ve paraya çevrilmesi işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve borcun bu yoldan sağlanan gelire karşılanmasının esas olması gerekir.

Üst düzey yönetici ve yönetim kurulu üyelerinin mal varlığına gidilebilmesi için şirket mal varlığı üzerinde yapılan takibatların sonuçsuz kalması gerekmektedir. Şirket yöneticilerini son derece rahatsız eden bu uygulamaların ortadan kaldırılması için gereken düzenlemelerin yapılması zarureti mevcuttur. Anonim şirketlerin sağlıklı yönetim ve idaresinin sağlanması için çalışacak özverili insanların ortaya çıkması ancak bu düzenlemelerin yapılabilmesi halinde mümkün olabilecektir.

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## 2010 Senesinde Uygulanacak İstihdam Teşvikleri

Ekonomide yaşanan sıkıntıların daha yoğun olarak hissedileceği 2010 senesinde son olarak açıklanan işsizlik rakamları konunun ne derece ciddi olduğunu göstermektedir. Türkiye İstatistik Kurumu tarafından son olarak açıklanan resmi rakamlar sonrasında Türkiye’de işsizlik oranı %14, işsiz sayısı da 3.471.000 oldu<sup>1</sup>. Burada işsizlik oranı olarak belirtilen %14’ün ötesinde tarım dışı işsizlik oranı %17,4 olarak gerçekleşmiştir. Bu oran erkekler bakımından %16, kadınlar bakımından ise çok daha yüksek bir oranda %21,9 olmuştur. 8 Mart Dünya Kadınlar Günü öncesinde ülkemizde kadınların iş hayatındaki durumunu gösteren bu sonuç maalesef üzücüdür. Kentlerde işsizlik oranı ise genel işsizlik oranının üzerinde olarak %16,6’dır. Bu kadar yüksek işsizlik oranlarının olduğu ülkelerde zaten ekonomik problemin olmadığından bahsetmek mümkün değildir.

Bütün bunların ötesinde resmi rakamlara göre herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna kayıtlı olmadan çalışanların oranı %43,8 olarak gerçekleşmiştir. 2009 yılında bir önceki yıla

göre tarım sektöründe sosyal güvenlikten yoksun çalışanların oranı %85,8 olurken, tarım dışı sektörlerde %30,1 olmuştur. Bu rakamın aslında çok daha yüksek olduğu, gizli işsizlikle birlikte çalışan kesimin önemli bir kısmının kapsam içine girdiği görülmektedir. Bu durumda şu anda ülkemizin içinde bulunduğu istihdam sorunu en önemli birkaç sorundan biri haline gelmiştir. Oysa işsiz sayısındaki artışa karşılık yeni istihdam yaratma konusundaki çalışma ve gelişmeler aynı hızla seyretmemektedir.

Bu yöndeki çalışmalardan bir tanesi 2010 senesinde daha önce yararlanılan istihdam teşviklerinde uzatma kararı alınmasıdır. 5.2.2010 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 5951 sayılı Kanun çerçevesinde uygulanmakta olan bazı istihdam teşviklerinden yararlanma süreleri uzatılmıştır.

Bunları şu şekilde belirtebiliriz:

- Altı ay süresince işveren sigorta payının İşsizlik Fonu’ndan karşılanması,
- 5084 sayılı Kanun’daki istihdam teşviklerindeki değişiklik,



## Konuya istihdam ihtiyacı açısından bakınca olumlu bir görüntü olarak yorum yapabilme imkânı ortaya çıkabilmesine rağmen, söz konusu teşviklerin yeterli ve problemi çözücü nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir.

- Kısa çalışma ödeneğinde artırılan süre ve miktarlar.

Öncelikle altı ay süresince işveren sigorta payının İşsizlik Fonu'ndan karşılanması konusunda 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun geçici 9. maddesi gereğince 18.08.2009 – 31.12.2009 tarihleri arasında işe alınan ve 2009 Nisan ayındaki işçi sayısının üzerindeki ilave çalıştırılan işçinin işveren sigorta payı altı ay süresince İşsizlik Fonu'ndan karşılanıyordu. 5951 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle işe alma zamanı 31.12.2009 tarihinden 31.12.2010 tarihine uzatılmıştır. Bu durumdan 2010 tarihinde işe alınacak işçiler yönünden de yararlanılacaktır.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 23.2.2010 tarihli 2010-33 sayılı Genelgesi'nde de bu konuda açıklamalar yer almaktadır. Düzenleme ile birlikte 2010 senesinde işe alınan, işe giriş tarihinden önceki üç aylık dönemde başka bir yerde çalışmayan, işte bilfiil çalışan ve işverenin 2009 Ekim ayında çalıştırdığı işçi sayısına ilave olarak işe alınan işçilerin sigorta primi işveren payları 6 ay süreyle İşsizlik Fonu'ndan karşılanacaktır.

5084 sayılı Kanun'la ilgili olarak da bir değişiklik söz konusudur. Buna göre, 5084 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında 31.12.2009 tarihine kadar uygulanmak üzere mevcut Kanun kapsamındaki illerde on işçiden fazla çalıştırılan işyerlerinde sigorta primi işveren payının belli bir bölümü Hazinece karşılanıyordu. Yapılan değişiklik ile bu teşvikten yararlanma süresi 31.12.2012 tarihine kadar uzatılmıştır.

Kanun kapsamına giren 49 il ile Gökçeada ve Bozcaada'da faaliyet gösteren gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olan işverenlerden res-

mi nitelikteki işyerleri ve ihale konusu işler hariç olmak üzere on ve üzerinde sigortalıyı fiilen çalıştıranlar bu teşvikten yararlanacaklardır.

Son olarak daha önce kısa çalışma ödeneğinde artırılan süre ve miktarlara 2010 yılında da uygulanmaya devam edileceği hükme bağlanmıştır. Hatırlanacağı üzere, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda 2009 yılında yapılan değişiklik ile kısa çalışma ödeneğindeki üç aylık süre altı aya, kısa çalışma ödeneği miktarı da %50 fazlasına çıkarılmıştı. 5951 sayılı Kanun ile bu sürelerin 2010 yılında da uygulanacağı ifadesi getirilmiştir.

Konuya istihdam ihtiyacı açısından bakınca olumlu bir görüntü olarak yorum yapabilme imkânı ortaya çıkabilmesine rağmen söz konusu teşviklerin yeterli ve problemi çözücü nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir.

Konunun sadece Türkiye değil Avrupa Birliği boyutunda da önemi vurgulanmakta ve bazı tedbirler öngörülmektedir. Buna göre Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanıp 3.3.2010 tarihinde açıklanan plana<sup>2</sup> göre Avrupa Birliği gelecek 10 yılda büyümeye, istihdama ve yoksulluğun düşürülmesine öncelik verecektir. Belirlenen hedefler şunlardır:

- İşgücündeki istihdam %69'dan %75'e çıkarılacak.
- Okuldan erken ayrılanların oranı %10'a indirilerek genç nesilde üniversiteye gidebilenlerin oranı %30'dan %40'a yükseltilecek.
- Avrupa Birliği Gayrisafi Yurtiçi Hâsıla'nın %1'i olan ar-ge harcamalarının payı %3'e yükseltilecek.

**Avrupa Birliği'nce belirlenen hedefler bakımından enerji konusunun da kapsama dahil edilmesi Türkiye açısından bir başka eksiklik olan enerji politikalarını da gündeme getirmektedir. Bu alanda da acilen gelecek yılların politikalarının oluşturulması gerekir.**

- Fakirlik sınırının altında yaşayanların sayısı 80 milyondan 60 milyona düşürülecek.

- Avrupa Birliği'nin 1990 verileri esas alındığında sera gazı emisyonları 2020'ye kadar %20 düşürülecek.

- Toplam enerji ihtiyacının %20'si yenilenebilir kaynaklardan elde edilecek ve enerji tüketiminde %20 tasarruf sağlanacak.

Avrupa Birliği'nce belirlenen hedefler bakımından enerji konusunun da kapsama dahil edilmesi Türkiye açısından bir başka eksiklik olan enerji politikalarını da gündeme getirmektedir. Bu alanda da acilen gelecek yılların politikalarının oluşturulması gerekir.

Teşvik düzenlemeleri ile bunun uygulamaya yansımalarının sonuçlarına baktığımızda beklenen başarının sağlanamadığı görülmektedir. Burada ekonomik krizin çok ciddi etkilerinin yaşandığı ve yaşanacak olduğu ülkemizde teşvik politikalarında da aksaklıklar bulunmaktadır. 2009 senesinde işsizlik oranının en hızlı artış gösterdiği bölgelerde, teşvik belgesine bağlanan yeni yatırımlar ve bu yatırımlarla yaratılacak olan istihdamda hızlı düşüşler gerçekleşmesi<sup>3</sup> bu sorunların bir göstergesidir. Örneğin işsizlik oranının en hızlı yükseldiği İstanbul'da işsizlerin sayısı 753.000'e, oranı ise %16,8'e yükseldi. İstanbul bakımından teşvik belgesine bağlanan yatırımlar 2008 senesine göre %50,2 azalmış, bu yatırımların yaratacağı düşünülen istihdam da %44 azalmıştır.

Yeni yatırımlarla yaratılacak istihdam konusunda en büyük düşüş ise Aydın, Denizli, Muğla bölgesinde %64,2 ile gerçekleşirken; Balıkesir, Çanakkale'de ise bu oran %61,4; Ankara'da %45,3 oldu. Bunun yanında Konya, Karaman bölgesinde %127,5; Van, Muş, Bitlis, Hakkâri'de bu oran %89,2; Mardin, Batman, Şırnak, Siirt'de %85,7; Ağrı, Kars, Iğdır, Ardahan'da ise %74,6 olarak gerçekleşti.

Bu sonuçlar getirilen teşviklerin istihdam bakımından yararlı olmadığını göstermektedir. Her ne kadar bazı bölgelerde yararlı sonuçlar da vermiş bulunmakla birlikte ülkemizin bir başka önemli sorunu olan ölçek büyüklüğü ve bu kapsamda işsiz sayısı dikkate alındığında İstanbul faktörü ve toplamda da yine düşüş unsuru ön plana çıkmaktadır.

Bütün bu sonuçlar dikkate alındığında teşvik politikalarının ve düzenlemelerinin özellikle istihdam boyutunun ciddi bir biçimde gözden geçirilmesi gerekmektedir. Sadece süre uzatmak, verilen teşviklerde olumlu bir sonuca yol açmayacaktır. Gerekli adımlar atılmazsa Türkiye'de bugün olduğu gibi önümüzdeki yıllarda da en önemli ekonomik ve sosyal problem istihdam olacaktır. Bunun için Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi uzun vadeli bir program oluşturularak gerekli hukuki ve ekonomik altyapının bir an önce oluşturulması gerekmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 Türkiye İstatistik Kurumu, Haber Bülteni, 2 Mart 2010.
- 2 EUROPEAN COMMISSION, EUROPE 2020, A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM(2010) 2020, Brussels, 3.3.2010, [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100303\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100303_1_en.pdf).
- 3 Naki Bakır, "Teşvikler İstihdama Yaramadı", Dünya Gazetesi, 4.3.2010, s.2.

# 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**  
**Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No. 268, MESS Şişli 34381 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.)

Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

İstanbul Arel Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksek Okulu

# İşçiye Ödenecek Bazı Tazminatların Vergi Hukuku Bakımından Durumu

## 1. GİRİŞ

Bu yazıda, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, iş kazası tazminatı, iş güvencesi tazminatı gibi işçiye ödenecek bazı tazminatların vergi hukuku bakımından durumunu ele alacağız. Konumuz bu tazminatların ne olduğunu ve nasıl hesaplandıklarını açıklamak olmadığı için, sadece vergi boyutuyla incelenecektir<sup>1</sup>.

## II. VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN KIDEM TAZMİNATI

Kıdem tazminatının vergilendirilmesi, Gelir Vergisi Kanunu (GVK)'nın 25/7 maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre; kıdem tazminatının vergilendirilmesi için 1475 sayılı İş Kanunu veya 854 sayılı Deniz İş Kanunu veya 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun hükümlerine uygun olarak ödenmesi gerekmektedir.

İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nda işçiye ödenecek kıdem tazminatı sınırlandırılmıştır.

Bu nedenle bu yasaların koyduğu sınırlar içinde ödenen kıdem tazminatı ücret olarak vergilendirilmeyecektir.

Kıdem tazminatından sadece binde 6,6 damga vergisi kesintisi yapılarak, işçiye ödenecektir. Gelir Vergisi Kanunu md. 25/VII'ye göre, İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na göre ödenen kıdem tazminatından gelir vergisi kesilmez. Bunun İş Kanunu'na göre ödenen kıdem tazminatının ise 24 aylığı aşmayan miktarı vergi dışıdır.

1475 ve 854 sayılı Kanunlara göre kıdem tazminatı aşağıdaki koşullara uygun olarak ödenmelidir:

1. Kıdem tazminatı hakkının doğması için çalışma süresinin 1 yılı geçmesi gerekir. Çalışma süresi 1 yıldan az ise, kıdem tazminatı ödeme zorunluluğu yoktur. Ödeme yapılırsa, kıdem tazminatı niteliğinde olmadığından ücret olarak vergilendirilmesi gerekir.

2. İş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi veya işçinin emeklilik nedeniyle işten ayrılması gerekir. İşçi haklı sebep olmadan kendi arzusu ile işten ayrılırsa, kıdem tazminatı



## Kıdem tazminatı ücret olarak vergilendirilmiş olmasına bakılmaksızın ticari kazançtan indirilecektir.

ödenmeyecektir. Ödenmesi durumunda ücret istisnasından yararlanmayacak, vergilendirilecektir.

3. İşçinin işine kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek nedenlerle son verilmiş olmalıdır. İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde sayılan kıdem tazminatı gerektirmeyen nedenlerle işçinin sözleşmesine son verilmişse ve kıdem tazminatı ödenirse, İş Kanunu'na göre ödenen kıdem tazminatı niteliğinde olmayacağı için vergilendirilecektir.

4. Kıdem tazminatı işçinin son ücreti üzerinden hesaplanacaktır. Son ücret kapsamına asli ücretle birlikte, prim, ikramiye, konut bedeli, çocuk zammı, yemek bedeli, yakacak ve aydınlatma karşılığı ödenenler gibi yan ücretler de dahildir. Dolayısıyla bunlar katılarak bulunan ücret üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı vergilendirilmeyecek, fazlası vergilendirilecektir. Kıdem tazminatı ücret olarak vergilendirilmiş olmasına bakılmaksızın ticari kazançtan indirilecektir.

Sözleşme gereği tahsil edilen kıdem tazminatlarının ileri tarihte ödenecek olması halinde kıdem tazminatının tahakkuk ettiği dönemin geliri kabul edilerek ilgili dönemin kurumlar vergisi matrahına dahil edilmesi gerekmektedir. Çünkü safi kurum kazancının tespitinde Gelir Vergisi Kanunu'nun ticari kazanç hakkındaki hükümleri uygulanmakta ve ticari kazancın hesaplanmasında da tahakkuk esasının geçerli olduğu kabul edilmektedir. Çalışanın bir şirkette çalışırken kıdem tazminatı hak ederek işten ayrılması ve kıdem tazminatının şirketçe ödenmesi halinde, Gelir Vergisi Kanunu'nun 40/3. maddesi hükümlerine göre gider olarak Kurumlar Vergisi matrahından indirilmesi mümkündür<sup>2</sup>.

Kıdem tazminatının geç ödenmesi nedeniyle bir de faiz ödenmesi durumunda, yapılan ödeme Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde tanımlanan ücret olarak nitelendirilmemektedir.

Fakat, yapılan faiz ödemesi aynı Kanun'un 75/6 ıncı maddesine göre alacak faizi niteliğinde kabul edildiği için Gelir Vergisi Kanun'un 85, 86 ve 87. maddeleri uyarınca tevkif yoluyla vergilendirilmemiş menkul sermaye iradı olarak bunu elde edenlerce yıllık beyanname ile beyan edilmesi gerekmektedir<sup>3</sup>.

1 Sıra No.lu Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği'ne göre işletmeler tarafından ilgili kanunlarda yer alan esaslara göre kıdem tazminatlarından dönem içinde ödenmeyen kısım için karşılık ayrılması zorunludur<sup>4</sup>. Fakat ayrılan kıdem tazminatı karşılıkları vergi kanunları açısından kanunen kabul edilmeyen gider olarak değerlendirilecek ve ticari kazançta veya kurum kazancına eklenecektir. Çünkü Gelir Vergisi Kanunu'nun 40. maddesinin 3. bendine göre işle ilgili olmak şartıyla, mukavelenameye veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar ziyan ve tazminatların gelir vergisi matrahından indirilebileceği hükmü vardır. Ayrıca, Vergi Usul Kanunu'nun 288. maddesinde de karşılıklar, ortaya çıkan veya ortaya çıkması beklenen, ama miktarı kesin olarak tahmin edilemeyen ve teşebbüs için borç niteliği arz eden belli zararları karşılamak amacıyla hesaben ayrılan tutarlar olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle gelecek dönemler için kıdem tazminatı karşılığı ayrılması halinde, bu karşılıklar kazançtan gider olarak indirilememektedir. Ancak cari dönemde ödenen kıdem tazminatlarından karşılık ayrılmış olanların ise, ayrılan karşılık kadar olan kısmı cari dönemde giderleştirilebilir<sup>5</sup>. Bu konuda aksi yönde görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, karşılık ayrılmasının, bir değerlendirme işlemi olduğu ve değerlendirme ile ilgili hükümlerin Vergi Usul Kanunu'nda yer aldığı ifade edilmekte ve Vergi Usul Kanunu'na uygun olarak belirlenen kazançta ancak maddi vergi kanunlarında sayı-

**Kıdem tazminatı gelir vergisinden istisna edilmiştir ve sadece binde 6,6 damga vergisine tâbidir. İhbar tazminatından ise hem gelir vergisi ve hem de binde 6,6 damga vergisi kesilir.**

lan (GVK.'nın 41. maddesi KVK.'nın 11. maddesi, Motorlu Taşıtlar Kanunu, Özel İletişim Vergisi Kanunu gibi) ödemelerin eklenebileceği ve bu kanunlar dışında muhasebe uygulama tebliği ile Vergi Usul Kanunu gereğince belirlenmiş kazancın üzerinde matrah saptanması mümkün olmadığı belirtilmektedir<sup>6</sup>.

