

SİCİL

Aralık '08 • Yıl 3 • Sayı 12

MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK
MESS Yönetim Kurulu
Başkanı

Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet ŞİPAHİ
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
Av. Atakan CEYLAN

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

25 Aralık 2008

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

4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik	5
Prof. Dr. Münir EKONOMİ	
İşverenin Eşit Davranma Borcu	24
Prof. Dr. Sarper SÜZEK	
Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım	39
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği	44
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN	
ILO ve AB Normları Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi	47
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	
Küresel Kriz Sürecinde İşletme Gereklere Dayanan Fesibler ve İstibdam Sorunu	68
Prof. Dr. M. Polat SOYER	
İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar	73
Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR	
Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi	80
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR	
Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları	97
Seracettin GÖKTAŞ	

KARAR İNCELEMELERİ

İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süreli Fesib Yoluyla Sona Erdirilmesi -Yargıtay 9. HD'nin 11.3.2008 tarihli, E.2007/36130, K.2008/4519 sayılı Kararının İncelenmesi-	106
Prof. Dr. Ali Rıza OKUR	
Anayasa Mahkemesi'nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı	112
Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI	
Telaflı Çalışması Yapılabilecek Haller ve "Tatil" Günlerinde Telaflı Çalışması Üzerine Bir Karar İncelemesi	125
Dr. Fatma BAŞTERZİ	

TOPLU İŞ HUKUKU

Grev Hakkının Uluslararası Normları ve Türk Mevzuatının Bunlara Uyum Sorunu	135
Prof. Dr. Metin KUTAL	



Disiplin Kurulu Kararı ile Hizmet Akdinin Feshi 144
Av. İlhan DOĞAN

KARAR İNCELEMESİ

İşçi Sendikasının Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Hukuka Aykırılığının Tespiti İçin Dava Açma Yetkisi 148
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

Sosyal Sigorta İlişkisinde Çokluk: Sigortalılık Hallerinin, Tiplerinin ve Sürelerinin Birleşmesi 152
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER - Doç. Dr. Coşkun SARAÇ

5510 Sayılı Kanun'da 4/1-a Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Prime Esas Kazançlar 161
Prof. Dr. Yusuf ALPER

İşverenlere Getirilen Beş Puanlık Prim İndirimi 176
Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

Ev Eksenli Çalışanların Sosyal Güvenliği Üzerine Değerlendirmeler 187
Ercan TURAN - Ebru PAKİN AKIN

KARAR İNCELEMESİ

İşverence Mali Sorumluluk Sigortası Yapılması Durumunda İşverenin Tazminat Sorumluluğunun Belirlenmesi 200
Doç. Dr. Hakan KESER

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

Danıştay'ın Yabancıların Çalışma İzinleriyle İlgili Uygulama Yönetmeliğinin Bazı Hükümlerini İptali 207
Doç. Dr. Bülent ÇİÇEKLİ

MALİ HUKUK

"Varlık Barışı" Şeklinde Getirilen "Vergi Affının" Değerlendirilmesi 212
Doç. Dr. Adnan GERÇEK

İşçiye Ödenen Ücret ve Tazminatların Vergilendirilmesine İlişkin Bazı Meseleler 219
Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Tam Üyelik Öncesi Gümrük Birliği Kapsamında Ortaya Çıkan Sorunlar 225
Prof. Dr. Halûk KABAALIOĞLU, LL.M. (Columbia); LL.M. (Brüksel)

Çalışma Hayatına İlişkin Değerlendirmeler Açısından 2008 Türkiye İlerleme Raporu 233
Av. Tulu GÜMÜŞTEKİN

KARAR İNCELEMESİ

Alman Hukukunda Şüpheli Feshi 237
Av. Nağme N. HOZAR, LL.M.

Nereye gitmek istediğini bilmiyorsan, hangi yoldan gideceğin de fark etmez.

Dünya ekonomisinin, 1929 ekonomik buhranından sonraki en büyük krizle karşı karşıya olduğu ve krizin gitgide derinleştiğini hepimiz biliyoruz. Her ne kadar krizin menşei yurtdışı kökenliyse de, global dünyada yaşamının bir sonucu olarak krizin etkileri ülkemizde de görülmeye başlanmıştır.

Zor bir dönemden geçen işverenler, bu noktada en son çare olarak işçi çıkarma yoluna gitmekte ve bu krizden en az etkilenmek için çıkış yolları aramaktadır. Hükümetten tedbir paketi açıklaması beklenmiş ancak şimdiye kadar bu konuda beklenen bir gelişme olmamıştır. O halde bizler, çözüm yollarını ortak akılla kendimiz üretmeliyiz. Çıkış yollarını aslında çok da uzakta aramaya gerek yok. Mevzuatımızda esnek uygulamalara cevaz veren yetersiz de olsa bazı bükümler mevcut. Denkleştirme uygulaması, telafi çalışması, kısa çalışma vb. gibi. Yargıtay da işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan feshlerde “feshin son çare olması” ilkesi gereğince feshin gitmeden önce, işçinin rızası ile öncelikle esnek çalışma biçimlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Ne var ki Kanun maddeleri, sadece teoriye kalıp, uygulamaya geçememekte. Bunun sebebi, öncelikle maddelerin uygulanabilirliğinin son derece zor şartlara bağlanmış olması. Örneğin kısa çalışma yapabilmek ve kısa çalışma ödeneğine bak kazanabilmek için gerekli şartlardan biri olan “genel ekonomik kriz” maddenin uygulanabilirliğini daraltmaktadır. Şöyle ki; ülke çapında ekonomik bir krizin olup olmadığı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca değerlendirilmekte, sektörel krizler bu çerçevede dikkate alınmamaktadır. Her ne kadar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanımız, kısa çalışma bükümlerinden faydalanmak için işverenlere başvuru yapmalarını çağrısında bulunuyorsa da, konuyla ilgili olarak yapılan başvurulara ilişkin henüz bir gelişme kaydedilmemiştir.

Esnek düzenlemelere başvurmadaki diğer bir zorluk ise “esneklik” kavramının hâlâ ülkemizde dü-

zensizlik ve güvencesizlik ile eşdeğer görülüyor olmasından kaynaklanmaktadır. Esneklik, işletmelerin zor koşullara direnebilmesini sağlayacak en önemli araçtır. Her konuda AB uygulamalarını örnek alırken, Avrupa’da böylesi kriz dönemlerinde sıklıkla başvurulan esnek düzenlemelere neden soğuk bakılmaktadır? Yargıtay da son dönemde telafi çalışmasına yönelik verdiği bir kararla kafaları karıştırmıştır. Çalışılmayan Cumartesi gününde telafi çalışması yapılamayacağını belirten Karar ile, zaten Kanun hükümlerinin kısıtlı olan uygulama alanı daha da daraltılmış olmaktadır.

Böylesi zor bir ortamda ayakta kalma savaşı veren işletmeler, bir taraftan Hükümetçe oldu bittiye getirilip çıkarılmak istenen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı, diğer taraftan ise Alt İşverenlik Yönetmeliği ile alt işveren müessesesinin neredeyse “uygulanamaz” hale getirilmesiyle şaşırmış durumdadır. Ekim ayı başı itibariyle yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve yürürlük tarihine iki üç gün kala yayımlanan Yönetmelik ve Tebliğler ile birlikte ise uygulamacılar için yeni bir sayfa açılmıştır. Görüldüğü üzere endüstri ilişkilerinde gündem çok hareketlidir.

İşverenin eşit davranma borcu, grev hakkının uluslararası normları ve Türk mevzuatının bunlara uyum sorunu, işverenin yönetim hakkının kullanılması ve etik sınırlar, işverenlere getirilen beş puanlık prim indirimi, sigortalılık hallerinin, tiplerinin ve sürelerinin birleşmesi Sicil dergimizde yer alan konu başlıklarından bazıları. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemeleriyle yine siz değerli okuyucularımızla buluşmanın keyfini yaşıyoruz. Dergimizin uygulamada sıkıntı yaratan hususlara ışık tutması dileğiyle...

Saygılarımla,
Av. İsmet SİPAHİ

Mortgage Bilirkişi bilir siz isteyin gelir!



Farklı Mortgage seçeneklerimizle nasıl ev sahibi olabileceğini öğrenmek ya da koşullarınızı bizimle birlikte değerlendirmek için, ister arayın, ister tıklayın!

Mortgage Bilirkişi'lerimiz davetinizi bekliyor.



**MORTGAGE
BİLİRKİŞİ**

kendievim.com.tr | 444 0 445

 **YapıKredi**
Hizmette sınır yoktur.

Prof. Dr. Münir EKONOMİ

İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Başkanı

4857 Sayılı İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Sayısal Esneklik

1. ESNEKLİK SİSTEMİNE GEÇİŞ VE TARAFLARIN YAKLAŞIMLARI

1. 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İşK) genel gerekçesine bakıldığında, bu kanunun *temel felsefesini* belirleyen yeniliklerden birinin *çalışma hayatında esneklik* olduğu ve bunu ilişkin düzenlemelere yer verilmesinin hedef alındığı hemen görülür¹. Ayrıca 4857 sayılı Kanun'un madde gerekçelerinde esnekliğin değişik uygulanma alanlarına, başka bir deyişle *esneklik türlerine* değinilmek suretiyle kuralar getirildiğine de işaret edilmektedir².

İş hukukunun esnekleştirilmesi, taraflara (işçi-işveren veya işçi ve işveren sendikaları) iş sözleşmesi (ve eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar) ve toplu iş sözleşmesi gibi araçlar ile çalışma şartlarını, ihtiyaçlara göre değişik şekilde düzenleyebilme imkanı veren açık bir sistemin kurulmasıdır³. Esnekleştirme taraflara çalışma şartlarını kendilerince belirlenmesi yolunda *daha geniş bir alan* tanımakta, ayrıca bu *şartların* değişik ihtiyaçlara cevap vermek üzere *uyum kabiliyetini artıran hukuki bir ortam yaratmaktadır*.

Esnekleşme, "kuralsızlaştırma" ile eş anlamlı değildir⁴. Hiç kuşkusuz kuralsızlaştırma, başka bir deyişle emredici normların azaltılması, sözleşme

serbestisine daha geniş bir alan bırakacaktır. Ancak daha fazla esneklik için her zaman böyle bir durum zorunlu değildir, emredici bir kurala getirilecek çok sayıda istisna ile de esneklik sağlanabilir⁵.

Gerçekten esneklik, işçi-işveren ilişkilerinin tamamen kuraldan arındırılması olarak düşünülmemelidir. 4857 sayılı Kanun'un tasarısını (taslak) hazırlayan Bilim Kurulu, esnekliğin kurallara yansıtılmasında, esas itibarıyla, iş ilişkisinin *normlara dayalı düzenlenmesine bağlı kalmış*, ancak oluşturulan düzende esnekliğe işlerlik kazandırmayı hedef almıştır. Esasen *esnek olmayan*, katı olarak nitelendirilen kuralların varlığı değil, *kuralların öngördüğü düzenin yapısıdır*. Bu yapının "esnekliği" sağlayacak şekilde değiştirilmesi ve yenilenmesi iş hukukunun bir *düzenleme sistemi* olduğu esasını bozmaz. Devletin bireysel ve kollektif özerkliği yeterli görmediği dönemde *aşırı müdahale ile getirildiği* düzenlemelerin, keza işverenin elindeki gücü kötüye kullanacağı düşüncesinden hareketle getirilen ve dayanaklarını kaybeden katı, standart normların kaldırılması, günün şartları yönünden zorunlu bir kuralsızlaştırmadır⁶. Esnekleştirmenin hedefi teknolojik, ekonomik ve hatta sosyal gelişmelerin yarattığı işyeri-işletme ve bununla bağlantılı olarak

işçi ve işveren ihtiyaçlarına kısa sürede ve kolayca uyum sağlayabilecek değişikliklerin gerçekleştirilmesine engel (katı) olmayan bir düzen ve sistemin kurulmasıdır.

Bu arada gözden kaçırılmaması gereken husus, esneklik gereği alınacak önlemlerde ve getirilecek düzenlemelerde *işçinin korunmasının* yine esas olmasıdır; ancak işçinin korunması, esneklik sistemiyle uyumlu ve yeni düzenlemelerinde etkili bir koruma, başka bir deyişle “güvenceli esneklik” olmasıdır. Nitekim Bilim Kurulu hazırladığı tasarıda, esnek düzeni sağlayan kurallarda daima, bu düzene uyum sağlayan koruma normlarını da gözden uzak tutmamıştır. Örneğin, denkleştirme esasının uygulandığı ve haftalık çalışma süresinin eşit olmayan şekilde bölünebileceği hallerde, günlük çalışma süresinin *onbir saati aşmayacağı* öngörülmüştür⁷.

Diğer yandan işçinin zorunlu korunması tek yanlı değildir. Her hukuk normunda olduğu gibi, iş hukukunda da birbirine zıt menfaatler açısından *adil bir denge* kurulmalıdır. İşverenin işyerini sağlıklı tutabilmesi ve geliştirmesi kişilerin menfaatlerine de hizmet etmektedir. İşçinin korunması, bir işe sahip olması ve gelirinde süreklilik sağlanması halinde büyük bir anlam kazanmaktadır. Bu açıdan işçinin korunmasının temelinde işyerinin faaliyet kabiliyeti, ülke ve dünya pazarındaki rekabet gücü de bulunmaktadır. İş hukuku her zaman olduğu gibi “esneklik” konusuna ilişkin amaç çatışmasında da bir uzlaşmaya gitmek zorundadır. Buradaki çözümde bir yanda *daha fazla esneklik* istemi, diğer yanda işçinin korunmasında yenilenme, düzeltme istemi, başka bir deyişle “ekonomi” ve “sosyal” arasında hassas dengenin gerçekleştirilmesine özen gösterilecektir⁸. Örneğin ülkemizde iş güvencesi düzenlemesinde temel alınan Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 158 sayılı Sözleşmesi’nin koyduğu esas ve kurallar, sözleşmeyi onaylayan ülkelere, kendi şartlarına uygun model kurmak üzere yeterli *esneklik* içermektedir. Bu açıdan İş Kanunu’nda ülkemiz ekonomik ve sosyal şartları dikkate alınarak getirilen düzenlemelerde, iş güvencesinden yararlanma belirli şartların gerçekleşmesine bağlı tutulmuş, işçinin iş sözleşmesinin feshine karşı korumada, işverenin keyfi feshlerinin önlenmesi amaçlanmış, işverenin geçerli sebeplere dayanmak ve belirlenen usule uymak suretiyle fe-

sih hakkını kullanması öngörülmüştür. Esneklik kapsamında menfaat dengesi sağlanırken, geçersiz feshlerin yaptırımını olarak mutlak şekilde işe iade değil, işverenin seçimine göre işçinin işe başlatılması veya bir tazminat ödenmesi hükmüne bağlanmıştır.

2. 4857 sayılı İş Kanunu tasarısı (taslağı) çalışma yaşamının *üçlü aktörleri* tarafından oluşturulan Bilim Kurulu tarafından, diğer ülkelerdeki, özellikle AB Müktesebatındaki ve ILO kaynaklarındaki gelişmeleri, ülkemiz şartlarına göre değerlendirmek ve bu arada esnekliğe de önemli yer vermek suretiyle hazırlanmıştır⁹. Ne var ki tasarı daha Bakanlar Kurulu gündemine alınmadan ve Bakanlar Kurulunda iken tasarıdaki düzenlemelere müdahale başlamış, TBMM’de verilen önergeler ile bazı konularda değişiklik yapılarak *katı kurallara dönüşü* doğuran, böylece esneklikten beklenen hedeflere ve ortama ulaşılmasına engel bir yol izlenmiştir. Hatta 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra “bilgisiz ve bilinçsiz” şekilde sınırlayıcı hükümlerin getirilmesine devam edildiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Üçlü aktörlerden devlet (yürütme ve yasama organı, görevli bürokratlar) tasarıdaki düzenlemelere, değişen temel felsefeyi ve konuların kendi içindeki bütünlük açısından hakim olamamış, özellikle işçi kesimine taviz vermek suretiyle tasarımı kısa sürede kanunlaştırmayı hedef almıştır. İşçi kesimi¹⁰, İş Kanunu’nun temel felsefesi ve yeni kurumlarına, önyargılı olarak karşı çıkmış, özellikle esnek düzenlemelerine, bu arada esnek istihdam türlerine ve bunların kanunla düzenlemelerine, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesine uymayacaklarını, toplu iş sözleşmeleri ile eski kanun hükümlerini devam ettireceklerini açıklamışlardır. Sayısal esneklikte ve istihdamı teşvikte önemli bir yeri olan “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” (Tasarı m.93) ve 158 sayılı Sözleşme’nin de bir gereği olarak tasarıda yer verilen “işçi temsilciliği” (Tasarı m.113) de, güçlerinin zayıflamasında etkili olabileceği endişesi ile tasarıdan işçi örgütlerinin ısrarlı istekleri üzerine çıkarılmıştır. Her iki maddenin çıkarılması, hiç kuşkusuz, işçilerin belirtilen konularda korumasız kalmaları sonucunu da beraberinde getirmiştir. Aşağıda değinileceği üzere, “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi” çalışma hayatının ihtiyaçlarının bir gereğidir, kanundan çıkarılmasına rağmen, bu hususta bir yasak

getirilmiş değildir, getirilmesi de Anayasa'ya çalışma ve sözleşme özgürlüğü (girişime özgürlüğü) yönünden aykırılık teşkil ederdi¹¹. Halen belirtilen özgürlüklere dayalı olarak ve İşK.m.7 hükümleri çerçevesinde uygulanan bu tür ödünç iş ilişkisi için, işçiyi kurumun özelliklerine uygun şekilde koruyucu açık hükümler (Tasarı m.93 olduğu gibi) açısından bir eksiklik teşkil etmektedir.

Ülkemizde, işyerinde-işletmede çalışan işçilerin, işveren ile ilişkilerinde sadece "işyeri sendika temsilcileri"ne imkan tanınması, sendika üyesi olmayan işçilerin, ki sendikalı işçilerden fazla oldukları bilinmektedir, temsilcilik kurumundan yoksun bırakılmaları hiçbir suretle savunulamaz. Esneklik sisteminde, işverenle birlikte işçilerin de menfaatlere uygun çalışma şartlarının belirlenmesinde işçilerin bu husustaki belirleme yetkilerini kullanabilecekleri temsilcilere ihtiyaç olduğu bir gerçektir. İşverenlerin, esnekliği, sadece işletmelerin değişen şartlara hızla ve kolayca uyum sağlayacak karar ve belirleme serbestisi olarak değil, işçinin de işyerinin-işletmenin sağlıklı olarak faaliyetlerinin devamında menfaati olduğunu, işçi için de bizzat belirleme yetkisinin baskıdan uzak ve serbest seçimine dayalı olarak kullanılabileceğini gözden uzak tutmaması gerekir. Esneklik, işverene daha fazla bizzat belirleme imkanı verirken yönetim gücünü de daha etkili hale getirecektir; işte bu gücün dengelenmesi kadar, işyerindeki çalışma düzenini etkileyecek konuların çok daha çabuk, güvenli ve istikrarlı şekilde yürütülmesi için *bilgi alışverişine* dayalı bir yönetime katılma modelinin ülkemizde de kabul edilmesi yararlı olacaktır¹². Hemen ekleyelim ki, tasarıdan çıkarılan m.113'de, işyeri sendika temsilcilerine dokunulmamış, "sendika temsilcilerinin bulunmadığı" işyerlerinde, bu işyerlerinde çalışan işçiler yönünden bir temsilcilik öngörülmüştür. Bilindiği gibi, AB üye ülkelerinde 19. Yüzyıldan başlayarak işlevleri ve görev alanları gittikçe genişleyen işyeri-işletme *işçi temsilciliği* vardır ve işçi temsilcileri işyerinde çalışanlar arasında sendika üyesi olan ve olmayanlar yönünden bir ayırım yapılmaksızın tüm işçiler için görevlerini yerine getirirler. Belirtilen ülkelerde işyeri sendika temsilciliği yoktur, bazı ülkelerde sendikalara işyeri temsilciliği seçiminde aday gösterme olanağı verilmiştir. Sendikalar, isterlerse ve anlaşma olursa, toplu iş sözleşmeleri ile kendileri yönünden temsilcilik ge-

tirebilirler. İşverenler, Bilim Kurulunca hazırlanan tasarıya olumlu baktıklarını kamuoyunda açıklamakla beraber, özellikle esneklik için beklentilerinin büyük ölçüde karşılanmayacağını da belirtmişlerdir. İşverenler, çalışma hayatında esneklik sisteminden, daha çok iş ilişkilerinde kuralsızlaştırmayı amaçladıkları için, esnekliği *kanuni düzenleme sisteminde* gerçekleştirmek üzere tasarıda yer alan kurallardan pek memnun kalmadıkları bir gerçektir. İkincisi işverenlerin beklentisi, esnekliğin daha geniş alanlara yayılarak istihdam esnekliği, fonksiyonel esneklik, ücrette ve ücret dışı işgücü mahallinde esneklik, çalışma sürelerinde esneklik, eğitimde esneklik, istihdam esnekliğinde fesih hakkının kullanılmasında işverenin serbestliğinin geniş tutulması konularına giden çalışma şartlarını belirlemede işverene daha geniş yetki bırakılması şeklindeydi¹³. Böyle bir sisteme gidilmesine imkan olamayacağı, AB ülkelerinde kanuni düzenleme sisteminden vazgeçilmediği gibi, o ülkelerde de işverenlerimizin beklediği genişlikte ve derinlikte bir esneklik sistemine geçilmemiştir. Önemli olan üretim ve rekabet şartlarında değişen durumlara hemen uyum sağlayabilecek şekilde işçi-işveren ile sosyal taraflara çalışma şartlarını belirleme yetkisinin verilmesi, aşırı müdahaleden kaçınılmasıdır.

4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, inceleme konumuzu oluşturan *sayısal esnekliğin* kapsamında görülen *dış esneklik*, işverenin başka işverenin işçilerinin işgücünden yararlanma (asıl işveren-alt işveren) ilişkisine, hukuken hiçbir suretle tasvip edilmeyecek *aşırı müdahalelerde* bulunduğu halde¹⁴ işverenlerin, bu hususta pek ses çıkarmamaları dikkat çekicidir¹⁵.

II. ESNEKLİK TÜRLERİ VE SAYISAL ESNEKLİĞİ (DIŞ ESNEKLİĞİ) ETKİLEYEN KATI KURALLARA DÖNÜŞ

1. Esneklik türleri

Esneklik türlerinden¹⁶ söz edildiğinde ülkemizdeki uygulama açısından en çok üzerinde durulanlar yeni iş sözleşmesi türleri ile *iş ilişkilerinin esnekleştirilmesi* (*esnek çalışma şekilleri*, istihdamda esneklik)¹⁷ ve *çalışma sürelerinde esneklik*¹⁸. Bir bütünlük içinde ve geniş anlamda bir inceleme ko-

nusu yapılmamış olsa dahi, *sayısal esneklik* uygulamada gittikçe önem kazanmaktadır. Sayısal esneklik, işverenin sadece işletme-işyerinde çalıştıracağı işçi (*işgücü*) sayısını ve niteliklerini belirleme serbestisi değil, gerekli işgücünü dolaylı şekilde sağlama (*dış esneklik*), başka bir deyişle işyerinde bazı işleri başka kişilerin işçileri tarafından (alt işveren ilişkileri, ödünç iş ilişkileri) yürütülmesini sağlama ile de yakından bağlantılıdır. Aynı şekilde, istihdam edilecek işçiler ile kurulacak iş sözleşmelerinin türlerinin seçip belirlenmesi de sayısal esneklik ile yakından ilgilidir. Sayısal esneklik, kanun koyucunun işverenlere getirdiği bazı yükümlülükler yönünden sayısal ölçütleri; işverenin işçi sayısını ve niteliğini belirleme kadar bu sayıları değiştirme ve azaltma ve istihdam edeceği işçilerin niteliklerini ihtiyaçlarına göre değiştirme serbestisini de kapsar. Hemen belirtelim ki, sayısal esneklik ile bağlantılı değindiğimiz son konu içerik yönünden farklılaştırılmak suretiyle başka bir esneklikten, *fonksiyonel esneklikten söz edilmektedir*. Fonksiyonel esneklik, işyerinde-işletmede istihdam edilen işgücünün nitelik ve yetenekleri itibarıyla değişen teknolojik şartlara, üretim yöntemlerine ve iş yüküne uyum sağlayacak şekilde farklı işlerde çalıştırabilmeleridir¹⁹. Kısaca fonksiyonel esneklik, işyerinde-işletme gücünün değişik işleri üstlenebilmeleri ve yürütebilmeleridir²⁰. Birden fazla işyerinden oluşan işletmede, işçilerin işleri değiştirilerek diğer bir işyerine nakledilmesi düşünülmekte ise, işçinin işyerinin değiştirilmesi imkanının da sağlanmış olması gerekir.

Diğer bir esneklik türü olan ücret esnekliği, işletmelerin-işyerlerinin ücret yapısını ve düzeyini iş gücü piyasası ve pazar ekonomisi şartlarına göre ayarlayabilme serbestisini kullanma olanağını veren ortamdır. İşK.m.39'da öngörülen asgari ücret, miktar yönünden katı bir düzenleme değil, ülkemiz şartlarına göre işçinin korunmasına yönelik, taraflar arasında en az düzeyde menfaat dengesini kurmayı amaçlayan bir düzenlemedir. Ekleyelim ki kayıt dışı istihdamda asgari ücretten çok ücret dışı mali yükümlülüklerin etkisi olduğu söylenebilir. Gerçekten ücret kadar, ücret dışı işgücü maliyetleri de esnekliğe engel olmaktadır. Ülkemizde istihdama bağlı yasal yükümlülükler sadece ücrette esnekliği değil, sayısal esnekliği ve fonksiyonel esnekliği de olumsuz etkilemektedir. Oysa ücret es-

nekliği ile sayısal esneklik ve fonksiyonel esnekliğin desteklenmesi gerekir. Yeni kabul edilen "istihdam paketi" ile getirilen teşvik önlemlerinde, ücret dışı işgücü maliyetlerinde, özellikle sosyal güvenlik primlerinde sağlanan indirimler ile işletmelere az da olsa esneklik sağlamaya yardımcı olacak bir adım atılmıştır. Ancak daha olumlu adımların atılması beklenirken, ülkemizde sık sık görülen tekrar katı kurallara dönüşe geçilmemesi başlıca temennimizdir. Ücrette esneklik konusunda toplu iş sözleşmelerinin, normatif hükümleri kapsamında ücret yapısı ve miktarına ilişkin düzenlemelerin önemli etkisi olduğunu belirtelim²¹.

2. Sayısal esneklikte (dış esneklik) katı kurallara dönüş

a) 4857 sayılı İş Kanunu tasarısının kanunlaşma sürecinde katı kurallara dönülmesi

Bilindiği gibi, 4857 sayılı Kanun'un hazırlık aşamasında, daha önce ülkemizde örneği görülmemeyen bir yol izlenmiş ve tasarı (taslağı)nın, bir Bilim Kurulu tarafından hazırlanması sosyal tarafların üst kuruluşları (TİSK, Türk-İş, Hak-İş ve DİSK Konfederasyonları) ile devlet (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) tarafından kararlaştırılmış, Bilim Kurulunun oluşumunu ve çalışma esaslarını da kapsayan bir protokolle (26.6.2001 tarihli) düzenlenmiştir²². Bilim Kurulunun uzunca bir süre sonunda hazırladığı ve ülkemiz şartlarına önemli bir yer verdiği tasarıya, daha önce değinildiği gibi; Bakanlar Kuruluna gelişinde ve görüşülmesinde, arkadan TBMM'de verilen önergeler ile müdahale edilmiş, tasarının bütünlüğünü bozan, esneklik konusunda yeniden katı kurallara dönüşe geçiren bir tutum içine girilmiştir. Bunlar arasında sayısal esneklik-dış esneklik konusunda, alt işveren ve ödünç iş ilişkilerine müdahale, bir yandan aşırı sınırlamalar ile istihdamı teşvik edici girişimlere engel olunmuş, diğer yandan mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinde işçilerin korunmasına ilişkin hükümlerin genişletilmesi imkanı önlenmiştir. Aşağıda bu konular üzerinde durulacaktır. Ancak bunlar ile bağlantılı örnekler şimdiden açıklanabilir: Örneğin İşK.m.2/6'da asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işin bir bölümünün "işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işler olma-

sı şartıyla alt işverene verilmesi, sayısal esneklik yönünden tekrar katı kurallar sistemine geçiştir²³. Tasarıda ikiye ayrılarak düzenlenen ödünç (geçici) iş ilişkisinde, “mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi”nin (m.93) tasarıdan çıkarılması, tartışmalara yol açmakla kalmamakta²⁴, işçinin korunmasını da içeren “güvenceli esnekliğe” engel olmaktadır. Tasarı m.12 (4857 sayılı Kanun m.11) de istihdamı teşvik eden düzenleme olarak bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde objektif bir neden aranmaksızın, serbest bırakılmış, sadece zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde objektif (esaslı) bir nedenin varlığına bakılmış ve böyle bir neden bulunmadığı takdirde, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönecekleri öngörülmüştü. TBMM’deki değişiklik ile tüm belirli süreli iş sözleşmelerinde, *bir defa için yapılsalar dahi objektif neden aranır* duruma getirilmiş; bu suretle hem belirli süreli iş sözleşmelerinin istihdamı teşvik yönünde kullanılması engellenmiş, hem de sayısal esneklik yönünde bir sınırlama getirilmiştir. Yalnız yasama değil, yürütme organı ve yürütme organının bir üyesi olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın da tasarı ve buna dayalı şekilde 4857 sayılı Kanun’da yer alan esneklik için önemli olan kanun hükümlerine, hatta bazen çıkardığı yönetmeliklerle, Alt İşverenlik Yönetmeliği gibi, yasama organının yetkisine tecavüz edencesine müdahale ettiği de görülmektedir. Sayısal esneklik dışında başka bir örnek daha vermek gerekirse, tasarının fazla çalışmaya ilişkin 43. maddesinde (4857 sayılı Kanun m.41)’de, önceki kanunlarda yer alan “fazla çalışma Bölge Çalışma Müdürlüğü’nün iznine bağlıdır” (1475 sayılı Kanun m.35/a) hükmü 4857 sayılı Kanun’a alınmamış, buna karşılık önceki kanunda olduğu gibi, fazla çalışma için “işçinin onayının alınması” hükme bağlanmıştır. 1475 sayılı Kanun’a göre çıkarılan Fazla Çalışma Tüzüğü’nün 5. maddesinde işçinin onayının iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden alınabileceği belirtmiş ve bu onayın işçinin çalıştığı yıllar içinde geçerliliğini sürdüreceği kabul edilmiştir. 4857 sayılı Kanun m.41’de fazla çalışma için işçinin onayının her yıl yeniden alınması gerektiğine dair bir hüküm bulunmamakta, buna karşılık İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nin 9. maddesinde önce “fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin onayının

alınması gerekir” hükmü getirilmekte ve arkadan “fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi öz-lük dosyasında saklanır.” denilmektedir. Kanunda bulunmayan bir düzenleme esasının, yönetmelikle getirilmesi hukuken uygun görülemez. Diğer yandan işçiden önceden alınan onayın yeni yılda geçerliliğinin yitireceği ve yeniden yazılı onay alınması zorunluluğu²⁵ yaratacağı zorluk yanında, işçilerden gelecek olumlu ve olumsuz yanıtlar sonucu işyerinde üretim artışına duyulan gereksinimin karşılanamaz hale gelmesiyle, değişen ve gelişen şartlara uyum sağlamada güçlük de yaratmış olacaktır. Üretimin sadece taraf menfaatleri değil, toplum menfaatinin de bir gereği olduğu dikkate alınan İsviçre’de, fazla çalışma gerekli olduğunda işçi, buna uymakla yükümlüdür. Ancak işçi fazla çalışmayı ifaya muktedir değilse yahut iyiniyet gereği kendisinden beklenmiyorsa, fazla çalışmaya katılmakla yükümlü değildir (İsviçre BK.m.321 c.I). Ayrıca işçinin fazla çalışma yükümlülüğüne ilişkin hükümler mutlak emredici olup, işçi veya işverenler lehine değiştirilemez (İsviçre BK.m.361)²⁶.

b) 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra katı kurallara yönelme

Aşağıda görüleceği gibi, sayısal esneklik yönünden önemli olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, 4857 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddelerine eklenen yeni hükümler, hukuka uygunluğu ve esneklik yönünden çok tartışmalara neden olabilecektir. Ayrintıya girmeden bazı konulara değinelim.

aa) 5538 sayılı Kanun’la

İlk değişiklik İşK.m.2’ye getirilen ek hükümlerdir. İşK.m.2’ye 8. ve 9. fıkra olarak 9.7.2000 tarihli ve 5538 sayılı Kanun’la eklenen ve kamu kesimi işverenlerine asıl işveren-alt işveren ilişkisinde aranan şartları ve alt işveren işçilerinin korunmasını tamamen etkisiz hale getiren, Anayasa m.10’daki eşitlik ilkesine aykırı, ayrıcalığa ilişkin hükümlerin uygun görülmesi çok güçtür²⁷. *Kanun yapma tekniğinin* hiç dikkate alınmadığı, İşK.m.6 ve 7’de kullanılan *temel kavramların ve deyimlerin* bir tarafa bırakılıp, kamu işletme ve işyerlerinde, bu arada özel kesim işyerlerinde kullanılan değişik sözcüklerin yer aldığı *metinlerin* Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca hazırlanmadığı izlenimini bıraktığını

söylemek, hatalı olmayacaktır. Gerçekten İşK.m.2/6 ve 7'de alt işverenler ile kurulacak ilişkilerde “*hizmet alımı* amacıyla yapılan sözleşmeler”den söz edilmesi uygun görülemez. Alt işverenler, asıl işverenin işyerinde üretiminde bulunmak üzere ilişki kurarlar ve bu ilişki kapsamında *sadece hizmet değil, mal üretimini* de gerçekleştirirler. Hizmet alımı deyimi, bir bakıma alt işverenin asıl işverene hizmet görmek amacıyla *işgücü sağladığı* yönünde bir çağrışım da yapmaktadır ki, böyle bir ilişki asıl işverene işçi sağlamak üzere *aracılık* yapıldığı ihtimalini de beraberinde getirmektedir. Nitekim, İşK.m.2/8'de “hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, *yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, ...*” ibaresi, belirtilen kuşkulu durumu doğrular niteliktedir. Diğer yandan alt işveren yerine “*yüklenici*” sözcüğünün kullanılması, biraz önce işaret edildiği gibi, “yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar” ibaresinin yer verilmesi isabetli görülemez²⁸.

bb) 5763 sayılı Kanun'la

Asıl işveren-alt işveren ilişkisine aşırı müdahaleye devam edilmiş, bu konuda adeta katı kuralların yoğun hale geldiği bir alan yaratılmıştır. 15.5.2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanun'la İşK.m.3'de yapılan değişikliklerin Tuzla tersanelerinde yaşanan iş kazaları ve bunlar sonucu ölümler, alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğinden yoksun ortamda çalıştırılmış olmalarının büyük etkisi olduğu düşünülmektedir²⁹. İşK.3/2'de alt işverenin asıl işverenin fiziki alanı içinde kendi adına oluşan işyerinin bölge çalışma müdürlüğüne tescili için başvurusunda gerekli belgelerle birlikte *yazılı alt işveren sözleşmesini* (alt işverenlik sözleşmesi) de eklemekle yükümlü tutulmuş; *gerektiğinde* bu belgelerin ve sözleşmenin iş müfettişlerince inceleneceği, bunun sonucu “muvazaalı işlemin tespiti halinde”, gerekçeli müfettiş raporunun asıl işveren ve alt işverene bildirileceği,

Bakanlığın iş müfettişlerinin kadro sayısının sınırlı olduğu, ülkemizde iş denetiminin amaca uygun gerçekleştirilmekten uzak kaldığı ILO Raporları ile şikayet konusu yapılırken ve düzeltme beklenirken, bir de denetim görevlerine yüzbinleri bulan alt işveren sözleşmelerinin incelenmesinin eklenmesi ile denetimin içinden çıkılmaz bir hale geleceği açıktır.

Daha önemlisi asıl işveren-alt işveren ilişkisi, İşK.m.2/6'da şartlara göre kurulmadığı veya muvazaalı işleme dayalı olarak meydana getirilmiş olduğu kanıtlandığında, şartların bulunmamasının hukuki yaptırımları ve muvazaalı haller için öngörülen İşK.m.2/7'de yaptırımlar asıl işveren olarak ilişki kuran kamu kurum ve kuruluşları hakkında uygulanmayacaktır. Öyle ki, muvazaalı ilişkinin bulunduğu tespit edildiği halde dahi, alt işverenin (yüklenicinin) işçileri asıl işverenin (kamu kurum ve kuruluşunun) işçilerinden sayılmayacak, asıl işvereni, işçilerine ait çalışma şartlarından eşitlik ilkesine göre yararlanmayacaktır (İşK.m.2/8 ve 7). Kamu kurum ve kuruluşları için, belirtilen şekilde bir ayırımı haklı gösterecek bir gerekçe, objektif bir neden bulunmadığı gibi özel ve kamu sektörü arasında yapılan ayırımı ilişkin düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşır durumda olmadığı da ayrıca incelenmesi gereken bir konudur.

İşverenlerin altı işgünü içinde iş mahkemesine itiraz edebilecekleri hükme bağlanmıştır. Öngörülen süre içinde itiraz edilmez veya iş mahkemesi muvazaalı işlem tespitini onarsa, işyeri tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılırlar. Yine 5763 sayılı Kanun'la İşK.m.3'e dördüncü bir fıkra eklenmiştir: “Asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin kurulması, bildirim ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” Her şeyden önce dikkati çeken husus, İşK.m.3'de değinilen değişikliklerin, “istihdamı teşvik” etmek üzere bir “paket” halinde takdir edilen 5763 sayılı Kanun içerisinde yer almış olmasıdır. Getirilen alt işveren ile ilgili düzenlemeler açıkça gösteriyor ki istihdamı teşvik bir yana, tam tersi, alt işveren ile ilişki kurularak istihdamı arttı-

rıcı ilişkilere engel olabilecek sınırlamalar getirilmektedir. Bakanlık denetimini gerektiği şekilde yerine getiremediği halde, uygulamada işçiyi koruyucu hükümleri dışında tutan işlem ve davranışlara “teпки” olarak, işverenlerin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü (girişim özgürlüğünü) aşırı derece sınırlamanın savunulamaz olduğu açıktır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın kurulan asil işveren-alt işveren ilişkilerinde, iş hukuku normlarının uygulanıp uygulanmadığını denetlemek yetkisi vardır; ayrıca bölge müdürlüğünün kendilerine yapılan müracaatları 15 gün içinde idari yoldan sonuçlandıramadıkları ve iş mahkemelerinin görevi içerisinde gördükleri takdirde, bu hususa ilişkin belgeleri iş mahkemelerine verecekleri ve mahkemenin taraf teşkil ederek usule uygun bir dava olarak konuyu çözümlenecekleri de öngörülmüştür (İş Mahkemeleri Kanunu m.10). İş Mahkemeleri Kanunu'nda böyle açık bir düzenleme varken, İşK.m.3/2'ye muvazaalı işlemler için ayrıca hükümler getirilmesini ve iş müfettişlerine muvazaa tespiti konusunda yetki verilmesini benimsemek hukukten güçtür. Denilebilir ki, Bakanlık ve bölge çalışma müdürlükleri İş Mahkemeleri Kanunu madde 10'u tamamen gözden uzak tutmaktadır.

Asil işveren-alt işveren ilişkilerinde, İş Kanunu ve iş sözleşmesi hükümlerine uygunluğunu denetlemede yardımcı olabilmesi için, *yazılı* alt işveren sözleşmesinin bir örneğinin de bölge müdürlüğüne verilmesi öngörülmektedir. Bilindiği gibi, asil işveren-alt işveren ilişkisini kuran sözleşmelerin büyük çoğunluğu eser sözleşmesi (istisna akdi), taşıma sözleşmesi veya işletme amacıyla kira sözleşmeleri olup, bunlar hakkında Borçlar Kanunu'nda belirli bir şekil, ezcümle *yazılı şekil* öngörülmüş değildir. Bazı kira sözleşmelerinin geçerlilik şartı olarak hükme bağlanmış olmakla beraber, bunlar istisnai halleri oluşturur³⁰. Bu nedenle İşK.m.3/2 ve 4'de belirtilen *yazılı şekil*, bu kanun uygulaması açısından getirilmiş bir düzenleme olup, geçerlilik şartı değil, bir ispat şartı olduğunda kuşku olmamak gerekir³¹. Ekleyelim ki, daha önce özellikle asil işverenlerin gerek alt işverenin üstlendiği işleri gereğine uygun ifası, gerek birlikte sorumluluğu ve rücu olanakları ile teminatları belirgin hale getirmek için, alt işveren sözleşmelerini yazılı şekilde meydana getirmeyi tercih ettikleri görülmekteydi.

İşçi hakları ve yükümlülükleri açısından da aynı işlevi görecektir ispat şartı olan yazılı şeklin ilgililerin ihtiyaçlarına cevap verebileceği söylenebilir.

Aynı olumlu yaklaşım İşK.m.3/2'deki muvazaa tespiti yetki için herhalde düşünülemeyecektir. 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra çıkan uyuşmazlıklarda, hakimlerin dahi muvazaa tespitinde zorlandıkları Yargıtay kararlarından anlaşılmakta, bu hususta uzman bilirkişilerin raporlarına dayanarak sonuca gidilmektedir. Durum böyle iken, iş müfettişlerine muvazaa tespiti yetkisinin verilmesini uygun bulmak güçtür. İş müfettişleri belirtilen tespiti, işyerinin tescili için verilen belgelerden ve daha çok alt işveren sözleşmesi hükümlerini incelemek ve değerlendirmek suretiyle gerçekleştireceklerdir ki, bunun kolay olmayacağı hemen söylenebilir. Gerçekten, Bakanlığın iş müfettişlerinin kadro sayısının sınırlı olduğu, ülkemizde iş denetiminin amaca uygun gerçekleştirilmekten uzak kaldığı ILO Raporları ile şikayet konusu yapılırken ve düzeltme beklenirken, bir de denetim görevlerine yüzbinleri bulan alt işveren sözleşmelerinin incelenmesinin eklenmesi ile denetimin içinden çıkılmaz bir hale geleceği açıktır. Diğer yandan bölge müdürlüklerinin görev alanlarına giren işyerlerinden hangisinin alt işveren sözleşmesini öncelikle inceleyeceği, “gerektiğinde” sözcüğü ile idarenin takdirine bırakılan inceleme konusunda idarenin yetki kullanımında baskı kurulduğu gibi iddialar çok tartışmalara sebep olabilecektir.

Diğer yandan alt işveren sözleşmesi muvazaa belirtisi kabul edilebilecek Yargıtay ölçütlerinden tamamen arındırılmış şekilde hazırlanmış ve bölge müdürlüğüne teslim edilmiş olmasına rağmen, uygulama tam tersi, muvazaalı işlemin varlığını gösteren şekilde yürütülmekte ise, nasıl bir yol izleneceği ve sonuca gidileceği açık değildir. Böyle bir durumun araştırılması, iş müfettişlerinin alt işveren ilişkisinin kurulduğu tüm işyerlerinde, sözleşmenin incelenmesiyle yetinmeyip herhalde işyerlerinin denetimini de gerekli kıldığı dikkate alınır, getirilen sistemin işlerliğinin ne kadar güç olacağı açıkça görülür.

İşK.m.3/2'de aslında yargıya ait bir yetkinin, yürütme içinde yer alan idareye, hem de iş müfettişlerine bırakılması doğru olmadığı, çok tartışmaları beraberinde getireceği gibi, muvazaalı asil işveren-alt işveren ilişkilerinde içtihat ve uygulama birliği-

ni sağlayacak temyiz yolunun kapatılarak iş mahkemelerinin *kesin karar* vermelerinin öngörülmesini de hukuken uygun görmek mümkün değildir³². Asıl işveren-alt işveren ilişkisine aşırı müdahale İŞK.m.3/4 hükmü uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği ile çok daha ileri götürülmekte³³, İş Kanunu m.2/6 ve 7 hükümleri dışına çıkılarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin *kuruluş şartları ile muvazaalı işlemler* tamamen karıştırılmakta, şartların bulunmadığı bir halde, muvazaa iddia ve ispat edilmemiş olmasına rağmen, muvazaaya ilişkin yaptırımın uygulanacağı hükme bağlanmaktadır (Yön.m.3/g, m.12). İŞK.m.2/6'da asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için belirlenen "işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler"den olma şartlarında "ile" sözcüğünün "ve" ya da "veya" anlamı mı taşıdığı çok tartışmalı iken, kanun hükmüne "ve" anlamı veren düzenlemeler getirilmesi (Yön. m.11/3), yönetmeliği kanun gibi kural koyan ya da yargı organına ait hukuk kuralını yorumlayan ve uygulayan bir işleve sahip hale getirmektedir ki böyle bir durumu Anayasa m.24 tanımı verilen "yönetmelikler" ile bağdaştırmak güçtür. Belirtilen husus, İŞK.m.2/6'da yer olmayan bir sınırlama ve yasak getiren yönetmelik m.11/4'ün "asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek başka bir işverene veremez" hükmü ile tekrarlanmaktadır. İnşaat sektöründe, örneğin bir baraj yapımında, üstlenilen asıl işin bir bölümünün, sözleşmede alt işverene (müteahhite) yetki tanınmışsa, aranılan şartlara da uyulmak suretiyle başka alt işverenlere (taşeronlara) verilmesi mümkündür.

Yönetmelikte yer alan, hukuka uygun olmayan katı düzenlemelerin ayrıntılarına girmek, imkanı bulunmamaktadır. Son bir noktaya değinmekte uygulama açısından yararlı görmekteyiz. Yönetmeliğin 10. maddesinde, alt işveren sözleşmesinde bulunması gereken hususlar sayılmaktadır. Bunlar arasında asıl işveren ile alt işverenin işyeri unvanı ve adresi, tüzel kişi ve tüzel kişiliği bulunmayan kurum ve kuruluşlarda işveren vekillerinin adı soyadı ve adresi, işyerinde yürütülen asıl işin ne olduğu, alt işverene verilen işin ne olduğu, alt işverenin faaliyetini işyerinin hangi bölümünde gerçekleştireceği ve diğerleri gösterilmektedir. Ancak sayılan hususlardan birinin gösterilmemesinin hukuki yaptırımı çok ilginç şekilde Yönetmelik

m.9/2'de açıklanmaktadır: "... 10'uncu maddede yer alan hususların bulunması halinde söz konusu sözleşme alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilir." Bir eser sözleşmesi ile kurulan alt işveren ilişkisinde, taraflarca eser sözleşmesinin tüm esaslı unsurlarına yer verildiği halde, Yönetmeliğin 10. maddesinde gösterilen hususlardan, örneğin tüzel kişi olan taraflardan birinin sözleşmeyi imzalayan işveren vekilinin adı soyadı gösterildiği halde "adresini" açıklanmamışsa, bu sözleşme "alt işverenlik sözleşmesi" olarak kabul edilmeyecektir! Bunun anlamı sözleşmenin geçersiz mi sayılacağıdır; yoksa taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmamış kabul edilerek, Yönetmeliğin tercih ettiği hukuki bir sonuç olarak, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri mi sayılacaktır? Görüldüğü gibi, yönetmeliği hazırlayanların Borçlar Kanunu'nun 2. maddesine göre bir sözleşmenin esaslı unsurları ve ikinci derecedeki noktaları hakkındaki hükümlerine ilişkin bir bilgisi bulunmamaktadır. Daha önemlisi, Yönetmeliğin 10. maddesinde sayılan hususlardan yukarıda örnek verdiğimiz "işveren vekilinin adresi", sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarından dahi sayılmaz. Tekrar vurgulamak gerekir ki, bir sözleşmenin meydana gelmesinde geçerlilik şartı olan konular ve buna uyulmamasının sonuçları bir yönetmelik ile düzenlenemez, sözleşme özgürlüğüne sınırlayıcı hükümler getirilemez.

III. SAYISAL ESNEKLİK

1. İşçi sayısının niteliklerinin belirlenmesi

a) Genel olarak

Sayısal esneklik, her şeyden önce, işverenin bir işyerinde veya birden fazla işyerinin oluşturduğu işletmede, işyerlerinin teknik amacı olan mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan işçi sayısını ve niteliklerini belirleme serbestisini içerir. İşyerinin normal işleyişi için gerekli işçi sayısını ve niteliklerini belirleme serbestisi, girişim özgürlüğünün bir sonucudur³⁴. İşverenin çalıştıracağı işçi sayısının belirlenmesinde, üretimin emek veya sermaye yoğun olarak gerçekleştirilmesi, teknolojik ve ekonomik şartlar, iş piyasası

sındaki talep ve talep değişiklikleri, yeni üretim teknolojisine geçiş ve üretim yöntemleri, istihdam teşvikleri gibi durumlar etkili olabilir. Sözü edilen etkenler işyerinin kurulup açılmasında olduğu kadar, daha sonra da işçi sayısının değiştirilmesine, sayısının artırılması veya azaltılmasına neden olabilirler. Her işveren işyerinin kurulup faaliyete geçirilmesinde rasyonel işletmecilik gereği, işçi sayısını ve niteliklerini belirleyecek ve belirlediği işçi sayısını işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğüne bildirecektir. Nitekim İşK.m.3/1'e göre "bu kanun kapsamına giren nitelikte bir işyerini kuran ... işveren ... çalıştırdığı işçi sayısını ... bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır." Bir işyerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulduğunda, alt işveren de asıl işveren fiziki alanında kendi adına hukuki yönden oluşan işyerini ve aynı şekilde çalıştırılan işçi sayısını da bildirmekle yükümlüdür (İşK.m.3/2).

Sosyal güvenlik kanunlarına göre işveren kurduğu işyerini bildirmek yanında çalıştıracığı ve 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırabilecek sigortalı sayıların da Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmekle yükümlüdür (506 sayılı Kanun m.8,9; 5510 sayılı Kanun m.8, 11).

Hemen belirtelim ki, İşK.m.3/1'de bildirilmesi öngörülen "çalışan işçi sayısı", işyerinin normal işleyişi için gerekli işçi sayısı olmayabilir. Zira işyerinde çalışan ve sigortalı niteliğini kazandığı için de bildirilmesi gereken işçiler, iş sözleşmesi bulunan işçilerdir. İşveren işyerinde üretime başladığında bir deneme zamanı belirleyebilir, üretim başladığı ilk günde hedef aldığı kapasite ile üretime geçmesi herhalde mümkün olmayacağı için, normal işleyiş halindeki işçi sayısına (norm kadro) faaliyete başladıktan sonra ve planlandığı zaman dilimine (4 ay veya 1 yıl sonra gibi) göre ulaşabilir. Bu itibarla işveren işyerinde üretimin normal işleyişi için çalıştıracığı işgücü sayısını belirlediğinde, işyerinin faaliyete geçirildiği gün belirlediği sayıdaki işçinin tümüyle işe başlamasında bir zorunluluk yoktur. Ancak üretim konusu ve işletme gereklerine göre çalıştırılacak işçi sayısı ile işyerinin faaliyete başlatılması da söz konusu olabilir. Örneğin bir avukatlık bürosunda veya doktor muayenehanesinde normal olan bir veya iki işçi ile işyeri açılabilir.

b) İşçi sayısının artırılması veya azaltılması

Yukarıda değinildiği gibi işveren, işyerinde ve işletmede çalışacak işçi sayısını belirlemede serbest olduğu gibi, işçi sayısını artırmak veya azaltmak da serbesti alanına girmektedir. Değişen şartlara göre işveren, işyerinde mal veya hizmet üretiminin artırılması gerekli olduğunda, örneğin mevsimlik işlerde ya da iş veya dış talep artırımını karşılamak üzere işçi sayısını geçici olarak veya kapasite artırımına cevap verecek şekilde artırma yoluna gidebilir. Tam aksine yukarıda (a'da) açıklanan etkenler nedeniyle azaltma yapılması da esas itibarıyla serbesttir. Ancak gerek sayıdaki artırmada ve gerek sayının azaltılmasında hukuka uygun davranılması, hakkın kötüye kullanılmaması gerekir.

Gerçekten, sırf işyerinde işçi sendikasının yetki kazanmasını engellemek amacıyla işçi sayısını artırmak ya da alınan ve uygulanacak bir grev kararının amacına ulaşmasına engel olmak üzere grev oylamasından önce işçi sayısını yükseltmek, hukuka uygun görülmez ve işyerindeki işçi sayısını artıran işçiler, gerek yetki kazanılmasında ve gerek grev oylamasında dikkate alınmazlar. Yargıtay 1989 yılında verdiği bir kararda, işçi sendikasının yetki için Bakanlığa başvurusundan hemen önce topluca belirli sayıda işçi alınmış ve başvurudan bir süre sonra çıkarılmış olması halinde, sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin belirlenmesinde bu işçilerin işe alınmasında muvazaa olup olmadığı, başka bir deyişle işverenin işyerinde çalıştırılan işçi sayısının geçici olarak artırmasının gerçek olup olmadığı araştırılmasına ve tespit edilen duruma göre bir sonuca gidilmesi görüşünü açıklamıştır³⁵. Yüksek Mahkemenin açıkça belirtmemiş olmakla beraber işe alınan işçilerin yetki belirlenmesinde dikkate alınmaması gerektiği görüşünde olduğu söylenebilecektir. Kararda, işverenin işyerinde *normal işleyişe ve kapasiteye göre* çalıştıracığı işçi sayısını belirlemede serbest olmakla beraber, işçi sendikasının yetki tespitinde esas alınacak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvuru tarihinden (2822 sayılı Kanun m.13) hemen önceki altı işgününde çok sayıda işçinin işe alınmasında ve başvuru tarihinden kısa bir süre işten çıkarılmalarından işverenin işçi sayısını artırma serbestisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığı-

nın araştırılmasını ve araştırma sonucuna göre bir karar verilmesini belirtmesi, tamamen isabetlidir³⁶. Yüksek Mahkeme açıklanan görüşü daha sonraki kararları ile doğrulamış, işçi sendikasının işverenin yetkiyi engellemek amacıyla çok sayıda işçi işe aldığı iddiasını dikkate almadan sonuca giden iş mahkemesi kararını bozarken, işverenin işçi aldığı tarihte iş hacmini genişleten bir faaliyeti olmadığı, işe aldığı işçilerin sigorta işe giriş bildirgelerini de çok sonraki bir tarihte vermiş olması gerekçesiyle, işverenin sonradan işe aldığı işçilerin dikkate alınmaksızın yetki tespitinin yapılmasının gerçek duruma uygun düşeceğini bildirmiştir³⁷. Yargıtay aynı görüşü, işyeri-işletme sınırlarını aşan bir holdinge bağlı şirketler arasındaki yatay geçiş ile ilgili olarak da uygulamıştır. Yüksek Mahkemenin incelediği olayda, bir holdinge bağlı şirketlerden birinin işyerinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin tespiti için Bakanlığa başvuran işçi sendikasının çoğunluğu bulunduğu tespit edilmiş, işveren ise buna itiraz ederek işyerinde çalışan işçi sayısının çok fazla olduğunu ileri sürmüştür. Gerçi işyerinde çalışan işçilerin sayısının, Bakanlıkça gösterilen sayının üstünde olduğu görülmüştür. Ancak belirtilen fazlalığın sendikanın Bakanlığa başvuru tarihinden altı gün önce işyerinin ait olduğu şirketin de bağlı bulunduğu holdingin diğer şirket işyerlerinden yatay geçiş ile sözleşme yapılmak istenen işyerine geçirildikleri anlaşılmıştır. Holdinge bağlı şirketlerin işçilerinin yatay geçişi, iş sözleşmesinin devri yolu ile birinden diğerine geçirilmesi mümkündür ve uygulamada sık görülen üçlü bir işlemdir³⁸. Ancak böyle bir olayın iyiniyet kurallarına aykırı olmaması gerekir. Yüksek Mahkemenin kararında açıklanan olayın unsurları hukuki yönden aykırılığı ortaya koymaktadır. Kararda belirtildiği üzere, toplu iş sözleşmesi yapılmak istenen işyeri mal üretiminde bulunan bir işyeridir. İşveren üretimde meydana gelen artışlar nedeniyle holdinge bağlı diğer şirketlerin işyerlerinden yatay geçiş yolu ile yeni işçi alındığını bildirmiştir. Ne var ki yatay geçişle gelen işçilerin pazarlama ve büro işçileri olduğu tespit edildiği gibi, yatay geçiş ile gelen çok sayıdaki işçinin işyeri çıkış ve giriş belgelerini de rastlanmamıştır. Açıklanan nedenle Yüksek Mahkeme, "... yeni toplu iş sözleşmesi döneminin başlayacağı herkes tarafından bilindiği bir sırada yatay geçişten söz edilerek işçi alımı yoluna gidilmek su-

retiyle işinin artırılması iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz" olduğunu belirtmiş ve iş mahkemesi kararını bozmuştur³⁹.

Görüldüğü gibi esneklik gereği işveren, işyerinde çalıştıracağı işçi sayısını belirlemede serbesttir, ancak bu serbestisini, iyiniyet kurallarını aykırı şekilde kullanamaz. İşveren, işyerinde-işletmede çalıştıracağı işçi sayısını artırabileceği gibi, belirlenmiş ve uygulanmakta olan işçi sayısını da azaltabilir.

İşverence, işyerinde çalışan işçi sayısını azaltılmasında, tarafların anlaşması ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi dışında, başvurulacak yol iş sözleşmelerinin feshidir. İş sözleşmesinin feshi, işçinin iş güvencesinin uygulanma alanına girip girmemesine göre farklı emredici hükümlerine tabidir.

İşgücü sayısının azaltılması sonucu iş sözleşmesi feshedilecek işçiler iş güvencesinin uygulanma alanı dışında kalanlardan oluşuyorsa, işveren daha esnek düzenlemelere bağlı olarak ve İşK.m.17 hükümleri uyarınca fesih işlemlerini yürütecektir. Buna karşılık, işçiler iş güvencesinden yararlanmakta ise, esneklik yönünden sınırlamaların daha geniş olduğu bir gerçektir. Ancak Türkiye'nin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün "Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme"yi onaylaması sonucu, İş Kanunu'na girmiş bulunan iş güvencesi sisteminin, sözü edilen sözleşmenin esaslarına hakim esneklik sonucu, başka ülkelerle karşılaştırıldığında, yine de işverenlere işgücü azaltmalarında büyük bir engel yarattığı söylenemez⁴⁰. Zira, daha önce değinildiği gibi, iş güvencesinin amacı, işveren tarafından yapılacak fesihleri engellemek suretiyle işçiye iş ilişkisi kurduğu işyerinde bu ilişkiyi devam ettirmek üzere çalıştığı işi korumada mutlak bir hak tanımak değildir. İş güvencesi işverenin keyfi fesihlerini önlemeyi amaçlar ve işvereni geçerli taleplere dayanarak iş sözleşmesini feshetmekle yükümlü kılar. İşyerindeki-işletmedeki işçi sayısının azaltılmasında, genel olarak birden fazla işçinin işten çıkarılması planlandığından ve işçi sayısı İşK.m.29'da öngörülen sayılara ulaştığında, ayrıca bu madde hükümlerinin de uygulanacağı açıktır. İşverenin işçi sayısını azaltmada işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebebe dayanması, sebebin gerçek ve ciddi olması halinde iş sözleşmelerinin feshinde izlenecek usul, iş güvencesi ilkelerine

(son çare ilkesi, işgücü fazlası işçilerin seçimi gibi) göre fesih işleminin gerçekleştirilmesi ve toplu işçi çıkarmada İşK.m.29 uyarınca yapılacak bildirimler işverenin işçi sayısını azaltma amacına ulaşmada belirli engellerdir; ancak aşılması zor değildir. İş güvencesinde, yargı denetimi sonucu feshin geçersizliğine karar verildiğinde uygulanacak yaptırımda işçinin işe başlatılması ya da tazminat ödenmesi konusunda işverene tanınan seçimlik hak, bir esneklik uygulaması olarak nitelendirilebilecektir. İş güvencesinin seçimlik yaptırımı olan “tazminat”, AB ülkelerinin bir çoğundan daha az olmamakla beraber, işyeri-işletme yönünden önemli bir mali yükümlülüktür. Bununla beraber, işyerinde-işletmede istihdam edilen işgücü fazlalığı tespiti ve işçi sayısında azaltmaya gidilmesi, bu nedenle iş sözleşmelerinin feshinin zorunlu hale gelmesi, işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan bir sebebe dayanarak işverenin verdiği işletmesel bir kararın uygulaması olmalıdır. İşletmesel karar işyeri-işletme içi veya dışından kaynaklardan hangi sebebe dayanırsa dayansın, işçi sayısındaki fazlalığın tespiti ve azaltmaya gidilmesi için Yargıtay, kullandığı sözcükler ile bir “norm kadro” çalışmasını gerekli görmektedir⁴¹. Böyle bir çalışmanın beraberinde getireceği inceleme, hangi sayıda iş sözleşmesinin feshedileceğini ya da son çare ilkesine göre işyerinde başka bir bölüme ve işe verileceğini ya da birden fazla işyeri varsa, diğer işyerlerindeki boş yerlere geçirilmenin mümkün olup olmayacağını açıkça (şeffaf biçimde) ortaya koyabilecektir. Böyle bir karar sürecini uygulama, rasyonel işletmecilik esaslarını uygulayan her işverenden beklenebilir.

Kısaca şu hususu hatırlatalım, bir işverence geçerli sebebe dayanılarak işyerinde-işletmede istihdam edilen işgücü sayısının azaltılmasına gitmek üzere işletmesel bir karar verilebilir. Yüksek Mahkemenin yerleşmiş içtihatında açıklandığı ve 2008 tarihli bir kararında da belirtildiği üzere; “işletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerinde denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır...”

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır⁴².

c) İşçi niteliklerinin değiştirilmesi

İşveren işyeri-işletmede istihdam edeceği işgücünün sayısı gibi, niteliklerini belirlemede de serbesttir. İşyeri faaliyete geçirilirken aranan niteliklerde (eğitim, deneyim, yabancı dil bilgisi, işi gereği araç kullanabilme ve aracı kullanma ehliyetine sahip olma, yönetici olarak bir süre görev yapmış olma, belirli işler için mevzuat uyarınca aranan lisans sınavını başarı ile vermiş olmak gibi) daha sonra, örneğin teknolojik gelişmeler, yeniden yapılanma ve organizasyon değişiklikleri sonucu çalıştırılması gereken işçilerin nitelikleri yönünden değişiklikler yapılması ve belirlenen yeni nitelikleri taşıyan işçilerin istihdamı gerekli olabilir. İşveren işyerinde çalışan işçi sayısında değişiklik ile birlikte, *farklı nitelikte işgücü ihtiyacını* belirleyeceği gibi, sayı değişikliği yapmaksızın da nitelikler yönünden farklı ölçütler koyabilir. Ancak hangi hal olursa olsun, işçilerin niteliklerinin değişimi işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir işletme sonucu ise, niteliklere gerçekleştirme olanağı bulunmayan, makul bir sürede ve işverenden beklenebilen bir yükün taşınması sonucu dahi uyum sağlanması mümkün olmayan işçilerin iş sözleşmeleri geçerli sebebe dayanılarak feshedilebilir. İşveren belirtilen işçilerin yerine yeni nitelikleri taşıyan işçiler alabilir; işverenin bu davranışı, işten çıkarılan işçilerin yerine işçi alındığı iddiası ile açılacak bir davada feshin geçerliğine karar verilmesi sonucu doğurmaz. Yargıtay, işveren işyerinde-işletmede gelişmelere göre yeniden yapılanmaya giderek farklı işçi niteliklerinin öngörülmesinde, bu şartlara uyum sağlamayan işçilerin iş sözleşmelerinin işletmesel karara dayalı olarak feshinde geçerli sebebin varlığının kabul edileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay, işyerinde işçinin nitelik değişikliği sebebiyle yapılan fesihte iş mahkemesinin işverenin savunmasına değer vererek “davalının (işverenin) teknolojik gelişmeler nedeni ile yeniden yapılanmaya gittiği ve emek yoğun iş gerektiren işte çalışanlardan emekliliğe hak kazananların iş sözleşmelerini feshettiği, bu nedenle feshi haklı” olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar vermiş olan iş mahkemesi kararını bozmuştur. Yargıtay, verdiği kararda işletmesel karara dayalı nitelik değişikliklerinin geçerli bir sebep oluşturabileceğini, ancak öncelikle uzman bilirkişilere geçerli bir neden oluşturabilecek olgularının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğini şöyle açıklamaktadır. “... Burada tartışılması gereken konu feshin geçerli nedenlere dayanıp dayanmadığıdır. Davalı kurum sektörde oluşan yoğun rekabet, yönetsel ve yargısal değişiklikler, teknolojik gelişmeler ve nitelikli, ileri teknoloji kullanan personele gereksinimi gibi nedenler ileri sürmektedir. Bu nedenler ileri sürülürken, sadece komisyon kararına dayanılmaktadır. Davacının ya da emekli edilenlerin çalışmasına gereksinim duyulmadığına, çoğunluğu teknisyen olan bu kişilerin yeni teknolojiyi kullanmadıkları konusunda yetkili bir inceleme ve araştırma yapılmış değildir. Öncelikle işverenin feshine gerekçe gösterdiği rekabet yapabilmeye ortamının olup olmadığı, yeni teknolojik gelişme nedeni ile yapısal ve yönetsel değişiklikler gerekip gerekmediği, yüksek eğitilmiş, teknoloji kullanan kaliteli personele gereksinimi olup olmadığı, iş sözleşmesi feshedilen davacının bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı, hizmetine gereksinim bulunup bulunmadığı somut şekilde araştırılmalı, bu hususta telekomünikasyon, iletişim, işletme ve iş organizasyonu konularında uzman, tarafsız, gerekirse öğretim üyelerinden seçilecek bilirkişilerden rapor alınmalı, buna göre feshin geçerli nedene dayanıp, dayanmadığı belirlendikten sonra karar verilmelidir. Yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.”⁴³

Yargıtay başka bir kararında, işverenin teknolojik yenilenme nedeniyle vasıflı, teknoloji kullanan işçilerin çalıştırılması gereği ve bu niteliği taşımayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin geçerli nedene dayalı olabileceğini, tekrarlamaktadır. Ancak “davacı konumundaki şoförleri bu kapsamda değerlendirmek doğru değildir, davacı şoförün hizmetine her zaman ihtiyaç vardır. Şoförlük dışın-

da ek olarak teknoloji kullanmak gerekmez. Davalı kurum işletmede şoför kadrosunda fazlalık olduğunu, davacıya ihtiyaç olmadığını kanıtlamış değildir.” gerekçesiyle şoförün iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayanmadığına karar vermiştir⁴⁴. Bize göre de isabetli bir sonuca varmıştır.

İşe girdiği tarihte yabancı dil bilgisi aranmayan ve daha sonra yapılan iş sözleşmelerinde de böyle bir nitelik şartı konulmayan işyerinde işverenin “işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlere” dayanmak suretiyle daha önce yabancı dil aranmayan işlerde bu niteliğin varlığı zorunla hale gelmiş olduğu hakkında işletmesel bir karar verilmedikçe, davacı işçinin bölümüne yabancı dil bilen bir işçinin işe alınmasıyla kadro fazlalığı olduğundan söz edilmez. İşyerinde çalışma olanağının ortadan kalkmış olduğunu ispat ettiğinde geçerli sebebin varlığı kabul edilebilir.” Olayı değerlendiren Yargıtay Kararına göre; “Somut olayda, davacının işe girdiği tarihte ve daha sonra düzenlenen hizmet sözleşmelerinde yabancı dil bilme koşulunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yabancı firma baştan beri ihracatla uğraşan kuruluş olmasına karşılık davacıda aradığı özellikleri tespit etmeden ve özellikle davacının yabancı dil bilmediğini bilerek işe almış ve ihracat asistanlığına yükseltmiştir. Davacının işyerindeki başka bir işte çalışmayacağı da kanıtlanmamıştır. Bu nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalı olup ...” bozularak kaldırılmasına ve feshin geçersizliği ile ilgili sonuçlara karar verilmesi gerekmektedir⁴⁵.

d) İşçi sayısı ve niteliklerinde esnekliğe ilişkin normatif sınırlamalar

İşçi sayısında ve niteliklerinde esnekliğe kanun veya toplu iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlamalar getirildiği görülmektedir. İşveren, işyerinde-işletmede amaçladığı mal ve hizmet üretiminde istihdam edeceği işçi sayısı ve niteliklerini belirlemede serbest olmakla birlikte, özellikle işyerinde-işletmede (şartlara göre birden fazla işyerinde) istihdam edilen işçi sayısına göre nispeten küçük ölçekli olanların arasında kalabilir veya devamında öngörülen işçi sayısını aşacak bir yapıyı gerçekleştirebilir. İşte işçi sayısının artışı, genellikle işveren yönünden yükümlerinin artışı, işçi yönünden ise daha geniş bir koruma alanına girme sonucunu doğurmaktadır. İşverenin, girişimci olarak sayı iti-

barıyla kanunda öngörülen küçük ölçeği aşmamak gibi bir hedefi olabileceği gibi, sözü edilen ölçeği aşarak, orta ve büyük ölçekli kuruluşların arasında yer almayı da bir gelişme süreci olarak planlayabilir. Küçük işyerlerinin-işletmelerin ve yüklerinin daha az düzeyde tutulabilmesine ilişkin düzenlemeler şunlardır:

aa) Tarım işlerinin İş Kanunu'nun uygulanma alanına girmeleri

İşK.m.4/b'de hükme bağlandığı üzere, "50'den az işçi çalıştıran (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde" bu kanun (İşK.) hükümleri uygulanmaz.

bb) İşyerinin iş güvencesi hükümlerinin uygulanma alanına girmesi

İşK.m.18/1'e göre iş güvencesi hükümleri "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde" uygulanır. Ancak işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir (İşK.m.18/4). 4857 sayılı Kanun'la getirilen birden fazla işyerinde çalışan işçilerin toplam olarak dikkate alınmaları, otuzdan fazla işçi çalıştıran işverenlerin işçilerini otuzun altında kalacak şekilde işyerlerine bölerek çalıştırma yoluna gitmelerini engellemek olduğu bilinmektedir. Gerçi böyle bir düzenleme olmasa dahi işçilerin bölünmesi kanuna karşı hile oluşturacağı için, hukuki bir geçerliliği söz konusu olmayacak ve kendisine karşı hile yapılan kanun hükmü (toplam otuz ve daha fazla) uygulanması esas alınacaktır.

cc) Toplu işçi çıkarma hükümlerine tabi olma

İşK.m.29/2'ye göre, üzerinde çalışan işçi sayısı 20'nin altında ise toplu işçi çıkarma hükümleri uygulanmaz. Çalışan işçi sayısı 20'nin üzerinde ise kademeli olarak üzerinde çalışan işçi sayısı ve işten çıkarılacak işçi sayısına göre toplu işçi çıkarma hükümlerine tabi olunacağı gösterilmiş bulunmaktadır.

dd) Norm kadro içinde veya ek olarak belirli nitelikteki işçiler ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğu

İşverenler, işyerinde-işletmede istihdam edeceği işçilerin sayısını ve niteliklerini belirlemede, genel olarak, serbest olmakla beraber istisnai durumlarda belirli işçileri işe almakla yükümlü tutulmaktadır. Bu hususta kanuni düzenlemelerden başka toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de bulunduğu görülmektedir.

İşveren, norm kadroyu ve işe alınacakların niteliklerini tespit ederken, kanunda bazı şartlar altında ve hatta norm kadrosu tamamen dolu dahi olsa bu kadroya ek olarak işçi çalıştırmakla yükümlü olduğunu göz önünde tutabilir. Böyle bir norm kadro sistemini kuran işverenin, şartların bulunması halinde belirli işçileri işe almak ve çalıştırmak yönünden bir sıkıntıya düşmeyeceği açıktır. Ne var ki ülkemizde işverenlerin zorunlu olarak işçi almak yükümlülüğünden kaçtukları veya bunları en az sınırdaki bakmak istedikleri, ancak denetim sonucu yakalandıklarında ödemeleri gereken büyük meblağlar dolayısıyla rahatsız oldukları bir gerçektir.

İşverenlerin norm kadroda boş yer bulunmasa dahi kadroya ek sayıda işçiyi işe almakla yükümlü olduğu haller şunlardır:

aaa) Özel sektör işverenleri için sadece % 3 oranında özürlü, kamu sektörü işverenleri yönünden ise % 4 özürlü ve % 2 oranında eski hükümlü çalıştırılmaları öngörülmüştür. Özel sektör işverenlerinin 15.5.2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu dışında tutulmaları, hiç olmazsa özürlü çalıştırma yönünden yükümlülüklerine tam uymayı, istihdamı teşvik etmeyi özendirilmektedir. Kaldı ki, teşvik daha güçlendirilmekte ve işverenin sosyal sigorta prim hisselerinden bir kısmının Hazine tarafından karşılanması da öngörülmektedir (İşK.m.30/6). İşverenler özürlü, kamu sektöründe özürlü ve eski hükümlü işçileri, "meslek, beden ve eski durumlarına uygun işlerde" çalıştırmakla yükümlü oldukları için, norm kadro kapsamındaki iş tanımlarını yapanlar, sözü edilen işçilerin durumlarını göz önünde tutmaları gerekir. İşveren nitelikleri yönünden de kendi belirleyeceği özürlü ve eski hükümlüleri değil, İşK.m.30 ve ilgili yönetmelik hükümlerinde tanımlanmış özürlü ve eski hükümlüyü istihdam edebileceklerdir.

bbb) İşverenin, norm kadroda boş yer olup olmasına bakılmaksızın ek sayıda işçiyi işe almakla yükümlü olduğu diğer bir hal 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 29. maddesinde işçi sendikası yöneticileri için getirilen güvencedir. İşçi sendikaları veya konfederasyonu yönetim kurulu veya başkanlığında görev aldıkları için kendi isteği işten ayrılan işçiler, görevleri kanunda belirtilen halleri ile sona erdiğinde, ayrıldıkları işyerinde, işe alınmalarını istediklerinde işveren, talep tarihinden itibaren bu iş-

çileri en geç bir ay içinde işe almakla yükümlüdür. Kanunda sadece işverenin belirlediği işçi sayısı zorlanmakla kalınmamakta, ayrıca sözü edilen işçilerin “eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe” başlatılmaları zorunlu tutulmakta, işçinin eski işine veya buna uygun diğer bir işte çalıştırılması öngörülmektedir. Bu yükümlülük işvereni sözü edilen işçinin eski işi veya buna uygun işlerde kadrolar dolu olsa dahi, böyle bir iş kadrosu yaratmakla zorunlu tutulmakla, esneklik en uç noktaya kadar zorlanmaktadır. Hemen bu konu sorulabilir, işveren tamamen dolu bir kadrosuna zorunlu olarak bir tane ekleme sonucunda, sözü edilen işlerin yürütülmesinde gerçekten işgücü fazlalığı ortaya çıkmış olacaktır ki, bu durumda bir işçi fazlalığını normal sayıya döndürmek için aynı işlerde çalışan işçilerden birinin iş sözleşmesini geçerli bir sebebe dayalı olarak feshetmek için bir yol açılmış olacaktır.

ccc) İşK’da belirli şartlar ile nitelikleri gösterilmiş olan işçilerin, işyerinde-işverence belirlenmiş işçi sayısında (norm kadroda) boş yer varsa sözleşme yaparak işe başlatılmaları zorunlu hale gelmektedir. Bunlardan biri İşK. m.30/8’de, düzenlenmiştir. İşyerinden malulen ayrılmak zorunda kalan ve daha sonra maluliyeti ortadan kalkan işçi eski işyerinde tekrar işe alınmak istediğinde işveren bu işçiyi “eski işinde ve benzer işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe, diğer isteklilere tercih işe almak zorundadır.” Benzer bir hal, İşK. m.31/4’de düzenlenmiştir. Buna göre; herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler, bu ödevlerinin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde tekrar işe alınmalarını istediklerinde işveren bu işçileri “eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek işe almak zorundadır.” Şu halde işçinin iş görme borcunu gereğine göre ifa edebilmek üzere işe alınması eski işi veya benzer işte boş yerin bulunmasına bağlı tutulmuş işverenin yükümlülüğü ise, ancak işverence sayıları önceden belirlenmiş-norm kadroda belirtilen işlerde boş yer varsa, ya da ileride yer boşaldığında söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır.

e) İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kadro ayrılması ve nitelikleri gösterilen kişilerin işe alınmaları

İşyerinin amacını gerçekleştirmek için işverenin

en az belirli sayıda işçi istihdamı, iş sağlığı ve güvenliği yönünden farklı önlemlerin alınması ve belirli nitelikleri olan kişilerin çalıştırılması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Bu hususta İşK.’da öngörülen önlemlerden biri, sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı yerlerde “iş sağlığı ve güvenliği kurulu”nun oluşturulması ve işletilmesi için işyerinde çalıştırılan bazı işçilere görev verilmesidir (İşK.m.80). Kurul’da görevli olması gerekenler arasında “işyeri hekimi” ve “sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemandır; her ikisi de İşK.m.81 hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır (İşK.m.81, İş sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik).

İşK’nın 5763 sayılı Kanun’la değiştirilen 81. maddesinde, işverenler, işyerinde yürütülen işler (sanayi, ticaret, tarım ve orman işleri) yönünden bir ayırım yapılmaksızın devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemleri belirleme ve uygulanmasını denetlemek, ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak amacıyla işyeri iş organizasyonu kapsamında belirtilen işlerin yer almasını, norm kadronun bu işleri yürütecek işçilerin, istihdamına imkan verecek şekilde düzenlenmesini hükme bağlamaktadır. Bunlar “işyeri sağlık ve güvenlik biriminin oluşturulması”, “bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlıklı personelinin görevlendirilmesi” ve sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği veya teknik elemanın görevlendirilmesidir.

Belirtilen bu düzenlemelerin işyerinin işgücü sayısını belirlemeden başka çalıştırılacak kişilerin nitelikleri yönünden de etkili olduğu hemen anlaşılabilir ve 81. maddenin 3. fıkrasında da tekrarlanmaktadır. Şöyle ki; “İşyeri sağlık ve güvenlik biriminde görevlendirilecek diğer personelin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları ... çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir.”

2. İşgücü ihtiyacının karşılanmasında kendi işçilerinin (iç esneklik) veya başka işverenin işçilerinin çalıştırılması (dış esneklik)

Daha önce görüldüğü üzere, bir işveren işyerin-

de mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerinde sayıları ve nitelikleri belirlediği kendi işçilerini çalıştırabileceği gibi (sayısal esneklik, iç esneklik), sayısal esnekliğin bir uygulaması olarak belirtilen işleri başka bir işveren tarafından üstlenilerek onun işçileriyle (*asıl işveren-alt işveren* ilişkisine dayalı olarak) gerçekleştirilmesi yoluna da gidebilir (dış esneklik). Dış esneklik, bir işverenin başka bir işverenin işçilerinin *ödünç alınması* suretiyle çalıştırılmasına imkan verir. *Dış esneklik*⁴⁶ yada uzaklaştırma stratejileri⁴⁷ adı da verilen bu uygulamanın kapsamına “eve iş verme”⁴⁸ ya da eser sözleşmesi⁴⁹ veya vekalet akdi ile iş üstlenen kimseler de girmektedir⁵⁰. AB’ne üye ülkelerde süreklilik gösteren işsizliğe karşı istihdam teşviklerinden biri olarak mesleki (gelir getirici) faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi ile işçi çalıştırılması ve asıl işveren alt işveren ilişkisine dayalı olarak başkasının işçisini üretimde ve yardımcı işlerde kullanılması teşvik edilmekte iken⁵¹, ülkemizde, hedefi konulmak üzere belirli bir programı, uygulanacak zamanda gösterilmek suretiyle bir yol çizilememektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, Tuzla tersanesi olayı, genel olarak dış esnekliği, asıl işveren-alt işveren ilişkilerine öyle aşırı müdahaleye götürmüştür ki, istihdamı teşvik bir yana, tamamen aksi yönde, daha az işgücüne dayalı model arayışlarına başlanmıştır.

Durum böyle iken, devletin uzun zamandan beri gündemini işgal eden istihdamı teşvik paketi karşısında bir paradoks ile şaşkınlık yaşanmıştır. Daha önce görüldüğü üzere, İşK. m.3/2 ve 4 fıkralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisine 5763 sayılı Kanun’la aşırı sınırlamalar getirilirken, yine 5763 sayılı Kanun’la İşK.’nin 81. maddesinde yapılan değişiklik ile özel bir konuda bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili işlerin, başka işverenler ve bunların işçileri tarafından karşılanabileceği (dış esneklik) hükme bağlanmıştır. İşK.m.81/2 hükmüne göre 1. fıkrada belirtilen personel (sağlık ve güvenlik birimi çalışanları, işyeri hekimi ve sağlık personeli, iş güvenliği uzmanları) işverence istihdam edileceği gibi, “işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak da yerine getirilebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluluklarını kaldırmaz”. Ortak sağlık ve birimlerinden hizmet alınmasına ilişkin hususlar, bu maddeye göre çıkarılacak yönetmelikle dü-

zenlenecektir. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin, işverenin kendi işletme ve işyeri dışındaki bir işverenden sağlanabilmesi, yine esas itibarıyla, asıl işveren-alt işveren ilişkisine dayalı olarak gerçekleştirilecektir. Ancak, diğer işverenin işçilerinin ödünç verilmesi suretiyle karşılanmasına da bir engel yoktur. Dikkat edilmesi gereken husus, işverenin kendi işyeri için Kanunun öngördüğü sağlık ve güvenlik işleri, işletme dışında kurulmuş bir “ortak sağlık ve güvenlik birimi”nce sağlanabilecektir. Sözü edilen birimler, “İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hekimlerinin Görevleri İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in 17. maddesine göre kurulan “ortak sağlık birimleri”dir. Maddenin birinci fıkrasına göre, “koruyucu ve acil sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütmek üzere bir ortak sağlık birimi kurabilir, kurulmuş olanlara ortak olabilirler.” Birden fazla işveren ortaklaşa sağlık birimi kurduklarında, artık ortak kullanılacak birim, bütün olarak veya parça parça, birimi kuran işverenlerin işyerinin *eklentisi sayılmaz, ayrı ve bağımsız bir işyeri niteliğini kazanır*. Zira, kurulan *sağlık birimi* birlikte hareket eden işverenler için *hizmet üretimi* gerçekleştirir ve yönetimi, ayrı ayrı işverenlerin değil sözü edilen ortak birimleri kuran işverenlere ait olur ve işverenler *ortak birimin birlikte işvereni* olurlar⁵². Yargıtay bu oluşumları doğrulamakta ve bunlara “*birlikte istihdam*” adı vermektedir⁵³. İşte bir işveren işyerinde yürütülecek sağlık ve güvenlik işlerinin, belirtilen şekildeki ortak sağlık birimi tarafından üstlenilmesi için bir sözleşme akdettiğinde, her iki taraf arasında, şartların tümünün varlığı halinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğmuş olur. İşveren, böyle bir ilişkiyi, ortak sağlık birimine ortak olmadan veya ortak olarak kurabilir. Ayrıca bir işveren işyerindeki iş güvenliği uzmanı olarak istihdamı gereken mühendis veya teknik elemanı ödünç olarak da İşK.m.7 şartlarına göre çalıştırabilir.

3. Sayısal esnekliğin iş sözleşmesinin esnek türleri ile uyumlu olması

Sayısal esneklik yönünden işverenin işgücü sayısını, üretim durumuna göre ayarlamak üzere, norm kadronun işin artışına bağlı olarak sayıların eklenmesi suretiyle belirlenmesi, yeni ve geçici ihtiyaçlara göre artırılması ve azaltılmasında yeni iş sözleş-

mesi türlerinin (atipik iş sözleşmesi) önemli bir katkı sağladığında bir kuşku yoktur. Örneğin büyük bir otelde işveren sürekli ve tam süreli çalışanların sayısını optimum olarak belirlediği gibi normal faaliyeti aşan şekilde gelecek işlerde, örneğin toplantı, balo, düğün, konser ve benzeri etkinlikler çıktığında bu işlerin görüleceği günlerde işe davet edilerek çalıştırılması imkanı veren çağrı üzerine çalışma (kısmi süreli özel çalışma şekli) şeklinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile istihdam edeceği işgücü sayısını da belirleyerek uygulayabilir. Bir mal ve hizmet üretiminde bulunan işyerinde belirli bir zamanı kapsayan yeni bir proje geldiğinde yahut geçici bir talebin üretiminin artırılmasını zorunlu hale getirdiğinde işverenler belirtilen geçici ve belirli bir zamana bağlı işgücü ihtiyaçlarını belirli süreli iş sözleşmeleri ile karşılayabilirler. Belirtilen geçici ihtiyaçlar İşK.m.11/1'e göre objektif bir neden oluşturduğu için, işverenler işgücü sayısını gereğine göre artırmak ve azaltmak üzere hukukun geçerli belirli bir süre iş sözleşmelerinden yararlanabilirler.

4. Sayısal esneklik ve iş sözleşmesinin feshine ilişkin sınırlamalarda ölçünün dengeli olabilmesi

Yukarıda incelendiği gibi, işverenin işçi sayısında azaltma yapabilme serbestisi, iş sözleşmelerinin feshine ilişkin kurallara bağlı olarak sınırlanmaktadır. İş güvencesine ilişkin düzenlemelerin bu sınırlamaları daha genişlettiği söylenebilirse de, İşK'da 158 Sayılı Sözleşme'nin esnekliğe öncelik veren esasları da dikkate alınarak işverenlerin işçi sayısını azaltmada, işveren ve işçi menfaatlerinde ölçülü bir dengenin kurulmuş olduğunu örnekler ile açıklamıştık⁵⁴. Sayısal esneklikte işyerleri-işletmelerin ekonomik, teknolojik ve pazar paylarındaki ani değişikliklere uyum sağlama yönünden, örneğin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde bildirim sürelerinin uzun tutulması katı bir düzenleme olarak görülmektedir⁵⁵. İşK'da öngörülen süreler, AB üyeleri ile karşılaştırıldığında bu sürelerin aşırı oldukları söylenemez. Ancak toplu iş sözleşmelerince, bildirim sürelerinin gerçekten sayısal esnekliğin kullanılmasını zorlaştıracak kadar uzun belirlendiği hükümlere yer verildiği görülmektedir. Yargıtay bir toplu iş sözleşmesinde bildirim sürele-

rinin "fahiş şekilde belirlenmiş (artırılmış) olması" hukuka uygun görmemiş ve bu durumun "işveren fesih hakkını önemli ölçüde sınırlandırmış" olduğunu bildirmiştir⁵⁶. Yüksek Mahkemeye intikal eden olayda küçük bir belde belediyesinde eski başkanın imzaladığı toplu iş sözleşmesinde bildirim süreleri İşK.m.17'de gösterilen işçinin işyerindeki çalışma süresi kademelerine göre 20, 40, 60 ve 90 hafta olarak belirlenmiştir. Yüksek mahkemeye göre kanunda bildirim süresinin sözleşmeler ile artırılacağı hükme bağlanmış olmakla beraber, bir üst sınır konulmaması bu artışın sınırsız şekilde yapılabileceği şekilde yorumlanmamalıdır. Esasen 2822 sayılı Kanunun 5. maddesine göre toplu iş sözleşmesi hükümlerinin "kamu düzenine" aykırı olamayacakları da belirtilmiş olup, bildirim sürelerinin fahiş şekilde artırılması kamu düzeyine aykırıdır. Yargıtay, İşK.m.17'de bildirim sürelerinin artırılmasında bir üst sınır konulmamış olmasını, kanunda bir boşluk bulunduğu yönünde değerlendirilmiş ve boşluğun Medeni Kanun m.1 uyarınca yargıç tarafından belirlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Ekleyelim ki Yüksek Mahkemeye göre işçi yönünden de sözü edilen artırılmış sürelerle göre hesaplanacak olan ihbar tazminatının talebi, iyiniyetli bir davranış olarak düşünülemez⁵⁷.

Toplu iş sözleşmelerinin politik amaçla ve sırf kendi parti yanlılarına menfaat sağlamak için kötüye kullanıldığı örnekler, daha önce de yargıya intikal etmiştir. Bu olayda da ihtiyaç bulunmadığı halde norm kadrolarının aşırı artırılması söz konusudur. Tekrar seçilemeyeceğini anlayan bir belediye başkanını seçime girmeden önce, norm kadro olgusunu ve gereğinde işgücü fazlalığının normale indirilmesinde karşılaşılabilecek büyük sıkıntıları dikkate almaksızın çok sayıda parti yanlısını işe almıştır. Ne var ki, yeni başkan seçilmesini takiben işgücü fazlalığının giderilmesi, normal istihdam sayısına dönebilmek için işlemleri başlatırken çok sayıda işçinin iş sözleşmelerinin feshedilmesi ve ödenecek yüksek miktarlardaki ihbar ve kıdem tazminatları dolayısıyla önemli sorunlarla karşı karşıya kalmıştır.

Hemen belirtelim ki, bildirim sürelerine bir üst sınır konulması amacıyla yargının, taraf iradelerine dayalı toplu iş sözleşmesi hükümlerine müdahalesini toplu iş sözleşmesi özerkliği açısından olumlu görmek mümkün değildir⁵⁸. Yargıcın sözleşme hüküm-

lerine müdahalesi Borçlar Hukuku'nda kabul edilen ve toplu iş sözleşmeleri hakkında uygulanacağı benimsenen görüşe göre, ancak işlem temelini çökmesi halinde, dürüstlük kuralı gereği olarak sözkonusu olabilir; böyle bir durumda yargı sözleşme hükümlerine değişen şartlara uyarlanmasına veya sözleşmenin feshine karar verebilir⁵⁹. Bunun için her şeyden önce, sözleşme kurulduktan sonra önceden görülmeyen ve sözleşmeden doğan ilişkide taraflar arasındaki dengeyi taraflardan biri için katlanamaz ölçüde bozan bir değişikliğin, kısaca "işlem temelini çökmesi"nin varlığına bırakılacaktır ki, bildirim süreleri olayında böyle bir şartın bulunduğunu ileri sürmek güçtür. Bildirim sürelerinin fahiş şekilde artırılmasında ya da seçimlerden önce faaliyetin yürütülmesi gerekli olan işçi sayısının (norm kadronun) herhangi bir dayanak olmaksızın artırılmasında, belediye yöneticilerinin toplu pazarlık sürecinde temsil ettikleri belediye tüzel kişiliğinin menfaatlerini korumamaları ve bilerek aşırı yük altına sokmalarının, kişisel kusurlarından kaynaklanan düzenlemeler olduğu dikkate alınarak, yöneticilerin sorumluluğuna gidilmesi uygun olabilecektir⁶⁰.

Ülkemizde işverenin işyerinde-işletmede sayısal esnekliğe iş sözleşmesinin feshine ilişkin yükümlülüklerin de sınırlayıcı, katı kural etkisi olabileceğini belirtelim. Bunu kıdem tazminatında görmek mümkündür. Ülkemizde kıdem tazminatı şartlarının işçi yararına genişletilmesinde ve miktarının 30 günlük ücret tutarına çıkarılmasında, bu tazminata kanun gerekçelerine geçmiş işlevlerin etkileri olmuştur. Bunlardan ikisi kıdem tazminatı işsizlik sigortasının karşılığıdır ve kıdem tazminatı iş güvencesi işlevini görmektedir. Bu kurumlar daha sonra ülkemizde uygulamaya konulmuştur, önce işsizlik sigortası kabul edilmiş, arkadan iş güvencesi de getirilmiştir. İşverenin ihtiyaçlarına dayalı olarak işyerinde işgücü sayısını azaltmak istediğinde, işsizlik riski ve iş güvencesi dolayısıyla işçiyi koruyucu sistemler getirildiğine göre, kıdem tazminatının ödeneceği haller arasından işverenin iş sözleşmesinin fesih halleri çıkarılmalı ve kıdem tazminatı miktarı her yıl için 15 günlük ücret miktarına indirilmelidir. Bu hususta Bilim Kurulu bir tasarı hazırlanmış, hatta Kıdem Tazminatı Fonu Tasarısı yasa organından geçirileceği düşüncesiyle 4857 sayılı Kanun'un "Kıdem Tazminatı"nı düzenleyen maddesi konulmamış, geçici 6. madde ile yeni dü-

zenlemeler getirilinceye kadar 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁶¹. Ancak bugüne kadar beklenenler doğrultusunda bir gelişme olmamıştır.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. MESS, Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, İstanbul 2002, s. 64 (İş Kanunu Gerekçesi).
- 2 MESS, İş Kanunu Gerekçesi, s. 73-76, 85-87, 89-91.
- 3 W. Zöllner, Flexibilisierung des Arbeitsrechts, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1988, s. 265; K. Linnenkohl, Begriff und Bedeutung der Arbeitszeitflexibilisierung, Betriebs-Berater 1985, s. 1921; G. von Hoyningen-Huene/U. Meier Krenz, Flexibilisierung des Arbeitsrechts durch Verlagerung tariflicher Regelungskompetenzen auf den Betrieb, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1988, s. 293; H.P.Tschudi, Flexibilität und Schutzfunktion des Arbeitsrechts, Mitteilungen des Institut für Schweizerisches Arbeitsrecht (ArbR) 1991, s. 9; M. Ekonomi, Türk İş Hukukunda Esneklik Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik (Flexibilität Im Arbeitsleben), İzmir 1994, s. 60 (Esneklik); Ö. Eyrenci, İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s. 228-229.
- 4 Zöllner, s. 269; K. Linnenkohl/G. Kilz/D.A. Reh, Die arbeitsrechtliche Bedeutung des Begriffs der "Deregulierung", Betriebs-Berater 1990, s. 2038; K.-G. Loritz, Alman İş Hukukunda Esneklemeye Yönelik Çabalar, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s. 11; W. Zöllner/K.G. Loritz/C. H. Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Auflage, s. 10; Ekonomi, Esneklik, s. 60-61, S. Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 19; D. Ulucan, Çalışma Hayatında Esneklik, Prof.Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, s. 527.
- 5 Örneğin emredici bir hukuk kuralına çok sayıda istisna koyan düzenlemeler getirilerek asıl emredici kuralın uygulanma alanı çok sınırlanmış, istisnalara ilişkin normlar ile esnekliğe yönelik bir alan kazanılmış olur ki, bu durumda esneklik kuralsızlaştırmanın aksine, çok sayıda kuralı da beraberinde getirmiş olur. Bkz. Ekonomi, Esneklik, s. 61.
- 6 Ekonomi, Esneklik, s.61.
- 7 Yarg. HGK, 21.3.2007, E.2007/9-150, K.2007/160, İşveren Temmuz 2007, Özel eki, s. 9; Süzek, s. 728; M. Ekonomi, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Kamu-İş 2007, Sayı 3, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, s. 162-163.
- 8 Tschudi, s. 12-13; Süzek, s. 17.
- 9 MESS, İş Kanunu Gerekçesi, s. 13 vd.
- 10 Genel olarak işçi ve işveren kesimlerinin esneklik hakkındaki düşünceleri hakkında bkz. M. Worzalla, Alman İşverenleri Açısından İş Hukukunda Esneklik, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s. 275; R. Buschmann, Alman İşçileri Açısından İş Hukukunda Esneklik, aynı eser, s. 297; K. Atasayar, Türk İşverenleri Açısından İş Hukukunda Esneklik, aynı eser, 315; S. Erdoğan, Türk İşçileri Açısından İş Hukukunda Esneklik, aynı eser, s. 321; A. Yavuz, Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi, Ankara 1995, s. 30 vd.
- 11 Bkz. M. Ekonomi, Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 231 vd. (Ödünç İş İlişkisi).
- 12 Eyrenci, İş Sürelerinde Esneklik, s. 237; Ekonomi, Esneklik, s. 78-79.

- 13 Bkz. Atasayar, s. 316-317.
- 14 Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Ekonomi, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, LEGAL Vefa Toplantıları (II), İstanbul 2008, s. 24-25, 40 vd. (Alt İşveren).
- 15 27.9.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Alt İşverenlik Yönetmeliği"nin iptali için TİSK tarafından dava açılması, çok isabetli olmuştur. Yönetmelik hükümleri aşağıda ele alınacaktır, bkz. II, 2b.
- 16 Genel olarak esneklik türleri için bkz. Yavuz, s. 11 vd.; TİSK, Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara 1999, s. 14; C. Tuncay, Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esneklik, Çalışma Hayatında Esneklik, Ankara 1995, s. 59 vd. (Esneklik).
- 17 W. Blomeyer, Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s. 195; T. Centel, Türkiye'de Yeni İstihdam Türleri İle İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi, aynı eser, s. 239; Tuncay, Esneklik, s. 67.
- 18 Eyrenci, s. 231; G. Hueck, Almanya'da Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesine Yönelik Çalışmalar, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s. 105; Tuncay, Esneklik, s. 63; aynı yazar, İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul 2002, s. 169; D. Ulucan, AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve İş Kanunu Taslağında Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem (Seminer Notları), İstanbul 2002, s. 97; aynı yazar, AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Merceğ Temmuz 2003, s. 60; M. Demircioğlu/M. Engin, Dünyada ve Türkiye'de Esnek Çalışma, İstanbul 2002, s. 51; N. Caniklioğlu, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III Yılında İş Yasası, İstanbul 2005, s. 149.
- 19 Bkz. Yavuz, s. 13; TİSK, s. 17 vd.; Tuncay, Esneklik, s. 61. Fonksiyonel esneklikte, en iyi ve verimli şekilde kullanılması mümkün olabilen işgücünün yüksek nitelikte ve iyi eğitim görmüş olması şarttır. Bu açıdan fonksiyonel esnekliği hedef alan işverenin iş organizasyonuna göre ayrıntılı iş tanımlarını yapması, işçinin niteliklerini çok iyi belirlemesini ve zaman içinde gerekli eğitimi planlaması gereklidir. İşçilerin kabul ettiği iş tanımının görüş ve yeniliklere açık bulunmuş olması, işçiyi iyiniyet kuralları çerçevesinde verildiği işte çalışmakla yükümlü kılar. Aynı şekilde iş tanımları yenilendiğinde, kendisinden beklenen veya daha üst düzeyde bir iş olduğunda işçinin bu işi kabul etmesi gerekir. Buna karşılık değişen teknoloji ve iş yüküne göre çalışma şartı esaslı değişiklik göstermekte ise; tarafların anlaşması (İşK.m.22/2) dışında, İşK.m.22/1 hükmünün uygulanması gerekir.
- 20 Fonksiyonel esnekliğin alt kavramları için bkz. TİSK, s. 18.
- 21 Toplu iş sözleşmelerinin ücret esnekliği üzerinde etkileri için bkz. TİSK, s. 20.
- 22 MESS, İş Kanunu Gereğesi, s. 3 vd.
- 23 Bu husustaki eleştiriler için bkz. Ekonomi, Alt İşveren, s. 40.
- 24 Bkz. Ekonomi, Ödünç İş İlişkisi, s. 233 vd.
- 25 Daha önceki İş Kanunları gibi 1475 sayılı İşK.'da da (m.35/9) "fazla saatlerde çalışmanın ne suretle uygulanacağı çıkarılacak bir tüzükte gösterilir" denilmiştir; hukuk kaynakları hiyerarşisinde niteliği ve işlevi yönünden, uygun olan da sözü edilen konuların tüzük ile düzenlemesidir. 4857 sayılı Kanun'da tüzük ile belirlenmesi ve gösterilmesi öngörülen konuların yönetmeliğe bırakılması isabetli olmamıştır. İşyerinde 10, 25, 80, 200 işçi çalışmakta ise, her yıl teker, teker işçilerden yazılı onay alınmasında zorluk görünmeyebilir. Ancak T Bankasında 5 bin, F Bankasında 14 bin ve K Telekomünikasyon şirketinde 30 bin işçi için her yıl yeniden fazla çalışma için onay alınmasının zorluğu çok açıktır.
- 26 M. Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, s. 62.
- 27 Bkz. Ö. Ekmekçi, Kamu İşverenlerinin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasanın Eşitlik İlkesinin İhlali, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006, Sayı 12, s. 1174.
- 28 Yargıtay bir "Hizmet ve Danışmanlık Şirketinin, bir işveren şirket ile yaptığı ve "yüklenici" sıfatını kullandığı bir sözleşmede, "yüklenici hizmetleri yerine getirmek üzere" karşı tarafın işyerine gönderdiği işçinin, hizmet şirketinin işçiyi istihdam ettiği bir işyeri olmaksızın yaptığı bir "iş bulmaya aracılık sözleşmesine" göre karşı tarafa gönderilmiş ve onu çalıştıran karşı taraf şirketin işçisi olduğunu kabul etmiştir: Yarg. 9 HD. 4.4.2005, 774/11838, LEGAL-İSGHD, 2005, S. 8, s. 1754-1756.
- 29 5763 sayılı Kanun'la alt işveren ilişkisinde yapılan değişiklikler ve bunların beraberinde getirdiği sorunlar ile hukuka uygunluğu hakkındaki isabetli eleştiriler için bkz. T. Centel, Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik, Sicil Haziran 08, Sayı 10, s. 5 vd.
- 30 Bkz. A. Zevkliler, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 2004, s. 180-181.
- 31 Centel, s. 4.
- 32 Ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, s. 6 vd.
- 33 Alt İşveren Yönetmeliği, 27.9.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.
- 34 M. Ekonomi, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi TÜSİAD Semineri, İş Kanunu Toplantıları Dizisi-1, İstanbul 2005, s. 26.
- 35 Karar ve uyuşmazlık konusuna ilişkin ayrıntılar için bkz. Dipnot (36).
- 36 Olayda işçi sendikasının başvurusu üzerine Bakanlık, işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit etmiş, işverenin itirazı üzerine başvurudan önce işe alınan işçiler de hesaba katılarak iş mahkemesince, sendikanın yetkili olmadığına dair verilen kararın bozulan Yargıtay, iş mahkemesine verilen bilirkişi görüşünü değerlendirirken, işverenin işyerinde çalışan işçi sayısının geçici olarak değiştirmede esas alınacak ölçütlere de değinmektedir. Karara konu olan uyuşmazlıkta sendikanın Bakanlığa başvuru tarihi 7.6.1989, toplu şekilde işçileri işe alma tarihleri de 1.6.1989-6.6.1989'dur. Yüksek Mahkeme bilirkişinin işe almada muvazaalı bir durum olabileceği ihtimaline karşı yaptığı tespitleri değerlendirirken şu görüşlere yer vermektedir: "... Bu tespiti yaparken Mart 1989 tarihinden itibaren işyerinde çalışan, işyerine giren ve çıkan işçi sayısını ve yapılan iş miktarını da belirtmiştir. Bu tespitlere göre Haziran ayından önceki aylarda devamlı olarak çalıştırılan işçi sayısının Bakanlığının tespit ettiği miktarlara yakın olduğu izlenmektedir. Temmuz ayında ise az olmayan sayıda işçi çıkarması olduğu görülmektedir. Bu durumda salim bir sonuca ulaşabilmek için işyerinde yapılan işlerin ve çalışılan yerin kapasitesi bakımından bu işlerden anlayan bir bilirkişi aracılığı ile mahallinde keşif yapılması düşünülmelidir. Bu yön düşünülmezsizin ve gerektirici sebepleri araştırılmaksızın

- çoğunluk tespitinden hemen önce ve altı gün içinde yeni işçi alınmış olması yeterli görülerek çoğunluk tespiti cihetine gidilmesi isabetsiz bulunmuştur”: Yarg. 9.HD, 29.9.1989, E.1989/67408, K.1989/7747, Tühis Kasım 1989, s. 21; karar ve incelemesi için bkz. F. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtayın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın 1989 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 1991, s. 145-146.
- 37 Yarg. 9.HD, 3.10.1996, E.1996/17892, K.1996/18886, karar ve incelemesi, A. Güzel, Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1996, İstanbul 1998, s. 177-178.
- 38 “Yatay geçiş” sözcüklerinin iş sözleşmesinin devri işlemini amaçladığını kabul etmekteyiz. Holding şirketleri arasında İşK.m.7 uyarınca ödtünc (geçici) iş ilişkisi ile geçici bir süre için işçilerin kullanılması da mümkündür. Bu halde işverenin davranışının kötünietli olduğu daha kolay anlaşılacağı için, olaya göre, iş sözleşmesinin devri yolunun kullanıldığı kesinlik kazanmaktadır. İş sözleşmesinin devri hakkında bkz. M. Ekonomi/Ö. Eyrenci, Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan II, İstanbul 2001, s. 1199.
- 39 Yarg. 9.HD, 5.3.1998, E.1998/3330, K.1998/3421, Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan 1999, s. 483-484.
- 40 İş güvencesi sistemine geçişte ülkemiz şartlarına uygun model arayışı ve sanayileşmiş ülkeler ile karşılaştırılması hakkında bkz. M. Ekonomi, Taslağın İçeriği ve Sanayileşmiş Ülkelerle Mukayesesi, İş Kanunu ve Sendikalar Kanununda Yapılması Düşünülen Değişikliklerin Türk Sanayiine Etkileri (TİSK) Semineri, Ankara 1992, s. 29 vd.; aynı yazar, Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Bakımından 158 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Yeni Model Arayışı, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, s. 81 vd.
- 41 Yarg. 9.HD, 19.11.2007, E.2007/22408, K.2007/34414, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi 2008, Sayı 17, 5, 195; İşverence norm kadro değişikliği sonucu personel sayısının azaltılması sonucu fesih, geçerli sebebe dayanır; Yarg. 9.HD, 14.5.2007, E.2007/9579, K.2007/14901, LEGAL 2007, Sayı 16, s. 1573.
- 42 Yarg. 9.HD, 25.2.2008, E.2008/3735, K.2008/2001, Çalışma ve Toplum 2008/3, s. 347-350. Başka bir kararında da yüksek mahkeme, işverenin geçerli bir sebebe dayandırılmak suretiyle işçi sayısını azaltabileceğini ve belirlenen işgücü fazlalığının iş sözleşmesinin feshedebileceğini şöyle ifade etmektedir: “... İşletmeyi ve işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmeye ilişkin karar alabilir. Ancak, bu karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin feshi konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir.” (Yarg. 9.HD, 24.4.2005, E.2005/7907, K.2005/14470, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, 2005, Sayı 7, s. 1301-1304. Aynı yönde Yarg. 9.HD, 24.2.2005, E.2004/2679, K.2005/6297, O.G. Çankaya/C.İ. Günay/S. Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005-05, s.550-551.
- 43 Yarg. 9.HD, 29.3.2004, E.2004/3405, K.2004/6455, Çankaya/Günay/Göktaş, s. 469-470.
- 44 Yarg. 9.HD, 2.5.2005, E.2005/12432, K.2005/15089, LEGAL-İSGHD, 2005, Sayı 7, s. 1287.
- 45 Yarg. 9.HD, 21.4.2005, E.2005/10825, K.2005/14175, LEGAL-İSGHD, 2005, Sayı 7, s. 1316.
- 46 Blomeyer, s. 196, Blomeyer, Almanya’da özellikle Doğu Avrupa sınırlarının açılmasından sonra Almanya’da da asıl işveren alt işveren ilişkilerinin gittikçe genişlediğini şöyle açıklamaktadır: Bu tür sözleşme şekillenmelerine, özellikle montaj işlerinde, koruma ve bekleme işlerinde, temizlik işlerinde, nakliye hizmetlerinde rastlanmaktadır. Özellikle bu tür eser sözleşmelerine, Doğu Avrupa sınırlarının açılmasından beri Doğu Avrupa işletmeleriyle olan çok düşük ücretler nedeniyle yapı alanında rağbet edilmektedir. Burada Almanya yapı firmaları, genel girişimci veya genel yüklenici olarak ortaya çıkmakta, sözgelimi Polonyalı ya da Çek taşeronlara münferit siparişler vermektedir” (s.209).
- 47 Yavuz, s. 18; TİSK s. 15, 24.
- 48 “Eve iş verme”, işçi sıfatının kazanıldığı “uzaktan çalışma” veya “tele-çalışma” halleri dışında tam bağımsız çalışanların (serbest meslek sahibi) anlatılmaktadır. Bkz. Ekonomi, Yeni Yaklaşımlar, s. 177-178; Ö. Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, s. 27; Süzek, s. 251 vd.
- 49 Asıl işveren-alt işveren ilişkisini kuran sözleşmelerin büyük çoğunluğu eser sözleşmesidir. Bazı hallerde işyerinde eser sözleşmesi ile ilişki kuran gerçek kişi, örneğin işyerinde kendisine ayrılan bir yerde ekipmanları ile kahve-çay pişirip dağıtmaya üstlenen kimse de, yanında iş sözleşmesine göre başka birini çalıştırmıyorsa, serbest meslek sahibidir, işçi değildir.
- 50 Bir pazarlama şirketinin icra takiplerini ve ticari işlere ilişkin davalarını üstlenen ve işverenle bağımlı ilişkisine hiçbir suretle girmeksizin vekalet sözleşmesine göre şirketin işlerini yürüten kimse de dış esnekleşme kapsamındadır.
- 51 Almanya için bkz. dipnot (46).
- 52 Bkz. M. Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuk Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 419-420.
- 53 Bkz. Örneğin Yarg. 9.HD, 23.1.2007, E.2006/29128, K.2007/441, LEGAL 2007, Sayı 15, s.1063-1064; 17.10.2007, E.2007/2624, K.2007/30654, LEGAL 2008, Sayı 17, s. 237-238.
- 54 Bkz. yukarıda III. 1b.
- 55 Yavuz, s. 16.
- 56 Yarg. 9.HD, 21.3.2006, E.2006/109, K.2006/7052; aynı doğrultuda 11.4.2006, E.2006/2630, K.2006/9547; kararlar ve K. Bakırcı’nın eleştirileri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 07, s. 106 vd.
- 57 Bkz. dipnot (56).
- 58 Yargıtay kararını isabetli bulan görüş, F. Şahlanan, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2006 eki, s. 2-4; aksi yönde eleştiriler için Bakırcı, s. 109 vd.; N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, s. 192, dipnot (55) s. 561.
- 59 Bkz. M. Ekonomi, Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkileri Uyumu, Prof. Dr. K. Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s. 174; Çelik, aynı yer.
- 60 Bakırcı, s. 113.
- 61 Kıdem tazminatına ilişkin yeniden yapılandırma ve düzenleme gereği ile Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı için bkz. MESS, Tasarı, s. 59, 99 vd. Hemen belirtelim ki, Bilim Kurulu, Kıdem Tazminatı Fonu’na karşı çıkarılacak İşK.’ya (4857 sayılı) konulmak üzere alternatif bir metin de hazırlanmıştır. Ancak yasama organı bu yönde bir seçim yapmamış, kıdem tazminatı fonu kurulmasına öncelik vermiştir.

İşverenin Eşit Davranma Borcu

1. Genel Anlamda Eşit Davranma ve Ayırım Yapmama Borcu

1. Hukuki Dayanağı

a) Anayasal Dayanak

İşverenin iş akdinden doğan borçları arasında eşit davranma yükümlülüğü de yer alır. Eşitlik ilkesinin temelinde adalet ve hakkaniyet düşüncesi yatar. Adaletin eşitlik ilkesinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır. Esasen hukuk öğretisinde adalet düşüncesi ile hukukun en temel ilkelerinden olan eşitlik çoğu kez eş anlamda kabul edilir ve adalet eşitliği olarak adlandırılır.¹

Hukukumuzda eşitlik ilkesinin pozitif dayanakları Anayasa'nın 10. maddesi ile İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer almıştır. Anayasa'nın anılan maddesinde "kanun önünde eşitlik" başlığı altında eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anılan hükme göre "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz."

Anayasa Mahkemesi'nce adı geçen maddenin amacı şu şekilde açıklanmıştır: "Eşitlik ilkesinin

amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz."²

Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgili olarak çözümlenmesi gereken sorun, anılan maddenin sadece dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep gibi ayırım yasağı hallerini mi, yoksa genel anlamda eşit davranma borcunu da mı güvence altına aldığıdır. Ayırım yasağının konusunu oluşturan nedenler, kişinin insan olmasından kaynaklanan ve değiştiremeyeceği cinsiyeti, rengi, ırkı gibi ya da değiştirmesi beklenemeyecek ve istenemeyecek siyasal görüşü, felsefi inancı, dini gibi nedenlerdir. Ayırım yasağına ilişkin kurallar, kişileri bazı özellikleri ve tercihleri nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya veya bazı menfaatlardan yoksun bırakılmaya karşı koruyan normlardır.³

Buna karşılık, genel anlamda eşit davranma borcu, aynı ve benzer durumda bulunan kişilerin

farklı işleme tabi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayırım yapılması ve kişilere ayrıcalık tanınmaması biçiminde tanımlanabilir. Belirtelim ki, aynı ve benzer durumdaki kişilere aynı işlem yapılması kadar, objektif olarak farklı durumda olanlara farklı işlem yapılması da eşit davranma borcunun bir gereği olarak ortaya çıkabilir.⁴

Kanımıza göre, Anayasa'nın 10. maddesi tüm hukuk düzenimizde geçerli, bireyler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür. Başka bir deyişle, gerek öğretilde⁵ gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında⁶ belirtildiği gibi bu madde hem dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında kalan hallerde de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa yargısının erken dönemlerinde verdiği ve söz konusu hükmü dar yorumlayarak sadece ayırım yasağı ile sınırlayan bir kararına konulan muhalefet şerhinde bu gerçek şu ifadelerle yer verilmek suretiyle dile getirilmiştir: "Anayasa'nın 12. (şimdi 10.) maddesi, yalnızca orada sayılan dil, ırk, cinsiyet gibi yönler dolayısıyla yapılan hukuki ayırımları değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukuki eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 12. (şimdi 10.) maddesinin dayandığı ilke birbirinin aynı olan durumlarda, haklı bir neden yok iken, başka hukuk kurallarının öngörülmesinin (bu ibare hukuki işlemler yapılmasının şeklinde okunabilir) yasaklanmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin...kararlarında da aynı görüşe rastlanmaktadır... Eşitlik ilkesini yalnızca Anayasa'nın 12. (şimdi 10.) maddesinin 1. fıkrasında öngörülen durumlar dolayısıyla ayırım gözetmekten kaçınma anlamında yorumlayıp, orada sayılan durumlar dışında herhangi bir duruma dayanılarak yapılacak ayırımları sözü edilen fıkra kuralının dışında saymak hem Türk anayasa hukukunun tarihsel gelişmesine, hem de tartışma konusu kurala ilişkin yasa belgelerindeki yazılara ve maddenin her iki fıkranın (şimdi 1. ve 3.) birlikte ve herkes sözcüğü üzerinde durularak incelenip tümü bakımından yapılacak yorumdan çıkan sonuca, hem de insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerle Alman,

Avusturya, Fransa Anayasaları'ndaki metinlerdeki yazılışlara uygun düşmemektedir."⁷

Gerçekten, Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında kanun önünde eşitlik ve ayırım yasakları yani iki ayrı önerme bileşik cümle yapısında birleştirilmiştir. "Herkes...kanun önünde eşittir" önermesi, temel önermeyi oluşturmaktadır. Aynı bileşik cümlelerin yan önermesi ise "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin" şeklindedir. Bağ eylem olan "gözetilmeksizin" sözcüğü hem yan önermeyi kurmakta, hem de bu önermeyi temel önermeye bağlamaktadır.⁸ Aynı şekilde, anılan maddenin 3. fıkrasında yer alan "Hiçbir kişiye...imtiyaz tanınmaz" şeklindeki hüküm de her kim için olursa olsun yasa önünde eşitliğin bozulamayacağını diğer deyişle anayasanın sadece ayırım yasaklarını düzenlemeyip, genel anlamda bir eşitlik ilkesi (borcu) getirdiğini ayrıca kanıtlayıcı niteliktedir.

Genel anlamda eşit davranma borcu hukuk devleti ilkesinin (AY 2) de bir gereğidir.⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre "Hukuk devletinin ana ilkelerinden birisi de eşitlik...hukuk devleti hukukun üstünlüğü temeli üzerinde oturur. Kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur."¹⁰

Eşitlik ilkesi ülkemizin onayladığı uluslararası insan hakları bildiri ve sözleşmelerinde de yer almıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 2., 7., 23., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14., Avrupa Sosyal Şartı'nın 4/3. maddelerinde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Bunun gibi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi ülkemiz tarafından 1985 yılında onaylanmıştır.

b) Yasal Dayanak

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörölmüş bulunan eşitlik ilkesi İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Daha doğru bir ifadeyle, İş Kanunu'nun anılan maddesinde "Eşit davranma ilkesi" başlığı altında ayırım yasağı iş ilişkileri bağlamında hükme bağlanmıştır. Adı geçen maddenin 1. fıkrasına göre "iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz."¹¹ Hükümde "benzeri sebepler" ifadesine yer verildiğinden ayırım yasağı sadece sayılan hallerle sınırlı olmayıp,

benzer nedenlerle de işveren ayırım yasağını ihlal edemeyecektir. Aynı şekilde, İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3-5. fıkralarında işverenin iş akdinin kurulmasında, ücret ve çalışma koşullarında, sözleşmenin sona ermesinde cinsiyet nedeniyle farklı işlem yapamayacağı öngörülmüştür.

Diğer yandan, işverenin eşit davranma borcu iş mevzuatımızda bazı iş akdi türlerine özgü olarak ayrıca düzenlenmiştir. Gerçekten, İş Kanunu'nda ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, belirli veya belirsiz süreli (İK 5/2, 12/1) ya da tam veya kısmi süreli (İK 5/2, 13/2) iş akitleri yapılması nedeniyle işçinin farklı işleme tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun gibi, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal nedenle ayırım yapma yasağı öngörülmüştür.

Her ne kadar İş Kanunu'nun 5. maddesinin başlığı "Eşit davranma ilkesi" ise de bu maddede ayırım yasağı halleri dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcunun da düzenlendiğini savunmak güçtür.¹² Çünkü maddede sadece ayırım yasağı halleri öngörüldüğü gibi, Anayasa'nın 10. maddesinden farklı olarak "Herkes...kanun önünde eşittir" ve "Hiçbir kişiye...imtiyaz tanınmaz." ifadeleri yer almamıştır. Kuşkusuz ayırım yasakları da geniş anlamda eşitlik ilkesinin içinde yer alır. Ancak, İK 5 sadece ayırım yasaklarını düzenlemiş bunun dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcunu dışlamış görünmektedir.

Avrupa Birliği ilerleme raporlarında, Avrupa Birliği mevzuatında yer alan etnik köken, din ve inanç, özgürlük, yaş ve cinsel eğilimden ötürü ayırmacılığın önlenmesi ve işe alınma, ispat yükü, ebeveyn izni, şikayet hakkı, eşitlik kurulu gibi konuların İş Kanunu'nda düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu önerilerin birçoğunun isabetli ve haklı olduğu söylenemez.¹³

c) İş İlişkilerinde Genel Anlamda Eşit Davranma Borcunun Uygulanması Gereği

İş Kanunu'nun 5. maddesinde sadece ayırım yapmama borcunun düzenlenmesi hukukumuzda iş ilişkileri dışında kalan hallerde genel anlamda eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı anlamına gelmez. Anayasa'nın 10. maddesinin hem ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlediği yuka-

arda görüldü. "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığını taşıyan 11. maddesinde anayasa ilke ve kurallarının sadece devlet-kişi arasında dikey düzeyde değil, özel hukuk ilişkilerinde yani kişiler arasında yatay düzeyde de uygulanacağı açık bir biçimde hükme bağlanmıştır. Bu nedenle anayasal eşitlik ilkesi tüm hukuk düzeninde ve bu arada iş ilişkilerinde geçerli genel ilke niteliği taşır.¹⁴

Nitekim bu gerçek şu Yargıtay kararında da anlatımını bulmuştur: "Aynı nitelikte olan işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak, hem Anayasa'nın eşitlik ilkesine, hem de İş Hukuku'nun temel kuralına uygun düşmez."¹⁵

Belirtelim ki, Anayasa ve yasada öngörülmeseydi de eşitlik, hukukun genel ilkeleri arasında yer aldığı için iş ilişkilerinde de uygulanması gerekirdi. Yargıç hüküm verirken, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği gibi hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen üstün ve temel ilkeleri olarak tanımlanan¹⁶ genel ilkelerini dikkate almak durumundadır.¹⁷

Bunun gibi, adaletin özel bir uzantısı hakkaniyettir. Hakkaniyete uygun davranan işverenin hukuki işlemlerinde eşitliğe uygun davranması gerekir.¹⁸

Görüldüğü gibi her ne kadar hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet esasından hareketle işverenin eşit davranma borcunun olduğu savunulabilirse de hukukumuzda eşitlik ilkesinin pozitif dayanakları da bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 5. maddesi işverenin ayırım yapma yasağını düzenlemekte, bütün hukuk düzenimizde geçerli olan Anayasa'nın 10. maddesi ise işverene hem ayırım yapma yasağını, hem de genel anlamda eşit davranma borcunu yüklemektedir.

İş hukuku öğretisinde bazıları tartışmalı olmakla beraber işverenin eşit davranma borcunun doğumu için belirli koşulların gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bunlar, bu yükümlülüğün aynı işyerinde çalışan işçilere karşı olması (işyerinde birlik), karşılaştırılacak durumların aynı zaman dilimi içinde meydana gelmiş bulunması (zamanda birlik), bir karşılaştırma yapılmasına olanak tanıyan, birden fazla işçiyi ilgilendiren kolektif bir uygulamanın söz konusu olmasıdır.¹⁹

2. Nispi Niteliği

Eşit işlem borcu işverenin tüm işçilere mutlak

bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez. Bu borç aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. İşveren, gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerek çalışkanlık, yetenek, liyakat gibi subjektif (haklı) nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir. Aksi düşünce işverenin sözleşme serbestisine kabul edilemeyecek bir müdahale niteliği taşır.²⁰

Nitekim Yargıtay'a göre de "Bu ilkenin amacı aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratmaktır"²¹, "işverenin, işçiler arasında, gerek objektif ve gerek subjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları vs. nedenlerle farklı ücret, prim veya sosyal hak ödemesi (nin), eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini de kabul etmek gerekir."²²

İşveren ölçülülük (orantılılık) ilkesi uyarınca ayırım gözetmede haklı bir amaç izlemişse, diğer deyişle bu davranışını haklılaştırabilir ve yapılan ayırım izlenen bu haklı amaçla orantılı ise, eşit davranma borcu ve ayırım yapma yasağı ihlal edilmiş olmaz.²³

Hukuki anlamda eşitlik, eşit kişiye ve olguya eşit, eşit olmayan kişiye ve olguya ise eşit olmayan işlemin yapılması anlamına gelir.²⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de "Kanun önünde eşitlik aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulmasını (yatay eşitlik) gerektirdiği gibi farklı durumda olanlara farklı muamelede bulunulması (dikey eşitlik) da gerektirir. Esasen Anayasa'nın Başlangıç Kısmı ile 2. ve 5. maddelerinde sözü edilen adalet ve hukuk devleti anlayışı da bunu gerektirir."²⁵

Görüldüğü gibi, işverence farklı davranılmasını haklı kılacak bir durumun varlığı halinde, kişiler arasında farklı işlem yapılması adalet anlayışına uygun düşüyorsa eşitlik ilkesine aykırı olmayacaktır. Bunun gibi, işçileri arasında farklı davranılmasını gerektiren haklı ve objektif nedenlerin varlığına rağmen işverenin bu durumu göz önünde tutmaması da olayın özelliğine göre eşit davranma borcunun ihlalini oluşturabilir.²⁶ İşverenin özellikle genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal edip etmediği tereddütlere neden olabilecek bazı durumlarda, eşitlik ilkesinin bu özelliği ve temelinde yatan adalet anlayışı ve hakkaniyet esası sorunun çözümüne yardımcı olacaktır.

3. İşe Almada Ayırım Yasağı

İş hukuku öğretisinin bir bölümüne göre işe almada işverenin eşit davranma borcu söz konusu değildir. Bu görüşe göre iş akdinin kurulmasında hangi işçiyle işi en verimli ve uyumlu bir biçimde yürütebileceğini belirleme yetkisi işverene aittir. Bu da anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün (m.48) bir gereğidir. Bunun gibi, eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için kural olarak işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir, henüz bir ilişki kurulmadan bu borcun varlığından söz edilemez.²⁷

Diğer yandan, her ne kadar İş Kanunu'nun 5. maddesinin gerekçesinde işverenin "işe almadan başlayarak" tüm çalışma koşulları yönünden işçilere karşı eşit davranma yükümlülüğünden söz edilmekteyse de, anılan yasanın 5. maddesinin 1. fıkrasında "iş ilişkisinde" ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. "İş ilişkisi" ibaresi, bu ilişkinin kurulmasından öncesini değil, kurulmasından sonrasını kapsayan bir anlam taşır. Aynı şekilde, ayırım yapmama borcunun yaptırımını düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında da "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" denilmek suretiyle hükümde öngörülen yaptırımın iş ilişkisinin doğumundan sonra uygulanacak bir yaptırım olduğu hükme bağlanmıştır.²⁸ Belirtilen İK 5/1 ve 5/6 hükümlerinin işverenin "işe almada" ayırım yapma yasağının bulunmadığı görüşünü desteklediği söylenebilir.

Buna karşılık iş mevzuatımızda bazı alanlarda işverenin işe almada ayırım yasağını açıkça düzenleyen kurallar yer almıştır. Bunlardan ilki, işe almada cinsiyet nedeniyle ayırım yapılmasıdır.²⁹ İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında işverenin "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça...iş sözleşmesinin yapılmasında...cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem" yapamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle örneğin işveren işin niteliği haklı göstermedikçe sırf hamileliği nedeniyle işçi ile iş akdi yapmaktan kaçınmaz. Öte yandan, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 1. fıkrasında da işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri koşuluna bağlı tutulamayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, 5378 sayılı Özürlüler Hakkında Kanun'un 14.

maddesinde de özürllülerin işe alınması ve çalışma koşulları konusunda işverenlere eşitlik ilkesine ve ayırım yasağına uyma zorunluluğı getirilmiştir.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra hukukumuzda işe almada ayırım yapma yasağıının bulunmadığını savunmak olanaksız hale gelmiştir.³⁰ Çünkü anılan yasanın 122. maddesine göre işe almada ayırımcılık yapılması açıkça suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca "kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak...kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir."

Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmü karşısında işveren işe almada dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, din gibi nedenlerle ayırımcılık yapamayacak, ancak bu gibi ayırım yasaklarının dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcuna tabi olmayacaktır.

O halde, cinsiyet veya gebelik, özürllülük ya da sendikal nedenlerle işverenin ayırım yapma yasağıını düzenleyen yukarıda belirtilen hükümler, işverenin işe almada ayırım yapabileceğı kuralının birer istisnasını değil, aksine bu konuda genel olarak var olan ayırım yapma yasağıının değişik yasalarda özel olarak düzenlenmiş hallerini oluştururlar.³¹

Ancak, aşağıda görüleceğı gibi İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki ayırımcılık tazminatı sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonra veya sona ermesinde uygulanacağından, işverenin işe almada ayırım yapmasının hukuki yaptırımı İş Kanunu'nda yer almamaktadır. Bu durumda işe almada ayırım yapılması halinde uygulanacak tazminat konusunda genel hükümlere (culpa in contrahendo) gitmek gerekmektedir.³²

4. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu

İş akdinin devamı süresince işveren eşit davranma ve ayırım yapmama borcuna uygun davranmak zorundadır (AY 10, İK 5/1, 3-6). Başka bir deyişle, işverenin ücret ve tüm çalışma koşullarının uygulanmasında bu ilkeye uygun davranması gerekir.³³

Ancak yukarıda da belirtildiğı gibi ayırımı haklı kılan nedenler varsa işverenin bu konularda farklı işlem yapması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz.

Yargıtay, işverenin işçiye daha az ücret zammı vermesini haklı ve objektif nedenlere dayandıramaması halinde, eşit davranma borcunu ihlal ettiğini isabetli olarak kararlaştırmaktadır.³⁴ Bunun gibi, seyyanen yapılan ücret zammından emekli olması planlanan işçilerin yararlandırılmaması Yüksek Mahkeme'ye göre eşit davranma ilkesi ile bağdaşmaz.³⁵ Aynı şekilde, 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadı uyarınca "İşveren tüm işlemlerinde olduğu gibi ikramiye dağıtımında da, aynı durumdaki işçileri arasında farklı işlem yapamaz."³⁶

İşveren işçilerin kişisel niteliklerinden bağımsız olarak önceden belirlenmiş bir esasa göre ücret ödemesi yapıyorsa, örneğin genel tatil günlerinde çalışmaları halinde yasanın üzerinde zamlı ücret ödüyorsa, işçilerden bazılarını keyfi olarak bu uygulamanın dışında tutamaz.

Bunun gibi Yargıtay, ikramiyenin dağıtıldığı tarihte işçinin işyerinde çalışmaması nedeniyle bu haktan yoksun bırakılmasını isabetli olarak eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre: "Davacı dava konusu yapılan 2003 yılında davalıya ait işyerinde çalışmış ve bu çalışması ile davalı şirketin kâr etmesinde payı olmuştur. Davalı işverenin kârın dağıtım tarihinde işyerinde çalışmadığı gerekçesi ile davacıya temettü ikramiyesi ödenmemesine karar verilmesi eşitlik ilkesine ve Dairemizin istikrar kazanmış uygulamasına uygun düşmemektedir."³⁷

Buna karşılık, Yüksek Mahkeme objektif niteliklerin göz önünde tutulması halinde işçiler arasında ücret zammında ayırım yapılabileceğini hükme bağlamıştır. 9. Hukuk Dairesi'ne göre "Belediyenin elektrik kısmında çalışan iki uzmanın gördükleri işin özelliğı ve gösterdikleri başarı ve liyakat sebebiyle ve encümen kararıyla ücretlerinin yükseltildiğı görülmektedir. Böylece davalı belediye, elektrik işletmesinde başkaca emsali olmayan iki işçinin ücretine zam yapmakla güttüğü amaç, işçiler arasında eşitsizlik yaratmak...olmayıp, daha ziyade başarılı iki uzman işçiyi işyerinde tutmak ve elektrik işletmesinin çalışmasını sürdürmektir."³⁸

İşveren bazı özellikleri göz önünde tutarak ik-

ramiye veya sosyal yardımların verilmesinde gruplandırılmalar yapabilir. İkramiyeyi veya sosyal yardımı, örneğin sadece işyerinde sorumluluk taşıyanlara, ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlara, uzman ya da vasıflı işçilere, belirli bir kıdeme ulaşmış olanlara, evlilere yahut belirli sayıda çocuğu olanlara verebilir. İşveren her ne kadar bu gibi gruplar oluşturmakta serbest ise de, bu grupların oluşturulmasında keyfi davranamaz ve haklı nedenler olmadıkça aynı gruptaki işçiler arasında ayırım yapamaz.³⁹

Aynı şekilde, işveren bir ödemenin yapılmasını objektif bazı esaslara dayandırmış da olabilir. Bu koşullara uygun durumda olmayan işçiler işverenin eşit işlem yapma borcuna uygun davranmadığını ileri süremezler. Yargıtay bu konuya ilişkin bir kararında isabetli olarak şu ifadelerle yer vermiştir: “Yönetim kurulu kararında, liyakat primine hak kazanabilmek için C. Şirketinden davalı şirkete intikal eden bir işçinin bu intikal anında 45 yaşını doldurması ve işverence 5 yıl içinde iş sözleşmesinin feshedilmiş olması gibi koşullar öngörülmüştür. Anılan kararda işçi tarafından emeklilik suretiyle fesih halinde liyakat primine hak kazanılacağı kuralı mevcut değildir. Yönetim kurulunun davaya konu kararında C. Şirketinden intikal eden personele işveren(ce) 5 yıl çalışma yönünden belli bir iş güvencesi sağlanmıştır. İş sözleşmesinin emeklilik sebebiyle işçi tarafından feshinin, işveren feshi ile aynı mahiyette olmadığı açıktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen işverenin eşit davranma borcu, maddede sözü edilen aynı durumdaki işçiler bakımından bir anlam ifade etmektedir.”⁴⁰

İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım hükümleri işverenin eşit davranma borcunun bir istisnasını oluşturur. Gerçekten, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. maddesinde bir işyerinde sadece taraf işçi sendikasının üyeleri ile bu sendikaya dayanışma aidatı ödeyenlerin toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 4. fıkrasında ise toplu iş sözleşmesinin “ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları” eşit işlem yapma borcunun dışında tutulmuştur. Başka bir deyişle, bu hükme göre toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinde işçiler arasında bir ayırım yapılabilecek, toplu iş sözleşmesinin kapsa-

mına girenlere farklı ücret zamları veya ikramiyeler öngörülebilecek, buna karşılık parasal konular dışındaki toplu sözleşme hükümleri eşit davranma borcuna uygun olarak işyerindeki tüm işçilere uygulanacaktır. Bu itibarla, örneğin iş sürelerine, işverenin yönetim hakkına, disiplin cezalarına, iş akdinin feshine, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri eşitlik ilkesine uygun olarak sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayan işçilere de aynen uygulanır.

İşveren yönetim hakkını kullanırken ve disiplin hükümlerini uygularken de eşit işlem yapma borcuna uygun davranmalıdır. Örneğin kapı denetimine ilişkin talimatlarında işçiler arasında bir ayırım yapmaması gerekir. Aynı şekilde söz gelimi fazla çalışmaya katılacak işçileri belirlerken eşit davranmakla yükümlüdür.⁴¹

Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrası yanında İş Kanunu'nda da cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir (İK 5/3-5). Bu konuda taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Birliği normları da etkili olmuştur.⁴² İş Kanunu'nun 5. maddesinin gerekçesinde şu anlatıma yer verilmiştir: “Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ‘Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı Sözleşmesi’ni onaylamış ve bu hususta 1475 sayılı İş Kanunu'na düzenleme getirmiş olduğu halde, daha sonra onayladığı Birleşmiş Milletlerin ‘Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne uyum kanununu henüz çıkarmamıştır. Yeni düzenleme sözleşmeye uyum sağlamaktadır...Türkiye Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Programda kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için, bu hususta gerekli hükümlerin İş Kanunu'na alınması gerekli olmuştur.”

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında iş ilişkisinde cinsiyet nedeniyle ayırım yapılamayacağı öngörülmüştür ve aynı maddenin 3-5. fıkralarında da şu hükümlere yer verilmiştir: “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyete-

ti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.”

İş Kanunu'nun bu hükümleri uyarınca daha önce görüldüğü üzere işe almada cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı getirildiği gibi işin devamı süresince de ücret ve çalışma koşullarında ve iş akdinin sona ermesinde aynı nedenle bir ayırım yapılamayacaktır (İK 5/3). Bu kuralın istisnasını biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenlerin ayırım yapılmasını zorunlu kılması oluşturur. İş Kanunu'nun anılan maddesinde aynı veya eşit değerde bir işte çalışan işçiye sırf kadın olması nedeniyle düşük ücret ödenemeyeceği hükme bağlanmış (İK 5/4) ve işçinin cinsiyeti dolayısıyla mevzuattaki bazı koruyucu hükümlerin uygulanmasının örneğin hamilelik nedeniyle daha hafif işlerde çalıştırılmasının (İK 74/4) veya süt izni verilmesinin (İK 74/son) daha düşük ücret ödenmesinin haklı gerekçesini oluşturamayacağı öngörülmüştür (İK 5/5).⁴³

5. İş Akdinin Feshinde Eşit Davranma Borcu

a) Genel Olarak

İş akdinin feshinde eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı iş hukuku öğretisinde tartışma konusudur. Bu konunun tartışmasına girmeden önce belirtelim ki, Yargıtayın isabetli bir kararına göre, kıdemli işçiler için artırılmış buna karşılık belirli bir tarihten sonra işe giren daha az kıdemli işçiler için yasal fesih bildirim sürelerinin uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.⁴⁴

Öğretide bir grup yazara göre iş akdinin süreli veya haklı nedenle feshinde kural olarak işverenin eşit davranma borcundan söz edilemez. Ancak bu görüşü savunan yazarlar bu konudaki serbestinin mutlak olmadığını, bu durumda işverenin hakkını kötüye kullanmaması gerektiğini kabul etmektedirler.⁴⁵ Buna karşılık, iş hukuku öğretisinde diğer bir grup yazar tarafından iş akdinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunduğu savunulmaktadır.⁴⁶

b) Ayırım Yasaklarında

Yukarıda belirtildiği gibi Anayasa'da da düzenlenmiş bulunan (m.10) eşitlik ilkesi geniş bir kavram olup hem ayırım yasaklarını, hem de bunun dışında

kalan genel anlamda eşit davranma borcunu kapsar. Hemen belirtelim ki, ayırım yasakları söz konusu olduğunda işverenin iş akdinin feshinde eşit davranma borcuna uymak zorunda olduğu konusunda herhangi bir tereddüdün bulunmaması gerekir.⁴⁷ Başka bir anlatımla, Anayasa'nın 10. maddesi ve İş Kanunu'nun 5. maddesi ile 18. maddesinin 3/a, b ve d fıkralarında düzenlenmiş bulunan dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, sendikal vb. nedenlerle iş akdini feshederek ayırım yasaklarını ihlal eden işveren eşitlik ilkesine aykırı davranmış olur.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin ayırım yapmama borcu özel olarak düzenlenmiş ve iş akdinin feshinde bu kurala aykırı davranan işverenin, işçiye -yoksun bırakıldığı diğer hakları yanında dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ödeyeceği öngörülmüştür. Bunun gibi ayırım yapma yasağını ihlal ederek iş akdini fesheden, örneğin işten çıkarılacak işçileri sadece kadın veya sendika üyesi işçiler arasından seçen işveren duruma göre fesih hakkını kötüye kullanmış veya geçersiz ya da haksız fesih yapmış sayılır.⁴⁸

Nitekim Yargıtayın bu konuda verdiği bir karara göre: “davalı işverenin aynı işi daha düşük ücretli işçilere yaptırmak amacı ile ...sadece bayan işçileri çıkarmasının eşit davranma borcuna aykırı davranış olduğu belirlenmiştir...Feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır.”⁴⁹

c) İşçilerin Davranışlarına Dayanan Fesihlerde

İşveren koşulları gerçekleştirmiş iş akitlerini işçilerin davranışlarına dayanarak bildirim sürelerine uymak suretiyle İK 18'e göre süreli fesih veya İK 25/II uyarınca derhal haklı nedenle fesih yoluyla sona erdirebilir. Kanımıza göre bu fesihler ayırım yasağına aykırı olabileceği gibi olayın özelliğine göre işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık da oluşturabilir.

Her şeyden önce Yargıtay haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılmasına ilişkin olarak verdiği kararlarda işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki kararına göre “Davacı, davalıya ait bankada operasyon yönetmeni olarak görev yapmıştır. Aynı şubede pazarlama yetkilisi olarak çalışan S.A.'nın yapmış olduğu usulsüz bankacılık işlemleri sebe-

biyle bankanın zarara uğratıldığı ve davacının da ...denetim görevini yapmadığı ileri sürülerek...iş sözleşmesi feshedilmiştir...Öte yandan, şube müdürünün bankadaki işlemlerden birinci derecede sorumlu olduğu belirtildiği halde, aynı karar doğrultusunda şube müdürü hakkında ihtar cezası uygulandığı görülmektedir...adı geçen şahsın usulsüz işlemlerinden sorumluluk birinci derecede şube müdürüne ait olmalıdır. Nitekim bu husus müfettiş raporu ile disiplin kurulu kararında da belirtilmiştir. Buna rağmen şube müdürü, uyarı cezası ile cezalandırılmış ve olayda daha az sorumluluğu olan davacı işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Bu şekilde davalı işveren, işçiye karşı eşit işlem yapma borcuna aykırı davranmıştır. Böyle olunca feshin haklı olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.”⁵⁰

Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki bir diğer kararı uyarınca da “Ceza mahkemesi kararının gerekçesinde kavganın şahsi davacı N.S. tarafından başlatıldığı... tarafların karşılıklı olarak birbirlerini darp ettikleri anlaşılmaktadır...Ceza kararında olayı başlattığı kabul edilen N.S.'nin bu olay sebebiyle iş akdinin feshedilmediği ileri sürülmüştür. Davacının kaşını yaralama fiilini ika eden N.S.'nin hizmet akdi bu olay nedeniyle feshedilmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı gibi dokuz yıl kıdemi bulunan davacının diğer işçiye sataştığı da kanıtlanamadığından ihbar ve kıdem tazminatı alacak miktarları belirlenerek istekler hüküm altına alınmalıdır.”⁵¹

Görüldüğü gibi Yargıtay bu kararlarında kanımızca da isabetli olarak iş akitlerinin feshinde işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğini kararlaştırmakta, hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmanın arayışı içinde olayın ayrıntılarına inmekte, adalet duygusunu zedeleyen işyerine asıl zarar veren yerine sorumluluğu sınırlı olanın veya kavgayı başlatarak yaralama fiilini işleyen yerine dokuz yıllık kıdemi olan işçinin sözleşmesinin feshedilmesini eşit davranma borcuna aykırı bulmaktadır.

Sadece ayırım yapma yasağının değil, genel anlamda eşit davranma borcunun da Anayasa'nın 10. maddesinin bir gereği olduğu ve yine Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca eşitlik ilkesinin tüm hukuk düzenimizde ve bu arada iş ilişkilerinde de kişileri bağlayan bir ilke olduğu yukarıda görüldü. Ge-

nel anlamda eşit davranma borcu, Anayasa gereği tüm iş ilişkilerinde işverenin uyması gereken bir yükümlülük olduğuna göre iş akdinin feshi konusunda bu ilkenin dışında tutulması düşünülemez.⁵²

Nitekim Yüksek Mahkeme kanımıza göre ilke değeri taşıyan bir kararda yargıcın hükmünü verirken Anayasa ilkelerini ve adalet anlayışını daima göz önünde tutması gerektiğini hükme bağlamıştır. Yargıtayın söz konusu kararına göre: “Bir olayın bütün özellikleri, yüksek bir adalet düşüncesi ve Anayasa'da anlatımını bulan temel ilkeler çerçevesinde göz önünde tutulup değerlendirilmedikçe, var olan çeşitli çözüm biçimleri arasında en adilini bulabilmek, söz konusu olamaz.”⁵³

O halde, yargı organı gerekirse iş akdinin feshinde olayın taşıdığı özelliklere inmek suretiyle bir adalet arayışı içine girecek, eşitlik ilkesi açısından değerlendirildiğinde işverence hakkaniyete aykırı bir uygulama yapıp yapılmadığını saptayacaktır. Çünkü daha önce belirtildiği gibi eşitlik ilkesinin temeli adalet ve hakkaniyet düşüncesidir.

İşveren her ne kadar eşit durumdaki işçilere eşit davranmak durumunda ise de olayın özelliğine göre eşit durumda olmayan işçiler arasında bir fark gözetmek zorunda kalabilir.⁵⁴ Yukarıdaki kararlarda görüldüğü gibi işveren belirli bir olayda sözleşmeyi işçinin davranışları nedeniyle haklı nedenle (veya süreli) feshedecekse ve işçilerden biri (veya birileri) açık olarak daha kusurlu (veya sorumlu) ise, daha az kusurlu olanın işten çıkarılması adalet ve hakkaniyet duygumuzu sarsacağı gibi eşitlik ilkesine de uygun düşmez.⁵⁵ Çünkü eşit durumda olmayanlara (farklı olanlara) farklı davranmak da eşitlik ilkesinin bir gereğidir.⁵⁶

Bununla beraber belirtelim ki, eğer işçiler davranışlarıyla haklı (veya geçerli) fesih nedeni yaratmışlarsa, bu davranışlarda bulunan işçilerin tümünün sözleşmelerinin yasaya uygun bir şekilde feshedilmesine bir engel yoktur. Burada sorun işverenin iş akitlerini feshederken eşitlik ilkesine aykırı olarak açık bir haksız tercih (seçim) yapmasından kaynaklanmaktadır.

Yukarıda işverenin işçilerin davranışlarına dayanarak derhal fesih hakkını kullanmasında eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiği hakkında söylenenler, süreli fesihler (İK 17, 18) konusunda da geçerlidir. İşveren işçilerin davranışlarına dayanan nedenlerle süreli fesih hakkını kul-

lanırken temelinde adalet ve hakkaniyet esası bulunan genel anlamda eşit işlem yapma borcuna uygun davranmak durumundadır.

d) İşletme Gereklere Dayanan Fesihlerde

Anayasa'nın 10. ve 11. maddesi gereğince tüm iş ilişkilerinde uygulanması gereken genel anlamda eşit davranma borcu kanımıza göre sadece iş akdinin işçilerin davranışları nedeniyle haklı nedenle veya süreli feshinde değil olayın özelliğine göre sözleşmenin işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri (İK 18/1) nedeniyle sona erdirilmesinde de uygulanabilir. Yukarıda da belirtildiği gibi esasen ayırım yasağı hallerinde (İK 5, 18) iş akdinin feshinde eşitlik ilkesinin uygulanacağı kuşkusuzdur.

Ayırım yasağı hallerinden birini oluşturmasa da İş Kanunu'nun 18. maddesine göre süreli fesihte bulunan işveren genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal ederse geçersiz fesih yapmış sayılır. Kanımıza göre, söz gelimi eşit verimle çalıştıkları halde işverenin kıdemli (örneğin altı aylık) bir işçinin değil de, kıdemli bir işçinin (örneğin yirmi yıllık) iş akdini feshetmesi eşit davranma borcuna aykırıdır. Bu, yukarıda görüldüğü gibi farklı durumda olanlara farklı davranmayı gerektiren eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

Nitekim Yargıtay da işletme gereği olarak reorganizasyon nedeniyle yapılan süreli fesihlerde işten çıkarılan müdürün durumunun diğer müdürlerle karşılaştırılması gerektiğini belirtmek suretiyle eşit işlem yapma ilkesine uygun davranması zorunluluğunu hükme bağlamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre: "Yönetim kurulu kararı gereği yapılan organizasyon değişikliği sebebiyle...yalnız davacının hizmet akdinin feshedildiği görülmüştür...Mahkemece yapılacak iş davacı ile aynı görevi yapan merkez şube müdürlüklerinin kapanması nedeniyle işverenin diğer bir işinde görevlendirilen 34 eski merkez müdürünün durumu ile karşılaştırılarak tek davacı hakkında akdin feshi yoluna gidilmesinin haklı nedeni bulunup bulunmadığı araştırılmalı, tüm dosya birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir."⁵⁷

e) Yapılan Feshin (Seçimin) İşverence Haklılaştırılması

Eşit davranma borcunu ihlal ettiği iddialarına karşı işveren yaptığı feshi ve sözleşmesi feshedilecek işçi(ler) konusundaki tercihini haklılaştırabilir.

Gerçekten fesihte ayırım yapılmasını haklı gösterecek birçok neden bulunabilir.⁵⁸ Böyle bir durum söz konusu olduğunda işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiği söylenemeyecektir. İşletmede söz konusu işçiye duyulan ihtiyaç, geçmiş yıllardaki tutumu (sicili), verimliliği vb. haller işverence yapılan ayırımın haklı gerekçesini oluşturabilir.⁵⁹

İşveren örneğin haklı veya geçerli fesih nedeninin varlığına rağmen iki muhasebeciden birini, işletmenin mali işlerinde bilgi sahibi birinin teminindeki ya da yetiştirilmesindeki güçlük nedeniyle işten çıkarmayabilir. Bunun gibi, kusuruyla trafik kazalarına neden olan şoförlerden biri, daha önce kaza yapmamışsa veya diğerinden daha az disiplin cezası almışsa işten çıkarılmayabilir. Aynı şekilde, işletme gereği fesihlerde daha kıdemli işçinin işten çıkarılmasında, kıdemli işçinin daha verimli olduğu ispatlanabilir.

f) İş Akdinin Feshinde Sosyal Seçim, Objektif Kriter ve Eşitlik İlkesi

Hukukumuzda Yargıtay tarafından, herhangi bir yasal dayanak bulunmamasına karşın, ilk önce Alman Feshe Karşı Koruma Yasası'ndaki (§ 1/3) gibi bazı sosyal seçim⁶⁰ ölçütlerinin, daha sonra ise objektif kriterlerin iş akdinin feshinde dikkate alınması gerektiği kararlaştırılmaktadır. Yüksek Mahkeme sosyal seçim ölçütüne yer verdiği kararlarında işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işyerinde aynı işi üstlenen işçiler arasında karşılaştırma yapılması, işçiler arasında verimlilik, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıranın diğer deyişle sosyal seçim ölçütlerinin göz önünde tutulması gerektiğini hükme bağlamıştır.⁶¹

Yargıtayın daha sonra verdiği kararlarda sosyal seçim ölçütlerine rastlanmamakta, Yüksek Mahkeme'nin bu ölçütü terk ederek, bunun yerine "objektif kriterlere" göre seçim yükümlülüğü getirdiği gözlenmektedir. Ne var ki, Yüksek Mahkeme objektif kriterlerin neler olduğu konusunda bir bilgi vermemiş, bu konuda açıklama yapmamıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu yöndeki bir kararında örneğin şu görüşe yer vermiştir: "İş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanması için iş

sözleşmesi feshedilen avukatın objektif bir değerlendirme sonucunda seçilmiş olması gerekir... Bu nedenle, davalı dernekçe iş sözleşmesine bağlı avukatların tamamının işten çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılmalı... bir kısmının iş sözleşmesi feshedilmiş ise davacının seçiminde objektif kriterlerin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı tespit edilerek sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.⁶²

Öğretide bizim de katıldığımız çoğunluk görüşü tarafından “Sosyal seçim ölçütünün”, yasal dayanağının bulunmaması, içeriği ve koşulları belirsiz bir yükümlülük getirmesi, hukuki güven ve açıklık esasları ile bağdaşmaması, kriterler arasında önceliğin belirlenmemesi, işten çıkarılacak işçilerle işveren arasında değil, bu işçilerle işten çıkarılmayan işçiler arasında menfaat uyumsuzluğunu gündeme getirmesi, ispat yükümlülüğü sorunları yaratması gibi gerekçelerle iş akitlerinin feshinde göz önünde tutulmaması gerektiği kabul edilmektedir.⁶³

Bununla beraber belirtelim ki, uygulamada da görüldüğü gibi, toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle işverence çıkarılacak işçilerin seçimine ilişkin ölçütler getirilmesine bir engel yoktur.

İşçilerden bir kısmının sözleşmesi feshedildiğinde, işveren zorunlu olarak bir seçim yapmak durumunda kalmaktadır. İş mevzuatımızda ne sosyal seçim, ne de objektif kriterler konusunda bir düzenleme yer aldığına göre işverenin seçim serbestisinin sınırını Anayasa’da ve İş Kanunu’nda pozitif dayanağı bulunan eşitlik ilkesi oluşturur. İşverenin geçerli bir süreli fesih için İK 18/1’de yer alan nedenler yanında son çare ilkesini uygulamayı ve eşitlik ilkesini ihlal etmemesi gerekir.⁶⁴

Esasen Alman hukukunda yasayla düzenlenmiş olan sosyal seçim yoluyla teknik anlamda eşit davranma ilkesinin uygulandığı kabul edilmektedir.⁶⁵ Diğer yandan, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde genel olarak bir değerlendirme yapıldığında, sosyal seçimin de amacı anayasal eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi ve bununla bağlantılı olarak işçinin korunması şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁶⁶

Eşitlik ilkesinin geniş kapsamı düşünüldüğünde işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçimi konusundaki serbestisinin çok geniş olmadığı anlaşılabilmektedir. Yukarıda görüldüğü gibi hukukumuzda eşitlik ilkesi geniş bir kavram olup hem ayırım ya-

saklarını (İK 5/1, 18/3, a, b, d), hem de bunun dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcunu kapsar (AY 10). Genel anlamda eşit davranma borcu, sadece aynı durumda olanlara eşit davranılmasını değil, farklı durumda olanlara da farklı işlem yapılmasını gerektirir. Bu nedenle, işçiler arasında farklı davranılmasını gerektiren haklı ve objektif nedenlerin varlığına karşın işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçimini yaparken bu durumu göz önünde tutmaması eşit davranma borcunun ihlalini oluşturur.

Bunun gibi, eşitlik ilkesinin en önemli uygulanma şekli olan ayırım yasağı geniş bir alan içinde işverenin işten çıkarmalarda seçim serbestisini sınırlar. İş Kanunu’nun 5. ve 18. maddesinin 3/a, b, d fıkraları uyarınca sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerle iş akdinin feshi geçersizdir. Bu durumda, sadece hükümde sayılanlar değil, ayırım yasağı oluşturan “benzeri” nedenler de feshi geçersiz kıldığından, işveren fesih serbestisinin geniş bir biçimde sınırlandırıldığı görülmektedir.

İşyerinde işgücü fazlası doğuran geçerli bir fesih nedeni (İK 18/1) bulunsa bile, işverenin işten çıkarılacak işçileri seçerken yukarıda belirtilen ayırım yasağı hallerinden birini (veya benzerini) ihlal etmesi feshi geçersiz hale getirecektir.⁶⁷

Aynı şekilde, örneğin eşit verimle çalışmalarına karşın çok az kıdemi bulunan işçiler yerine uzun kıdemi olan işçileri veya yaşlılık aylığına hak kazanmış olanlar varken bu aylığa hak kazanmasına az bir süre kalmış işçileri çıkaran işveren olayın özelliğine göre genel anlamda eşit davranma ilkesini ihlal etmiş olur.

Görüldüğü gibi, yapılan işten çıkarmanın temelinde herhangi bir ayırım yasağı veya adalet ve hakkaniyet ilkesine aykırı, objektif ve haklı olmayan diğer deyişle genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal eden bir işveren seçimi varsa geçersiz fesih söz konusudur. Yukarıda görüldüğü şekilde Yargıtay tarafından benimsenen, ancak içeriği açıklanmayan “objektif kriter” kavramını, işverence işten çıkarılacak işçilerin seçiminde hakkaniyet gereği objektif ve haklı olmayı gerekli kılan eşitlik ilkesine uygun davranmak olarak anlamak uygun olacaktır. Bugün Almanya’da da tartışma konusu

olan ve hukukumuzda yasal dayanaktan yoksun bulunan sosyal seçim ölçütü yerine objektif seçimi gerekli kılan anayasamızda ve mevzuatımızda düzenlenmiş eşitlik ilkesine başvurulması gerekir.

Hatırlatalım ki, daha önce görüldüğü gibi genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal ettiği iddiasına karşı işverenin işten çıkarılacak işçinin (işçilerin) seçimini objektif nedenlere dayanarak haklılaştırması mümkündür.

6. Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranışın Yaptırımı

a) Genel Olarak İşçilerin Hakları

4857 sayılı İş Kanunu'nda 1475 sayılı Yasa'dan farklı olarak işverenin ayırım yapma yasağına aykırı davranmasının yaptırımı düzenlenmiştir. Yasanın 5. maddesinin 6. fıkrası gereğince "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır."