### III. VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN İHBAR TAZMİNATI

Kıdem tazminatı gelir vergisinden istisna edilmiştir ve sadece binde 6,6 damga vergisine tâbidir. İhbar tazminatından ise hem gelir vergisi ve hem de binde 6,6 damga vergisi kesilir. İhbar tazminatı adı altında yapılan ücret ödemesi, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen işten çıkma ya da işsizlik sebebiyle verilen tazminat olarak kabul edilemez. Dolayısıyla da gelir (stopaj) vergisine tabi tutulması icap eder.

**2010 Gelir Vergisi Tarifesi**

8.800 TL'ye Kadar			15%
22.000 TL'nin	8.800 TL'si için	1.320 TL, fazlası	20%
50.000 TL'nin	22.000 TL'si için	3.960 TL, fazlası	27%
50.000 TL'den fazlasının	50.000 TL'si için	11.520 TL, fazlası	35%

Asgari geçim indirimi uygulamasına ilişkin 265 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde, Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesi kapsamında değerlendirilen ücret geliri elde edenlerin, asgari geçim indiriminden yararlanacakları açıklanmıştır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesine göre de ücret, işverene tabi ve belirli bir iş yerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. 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 edil-

miş bulunması onun mahiyetini değiştirmez. İhbar tazminatları ücret sayılarak gelir vergisine tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda, asgari geçim indirimi uygulamasında, ihbar tazminatlarının da ücret olarak değerlendirilmesi, ödemenin yapıldığı aya ilişkin asgari geçim indirimi tutarını aşmamak üzere, ihbar tazminatı üzerinden hesaplanan gelir vergisinin de mahsup edilmesi gerekir.

### IV. VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN İŞE BAŞLATMAMA TAZMİNATI

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 aşağıdaki geçici 77. madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 77- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi uyarınca işverenlerce işçiye ödenen işe başlatmama tazminatları, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı gelir vergisi tevkifatına tabi tutulan mükelleflerin; tarha yetkili vergi dairelerine başvuruları ve dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltmeye ilişkin hükümleri uyarınca tahsil edilen gelir vergisinin red ve iade işlemleri yapılır.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esası belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir."

Bu hükümler, Kanun'un yayımı tarihi olan 03.07.2009'da yürürlüğe girmiştir.

Buna karşılık, "boşta geçen zaman için yapılan ödemeler", ücret olarak değerlendirilip gelir vergisine tabi tutulacaktır.

### V. VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN İŞ KAZASI TAZMİNATI

Gelir Vergisi Kanunu'nun 40/3. maddesine göre "İşle ilgili olmak şartıyla mukavelemeye

## “Boşta geçen zaman için yapılan ödemeler”, ücret olarak değerlendirilip gelir vergisine tabi tutulacaktır.

veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar” gider olarak yazılabilmektedir. Buna karşılık aynı Kanun’un “kanunen kabul edilmeyen giderler”i düzenleyen 41/6. maddesinde “teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatlar”ın gider yazılamayacağı kabul edilmiştir. Kurumlar Vergisi Kanunu md. 11/g’de de aynı esaslar benimsenmiştir. Bu maddelerden, ticari faaliyetle ilgili olmak kaydı ile ve suç oluşturmamak koşulu ile sözleşmeye veya mahkeme kararına yahut kanun emrine istinaden ödenen tazminatların gider yazılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Suç kavramı, hukuk düzeninin ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımına bağladığı yasaklanmış davranışı ifade etmektedir. Dolayısıyla iş kazasının oluşumunda işverenin suç niteliğinde fiili söz konusu değilse, işçiye veya mirasçısına yahut yaptığı masrafların rücuu dolayısıyla SGK’ya ödenen tazminatın gider yazılabilmesi gerekmektedir<sup>7</sup>. Buna karşılık Maliye Bakanlığı teşkilatının vermiş olduğu özelgelerde, kanunun lafzi yorumu ile çelişir şekilde, işverenin ödediği tazminatın işverenin kusurlu olduğu orana tekabül eden kısmının gider yazılamayacağı görüşü kabul edilmektedir. Örneğin Gelir İdaresi Başkanlığı 31.01.2007 tarihli özelgesinde, Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı 11.01.2008 tarihli özelgesinde, ödenen tazminatın işverenin kusuruna tekabül eden kısmının gider yazılamayacağı görüşü benimsenmiştir. Kısacası Bakanlık, Kanun’un lafzında yer alan “suç” kavramını, “kusur” olarak anlamaktadır. Oysaki kusur, farklı bir kavramdır. Bütün kusurlu hareketler, aynı zamanda suç oluşturmaz. Bu nedenle Bakanlığın görüşüne katılmak mümkün değildir<sup>8</sup>. Nitekim yargı da bu görüşe katılmamaktadır. Danıştay 3. Dairesi, 05.04.1995 gün ve E.1994/2892, K.1995/1147 sayılı Kararı’nda, iş kazası nedeniyle işçisine kusuru oranında mahkeme kararına göre tazminat ödeyen ve ödediği tazminatı gider yazan

bir mükellef aleyhine tazminatın işverenin kusuru dolayısıyla ödendiği ve bu sebeple gider yazılamayacağı sebebiyle yapılan cezalı tarhiyati, teşebbüs sahibine olayın oluşumu dolayısıyla suç izafe edilmediği gerekçesiyle kaldırmıştır<sup>9</sup>.

GVK.’nın 25/1 maddesinde; maddede sayılan tazminat ve yardımların gelir vergisinden istisna olduğu belirtilmiştir. Mütferrik istisnalar bölüm başlığı altındaki “Ücretlerde” madde başlığı ifadesi taşıyan 23. madde hükmü ile, gider karşılıkları başlığını taşıyan 24. madde hükmü hizmet akdi ile çalışan ücretlilere yapılan bazı ödemelerin vergiden istisnasını hükme bağlamıştır. Oysa 25. maddenin 1. bendindeki “ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve yapılan yardım” deyişinin iş sözleşmesi ile çalışan ücretlilerle sınırlı olup olmadığı belirtilmiş değildir. Dolayısıyla bu tazminat ve yardımların iş sözleşmesi ile çalışanlara ödenmesi veya iş sözleşmesi ile çalışmayanlara ödenmesi ticari kazançtan indirilme açısından farklı olacaktır. İş sözleşmesi ile çalışanlara ödenmesi durumunda, ticari kazançtan indirilecektir. İş sözleşmesi ile çalışanlar dışındaki ödenmesi durumunda bu ödemenin gelir niteliğinde olduğu da tartışmalıdır. Ancak bu nitelikteki ödemeler ilke olarak ticari kazançtan indirilemeyecektir. GVK.’nın 25/1 maddesinde vergiden istisna edildiği belirtilen bu tazminatlar için herhangi bir kısıtlama getirilmiş değildir. Bir ölçü getirilmemiş olduğundan, bu tazminatların tutarı ne olursa olsun gelir vergisine tabi olmayacaktır. Ancak düzenlemenin tazminatı alan yönünden yapıldığı gözden uzak tutulmamalıdır. Tazminatı ödeyenin ticari kazancından indirmesinin koşulları farklıdır. Bu tazminatın ticari kazançtan indirilebilmesi için ya GVK.’nın 40/3 maddesi kapsamında olması

**03.07.2009 tarihinden itibaren iş güvencesi kapsamındaki işçilere ödenen işe başlatmama tazminatları ise, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz.**

ya da gelirin elde edilmesi ve idame ettirilmesi için ödenmiş yani GVK.'nın 40/1 kapsamında sayılması gerekir. İşveren tarafından ödenen ölüm, sakatlık, hastalık veya işsizlik tazminatı hizmet akdinin bir gereği ise, gene ticari kazançtan indirilebilecektir. Ancak bu nitelikteki tazminat elde edenin geliri olarak vergilendirilmeyecektir. İş sözleşmesi ile çalışanlar yönünden ölüm tazminatının durumu farklıdır. Ölüm tazminatı, işçinin ölümü nedeniyle yakınlarına ödenebileceği gibi; yakınlarının ölümü nedeniyle işçiye ödenmiş olabilir. Her iki halde de iş sözleşmesi gereği ölüm tazminatı veya yardımı ödeniyorsa ticari kazançtan indirilebilecek, ücret olarak da vergilendirilmeyecektir.

## VI. SONUÇ

Kıdem tazminatı gelir vergisinden istisna edilmişken ve sadece binde 6,6 damga vergisine tâbi iken, ihbar tazminatından hem gelir vergisi ve hem de binde 6,6 damga vergisi kesilir. 03.07.2009 tarihinden itibaren iş güvencesi kapsamındaki işçilere ödenen işe başlatmama tazminatları ise, damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz.

GVK.'nın 25/1 maddesinde; maddede sayılan tazminat ve yardımların gelir vergisinden istisna olduğu belirtilmiştir. İşverence iş kazası tazminatı veya yardımı ödeniyorsa ticari kazançtan indirilebilecek, ücret olarak da vergilendirilmeyecektir.

## DİPNOTLAR

- 1 Hesaplama örneklerini de içeren geniş bilgi için bkz. Ayşe YİĞİT ŞAKAR/Müjdat ŞAKAR, İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukuku Açısından İşçiye Ödenecek Tazminatlar, Yaklaşım Yayınevi, Ankara 2010.
- 2 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.34.16.01/GVK-40/3-12210 Sayı ve 17.01.2006 tarihli özelgesi.
- 3 Maliye Bakanlığı'nın B.07.0.GEL.0.40/4061- 20/14271 Sayı ve 04.04.1997 tarihli özelgesi.
- 4 Danıştay; "213 sayılı Vergi Usul Kanununun 288. maddesine göre "Hasıl olan veya husulü beklenen fakat miktarı katıyetle kestirilmeyen ve teşebbüs için bir borç mahiyeti arz eden belli bazı zararları karşılamak maksadıyla hesaba ayrılan meblağlar.." karşılık olarak tanımlanmıştır. Yasa koyucu doğmuş veya doğması beklenen ve miktarı kesin olarak saptanmayan her türlü zarar için karşılık ayrılmasını öngörmemiştir. Bilânçonun pasifinde karşılık ayrılmak suretiyle ve mukayyet değeriyle pasifleştirerek değerlendirilecek zararların, teşebbüs sahibi yönünden borç niteliğini

taşınması gerekmektedir. Gelecek yıllarda ödenme ihtimali bulunan kıdem tazminatlarının, Vergi Usul Kanununun 288. maddesinde değinilen türden bir borç niteliğini taşıdığı düşünülemez. Zira 1475 sayılı İş Kanununun 1927 sayılı Yasanın 1.maddesiyle değişik 14.maddesinde, bu kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin; işveren tarafından ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedenler dışında feshi, işçi tarafından bildirimsiz fesih hakkının kullanılarak feshi, muvazzaf askerlik hizmeti yahut da işçinin bağlı bulunduğu Kanunla kurulu kurum veya sendikalardan yaşlılık, emeklilik, malüllük aylığı ya da toptan ödeme olmak amacıyla feshi nedeniyle işçiye kıdem tazminatı ödeneceği hükme bağlanmıştır. Hizmet sözleşmesinin ne zaman ve hangi nedenle sona ereceği ve kıdem tazminatı almaya hak kazanıp kazanamayacağı belli olmayan işçi için, bir takvim yılı sonu itibarıyla hesaplanan kıdem tazminatının, bu nedenlerle işveren yönünden borç niteliği taşıdığını kabul etmek gerekir." şeklindeki kararıyla kıdem tazminatı için bilânçonun pasifinde karşılık ayrılmayacağı yönünde görüş bildirmiştir." Danıştay 4. Daire, E. 1983/1913, K.1984/1033, K.T. 13.03.1984.

- 5 Sema Küçük, Değerleme ve Dönemsonu İşlemleri, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2010, s. 213.
- 6 Şefik ÇAKMAK, 2008 Yılı Gelir Vergisi Beyanname Düzenleme Rehberi, Ankara 2008.
- 7 Bumin DOĞRUSÖZ, "İş Kazası Nedeniyle Ödenen Tazminatların Gider Yazılması", Yaklaşım, Temmuz 2008, Sayı: 187.
- 8 DOĞRUSÖZ, adı geçen yazı.
- 9 Veysi SEViĞ, "Vergi Hukukunda İş Kazaları Nedeniyle Ödenen Tazminatlar ve İstihdam Edenlerin Sorumluluğu", Sicil İş Hukuku Dergisi", Yıl: 3, Sayı: 11, Eylül 2008, 162.



Dr. Abdurrahman SAYGILI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Ambalaj Atıklarının “Bedelsiz” Alınması Hukuka Uygun Mu?

### 1. Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği ve Yönetmeliğin 5/d ve 12/b Maddelerinin Konusu

24 Haziran 2007 tarih ve 26562 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği’nin amacı, çevresel açıdan belirli ölçütlere, temel koşul ve özelliklere sahip ambalajların üretimi; ambalaj atıklarının çevreye zarar verecek şekilde doğrudan ve dolaylı bir şekilde alıcı ortama verilmesinin önlenmesi; ambalaj atıklarının oluşumunun öncelikli olarak önlenmesi, ama bunun mümkün olmadığı durumlarda, yani önlenemeyen ambalaj atıklarının ortaya çıktığı hallerde tekrar kullanım, geri dönüşüm ve geri kazanım yolu ile bertaraf edilecek miktarının azaltılması; ambalaj atıklarının belirli bir sistem içinde, kaynağında ayrı toplanması, taşınması, ayrıştırılması konularında teknik ve idari standartların oluşturulması ve bunlarla ilgili prensip, politika ve programlar ile hukuki, idari ve

teknik esasların belirlenmesi şeklinde 1’inci maddede ifade edilmiştir.

Yönetmeliğin amaç maddesinden de görüleceği üzere, çevre hukukunun en önemli ilkelere birisi olan “önleme ilkesi”ne yer verilmiş ve hatta bununla da yetinilmeyerek önleme ilkesinin alt ilkesi olan “kaynağında önleme ilkesi” açıkça düzenlenmiştir<sup>1</sup>. İlgili maddenin, önleme ilkesine yer vermenin yanında, onun anlamını da teorik olarak yansıtmaya çalıştığını söylemek gerekmektedir. Yönetmelikteki bu yaklaşım genel ilkeler kısmında da pekiştirilmiştir. Ambalaj atıklarının kontrolüyle ilgili genel ilkelerin belirlendiği 5’inci maddede, önleme ilkesi dışında ayrıca “kirleten öder ilkesinin” mantığına uygun düzenlemelere de yer verilmesi dikkat çekicidir.

Ancak genel ilkelerin yer verildiği 5’inci maddede ilgi çekici başka bir hüküm vardır; bu hüküm, (d) bendinde yer almaktadır. İlgili bendi göre, “ambalaj atığı üreticileri; ilgili oldukları belediyeler tarafından hazırlanarak Bakanlığa sunulan ambalaj atığı yönetim planı doğrultu-

## Yönetmeliğin 5/d maddesi ambalaj atığı üreticilerini mülkiyetlerinde bulunan ambalaj atıklarını “bedelsiz” olarak belediyenin sistemine vermekle yükümlü kılmıştır.

sunda belirlenen toplama sistemine uygun olarak biriktirmek ve bedelsiz olarak belediyenin sistemine vermekle yükümlüdürler.” Hükmün ilginç yanı, Yönetmeliğin ambalaj atığı üreticilerini mülkiyetlerinde bulunan ambalaj atıklarını “bedelsiz” olarak belediyenin sistemine vermekle yükümlü kılmasıdır. Söz konusu hükme paralel bir düzenleme, aynı Yönetmeliğin bu kez 12’nci maddesinin (b) bendinde, satış noktaları bağlamında yapılmıştır. Buna göre; satış noktaları, “ambalaj atıklarını, ilgili belediyenin sözleşme imzaladığı lisanslı toplama tesisine, belediyenin Bakanlığa sunduğu ambalaj atıkları yönetim planı doğrultusunda bedelsiz olarak vermekle” yükümlendirilmiştir.

### II. Hukuki İnceleme ve Değerlendirme

Yukarıda da belirtildiği gibi, Yönetmeliğin 5’inci maddesinin (d) bendi ve 12’nci maddesinin (b) bendi gerek ambalaj üreticileri gerek satış noktaları açısından ambalaj atıklarını “bedelsiz” olarak belediyelere ve belediyenin sözleşme imzaladığı lisanslı toplama tesislerine vermekle yükümlü kılmaktadır.

Yönetmeliğin “bedelsiz” ifadesiyle kastettiği, atık üreticileri ve satış noktalarının kendi mülkiyetlerinde bulunan ambalaj atıklarını herhangi bir iktisadi karşılık gözetmeden belediyeye ya da onun işaret ettiği tesislere vermektir. Ancak Yönetmelik bunu bir tercih olarak düzenlemekte, ilgililerine bir yükümlülük olarak yüklemektedir. Böyle bir düzenlemenin, anayasal bir hak olan mülkiyet hakkının mevcudiyeti karşısında sorun teşkil edeceği aşikârdır. Çünkü kişinin malik olduğu bir malı kendi iradesi dışında elinden çıkarmasını istemek, açıkça o kişiyi zorlamak anlamına gelmektedir. İfadeyi huku-

kun diline aktarırsak, kişinin iradesi hilafına bir hakkını kullanılması konusunda yükümlülük yüklemek, o hakkı sınırlamak anlamına gelir. Bu sınırlama, söz konusu “hakkı anlamsız hale getirip ortadan kaldırırsa özüne doku[nuyor]”<sup>2</sup> demektir.

İşte bu noktada, Yönetmeliğin ilgili düzenlemelerinin mülkiyet hakkı sınır getirdiği söylenebilir. Anayasa’nın 35’inci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir bir haktır. Bu çerçevede, mülkiyet hakkı, kanun dışında herhangi bir alt hukuki düzenlemeye konu teşkil edemez. Oysa Yönetmelikle ambalaj atıkları üzerinde mülkiyet hakları olduğu belli olan kişilerin bu hakları sınırlandırılmakta ve hak kullanılamaz hale getirilmektedir. Anayasa’nın hükmü açıktır; mülkiyet hakkı ancak kamu yararının olduğu durumlarda kanunla sınırlandırılabilir. Normlar hiyerarşisi açısından, kanundan daha alt bir düzenleme olan Yönetmelik şeklindeki bir düzenleyici işlemle bu hakka hanel getirilemez. Ancak mülkiyet hakkının da sınırsız bir hak olmadığını vurgulamak gerekir.

Çevrenin korunmasında, hiç kuşku yok ki, kamu yararı bulunmaktadır. Anayasa’nın 56. maddesinin ilk iki fıkrası çevrenin korunmasına ilişkin bir düzenleme getirmekte; herkese sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını tanımaktadır. Özellikle maddenin ikinci fıkrası, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirliliği önlemek için Devlete ve vatandaşlara ödevler yüklemektedir. Hatta bu çerçevede Çevre Kanunu çıkarılmış, çevre bütün canlıların ortak varlığı olarak kabul edilmiştir. Kanunun 2’nci maddesinde çeşitli tanımlar yapılmış, ambalaj atıkları ayrı olarak tanımlanmakla birlikte genel bir atık tanımına yer verilmiş ve atık “herhangi bir faaliyet sonucunda

**Yönetmelikle ambalaj atıkları üzerinde mülkiyet hakları olduğu belli olan kişilerin bu hakları sınırlandırılmakta ve hak kullanılamaz hale getirilmektedir.**

## Bir şeyin/ürünün atık olması için malikinin onu mülkiyetinden çıkarma iradesini göstermiş olması gerekir.

oluşan, çevreye atılan veya bırakılan her türlü maddeyi” karşılar şekilde tanımlanmıştır. Görüleceği gibi, Kanun, atığı atılan ve bırakılan şeklinde ifade etmiştir. Başka bir deyişle, atık, kişilerin iradeleriyle mülkiyetlerinden çıkaracakları “şey” olarak görülmektedir. Dolayısıyla, tehlikeli atıkların durumu hariç, bir şeyin/ürünün atık olması için malikinin onu mülkiyetinden çıkarma iradesini göstermiş olması gerekir. Aksi halde, hiçbir işine yaramasa, kullanım değeri olmasa dahi, kişi ürününü ya da bir malını ya da bir şeyi malik sıfatıyla tutmak konusunda anayasal bir hakka sahiptir. Bu çerçevede, ambalaj atığını, atık üreticisi veya satış noktası, belediyeye herhangi bir bedel talep etmeden vermek zorunda değildir. Atık üreticisi veya satış noktası, mülkiyetinde olan ambalaj atığını, sadece belediyeye ya da onun göstereceği tesislere değil, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ilgili mevzuata uygun olarak başka kişilere bedel karşılığı devredebilir.

Atıkların satış konusu olması çevre hukukçularının çok tasvip etmedikleri bir durumdur. Çünkü atıkların ve ambalaj atıklarının da nihayetinde çevreye zarar verme potansiyeli çok yüksektir ve bir de bunun ticaretinin yapılması, olası riski daha da arttırır. Atık ticareti daha doğrudan söylenirse, kirliliği pazarlamaktan başka bir şey değildir. Kapitalist sistem, yüzyıllardır doğayı tahrip etmesinin bir sonucunu, yani kirliliği şimdi bir kâr vasıtası olarak kullanmaktadır. Çok net söylemek gerekirse, ambalaj atıklarının bedel karşılığı el değiştirmesi kirlilik ticaretinin bir şeklidir. Ancak çevre hukukçusu ya da çevreyi koruma amacı güden birisi olmak, çevre lehine dahi olsa hukuka aykırı bir durumu tespit etmemenin gerekçesi olamaz. Kanımca, Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin (d) bendi ve 12'nci maddesinin (b) bendi açıkça hukuka aykırıdır. Eğer düzenleme bir kanunla yapılmış olsaydı, Anayasa'nın 56'ncı maddesi bağ-

lamında konu farklı bir şekilde de tartışılabilir, mülkiyet hakkı ile sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkının arasındaki çatışma üzerinden daha başka görüşler ileri sürülebilirdi. Ancak somut durumda, ilgililerin mülkiyet hakkından yararlanmalarını engelleyen ve onun özüne dokunan bir müdahale içeren, dolayısıyla kamu yararı amacıyla ve ancak kanunla düzenlenebilecek bedel konusunun Yönetmelikle düzenlenmesinin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorum.

### DİPNOTLAR

- 1 İlkelerle ilgili olarak bkz. Abdurrahman Saygılı, Çevre Hukuku Açısından Çevresel Etki Değerlendirmesi, İmaj Yay., Ankara 2007, s. 219-234.
- 2 Esin Örüçü, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı-Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İÜHF Yay., No: 473, İstanbul 1976, s. 49.

## Brigitte FRONEBERG

Almanya Federal İş Sağlığı ve Güvenliği Enstitüsü

# Almanya'da Sosyal Güvenlik ve Sağlık Hizmetleri ile İş Sağlığı ve Güvenliği

## 1. SOSYAL GÜVENLİK VE SAĞLIK HİZMETLERİ

Almanya'nın sosyal güvenlik sistemi, klasik beş şart olan sağlık, emeklilik, kaza, uzun süreli bakım ve işsizlik sigortasını içermektedir ve nüfusun yüzde 90'ından fazlasını kapsamaktadır. Buna ek olarak hayat boyu süren sosyal yardım, aile dengeleme planı hizmetleri (çocuk yardımı, vergi indirimi) gibi vergi-finans hizmetleri veya emekliler ve çalışamaz durumda olanlar için temel gereksinimleri sunmaktadır. Halihazırda, GSYİH'nin yüzde 27,6'sı kamu refahı için harcanmakta olup, bir karşılaştırma yapacak olursak, Amerika Birleşik Devletleri'nde bu oran yüzde 16,2, OECD ortalaması ise yüzde 20,7'dir. Almanya'nın sosyal güvenlik sistemine ilişkin genel bilgilere; <http://www.deutsche-sozialversicherung.de/en/index.html> adresinden İngilizce olarak ulaşmak mümkündür.

Almanya'nın ulusal, eyalet veya idari düzeyde merkezileşmiş bir sağlık hizmeti sistemi bulunmamaktadır. İstihdama giriş yapan her Al-

man vatandaşı, kesintiler öncesindeki düzenli gelirin aylık 400 Euro'yu aşmaması ve belirlenen yıllık limitin altında kalması halinde, otomatik ve zorunlu olarak sigortalanmaktadır. Yardımlar, doğrudan gelirden ve maaştan düşülür. Aile üyeleri ve bakmakla mükellef oldukları kişiler de sigortanın koruması kapsamındadırlar. Bunlar, genel ve özel sigorta planlarındaki farklılıklardır. Uzun süreli bakım planları genellikle sağlık sigortası planları ile benzerdir. Zorunlu sigortaları olmayan ancak sosyal yardım alan kişiler, sosyal yardım makamlarının finansmanı sayesinde eşit sağlık hizmeti elde ederler.

Birinci basamak sağlık hizmeti, münhasıran olmasa da, pratisyen hekimler tarafından sağlanır. Pratisyen hekimler, genellikle özel destek bakımı sağlarlar ve ayakta tedavilerin çoğunu gerçekleştirirler. Sigorta fonları, ücret ve ödemeler konusu sağlık hizmeti sunucuları ile müzakere edilir. Hastanelerin hemen hemen üçte biri özel sektör, üçte biri kamu (genellikle şehir ve ilçe) ve üçte biri de hayırseverlik teşkilatları tarafından işletilir. Üniversite hastaneleri her



## Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu yasal mevzuat yürürlükte olup, ulusal stratejiler geliştirilmekte, uygulanmakta, Alman İSG Stratejisi vasıtasıyla değerlendirilmektedir.

zaman devlet hakimiyeti altındadır. Hastane doktorları maaşlı çalışanlardır, ancak hizmetin hasta ücreti esasına dayandığı durumlarda ilave ücretin ödenmesi de söz konusu olabilmektedir. Hastaların, sadece hamilelik veya acil durum halinde hastane bakımına erişim imkanı bulunmakta olup, bu durumların dışında yerel pratisyen veya uzman hekimin havalesi gerekmektedir.

Sağlık hizmeti sistemi Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Sağlık ve sağlık sektörü ile ilgili tüm bilgilere erişim, federal hükümetin ilgili diğer bilgi kaynaklarını da içeren raporlaması aracılığı ile sağlanmakta olup, bu bilgilere; [http://www.gbe-bund.de/gbe10/abrechnung.prc\\_abr\\_test\\_logon?p\\_uid=gastd&p\\_aid=24699192&p\\_sprache=E&p\\_knoten=TR51310](http://www.gbe-bund.de/gbe10/abrechnung.prc_abr_test_logon?p_uid=gastd&p_aid=24699192&p_sprache=E&p_knoten=TR51310) adresinden İngilizce olarak ulaşmak mümkündür.

Sosyal güvenlik sisteminin diğer tüm sigortaları, işçi ve işveren tarafından ortaklaşa finanse edilir. İş kazası sigortası ise yalnızca işveren tarafından finanse edilir. Tüm işletmeler için yasal kaza sigortasına üyelik bir zorunluluktur. İşçiler, geçerli bir iş sözleşmeleri olmasa dahi, derhal kapsama alınırlar ve tazminata hak kazanabilirler.

## II. İDARİ YAPI VE İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ (İSG) SİSTEMİ

Almanya, hakların Temel Yasa veya Anayasa ile garanti altına alındığı federal bir demokrasidir. Almanya'da, 5 tip mahkeme vardır: Ceza olaylarına ve hukuksal olaylara bakan mahkemeler, iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklara bakan iş mahkemeleri, hükümetin tasarrufuna karşı koruma sağlayan idare mahkemeleri, sosyal güvenlik vakalarına bakan sos-

yal güvenlik mahkemeleri ve vergiyle bağlantılı uyuşmazlıklarla ilgilenen vergi mahkemeleri.

Temel Yasa olarak da bilinen Alman Anayasası, (Grundgesetz), 23 Mayıs 1949 yılında yasalaşmıştır. Temel Yasa, konuşma ve basın özgürlüğü, kanun önünde eşitlik, iltica hakkı, işyerinde sağlık ve güvenlik hakkı, vücut bütünlüğü hakkı (Temel Yasa md.2) gibi temel insan haklarını tanımaktadır. Temel Yasa, Almanya'nın Avrupa Birliği himayesi altında birleşmiş bir Avrupa için çalışmasını gerekli görmektedir. Mayıs 2005 tarihinde Bundestag ve Bundestat Avrupa Birliği Anayasası'nı onaylamıştır.

İdari olarak Almanya, 1990 yılında birleşme gerçekleşmeden doğu Almanya'ya ait olan 5 eyalet de dahil olmak üzere 16 federal eyalete (Länder; sing., Land) bölünmüştür. Eyaletler, özellikle eğitim, çevre, İSG mevzuatının uygulanması (örneğin iş teftiş kurumları), polis, medya, sosyal yardımlar ve diğer yerel hususlar olmak üzere sınırlı özerkliğe sahiptir.

155 ve 187 nolu Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri'nin gerekliliği olarak Almanya'nın eksiksiz bir ulusal İSG sistemi bulunmaktadır. Almanya, 1919-1935 yılları arasında Uluslararası Çalışma Örgütü üyesiydi ve tekrar 1951'de üye olup, o tarihten bu yana Örgüt'ün üyesi olmaya devam etmektedir. Bugüne değin 81 adet Sözleşme onaylanmıştır; yakın bir zamanda da 187 nolu Sözleşmenin onaylanması beklenmektedir. Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu yasal mevzuat yürürlükte olup, ulusal stratejiler geliştirilmekte, uygulanmakta, Alman İSG Stratejisi vasıtasıyla değerlendirilmektedir. Gerekli altyapı unsurları mevcut olup yeterli sayıda etken rol oynamaktadır. İSG Yönetim Sistemi, gönüllülük esasına dayalı olarak büyük ve orta ölçekli işletmelerde geniş bir alanda kullanılmaktadır.

İşyerinde sağlık ve güvenlik, federal devlet ve eyalet seviyesinde Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlıkları tarafından yönetilmektedir. Bu da İSG ile ilgili konuların çalışma mevzuatı içerisinde ele alınmasını sağlar, ancak bu husus, işyerinde sağlık ile Sağlık Bakanlığı ve bölgesel sağlık ofisleri tarafından denetlenen genel (işle bağlantılı olmayan) sağlık konuları arasında ilişki kurulmasında zorluklar yaratmaktadır. Her ne

## İSG'nin uygulanması ve ulusal mevzuat ile uyumunun kontrolü 16 federal eyaletin iş müfettişliği kurumlarının kendi sorumluluğundadır.

kadar, sistematik boşluğu doldurmak için çeşitli hizmetler olsa da, işyeri hekimleri ve genel pratisyenler veya diğer tıbbi uzmanlar arasındaki ilişki, aynı iş kazası sigortaları ile sağlık sigortaları arasındaki bağlantıda olduğu gibi zayıftır.

Alman İSG sistemi, bir asırdan daha fazla büyümenin tarihini yansıtmaktadır. İşyeri hekimliği ve işçilerin sağlıklarına sistematik bir yaklaşım, endüstri devriminin bir sonucu olarak işçilerin sağlığındaki ve yaşam süresindeki tehlikelerin fark edilmesiyle başlamamıştır. Bu yüzden, 19. yüzyılın ortasında Gençlerin İstihdamına İlişkin Anlaşma (Jugendarbeitsschutzgesetz) ile ilk adımlar atılmış, bunu daha sonra Çalışma Süresine İlişkin Kanun (Arbeitszeitordnung), yasal kaza sigortası mevzuatı, Ulusal Sigorta Kanunu (Reichsversicherungsordnung), hastalık fonlarının kurulması ile Endüstri Kanunu (Gewerbeordnung) izlemiştir. Tarihsel gelişimin neticesi olarak, İSG ile ilgili yasal mevzuat, gerek kamu gerekse de özel hukukta (örneğin Alman Medeni Kanunu Bürgerliches Gesetzbuch, Bölüm 618; Bölümler 823 ff.) karşımıza çıkmaktadır.

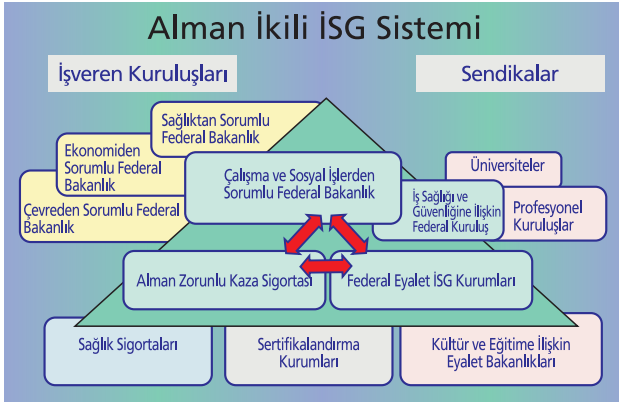


Tarihsel gelişimin bir diğer neticesi de, Alman İSG mevzuatındaki ikili sistem ile yapılan kont-

roldür. Federal hükümet, yasama gücünden aldığı sorumlulukla İSG ile ilgili düzenlemeler yaparken, yasal kaza sigortaları kurumları, uzman komiteler tarafından geliştirilen kaza önlemeye ilişkin düzenlemeleri kabul etmek için kanunla (Ulusal Sigorta Kanunu, Bölüm 708'e dayanarak) yetkilendirildi ve bu, Federal Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı tarafından onaylandı.

İSG'nin uygulanması ve ulusal mevzuat ile uyumunun kontrolü 16 federal eyaletin iş müfettişliği kurumlarının (Gewerbeaufsichtsamt veya benzer) kendi sorumluluğundadır. Kazaları önlemeye ilişkin mevzuatın uygulanması ise kaza sigortaları kurumlarının teknik teftiş servis birimlerinin görevidir. Eyalet iş teftiş birimleri bireysel işlemlerini ortak bir platform aracılığıyla koordine ederler (Laenderausschuss für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI)<sup>1</sup>). Kaza sigortaları kurumları ise, ortak şemsiye bir birlik olan Alman Sosyal Kaza Sigortası Kurumu'nu kurmuşlardır (the Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung (DGUV)<sup>2</sup>). Alman İSG stratejik yaklaşımlarının ve eylemlerinin düzenlenmesi, sosyal tarafların temsilcileri ile müzakere edilerek ve Federal İş Sağlığı ve Güvenliği Enstitüsü'nden (BAuA)<sup>3</sup> görevli daimi bir sekreteryaya ile birlikte federal hükümet, bölgesel hükümetler ve kaza sigorta kurumlarının üzerinde hemfikir oldukları Ortak Alman İSG Stratejisi (Gemeinsame Deutsche Arbeitsschutzstrategie; GDA)<sup>4</sup> aracılığıyla sağlanır. Ortaklar, İSG tedbirlerinin (Nationale Arbeitsschutzkonferenz) ulusal planlaması, koordinasyonu, yürütümü ve değerlendirilmesi için düzenli olarak toplanıp karar verirler ve sosyal sigorta kurumları (sağlık, emekli aylıkları), profesyonel birlikler, kuruluşlar ve İSG veya İSG eğitimi ile ilgili üniversite departmanlarıyla ve diğer ilgili taraflarla düzenli olarak bilgi alışverişinde bulunurlar (Deutsches Arbeitsschutzforum).

GDA'nın ana konuları: Ortak İSG hedeflerinin geliştirilmesi, eylemin öncelikli alanları ile eylem planının köşe taşları üzerinde anlaşma olduğu kadar bunların aynı (değişmeyen) prensipler aracılığıyla uygulanması; İSG'nin amaçlarının değerlendirilmesi, eylem alanları ile eylem planları, işyeri İSG Kurulu ile eyalet ve kaza sigortası teftiş hizmetleri arasındaki de-



netlemeler için uyumlu bir prosedürün tanımı, koordineli ve ayırt edilebilir düzenleme ve kuralların olması.

2012 yılına kadarki dönem için üzerinde anlaşma sağlanmış öncelikler şunlardır:

- İş kazası sıklık ve ağırlık oranlarının azaltılması;
- Kas-iskelet sistemi rahatsızlıklarının sıklık ve ağırlığının azaltılması;
- Cilt hastalıklarının sıklık ve ağırlığının azaltılması.