İşverence eşit davranma borcunun ihlal edilmesi halinde işçi aşağıda ele alacağımız dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminatın (ayırıcılık tazminatı) dışında her şeyden önce yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir. İşçi örneğin eşitlik ilkesine aykırı olarak ödenmeyen veya eksik ödenen ücretini, ikramiyesini veya diğer sosyal yardımları isteyebilir.⁶⁸

Bundan başka, işçi ücretinin ödenmemesi nedeniyle İK 24/II, e uyarınca veya daha genel olarak işverenin eşit davranma borcu gereği yükümlü olduğu edimi ifa etmemesi nedeniyle İK 24/II, f fıkrasında yer verilen "çalışma şartlarının uygulanmaması" hükmüne dayanarak iş akdini derhal haklı nedenle feshedebilir.⁶⁹ Yargıtay ücretle ilgili bir kararında şu isabetli sonuca varmıştır: "Eşit işe eşit ücret prensibi gereği Ocak 2000 tarihinde uygulanan zam sonucu davacı ile aynı statüde bulunan modelist şeflerin ücretlerinin ne kadar olduğu belirlenmeli, ayrı kıdem ve aynı statüdeki işçilerden davacının daha az ücret almak konumunda kaldığı belirlenirse şimdiki gibi davacının akdi fesihle haklı olduğu kabul edilerek kıdem tazminatı isteği hüküm altına alınmalıdır."⁷⁰

İşveren mevcut ücret ve çalışma koşullarında eşitlik ilkesine aykırı olarak aleyhe esaslı değişiklik yaptığı takdirde işçi bunu kabul etmek zorunda olmadığından, değişiklik feshine ilişkin İK 22 hükümleri uygulanır. Bu durumda iş akdini kendisi feshetmez, daha lehine olan işverenin sözleşmeyi feshetmesine bağlanan hukuki sonuçlar ortaya çıkar.⁷¹

b) Ayırıcılık Tazminatı

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında yukarıda da belirtildiği gibi iş ilişkisinde ve sona ermesinde ayırım yasaklarına aykırı davranıldığı takdirde işçinin dört aya kadar⁷² ücreti tutarında bir ayırıcılık tazminatına hükmedileceği öngörülmüştür.⁷³ Yasada "iş ilişkisinden" söz edildiğine göre bu tazminatın talep edilebilmesi için mutlaka iş akdinin sona erdirilmesi gerekmez. İş ilişkisi devam ederken işverenin eşitlik ilkesini ihlal etmesi halinde de söz konusu tazminat istenebilir. Buna karşılık daha önce görüldüğü gibi işe almada ayırım yapılması halinde bu tazminata hükmedilemeyeceğinden genel hükümleri (culpa in contrahendo) uygulamak gerekmektedir.

Yasanın gerekçesine göre ayırıcılık tazminatı için "esas olacak ücret 'asıl ücret' olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir." Ayırıcılık tazminatı işçinin dört aya kadar ücreti tutarında olduğundan, tazminatın tutarı, olayın özelliğine göre işveren tarafından yapılan ayırıcılığın ağırlığına, işçinin işyerindeki işi ve konumuna, kıdemine uygun olarak yargıç tarafından belirlenecektir. Ayrıca, İK 5/6'da işverenin salt ayırım yapmama borcunu ihlal etmesi yaptırımı bağlandığından işçi bu tazminatı herhangi bir zararı olmasa da isteyebilir.⁷⁴ Öte yandan, kanımıza göre adı geçen hüküm nispi emredici nitelik taşıdığından söz konusu tazminatın toplu iş sözleşmeleri veya iş akitleri ile artırılmasına bir engel yoktur.⁷⁵

c) Ayırıcılık Tazminatının Diğer Tazminatlar Karşısındaki Durumu

İşveren tarafından yapılan fesih temelinde bir ayırım yasağına dayanıyor veya genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık oluşturuyorsa, bu takdirde iş güvencesinin kapsamına giren işçiler bakımından geçersiz (haksız) feshin hüküm ve sonuçları doğar. İş güvencesinin kapsamına girmeyen iş-

çiler bakımından ise bu durum kural olarak bir fesih hakkının kötüye kullanılması oluşturur.⁷⁶ Bu hukuka aykırı fesihlerden işçi lehine kötü niyet tazminatı (İK 17), iş güvencesi tazminatı (İK 21) ve sendikal tazminat (SK 31) gibi tazminatlar doğar. Buna karşılık İK 5/6'da ayırım yasaklarına aykırı davranıldığı takdirde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ayırmacılık tazminatı ödeneceği de öngörülmüştür. Bu durumda anılan tazminatların ayırmacılık tazminatı ile birlikte uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkar.

Hemen belirtelim ki, İK 5/6'da bu konuda bir düzenleme getirilmiş, dört aya kadar ücret tutarında ayırmacılık tazminatı öngörüldükten sonra "2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır" kuralına yer verilmiştir. Bu açık hüküm karşısında yargı organı tarafından SK 31'de yer alan sendikal tazminatla ayırmacılık tazminatına birlikte hükmedilemez.⁷⁷ Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen bu konuyla ilgili bir olayda, sendikal tazminatın kabulüne ve eşit davranma borcuna aykırılıktan doğan tazminatın (ayırmacılık tazminatının) reddine dair yerel mahkeme hükmünü⁷⁸ onamıştır.⁷⁹

İş güvencesi hükümlerinin dışında kalan işçilerin iş akitlerini fesih hakkının işverence kötüye kullanıldığı durumlarda, kötü niyet tazminatı (İK 17/6) ile ayırmacılık tazminatının birlikte istenemeyeceği, ayırmacılığın kötü niyetin özel bir hali olması ve işverenin aynı davranışı nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceği gerekçeleriyle öğretilmektedir.⁸⁰

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasının yukarıda belirtilen son cümlesi Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerini saklı tutmuştur. Başka bir deyişle, ayırmacılık tazminatı ile birlikte sendikal tazminatın talep edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Anılan hükmün mefhumu muhalifinden (karşıt kavramından) söz konusu tazminatın kötü niyet tazminatı ile birlikte istenebileceği sonucuna varılmalıdır.⁸¹

Ayrıca, İş Kanunu'nun 5. maddesinin, ayırmacı bir işlem ile karşı karşıya kalan işçiyi koruyucu amacı ile tereddüt halinde işçi lehine yorum ilkesi de bu yönde bir sonuca varmayı gerektirir. Aksi takdirde söz konusu işçiler karşı karşıya kaldıkları ağır haksızlığa karşı çok sınırlı haklarla yetinmek zorunda kalacaklardır.⁸² Örneğin işveren şikayette

bulunmuş veya aleyhine tanıklık yapmış iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerden sadece kadınları veya belirli bir siyasi görüşe sahip olanları işten çıkarırsa hem kötü niyetli, hem de ayırmacı nitelik taşıyan bir fesih yapmış olur. Bu durumda söz konusu işçilerin sadece (kıdemsiz işçiler için oldukça düşük olan) kötü niyet tazminatını alabileceklerini buna karşılık ayırmacılık tazminatını talep edemeyeceklerini savunmak, yasanın işverenin eşit davranma borcunun önlenmesi ve işçiyi koruyucu amacına ters düşer.

Öğretilen, ayırmacılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatına da hükmedilemeyeceği görüşü, işverenin aynı davranışına birden fazla hukuki yaptırım bağlanmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile öne sürülmektedir.⁸³ Buna karşılık öğretildeki baskın görüş isabetli olarak her iki tazminatın birlikte talep edilebileceği yönündedir.⁸⁴ Gerçekten, her şeyden önce yukarıda da belirtildiği üzere İK 5/6, ayırmacılık tazminatı ile birlikte sadece sendikal tazminatın istenemeyeceği yönünde istisnai bir düzenleme getirmektedir. Bu hükmün karşıt kavramından ayırmacılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatına hükmedilebileceği anlaşılmaktadır.

Bundan başka, söz konusu iki tazminatın amaçları da birbirinden farklıdır. İş güvencesi tazminatı, yapılan feshin geçersizliğinin yargı kararıyla saptanmış olmasına rağmen, işe başlamak üzere başvuran işçinin işverence işe başlatılmamasının yaptırımıdır. Buna karşılık ayırmacılık tazminatı, iş akdinin feshinde İK 5'de sayılan nedenlerle işverence ayırmacılık yapılması halinde işçinin talep edebileceği tazminattır. Burada yaptırıma tabi tutulan iş güvencesinden farklı olarak işverenin ayırmacılık oluşturan davranışdır. Bu nedenle, söz konusu iki tazminata aynı olayda bir arada hükmetmeye engel bir durum yoktur.⁸⁵

Örneğin cinsiyeti veya hamileliği nedeniyle iş akdinin sona erdirildiğini iddia eden iş güvencesine tabi bir işçi, feshin bu nedene dayandığının ispatlanmasına ve feshin geçersizliğinin tespit edilmesine karşın işverence işe başlatılmazsa iş güvencesi tazminatına hak kazanır (İK 18/3, d, 21/1). Ayrıca, fesih işçinin cinsiyeti veya hamileliği nedeniyle yapıldığından ayırmacılık tazminatı da talep edebilir. Hatta işveren işçiyi işe başlattığı için iş güvencesi tazminatı ödemesi de ayırmacılık tazminatı ödemek durumundadır.⁸⁶

d) İdari ve Cezai Yaptırımlar

İş Kanunu'nda ayırimcılık hallerine yalnız tazminat yaptırımını getirilmekle yetinilmemiş, anılan yasanın 99. maddesinde, 5. maddede öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan, Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi uyarınca "kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özgürlük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım yaparak...kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir."⁸⁷

7. İspat Yükü

İş Kanunu'na göre işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığını kural olarak işçi ispat etmek zorundadır (İK 5/son). Ancak bu konudaki ispat güçlüğünü göz önünde tutan yasa koyucu işçinin ispat yükünü yumuşatmış ve belirli durumlarda bu yükün yer değiştirebileceğini hükme bağlamıştır. Gerçekten İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrası gereğince "20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."

DİPNOTLAR

- 1 A. C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, 10-11, 32 vd., 107-109. R. Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004, 26-27. S. Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, 82. G.B. Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, 32-33.
- 2 AYM, 7.6.1999, 10/22, Yıldız, 56.
- 3 K. D. Yenisey, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, İHSGHD, 7, 2005, 976-977.
- 4 M. Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, 190. Yıldız, 260.
- 5 Tuncay, Eşit Davranma, 24, 108 vd. Taşkent, 82. Öden, 146 vd., 150. Yıldız, 56-57, 65.
- 6 Söz konusu kararlar için bkz. Öden, 146 vd.
- 7 R. Seçkin'in 19.6.1969 tarihli ve 8/37 sayılı Anayasa Mahkemesi kararına koyduğu karşı oy yazısı, AMKD, s.7, 1978, 355 vd., 360 vd.
- 8 Öden, 129-130.

- 9 E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, B.2, Ankara 1992, 59. Tuncay, Eşit Davranma, 24-25. Öden, 146.
- 10 AYM, 27.1.1977, 43/4, AMKD, 15, 118. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Öden, 146, dn.78 ve 79.
- 11 İş ilişkisinde eşit davranma borcuna ve ayırım yasağına ilişkin ILO ve AB düzenlemeleri için bkz. Yıldız, 39 vd. A. N. Sözer, Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler, Sicil, Haziran 2006, 184 vd. A. C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2007, 23-24. K. D. Yenisey, İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayırimcılık Yasağı, ÇT, 11, 2006, 69-70. F. Başterzi, Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli, TİSK Akademi, 2007/1, 107 vd. N. Süral, Avrupa Topluluğu'nun Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Türkiye, Ankara 2002, 61 vd., 142 vd. Ayrıca Almanya'da Genel Eşit Davranma Yasası için bkz. H.Ergin, Almanya'da "Genel Eşit Davranma Yasası"nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, İHSGHD, 14, 2007, 636 vd.
- 12 Bkz. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 68. Yıldız, 64. N.Çelik, İş Hukuku Dersleri, B.20, İstanbul 2007, 178-179.
- 13 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 74-75. Başterzi, 106 vd. S. Süzek, Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, 2007, Henüz Yayımlanmamış Tebliğ, 22. E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 218-219.
- 14 Tuncay, Eşit Davranma, 25, 62 vd., 108 vd. Yıldız, 65, Taşkent, 82. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 66. B. Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, 255-256. S.Süzek, İş Hukukunda Yorum, İnan Kıracı'ya Armağan, Ankara 1994, 235. D.Ulucan, Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulanması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 192. H. Mollamahmutoglu, İş Hukuku, B.2, Ankara 2005, 432. Ş. Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, İzmir 2002, 101.
- 15 Y9HD, 11.09.1967, 8479/7519, Taşkent, 83. Tuncay, Eşit Davranma, 53. Aynı yönde, Y9HD, 26.09.1968, 9127/11140, A.B. Orhaner-S. Orhaner, Türk İş Hukukunda Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1969, 10-11.
- 16 Bu yöndeki Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Öden, 126, dn.13.
- 17 Bu konuda bkz. Öden, 125-126. Tuncay, Eşit Davranma, 11, 23. H. Deschenaux Le titre préliminaire de code civil, T.II,1, Fribourg 1969, 107-18. B. Tanör-N. Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, B.6, İstanbul 2004, 92. S.Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B.2, Ankara 1983, 137 vd.
- 18 Bkz. Serozan, 26. Yıldız, 32-33. Çelik, İş Hukuku, 175. Ö. Eyrenci-S. Taşkent-D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul 2006, 143-144. N. Aktay-K. Arıcı-E. T. Kaplan, İş Hukuku, B.2, Ankara 2007, 158.
- 19 Bu koşullar hakkında geniş bilgi ve görüşler için bkz. Öden, 17-18. Tuncay, Eşit Davranma, 148 vd. Mollamahmutoglu, 433-434. N.Çelik, İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklileri Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil, Aralık 2006, 5-6. K. Tunçomağ-T. Centel, İş Hukukunun Esasları, B.4, İstanbul 2005, 135. K.D. Yenisey, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, 2, 2006, 61-62. M. Kılıçoğlu-K. Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2008, 143 vd. M. Alp, Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi, Karar İncelemesi,

- Y.K.İ, 3, 2007, 72-73. Özellikle söz konusu koşulların eleştirel bir değerlendirilmesi için bkz. Yıldız, 179 vd.
- 20 Çelik, İş Hukuku, 177. Öden, 25-26. Tuncay, Eşit Davranma, 5,23. Ulucan, Eşitlik İlkesi, 192. Mollamahmutoglu, 430. Sözer, 189. Yıldız, 65-66. Kılıçoğlu-Şenocak, 141. R.Wyler, Droit du Travail, Berne 2002, 567-569. J. Pölessier-A. Supiot-A. Jeammaud, Droit du Travail, öd.22, Paris 2004, 152. M. Ekonomi, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1987, 156-157. A. Güzel, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2005, Ankara 2007, 56-57. Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B.3, İzmir 1998, 248. F. Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B.4, İzmir 2005, 120-121.
- 21 Y9HD, 4.3.1993, 1747/3559, İŞV., Haziran 1993, 17-18. Aynı yönde, Y9HD, 18.12.2002, 10289/24430, Çimento İşv., Mart 2003, 46. Y9HD, 18.2.2003, 13208/1836, ÇT, 1, 172-173.
- 22 Y9HD, 20.5.1985, 2546/5437, İŞV., Temmuz 1985, 17-19.
- 23 Bkz. Serozan, 25. Yenisey, Eşit Davranma, 996 vd., 1001 vd.
- 24 Serozan, 24.
- 25 AYM, 29.9.2004, 86/10, RG, 17.5.2006, S.26171, Yıldız, 56-57.
- 26 Taşkent, 83, dn.11. Mollamahmutoglu, 429-430. Yıldız, 57. Ertürk, Temel Haklar, 101. Ergin, 645.
- 27 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 145. Ertürk, Temel Haklar, 64-81. M. Rehbindler, Droit Suisse du Travail (Tr. B.Schneider), Berne 1979, 76. T. Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, 140. K. Tunçomağ, İş Hukuku. C.I, B.4, İstanbul 1986, 254. Tuncay, Eşit Davranma ve orada yollama yapılan Alman iş hukuku öğretisine mensup yazarlar, 153-154.
- 28 F. Şahlanan, 4857 sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, 74.
- 29 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ş. Ertürk, Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara 2008, 145 vd.
- 30 Bkz. Demir, 121-122. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 67-68. Yıldız, 198. K.A. Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, 87. İsviçre hukuku açısından aynı yönde, Wyler, 556.
- 31 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 68.
- 32 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 145. Tuncay, İlke, 35. S.Süzek, İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005, 363.
- 33 İş akdinin devamı süresince din, dünya görüşü, özrürlük, yaşlılık, cinsel eğilim açısından eşit davranma ilkesi konusunda geniş bilgi için bkz. Sözer, 191 vd. Bu konuda Alman Genel Eşit Davranma Yasası hükümleri için bkz. Ergin, 659-661.
- 34 Y9HD, 18.2.2003, 13208/1836, İHSGHD, 3, 1075-1076. Y9HD, 8.4.2004, 18893/7996, İHSGHD, 5, 364-365. Y9HD, 5.4.2005, 9518/12140, İHSGHD, 8, 1746-1748. Y9HD, 1.11.2004, 8671/24558, Tekstil İşv., Mart 2005, 39.
- 35 Y9HD, 6.10.2003, 3501/16308, İHSGHD, 3, 1093/1094. Buna karşılık Yargıtayın şu kararına da bkz. Y9HD, 29.5.2003, 11173/23699, İHSGHD, 4, 1478-1480 ve bu kararların değerlendirilmesi, E.Özdemir, İHSGHD, 5, 252-263. Ö.Ekmeççi, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2003, Ankara 2005, 35-36. Yıldız, 214.
- 36 Y9HD, 9.3.2005, 3551/7831, Ş.Çil, İş Kanunu Şerhi, C.I, B.2, Ankara 2007, 349-351.
- 37 Y9HD, 13.6.2005, 18241/21007, İHSGHD, 8, 1682. Aynı yönde, Y9HD, 4.6.2001, 9131/9265, Yıldız, 214. Güzel, Değerlendirme 2005, 57-58.
- 38 Y9HD, 30.3.1973, 37337/8164 ve Kutal'ın incelemesi, İHU, SenK.19, N.1.
- 39 Wyler, 559. Tunçomağ, 255. Tuncay, Eşit Davranma, 170 vd., 203-204. Yenisey, Eşit Davranma, 997. Yıldız, 211-212.
- 40 Y9HD, 3.7.2007, 14473/21553, İHSGHD, 16, 1554-1556.
- 41 Ekonomi, İş Hukuku, 157 ve dn.324. İşverenin yönetim hakkının eşitlik ilkesi ile sınırlandırılması konusunda geniş bilgi için bkz. Taşkent, 82 vd. Yıldız, 207 vd.
- 42 Uluslararası alanda ve AB mevzuatında kadın erkek eşitliği ve ayırım yasağı konusunda geniş bilgi için bkz. Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, 42 vd., 57 vd., 85 vd.
- 43 İş ilişkisinin devamı sırasında cinsiyet nedeniyle ayırımcılık konusunda geniş bilgi için bkz. Yıldız, 89 vd., 198 vd., 263 vd. Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, 167 vd.
- 44 Y9HD, 7.12.2006, 12851/32166, İHSGHD, 14, 709-710.
- 45 Çelik, İş Hukuku, 179. Mollamahmutoglu, 430 vd. Demir, 126-127. Aktay-Arıcı-Kaplan, 161. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 69. T. Centel, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul 1994, 168. T.Dereli, Labour Law and Industrial Relations in Turkey, 2006, 117. E.Güven-U.Aydın, Bireysel İş Hukuku, B.2, Eskişehir 2007, 125.
- 46 Ekonomi, İş Hukuku, 157. Tuncay, Eşit Davranma, 213 vd. Yıldız, 257 vd. Ertürk, Temel Haklar, 113-115. Alp, Tanıtım Sorumlusu, 72-73. E. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, C.I, B.2, Ankara 2006, 292. M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi, İstanbul 2003, 112.
- 47 Yenisey, Fesihte Eşitlik, 61. Mollamahmutoglu, 430-431. Tuncay, İlke, 32. Yıldız, 174. vd.
- 48 Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, 366. Engin, 112. Yenisey, Fesihte Eşitlik, 64. M. Ekonomi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İş Kanunu Toplantı Dizisi, I, İstanbul 2005, 54. Kşz. Mollamahmutoglu, 431. İş akdinin feshinde cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı konusunda geniş bilgi için ayrıca bkz. Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği. 185 vd.
- 49 Y9HD, 11.9.2006, 18576/21357, YKD, Ocak 2007, 65-68.
- 50 Y9HD, 1.2.2005, 7540/2732, İHSGHD, 7, 1366-1368.
- 51 Y9HD, 4.11.2004, 8413/24957 ve F. Uşan'ın incelemesi, İHSGHD, 8, 1624-1632. Yenisey, Fesihte Eşitlik, 60 vd., özellikle 62-63. Yargıtayın aynı yöndeki diğer bir kararı için bkz. Y9HD, 25.4.2005, 11204/14365, İHSGHD, 7, 1307-1309 ve kararın incelenmesi, Yenisey, Fesihte Eşitlik, 60 vd.
- 52 Tuncay, Eşit Davranma, 210.
- 53 Y9HD, 9.4.1968, 691/4626, Orhaner, II, 191.
- 54 Taşkent, 83, dn.11.
- 55 Bkz. Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, 55. Yenisey, Fesihte Eşitlik, 62, 64-65. Yıldız, 260. O.G. Çankaya-C. İ. Günay-S. Gökaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 70.
- 56 Öden, 190. Yıldız, 260.
- 57 Y9HD, 11.12.2003, 20222/20604, İHSGHD, 2, 650-651.
- 58 Tuncay, Eşit Davranma, 214.

- 59 Bu konuda bkz. Tuncay, Eşit Davranma, 211, 213 vd. Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, 54. Yıldız, 248. Yenisey, Fesih Eşitlik, 62, 64. Ertürk, Temel Haklar, 114-115. Alp, Tanıtım Sorumlusu, 72-73.
- 60 Alman, Fransız ve Hollanda hukuklarında sosyal seçim konusunda geniş bilgi için bkz. A.Güzel-E.Ertan, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, İHSGHD, 16, 2007, 1223 vd., 1244 vd., 1265 vd.
- 61 Y9HD, 19.9.2005, 28125/2005, O.G. Çankaya-Ş.Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 60-61. Y9HD, 3.4.2006, 4878/8253 ve kararın değerlendirilmesi, G. Alpogut, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? Karar İncelemesi, Sicil, 4, Aralık 2006, 95-105. Y9HD, 20.2.2006, 10807/13509, D. Ulucan, İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, İHSGHD, 14, 2007, 499-500. Y9HD, 13.3.2006, 2894/6224, ÇT, 10, 256-258. Yargıtay'ın görüşünde, Güzel-Ertan, 1275 vd., 1283 vd. Ulucan, Sosyal Seçim, 505 vd.
- 62 Y9HD, 2.10.2006, 17515/25658, M. Alp, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2006, Henüz Yayımlanmamış Tebliğ, 28. Aynı yönde, Y9HD, 19.2.2007, 32546/4329, ÇT, 14, 221-223. Y9HD, 14.5.2007, 9579/14901, İHSGHD, 16, 1573/1574. Y9HD, 4.12.2006, 23819/31666, ÇT, 13, 219-221. Y9HD, 11.12.2006, 24963/32630, ÇT, 13, 198-199.
- 63 Bu gerekçeler konusunda geniş bilgi için bkz. Çelik, Eşit Davranma, 6-7, 10 vd. Süzek, İş Hukukunun Geleceği, 24. Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, 54. Alp, Değerlendirme 2006, 29. Yıldız, 244 vd. Alpogut, Sosyal Seçim, 104-105. E. Birben, İşletme Gereklere Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları, DEÜHFD, 2006, S.2, s.24. M.O.Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, 260-261. Aksi görüşte, Güzel-Ertan, 1275 vd., 1283 vd. Ulucan, Sosyal Seçim, 505 vd.
- 64 Ulucan, Sosyal Seçim, 505. Çelik, Eşit Davranma, 8,10. Birben, 24.
- 65 Engin, 112.
- 66 Alpogut, Sosyal Seçim, 104.
- 67 Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, 54. Ulucan, Sosyal Seçim, 505. Engin, 112. Alp, Değerlendirme 2006, 31.
- 68 Eşitlik ilkesine aykırı olarak ödenmeyen ücret konusunda bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 6.10.2003, 3501/16308, İHSGHD, Temmuz-Eylül, 2004, 1093-1094. İşverenin eşit davranma borcu ile ilgili olarak bir şeyi yapmaya zorlanıp zorlanamayacağı konusunda bkz. Yıldız, 321-322.
- 69 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 76. Narmanlıoğlu, 249. Tuncay, İlke, 37. Yıldız, 327.
- 70 Y9HD, 18.2.2003, 13208/1836, ÇT, 1, 172-173. Aynı yönde, Y9HD, 1.11.2004, 8671/24558, Yıldız, 327.
- 71 Süzek, İş Hukuku, 2.Bası, 368. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 76.
- 72 Ayırıcılık tazminatının işçinin dört aya kadar ücreti ile sınırlanmasının Avrupa Birliği normlarına aykırı olduğu ve yapılacak değişiklikle üst sınırın kaldırılması gerektiği konusunda bkz. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 77. Yıldız, 328-330.
- 73 Ayırıcılık tazminatının sadece İK 5 ve 18'de yer alan ayırım yasağı hallerinde değil, yasadaki boşluk doldurulmak suretiyle işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal ettiği durumlarda da uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Yıldız, 329.
- 74 Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, 368. Mollamahmutoğlu, 441-442. Tuncay, İlke, 36. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 77. Yıldız, 329.
- 75 Tuncay, İlke, 36. Süzek, İş Hukuku, 2.Bası, 368. Çankaya-Günay-Göktaş, 55. Çil, Şerh, 321.
- 76 Bununla beraber bkz. Yıldız, 331 vd.
- 77 Mollamahmutoğlu, 442-443. Tuncay, İlke, 36. Çankaya-Günay-Göktaş, 56-57. Sözer, 190. Yıldız, 341. N.Çelik, İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, İHSGHD, 14, 2007, 490. Ş.Çil, Sendikal Tazminat, Karar İncelemesi, İHSGHD, 6, 2005, 675-676. Bununla beraber, SK 31/6'da yer alan işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında tazminatın bir sendikal tazminat olmayıp artırılmış bir iş güvencesi tazminatı olduğu, bu nedenle ayırıcılık tazminatı ile birlikte istenebileceği görüşü için bkz. Çil, Sendikal Tazminat, 677.
- 78 Uşak İş Mah., 698/245.
- 79 Y9HD, 11.1.2005, 12988/477, Çil, Sendikal Tazminat, 675-676.
- 80 Çelik, Tazminatlar, 489. Demir, 123. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 80. Çankaya-Günay-Göktaş, 57.
- 81 Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, 368. Mollamahmutoğlu, 442. Yıldız, 331 vd.
- 82 Yıldız, 331 vd. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 80.
- 83 Çankaya-Günay-Göktaş, 57-58. Çelik, Tazminatlar, 493. Tuncay, İlke, 36-37. Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 6.6.2007, 30630/18174 ÇT, 15, 217-218.
- 84 Mollamahmutoğlu, 442. Süzek, İş Hukuku, 2.Bası, 268. Demir, 123-125. Çil, Sendikal Tazminat, 676-677. Güven-Aydın, 124-125. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 78-79. Yıldız, 335-337. G. Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, 326.
- 85 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 78. Yıldız, 335-337.
- 86 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 79.
- 87 Cezai yaptırımlar konusunda geniş bilgi için bkz. Yıldız, 343 vd.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım

Giriş

Alt işveren (taşeron) kurumu, Türk çalışma yaşamının gündeminden çıkmak şöyle dursun, çıkmamak üzere sorunların içine yerleşmeye başlamıştır. Gerçekten, 2003 yılına gelinceye, yani 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulü tarihine kadar sadece, alt işveren kurumu tanımlanıp, asıl işveren ile alt işverenin yasal birlikte (müteselsil) sorumluluğu düzenlenmişti. Bu tarihe kadar alt işverenlere ilişkin uygulamadaki sorunlar, yargı kararları ile çözümlenmeye çalışılıyordu. 4857 sayılı İş Kanunu ise, alt işveren kurumunu tanımlamak ve asıl/alt işveren ilişkisinin yol açtığı birlikte sorumluluğu öngörmekle kalmamış; söz konusu ilişkideki danışıklılık (muvazaa) durumlarını düzenlemeye kalkışmıştır.

Geçtiğimiz 2008 Mayıs ayında yasa koyucu, hukuken doğru görülemeyecek bir adım daha atarak, muvazaayı tespit yetkisini hukuken yetkisi bulunmayan kişilere tanımış ve buna ilişkin ayrıntıları belirleme yetkisini, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bırakmıştır. Bakanlık da, geçtiğimiz günlerde çıkardığı "Alt İşverenlik Yönetmeliği"yle¹, yasa koyucu tarafından verilen bu görevi yerine getirmiştir.

Ancak, alt işveren kurumuna yönelik tartışmalar, anılan yönetmelikle dinmek şöylesine dursun, tam aksine yeniden alevlenmiş durumdadır. Nitekim, son olarak, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi'nce 6-7 Kasım 2008 tarihlerinde yapılan geleneksel "Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi" toplantısının ilk yarım günlük oturumunun, adeta deyim yerindeyse, "taşeron toplantısı" niteliğine büründüğü, herkesçe görülmüş bulunuyor. Bunda ise, Alt İY'ndeki çok sayıda hukuka aykırılığın yarattığı tepkinin, son zamanda önemli bir etken olduğu gerçektir.

Bu bağlamda, aşağıda, son dönemdeki alt işveren düzenlemelerinin ve bu arada özellikle, Alt İY'nin hukuki değerlendirmesi yapılacak ve olası hukuki itiraz ve çözüm yolları ele alınmaya çalışılacaktır.

1- Alt İşveren Düzenlemelerinin Hukuki Dayanağı

1-5763 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik

a) Alt işverenin bildirim yükümü

15 Mayıs 2008 tarih ve 5763 sayılı "İş Kanunu ve

Kurallar hiyerarşisi içinde alt kural niteliğindeki yönetmeliğin, daha üst kural olan Anayasa'ya aykırı bir yasaya dayanarak hak veya yetki bahşetmesi, hukuken söz konusu değildir.

Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1 inci maddesiyle, İş K. m. 3 hükmünde değişikliğe gidilerek, (alt) işverenin işyerini bildirme yükümü yeniden ele alındı ve iş müfettişlerine asıl/alt işveren ilişkisinde muvazaa olup olmadığını tespit yetkisi tanındı. Bu bağlamda, söz konusu düzenleme; taraflar arasındaki "alt işverenlik sözleşmesi"nin², "yazılı" yapılmasını ve alt işverenin, "asıl işverenden aldığı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte" bildirim yapmak üzere bölge müdürlüğüne başvurmasını öngörmektedir³.

Yasayla iş müfettişine tanınan tespit yetkisinin hukuken doğru ve yerinde olmadığını bir başka vesileyle⁴ belirtmiş bulunduğum için, bu konuda yazılanları tekrar etmek istemiyor, sadece yollama yapmakla yetiniyorum. Bununla birlikte, Alt İY'nin, söz konusu yasa hükmü doğrultusunda aynı yetkiyi tekrarlamış olmasının, kendisini hukuka aykırı olmaktan kurtaramayacağını belirtilmesi gerekir. Çünkü, kurallar hiyerarşisi içinde alt kural niteliğindeki yönetmeliğin, daha üst kural olan Anayasa'ya aykırı bir yasaya dayanarak hak veya yetki bahşetmesi, hukuken söz konusu değildir.

b) Yönetmelikle düzenleme

İş K. m. 3/son hükmü, "asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar"ın, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesini öngörmüş; Bakanlık da, buna ilişkin düzenlemeyi, Alt İY'ni çıkarmak suretiyle gerçekleştirmiştir.

Bu noktadaki hukuki sorun, asıl işveren ile alt işveren arasında yapılacak sözleşmede bulunması gereken konuları düzenleme yetkisinin, bir yasayla yönetmeliğe bırakılıp bırakılmayacağı hususudur. Burada sorun, asıl işverenin, kamu yönetimi

içinde yer almayan bir kurum veya kuruluş olması halinde, daha da ağırlık kazanmaktadır.

Gerçekten, sosyal piyasa ekonomisini benimsemiş bir hukuk sisteminin, özel hukuk nitelikli sözleşme ilişkilerine müdahale etmesi söz konusu olmaz. İş K. m. 3/son ise, özel hukuk sözleşmesi nitelikli bir ilişkinin içeriğinin, İdare tarafından belirlenmesini tanımak suretiyle, asıl işveren ile alt işveren arasındaki özel hukuk ilişkisine İdarenin müdahale etmesine olanak yaratmıştır; ki, bunu hukuken, Anayasa'nın 48 inci maddesiyle güvence altına alınmış bulunan sözleşme özgürlüğüyle bağdaştırma olanağı yoktur.

2- Alt İY'nin çıkarılması

Alt İY, İş K. m. 3/son hükmü uyarınca, Bakanlık tarafından çıkarılmıştır. Bu bağlamda, ilkin, Bakanlığın ilgili yasa hükmünün kendisine tanıdığı yetkiyle söz konusu yönetmeliği çıkarmış bulunmasının, dayarılan hükmün hukuka (Anayasa'ya) aykırılığı sorununu ortadan kaldırmayacağını belirtmek gerekir. Çünkü, pozitif hukuk dayanağının hukuka aykırı olması, buna dayanılarak çıkarılmış bulunan kaynağı da hukuka aykırı kılmaktadır. Değişik bir söyleyişle, hukuka aykırı bir üst hukuk kuralı, kurallar hiyerarşisi içinde, hukuka uygun bir alt kuralın varlığına hukuki meşruluk kazandırmaz. Bu nedenle, Alt İY'nin hukuka uygunluğu, İş K. m. 3/son hükmünün de hukuka uygun bulunmasına bağlıdır.

Buna göre, anılan hükmün gerek iş müfettişine muvazaayı tespit yetkisini tanımış olması ve gerekse taşeronluk sözleşmesinin içeriğini belirleme yetkisini Bakanlığa vermiş bulunması yüzünden ortaya çıkan hukuka uygunluk sorunu, 5763 sayılı Yasa için olduğu kadar, Alt İY için de geçerlidir. Bu bakımdan, Alt İY hakkında açılacak bir yönetmelik iptali davasında, salt Bakanlığın kendisine yasayla tanınmış bir yetkiyi kullandığından bahisle, söz konusu yönetmeliğin hukuka uygun olduğu kabul edilemeyecektir.

II- Alt İşveren Düzenlemeleri Arasındaki Uyumsuzluk

Alt işveren düzenlemelerine bakıldığında; bunlar arasında, bir hukuki uyumsuzluğun varlığı, göze çarpmaktadır. Gerçekten, İş K. m. 3/II ile aynı maddenin son fıkra hükmü ile Alt İY hükümleri arasında

da, gerek yasada düzenlenmiş ve gerekse düzenlenmemiş olan konularda, hukuken uyumsuzluk söz konusudur. Bunlara ek olarak; İş K. m. 3 hükmünde 5763 sayılı Yasa m. 1 hükmüyle gerçekleştirilen değişikliğin, kısaca taşeronluk sözleşmesi içeriğinin İdare tarafından belirlenmesi ve muvazaayı tespit yetkisinin iş müfettişine bırakılması gibi hususlarda ortaya çıkan Anayasa hükümlerine aykırı yanı, Alt İY bakımından da aynen sürmektedir⁵.

Diğer yandan, kurallar hiyerarşisi içinde, alt kuralın, daha üst düzeydeki kural veya kurallara aykırı olmaması zorunluluğu, bir temel hukuk kuralıdır. Buna göre, sözgelimi bir yönetmeliğin daha üst düzeyde yer alan yasa ve Anayasa kurallarına aykırı hükümler taşıması ve bunların öngörmediği bir hususu düzenlemesi, söz konusu değildir. Bu bağlamda, Alt İY ise, önemli bazı hükümleriyle, belirtilen esasa aykırılık oluşturmaktadır.

Gerçekten, ilkin, Alt İY m. 3/bent g, muvazaayı aynen:

zaa tanımını göz önünde bulunduracak bir iş müfettişi, salt belirtilen hallerin varlığı halinde, kendini muvazaanın varlığıyla karşılaşmış hissedecek ve muvazaayı kabul etmek zorunda kalacaktır.

Oysa, Alt İY m. 3/bent g hükmünde sayılan haller, İş K. m. 2/VI ve VII hükümlerinin kendi içsel mantığı içinde, olsa olsa, muvazaaya (yasal) karine oluşturabilecek durumlardır. Ancak, bunların varlığı, mutlaka muvazaanın bulunacağı anlamını taşımamaktadır. Çünkü, hukuken, belirtilen hallerde muvazaanın yokluğu, herhalükârda kanıtlanabilir.

Bunun gibi, Alt İY m. 11/III hükmü de, yasaya (İş K. m. 3/son) hükmüne aykırıdır. Gerçekten, Alt İY m. 11/III hükmü, aynen:

“Ancak asıl iş;

a) İşletmenin ve işin gereği,

b) Teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi, şartlarının birlikte (altını ben çizdim) gerçekleşmesi halinde bölünerek alt işverene verilebilir.”

anlatımını taşımaktadır. Oysa, “birlikte” sözcüğü-

Anayasaya aykırılık itirazı, açılacak Alt İY'nin iptaline ilişkin davada, def'i (exceptio) yoluyla ileri sürülebilir.

“1) İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

2) Daba önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işverenlik ilişkisini,

3) Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak bakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

4) Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yabut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri, ibtiva eden sözleşme”

olarak tanımlamaktadır⁶. Oysa, Alt İY'nin pozitif hukuk dayanağını oluşturan İş K. m. 3/son hükmünde (Alt İY m. 2), ne muvazaanın tanımı yapılmış ve ne de muvazaayı tanımlama yetkisi Alt İY'ne tanınmıştır. Bu nedenle, Alt İY'nin söz konusu hükmü, yasaya (İş K. m. 3/son hükmüne) aykırıdır.

Diğer yandan, Alt İY m. 3/bent g hükmü, muvazaayı masumane tanımlayan bir düzenleme niteliğinde değildir. Çünkü, anılan hükümdeki muva-

ne, ne İş K. m. 2/VI-VII ve ne de İş K. m. 3/son hükmünde yer verilmiştir. Bakanlık ise, yasanın öngörmediği bir hususu, Alt İY'nde öngörmüştür. Bunun, hukuka uygun düşmediği, tartışmadan uzaktır.

Diğer yandan, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” (İş K. m. 2/VI-VII) hakkında öğreti ve uygulamada bile bir görüş birliğine ulaşılamamışken⁷, Alt İY'nin tartışmalı görüşlerden biri konusunda taraf tutması, hukuken doğru ve yerinde olmamıştır. Üstelik, Alt İY'nin kabul ettiği görüş, muvazaadan uzak alt işveren uygulamalarına dahi olanak tanımama tehlikesini içinde barındıran bir görüştür⁸. Oysa, Bakanlığın yasal görevi, muvazaadan uzak alt işveren uygulamalarını önlemek değil, muvazaaya açık alt işveren uygulamalarını denetlemektir.

Nihayet, Alt İY m. 11/son hükmü, “asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez” hükmüne yer vermiştir. Bununla, alt işverenin taşeron çalıştırması uygulaması, engellenmek istenmiştir. Oysa, ne İş K. m. 2 ve ne de İş K. m. 3'de, böyle bir sınırlama öngörülmesi değildir. Böylece, Alt İY m. 11/son,

Küresel çağın temel özellikleri birçok kez belirtildiği üzere, esnekliğe ve giderek, taşeron olgusuna dayalıdır.

yasada (İş Kanunu'nda) yer almayan ve de öngörülme- yen bir hususu, kendi başına buyurucu (emredici) biçimde öngörmüş bulunmaktadır. Bunun ise, hukuka aykırı olduğunda, kuşku yoktur.

III- Hukuka Aykırılıkları Giderme Yolları

1- Yönetmelik iptali davası

Alt İY hakkında, taşıdığı hukuka aykırılıklar nedeniyle, idari yargıda bir yönetmelik iptali davasının açılması, hukuken mümkündür.

Kimin menfaat şartına bağlı olarak böyle bir davayı açabileceği, Danıştay'ın tutumu doğrultusunda belirlenebilecektir. Herhalükârda, Türk çalışma yaşamında sosyal taraf olarak hareket eden Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu'nun, menfaat şartını gerçekleştireceği açıktır. Münferit işverenlerin veya işveren sendikalarının böyle bir davayı açıp açamayacakları ise, Danıştay'ın menfaat şartını geniş biçimde yorumlayıp yorumlamayacağına bağlı bulunmaktadır.

2- Anayasaya aykırılık def'i

Alt İY, 5763 sayılı Yasa'yla getirilen İş K. m. 3/son hükmüne dayanılarak çıkarılmış bir düzenlemedir. 5763 sayılı Yasa hakkında ise, bildiği kadarıyla, herhangi bir doğrudan iptal davası açılmış değildir. Ancak, 5763 sayılı Yasa'nın alt işveren düzenlemesine ilişkin 1 inci maddesi ve giderek dolayısıyla, söz konusu değişiklik çerçevesinde çıkarılan Alt İY, yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, Anayasa'ya aykırı hükümleri içermektedir. Bu bağlamda, anayasaya aykırılık itirazı, açılacak Alt İY'nin iptaline ilişkin davada, def'i (exceptio) yoluyla (Ay. m. 152/I) ileri sürülebilmelidir.

Diğer yandan, böyle bir itirazın yapılmasında ve salt yönetmelik iptaliyle yetinilmemesinde, yarar vardır. Çünkü, Alt İY iptal edilse bile, 5763 sayılı Yasa'yla getirilen değişiklik hüküm sürdüğü sürece, muvazaadan uzak alt işveren uygulamala-

rını dahi devam ettirmenin son derece güç olacağı, görünen bir gerçektir. Bu bakımdan, salt Alt İY'nin iptali, kısa vadede çözüm getirmesine karşın, mutlak bir çözümü içermekten uzak kalacaktır. Buna göre, Alt İY'nin iptaliyle yetinilmemeli; zaman alacak olsa dahi, esas olarak, alt işverene ilişkin 5763 sayılı Yasa'yla getirilen düzenlemenin, anayasa yargısının süzgecinden geçirilmesine çalışılmalıdır.

Sonsöz

4857 sayılı İş Kanunu'nda alt işveren kurumunun yeniden düzenlenişinin ardından, yaklaşık beş buçuk yıl geçmiş bulunuyor. Günümüzde gelinen noktanın kimseyi mutlu kılmadığı ise, bir gerçek olarak ortadadır. Bunun kaynağında, 2003 yılında Türkiye'nin, çağın olgusu olan taşeronluk kurumunu, küreselliğin gereklerine uygun biçimde ele alma fırsatını değerlendirememiş olması yatmaktadır.

Gerçekten, yıllardır uygulamada yargıya bırakılmış bulunan asıl/alt işveren ilişkisindeki muvazaa sorunu, o tarihte yasaya (İş Kanunu'na) sokulup, yanlış bir yola girilmiştir. Çünkü, bir kurumu yasayla düzenleme (kurallaştırma), çoğu kez katılığı barındırır. Küresel çağın temel özellikleri ise, birçok kez belirtildiği üzere, esnekliğe ve giderek, taşeron olgusuna dayalıdır. Bu anlamda, katı özellikli hukuk kurallarının (düzenlemelerinin), taşeron olgusunu yaşatma olanağı yoktur.

Nitekim, gelinen bugünkü noktaya kadar, ilkin, "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" anlatımı kabul edilip, içeriği son derece bulanık bir alt işveren tanımına yer verilmiş ve buna giderek, muvazaayı yasa yoluyla önleme endişesi egemen olmuştur. Oysa, muvazaa, yargıyı ilgilendiren bir konu olup; hukukun temel ilkeleri gereği, yargının yetkisinde bulunmak zordur. Bu ilke görmezlikten gelinerek, iş müfettişine muvazaayı tespit yetkisinin verilmesi gibi hukukun benimseyemeyeceği bir yola başvurulmuştur. Şimdi de, "birlikte" tartışmasında taraf olunarak, alt işveren uygulamasına başvurulması önlenmeye çalışılmaktadır.

Diğer yandan, iş müfettişlerini Bakanlık bölge müdürlüklerinden soyutlama olanağı yoktur. Nitekim, çalışma yaşamıyla ilgili olarak bölge (çalışma) müdürlüklerine verilen görevlerden teftiş hizmetiy-

le bağdaşabilir nitelikte olanlar, bölge (çalışma) müdürleri tarafından iş müfettişleri grup başkanlarına ve grup bulunmayan yerlerde varsa görevli müfettişe bildirilmek suretiyle, iş müfettişlerine yaptırılabilir (İş Teftişi Tüzüğü m. 14)⁹. Bu bakımdan, muvazaa konusunda, bölge müdürlükleri kadar iş müfettişlikleri için de, taraf olma ve baskı altında kalma tehlikesi vardır. Buna göre, bir kez daha belirtmek gerekir ki; muvazaanın tespiti işlemine, çalışma örgütü içinde yer alan denetim unsurlarının katılması, hukuken doğru ve yerinde olmamıştır.

Nihayet, küresel çağın gereği yapılacaksa, alt işveren uygulamasının artık içlere sindirilmesi gerektiği belirtilmelidir. Bu anlamda, tıpkı, nasıl okulları tatil etmek, milli eğitim sorunlarına çözüm değilse; çağımızın olgusu olan alt işveren uygulamalarına olanak tanımamanın da, aynı biçimde, İstanbul Tuzla Tersanesi'ndeki iş kazalarını önlemeye yetmeyeceğini, sonunda anlamamız gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. RG. 27.9.2008, No. 27010. "Alt İşverenlik Yönetmeliği", aşağıda "Alt İY" olarak kısaltılacaktır.
- 2 Yasadaki "alt işverenlik sözleşmesi" deyimini, Türk hukuk literatürüne yabancıdır. Bununla anlatılmak istenen, herkesçe bilinen "taşeronluk sözleşmesi" olsa gerektir.
- 3 Yasadaki "aldığı" anlatımı, hukuken başarılı görünmemektedir. Çünkü, hukuk terminolojisine göre sözleşme, "alınmaz", "yapılır". "Aldığı" anlatımı ise, sanki asıl işveren bir makammış ve alt işveren de ondan "alt işverenlik sözleşmesi" alıyormuş gibi, hukuken doğru olmayan bir izlenimi yaratmaktadır.
- 4 Bkz. Tankut Centel, "Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik", Sicil III, 10 (Haziran 2008), 5 vd.
- 5 Bunlar için bkz. Centel, 6 ve 11.
- 6 Muvazaanın "sözleşme" ifade etmediğine ilişkin yerinde görüş için bkz. Gülsevil Alpagut, "Alt İşveren İş Sağlığı ve Güvenliği İle İdari Para Cezalarına İlişkin Düzenlemeler"-Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu/Türkiye Personel Yönetimi Derneği (yay.), "İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor" Semineri, İstanbul 2008, 41.
- 7 Değişik görüşler için bkz. İbrahim Aydın, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvaza Sorunu, Ankara 2008, 166 vd.
- 8 Bkz. Şeyda Aktekin, "Alt işveren müessesesi tarihe mi karışıyor?", MESS İşveren Gazetesi 45, 827 (Ekim 2008), 7; Alpagut, 40. Ayrıca bkz. Hakkı Kızıloğlu, "Alt işverenlik Yönetmeliği Ekonomiyi ve İşyerlerimizi Cezalandırıcı Niteliktedir", İşveren 47, 1 (Ekim 2008), 84 vd.
- 9 İş Teftişi Tüzüğü'nün 14 üncü maddesini göz ardı ederek, bölge müdürlerinin iş müfettişlerinden muvazaa yönünde inceleme yapmalarını isteyemeyeceği yönündeki yerinde olmayan bir

görüş için bkz. Gülümden Ürcan, "Muvazaalı Alt İşverenlik İlişkisinin Tespiti ve Usul Hukuku Açısından Gösterdiği Bazı Özellikler", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 19 (2008), 962 vd.

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği

Bilindiği gibi 1475 sayılı İş Kanunu döneminde; Kanunda öngörülen esaslar dışında veya tavan aşılacak kıdem tazminatı ödenmesi açıkça yasaklanmış ve bu Kanun'un 98/D maddesinde, Kanuna aykırı ödemelerin yaptırımı düzenlenmiş ve fazla ödemenin re'sen tahsil edilerek Hazineye irat kaydedileceği, ödemeyi yapanlar ile buna karar verenlere de altı aydan iki seneye kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiş idi. Bu haliyle; 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki kıdem tazminatına ilişkin İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlemenin, "mutlak emredici" nitelikte ve kamu düzeni ile ilgili olduğu öğretide baskın görüş olarak ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce de istikrarlı bir şekilde kabul edilmekteydi. Ancak, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'nu yürürlükten kaldırırken sadece kıdem tazminatına ilişkin 14. maddeyi yürürlükte bırakmış, 14. maddeye aykırı kıdem tazminatı ödenmesine cezai yaptırım öngören 98/D maddesini de yürürlükten kaldırmış ve benzer bir düzenlemeye de yer vermemiştir. Bu nedenle de kıdem tazminatı ile ilgili hususlar, mutlak emredici niteliğini kaybetmiş ve nispi emredici düzenleme şekline dönüşmüştür. Öğretide ve Yargıtay'ın yerleşik uygulamasında da belirtildiği üzere; nispi emredici hükümler, sözleş-

melerle işçi lehine değiştirilebilir ve geliştirilebilir niteliktedir. Kıdem tazminatı ile ilgili hükümler de, 10.06.2003 tarihinden itibaren nispi emredici nitelikte bulunduğundan, işçi lehine değişiklik yapılması ve geliştirilmesi mümkündür. Örneğin 14. maddede öngörülmediği halde istifa halinde de işçiye kıdem tazminatı ödenmesini öngören bir toplu iş sözleşme hükmü; kıdem tazminatına ilişkin cezai yaptırımı düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu m. 98/D'nin yürürlükte olmadığı 1980 öncesinde olduğu gibi günümüzde de geçerli hale gelmiştir.

Ortaya çıkan bu durum karşısında, 4857 sayılı yeni İş Kanunu döneminde de yürürlükte olan (4857 sayılı İş Kanunu m.120) 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinin nispi emredici hale geldiğinden yola çıkarak aynı maddede düzenlenen kıdem tazminatı tavanına ilişkin hükmünün de hukuki niteliği itibarıyla nispi emredici bir hüküm haline geldiği söylenebilecek midir? Yukarıda da belirtildiği gibi nispi emredici nitelikteki İş Kanunu hükümleri iş sözleşmeleriyle ve toplu iş sözleşmeleriyle işçi lehine değiştirilebilir, geliştirilebilir. Buna karşılık mutlak emredici kanun hükümlerinin aksi kararlaştırılmaz. Bu yolda toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleriyle getirilen düzenlemelerin geçerliliği ve bağlayıcılığı yoktur.

Kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin tavana ilişkin hükmünün mutlak ya da nispi emredici nitelikte bir hüküm olduğunun sağlıklı bir tespitinin yapılabilmesi için, maddede yer alan tavana ilişkin düzenlemenin 4857 sayılı İş Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 98/D maddesindeki salt cezai yaptırımdan kaynaklanan bir emredicilik olup olmadığının tespiti gerekir. Eğer tavana ilişkin hükmün emredici olduğunun tek gerekçesinin 98/D'de yer alan cezai yaptırım olduğu söylenebilirse, 98/D'nin yürürlükten kalkmış olmasının doğal bir sonucu olarak da hükmün mutlak emredici niteliğinin kalmadığı söylenebilecektir. Ne var ki gerçek hukuki durum aşağıda da açıklanan nedenlerle böyle bir sonuca varmaya engeldir.

Hatırlanacağı üzere hukukumuzda kıdem tazminatına tavan getiren ilk düzenleme 1975 yılında 1927 sayılı Kanun ile olmuştur. Söz konusu kanun

30 günlük sürenin toplu iş sözleşmesi veya hizmet akitleri ile işçi lehine değiştirilebileceğine ilişkin hükmün belirlenen üst sınır içinde geçerli olduğuna karar vermiştir¹. Burada önemle belirtelim ki, söz konusu kararın verildiği tarihteki yasal düzenlemede kıdem tazminatı tavanını düzenleyen hükme aykırılığı cezai yaptırıma bağlayan İş Kanunu m. 98/D'deki düzenleme yürürlükte değildi. Dolayısıyla buna bağlı olarak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kıdem tazminatı tavanının mutlak emrediciliğini ortaya koyan bu kararında; tavana aykırılığı cezai yaptırıma bağlanmış olması gibi bir gerekçe de söz konusu değildi. Üstelik de Yüksek Mahkeme'nin bu kararını verdiği dönemde yukarıda da belirtildiği üzere 1927 sayılı Yasa ile getirilen tavana ilişkin düzenlemede; aşağıda belirtilecek olan günümüzdeki düzenlemeden farklı olarak önce tavan hükmü yasada yer almakta ve daha sonra hemen arkasındaki fıkrada kıdem tazminatı ile ilgili

Kıdem tazminatı ile ilgili hükümler, 10.06.2003 tarihinden itibaren nispi emredici nitelikte bulunduğundan, işçi lehine değişiklik yapılması ve geliştirilmesi mümkündür.

ile kıdem tazminatına asgari ücrete endeksli bir tavan getirilmiş ve 14. maddeye "Kıdem tazminatının 30 günlük ücret tutarının beher yılı için nazara alınacak miktarı 1475 sayılı İş Kanuna göre tesbit edilmiş olan günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının yedibuçuk katından fazla olamaz." yolunda bir fıkra eklenerek kıdem tazminatına bir üst sınır, uygulamadaki adıyla "tavan" konulmuştur. 1927 sayılı Kanun'un getirdiği tavana ilişkin bu hükmün hemen arkasından gelen bir sonraki fıkrada "Bu maddede belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleriyle işçi lehine değiştirilebilir." denildiği için, sözleşmelerle yapılacak düzenlemelerle kanunda öngörülen azami tazminat miktarının, yani tavanın aşılmasının mümkün olup olmadığı tartışılmış, ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 31/3/1976 tarih ve 5460/10651 sayılı Kararı ile işçiye her geçen yıl için ödenecek kıdem tazminatı tutarının, hak kazanılan tarihte yürürlükte bulunan günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının 7,5 katından fazla olamayacağını; bu husustaki hükmün kesin bir sınırlama niteliğinde bulunduğunu, kıdem tazminatı miktarına ilişkin

30 günlük sürenin hizmet akitleri ve toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebileceği belirtilecek, tavana ilişkin hükmün mutlak emrediciliğinin tartışılabilir olduğu bir yasal düzenleme söz konusu idi. Tüm bunlara rağmen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi isabetli bir kararla tavana ilişkin hükmün mutlak emrediciliğine karar vermiştir.

1927 sayılı Yasa'nın öngördüğü tavana ilişkin hükmün Anayasa Mahkemesi'nin 19/4/1977 tarih ve 1976/42-1977/46 Karar sayılı Kararıyla iptal edilmesinden sonra 23/10/1980 tarih ve 2320 sayılı Kanun'la kıdem tazminatı tavanı 1927 sayılı Kanun'dakine benzer şekilde düzenlenmiş ve ayrıca İş Kanunu'nun 98/D maddesiyle de kıdem tazminatının "... kanunda öngörülen esaslar dışında veya tavan aşılarak ödenmesi..." suç olarak düzenlenmiştir. Getirilen bu düzenleme ile kıdem tazminatına ilişkin 14. maddenin sadece tavan değil; hak kazanma şartları açısından da mutlak emredici olduğu bir döneme girilmiştir. Ancak önemle belirtelim ki İş Kanunu'nun kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinde yer alan tavan hükmünün mutlak emrediciliği, cezai yaptırıma ilişkin bu düzenlemeden

bağımsız olarak açık ve net bir hale getirilmiş idi. Gerçekten de 1/1/1983 tarihinde yürürlüğe giren 10/12/1982 tarih ve 2762 sayılı Kanun'la getirilen ve günümüzde de yürürlükte olan kıdem tazminatı tavanını asgari ücrete endeksleyen düzenlemeden ayrılarak bugünkü şekliyle en yüksek devlet memurunun bir yıllık emekli ikramiyesine tabi tutan yasal düzenleme, tavanın mutlak emrediciliğini tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır. Mevcut yasal düzenlemede 1927 sayılı Kanundakinin tersine önce tavan hükmüne değil; kıdem tazminatına ilişkin 30 günlük sürenin sözleşmelerle artırılacağı hükmüne yer verilmekte ve hemen arkasından "Ancak" diye başlayan fıkra ile iki fıkra arasında bağlantı kurularak bu artışın en yüksek devlet memurunun bir yıllık emekli ikramiyesini geçmeyeceği vurgulanmaktadır. Günümüzde İş Kanunu m. 14'deki konuya ilişkin düzenlemede aynen:

"Bu madde de belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebilir.

Ancak toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı devlet memurları kanununa tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez." denilmektedir.

Maddenin bu açık düzenlemesi karşısında kıdem tazminatı tavanının 1475 sayılı İş Kanunu'nun 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 98/D maddesindeki cezai yaptırıma ilişkin hükümden bağımsız olarak mutlak emredici bir düzenleme olduğundan kuşku duymamak gerekir. Nitekim 1475 sayılı İş Kanunu'nun cezai yaptırımı düzenleyen hükmünün artık yürürlükte olmadığı yönünde günümüzde de öğretide görüşler mevcuttur². Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin de 2008 yılında verdiği yeni bir kararında da açıkça "... Toplu İş Sözleşmesinde her hizmet yılı için 50 günlük giydirilmiş ücret öngörüldüğünden ve 50 günlük ücret fesih tarihindeki tavanı aştığından kıdem tazminatının tavandan hesaplanması doğrudur..." denilmektedir³.

Bu nedenle 1475 sayılı İş Kanunu'nun 98/D maddesinin 4857 sayılı İş Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış olması, kıdem tazminatına ilişkin 14.

madde de yer alan tavan hükmünün Kanun'un 98/D maddesindeki cezai yaptırımdan bağımsız olarak zaten var olan mutlak emrediciliğini ortadan kaldırmaz. Söz konusu ceza hükmünün ortadan kaldırılmış olması 14. madde hükümlerine aykırı bir şekilde veya tavan aşılarak kıdem tazminatı ödenmesini suç olmaktan çıkararak bir sonuç doğurmuş ise de, tavan hükmünün mutlak emrediciliğini ve buna bağlı olarak da aykırı düzenlemelerin geçersizliğini ortadan kaldırmamıştır. Çünkü kıdem tazminatı tavanına ilişkin 14. madde hükmünün emrediciliği, sadece 98/D'deki ceza yaptırımına ilişkin hükümden değil, bizatihi hükmün yukarıda belirtilen açık ve net biçimdeki düzenlemesinden doğmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine aykırı kıdem tazminatı ödenmesini suç sayan 98/D maddesini yürürlükten kaldırmış olması, kıdem tazminatına hak kazanma koşulları açısından 14. maddeyi nispi emredici hale getirdiği söylenebilirse de, 1475 sayılı İş Kanunu 98/D maddesinden bağımsız olarak; emrediciliği açıkça 14. madde metninden anlaşılan kıdem tazminatı tavanına ilişkin düzenlemenin mutlak emrediciliğini ortadan kaldırdığı söylenemez.

Sonuç olarak yukarıda belirtilen nedenlerle 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde yer alan kıdem tazminatı tavanına ilişkin hükmün mutlak emredici nitelikte bir hüküm olduğu, bu emrediciliğin 1475 sayılı İş Kanunu m. 98/D'de yer alan cezai yaptırımdan bağımsız olarak, hükmün açık düzenlemesinden doğduğu, bu nedenle de cezai yaptırımın yürürlükten kaldırılmış olmasının hükmün emrediciliğini ortadan kaldırmadığı, kıdem tazminatının yıllık miktarına ilişkin 30 günlük ücret tutarının toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilmesinin ancak tavanla sınırlı olarak geçerli bulunduğu; için 30 günlük sürenin artırılmasıyla ortaya çıkan miktarın tavanı aşması halinde bu miktar talep edilemeyecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Karar ve Tartışmalar için bak. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesinin Yargıtay'ın 1976 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1979, sh. 13-14, 30/31.
- 2 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, sh.316, H. Mollamahmutoglu, İş Hukuku, Ankara 2005, sh.653, F. Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, sh.305.
- 3 Y9HD 25/03/2008-2007/37200-2008/6387 (Legal İHSGD Sayı 18, sh.650).

Prof. Dr. A. Can TUNCAY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ILO ve AB Normları Işığında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi

1. GİRİŞ

Ülkelerin sanayileşmesine paralel biçimde işçilerin sağlık ve güvenlik içinde çalışmalarının sağlanması öteden beri çözülmesi gereken en önemli sorunlardan biri olarak ortaya çıkmıştır. Ülkeler kalkınırken, sanayileşirken, teknolojik gelişmelere ayak uydurmaya çalışırken ve özellikle ekonomik rekabet gücünü muhafaza etmeye çalışırken bunun bedelini çalışanlara ödetmemelidirler¹. Bu kaygının boyutu ve bu konuda sağlanan başarılar çağdaş ve uygar toplum olmanın en önemli ölçütlerinden biri olmaktadır. Anayasamız da devletin herkesin yaşamını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla ödevli olduğunu belirtmiştir (md. 56). İş Hukuku ortaya çıktığında ilk kabul edilen düzenlemeler işçinin sağlığının ve yaşamının korunmasına ilişkin olmuştur. Her ne kadar çalışanın sağlık ve güvenliğinin korunmasına ilişkin önlemler işletmelere ek mali külfet getirirse de insan hayatının ve sağlığının korunması daha önde gelir. Günümüzde batılı sanayileşmiş ülkeler bir yandan daha güvenli çalışma ortamının sağlanmasının çarelerini ararken öte yandan bunun ekonomik bo-

yutuyla da yakından ilgilenmektedir. Bu anlamda hukukun birinci hedefi kazaların önlenmesini olabildiğince sağlamaktır ki bu idari ve cezai yaptırımlarla sağlanır, ikinci hedefi ise kazaya uğrayanın uygun bir tazminat almasını sağlamaktır². Gerçekten çalışanın hayat ve sağlığını iş tehlikelerine karşı korumayı amaçlayan yasalar veya hukuk kuralları kamu hukuku alanına dahil iseler de (ceza yaptırımları) iş tehlikelerinin yarattığı zararlar işçi-işveren arasındaki ilişkilerde özel hukuk etkisi (tazminat yaptırımları) gösterirler³.

Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıyla ilgili genel kurallar İş Kanunu'nda ve bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir. Gerçekten İş Kanunu işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işverenleri her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri eksiksiz bulundurmak, işyerlerinde alınan önlemlere uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri bu alanda eğitme ve bilgilendirmekle yükümlü tutarken (md. 77) işyerlerinde çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanıp uygulanmadığının denetim ve izleme yetkisini Devlete, daha doğrusu yetkili memurlara bırakmıştır (md. 91). Bu alanda

4857 sayılı İş Kanunu'nda genel ilkelere yer verilmiş (md. 77-89), ayrıntılı düzenlemeler ise yönetmeliklere bırakılmıştır. Fakat son yıllarda bir yandan uluslararası düzenlemelerin etkisi ve bazı yabancı ülkelerde bu alanda özel kanunlar çıkarılmış olması, öte yandan AB'ye uyum sürecinin baskısı, en önemlisi AB'nin 89/391 sayılı Yönergesi'nden esinlenerek çıkarılan 9.12.2003 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin Danıştayca iptali, bu alanda dağınık halde bulunan mevzuatın ve İş Kanunu içine sıkışmış hükümlerin kodifiye edilmesi ve bu alanda ayrı bir kanun yapılması fikrinin ortaya atılmasına neden olmuştur⁴. Esasen Birleşik Krallıkta 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (Health and Safety at Work Act), Almanya'da 1996 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini İyileştirme Kanunu (kısaca Arbeitsschutzgesetz), ABD'de 1970 tarihli İş Güvenliği ve Sağlığı Kanunu (Occupational Safety and Health Act) bu alanda çıkarılmış bağımsız yasalardır. Ancak bu yasalar genel yasalar olup, bunların yanında özel risk gruplarını (demiryolu, maden işyerleri, atom enerjisi, maden işyerleri, kimyevi maddeler, gürültü vs.) ilgilendiren başka yasalar, tüzükler veya yönetmelikler de yürürlüktedir.

Eğer ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği konusunda ayrı bir yasa da çıkarılacak olsa yasa koyucunun artık ILO ve AB normlarını göz ardı etmesi düşünülemez. Yine de bu yapılırken, ülke şartları da gözden uzak tutulmamalıdır.

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KONUSUNDA ILO VE AB STANDARTLARI

1. ILO Standartları

31 Mayıs 2006 tarihinde toplanan ILO'nun 96'ncı Genel Konferansı, daha önce kabul edilmiş olan 1981 tarih ve 155 sayılı Sözleşme hükümlerini de dikkate alarak yeni ihtiyaçlar ve öneriler doğrultusunda 187 sayılı İş Güvenliği ve Sağlığı Çerçeve Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Sözleşmenin Amaç başlıklı 2'nci maddesi bunu onaylayacak her üye ülkenin en çok temsil yetkisine sahip en üst işçi ve işveren kuruluşlarına danışılmak suretiyle ulusal bir politika, sistem ve program geliştirilerek mesleki kaza ve hastalıkların önlenmesini, iş sağlığı

ve güvenliğinin sürekli olarak iyileştirilmesini amaçlaması gerektiğini belirtir. Her üye ülke ILO'nun bu konudaki standart ve sözleşmelerini göz önünde bulundurarak daha sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının yaratılması amacıyla ve kendi ulusal sistem ve programlarını izleyerek etkin adımları atacaktırlar. Sözleşme 3 ila 5'nci maddelerinde ulusal politika, ulusal sistem ve ulusal programın ne olduğunu tanımlamaktadır. Bu çerçevede üye ülkelere işçileri sağlıklı ve güvenli bir iş ortamında çalışmalarını sağlayacak bir ulusal politika geliştirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Ulusal politika belirlenirken her ülke ulusal şartlarını, ülke uygulamasını göz önünde tutarak ve en fazla üyeye sahip en üst işçi ve işveren sendikalarıyla görüşerek ondan sonra ulusal politikasını belirleyecektir. Üye ülkeler ulusal politikayı belirlerken mesleki risk ve tehlikelerin önceden fark edilmesi, bu risk ve tehlikelerle kaynağında savaşılmaması ile ilgili temel ilkeleri geliştirmekle ve bilgilendirme, danışma ve eğitime dayalı bir iş güvenliği ve sağlığı kültürü geliştirmekle yükümlü tutulmuşlardır (md. 3/3). Üye ülkeler belirledikleri iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ulusal programlarını en çok üyeye sahip işçi-işveren kuruluşlarıyla görüşerek daha sonra periyodik olarak gözden geçireceklerdir. Bu kapsamda ulusal hukuk ve uygulamayla uyumlu olarak iş tehlikelerini ve risklerini mümkün olduğu kadar ortadan kaldıracaklar ya da en aza indireceklerdir (md. 5).

Görülüyor ki, 187 sayılı Sözleşme sözleşmeyi onaylayacak ülkelere, iş güvenliği ve sağlığının gerçekleştirilmesini ve geliştirilmesini sosyal taraflara danışmak suretiyle belirlenecek ülke şartlarına uygun ulusal politikalar yoluyla sağlanması yükümlülüğü yüklemektedir.

ILO'nun 187 sayılı Sözleşmesi'nin bir anlamda önceki versiyonu sayılan 1981 tarihli 155 sayılı İş Güvenliği ve Sağlığı konulu Sözleşmede de aşağı yukarı aynı hususları vurgulamıştır. Şöyle ki,

Ekonomik faaliyetin tüm dallarını ve (kamu kesimi dahil olmak üzere) tüm işçileri belirli istisnalara olanak tanıyarak kapsayan Sözleşme, her üye devletin, ulusal koşul ve uygulamalar ışığında ve işveren ve işçileri en çok temsil niteliğine sahip örgütlerle danışarak iş güvenliğine, iş sağlığı ve çalışma ortamı konularında uyumlu bir ulusal politika oluşturmasını, uygulamasını ve düzenli aralıklarla bunu gözden geçirmesini öngörmektedir.

ILO, İş Sağlığı ve Güvenliği konusunda ortaya koyduğu ilkeleri göz önünde bulundurmak kaydıyla her üye ülkenin kendi ulusal şartlarına uygun bir iş sağlığı ve güvenliği politikası ve programı belirlemesini öngörmektedir.

Bu politikanın amacı, çalışma ortamında mevcut tehlike unsurlarını mümkün olan en alt düzeye indirerek işten kaynaklanan, işle ilgili olan ve iş sırasında ortaya çıkan kazaları ve sağlık bozukluklarını önlemek olacaktır.

Sözleşme, bu politikanın önde gelen uygulama alanlarını da tanımlamaktadır. Ayrıca gerek ulusal düzeyde, gerek işletme düzeyinde alınacak önlemlere ilişkin olarak bir dizi oldukça ayrıntılı hüküm getirmektedir.

Bu bağlamda Sözleşme, özellikle, bir denetim sisteminin işletilmesi ve tasarım aşamasından başlayarak alınacak önlemler için yasa ya da yönetmeliklerin ya da herhangi bir başka yöntemin (eğitim dahil olmak üzere) kabulünü öngörmektedir (makine, malzeme ve benzerinin kullanılmasından da önce).

Sözleşme, işvereni, koruyucu giysi ve koruyucu donanım sağlama ve uygulanabilir olduğu ölçüde, işyerinin, donanımın, uygulanan işlemlerin, kullanılan maddelerin ve denetimi altında bulunan öteki çalışma unsurlarının güvenli olmasını ve sağlığa zararlı olmamasını sağlamakla yükümlü tutmaktadır.

Ayrıca, işletmedeki işçi ve işçi temsilcilerinin, işverenin kendisine getirilen yükümlülükleri yerine getirmesinde işbirliği yapmalarını, fakat aynı zamanda hayatı ya da sağlığı için derhal ve ciddi tehlike taşıdığına inanmak için yeterli neden bulunduğu için çalışma ortamından ayrılan (ve bunu derhal bildirecek olan) işçinin bu davranışı ile bağdaşmayan sonuçlara karşı korunmasını da öngörmektedir.

155 sayılı Sözleşme 7.1.2004 tarihinde 5038 sayılı Kanun'la Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmış ise de 187 sayılı Sözleşme henüz onaylanmamıştır.

Aslında ILO'nun bu yazının konusu içine giren başka sözleşmeleri de vardır. Bunlar 1985 tarihli ve 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetleri Sözleşmesi, 1960 tarih ve 115 sayılı İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunma Sözleşmesi, 1963 tarihli ve 119 sayılı Makinelerden Korunma Sözleşmesi, 1977 tarihli ve 148 sayılı Çalışma Ortamı Sözleşmesi, 1979 tarih ve 152 sayılı Dok İşçileri için İş Güvenliği ve Sağlığı Sözleşmesi bunların belli başlılarıdır.

T.C., bu sözleşmelerden sadece 115 ve 119 sayılı sözleşmeleri onaylamış ve iç hukukuna dahil etmiştir. Bu sözleşmelerden 155 ve 161 sayılı sözleşmeler üye ülkeleri iş güvenliği ve sağlığının korunması hususunda en fazla temsil yetkisini haiz işçi ve işveren örgütleriyle danışarak bu alanda ulusal politika belirlemelerini öngörmektedir.

Demek oluyor ki, ILO, İş Sağlığı ve Güvenliği konusunda ortaya koyduğu ilkeleri göz önünde bulundurmak kaydıyla her üye ülkenin kendi ulusal şartlarına uygun bir iş sağlığı ve güvenliği politikası ve programı belirlemesini öngörmektedir.

2. AB Standartları

AB Kurucu Antlaşması'nın 1997 tarihli Amsterdam Zirvesi'nde yeniden kaleme alınan şekilde, yüksek seviyeli bir istihdam ve sosyal koruma, Topluluğun birinci hedefleri arasında gösterilmiş (md. 2), md. 137'de ise Topluluğun, işçilerin sağlık ve güvenliğini korumak için özellikle çalışma ortamının iyileştirilmesi, çalışma koşulları, işçilerin bilgilendirilmesi ve işçilere danışılması, işgücü pazarından dışlanan kişilerin entegrasyonu, işyerinde kadın ve erkekler arasında eşit davranılması konusundaki faaliyetlerinde üye ülkelerin destek olacağı öngörülmüştür. AB'nin bu hedeflerine ulaşmada yararlandığı en önemli enstrümanlar Konsey'in ya da Komisyon'un çıkardığı yönergelerdir⁵.

a) 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge

12 Haziran 1989'da Bakanlar Konseyi tarafından onaylanıp 1.1.1993 den itibaren yürürlüğe konulan Yönerge, Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Önlemler Alınmasına İlişkin Çerçeve Yönerge başlığını taşımaktadır. Yönergenin 16'ncı maddesi ekli listede sayılan bazı özel risklerin korunmasına yönelik bir dizi bireysel yönerge çıkarılmasını öngörür. Md. 16'ya ekli listede sayılan riskler ise şunlardır:

- İşyerleri,
- İş donanımı,
- Kişisel koruyucular,
- Ekranlı çalışmalar,
- Sırt incinme riski taşıyan ağır yüklerin taşınması,
- Geçici veya hareketli işyerleri,
- Balıkçılık ve tarım.

Bu risklerle ilgili bireysel yönergeler çıkarılmış olsa bile söz konusu Çerçeve Yönerge bu yönergelerin kapsamına giren tüm alanlarda uygulanma gücüne sahiptir.

Yönergenin amacı işçilerin çalışmakta iken sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesini teşvik edici önlemler alınmasıdır. Bu amaçla Yönerge, mesleki tehlikelerin önlenmesi, sağlık ve güvenliğin korunması, kaza ve tehlike faktörleri, bilgilendirme, danışma, dengeli katılım ile işçi ve temsilcilerinin eğitimi konusunda genel ilkeleri ve bu ilkelerin uygulanması konusunda ana yöntemleri içerir (md. 1). Yönerge, üye ülkelerde ve Birlik içinde yürürlükte olan işçilerin sağlık ve güvenliğinin korunması için daha ileri hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez. Yönerge, kendine özgü faaliyet özellikleri olan silahlı kuvvetler, polis teşkilatı ve sivil savunma dışında kalan tüm kamu ve özel sektör işçi ve işverenlerine uygulanır (md. 2). Yönergedeki genel ilkeler, doğrudan doğruya işteki işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması ile ilgili hükümler ve bu korumanın ayrılmaz bir parçası sayılan kurumsal yapılanma ve yöntemlerle ilgili hükümler olarak ikiye ayrılabilir. Yönergenin başlangıç kısmındaki ifadeden tüm mesleki riskleri kapsadığı anlaşılmaktadır⁶.

Yönergenin İşçi ve İşverenlere Yüklediği Yükümlülükler:

Yönergenin 5–12 maddeleri işverenlere geniş bir yükümlülükler listesi yüklerken işçilerin yükümlülükleri sadece 13 md. de sayılanlarla sınırlı bırakılmıştır.

aa) İşçilerin yükümlülükleri: Buna göre işçiler, aldıkları eğitime ve işverenin talimatlarına göre işyerindeki fiil ve davranışlarından etkilenmiş olan diğer kişilerin olduğu kadar kendi sağlık ve güvenliklerinden de sorumlu olarak hareket edeceklerdir. Bu amaca uygun olarak makine, araç ve gereçleri, tehlikeli maddeleri, ekipmanın taşınmasını ve diğer üretim yöntemlerini, kendilerine verilen ki-

şisel koruyucuları, makine, araç ve gereçlerle bina ve fabrikadaki koruyucuları doğru kullanacaklar, rasgele değiştirmek ve çıkartmaktan kaçınacaklar, korunma önlemlerindeki eksiklikler nedeniyle ciddi ve acil bir tehlike gördüklerinde işvereni veya işçi sağlığı ve iş güvenliği temsilcilerini derhal haberdar edecekler, bu önlemlerin alınması konusunda işçi sağlığı ve güvenliği temsilcileri ile işbirliği halinde olacaklar, işverene ve işçi sağlığı ve iş güvenliği temsilcilerine yasalar çerçevesinde çalışma ortamının ve çalışma koşullarının güvenli olması hususunda yardımcı olacaklardır. Böylece işçilere sadece bazı yükümlülükler yüklenmiş ancak bunlara uyulmaması halinde bir sorumluluk getirilmemiştir.

bb) İşverenlerin yükümlülükleri: Yönerge uzun bir liste halinde işveren yükümlülüklerini ve sorumluluklarını tespit etmiştir. Bu çerçeve içinde “İşverenlerin Genel Yükümlülükleri” başlığını taşıyan 6 maddeye göre:

1) İşveren, sorumlulukları çerçevesinde çalışanların sağlığını ve güvenliğini korumak, mesleki tehlikeleri önlemek, bilgilendirme, eğitim ve gerekli örgütlenme için her türlü önlemi alacaktır.

2) İşveren, 1. fıkradaki önlemleri aşağıdaki genel ilkelere uygun olarak alacaktır.