Aşağıda, mevcut Alman kanunları ile değişik seviyelerde İSG organizasyonu hakkında genel açıklamalar bulunmaktadır:

### • Federal Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı (BMAS)

Federal Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı<sup>5</sup>, federal düzeyde sağlık ve güvenlikle ilgili kanunlardan ve kurallardan sorumlu Alman hükümet birimidir. BMAS, Avrupa Birliği İş Sağlığı ve Güvenliği direktiflerinin ilgili Alman mevzuatına aktarımını yürütmektedir. Bakanlık, iş sağlığı (meslek hastalıkları, zararlı kimyasal maddeler, biyolojik etmenler vs.) alanında ilgili kişilerin, sosyal tarafların ve bilim adamlarının temsil edildiği danışma komiteleri tarafından desteklenmektedir.

**Bakanlık, iş sağlığı alanında ilgili kişilerin, sosyal tarafların ve bilim adamlarının temsil edildiği danışma komiteleri tarafından desteklenmektedir.**

### • Federal İş Sağlığı ve Güvenliği Enstitüsü (BAuA)

İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili Federal Kuruluş BAuA, Federal Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı'nın sağlık, güvenlik ve işyeri hekimliği birimi ile ilgili araştırma ve hizmet veren kuruluştur. Merkezi Dortmund'da, bu birime bağlı diğer yerler ise Berlin ve Dresden'dedir. BAuA, BMAS tarafından yönetilmekte olup üçlü danışma kurulu mevcuttur.

### • Federal Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı İş Müfettişleri veya Devlet Yetkilileri

Bu kişiler 16 eyaletin iş güvenliğinden sorumludur. İSG mevzuatı, yürütmeden sorumlu temsilci sıfatıyla Çalışma Bakanlığı tarafından federal düzeyde taslak haline getirilmiştir. Federal eyaletler, ikinci yasama organı olan Bundesrat'taki temsilcileri aracılığıyla çoğu olayda yasamayı etkileyebilmektedir. İSG mevzuatının uygulanması ve kontrolü federal eyalet makamlarının sorumluluğundadır ve eyalet iş müfettişleri (Gewerbeaufsichtsämter or Staatliche Ämter fuer Arbeitsschutz) tarafından uygulanmaktadır. 16 federal eyaletin iş teftiş makamları, değişik organizasyonel yapı ve ilişki (Gewerbeaufsichtsamt or Staatliches Amt fuer Arbeitsschutz) sergilemektedirler. Teknik İSG teftişleri, savunmasız grupların korunması üzerinde yoğunlaşmış sosyal teftiş, meslek hastalıklarının değerlendirilmesi, piyasanın gözlemlenmesi, kamyon sürücülerinin çalışma saatleri ve bazı durumlarda çevresel veya sağlıkla ilgili konular için birçok bölümün yer aldığı bir merkezin yanı sıra eyaletin büyüklüğüne bağlı olarak birçok bölgesel ofisleri bulunmaktadır. Maden sanayinin İSG yürütümü, tarihsel olarak diğer tüm sanayi dallarından ayrılmaktadır. Maden sanayindeki teftişler eyaletin maden ile ilgili birimleri (Bergaufsicht) tarafından yapılmaktaydı, şimdilerde ise madencilik alanındaki yasal kaza sigortaları kurumlarının işbirliği ile yürütülmektedir. İş ilişkilerine ilişkin konuların yürütümü ve kontrolü, Alman iş müfettişlerinin görevi değildir. Federal eyaletlerle işbirliği, ortak yasal düzenlemeler ve "Laenderauss-

TABLO 1: Avrupa Komisyonu Mevzuatı

Konsej Direktifi	Kısaltılmışı	Karşılık gelen Alman Mevzuatı
89/391/EEC	Çerçeve direktif	AB Çerçeve Direktifi ve Diğer İş Sağlığı ve Güvenliği Direktiflerinin Uygulanmasına Yönelik Kanun (İş Güvenliği Kanunu) <sup>9,10</sup>
89/654/EEC	İşyeri	İşyeri Yönetmeliği <sup>11</sup>
89/655/EEC (95/63/EEC)	İş ekipmanları	İşyerinde Çalışma Ekipmanlarının Kullanımına İlişkin Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği <sup>12</sup>
89/656/EEC	Kişisel koruma	İşyerinde Kişisel Koruyucu Donanımların Kullanımına İlişkin Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği <sup>13</sup>
90/269/EEC	Yüklerin elle taşınması	Yüklerin Elle Taşınmasına İlişkin Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği (Yük Taşıma Yönetmeliği olarak) <sup>14,15</sup>
89/279/EEC	Ekranlı araçlar	İşyerinde Ekranlı Cihazlarla Çalışmaya İlişkin Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği (Ekranla Çalışma Yönetmeliği)
90/394/EEC	Kanserojen maddeler	Tehlikeli Maddelerden Korunma Yönetmeliği (Tehlikeli Maddeler Yönetmeliği) <sup>16</sup>
80/1107/EEC ve diğer 23 direktif	Kimyasal maddeler	Tehlikeli Maddelerden Korunma Kanunu (Kimyasal Maddeler Kanunu); Tehlikeli Maddelerden Korunma Yönetmeliği (Tehlikeli Maddeler Yönetmeliği) <sup>17</sup>
90/679/EEC (93/88/EEC)	Biyolojik etkenler	Biyolojik Tehlikelere Karşı Çalışanların Korunmasıyla İlgili AB Direktiflerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (Bio Yakıt Yönetmeliği) <sup>18</sup>
92/57/EEC	İnşaat alanları	Şantiyelerde Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği (İnşaat Yönetmeliği) <sup>19</sup>
92/58/EEC	Güvenlik ve sağlık işaretleri	Tehlikeli Maddelerden Korunma Yönetmeliği (Tehlikeli Maddeler Yönetmeliği); <sup>15</sup> Kaza Önleme Yönetmeliği "İşyerinde Sağlık ve Güvenlik İşaretleri Yönetmeliği" (VBG 125)
92/85/EEC	Hamile işçiler	Çalışan Çocuklu Kadınları Koruma Kanunu (Annelik Koruma Kanunu) <sup>20</sup>
92/91/EEC	Sondajla maden çıkarılan işletmeler	Genel Maden Yönetmeliği <sup>21</sup>
92/104/EEC	Yer altı ve yer üstü maden işletmeleri	Genel Maden Yönetmeliği <sup>22</sup>
93/103/EEC	Balıkçı tekneleri	
98/24/EEC	Kimyasal maddeler	Tehlikeli Maddelerden Korunma Yönetmeliği (Tehlikeli Maddeler Yönetmeliği) <sup>15</sup>
83/477/EEC	Asbest	Tehlikeli Maddelerden Korunma Yönetmeliği (Tehlikeli Maddeler Yönetmeliği) <sup>15</sup>
78/610/EEC	Vinil klorür monomer	Tehlikeli Maddelerden Korunma Yönetmeliği (Tehlikeli Maddeler Yönetmeliği) <sup>15</sup>
86/188/EEC	Gürültü	Kaza Önleme Yönetmeliği, "Mesleki Emeklilik" (VBG 100)
93/104/EEC	Çalışma süresinin düzenlenmesi	Çalışma Süreleri Hakkının Esnekliği ve Standardizasyonuna İlişkin Kanun (Çalışma Süreleri Kanunu) <sup>23</sup>
93/383/EEC	Geçici istihdam	AB Çerçeve Direktifi ve Diğer İş Sağlığı ve Güvenliği Direktiflerinin Uygulanmasına Yönelik Kanun (İşçi) <sup>9,10</sup>
96/29/EEC	Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu	Radyasyon Önleme Yönetmeliği <sup>24</sup>
89/336/EEC	Elektromanyetik radyasyon	Elektromanyetik Uyumluluğa İlişkin Kanun <sup>25</sup>
94/33/EEC	Genç işçiler	Genç İşçinin İş Güvenliği Kanunu <sup>26</sup>
90/385/EEC 93/42/EEC	İmplant, tıbbi ürünler	Tıbbi Ürünlere İlişkin Kanun <sup>27</sup>



chuss für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik" (LASI) ortak platformu aracılığıyla sağlanmaktadır. Her bir eyaletin web sitesine <http://lasi.osha.de>'den ulaşılabilir.

### • Yasal Kaza Sigortaları Kurumları

Yasal kaza sigortası kurumları, önce 1884 yılında kuruldu ve daha sonra, sanayi, kamu ve tarım sektörü için üç şemsiye kuruluş ile birlikte birçok meslek amaçlı sigorta kurumları (Berufsgenossenschaften - BG) şeklinde teşkilatlandı. Bu arada, birçok bireysel BG ve sanayi ile tarım sektörlerinin üst kuruluşları birleşti. BG'ler, özerk kamu idari makamları ve işveren ile işçi temsilcilerinin eşit oranlarda temsil edildikleri yönetim kurullarından oluşan kendi kendine yönetilen bir yapıdır. Bunlar, Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı tarafından denetlenmektedir. Ana görevleri; iş kazaları ve meslek hastalıklarından koruma, iyileştirme ve zararların tazminidir. Kendine uygun olan kaza sigortası kurumuna üye olmak işletmeler için zorunludur. Sigorta sistemi, işveren tarafından finanse edilmektedir. Katkılar, işletmelerin büyüklüğü ve risk grubuyla ilintilidir, ayrıca söz konusu katkılar, kazaların az olması durumunda düşerek işverenlere menfaat sağlayan Bonus Malus Sistemi ile hafifletilmektedir. Tüm çalışanlar, iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı zorunlu olarak sigortalanmaktadır. Yıllar geçtikçe BG'ler, işletmelerdeki güvenlik uzmanlarının ve ayrıca işçilerin eğitimleri ile ilgili olarak çok sayıda eğitimler geliştirmiştir. Eyalet iş müfettişlerinin de işbirliği ile yasal kaza sigortası kurumlarının teftiş hizmetleri bölümü işyerlerinde sağlık ve güvenliği gözlemlemektedir. İşletmelerin ve işçilerin tamamını kapsayan zorunlu üyelik çerçevesinde, BG'ler, iş kazaları ve meslek hastalıklarını kayıt altına almıştır. Toplanan veriler, Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı tarafından yıllık olarak yayımlanmaktadır.

### • TÜV<sup>6</sup>

Tehlikeli işyerleri ve işletmelerin yakın denetlenmesi kısmen TÜV gibi uzman teknik teftiş büroları tarafından yapılmaktadır. Almanya'da, TÜV, örneğin nükleer enerji santralleri, atık imha tesisleri, basınçlı kapları ve boru hatları

gibi yerlerin düzenli denetlenmesi ve kontrolden sorumludur. Bununla birlikte, İSG ve çevre koruması ile ilgili yasal sorumluluk, eyalet makamlarının yetkisindedir. Gerek TÜV gerekse BG'nin ülke genelinde iş sağlığı hizmetlerini yöneten kendine bağlı yerleri vardır.

### • Yasal Sağlık Sigortası Derneği (GKV) / Özel Sağlık Sigortası Derneği (PKV)

GKV<sup>7</sup>, 184 kamu sağlığı sigorta şirketinin üst kuruluşudur. Tahmini olarak Alman nüfusun yüzde 90'ı kamu sağlık sigortalarının kapsamındadır (tahmini olarak 70 milyon sigortalıdır). PKV<sup>8</sup> 47 özel sağlık sigorta şirketinin üst kuruluşudur, buna ilave olarak federal devlet memuru ve posta hizmetlerinin sağlık sigortaları da birleştirilmiştir. Nüfusun tahmini yüzde 10'unu temsil etmektedir (tahmini olarak 8,6 milyon sigortalıdır). Sağlık sigortacıları, toplanmış olan genel sağlık verilerini derleyerek ve Sağlık Bakanlığı'na rapor vermektedir.

• İSG'deki diğer ilgili taraflar, çeşitli sosyal taraf birlikleri, odalar, çok sayıda üniversite ve araştırma, eğitim ile danışmanlık kuruluşları ve profesyonel birliklerdir.

Alman İSG mevzuatı Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlamaktadır ve büyük bir kısmı eski mevzuatın uyarlanmasıdır. Avrupa Komisyonu mevzuatı, ulusal yasalara Tablo 1'deki gibi aktarılmıştır.

## III. İSG ALTYAPISI

Sağlık ve güvenlik çalışmaları uygun mevzuat ile mevzuata uygun hareket eden sorumlu işveren, mevzuatın işyerlerinde uygulanmasını denetleyen ve önleyici danışmanlık yapan dış teftiş servisi, iş güvenliği ve çalışanların sağlığını değerlendiren, bireysel işveren ve işçilere proaktif ve düzeltici danışmanlık hizmetini sağlayan önleyici iş sağlığı servisi tarafından sağlanır.

Denetim ve iş sağlığı hizmeti için mevcut insan kaynakları Tablo 2'de listelenmiştir.

### • İşyeri Hekimleri

Uzmanların mesleki tıp (Arbeitsmedizin)

**Tablo 2: Almanya'da İSG alanındaki insan kaynakları-2006**

	İşçi başına oran	İşyeri başına oran	Toplam sayı
<b>İşyerleri</b>			3.664.506
> 250	Mevcut değil	Mevcut değil	11.221
50 – 249	Mevcut değil	Mevcut değil	65.059
10 – 49	Mevcut değil	Mevcut değil	286.366
0 - 9	Mevcut değil	Mevcut değil	3.301.860
<b>İşgücü</b>			38.536.000
<b>İşyeri hekimleri</b>	<b>1 / 3.138</b>	<b>1 / 298</b>	<b>12.280</b>
<b>İş güvenliği uzmanları<sup>1</sup></b>	<b>1 / 358</b>	<b>1 / 34</b>	<b>107.850</b>
Mesleki yardımcı personel			?
Diğer uzmanlar			?
İş müfettişleri (Devlet)	1 / 10.945	1 / 1.041	3.521
Teknik müfettişler (BG)	1 / 12.940	1 / 1.231	2.978
<b>İSG müfettişleri (Devlet ve BG birlikte)</b>	<b>1 / 5.930</b>	<b>1 / 564</b>	<b>6.499</b>

alanındaki eğitim ve öğretimi, eğitim alanının devlet tasarrufunda olmasından bu yana, Eğitim Kuralları Modeli<sup>28</sup> çerçevesinde ve buna uyumlaştırılmış 16 Federal Eyaletin daha ayrıntılı düzenlemeleri (Weiterbildungsordnungen) kapsamında Federal İşyeri Hekimleri Odası (Bundesärztekammer; BAK) tarafından düzenlenmektedir.

Sertifikalandırma için gereken şartlar şunlardır:

- İç hastalıkları veya genel tıp alanında 24 ay eğitim,
- Mesleki tıp alanında 36 ay eğitim,
- 360 saatlik teorik akademik öğrenim (beş yıllık eğitim süresinin bir parçası olarak).

Bunun yanı sıra, uzmanlar için dahili veya genel tıp gibi diğer alanlardaki hasta bakımında küçük bir yeterlilik modeli (Betriebsmedizin) kabul edilmektedir. Burada 360 saatlik teorik dersin de dahil olduğu sadece 24 aylık mesleki tıp eğitiminin tamamlanması gerekmektedir.

Teorik eğitim, lisanslı akademisyenler tarafından Federal İşyeri Hekimleri Odası himaye-

sinde geliştirilen müfredat (Muster-Kursbuch)<sup>29</sup> takip edilerek gerçekleştirilmektedir.

### • İş Güvenliği Uzmanları

İş güvenliği uzmanlarının (Sicherheitsfachkraft; Sifa; genellikle DGUV tanımlamasına göre İSG uzmanları) eğitimi ortalama birkaç ay, minimum 6 hafta sürmektedir. Sanayi ve ticaret alanı için eğitim süreci, seminerlere 6 haftalık katılım ve buna ilave olarak birkaç haftalık bilgisayar ve web tabanlı kendi kendine eğitimi kapsamaktadır. Eğitimin her aşamasından sonra standart test ve final sınavı uygulanmaktadır. İş güvenliği uzmanı olmak için ön koşul; mühendislik veya teknisyen (Techniker) diplomasına sahip olmak ya da birkaç yıl profesyonel deneyime sahip usta olmak gerekmektedir. Ek anahtar nitelikler, belirli bir iş dalı ve ekonomik sektörler için gerekli olabilmektedir. Kamu sektöründe bu süreç televizyonla öğretim şeklinde organize edilebilmektedir.

### • Devlet İş Müfettişleri

Devlet iş müfettişlerinin eğitimi federal devletin yetkisi altındadır ve bu nedenle tekdüze değildir. Ancak, devlet müfettişliğinde, müfettişlerin mesleki eğitim düzeyine bağlı olarak değişen genellikle üç seviye bulunmaktadır. Birçok federal eyaletin uygulamasında, kamu hizmetine giriş için bir üniversite diploması, uygulamalı bilimlerde bir üniversite diploması veya usta işçilik ve birkaç yıllık sanayi deneyimi gerekmektedir. Yeni müfettişler nitelik kazanmaları amacıyla; mevzuat, İSG organizasyonu, endüstriyel tehlikeler ve önleme, modern denetim teknikleri ve sosyal beceriler konularını kapsayan iki yıllık eğitim programına tabii tutulmaktadır.

### • Yasal Kaza Sigortası Kurumlarının Müfettişleri

Yasal kaza sigortası kurumları müfettişlerinin mühendislik ya da doğa bilimleri ağırlıklı bir üniversite diplomasına veya uygulamalı bilimlerde bir üniversite diplomasına sahip olması gerekmektedir. İnşaat gibi bazı sektörlerde teknisyen veya usta işçilik eğitim se-

viyesi de kabul edilmektedir. Ayrıca, birkaç yıllık (ortalama 3-5 yıl) sanayi deneyimi de istenmektedir. Aday iki yıllık eğitimi tamamlamak ve final sınavından başarılı olmak zordur.

### • İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri (İSG)

Uluslararası hukuk (ILO Sözleşmeleri: 155 sayılı sözleşme “Mesleki Sağlık ve Güvenlik” ve 161 sayılı sözleşme “İş Sağlığı Hizmetleri”), ilgili AB mevzuatı (89/391/EEC sayılı “Çerçeve” Direktif) ve bir önceki Alman mevzuatı (ASiG) uyarınca, Alman işverenler iş sağlığı ve güvenliği alanında uzmanlarla sözleşme yapmakla yükümlüdür. BG mevzuatı (BGV A2) ile işyerlerinin risk kategorisine göre çalışan başına temin edilecek çalışma süreleri belirlenmektedir. İşyerinde istihdam edilen veya sözleşmeli çalışan işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları, mesleki açıdan bağımsızdır. Söz konusu kişilerin ortak görevleri şunlardır:

- İşveren veya İSG'den sorumlu herhangi bir kişiye kaza önleme konusunda özellikle aşağıdaki konularda tavsiyede bulunmak:
  - Teknik ekipmanların tedariginde, yeni iş süreçlerinin ve çalışma malzemelerinin tanıtılmasında,
  - Tüm vücut koruma ekipmanlarının seçimi ve testinde,
  - İş fizyolojisi, iş psikolojisi, ergonomi ve iş hijyeni, özellikle çalışma ritmi, çalışma süresi, ara dinlenme, işyeri yapısı, iş organizasyonu ve çalışma çevresi ile ilgili konularla ilgilenildiğinde,
  - İşyerinde ilk yardım organizasyonu yapıldığında,
  - Engelli kişilerin iş değişikliği ile işe yeniden entegrasyonunda.
- Fabrika binaları ve teknik çalışma donanımlarının kontrolü (özellikle ilk kullanımdan önce) ve çalışma usullerinin emniyet yönünden değerlendirilmesi (özellikle uygulanmadan önce).
- İSG tedbirlerinin uygulanmasını ve kaza önleme mevzuatına uyumu gözlemek:
  - Çalışma alanını düzenli olarak kontrol

etmek, tespit edilen eksiklikleri işverene veya İSG'den sorumlu kişiye rapor etmek, bunların önlenmesine ilişkin öneride bulunmak ve uygulanmasına yönelik çalışmalar yapmak.

- Tüm vücut koruma ekipmanlarının kullanımına özen göstermek.
- İş kazalarının nedenlerinin araştırılması, bu araştırma sonuçlarının toplanması ve bu tür kazaların önlenmesi için işverene önerilerde bulunmak.
- Çalışanların İSG ve kaza önleme gerekliliklerine uygun kendilerine rehberlik ettikleri durumlarda, onları özellikle kazalar ve çalışma esnasında karşı karşıya kalınan sağlık riskleri konusunda bilgilendirmek ve iş güvenliği komisyonu üyelerinin eğitimine katılmak.

İşyeri hekimleri bunlara ilave olarak; çalışanları gözlemek, mesleki tıp bakışı açısından sağlık durumlarını değerlendirmek, onlara tavsiyelerde bulunmak, bu gözlemlere ilişkin verileri toplamak ve değerlendirmek, programlanmış ilk yardım ve tıbbi yardımcı personel eğitimlerine katılmakla görevlidirler.

### • Hizmet Modelleri ve Kalite Güvencesi

Almanya İSG modelleri bakımından geniş bir çeşitliliğe sahiptir. Büyük işyerleri genellikle, multidisipliner yapıda birkaç doktor, psikolog, iş güvenliği uzmanı, fizyoterapist, tıbbi yardım personelini işyeri bünyesinde istihdam etmektedir. Küçük işyerleri ise, bu hizmetleri saat karşılığında dışarıdan satın almaktadır.

1995 yılında Federal Çalışma Bakanlığı Alman İSG paydaşlarının geniş desteği ile İSG için kaliteli sigorta önlemlerinin geliştirilmesi çalışmasını başlatmıştır. Bu girişim ile; kalite kriterleri, kalite güvence denetim araçları, denetçilerin eğitimi ve iki denetim derneğinin (İş Sağlığı Kalite Güvence Derneği (Gesellschaft zur Qualitätssicherung in der betriebsärztlichen Betreuung mbH, GQB<sup>30</sup>) ve İş Güvenliği Kalite Derneği (Gesellschaft für Qualität im Arbeitsschutz mbH, GQA<sup>31</sup>) gelişimini yönlendirmek amaçlanmıştır. Bu girişim bir pazarlama avan-

## Alman “Dual” (ikili) İSG sistemine göre işyerleri, devlet iş müfettişleri ve yasal kaza sigortası kurumlarının teknik müfettişleri tarafından denetlenmektedir.

tajı olarak hizmet vermektedir ve katılım gönüllülük esasına dayanır.

Küçük işletmeler için bir başka seçenek ise, birçok kaza sigortası kurumu tarafından önerilen İşveren Modeli'dir. İşveren Modeli, Çerçeve Direktifin 7.7 nolu maddesinin giriş fıkrasında belirtilen “Üye devletler, faaliyetlerin doğası gereği işyerinin büyüklüğü ve kategorisine göre, işverenin yeterli niteliklere sahip olması halinde, 1. paragrafta belirtilen hususların yerine getirilmesi sorumluluğunu kendisi üstlenebilir.” hükmü gereği uygulanmaktadır. Bu düzenleme, gerektiği gibi meslek sağlık hizmetine erişimi sağlamak için getirilmiştir.

BG'ler İşveren Modeli'ne, risk değerlendirmesi ve risk yönetimi konularında eğitim ve istek üzerine danışmanlık hizmeti sunmakta, İSG sorumluluklarının yerine getirilmesinde rehberlik etmektedir.

### • İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu

İş sağlığı ve güvenliği kurulu (Arbeitsschutzausschuss; ASA), 20 ve daha fazla çalışanı olan işletmelerde (§ 11 ASiG) kurulması gereken zorunlu bir yapıdır. Kurul; işveren veya temsilcisi, iş güvenliği uzmanı (Fachkraft fuer Arbeitssicherheit), şirket doktoru, emniyet temsilcileri, iş konseyinden iki temsilci ve gerektiği durumlarda işyeri dışından İSG uzmanlarından oluşmaktadır. Kurul İSG konularında işverene tavsiyelerde bulunmakta ve en az 3 ayda bir toplanmaktadır.

### • Devlet ve Yasal Kaza Sigortası Kurumlarının Teftişleri

Alman “Dual” (ikili) İSG sistemine göre işyerleri, devlet iş müfettişleri ve yasal kaza sigortası kurumlarının teknik müfettişleri tarafından denetlenmektedir. Yasal kaza sigortası

kurumlarının denetimi gelişmiş sektörel odaklı gerçekleştirilmekte, ancak devlet iş müfettişlerinin denetimleri genel olarak bölgesel düzenlenmektedir. Devlet ve kaza sigortası kurumlarının müfettişleri koordinasyon içinde çalışmakta, tekrardan kaçınılmakta, yazılı ve rilerin değişimi ile bilgi paylaşımı sağlanmakta ve genellikle kişisel iletişim kurulmaktadır. Mevzuata uyum konusunda ciddi sorunların yaşandığı, ağır yaralanmalı ve ölümcül kazaların meydana geldiği işyerlerinin denetimi, bu iki teftiş mekanizması tarafından birlikte gerçekleştirilmektedir.

### • Devlet İş Müfettişleri ve Yasal Kaza Sigortası Müfettişlerinin Yetkileri

Devlet iş müfettişleri işyerlerini denetlemek ve işyerlerine danışmanlık yapmaktadır. Devlet iş müfettişleri mevzuat gereği aşağıda belirtilen yetkilere sahiptir:

- Çalışma saatlerinde işyeri ve iş çevresini denetlemek, belgeleri incelemek.
- İşyeri, iş ekipmanları, kişisel koruyucu donanımların yanı sıra çalışma usul ve süreçlerini incelemek.
- Ölçüm yapmak, özellikle de işle ilgili sağlık risklerini belirlemek ve iş kazası, hastalık veya yaralanma nedenlerini araştırmak.
- İşveren veya işveren tarafından belirlenmiş bir kişinin kendilerine eşlik etmesi gerekir.
- Hukuki açıdan yükümlülüklere uyulmayan durumlarda, tehlikeleri ortadan kaldırmak veya azaltmak için önlemlerin alınması için bildirimde bulunmak. İşverene uygunsuzlukların giderilmesi için genellikle yeterli bir süre verilmektedir. Bu bildirimler, yazılı olarak yapılmakta ve bir kopyası iş konseyine gönderilmektedir. İşveren bu bildirimle itiraz hakkına sahiptir.
- Acil bir tehlike durumunda, bildirimlerin derhal uygulanması gerekmektedir. Bu durum; işin durdurulması, işyerinin veya bir bölümün kapatılması, bir maddenin kullanımının yasaklanması anlamına gelmektedir. Söz konusu durumlarda işveren, bu hususun düzeltilmesine ilişkin idari mahkemelere başvurabilmektedir.
- İdari suçlar için cezai yaptırım uygulanmaktadır. Para cezasının miktarı, ihlalin kasıt-



lı veya ihmalkârlık nedeniyle olup olmadığına bağlı olarak mevzuatta yer alan miktara göre belirlenmektedir. İşverenin para cezasına itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Eğer itiraz Sanayi Müfettişliği tarafından reddedilirse, yetkili bölge mahkemesine bildirilmektedir.

- Sanayi Müfettişleri tarafından ürünün güvenli olmadığı tespit edilirse, Ekipman ve Ürün Güvenliği Yasası uyarınca ürünün satışı veya sergilenmesi yasaklanmaktadır.

- Suçun nerede işlendiğine ilişkin şüpheli durumlarda savcıya konu hakkında rapor verilmektedir.

- Çalışmalara engel olduğunda polis aranmaktadır.

Devlet iş müfettişleri ve yasal kaza sigortası müfettişlerinin benzer yaptırım güçleri vardır. Bunların arasında işin durdurulması, cezai yaptırım, kovuşturma vb. uygulamalar yer almaktadır. Bunun yanı sıra yasal kaza sigortası müfettişlerinin, İSG performansının sürekli kötü olduğu durumlarda işyerinin sigorta prim oranlarını yükseltme yetkisi bulunmaktadır.

#### IV. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN GÖSTERGELER

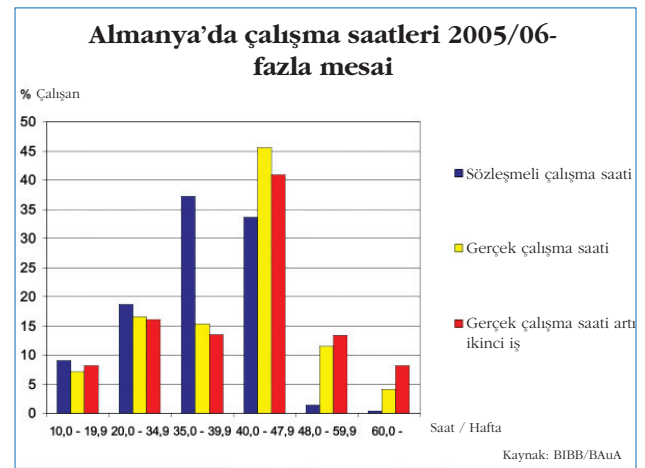
Çalışma koşullarına ilişkin göstergeler, öncelikle AB üyesi ülkelerde iş sağlığı ve güvenliği çalışmalarının bir parçası olan zorunlu risk değerlendirmesi uygulaması kapsamındaki işyerleri tarafından belirlenmektedir. Buna ilave olarak, veriler devlet yetkilileri ya da kaza sigortası kurumlarının denetimleri çerçevesinde de göz önünde bulundurulmaktadır. Belirsiz konulardaki bilgiler çoğunlukla mülakat ya da anket yöntemi kullanılarak toplanmaktadır. İşyerlerine ilişkin iş sağlığı ve güvenliği verileri; iş müfettişleri, BG'ler tarafından hazırlanmaktadır. Bu veriler birleştirilerek, çalışma koşulları ve işgücünün sağlığı ile ilgili olarak Federal Hükümet tarafından yıllık raporlar yayımlanmaktadır<sup>32</sup>. İş ve çalışma koşullarına ilişkin ayrıntılı bilgiler, 1979 yılından bu yana anket yöntemi kullanılarak Federal Mesleki Eğitim Enstitüsü (BIBB; <http://www.bibb.de/en/index.htm>)

ve İstihdam Araştırma Enstitüsü (IAB; <http://www.iab.de/en/iab-aktuell.aspx/Search>) tarafından toplanmaktadır. Federal Mesleki Sağlık ve Güvenlik Enstitüsü (BAuA), 1998/1999 yılından beri değişen dünyanın gereklerini daha iyi değerlendirebilmek amacıyla, söz konusu anketlerin hazırlanması çalışmalarına katılmaktadır. BIBB/BAuA Anketi 2005/06<sup>33</sup> adlı çalışma; 15 ve yukarısı yaştaki, haftada en az 10 saat çalışan, yeterli seviyede Almanca bilen yabancıların da olduğu, birincil düzey mesleki eğitime devam edenlerin kapsam dışı tutulduğu 20.000 çalışanın katılımıyla gerçekleştirilmiş örnek bir ankettir. Anket telefon görüşmeleri ile yapılmıştır.

Seçilen anket sonuçları aşağıdaki gibidir:

Araştırma kapsamındaki işgücünün yüzde 5,8'inin göçmen aile geçmişi bulunmaktadır. Araştırmaya katılanların yüzde 45'i 2.000 Euro'dan az brüt gelire sahiptir; yüzde 15'inin geliri ise 1.500 Euro'dan azdır. Çalışanların yüzde 55'i işyerinin ekonomik durumu ile ilgili endişe etmektedir. Yüzde 10'undan fazlası işini kaybetme korkusu yaşamaktadır. İkinci, üçüncü iş; iş sözleşmesinde belirtilen süreden çok daha uzundur. Araştırmaya katılanların yüzde 5,5'i haftalık çalışma saatinin 48 saatten fazla olmasına neden olan ikinci bir işte çalışmaktadır. Kendi adına çalışanların çalışma saatleri, düzenli istihdam edilen çalışanların çalışma saatlerini aşmaktadır.

Ancak, çalışma süresi açısından Alman vatandaşları ile göçmen geçmişi olanlar ve yabancılar arasında çok az fark bulunmaktadır.

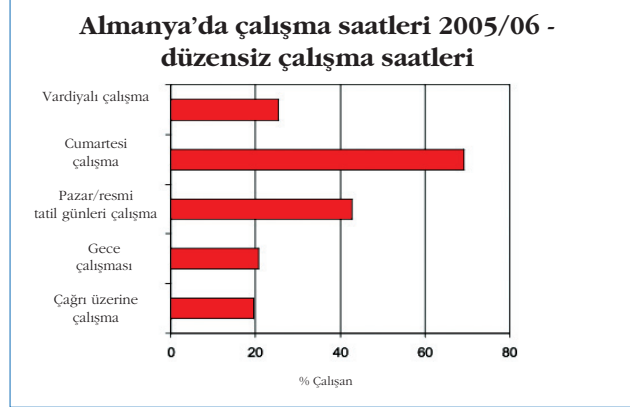
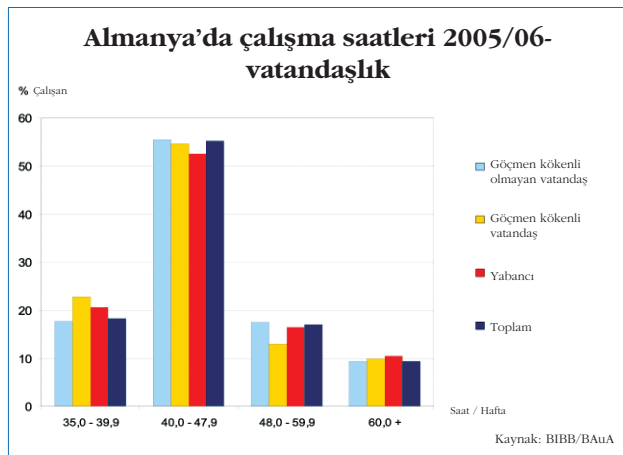
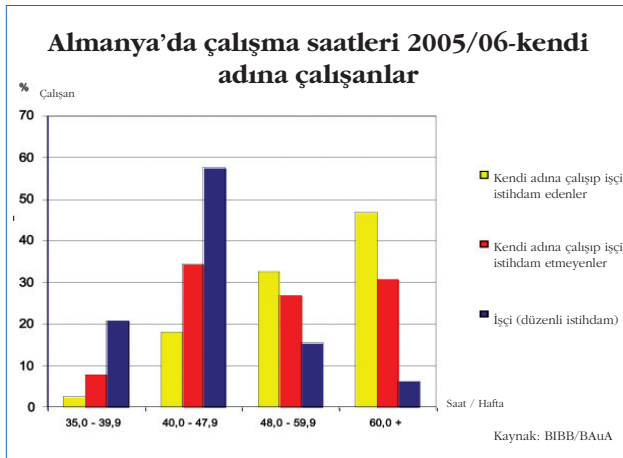


Görüşülenlerin en az dörtte biri vardiyalı çalışmaktadır. Yüzde 70'i Cumartesi günleri, yüzde 40'ı Pazar veya resmi tatil günlerinde çalıştıklarını belirtmiştir. Araştırma, ara sıra gece çalışması ve çağrı üzerine çalışmanın olağandışı olmadığını göstermiştir.

Çalışma koşullarındaki olumsuzluklar arasında en çok belirtilenler; ağır kaldırma ya da yüklerin taşınması, duman veya toza maruziyet, soğuk veya sıcak ortamda çalışma, titreşim, yetersiz aydınlatma ve gürültüdür. Çalışanların dörtte birinden daha azı bu koşullara maruz kaldığını aktarmıştır. Çalışma pozisyonu olarak sürekli oturarak veya ayakta çalışma, çalışanlar tarafından sık karşılaşılan zorlanma olarak algılanmamıştır.

İşyerlerinde sigara dumanına maruziyet yaygın değildir (sık sık yüzde 17, bazen yüzde 9,3, nadiren yüzde 8,9). Fakat bu durum sigara içmeyenler tarafından olumsuzluk olarak algılanmaktadır (yüzde 53,9-58,2).

Katılımcıların dörtte üçü kontrol altında tu-



### Beklentiler ve algılanan zorlanma-Almanya, 2005/06 (BIBB / BAuA)

Beklentiler ve beklentilerden kaynaklanan zorlanma	Frekans (%)	Algılanan zorlanma (%)
Zaman ve performans baskısı	53,5	59,4
Görev performansının ayrıntılı belirtilmesi	22,9	29,7
Tekrarlayan iş	51,4	14,4
Yeni görev zorluğu	39,1	15,8
Görev iyileştirme, deneme	27,8	--
Çalışma bozukluğu (karşıklık) (meslektaşlar, uygun olmayan iş ekipmanları veya makine, telefon vb.)	46,1	59,8
Öngörülen minimum performans (adet, zaman)	31,1	45,0
Bilinmeyen beceri gereksinimleri	8,8	39,5
Çok görevlilik	58,7	26,5
Küçük hatalar üzerinden kayda değer mali kayıp	15,4	44,6
Kendi sınırlarında çalışma	17,0	69,2
Hızlı çalışma	44,0	42,1
Duygusal zorlanma	12,1	--

tulmadıkları ve üniformasız olduklarında kendilerini gergin hissettiklerini belirtmiştir. Buna rağmen, kendi iş prosedürlerinin ve iş yükünün düzenlenmesinde söz sahibi olmamaları, katılımcılar tarafından ortak bir sorun olarak görülmemektedir.