- a) Tehlikelerden kaçınma,
- b) Önüne geçilemeyen kaçınılmaz tehlikeleri değerlendirmek,
- c) Tehlikelerle kaynağında mücadele etmek,
- d) İşleri kişilere uygun hale getirme, özellikle işyeri tasarımında, iş makinası, çalışma ve üretim yöntemi seçimlerinde, üretim temposunun sağlığa etkilerini göz önünde tutmak ve monotonluğunu azaltmak,
- e) Teknik gelişmelere uyum sağlamak
- f) Tehlikelilerin yerine tehlikesizleri veya daha az tehlikelileri ikame etmek,
- g) Çalışma ortamına ilişkin tüm koşulları, teknolojiyi, iş organizasyonunu, çalışma koşullarını ve sosyal ilişkileri bir arada değerlendirerek birbirini destekler mahiyette tedbirler politikası geliştirmek,
- h) Toplu korunma önlemlerine kişisel korunma önlemlerinden daha çok öncelik vermek,
- i) İşçilere uygun talimatları vermek.

3) Bu yönergenin diğer hükümlerine hâlel getirmeksizin, işveren, işletmenin veya kuruluşun faaliyetlerinin niteliğini göz önünde tutarak;

a) Kullanılan kimyasal maddeler veya karışımların, iş makinelerinin seçimi, işyerlerinin uygunluğu yönünden işçi sağlığı ve iş güvenliği tehlike değerlendirmesi yapacaktır.

Bu değerlendirme sonucunda uygulanan önlemler ve üretim metotları aşağıdaki koşulları sağlamalıdır:

- İşçi sağlığı ve iş güvenliği koruma düzeyinin yükseltilmesi

- İşletmenin tüm hiyerarşik düzeyine entegre olması

b) Bir işçiye sağlık ve güvenlik yönünden bir görev verilirken onun yetenekleri göz önünde tutulmalıdır.

c) Yeni teknolojinin planlanması ve kullanımında, araç ve gereç seçiminde, çalışma ortamı ve koşulları konusunda işçiler veya temsilcileri ile istişarede bulunulmalıdır.

d) Ciddi ve belirgin tehlikelerin olduğu yerlerde sadece yeterli eğitimi almış işçilerin girmesi için uygun önlemler alınmalıdır.

4) Bu Yönergenin diğer hükümlerine hâlel getirmeksizin, bir işyeri birkaç işveren tarafından paylaşılırsa, işverenler işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini ortaklaşa uygulayacaklar, bir diğerini bu konularda haberdar edecekler, işçi ve temsilcilerine tehlikeler konusunda bilgi verecekler ve alınan önlemleri koordine edeceklerdir.

5) İşçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda hiçbir önlem işçilere mali yük getirmeyecektir.

Bu çerçeve içinde işverenin yükümlülükleri aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir:

- Bilgilenmiş ve güncel olma: Yönergenin başlangıç hükümleriyle birlikte ele aldığımızda işverenin bu yükümlülüğü, 1) işyerinin tasarımına ilişkin konularda en son teknolojik ve bilimsel gelişmelerden haberdar olma, 2) işyerindeki sağlık ve güvenlik riskini iyi tanımak ve değerlendirmek, 3) işyerindeki işçilerin sağlık ve güvenlik konusundaki bilgi ve yeteneklerinden haberdar olma şeklinde üçe ayırarak ifade edilebilir.

- İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma: Bunlar, önüne geçilebilir nitelikteki risklerin önüne geçme ve önüne geçilemeyenlerin ise tehlike derecesini azaltmak görevidir. Sağlık ve güvenliği tehdit eden risklerin önüne geçmek için strateji planlama: Bunlar da md. 7'de sayılmışlardır.

İşverenin ayrıca ilk yardım, yangın söndürme

ve bu durumda işçilerin işyerini boşaltmaları için gerekli önlemleri alma, bu konuda dışarıdan hizmet alma durumunda gerekli bağlantıları kurma gibi yükümlülükleri de vardır (md.8).

- Çalışanları eğitme ve yönlendirme: Bunlar md. 12'de belirtilmişse de işçilere uygun görev talimatlarını verme (md. 6/2 i) ile uygun görev talimatlarını alan işçilerin bu görevin ciddi olduğunu anlayabilme yeteneğine sahip olup olmadığını bilmek de (md. 6/3 c) bu yükümlülük kapsamına girerler.

- İşçilerin yönetime katılması ve onlarla istişare ve tartışma: İşverenler, işçiler veya temsilcilerine işçi sağlığı ve güvenliği konularında danışacaklar ve bu konularda onların görüşlerini alacaklardır. Diğer teferruat md.11'de ele alınmıştır.

- Çalışanları bilgilendirme: İşverenler yasalar çerçevesinde işletmenin büyüklüğü göz önüne alınarak, işçilerin veya temsilcilerinin tüm gerekli bilgileri almaları için gerekli önlemleri almak ve işyerindeki faaliyet türleri ile ilgili konularda koruyucu ve önleyici önlemlerle ilgili bilgiyi vermekle yükümlü tutulmuşlardır (md. 10).

- Kayıt tutma ve rapor verme: Yönerge işverene ayrıca, işyerinde işçi sağlığı ve güvenliği risk değerlendirmesi yapma, bunlara maruz kalan işçileri gruplara ayırma, işe uzun süre devamsızlık yaratan iş kazaları ve meslek hastalıklarının listesini tutma ve yetkili makamlara işyerindeki kazaları ve meslek hastalıkları hakkında rapor verme yükümlülüğü de yüklemiştir (md. 9).

- İkame yükümlülüğü: 89/391 sayılı Yönerge'nin işverene yüklediği önemli bir yükümlülük de md. 6/2 f de öngörülen "Tehlikelilerin yerine tehlikesizleri veya daha az tehlikelileri ikame etme "yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe "ikame ilkesi" denir⁷. Bununla işveren makine, araç ve gereç kimyasal madde, malzeme vs. seçerken işçilerin sağlık ve güvenliğini tehdit etmeyecek, hiç olmazsa asgari ölçüde tehdit edecek makine veya maddeleri seçmeye yönlendirilmektedir. Bazı işverenlerin sırf daha ucuz diye uygulamada tehlike arz eden araç ve gereçleri veya malzemeyi tercih ettikleri sıkça gözlenmektedir. Oysa bu davranış işvereni bir iş kazası durumunda sorumluluktan kurtarmaz. İşverenin işyerinde kullanılan araç ve gereç ile malzemenin ortaya çıkardığı riskleri minimize etme yükümlülüğü Yönergenin sosyal boyutunu oluşturur⁸.

Yönerge, işvereni işyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmamasından dolayı sorumlulu tutmuş ve bunun kapsamını “outsourcing” yoluyla dışarıya (alt işverenlere) verilen işlerde çalıştırılanlara kadar genişletmiştir (md. 5). Ayrıca işveren işyerindeki tehlikeli durum devam ettiği sürece işçilerden işe devam isteyemeyeceği gibi, bu nedenle işyerini terk eden işçinin dezavantajlı bir duruma düşmesini de engellemiştir (md. 8/3, 4).

b) Bireysel Yönergeler

89/391 sayılı Çerçeve Yönerge'nin 16. maddesi kapsamında bugüne kadar 19 Yönerge çıkarılmış bulunmaktadır. Yönergelerin dışında bir dizi komisyon kararı, komisyon görüşü ve komisyon tavsiyesi de bulunmaktadır. Çerçeve Yönergenin çıkarılmasını öngördüğü bireysel yönergeleri (md. 16) “Teknik Anlamda İş Güvenliği Yönergeleri”, “Tehlikeli Maddelere Karşı İş Güvenliği Yönergeleri” ve “Sosyal Açıdan İş Güvenliği Yönergeleri” olarak üç gruba ayırabiliriz⁹. Teknik açıdan iş güvenliği ile ilgili olanlar işyerinde kullanılan malzeme, makine, araç ve gereçlerin işçiler için güvenli olmasını ifade eder. Tehlikeli maddelere karşı iş güvenliği yönergeleri ise işte kullanılan ya da işyerinde bulunan tehlikeli madde ve araçlara karşı işçilerin korunmasını hedefler. Sosyal açıdan iş güvenliği yönergeleri de belirli işçi gruplarının özelliklerinden ötürü veya belirli iş ilişkileriyle çalışan işçilerin korunmasına yöneliktir.

Ayrıca, bu düzenlemeler yapılırken işverenler, araç, gereç ve malzeme seçimi yaparken AB Kurucu Antlaşması'nın “mevzuatın yakınlaştırılması” başlıklı 95. maddenin 3. paragrafındaki “Komisyon 1. paragrafta öngörülen sağlık, güvenlik, çevrenin ve tüketicinin korunmasına ilişkin önerilerinde, özellikle bilimsel gerçeklere dayalı yeni gelişmeleri göz önünde tutarak yüksek düzeyli bir korumayı esas alır.” ifadelerini göz önünde tutarak hareket etmekle yükümlü tutulmuştur¹⁰.

aa) Teknik Açıdan İş Güvenliği Yönergeleri:

Teknik açıdan iş güvenliği yönergeleri, Topluğun ilk yıllarında işin doğası gereği en tehlikeli branşları (kömür madenciliği, çelik üretimi vs.) kapsıyordu. Daha sonra diğer alanlar için de koruyucu iş güvenliği hükümleri yürürlüğe girdi. Teknik açıdan iş güvenliği hükümlerinde izlenen yol öncelikle genel geçerli asgari güvenlik koşullarının

belirlenmesidir. Bu yönergeler, işçinin işte kullandığı çalışma araçlarına (üretim) yönelik güvenlik koşullarını ilgilendirir¹¹.

Bu grupta yer alan en önemli yönerge 14.6.1989 tarihli 89/392 sayılı Yönergedir. Daha sonra 93/68 sayılı Yönerge ile değişikliğe uğramış olan bu Yönerge “Makinalar Konusunda Üye Devletlerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Yönergesi” başlığını taşır. Bu Yönerge araç, gereç ve makinalarda uyulması gereken temel sağlık ve güvenlik koşullarını içerir. Yönerge her üye devleti makina, araç ve gereçlerin bu koşullara uygunluğunu tespit işlemini kendi belirleyeceği yöntemlerle yapmak hususunda serbest bırakmıştır. EC işaretini ve AB standartlarına uygun olduğuna dair ibareyi taşıyan bir makine veya araç Yönergenin sağlık ve güvenlik koşullarını yerine getirmiş sayılır ve piyasaya sürülebilir. Bir üye devletin bu koşulları karşılayan bir makine ya da araç ve gerecin piyasaya sürülmesini engelleme hakkı bulunmamaktadır¹².

Bu gruptaki diğer yönergeler sırasıyla, İşyerinde Bulunması Gerekli Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hak. 89/654 sayılı Yönerge (1. Yönerge),

- Makine, Araç ve Gereçlerde Bulunması Gerekli Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hak. 89/655 sayılı Yönerge (2. Yönerge) ve 95/63 ve 2001/45 sayılı Yönergeler ile değişik),

- 90/270 sayılı Ekranlı Ünitelerde Çalışmaya İlişkin Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Konsey Yönergesi (5. Yönerge),

- İşte Kullanılan Koruyucu Malzemede Bulunması Gerekli Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hak. 89/656 sayılı Yönerge (3. Yönerge),

- Sırtta Arıza Yaratma Riski Taşıyan Ağır Yük Kaldıran İşçiler İçin Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hak. 90/269 sayılı Yönerge (4. Yönerge),

- Geçici Yapı İşlerinde Alınması Gerekli Asgari Sağlık ve Güvenlik Yönergesi (92/57 sayılı 8. Yönerge),

- İşyerlerinde Bulunması Gerekli Sağlık ve Güvenlik İşaretleri Yönergesi (92/58 sayılı 9. Yönerge).

bb) İşyerinde Bulunan veya Kullanılan Tehlikeli Maddelere Karşı İş Güvenliği Yönergeleri:

Bu bölüme giren yönergelerin belli başlıları: İşte Kanserojen Risklere Karşı İşçilerin Korunması Hak. 90/394 sayılı Yönerge (6. Yönerge, 1999/38 sayılı Yönerge ve 2004/37 sayılı Yönerge ile değişik),

- İşte Biyolojik Unsurların Yarattığı Risklere Karşı İşçilerin Korunması Hak. 90/679 sayılı Yönerge (2000/54 sayılı Yönerge ile değişik 7. Yönerge),

- İşte Kullanılan Kimyasal Maddelerin Yarattığı Risklere Karşı Koruma Yönergesi (98/24) (2000/39 ve 2006/15 sayılı Yönergeler ile değişik 14. Yönerge),

- Patlayıcı Maddelerle Çalışılan İşyerlerinde Çalışan İşçilerin Korunması İçin Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hak. Yönerge (2002/44 sayılı 16. Yönerge),

- Gürültüden Doğan Risklere Karşı İşçilerin Korunması İçin Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hak. Yönerge (2003/10 sayılı 17. Yönerge olup 86/188 sayılı önceki Yönergeyi değiştirmiştir),

- Asbeste Maruz İşçilerin Risklerden Korunmasına Dair 83/477 sayılı Konsey Yönergesi (2003/18 sayılı Yönerge ile değişik),

- Önemli Kazalara Yol Açma Riski Taşıyan Tehlikeli Maddelerin Kontrolü Hakkında 2003/105 sayılı (96/82'yi değiştiren) Yönergeyi ve Yüksek Aktiviteye Sahip Olduğu Onaylanmış Olan ile Başboş Radyoaktif Kaynakların Kontrolü Hak. 2003/122 Euratom sayılı Yönergeyi de buraya eklemek gerekir.

En son olarak 29.4.2004'te Elektromanyetik Alanlardan Doğan Risklere Maruz İşçilerin Korunmasına İlişkin İş Sağlığı ve Güvenliği Asgari Koşullarına Dair Konsey Yönergesi (2004/40) 18. Yönerge, 5.4.2006'da ise Yapay Optik Radyasyon Risklerine Maruz İşçilere İlişkin En Az İş Güvenliği ve Sağlığı Yönergesi (2006/25) de 19. Yönerge olarak çıkarılmıştır.

1986 tarihli Avrupa Tek Senedi ve 89/391 sayılı Çerçeve Yönergenin kabulünden önce çıkartılan yönergeler arasında 83/477 sayılı İşyerinde Asbest Kullanımından Doğan Risklere Karşı İşçilerin Korunması Hak. Yönerge (91/382 sayılı Yönerge ile değiştirildi) ve İşçilerin Çalışma Esnasında Kimyasal, Fiziki ve Biyolojik Maddelerin Risklerinden Korunması Yönergesi (80/1107) sayılabilir.

cc) Sosyal Açından İş Güvenliği Yönergeleri:

Bu sınıfa giren yönergeler belirli işçi gruplarının ya da belirli iş ilişkileriyle çalışan işçilerin korunmasına hizmet ederler.

İşyerinde Gebe, Loğusa ve Emzikli İşçilerin Sağlık ve Güvenliklerinin Korunmasına ve İyileştirilmesine İlişkin Yönerge (92/85), Genç İşçilerin Ko-

runmasına İlişkin Yönerge (94/33), Maden İşkolunda Çalışan İşçilerin Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi için Asgari Koşullar Hak. Yönerge (92/91), Madenlerin Yerüstü ve Yeraltı İşlerinde Çalışan İşçilerin Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi İçin Asgari Koşullar Hak. Yönerge (92/104), Balıkçı Teknelerinde Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerinin Sağlanması için Asgari Koşullar Hak. Yönerge (93/103), Belirli Süreli veya Geçici İş İlişkisi ile Çalışan İşçilerin Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine Yönelik Önlemlerin Özendirilmesi Hak. Yönerge 91/383) bunlar arasında sayılabilir¹³.

Bu vesile ile ekleyelim ki, günümüzde iş sürelerinin düzene bağlanması konusu da iş sağlığı ve güvenliği kavramına dahil edilmektedir. Çünkü iş sürelerinin işçinin sağlığını tehlikeye düşürecek ve özel yaşamını bozacak şekilde düzenlenmesi ihtimal dahilindedir¹⁴.

Ekleyelim ki, AB'nin 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesi ve buna istinaden çıkarılan bireysel yönergeleri pek çok Avrupa ülkesinin iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerine örnek teşkil etmiştir. Örneğin Almanya'nın 1996 tarihli Çalışmayı Koruma Yasası Çerçeve Yönergeyi model alarak hazırlanmış ve hükümete AB düzenlemeleriyle ters düşmemek kaydıyla iş sağlığı konusunda idari düzenleme yapma yetkisi vermiştir (md. 19). Birleşik Krallıkta uygulanan 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası, 89/391 sayılı AB Yönergesinden çok önce kabul edilmiş ise de yönerge gibi bir semsiye kanun niteliğinde hazırlanmış ve bu konuda oldukça ileri hükümler taşıyan bir kanundur. Yine de 89/391 sayılı Yönerge uyarınca 1993-1999 yılları arasında özel tür risklerle ilgili bir dizi yönetmelik çıkarılmış bulunmaktadır¹⁵.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı AB mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde 89/391 sayılı AB Yönergesi esas alınarak hazırlanan fakat Danıştay'ca 16.5.2006'da iptal edilen İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin yanı sıra yine bu yönetmelik hükmüne uygun olarak tıpkı AB'de yapıldığı gibi 2003 ve 2004 yılları arasında bireysel nitelikli risklere ilişkin 17 iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliği daha kabul etmiş bulunmaktadır¹⁶.

c) AB Komisyonu'nun 2007-2012 Dönemi Stratejisine İlişkin Bildirisi

İş sağlığı ve güvenliğinin AB sosyal politikası

nın en önemli ve en üst hedeflerinden biri olduğuna işaret eden Komisyon 2007 Şubat'ında Konseye ve Avrupa Parlamentosuna sunduğu bir bildiriye 2007–2012 yılları arasında AB'ye üye ülkeler nezdinde bu alanda uygulanacak stratejinin ana hatlarını belirlemiştir (Communication From Commission To the Council and the European Parliament, Brussels 21.2.2007). Söz konusu stratejiyi şöylece özetleyebiliriz:

- İşçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak 2002–2006 dönemini kapsayan Topluluk stratejisi belirlenirken işyerlerinde yaşanan değişiklikler ve ortaya çıkan yeni riskler (özellikle psikolojik nitelikli) göz önünde tutularak hareket edilmiş ayrıca iş kazaları ve meslek hastalıklarının insan boyutu yanında ekonomiye olumsuz etkileri de göz önünde bulundurulmuştur. İş ortamında iş güvenliği ve sağlığının iyileştirilmesi sonuçta tüm toplumun da sağlıklı olması sonucunu doğuracaktır. 2002–2006 stratejisi çerçevesinde alınan önlemler meyvelerini vermiş, o

- İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği konularına gevşek yaklaşımlarını değiştirme, işverenleri bu konuda teşvik hususları göz önünde bulundurulacaktır.

Modern ve etkin bir iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının hazırlanması da başlıca hedefler arasındadır. Bu alanda özellikle KOBİ'lerde ve yüksek riskli sektörlerde, genç, niteliksiz ve belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçiler arasında görülen eksiklikler ve sorunlar işçilerin eğitim ve bilgilendirilmesine, bilginin daha iyi yayılmasına, kolay ve pratik yoldan kaliteli danışmanlık hizmeti alınmasına ve önem verilmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır. Özellikle 89/391 sayılı Yönergenin md.6 fıkra 6'daki yükümlülüğün (dışarıdan danışmanlık hizmeti alma) yerine getirilmesinde kalite ve uygulama farklılıkları olduğu görülmektedir. AB müktesebatının (acquis) ve mevzuatının üye ülkelerde uniform bir biçimde uygulanmasını sağlama, ulusal mevzuatın daha basit kaleme alınması, değişiklik ve ihtiyaçlara çabuk adapte olabilecek esnekliğe

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) 2020 yılında dünyada iş göremezliğin birinci nedeninin mental çöküntü ve depresyon olacağı tahmininde bulunmaktadır.

zaman 15 üyeli AB'de ölümcül kazalar % 17, iş kazası nedeniyle uğranılan işgücü kaybı % 20 azalmıştı. Ancak yine de AB'de pek çok işçi, iş güvenliği ve sağlığının olumsuz yönünün tehdidi altındadır. Mesleki riskler uniform bir biçimde azaltılamamış, genç, yaşlı ve göçmen işçiler diğerlerine oranla daha güvensiz bir ortamda çalışmaktadırlar. Bu alanda yaşanan engeller ise demografik değişim, nüfusun yaşlanması, yeni çalışma biçimlerinin ortaya çıkması, bağımsız çalışmanın, dış kaynak kullanımının ve KOBİ'lerde çalışmanın artması, Avrupa'ya yeni ve daha büyük oranda göç dalgası, kadınlara karşı ayrımcılığın devam ediyor olması, yeni mesleki hastalıkların (kas-kemik rahatsızlıkları, enfeksiyonlar, psikolojik, stres kaynaklı hastalıklar) ortaya çıkması. Bunun sonucunda 2007-2012 Topluluk Stratejisini belirlerken 27 üyeli AB'de, iş kazalarının yüz bin işçide %25 oranında azaltılması hedeflenmiştir. Bu hedefe ulaşmada;

- AB mevzuatının eksiksiz uygulanması
- KOBİ'lerin de istisnasız olarak mevzuat kapsamına alınması

sahip olması da amaçlanmaktadır. İlginç bir öneride, bu kapsamda dağınık halde bulunan sağlık ve güvenlik yönergelerinin daha basite indirgenerek tek bir düzenleme altında toplama olanağının araştırılmasıdır. Ancak bu yapılırken mevcut koruma düzeyinin kalitesi düşürülmemelidir.

Üye devletler ulusal stratejilerini belirlerken ülkelerindeki iş kazaları ve meslek hastalıklarını azaltma hedefi içinde sektörlerin ve işletmelerin en çok rastlanan risklere ve riske en fazla maruz çalışan kesimlerine odaklanmalarını sağlamalıdır. Bu çerçevede önleyici sağlık kontrolünün, işçilerin rehabilitasyon ve entegrasyonunun iyileştirilmesi, sosyal ve demografik değişikliklerin izlenmesi, sadece çalışma ortamında değil, tüm toplum sağlığının iyileştirilmesi için her alanda etkin koordinasyon sağlanmalıdır. Komisyon bu noktada 2007 tarihli Yeşil Kitap'ta yayımlanan önerilerin sonuçlarının ışığı altında "Sigara Dumansız Bir Avrupa'ya Doğru" ve "Zihinsel Sağlıklı Bir Avrupa'ya Doğru" şeklinde sloganlaşan hedeflerinin gerçekleştirilmesine de çalışacaktır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO)

Son Taslak bir önceki yasa taslağından daha özenle hazırlanmış, hukuki kavramlar daha dikkatli kullanılmıştır.

2020 yılında dünyada iş göremezliğin birinci nedeninin mental çöküntü ve depresyon olacağı tahmininde bulunmaktadır. Bu nedenle iş kaynaklı stresle mücadele edilmelidir. Bir başka öneri de iş sağlığı ve güvenliği risklerinin azaltılması amacıyla her düzeyde eğitime önem verilmesidir. Bir başka ifade ile okullara, meslek okullarına ve üniversitelere bu alanda dersler konulmasıdır. Ayrıca işletmelerde iş güvenliği ve sağlığı önlemlerine ilgiyi arttırmak ve bu önlemlerin alınmasını sağlamak için önelici ekonomik teşviklerin geliştirilmesi önerilmektedir. İşletmelerde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması alanında yapılan yatırımlar, elde edilen olumlu sonuçlar ölçü alınarak sigorta primlerinin indirilmesi, işletmelere mali yardım yapılması gibi teşvikler düşünülebilir. Nihayet iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve iyileştirilmesi için ILO, WHO gibi uluslararası örgütlerle işbirliği yapılmalıdır.

III. TASLAĞA KADAR GEÇEN SÜREÇ

Yukarıda belirtildiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra Kanunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerini uygulama esaslarını gösteren yönetmelikler çıkarılmış ve bu konuda AB'nin (başta 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesi olmak üzere) iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönergeleri esas alınmıştır. Bu yapılırken de gerek 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge gerekse bireysel risklere ilişkin yönergelerin birebir tercümesi yoluna gidilmiştir. Böylece 17 yönetmelik yayımlanmıştır¹⁷. Ancak AB Çerçeve Yönergesinin tercümesi niteliğindeki 9.12.2003 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin Danıştay 10'uncu Dairesi'nce önce yürütmesi durdurulmuş (24.5.2004, E. 2004/1942) sonra da Yönetmelik, 4857 sayılı Yasa'nın 78'inci maddesi uyarınca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili ilkelerin öncelikle üst hukuk normu olan bir tüzükle düzenlenmeksizin doğrudan yönetmelikle düzenlenmesi yasa hükmüne aykırı bulunarak iptal

edilmiştir (Danıştay. 10'uncu Dairesi, 16.5.2006, E. 2004/1942, K. 2006/3007).

Danıştay 10.HD bu karardan önce de İşyeri Sağlık Birimleri ve İşyeri Hükümlerinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 18, 19, 20, 25 ve 26'ncı maddelerinin de (önce yürütmesini durdurmuş ardından) iptaline karar vermiştir (28.2.2006, E. 2004/1253, K. 2006/1658). İş Güvenliği ile Görevli Mühendis veya Teknik Elemanların Görev Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik de sözü edilen yönetmelikle aynı kaderi paylaşmış ve 12 maddesi Danıştay'ca iptal edilmiştir (10. Daire, 28.3.2006, E. 2004/6075, K. 2006/2159). 9.12.2003 tarihli Yönetmeliğin iptali üzerine Bakanlık bu kez temel ilkelerin Tüzükle düzenlenmesi gereğinden hareketle "İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü Taslağı" hazırlamış ve görüş için Danıştay'a göndermiştir. Ne var ki iptal edilen yönetmelik hükümleri ile hemen hemen aynı hükümleri içeren bu tüzük taslağı da yine Danıştay tarafından tüzüğün soyut ve yetersiz hükümler içerdiği, yeterli koruyucu hükümler içermediği, uygulamada tereddütlere ve karışıklıklara yol açabileceği gerekçesiyle hukuka aykırı görülerek Bakanlığa iade edilmiştir¹⁸.

Tüm bu yargısal gelişmelerden sonra Bakanlık geçtiğimiz yıl bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı hazırlamış fakat akademik çevrelerden gelen yoğun eleştiriler üzerine¹⁹ Bakanlık yeni bir Tasarı Taslağı hazırlamıştır. Biz bu yazımızda son Taslağı yani İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağını ILO ve AB normları açısından değerlendirmeye çalışacağız.

Hatırlatmak isteriz ki, 15.5.2008'de kabul edilen ve kamuoyunda İstihdam Paketi olarak anılan 5763 sayılı "İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" 4857 sayılı Kanun'un bazı maddelerini değiştirmiş ya da başka kanunlara göndermiştir. Bu arada İş Kanunu'nun "İş Sağlığı ve Güvenliği" başlıklı beşinci bölümünde de bazı değişiklikler yapmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağının getirmek istediği sisteme uygun olduğu anlaşılan bu değişiklikler şunlardır: İş sağlığı ve güvenliği yönetmelikleri ile ilgili md. 78 yeniden kaleme alınarak bu yönetmeliklerin hangi konuları kapsayacağı yeniden belirlenmiştir. İş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik adamlarla ilgili md. 82 yürürlükten kaldırılarak bu

Taslak hem özel hem de kamu sektörüne ait tüm işleri ve işyerlerini kapsamına almakta ve bu işyerlerinin çalışanlarına, işverenlerine ve işveren vekillerine uygulanmayı öngörmektedir.

personel yeni başlığı “İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri” olan md. 81 içine alınmıştır. Md. 81’in eski başlığı “İşyeri hekimleri” idi. Ancak işverenin işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü devam etmektedir. Bunun yanında işverenin işyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmaya yönelik şartlar ve esaslar ile burada çalıştırılacak personelin atanma yöntem ve görevleri yeniden belirlenmiştir. Maddenin yeni şeklinde işverenlerin ortak sağlık birimi oluşturabilecekleri, işletme dışından sağlık ve güvenlik hizmeti alabilecekleri de öngörülmüştür.

IV. TASLAĞIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu konuda göze çarpan ilk şey Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca hazırlanan son taslağın genel olarak AB’nin 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesine, dolayısıyla Danıştay 10’uncu Dairesi’nin 16.5.2006 tarih ve E. 2004/1942, K. 2006/3007 sayılı Kararıyla iptal edilen İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği hükümlerine olan benzerliğidir. Mamafih son Taslak bir önceki yasa taslağından daha özenle hazırlanmış, hukuki kavramlar daha dikkatli kullanılmıştır. Taslak kanunlaştığında artık İş Kanunu’nun başta 5’inci bölümüne dahil hükümleri olmak üzere iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüm hükümleri yürürlükten kaldırılmış olacaktır. Yine de Taslağın 89/391 Yönergesine uydurulması uğruna ülke şartlarıyla pek bağdaştığı da söylenemez. Ayrıca tereddüt yaratabilecek ya da tekrar niteliğinde hükümler gene vardır. Sekiz bölüm altında hazırlanmış olan Taslağı değerlendirirken yer yer bazı yabancı hukuk düzenlemeleriyle karşılaştırma yapmaya da çalışacağız.

1. Taslağın Amacı ve Kapsamı

Taslağın 1’inci maddesi Kanunun amacını iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, mesleki “riskle-

rin önlenmesi, risk ve kaza faktörlerinin ortadan kaldırılması, sağlık ve güvenlik şartlarının sürekli olarak iyileştirilmesi için alınacak koruyucu ve önleyici tedbirler ile bu konularda eğitim, bilgilendirme, çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımının sağlanmasını düzenlemek” olarak açıklamıştır. Amaç İş Kanunu’nun 77’inci maddesini andırmaktadır.

Görülüyor ki Taslak, iş güvenliği ve sağlığının korunması ve geliştirilmesi açısından bir yandan işverene işçilerini bilgilendirme ve eğitime yükümlülüğü yüklerken, öte yandan çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımının sağlanmasını amaçlamaktadır. Kısacası Taslak, katılımcı bir yaklaşımla hazırlanmıştır. Bu yaklaşım 89/391 Yönergesiyle uyumludur.

Taslak hem özel hem de kamu sektörüne ait tüm işleri ve işyerlerini kapsamına almakta ve bu işyerlerinin çalışanlarına, işverenlerine ve işveren vekillerine uygulanmayı öngörmektedir. Taslak hükümleri çirak ve stajyerlere de uygulanacaktır (md. 2). İş sağlığı ve güvenliği önlemleri içine çirak ve stajyerlerin de dahil edilmesi hem 89/391 sayılı Yönerge hükümlerine hem de İş Kanunu’nun 4/f ve 77/4 md. hükümlerine uygundur. Bu hükümlerin de 89/391 Yönergesiyle ters düşen bir yanı yoktur ve mantıklıdır. Çünkü çalışanın güvenlik ve sağlığının korunması işin özelliğinden kaynaklanan istisnai bazı durumlar dışında faaliyet konusu, çalışanın sıfatı gibi nedenlerle ayrıma tabi tutulamaz. O halde Yönerge gibi Taslak da geniş bir uygulama alanı öngörmektedir. Bununla birlikte Türk Silahlı Kuvvetleri’nin, genel kolluk savunma ve acil durum birimlerinin eğitim, tatbikat, afetlere müdahale faaliyetleri, sivil savunma ve acil durum birimlerinin eğitim, tatbikat, afetlere müdahale faaliyetleri ile ev hizmetleri ise kapsam dışında bırakılmıştır (md. 3).

Madde 2’de “çalışan” kavramı kullanılmıştır. Bununla iş sözleşmesiyle çalışan işçi kavramından daha geniş bir kesimin (sadece sözleşmeyle değil, seçilen, atama yoluyla göreve gelen kişilerin de) amaçlandığı anlaşılmaktadır. Kamu görevlisi, sözleşmeli personel, ödünç işçi, işçi temsilcisi gibi. Nitekim “Tanımlar” maddesinde (md. 4) “çalışan” “kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın bu kanun kapsamındaki kanun veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi” olarak tanım-

lanmıştır. Bu tanım oldukça geniş bir çalışan kavramını ifade etmektedir. Aynı maddedeki işveren, işveren vekili, alt işveren ve işyeri tanımları ise 4857 sayılı İş Kanunu md. 2'deki tanımlara benzetilmiştir.

2. İşverenin Yükümlülük ve Sorumlulukları

AB'nin 89/361 Yönergesindeki düzenlemeye benzer bir biçimde işveren yükümlülükleri Taslakta, işverenin genel yükümlülükleri ve sorumlulukları başlıklı II. bölüm altında bu konudaki genel ilkeler ve işverenin belli başlı yükümlülükleri olarak iki bölümde düzenlenmiş, diğer maddelerde de işverenlerin diğer yükümlülüklerinin ayrıntılarına girilmiştir.

a) İşverenin Genel Yükümlülükleri ve Uyacağı İlkeler

İşveren, işle ilgili her konuda çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamakla ve bu amaçla çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamak için mesleki risklerin önlenmesi, onlara eğitim, bilgi verilmesi vs. her türlü önlemin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik önlemlerinin değişen şartlara uyumlu hale getirilmesi, mevcut durumun sürekli iyileştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak ve işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemekle yükümlü tutulmuştur (md. 6/1).

b) Genel İlkeler

İşveren yükümlülüklerini yerine getirirken şu ilkeleri göz önünde bulunduracaktır:

aa) Delegasyon yasağı: İşverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alması işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz hükmü getirilmiştir (md. 6/2). Bu ilke 89/391 sayılı AB Yönergesinde de aynen mevcut olup işin amacına uygun bir hükümdür. Başkasının fiilinden ya da dolaylı sorumluluk olarak tanımlanan bu sorumluluk (vicarious liability) Birleşik Krallık Hukukunda da mevcut olan önemli bir ilkedir. Bu hukuk sisteminde bir işveren, iş güvenliği ve sağlığına ilişkin yükümlülüklerden bu yükümlülüğün ifasını özenle ve dikkatle seçtiği baş-

ka kişilere bırakmış olsa dahi sorumluluktan kurtulamaz. Buna delegasyon yasağı ilkesi de (principle of non-delegation) denmektedir²⁰.

bb) Önlem alma ilkeleri: İşveren işyerinde iş güvenliği ve sağlığının sağlanmasında genel yükümlülüklerini yerine getirirken şu önlemlerin alınmasına dikkat edecektir (md. 7):

- Risklerden kaçınma,
 - Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etme,
 - Risklerle kaynağında mücadele etme,
 - İşin kişilere uygun hale getirilmesi ve bu amaçla işyerlerinin tasarımında iş ekipmanlarının, çalışma şekil ve üretim metotlarının seçiminde özen gösterilmesi,
 - Teknik gelişmelere uyum sağlama,
 - Tehlikeli olanları tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanlarla değiştirme (Buna ikame ilkesi denir),
 - Teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları vs. faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı genel bir önleme politikasını geliştirme,
 - Kişisel korunma önlemlerine öncelik,
 - Çalışanlara uygun talimat verme.
- Bu önlemler de 89/391 sayılı Yönergeyle (md. 6) uyumludur.

cc) İşin özelliğini göz önünde bulundurma: İşveren iş donanımı, kullanılan kimyasal maddelerin seçimi, işyerinin tertip ve düzeni gibi konular da dahil olmak üzere tüm riskleri değerlendirerek çalışanların sağlık ve güvenliğini en yüksek düzeyde korumak için çalışma şekil ve üretim yöntemlerini belirleyecek, çalışana görev verirken onun sağlık ve güvenlik yönünden bu işe uygun olduğunu göz önüne alacak, yeni teknoloji planlaması, iş donanımı, iş ortamı ve şartları bakımından çalışanların veya temsilcilerinin görüşlerini alacak, yaşamsal tehlike bulunan yerlere yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların girmemesi için gerekli önlemleri alacaktır (md. 8). Bu yükümlülükler AB'nin 89/391 sayılı Yönergesinde de esasen söz konusu edilmiştir (md. 6/3). Ayrıca iş tehlikelerine kişisel olarak karşı karşıya olan çalışanlar ve çalışma ortamına yönelik kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmalar yapmakla da yükümlüdür (md. 9/1).

dd) İşverenler arasında işbirliği ve koordinasyon: Bir işyerinin birden fazla işveren tarafından kullanılması durumunda işverenler iş sağlığı ve gü-

venliği ile iş hijyeni önlemlerinin uygulanmasında işbirliği yapmakla, birbirlerini riskler konusunda bilgilendirmekle, mesleki risklerden korunma açısından çalışmalarını koordine etmekle yükümlü tutulmuşlardır. Bu yükümlülük de 89/391 sayılı AB Yönergesine uyumludur. Taslak, fazladan olarak eğer ortada asıl işveren alt işveren ilişkisi olup da çalışmaları birbirlerini etkileyebilecek nitelikte ise koordinasyonu sağlama görevini asıl işverene vermiş, asıl işverenle alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ilgili olarak Taslakta getirilen yükümlülüklerden bu işverenlerin birlikte sorumlu olacaklarını öngörmüştür (md. 10). Bu çözüm hem İş Kanunu'nun alt işverenlikle ilgili sistemine, hem de Taslağın amacına uygun gözükmektedir.

ee) Üçüncü kişilerden hizmet alma: İşveren işçilerin sağlık ve güvenliğini korumakla ilgili görevlerini yerine getirirken bunu, ya kendi işyerinde

İş Kanunu md. 81 ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet alsa dahi işverenin işçilerine karşı İş Kanunu'ndan doğan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorumluluğunun yine de devam ettiğini öngörmekte iken Taslakta bu sözlere yer verilmemiştir. Bu sorumluluğun söz konusu olması için asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunması dahi şart değildir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti alt işveren işçilerinin özel hukuktan doğan haklarının daha etkin korunması bakımından getirilmiş olup bunun için her iki işverenin birlikte sorumluluğu sağlanmıştır. Oysa gerek İş Kanunu md. 81'in gerek İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarı Taslağının işverene yüklediği yükümlülükler kamu hukukuna ilişkin yükümlülüklerdir. Hatırlatalım ki Taslağın yürürlüğe girmesi ile İş Kanunu md. 81 mülga olacaktır. Bizce Taslağa işverenin sağlık biriminden ya da dışarıdan hizmet alması durumunda asıl iş-

Taslakta göze çarpan bir eksiklik İş Kanunu md. 81 ve 82'nin yürürlükten kalkması halinde bu maddelere istinaden çıkarılmış bulunan yönetmeliklerin akıbetinin ne olacağıdır.

bununla ilgili sağlık ve güvenlik birimleri kurarak ya da dışarıdan hizmet alarak yerine getirebilir.

aaa) İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmak: İşveren işyerinin büyüklüğünü, tehlike sınıfını, işin niteliğini ve çalışan sayısını dikkate alarak bir işyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla yükümlüdür. İşyeri sağlık ve güvenlik biriminde iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, işyeri hemşiresi ve gerekli diğer elemanlar görevlendirilir (md. 11/1). İşveren bazı şartlarla bu hizmeti birden fazla işverenin birlikte kuracağı ortak işyeri sağlık ve güvenlik biriminden de alabilecektir.

Bu hükümler 4857 İş Kanunu'nun 5763 sayılı Kanun'la değişik 81'inci maddesinde az çok benzer nitelikte mevcuttur. Mamafih İş Kanunu md. 81/2'de işverenin dışarıdan sağlık ve güvenlik hizmeti almasının sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağı öngörülürken incelediğimiz Taslakta "İşyeri dışındaki kişi ve/veya kuruluşlardan iş sağlığı ve güvenliği açısından koruyucu, önleyici mahiyette hizmet alınması ile asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz." hükmü getirilmiş bulunmaktadır. Her iki ifade tarzı birbiriyle çelişmektedir. Çünkü

veren alt işveren ilişkisinin kurulmuş olmayacağı hükmüne ek olarak İş Kanunu md. 81'deki ve 89/391 Yönergesindeki gibi işverenin dışarıdan iş sağlığı ve güvenliği hizmeti almasının bu alandaki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı öngörül-meliydi.

Taslaktaki en önemli farklılık, İş Kanunu'nda işyeri sağlık birimi kurma, işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı gibi elemanların görevlendirilmesi için işyerinde en az 50 işçi çalışma şartı aranmışken Taslakta 50 işçi şartının kaldırılmış olmasıdır. Zira Taslak, İş Kanunu md. 81'i dolayısıyla sınırlayıcı hükmü yürürlükten kaldırmaktadır. Bu hükmün ülke şartları açısından uygulanabilirliği kuşkulu olup KOBİ'leri sıkıntıya sokacağı görüşündeyiz. Bununla birlikte md. 11/1 işverenin işyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturma yükümlülüğünü işyerinin büyüklüğüne bağladığına göre işverenin işyerinin hangi büyüklüğe ulaştığında bu yükümlülüğünün doğacağı herhalde md. 33 kapsamında çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenecektir.

Taslakta göze çarpan bir eksiklik de İş Kanunu md. 81 ve 82'nin yürürlükten kalkması halinde bu

maddelere istinaden çıkarılmış bulunan yönetmeliklerin akıbetinin ne olacağıdır. Zira Taslağın geçici 2'nci maddesi, Taslağın kanunlaşması halinde İş Kanunu md. 77, 78, 79, 80 ve 88'nci maddelerine göre yürürlükte bulunan yönetmeliklerin yenileri çıkarılincaya kadar yürürlükte kalacağını öngörmüş ancak sayılan maddeler arasında İş Kanunu md. 81 ve 82'ye yer verilmemiştir.

bbb) Dışarıdan hizmet alma: İşveren işyerinde çalıştıracak yeterli iş sağlığı ve güvenliği personeli bulunmaması durumunda bu hizmeti işyeri dışındaki uzman kişi veya kuruluşlardan alabilir. Böyle bir durumda da (yukarıda belirtildiği gibi) işyeri dışındaki kişi/kişilerle işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olmayacaktır (md. 11/2).

c) İşverenin Diğer Yükümlülükleri

Bunları aşağıdaki gibi özetleyebiliriz:

aa) İlk yardım, yangınla mücadele ve işçilerin güvenlik altına alınması (md. 12):

- İşverenin ilk yardım ve acil tıbbi müdahale yükümlülüğü,
- Yangınla mücadele yükümlülüğü,
- Kişilerin tehlike durumunda tahliyesi yükümlülüğü,
- İşverenin ilk yardım, yangınla mücadele, tahliye işleri için işyerinin büyüklüğünü ve özel tehlikeleri dikkate alarak bu konuda eğitilmiş, uygun donanıma sahip yeterli sayıda kişiyi görevlendirme yükümlülüğü. Burada hangi sayının yeterli sayı olduğu hakkında bir açıklık bulunmasa da bu boşluğun da Yönetmelikle doldurulacağını düşünüyoruz. Ayrıca işverenin bu yükümlülüğünün KOBİ'ler dikkate alındığında nasıl gerçekleştirileceği de cevabı zor bir sorudur.

- Ciddi ve yakın tehlike bulunduğu zaman çalışanları bu tehlikelerle ve alınacak önlemler hakkında en kısa zamanda bilgilendirme yükümlülüğü,

- Ciddi ve yakın tehlike karşısında işçilerin derhal işi bırakarak tehlikeli bölgeden uzaklaştırılmaları ve güvenli bir yere gitmelerini sağlama yükümlülüğü. Böyle bir durumda işçilerin çalışmamaları nedeniyle hakları kısıtlanamaz. Bu hükümler isabetli görünmektedir.

bb) Ciddi ve yakın tehlike halinde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurma hakkı: Taslak, İş Kanunu md. 83'deki düzenlemeye ben-

zer bir düzenleme getirerek ciddi, yakın ve önlenemeyen bir tehlike karşısında çalışanların işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli önlemlerin alınmasını isteme hakları bulunduğunu, önlem alınincaya kadar da çalışmaktan kaçınma haklarının bulunduğunu, bu dönem için ücret ve sair haklarını talep hakkının saklı olduğunu öngörmüştür (md. 12/6-11). İş Kanunu md. 83'deki yakın acil ve hayati tehlike "kavramları, Taslakta 89/391 sayılı AB Yönergesinde yazılı olduğu gibi "ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlike" olarak ifade edilmiş bulunmaktadır. Taslakta hayati tehlikeden söz edilmiş olması tehlikenin şiddetli olması gereğini azaltmakta ve işçilere hayati tehlike bulunmasa dahi iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvuru ve çalışmaktan kaçınma hakkı tanımaktadır²¹. Bunun üzerinde biraz daha düşünmek gerekir.

Bu konuda İş Kanunu md. 83 ile Taslak md. 12/6 arasındaki farklılık uygulamada karışıklık yaratabilir. Ancak Taslak kanunlaşınca İş Kanunu md. 83 yürürlükten kaldırılmış olacağından bu kaygı bir ölçüde giderilmiş sayılabilir.

cc) Acil eylem planları yapma: İşveren çalışma ortamını, kullanılan maddeleri, iş ekipmanlarını, çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları önceden değerlendirerek çalışanları korumaya yönelik acil eylem planları yapacak, ortaya çıkabilecek acil durumlarla mücadele için, önleme, koruma, tahliye gibi konularda görevli ekipler oluşturarak, araç ve gereçleri sağlayarak, bunlara eğitim ve tatbikat yaptıracak, bunları hazır tutacaktır (md. 13). Ülkemiz şartlarında (büyük işletmeler istisna tutulursa) KOBİ'lerden bu denli maliyetli ve külfetli görevler beklemenin fazla iyimser olacağı düşüncesindeyim.

dd) Risk değerlendirmesi yapma: Taslak işverene işyerlerinde özel risklerden etkilenebilecek çalışanların durumunu da kapsayacak şekilde sağlık ve güvenlik yönünden risk değerlendirmesi yaptırma yükümlülüğü yüklemiştir. Her ne kadar bu konu 89/391 sayılı AB Yönergesinde var ise de maliyet artırıcı bu yükümlülüğün KOBİ'lerde nasıl yerine getirilebileceği ciddi bir sorundur²².

ee) Çalışanların bilgilendirilmesi: İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla çalışanları ve/veya temsilcilerini işyerinin geneli, bölümleri, bölümlerde yapılan işler, yürütülen

faaliyetler, karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, alınacak önlemler, çalışanların hak ve sorumlulukları bakımından bilgilendirmekle yükümlü tutulmuştur (md. 16). İşverenler, geçici iş ilişkisiyle (İş Kanunu md. 7) işyerlerine gelecek olan işçilere karşılaşılabilecekleri riskler ve tehlikelerle ilgili bilgileri aktarmak üzere onların işverenlerine de gerekli bilgileri vermekle de yükümlü tutulmuştur (md. 16/3). Bu husus Taslak md. 18/6'da açıkça yazılıdır. Burada söz konusu edilen husus geçici işverenin işçisini ödünç aldığı asıl işvereni işteki riskler konusunda bilgilendirme yükümlülüğüdür. Dolaylı bir yükümlülüğe benzese de asıl işveren aldığı bu bilgileri ödünç vereceği işçisine aktaracaktır²³. Geçici işveren, geçici işçi çalıştırıyor olsa da esasen bu bilgileri onlara kendisi de doğrudan verecektir.

Birleşik Krallık hukukunda 1974 tarihli Yasa beşten fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde işverenleri gerekli ve mümkün olan sıklıkla işyerindeki iş güvenliği önlemleri ve bunların uygulanması hakkında işçileri yazılı olarak bilgilendirmekle yükümlü tutmaktadır²⁴. Ayrıca bu ülkede işverenler sadece çalışanları değil, işyerlerini ziyarete gelen müşterileri, işyerinde eğitim gören öğrencileri, hatta işyerlerindeki faaliyetlerden etkilenebilecek üçüncü kişileri dahi iş güvenliği hakkında bilgilendirmekle yükümlü tutulmuştur²⁵.

ff) Çalışanların görüşlerinin alınması: Bu husus ILO Sözleşmelerinde, AB yönergelerinde ve Komisyonun AB'nin İş Sağlığı ve Güvenliği Stratejisine İlişkin 2007 Bildirisi'nde üzerinde en fazla durulan husustur. Böylece çalışanların deneyim ve görüşleri göz önünde tutularak onların bu sürece katılmaları sağlanarak işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin düzeyi daha yükseltilmiş olacaktır. Bu katılım çalışanların da iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uyması hususunda daha motive olmaları sonucunu doğuracaktır.

Taslağın 17'nci maddesinde işverenin sadece iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel görevi bulunan çalışanların ve iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcilerinin değil bunlar dışında kalan diğer çalışanların da görüşlerine başvurmasını öngörmektedir. Diğer bir ifade ile işyerinde iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarının ya da çalışan temsilcilerinin bulunması işverenin diğer çalışanları dinlemesine, onlardan görüş almasına engel teşkil etmez. Tas-

lak, işveren sormasa da bu kişilere iş sağlığı ve güvenliği konularında öneri getirme hakkı da tanımıştır. Bu hükmün isabetinden kuşku duyulmamaktadır.

gg) Çalışanların eğitimi: Çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin konularda eğitilmesi de gerek ILO sözleşmelerinde gerekse AB düzenlemelerinde üzerinde önemle durulan bir başka husustur. Taslağın 18'inci maddesi de bu nedenle işverene, çalışanlarına çalıştığı birim ve yaptığı işe ilişkin özel bilgi ve talimatları içeren bir sağlık ve güvenlik eğitimi almasını sağlaması ve bu amaçla gerekli planlamayı yapması görevini yüklenmiştir. İşçiye sağlanacak eğitim işe başlamadan önce, iş ve işyeri değişikliğinde, iş donanımlarının değişmesi halinde ve yeni teknoloji getirilmesi halinde yapılır. İşverenin bu eğitimi işletme içinden olduğu kadar dışarıdan sağlanan uzman kişilere yaptırabileceği kabul edilmelidir. Esasen Taslak, yaptırılacak eğitimle ilgili usul ve esasların bir yönetmelikle belirleneceğini öngörmektedir (md. 18/9). İşveren çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusunda yeterli bilgi ve eğitimi aldığını saptamadan onları işe başlatmayacaktır (md. 18/7). Hatta iş kazası, meslek hastalığı ya da 6 aydan fazla süreli hastalık veya başka bir nedenle işten uzak kalanlara tekrar işe başlamadan önce yenileme eğitimi verileceği de öngörülmüştür. Ancak üretim sürecinde 6 ay gibi nispeten kısa bir süre içinde işyerinde veya iş şartlarında önemli bir değişiklik olmamışsa bu eğitime gerek olmayabileceği görüşündeyiz. Bu nedenle bu hükmün yasalaşmadan bir daha gözden geçirilmesinde yarar vardır.

hh) Sağlık gözetimi: İşveren çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık kontrolüne tabi tutulmalarını sağlamakta, işe girişlerinde, iş değişikliklerinde, iş kazası, meslek hastalığı sonrası işe dönüşlerinde ve sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarında ve düzenli aralıklarla sağlık muayenelerini yaptırmakla yükümlü tutulmuştur. Sağlık gözetiminin maliyeti hiçbir şekilde çalışanlara yansıtılmayacaktır. Ayrıca işveren, çalışanların işe girerken (hangi iş olursa olsun) işyeri hekimi veya işyeri sağlık ve güvenlik birimince sağlık muayenesine tabi tutulmasını sağlamakla yükümlü tutulmuş ve çalışanları yapacakları işe uygun olduğuna dair sağlık raporu olmadan işe başlatması yasaklanmıştır.

Sağlık raporlarının nasıl alınacağı, raporlara itiraz usulü bu hususta Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikte gösterilecektir (md. 19). Bu hükümlerin benzeri İş Kanunu md. 85-89'da daha özel risk ve çalışan grupları için getirilmiş bulunmaktadır. Ancak Taslağın kanunlaşması halinde İş Kanunu'nun bu hükümleri yürürlükten kaldırılacağından İş Kanunu md. 85 uyarınca çıkarılmış olan bazı yönetmelikler ve örneğin Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği (yürürlükten kaldırılmaz ise) havada kalmış olacaktır²⁶.

Taslak md. 19/2'de sağlık raporlarına itirazların Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen "hakem hastanelere" yapılacağı öngörülmüştür. Ancak hakem hastaneden ne kastedildiği anlaşılamamaktadır.

Yukarıdan beri sayılan işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerinin çokluğu dikkat çekicidir. Buna karşı çalışanların yükümlülüklerinin çok az oluşu karşısında Taslağın aslında "İşverenlere Yükümlülük Yükleme Yasası Tasarı Taslağı" olarak adlandırılmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir²⁷. Mizah dolu bu eleştiride haklılık payı yok değildir. Ancak işin doğası gereği bu konu işçilerin sağlığını ve yaşamını ilgilendirdiğinden onların yükümlülükleri çok daha az, işverenlerin ise çok daha fazla olacaktır.

d) Özel Risk Grupları

Taslağın özel risk grupları başlığını taşıyan 20'nci maddesi kadın, çocuk, genç, yaşlı, özürlü, gebe ve emziren kadınlar ve diğer özel risk gruplarının çalışma ortam ve şartların ve özellikle bunları etkileyen tehlikelerden korunacaklarını, yapılacak risk değerlendirmesinde bu risk gruplarının da özel olarak dikkate alınacağını öngörmektedir. Bu hüküm esasen Anayasal dayanağa sahiptir²⁸. Gebe ve emziren kadınların hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğu, hangi işlerde çalıştırılmalarında sakınca olmayacağı, ne suretle emzirme odaları veya kreş kurulması, hangi hallerde işverenlerin dışarıdan hizmet alabileceklerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür.

3. Üretici ve Tedarikçilerin Yükümlülükleri

Yasa taslağı iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda sadece işverenlere yükümlülükler

yüklememiş, üretici ve tedarikçilere de sorumluluk yüklemiştir. Nitekim md. 29'a göre iş ekipmanı, kişisel koruyucu donanımı, hammadde, yarı mamul ve mamul maddeleri üreten temin veya tedarik edenler ile işyeri dışından bakım, onarım, servis ve benzeri hizmetleri sağlayan kişi ve kuruluşlar bu ürün ve hizmetlerini iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun bir şekilde yerine getirmekle yükümlü tutulmuşlardır. Bu yükümlülük işverenin Taslaktan kaynaklanan genel yükümlülüklerini etkilemeyecektir. Amaç, işyerlerinde sağlık ve güvenliğin sağlanmasında üreticilerin de tedarikçilerin de üretilen ve tedarik edilen malların kişilerin sağlığına ve güvenliğine zararlı olmaması hususunda özenli davranmalarının sağlanmasıdır. Birleşik Krallıkta yürürlükte olan 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası iş sağlığı ve güvenliği hususunda işverenler, üreticiler ve tedarikçiler yanında tasarımcıları ve ithalatçıları da sorumlu tutmaktadır²⁹. Bununla birlikte Birleşik Krallıkta işveren, işyerinde kullandığı makine, araç ve gerecin en kalitelisini ve en az tehlikelisini almış, periyodik bakımlarını yaptırmış, usulüne uygun kullanmış ise artık bu araç ve gereçten kaynaklanan bir kazadan sorumlu tutulmaz. Sorumlu imalatçı olur³⁰. Bizde de böyle düzenleme getirilmesi daha gerçekçi olurdu.

4. Çalışanların Yükümlülükleri

Taslağın çalışanların yükümlülüklerine ilişkin 21. maddesinde öncelikle çalışanlar, kendi davranış ve kusurlarından dolayı, kendilerinin ve diğer kişilerin sağlık ve güvenliğinin olumsuz etkilenmesi için azami özeni göstermek ve kendilerine verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda görevlerini yapmakla yükümlü kılınmışlardır.

Bunun yanı sıra çalışanlar, makine, cihaz, araç, gereçleri, kişisel koruyucu donanımları, güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmakla yükümlü oldukları gibi, işyerinde sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve ani bir tehlike ile karşılaştıklarında veya koruma tedbirlerinde bir aksaklık veya eksiklik gördüklerinde işverene veya iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisine haber vermekle yükümlü tutulmuşlardır. Çalışanlar, gerek teftişe yetkili makam tarafından belirlenen noksanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesinde, gerekse güvenli çalışma ortam ve koşullarının sağlanması, çalış-

ma ortamının risklerden arındırılması için işverenle veya iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmakla yükümlü tutulmuştur.

Burada sayılan yükümlülükler işvereninkilerle karşılaştırıldığında çok az görünse de bu durum işin doğası gereğidir. Çünkü işçinin gözetiminin esas yükümlüsü ve sorumlusu işverendir. Bu yükümlülüklere aykırı hareket eden işçilere ceza-i yaptırım uygulanmaması da gayet doğaldır. Çünkü çalışanın Taslağın 21. maddesinde sayılan yükümlülüklerine uymamasının hukuki sonucu kendini özel hukuka ilişkin yaptırımlarda gösterir. Örneğin sadakat borcuna aykırılık ya da görevin savsaklanması nedeniyle çalışanın iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilir (İş Kanunu md. 25/II) ya da çalışanın yükümlülüklerine uymaması işveren aleyhine bir zarar doğuracak olursa çalışan aleyhine tazminat davası açılabilir³¹.

Taslağın "Çalışan ve işverenin sorumluluğu" başlıklı 37'nci maddesinde, işveren veya işveren vekilinin iş müfettişleri tarafından ifade ve bilgilerine başvuru çalışanlara veya temsilcilerine gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları ya da gerçeği saklamaları için telkin ya da zorlama yapamayacakları ve bunların iş müfettişlerine verdikleri ifade veya ilgili makamlara yaptıkları ihbar ya da başvurular nedeniyle çalışanlara kötü davranışta bulunamayacakları öngörülmüştür. Ancak maddede ifade düşüklüğü mevcuttur. Bunun düzeltilmesi gerekir.

Aynı maddede, çalışanların da işte çalışırken veya işten ayrıldıktan sonra işverenleri hakkında gerçeğe uymayan ihbar ve şikâyetle bulunmaları, işverenlerini kötü duruma düşürmeye kalkışmaları, bu amaçla iş müfettişlerini onları yanlış bir sonucaandırmak için gerçek dışı beyanlar ve cevaplar vermek gibi kötüniyetli davranışlarda bulunmaları yasaklanmıştır.

Kanımızca, çalışanların ve çalıştıranların dürüstlük kuralına, sadakat borcuna aykırılık teşkil eden bu tür davranışların yasaklanmasının yeri kamu hukuku nitelikli bu Taslak olmamalıdır. Bu yasağa aykırılığın yeri özel hukuk düzenlemeleridir. Bu davranışların yaptırımı esasen İş Kanunu md. 24/II ve md. 25/II'de mevcuttur.

5. İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu

Taslağın dördüncü bölümü iş sağlığı ve güvenliği sisteminin idari örgütlenmesine ayrılmıştır.

a) Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi

Ülke genelinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak ihtiyaç, öncelik ve stratejiler için öneriler geliştirmek, tavsiyelerde bulunmak üzere Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi kurulması öngörülmüştür. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müsteşar ya da yardımcısının başkanlığında oluşturulacak bu Konseyde unvanları md. 22'de sayılan çeşitli bakanlıkların temsilcileri, en üst işçi, işveren ve memur sendikaları konfederasyonları temsilcileri ve bazı meslek odalarının temsilcileri bir araya geleceklerdir. Üçlü temsile dayalı konsey 32 üyeden oluşuyorsa da ihtiyaç duyulduğunda Bakanın onayı ile bu sayı 35'e çıkarılabilecektir. Konseyin gerekli görmesi halinde çalışma grupları oluşturulabilir. Yılda iki kez olağan toplanacak olan bu Konseyin ülkenin iş sağlığı ve güvenliği politikasını ve stratejilerini belirlemeye ilişkin çalışmalar yapmaya yönelik tamamen istişari nitelikte bir organ olduğu görülmektedir.

ILO'nun 187 sayılı Sözleşmesi'nde iş sağlığı ve güvenliği konularında ulusal bir politika ve program belirlemek üzere ülkelerin üçlü temsile dayalı istişari bir organ oluşturacakları öngörülmektedir (md. 4/3). Aslında daha önce 2005 yılında Bakanlığın onayıyla buna benzer bir Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi oluşturulmuş ise de bu Konsey bugüne kadar etkin bir faaliyette bulunamamıştır. Bu yeni Konseyin de başarılı olup olamayacağını zaman gösterecektir.

Birleşik Krallık'ta da 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında bir İş Sağlığı ve Güvenliği Komisyonu oluşturulmuştur. Çalışma Bakanı tarafından atanan bir kişinin başkanlığında işçi ve işveren temsilcilerinden oluşan ve sayısı 6-9 olan bu komisyonun iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini geliştirmek, patlayıcı, tehlikeli maddelerin kontrolü, atmosfere yayılan gazların araştırılması, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili soruşturma, keşif yapma, öneri getirme, tüzük ve uygulama rehberleri çıkarma gibi görevleri vardır. Bu niteliği itibarıyla o da istişari bir organdır. Komisyonun icra görevi ise İş Sağlığı ve Güvenliği İcra Komitesi'ne bırakılmıştır. Başkanı Çalışma Bakanı tarafından atanan üç kişiden oluşan bu icra komitesi alt uzmanlık komiteleri kurar, mevzuatın uygulanıp uygulanmadığını izler, teftişin birliğini ve tüm sanayide iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya

çalışır ve bu alanda geniş yetkilerle donatılmıştır³².

Değerlendirmeye çalıştığımız Taslak, Bakanlığa, çalışanların sağlık ve güvenliğinin sağlanması, sürdürülmesi ve sürekli iyileştirilmesi amacıyla ulusal iş sağlığı ve güvenliği politikasını oluşturma ve bunu belirli zamanlarda gözden geçirme görevi de vermiştir (md. 23). Bakanlık, her ne kadar Taslakta söz edilmemişse de, bu görevini işçi, işveren ve sair mesleki kuruluş temsilcilerine ve her şeyden önemlisi Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyine danışarak yapacaktır. Taslakta bu hususlar biraz daha fazla açıklanırsa daha yararlı olacaktır. Yukarıda sık sık belirttiğimiz gibi üye ülkelerin ulusal bir iş sağlığı ve güvenliği politikası geliştirmeleri gerektiği ILO'nun gerek 155 gerek 187 sayılı Sözleşmelerinde sık sık vurgulanmıştır.

b) İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu

Taslağın 25'inci maddesine göre "İşveren, 50 ve daha fazla çalışanın bulunduğu, üç aydan fazla süren işlerin yapıldığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmak ve kurul tarafından iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak alınan kararları uygulamakla yükümlü" tutulmuştur. Asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunan işyerlerinde, işverenlere ait çalışan sayısının tespitinde asıl işveren ve alt işveren çalışanları birlikte değerlendirilecek, aralarında asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunan işverenlerce işyerinde birden fazla iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması halinde kurul kararlarının birbirlerini etkileyebileceği durumlarda faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda işverenler arasındaki koordinasyon asıl işverence sağlanacaktır. Koordinasyon görevinin asıl işverene verilmesi mantıklı bir tercihtir. Bir işyerinde birden fazla işverenin bulunması ve birden fazla iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulması halinde işverenlerin çalışmalardan etkilenebileceği durumlarda birbirlerini haberdar edecekleri de öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 80'inci maddesinde esasen mevcut olan bu düzenleme Taslağa biraz daha ayrıntılı biçimde geçirilmiş ve isabetli olarak en az 50 işçi çalıştırma kıstası korunmuştur. Yabancı hukuklarda da örneklerine rastlanan bu kurulların kurulabilmesi için aranan en az işçi sayısı ülkeden ülkeye değişmektedir. Örneğin Alman-

ya'da 20'den fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde işverenin iş güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü bulunmaktadır (1973 tarihli İş Güvenliği Yasası md. 11).

c) İş Sağlığı ve Güvenliği Çalışan Temsilcisi

Taslak, işyerinde sağlık ve güvenlikle ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, önlem alınmasını isteme, önerilerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili bir veya daha fazla sayıda iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisinin görev yapmasını öngörmüştür (md. 24). İş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi çalışma hayatımıza girecek olan yeni bir kavramdır. Bu temsilciler, belirtelim ki, Taslak md. 12/2'de sözü edilen ilk yardıma koşan, yangına müdahale eden ve işverence görevlendirilen kişilerden farklıdır. İş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcilerinin sayısı Sendikalar Kanunu'ndaki sendika işyeri temsilcilerinde olduğu gibi işyerinde çalışan işçi sayısına göre değişir. Eğer işyerinde 10-50 kişi çalışıyorsa bir temsilci, 51-100 kişi çalışıyorsa 2, 101-500 kişi çalışıyorsa 3 temsilci şeklinde giderek sayı artar. Bu sayı 4001 ve üzeri çalışan için 8 temsilci olup bu sayı üst sınırdır. Birden fazla temsilci görevlendirilen işyerlerinde biri baş temsilci olarak görev yapar. Bu temsilcilerin nitelikleri, nasıl seçileceği, görev süreleri ve yetkileri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenecektir (md. 24/6).

İş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcilerinin bu görevlerini yürütmeleri nedeniyle hiçbir şekilde hakları kısıtlanamaz. Bundan maksadın, temsilcileri bu görevleri nedeniyle ücretlerinin indirilmesine, çalışma şartlarının ağırlaştırılmasına karşı koruma olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca bu temsilcilere 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 vd. maddelerinde düzenlenen geçersiz feshe karşı iş güvencesinden yararlanma hakkı da tanınmıştır. Öyle ki, bu hakkın kullanılması işyerinde en az 30 işçi ölçütü, 6 aylık kıdeme sahip olma ölçütleri gibi sınırlamalara da tabi kılınmamıştır.

Nihayet işyerinde 2821 ya da 4688 sayılı Kanunlar uyarınca yetki almış bir sendika bulunması halinde sendikaca atanan işyeri sendika temsilcilerinin aynı zamanda iş sağlığı ve güvenliği çalışan temsilcisi olarak görev yapmaları hükme bağlanmıştır (md. 24/7). Bu düzenleme Birleşik Krallık Hukukundaki çözüm tarzına benzemektedir. Şöyle

ki, 1974 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başlangıçta iş güvenliği temsilcilerinin bizzat işyerinde çalışan işçiler tarafından seçilmesini öngörmüştü. Ancak bu düzenlemenin sendikaların otoritesini sarsacağı kaygısıyla işçi sendikalarından gelen yoğun itirazlar sonucu yasa değiştirilerek bu temsilcilerin sendikalarca atanması hükme bağlandı. Temsilcinin sendika üyesi olması şartı yoktur. Fakat bu defa da AB Komisyonu bu düzenlemenin 89/391 sayılı Çerçeve Yönergeye aykırı olduğu kararına vardı. Bunun üzerine yasa yerine İş Güvenliği Temsilcileri ve İş Güvenliği Komiteleri Tüzüğü değiştirilerek, bu temsilcilerin işyerinde yetkili sendika bulunmaması durumunda işyerinde çalışan işçiler tarafından seçileceği hükme bağlanarak sorun çözümlenmiş oldu³³. Uygulamada bu temsilcilerin en az 2 yıl aynı veya benzeri işyerlerinde çalışmış deneyimli işçiler arasından seçilmesine dikkat edilir. Temsilciler kural olarak 3 ayda bir işyerinde iş güvenliği denetimi yapma yetkisini haizdirler. Kendilerine görevlerini iyi yapabilmeleri için ücretli serbest zaman tanınır. Ülkemizde bir önceki Taslakta benzeri koruyucu bir hüküm varken bu taslakta böyle bir hükme yer verilmemiş olması yadırgatıcıdır. Hatırlatalım ki 89/391 sayılı AB Yönergesinde de böyle bir hüküm mevcuttur.

Alman hukukunda ise en az 20 kişi çalıştırılan işyerlerinde işveren, çalışan işçiler arasından bir ya da daha fazla iş güvenliği yetkilisi atamakla yükümlüdür. Bu görevliler iş kazalarının önlenmesi için işverene yardımcı olmak, iş güvenliği mevzuatına uyulup uyulmadığını denetlemek gibi görevlere sahip olup ayda en az bir kez işveren ve işletme kurulu ile bir araya gelip görüş alışverişinde bulunurlar (Md. 22 SGB VII)³⁴.

6. İdari Önlemler

a) İşin Durdurulması, İşyerinin Kapatılması

Taslağın 30'uncu maddesine göre, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişleri tarafından işyeri bina ve eklentilerinde, çalışma yöntem ve şekillerinde iş ekipmanlarında çalışanlar açısından hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde bu tehlike giderilinceye kadar beş kişilik bir komisyon kararıyla tehlikenin niteliğine göre iş tamamen veya kısmen durdurulur ya da işyeri kapatılır. Faaliyeti durdurulan ya da kapatılan

işyerinde işe devam edilemez. Bu durumda işveren çalışmayan ya da işsiz kalanlara ücretlerini ödemekle ya da başka uygun bir iş vermekle yükümlü tutulmuştur (md. 30/5). Sözü geçen Komisyon, işyerlerini iş sağlığı ve güvenlik alanında teftişe yetkili iki iş müfettişi, bir çalışan ve bir işveren temsilcisi ile bölge çalışma müdüründen oluşur. Komisyonun verdiği durdurma veya işyerini kapatma kararına karşı işverene 6 iş günü içinde iş mahkemesinde itiraz hakkı tanınmıştır. Ancak mahkemeye başvuru durdurma veya kapatma kararının uygulanmasını durdurmayacaktır. Bu hususlara ilişkin ayrıntılar ile askeri işyerleri ile yurt savunması için gerekli maddeler üretilen işyerlerinde işin durdurulması ya da işyerinin kapatılması için oluşturulacak komisyonun yapısı, çalışma usul ve esasları ayrı ayrı çıkarılacak yönetmeliklerde gösterilecektir (30/6, 7).

b) Teftiş

Çalışma yaşamının iş sağlığı ve güvenliği yönünden izlenmesi ve denetimi devlet adına görevli iş müfettişlerine bırakılmıştır (md. 34). İş müfettişleri, çalışanların sağlık ve güvenliklerinin korunması amacıyla işyerlerini her zaman izlemek, teftiş etmek, araştırmak ve "Kanuna aykırılık oluşturan eylemlere rastladıklarında bu halleri önlemek yetkisine sahiptir." (md. 35/1). Hükümün tırnak içine aldığımız cümlesinin "Kanuna aykırılık oluşturan durum ve eylemlere rastladıklarında bunları önlemek yetkisine sahiptirler." şeklinde düzenlenmesi amaca daha uygun olurdu. İşverenler, işveren vekilleri ve çalışanlar ve teftiş konusu ile ilgili görülen sair kişiler, iş müfettişleri tarafından çağırıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli belge ve delilleri getirip göstermek, işyeri teftişlerinde ise iş müfettişlerine gerekli kolaylığı göstermekle yükümlü tutulmuşlardır (md. 35/2). Müfettişler de görevlerini yerine getirirken hizmet akışını mümkün olduğu kadar aksatmamak, durdurmak ve açıklanması gerekmedikçe işverenin ve işyerinin meslek sırlarını, ekonomik ve ticari durumları ile çalışanlara ait sağlık ve kişisel bilgileri gizli tutmakla yükümlü tutulmuşlardır (md. 36). İş müfettişleri gerekirse görevlerini yapabilmek için genel kolluk kuvvetlerinden yardım isteyebilirler (md. 38). Askeri işyerleri ile yurt savunması için gerekli maddeler üretilen işyerlerinin iş sağlığı ve

güvenliği yönünden teftişi ise çıkarılacak ayrı bir yönetmeliğe bırakılmıştır (md. 34/3). Biz uygulamada sadece askeri işyerleri değil kamu işyerlerinin denetiminde de ve işverenlerine yaptırım uygulamasında da sorun yaşanabileceği kaygısı taşıyoruz.

Bu hükümler 4857 sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Hayatının Denetim ve Teftişine ilişkin bölümündeki hükümlerin (md. 91 vd.) tekrarı niteliğindedir.

c) İşyeri Tehlike Sınıfı

Taslak md. 26 işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından yapılan işin özelliği, işin her aşamasında kullanılan veya ortaya çıkan maddeler, iş ekipmanları, üretim yöntem ve şekilleri, çalışma ortamı ve şartları ile ilgili diğer hususlar dikkate alınarak az tehlikeli, tehlikeli ve çok tehlikeli olarak üç sınıfa ayrılacağını öngörmektedir. İşyerlerinin hangi tehlike sınıfına gireceği ise yukarıdaki hususlar ile iş kazası ve meslek hastalıkları istatistikleri de göz önüne alınarak İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlü başkanlığında aşağıdaki üyelerden oluşacak bir komisyonca belirlenir.

- İş Teftiş Kurulu Başkanlığından bir temsilci
- Sağlık Bakanlığından bir temsilci
- Sosyal Güvenlik Kurumu Bakanlığı'ndan bir temsilci
- En çok üye sahip işçi sendikaları konfederasyonu, memur sendikaları konfederasyonu ve işveren sendikaları konfederasyonundan birer temsilci.

Komisyon her yıl Kasım ayında olağan olarak toplanır ve kararlar Bakanlıkça İşyerleri Tehlike Sınıfları Tebliğı'nde yayınlanır.

Ülkemizde işyeri açılma sıklığı göz önünde bulundurulacak olursa bu Komisyonun yılda bir kez olağan toplanması uygulamada sıkıntı yaratacağına benzemektedir. Daha önemlisi, çalışma mevzuatı içinde bir başka tehlike sınıf ve derecesi belirleme usulü 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu içinde yer almıştır. Gerçekten 5510 Sayılı Kanun'a göre (md. 83) "Kısa vadeli sigorta kolları primi, yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre tespit edilir." Hangi iş kollarının hangi tehlike sınıfına girdiği, tehlike sınıf ve derecesine ait prim oranlarının ve tehlike derecelerinin belirlenmesinde uygulanacak esaslar Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacak bir tarife ile

tespit edilmiştir. Buna göre bir işyerinde yapılan işin hangi tehlike sınıf ve derecesine girdiği ve ödenecek prim oranı Kurumca belirlenir ve işverene tebliğ olunur. İşverenin bu tespite bir ay içinde iş mahkemesi nezdinde itiraz hakkı bulunmaktadır.

Böylece mevzuatımızda işin ya da işyerinin girdiği tehlike sınıfının belirlenmesine ilişkin iki kanunda iki ayrı usul öngörülmüş olmaktadır. Ayrıca değerlendirdiğimiz taslakta işyerinin tehlike sınıfının belirlenmesine karşı işverene bir itiraz hakkı tanınmamıştır. Bu durumların uygulamada karışıklığa yol açabileceği kaygısını taşıyoruz. Oysa bu iki ayrı usul ortak bir noktada birleştirilebilir ve işverene 5510'dakine benzer bir itiraz hakkı tanınabilirdi.

d) İşletme Belgesi

Taslak kapsamına giren işyerlerinde, işyerinin büyüklüğü, tehlike sınıfı, işin özelliği ve çalışan sayısı bakımından Bakanlıktan işletme belgesi alınacağı, işletme belgesi alınması zorunlu olan işyerlerinin bu belge alınmadan açılmayacağı, açılmışsa kapatılacağı öngörülmüştür (md. 28). Hangi işyerleri için Bakanlığa başvurulacağı, başvuruda ne tür belge, plan, proje ve raporların bulundurulacağı bir yönetmelikle belirlenecektir. Demek oluyor ki, bazı işyerlerinin açılması (muhtemelen az tehlikeli olan) için işletme belgesi alınması zorunluluğu bulunmayacaktır.

e) Alkollü İçki ve Tütün Ürünleri Kullanma Yasağı

Taslak md. 31, İş Kanunu md. 84 hükmünü aynen Taslağa taşımış ve işyerine sarhoş ve uyuşturucu madde almış olarak gelmeyi ve işyerinde alkollü içki ve uyuşturucu madde kullanmayı yasaklamıştır. Maddede bu yasağın istisnasına da yer verilmiştir.

Orijinal olan yön, Taslak md.32'nin işyerlerinde sigara ve sair tütün ürünlerinin kullanılmasını sınırlamış olmasıdır. Şöyle ki, yasak çalışanların fiili olarak işbaşında çalışmaları esnasında geçerli olacaktır. Çalışan işbaşında değilse yasak yoktur. Meğerki işyeri aşağıda değineceğimiz 4207 sayılı Kanun kapsamına girsin. Bu hükmün son yıllarda dünyada insan hayatı ve sağlığı açısından çok zararlı ve tehlikeli olduğu kanıtlanmış olan sigara du-

manına karşı açılmış savaşı doğal bir yansıması olarak kabulü gerekir. Nitekim yukarıda görüldüğü gibi AB Komisyonu'nun hazırladığı AB'nin iş sağlığı ve güvenliği politikasına ilişkin 2007-2012 stratejisine dair 2007 bildirisinde Komisyon, dumansız bir Avrupa yaratmak için başvurulacak her inisiyatif destekleyeceğini taahhüt etmiştir³⁵.

Ülkemizde de AB politikaları doğrultusunda son yıllarda sigaraya karşı bir savaş başlatılmış olup bu savaş yasal düzenlemelerle desteklenmiştir. Nitekim 3.1.2000 tarih ve 5727 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan 4207 sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun, kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında, koridorlarında, eğitim, sağlık, kültür, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait binaların kapalı alanlarında, toplu taşıma araçlarında, dersane, eğitim kurumları, okul, lokanta, kafe, kafeterya gibi yerlerde tütün ürünlerinin kullanılmasını yasaklamıştır (md. 2).