Beklentiler ve beklentilerden kaynaklanan zorlanma	Frekans (%)	Algılanan zorlanma (%)
Kararlar hakkında bilgi eksikliği	12,9	73,5
Eksik bilgi	8,0	78,6
Kendi iş planını yapmak mümkün değil	14,0	13,4
İş yükü üzerinde bir etkisi yok	40,1	19,3
Kendi ara dinlenme rejimi hakkında kararı yok	28,9	17,4

Emsalleri ve yöneticiler tarafından desteklenen iyi bir çalışma çevresinin önemi giderek artmaktadır. Bunun eksikliği, önemli bir zorlanma nedeni olarak algılanmaktadır. Günümüzde çalışma ilişkilerinin kaliteli olduğu görülmektedir.

Kaynak	Çoğunlukla mevcut (%)	Çoğunlukla eksik (%)	Algılanan zorlanma (%)
İşyerinde toplumun bir parçası olmak	74,6	9,5	25,2
Meslektaşları ile iyi işbirliği	83,3	3,0	51,7
Gerektiğinde meslektaş desteği iyi	69,7	6,1	37,7
Gerektiğinde yönetici desteği iyi	51,5	16,3	40,2

Çalışma çevresi, iş memnuniyetinde önemli bir bileşendir ve proaktif bir değere sahiptir. Genel olarak görüşülen işgücü, kısıtlı kariyer olanakları dışında çalışma koşulları ve çevresinden oldukça memnun olduğunu ifade etmiştir.

Katılımcılara çalışma sırasındaki veya iş bitiminden kısa bir süre sonrası için genel sağlık durumu sorulduğunda, birçoğu olumlu cevap vermiştir. Sadece yüzde 10'u sağlık durumunun olumsuz olduğunu söylemiş, yüzde 40'ından fazlası sırt ağrısı, omuz-boyun ağrısı, genel yorgunluk hissettiğini belirtmiştir. Bu kişilerin birçoğu halen tıbbi tedavi gördüğünü veya geçmişte fizyoterapiye katıldığını aktarmıştır.

#### Almanya'da iş memnuniyeti, 2005/06 (BIBB/BAuA)

İş memnuniyeti	Ortalama *
Gelir	2,71
Kariyer olanakları	2,11
Çalışma saati	2,93
Çalışma çevresi	3,17
Doğrudan yönetici	3,10
İş içeriği	3,20
İmkanlar	3,01
Beceri kullanım olanakları	3,09
Eğitim olanakları	2,81
Çalışma araçları (bilgisayar yazılımı ve mobilya dahil)	2,96
Fiziksel çalışma koşulları	2,98
Genel memnuniyet	3,20

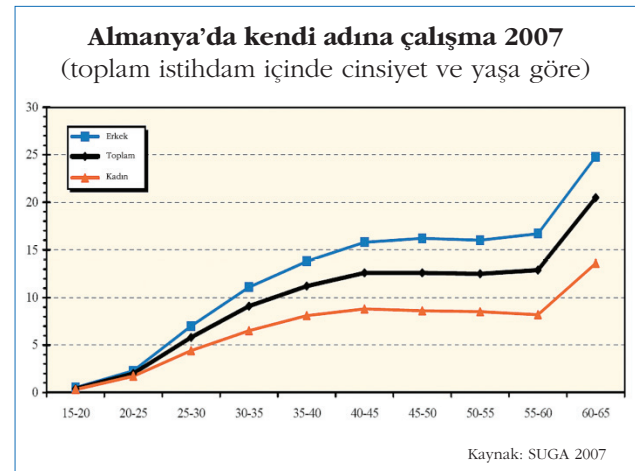
\* 4 = çok memnun; 3 = tatmin; 2 = daha az tatmin; 1 = tatmin değil

2007 yılında, Alman işgücünün yüzde 10'dan fazlası kendi hesabına çalışmaktaydı. Homojen olmayan bir yapıya sahip olan grup, bağımsız çalışanlar ile kendi adına çalışarak işçi istihdam edenler (yüzde 44,2) ve işçi istihdam etmeyenlerden (yüzde 55,8) oluşmaktaydı. Bunların sayısı son yıllarda artmaktadır.

Özellikle duygusal zorlanma dikkate alındığında, kendi adına çalışanlarda algılanan stres ve gerginlik düzenli istihdam edilenlerden farklılık göstermektedir. Yine de, kendi adına çalışanların işle ilgili sağlık şikayetleri genellikle azdır:

Sınırlılık (kendi adına çalışıp işçi istihdam edenler: yüzde 29,3; kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenler: yüzde 22,8; düzenli bir işte çalışanlar: yüzde 28,5); yanık (kendi adına çalışıp işçi istihdam edenler: yüzde 10,4; kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenler: yüzde 7,9; düzenli bir işte çalışanlar: yüzde 6,9); genel yorgunluk (kendi adına çalışıp işçi istihdam edenler: yüzde 41,7; kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenler: yüzde 36,7; düzenli bir işte çalışanlar: yüzde 45,1); belirgin kas iskelet sistemi rahatsızlıkları-sırt ağrısı (kendi adına çalışıp işçi istihdam edenler: yüzde 38,1; kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenler: yüzde 40,6; düzenli bir işte çalışanlar: yüzde 44,7), omuz-boyun ağrısı (kendi adına çalışıp işçi istihdam edenler: yüzde 41,1; kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenler: yüzde 40,0; düzenli bir işte çalışanlar: yüzde 45,7).

Kendi adına çalışanlarda çalışma saati, vardiyalı çalışmadan oldukça bağımsızdır. Düzenli bir işle karşılaştırıldığında daha çok emek iste-

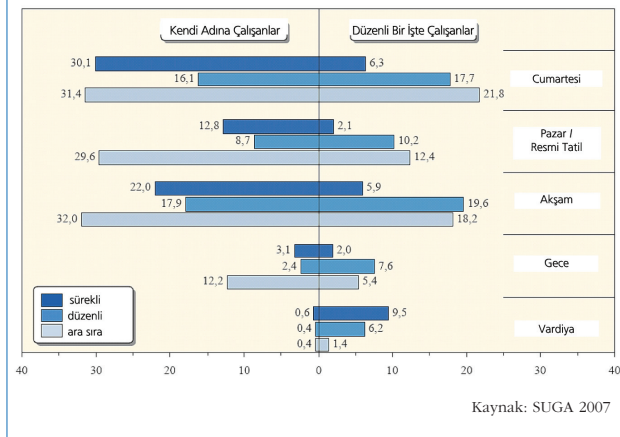


### Almanya'da çalışma konumuna göre işle ilgili sağlık şikayetleri 2005/06 (BIBB/BAuA)

Beklentiler ve beklentilerden kaynaklanan zorlanma		Kendi adına çalışıp işçi istihdam edenler (%)	Kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenler (%)	Düzenli bir işte çalışanlar (%)
Zaman ve performans baskısı	a	71,1	60,3	58,3
	b	57,1	55,5	58,7
Çok görevlilik	a	72,9	56,6	60,4
	b	26,6	17,6	26,2
Çalışma bozukluğu (karışıklık) (uygun olmayan iş ekipmanları veya makine, telefon vb.)	a	51,4	33,3	49,7
	b	62,8	61,3	60,1
Yeni görev zorluğu	a	51,2	48,2	40,5
	b	?	?	14,9
Görev iyileştirme, deneme	a	28,9	21,7	18,4
	b	68,9	59,0	70,1
Kendi sınırlarında çalışma	a	28,9	21,7	18,4
	b	68,9	59,0	70,1
Hızlı çalışma	a	53,0	42,4	46,2
	b	37,1	35,2	44,0
Küçük hatalar üzerinden kayda değer mali kayıp	a	22,9	18,4	18,2
	b	57,5	53,7	42,2
Duygusal zorlanma	a	15,0	8,6	11,3
	b	?	?	?

a=stres altında; b = algılanan zorlanma,  
? = Soru yöneltilmemiş veya sayı çok küçük

### Almanya'da Kendi Adına Çalışma 2007 - Çalışma Saati



yen ve aile yaşamına daha az özen gösterilen bir çalışma biçimidir. Kendi adına çalışıp işçi istihdam edenlerde yüzde 38,8; kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenlerde yüzde 49,2 ve düzenli bir işte çalışanlarda yüzde 55,7 ora-

nında aile yaşamı çoğu zaman ön planda tutulmaktadır.

Kendi adına çalışanlarda çalışma saatlerine ilişkin memnuniyet oldukça düşüktür, ancak ekonomik koşullara ilişkin endişe duymalarına (Kendi adına çalışıp işçi istihdam edenlerde yüzde 37,1; kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenlerde yüzde 40,2 ve düzenli bir işte çalışanlarda yüzde 17,5) karşın diğer iş memnuniyetine ilişkin unsurlarda memnuniyet düzeyleri yüksektir. Ekonomik koşullar karşısında işini kaybetme ya da işyeri kapanması endişesi yaşayanlarda oranlar ise şöyledir: Kendi adına çalışıp işçi istihdam edenlerde yüzde 10,2; kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenlerde yüzde 15,4 ve düzenli bir işte çalışanlarda yüzde 11,7.

### Almanya'da iş memnuniyeti, 2005/06 (BIBB/BAuA)

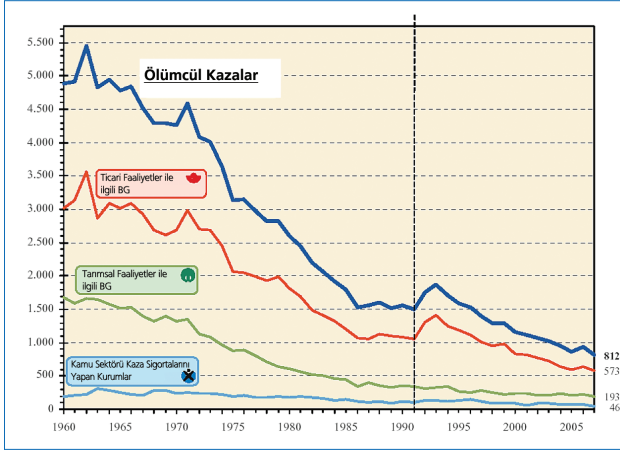
İş memnuniyeti	Kendi adına çalışıp işçi istihdam edenler (%)	Kendi adına çalışıp işçi istihdam etmeyenler (%)	Düzenli bir işte çalışanlar (%)
Gelir	72,2	61,1	69,6
Çalışma saatleri	66,8	74,9	80,0
Çalışma çevresi	97,8	92,3	84,3
İş içeriği	96,0	95,7	93,1
İmkanlar	86,7	85,5	79,9
Beceri kullanım olanakları	94,9	89,8	87,7
Eğitim/ileri eğitim olanakları	86,0	81,0	68,5
Çalışma araçları (bilgisayar yazılımı ve mobilya dahil)	92,0	85,7	81,1
Fiziksel çalışma koşulları	88,9	87,0	81,9
Genel memnuniyet	95,3	91,9	91,7

İş sağlığı ve güvenliği alanında en temel göstergeler iş kazaları ve meslek hastalıklarıdır. Veriler kaza sigortası kurumları tarafından kaydedilir ve yıllık olarak Federal Çalışma Bakanlığı tarafından İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Mevcut Durum<sup>34</sup> (Bericht zum Stand von Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit) adlı rapor yayımlanmaktadır. Kaza tanımı ILO tanımına karşılık gelmektedir. Meslek hastalıkları



ise Alman meslek hastalıkları listesinde belirlenmiştir. Meslek hastalıkları konusunda Avrupa listesi, üye ülkelerin farklı sigorta mevzuatı ve uygulamaları nedeniyle mevcut değildir. Meslek hastalıkları listesi Meslek Hastalıkları Yönetmeliği'nin (Berufskrankheitenverordnung; BeKV)<sup>35</sup> ekinde listelenmiştir.

Kazalar ve ölümcül kazalar Almanya'da azalmaya devam etmektedir. 2008 yılında üç ve daha fazla kayıp işgünü ile sonuçlanan 971.620 mesleki kaza, 176.608 iş kazası (toplam 1.148.228 kaza), 22.452 maluliyet, 1.030 ölümcül vaka (572 mesleki ölümcül kaza, 458 ölümcül iş kazası) yaşanmıştır.



2008 yılında tam zamanlı çalışan her 1.000 kişi başına meydana gelen mesleki kaza oranı 26,80 olarak hesaplanmıştır. Bu oran, 15'ten (kimya sanayi) 70'e kadar (inşaat sektörü) sıralanmaktadır.

2008 yılında 60.624 şüpheli meslek hastalığı vakası bildirilmiş, 59.468'i 2008 yılında sonuca bağlanmış, bunların 23.028'inin meslek hastalığı olduğu tespit edilmiştir. Meslek hastalıkları nedeniyle yaşanmış ölüm vakası 2.391'dir, 4.312 kişi ise meslek hastalıkları nedeniyle malulen emekli olmuştur. Meslek hastalıklarının çoğu metal sektöründe yaşanmıştır, bunu inşaat sektörü takip etmiştir.

2007 yılında, endüstri ve kamu sektörleri kaza sigortası kurumları tarafından iş kazaları ve meslek hastalıkları nedeniyle 8,170 milyar Euro tazminat ödenmiştir. Bu ödemeler; hizmetleri, nakit ödemeleri, iş kazaları ve meslek hastalığı mağdurlarına ve bakmakla yükümlü oldukları kişilere yapılan ödemeleri kapsamak-

tadır. 2,805 milyar Euro iyileştirici tedavi, mesleki, tıbbi ve sosyal rehabilitasyon tedbirleri için ödenmiştir. Diğer 5,365 milyar Euro ise, emeklilik şeklinde, toptan faydalar, ödenekler ve benzeri harcamalar olarak (%-1,3) ödenmiştir.

Başlıca meslek hastalıkları geçmiş yıllarda olduğu gibi sıralanmıştır: Gürültü nedeniyle işitme kaybı, asbestoz, mezotelyom, asbest kaynaklı akciğer ve gırtlak kanseri, cilt hastalıkları.

Kas-iskelet sistemi rahatsızlıkları ve stres kaynaklı bozukluklar, açık olarak tanımlanmış durumlarda ve sınırlı ölçüde meslek hastalığı olarak kabul edilmektedir. Uzun süreli devamsızlık ve erken emeklilik nedeniyle bunların olumsuz ekonomik etkisi oldukça fazladır. Giderek yaşlanan nüfus da dikkate alındığında, kas-iskelet sistemi rahatsızlıklarının önlenmesi günümüzde ulusal bir stratejik hedeftir.

İşle ilgili stres giderek artan bir öneme sahip sorundur. Çalışma yaşamındaki belirsizlik ve istikrarsızlık, çocuk yapma isteğinin ertelenmesine ve doğurganlığın giderek azalmasına neden olmaktadır. Giderek azalan işgücü piyasasında yer alan gençlerin, artan sayıdaki emeklilerin mali yükünü karşılamasının mümkün olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, emeklilik sisteminde, sigorta sisteminin kısmi özelleştirmesi ve 65 yaş olan emeklilik yaşının uzatılması gibi değişikliklerin yapılması gerekmektedir. İş yaşamını uzatabilmek için sağlıklı yaşı ilerlemiş işçilere ihtiyaç duyulmaktadır. Sonuç olarak iş sağlığının desteklenmesi ve çalışabilirliğin sağlanması artan bir öneme sahiptir.