Yine de yürürlükte sigara ile savaşa dair özel bir kanun mevcutken bu konunun Taslak'da düzenlenmesi yerine 4207 sayılı Kanun'a bir atıfla yetinilebilirdi. Ancak madem bu Taslağa sigara kullanımını sınırlaması getirildi, o zaman AB Komisyonu'nun 2007 Bildirisinde öngörüldüğü gibi çalışanların strese, depresyona karşı korunmalarına ilişkin önlemlere de yer verilmeliydi.

f) İdari Para Cezaları

Taslak 39'uncu maddesinde idari yaptırım olarak idari para cezalarını düzenlemiştir. İdari para cezaları Taslak maddelerine aykırılık nedeniyle işveren veya işveren vekiline verilecek ve aykırılığın devamı halinde izleyen her ay için aynı miktar para cezası uygulanacaktır. Taslak sadece kendi maddelerine değil o maddeye dayanılarak çıkarılacak yönetmeliğin uyulmayan her maddesi için de ayrı ceza belirlemiştir. Bu hüküm caydırıcı bir etkiye sahip olacaktır. İdari para cezaları çoğunlukla 100 lira olarak belirlenmiş ancak birkaç durumda sekizbin liraya kadar çıkması öngörülmüştür. İdari para cezaları gerekçesi belirtilmek suretiyle bölge müdürlüğünce verilir (md. 40/1). İdari para cezalarına karşı itiraz mercii hakkında Taslakta bir açıklık yoksa da bu itirazların 5326 sayılı Kabahatler K.uyarınca sulh ceza mahkemelerine yapılacağı doğaldır.

g) Yürürlükten Kaldırılan Hükümler

Siyasi irade iş sağlığı ve güvenliği konusunu bağımsız bir yasa içinde toplamayı tercih edip bu konuda bir Taslak hazırlayınca 4857 sayılı İş Kanunu'nun konuyla ilgili maddelerine artık ihtiyaç kalmamaktadır. Bu nedenle Taslak md.41 ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69'uncu maddesinin 4, 5, 6'ncı fıkraları ile 72, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, 105 ve geç.2'nci maddeleri yürürlükten kaldırılmış, 4'ncü maddenin birinci fıkrasının f bendindeki "iş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere" ibaresi, 7'nci maddenin 1. fıkrasındaki "işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı, gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür" ibaresi, 98'inci maddesinin birinci fıkrasındaki "85'inci madde kapsamındaki işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin YTL" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

V. SON DEĞERLENDİRME

Bakanlığın son olarak hazırladığı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı yukarıda değinildiği gibi bir öncekine oranla biraz daha derli toplu hazırlanmış, kullanılan hukuki kavramlar öncekine oranla daha özenli seçilmiş görünmektedir. Ancak yine de ülke şartlarının göz önünde tutulması yerine daha çok AB'nin 89/391 sayılı Yönergesine bağlı kalma düşüncesi etkili olmuştur. Bu tercih sonucu büyük, küçük çok sayıda işveren çok sayıda yükümlülük altına girecektir. Bunun işletme maliyetini arttıracacağı, yatırımlar üzerinde olumsuz bir etki yaratacağı ve özellikle ülke ekonomisinde önemli bir yer tutan KOBİ'leri sıkıntıya sokacağı kesindir. Bazı maddelerin ise Kamu Hukuku alanına giren böyle bir kanunda yeri olmamalıydı. Çalışan ve işverenin sorumluluğu başlıklı md. 37'de olduğu gibi. Buna karşılık işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyeri dışından danışmanlık ve gözetim ilkesi almasının Taslak hükümlerinden doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, işverenlere çalışanları risklere karşı bilgilendirme ve eğitime, onlara danışma ve onların görüşlerini alma yükümlülükleri getirilmesini, ortak sağlık birimi kurma hakkının tanınmasını ve Yasa Taslağının hem özel hem de kamu işyerlerini ve buralardaki çalışanları kapsamına almasını olumlu karşıyoruz. İşyeri tehlike sınıfının belirlenmesinde Taslak hükümlerinin 5510 sayılı Yasa'nın işyerinin tehlike sınıfı ve dere-

cesinin belirlenmesine ilişkin hükümleriyle koordineli olması ve gereksiz tekrarlar olmaması gerektiğini düşünüyoruz. En önemlisi, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverenlere maliyet arttırıcı bir dizi yükümlülük yüklenirken Taslakta onları bu yönde teşvik ve motive edici hükümlere de yer verilmesi önemli bir eksiklik. Oysa bu tür hükümlere yer verilmesi yerinde olurdu³⁶. Bunlar işletmelere ücretsiz danışmanlık ve eğitim hizmetleri verilmesi ve ekonomik teşvikler sağlanması olabilir. Daha açık bir ifade ile özen gösteren, düzgün çalışan ve mesleki risklerini azaltan, bu alanda başarılı olan işverenlere vergi indirimi, prim indirimi sağlanabilir, ucuz yatırım kredisi verilebilir. AB Komisyonu'nun 2007-2012 Strateji Bildirisi'nde bu hususlara ilişkin önerilerine yukarıda değinilmişti. Ayrıca Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi'nin sadece bir danışma organı niteliğinde olmasının, hiçbir icrai yetkisi olmamasının ülkemiz deneyimlerinin ışığı altında iş sağlığı ve güvenliği alanında etkili bir rol oynayamayacağını, bir ulusal politika belirlenmesinde başarılı olma şansının pek yüksek olmadığını düşünüyoruz. Çıkarılacak kanunun başarısında kuşkusuz yasanın iyi uygulanmasının ve çıkarılacak yönetmeliklerin dikkatli hazırlanmasının da rolü olacaktır. Ülkede iş sağlığı ve güvenliği kültürünün gelişmesi ise bir eğitim ve kafa yapısının değişmesi sorunu olup zamana bağlı bir işdir.

DİPNOTLAR

- 1 S. Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 786.
- 2 G. Pitt, Employment Law, 6. Ed., Sweet&Maxwell, London 2007, 407.
- 3 Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2008, 322.
- 4 Süzek, 791.
- 5 Bu konuda bak. A. Heper, Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, ATA Enstitüsü, İstanbul 1997, 58 vd.; A. Can Tuncay, AB'ye Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyum ve Yeni Yönetmelikler, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri Semineri, TİSK Yayını 241, Ankara 2004, 25 vd.
- 6 R. Nielsen, European Labour Law, Copenhagen 2000, 375.
- 7 R. Nielsen, 378.
- 8 Nielsen, 383-384.
- 9 Karş. Heper, 165 vd.
- 10 Nielsen, 382, 384.
- 11 Bak. Heper, 166.
- 12 Nielsen, 382, 383.
- 13 Fazla bilgi için bak. Nielsen, 390-400; Heper, 170-173.
- 14 Nielsen, 400; Gitter/Michalski, Arbeitsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2002, 315; Söllner/Waltermann, Arbeitsrecht, 14. Aufl., München 2007, 287.
- 15 Pitt, 431; Selwyn, 306; R. Painter/K. Puttick, Employment Rights, 3rd. Ed., London 2004, 361.
- 16 Bunlar için bak. Tuncay, 43 vd.
- 17 Bak. C. Tuncay, AB'ye Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyum ve Yeni Yönetmelikler, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri Semineri, TİSK Yayını 241, Ankara 2003, 37 vd.; F. Bayram, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarı Taslağı Üzerine, LEGAL İHSGH Dergisi, 2007/16, 1310.
- 18 Bak. G. Alpagut, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, İst. Barosu Yayını, İstanbul 2008, 95.
- 19 Bak. 8.12.2007 tarihli Sempozyum.
- 20 G. Pitt, Employment Law, 6th. Edition, Sweet&Maxwell, London 2007, 414, 419.
- 21 Karş. Alpagut, 52.
- 22 Aynı yönde: G. Alpagut, 47.
- 23 Karş. Bayram, 1322; Alpagut, 55.
- 24 N. M. Selwyn, Law of Employment, 14. Ed., Oxford 2006, 296.
- 25 Selwyn, 299.
- 26 Alpagut, 58.
- 27 Bak. B. Pirlir, İşveren, Eylül 2008, 6.
- 28 Bak. AY md. 50, 61.
- 29 Pitt, 426; Selwyn, 289.
- 30 Pitt, 407.
- 31 Zöllner/Loritz/Hergenröder, 325.
- 32 Pitt, 425 vd.
- 33 Pitt, 429-430; Selwyn, 297.
- 34 Gitter/Michalski, 317; Söllner/Waltermann, 293, Nr. 675.
- 35 Sigaranın ve tütün ürünlerinin kullanılmasının ülke sağlığı ve ekonomisi açısından zararları yönünde değerli bir yazı için bak. N. Bilir, Ülke Genelinde ve İşyerlerinde Tütün Kontrolü Çalışmaları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu Tebliğler Kitabı, ÇEİS, Ankara 2008, 7 vd.
- 36 Bak. aynı yönde S. Başterzi, Sosyal Güvenlik Sistemimizde İş Sağlığı ve Güvenliğini Koruyucu Düzenlemeler, ÇEİS İzmir Sempozyumu, 83.

Prof. Dr. M. Polat SOYER

Emekli Öğretim Üyesi

Küresel Kriz Sürecinde İşletme Gereklarine Dayanan Fesihler ve İstihdam Sorunu

I. “Küresel kriz” olarak anılan ve 1929 bunalımından daha ağır etkiler yaratacağı ileri sürülen son ekonomik gelişmeler, dünyanın pek çok ülkesinde toplu işçi çıkarmalara yol açmaktadır. Çin’de ambalaj sektöründe çalışan binlerce işçinin işten çıkarılması, Amerika Birleşik Devletleri’nin ithalatını önemli ölçüde daraltması nedenine dayanmakta, fakat bu ilişki, en büyük alıcısı Çin olan İngiltere’de, kâğıdın geri dönüşümünde çalıştırılanların işlerini kaybetmelerine kadar uzanmaktadır. Otomotiv sektöründeki imparatorlar, devlet desteği olmadığı takdirde yaşayamayacaklarını ilan etmektedirler. Bu örneklerin sayılamayacak kadar artmasından da endişe duyulmaktadır.

Bu süreçte iş hukukunun nasıl bir işlev üstlenmesi gerektiği, önemli bir sorun olarak gündeme gelmektedir. Şurası kesindir ki, amacı, çalışanı korumakla sınırlı kalan bir iş hukuku anlayışı bugün artık terk edilmiştir. Sanayi devriminin yarattığı olumsuz koşullara bir çare olarak geliştirilen düşünceler, bilgi tabanlı toplum çağına geçildikten sonra yumuşatılmaya başlanmıştır. “Güvenli esneklik” fikri böyle bir sürecin sonucudur. Fakat, bu fikir de iş hukukunun nihâi hedefi değildir. Ekonomik koşullar, bu hukuk dalına, emek piyasasını düzenleyen kurallar getirmek suretiyle istihdamın

artırılmasına katkıda bulunmak gibi (zor) bir görev de yüklemektedir. Hiç şüphesiz, küresel kriz sürecinde bu görevin her zamankinden daha büyük bir önemi vardır. Bu bakımdan, gelişen ekonomik koşullar karşısında, işletme gereklerine dayanan fesihler ve istihdam sorununu yeniden değerlendirmek, acil bir görev olarak karşımızda bulunmaktadır. Burada, ulaşılması gereken üç temel hedef olduğu söylenebilir: İş garantisinin mümkün olduğu kadar sağlanması, işletmelerin korunması ve işgücü talebinin canlı tutulması:

II. Bilindiği gibi, “istihdam paketi” olarak anılan 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Yasa¹ ile, istihdamın teşviki yönünde birtakım adımlar atılmıştır². Bununla birlikte, getirilen düzenlemelerde eleştiriye açık noktalar bulunduğu gibi, bazı ek önlemlere de ihtiyaç olduğu düşünülmektedir:

1. Her şeyden önce, ekonomik kriz dönemlerinde işletme gereklerine dayanılarak yapılacak fesihlere en ciddi alternatif, kısa çalışma uygulamasıdır. 5763 sayılı Yasa ile kısa çalışmaların İş Kanunu’na tâbi işçilerle sınırlı olmaktan çıkarılması³, hiç şüphesiz ki, isabetlidir. Ancak, 4857 sayılı Yasa’da olduğu gibi, yeni düzenlemede de, kısa çalışma uygulamasının “genel ekonomik kriz” koşuluna bağlı tutulması yerinde değildir. Her şeyden önce,

İşletmenin korunması ve istihdamın teşviki konusunda Türk iş hukukunun karşısında duran en önemli problem alanlarından biri, kıdem tazminatıdır.

bir “genel ekonomik krizin varlığı”nı idarî mercilerin tespit ve ilân etmesi, ciddi siyasî sonuçları da beraberinde getireceği için, kısa çalışma uygulaması sınırlı kalmaya mahkûm olmaktadır. Ayrıca, bu koşulun doğal sonucu, sektör veya işletme bazındaki krizlerde ücretsiz izin uygulamalarının veya işletme gereklerine dayanan fesihlerin önlenememesidir. Bu tablo, kısa çalışma müessesesinin feshe ve ücretsiz izinlere alternatif olmak gibi bir işlev yerine getirememesine yol açmaktadır⁴. Kanatımca, kısa çalışma uygulamasının -işletmenin kötü yönetilmesinden doğan riskin fon tarafından finanse edilmesi gibi bir noktaya getirilmemesi koşuluyla- sektör ve hatta işletme bazındaki iktisadî güçlüklerde de gerçekleştirilmesine olanak sağlayacak önlemleri ivedilikle düşünmek ve hayata geçirmek gerekmektedir.

Kısa çalışma uygulaması konusunda üzerinde durulabilecek noktalardan biri de, ödenek verilecek sürenin uzatılması olabilir. Gerçi bu bir teknik hesap sorunudur. Ancak, örneğin bugün için Federal Almanya’da altı ay olan ödeme süresinin (Art. 177 Abs. 1, SGB III), son krizin baskısı karşısında, on altı aya kadar uzatılmasının tartışıldığı da hatırlanmalıdır.

2. Ekonomik kriz sırasında işçi alacakları için bir güvence sisteminin oluşturulması, koruma düşüncesinin önemli bir uygulamasıdır. Bilindiği gibi, işverenin ödeme gücüne düşmesi hâlinde son üç aylık ücretlerin bir fondan karşılanması, ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu (md. 33) ile getirilmiş bir sistemdir. 5763 sayılı Yasa, bu sistemi de İş Kanunu’na tâbi işçilerle sınırlı olmaktan çıkarmak suretiyle⁵, isabetli bir adım atmış bulunmaktadır. Ancak, yeni düzenlemede, işçinin, kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmek için, ödeme gücüne düşülmesinden geriye doğru bir yıl içinde aynı iş yerinde çalışmış olması koşulunun aranması, getirilen güvenceyi önemli ölçüde zayıflatmaktadır.

Kaldı ki, bu düzenleme ne AB Yönergeleri’yle⁶ ne de Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (Türkiye tarafından henüz onaylanmayan “İşverenin Ödeme Aczine Düşmesi Halinde İşçi Alacaklarının Korunması”na dair) 173 sayılı Sözleşmesi’yle uyum içindedir. Diğer taraftan, Yasa’nın sözü, tıpkı 4857 sayılı İş Kanunu’nda (daha önce) düzenlendiği şekilde, garantinin sadece, ödeme aczine düşülen tarihten geriye doğru üç aylık ücretler için öngörülmesi olduğu sonucunun çıkarılmasına elverişlidir⁷. Oysa, fon garantisi, ödeme aczi ile ilgili nedenlerin kesinleşmesinden önce fakat bu nedenlerden birine dayanılarak yapılan fesihlerden geriye doğru işlenmiş üç aylık ücretler için de sağlanmalıdır. Bu hususun hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde düzenlenmesinde yarar vardır⁸.

3. İşletmenin korunması ve istihdamın teşviki konusunda Türk iş hukukunun karşısında duran en önemli problem alanlarından biri, kıdem tazminatıdır. İş güvencesi ve işsizlik sigortasının bulunmadığı yıllarda işçiler için bir güvence olarak getirilmiş olan bu müessesenin, günümüz koşullarında yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Kazanılmış hakları ihlâl etmemek kaydıyla, kıdem tazminatı, emeklilik şartına bağlı olarak bir fondan karşılanmalıdır. Hiç şüphesiz, sorunun, iş güvencesinden yararlananların sayısı ile da yakın bir ilişkisi vardır. Otuz işçi ölçütü, pek çok yazar gibi tarafımızdan da eleştirilmiştir⁹. Fakat, feshin “geçerli bir nedene dayandığı hallerde” işçiye ayrıca bir tazminat ödenmesi, örnek aldığımız Alman hukukunda da söz konusu olmamaktadır¹⁰. Hele, ekonomik nedenlere dayanan ve yargı kararıyla “geçerli” olduğuna hükmedilen fesihlerde işvereni bir de kıdem tazminatı ödemekle yükümlü tutmak, işletmenin korunması fikriyle asla bağdaşmamaktadır. Bir fon kuruluncaya kadar kısa vadede hiç olmazsa, ekonomik nedenlere dayanan fesihlerde bu tazminatın Ücret Garanti Fonu tarafından karşılanmasını sağlayacak bir sisteme süratle geçilmelidir¹¹.

4. İstihdamı teşvik konusunda iş hukukunun sahip olduğu ve örneğin Federal Almanya’da 80’li yılların ortalarından itibaren sık sık kullanılan bir araç da süreli iş sözleşmelerinin -belirli prensipler çerçevesinde- yapılmasına izin vermektir¹². 4857 sayılı İş Kanunu ise -bu sözleşmelerin meşruluğunu her koşulda objektif bir nedenin bulunması şartına bağlayan baskın öğretisi görüşü doğrultusunda

yorumlandığı takdirde- süreli sözleşmeleri neredeyse istisna haline getirmektedir (md. 11)¹³. Böylece hukukumuzda, model olarak seçilen ülkede çoktan terk edilmiş bir düşünce, yasa kuralı olarak yerini almış olmaktadır. Oysa, Federal Almanya'da 2006 yılında akdedilen iş sözleşmelerinin % 43'ünün süreli olduğu; kamu kesiminde işe yeni alınanların 2/3'ünün süreli sözleşmelerle çalıştırıldıkları; süreli iş sözleşmesiyle çalışanların toplamının ise, iki milyondan fazla olduğu tespit edilmektedir¹⁴.

Şüphesiz, süreli iş sözleşmeleri, feshе karşı koruma kurallarının uygulanmasına olanak vermeyen bir istihdam türü yaratmaktadır. Hukukumuzda bu sözleşmelerin bir de kıdem tazminatına ilişkin boyutu vardır. Bu bakımdan, işçilik haklarının korunmasıyla, istihdamın artırılması arasındaki optimal dengenin kurulması, son derece önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat herhalde, işgücü talebini canlandırmak amacıyla süreli sözleşmelerin yapılmasını sınırlandıran kuralların yumuşatılması, üzerinde tartışılması gereken bir husustur. Bu konuda Federal Almanya'daki düzenlemelerin bir model olarak alınması düşünülebilir. Gerçekten, Almanya'da Kısmî Süreli Çalışma ve Süreli İş Sözleşmeleri Hakkındaki Yasa (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge = Teilzeit- und Befristungsgesetz/TzBfG) iş sözleşmesinin objektif bir neden bulunmamasına rağmen en çok iki yıl için süreye bağlanmasını mümkün kılmaktadır. Sözleşmenin iki yıllık azamî süre içinde en çok üç defa yenilenmesi de mümkündür. Fakat aynı işverenle daha önce süreli ya da süresiz bir iş ilişkisi kurulmuş ise, süreye bağlama meşru değildir. Toplu iş sözleşmeleriyle azamî süre ve yenilemelerin adedi konusunda farklı düzenlemeler getirilebilir (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Ayrıca, 01.01.2004 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yeni işyerlerinin kurulmasını ve istihdamı teşvik amacıyla yasaya eklenen bir hükümlerle de, ilk kez bir işletme kurulması hâlinde objektif bir neden bulunmaksızın dört yıla kadar süreli sözleşme yapma olanağı tanınmış ve süreli sözleşmelerin dört yıl içinde sınırsız olarak yenilenebilmelerine olanak sağlanmıştır (§ 14 Abs. 2 a).

III. İktisadî kriz dönemlerinde hemen hemen daima, mevcut iş ilişkilerinin değişen ekonomik koşullarla uyumlu hale getirilmesi sorunuyla karşı-

laşılmaktadır. Bireysel planda bu sorun, İş Kanunu md. 22 çerçevesinde aşılabilir. Fakat bu konuda sosyal taraflara da önemli bir sorumluluk düşmektedir: Bunun anlamı, toplu iş sözleşmeleriyle oluşan çalışma koşullarına iktisadî kriz dönemlerinde sosyal taraflarca işletmelerin korunmasını sağlayacak ve işten çıkarmaları en aza indirecek bir içerik kazandırılmasıdır. Sosyal tarafların bu konuda hangi araçlara sahip buldukları, 2001 krizi sırasında "Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi" konulu bir toplantıya sunduğum tebliğde¹⁵ ortaya konmuştur. Bu bakımdan, burada sadece bir özet vermekle yetinilecektir:

1. Toplu iş sözleşmelerini değişen ekonomik koşullara uygun hale getirmenin birinci yolu, sözleşmenin, tarafların anlaşmasıyla değiştirilmesidir. Bu seçenek, çalışma koşullarının taraflar arasında yeniden müzakere edilerek pratik gerçeklerle uyumlu bir düzen kurulmasının en önemli aracıdır. Sorumlu bir anlayışla yürütülen bu süreç sonunda hem işletmelerin korunması hem de işten çıkarmaların asgarî düzeyde tutulması sağlanabilir. Toplu sözleşme düzeninin bir sorumluluk sistemi olduğu¹⁶ unutulmamalıdır.

2. Sözleşmede değişiklik yapmak dışında sosyal taraflar, toplu iş sözleşmesinin zorlayıcı etkisini kaldırmak (TSGLK md. 6 f.1) suretiyle de çalışma koşullarını yeni gelişmelerle uyumlu hale getirmenin yolunu açabilirler. Bu olanak, toplu iş sözleşmesi ile bağlı olan işçi ve işverenin anlaşmak suretiyle hizmet akitlerini işyerinin ve iktisadî koşulların gereklerine göre yeniden düzenlemelerine; hizmet ilişkilerini iktisadî açıdan esnekleştirmelerine zemin hazırlamaktadır. Bu hükmün pratik değeri daha çok, işveren sendikasının taraf olduğu ve geniş bir uygulama alanına sahip bulunan toplu iş sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü, bu tür sözleşmelerde çalışma koşulları büyük oranda merkezî bir anlayışla düzenlenmekte, işyerlerinin ihtiyaçları ve ekonomik koşullara sağlayabilecekleri uyum, arzu edildiği ölçüde dikkate alınmamaktadır. Toplu sözleşme normlarının zorlayıcı etkisi ortadan kaldırıldığı takdirde, çalışma koşullarının merkezî olmayan bir anlayışla işyeri düzeyinde yeniden ve süratle düzenlenmesi mümkün hale gelmektedir. Toplu iş sözleşmesinin zorlayıcı etkisinin taraflarca ortadan kaldırılması, birbirinden farklı ve çok sayıdaki iktisadî ihtiyacın tatminini sağlayabilir: Örneğin bu imkân, işgücü talebi-

nin son derece düşük olduğu yoğun işsizlik ortamında, belirli bir tarihten beri işsiz olanların işe alınmaları halinde kendilerine bir süre toplu iş sözleşmesindeki daha düşük ücret ödenebileceği öngörülerek, istihdam yaratma aracı olarak kullanılabilir. Böylece sendikalar, işsizliğin sorumluluğunu sadece devlete yükleyen değil, bu sorunun çözümüne katkıda bulunan kuruluşlar olmak gibi bir konuma da ulaşabilirler. İşletmenin ödeme gücüne düşmesi halinde ise, toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan daha düşük ücret ödenmesine izin vermek suretiyle (Härteklauseln = aşırı güçlük hükümleri) bu olanak, işçilerin işlerini kaybetmeleri tehlikesini belirli ölçüde bertaraf edebilir. Diğer taraftan, işverene, örneğin toplu iş sözleşmesinde öngörülen zamlı ücreti ödemek yerine, daha uzun süreli izin uygulamasına gitme olanağı sağlayan; ona seçenekler sunan toplu sözleşme hükümleri (Optionsklauseln) de, faaliyetin özellikle iktisadî koşullar nedeniyle sürdürülemediği hallerde, işçilerin işten çıkarılma riskini hafifletebilir. Keza, süresiz hizmet akitleri ile işe alınanlar için toplu iş sözleşmesindeki daha düşük ücret kararlaştırılabileceği öngörülerek, istihdamın sürekliliğini sağlamak mümkün olabilir. Aynı şekilde, emeklilik hakkını kazananların, sözleşmede öngörülen daha düşük bir ücretle çalıştırılabileceklerine izin verilebilir. Nihayet, işletme gereklerine dayanan fesihlerden vazgeçmek karşılığında, toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan daha düşük ücret ödenmesine imkân sağlanması da iktisadî kriz nedeniyle işsiz kalmayı önleyebilecek ve toplu iş sözleşmesinin zorlayıcı etkisinin kaldırılması suretiyle gerçekleştirilebilecek bir husustur. Bütün bu ihtimallerde, bir taraftan istihdamın artırılması ve işin kaybedilmesi, diğer taraftan da işletme varlığının zaruret halinde dahi güvence altına alınması sağlanmış olmaktadır¹⁷.

3. Toplu sözleşme düzeninde çalışma ilişkilerinin değişen koşullara uygun hale getirilmesini mümkün kılan bir başka yöntem, sözleşmede “koridor” hükümlere (Korridorklauseln) yer verilmesidir. Bu tür hükümlerde söz konusu olan, çalışma koşullarından bazılarının kesin bir biçimde değil, fakat içeriği daha sonra hizmet akdine taraf olanlarca doldurulacak bir biçimde belirlenmesidir. Toplu iş sözleşmesinin zorlayıcı etkisinin bertaraf edilmesinden farklı olarak, burada, belirli konularda kolektif bir düzenleme yapılmasından kaçınılmış olmaktadır.

Koridor hükümler, iktisadî kriz döneminde ücretler açısından özel bir önem taşımaktadır. Gerçekten, örneğin ücret zammı konusunda zam oranının asgarî ve azamî sınırları belirlenip bu sınırlar dahilinde ne kadar zam yapılacağı bireysel bir düzenlemeye bırakılmışsa, her işyerinin özelliğine ve kârlılığine göre bir kural getirmek mümkün olabilecektir. Bu bakımdan koridor hükümler, işyerlerinin yeni (iktisadî) koşullara uyum sağlaması bakımından önemli bir işlev yerine getirebilmektedir¹⁸.

4. İktisadî krizin mümkün olan en az zararlı aşılmasına imkân sağlayacak yollardan biri de, sosyal tarafların toplu iş sözleşmesinde küçük işletmelerle ilgili kurallar (Kleinbetriebsklauseln) getirmeleridir: Toplu iş sözleşmesinde örneğin, en çok elli işçi çalıştıran işyerlerinin, belirli iktisadî gelişmeler ortaya çıktığı takdirde toplu sözleşme hükümleri ile bağlı tutulamayacağı veya bu gibi işyerlerinde çalışanlara belirli bir oran dahilinde sözleşmedeki ücretin altında ücret ödenebileceği öngörülebilir. “Küçük işletme” kayıtlarının, “aşırı güçlük hükümleri”ne göre sahip bulunduğu üstünlük, çalışma şartlarının işyeri düzeyinde yeniden pazarlık konusu yapılmasına yol açmamasıdır¹⁹.

IV. 1. Yazının başlangıcında da belirtildiği gibi, iş hukukunun özellikle iktisadî kriz dönemlerinde en önemli görevi, işçilerin mümkün olduğu kadar işlerini korumalarını sağlayacak mekanizmaları geliştirmek, işletmelerin korunmasını sağlamak ve işgücü talebinin canlı tutulmasını gerçekleştirmektir. Birbirleriyle bu kadar çelişen üç hedefe birlikte ulaşmak, hiç şüphesiz ki, bir mucizedir. Kanaatimce iş hukuku, bu mucizeyi gerçekleştirecek değil, fakat gerçekleştirmeye katkıda bulunacak mekanizmalara sahiptir. Marco Biagi'nin deyimiyle, iş hukukunun gündeminde yeni ekonomik bağlamı “regüle etme” fırsatı durmaktadır. Bu hukuk dalının varlığını koruması, yeni meydan okumalara kendisini ne kadar çabuk uyarlayacağına bağlıdır; bu gerçekten bir ölüm kalım meselesidir²⁰.

2. Diğer taraftan, yukarıdaki açıklamalar, toplu sözleşme taraflarının, gereken hallerde iş ilişkilerini iktisadî koşullarla uyumlaştırmaları konusunda çok sayıda olanağa sahip bulduklarını da ortaya koymaktadır. “İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradelerine Göre Uygulanması” konulu incelememin sonuç kısmında da belirt-

tiğim üzere, iktisadî kriz döneminde dahi toplu iş sözleşmesinin tehlikeli bir araç olarak görülmesini önleme ve toplu sözleşme özerkliğinin cazibesini yaşatma olanağı sosyal tarafların elindedir. Bu bakımdan, kriz döneminde yaşanacak her çıkmaz, toplu sözleşme sisteminin değil, izlenen toplu sözleşme politikasının bir kusuru olarak görülmelidir²¹. Alman hukukçu Henssler'in, emek piyasası ve esnekleşme konusundaki makalesini bitirirken dile getirdiği şu cümle bu açıdan anlamlıdır: Sosyal taraflar toplu iş sözleşmesinin cazibesini yaşatma yönündeki gayretlerini devam ettirdikleri sürece iş hukukçuları toplu iş sözleşmesine övgüler yağdırmaya devam edeceklerdir²².

DİPNOTLAR

- 1 RG., 26.5.2008, Sa. 26887.
- 2 Yasanın çeşitli yönlerden değerlendirilmesi için bkz. TİSK/PERYÖN, "İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor?" Semineri, İstanbul, 2008.
- 3 Kısa çalışma müessesesi daha önce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesinde yer almaktaydı. 5763 sayılı Yasa, İş Kanunu'nun 65. maddesini yürürlükten kaldırmış (md. 37) ve kısa çalışmaları 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Ek 2. maddesi olarak yeniden düzenlemiştir.
- 4 Bkz. Soyer, İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeleri, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul, 2003 (içinde), s. 195-196; aynı yazar, 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, TÜRK-İŞ Yayını, Ankara 2003 (içinde), s. 31.
- 5 5763 sayılı Yasa, İş Kanunu'nun 33. maddesini yürürlükten kaldırmış (md.37) ve Ücret Garanti Fonu'nu 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Ek 1. maddesi olarak yeniden düzenlemiştir.
- 6 Bkz. İşverenin ödeme aczine düşmesi halinde işçilerin korunmasıyla ilgili 80/987 sayılı AB Yönergesi ve bu yönergeyi değiştiren 74/2002 sayılı Yönerge.
- 7 4857 sayılı İş Kanunu'na bu açıdan yönelttiğim eleştiri için bkz. Soyer, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, s. 21.
- 8 Bkz. Soyer, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, s. 21. Eyrenci (4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s. 40) ve Süzek (İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2008, s. 340), hükmün bu şekilde anlaşılması gerektiği kanaatindedirler. İşverenin ödeme aczine düşmesi hâlinde işçilerin korunmasıyla ilgili 80/987 sayılı AB Yönergesi, 74/2002 sayılı Yönerge ile değiştirilmeden önce, hangi tarihten önceki işçi alacaklarının garanti kapsamında olacağı konusunda üye devletlere üçlü bir seçenek sunmaktaydı (md. 3). Yönerge, garantinin ya ödeme gücünün ortaya çıktığı ya feshin yapıldığı ya da ödeme gücünün veya fesih tarihinden itibaren geriye doğru işletilecek süre içinde söz konusu olabileceğini öngörmekte idi. 80/987 sayılı

- Yönergeyi değiştiren 74/2002 sayılı Yönerge ise, bu tarihin tespiti konusunda üye devletleri tamamen serbest bırakmaktadır (md. 3 f. 2).
- 9 Bkz. Süzek, s. 494-495 ve orada anılan yazarlar yanında, Soyer, İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2005 (içinde), s. 38-39.
 - 10 Bu konu daha önce de tarafımızdan eleştirilmiştir. Bkz. Soyer, İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, s. 68-69; aynı yazar, Neue kündigungsschutzrechtliche Regelungen und Gerichtspraxis in der Türkei -Eine kritische Stellungnahme- FS für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag, München, 2007, s. 1090-1091.
 - 11 "İşverenin Ödeme Güçlüğüne Düşmesi Hâlinde İşçi Alacaklarının Korunması" hakkındaki 173 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'nde, garanti fonundan karşılanması gereken alacaklar arasında akdin sona ermesine bağlı olarak ödenmesi gereken tazminatlar da sayılmıştır (md. 12/d). Sözleşme ayrıca, ödeme gücünün kavramının üye devletler tarafından, işverenin malî durumu nedeniyle işçi alacaklarının karşılanmadığı halleri de kapsayacak şekilde genişletilebileceğini belirtmektedir (md. 1 f. 2).
 - 12 Federal Almanya'da süreli iş sözleşmesi yapılmasına kolaylık getiren ilk yasal düzenlemeler hakkında bkz. Soyer, Federal Almanya'da İstihdamı Teşvik Yasası Uyarınca Hizmet Akitlerinin Süreye Bağlanması, Tühis, Şubat 1987, s. 3 vd.
 - 13 Taşkent ise, bir defa yapılan iş sözleşmesinde, yasanın, objektif neden şartını aramadığı görüşündedir. Bkz. Komite, 2004 Semineri, s. 50-56; Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, Legal İHSGHD 2006/9, s. 37-38; Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı, Sicil, Mart 2008/9, s. 20-22.
 - 14 <http://www.innovations-report.de>
 - 15 Bkz. Soyer, İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradelerine Göre Uygulanması, İstanbul Barosu ile Galatasaray Üniversitesi Tarafından Düzenlenen 2002 Toplantısı (içinde), s. 155 vd.
 - 16 Bkz. Soyer, "Yeni" Yararlılık Düşüncesi mi ? Yoksa Sendikaların Sosyal Taraf Olarak Sorumluluğu mu ? -Toplu İş Sözleşmesinin "Önceliği" Üzerine Tartışmalar- Tuncay Armağanı, İstanbul, 2005, s. 455.
 - 17 Bkz. Soyer, İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradelerine Göre Uygulanması, s. 164-166 ve orada dn. 44-55'de anılan yazarlar.
 - 18 Bkz. Soyer, İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradelerine Göre Uygulanması, s. 166-167 ve orada dn. 58-59'da anılan yazarlar.
 - 19 Bkz. Soyer, İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradelerine Göre Uygulanması, s.167 ve orada dn 60-62'de anılan yazarlar.
 - 20 Bkz. İş Yaratma ve İş Hukuku, Korumadan Öngörülü Eyleme, MESS Yayınları, İstanbul, 2003 (içinde), s. 13.
 - 21 Henssler, Flexibilisierung der Arbeitsmarktordnung-Überlegungen zur Weiterentwicklung der tariflichen Regelungsmacht- Zfa 1994, s. 487 (489).
 - 22 Zfa 1994, s. 487 (515).

Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar

1. GİRİŞ

“Kimse isteyerek kötülük yapmaz.” diyen Sokrates’ten beri, insanlığın ortak ahlâk arayışı; insan olmanın değer bilgisine sahip olan ve her eylem ve tutumda bu değerleri hesaba katan kişi özellikleri olarak dürüst, saygılı, adil olma gibi etik değerleri ortaya çıkarmıştır. Değerler adına, hesapsızca değer harcamalarının çoğaldığı; içinde bulunduğumuz kriz zamanlarında en kolay harcanan değerlerden biri de etik değerlerdir. Bu bağlamda içinde bulunduğumuz küresel dünya da etiğin ortaçağını yaşadığımızı mutlaklıdır¹.

Etik değer sorunları; hepimizin olduğu kadar, işverenlerin de temel sorunları arasında yer almaktadır. Birer insan gücü yöneticisi olarak, işverenler; bireysel açıdan ve hem de mesleki açıdan etik sorumluluk taşımaktadırlar. İşverenler bir yandan işletmeye, işletmenin çevresel değerleriyle ve öte yandan yönetim bilimi ve yönetim hakkı bakımından etik değerler ve etik değerlerin zorlayıcılığı ile karşı karşıya bulunmaktadır. Ayrıca tüm bu etik sorumlulukların ötesinde; işverenlerin bizzat kendileri de; insan olma onur ve bilinciyle, etik değerlerle hesaplaşma gerekliliği içinde bulunmaktadır.

Günlük iş yaşamında çalışanların, kendilerine verilen emir ve talimatlar karşısında haksızlığa uğ-

ramamaları veya çalışanların, bu konudaki kuşku- larının ve giderek de şikâyetlerinin azaltılması, hat- ta tamamen giderilmesi, çoğunlukla işverenin yö- netim hakkını kullanmasına ve bu hakkı kullanır- ken, etik kurallara ne denli uygun davranacağına bağlıdır. Bu çalışmada; işverenin yönetim hakkı ve yönetim hakkının sınırları tanımlanarak, belirlenen kavramsal çerçeve içinde; etik değerlere özen bor- cuyla, etik sınırların araştırılarak, işverenlerin yaşa- dıkları etik sorunlar ortaya konmak istenmiştir.

2. İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI

2.1. Yönetim Hakkının Tanımlanması

İş sözleşmeleri kural olarak işçilerin, işyerindeki davranışları konusunda ayrıntılı hükümler taşımazlar. İşçilerin uymaları gereken, doğrudan işyerinin düzenini ve güvenliğini etkileyebilecek o denli çok sayıda olay vardır ki, bunların iş akdinin kurulması sırasında, taraflar arasında anlaşma konusu yapılma- ları genellikle mümkün değildir. İş sözleşmelerinde, iş edimi genellikle ana çizgileri ile belirlenmekte, ayrıntılar ise düzenlenmesi gereken boş bir alan olarak kalmaktadır. Bu boş alan işverene bırakılmış olan yönetim hakkının kullanılmasıyla doldurulur. İşvere- nin vereceği talimatlarla, yasalar çerçevesinde toplu

iş sözleşmesi ve iş akdine aykırı olmamak üzere, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına, yönetim hakkı denir². İşverenin yönetim hakkı, işverenin işin nerede nasıl ne zaman, hangi sıraya göre yürütüleceğini ve işyerinin düzeni ve güvenliğine ilişkin tek taraflı kurallar koyabilme, düzenlemeler getirebilme yetkisi olarak da tanımlanabilir³.

İşverenin yönetim hakkı işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin doğal bir sonucudur. Hakim durumunu, iş sözleşmesinin doğasından alan işverenin; aldığı bu hakla işçilerine talimatlar verme hakkına, işverenin yönetim hakkı denir. İşverenin yönetim hakkı; işverenin, işin nerede, nasıl, ne zaman hangi sıraya göre yürütüleceğine dair veya işyerinin düzeni ve güvenliğine dair tek taraflı kurallar koyabilme, düzenlemeler getirebilme yetkisi olarak da tanımlanabilir.

İşin görülmesi sürecinde; işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işyerindeki davranışlarını düzenleyen yönetim talimatları veren işveren, işçiyi kişisel bağımlılığı altında tutar. Diğer iş görme sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek talimatlar genellikle sadece edim sonucunda yönelirken, iş akdinde, işveren; vereceği talimatlarla, işçinin edimini, bu edimin yerine getirilmesi süreci içinde organize eder. Hizmet akdinde, işin yürütümü ve gözetimi işverene ait olup; işçi için hukuki nitelikte bir bağımlılık söz konusudur. İşçi, işin yerine getirilmesi sırasında, verdiği emirler, direktifler, gözetim, kontrol ve hatta cezalandırma yetkisiyle donatılmış şekilde işverenin otoritesi altındadır. İşverenin yönetim hakkının işçi tarafından kabul edilmesi şeklinde tanımlayabileceğimiz hukuki bağımlılığın çerçevesini yönetim hakkının sınırlandırılması belirler.

Öte yandan işçinin işverenin bağımlılığı altında olması, bir özel hukuk sözleşmesinin tarafları arasında bulunması gereken eşitliği bozar. İş akdinde var olan otorite/bağımlılık ilişkisi bu sözleşmenin tarafları arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratır. Taraflar arasında olması gereken eşitlik ilkesinden bir uzaklaşma anlamını taşıyan bu hiyerarşi, meşruluk temelini, sözleşmeyle bağımlılık altına giren işçinin bu hukuki durumu kendi özgür iradesiyle kabullenmesinde bulur⁴.

2.2. Yönetim Hakkının İçeriği

İşverenin yönetim hakkına dayanarak vereceği

işin görülmesine ilişkin talimatlar işçinin iş görme borcunu somutlaştırır, borcun içeriğini belirler. Bu nitelikte talimatları vermek suretiyle işveren iş ilişkisi içinde işçinin iş görme edimini düzenlerken; işçinin işin görülmesine ilişkin, işverence verilecek talimatlara uyma borcu bağımsız olmayıp, işçinin iş görme borcunun kapsamında yer alır ve onu tamamlayıcı bir nitelik taşır.

İşverenin yönetim hakkı, işçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin karakterinden doğar. İşverenin yönetim hakkı; hukuki güç yönünden oldukça zayıf olmasına karşılık, uygulamada; önemi çok fazla olan bir kavram olarak, karşımıza çıkar. İşverenin yönetim hakkına, işyerinin düzeni ve işçilerin işyerindeki davranışları hakkında kurallar koyabilme yetkisi de dahildir. İşveren yönetim hakkını; iş yasaları, toplu iş sözleşmeleri veya hizmet sözleşmeleriyle sınırlandırıldığı alanlar dışında ve çalışma amacıyla sınırlı olmak kaydıyla her şekilde kullanabilir. Özetle işverenin yönetim hakkının içeriği, yasa ve sözleşmelerle düzenlenebilir, genişletilebilir veya daraltılabilir⁵. Gerçekten işveren yönetim hakkını kullanırken; yasaların emredici hükümlerine, dürüstlük kuralına, işçiyi gözetme borcu yanında, işçinin kişiliğinin ve kişilik haklarının korunması gibi ilke ve kurallara da uymak zorundadır⁶.

İş akdinin tarafları, zımni şekilde de olsa, işverenin iş görme ediminin alacaklısı sıfatıyla, işin yürütümünü ve işçinin işyerindeki davranışlarını tek taraflı olarak düzenleyebileceği konusunda anlaşmış olurlar. İşyerinde yapılan işin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağını düzenleyen veya yöntem ya da tekniğini gösteren talimatlar; işin yapımıyla yürütümüne ilişkindir. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, yıllık ücretli izinlerin kullanılma zamanını belirleyen veya işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereçler ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu tür talimatlar olarak işverenin yönetim hakkı çerçevesinde sayılırlar.

İşçilerin, işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar işin görülmesi ile doğrudan bir ilişkisi bulunmayan, işyerinde belirli bir düzenin ve güvenliğin sağlanması amacıyla verilen talimatlardır. İşyerine giriş ve çıkışlarda uyulacak kuralları, giyinme-soyunma odalarının, park yerlerinin, yemekhane, dinlenme ve spor tesislerinin kullanımını, kaza ve yangın durumunda yapılacak işleri, işçilerin hastalanmaları ha-

linde hastalık raporlarının alınması için izlenecek yolu, işyerinde sigara içilmemesini düzenleyen talimatlar da bu çerçevede yer alırlar⁷.

İşveren yönetim hakkına dayanarak, iş ilişkisi içinde, işçiye işin yürütümüyle ilgili; işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sıraya göre yapılacağına dair ve ayrıca işyerinin düzenine ve güvenliğine yönelik talimatlar verebilir. Üst hukuk kurallarına aykırı olmadığı sürece, işçi kendisine verilen talimatlara uymakla, bunları yerine getirmekle yükümlüdür. Şayet verilen talimat, yasanın, toplu iş sözleşmesinin veya iş sözleşmesinin bir hükmüne aykırı olursa; işçi için, uyma (itaat) borcu doğurmaz. İşverenin yönetim hakkının kapsamına girmeyen talimatları geçersiz sayılır⁸.

İşveren yönetim hakkını işyerinde daha çok kolektif alanda düzenleyerek kullandığından; işverenin yönetim hakkına giren davranışlarının kolektif alanda mı, yoksa bireysel alanda mı ortaya çıktığı konusu büyük önem taşımaktadır. Bireysel alandaki davranışlar ancak hizmet sözleşmesinin tarafı olarak karşılanabilir ve hizmet sözleşmesinin sınırlarıyla sınırlanabilir ki, bu alanda işverenin yönetim hakkının kullanılmasından önce, tarafların hizmet sözleşmesinden doğan karşılıklı, hak ve borçlarıyla yükümlülükleri bulunmaktadır.

İşverenin emir ve yasaklarının yönetim hakkından doğup doğmadığının tespitinde; işverenin hizmet sözleşmesinin tarafı gibi mi, yoksa işletme şefi gibi mi davrandığına bakmak gerekirse de, iki türlü işlem arasında; bu kriter, her zaman kesin bir ayırım ve sınır çizmeye yeterli olmaz⁹.

2.3. İşverenin Yönetim Hakkının Sınırlandırılması

İşverenin yönetim hakkı, en başta; iş sözleşmesi ve çalışma koşullarıyla sınırlandırılmıştır. Yönetim hakkının sınırlandırılmasıyla amaçlanan; işçinin günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatleri arasında, işyerindeki davranışlarının somutlaştırılmasıdır. İşveren yönetim hakkını, hizmet içinde ve çalışma koşullarının gerektirdiği tüm emir ve talimatları verebilecek şekilde kullanacaktır.

Bireysel iş sözleşmesinin konusu, işçi ile işveren tarafından, kanuna ve ahlaka aykırı olmamak üzere istenildiği gibi belirlenebilir¹⁰. Öncelikle yapılacak sözleşmenin konusunun, “kanuna, ahlâka (adaba) aykırı olmaması” gerekir. Bunun dışında,

sözleşmeler için geçerli olan genel sınırlamalar ile iş koşullarını belirleyen tip sözleşmeler, işyeri uygulamaları ve toplu iş sözleşmesi hükümleri de, iş sözleşmesinin içeriğini belirleme serbestisine getirilmiş sınırlamaları oluşturur¹¹.

Yönetim hakkı çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında en alt sırada yer aldığından, bu hak; kendinden üstte yer alan tüm iş hukuku kaynakları tarafından sınırlandırılmıştır. Anayasa, yasalar, toplu iş sözleşmesi, iş akdi, genel iş koşulları (iç yönetmelik, işyeri uygulaması) ile düzenlenmiş bulunan konularda bunların tersine olacak şekilde yönetim hakkının uygulanma olanağı yoktur. Başka bir deyişle, işveren bu hukuk kaynaklarına, aykırı bir biçimde yönetim hakkını kullanamayacağı gibi; ancak bu kaynaklarda düzenleme getirilmediği hallerde, talimat verme yetkisinden yararlanabilir¹².

İş hukukunun temel kaygılarından biri; başlangıçta çok geniş olan işverenin yönetim hakkının, zaman içinde sınırlanması olmuştur. İşverene tek taraflı irade beyanıyla işyerindeki çalışma koşullarını belirleme yetkisini veren yönetim hakkına birçok sınırlamalar getirilmiştir.

Gerçekte iş akdinde ne kadar ayrıntıya yer verilirse, işverenin talimat verme hakkı, o ölçüde sınırlanmış olur. Gerek iç yönetmelikler ve gerekse işyeri uygulamaları iş akdi hükmünde olduklarından işverenin yönetim hakkının üstünde yer alırlar. İşveren bu kaynaklara aykırı bir biçimde yönetim hakkını kullanamaz.

İşverenin belirtilen sınırlar dışında yönetim hakkını kullanması, diğer bir deyişle talimatın hukuka aykırı olması halinde işçi buna uymak zorunda değildir. Yönetim hakkının sınırları dışında kalan talimata uymayan işçiye herhangi bir yaptırım uygulanamaz. İşveren bu nedenle işçinin iş akdini feshederse, duruma göre haksız veya geçersiz fesih yapmış ya da fesih hakkını kötüye kullanmış sayılır ve bunun hukuki sonuçlarına katlanır¹³.

3. YÖNETİM HAKKININ ETİK DEĞERLERCE SINIRLANDIRILMASI

3.1. Etik ve Etiğin Konusu

Etiğin konusunu, ahlâki eylem ve yargılar oluşturur. Etik, bir eylemi ahlâki açıdan iyi bir eylem

yapan niteliksel durumu sorgulamaktadır ve bu bağlamda ahlâk, iyi, ödev, gereklilik, müsaade vb. gibi kavramları ele almaktadır¹⁴. Etiksel kavrayış; eylemde bulunanın, kendi eylemi üzerinde aydınlanmasını ve sadece ahlâki yargılar verme yeteneği kazanmaktan da öteye; ahlâki yetkinlik ile toplumsal sorumluluk arasındaki temel ilkesel önemin ve anlamın kavranmasını ister¹⁵.

Gündelik yaşamda, bilim çevrelerinin artan ilgiyiyle birlikte, ahlâk sözcüğüyle eş anlamda kullanılmaya başlanan etik kavramı; Latince "Ethicus" veya Yunanca "Ethos" ya da "Ethicos" kelimelerinden gelmektedir. Ethos'un anlamı, alışkanlık veya töre, Ethicus veya Ethicos kelimeleri ise, ahlâkla ilgili, ahlâkça davranma, ahlâki ilkeleri kapsama, kısaca "ahlâk" anlamına gelmektedir. Etik, mevcut iletişim ve eylem biçimlerini, sorumluluklarının bilincinde bir birey olarak ötekilerle birlikte insanca şekillendirmek ve iyileştirmek isteyen sosyal topluluk üyesi herkesi ilgilendirir. Evrensel standartlar konusundaki tartışmalara rağmen; etikte temel yaklaşım, insan haklarına saygılı olmaktır.

Ahlâklılık ya da diğer bir deyişle etik değerleri dışsal bir kabul olarak varsaydığımızda etik kuralları eğitim ve yönetim gibi iki sistemden doğar. Ahlâklılık sırf bir alışkanlıktır ve bizler; eğitim kurallarına ya da hükümetin yasalarına göre, tüm edimler hakkında alışkanlıktan dolayı yargıya varırız. Ahlâksal yargı, örnek bir durumdan ya da yasanın hükmünden kaynaklanır¹⁶. Yanlışın; yalnız yoksunluktan ve bir algı eksikliğinden ibaret olması nedeniyle, yanlış ve kötü kaçınılmazdır¹⁷.

Genel kurallar; bu kurallar altında toplanabilen olgular hakkında önceden karar verilmemişse uygulanamazlar, öte yandan bu olgular söz konusu kurallar uygulanmadan önce de önemli durumlar olarak saptanamazlar. Kuralların uygulanmasındaki kaçınılmaz döngü; etiğin, yorum bilimsel bir bağlama oturtulduğunun göstergesidir¹⁸. Birçok alanda, etik yargı yetisinden söz ederiz. Hukuk, estetik, tıp, terapi, müzik, askeri alanlarda ve metinlerin yorumlarında, ilk bakışta bu alanlarda yargı uygulayanların özel bir bilgi demetine ve tikel bir uzmanlığa ya da bu bilgi demetinin sık sık uygulanmasıyla ilişkili bir tecrübeye sahip olduklarını kabul etmeye hazırızdır¹⁹. Etik değerler, kendi başına bırakılmış bir durumda, giderek insan hakkı ve insan hakları düşüncesinin içinde sıkıştırıldığı

bir süreç içinde; bireysel mutluluk ve keder açısından evrensel olarak paylaşılan sorumluluk ilkesinin işlerliğinin yansımaları olarak yaratılırlar²⁰.

Etik değerler kişiler arası ilişkilerde etik değerlerin korunması ya da yaşanan durumlarda bu değerleri en az harcamaya çalışma gerektirirler. Etik değerler; saygı, sevgi, adalet, dürüstlük ve insan onuru gibi değerler olup bu değerler, kişiler arasındaki ilişkilerde iz bırakan davranışlardır. Etik değerler, içeriği olan ve onları yaşatan tarafından rastlantısal ve aynı zamanda edilgen olmayan yaşantılar olarak, hayatımızı güzelleştirip, zenginleştiren değerlerdir. İnsanoğlu ne zaman ümitsizlik içinde olsa, onurlu bir yaşam hakkı ve insanlık erdemleri; her zaman insanları; sevgi ve etik değerleriyle birbirine bağlayarak güçlendirecektir.

3.2. Yönetim Hakkının Etiksel Boyutu

Profesyonel yönetimde etik yaklaşımının ön plana çıkması ve yüzyılımızın son çeyreğinde buna şiddetle ihtiyaç duyulması, kendiliğinden olmamıştır. Yönetim alanındaki toplumsal değerlere aykırı davranış ve uygulamaların yaygınlaşması; yolsuzluk ve yozlaşmalarla doğrudan ilgili olarak her meslekte olduğu gibi yönetim kuram ve uygulamalarında da bir etik boyutun gerekliliğini tüm çıplaklığıyla hissettirmiştir.

Yasal belirlemelerde netlik ve açıklık varken, etikle ilgili konularda; her zaman için, bu netlik ve açıklığın belirlendiği söylenemez. Yöneticiler, yönetsel davranışta bulunur ve kararlar alırken; bu kararların yönetsel yönlerini görmezlikten gelemecekleri gibi toplumun, kültür ve ahlâkla ilgili etki ve tepkilerini dikkatten uzak tutamazlar²¹. O halde yönetimde uygulanabilir etik ilke ve davranış kuralları neler olacaktır veya ne olmalıdır?

Tarihsel süreç içindeki gelişim çizgisiyle; yönetimde etik; gerek stratejik, gerek fonksiyonel ve gerekse işlemsel düzeydeki bir yöneticinin yönetsel eylemlerinde uyması gereken ahlâksal ilke veya davranış kuralları olarak tanımlanabilir. Yönetim etiğini, yönetsel eylemlerde uyulması gereken ahlâksal ilke veya davranış kuralları olarak tanımlamak olasıdır. Yönetim etiği, yöneticinin yönetsel faaliyetlerinde nasıl davranması gerektiği hakkındaki ahlâksal ilke ve kurallarla ilgilenebilir.

Yönetim biliminde; geleneksel dönemde verimliliği temel alırken, günümüzde; insancıl ve top-

İşverenin yönetim hakkıyla ilgili etik sorumluluğunun kapsamı, ölçü ve sınırları; işçinin sadakat borcunda olduğu gibi her somut olayda MK md. 2 hükmündeki doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre belirlenmelidir.

lumsal değerleri, temel alma fikri ön plana çıkmış bulunmaktadır. Buna göre yönetimde uyulabilir etik ilkeler; adalet, eşitlik, dürüstlük ve doğruluk, tarafsızlık, sorumluluk, insan haklarına saygı, hoşgörü, tutumluluk, açıklık, yasa dışı eylemlere direnme, emeğin hakkını verme, çalışanlara örnek olmak, nazik olmak, sır saklamak, mütevazı olmak şeklinde sıralanmaktadır.

3.3. Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar

Çalışma yaşamında çalışanların etik değerlerinin korunması, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması temelinde anayasal koruma altındadır. Her hak gibi yönetim hakkının da objektif iyi niyet kurallarına uygun kullanılması gerektiğinden (MK md. 2), dürüstlük kuralları, yönetim hakkının kullanılmasında etiksel sınırlardan birini oluşturur. İşçinin, işverenin vereceği talimatlara uyma borcu; objektif iyi niyet kuralına göre; işçiden, beklenebilecek olanla sınırlıdır²². İyi niyet kurallarına aykırı davranılması, iş hukukunda sadakat yükümüne aykırılık olarak kabul edilip, işverene olağanüstü fesih yetkisi verir. Aranılan iyi niyet kuralı ise, hakların kullanılmasında ve borçların ifasında uyulması gereken objektif iyi niyet kuralıdır (MK. md. 2). Öğretideki anlamıyla ve genel çizgileriyle objektif iyi niyet kuralları; orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güven ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, herkesçe benimsenen kuralların bütünü olarak²³ tanımlanabilir ki özetle bu kurallar etik değerler toplamıdır.

İşverenin yönetim hakkıyla ilgili etik sorumluluğunun kapsamı, ölçü ve sınırları; işçinin sadakat

borcunda olduğu gibi her somut olayda MK md. 2 hükmündeki doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre belirlenmelidir. Bu çerçevede işveren işçinin sağlığı yanında vücut bütünlüğü, gizli ve özel hayat alanları ile şeref ve haysiyeti, mesleği gibi kişisel değerleri korumak, cinsel taciz dahil her türlü korunma için gerekli önlemlerini almakla yükümlüdür. (İşk. md. 24/11). Bu bağlamda md. 24 kişilik haklarının sözleşme ilişkisi dışında da haksız tecavüzlere karşı korunmasını düzenlemiştir²⁴.

Bir kimsenin yaşadığı toplum içinde sahip bulunduğu veya bulunur görüldüğü ahlâksal nitelikleri insanlık onuru kavramı ile açıklanmaktadır. İnsana, bu niteliklerinin sağladığı saygınlığın; başkalarınınca zedelenmemesi, etiğin en önemli değer kurallarından biridir. İnsanlık onuru, kişilik hakları arasında yer almakta ve başta Anayasa olmak üzere hukukça korunmaktadır. Bu bakımdan herkes gibi işveren de işçisinin kişilik haklarını korumak, gözetmek zorundadır. İşverenin, işçilerine; onların saygınlığına gölge düşürecek, onları küçültecek, daha özlü bir deyişle; insanlık onuruna aykırı sayılabacak talimatlarının hiçbir geçerliği yoktur.

Yönetim hakkının kullanılmasının etik sınırları; öncelikle yönetim hakkının kendi amacıyla sınırlı olmakla belirlenmiştir. Bu hak işverene, işyerinde işin görülmesinin, işyerinin düzeninin ve güvenliğinin sağlanması amacıyla tanınmıştır. Bu itibarla işveren işçiye işyeri ve hizmet dışı davranışları veya özel yaşamı konusunda yönetim talimatları veremez. Bu durum işçinin kişilik haklarının korunmasının da bir gereğidir. İşveren gerek sözleşme konusunda ve gerekse yönetim hakkını kullanırken etiksel sorumluluğunu göz önüne almak ve etik değer ve kurallara aykırı emirler vermemek zorundadır.

Yönetim hakkının kullanılmasında etiksel sınırları belirlemek üzere bir ölçüt koymaya çalışırsak; işverenin iş için gerekli olan tüm emir ve talimatları verebileceğini ve bunun aksine iş için gerekli olmayan önlem ve talimatları veremeyeceğini söyleyebiliriz.

Etiksel sınırlama ölçütü dışında kalan ve iş için gerekli olmayan önlemlerin alınmasına yönelik talimatlar bu bağlamda, işçinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına, kişi özgürlüğüne ve etik değerlerine haksız bir saldırı niteliğindedir.

Gerçekten işverenin, işçinin çalışma zamanı içindeki davranışlarını düzenlemeye yönelik talimatlarının etik sınırlar içinde kalması; kişi dokunulmazlığı

ilkesine ve dolayısıyla kişilik haklarıyla etik değerlere haksız bir saldırı niteliği taşıması gerekir.

3.4. Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Açmazlar

İşveren bazen işçinin hizmet içi davranışlarıyla ilgili olarak dış görünüşüne ilişkin talimatlar da verebilir. İşçinin dış görünüşü denilince akla ilk gelen, onun giyim kuşamıdır. Bir kimsenin moda uygun, bunun ötesinde göz alıcı ya da tam tersine tutucu biçimde giyinmesi genel olarak kendi zevkine bağlıdır. İşverenin işçiyi işyerinde belli bir elbiseyi giymekle yükümlü kılıp kılamayacağı; eğer kılabilirse, bunun hangi durumlarda söz konusu olabileceği etik bir açmazdır. Kuşkusuz işveren, işçinin mini-midi-maksi elbise, yüksek-alçak-kalın-ince ökçeli ayakkabı, uzun çizme, pantolon, balıkçı kazak gibi şeyleri giyip giyemeyeceğini kararlaştıramaz.

İşçinin dış görünüşü çerçevesinde çok tartışılan etik açmazlardan biri de, saçlarını uzatmasına veya sakal bırakmasına işverenin karışıp karışamayacağıdır. Etik bir diğer sorun; işyerinde isim kartı taşınmasına yönelik bir yönetim talimatının etiksel geçerliğidir.

Özellikle bir alıcı topluluğu ile sürekli olarak ilişkide bulunan işçilerden elbiselerinin kolayca görünen bir yerine isim ve soyadlarını belirten bir kart, isim kartı takmaları istenebilir ve odalarının kapılarına veya çalışma masalarının üzerlerine isim levhaları konulması kararlaştırılabilir. Alınan önlemlerin; işyerinde güvenli bir hava yaratmak, aranan bir kimsenin bulunmasını kolaylaştırmak; müşterilere daha iyi hizmet verebilmek gibi haklı bir nedene dayandığı ve bu nedenle benzer taleplerin kişi dokunmazlığı ilkesine aykırı düşmeyeceği söylenebilir²⁵.

İşverenlerin zaman zaman, işçilerin özel yaşantılarıyla ilgilendikleri ve giderek onların boş zamanlarındaki davranışlarına da karışmak eğiliminde oldukları görülmektedir. Böyle bir eğilimin genellikle işletmenin çıkarlarının korunması veya işin daha iyi bir şekilde yapılmasının sağlanması gibi ilk bakışta haklı görülebilecek nedenler olduğu kabul edilse de işverenin bu davranışının anayasal kişi özgürlüğü ilkesi ile ne ölçüde bağdaşıp bağdaşamayacağı; işverene; işçinin hizmet dışı davranışlarını da yönlendirmek hakkı verip vermeyeceği sorulabilir²⁶.

Her ne şekilde ve gerekçeyle olursa olsun, işverenin yönetim hakkının hizmet dışı alanı da kapsaya-

bilmesi ancak işverenin etik kurallara ve etik değerlere ilişkin yaptırımlara tabi olacağını kabul etmekle mümkün olabilir. İşverenin bu doğrultuda işçiye yönelteceği her istek, yönetim hakkı çerçevesinde bir talimat değil, işverenin etiksel sorumluluğu kapsamında bir uyarı ve bir hatırlatma olarak kabul edilip etik sınırlar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Her türlü tartışmanın ötesinde bu noktada; işverenin, çalışanlarının işyeri dışındaki davranışları üzerine vereceği talimatların; yapılacak iş dikkate alındığında, haklı olmadıkça geçersiz olduğunu söylemeliyiz. Etiksel bağlamda hangi önlemlerin iş için gerekli olduğu konusunda bir ilke kararına ihtiyaç duyulduğumuzda; uyulmaması durumunda, işin görülmesi olanağı bulunmayan önlemlere mutlaka uyulması ilkesini kullanabiliriz²⁷.

Çalışanların kültürel değerleri, bireysel seçimi engelleyecek şekilde örgütlenmişse; örneğin, bir kültür; insanlarına özel bir rol ya da hayat tarzı tayin ediyor ve o rolün, herhangi bir şekilde sorgulanmasını ya da gözden geçirilmesini yasaklıyorsa; işveren; çalışanlarının etik sınırları içinde kalmak üzere, yönetim hakkını nasıl kullanacaktır? Bu ve benzeri sorulara cevap olarak; karşımıza; hemen iş hukukunun, işçinin kişiliğinin korunması ilkesiyle ilgili kırmızı çizgileri çıkararak, çalışma yaşamının etiksel boyutlarını ve sınırlarını belirlemektedir.

Yönetim hakkını kullanan işverenin; bireysel seçimi, kendi kültürel aidiyetine mi bağlıdır? İşveren yönetim hakkını kullanıp emir verirken, çalışanlarının kültürel aidiyetlerini dikkate alacak mıdır? İşveren çalışma koşullarını belirlerken, işyerini mi, kendi değerlerini mi, yoksa çalışanların kendi kültürel değerlerini mi düşünerek; yönetim hakkını kullanacaktır? Yönetim hakkını kullanırken; işveren çalışanlarının kültürel değerlerini ve etik sınırlarını bilmek zorunda mıdır?

Yönetim hakkını kullanan işverenlerin; karşılaştığı birçok etiksel soru ve ayrıntı, cevap bekliyor. İşverenin toplumsal kültürü ve bireysel seçimleri; bu soru ve ayrıntılara verilecek cevapları belirlerken, bu noktada işveren; bireysel seçimleri ile toplumsal kültürü arasında bocalamakta, kültürel kimliğiyle ilgili ve bağlantılı çeşitli sorular ve açmazlarla da karşı karşıya kalmaktadır²⁸.

4. SONUÇ YERİNE

Çalışma yaşamında ve iş hukukunda; yasal

mevzuat, iş yasaları, toplu iş sözleşmeleri ve iş akitleriyle birlikte; iş hukuku kaynaklarının tamamı bile dikkate alınsa, iş ilişkisinin niteliği gereği, çalışma yaşamında ortaya çıkabilecek her türlü soruna hukuk yoluyla çözüm getirmek mümkün değildir. Çalışma ilişkileri ve çalışma koşulları; işçi ile işveren arasında, çoğunlukla; işin yapımı sırasında belirlenirken, işyeri uygulamaları şeklinde somutlaşır. Bu süreç içinde; işveren çalışanlarına emir ve talimat verir ve yönetim hakkını kullanırken, etik kurallara özen göstermek zorundadır.

İşveren; yönetim hakkının üstünlüğünden doğan yetkilerini; hakim durumunu kötüye kullanmadan, bir yandan işçiyi koruma ve eşit işlem yapma yükümlülüğünü gözeterek şekilde ve öte yandan da çalışanlarının etik değerlerini koruyarak kullanacaktır.

Yönetim hakkının içeriği yasa ve sözleşmelerle düzenlenebilir ve genişletilebilir, daraltılabilir ya da değiştirilebilirse de işverenin, etik değerlerle etik sınırlara dokunması imkânsızdır. Etik kurallar, işverenin talimat verme yetkisini de sınırlamaktadır. Bu bağlamda işverenin yönetim hakkını kullanmasıyla ilgili sınırlamalar; bir yandan etik kurallar tarafından belirlenirken, öte yandan yönetim hakkı da etik kurallarla sınırlanmış olur. İşverenler; çoğu zaman yönetim hakkını kullanırken, kendi etik değerleri yanında; etik sınırlarını da, sorgulamak zorunda kalmakta ve bu sorgulamalar da ön yargıları da dahil olmak üzere; kendi etik değerlerine bağlı olarak, birçok etik açmazla karşı karşıya kalmaktadırlar.

Toplumsal yaşamın en büyük sosyal sermayelerden biri de sosyal bir değer olan etik değerlerdir. Küreselleşmeyle ve şimdilerde yaşanan dünya ekonomik krizinin tam ortasında gerçek bir var oluş ve yaşam savaşı veren işverenler; tüm güçleriyle mücadele ederken belki de hiçbir zamanda olmadığı kadar etik ilke ve değerlerine sahip çıkmak ve onlardan güç almak zorundadırlar. İçinde bulunduğumuz dünya ekonomik kriziyle baş etmek için, etik değerlerden de yardım ve güç alabilmelidirler. İşçi ve işverenlerin her zamankinden daha fazla birbirini koruyup kollayacağı zamanlar olan içinde bulunduğumuz zamanlarda, etik ilke ve etik değerlerin korunması; belki de en doğal korunma yöntemlerinden biri haline gelmelidir ve gelecektir.

DİPNOTLAR

1. Kuçuradi, 1999: 1.
2. Süzek, 2005: 60.
3. Tuncay, 1982: 158.
4. Süzek: 2005;192-193.
5. Tuncay: 1982: 158.
6. Eyrenci ve d., 2004: 29.
7. Süzek, 2005; 192.
8. Eyrenci ve d., 2004: 30.
9. Tuncay, 1982: 159.
10. Centel, 1994: 115.
11. Süzek, 2005: 62.
12. Süzek, 2005: 63.
13. Süzek, 2005: 66.
14. Pieper, 1999: 11-17.
15. Pieper, 1999: 151-152.
16. Kant: 2003: 22.
17. Spinoza: 2004: 313.
18. Habermas: 1998: 41.
19. Benhabib, 1999a: 167.
20. Bauman, 1998: 298.
21. Tosun, 1990: 72.
22. Süzek, 2005: 66.
23. Ertaş, 1982: 104.
24. Aktay, 2007: 147.
25. Taşkent, 1981: 94.
26. Taşkent, 1981: 99.
27. Taşkent, 1981: 92.
28. Kymlicka, 1998: 141.

KAYNAKÇA

- AKTAY, Nizamettin ve Diğerleri (2007), İş Hukuku Ankara.
- BAUMAN, Zygmunt (1998), Postmodern Etik, İstanbul.
- BENHABİB, Şeyla (1999); Modernizm, Evrensellik ve Birey, İstanbul.
- CENTEL, Tankut (1994), İş Hukuku Cilt 1, İstanbul.
- ERTAŞ, Kudret (1982), Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara.
- EYRENCİ Öner ve diğerleri (2004); Bireysel İş Hukuku; İstanbul.
- HABERMAS, Jürgen (1998), Sosyal Bilimlerin Mantığı Üzerine, İstanbul.
- KANT, Immanuel (2003), Ethica: Etik Üzerine Dersler, İstanbul.
- KUÇURADI, İoanna (1999) Etik, Ankara.
- KYMLICKA, Will (1999), Çok Kültürlü Yurttaşlık, İstanbul.
- PIEPER, Anne M. (1999), Etiğe Giriş, İstanbul.
- SPINOZA, Benedictus B. (2004), Etika, Ankara.
- SÜZEK, Sarper (2005), İş Hukuku, İstanbul.
- TANÖR, Bülent (1990), Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul.
- TAŞKENT, Savaş (1981), İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul.
- TOSUN, K. (1990), Yönetim ve İşletme Politikası, İstanbul.
- TUNCAY, C. (1982), İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul.

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi

1. Giriş

Fazla çalışma konusundaki uyuşmazlıklar yoğun bir biçimde iş yargısının önüne taşınmaktadır. Gerçekten, ülkemizde özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin çalışma yaşamının normlarını dikkate almayan çalışma düzenleri nedeniyle fazla çalışmaya zorlanan ve karşılıklarını alamayan işçiler, haklarını mahkemede aramaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu ise çalışma sürelerinde yeni düzenlemelere yer vermekteyse de, bu düzenlemelerin ne kadar hayata geçtiği ayrı bir tartışma konusudur. Gerçekten 4857 sayılı Kanun'un çalışma sürelerine ve özellikle fazla çalışmaya ilişkin hükümlerinin sağlıklı biçimde uygulanması, ancak giriş ve çıkışların belli bir düzene bağlandığı, izinlerin denetlenebildiği bir yapı içinde mümkün olabilir. Oysa, ülkemiz işletmelerine bakıldığında, tablonun pek de bu şekilde olmadığı herkesçe malumdur. Yeni kanunun esneklikle ilgili düzenlemeleri bize göre ancak düzenli işletmelerde fiilen uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bunun dışında kalan özellikle küçük ve orta çaplı işletmeler bakımından hala 1475 sayılı Kanun'dan bu yana süregelen sorunlar çözülebilmemiş değildir ve nitekim aşağıda inceleyeceğimiz kararların büyük bir çoğunluğu iş yargısını 1475 sayılı Kanun'dan bu yana meşgul eden tipik uyuşmazlıklarla ilgilidir.

Fazla çalışma konusu yargının önüne taşındığında, mahkemenin çözmesi gereken başlıca sorun, bu çalışmaların söz konusu olup olmadığı ve yine ücretlerinin ödenip ödenmediğinin ispatı noktasında toplanmaktadır. Fazla mesai ücretlerinin ödendiğini ispat yükü işverene ait olmakla birlikte, fazla mesai ücretine konu olan süre içinde iş görme borcunun ifa edildiğinin ispatı işçiye düşmektedir. Nitekim, fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin de bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu gerek öğretide¹, gerekse de yargı kararlarında fikir birliği içinde kabul edilmektedir².

İşçi kural olarak fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir³. Nitekim, Yargıtay da kararlarında fazla mesai iddialarının her türlü delil ile ispat edilebileceğini, bu tür alacaklar için mutlak yazılı belge aranmayacağını ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; "...Yapılan yargılama sırasında davacı tanıkları davacının fazla çalışma yaptığını ve ayrıca hafta tatil günlerinde hizmet gördüğünü açıkça belirtmişlerdir. Kaldı ki davalı tanıkları bu konuda davacı tanıklarının açıklamalarının aksine bir ifadede bulunmamışlardır. Bu durumda davacının anılan istekleri kanıtlanmış olduğundan kabulüne karar verilmesi gerekir. Öte yandan bu tür alacakların mutlaka yazılı delillerle ispatı ge-

Yüksek Mahkeme, haftalık 45 saati aşmasa da, 4857 sayılı Kanun döneminde artık 11 saati geçen çalışmaların “fazla çalışma” olarak nitelendirilmesi gerekeceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

rekmez”⁴. Uygulamada, fazla çalışma yapıldığı iddiaları genellikle tanık ifadeleri ile ispatlanmaya çalışılmaktadır. Fazla çalışmanın varlığı yolundaki iddiaların, tanık beyanlarıyla kanıtlanması, uygulama bakımından önemli sorunları da beraberinde taşımaktadır. Gerçekten, çoğu zaman, özellikle davacı tanıklarının beyanları ölçsüz ve abartılı olabilmekte, bu beyanların değerlendirilmesi ile ortaya çıkan tablonun hayatın gerçekleriyle uyumsuzluk göstermesi söz konusu olabilmektedir.

Bugün, uygulamada fazla çalışmalar konusunda açılan davalara bakıldığında, sanılanın aksine işçilerin daha avantajlı bir konumda olduğu, medeni usul hukukunda zayıf ve çürük delil olarak kabul edilen⁵ tanık beyanlarına dayanarak gerçekçi sınırların ötesinde fazla mesai ücretlerinin hesaplandığı görülmektedir. Kuşkusuz yukarıda da belirttiğimiz gibi, burada esas sorun, giriş ve çıkışları bir düzene bağlamayan, sistemsiz, plansız bir biçimde işçi çalıştıran işverenlerden kaynaklanmaktadır. Buna göre, sistemsizlik ve kayıt dışılık, yargılama aşamasında işverenin aleyhine dönmektedir. Bu sorunlu yapı içinde ise iş yargısı belirli bir denge sağlamaya, adaletli çözümler üretmeye çalışmaktadır. Nitekim aşağıda inceleyeceğimiz kararların büyük bir çoğunluğu, bu dengenin sağlanması konusundaki çözüm arayışlarına ilişkin bulunmaktadır.

II. 45 Saati Aşmamakla Birlikte Günlük 11 Saati Aşan Çalışmaların “Fazla Çalışma” Olarak Kabulü ve “Örtülü Denkleştirme” Uygulaması

Gerek 1475 sayılı Kanun’da, gerekse de 4857 sayılı Kanun’da çalışma sürelerini sınırlayan emredici hükümlere yer verilmişse de, bu düzenlemelerin uygulamada göz ardı edilmesi ve işçilerin yaygın bi-

çimde kanunlara aykırı olarak çalıştırılması maalesef ülkemizin yadigarınmayan bir gerçeğidir. Yargıtayın son yıllarda verdiği kararlarda, kanunlara uygunluğu tartışmalı olan bu nitelikteki çalışma biçimleriyle ilgili hesaplama esaslarını ortaya koyduğu görülmektedir. Nitekim bu aşamada Yüksek Mahkeme’nin “örtülü denkleştirme” şeklinde ifade edebileceğimiz bir kavram geliştirdiği ve uyguladığı görülmektedir.

Öncelikle Yüksek Mahkeme, haftalık 45 saati aşmasa da, 4857 sayılı Kanun döneminde artık 11 saati geçen çalışmaların “fazla çalışma” olarak nitelendirilmesi gerekeceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Gerçekten Yargıtay’a göre; “...1475 ve 4857 sayılı Kanunlarda fazla çalışma süresinin haftalık çalışma süresi üzerinden belirleneceği düzenlenmiştir. Haftalık normal 45 saatlik çalışmayı aşan süreler fazla çalışma kabul edilmelidir. Ayrıca 4857 sayılı Yasa döneminde yapılan fazla çalışmalar haftalık 45 saati aşmasa da günlük 11 saati aşan süre fazla mesai olarak değerlendirilmelidir”⁶.

Yargıtay, ikinci olarak standart dışı çalışma biçimlerinde hesaplama yapılırken 1475 ve 4857 sayılı Kanunların farklılıklarının gözetilmesi gerektiğini ortaya koymuş bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme’ye göre, 1475 sayılı Kanun fazla çalışmanın saptanmasında haftalık ölçütü temel almaktadır; buna karşılık, 4857 sayılı Kanun’da ise denkleştirme esasına yer verilmiştir. Yargıtay’ın bu görüşünü aşağıdaki örneklerde izlemek mümkündür;

“...Davacının ikili vardiyada çalıştığı dönemde birinci gün 9, izleyen gün 15 saat çalışıp 24 saat dinlendiği ve çalışmasının bu şekilde sürdüğü uyumsuzluk konusu değildir. Davacı santral binasında güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olup yemek ve diğer zorunlu ihtiyaçlar için 9 saat süren çalışmada bir, 15 saat süren çalışmada da 1,5 saat ara dinlenme yapmadan çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle ara dinlenme yapmadan aralıksız çalışmasının kabulü yerinde değildir. Bu tespitten sonra belirlenecek haftalık çalışma süresine göre, 1475 sayılı Yasa döneminde haftalık 45 saati aşan çalışmalar, 4857 sayılı Yasa döneminde ise Yasanın 41. ve 63. maddelerine göre örtülü denkleştirme olduğu kabul edilerek sadece günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak kabul edilebilir. Bilirkişinin her iki haftalık 45 ve yasa dönemindeki farklılıkları nazara alınmadan aynı tarz hesaplama yaptığı hatalı rapora itibar edilmesi yerinde değildir. Davacının üçlü var-

diyalı günlük 8 saat ve 6 gün çalıştığı dönemde de yukarıdaki esaslara göre fazla mesai yaptığının kabulü de yine isabetsizdir. Davacının ikili vardiyalı olarak çalıştığı dönemde ayrıca hafta tatili alacağına da kabulüne karar verilmiştir. Davacı bu dönemde haftada iki gün 24 saat çalışmamaktadır. Bu durumda denkleştirmenin daha fazla süre ve hafta tatilini kapsayacak şekilde dinlenme yapıldığından ayrıca hafta tatili çalışma ücreti hesap edilemez. Öte yandan hafta tatilini haftanın diğer bir günü kullanmak da mümkündür. Anlatılan bu çalışma şekline göre hafta tatili alacağı ile ilgili olarak bir değerlendirme yapılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir⁷.

Bir başka kararında; "...1475 sayılı İş Kanun'unun 61. maddesine göre genel bakımından iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır. 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesine ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş devamında tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılacağı ifade edilmiştir. Aynı Kanununun 41. maddesine göre fazla çalışma Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz. Davacı işçi yanında diğer bir işçi ile nöbet tutmaktadır. Normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi kalan sürede diğer işçinin çalıştığı varsayılır. Çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı göz önüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder, ikinci haftaya sarkan üç günde de 33 saat çalışmış olur. Gerek 1475 sayılı, gerek 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışması 32 saatten hesaplama gerekir. 10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez. Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme söz konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün

için 4857 sayılı Kanununun 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemece yukarıda belirtilen usul ve hesaplamalara dayanmayan kararın hatalı olup bozmayı gerektirmiştir⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu uygulaması, Hukuk Genel Kurulu'nun da önüne gelmiş bulunmaktadır. Nitekim, 21.3.2007 tarihli kararında Hukuk Genel Kurulu şu sonuca ulaşmıştır; "...1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesine göre, genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine, ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş, ancak tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılacağı ilkesi benimsenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. Anılan madde uyarınca, atıfta bulunulan 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi, bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz. Dosya kapsamına göre; davalı şirkete ait radyolink istasyonunun meskun mahal dışında bulunması, ulaşım zorluğu gibi zorlayıcı nedenlerle, davacının, radyolink istasyonunda 7 gün sürekli kalıp ardından gelen 14 gün ise evinde istirahat ettiği anlaşılmaktadır. Radyolink istasyonlarında yapılan çalışmanın niteliği, yapılan işin ve işyerinin özelliğine göre, bu tür çalışanların uyku ve diğer zorunlu ihtiyaçları karşılamak için gerekli olan zaman dilimi gözletildiğinde, çalışmanın günde en fazla 14 saat sürdürebileceği, Hukuk Genel Kurulu'nun 14.06.2006 gün, 2006/9-374 Esas, 2006/382 Karar sayılı bozma kararında olduğu gibi somut olayda da benimsenmiş, çalışmanın tek başına yapılmış olmasının, çalışılan süreye etkisinin bulunmayacağı, Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde kabul edilmiştir. Türk Telekomünikasyon A.Ş. (R-L) İstasyonlarında Çalışma Usul ve Esasları'na ilişkin mevzuatın "Çalışma Süresinin Düzenlenmesi" başlıklı 6. maddesinin (a) bendinde; çalışan personel, 24 saatlik süre içinde 3 vardiya halinde haftalık 6 gün 45 saat esasına göre çalıştırılır, ancak

bu şekildeki vardiyayı oluşturacak sayıda personel bulunmayan istasyonlarda bu durum dikkate alınarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine göre günde 11 saati aşmamak koşuluyla İl Telekom Yöneticisinin onayı ile farklı şekilde çalışma düzeni de oluşturulabileceği, (b) bendinde; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde yer alan denkleştirme esasına göre; haftalık normal çalışma süresinin, işyerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilmesi, bu şekilde en fazla dört aylık süre içinde haftalık ortalama çalışma süresi normal haftalık çalışma süresini aşamayacağı, (c) bendinde; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre; denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi yapılan bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı, (d) bendinde; fazla çalışma yapan personel isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine fazla çalıştığı her bir saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı serbest zaman (ücretli izin) olarak kullanabileceği hükümlerini içermektedir. 1475 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu dönemde; Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre, haftalık 45 saati aşan çalışmanın fazla çalışma süresi olarak kabulünün gerekmesi karşısında, davacının, 7 gün ve günde 14 saat çalıştığı kabul edilerek, bu haftalarda 45 saati aşan sürelerde fazla çalışma yapıldığının kabulü gerekmektedir. 4857 sayılı Yasa döneminde, günlük 11 saate kadarki çalışmalar yönünden örtülü bir denkleştirmenin varlığı kabul edileceğinden, denkleştirmeye esas günlük 11 saati aşan süreler yönünden fazla çalışmanın varlığı kabul edilmelidir. Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetilerek, davacının fazla çalışma alacağına saptanması gerekirken, yazılı düşüncelerle aksinin kabulü isabetli olmayıp bozma nedenidir. 2- Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından, vardiya primi isteminin kabulü de doğru görülmemiştir⁹.”

Yargıtay'ın belirttiğimiz kararları bütünlük içinde değerlendirildiğinde, şu ortak esasların ortaya konulduğunu tespit etmek mümkündür;

Yargıtaya göre, 1475 ve 4857 sayılı Kanunlar'da fazla çalışmaların belirlenmesi konusunda farklılık vardır. 1475 sayılı Kanun döneminde, haftalık çalış-

ma süresinin esas alınması gerekir. Bu süre içinde ne kadar fazla çalışma yapıldığının belirlenmesi gerekir. Birkaç hafta birleştirilerek ortalama fazla çalışma tespit edilemez. Buna karşılık, 4857 sayılı Kanun'da denkleştirme esasına yer verilmiştir. İşçinin bazı haftalarda fazla, bazı haftalarda az çalışma yapması durumunda, denkleştirme esasının uygulandığı kabul edilmelidir. Çalışma sürelerinin denkleştirmesi işçinin zımni kabulüne dayalı olabilir. Bu durumda günlük 11 saatin aşılmış olup olmadığına da bakılacaktır. 11 saati aşan süreler karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekecektir.

Yargıtayın görüşünün daha net olarak anlaşılması için, yukarıda da andığımız 03.05.2007 tarihli kararda benimsenen hesaplama yöntemini aşağıda tablolar halinde açıklamayı uygun görüyoruz. Bu örnekte, işçi bir gün fiilen 13,5, bir sonraki gün 8 saat çalışmakta, daha sonra 24 saat dinlenmektedir. Buna göre, bu işçinin 21 günlük çalışma tablosu aşağıdaki şekilde oluşmaktadır.

ORTALAMA ÇALIŞMA SÜRESİNE GÖRE HESAPLAMA (TABLO 1)

1	8
2	13,5
3	0
4	8
5	13,5
6	0
7	8
11	13,5
9	0
11	8
11	13,5
12	0
13	8
14	13,5
15	0
16	8
17	13,5
18	0
19	8
20	13,5
21	0

Ortalama çalışma: 150,5 saat

Çalışılması gereken: 135 saat

Fazla Çalışma: 15,5 saat

YARGITAYA GÖRE HESAPLAMA (TABLO 2)

1475 SAYILI KANUN
DÖNEMİ İÇİN

1	8	
2	13,5	
3	0	
4	8	
5	13,5	
6	0	
7	8	
8	13,5	
9	0	
10	8	
11	13,5	
12	0	
13	8	
14	13,5	
15	0	
16	8	
17	13,5	
18	0	
19	8	
20	13,5	
21	0	

		Fazla çalışma
1. hafta:	51	6 saat
2. hafta:	56,5	11,5 saat
3. hafta:	43	0 saat

Fazla çalışma: **17,5** saat

Görüldüğü gibi, 4857 sayılı Kanun döneminde fazla çalışma olarak nitelendirilebilecek iki ayrı rakamla karşılaşılmaktadır: 17,5 saat (günlük 11 saati aşan/TABLO 2) ve 15,5 saat (haftalık ortalama 45 saati aşan/TABLO 1). Bu noktada da, bulunan

4857 SAYILI KANUN
DÖNEMİ İÇİN

1	8		
2	13,5	11	2,5
3	0		
4	8		
5	13,5	11	2,5
6	0		
7	8		
8	13,5	11	2,5
9	0		
10	8		
11	13,5	11	2,5
12	0		
13	8		
14	13,5	11	2,5
15	0		
16	8		
17	13,5	11	2,5
18	0		
19	8		
20	13,5	11	2,5
21	0		

rakamlardan hangisinin hesapta kabul edileceğinin ortaya konulması sorunu ile karşılaşılacaktır. Bu durumda, 11 saati aşan 3 saatlik çalışmalar denkleştirmeye konu olmayacağı için fazla çalışma sayılmalı; bu çalışmaların dışında kalan çalışmalar ise, 3 haftalık dönem içinde 135 saatin altında kaldığı için denkleştirmeye konu olacağı kabul edilmelidir. Sonuç olarak sadece 17,5 saatlik çalışmanın fazla çalışma olarak nitelendirilmesi gerekir¹⁰.

Yargıtayın “örtülü denkleştirme” şeklinde ifade edilen bu görüşü öğretide eleştirilmiştir. Nitekim Engin'e göre, olağan çalışma düzeninden denkleştirme esasına geçilmesi iş sözleşmesinde esaslı değişikliktir. Yasada yer alan “ tarafların anlaşması” ifadesi, işçinin zımnî onayını kapsamamaktadır. Denkleştirme esasının sözleşmeler veya iç yönetmeliklerde açıkça düzenlenmesi gerektiğini belirten Engin sonuçta, Yargıtay'ın görüşünün eleştiriye açık olduğunu ifade etmektedir¹¹. Özveri de, açık bir yazılı anlaşma yokken, işverenin yasaya aykırı çalışma sistemini örtülü denkleştirme olarak nitelendirme olanağı bulunmadığı sonucuna ulaşmaktadır¹². Öktem Songu da benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşmaktadır¹³. Buna karşılık Kızıloğlu'nun Yüksek Mahkemenin görüşünü yerinde bulduğu görülmektedir¹⁴.

Yüksek Mahkeme'nin kararları bütünlük içinde ele alındığında, uyumsuzluk konusu olayların tümünde aynı temel sorun gözlenmektedir. Bu da sistemsiz, kanun hükümlerini hiçe sayan çalışma uygulamalarıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu çalışmalar için “atipik” veya “standart dışı” deyimlerinin kullanılması dahi tartışmaya açıktır. Zira bu çalışmalar düpedüz kanun dışı, daha az işçi istihdam etme amacına yönelik uygulamalardır¹⁵. Bu gibi uyumsuzluklarda, çalışma sürelerinin ve fazla çalışmalarının ne şekilde belirleneceği yargının çözmek zorunda olduğu güç bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, tüm bu işçiler bakımından “haftalık çalışma” kavramı son derece belirsizdir. Pazartesi gününden başlayan ve pazar gününde biten, normalde cumartesi ve pazar olmak üzere haftada bir ya da iki günün tatil olarak kabul edildiği model bu gibi işçilerin çalışma biçimleriyle uyum göstermemektedir. Burada çalışılan ve dinlenen günler değişiklik göstermekte, bir haftalık çalışma süresi diğer haftayla aynı ol-

Yargıtay'ın tanık beyanlarına dayalı olarak tam bir kesinlik içinde fazla mesaiyi tespit etme arayışları da bizce zaten yeterince güç olan fazla çalışma hesaplarını iyice içinden çıkılmaz bir hale sokacaktır.

mamaktadır. Örneğin, bir gün çalışan ve bir gün dinlenen bir işçi, bir hafta 4, diğer hafta ise 3 gün çalışmaktadır. Böyle bir çalışma düzeni içinde işçinin sabit bir çalışma süresinden bahsetmek mümkün olmamaktadır.

4857 sayılı Kanun denkleştirme esasına yer vererek, her bir haftanın bağımsız şekilde değil de dönemsel olarak değerlendirilmek suretiyle ortalama çalışma süresinin bulunması yönteminin uygulanmasına olanak sağlamıştır. Nitekim 4857 sayılı Kanuna göre; "Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir." (m.63/II). Yüksek Mahkeme'nin de, 4857 sayılı Kanun'un bu esnek yapısından yararlanarak, bu gibi çalışmalar için denkleştirme konusunda taraflar arasında zımni bir anlaşma olduğu varsayımından hareket ettiği görülmektedir^{16,17}.

Örtülü denkleştirme şeklinde ifade edilen kavramı geliştiren Yargıtay fazla çalışmanın saptanmasında kanunda olmayan ikinci bir ölçütü de devreye sokmuş bulunmaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme'ye göre, haftalık 45 saati aşmasa da, günlük 11 saati aşan çalışma fazla çalışma olarak kabul edilecektir. Yargıtay'ın ortaya koyduğu bu esas, öğretilerdeki görüşlerle de uyum göstermektedir. Gerçekten öğretilerde, günlük 11 saati aşan çalışmaların denkleştirmeye konu olmayacağı ve bunların yasa dışı çalışma olduğu için kanunda açıkça belirtilmese de fazla çalışma olarak kabul edilmesi ya da fazla çalışma sayılmamakla birlikte, parasal karşılığının fazla çalışma ücreti ödenerek karşılanması gerekeceği farklı gerekçelerle savunulmaktadır¹⁸.

Yine Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünün, örneğin 24 saat nöbet gibi kanuna aykırı uygulamalara giden işverenleri caydırıcı olacağı, bu nedenle ulaştığı sonuç bakımından da yerinde olduğu söylenebilecektir.

III. Tanık Beyanlarının Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, uygulamada, fazla çalışmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde başlıca delili tanık beyanları oluşturmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin son yıllarda verdiği kararlara bakıldığında, tanıkların niteliği ve beyanlarına ilişkin ölçütler geliştirdiği görülmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkeme'nin 01.04.2008 tarihli kararında belirtildiği üzere "...Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dâhilindedir, işyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez"¹⁹. Yine Yargıtay, bir başka kararında davacı ve davalı tanıklarının çalışma biçimlerini ve özellikle davacı ile birlikte görev yapıp yapmadıkları noktasını dikkate alarak sonuca gitmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Davacı işçi fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuş, mahkemece davacının haftada 33 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek takdiri indirimde de gidilmek suretiyle istekle ilgili bir karar verilmiştir. Davacı işçinin işyerindeki çalışma saatleri ile ilgili olarak davacı ve davalı tanıkları farklı şekilde beyanda bulunmuşlardır. Bu tanıklardan bir kısmı gece çalışan davacının aksine, işyerinde gündüz çalışmışlardır. Davalı tanıklarından Süleyman ise, davacı ile birlikte gece görev yaptıklarını açıklamış ve gece 22.00-09.30 saatleri arasında çalıştıklarını belirtmiştir. Anılan tanığın beyanına göre günlük 1 saat ara dinlenmesi de düşünüldüğünde davacının günde 10 saat 30 dakika süreyle çalıştığı anlaşılmaktadır. Haftada 6 günden 63 saat çalışma esasına göre hesaplama yapılmalı ve ardından takdiri indirim hususu düşünülmelidir"²⁰.

Yargıtay, son zamanlarda, hizmet tespiti davalarında tanık beyanları değerlendirilirken uyguladığı esasları fazla çalışmanın tespiti konusuna da teşmil etmeye başladığı görülmektedir. Bilindiği üzere, tespit davalarında özellikle tanıkların bordro tanığı olup olmadıkları göz önünde tutulmakta, yine bunların davacı ile birlikte çalıştıkları dönemler

Tanık beyanlarının değerlendirilmesinde daha da karmaşa yaratacak arayışlara gidilmemesi ve tanıkların çalışma sürelerini hesaplamada değil, ama indirim sürecinde göz önüne alınması isabetli olacaktır.

dikkate alınarak sonuca gidilmektedir. Nitekim, bu esaslar Yargıtay'ın fazla çalışma ile ilgili kararlarına da yansımıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre; "Davacının fazla çalışma yaptığı ve bayram ve genel tatillerde çalıştığı hususları, işyerinden Mart 2001 tarihinde ayrıldığı sabit olan davacı tanığının anlatımları doğrultusunda hesaplanmıştır. Oysa davalıya ait işyerinden ayrılan ve kendi beyanımla başka bir işyerinde çalışmaya başlayan tanığın bu tarihten sonraki dönem için işyerindeki çalışma şeklini bilmesi olanaksızdır. Bu nedenle fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücretlerinin davacı tanığının işyerinden ayrıldığı tarihe kadar olan süre için hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir"²¹.

Yargıtay'ın tanık beyanlarının zaman kapsamında değerini ortaya koyan bu görüşü, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ölçsüz şekilde yüksek çıkan fazla çalışma iddialarını sınırlama amacına yönelmektedir. Ancak, kanımızca, Yüksek Mahkeme'nin yaklaşım biçimi her ne kadar isabetli gibi görünse de, bunun mutlak şekilde kabul edilecek kural haline dönüşmesi yerinde olmayacaktır. Her şeyden önce böyle bir yaklaşım işçinin aleyhine bir durum yaratacaktır. Fazla çalışma ancak işyerinde fiilen çalışmış tanıkların çalıştıkları dönemle sınırlı tespit edilebilecektir. Oysa, işçinin tüm çalışma dönemini kapsayan tanık bulmasını beklemek pek de kolay değildir. Ayrıca her halde, tanık beyanları değerlendirilerek, kesin bir biçimde, deyim yerindeyse "milimetrik" olarak fazla çalışmanın saptanmasının olanaklı olmadığını da kabul etmek gerekir. Zira, bir çok davada davacı ve davalı tanıkları fazla çalışma konusunda birbirinden çok farklı beyanlarda bulunabilmektedir. Hatta davacı ve davalı tanıklarının dahi kendi içinde çelişkili olması söz konusu olabilmektedir. Çoğu zaman tanık beyanları ile ortaya karmaşık bir tablo ortaya çıkmaktadır. Fazla çalışmanın tespitinde davacı

ve davalı tanıklarının beyanlarında ortak noktalar bulunabildiği gibi, tanık beyanları arasında tam bir uyumsuzluk da söz konusu olabilmektedir. Bu durumda hangi tanıklarının beyanlarına değer verileceği çözümü hiç de kolay olmayan bir sorundur. Gerçekten, tanık beyanlarının değerlendirilerek tam bir kesinlik içinde fazla çalışma tespit edilebileceğini beklemek pek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bu noktada mahkemenin büyük ölçüde takdiri söz konusudur. Dolayısıyla, Yargıtay'ın tanık beyanlarına dayalı olarak tam bir kesinlik içinde fazla mesaiyi tespit etme arayışları da bizce zaten yeterince güç olan fazla çalışma hesaplarını iyice içinden çıkılmaz bir hale sokacaktır. Sonuçta, mahkemenin elinde fazla çalışmadan indirim yapma yetkisi mevcuttur. Bize göre, tanık beyanlarının değerlendirilmesinde daha da karmaşa yaratacak arayışlara gidilmemesi ve tanıkların çalışma sürelerini hesaplamada değil, ama indirim sürecinde göz önüne alınması isabetli olacaktır. Buna göre, örneğin tanıkların çalışma süreleri ile davacının talep ettiği süreler arasındaki fark büyüdükçe, yapılacak indirim de o oranda yüksek tutulabilecektir. Ancak, tekrar etmek gerekirse, tanıkların çalışma süreleri ile fazla çalışma hesaplarını birbir örtüştürmek bizce yerinde olmayacaktır.

IV. Ara Dinlenmesi

Ara dinlenmesi süresinin belirlenmesi, fazla mesainin tespitinde önem taşımaktadır. Çoğu zaman dosyalarda tanıklar, çalışma saatlerinin başlama ve bitiş saatlerini beyan etmekte, ara dinmesi noktası boşlukta kalmaktadır. Bu durumda düzenlenecek bilirkişi raporunda ve buna dayalı olarak verilecek kararda Yargıtay ara dinlenmesi süresinin gözetilmesi gereğini uzun yıllardır istikrar kazanmış içtihadıyla sürdürmektedir. Uygulamada İş Kanunu'nun 68. maddesini de dikkate alınarak bu gibi durumlarda genellikle 1 saat ara dinlenmesi düşülmekte ve hesaplama buna göre yapılmaktadır.

Yargıtay 2007 ve 2008 yıllarında verdiği kararlarda bu konudaki görüşünü geliştirmiş gözükmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkeme, 10 saati aşan çalışmalarda 1 saat değil, 1,5 saat ara dinlenmesi süresi düşülmesi gerektiğine hükmetmiştir²². Bir başka kararında Yargıtay davacının günde 12 saat çalıştığını dikkate alarak, 1,5 saat ara dinlenmesi indirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır²³.

Bir başka kararında ise Yargıtay, çalışma saat-

lerinin uzunluğunu dikkate alarak ara dinlenmesinin 2 saat olarak kabul edilmesi gerektiğini açıklamıştır. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre; "...Davacı işçi fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuş ve dava dilekçesinde haftada 7 gün 07.30-20.00 saatleri arasında çalıştığını açıklamıştır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının haftada 7 gün 07.30-20.00 saatleri arasında çalıştığı, günde 1,5 saat ara dinlenmesi düşüldükten sonra haftalık fazla çalışma süresinin 24 saat 30 dakika olduğundan söz edilerek hesaplama yapılmış ve 54.401 YTL fazla çalışma ücreti belirlenmiştir. Somut olayda davacının üretim ve lojistik müdürü olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Çalışma saatleri de göz önüne alındığında günlük ara dinlenmesinin 2 saat olarak hesaplamalardan düşülmesi yerinde olur. Bu durumda davacının günde 3 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmeli ve haftalık 21 saat üzerinden fazla çalışma ücreti hesaplanmalı, hastalık mazeret izin gibi nedenlerle bu şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmaz olduğundan mahkemece indirimle gidilerek bir karar verilmelidir"²⁴.

Yüksek Mahkeme'nin kararları bütünlük içinde değerlendirildiğinde, hayatın gerçeklerine uygun olmayan tanık beyanlarına dayalı çalışmalarını sınırlama eğiliminin burada da söz konusu olduğu görülmektedir. Bu eğilimin ise genel olarak isabetli olduğu söylenebilecektir. Ancak, yine de Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünün tüm uyuşmazlıklar için geçerli olacak yerleşik bir kural haline dönüşmesi²⁵ bizce isabetli olmayacaktır. Gerçekten bir kimsenin işyerinde 11-12 saat süresince bulunması, mutlaka 1 saatten fazla ara dinlenmesi yaptığını göstermez. Bu durumda yapılan işin niteliği ve özellikle tanıkların ara dinlenmesine ilişkin beyanları da gözetilerek ara dinlenmesi daha az ya da daha çok olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla, mahkemenin günlük 10 saati aşsa da, dosya içeriğine göre ara dinlenmesini daha az ya da daha çok tespit edebilmesi mümkün olmalıdır.

V. Hesaplanan Fazla Çalışmadan Mahkemece İndirim Yapılması

1. Yargıtay Uygulamasına Genel Bakış

Genel ve soyut tanık anlatımlarına dayalı olarak yapılan fazla çalışma hesaplarından "hayatın ola-

ğan akışına uygunluk" ölçütü gereğince uygun bir indirimle gidilmesi, Yargıtayca adeta bir kural haline getirilmiş bulunmaktadır²⁶. Yargıtaya göre bir işçinin tatil günleri hariç her gün beş yıla yakın bir süre, günde 4 saat fazla mesai yaptığının kabulü²⁷, bir kimsenin yaklaşık 4 yıl boyunca hiç ara vermeden günde 4,5 saat fazla mesai yapması, bütün hafta tatili ve genel tatillerde çalışması²⁸, iki senelik süre içinde davacı işçinin Pazar günü hariç diğer günlerde ve sürekli bir şekilde her gün on-onbir saat mesai sonucu haftada düzenli şekilde onyedici saat fazla çalışma yaptığının kabulü²⁹, 8 yıllık süre içinde dini bayramların ilk günü hariç diğer günlerin tamamında günde üç saat fazla mesai yaptığı ve her hafta tatilinde çalışması³⁰ hayatın olağan akışına aykırıdır. Yüksek Mahkeme'nin de belirttiği üzere; "...Mahkemece, davacı işçinin çalıştığı tüm süre boyunca her iş günü iki saat fazla çalışma yaptığı ve tüm hafta tatillerinde çalıştığı kabul olunarak fazla mesai ve hafta tatili alacaklarına hükmedilmiştir. Bir insanın çalıştığı her iş günü fazla mesai yapması ve tüm hafta tatillerinde çalıştığı kabulü hayatın olağan akışına uymaz. Gerçekten bir insanın hastalık, mazeret, izin ve benzeri nedenlerle zaman zaman fazla çalışma yapmaması ve hafta tatilinde çalışmaması ihtimali her zaman mevcuttur. Bu nedenle mahkemece, fazla çalışma ve hafta tatili alacaklarından bir indirim yapılarak sonuca gidilmesi gerekir"³¹.

2. Fazla Çalışmanın Yazılı Belgelerle Saptanması Durumunda İndirimin Söz Konusu Olmayacağı

Yargıtay, son dönemlerde verdiği kararlarda, indirim yapılması konusunda fazla çalışmanın söz konusu olduğunu gösteren delillerin niteliğine göre bir ayırıma gitmektedir. Buna göre, uygulamada yaygın şekilde görüldüğü üzere, fazla çalışma yapıldığının kanıtını tanık beyanları oluşturuyor ise, yapılacak hesaplama indirimle gidilmesi gerekecektir. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Hesaplama tamamen tanık beyanlarına dayanmış olmakla, hesaplanan fazla çalışma ücretinden indirimle gidilmesi gerekirken tamamının hüküm altına alınması hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir"³². Buna karşılık, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yeri-

ne, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimde gidilmemesi gerektiği Yargıtayca açıklanmıştır³³. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Kayda dayalı hesaplamalarda yukarıda açıklandığı gibi bir indirimde gidilmemesi gerekir"³⁴. Yargıtayın görüşü bize göre de isabetlidir.

3. İndirim Oranının Takdiri

Yargıtay kararlarında, yapılacak indirim konusunda somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Nitekim, bir uyuşmazlıkta, Yüksek Mahkeme %50 oranında indirimi fazla bulmuş ve daha ılımlı bir indirim yapılması gerektiğine hükmetmiştir³⁵. Buna karşılık, bir başka kararda, %20 oranında indirim az bulunmuştur³⁶. Yargıtayın güncel kararlarında da indirim oranı ile ilgili değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme 11.3.2008 tarihli kararında 1/2 oranında yapılan indirimi fazla bulmuştur³⁷.

4. Yapılan İndirim Sonrasında Avukatlık Ücreti Sorunu

Yargıtay'a göre hesaplama yapılmadan yapılacak indirim, çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Yargıtay'a göre, "...örneğin günde üç saat fazla çalışma yerine iki saat fazla çalışmanın yapıldığının kabulünün hakkaniyete uygun olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Fazla çalışma ücretinden yapılacak indirim aslında kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Zira burada belirlenen bir miktar vardır ve yargılama giderinden olan avukatlık ücretinin ret ve kabul oranına göre resen belirlenmesi zorunludur"³⁸.

5. Hesaplanan Fazla Çalışmadan İndirim Konusunda Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın, hesaplanan fazla çalışmadan indirim yapılmasına ilişkin görüşü kanımızca da isabet taşımaktadır. Gerçekten, tanık beyanları ile ortaya konulan çalışma çoğu zaman gerçekçilikten uzak ve abartılı olabilmekte ve bu anlamda yapılan indirim hesaplamayı gerçekçi sınırlara çekme amacına yö-

nelmektedir. Yüksek Mahkeme'nin, fazla çalışmanın tanık beyanlarına değil de yazılı belgelere dayanması durumunda indirimin söz konusu olmayacağı yolundaki içtihadı da genel olarak yerindedir.

Kuşkusuz, yapılacak indirimle ilişkin olarak önceden belirli bir ölçüt getirmek mümkün değildir. Bu noktada somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, tanık ifadelerinde farklılık ve çelişkiler olması halinde, tanıkların çalışma süreleri ve davacı ile birlikte çalıştığı dönemler dikkate alınarak indirim oranının saptanması gerekir. Ancak Yargıtayın örnek kararlarına bakıldığında bu indirimin %50'den fazla, %20'den az olması gerektiğini (tam bir kesinlik içinde olmasa da) söylemek mümkündür. Nitekim uygulamada genelde 1/3 oranında indirim yapılmaktadır.

Ancak, fazla çalışmadan indirim yapılması ve avukatlık ücreti konusundaki Yargıtay'ın görüşünü tartışılabilir buluyoruz. Gerçekten uygulamada fazla çalışma öncelikle bilirkişi aracılığı ile tespit olunmaktadır. Bilirkişi hesap raporunu mahkemeye sunmakta, bunun sonrasında çoğu zaman daha düşük oranda talep söz konusu olduğu için davacı vekilince rapordaki miktara kadar ıslah gerçekleştirilmektedir. Ancak bundan da sonra mahkemece indirim yapılması durumunda, ıslahla arttırılan ve indirim sonrası reddedilen miktar için davalı lehinde vekalet ücreti söz konusu olmaktadır. Yargıtay'ın bu görüşü kendi içinde tutarlıdır, zira kararında da açıklandığı üzere, burada Mahkeme esasen kabul ettiği miktar kadar çalışmanın kanıtlandığı noktadan hareket etmekte ve kanıtlanmayan, ancak talep edilen kısım için davalı lehinde vekalet ücreti oluşmaktadır. Ancak, bu durumun uygulamada sıkıntı yarattığı da bir gerçektir. Davacı vekili, yapılan hesaplama sonrasında bir belirsizlik içine girmektedir. Zira ne kadara kadar ıslah yolu ile arttırıma gitmesi gerekeceği kesin değildir. Kanımızca bu durumda iki türlü çözüm önerilebilir. İlk olarak, Mahkemece değil, bilirkişi aracılığı ile indirim yapılmasının daha isabetli olacağı söylenebilir. Nitekim uygulamada Mahkemelerde bu yöntemin izlendiği de görülmektedir³⁹. Ancak bu görüşe, bilirkişinin hakim yerine geçeceği, hakim fonksiyonunu yitireceği şeklinde itirazlar yapılabilir. Buna karşılık, uygulamada yargıçlar, dosyayı inceledikten sonra yapılacak fazla mesai hesabının oranını belirleyip dosyayı bilirkişiye gönder-

Yargıtay, işçinin yazılı onay vermemekle birlikte, geçmiş dönemde fazla çalışma yapması ve ücretinin tam ve düzenli olarak ödenmesi durumunda, daha sonra fazla mesaiye kalmak istememesini fesih için geçerli neden olarak kabul etmektedir.

memektedir. Zaten, tanık beyanlarını ve diğer delilleri değerlendirerek fazla çalışma süresini belirleyen kişi uygulamada bizzat bilirkişinin kendisidir. Dolayısıyla, olayda genel değerlendirmeyi yapan kişinin, indirim konusunda yetkisiz olmasını kabul etmek de tutarlı görünmemektedir. Kaldı ki, yapılan indirim bir ispat ve delillerin değerlendirilmesi sorunudur. Başka bir anlatımla, Mahkemece yapılan indirim gerçek anlamda bir hakkaniyet indirimi değildir. Burada, tanık beyanlarıyla ortaya çıkan fazla çalışma miktarının gerçekçi olmaması nedeniyle yapılan bir indirim söz konusudur⁴⁰. Yukarıda belirttiğimiz görüşün kabul görmemesi ihtimalini dikkate alarak, geliştirilebilecek ve önerilebilecek ikinci görüş, bilirkişi raporunda yapılacak muhtemel indirim oranının da belirtilmesidir. Bu anlamda bilirkişi, mahkemeyi bağlayıcı olmamakla birlikte, örneğin “Yapılan hesaplama dosya içeriği ve tanık beyanları dikkate alınarak % 30 oranında indirimin isabetli olacağı kanaatine varılmıştır” şeklinde görüşünü belirtebilir ve indirim yapılmadan ve yapıldıktan sonra ayrı ayrı hesaplama çıkarır. Bu durumda ise davacı vekili, rapordaki rakamlara göre davasını ıslah etme olanağına sahip olur.

VI. Fazla Çalışma ve İş Sözleşmesinin Feshi

1. Fazla Mesai Alacağıın Ödenmemesinin Sözleşmenin Haklı Nedenle Feshine Yol Açacağı

Bilindiği üzere ücretin ödenmemesi, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı vermek-

tedir (24/II-e). Nitekim Yargıtay, burada ücret kapsamında fazla çalışma ücretlerinin de olduğunu düşünmekte ve bunların ödenmemesinin davacıya iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı vereceği sonucuna ulaşmaktadır. Bu görüş, Yüksek Mahkeme'nin güncel kararlarında da devam etmektedir. Nitekim Yargıtaya göre; “...Fesih yazısında, ikramiye ve ücretlerin ödenmemesinden söz edilmiş, bu durum ve işverenin diğer hukuka aykırı uygulamaları sebebiyle iş sözleşmesinin anılan yasanın 24/II. maddesine göre feshedildiği açıklanmıştır. Bu davada fazla çalışma ücreti isteminde de bulunulmuş ve mahkemece isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Fazla çalışma ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmelidir. Böyle olunca fazla çalışma ücretinin ödenmemesi de 4857 sayılı İş Kanununun 24/II-e bendi uyarınca işçiye haklı fesih imkânı vermektedir. Davacının anılan fesih yazısındaki açıklamaları fazla çalışmayı da içermektedir. Buna göre davacının iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği sonucuna varılmalıdır. Kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken mahkemece anılan talebin yazılı şekilde reddi hatalı olmuştur”⁴¹.

2. Önceden Fazla Çalışma Yapan ve Ücreti Tam ve Düzenli Olarak Ödenen İşçinin Fazla Mesaiye Kalmak İstememesinin Geçerli Fesih Nedeni Sayılacağı

Yargıtay, işçinin yazılı onay vermemekle birlikte, geçmiş dönemde fazla çalışma yapması ve ücretinin tam ve düzenli olarak ödenmesi durumunda, daha sonra fazla mesaiye kalmak istememesini fesih için geçerli neden olarak kabul etmektedir⁴². Yüksek Mahkeme'ye göre, “...Davacı işçiden fazla mesai konusunda önceden yazılı olarak muvafakati alınmış değil ise de, Dairemiz uygulamasına göre, işyerinde sürekli olarak fazla mesai yapan ve ücreti de düzenli olarak ödenen işçinin, sonradan muvafakatının olmadığını ileri sürerek fazla mesai yapmaktan kaçınması iyiniyet kurallarına uygun düşmemektedir. Bu durumda, feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespiti bakımından işyerinde fazla mesai yapılıp yapılmadığının ve davacıya fazla mesai ücretinin ödenip ödenmediğinin belirlenmesi önem arz et-

mektedir. Mevcut tanık anlatımlarına göre bu konuda kesin bir yargıya varmak mümkün değildir. Öte yandan, davalı işveren fazla mesai ücretlerinin ödendiğini ileri sürmüş ve bu konuda bir takım belgeler ibraz etmiş ise de, söz konusu belgelerde fazla mesai ücretinin ödenip ödenmediği tam olarak anlaşılammaktadır. Bu nedenle yapılacak iş, gerekirse işyerinde keşif yapılarak; uzman bir bilirkişi aracılığı ile günlük çalışma süresi ve fazla mesai yapılıp yapılmadığının tespiti, fazla mesai yapılmış ise ücretinin tam olarak ödenip ödenmediğinin belirlenmesinden ibarettir. Fazla mesai yapılmış ve ücreti tam olarak ödenmiş ise davacının fazla mesai yapmaktan kaçınması haklı görülemeyeceğinden feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmeli, aksi halde davacının işe iadesine karar verilmelidir⁴³.

VII. Üst Düzey Yöneticilerin Fazla Çalışma Ücreti Talepleri

Fazla mesai talep eden işçinin görevi de, yargılamada dikkate alınan bir hususu oluşturmaktadır. Nitekim üst düzey yöneticilerin fazla çalışma talepleri Yargıtayca kabul edilmemektedir. Yüksek Mahkeme, bu noktada, öncelikle işçinin çalışma saatlerini serbestçe düzenleme yetkisine sahip olup olmadığını denetlemektedir⁴⁴. Yargıtay'a göre; "...Davacının davalıya ait işyerinde üst düzey yönetici olarak çalıştığı ve mesaisini kendisinin ayarladığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Dairemizin istikrar kazanmış görüşüne göre bu tür çalışan işyeri üst yöneticisinin ücreti de buna göre belirlendiğinden fazla mesai ücret alacak isteği talep etmesi mümkün değildir. Davacının fazla mesai ücret alacağının reddi gerekirken kabulü hatalıdır"^{45,46}.

Yargıtayın, güncel kararlarında, önceki içtihadını devam ettirdiği, ancak "üst düzey yönetici" kavramına da açıklık kazandırdığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay 25.3.2008 tarihli kararında, işçinin üzerinde bir başka yöneticinin olup olmadığını, bu yönetici tarafından denetlenip denetlenmediğini dikkate almıştır⁴⁷. Yargıtay 01.04.2008 tarihli kararında ise, "...İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir

yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar⁴⁸" sonucuna ulaşılmıştır.

Görüldüğü gibi, Yargıtay, çalışma saatlerini kendisinin belirleyip belirleyemeyeceğini, işçinin üzerinde bir yönetici, ya da şirket ortağının olup olmadığına bakarak değerlendirmektedir. Yüksek Mahkemenin bu değerlendirmeleri kanımızca da isabet taşımaktadır. Yine, üst düzey yöneticilerin fazla mesai taleplerini reddederken, Yargıtay bu kişilerin yüksek ücret almaları olgusunu da dayanak olarak göstermektedir. 1.4.2008 tarihli kararında Yargıtay, işçinin aynı zamanda yüksek ücret ve prim ödeneceğini de belirterek fazla mesai taleplerini reddetmiştir. Nitekim, Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı işverenin Antalya işyerinde Uçuş Hizmetler Müdürü olarak çalıştığı, iş sözleşmesinde yüksek ücret yanında, satışların belli bir oranında prim ödeneceği, ayrıca işe gidiş gelişlerinde kullanılmak üzere araç kiralanacağı, araç kira bedelinin işveren tarafından karşılanacağı kararlaştırılmıştır. İş sözleşmesindeki bu ayrı düzenlemeler dikkate alındığında, davacının üst düzey yönetici olduğu, çalışma düzenini kendisinin belirlediği tereddüde yer vermeyecek şekilde açıktır. Davacıya görev ve sorumlulukları nedeni ile ücret ve prim ödemesi takdir edildiğinden, ayrıca fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücreti talep etmesi olanaklı değildir. Fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır"⁴⁹.

VIII. Fazla Çalışmanın Hesaplanmasında İzin Süreleri

İşçinin fazla çalışma hesabı yapılan dönemler içinde bazı günler izinli olduğunun anlaşılması durumunda, bu sürelerin dikkate alınarak hesaplama- dan düşülmesi gerektiği görüşü Yargıtayın son dönemlerdeki kararlarına yansımıştır. Nitekim Yüksek Mahkeme'ye göre; "...Davacı işçinin izin kullandığı dönemler için de fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücreti hesaplandığı bilirkişi raporunda açıklanmıştır. Yıllık izinde geçen süreler için söz konusu çalışmaların yapılması mümkün olmadığından belirtilen şekilde hesapla-

ma yapılması hatalı olmuştur. Bu konuda ek rapor alınarak sonuca gidilmelidir”⁵⁰.

Yargıtayın yine ilk bakışta isabetli gibi görünen bu görüşü de kanımızca uygulamada sorunlara yol açacak niteliktedir. Kuşkusuz bilirkişi raporunda hesaplama yapılırken kullanıldığı görülen izinler varsa bunların düşülerek fazla mesai dönemleri tespit edilmek gerekir. Ancak, her halde rapor sonrasında da Mahkemece indirim gerçekleştirilmektedir. Bu indirimin başlıca gerekçesi de işçinin devamlı çalışmasının mümkün olmadığı, hasta, izinli ve sair sebeplerle mazeretli olduğu günlerin sözü konusu olabileceğidir. Nitekim temelde bu varsayım dayalı olarak indirim yapılmaktadır. O halde, kanımızca, raporda izinli olun günler bakımından eksiklik olsa da, sonuçta yapılan indirim bu eksikliği giderici boyutlarda ise, artık Yargıtayın yerel mahkeme kararlarını bu gerekçe ile bozmaması gerekir. Gerçekten uygulamada, tanık beyanlarına dayalı hesaplamalarda yaklaşık 1/3 oranında indirim gerçekleştirilmektedir. Örneğin, 365 günlük bir hesaplama için yaklaşık 120 günlük bir süre hesaplama düşülmektedir ki, bunun yıl içinde dikkate alınmayan 5-10 günlük izin süresini fazlasıyla karşılayacağı son derece açıktır. Sonuç olarak, Yerel Mahkeme, bilirkişi raporunda bu konuda bir eksiklik olsa da, bu eksikliği indirim oranını belirlerken telafi edebilir. Yine bizce mahkeme, bilirkişiden ek rapor istemeksizin, raporda gözden kaçırılan izin sürelerini dikkate aldığını da kararında belirterek indirim yapabilir. Tekrar etmek isteriz ki, fazla çalışma tanık beyanı ile tam bir kesinlik içinde saptanamaz. Fazla çalışmayı belirleyen temel kanıtın güvenilir ve kesin olmadığı, zaten takdiri ve genel bir şekilde hesaplama yapılan ve yine son derece geniş takdir kullanılarak hesaplamadan indirim gerçekleştirilen bir sistem içinde, yardımcı birtakım unsurlarda kesinlik aramak yargılamayı uzatmaktan başka bir sonuç doğurmayacaktır.

IX. Fazla Mesai Karşılığı İzin Verilmesi

4857 sayılı Kanununun 41. maddesine göre, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat

onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir (m.41/IV). İşçiye yaptığı fazla çalışma karşılığı verilen izinlere ilişkin uyuşmazlıklar yargının önüne gelmiştir. Yargıtaya göre, işçiye fazla çalışma karşılığı verilen izinlerin dikkate alınması ve yapılan hesaplamadan indirilmesi gerekir. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre; "...Davacının yaptığı fazla çalışma karşılığı 2002 Nisan ayında 8 gün izin kullandığı yolundaki dava dilekçesindeki kabulü gereğince telafi edici dinlenme nedeni ile Nisan ayı için fazla çalışma telafi edici dinlenme ile karşılandığı halde anılan ay için fazla çalışma ücretine karar verilmesi isabetsiz olup bozma nedenidir”⁵¹.

Uygulamada, fazla çalışma karşılığı izin verildiği yolundaki savunmalar yargılama aşamasında işverenlerce ileri sürülmekte ve bu konuda izin belgeleri ibraz edilmektedir. Her şeyden önce, işçiye verilen izinlerin, genel olarak yapılan fazla çalışmaların karşılığı olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Bize göre, izinlerin açıkça yapılan fazla çalışmanın karşılığı olduğu işverence kanıtlanmak gerekir. Buna göre, izin föylerinin açıkça hangi tarihteki fazla çalışmanın karşılığının belirtilerek, ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi isabetli olur.

İşçinin izin föyünde, örneğin "Yaptığım fazla çalışmaya istinaden" veya "Ocak ayındaki fazla çalışmaya istinaden" şeklinde genel ifadelerle yer vermesi, bu dönem ya da aya ilişkin fazla çalışmaların karşılandığı anlamında yorumlanmamalıdır. Mahkemece somut olarak işçinin ne kadar fazla çalışma yaptığı saptanmalı, bunların kanuna göre artırılmış zaman karşılığı bulunmalı, daha sonra kullanılan izinler bulunan sürelerden düşülerek hesaplama yapılmalıdır.

X. Bankaya Yatırılan Fazla Mesai Ücretleri

Bilindiği üzere, fazla çalışma yapıldığını işçi, fazla çalışma ücretlerinin ödendiğini ise işverenin kanıtlaması gerekir. Bu noktada, başlıca ispat aracı olan yazılı belgeler ve bu kapsamdaki ücret bordrolarının yanı sıra, banka kayıtlarının da fazla çalışma ücretlerinin ödendiğini kanıtlayıp kanıtlamayacağı hususu Yüksek Mahkeme'nin güncel kararlarında ifadesini bulmaktadır. Gerçekten Yargıtay'a göre; "...Keza bordrolarda davacı imzası olmasa bile, ücret banka hesabına yatırılarak ödemi-

4857 sayılı Kanun'un esneklik getiren hükümlerinin ülkemizin sistemsiz ve kayıt dışı çalışan küçük ve orta ölçekli işletmelerinde sağlıklı bir şekilde uygulanacağını beklemek hayalci bir yaklaşımdır.

yor ve hesap çekilirken ihtirazi kayıt konulmamış ise, banka yolu ile yapılan fazla mesai ve tatil ücretleri ödemelerinin de dikkate alınması gerekir. Ancak fazla mesai yapıldığına veya tatilde çalışıldığına dair kayıt var ve bu kayda göre eksik ödeme söz konusu ise, o zaman işçi aradaki farkı isteyebilecektir⁵². Görüldüğü üzere, Yargıtay, ücretlerin bankaya yatırılması ve işçinin ihtirazi kayıt koymadan bunları bankadan alması durumunda, artık eşdeğer belge olmaksızın, tanık beyanlarına dayalı olarak daha fazla fazla mesai ücreti talep edemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünü tartışılabilir buluyoruz. Gerçekten, ücretlerin bankaya yatırılması durumunda, işçinin yatırılan ücretin ne kadarının fazla çalışmaya ilişkin olduğunu tam olarak bilmesine (bu konuda ekstrede özel bir açıklama yoksa) olanak bulunmamaktadır. Özellikle çıplak ücretin yanı sıra prim, ikramiye ve benzeri ödemeler yansıdığına işçilerin ücretleri aydan aya değişkenlik göstermektedir. Nitekim İş Kanunu'nda işveren için getirilen ücret pusulası verme yükümlülüğünün (İş K. m.37) de temel amacı da işçinin ücretin içeriğini öğrenebilmesidir. Hatta 4857 sayılı Kanun'da, açıkça ücret pusulası verme yükümlülüğünün bankaya yapılan ödemelerde de devam ettiği ifade olunmuştur. Gerçekten Kanuna göre, "İşveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır." (m.37/I). Yine Kanun, "Bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir." (m.37/II) hükmü ile açıkça fazla çalışma ücreti miktarlarının pusulada yer alması gerektiğini ifa-

de etmiştir. Yine, ücret bordrolarının imzalanması sürecinde de işçiler kendilerine ödenen ücretin içeriğinden haberdar olabilmektedir. Buna göre, işçinin ücret pusulası verildiği ya da ücretin içeriğinden haberdar edildiği işverence kanıtlanmadıkça, bankaya yapılan ödemelerin, işçi tarafından ihtirazi kayıtsız alınsa dahi fazla çalışma taleplerini engellememesi gerektiği kanısındayız. Kuşkusuz somut olayın özellikleri, bordrolar ve bankaya yatırılan ücretler, sürekli fazla çalışma tahakkukunun olup olmaması gibi olgular mahkemece değerlendirilmeye alınabilecektir.

XI. Genel Değerlendirme

Fazla çalışma konusundaki kararlar genel olarak değerlendirildiğinde, öncelikle göze çarpan husus, Yüksek Mahkemenin günlük 11 saati aşan çalışmalar karşılığında fazla çalışma ücreti ödeneceğini kabul etmiş bulunmasıdır. Yine öğretide genel olarak eleştirildiği görülen "örtülü denkleştirme" uygulaması da bir çok kararda ifadesini bulmuştur. Ancak bu görüşün standart dışı, atipik çalışmalarda genellik kazanacağı konusunda bir kesinlik yoktur; zira farklı yönde yeni tarihli bir karar da mevcuttur (Bkz. Y.9HD, 28.03.2008, 4429/6641, Legal İHD, 2008/18, 643-644)⁵³.

Yüksek Mahkeme'nin fazla çalışma konusunda kararları incelendiğinde, iki eğilim göze çarpmaktadır. İlk olarak Yargıtay, yüksek çıkan fazla çalışma hesaplarını sınırlamak istemektedir. Nitekim tanık beyanlarının bunların kıdem süresiyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi, indirilecek ara dinlenmesi süresinin 10 saati aşan çalışmalar bakımından arttırılması bu eğilimi yansıtmaktadır. İkinci olarak Yargıtay'ın, fazla çalışma hesaplarına mümkün olduğu kadar kesinlik kazandırma düşüncesinde olduğu görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme işçinin kullandığı izin sürelerinin hesaptan düşülmemiş olmasını bozma sebebi saymaktadır.

Yargıtay'ın görüşleri ilk bakışta isabetli görünmekle birlikte, bunların tartışılabilir olduğu kanısındayız. Bize göre, tanık beyanları ile fazla çalışmanın tam bir kesinlik içinde saptanmasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Fazla çalışma hesapları ve yine yapılan indirim geniş ölçüde takdire dayanır. Böyle bir sistemin ideal olmadığı muhakkak da olsa, Yargıtayın fazla çalışma hesaplarına sınırlama ve kesinlik kazandırma düşüncesiyle

getirdiği görülen ölçütlerin, her somut uyumsuzluk bakımından adaletli sonuç vermeyeceği kanısındayız.

Sonuç olarak, yargı kararları ile oraya çıkan tabloya bakıldığında, durum ülkemiz açısından iç açıcı görünmemektedir. 4857 sayılı Kanun, 1475 sayılı Kanun'dan bu yana süregelen sorunlara çözüm olamamıştır. 4857 sayılı Kanun'un esneklik getiren hükümlerinin ülkemizin sistemsiz ve kayıt dışı çalışan küçük ve orta ölçekli işletmelerinde sağlıklı bir şekilde uygulanacağını beklemek hayalci bir yaklaşımdır. Fazla çalışma ile ilgili davalarda, düzensiz ve kayıt dışı çalışan işletmelerin kaderini belirleyen medeni usul hukukunun en güvenilir delili olan tanıklar oluşturmaktadır. Bu durumun isabetli olmadığı açıktır; ancak temel yapısal bozukluk düzelmeden, mevcut sistem içinde adaletin sağlanması konusunda Yargıtayın içinde olduğu arayışlar, bizce beraberinde yeni sorunları da getirecektir.

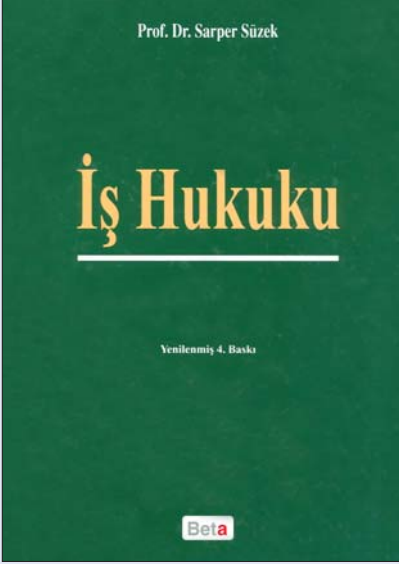
DİPNOTLAR

- 1 Bkz. T. Centel, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, 12; Ö. Eyrenci, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul 1991, 13; aynı yazar, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, 12; D. Ulucan, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, 31; P. Soyer, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, 37.
- 2 "...Hizmet akdinin haklı nedenlerle feshedildiğinin ispat külfeti davalı işverene düşmekte ise de, davacının çalışma süresinin ücretini, hafta ve bayram tatillerinde çalıştığını fazla mesai yaptığını göstereceği delillerle kanıtlanması gerekir. Mahkemece tarafların delilleri toplanmadan davacının iddiaları ile yetinip isteklerin hüküm altına alınması doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş taraflara iddia ve savunmalarını kanıtlayacak delillerini bildirmek üzere mehil vermek delillerini toplamak ve sonucuna göre bir karar vermektir" (Y.9HD, 13.06.1996, E.1995/11376, K.1996/13766, C.İ. Günay, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, 1559; "...Mahkemece davacı işçinin fazla mesai karşılığı ücret isteği de hüküm altına alınmış ise de, bu konuda ispat yükü kendisine düşen davacı bu iddiasını kanıtlamış değildir. Davacı tanıklarının bu konuda herhangi bir açıklamaları olmadığı gibi, dosyada fazla mesai yapıldığına ilişkin başkaca bir delil de bulunmamaktadır. Mahkemece varsayımdan hareketle hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak bu alacağın hüküm altına alınmış bulunması hatalı olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir" (Y.9HD, 27.2.2001 E.2000/19409, K.2001/3532, E. Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, 1997; Y.9HD, 19.2.2002, E.2001/17563, K.2002/2912, İKİD, Kasım 2003, 2215).
- 3 M. Ekonomi, İHU, İş K.m.35 (No:1); Centel, 1992 Yılı Kararları 1992, 12; Eyrenci, 1989 Yılı Kararları, 13; aynı yazar, 1994 Yılı Kararları, 12; Soyer, 1991 Yılı Kararları, 24; Ulucan, 1996 Yılı Kararları, 31.
- 4 Y.9HD, 17.2.2001, 5107/8576, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 5 Bkz. Bilge-Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, 523.
- 6 Y.9HD, 22.03.2007, E.2006/22706, K. 2007/8208, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 303-304
- 7 Y.9HD, 03.05.2007, E.2006/17647, K. 2007/14046, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 6, Yıl 2007, 2725-2726.
- 8 Y.9HD, 16.06.2005, E.2004/31721, K.2005/26173, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 9 Y.HGK, 21.3.2007, E. 2007/9-150, K. 2007/160 Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 10 Ekonomi'nin de haklı olarak belirttiği gibi; "...günlük en çok çalışma sınırını aşan sürelerle zamlı ücret ödemesi için haftalık çalışma süresinin tamamlanmasına bakılmaz. Buna karşılık sözü geçen zamlı ücretin ödeneceği süreler de haftalık 45 saat ile bunu aşan sürelerin toplamında hesaba katılmaz" (Bkz. M. Ekonomi, 4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, 2004, 162-163).
- 11 M. Engin, Denkleştirme Esasının Uygulanmasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, Sicil, Mart 2007, 75.
- 12 M. Özveri, 4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine, Legal YKİ dergisi, Aralık 2006, 202-203.
- 13 S. Öktem Songu, Çalışma Sürelerinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür, Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 8 Sayı: 2, 2006, 172 vd.
- 14 H. Kızıloğlu, Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2006, 84 vd.
- 15 Bu yönde eleştiriler için bkz. Özveri, 4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine, 202 vd.
- 16 Yukarıda da belirttiğimiz gibi, genelde Yargıtayın görüşüne ilişkin eleştiriler, denkleştirmenin açık ve yazılı rızaya dayanması gerektiği noktasında toplanmaktadır (bkz. M. Engin, Denkleştirme Esasının Uygulanmasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, 74-75; Öktem Songu, Çalışma Sürelerinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür, Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 8 Sayı: 2, 2006, 182-183). Oysa, bizce sorun denkleştirmenin şeklinden çok içeriği ile ilgilidir. Gerçekten, burada esasen kanuna uygun olup olmadığı tartışmalı bir çalışma modelinin denkleştirme olarak nitelenip nitelenemeyeceği problemi vardır. Böyle bir çalışmaya işçi açıkça yazılı olarak rıza vermiş olsa dahi (örneğin yukarıda andığımız yargı kararlarına da yansıyan 24 saatlik nöbet sistemi ile veya günlük 14 saatlik fiili çalışmalar gibi), bunun geçerliliği tartışma konusu yapılabilecektir.
- 17 Ancak Yargıtayın bu görüşünü istikrarlı olarak uygulayıp uygulamayacağı konusunda belirsizlik vardır. Nitekim, 28.3.2008 tarihli kararında Yargıtay, denkleştirmeden bahsetmeden, çalışma süresinin haftalık olarak kabul edilerek fazla çalışma hesabı yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Gerçekten, Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Davacı işçi iki gün çalıştıktan sonra üçüncü gün çalışmayarak dinlenmektedir. Bu çalışma şeklinde ayın her haftasında farklı çalışılmakta, örneğin dört gün çalışılan ayın

- üçüncü haftasında 45 saat aşılmadığından fazla mesai gerçekleşmemektedir. Bu nedenle davacının çalışması her hafta için ayrı ayrı belirlenmeli, fazla çalışma süresi haftalık olarak belirlendikten sonra çalıştığı hafta sayısı kadar hesap yapılmalıdır. Yazılı şekilde aylık çalışmanın fazla olarak tespiti ve sonra ortalama haftalık çalışma süresinin nazara alınması yerinde değildir" (Y.9HD, 28.03.2008, 4429/6641, Legal İHD, 2008/18, 643-644).
- 18 Bkz. M. Ekonomi, 4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, 2004, 162-163; P. Soyer, Yeni düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İHD, Temmuz Eylül 2004, 798-799; Özveri, 4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine, 202-203; Engin, Denkleştirme Esasının Uygulanmasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, 75.
- 19 Y.9HD, 01.04.2008, E. 2007/15191, K. 2008/7266, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 20 Y.9HD, 13.03.2007, E.2006/37424, K.2007/6510, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 6, 2007, 2723-2724.
- 21 Y.9HD, 21.3.2006, 1706/7084, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, sayı:4, 2007, 1765-1766.
- 22 "...Davacının davalıya ait bina ve santrallerde koruma güvenlik görevlisi olarak 10 saate kadar süren çalışmalarından yarım saat, 14 saate kadar süren çalışmalarında bir saat ara dinlenme süresi mahsup edilmiştir. Davacının yaptığı görevin niteliği, görev yapılan yer nazara alındığında dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saate kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla süre olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır" Y.9HD, 14.11.2007, 6002/34178 Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 23 "...Davacı işçinin günde 12 saat çalıştığı kabul edilmiş ve 1 saat ara dinlenmesi düşülerek fazla çalışma ücretleri hesaplanmıştır. Belirtilen çalışma süresine göre günde 1 saat ara dinlenme süresi azdır. Günlük 1,5 saat ara dinlenmesi düşülerek fazla çalışma ücreti hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır" (Y.9HD, 05.06.2007, E.2006/33700, K.2007/18007, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 219-220).
- 24 Y.9HD, 20.11.2007, 26287/34662, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 25 Oysa, Yargıtay 21.2.2008 tarihli kararında "...dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saate kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenmesi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır" anlatımına yer vererek bu görüşün yerleşik olduğunu vurgulanmıştır. (Y.9HD, 21.2.2008, E.2007/41771, K.2008/1374, Legal İHD, 1008/18, 718-719).
- 26 Y.9HD, 16.10.1972, E.972/2913, K.972/28148, S. Selçuki, İlmî ve Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, 3. Bası, İstanbul, 1973, 609-610; Y.9HD, 1.4.1985, E.985/810, K.985/3317, YKD, Aralık-1985.
- 27 "...Davacının tatil günleri hariç her gün beş yıla yakın bir süre, günde (4) saat fazla mesai yaptığının kabulü hayatın olağan akışına ters düşer. Böyle yoğun bir çalışma insan takatının üzerinde olduğu gibi, zaman zaman bir kimsenin hastalanması, kimi mazeretleri sebebi ile çalışmaması da mümkündür. Bu hususlar dikkate alınarak hesaplanan fazla mesai alacağından belli bir oranda takdiri bir indirim yapılması gerçeğe uygun düşer" (Y.9HD, 21.1.1998, E.1997/19651, K.1998/303, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 28 "...Bir kimsenin yaklaşık 4 yıl boyunca hiç ara vermeden günde 4.5 saat fazla mesai yapması, bütün hafta tatili ve genel tatillerde çalışması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Gerçekten bu süre içinde izin ve hastalık gibi nedenlerle işine devam etmemesi başka bir anlatımla işine gidememesi gözden uzak tutulmamalıdır. Bu bakımdan hüküm altına alınan fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinden hakkaniyete uygun bir indirim yapılması gerçeğe uygun olur" (Y.9HD, 3.4.2000, 1034/4713, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 29 "...İki senelik süre içinde davacı işçinin Pazar günü hariç diğer günlerde ve sürekli bir şekilde her gün on - onbir saat mesai sonucu haftada düzenli şekilde onyeddi saat fazla çalışma yaptığının kabulü hayatın olağan akışına uygun düşmez. Gerçekten bu süre içinde yıllık izinlerinin kullanılması ve hastalık mazeret, gibi diğer hallerin meydana gelmesi olasılığı karşısında gerçekleşen fazla mesai alacağından bir hakkaniyet indirimi yapılması gerçek duruma uygun düşer. O halde karar bu yönden bozulmalıdır" (Y.9HD,14.5.2001, 3949/8259, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 30 "...8 yıldan çok uzun bir sürede davacı işçinin zaman zaman hastalık mazeret izin gibi nedenlerle işyerinden ayrıldığı kabul edilmelidir. Bu itibarla Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre bu tür durumlarda gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için çalışma süresinin uzunluğuna ve çalışma saatlerine göre bir hakkaniyet indirimi yapılması yoluna gidilmelidir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmaksızın tatil ve fazla mesai çalışması alacaklarına karar verilmesi hatalıdır" (Y.9HD, 5.6.2001,7017/9579, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 31 Y.9HD, 25.3.2004, E.2003/16762, K.2004/6039, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 32 Y.9HD, 31.3.2008 E.2007/14643, K.2008/6770, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 33 Y.9HD, 25.3.2008, E.2007/9345, K.2008/6366, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 34 Y.9HD, 1.4.2008, E.2007/33244, K.2008/7135, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 35 "...Mahkemece gerçekleşen fazla mesaiden %50 oranında indirim yapılmak suretiyle hüküm kurulmuş olması isabetsizdir. Gerçekten, tüm dosya içeriğinden davacı işçinin günde 3 saat çalıştığı ortaya çıkmaktadır. Çalışma süresi de nispeten kısadır. Taraf tanıkları da birbirine tutarlı şekilde açık anlatımlarda bulduklarına göre ortada bir belirsizlik söz konusu değildir. Gerçeğin ortaya çıkması bakımından daha ılımlı bir indirim yapılmak üzere kararın bozulması gerekmiştir" (Y.9HD, 21.12.1998, 1998/16755 1998/18450, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2000, 74).
- 36 "...Dosya içeriğine göre davacı işçinin fazla mesai yaptığı anlaşıldığından bu alacağın hüküm altına alınması isabetlidir. Ne var ki takdiri indirim yapılırken %20 şeklindeki bir oran uygulanması çok azdır. Daha yüksek bir oranda indirim yapılmak üzere kararın bozulması gerekmiştir (Y.9HD, 3.7.2002, 12825/11265), Günay, İş Kanunu Şerhi (2005), 1446.
- 37 "...Diğer taraftan çalışma şekline göre fazla mesai ücretinden 1/2 oranında indirimi fazladır. Sözleşme hükmü ve çalışma şartları

- dikkate alınarak bu oranın daha az bir oran olarak kabul edilmesi gerekir. Kısaca fazla mesai ücret alacağı daha düşük bir oranda indirime tabi tutulmalıdır" (Y.9HD, 11.3.2008, E. 2007/36231 K. 2008/4525, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 38 Y.9HD, 25.3.2008 E. 2007/9345, K. 2008/6366, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 39 Örneğin: "...İşyerinde fazla çalışmaların işyeri kayıtları ve tanık anlatımlarına dayanılarak saptandığı anlaşılmaktadır. Kayda dayalı hesaplamalarda yukarıda açıklandığı gibi bir indirime gidilmemesi gerekir. Bu nedenle bilirkişi tarafından %30 indirime tabi tutulan fazla çalışma ücretlerine, ayrıca mahkemece ilave olarak % 10 oranında indirim yapılması isabetsizdir" (Y.9HD, 1.4.2008, E. 2007/33244, K. 2008/7135, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 40 Ekmeççi, 2003 Yılı Kararları, 48-49.
- 41 Y.9HD, 27.3.2007, 511/8588, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 42 "...Dairemiz uygulamasına göre 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 fesih için geçerli neden kabul edilmektedir" (Y.9HD, 8.10.2007, 11936/29817, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 43 Y.9HD, 28.5.2007, 17347/17033, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 44 Y.9HD 03.10.1995, 19525/30139, C.İ. Günay, Şerhli İş Kanunu, Ankara 1998, 1664; bkz. H. D. Özer, Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?, Çalışma ve Toplum 2007/3, 143-144.
- 45 Y.9HD, 14.03.2005, E.2004/19804, K.2005/8199, www.yargidunyasi.com; Yönetim Kurulunca atanan, personelin hizmet akdini fesih yetkisi bulunan ve üretim müdürü olarak üst düzey yönetici konumunda çalışan davacının ücreti bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi bu nedenle yüksektir. Kendi mesaisini kendi ayarlayacak konumda olması, yöneticilik görevinin gereği olarak normal çalışma saatleri dışında işyerinde bulunması halinde bu süreler fazla çalışma kabul edilemez. Bu nedenle fazla mesai isteğinin reddi gerekir" (Y.9HD, 9.10.2003, E.2003/3737 K.2003/16432, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 46 Yargıtay, "...davacı işletme müdürü olup, işyerinin en üst düzey yöneticisi durumundadır. İş saatlerini kendisinin belirlemesi görevinin gereğidir" anlatımına yer verdikten sonra, "...Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre bu gibi kuşku durumlarda hakkaniyet indirimi yapılması kabul edilerek daha ılımlı miktarlar hüküm altına alınmalıdır. Bu açıklamalar fazla mesai ve hafta tatili çalışmalarını için de geçerlidir" sonucuna ulaşmıştır. (Y.9HD, 24.5.2001, 6224/8839, İBD, C.76, 2002/3, 824-825); Yargıtaya göre; "...Davacı işçinin aylık ücret ve hedeflenen satış miktarına göre prim karşılığı çalışan distribütör ve bölge yöneticisi olduğu ve bu durumda da çalışma saatleri ve gününü kendi ayarlayan bir üst yönetici olduğu halde fazla mesai ve genel tatil alacakları isteğinin kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup ayrı bir bozma nedenidir" (Y.9HD, 25.9.2003, 2312/15347, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 47 "...Davacı işverenin anonim şirket olduğu, Ticaret Kanunu hükümlerine tabi bulunduğu, Genel Müdür ve temsile yetkili kişilerle işlemlerini yürüttüğü tartışmasızdır. Bu işyerinde mutfak bölümünde görev yapan ve görevi mutfak şefi olan davacının bu tür bir şirkette üst düzey bir yönetici olduğunu ve mesailerini kendisinin tanzim ettiğini kabul etmek, doğru değildir. Görevi gereği emrindekilerin mesai çizelgelerini tanzim eden davacının, mesai çizelgelerinden kendisine yer vermemesi, fazla mesai yapmadığı anlamına gelmediği gibi, bu alacağı talep hakkı olmayacağı sonucunu da doğurmayacaktır. Davacının işyerinde birim amirinin olduğu, bu birim amiri tarafından denetlendiği, dolayısı ile mesailerini kendisinin belirlemediği sabittir. Davacının işyerinde fazla mesai yaptığı ve ücretinin davalı işveren tarafından ödenmediği, bu ödenmeme nedeni ile davacının iş sözleşmesini feshinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, davacının fazla mesai ücret alacağı ve kıdem tazminatının kabulü, karşı dava ihbar tazminatı isteğinin ise reddi gerekir. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır". (Y.9HD, 25.3.2008, E. 2007/37108, K. 2008/6384, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 48 Y.9HD, 01.04.2008, E.2007/15191, K. 2008/7266, Çalışma ve Toplum, 2008/18, 228-229.
- 49 Y.9HD, 01.04.2008, Esas No. 2007/18589, Karar No. 2008/7133 Çalışma ve Toplum, 2008/18, 218-219, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 50 Y.9HD, 20.11.2007, 26287/34662, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 51 Y.9HD, 22.10.2007 E. 2007/5205 K. 2007/30967, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr
- 52 Y.9HD, 01.04.2008, E. 2007/33244, K. 2008/7135, Çalışma ve Toplum, 2008/3, 225-226.
- 53 Ancak kararın ilgili olduğu kanun (1475 ya da 4857) metninden anlaşılmamaktadır.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Sarper Süzek'in "**İş Hukuku**" kitabının yenilenmiş 4. baskısı yayımlanmıştır. Aynı zamanda Prof. Dr. Sarper Süzek'in akademik yaşamının da 40. yılı olan 2008 yılında yenilenmiş olan eser, iş hukuku uygulamalarının yanında öğrencilerin de yararlanmasına yönelik hazırlanmıştır. Bu sebeple eserde, iş hukukun genel esasları ve bireysel iş hukuku, ayrıntılardan kaçınılarak anlatılmış, daha derin incelemelere girmek isteyenler için de başvurulabilecek kaynaklar ve içtihatlar dipnotlarla gösterilmiştir.

İş hukukunun doğuşunun, Avrupa ve Türkiye'deki tarihsel gelişiminin de anlatıldığı eser, başta iş güvencesi olmak üzere; mevzuatta, öğretilerde ve uygulamada son birkaç yılda meydana gelen gelişmelere göre güncellenmiştir.

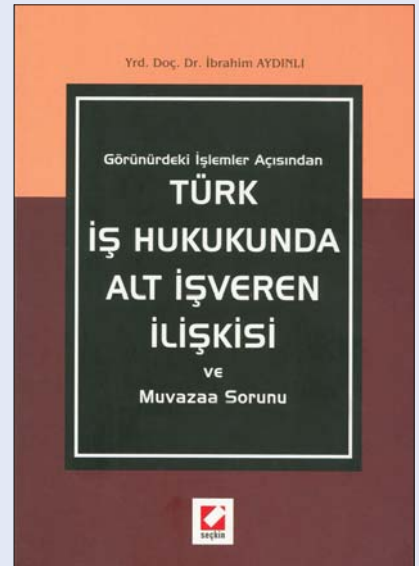
Kitapta, "olan hukuk" aktarılırken, "olması gereken hukuk" konusunda da yazarın kişisel görüşleri ortaya konmuştur.

Yrd. Doç. Dr. İbrahim Aydın'ın "**Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu**" isimli kitabı, Haziran 2008'de yayımlanmıştır.

Eserde, alt işverenlik müessesesinin her yönüyle ayrıntılı bir şekilde irdelenmesinden çok, hukuka aykırı olarak kurulan alt işverenlik ilişkilerinin neticeleri değerlendirilmiştir. Bu sebeple konu; iş hukuku yanında, borçlar hukukunun ilkeleriyle de açıklanmıştır.

Üç ana bölümden oluşan kitabın birinci bölümde muvazaa, ikinci bölümünde alt işverenlik kurumu ele alındıktan sonra; üçüncü bölümünde alt işverenlik ilişkisinin sınırlandırılması, doktrin ve uygulamada muvazaa ölçütleri ve muvazaa nitelemesinin hukuki yerindeliği tartışılmıştır.

Eserde, başta Alman hukuku olmak üzere karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılmıştır.



Seracettin GÖKTAŞ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

Alt İşverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları

1. GENEL OLARAK

Her işverenin faaliyet konusu ile ilgili işlerini işyerinde kendi işçi kadrosu ile yürütmesi çalışma hayatının olağan işleyişindedir. Ne var ki, teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan yeni uzmanlık alanları, maddi imkânsızlıklar, piyasa ve rekabet koşulları işin bir bölümünün ya da tamamının başka bir işverene verilmesini zorunlu kılabilenmektedir. Teknolojideki hızlı gelişmelerden kaynaklanan uzmanlık ihtiyacı işverenler arasında iş bölümünü ve bu nedenle işin başka bir işverenin işçisine gördürülmesini önemli derecede yaygınlaştırmıştır. İşlerinin bir kısmını başka bir işverene gördürmeye ilişkin uygulama işverenin Anayasa'da yeralan sözleşme ve girişim özgürlüğü çerçevesinde ele alınması gereken temel bir hak olarak değerlendirilmekte ise de, bu hakkın da diğer birçok haklar gibi zaman zaman kötüye kullanıldığına rastlanmaktadır. Özellikle işçi çalıştırmanın birtakım yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla işin başka bir işverene gördürüldüğü ya da görünüşte bir takım uygulamalarla sıkça karşılaşılmaktadır.

Mal ve hizmet üretimi ihtiyacını iş organizasyonu dışında kalacak şekilde başka bir işverenden karşılayan işverenlik uygulamaları şimdilik iş hukukunun pek müdahale etmediği bir alan olarak

gözükmektedir. Buna karşılık, mal ve hizmet üretimini diğer bir işverene kendi işyerinde yaptırarak işverenin uygulaması işçinin bireysel ve kolektif birtakım haklarını ilgilendirmesi nedeniyle bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Alt işverenlik uygulaması, bir işverenin başka bir işverene ait işyerinde belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alıp kendi işçilerini çalıştırması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu, işi alan işveren ile işi veren işveren arasında kurulan ilişki çerçevesinde çalıştırılan işçilere karşı asıl işverenin birlikte sorumluluğunu düzenlemekle yetinmiş; işverenler arasındaki ilişkinin hangi şartlarda kurulacağını ayrıntılı olarak öngörmemişti. Asıl işverenin birlikte sorumluluğu için bir işveren tarafından diğer bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alınması ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştırması yeterli görülüyordu. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulma şartları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmediği için anılan kanun döneminde yargısal denetim daha çok kurulan ilişkinin muvazaalı olup olmadığı yönünde olmuştur¹. Yargı kararları da dikkate alınarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6 ve 7. fıkralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, geçerli bir ilişkide asıl iş-

Esasen “işletmenin ve işin gereği”, işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesini de kapsayacak şekilde geniş bir kavramdır.

veren ve alt işverenin işçiye karşı sorumlulukları, muvazaa karinesi ve sonuçları ayrıntılı bir biçimde yeniden düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre alt işveren; 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 çalıştıran işverendir. Alt işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak adlandırılmıştır. 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 sorumlu tutulmuştur (İş K.m.2/6).

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalışmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez (İş K.m.2/7).

1475 sayılı Kanun'a göre ayrıntılı denilebilecek bu düzenlemeye rağmen alt işverenlik uygulamasında ortaya çıkan çok önemli sorunların giderilemediğini, işçiyi koruma adına bulunan kimi çözümlerin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin teorik temeli ile örtüşmediğini belirtmek gerekir. Bu çalışmada alt işverenlik uygulamasının güncel ve önemli bazı sorunları üzerinde durulacaktır.

2. ASIL İŞİN BİR BÖLÜMÜNÜN ALT İŞVERENE VERİLMESİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra belki de en çok tartışılan konuların başında asıl işin bir bölümünün alt işverene verilme-

sini sınırlandıran 2. maddenin 6. fıkrasındaki düzenleme olmuştur. Sözü edilen düzenlemede yer alan “...asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan...” ifadesindeki “ile” bağlacının Türkçe dil bilgisi anlamından ziyade, daraltıcı etkisi nedeniyle hangi anlamda anlaşılması gerektiği üzerinde tartışmaların yoğunlaştığı görülmektedir.

Kimi yazarlar fıkra da geçen “ile” sözcüğünün “ve” anlamında kullanıldığını; bu durumda salt teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin alt işverene verilemeyeceğini; bunun yanında işletmenin ve işin gereğinin buna imkân vermesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir². İşletmenin ve işin gereğinin birlikte düşünülmesi gerektiğini ileri süren bir yazar da “ile” sözcüğünün “olarak” anlamında kullanıldığı görüşündedir³.

Bir kısım yazarlar ise “ile” ifadesinin “veya” anlamında kullanıldığının anlaşılması gerektiğini; “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerin uzmanlık gerektirmesi” hallerinin ayrı ayrı düşünülmesi gerektiğini ve her iki halden birisinin gerçekleşmesi ile asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebileceğini ileri sürmektedirler⁴. 6. fıkra da geçen “ile” sözcüğünün “veya” olarak anlaşılması gerektiğini ileri süren bir başka görüşe göre asıl işin bölünerek alt işverene verilmesinin temel koşulunun “uzmanlık gerektiren bir iş” olmasıdır. Ancak bu uzmanlığın işletmenin ve işin gereği veya teknolojik nedenlerden kaynaklanması gerekir⁵. Bu görüşe göre salt işletmenin ve işin gereğinin yeterli görülmesi kanunun alt işverenlik hükümlerini dolanma olanağı veren bir yorum olur.

Yukarıda belirtilen görüşlerden çok farklı olarak başka bir yazar da “işletmenin gereği”, “işin gereği” ve “teknolojik nedenlerle uzmanlık” kavramlarının ayrı ayrı düşünülmesi gerektiği, bunlardan her birinin tek başına işin alt işverene verilmesini sağlayabileceği görüşündedir⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren fıkra da geçen “ile” sözcüğünü “ve” olarak yorumlamak suretiyle bu konudaki uygulamasını istikrarlı bir şekilde sürdürmüştür⁷.

Görüldüğü gibi tüm bu tartışmalar fıkra da geçen “ile” sözcüğünden kaynaklanmaktadır. Bize göre söz konusu ifade çok da müphem sayılmaz. Bir defa “ile” sözcüğü “ve” anlamında kullanılabilen bir bağlaçtır. Diğer yandan maddenin gerekçe-

Anayasal güvenceye sahip işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile çalışma hakkı arasında adil bir denge kurulacak şekilde yasal bir değişiklik yapılması uygun olacaktır.

sinde yer alan "...Ayrıca, asıl işverenin alt işveren- den iş alabilmesi işyeri gereklerine ve teknolojik nedenlere bağlanmıştır..." ifadesine bakıldığında yasa koyucunun anılan sözcüğü bilinçli şekilde kullandığını söylemek mümkündür.

Yine maddenin gerekçesinde 1475 sayılı Kanunda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin belirtilen unsurlarının aynen korunduğu, bununla birlikte kavram açısından, özellikle alt işverene verilecek işin niteliği ve asıl işin bir bölümünün verilmesi gibi konularda daraltıcı etkiye sahip hüküm ihdas edildiği ifade edilmiştir. Madde gerekçesindeki bu açıklama karşısında "ile" ifadesini sözlük anlamından başka yasa koyucunun amacını da göz önünde bulundurmamak suretiyle yorumlamak daha gerçekçi olacaktır. Şu halde maddede kullanılan ifadeler itibarıyla alt işverene verilen işin uzmanlık gerektirmesi koşulu işletmenin ve işin gereğinden ve teknolojik nedenlerden ayrı düşünülemez.