Son ekonomik kriz ile mevcut zorluklara bir yenisi daha eklenmiştir. Etkilerinin değerlendirilmesi halen güç olsa da, pek çok işletme yaygın ve geniş boyutta işten çıkarmalar yerine, Hükümet tarafından alınan önlemlerden biri olan kısa çalışma uygulamalarını tercih etmiştir. Ancak, işsizliğin iflaslarla birlikte daha da artacağı beklenmektedir. Ekonomik krizin işyerlerinin İSG organizasyonuna ve çalışanların algılamasına olan etkileri değerlendirilmeyi beklemektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 LASI ana sayfası: <http://lasi.osha.de/de/gfx/index.php>  
[Tarih: 27.11.2009]

- 2 DGUV ana sayfası: <http://www.dguv.de/content/index.jsp> [Tarih: 27.11.2009]
- 3 BAUA ana sayfası: [http://www.baua.de/nn\\_5568/en/Homepage.html?\\_\\_nnn=true](http://www.baua.de/nn_5568/en/Homepage.html?__nnn=true) [Tarih: 27.11.2009]
- 4 GDA ana sayfası: <http://www.gda-portal.de/> [Tarih: 27.11.2009]
- 5 BMAS ana sayfası: [www.bmas.de](http://www.bmas.de) [www.osha.de](http://www.osha.de) [Tarih: 25.11.2009]
- 6 TÜV hakkında bilgi ve çeşitli sayfalar: <http://de.wikipedia.org/wiki/T%C3%9CV> [Tarih: 27.11.2009]
- 7 GKV ana sayfası: [https://www.gkv-spitzenverband.de/Statutory\\_health\\_insurance.gkvnet](https://www.gkv-spitzenverband.de/Statutory_health_insurance.gkvnet) [Tarih: 25.11.2009]
- 8 PKV ana sayfası: <http://www.pkv.de/> [Tarih: 25.11.2009]
- 9 <http://www.gesetze-im-internet.de/arbschg/> [Tarih: 13.10.09]
- 10 İngilizce çeviri: [http://osha.europa.eu/fop/germany/de/docs/legislation/arbeitschutzgesetz\\_englisch.pdf](http://osha.europa.eu/fop/germany/de/docs/legislation/arbeitschutzgesetz_englisch.pdf) [Tarih: 13.10.09]
- 11 [http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/arbst\\_ttv\\_2004/gesamt.pdf](http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/arbst_ttv_2004/gesamt.pdf) [Tarih: 13.10.09]
- 12 <http://www.gesetze-im-internet.de/betsichv/index.html> [Tarih: 13.10.09]
- 13 <http://www.gesetze-im-internet.de/psa-bv/index.html> [Tarih: 13.10.09]
- 14 <http://www.gesetze-im-internet.de/lasthandhabv/index.html> [Tarih: 13.10.09]
- 15 <http://www.gesetze-im-internet.de/lasthandhabv/index.html> [Tarih: 13.10.09]
- 16 [http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gefstoffv\\_2005/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gefstoffv_2005/gesamt.pdf) [Tarih: 13.10.09]
- 17 <http://bundesrecht.juris.de/chemg/> [Tarih: 13.10.09]
- 18 <http://www.gesetze-im-internet.de/biostoffv/> [Tarih: 13.10.09]
- 19 <http://www.gesetze-im-internet.de/baustellv/index.html> [Tarih: 13.10.09]
- 20 <http://bundesrecht.juris.de/muschg/index.html> [Tarih: 13.10.09]
- 21 [http://www.jusline.de/Bundesberggesetz\\_%28BBergG%29\\_Langversion.html](http://www.jusline.de/Bundesberggesetz_%28BBergG%29_Langversion.html) [Tarih: 13.10.09]
- 22 [http://www.jusline.de/Bundesberggesetz\\_%28BBergG%29\\_Langversion.html](http://www.jusline.de/Bundesberggesetz_%28BBergG%29_Langversion.html) [Tarih: 13.10.09]
- 23 <http://bundesrecht.juris.de/arbzig/> [Tarih: 13.10.09]
- 24 [http://www.gesetze-im-internet.de/strlschv\\_2001/](http://www.gesetze-im-internet.de/strlschv_2001/) [Tarih: 13.10.09]
- 25 <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/emvbg/gesamt.pdf> [Tarih: 13.10.09]
- 26 <http://bundesrecht.juris.de/jarbschg/> [Tarih: 13.10.09]
- 27 <http://www.gesetze-im-internet.de/mpg/index.html> [Tarih: 13.10.09]
- 28 [http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/MWBO2003\\_20080328.pdf](http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/MWBO2003_20080328.pdf) [Tarih: 28.10.09]
- 29 [http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/\\_Muster-\\_Kursbuch\\_Arbeitsmedizin\\_Betriebsmedizin\\_Stand\\_18\\_05\\_08.pdf](http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/_Muster-_Kursbuch_Arbeitsmedizin_Betriebsmedizin_Stand_18_05_08.pdf) [Tarih: 28.10.09]
- 30 Gesellschaft zur Qualitätssicherung in der betriebsärztlichen Betreuung mbH (GQB). 1999. [Tarih 13 January 2006]: <http://www.gqb.de/gqb/de/index.php?navid=0>
- 31 Gesellschaft für Qualität im Arbeitsschutz mbH (GQA). 2003. [Tarih 13 January 2006]: <http://www.gqa.de/zertifikat.php>
- 32 <http://osha.europa.eu/fop/germany/de/statistics/statistiken/suga/> [Tarih: 28.10.09]
- 33 Ön bilgi: <http://www.bibb.de/de/wlk21738.htm> [Tarih: 29.10.09] ve <http://osha.europa.eu/fop/germany/de/statistics/statistiken/suga/> [Tarih: 28.10.09]
- 34 <http://osha.europa.eu/fop/germany/de/statistics/statistiken/suga/> [Tarih: 30.11.09]
- 35 <http://www.gesetze-im-internet.de/bkv/BJNR262300997.html> [Tarih: 30.11.09]

**Şeyda AKTEKİN**

MESS Müşavir Avukatı

# Çalışanlarla Anlaşarak Toplu İş Sözleşmesi ile Belirlenen Koşullardan Farklı Çalışma Koşullarının Getirilmesi

## Federal İş Mahkemesi

**Karar Tarihi** : 01.07.2009**Karar Sayısı** : A AZR 250/08

### Özet:

İşveren ve işçi bir toplu sözleşmeye taraflarsa, bu durumda toplu sözleşmenin yürürlükte olduğu sürece toplu sözleşmede belirlenmiş olan çalışma koşullarından daha kötü şartlar içeren bir anlaşma bağtlayamazlar. Bu yönde bir anlaşma aynı zamanda, sonradan toplu sözleşmenin feshedilmesi veya toplu sözleşmeye taraf olan işverenin, kuruluşundan ayrılması halinde de geçerlilik kazanmamaktadır.

### Olay:

Davacı, davalı inşaat firmasında uzman işçi olarak çalışmıştır. Davacı ve davalı önceden bir toplu sözleşmeye taraftırlar. 2005

yılıının yaz aylarında davalı, çalışanlarına işletmenin ekonomik açıdan zor bir durumda olduğu hakkında bilgi vermiştir. Bu görüşmenin sonucunda, davacı ile davalı arasında 12.07.2005 tarihinde toplu sözleşmede belirlenmiş olan ücretin düşürülmesi ve 13. aylığın (ikramiye) iptal edilmesi yönünde bir anlaşma imzalanmıştır.

1.1.2006 tarihinde işveren, üyesi olduğu işveren kuruluşundan ayrılarak, herhangi bir toplu sözleşmeye taraf olmayan bir işveren kuruluşuna üye olmuştur. 31.03.2007 tarihinde ise sendika bağtlanılmış olan ücret toplu sözleşmesini feshetmiştir. Davacı, açmış olduğu dava ile Nisan 2007 tarihinden itibaren kendisi için toplu sözleşmede belirlenmiş olan ücretin ödenmesini talep etmiştir. Davalı, 12.07.2005 tarihinde bağtlanılmış olan anlaşmanın hükümlerinin en geç, 31.03.2007 tarihinde yürürlüğü sona eren toplu sözleşmeden sonra, Toplu Sözleşme

Kanunu'nun 4. maddesinin 5. fıkrası hükmü gereğince, yeni bir sözleşme niteliğini kazandığını iddia etmiştir.

Davacının açmış olduğu dava, yargının tüm aşamalarında kabul edilmiştir.

### **Gerekçe:**

Davacının, davalıdan toplu sözleşme hükümleri uyarınca ücretinin ödenmesi yönündeki talebi yerindedir.

2005 yılında bağitlanılmış olan toplu sözleşmenin, Toplu Sözleşme Kanunu'nun 4. maddesinin 5. fıkrası hükmü uyarınca artçı bir etkisi bulunmaktadır. Tarafların aralarında 2005 yılında toplu sözleşmede belirlenmiş olan koşullardan, daha kötü şartlar içeren bir anlaşma imzalamış olmaları bu yönde bir engel oluşturmamaktadır. Tarafların bağitladıkları bu anlaşma, Toplu Sözleşme Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca geçersizdir. Çünkü bu

anlaşmanın hükümleri davacının aleyhine düzenlemeler içerdiği gibi toplu sözleşme normlarının da ihlal edilmesi söz konusudur. Bunun ile birlikte toplu sözleşmenin 31.03.2007 tarihinde feshedilmesinin bir sonucu olarak, Toplu Sözleşme Kanunu'nun 4. maddesinin 5.fıkrası hükmü uyarınca, ardından yürürlüğe giren bir anlaşma olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Federal İş Mahkemesi'nin 25.05.2009 tarihinde vermiş olduğu karar uyarınca, (Dosya No: 4 AZR 230/08) toplu sözleşme süresinin bitiminden önce çalışma koşullarının işçiler aleyhine bireysel sözleşmeler ile yeniden düzenlenmesi olanak dahilindedir. Ancak bu yönde bir düzenlemeye gidilebilmesi için anlaşmanın, toplu sözleşmenin yürürlük süresinin bitimine yakın bir zamanda imzalanması gerektiği gibi, bu yönde bir değişikliğin mevcut duruma dayandırılması gerekmektedir. Ancak dava konusu olayda bu yönde şartlar oluşmamıştır.

## **KARARIN İNCELENMESİ**

### **1. Karara konu olay**

Davacı, davalı inşaat firmasında uzman işçi olarak çalışmıştır. İşyerinde bir toplu iş sözleşmesi de yürürlüktedir. Davalı, 2005 yılının yaz aylarında işletmenin ekonomik açıdan zor bir durumda olduğunu ileri sürmüş, bu görüşmenin ardından da davacı ile davalı arasında 12 Temmuz 2005 tarihinde toplu sözleşmede belirlenmiş olan ücretin düşürülmesi ve ikramiyenin kaldırılmasına yönelik bir anlaşma imzalanmıştır.

Daha sonra davalı işveren, üyesi olduğu işveren kuruluşundan ayrılmış ve herhangi bir toplu iş sözleşmesine taraf olmayan başka bir işveren kuruluşuna üye olmuştur. İşçi sendikası ise, bağitlanılmış olan ücret toplu iş sözleşmesini 31 Mart 2007 tarihi itibarıyla feshetmiştir. Bunu takiben davacı açtığı dava ile Nisan 2007 tarihinden itibaren kendisi için

toplu sözleşmeyle belirlenmiş olan ücretin ödenmesini istemiştir. Davalı işveren ise, 12 Temmuz 2005 tarihli anlaşma hükümlerinin en geç 31 Mart 2007 tarihinde yürürlüğü sona eren toplu iş sözleşmesinden sonra Alman Toplu Sözleşme Kanunu'nun 4/5. maddesi uyarınca yeni bir sözleşme niteliği kazandığını iddia etmiştir.

Federal İş Mahkemesi ise davacının toplu sözleşme hükümleri uyarınca ücretinin ödenmesi yönündeki talebini haklı bulmuştur. Karara göre, 2005 yılında bağitlanılmış olan toplu iş sözleşmesinin Alman Toplu Sözleşme Kanunu'nun 4/5. maddesi uyarınca artçı bir etkisi bulunmaktadır. Kararda tarafların aralarında bağitlamış oldukları 12 Temmuz 2005 tarihli anlaşma ile toplu sözleşme ile belirlenmiş koşullardan daha kötü şartlar belirlemelerinin geçersiz olduğu da ifade edilmektedir. Zira, tarafların bağitladıkları ve davacının aleyhine düzenlemeler içeren bu anlaşma, Alman Toplu Sözleşme Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrası



hükmü uyarınca geçersizdir. Bununla birlikte söz konusu anlaşmanın işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin 31 Mart 2007 tarihinde feshedilmesinin bir sonucu olarak, toplu iş sözleşmesinin ardından yürürlüğe giren bir anlaşma olarak da kabul edilmesi mümkün değildir. Alman Federal İş Mahkemesi, toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce işçiler aleyhine bireysel sözleşmeler ile çalışma koşullarının yeniden düzenlenmesine olanak tanımaktadır. Ancak bu yönde bir düzenlemeye gidilebilmesi için anlaşmanın, toplu sözleşmenin yürürlük süresinin bitimine yakın bir zamanda imzalanması gerekmekte ve bu yönde bir değişikliğin o anda var olan mevcut koşullara dayandırılması gerekmektedir. Ancak dava konusu olayda bu yönde şartlar oluşmamıştır. Toplu iş sözleşmesi 31 Mart 2007 tarihinde sona ermiş, ancak işçi aleyhine değişiklik getiren anlaşma 12 Temmuz 2005 tarihinde imzalanmıştır. Bu açıdan söz konusu anlaşma geçerli değildir.

## 2. İncelemenin konusu

Bir toplu iş sözleşmesi bağtlandığı süre için belirli bir düzen ve istikrarı beraberinde getirmektedir. Tarafların serbest iradeleriyle imzaladıkları sözleşmeler, tarafları bağlar. Ancak sözleşmenin bağtlanmasından sonra ekonomik ve sosyal şartlarda birtakım değişikliklerin meydana gelmesi olanak dahilindedir. Bu çerçevede taraflar arasında mevcut olan denge, şartların olağanüstü bir şekilde değişmesi sebebi ile taraflardan biri için katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu gibi hallerde sözleşmeye sıkı sıkıya bağlılık adalet, hakkaniyet ve objektif iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz. Hukukta bu durum “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması” ilkesi ile çözümlenmektedir.

İncelememizde Alman Federal İş Mahkemesi'nin kararına konu olay çerçevesinde toplu iş sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması ve taraflarca değiştirilmesi hususları; mevzuatımızda yer alan düzenlemeler ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecektir.

## 3. Toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapılması

### 3.1. Değişiklik yapma yetkisi

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda toplu iş sözleşmesi imzalandıktan sonra değişiklik yapılabilmesine ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu Kanunun “Toplu iş sözleşmelerinin süresi ve bitimi” başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında; toplu iş sözleşmesinin süresinin sözleşmenin imzalanmasından sonra uzatılmayacağı, kısaltılmayacağı ve sözleşmenin süresinden önce sona erdirilemeyeceği düzenlenmiş, ancak sonradan değişiklik yapılmasına ilişkin herhangi bir yasak getirilmemiştir. 2822 sayılı Kanun'un tersine 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ise, tarafların yürürlükteki toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisine sahip oldukları esastan hareketle, toplu iş sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin hükümlere yer vermişti. Nitekim 275 sayılı Kanun'un 2. maddesinde değişikliğin yazılı olacağı düzenlenmiştir. 2822 sayılı Kanun hazırlanırken Hükümet Tasarısı'nda da toplu iş sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin hükümler bulunmaktaydı. Ancak, Tasarı'nın yasalaşması sırasında buna yönelik hükümler Milli Güvenlik Kurulu Komisyonu'nda metinden çıkarılmış ve bu metin yasalaşmıştır<sup>1</sup>. Bu nedenle 2822 sayılı Kanun'da toplu iş sözleşmesinde sonradan yapılacak değişikliklere ilişkin düzenlemeler yer almamaktadır. Bu husus kanun koyucunun toplu iş sözleşmelerinin değiştirilmesinin yasaklamak amacı güttüğü şeklinde yorumlanabilir. Ancak Kanun'un 7/1. fıkrasında getirilen ve yukarıda bahsi geçen hükümde kanun koyucu sonradan değişikliğe ilişkin olarak süre dışında bir kısıtlamaya yer vermemiştir. Bu nedenle, tarafların anlaşarak toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapabilecekleri kabul edilir. Aksi halde, toplu iş sözleşmesinin süresine ilişkin değişiklik yapılamayacağına dair yasağın bir anlamı kalmayacaktır. Kaldı ki öğretilerde de buradan hareketle, tarafların sonradan anlaşarak toplu iş sözleşmesinin süre dışında kalan hükümlerinde değişiklik yapabilecekleri kabul edilmek-

tedir<sup>2</sup>. Toplu iş sözleşmesinde sonradan değişiklik yapabilmek; her iki tarafın bu konudaki rızasına bağlıdır.

### 3.2. Değişiklik sözleşmesinin niteliği

Bir toplu iş sözleşmesinin değiştirilmesi konusunda taraflar aralarında anlaşarak bir protokol düzenleyebilirler. Burada ortaya çıkan hukuki işlem, teknik anlamda bir sözleşme niteliğinde olmakla birlikte, mevcut toplu iş sözleşmesinden ayrı ve bağımsız nitelikte bir sözleşme değildir. Böyle bir protokol, değiştirilen mevcut toplu iş sözleşmesinin “eki” niteliğindedir<sup>3</sup>. Yapılan böyle bir protokolün yürürlükte olan mevcut sözleşme ile bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

### 3.3. Değişiklik sözleşmesini yapma yetkisi ve sınırları

Toplu iş sözleşmesi ancak sözleşmenin taraflarınca ve toplu iş sözleşmesi bağitlamaya yetkili kişilerce değiştirilebilir<sup>4</sup>. Bu nedenle sözleşmenin tarafı olmayan işçi ve işveren konfederasyonlarının, Hükümetin veya bizzat işçilerin toplu iş sözleşmesini değiştirme hak ve ehliyeti yoktur. Sözleşmeyi değiştirme yetkisi gerçek veya tüzel kişilere aittir. Sözleşmeyi temsilci sıfatıyla imzalayan kişi veya kişiler bu sıfatları devam etmiyorsa toplu iş sözleşmesini değiştiren anlaşmayı imzalayamazlar.

Değişiklik protokolü, değişiklik yapılan toplu iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğundan, tarafların toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapabilmeleri için ayrı bir yetki işlemine ihtiyaç yoktur. Bunun yanı sıra, işçi sendikası çoğunluğu kaybetse dahi, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi sona erinceye kadar, işveren tarafı ile anlaşma sağlanması koşuluyla sözleşmede değişiklik yapabilir. Ancak tarafların toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisi sözleşmenin süresi ile sınırlıdır. Toplu iş sözleşmesindeki değişiklikler, taraflarca imza tarihinde yürürlüğe konulabileceği gibi, yürürlük tarihinin imza tarihinden önce olması halinde bu tarihten önceki veya gerek imza, gerek yürürlük başlangıç tarihinden sonraki bir tarih için de kararlaştırılabilir.

Toplu iş sözleşmesinin süresi sona erdikten

sonra tarafların kural koyma hak ve ehliyeti ortadan kalkacağından gerek sözleşmenin yürürlükte kaldığı döneme, gerekse hizmet akdi olarak uygulandığı döneme ilişkin değişiklik yapılamaz<sup>5</sup>.

Bunun yanı sıra toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapılmasına ilişkin olarak taraflar arasında uyuşmazlık çıktığı takdirde ne olacaktır? Taraflardan birinin toplu iş sözleşmesinde tek taraflı değişiklik yapması söz konusu olamaz. Bir tarafın değişiklik teklif etmesi, diğer tarafın da kabul etmemesi halinde, değişiklik teklif eden tarafın diğer tarafı bu değişikliğe toplu iş uyuşmazlığı sonucunda gidilebilecek mekanizmalara (arabuluculuk, grev, lokavt vb.) başvurarak zorlaması da mümkün değildir. Toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapılabilmesi için iki tarafın da bu değişikliği istemesi ve kabul etmesi gerekmektedir.

Bunun yanı sıra bir görüşe göre, taraflar sadece hizmet akdine ilişkin konularda üyelerini bağlayıcı kural koyma yetkisine sahiptir. Tarafların sonradan değiştirebilecekleri hususlar da bu konularla sınırlıdır. Bu nedenle taraflar işçinin hizmet ilişkisinden bağımsız nitelik kazanmış bulunan, doğmuş haklarına müdahale edemeyecektir<sup>6</sup>.

Tarafların işçiler açısından kazanılmış olan haklar üzerinde düzenleme yapma yetkileri yoktur. Ancak kazanılmış hak kavramı üzerine öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, altı aylık veya yıllık olarak saptanan ücret zamlarının uygulanma tarihinden önce tarafların her türlü değişikliği yapmaları hatta zamları kaldırmaları mümkündür. Fakat zamların uygulanma tarihi geldiğinde, söz konusu zamlar kazanılmış hak teşkil edecek ve tarafların bu haklar üzerinde tasarruf imkânı bulunmayacaktır<sup>7,8</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise, ücret zamlarının uygulanma tarihinin gelmesi, tarafların bunlar üzerindeki yetkisini tamamen ortadan kaldıran bir neden olarak görülemez. Ancak gerçekleşen ücret zamları üzerinde tarafların bir tasarruf yetkilerinin olmadığı kabul edilmelidir. Bu zamlar artık toplu iş sözleşmesinin düzenleyebileceği konular olmaktan çıkar ve işçiler açısından kazanılmış hak haline gelir<sup>9</sup>, işverenin

bu ücretleri ödeme borcu sadece işçi ile arasında düzenlenebilecek bir sözleşme ile ortadan kaldırılabılır<sup>10</sup>.

Yargıtay ise, “kural olarak toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin sözleşmenin tarafları tarafından değiştirilmesinin mümkün olduğu; ancak kural olarak bu değişikliğin geçmişe etkili olarak yapılamayacağı, ancak toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu bir işyerinde, sendika üyesi işçilerin bireysel olarak sözleşmede tanınan haklardan vazgeçmelerinin mümkün olmadığı” görüşündedir<sup>11</sup>.

#### 4. İbraname ve feragatname ile toplu iş sözleşmesi ile getirilen haklardan vazgeçilmesi

İncelenen kararda çözülmesi gereken hukuki sorun, toplu iş sözleşmesinin taraflarının tespit etmiş olduğu, özellikle ücret zamları ve ek ödemeler gibi hususlarda bu haklardan yararlanacak olan işçinin, örneğin toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan zamdan, ibra sözleşmesi veya feragatname ile vazgeçmesi halinde bunun geçerli olup olmayacağıdır.

Böyle bir olayda karar veren bir yerel mahkeme<sup>12</sup>, toplu sözleşmenin taraflarınca yapılan ve parasal hükümlere yönelik bir değişiklik protokolünde, işçilerin protokolün yapıldığı tarihe kadar işleyen ücret zamlarından yararlanabileceğine, bu tarihten sonraki dönem için ise ücret farkı talep edemeyeceğine karar vermiştir. Bunun gerekçesi olarak da, davacı işçinin protokolün yapıldığı tarihten, işten çıkarıldığı tarihe kadar protokolde belirlenen zam oranlarına göre hesaplanan ücreti, itirazda bulunmadan almış olmasını ve bunun İş Kanunu uyarınca işçinin haklı sebeple feshini gerektirdiği halde bu hakkını kullanmamış olmasını göstermiştir. Yerel mahkemenin vardığı sonuç doğru olsa da, gerekçesi kanımızca uygun değildir. Zira toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisi sözleşmenin taraflarında olduğu için, taraflarca yapılan bir protokolle ücret zamlarının indirilmiş olması halinde artık işçinin bireysel rızasının olup olmadığı bir önem taşımayacak ve bu durum da işçiye haklı sebeple fesih hakkı vermeyecektir<sup>13</sup>.

Bunun yanı sıra, yukarıda da belirtildiği üzere Yargıtay, toplu iş sözleşmesi düzeninin olduğu bir işyerinde, sendika üyesi işçilerin bireysel olarak sözleşmede tanınan haklardan vazgeçmelerinin mümkün olmadığı” görüşünü taşımaktadır. Yüksek Mahkeme kararları böylesi bir vazgeçmeyi TİSGLK'nın 6/1. maddesine aykırı görmekte ve iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırılık teşkil edemeyeceğini, özellikle düzen ilkesinin bunu kaldırmayacağını ifade ederek, böylesi ibraname ya da feragatlere geçerlilik tanımamaktadır. Yani bu geçersizliğin teorik arka planını TİSGLK'nın 6. maddesi oluşturmakta ve Yüksek Mahkeme istikrarlı bir şekilde bu görüşünü sürdürmektedir<sup>14</sup>.

Toplu iş sözleşmelerinin normatif (düzenleyici) ve borçlar hukukuna ilişkin (borç doğurucu) olmak üzere iki temel ayırımı bulunmaktadır. Normatif kısım toplu iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlerken, taraflar buraya emredici nitelikte kurallar koyabilme hak ve serbestisine sahip bulunmaktadırlar. Zorunlu unsur olan normatif hükümler toplu iş sözleşmesinin olmazsa olmaz bölümlerini oluşturmaktadır.

Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin doğrudan etkisi, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği anda var olan ya da toplu iş sözleşmesinin sona ermesine kadarki zaman dilimi içinde kurulmuş hizmet ilişkileri hakkında söz konusu olabilmektedir.

Eski ve yeni toplu iş sözleşmeleri açısından gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, sona eren toplu iş sözleşmeleri hükümleri kazanılmış hak teşkil etmezler ve yeni toplu iş sözleşmeleri hükümleri karşısında geçerliğini koruyamazlar. Bu sonucun aynı şekilde toplu iş sözleşmeleri değişikliklerinde de geçerli kabul edilmesi ve yapılan değişiklik sonrasında getirilen yeni hükümler karşısında eski düzenlemelerin, lehte ya da alehte olup olmadığına bakılmaksızın geçerliliğini yitirdiğinin kabulü gerekmektedir<sup>15</sup>.

Bu tartışma, özellikle ekonomik kriz sonucu ortaya çıkan gelişmeler nedeniyle önem taşımaktadır. Nitekim kriz dönemlerinde çalışma koşullarında iş sözleşmeleriyle ve toplu iş sözleşmeleriyle değişiklik yapılması önemli bir ih-

tiyaç olarak gündeme gelmekte ve ancak hangi sınırlar çerçevesinde, kimlerin bu değişikliği yapabileceği ciddi bir tartışma konusu oluşturmaktadır.

Yukarıda 3. bölümde yer alan açıklamalarda da görüleceği üzere toplu iş sözleşmesinin tarafları, işçiler için henüz hak olarak doğmamış, tahakkuku gerçekleşmemiş olan sözleşmenin paraya ilişkin hükümlerini değiştirebilirler. Ancak, doğmuş bir hakkın üzerinde toplu iş sözleşmesi tarafları olarak tasarrufta bulunamazlar. Toplu iş sözleşmesi taraflarına ait bulunan yetki, hakların doğumu anından itibaren işçilere geçer<sup>16</sup>. Aynı sonuca yine işçinin toplu iş sözleşmesinde henüz doğmamış hakkından feragat edemeyeceğini belirten Yargıtay kararının karşı anlamından da ulaşılabilmektedir. Bu değerlendirmelerin doğal sonucu olarak işçi için artık doğmuş bir hak niteliğinde olan zamlı ücret, sözleşme taraflarının (işveren-işçi sendikası ya da işçi sendikası-işveren sendikası) anlaşmasıyla düşürülemez. Başka bir ifadeyle, tarafların bu yolda yapacakları bir kararlaştırma, işçilerin sözleşmede öngörülen zamlı ücreti talep etmelerini önleyemez.

Bu bağlamda, işçilerin ibra sözleşmeleri çerçevesinde zamma ilişkin alacaklarından vazgeçmelerinin mümkün sayılması gerektiği Prof. Dr. Nuri Çelik ve Prof. Dr. Ali Güzel tarafından ifade olunmuştur. Fakat Yargıtay bir kararında; “Toplu iş sözleşmesinden yararlanan bir işçinin düzen ilkesi ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 6. maddesi gereği toplu iş sözleşmesinde kabul edilmediği takdirde aleyhine bir düzenleme yapılması ve işçinin toplu iş sözleşmesiyle getirilen hükümlerinden vazgeçmesi mümkün olmadığı gibi, doğmayan bir haktan feragatten de söz edilemez. Bu itibarla davacı işçinin toplu iş sözleşmesi ücret artışlarından bireysel olarak vazgeçmesi hukuken geçerli değildir.” şeklinde hüküm kurmuştur<sup>17</sup>.

Ancak Yüksek Mahkeme’nin bu gerekçesine katılabilmemiz mümkün değildir. Toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret zammının hakkın doğumu ile birlikte hizmet sözleşmesinin bir unsuru haline geldiğini ve TİSGLK madde 6/I hükmü gereği ibra sözleşmesi ya

da feragatname yoluyla işçinin hakkından vazgeçmesinin mümkün olamayacağını kabul ettiğimiz takdirde, toplu iş sözleşmesinin yürürlük döneminde örnek olarak dört ikramiye uygulamasının yapılması halinde, takip eden toplu iş sözleşmesinde de en az dört ikramiyenin mutlak olarak uygulanması gerektiğini kabul etmemiz gerekir. Zira TİSGLK madde 6/II fıkrasındaki “Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir” hükmü gereği, toplu iş sözleşmesinin tarafları istese dahi bu dört ikramiyeyi ya da bir önceki dönemde uygulanmış yan ödeme, sosyal yardım vb. herhangi bir hak uygulamasını işçinin muvafakati olmaksızın değiştiremeyeceklerdir. Hiç şüphesiz bu durumun toplu iş sözleşmesi özerkliği ve her toplu iş sözleşmesinin birbirinden bağımsız olması ilkesi açısından kabul edilebilirliği mümkün değildir. Eski ve yeni toplu iş sözleşmeleri açısından gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, sona eren toplu iş sözleşmeleri hükümleri kazanılmış hak teşkil etmezler ve yeni toplu iş sözleşmeleri hükümleri karşısında geçerliliğini koruyamazlar. Bu sonucun aynı şekilde yukarıda 3.2’de belirtildiği üzere, mevcut toplu iş sözleşmesinin eki niteliğinde olan toplu iş sözleşmeleri değişikliklerinde de geçerli kabul edilmesi ve yapılan değişiklik sonrasında getirilen yeni hükümler karşısında eski düzenlemelerin lehte ve aleyhte olup olmadığına bakılmaksızın geçerliliğini yitirdiğinin benimsenmesi gerekecektir<sup>18</sup>. İnceleme konusu kararda da bu hususun göz ardı edildiği ve mevcut sözleşmeden daha düşük haklar belirlenmesinin toplu iş sözleşmesinin ihlali olarak görüldüğü gözlemlenmektedir.

Kanımızca, toplu iş sözleşmeleri hukuki niteliği gereği toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında yapılmakta olup, bunun doğal sonucu olarak da işçilerin tek başlarına imzalanan sözleşmeyi aleyhlerine değiştirme yetkileri bulunmamaktadır. Ancak işçilerin toplu iş sözleşmesi değiştirme yetkisi olmasa da, toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklarını talep etmeme hakkı mevcuttur. Burada yargı tarafından çözümlenmesi gereken temel sorun sadece, işçi bu hak-



kını kullanırken hür iradesiyle mi, yoksa iradeyi fesada uğratan hallerden birisiyle mi hareket edip etmediğidir.

## 5. Sonuç ve değerlendirme

Gerek mevzuat, gerekse Yargıtay kararları ışığında, kanımızca ekonomik kriz veya işletmenin ekonomik açıdan zor durumda olması nedeniyle işyerinde çalışan işçilerin büyük bir çoğunluğu ibra sözleşmesi ve/veya feragatname ile doğmuş bulunan bir alacaktan vazgeçiyorlarsa toplu iş sözleşmesi düzeni ilkesinin bundan zedelenmeyeceği ve işyerinde yeni bir düzenin kurulmuş olduğu kabul edilmelidir.

Ekonomik kriz, sektörel kriz, beklenmeyen veya öngörülemez haller gibi nedenlerle alınması gündeme gelen bu tedbirler karşısında ortada toplu sözleşmesi düzeninden kaçınma amacının mı olduğu, yoksa işletmenin yaşadığı sorunlara samimi bir çözüm aranıp aranmadığı tespit edilmelidir. Burada hakkın kötüye kullanımı anlamına gelebilecek uygulamaların elbette önüne geçilmeli, ancak olağanüstü dönemlerde gündeme gelebilen bu arayışların “feshe en son çare olarak bakma” ilkesi kapsamında işletmeden kaynaklanan sıkıntılara bir çözüm arayışı olup olmadığının araştırılarak hükmün ona göre oluşturulması gerekmektedir.

İncelememize konu olan Alman Federal İş Mahkemesi kararında ve Federal İş Mahkemesinin 20.5.2009 tarih ve 4 AZR 230/08 başka bir kararında, toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce işçiler aleyhine bireysel sözleşmeler ile çalışma koşullarının yeniden düzenlenmesine olanak tanındığı ifade edilmektedir. Ancak bu yönde bir düzenlemeye gidilebilmesi için anlaşmanın, toplu sözleşmenin yürürlük süresinin bitimine yakın bir zamanda imzalanması ve bu yönde bir değişikliğin o anda var olan mevcut koşullara dayandırılması gerektiği ifade edilmektedir. Alman yargı kararlarında benimsenen ve işçilerin ücretlerinin düşürülmesi gibi işçi aleyhine değişikliklerin; “değişikliğin yapıldığı andaki mevcut koşulların varlığına dayandırılması halinde bireysel sözleşmelerle yapılabileceğine” ilişkin bu kriter; özellikle ekonomik kriz dönemlerinde

işletmelerde alınacak tedbirler çerçevesinde, Yargıtay tarafından da göz önüne alınabilecek niteliktedir.

## DİPNOTLAR

- 1 Çifter, Algun; Toplu İş Sözleşmesinin Taraflarca Değiştirilmesi, Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan, Ankara, 1998, s. 66.
- 2 Özdemir, Erdem; Toplu İş Sözleşmesi Taraflarının Sözleşmede Sonradan Değişiklik Yapma Yetkilerinin Kapsamı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/3, s. 960, dn. 3.
- 3 Özdemir, a.g.m., s. 961, Çifter, Algun; a.g.m., s. 67, Çetinkaya, Serdar; Değişen Durumlar Karşısında Toplu İş Sözleşmelerinde Taraflarca Değişiklik Yapılması, TÜHİS, Şubat-Mayıs 1999, s. 65.
- 4 Yarg. 9. HD., 2.3.2004 tarih ve 2003/20251 E., 2004/4018 K. sayılı karar.
- 5 Çifter, Algun; a.g.m., s. 68, dn. 9.
- 6 Çifter, Algun; a.g.m. s., 70.
- 7 Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, s. 511-512.
- 8 Şen, Murat; Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat, TÜHİS, Ağustos 2005, s. 30-31.
- 9 Özdemir, Erdem; a.g.m., s.962.
- 10 Çelik, Nuri; “Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlük Süresi İçinde Ücretle İlgili Hükümlerinin Değiştirilmesi” konulu Panel.
- 11 Yarg. 9. HD., 11.5.2005 tarih ve 2005/19012 E., 2005/24835 K. sayılı karar.
- 12 Kartal 2. İş Mahkemesi'nin, 2003/138 E., 2003/567 K., 24.10.2003 tarihli kararı (Söz konusu karar ve bu kararı bozan Yarg. 9. HD., 2003/20251 E., 2004/4018 K. ve 2.3.2004 tarihli kararın incelemesi için bkz. Özdemir, Erdem; a.g.m.).
- 13 Aynı görüşte, Özdemir, Erdem; a.g.m. s.965.
- 14 Yarg. 9.H.D. 2005/4256 E., 2005/14535 K., Yarg. 9.H.D. 2005/2072 E., 2005/14533 K., Yarg. 9.H.D. 2004/10655 E., 2004/27188 K., Yarg. 9.H.D. 2004/24505 E. 2004/25999 K.
- 15 Ulusoy, Mesut; TİS Düzeni İçinde Bireysel Feragat Üzerine Post Modern Bir Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2006, s.105.
- 16 Ulusoy, Mesut; a.g.m., s. 105-106.
- 17 Yarg. 9.HD., 2005/407 E., 2005/14507 K.
- 18 Ulusoy, Mesut; a.g.m. s. 107.



## “SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad : .....

Adres : .....

Tel. : .....

e-posta : .....

İmza : .....

**SİCİL / MERCEK** dergisine abone olmak istiyorum.

2010 yılı abonelik bedeli olan 48 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**  
**Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No. 268, MESS Şişli 34381 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.)

# YETKİLİ KURULUŞUZ

## MEV İş Sağlığı ve Güvenliği Uzmanlığı Eğitimleri



**Yetkili eğitim kurumu olarak Türk sanayi ve hizmet sektörünün eğitim ihtiyacını karşılıyoruz**

MESS Eğitim Vakfı (MEV) dört şubesi ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nden iş güvenliği uzmanlığı ve işyeri hekimliği eğitimlerini vermeye yetkili eğitim kurumu olarak yetki belgesi aldı.

İşletmelerin verimliliğini ve etkinliğini; işgücünün bilgi, beceri, yetkinlik ve istihdam edilebilirliğini artırmayı hedefleyen MESS Eğitim Vakfı;

- iş güvenliği uzmanlığı standart eğitimini,
  - iş güvenliği uzmanlığı bilgi yenileme eğitimini,
  - işyeri hekimliği bilgi yenileme eğitimini
- Türk sanayi ve hizmet sektörüne yönelik sunuyor.

Eğitimler; alanında uzman, deneyimli ve seçkin eğitmen kadrosu tarafından verilmektedir.

Eğitmenler, eğiticinin eğitimi belgesine sahip, mevzuatta belirtilen niteliklere uygun (A) sınıfı iş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimleri ile iş hukuku alanındaki akademisyenlerden oluşmaktadır.

Eğitimler ile katılımcılara, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli bilgi ve yetkinlik kazandırılmaktadır.

MESS Eğitim Vakfı'nın (A), (B) ve (C) sınıfı iş güvenliği uzmanlığı eğitimleri ile işyeri hekimliği bilgi yenileme eğitimleri İstanbul, Ankara, Bursa ve İzmir illerindeki MESS'in Merkez Binası ile Bölge Temsilcilik bürolarındaki eğitim merkezlerinde verilmektedir.



İSTANBUL



ANKARA



BURSA



İZMİR

### Eğitim Talebi İçin:

MESS Eğitim Vakfı İktisadi İşletmesi  
Harman Cad. Polat Plaza B-Blok K.3 D.74 34394 Levent İstanbul  
Tel: 0212 280 66 72 Faks: 0212 280 39 45

[www.messegitim.com.tr](http://www.messegitim.com.tr)