Esasen "işletmenin ve işin gereği", işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesini de kapsayacak şekilde geniş bir kavramdır. Teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işin alt işverene verilmesi aynı zamanda işletmenin ve işin gereğinin bir sonucudur. Bu açıdan denilebilir ki "işletmenin ve işin gereği" ifadesinin belirtilmesine gerek yoktu⁸. Çünkü teknolojik neden zaten işletmenin ve işin gereği olarak ortaya çıkar. Teknolojik nedenler dışında, çok geniş ve aynı zamanda sübjektif bir kavram olan "işletmenin ve işin gereği" uzmanlık gerektiren işin alt işverene verilebileceği kabul edildiğinde asıl iş bakımından yapılan sınırlamalar bir anlam ifade etmeyebilir. Gerçekten, bu durumda işverenlerin teknik nedenler dışında uzmanlık gerektiren asıl işler için personel buldurmasına gerek kalmayabilecek; tüm nitelikli işlerin alt işverene verilmesi mümkün hale gelecektir. Daha açık bir ifade ile tüm işler alt işverene verilebilecektir. Böyle bir sonuç da yasal düzenlemenin sözüne ve özüne aykırı olacaktır.

Yargıtay da bazı kararlarında yasal düzenleme-deki baskın unsurun "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" olduğunu belirtmiş⁹, bir kararında da "...İşyerinde asıl işin bir bölümü taşeron olduğu belirtilen davalı... Ltd. Şti.ne yaptırılmaktadır. Söz konusu işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği kanıtlanmamıştır..." demek suretiyle ayrıca işin ve işletmenin gereğinden söz etmemiştir¹⁰.

Görüldüğü gibi pozitif hukuk işverenlerin asıl işlerini başka bir işverene gördürmesini önemli derecede sınırlamıştır. Maddenin sözü gerekçesi birlikte yorumlandığında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasının oldukça dar bir alana hasredildiği açıktır. Ne var ki, yukarıda açıklandığı üzere yasa koyucunun amacı da aşılarak pozitif düzenlemelere başka bir anlam yükleme imkânı bulunmamaktadır. Kuşkusuz, ağır rekabet koşullarında varlıklarını sürdürmeye çalışan işverenlerin bu düzenleme ile ciddi birtakım sıkıntılar yaşamaları kaçınılmazdır. Üretim ve istihdamı olumsuz şekilde etkileyecek böyle bir sonuç ülke ekonomisi bakımından da arzu edilen bir durum olmasa gerekir. Bu nedenle, Anayasal güvenceye sahip işverenin sözleşme ve girişim özgürlüğü ile işçinin çalışma hakkı arasında adil bir denge kurulacak şekilde yasal bir değişiklik yapılması uygun olacaktır.

3. ALT İŞVERENLERİN DEĞİŞMESİNİN İŞYERİ DEVRİ OLARAK YORUMLANMASI

Uygulamada alt işverenler değiştiği halde işçinin hiç ara vermeden çalışmaya devam ettiği durumlarda işçilik hakları bakımından uyumsuzluklar 4857 sayılı İş Kanunu'nun öngördüğü "işyeri devri" müessesesi devreye sokularak çözülmektedir¹¹. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında geçen "işyerlerinin...herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi..." ifadesi kıdem tazminatı açısından sorunu çözmekte ise de, diğer işçilik alacakları yönünden sorunun her zaman "işyeri devri" müessesesi ile halledilmesi güçlük arz etmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlığını taşıyan 6. maddesine göre "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde,

Belirli süreli bir alt işverenlik sözleşmesini iş sözleşmesinin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşul olarak kabul etmek gerekir.

devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer". Belirtilen düzenlemeye göre işyerinin devrinin "hukuki bir işlem"e dayalı olarak gerçekleşmesi gerekir.

Hukuki işlem, hukuki bir sonuç elde etmek amacıyla iradenin açıklanmasıdır. İki taraflı hukuki işlem olarak nitelenen sözleşmeler, bir hukuki sonucun meydana gelmesi konusunda karşılıklı iki iradenin birleşmesini gerektirmektedir¹².

Alt işverenin bu sıfatla mal ve hizmet üretimini yerine getirdiği yer kendi işyeri sayılır ve işyerini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca bölge çalışma müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür. Ne var ki, bu işyerinin varlığını devam ettirmesi çoğunlukla asıl işverenin irade ve tutumuna bağlıdır. Örneğin asıl işverenin faaliyetini sonlandırması, işi bizzat kendisini yapacağına karar verip yeni bir ihale yapmaması, yeni ihale koşullarını zorlaştırması nedeniyle ihaleye katılamama veya ihaleyi kazanamama gibi nedenlerle alt işverenin ilişkiyi devam ettirmesi imkânsız hale gelebilir. Alt işveren, üstlendiği işi asıl işverenin rızasını almadan başkasına devredememektedir. Bu nedenle, alt işverene ait işyerinin asıl işverenden tümüyle bağımsız olduğunu söylemek güçtür¹³.

Yeni ihaleyi kazanan alt işveren ile ihaleyi kaybeden veya ihaleye katılmayan alt işveren arasında herhangi bir işlem yapılmamakta, işlemler asıl işveren ile ihaleyi alan yeni alt işveren arasında gerçekleşmektedir. Çoğunlukla alt işverenler birbirlerini hiç görmemekte ve tanımamaktadırlar. Böyle bir durumda alt işverenlerce işyerinin devri konusunda hukuki bir işlem yapıldığını söylemenin güçlük arz ettiği ortadadır. Kanımızca alt işverenlik uygulamasına konu işyeri ile ilgili en geniş yetki asıl işverende olduğuna göre asıl işveren, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında olduğu gibi ilişkinin sona ermesinde de işyeri devrini sağlayan "hukuki işlem" in bir tarafı olmaktadır. Başka bir anlatımla, asıl işveren işyerini hukuki bir işlemle

bir alt işverene devretmekte, ilişkinin bitimi ile yine bir hukuki işleme dayalı olarak işyerini devralmaktadır. Daha sonra işyerinin yine asıl işverenin tasarrufu ile yeni bir alt işverene devri, ayrı bir işyeri devri olarak ele alınmalıdır. Böylece alt işverenler değiştiği halde hiç ara vermeden çalışmaya devam eden alt işveren işçileri, her alt işveren değişiminde, çok kısa bir süre için de olsa asıl işverenin işçisi konumuna geleceklerdir. Bu durumda, asıl işveren kendisinden önceki alt işverenler bakımından aynı zamanda son işveren olarak değerlendirilecektir. Asıl işverenin işyeri devrini sağlayan hukuki işlemde daima bir taraf olarak kabul edilmesi, daha açık bir ifade ile işverenler zincirinin bir halkası olması işçinin hakları bakımından önemli bir güvence sağlayacak ve bugün yaşanmakta olan birçok sorun çözüme kavuşmuş olacaktır. Kuşkusuz, buraya kadar söylenenler asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devamı sırasında asıl işverenin rızası alınmak suretiyle işin alt işverence bir başka kişiye devri halinde uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda işyeri devri alt işverenler arasında gerçekleşmiş olmaktadır.

4. ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN ASIL İŞVERENLE YAPILAN SÖZLEŞMENİN KAPSAMI DIŞINDAKİ İŞLERDE ÇALIŞTIRILMASI

Uygulamada zaman zaman alt işveren işçilerinin asıl işverenle yapılan sözleşmenin kapsamı dışındaki işlerde geçici veya sürekli olarak çalıştırıldıkları görülmektedir. İşçinin bu şekilde başka bir işte çalıştırılmasının asıl işveren-alt işveren ilişkisi üzerindeki etkisi önemli bir hukuki sorundur. Bu tür bir uygulamada ilişkinin muvazaaya dayandığının kabul edilip edilemeyeceği, sadece "başka işte" çalıştırılan işçi açısından mı, yoksa asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tamamı açısından mı muvazaayı kabul etmek gerektiği, bu şekilde çalıştırmanın sürekli veya geçici olmasına göre farklı bir sonuca varılıp varılamayacağı, "başka iş" in asıl iş veya yardımcı iş olmasının varılacak sonucu etkileyip etkilemeyeceği gibi soruların cevaplandırılması gerekmektedir.

Hemen belirtelim ki, alt işveren işçilerinden bir ya da birkaçının başka bir işte sürekli olarak çalıştı-

Alt işverenin bildirimde bulunma yükümlülüğü Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na karşı olup, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasından sonra başlar.

rılması durumunda ilişkinin tümünün muvazaalı olduğunu kabul etmek ağır bir sonuç olur. Bu durumda, alt işveren işçisinin başka bir işte çalıştırılması asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bütününe değil, sadece o işçi bakımından bir etkiye sahip olmalıdır. Kuşkusuz böyle bir sonuca varmak için başka işte çalıştırmanın sürekli olması gerekir. İşçinin kısa bir süreliğine başka bir işte geçici olarak çalıştırılmış olması kendisi açısından tek başına muvazaayı kabul etmek için yeterli olmayabilir. Ancak bu geçicilik az sayıdaki işçi için olmalıdır. Alt işveren işçilerinin tamamının veya büyük bir kısmının sıra ile geçici olarak başka işte çalıştırılması sürekli bir işgücü ihtiyacının karşılanması anlamına gelebilir ve bu durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığının kabulü gerekebilir.

Öte yandan, asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmenin (temel sözleşme) kapsamı da bu konuda önem arz etmektedir. Yardımcı işler için yapılan bir sözleşme kapsamında çalışan alt işverenin işçisinin, sözleşmede yer almayan başka bir yardımcı işte çalıştırılması asıl işveren-alt işveren ilişkisini etkilememelidir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki ilişkinin o yardımcı işi de kapsayacak şekilde genişletildiğini kabul etmek gerekir. Zira asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumunu sağlayan temel sözleşmenin yazılı olması şart değildir. Alt işveren işçilerinin birkaçının ya da büyük bir bölümünün hatta tamamının başka bir yardımcı işte çalıştırılması vardığımız sonucu değiştirmeyecektir. Ayrıca belirtelim ki, yardımcı işlerin bölünerek verilmesini yasaklayan ya da sınırlayan bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yardımcı iş için yapılan sözleşme kapsamında çalışan alt işveren işçisinin asıl işte çalıştırılması ya da asıl işin bir bölümü için ilişki kapsamında çalışan alt işveren işçisinin asıl işin sözleşme kapsamında yer almayan başka bir bölümünde çalıştırılması durumunda, fiilen çalıştırılan işin 4857 sayılı

İş Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen şartları taşıyıp taşımadığında göre bir sonuca varmak gerekir. Fiilen yaptırılan iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmiyorsa o işte çalıştırılan işçi için asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmadığı ve işçinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmelidir. Fiilen çalıştırılan iş alt işverene verilme koşullarını taşıyorsa alt işverenlik sözleşmesinin taraflarınca o işi de kapsayacak şekilde genişletildiğini kabul etmek gerekecektir.

İş Kanunu'na uygun olarak kurulmuş olan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde bir süre sözleşme kapsamındaki işte çalıştırılan işçinin, daha sonra sözleşme kapsamında olmayan ve alt işverene verilme koşullarını taşımayan asıl işte çalıştırılması ihtimalinde ise asıl işte çalıştırılmaya başlandığı tarihten itibaren asıl işverenin işçisi sayılmalıdır.

5. ALT İŞVERENLİK UYGULAMASININ İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİNE ETKİSİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesine göre iş sözleşmesinin belirli süreli olması için objektif koşulların bulunması gerekir. Aynı maddede objektif koşullara örnek olarak belirli süreli işler, belirli bir işin tamamlanması ve belirli bir olgunun ortaya çıkması sayılmıştır. Maddenin son fıkrasında esaslı nedene dayanan zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli olma özelliklerini koruyacakları öngörülmüştür.

Alt işverenlerin genellikle işçileri ile belirli süreli iş sözleşmesi yaptıkları ve iş sözleşmesinin süresini asıl işveren-alt işveren ilişkisinin süresine endeksledikleri uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur. Alt işverenliğe konu işin süresinin iş sözleşmesinin belirli süreli olması için gerekli objektif koşulu teşkil edip etmediği önemli bir sorundur. Belirtelim ki, süreli sözleşme yapmak zorunda olan kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet satın almaları hariç olmak üzere, süresi belli olmayan bir asıl işveren-alt işverenlik ilişkisinin kurulması mümkün olup, bunu engelleyen bir yasal düzenleme mevcut değildir. Belirsiz süreli bir alt işverenlik sözleşmesi kapsamında çalıştırılan işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını ge-

rektiren objektif koşulların mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir. Buna karşılık, belirli süreli bir alt işverenlik sözleşmesini iş sözleşmesinin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşul olarak kabul etmek gerekir. Gerçekten, bir sonraki sözleşme döneminin devam edip etmeyeceğinin belli olmadığı ya da yeni bir sözleşmenin asıl işverenin iradesine tabi olduğu bir durumda alt işverenin işçisi ile sadece asıl işverenle yapılan bir sözleşme dönemine bağlı olarak, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasında objektifi koşulların gerçekleştiğinin kabulü yerinde olur.

Alt işverenin üstlendiği işin asıl işverenin işyeri bakımından süreklilik arz etmesi iş sözleşmesinin belirli süreli sayılmasına engel teşkil etmemelidir. Zira sözleşmenin belirli süreli olmasını sağlayan koşulun objektif olup olmadığı asıl işverene ve onun işine göre değil, alt işverenin durumuna göre takdir edilmelidir. Başka bir anlatımla, objektif koşulun mevcut olup olmadığı asıl işveren-alt işverenlik sözleşmesinin süresine göre belirlenmelidir. Ancak, iş sözleşmesinin belirli süreli olmasını gerektiren objektif koşul bulunmasına rağmen tarafların belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmaları mümkün olduğuna göre, alt işveren ile işçisi arasında yapılan sözleşmenin belirli süreli olduğu kararlaştırılmamışsa sözleşme belirsiz süreli sayılmalıdır.

Alt işverenin asıl işverenle yaptığı birbirini takip eden sözleşmeler, zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli olma özelliklerini korumaları için esaslı neden teşkil edecektir. Kanımıza göre kıdem tazminatı fonuna ilişkin düzenleme yapıldığında, bir yıldan kısa süreli asıl işveren-alt işveren ilişkisine bağlı olarak yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin işçinin kıdem tazminatına hak kazanmasını engelleyici etkisi ortadan kalkacaktır.

6. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN MUVAZAAYA DAYANDIĞININ İŞ MÜFETTİŞİNCE TESPİTİ SORUNU

4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesine 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 2. fıkrasında "Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı ya-

zılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora alt işgünü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır." kuralına yer verilmiş; aynı kanunla sözü edilen maddeye eklenen 4. fıkrada ise "Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirim ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." hükmü öngörülmüştür.

Söz konusu düzenleme birkaç yönden tartışılabilir ve yeni sorunlara yol açacak niteliktedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, "İşyerini bildirme" başlığını taşıyan 3. madde esas itibarıyla işverenin ya da alt işverenin işyerlerini bölge müdürlüğüne bildirme ile ilgili yükümlülüklerini düzenlemektedir. Alt işverenin bildirimde bulunma yükümlülüğü Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na karşı olup, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasından sonra başlar. Bu nedenle işyerini bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliğine bir hanel getiremez. Başka bir anlatımla, alt işverenin işyerini bölge müdürlüğüne bildirme yükümlülüğü asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurucu unsuru olarak kabul edilemez.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. maddesine göre alt işveren asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte işyerini bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Buna göre yazılı bir alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli diğer belgeler ibraz edilmeden yapılan bildirim maddede belirtilen yükümlülüğün yerine getirildiği anlamına gelmeyecektir. Ancak, burada sözü edilen alt işverenlik sözleşmesi, asıl işveren-alt işveren ilişkisini doğuran temel sözleşme değildir¹⁴. Zira asıl işveren-alt işveren ilişkisi kira, istisna ve taşıma gibi sözleşmelerin (temel sözleşme) yapılması ile doğa-

bilen bir sonuçtur. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmamış olması ya da muvazaaya dayanması, temel sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz¹⁵. Ayrıca, yazılı şekil şartı öngörülmemiş temel bir sözleşmenin sözlü olarak kurulmuş olması asıl işveren-alt işveren ilişkisini meydana getirebilecektir. Öyleyse alt işverenlik sözleşmesi kendisini doğuran temel sözleşmenin iş hukuku cephesinde doğan bir sonucu olduğundan, bildirim yükümlüğünün yerine getirilmesi kapsamında ibraz edilmesi istenen yazılı sözleşme, temel sözleşmenin belgelendirilmesidir ve salt bildirim için gereklidir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu açısından ispat şartı değildir¹⁶.

İş Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasının değişiklik gerekçesine göre alt işverence işyerinin bölge müdürlüğüne bildirilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmesi bağlamında yazılı alt işverenlik sözleşmesinin ibraz edilmesi şartının öngörülmesinin nedeni muvazaa incelemesi yapacak olan iş müfettişine kolaylık sağlamaktır. Buna göre iş müfettişi sadece muvazaa yönünden inceleme yapabilir. Dolayısıyla, inceleme asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurlarına yönelik olamayacaktır. Zira muvazaa geçerli olarak kurulmuş bir ilişkide söz konusu olabilir¹⁷.

İş müfettişinin asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığına ilişkin yaptığı tespiti karşı işverenlerin 6 işgünü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz etmemesi veya itirazın mahkemece reddi halinde ilişkinin muvazaaya dayandığı sonucuna varılarak işyerinin tescili işlemi iptal edilecek ve işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Muvazaanın bu şekilde kesinleşmesi işverenleri bağlayacak ve herhalde işçi lehine sonuç doğuracaktır. Ancak, mahkemece itirazın haklı görülüp muvazaa bulunmadığının tespiti durumunda önemli bazı sorunların doğması kaçınılmazdır. Gerçekten, iki işveren arasında yapılan muvazaalı işlem, işçiyi bir takım bireysel ve kolektif haklardan yoksun bırakmaya yöneliktir. İşçinin taraf olarak yer almadığı bir davada muvazaa bulunmadığına ilişkin verilen hüküm kendisini bağlamayacak ve bu açıdan kesin hükümden söz edilemeyecektir. Alt işveren işçisi, sonradan bir dava açarak işverenler arasındaki ilişkinin muvazaaya dayandığını ileri sürebilecektir. Bu ihtimalin gerçekleşmesi durumunda, işverenler ve iş müfettişi tarafından

yapılan işlemlerle mahkemece yapılan yargılama boşa çıkmış olacaktır. Belirtilmelidir ki, işçinin taraf olarak yer almadığı böyle bir davada ilişkinin muvazaaya dayanmadığına ilişkin bir tespit kararının çıkma ihtimali daha yüksektir. Bu bağlamda, daha yeni çalışmaya başlamış veya iş sözleşmesi devam eden bir işçinin böyle bir davaya taraf olması ya da iş müfettişine muvazaa doğrultusunda bir beyanda bulunmasının çok güç olduğunu da belirtmek gerekir. İşçiyi bağlamayacak bir kararın iş sözleşmesinin devamı sırasında bir takım sendikal haklarını kullanmasına engel olabilmesi de kuvvetli bir ihtimaldir. Şu hale göre 3. maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin isabetli bir düzenleme olmadığı söylenebilir.

7. KAMU KURUMLARINDA ALT İŞVERENLİK UYGULAMASI

Ülkemizde kamu kurumlarının önemli bir kısmı bilgi işlem, güvenlik ve temizlik gibi hizmetleri ihale ile satın alma yoluna gitmektedir. Kadro ve personel sıkıntısı yaşayan birçok kamu kurumunun yüklenici elemanlarına bir kısım asli işlerini de geçici veya sürekli olarak yaptırdıkları yargıya intikal eden bazı olaylar ile ortaya çıkmıştır¹⁸.

5272 sayılı Kanun ve bu kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi belediyelere park ve bahçelerin bakım, onarım ve sulama, ulaşım, temizlik gibi asli işlerini başkasına gördürme imkânı getirmiştir. Sözü edilen hükümde ifade edilen işler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasındaki sınırlamalar aranmaksızın alt işverene verilebilir. Bu nedenle Yargıtay, belediyelerin 5393 sayılı Kanun'a dayanarak yaptıkları uygulamaları daha çok muvazaa denetimine tabi tutmaktadır¹⁹.

Belediyeler dışında özellikle hiçbir alanda işçi çalıştırmayan kamu kurumlarının hizmet satın almalarının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesi anlamında asıl işveren-alt işveren ilişkisi meydana getirip getirmediği tartışmaya açık bir konudur. İş Kanunu'nun anılan hükmüne göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması için işi veren bir işveren ile işi alan diğer bir işverenin bulunması gerekir. Hiç işçi çalıştırmayan ve dolayısıyla işveren sayılmayan bir kimsenin işlerini bir işverene vermesi alt işverenlik uygulaması olarak kabul edilemez²⁰.

Başka bir anlatımla, bir kimsenin asıl işvereni sıfatı taşıyabilmesi için, alt işverene verdiği işten dolayı işveren niteliğini taşıması, ayrıca kendi adına bu işyerinde geri kalan işlerde işçi çalıştırması gerekir²¹. Birçok kamu kurumunun işçi çalıştırmadığı bilinen bir olgudur. Daha önce 657 sayılı Devlet Memurları kapsamındaki yardımcı hizmetliler veya sözleşmeli memurlar eliyle yürütülen temizlik ve güvenlik gibi hizmetlerinin kamu kurumuna işverenlik sıfatını kazandırmayacağı/kazandırmadığı açıktır. İşveren sıfatı bulunmayan kamu kurumlarının temizlik, güvenlik ve bilgi işlem gibi hizmetleri satın almaları asıl işveren-alt işveren ilişkisi doğurmaz. Dolayısıyla bu durumdaki kamu kurumun İş Kanunu'nun 2. maddesi anlamında sorumluluktan söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, şartları mevcutsa İş Kanununun 36. maddesinde öngörülen sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Kamu kurumlarının hizmet satın almalarını asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları yönünden değerlendirmeye alan bir Yargıtay kararına rastlanmamıştır. Kamu kurumunu 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesi anlamında asıl işveren olarak işçilik hak ve alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu tutan kararların çokluğu dikkate alındığında Yargıtay'ın bir ayırımı gitmeksizin kamu kurumları ile hizmet satın aldığı kişi arasındaki ilişkiyi asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak kabul ettiği söylenebilir²². Hizmetleri ihale ile temin eden firmaların çoğunlukla zayıf ve ömürlerinin kısa olması nedeniyle işçilik alacaklarının bir güvenceye kavuşturulması ihtiyacından doğduğu anlaşılan bu uygulamanın yukarıda açıklanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi teorisine uymadığı açıktır. Ancak, bu tür pratik çözümler sorunu ortadan kaldırmamaktadır. Kamu kurumlarınca yapılan ihalelerde hizmet satın alınan kişilerden işçilik haklarını güvenceye alacak yeterli teminatlar alınmasının sağlanması ve kıdem tazminatı fonunu öngören bir düzenleme ile sorunun çözümü daha sağlıklı bir yol olarak görünmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine 1.7.2006 tarih ve 5538 sayılı Kanun'la eklenen 8. fıkrada yer alan "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 malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya, hak kazanamazlar." kuralının kamu kurumları yönünden asıl işveren-alt işveren ilişkisinin İş Kanunu'nda düzenlenen kurucu unsurları kaldırdığı söylenemez. Gerçekten, fıkrada yer alan "diğer kanunlar çerçevesinde" ifadesi 6. fıkradaki unsurların aranmasını gerektirmektedir. Fıkrada belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarınca kanuna uygun kurulmuş ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalıştırılan alt işveren işçisinin asıl işveren olan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarının personeline mali haklar ve sosyal yardımlar sağlayan personel kanunları ve diğer mevzuat hükümlerinden, ayrıca kamu kurum ve kuruluşun tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması (8. fıkra hükmü olmasa bile) mümkün değildir. Aynı şekilde, geçerli olarak kurulmuş ve muvazaaya dayanmayan alt işveren işçisinin kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına ait kadro ve pozisyonlarına atanmaya hak kazanması da kural olarak mümkün değildir. Ancak, bu durum kanuna uygun kurulmuş ve muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde geçerlidir. Kanuna uygun kurulmamış veya muvazaaya dayanan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bakımından 8. fıkrada yer alan kuralların geçerli olduğu söylenebilir. Zira davacı bu durumda baştan itibaren o kamu kurum, kuruluş veya ortaklığın işçisi kabul edilecektir. Bu bakımdan düzenlemenin geçerli olmayan ya da muvazaaya dayanan asıl işveren-alt işveren ilişkileri için söz konusu olduğunu söylemek gerekir. Anılan düzenlemeden önceki uygulama da bu yöndeydi ve kamu kurum, kuruluş ve ortaklıkları da kapsayacak şekilde tüm işverenler için geçerliydi. Buna göre 2. maddeye eklenen söz konusu fıkra daha önceki uygulamalardan farklı yeni bir düzenleme getirmemiştir. Deyim yerinde ise "malumu ilan" olmuştur. Nitekim Yargıtay da sözü edilen düzenlemenin mevcut uygulamayı değiştirmeye

diğini kabul etmiş, düzenlemenin kamu kurumlarını kayırdığı ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır²³.

DİPNOTLAR

- 1 Yarg.9.HD. 16.10.1995, 10874-31656 (Günay, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C.I, Ankara 1998, s.187); Yarg. 9.HD. 6.11.2001, 14228-17344 (Çil, Şahin, İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Eylül 2007, s.265-267); Yarg. HGK. 14.11.2001, 2001/9-711, 2001/820 (Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2008, s. 66-71).
- 2 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2004, s.31; Güzel, Ali, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/1, 31-65, s.50; Ünsal, Engin, 4857 Sayılı Yasa'ya Göre Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, S.6, s.539.
- 3 Taşkent, Savaş, "Alt İşveren", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, S.2, s.364.
- 4 Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, Ağustos 2008, İstanbul, s.47; Şahlanan, Fevzi, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı, Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri (Panel), Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası (İNTES), Ankara 2004, s.48; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, s.146; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, Tuncay, İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s.70.
- 5 Mollamahmutoglu, Hamdi, İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008, s.162.
- 6 Şen, Sebahattin, Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Bırakılması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/3, S.10, s.92.
- 7 Yarg. 9.HD. 3.6.2008, 2007/21093-2008/13855, Aynı yönde 9. HD. 22.7.2008, 22107-21728 (Kişisel Arş.).
- 8 Nitekim Süzek, işletme ve işin gereği kavramının farklı bir biçimde yorumlanmasının yaratabileceği sakıncaların giderilmesi amacıyla "işletme ve işin gereği" ifadesinin İK. m.2/6 hükmünden çıkarılması yönünde bir değişikliğin yapılmasının yerinde olacağını önermiştir (İş Hukuku, 4.Baskı, İstanbul 2008, s.151).
- 9 Yarg. 9.HD. 3.6.2008, 2007/37527-2008/13812, Aynı yönde 9.HD. 11.9.2008, 27118- 23259 Kişisel Arş.).
- 10 Yarg. 9.HD. 15.9.2008, 3695-23517 (Kişisel Arş.).
- 11 Yarg. 9.HD. 5.5.2008, 13627-11315, 10.7.2008, 2007/24630-2008/19829 ve 6.3.2008, 3144-3849 (Kişisel Arş.).
- 12 Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, 5. Baskı, Ankara 1983, s. 227.
- 13 Mollamahmutoglu, s.183.
- 14 Mollamahmutoglu, s.165.
- 15 Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, Ekim 2005, s. 18-19.
- 16 Centel, Tankut, Alt İşverene İlişkin İş Kanunu'ndaki Son Değişiklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, S.10, s.6; Mollamahmutoglu, s.166.
- 17 Aydın, İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, s. 287 vd. Yazara göre, hukuka aykırı alt işveren uygulaması

muvaaza olarak değil, kanuna karşı hile olarak nitelendirilmelidir; Aksi görüş için Bkz. Mollamahmutoglu, s.176-177.

- 18 Yarg.9.HD. 26.11.2007, 38695-35306 sayılı kararı "...davalılar arasındaki sözleşmede yapılacak hizmetin taşıma, temizlik ve yemek servis hizmetleri olarak belirtildiği halde, gerek tutanak içeriklerinden ve gerekse tanık beyanlarından bu çalışanların bir kısmının hasta bakıcılık gibi üniversitenin asli işi olan sağlık hizmetlerinde, güvenlik hizmetinde, hastanenin ameliyathane gibi kimi bölümlerinde çalıştırıldıkları ve özel eğitime tabi tutuldukları, bu şekilde özel eğitim ile nitelik kazandırılarak, asli işte çalıştırıldıkları, verilen işlerin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren ve taşerona devri gereken nitelikte iş olmadığı, aradaki sözleşmenin hizmet alımı değil, işçi teminine yönelik olduğu..."(Kişisel Arş.); Aynı yönde Yarg.9.HD. 9.6.2008, 20367-14587 (Kişisel Arş.).
- 19 Yarg.9.HD. 28.5.2007, 16748-17114 sayılı kararı: "...Belediyeler yönünden 24.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5272 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67.maddesi ve anılan kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67.maddesi belediyelerin asli işleri kapsamındaki temizlik işlerinin dışarıdan satın alma yoluyla yaptırılabilmesini özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, belediyeler açısından genel muvazaa hükümleri dışında asli işlerin özel şahıslara verilmesini sınırlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle davalı belediyece yürütülen temizlik, park ve bahçelerin bakım, onarım ve sulama işlerinin asli iş oldukları ve asli işlerin özel şahıslara gördürülmeyeceği yolunda mahkemece varılan sonuç isabetli değildir." (Kişisel Arş.).
- 20 Süzek, s.143; Mollamahmutoglu, s.166-167; Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.I, Eylül 2008, s.51. Nitekim Yargıtay da birçok kararında işin bir bölümünde bizzat işçi çalıştırmayan iş sahibini asıl işveren olarak kabul etmemiştir (9.HD. 3.5.1993, 6581/7403, Tekstil İŞv., Temmuz-Ağustos 1993, 47-48, Aynı yönde 9.HD. 22.7.2008, 25009-21740, Kişisel Arş.; Yarg. 21.HD. 24.10.2002, 7988/9046, YKD, Mart 2003, 428-429).
- 21 Akyiğit, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Ocak 2006, s.89.
- 22 Yarg. 7.7.2008, 25460-19530; Yarg.9.HD. 26.11.2007, 38695-35306 (Kişisel Arş.).
- 23 Yarg.9.HD. 22.7.2008, 22107-21728 sayılı kararı: "...5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair bazı istisnalar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin unsurları ve muvazaa kriterleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren 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 İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmesiyle kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi mümkün görülmemelidir. 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 Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur..."(Kişisel Arş.); İtiraz yolu ile Yüksek Mahkemeye intikal eden 2007/67 esas sayılı dava henüz sonuçlanmamıştır.

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Süreli Fesih Yoluyla Sona Erdirilmesi

-Yargıtay 9. HD'nin 11.3.2008 tarihli, E.2007/36130,
K.2008/4519 sayılı Kararının İncelenmesi-¹

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/36130
Karar No : 2008/4519
Tarih : 11.03.2008

DAVA

Taraflar arasındaki, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık izin ücretinin ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 11.03.2008 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Av. S.E.Ç.

ile karşı taraf adına Av. A.G.B. geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendi. Duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi B.K. tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işyerinde önel vermek sureti ile istifa ettiğini, ancak davalı işverenin önel içinde eylemli olarak işe almadığını, iş sözleşmesini işverenin feshettiğini, işverenin feshi nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili ise, davacının 04.04.2006

tarihli tek yanlı istifa dilekçesi ile iş sözleşmesini önel vermeden feshettiğini, davacının bu tarih itibari ile banka ile ilişkisinin kesildiğini, daha sonra çalışması olmadığını, davacının fesihden sonra gönderdiği ihtarname ile sehven önel bildirmediğini, 8 hafta daha çalışmaya devam edeceğini belirttiğini, oysa davacının istifa ettikten sonra çalışmadığını, önel de vermediğini, yeniden önel kullanacağını şeklindeki talepte bulunamayacağını, fesih iradesinin bozucu yenilik doğuran bir eylem olup, karşı tarafa ulaşmakla sonuçlarını doğuracağını, istifa iradesinin işverene ulaştığını ve işverenin rızası olmadan değiştirilemeyeceğini, bilahare önel vermesinin sonuca etkili olmadığını, artık davacının bundan dönmeyeceğini, önel verme isteminin kabul edilmediğini, iş sözleşmesinin istifa tarihinde sona erdiğini, davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağını savunmuştur.

Mahkemece, davacının 04.04.2006 tarihli istifa dilekçesi ile önel vermediği kabul edilmekle birlikte, davacının takip eden 05-06.04.2006 tarihlerinde çalışmasına devam ettiği ve önel verdiği, ancak 07.04.2006 tarihinde işyerine alınmadığı, iş sözleşmesinin işveren tarafından eylemli olarak 07.04.2006 tarihinde feshedildiği, davacının işverenin fesih nedeni ile ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmiştir.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, hak sahibine, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırmakla yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır. İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmelidir.

İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş sözleşmesi sona erer. Dosya içeriğine göre, davalı banka işyerinde kurumsal pazarlama yönetmeni olarak çalışan davacı, 04.04.2006 tarihinde "yasal hakları saklı kalmak kaydı ile bu tarih itibari ile istifa ettiğine" dair dilekçe vermiş ve bu dilekçe aynı gün işverence işleme konmuştur. Bu dilekçede davacı işçi önel verdiğinden söz etmediği gibi, bir nedende belirtmemiştir. Davalı işveren banka şubesinin, davacının di-

lekçesini işverenin merkezi bulunan insan kaynaklarına işlem yapılmak üzere göndermesi aşamasında, davalı işyerine takip eden 05.04.2006 ve 06.06.2006 tarihlerinde geldiği kayıt ve tanık anlatımlarına göre çalıştığı, davacı işçinin 06.04.2006 tarihli noter kanalı ile istifa dilekçesinde sehven önel vermeyi unuttuğunu, önel süresi içinde çalışmak istediğini ihtar ettiği, ancak bu ihtarın tebliğ edilmeden, davalı işverenin 07.04.2006 tarihinde işyerine gelen davacı işçiyi, istifasını işleme koyması nedeni ile işe almadığı anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta davacı işçinin neden belirtmeksizin ve önel vermeksizin 04.04.2006 tarihinde istifa ettiği, istifa iradesinin işleme konulduğu sabittir. Davacı işçinin bu istifa iradesinden sonra iki gün işe gelmesi ve sonra hataen önel verdiğini unuttuğunu, önel süresince çalışmak istediğini belirtmesi, fesih irade beyanının tek taraflı olması ve kabule bağlı bulunmaması, önel vermeden istifa iradesinden karşı tarafın kabulü olmadan dönülemeyeceğinden sonuca etkili değildir. Davacı istifa iradesini önel vermeksizin açıklamıştır. Bu tek taraflı irade beyanı işleme konmuştur. Davacının bu irade beyanından sonra iki gün çalışması ve eylemli olarak 07.04.2006 tarihinde işyerine alınmaması işverenin feshi değil, istifanın işleme konulmasını göstermektedir. Başka bir anlatımla önelsiz istifa iradesinden sonra işe devam etmesi ve daha sonra noter kanalı ile önel kullanacağını belirtmesi ihbar tazminatını ödemekten kurtulmayı amaçladığından, işverenin daha sonra işe almaması işçinin fesih iradesini ortadan kaldırmayacaktır. Davacı işçi, haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımaksızın iş sözleşmesini feshettiğinden kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi gerekir. Yazılı şekilde bu isteklerin kabulü hatalı bulunmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, davalı yararına takdir edilen 550.- YTL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, 11.03.2008 gününde oybirliği ile karar verildi.

1. OLAY, İŞ MAHKEMESİ KARARI, YARGITAY 9. HD. KARARI

1. Dava, işçi tarafından açılmıştır. Davacı işçi, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık ücretli izin ücreti talep etmiştir.

2. Davacı, önel vererek iş sözleşmesini sona erdirdiğini, ancak işverenin önelin 3. günü kendisini işe almadığını, bunun üzerine, noter kanalıyla işverene ihtarname göndererek 8 hafta daha çalışmak istediğini bildirmiştir.

3. İşveren ise işçinin tek yanlı istifa (!) dilekçesi ile iş sözleşmesini önel vermeden feshettiğini, fesih tarihi itibarı ile işyeri ile ilişkisinin kesildiğini, bozucu yenilik doğuran fesih iradesinden karşı tarafa ulaştıktan sonra dönülemeyeceğini, dönülebilmesi için işverenin kabulü gerektiğini ileri sürmüştür.

4. İş Mahkemesi, davacının istifa dilekçesinde (!) önel vermediğini kabul etmekle birlikte, çalışmasını sürdürdüğünü, bir süre sonra da önel verdiğini, daha sonra işverenin işçiyi işe almayarak sözleşmeyi kendisinin sona erdirdiğini kabul etmiş ve işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığına karar vermiştir.

5. Yargıtay 9. HD. bozma kararında aşağıdaki gerekçelerle iş mahkemesinin kararını bozmuştur:

- İş sözleşmesini fesih hakkı, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesi ile ortadan kaldırma yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır. İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim öneli tanımadan iş sözleşmesini feshi istifa (!) olarak değerlendirilmelidir.

- İstifa (fesih) iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla iş sözleşmesi sona erer. Davacı işçi de 4.4.2006 tarihinde "yasal hakları saklı kalmak kaydı ile bu tarih itibarı ile istifa ettiğine" dair dilekçe vermiş ve bu dilekçe aynı gün işverence işleme konmuştur. Bu dilekçede işçi, önel verdiğiinden ve belli bir fesih gerekçesinden de söz etmemiştir. Ancak 5.4.2006 ve 6.6.2006 tarihinde de noterden gönderdiği ihtarname ile istifa dilekçesinde yer vermediği önel süresini bu ihtarname ile hatırlatmıştır.

- İşveren ihtarname kendisine tebliğ edilmeden, 7.4.2006 tarihinde işyerine gelen işçiyi istifasını (!) işleme koyduğu gerekçesi ile işe almamıştır.

- Olayda davacı işçinin neden belirtilmeden ve önel vermeden 4.4.2006 tarihinde istifa ettiği ve istifasının işleme konduğu sabittir. Davacının istifadan sonra iki gün işe gelmesi, önel vermeyi unuttuğunu ileri sürerek ihtarname ile önel vermesi, fesih irade beyanının tek taraflı olması ve kabule bağlı bulunmaması nedeni ile karşı tarafın kabulü olmadan bu beyandan dönülemez. Davacı, istifa iradesini önel vermeden açıklamıştır ve bu beyan işleme konmuştur. Davacının işyerine alınmaması, işverenin feshi olarak değil, istifanın işleme konması olarak yorumlanmalıdır. Bu nedenle davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatı talebini kabul eden iş mahkemesinin kararı bozulmalıdır.

II. SÜRELİ FESİH BİLDİRİMİ KONUSUNDAKİ YASAL DÜZENLEME VE İŞ HUKUKU DOKTRİNİNİN YORUMU

1. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

Her sözleşme gibi iş sözleşmesi de tarafların özgür iradeleri ile oluşturulur ve belli nedenler ortaya çıkana kadar yürürlükte kalır. İş sözleşmesini sona erdiren bu nedenler başlıca iki grupta toplanabilir: İş sözleşmesinin fesih dışında (kendiliğinden) sona ermesi ve iş sözleşmesinin taraflardan birinin iradesi ile sona ermesi.

a) İş sözleşmesinin fesih dışında sona ermesi

Tarafların iş sözleşmesini bozma yolundaki beyanlarını gerektirmeyen bu sona erme halleri tarafların anlaşması (ikale), iş sözleşmesindeki belli sürenin sona ermesi ve ölümdür.² İnceleme konumuzla doğrudan ilgili olmadığından bu konulara sadece işaretle yetiniyorum.

b) İş sözleşmesinin fesih bildirimini ile sona erdirilmesi

Burada da üç çeşit fesihle karşılaşırız: Süreli fesih bildirimini,³ geçerli nedene dayalı fesih,⁴ haklı nedene dayalı fesih.⁵

2. İş Sözleşmesinin Süreli Fesih Bildirimi ile Sona Erdirilmesi

İş sözleşmesini süreli fesih bildirimini ile sona er-

dirme hakkı sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerlidir. Sözleşmenin taraflarına iş sözleşmesini tek taraflı irade beyanı ile bildirim süresinin sonunda sona erdirme yetkisi verir.⁶ Bu hükmün kabul nedeni tarafların kişilik haklarının korunması ilkesine dayanır. Tarafların, süresi belirsiz bir sözleşmeyle sonsuza dek bağlanmayı kabul etmeleri kişi özgürlüğü ile bağdaşmaz. Ancak bu arada diğer tarafın bu fesihden zarar görmemesi de sağlanmalıdır. Bu amaçla İş K.'nın 17. maddesi bu hakkın belli usuller içinde kullanılmasını öngörmüştür.⁷

a) Süreli fesih hakkının kullanılması

Bu hakkın kullanılması ilgili tarafın, bu konudaki iradesini diğer tarafa iletmesi ile gerçekleşir. 17. maddenin 1. fıkrası "...belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir" derken bunu kastetmektedir.⁸

Fesih bildirim bozucu yenilik doğuran bir hak olduğundan açık ve belirgin olmalı, şarta bağlanmamalıdır. Yazılı olarak yapılmalıdır (İş K. m. 109).

Taraflardan birinin davranışı da, sözleşmeyi sona erdirme iradesini açıkça ortaya koyuyorsa, yazılı bildirim olmamasına rağmen fesih iradesinin varlığı kabul edilebilir. İşçi işyerini terk edip gitmişse veya işveren işçiyi işe kabul etmiyorsa fesih iradesi var sayılmalıdır.⁹

Fesih bildirim karşı tarafa ulaştığı andan itibaren sonuç doğurur. Muhatabın bunu daha geç öğrenmesi sonucu değiştirmez ve ulaştıktan sonra fesih beyanından dönülemez.¹⁰

b) Fesih bildirim süreleri

İş K. m.17/I bildirim sürelerini işinin çalışma süresine bağlamıştır. Bildirim süresi:

- 6 aydan az çalışan işçi için 2 hafta,
- 6 aydan 1,5 yıla kadar çalışmış işçi için 4 hafta,
- 1,5 yıldan 3 yıla kadar çalışmış işçi için 6 hafta,
- 3 yıldan fazla çalışmış olan işçi için 8 hafta olarak belirlenmiştir.

Bu süreler fesih bildiriminden diğer tarafa ulaştığı andan başlar.

İş K. m. 17/I açıkça sürenin fesih bildiriminden diğer tarafa yapılmasından sonra başlayacağını ayrı ayrı vurgulamıştır (2, 4, 6, 8 hafta için).¹¹

Bildirim süresi içinde iş sözleşmesi herhangi bir

nedenle askıya alınırsa, bildirim süresi askı durumu ortadan kalkana kadar işlemez.¹²

c) Bildirim süresi içinde tarafların durumu

Fesih bildiriminden ilk etkisi, fesih ister işveren, isterse işçi tarafından yapılmış olsun bildirim süresinin başlamasında kendini gösterir. Bildirim süresinin sonunda da iş sözleşmesi sona erer.

Fesih bildirim süresi içinde tarafların durumunda herhangi bir değişiklik olmaz. Fesih bildiriminden ulaştığı an ile, bildirim sürelerinin sonuna kadar işçi ile işveren arasındaki sözleşme bütün hak ve borçları ile devam eder.¹³ Bu nedenle bildirim süresi içinde taraflardan biri borcunu yerine getirmezse veya bir haklı fesih nedeni ortaya çıkarsa, diğer taraf iş sözleşmesini bu kez haklı nedenle feshedebilir.

Fesih bildirim süresi içinde, işçi veya işveren, sürenin sonunu beklemeden ve haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesini feshederse usulsüz ya da haksız feshin sonuçlarına katlanmak zorunda kalır.¹⁴

d) Bildirim süresinin sonu

Süreli fesih hakkının kullanılması bildirim süresini başlatır, sürenin sonunda da iş sözleşmesi sona erer.¹⁵

e) Bildirim sürelerine uyulmaması

İşçi, İş Kanunu'ndaki bildirim koşuluna uymadan işi terk ederse veya işveren bildirim koşuluna uymadan iş sözleşmesini feshederse, Kanundaki bildirim süreleri kadar tazminat ödemek zorunda kalırlar (İş K. m. 17/IV).¹⁶ Buna ihbar tazminatı denmektedir. Koşulları varsa işçi ayrıca kıdem tazminatı da isteyebilir.¹⁷ Taraflar ayrıca maddi ve manevi tazminat da isteyebilir. İhbar tazminatı "bildirim süresine ilişkin ücret tutarında" belirlenmiştir. Burada ilgililerin somut zararları dikkate alınmaz, zarar daha az da olsa veya hiç olmasa da ihbar tazminatına hükmedilir.¹⁸

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Süreli Fesih ve Bildirim Öneli

Yukarıda değindiğimiz gibi süreli fesih ilk aşamada bildirim önelini başlatır ve önel sonunda da iş sözleşmesini sona erdirir. Bu nedenle, fesih bildiriminde, ayrıca önelden bahsetmeye ve önel ver-

Önel süresince iş sözleşmesi hükümlerini doğurmaya devam eder. Bu nedenle önel bitmeden iş sözleşmesi sona ermez.

meye de gerek yoktur. Önel, süreli fesih bildiriminde mündemiçtir. Yani süreli fesih bildirim, bildirim önelini de içerir. Ayrıca bildirilmesine gerek yoktur. İş K. 17. maddesinde “belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa BİLDİRİLMESİNDEN” söz etmektedir. Buradaki bildirim fesih beyanıdır. Bildirim öneli değildir. Nitekim 17. maddede açıkça iş sözleşmelerinin “fesih beyanı” ile başlayacak bildirim önelinin sonunda sona ereceğinden söz etmektedir: “İş sözleşmeleri...bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak 2, 4, 6, 8 hafta sonra feshedilmiş” sayılacaktır.

Karara konu olayda da işçinin fesih bildirim ile önel başlamıştır, önel sonunda da iş sözleşmesi sona erecektir. İşçinin ayrıca öneli hatırlatmasına, fesih beyanında önel yer vermesine gerek yoktur.

2. Önel İçinde Tarafların Durumu

Önel süresince iş sözleşmesi hükümlerini doğurmaya devam eder. Bu nedenle önel bitmeden iş sözleşmesi sona ermez. Bu nedenle 9. HD.’nin “istifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş sözleşmesi sona erer... davacı işçi önel verdiği için söz etmediği gibi bir neden de belirtmemiştir...fesih irade beyanının tek taraflı olması ve kabule bağlı bulunmaması, önel vermeden istifa iradesinden karşı tarafın kabulü olmadan dönülemeyeceğinden sonuca etkili değildir.” gibi gerekçelerinin hiçbir yasal dayanağı yoktur. Yargıtay süreli fesihle istifa arasında yasaya aykırı suni bir ayırım oluşturmuş ve kararını bu farka dayandırmıştır.

3. İstifa ve Süreli Fesih

İş Kanunu’nun sisteminde süreli fesih dışında “işçinin istifası” gibi bir kavram yoktur. Yargıtay süreli fesih dışında, fesih bildiriminde süreden söz etmeyen işçinin iş sözleşmesini “istifa” olarak nitelemekte ve buna farklı sonuçlar bağlamakta, sözleşmeyi derhal sona erdirmektedir.

İstifa, idare hukukunda kullanılan teknik bir terimdir ve kamu görevlisinin özellikle memurun,

görevinden ayrılma iradesini belirtir. 657 sayılı Kanun’un 94. maddesinde bunu çekilme olarak nitelemekte ve çekilmeyi memurun kurumunun kabulüne bağlamaktadır. Oysa süreli fesih yoluyla işten ayrılan işçi açısından işverenin kabulü söz konusu değildir, ancak sözleşme bildirim süresinin sonunda sona erer. İş K.’nın 17. maddesi fesih bildirim ile iş sözleşmesinin derhal feshini işveren açısından, bildirim süresine ilişkin ücretin peşin verilmesi halinde kabul etmiş, işçi açısından kabul etmemiştir.¹⁹

İş sözleşmesini derhal sona erdiren fesih halleri, işçi açısından İş Kanunu’nun 24. maddesinde, işveren açısından da İş Kanunu’nun 25. maddesinde “Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı” olarak düzenlenmiştir.

4. İşe Almamanın Sonucu

İş sözleşmesinin ancak önel sonunda sona erecek olması, önel süresince tarafların hak ve borçlarının aynen devam etmesi, önel sırasında çalışmak isteyen işçinin çalışmasını kabul etmeyen işverenin davranışını, bir haksız fesih olarak kabulünü gerekli kılmaktadır. Bu nedenle Yargıtay’ın “davacı işçinin bu istifa iradesinden sonra iki gün işe gelmesi ve sonra hataen önel verdiğini unuttuğunu, önel süresince çalışmak istediğini belirtmesi fesih irade beyanının tek taraflı olması ve kabule bağlı bulunmaması, önel vermeden istifa iradesinden karşı tarafın kabulü olmadan dönülemeyeceğinden sonuca etkili değildir. Davacı istifa iradesini önel vermeksizin açıklamıştır. Bu tek taraflı irade beyanı işleme konmuştur. Davacının bu irade beyanından sonra iki gün çalışması ve eylemli olarak 7.4.2006 tarihinde işyerine alınmaması işverenin feshi değil, istifanın işleme konulmasını göstermektedir.” gerekçeleri, hem 17. maddenin sözüne, hem de süreli feshin amacına ters düşmektedir. Yargıtay’ın, istifanın tek taraflı olduğu, kabule bağlı olmadığı, karşı taraf kabul etmeden bundan dönülemeyeceği ve tek taraflı irade beyanının işleme konmuş olduğu gibi gerekçelerinin kabulü mümkün değildir. Süreli fesih ancak önel süresinin sonunda hüküm doğurmaktadır. Fesih beyanı (Yargıtay’a göre istifa) sadece fesih bildirim süresini başlatmaktadır. Bu gerçek Yargıtay’ın tüm varsayımlarını ve gerekçelerini yok etmektedir.

IV. SONUÇ

İş Kanunu'nun 17. maddesindeki süreli fesih, belirsiz süreli sürekli iş sözleşmelerinin işçi veya işveren tarafından, belli önellere uyularak sona erdirilmesini düzenlemektedir. İster işçi, ister işveren bu maddeye göre iş sözleşmesini feshederse önelere uymak zorundadır. Bunun için fesih bildiriminde bulunmak yeterlidir. Ayrıca önel verdiğini de bildirmeye gerek yoktur. Sadece işverene, önel yerine, önele ilişkin ücreti peşin vererek iş sözleşmesini fesih olanağı tanınmıştır. İşçi ise öneli kullanmak zorundadır. Öneli kullanmadan işyerini bırakıp giderse, işverene önel süresi kadar ihbar tazminatı ödemesi gerekir.

İnceleme konumuz olayda iş sözleşmesi işçi tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmiş, işçi fesih beyanında bildirim önelinden söz etmemiştir. Ancak fesihten sonra iki gün daha işyerine gelip çalışmış, üçüncü günü ise noterden ihtarname göndererek önele uyacağını bildirmiştir. İşveren ise işçinin iş sözleşmesinin bildirim anında sona erdiğini, öneli kullanma hakkının bulunmadığını ileri sürmüştür, Yargıtay da bu savunmayı geçerli bularak iş mahkemesinin davacı işçinin ihbar ve kıdem tazminatını kabul eden kararını bozmuştur.

Yargıtay'ın, işçinin feshini istifa olarak kabul edip, istifa beyanında önelden bahsedilmediği gerekçesiyle, sözleşmeyi bildirim anında sona erdirmesi, süreli feshi düzenleyen İş K. m. 17'ye açıkça aykırı olduğu gibi, süreli feshin amacına da ters düşmektedir.

Mahkeme de istifa dilekçesi ile önel verilmediğini kabul etmekle birlikte çalışmaya devam etmesi karşısında, işe devam engel olan işverenin davranışını fesih olarak kabul edip, ihbar ve kıdem tazminatının kabulüne karar vermiştir. İş mahkemesinin kararı önel verme zorunluluğu dışında isabetlidir. Yargıtay'a göre olayı daha sağlıklı ve yasa-ya uygun değerlendirmiştir.

DİPNOTLAR

- 1 TÜBA/İİÇB, 1721, 27 Ekim 2008, s. 5-6.
- 2 Bkz. Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, s. 181 vd.; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s.448 vd.
- 3 Bkz. Çelik, 189 vd; Süzek, 456 vd.
- 4 Çelik, 208 vd; Süzek, 486 vd.
- 5 Çelik, 247 vd; Süzek, 632 vd.

- 6 Çelik, 189; Süzek, 456.
- 7 Süzek, 458.
- 8 Süzek, 458.
- 9 Süzek, 459 ve dn. 33'de anılan yazarlar.
- 10 Çelik, 194; Süzek, 461.
- 11 Süzek, 461; Çelik, 190.
- 12 Süzek, 461.
- 13 Süzek, 463; Taşkent, Savaş, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004 Yılı Semineri, Ankara 2006, 59; Şahlanan, Fevzi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003 Yılı Semineri, 91; Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut, İş Hukuku, İstanbul 2006, 169; Demir, Fevzi, Sorularla Bireysel İş Hukuku, Ankara 2006,409.
- 14 Süzek, 463.
- 15 Süzek, 465; Taşkent, 57.
- 16 Çelik, 198; Süzek, 469; Taşkent, 58.
- 17 Süzek, 469.
- 18 Süzek, 471.
- 19 Bkz. Çelik, 195 vd.; Süzek, 466 vd.

Doç. Dr. Kadriye BAKIRCI

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

Anayasa Mahkemesi'nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI'

Esas Sayısı : 2006/156
Karar Sayısı : 2008/125
Karar Günü : 19.6.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:

İzmir 6. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU:

25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 29.7.1983 günlü, 2869 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile değiştirilen birinci fıkrasının "...kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi ..." bölümünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

1 – OLAY

Evlenme nedeniyle iş akdini feshederek işten ayrılan kadın işçinin kıdem tazminatı istemiyle

açtığı davada, kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II - İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı ... tarafından davalı ... aleyhine açılmış olan evlilik nedeniyle işten ayrılmadan doğan kıdem tazminatı alacağına yönelik davanın 02/10/2006 tarihli ara kararı gereğince,

İş Hukukumuzda kıdem tazminatı 1475 sayılı Yasanın 14. Maddesinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Yasasının yürürlüğe girmesine rağmen, bu yasada kıdem tazminatı yeniden düzenlenmeyecek 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin uygulanması korunmuş ve bu suretle kıdem tazminatına ilişkin 14. madde, 1475 sayılı Yasanın yürürlüğünü sürdüren tek maddesi olarak kalmıştır.

25.08.1971 tarihinde kabul edilip 01.09.1971 tarih 13943 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanmakla yürürlüğe giren 1475 sayılı Yasanın ilgili 14. maddesinin ilgili 1. fıkrasında "Bu kanuna tabi işçile-

rin hizmet akitlerinin: 1- İşveren tarafından bu kanunun 17/II numaralı bendinde gösterilen sebepler (işverenin iş akitinin feshi için dayanabileceği haklı sebepler) dışında, 2- İşçi tarafından bu kanunun 16. maddesi uyarınca (işçi tarafından haklı sebebe dayanılarak), 3-Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısı ile, 4-Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malüllük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla; 5- 506 sayılı Yasanın 60. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı kanunun Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmalari nedeni ile, feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi veya işçinin ölümü sebebi ile son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akitinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücret tutarındaki kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır" denilmektedir,

1475 sayılı Yasanın ilgili 14. maddesi ile iş akdi her ne suretle sona ererse ersin, tüm işçilere kıdem tazminatı ödenmesi öngörülmemekte olup, özetle, işveren tarafından haklı bir sebebe dayanmadan iş akdi feshedilen işçiye veya haklı bir sebebe dayanarak iş akdini kendisi fesheden işçiye, yasal olarak hak kazandığı emeklilik hakkını kullanması sebebi ile (506 SY'nın 62/1. maddesi yaşlılık aylığının bağlanabilmesi için sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunma şartını aramaktadır) iş akdini sonlandırmak zorunda kalan işçiye ve nihayet kendi ihtiyarında olmadan, iradesi dışında, (sağlık sorunu, işverene karşı işlemediği bir suç nedeni ile hüküm giymesi veya tutuklanması sebebi ile çalışamayacak olması veya kocasının izin vermemesi sebebi ile kanunun kabul tarihinde yürürlükte bulunan Türk Medeni Yasasının 159. maddesi gereğince çalışamayacak olması) oluşan mücbir bir sebebin varlığı halinde iş akdini feshetmek zo-

runda kalan işçiye kıdem tazminatı ödenmesi hükmü altına alınmıştır.

01.09.1971 yürürlük tarihli 1475 sayılı Yasanın ilgili 14. maddesi bir kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi halinde, kadın işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı hükme bağlanmış ise de; 1475 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarih itibarı ile yürürlükte bulunan 17.02.1926 kabul, 04.10.1926 yürürlük tarihli 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin 'Evlenmenin Genel Hükümleri' başlığı altında düzenlenen, Karının Meslek veya Sanatı başlıklı 159. Maddesinde, "Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun, karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir. Kocanın izinden imtinaı halinde karı, kendisinin bir iş veya bir sanatla iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse, bu izin hakim tarafından verilebilir. Koca, karısını bir iş veya sanat ile iştigalden menettiği takdirde keyfiyet noter marifeti ile ilan edilmedikçe hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez." hükmü yer aldığından, karının (evli kadının) çalışması, yasal olarak kocasının iznine bağlı bulunduğundan, kocasının izin vermemesi halinde, kendi iradesi dışında bir sebeple yani mücbir bir sebeple çalışmayacak olan kadına 1475 SY'nın 14. maddesindeki genel amaca uygun olarak kıdem tazminatı ödenmesinin hükme bağlandığı; ancak 743 sayılı Türk Medeni Kanununun 159. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 29.11.1990 tarih 1990/30 E 1990/31 K sayılı ilamı ile iptal edildiği gibi, 08.12.2001 tarih 162 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan 22.11.2001 kabul 01.01.2002 yürürlük tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 'Evlenmenin Genel Hükümleri' başlığı altında düzenlenen, Eşlerin Meslek ve İş başlıklı 191. maddesinde: "Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerlerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur." Hükmüne yer verilmekle kadının çalışması, kocanın iznine bağlı olmaktan çıkartılmıştır.

Bununla birlikte 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 'Evlenmenin Genel Hükümleri' başlığı altında düzenlenen, kocanın hak ve görevlerini düzenleyen 152. maddesinde 'kocanın (evlilik) birliğin revidir. Evin intihabı (seçimi) karı ve çocukların münasip veçhile iâşesi ona aittir.'; karının hak ve görevlerini düzenleyen 152. maddesinde "... Kadın müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin (yardımcısı) ve müşaviridir (danışmanıdır). Eve kadın bakar." hükümleri yer almakla eşler arasında erkeğe evi geçimini sağlama görevi yüklenmiş iken; kadına da evin bakımı ve ev hizmetleri görevi yüklenmekle, kadının asli görevinin ev işleri olarak kabul edilmesi ve eşinden bu hususta yardım beklemesi dahi yasal bir hak olarak verilmiş, kadının evlenmesi sebebi ile yasa ile yalnızca kendisine yüklenen evin bakım işlerini yapabilmesi için iş hayatından çekilmesinin kabul edilebilir bir zorunlu neden görülebileceği gibi, ikametgahın seçim hakkının kocaya verilmesi sebebi ile, kocasının seçtiği yerde oturmak zorunda kalan kadının, ihtiyarında olmadan oturmak zorunda kaldığı yeni ikametgahı sebebi ile işine devam edemeyecek olmasının da zorunlu bir neden olarak ortaya çıkabileceği düşünülebilecek iken; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 'Evlenmenin Genel Hükümleri' başlığı altında düzenlenen hükümler ile ikametgahın belirlenmesi hak ve yetkisinin, ailenin geçiminin sağlanması veya evin bakım ve işlerinin eşlerden herhangi birine yüklenmediği gibi; evlilik birliğini ilgilendiren ikamet yerinin seçimi gibi konularda ortak karar alma esasının getirildiği ve ortak karar alınmasının mümkün olmadığı hallerde ise aile konutu hakkında 194. madde ile diğer hususlarda ise 195. madde ile hakim müdahalesine başvurulması, bu durumda da esas olarak eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımı ile belirleme yapılması esasının getirildiği; buna göre evlilik birliği içerisinde kadının ve erkeğin hak ve yükümlülüklerinin eşit hale getirilmekle, kadının eşinin kararları ile bağımlı olmaktan çıkarıldığı; her iki eşin de evlilik birliğinin yürütülmesinde ortak hak ve sorumluluklara sahip hale getirildiği, bu sebeple de kadının asli görevinin evin bakım ve

hizmetleri olduğu, kocasının seçtiği ikametgahı kabul etmek zorunda olduğu bu sebeple de evlenme sebebi ile iş akdinin feshi için zorunlu ve kaçınılmaz bir sebebin doğduğunun ileri sürülemeyeceği açıktır.

Buna göre 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin yürürlüğe girdiği tarih itibari ile kadının evlenmesi halinde iş akdinin feshi sebebinin doğurabilecek bir zorunlu sebebin doğabilmesi mümkün iken, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra böyle bir mücbir sebebin kadın açısından doğabileceğinden bahsedilemez.

Öte yandan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile aile ikametgahının seçilmesi hakkı eşlerden birine (erkeğe) bırakılması yönündeki eşitliğe aykırı hüküm ortadan kaldırılarak bu yönde taraflara eşit hak tanınıp, anlaşamamaları halinde hakime başvuruda bulunma hakkı tanınarak Anayasanın eşitlik ilkesine uygun bir hüküm getirmekle birlikte; 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin "kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi" halinde, kadın işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı hükmü varlığını sürdürmekle, pratikte, ayrı yerlerde çalışmaları sebebi ile eşlerden birinin iş akdini feshetmek zorunda kalması halinde, (evlenen erkeğe, iş akdini, evlilik veya aile birliğinin korunması amacı ile feshetmesi halinde kıdem tazminatı hakkı tanınmadığından) evlenen kadına, iş akdini feshetme ve işinden ve ikamet ettiği yerden ayrılmayı kabul etme zorunluluğu doğuracağı ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile getirilen eşitlik ilkelerinin zedeleneceği de açıktır. Öyle ki taraflar anlaşamayarak uyuşmazlığın çözümünde hakime başvurma yolunu seçseler dahi; hakim vereceği kararda, evlilik birliği ve tarafların çıkarlarının gözetildiğinde eşlerden kıdem tazminatı almaksızın iş akdini feshederek ikametgahını değiştirecek olan erkek eşin değil, kıdem tazminatını alarak iş akdini feshederek diğer eşin ikametgahına gidebilecek olan kadının, erkeğin (işyerine bağlı) ikamet yeri seçimine uyumasını daha uygun bulabileceğinden, bu madde tarafların, mahkeme huzurundaki, medeni kanundan doğan hukuksal haklarının kullanmalarında eşitliklerini bozacak şekilde etki edecektir.

Her ne kadar, toplumsal yapımızdan ve kız ve erkek çocuklarının yetiştirilmesindeki eski ve yanlış geleneklere bağlı aile içi ve dışı eğitim sistemindeki çarpıklıklardan ve buna bağlı olarak Türk ailesinin henüz mevcudiyetini koruyan geleneksel yapısından ötürü; evlilik içerisinde, erkek eşin kadın eşine karşı baskın olması ve uygulamada, yasalar ile getirilmeye çalışılan eşitliğin sağlanamamış olması sebebi ile erkeğin kadın üzerindeki baskısının devam ettiği bir gerçek ise de; yasa koyucunun ve uygulanan yasaların temel alması gereken esasların, mevcut yanlış uygulamalar olmayıp, olması gereken, doğru, hakkaniyete ve hukukun temel ilkelerine uygun düzenlemeler olması; yani toplumdaki yanlış uygulamaların yasalara yön vermesinin değil, yasalar ile getirilen hukuka uygun kuralların topluma yön vermesi gerektiği; aksi halde toplumdaki yanlışlık ve eksikliklerin giderilmesinin mümkün olmadığı da bir gerçektir.

Yine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile evli kadın ve evli erkeğin çalışması eşit koşullara kavuşturulduğu halde; kadın işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazandığı halde, erkek işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanamamasının, erkek işçi ile kadın işçi arasında eşitsizlik yaratmakta olup, bu durum hem 4857 sayılı Yasanın Eşit Davranma ilkesini düzenleyen 5. maddesi ile çelişki yarattığı gibi; hem de Anayasamızın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine, aykırıdır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesi ile oluşan bu yeni durum karşısında, olaya işveren açısından bakıldığında ise, kadın işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi, artık kadının, yasalar kapsamında çalışması eşinin iznine bağlı olmadığından, tamamen kendi özgür iradesi ile yapmış olduğu bir seçim olup, işverenin çalışmak yerine ev kadını olmayı tercih eden işçisine, işverenden kaynaklanan bir hata olmadığı ve kadın işçinin hiçbir haklı veya yasal mücbir sebebe dayanmadan iş akdini feshetmesine rağmen, işvereni kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü altına sokulması anlamına

gelecektir ki bu durum maddenin düzenleniş amacına aykırı olacağı gibi işveren aleyhine de eşitsizlik yaratacağı gibi bu halde haklı ve mücbir bir gerekçeye dayanmadan iş akdini fesheden diğer işçiler ile evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdiren kadın işçi arasında eşitsizliğe sebep olacaktır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 08.12.2001 tarih 162 Sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan 22.11.2001 kabul 01.01.2002 yürürlük tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesi ile evlenen kadın işçinin çalışması, kocasının iznine tabi olmaktan çıkartılmakla, 25.08.1971 tarihinde kabul edilip 01.09.1971 tarih 13943 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanmakla yürürlüğe giren 1475 sayılı Yasanın ilgili 14. maddesinin ilgili 1. fıkrasının 'kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi' halinde kıdem tazminatı ödeneceğine ilişkin hüküm; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile evli kadın ve evli erkeğin çalışması eşit koşullara kavuşturulduğu halde; kadın işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazandığı halde, erkek işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanamamasının, erkek işçi ile kadın işçi arasında eşitsizlik yarattığı gibi, evlendikten sonraki 1 yıllık dönemde eşlerden birinin aile birliğinin sağlanması amacı ile iş akdini feshetmek zorunluluğu doğacağı durumlarda, kadının kıdem tazminatına hak kazanacak olması sebebi ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanun ile getirilen eşitlik uygulamasını zedeleyecek şekilde iş akdini feshetmeyi kabullenmek zorunda bırakacağı ve işverenin çalışmak yerine ev kadını olmayı tercih eden işçisine, işverenden kaynaklanan bir hata olmadığı ve kadın işçinin hiçbir haklı veya yasal mücbir sebebe dayanmadan iş akdini feshetmesine rağmen, işvereni kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü altına sokulması sonucunu doğuracak olup, bu halde haklı ve mücbir bir gerekçeye dayanmadan iş akdini fesheden diğer işçiler ile evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdiren kadın işçi arasında eşitsizliğe sebep olacağından, 1475 sayılı Yasanın ilgili 14. maddesinin

ilgili 1. fıkrasının 'kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi' halinde, kıdem tazminatı ödeneceğine ilişkin hüküm Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırı olması sebebi ile iptaline karar verilmesi takdirlerinize sunulur."

III - YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun itiraz konusu kuralı içeren 14. maddesi şöyledir:

"KIDEM TAZMİNATI

MADDE 14 - Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:

1. İşveren tarafından bu Kanun'un 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,

2. İşçi tarafından bu Kanun'un 16 ncı maddesi uyarınca,

3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

4. Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malûllük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

5. 506 sayılı Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanununun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle,

Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.

İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geç-

mesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdem, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12.7.1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesi ile sınırlıdır. 12.7.1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.

İşçinin birinci bendin 4 üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. İşçinin ölümü halinde bu şart aranmaz.

T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malûllük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir.

Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz.

Ancak, bu tazminatın T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanununun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz.

Bu maddede geçen kamu kuruluşları deyimi, genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kurumları kapsar.

Aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez.

Kıdem tazminatının hesaplanması, son ücret üzerinden yapılır. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur.

Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücret, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.

13 üncü maddesinde sözü geçen tazminat ile bu maddede yer alan kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26 ıncı maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakim gecikme süresi için, ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. İşçinin mevzuattan doğan diğer hakları saklıdır.

Bu maddede belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebilir.

Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez.

İşçinin ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı, kanuni mirasçılara ödenir.

Kıdem tazminatından doğan sorumluluğu işveren şahıslara veya sigorta şirketlerine sigorta ettiremez.

İşveren sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak kaydıyla Devlet veya kanunla kurulu kurumlarda veya % 50 hisseden fazlası devlete ait bir bankada veya bir kurumda işveren tara-

findan kıdem tazminatı ile ilgili bir fon tesis edilir. Fon tesisi ile ilgili hususlar kanunla düzenlenir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, 41. ve 50. maddeleri de ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşım KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 12.12.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile evli kadın ve evli erkeğin çalışması eşit koşullara kavuşturulduğu halde, kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde hizmet akdini sona erdirmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazandığı, erkek işçinin ise evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde hizmet akdini sona erdirmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanmadığı, bunun ise erkek ve kadın işçiler arasında eşitsizlik yarattığı, ayrıca böyle bir fesih hakkının işverenden kaynaklanmamakla beraber işverene kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü getiriyor olmasının haklı ve mücbir sebebe dayanmadığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer

tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenilen kuralla ilgili nedeniyle Anayasa'nın 41. ve 50. maddeleri yönünden de inceleme yapılmıştır.

İtiraz konusu kuralda, kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteği ile hizmet akdini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilerek hukukun temel ilkelerinden eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabilirdiğinden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin toplumun temeli olduğu ve Devletin ailenin huzur ve refahı için gerekli tedbirleri alacağı vurgulanırken, 50. maddesinde de "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar..." kuralıyla kadınların çalışma koşulları bakımından küçüklerle birlikte özel olarak korunacağı belirtilmiştir.

Kadın işçileri koruyan düzenlemelere uluslararası sözleşme ve kararlarda da yer verilmiştir. Ül-

kemizin de onayladığı 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, 1935 tarih ve 45 sayılı Maden Ocaklarında ve Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme, 1951 tarih ve 100 sayılı Eşit Değerde İş için Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Çalışma Sözleşmesi, 1958 tarih ve 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi ve Tavsiye Kararı, 1952 tarih ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme ile 1964 tarih ve 122 sayılı İstihdam Politikası Hakkında Sözleşme ve Tavsiye Kararı, kadınları koruyan uluslararası sözleşme ve tavsiye kararlarından.

"Aile hukuku" öğretisinde de zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması gerektiği gibi hususlarda yaygın görüşler bulunmaktadır.

Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 41. ve 50. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin, 29.7.1983 günlü, 2869 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının "... kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi ..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 19.6.2008 gününde karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üyeler:

Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin ilk fıkrasında, bu Kanun'a tabi kadın işçiye, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile iş akdini sona erdirmesi halinde işverence kıdem tazminatı ödenmesi öngörülmüş, Yasa'nın bu kurala ilişkin gerekçesinde, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 159. maddesindeki kadının meslek veya sanatla uğraşmasını Yasadaki koşullarla kocanın iznine bağlayan kural nedeniyle kocanın izin vermemesi durumunda kadın işçinin işinden ayrılmak zorunda kalmasının, 1475 Sayılı Yasa'ya yansıtılmasından ibaret olduğu belirtilmiştir. Ancak, 743 sayılı Yasa'nın 159. maddesindeki söz konusu kural, Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1990 günlü ve E: 1990/30, K: 1990/31 sayılı kararı ile eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. 22.11.2001 günlü 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ise bu tür kurallara yer verilmediği gibi, "Evliliğin Genel Hükümleri" başlıklı üçüncü bölümdeki 185 ve devamı maddelerde evlilik birliği, haklar ve yükümlülükler bakımından eşler arasında eşitlik temeline dayandırılmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" denilerek hukuksal eşitlik tanımlandıktan sonra 7.5.2004 günlü 5170 sayılı Yasa ile eklenen ikinci fıkrada, kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu; Devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu vurgulanmıştır. Böylece kadınların da erkeklerin sahip oldukları hakları elde edebilmeleri için Devletin alacağı önlemlerle kadınlar lehine pozitif ayırmacılık yapılmasına olur verilmiştir. Bu kural kuşkusuz, siyasi, sosyal ve ekonomik hakların uygulamaya geçirilmesi bakımından erkeğe göre daha geride bulunan kadının aradaki mesafeyi kapatabilmesi

için getirilmiş olup, erkeğin hak kaybına uğramasının Anayasal dayanağı olarak değerlendirilemez. Pozitif ayırmacılık kadının, cinsiyeti nedeniyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amacıyla yöneliktir.

Anayasa'nın 41. maddesinde de belirtildiği gibi aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Bu eşitlik çerçevesinde yasa koyucu evlilik birliğinin kurulması sonucu işten ayrılmayı, kıdem tazminatına hak kazanma için geçerli bir neden olarak görüyorsa, evlilik birliğinin bir tarafını diğerine üstün tutamaz. Salt cinsiyet farkı, böyle bir ayırımın gerekçesi olamaz. Bu kadın lehine dayanağını Anayasa'dan alan pozitif ayırmacılık değil erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımadır.

Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun, özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınla erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur.

Belirtilen nedenlerle itiraz konusu Kural'ın iptali gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına karşıyız.

Üyeler:

Fulya KANTARCIOĞLU, Zehra Ayla PERKTAŞ

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI'NIN İNCELENMESİ

Olay:

AYM Kararı'na konu olan olayda, evlenme nedeniyle işten ayrılan kadın işçi, 1475 sayılı İşK'nın kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak işverenine karşı kıdem tazminatını talep davası açmış, işveren tarafı söz konusu hükmün Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle itirazda bulunmuş, yerel mahkeme (İzmir 6. İş Mahkemesi) itiraz yoluyla AYM'ye başvurarak ilgili hükmün iptalini talep etmiştir.

Kıdem Tazminatına İlişkin Düzenleme:

1475 sayılı İşK'nın kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinin 29.7.1983 tarih ve 2869 sayılı Kanun ile değişik 2. fıkrası uyarınca, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini kendi arzusuyla sona erdiren kadın işçi, kıdem tazminatına hak kazanır.

25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İşK'nın, kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi hariç diğer bütün maddelerini yürürlükten kaldıran (m.120) 4857 sayılı İşK'da, kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Kanun'un geçici 6. maddesiyle kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulması öngörülmüştür. Ancak kıdem tazminatı fonuna ilişkin kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş K'nın 14. maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı haklarının saklı olduğu hükmüne bağlanmıştır.

Her ne kadar 1475 sayılı İşK'nın 14. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin gerekçede, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 159. maddesindeki kadının meslek veya sanatla uğraşmasını Kanun'daki koşullarla kocanın iznine bağlayan kural nedeniyle kocanın izin vermemesi durumunda kadın işçinin işinden ayrılmak zorunda kalmasının, 1475 sayılı

“Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir.”

Kanun'a yansıtılmasından ibaret olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, 1475 sayılı İşK'nın 14. maddesinin 2. fıkrası, evlendikten sonra “eşinin izin vermemesi nedeniyle çalışmayan kadın işçi”den değil, “iş sözleşmesini kendi arzusuyla sona erdiren kadın işçi”den söz etmektedir.

Belirtmek gerekir ki hazırlanan ancak henüz yasalaşmayan Kıdem Tazminatı Fonu Kanun Tasarısı Taslağı, 1475 sayılı İşK'nın 14. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen hükmeye yer vermemektedir. Taslak bu haliyle yasalaşırsa, evli kadının evlilik tarihinden itibaren bir yıl içinde işten ayrılması halinde kadın işçiye ödenen kıdem tazminatı uygulaması ortadan kalkacaktır.

Eşitlik İlkesine İlişkin Düzenleme:

AY'nin “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”. Bu maddeye 2004 yılında eklenen 2. fıkra uyarınca “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür”.

AY'nin 10. maddesine 2004 yılında eklenen fıkra ile AY'de mevcut olan genel eşitlik ilkesine, kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olması ilkesi eklenmiş ve böylece yalnızca biçimsel/şekli eşitlikle yetinilmeyerek, fiili/maddi eşitlik de güvenceye bağlanmıştır.

AYM, 2004 yılından önceki kararlarında AY'nin 10. maddesinin 1. fıkrasındaki genel eşitlik ilkesinden ne anlaşılması gerektiğini şöyle açıklamaktadır: “Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa'nın 10. maddesi karşısında geçerli görülmez. Bu mutlak yasak, aynı hukuksal durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasını sağlamakta, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını ise engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı

“Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.”

için haklı olan nedenler, aynı düzenlemeyi aykırı değil geçerli kılar. Aynı hukuksal durumda bulunanlar için ayrı düzenleme Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında yasalara değişik kurallar konulamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinden, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnediği sonucu çıkarılamaz. Bu durumda, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmaktaysa ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez. Ancak, "kamu yararı" ve "haklı neden"in a) ANLAŞILABİLİR b) AMAÇLA İLGİLİ c) MAKUL ve ADİL olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir. Çünkü eşitliği bozduğu öne sürülen kural haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi halinde de Anayasa kuralına aykırı hale gelebilirler².

Nitekim AYM, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun yetim aylığı bağlanmasına ilişkin 74. ve 75. maddelerinde kız ve erkek çocuklar arasında kimi ayrımlar yapan ve kız çocuklara yetim aylığı bağlanabilmesi için yaş, malûliyet ve muhtaçlık koşulu aranmadığı halde, aynı konumda olan erkek çocuklar için bu koşulların aranmasının³ AY'nin 10. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında, "...Emekli Sandığı Yasası'nın yetim aylığı

bağlanmasına ilişkin 74. ve 75. maddelerinde kız ve erkek çocuklar arasında kimi ayrımlar yapıldığı görülmektedir. Kız çocuklara yetim aylığı bağlanabilmesi için sadece evli olmamaları öngörülmüş iken erkek çocukların durumunu düzenleyen 74. maddede yaş, öğrencilik durumu, hastalık, sakatlık ve muhtaçlık durumları gözetilerek yetim aylığı bağlanıp bağlanmayacağı hususu düzenlenmektedir.

Başta Anayasa olmak üzere tüm yasalarda kadın-erkek eşitliği temel kabul edilmiştir. Ancak, toplumda tarihsel, ekonomik ve sosyal nedenlerle eşitlik tam anlamıyla gerçekleştirilememektedir. Ekonomik güçsüzlük, eğitimsizlik ve gelenekler, kadının toplumda zaman zaman yasalarla özel olarak korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür koruma önlemleri, kadınlar için bir ayrıcalık amacına değil, tam tersine, uzun yılların eşitsizlik yaratan olumsuz birikimlerini azaltmak ve önlemek amacıyla yöneliktir. İtiraz konusu kuralla erkek çocuklar için getirilen koşulların kız çocuklar için aranmaması bu toplumsal gerçeğin sonucudur. Kız ve erkek çocuklara yetim aylığı bağlanmasındaki yasal farklılıklar, yukarıda açıklanan haklı nedenlere dayanmaktadır.

Bu nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir.” demiştir⁴.

Değerlendirme ve Sonuç:

Sonuç olarak inceleme konusu AYM Kararı'nın aşağıda üzerinde durduğum gerekçesine katılmakla birlikte, verilen Karar'ın sonuç bölümüne katılıyorum.

AYM'ye göre,

“Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin toplumun temeli olduğu ve Devletin ailenin huzur ve refahı için gerekli tedbirleri alacağı ...belirtilmiştir.

...

"Aile hukuku" öğretisinde de zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde

“Ekonomik güçsüzlük, eğitimsizlik ve gelenekler, kadının toplumda zaman zaman yasalarla özel olarak korunmasını zorunlu kılmaktadır.”

AYM Kararı'ndaki gerekçe, aile yükümlülüklerinin kadına ait olduğu biçimindeki değer yargılarını pekiştiricidir, dolayısıyla BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne aykırıdır.

düzen ve uyum sağlanması gerektiği gibi hususlarda yaygın görüşler bulunmaktadır.

Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez”.

Kanımcı bu gerekçeye katılmak olanaklı değildir. Çünkü kadınlar ve erkekler arasında geleneksel değer yargılarına bağlı bir farklılığa dayanılarak ayırım yaratılması kabul edilemez. Nitekim Türkiye'nin de onayladığı BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 5. maddesi de taraf devletlere,

“a- Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek,

b- Anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her halükarda çocukların menfaatlerini her şeyden önce gözetilen anlayışa dayanan bir aile eğitimi sağlamak,” yükümlülüğü getirmektedir.

Oysa AYM Kararı'ndaki gerekçe, aile yükümlülüklerinin kadına ait olduğu biçimindeki değer yargılarını pekiştiricidir, dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesine aykırıdır.

Kanımcı, iş hukuku alanında kadınlar ve erkekler arasındaki, aşağıda üzerinde durulacak olan

mevcut hukuksal farklılıklar ve dolayısıyla devletin ve yerel yönetimlerin

-çocuk bakım hizmetlerini sağlama,
-kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıları ve kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirme;

-çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören bir aile eğitimi sağlama

yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle bu sonuca ulaşmak gerekirdi.

Şöyle ki:

Kadınlar, doğurganlık ve emzirme özellikleri nedeniyle biyolojik açıdan erkeklerden farklıdırlar. Evlenen kadınlar genellikle evlendikten hemen sonra çocuk doğurma yoluna gidebilmektedirler. Devletin bu durumdaki yükümlülüğü, eşitliği sağlamak için kadının biyolojik farklılıklarına rağmen çalışma hakkı gibi temel haklarından yararlanmayı sürdürmesini güvenceye bağlamaktır. Ancak mevcut mevzuat incelendiğinde devletin, ailevi yükümlülükleri kadın ve erkek arasında eşit olarak paylaştırmaya dayalı düzenlemeler yapmadığı; devletin, yerel yönetimlerin ve işverenlerin çocuk bakım hizmetlerine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediği görülmektedir. Şöyle ki,

1. Kadınların evlendikten sonra çocuk sahibi olmaları halinde lohusalık dönemleri boyunca izin kullanmaları biyolojik özelliklerinin bir gereğidir⁵. Ancak bu dönemden sonraki çocuk bakım yükümlülüğünün erkek ve kadınlar tarafından eşit olarak paylaşılması gerekir. Oysa Türkiye'de şu ana kadar ebeveyn iznine ilişkin yasal bir düzenleme yapılmadığından, çocuk bakım yükümlülüğü tamamen kadınlara bırakılmış durumdadır.

2. Öte yandan çocuk bakım yükümlülüğünü tek başına yüklenmek zorunda kalan kadın, lohusalık dönemini kapsayan izin süresinden, hatta altı aylık ücretsiz izin hakkını kullansa bile⁶ bu süreden, sonra çocuğunu bırakabileceği bir kurum veya ücreti düşük olduğu için aldığı ücretle baktırabileceği bir bakıcı da bulamamaktadır.

Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu ve belediyelerin⁷ çocuk bakım hizmetleri yetersizdir. İşverenlerin bu konudaki yükümlülüklerini düzenleyen Gebe ve Emziren Kadınlar Yönetmeliği (GebeEKY)'nde mevcut olan sorunlu düzenlemeler ise devlet tarafından giderilmemektedir.

GebeEKY m.15, işverenlere, emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak bu yükümlülük, yalnızca kadın işçi sayısı esas alınarak düzenlenmiştir. Ayrımcılık oluşturan bu madde uyarınca,

“Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, bir yaşından küçük çocukların bırakılması ve bakılması ve emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulması zorunludur (m.15/1).

Eğer işyerlerinde yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın işçi çalıştırılıyorsa, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması ve bakılması, emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun kurulması zorunludur.

Yurt açma yükümlülüğünde olan işverenler yurt içinde anaokulu da açmak zorundadırlar.

Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa, işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür (m15/2).

Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın işçilerin toplam sayısı dikkate alınır (m.15/4)”.

GebeEKY'nde, işverenin emzirme odası ve bakım yurdu açması için, yalnızca kadın işçilerin sayısının esas alınması (m15/ 1 ve 2), işverenlerin bu yükümlülükten kaçınmak için kadın işçi sayısını öngörülen rakamların altında tutmasına yol açmaktadır. Bu nedenle işverenin emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü, kadın ve erkek işçi sayısının toplamı dikkate alınarak belirlenmelidir.

GebeEKY m.16 uyarınca, “oda ve yurtlardan, kadın işçilerin çocukları ile erkek işçilerin annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocukları faydalanırlar. Odalara 0-1, yurtlara 0-6 yaşındaki çocuklar alınır (m.16/1)”.

Bu hüküm eleştiriye açıktır. Bu hak, erkek ve kadına eşit olarak sağlanmalıydı. Çünkü, annenin işyerinde emzirme odası veya yurt olmaması durumunda, çocuk, babanın işyerindeki olanaklardan yararlanabilmelidir. Bu düzenleme de, kadınların çalışma yaşamında eşit fırsatlara sahip olma hakkı önünde engel oluşturmaktadır.

3. Türk iş hukukunda iş ve aile yaşamını bağdaştırıcı başka düzenlemeler de yoktur. Bu durum

kadınları olumsuz etkilemektedir.

Sonuç olarak, sözü edilen hukuksal düzenlemelerdeki eşitlik ilkesine aykırılıklar, eksiklik veya boşluklar, uygulamadaki sorunlar, kadınların haklardan eşit olarak yararlanmalarını engellemektedir. Kadın işçiler, hem iş hem aile yükümlülükleri çok ağır geldiğinden, işten çıkmayı tercih edebilmekte ve bu durum kadınların çalışma hakkından yoksun kalmalarına yol açtığı gibi, kadınlar konusundaki önyargıları pekiştirmekte, geleneksel değerlerin ve rollerin devamına hizmet etmekte ve daha da önemlisi kadınların yoksulluğuna yol açmaktadır.

Dolayısıyla mevcut düzenlemeler ve uygulamalar nedeniyle kadın ve erkek işçiler ailevi yükümlülükleri açısından eşit hukuksal durumda olmadıklarından, evlenen kadınların evlenen erkeklerle kıdem tazminatı hakkı bakımından eşit konumda olmaları gerektiğini ve 1475 sayılı İşK'nın 14. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin AY'nin 10. maddesine aykırı olduğunu savunmak olanaklı değildir. Kadın işçilerin sözü edilen haklı bir nedene dayanılarak farklı kurallara bağlı tutulmuş olmaları, AY'nin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Öte yandan yukarıda sözü edilen ayrımcı durumlar nedeniyle, 4857 sayılı İşK'da da muhafaza edilen, 1475 sayılı İşK'nın 14. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak kadınların yoksulluğunu dolayısıyla mağduriyetini bir nebze giderebilecek bir düzenleme niteliği de taşımaktadır. Dolayısıyla 1475 sayılı İşK'nın 14. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme, devlet, ailevi yükümlükleri tek başına kadınların sırtına yükleyen ayrımcı mevzuatı ve politikalarını değiştirmedeği sürece muhafaza edilmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 RG., 26 Kasım 2008; S. 27066.
- 2 AYM, T. 19.2.1992, E. 1991/13, K. 1992/10.
- 3 31.5.2006 tarihli 5510 Sayılı SSGSSK'nın 17.4.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun'la değişik m. 34/b uyarınca “Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri hariç bu Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış çocuklardan;

- 1) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmayanların veya,
- 2) Kurum Sağlık Kurulu kararı ile çalışma gücünü en az % 60 oranında yitirip malûl olduğu anlaşılanların veya,
- 3) Yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızlarının, her birine % 25'i,...oranında aylık bağlanır".

4 AYM, T. 22.10.1996, E. 1996/10, K. 1996/40.

- 5 "Analık halinde çalışma ve süt izni"ni düzenleyen İŞK m.74 uyarınca, "Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir.

Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir.

Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir.

Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz.

İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz.

Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır".

6 Bkz. dn.5.

- 7 "Belediyenin görev ve sorumlulukları"ni düzenleyen Belediye Kanunu m.14 uyarınca,

"---

Belediye öncelikle imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, evlendirme, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar.

Belediye, okul öncesi eğitim kurumları açabilir; Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilir veya yaptırabilir, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılayabilir; sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabilir ve işletebilir; kültür ve tabiat varlıkları ile tarihî dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir, bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir.

Hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırası, belediyenin mali durumu ve hizmetin ivediliği dikkate alınarak belirlenir".

Dr. Fatma BAŞTERZİ

Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Müşavir Avukatı

Telafi Çalışması Yapılabilecek Haller ve “Tatil” Günlerinde Telafi Çalışması Üzerine Bir Karar İncelemesi

**T.C. YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ**

Esas No : 2007/27667
Karar No : 2008/5298
Tarihi : 17.03.2008

ÖZET

Telafi çalışması tatil günlerinde yaptırılamaz ve günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz.

DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı işçi, iş sözleşmesinin işverence geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücretinin belirlenmesini istemiştir.

Davalı işveren, davacının verilen görevi yerine getirmemesi nedeni ile iş sözleşmesinin haklı olarak feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece işlerin azalması nedeniyle işlerin tatil edildiği, davalı işverenin iki aylık süre içinde telafi çalışması talep ettiği ve telafi çalışmasının Cumartesi yapılmasını istediği, dolayısıyla günlük çalışma süresi olan 11 saati aşmadığı, davacı da bir kısım arkadaşı ile telafi çalışmasına katılmak istemediği ve katılmadığı, dolayısıyla feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 64.maddesine göre

“zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz. Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmaz”. Dosya içeriğine göre dava konusu işyerinde haftanın 5 günü çalışma yapıldığı Cumartesi günü akdi tatil, Pazar gününün ise hafta tatili olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, piyasadaki döviz kurlarının ani dalgalanması ve buna bağlı olarak fiyat oluşmaması, sipariş alınmaması nedeniyle 2006 Haziran sonu ve Temmuz ayının ilk günlerinde işin tatil edilmesi zorunluluğunu doğurduğunu, bu nedenle müteakip aylarda Cumartesi günlerinde çalışma yapılacağını işçilere önceden duyurmuştur. Tanık anlatımlarına göre davacının birkaç Cumartesi günü 08.00-19.00 saatleri arasında çalıştıktan sonra 26.08.2006 Cumartesi gününde çalışmak istememiş ve iş sözleşmesi bu nedenle feshedilmiştir. Ancak Cumartesi günü dava konusu işyeri bakımından tatil günü olduğu gibi, telafi çalışması olduğu belirtilen çalışmanın da günde 3 saatten fazla yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının çalışmak istememesi yukarıda belirtilen hükümlere uygun düşmektedir. Mevcut olgulara göre feshin haklı veya geçerli nedene dayandığını kabul etmek mümkün görülmediğinden mahkemece davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1. ... 4. İş Mahkemesinin 18.5.2007 gün ve sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,
2. İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,
3. Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının feshin nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 4 aylık ücreti olarak belirlenmesine,
4. Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alaktan mahsubuna,
5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
6. Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre YTL. vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,
7. Davacı tarafından yapılan YTL. yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
8. Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak oybirliğiyle 17.3.2008 tarihinde karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Hızlanan küreselleşme, ivmesi sürekli yükselen teknolojik gelişme, hem iç, hem de dış pazarlarda her geçen gün keskinleşen rekabet şartları, işletmeleri değişen koşullara hızla uyum sağlamaya mecbur tutmaktadır. Bu uyum zorunluluğu, işletmelerin rekabet gücünün, dolayısıyla ulusal kalkınmanın temel faktörü haline gelmiştir.

Anılan nedenlerle çalışma yaşamında üretim ve

istihdam yapıları, üretimin biçimi, süresi ve yeri de kaçınılmaz olarak değişime uğramıştır. Bu durum işletmeleri ve çalışanları geçmişe göre farklı hukuki ilişkiler kurmaya ve yeni istihdam türlerini uygulamaya yöneltmiş, çalışma mevzuatını da değişime zorlamıştır. Artık dünyada, klasik çalışma ve iş sözleşmesi türleri yanında çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli çalışma, iş paylaşımı, geçici iş ilişkisi, evde çalışma, tele çalışma gibi atipik iş sözleşmesi türle-

Maddede yer alan zorunlu nedenler ve benzeri hallerin katı yorumlanarak esneklik yaklaşımından uzaklaşılması için, bu nedenlere yakın ağırlıktaki ekonomik nedenlerin de değerlendirmeye alınması yerinde olur.

ri yaygınlaşmakta, kayan iş süresi, telafi edici çalışma, yoğunlaştırılmış iş haftası, kısa çalışma gibi esnek çalışma süreleri artarak uygulanmaktadır.¹

Bu süreçte 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile bazı esnek çalışma biçimleri işçileri koruyucu hükümlerle birlikte çalışma yaşamına kazandırılmıştır. Söz konusu düzenlemeler yapılırken, işçilerle birlikte, rekabet koşullarına uyum sağlamayı hedefleyen işlemlerin korunması da gözetilmiştir.²

4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenen temel esnek çalışma biçimlerinden biri de telafi çalışmasıdır. Yasanın 64. maddesinin 1. fıkrasında, zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya işin tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işverenin iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabileceği, bu çalışmaların fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmayacağı; maddenin ikinci fıkrasında ise telafi çalışmalarının, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamayacağı, tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmayacağı öngörülmüştür.³

Görüldüğü gibi, maddede belirtilen koşulların varlığı halinde telafi çalışması yaptırılması işçinin rızasından bağımsız olarak işverene tanınmış bir hak ve yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yetkiyi kullanıp kullanmamak işverenin takdirindedir. İşveren isterse, istisnai bir çalışma şekli olan telafi çalışmasına başvurmaksızın işyerini normal çalışma düzenine döndürebilir. İşverene yasa da belirtilen koşullarda tanınan telafi çalışma yaptırma yetkisi, yasa da belirlenen iki aylık azami süre içinde

bu çalışmanın ne zaman yapılacağına karar verme yetkisini de içerir.⁴ Ancak koşulları oluştuğunda telafi çalışması yaptırma yetkisinin işverence kullanılabilmesi için, sadece yasa da sayılan nedenlerin varlığı yeterli olmayıp, telafi çalışması yapılacağına dair dürüstlük kuralına uygun olarak işçiye zamanında bildirilmesi gerekir.⁵

İncelemeye çalışacağımız Yargıtay kararına konu olayda işveren, işlerin azalması nedeniyle işyerinde çalışma faaliyetini 2006 yılının Haziran ayının sonu ve Temmuz ayının ilk günlerinde tatil ettikten sonra, iki aylık süre içinde telafi çalışması talep etmiş ve telafi çalışmasının cumartesi günü yapılmasını istemiştir. İşçiler bir süre cumartesi günleri işyerine gelip telafi çalışması yapmış, telafi çalışması yaptırılması planlanan son cumartesi günü bir işçinin çalışmaya gelmemesi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. İncelemeye çalışığımız Yargıtay kararına konu uyuşmazlık, söz konusu işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliği ve işe iadesi talebi ile açtığı dava ile ortaya çıkmıştır.

Yüksek Mahkeme'nin kararı anılan kapsamda incelendiğinde değerlendirilmesi gereken hususlar; 1) İşverenin işlerinin azalması nedeniyle telafi çalışması yaptırıp yaptıramayacağı, 2) Çalışılmayan cumartesi günü telafi çalışması yapıp yapılamayacağı, 3) Üst üste birkaç cumartesi 08.00-19.00 saatleri arasında telafi çalışması yaptırılan işçinin son cumartesi günü işe gelmemesi durumunda iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilip feshedilemeyeceği şeklinde sıralanabilir.

1. Ekonomik Nedenlerin Telafi Çalışmasına Dayanak Oluşturup Oluşturmayacağı

İşçilere telafi çalışması yaptırılacak haller İK'nın 64. maddesinin 1. fıkrasında, zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzeri nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya çalışmanın geçici olarak tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi şeklinde belirlenmiştir. Yapacağımız incelemede öncelikle işverence işçilere telafi çalışması yaptırılacak durumların yasa da sayılanlarla sınırlı olup olmadığının ve bu bağlamda karara konu olayda belirtilen nedenin anılan kapsamda değerlendirilip de-

ğerlendirilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Normun amacından hareket edildiğinde, İK'nın 64. maddesinin 1. fıkrasında sayılanlara "benzer nedenlerle" işyerinin tatil edilmesi veya normal çalışma süresinin altında çalışmasını gerektiren diğer nedenlerin de telafi çalışmasının yaptırılması bakımından dikkate alınması gerektiği yönünde baskın bir görüşün ortaya çıktığını belirtmek gerekir.⁶ Bu kapsamda savunulan görüşlerden birine göre, İK'nın 42. maddesinde belirtilen zorunlu neden kapsamında değerlendirilmese dahi, işverenin işyerinin tamamında veya bir kısmında çalışmayı tatil etmesi veya işçilerini normal iş süresinden önemli ölçüde az çalıştırması kararının alınmasına neden olan, yüklenme boşaltma işlerinin azalması üzerine bu bölümde çalışanların işlerinin tatil edilmesi, toplumsal bir olay endişesi ile işyerinin birkaç gün tatil edilmesi, yasal grev sürerken

bazı bölümler itibariyle durduran veya çalışma sürelerinin önemli ölçüde azalmasını gerektiren acil ve bazen istenmeyen olağanüstü durumlar olarak algılanması gerektiği, bu nedenle zorunlu nedenlerin zorlayıcı neden ağırlığına ulaşmayan olguları da kapsadığı, bu bağlamda "uluslararası veya ulusal ekonomide ortaya çıkıp işyerini etkileyen "genel bir ekonomik kriz" ya da işyerini olumsuz etkileyen "sektörel bir krizin", hatta sırf işyerine özgü olarak gerçekleşen bir ekonomik krizin de "zorunlu neden" veya "zorunlu neden benzeri hal" sayılarak telafi çalışmasına imkân vereceği"nin kabul edilebileceği ileri sürülmüştür.⁹ Buna karşı diğer bir görüş ise mevsimsel nedenlerle işyerinin tatil edilmesinin veya işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması hallerinin telafi çalıştırması yaptırılmasına gerekçe oluşturmayacağı yönündedir.¹⁰

Sadece işyerine ilişkin olarak ortaya çıkan ağır ekonomik krizlerin de işverene telafi çalışması yaptırma yetkisi vereceğinin kabulü yasal düzenlemenin amacına aykırı olmaz.

greve katılmayıp çalışmak isteyen işçilerin telafi çalışması yaptırılmak üzere izinli sayılması, ekonomik ve mevsimsel nedenlerle işyerinin tatil edilmesi, makine ve araçlar ile işyerindeki herhangi bir periyodik bakım için işçilere iş verilememesi hallerinde işverene telafi çalışması yaptırma olanağı tanınmalıdır.⁷ Bunun gibi, zorlayıcı neden kapsamına girmeyen, işyeriyle ilgili, engellenemez nitelikte olmamakla birlikte beklenmedik şekilde işin durması sonucunu doğuracak durumların da zorunlu neden olarak kabul edilmesinin normun amacını aşmayacağı haklı olarak ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, işverenden kaynaklanmayan nedenlerle ve işverenin hemen müdahalesinin olanaklı bulunmadığı bir şekilde hammaddenin gelmemesi de bu kapsamda değerlendirilebilir.⁸

Öğretide benzer bir yaklaşımdan hareket edilerek ekonomik nedenlerle de telafi çalışması yapılabileceği ileri sürülmüştür. Söz konusu görüş kapsamında, İş Kanunu'nun 64. maddesi bağlamındaki zorunlu nedenlerin genellikle birdenbire ortaya çıkarak işyerindeki faaliyeti tümüyle yahut

Karara konu olay bağlamında, davalı işverenin piyasada döviz kurlarının ani dalgalanması ve buna bağlı olarak fiyat oluşmaması nedeniyle sipariş alamaması ve işlerin azalmasının zorunlu ya da benzeri nedenler kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu noktadan hareketle bir değerlendirme yapmak gerekirse, ilk olarak İş Kanunu'nun 64. maddesinde telafi çalışmasının yapılabileceği haller, zorunlu nedenlerle¹¹ işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi şeklinde sıralanırken "veya benzeri nedenler" ifadesinin sayılan iki halden sonra yer alması nedeniyle söz konusu nedenlerin bunlara benzer nedenler olması gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim bu düşünceyle öğretide, belirli kutlama günlerinde çalışılmaması, işverence piknik yapılması gibi nedenlerle işyerinin tatil edilmesi hallerinde de telafi çalışması yapılabileceği belirtilmektedir.¹²

İşverenin yaşadığı ekonomik sıkıntı zorunlu nedenlere benzer bir ağırlığa ulaşmışsa, bu nedenle işyerinde çalışmanın tatil edilmesinin işverene takip eden iki aylık süre içinde telafi çalışması yaptırma yetkisi verir.

Kanımızca, maddede yer alan zorunlu nedenler ve benzeri hallerin katı yorumlanarak esneklik yaklaşımından uzaklaşılması için, bu nedenlere yakın ağırlıktaki ekonomik nedenlerin de değerlendirilmeye alınması yerinde olur. İşyerinde ulusal bayram ve genel tatil günleri öncesi ve sonrası çalışılmaması halinde bunu telafi etmeyi işverene bir hak olarak tanıyan düzenleme de ekonomik nedenlerin telafi çalışması yapılabilecek haller arasında değerlendirilmesine haklılık kazandırmaktadır. Ancak bu yapılırken, işverene bir yetki tanındığı ve bu yetkinin kullanımı işçilerin hakları üzerinde etkili olduğu için çok geniş bir yoruma da gidilmesi uygun olur.¹³ Zorunlu nedenler İK'nın zorunlu nedenle fazla çalışmayı düzenleyen 42. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu maddede, *"Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yabut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yabut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir. Bu durumda fazla çalışma yapan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur."* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi maddede sayılan nedenler işyerinin normal çalışma düzenini bozan nedenlerdir. O nedenle İK'nın 42. maddesinde sayılan nedenler yanında, onlara benzer ağırlıktaki ekonomik nedenlerle işyerinde çalışma düzeni bozulmuşsa işverenin işçilere telafi çalışması yaptırabileceğinin kabulü uygun olur. Bu ağırlıktaki ekonomik nedenlere örnek olarak, işyerinin çalışma düzenini bozan genel ya da ekonomik kriz veya durgunluk halleri gösterilebilir. Bunun yanında sadece işyerine ilişkin olarak ortaya çıkan ağır ekonomik krizlerin de işverene

telafi çalışması yaptırma yetkisi vereceğinin kabulü yasal düzenlemenin amacına aykırı olmaz.¹⁴ Ancak, benzeri nedenler kavramının geniş yorumlanması ile her türlü ekonomik nedenin telafi çalışmasına dayanak kabul edilmesi de normun amacını aşar. Zira o takdirde işverenlerin bu yönteme sürekli başvurmasının yolu açılarak telafi çalışması kurumunun düzenlenmesiyle amaçlanmayan bir sonuca ulaşılmış olur. O nedenle, ekonomik nedenlerin işverene telafi çalışması yaptırma yetkisi verecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde işletme riskinin her durumda işçinin üzerine yüklenmesi anlamına gelecek geniş bir yorum tarzı benimsenmemelidir.¹⁵

Karardan anlaşıldığı üzere dava konusu olayda işveren, piyasadaki döviz kurlarının ani dalgalanması ve buna bağlı olarak fiyat oluşmaması, sipariş alınamaması nedeniyle telafi çalışması talep etmiş, dolayısıyla telafi çalışmasını ekonomik nedenlere dayandırmıştır. Söz konusu nedenlerle işin durdurulması üzerine işçilere telafi çalışması için çalışılmayan cumartesi günleri işbaşı yaptırıldığı görülmektedir. Karar incelendiğinde, Yargıtayın piyasadaki döviz kurlarının ani dalgalanması ve buna bağlı olarak fiyat oluşmaması, sipariş alınamaması durumunun işverence telafi çalışması yaptırılmasına dayanak oluşturabileceğini kabul ettiği, dolayısıyla ekonomik nedenlerle telafi çalışması yaptırılmasını yasaya aykırı görmediği, belki de biraz geniş bir yoruma gittiği sonucuna varılmaktadır. Zira Yargıtay ilk derece mahkemesi kararını sadece, akdi tatil günü olarak nitelendirdiği çalışılmayan Cumartesi günleri işçilere telafi çalışması yaptırılmayacağını, o nedenle işçinin Cumartesi günü telafi çalışması yapmaktan kaçınmasının sözleşmeye aykırılık yaratmadığını ve haklı ya da geçerli fesih nedeni oluşturmayacağını belirterek bozmuştur. Yukarıda açıkladığımız çerçevede Yargıtayın ekonomik nedenlerle telafi çalışması yaptırılabilmesi görüşünü benimsemesi isabetli olmakla birlikte, piyasadaki döviz kurlarının ani dalgalanması ve buna bağlı olarak fiyat oluşmaması, sipariş alınamaması durumunu yeterince irdelememesi ve zorunlu neden ağırlığına ulaşmış olmadığını tartışmaması eleştiriye açıktır. Kararda bu irdelemeyi yapacak ölçüde veri bulunmamaktadır.

2. İşverenin Çalışılmayan Cumartesi Günü Telifi Çalışması Yaptırıp Yaptıramayacağı

Bir an için söz konusu nedenlerle İK'nın 64. maddesi kapsamında telifi çalışması yaptırılabilmesi kabul edilirse, karara konu olay bakımından incelenmesi gereken ikinci husus "tatil günü" kavramıdır. Genel kabul gören yaklaşıma göre, tatil günü kavramının içine "yasal tatil günleri" yanında "akdi tatil günleri" de girer ve bu günlerde de yasal tatil günleri gibi işçilere telifi çalışması yaptırılmaz.¹⁶ Ancak tarafların anlaşmasıyla, diğer bir ifadeyle sözleşme değişikliğine gidilerek bireysel iş sözleşmesiyle kararlaştırılan tatil günlerinde telifi çalışması yaptırılmasına bir engel yoktur.¹⁷ Buna karşılık toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan tatil günlerinde her durumda aynı sonuca varılması olanaklı değildir. Çünkü TİSGLK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, kural olarak işçi ve işveren anlaşarak bireysel iş sözleşmesinde toplu iş sözleşmesine aykırı bir değişikliğe gidemezler. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, işçinin yararına yapılan değişiklikler bu kuralın istisnasını oluşturur. Buna göre, işçi ve işveren işçinin yararına olmak koşuluyla aralarında anlaşarak bireysel iş sözleşmesinde toplu iş sözleşmesine aykırı bir değişikliğe gidebilirler. İncelemeye çalıştığımız konu bu kapsamda değerlendirilecek olursa, eğer işçinin yararına ise, işçi ve işverenin anlaşmasıyla toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan akdi tatil günlerinde dahi işçiye telifi çalışması yaptırılabilmesinin kabulü gerekir. Örneğin, normal günlük çalışma süresinin üzerine telifi çalışması yapmak yerine, toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan bir tatil gününde telifi çalışması yapılması, her gün belirli saatte çocuğunu okuldan alan kadın işçi için daha yararlı olabilir. Bu kadın işçi bakımından işvereniyle anlaşığı takdirde toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan bir tatil gününde telifi çalışması yapılabilmesinin kabulü TİSGLK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasına uygun olur. Ancak belirtilen durum gibi işçinin yararına olan ve işçinin rızasının olduğu istisnai durumlar dışında toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan tatil günlerinde telifi çalışması yaptırılması olanaklı görünmemektedir. Bununla birlikte, telifi çalışması yapılması noktasında günlük iş süresinin ardından mı, yoksa akdi tatil gününde mi telifi çalışması yapılmasının işçinin daha yararına olduğunun belirlenmesinde işçinin

tercihi önemli bir ölçüttür. O nedenle işçinin rızası varsa akdi tatil günlerinde telifi çalışması yapılmasının işçinin daha yararına olacağı, tatil gününün toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış olmasının da sonucunu değiştirmeyeceği kabul edilebilir.

İncelemeye çalıştığımız yargı kararında "Dosya içeriğine göre dava konusu işyerinde beş iş günü çalışma yapıldığı cumartesi günü(nün) akdi tatil, pazar gününün ise hafta tatili olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır." ifadelerine yer verilerek, çalışılmayan cumartesi günlerinin akdi tatil olduğu kabul edilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme bu sonuca varırken çalışılmayan cumartesi gününün, nasıl tatil günü olarak belirlendiğine açıklık getirmemiş, bunun bireysel iş sözleşmesiyle mi, toplu iş sözleşmesiyle mi kararlaştırıldığı üzerinde durmamıştır.

İş Kanunu'nun 64. maddesinde geçen ve Yargıtayın incelediğimiz kararına konu uyuşmazlığın yoğunlaştığı "tatil günlerinde çalışma yapılamayacağı" ifadesinin ne şekilde yorumlanacağı hususunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşler özellikle çalışılmayan cumartesi günlerinin akdi tatil günü sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır. Yargıtayın kararını haklı bulan bir görüşe göre, cumartesi günlerinin iş günü olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, İK'nın 63. maddesi uyarınca haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı dağıtılarak beş iş gününde tüketilmesi ve buna göre cumartesi gününde çalışma yapılmaması durumunda çalışılmayan cumartesi günü akdi tatil günü niteliğini kazanır.¹⁸ Bu durumda, işveren yasada belirtilen koşullar bulursa da çalışılmayan cumartesi günleri işçilerine telifi çalışması yaptırma yetkisine sahip değildir.¹⁹ İK'nın 64. maddesinin 2. fıkrasında telifi çalışmalarının günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşuluyla günde üç saatten fazla olamayacağına öngörülmesinin bu görüşü desteklediği ileri sürülmektedir.²⁰ Zira anılan görüşe göre yasa iş gününü esas almış ve buna ek olarak yaptırılabilen telifi çalışmasının üç saati ve her halde günlük toplam çalışma süresinin onbir saati geçmeyeceğini öngörmüştür. Çalışılmayan Cumartesi günlerinde işverenin işçiye telifi çalışması yaptırabilmesi işçinin rızasına bağlıdır.²¹ İşçinin rızası alındığında ise, sözleşmede geçerli bir değişiklik yapılmış ve çalışılmayan cumartesi günü iş günü kabul edilmiş olur.²²

Diğer bir görüşe göre ise, İK'nın 64. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeden telafi çalışmasının mutlaka çalışılan günlerde günlük çalışma süresini takiben üç saati geçmemek üzere yapılacağı sonucunun çıkarılmaması gerekir. Cumartesi günlerini serbest zaman olarak kullanan işçi yönünden bu günler toplam çalışma süresi 11 saati aşmamak koşuluyla tam gün telafi çalışması yapılabilecek gün olarak belirlenebilir. Bu görüş uyarınca, işyerinde haftalık çalışma süresinin beşe bölünerek uygulandığı durumlarda çalışılmayan cumartesi günü akdi tatil günü olmayıp, iş günü olma özelliğini korur.²³ Yargıtay'ın yıllık izin sürelerinin hesabında çalışılmayan cumartesi gününü iş günü kabul etmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Bu şekilde akdi tatil sayılmayan cumartesi günleri işçiye işverence hafta tatili günü dışında tanınan bir serbest zaman olarak değerlendirilebilir. Ancak aynı görüşe göre sözleşmeyle de tatil günü kararlaştırılabilir. Toplu iş sözleşmesi ile 1 Mayıs gününün tatil günü olarak kararlaştırılması buna örnek verilebilir. Toplu iş sözleşmesinde bu şekilde bir düzenleme varsa, söz konusu günde telafi çalışması yaptırılamaz. Aynı yaklaşımla bir adım daha gidilerek, genel tatil günlerinde (resmi ve dini bayram günleri ve yılbaşı günü) işçinin çalışmayı kabul etmesi durumunda, bu günlerin işçi yönünden "iş günü niteliği taşıdığı ve tatil hakkını kullanmadan çalışmasını sürdürdüğü için" söz konusu günlerde telafi çalışması yaptırılacağı de ileri sürülmüştür.²⁴ Anılan bakış açısıyla, ulusal bayram ve genel tatil günlerinin cuma akşamı sona ermesi durumunda onu izleyen cumartesi gününün tamamını da tatil sayan Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 2/D, 2 maddesine göre, belirtilen şekilde genel tatil günü olan cumartesi günleri de her halde aynı kapsamda değerlendirilebilir ve işçinin rızası ile iş günü haline gelmişse bu günlerde de telafi çalışması yaptırılacağı kabul edilebilir.²⁵ Yine, iş sözleşmesi veya eki niteliğindeki personel yönetmeliği veya iç yönetmelik gibi kaynaklarda başka akdi tatil veya mazeret izinleri düzenlenmişse, akdi tatil sayılan bu gibi günlerde de işverenin telafi çalışması yaptırılmayacağı belirtilmektedir.²⁶

Genel olarak benimsediğimiz ikinci görüş ile ilk görüşün birbirinden ayrılmasında önem taşıyan nokta, çalışılmayan cumartesi günleri de dahil iş günlerinin sözleşmeyle "tatil günü" kabul edilebileceği,

ancak bir iş gününün bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle veya bunların eki iç yönetmelikle açıkça tatil günü olduğu kararlaştırılmamışsa, çoğu kez çalışılmayan cumartesi günlerinde olduğu gibi, bu günlerde işçiye serbest zaman tanınmasının tek başına o günün tatil günü olarak nitelendirilmesi için yeterli olmayacağıdır. Bir toplu iş sözleşmesinden örnek vermek gerekirse, sözleşmede yer verilen "Haftalık iş süresi haftada iki gün tatil edilerek günde en çok (8,5) saat, haftada 42,5 saattir. ... İşveren iki tam gün hafta tatili yaptırmak kaydıyla günlük çalışma saatlerini işyerinin özelliğine göre tanzim eder." hükmü ile yasal hafta tatili dışında bir günün akdi tatil günü olarak kararlaştırıldığı görülmektedir. Bunun yerine sözleşmede sadece haftalık çalışma süresinin 42,5 saat olduğu, işverenin günlük çalışma saatlerini işyerinin özelliğine göre tanzim edeceği öngörülseydi ve işçiler cumartesi günleri çalıştırılmazaydı, işçiye serbest zaman tanınan cumartesi günlerinin akdi tatil günü olduğu sonucuna varılamazdı. Kanımızca bu şekilde çalışılmayan cumartesi günleri bir tatil günü olarak değil, sadece haftalık çalışma süresinin, iş günlerine belirli bir şekilde dağıtılması sonucunda ortaya çıkan, çalışılmayan, serbest bir gün olarak kabul edilmelidir.

Önemle belirtmek gerekir ki işçiye anılan şekilde serbest zaman tanınması da sözleşme kapsamında yer alır ve bir iş koşuludur. İşçi açısından esaslı nitelik taşıyorsa, söz konusu serbest zamanda değişiklik yapılması İK'nın 22. maddesindeki usule tabidir. Ancak işçiye serbest zaman tanınmasının iş koşulu olması, işçiye serbest zaman tanınan iş gününün akdi tatil günü niteliği kazanması için yeterli değildir. İşçiye tanınan serbest zamanın iş sözleşmesi kapsamında yer alıp iş koşulu olması, sözleşmeyle kararlaştırılan günlük iş süresi dışındaki sürelerin işçi bakımından sözleşmesel olarak serbest zaman niteliği taşımasından farklı değildir. Yasal sınırlar içinde kalınarak iş sürelerinde esaslı değişiklik yapılması da İK'nın 22. maddesinde belirtilen usule tabidir. Ancak, İK'nın 64. maddesindeki koşullarla günlük iş sürelerinin dışında kalan serbest zamanda işverene işçilerine telafi çalışması yaptırma olanağı tanınmıştır. Aynı şekilde cumartesi günleri işçiye hafta tatiline ek olarak sadece serbest zaman tanınmışsa, işveren nasıl ki bir iş gününün bitiminde İK'nın 64. maddesinde belirtilen koşullarda işçilerine telafi çalışması yaptırabi-

liyorsa, çalışılmayan cumartesi günlerinde de günlük azami çalışma süresini aşmamak koşuluyla işçilerine telafi çalışması yaptırabilir.

Buna karşılık, cumartesi günleri de dahil bir iş günü sözleşmeyle tatil günü olarak kararlaştırılmışsa, yaygın deyimle akdi tatil günü kabul edilmişse, artık bu günlerde işveren İK'nın 64. maddesindeki koşullar oluşsa da tek taraflı olarak işçilerine telafi çalışması yaptıramaz. Bu durumda söz konusu günlerin yıllık ücretli izin süresi kapsamında da iş günü sayılmayıp izin süresinden düşülmesi uygun olur. Yukarıda belirttiğimiz gibi söz konusu akdi tatiller bireysel iş sözleşmesiyle ya da eki iç yönetmelikle kararlaştırılmışsa, ancak rızasının bulunması koşuluyla işçiye telafi çalışması yaptırılabilir. Tatil günü toplu iş sözleşmesiyle ya da eki iç yönetmelikle kararlaştırılmışsa, rızasının varlığı telafi çalışmasının akdi tatil gününde yapılmasının işçinin daha yararına olduğu şeklinde değerlendirilerek yine aynı sonuca varılabilir. Öte yandan belirtelim ki işçinin rızasının varlığı akdi tatil gününde telafi çalışması yapılmasının işçinin yararına olduğunun bir ölçütü olarak kabul edilince, bu durum iş koşullarındaki değişikliğin işçinin aleyhine olmaması nedeniyle esaslı nitelik taşımadığı sonucunu da doğuracağı için, bireysel iş sözleşmesiyle kararlaştırılan tatil günlerinde telafi çalışması yapılabilmesi için söz konusu rızanın İK'nın 22. maddesindeki usul izlenerek alınması da zorunlu görülmeyebilir.

Yargıtayın incelemeye çalıştığımız kararı bu açıklamalar çerçevesinde değerlendirilecek olursa, dava konusu işyerinde çalışılmayan Cumartesi günlerinin gerçekten akdi tatil günü olarak belirlenip belirlenmediğinin yeterince irdelenmediği görülmektedir. Bir an için bu şekilde bir kararlaştırmanın yapıldığı ve çalışılmayan Cumartesi günlerinin akdi tatil olduğu kabul edilse bile, davacı işçinin de arasında bulunduğu işçilerin işverenin Cumartesi telafi çalışması yapılması isteğine uyararak birkaç hafta Cumartesi günleri çalıştıkları ve zımnen bu çalışmaya rıza gösterdikleri anlaşılmaktadır. Akdi tatil günlerinde işçinin rızası ile telafi çalışması yapılabileceği konusunda ise öğretide görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Bu durumda telafi çalışması yapılması planlanan son Cumartesi günü işbaşı yapmayan davacı işçi işverene iş görme edimini sunmayarak sözleşmeye aykırı davranmış olmaktadır.

Karardan ilk derece mahkemesinin, davalı işve-

renin, davacının bir kısım arkadaşı ile telafi çalışmasına katılmadığı, dolayısıyla feshin geçerli nedene dayandığı yönündeki iddiasını haklı bularak davanın reddine karar verdiği anlaşılmaktadır. Davacı tanıkları, davacının birkaç cumartesi günü 08.00-19.00 saatleri arasında çalıştıktan sonra 26.08.2006 cumartesi gününde çalışmak istemediğini belirtmişlerdir. Yine karardan işyerinin 2006 Haziran ayı sonu ile Temmuz ayının ilk günlerinde tatil edildiği anlaşılmakta, ancak bu sürenin kaç gün ya da hafta olduğu belirlenememektedir. Bu noktada işverenin işçilere telafi ettireceği süreyi, yapılan duyuruda bildirmemiş olması ihtimali akla gelmektedir.²⁷ Eğer durum böyle ise ve işçiler kaç cumartesi günü telafi çalışması yapacakları konusunda önceden bilgilendirilmemişlerse, davacının kendisinden çalışması istenen son cumartesi günü çalışmaktan kaçınmasının sözleşmeye aykırılık oluşturmadığı sonucuna da varılabilir.²⁸

3. Davacının İş Sözleşmesinin Feshinin Haklı ya da Geçerli Nedene Dayanıp Dayanmadığı

Bu tartışmalar bir yana bırakılıp davacının söz konusu cumartesi günü işe gelmemesinin sözleşmeye aykırılık oluşturduğu kabul edilse dahi, bu durum haklı fesih nedeni oluşturmaz. Çünkü İK'nın 25. maddesinin II. bendinin (h) alt bendine göre, iş görmekten kaçınma nedeniyle haklı fesih nedeninin doğumu için, "İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" gerekir.²⁹ Dava konusu olayda ise işverenin görevini hatırlatmasına rağmen davacının çalışmamakta ısrar etmesi durumu söz konusu değildir. Zira davacı işçi sadece kendisinden telafi çalışması yapılması istenen bir cumartesi günü çalışmaktan kaçınmıştır. Kendisine hatırlatılmasına rağmen çalışmaktan kaçınmanın tekerrürü, çalışmamakta ısrar edilmesi durumu ortaya çıkmamıştır. Bu nedenle yapılan feshin haksız olduğu sonucuna varılabilir. Yargıtay ise aynı sonuca, davacının kendisinden çalışması istenen günde çalışmak zorunluluğunun bulunmadığı, zira söz konusu günün akdi tatil günü olduğundan yola çıkarak varmıştır. Davacının, cumartesi günü telafi çalışması yapma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ise, yukarıda açıkladığımız çerçevede tartışılabilir bir durumdur.

Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken ikinci husus, davacının iş görmekten kaçınmasının haklı fesih nedeni ağırlığına ulaşmasa da geçerli bir fesih nedeni oluşturup oluşturmayacağı ve haksız feshin geçerli feshine dönüştürülmesi olanağının bulunup bulunmadığıdır. Geçerli bir fesih nedeninin doğabilmesi için de, haklı fesih nedeni ağırlığına ulaşmayan, diğer bir ifadeyle taraflar arasındaki güven ilişkisini çökertmeyen sözleşmeye aykırılığın, bu ilişkiyi sarsması ve işverenin iş ilişkisini sürdürmesini beklenilmez kılması gerekir.³⁰ Kanımızca davacının telafi çalışması yapması gereken günlerden birinde işe gelmemesi bu ağırlıkta da sayılamaz. Bunun için de devamsızlığın tekrerrünün aranması uygun olur.³¹ Öte yandan feshin geçerliliği için aranan feshin son çare olması ilkesi gereğince de³² akde aykırı davranan işçinin uyarılması, buna rağmen haklı fesih ağırlığına ulaşmayan akde aykırılık durumunun devamı halinde geçerli fesih nedeninin doğduğunun kabulü gerekir. Dava konusu olayda bu koşulun da oluşmadığı, zira davacının sadece telafi çalışması yapması istenen son cumartesi günü çalışmadığı görülmektedir. Bu nedenlerle davalı işverenin yaptığı fesih haksız ve aynı zamanda geçersizdir.

Açıklanan nedenlerle dayandığı gerekçe uygun olmasa da Yargıtayın yapılan feshin geçersizliği sonucuna varması isabetlidir.

SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde vardığımız sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

1) Karardan tam olarak anlaşılammakla birlikte, işverenin yaşadığı ekonomik sıkıntı zorunlu nedenlere benzer bir ağırlığa ulaşmışsa, bu nedenle işyerinde çalışmanın tatil edilmesinin işverene takip eden iki aylık süre içinde telafi çalışması yaptırma yetkisi vereceğinin kabulü gerekir.

2) Sözleşmeyle hafta tatili dışında bir gün de akdi tatil günü olarak belirlenebilir. Ancak bunun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir. O nedenle işçilere cumartesi günü serbest zaman verilerek çalışma yaptırılmaması tek başına çalışılmayan cumartesi gününün akdi tatil günü olması sonucunu doğurmaz. Karardan, davacıdan telafi çalışması yapması istenen cumartesi gününün işçilere serbest zaman tanınan bir iş günü olup, akdi tatil günü olmadığı izlenimi doğduğundan, davacıya söz

konusu günde telafi çalışması yaptırmanın davalı işverenin yetkisinde olduğu ve bu nedenle davacının iş görmekten kaçınmasının sözleşmeye aykırılık oluşturduğu sonucuna varılabilir. Yargıtayın çalışılmayan cumartesi gününü akdi tatil günü olarak kabul eden kararı bu yönüyle isabetli değildir. Kaldı ki, çalışılmayan cumartesi günü akdi tatil günü kabul edilse de davacı ve arkadaşlarının birkaç cumartesi günü çalışmak suretiyle bu günlerde telafi çalışması yapmayı zımnen kabul ettikleri ve bu nedenle de son cumartesi günü çalışmaktan kaçınmalarının sözleşmeye aykırı olduğu sonucuna varılması gerekir.

3) Dava konusu olayda, davacı işçi sözleşmeye aykırı davranmış olsa da, bu şekilde davranmaması gerektiği işverence davacıya hatırlatılmadığı ve davacının kendisine hatırlatılmasına rağmen sözleşmeye aykırı davranmayı sürdürmesi söz konusu olmadığından, yapılan sözleşmeye aykırı davranış İK 25/II, h hükmüne göre haklı fesih nedeni ağırlığına ulaşmamıştır. O nedenle davacı işverenin yaptığı fesih haksızdır. Aynı şekilde geçerli bir fesih nedeninden söz edilebilmesi için de haklı fesih nedeni ağırlığına ulaşmayan sözleşmeye aykırılığın, feshin son çare olması ilkesine uygun olarak işçiye hatırlatıldığı halde tekrarlanması gerekir. Bu koşullar oluşmadığından yapılan feshin geçerli nedene de dayanmadığı düşünülmektedir. Bu nedenlerle gerekçesi yerinde olmasa da Yargıtayın dava konusu feshin geçersiz olduğu sonucuna varması isabetlidir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Süzek, 17 vd. ve orada anılan yazarlar.
- 2 Her ne kadar 4857 sayılı Yasa ile yeni düzenlemeler getirilmişse de, uygulamada bu olanaklardan yeterince yararlanılmadığı görülmektedir (bkz. Astarlı, Telafi Çalışması, 13). Konu, ABD'de başlayan ve küresel boyuta ulaşan ekonomik kriz bağlamında da önem kazanmaktadır.
- 3 Maddede sayılan kavramlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, 1251 vd.; Çelik, İş Hukuku, 329; Süzek, 740-741; Mollamahmutoğlu, 709 vd.; Demir, 157; Eyrenci, 33 vd.; Akyiğit, 3 vd.; Caniklioğlu, 187 vd.; Subaşı, 332 vd.; Ekmekçi, 33 vd.; Astarlı, 323 vd.
- 4 Ekonomi, 1254; Süzek, 741; Caniklioğlu, 194; Astarlı, 336.
- 5 Akyiğit, 6; Caniklioğlu, 194; Ekmekçi, 35.
- 6 Telafi çalışmasına yol açacak nedenlerin Yasa ve İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde sayılanlarla sınırlı olmadığı, fıkrada sayılan benzer nedenlerin varlığında da telafi çalışmasının gündeme gelebileceği görüşü için bkz. Demir, 157; Süzek, 741; Mollamahmutoğlu, 710; Ekmekçi, 33; Akyiğit, 6;

- Caniklioğlu, 188, Subaşı, 337; dn.86; karş. Astarlı, 15-16, 21; Diğer bir görüşün ise, benzeri nedenleri ulusal bayram ve genel tatil günlerinden önce veya sonra tatil edilen günlere "benzer" günler olarak benimsediği görülmektedir (Ekonomi, 1252).
- 7 Ekmekçi, 33. Makine ve araçlar ile işyerindeki herhangi bir periyodik bakım için işçilere iş verilememesi hallerinde de telafi çalışması yapılabileceğine ilişkin diğer görüşler için bkz. Eyrenci, 47; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 235; karş. Ekonomi, 1252; Astarlı, 324-325; Telafi Çalışması, 20.
- 8 Caniklioğlu, 189; karş. Astarlı, Telafi Çalışması, 20.
- 9 Akyiğit, 3-4.
- 10 Eyrenci, 47; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 235, Caniklioğlu, 188; Subaşı, 332, dn.74; ayrıca bkz. Astarlı, Telafi Çalışması, 15 vd.
- 11 Zorunlu nedenlerin kapsamı ve farklı yaklaşımlar için bkz. Ekonomi, 1251-1252; Ekmekçi, 32-33; Eyrenci, 47; Akyiğit, 3-4; Caniklioğlu, 189-190; Astarlı, 323-327.
- 12 Ekonomi, 1252, Süzek, 740.
- 13 Daraltıcı ve genişletici yorum için bkz. Süzek, 25.
- 14 Akyiğit, 3-4; 4857 sayılı Yasa öncesi dönemde, ekonomik krizlerde toplu işçi çıkarmayı önleme yollarından biri olarak telafi çalışmasını öneren bir görüş için bkz. Çelik, 431.
- 15 Bkz. Caniklioğlu, 188; Astarlı'ya göre, işyerinde hammadde ve ekipman teminindeki güçlükler, üretilen mala olan talebin azlığı, stok fazlalığı gibi işletme riski içerisinde değerlendirilen birtakım işletme güçlüklerinin zorunlu neden kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. İşletme riskinin işçiler üzerine bırakılabilmesi veya işçi veya işveren arasında paylaşılabilmesi kanuni veya akdi bir düzenleme ile söz konusu olabilir (Astarlı, Telafi Çalışması, 22-23, döviz dalgalanmaları ile ilgili olarak ayrıca bkz. Telafi Çalışması, 24).
- 16 Ekonomi, 1257; Demir, 157; Süzek, 742; Eyrenci, 180; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 236; Mollamahmutoğlu, 709; Akyiğit, 14; Ekmekçi, 36; Caniklioğlu, 196; Astarlı, Telafi Çalışması, 30.
- 17 Akyiğit, 14.
- 18 Astarlı, Telafi Çalışması, 31-32.
- 19 Mollamahmutoğlu, 709-710; Caniklioğlu, 197; Astarlı, Telafi Çalışması, 32.
- 20 Caniklioğlu, 197; Astarlı, 344; Telafi Çalışması, 32.
- 21 Caniklioğlu, 197.
- 22 Akyiğit, 14; İşverenin tek taraflı serbest zaman vermesine işçilerin itiraz etmeksizin uymalarının zımnı onay olarak yorumlanması gerektiği görüşü için bkz. Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 237.
- 23 Demir, 156-157; Ekonomi, 1257; Ekmekçi, 36-37; Subaşı, 337, dn.85, 91.
- 24 Ekonomi, 1257; Ekmekçi, 36. Ayrıca bkz. Demir, 157.
- 25 Ancak, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanununun 2/D, 2 maddesi uyarınca genel tatil günü olan Cumartesi günleri, işçinin böyle bir günde çalışmayı kabul etmesiyle iş günü haline gelmemişse, işveren genel tatil günü haline gelen Cumartesi gününde işçilerine telafi çalıştırması yaptırılmaz (bkz. Akyiğit, 5).
- 26 Ekmekçi, 36.
- 27 Söz konusu bildirimle ilgili ayrıntılı bilgi ve çeşitli olasılıkların değerlendirilmesi için bkz. Akyiğit, 9 vd.
- 28 Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 7. maddesinin 2. fıkrasına göre, telafi çalışması yaptıracak işveren, bu çalışmanın hangi nedene

dayandığını açıkça belirtmek, hangi tarihte çalışmaya başlanacağını ilgili işçilere bildirmek zorundadır.

- 29 Bkz. Süzek, 643; Telafi çalışmasına katılmayan işçinin iş sözleşmesinin, işi ifa borcuna aykırı davranması nedeniyle İK'nın 25. maddesinin II. bendinin h fıkrasındaki koşullar oluşmuşsa, işverence haklı nedenle feshedilebileceği hususunda bkz. Mollamahmutoğlu, 710.
- 30 Geçerli fesih nedenleri ve işçinin geçerli feshe neden olan davranışları ile haklı fesih nedenleri ayrımı için bkz. Süzek, 505 vd. İşveren bakımından haklı fesih nedenleri için ayrıca bkz., Çelik, İş Hukuku, 255 vd.; Süzek, 632 vd.; Mollamahmutoğlu, 492 vd.
- 31 İşçinin devamsızlığının geçerli fesih nedeni oluşturmasının koşulları için bkz. Süzek, 522-523.
- 32 Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Güzel, 57 vd.; Süzek, 538 vd.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan; Telafi Çalışması, TÜHİS, Şubat 2005, 1-16.
- Astarlı, Muhittin; İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008.
- Astarlı, Muhittin; Telafi Çalışması, LEGAL Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 7, 2008, 9-34 (Telafi Çalışması).
- Caniklioğlu, Nurşen; 4857 Sayılı Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası tarafından düzenlenen III. Yılında İş Yasası Seminer Notları, 2005, 149-199.
- Çelik, Nuri; Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Arayışları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 427-436.
- Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2008 (İş Hukuku).
- Demir, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir 2005.
- Ekmekçi, Ömer; 4857 sayılı İş Kanunu'nda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri, Çimento İşveren, Kasım 2005, 29-39.
- Ekonomi, Münir; Telafi Çalışması, LEGAL İHSGHD, 2004, Ekim-Aralık, S.4, 1248-1260.
- Eyrenci, Öner; 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme, LEGAL İHSGHD, 2004, Ocak-Mart, S.1, 15-56.
- Eyrenci, Öner-Taşkent, Savaş-Ulucan, Devrim; Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Baskı, İstanbul 2006.
- Güzel, Ali; İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, LEGAL Hukuk Kitapları Serisi: 49; 2005; 57-90.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2005.
- Subaşı, İbrahim; İş Hukukunda Çalışma Süreleri, A. Can Tuncay'a Armağan, LEGAL Hukuk Kitapları Serisi: 49; 2005; 301-360.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008.

Prof. Dr. Metin KUTAL

Kadir Has Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Grev Hakkının Uluslararası Normları ve Türk Mevzuatının Bunlara Uyum Sorunu

GİRİŞ

1961 Anayasası ile grev yasağından anayasal bir hak konumuna gelen grev hakkı, geride bıraktığımız yarım yüzyıla yakın sürede üzerinde en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Bu hakkın kullanılmasını ilk kez düzenleyen 275 sayılı Kanun'un parlamentoda görüşülmesi sırasından yapılan tartışmalar hep devam etmiştir. 12 Eylül 1980 askeri müdahalesinde tüm grev ve lokavtların yasaklanması; 1982 Anayasası'nda bu hakka birçok kısıtlamaların getirilmesi (m.54), 2822 sayılı Yasa ile (1983) bu kısıtlı grev hakkının yasal bir çerçeveye oturtulması, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) yıllık konferanslarında bu yasal çerçeveden kaynaklanan sorunların gündeme getirilmesi ve ülkemiz aleyhine karar tasarılarının kabulünde hep grev sorununun payı vardır.

1980 askeri müdahale sonrası başlayan ilk grevler ve 2822 sayılı Yasa'da yapılan değişiklikler, ILO Uzmanlar Komisyonu'nun bunları değerlendirmesi ve yetersiz bulması; Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde konunun yeniden güncellik kazanması, sorunun önemini kanıtlamaktadır. Son aylarda siyasal iktidara mensup yedi milletvekilinin hazırladıkları bir kanun teklifi 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda çok sayıda değişiklikleri öngörmektedir. Bu arada

1982 Anayasası'nda çalışma hayatını ilgilendiren maddelerde yapılan değişiklikler sırasında grev hakkı ile ilgili 54. maddeye hiç dokunulmaması dikkat çekici bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Soruna çağdaş bir çözüm bulabilmek için ILO'nun sözleşmelerine uyum sağlamak, bunun için de adı geçen örgütün konu ile ilgili yorum ve kararlarına başvurmak gerekmektedir. Biz de bu yazımızda önce ILO'nun grev hakkına ilişkin ilke ve yorumlarına işaret edecek, daha sonra bu hususta Türk mevzuatının durumunu açıklamaya ve bazı çözüm önerilerini ilgililerin dikkatine sunmaya çalışacağız.

I- ILO'NUN GREV HAKKINA İLİŞKİN NORMLARI VE BUNLARLA İLGİLİ UZMANLAR KOMİSYONU'NUN YORUMLARI

Grev hakkı ILO'nun ilk anayasasında ya da Filedelfiya Bildirgesi'nde açıkça ifade edilmediği gibi, sendika özgürlüğü ve serbest toplu pazarlık haklarını düzenleyen 87 ve 98 sayılı Sözleşmelerde de açıkça yer almamıştır. Ancak ILO'nun Uzmanlar Komisyonu ve Sendika Özgürlüğü Komitesi yıllar-

dan beri bu hakkın sendika özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu yorumunu yapmaktadırlar. Bu hususta ileri sürülen kanıtlar şunlardır:

1-Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı Sözleşme Hükümleri:

ILO'nun uzmanlık organları bu konuda adı geçen Sözleşme'nin 3 ve 10. maddeleri üzerinde özellikle durmaktadırlar. 1948 tarihli bu Sözleşme, 1947 ve 1948 yıllarında ILO Konferanslarında görüşülürken grev hakkına açıkça yollamalar yapılmış, bu hususta itirazlar ileri sürülmemiş, bu hakkı sınırlayıcı önergeler verilmemiştir. Sonuçta ortaya çıkan 87 sayılı Sözleşme'nin özellikle 3. maddesi bu konuda yol gösterici niteliktedir. Bu maddeye göre çalışanların ve işverenlerin örgütleri tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, etkinliklerini ve iş programlarını serbestçe belirlemek hakkına sahiptirler (m.3/I). Sendikaların üyelerinin hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için sahip oldukları en etkili araç grev hakkı olduğuna göre bu hakkın kullanılması da iş programlarını serbestçe düzenleme hakkının bir parçası olduğu açıktır. Esasen sözü edilen 3. maddenin ikinci fıkrasında "kamu makamlarının bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun olarak kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden" sakıncaları gerektiği belirtilmektedir.

Aynı Sözleşme'nin 10. maddesinde de "örgüt" kavramı açıklanmakta ve "çalışanların ve işverenlerin çıkarlarına hizmet ve bu çıkarları savunma amacı" temel bir öge olarak kabul edilmektedir. Bu savunmanın en vazgeçilmez aracı kuşkusuz grev hakkıdır.

Nitekim gerek Sendika Özgürlüğü Komitesi, gerek Uzmanlar Komisyonu grev hakkını sendikal örgütlenme hakkının vazgeçilmez bir parçası olarak kabul etmektedirler¹.

2-ILO'nun Diğer Belgelerinde Grev Hakkı:

87 sayılı Sözleşme'den (1948) bir yıl sonraki konferansta (1949) kabul edilen 98 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesinde de dolaylı biçimde grev hakkına yollama yapıldığı ileri sürülmektedir. Üye

devletlere yüklenen serbest toplu pazarlık hakkını teşvik etme ve geliştirme yükümlülüğünün kendiliğinden grev hakkını gündeme getirdiği kabul edilmektedir.

Bunun gibi Cebri Çalıştırmanın İlgasına İlişkin 105 sayılı Sözleşme'nin (1957) 1. maddesinde, serbest uzlaştırma ve tahkime ilişkin 1951 tarihli 92 sayılı Tavsiye Kararı'nda dolaylı biçimde grev hakkına işaret edilmektedir. Ayrıca ILO'nun gerek yıllık, gerek bölgesel konferanslarında kabul edilen bir çok karar tasarısında açıkça grev hakkına yollama yapılmıştır.

Bunun gibi Avrupa Sosyal Şartı'nın 6/4. maddesinde (1961) açıkça menfaat grevi zikredilmektedir.

3-ILO Uzmanlar Komisyonu'nun ve Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin Grev Hakkına İlişkin Bazı Yorumları:

Sendika Özgürlüğü Komitesi ikinci toplantısından (1952) itibaren, Uzmanlar Komisyonu ise 1959'dan beri, grev hakkını özgür örgütlenme hakkının bir parçası olarak yorumlamışlardır.

ILO'nun sözünü ettiğimiz organlarının grev hakkı ile ilgili yorumlarından bazıları şunlardır:

a) Grevin tamamen yasaklanması:

Otoriter rejimlerde uygulanan bu kapsamlı ve sürekli yasağı ILO mevzuatı ile bağdaştırmak mümkün değildir. Ancak bazı üye devletler olağanüstü ve istisnai hallerde bu tür bir yasağa başvurmaktadırlar. Bu tür yasaklara ILO ancak çok vahim kriz hallerinde geçici bir süre için izin vermektedir. Örneğin siyasal çoğulcu rejimi tehdit eden bir isyan hareketi, kapsamlı bir doğal afet bu duruma örnek olarak gösterilmektedir².

Bazı ülke yasalarında ise toplu iş uyuşmazlığı halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine zorunlu tahkim sistemi devreye girmekte ve sonuç itibarıyla grev hakkı pratik olarak yasaklanmış olmaktadır. ILO bu durumu da 87 sayılı Sözleşme'ye tamamen aykırı bulmaktadır³.

Hatırlanacağı gibi 1971 öncesi ülkemizde yürürlükte olan 3008 sayılı İş Kanunu toplu iş uyuşmazlıklarını ayrıntılı hükümlerle düzenlemiş ve sonuçta bu tür uyuşmazlıkların Yüksek Hakem Kurulu

Grev hakkı 87 sayılı Sözleşme tarafından güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Ancak her hak gibi bu hak da mutlak değildir, çok özel ve istisnai durumlarda kısıtlanabilir, hatta yasaklanabilir.

tarafından kesin olarak çözüme bağlanacağını kabul etmişti. Gerçi aynı yasada grevin yasak olduğu da açıkça ifade edilmişti (m.72).

b) Temel hizmetlerde grev yasağı:

Temel hizmet kavramı çeşitli ülkelerin yasalarında farklı biçimlerde tanımlandığına dikkati çeken ILO, bazı ülkelerde “kamu düzeni”, “kamu yararı”, “iktisadi gelişme” gibi terimlerle bu yasağın konulduğuna işaret etmekte ve bunların temel hizmet kavramını yeterince açıklamadığı sonucuna varmaktadır.

Uzmanlar Komisyonu'na göre temel hizmetler, kesintiye uğraması halinde halkın sağlığını, güvenliğini, hatta yaşamını tehlikeye sokan hizmetlerdir⁴. Komisyon bu konuda bir liste verilmesinin imkânsız olduğunu da hatırlatmaktadır.

Gerçekten toplumlar arasındaki yapısal farklar; ekonomik, sosyal, siyasal gelişme düzeylerinin farklılığı bu konuda evrensel ölçütleri imkânsız kılmaktadır.

Grev nedeniyle halkın sağlığını, güvenliğini, hatta yaşamını tehdit eden temel hizmetlerde ortaya çıkan aksamaların sürekli olması halinde üye ülkelerin yasalar çıkararak bu tür grevlere yasak koyabilecekleri kabul edilmektedir.

c) Kamu hizmetlerinde grev yasağı:

Genellikle kamu görevlileri tarafından yapılan bu tür hizmetler birçok ülkede grev yasakları kapsamına alınmıştır. Esasen birçok ülkede kamu görevlilerinin örgütlenme, toplu pazarlık ve grev hakları ayrı yasalarla düzenlenmiştir. Bazı ülkelerde ise bu ayırım yapılmamıştır. Kamu kesiminde genel bir grev yasağı bulunmayan ülkelerde de tüm kamu görevlilerinin bu haktan yararlandıkları sonucu çıkarılmamalıdır. Özellikle “memur” kavramı ülkeden ülkeye değişebilmektedir⁵.

Uzmanlar Komisyonu'na göre kamu hizmetlerinde görevli memurların bu haktan yoksun bırakılabileceği kesimi “devlet adına kamu otoritesini kullananlarla” sınırlı tutulmalıdır⁶. Ayrıca grev yasağı kapsamına giren çalışanların ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini koruyabilmek için hızlı, etkili ve tarafsız barışçı çözüm yolları ile sistem dengelenmelidir. Bunlar uzlaştırma, arabulma veya tahkim gibi yollar olabilir.

d) Bazı grev türlerinde grev yasakları:

ILO Uzmanlar Komisyonu bazı grev türleri üzerindeki görüşlerini de açıklamıştır. Bunlar bazı ülkelerde yasaklanan, doktrin de ise tartışmaya açık grevlerdir: Siyasal amaçlı grevler, dayanışma grevleri, verim düşürücü direnişler gibi.

Bu gibi eylemler hakkında Uzmanlar Komisyonu kesin olarak yasaklanabilir sonucuna varmaktadır. Komisyon'a göre salt siyasal (dar anlamda politika) nitelikli grevler sendika özgürlüğü alanına girmemektedir. Ancak uygulamada siyasal ve mesleki nitelikler genellikle iç içe bulunmaktadır. Ücretlerin ve fiyatların siyasal iktidar tarafından dondurulmasını protesto etmek için yapılan bir grev bu duruma örnek gösterilebilir. Hükümetin dış ticaret politikası istihdam alanında olumsuz etkiler doğuruyorsa, sendikalar buna karşı grev kararı alırlarsa bu salt politik bir grev sayılabilecek midir?

Komisyon'a göre çalışanların mesleki hak ve çıkarlarını korumakla görevli olan sendikalar, bunları yakın planda etkileyen konularda (istihdam, sosyal koruma, yaşam düzeyi gibi) sorunun çözümünü sağlayabilmek için grev hakkını kullanabilirler.

Dayanışma grevlerine de Komisyon bazı koşullarla hoşgörü göstermektedir. Bunun nedeni günümüzde holdingleşme eğilimlerinin artması ve çokuluslu şirketlerin dünya çapında bir etkinliğe kavuşmuş olmalarıdır. Komisyona göre aynı işverenin kontrolündeki şirketlere ait işyerlerinde dayanışma grevlerini yasaklamak 87 sayılı Sözleşme'ye aykırıdır. Bunun tek koşulu greve çıkmış olan sendikanın eyleminin yasaya uygun olmasıdır.

Verim düşürücü toplu iş mücadelerine gelince, bu hareketlerin grev tanımına uyup uymadıkları kuşkuludur. Zira işçiler topluca çalışmamak için iş yerini terk etmemektedirler. Topluca yavaş çalışmak veya çok özenle çalışıyormuş gibi davranarak

verimi düşürmek yoluna giden işçiler işletmeye açıkça grev yapan işçilerden daha çok zarar vermektedirler. Komisyon bu konuda üye ülkelerin yasalarında çok farklı düzenlemelerin bulunduğuna işaret etmekte ve bu tür eylemlerin barışçı niteliklerini kaybettikleri takdirde yasa dışı sayılabileceklerini kabul etmektedir⁷.

e) Yasa dışı grevlerde yaptırımlar:

Uzmanlar Komisyonu yasa dışı grevlerde bazı ülkelerde (Ekvator, Filipinler, Sudan, Suriye gibi) hukuki yaptırım yanında cezai yaptırımlara da yer verildiğini belirtmektedir. Komisyona göre sendika özgürlüğünü tehlikeye sokan grevlere yaptırım uygulanabilir. Ayrıca uygulanacak hukuki ve cezai yaptırımın sendika özgürlüğünü ihlal derecesi ile uyumlu ve adil olmalıdır. Özellikle ölçüsüz cezai yaptırımlar endüstri ilişkilerinin düzenli ve ahenkli işleyişini olumsuz yönde etkiler. Yasalarda öngörülen hapis cezalarına ise ciddi ihlallerin olması ve verilen cezaya karşı itiraz yollarının açık tutulması halinde izin verilebilir.

f) Grevden işverenin önceden haberdar edilmesi, barışçıl çözüme başvurma ve sosyal barışı koruma yükümlülüğü:

Başlayacak olan bir grevden işvereni belirli bir süre önce haberdar etme ya da etmemenin farklı iki sistem olarak ülkelerin yasalarında yer aldığını belirten Komisyon, her iki sistemi de 87 sayılı Sözleşme'ye uygun bulmaktadır.

Bunun gibi greve gitmeden tarafları son bir kez bir araya getirmeyi amaçlayan uzlaştırma, arabuluculuk gibi barışçıl yolları Komisyon 98 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesine uygun bulmaktadır. Ancak grevin bildirilmesi ya da barışçı çözümlerin devreye sokulması grevi imkânsız kılma, engelleme amacını taşımamalıdır. Bu yüzden bildirim sürelerinin ya da barışçıl yolların olabildiğince kısa tutulması, bu sürecin uyuşmazlık konularının somutlaşmasına hizmet edip etmediği araştırılmalıdır.

Toplu iş sözleşmesi imzalanıp yürürlüğe girdikten sonra işçi sendikasının grev hakkını kullanabilip kullanamayacağı iki ayrı sistem olarak ülke yasalarına girmiştir. Toplu sözleşme yapıldıktan sonra tarafların sosyal barışçı koruma yükümlülüğünü benimseyen ülkeler bu dönemde grev hakkına izin vermemektedirler. Literatürde hak grevi olarak isimlendirilen bu grevlerin yasaklanmasını, Komis-

yon bazı koşullarla kabul etmekte ve ILO Sözleşmeleri'ne aykırı bulmamaktadır.

Komisyon'a göre bu hususta önemli olan toplu sözleşmenin yürürlükte kaldığı sürede sendikanın bu sözleşmenin uygulanması veya yorumundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hızlı ve tarafsız bir yargı ya da tahkim yolundan yararlanabilmesidir⁸.

g) Grevci işçileri askere alma:

Fransa gibi bazı ülkelerde grevi etkisiz hale getirebilmek amacı ile siyasal iktidarların grevci işçileri silah altına almak suretiyle grevcilerin yaptığı eylemi yasa dışı hale getirmesini, uygulamada çok az kullanılmasına karşın, Uzmanlar Komisyonu yorumlamıştır.

ABD mevzuatından (Taft-Hartlig-1947) Türk hukukuna geçen, bu husustaki bir başka uygulama yürütme organının belirli bir süre ile yasal bir grevi ertelemesidir.

Komisyona göre bu uygulamalar ilke olarak kabul edilemez⁹. Ancak temel hizmetlerde meydana gelen aksamalarla sınırlı olarak, istisnai ve vahim durumlarda uygulanması ILO mevzuatına aykırı değildir.

ILO Uzmanlar Komisyonu'nun yukarıda özetle açıklanan yorumlarından çıkan sonuç şudur. Grev hakkı 87 sayılı Sözleşme (m.3) tarafından güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Ancak her hak gibi bu hak da mutlak değildir, çok özel ve istisnai durumlarda kısıtlanabilir, hatta yasaklanabilir. Ancak bu durumların yasalarda belirtilmesi ve grev hakkı ile elde edilebilecek hak ve menfaatleri telafi edici güvencelerin yasalarda öngörülmesi zorunluluğu vardır.

II- TÜRK MEVZUATINDA GREV HAKKINA GENEL BİR BAKIŞ

Türk hukukunda uzun yıllar genel bir grev ya-sağı uygulanmıştır (1936-1961). 1961 Anayasası ile grev üzerindeki tartışmalar bitirilmiş ve işçilere (tüm çalışanlara değil) grev anayasal bir hak olarak tanınmıştır. Bu hakkın sınırlarının ve kullanilma biçiminin yasa ile belirleneceği kabul edilmiş ve nitekim 1963 tarihli 275 sayılı Kanun bu hususta gerekli düzenlemeleri yapmıştır.

Bir tepki anayasası olan 1982 T.C. Anayasası grevi tanımış (m.54) ancak birçok sınırlamaları da beraberinde getirmiştir. Sözü geçen Anayasanın

çalışma hayatına ilişkin hükümlerinde (m.49, 51, 52 ve 53) zaman zaman değişiklikler yapılmasına karşılık grevle ilgili 54. madde günümüze kadar hiç değişmemiştir.

Buna mukabil 53. maddeye 1995 yılında eklenen bir fıkra ile kamu görevlilerinin örgütlenme ve toplu görüşme hakları düzenlenirken 54. maddeye yollama yapılmış, kamu görevlilerinin Anayasadan kaynaklanan grev hakkının kapsamı dışında kaldığı ifade edilmiştir.

1- 1982 T.C. Anayasası'nda grev hakkı ve sınırları (m.54):

a) Grev hakkı tüm çalışanlara değil, işçilere tanınmıştır.

Örneğin Anayasa'nın sendikal örgütlenme hakkına ilişkin 51. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle tüm çalışanlara ve işverenlere sendika ve üst kuruluş kurma ve bunlara üye olma hakkı tanınmıştır. Böylece 1983 yılında onaylanan ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesi'ne uyum sağlanmıştır.

Grev hakkını düzenleyen 54. maddede ise sadece işçilerden söz edilmiştir. Esasen yukarıda da işaret edildiği gibi 1995 Anayasa değişikliği sırasında kamu görevlilerinin 54. madde kapsamı dışında oldukları belirtilmiştir.

Bu düzenlemelere karşın kanımızca kamu görevlilerine işçilerden farklı bir düzenleme ile grev hakkının verilmesi mümkündür. Başka bir anlatımla kamu görevlilerine özgü bir grev sisteminin yasa ile düzenlenmesine anayasal bir engel bulunmamaktadır.

b) İşçilerin Anayasanın güvencesi altındaki grev hakları sadece menfaat uyuşmazlıkları için geçerlidir.

1961 Anayasası'ndan farklı olarak 1982 Anayasası hangi tür grevler için anayasal bir güvence sağlandığını açıkça belirtmiştir. Buna göre "toplular sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler". Şu halde toplular sözleşmesi yapıldıktan sonra bu sözleşmenin uygulanmaması veya yorumu ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığında işçiler grev haklarını kullanamayacaklardır. Doktrinde toplular pazarlık aşamasında patlak veren grevlere menfaat; toplular sözleşmenin uygulama aşamasındaki grevlere de "hak

grevi" adı verildiğinden denilebilir ki, 1982 Anayasası sadece "menfaat grevini" güvence altına almış, "hak grevi"ni düzenleme yoluna gitmemiştir.

c) Hükümetin grev ertelemelerinde uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu'nca kesin olarak çözümlenecektir.

Grev yasaklarında toplular iş sözleşmelerinin zorunlu tahkim yoluyla bağlanacağına kuşku yoktur. Önemli olan grev yasaklarının kapsamıdır.

Halbuki 1982 Anayasası'nda grev ertelemelerinde de erteleme süresi sonunda uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca çözüleceği açıkça hükme bağlanmıştır. Başka bir ifade ile Türk Anayasasında grev yasakları ile grev ertelemeleri arasında sonuçta bir fark kalmamaktadır. Zira Anayasada "Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplular iş sözleşmesi hükmündedir" denilmiştir (m.54/V).

d) Anayasanın grev hakkını sınırlayan diğer hükümleri:

54. maddede yukarıdaki sınırlamalar dışında grev hakkı ile ilgili başka yasaklar da vardır. Örneğin 54. maddenin I. fıkrasında grev hakkının kullanılmasının "usul ve şartları ile kapsam ve istisnalar kanunla düzenlenir" hükmü bulunmaktadır. Şu halde kanun koyucu Anayasadan aldığı güçle grev hakkının gerek kullanılmasında, gerek kapsam ve istisnalarında gerekli düzenlemeleri yapabilecektir.

Ayrıca 54. madde de grev hakkının "iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde" kullanılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Anayasada bu gibi ayrıntıların bulunmasına gerek olmadığı eleştirileri bir yana; iyi niyet, toplum yararı, milli servet gibi soyut kavramların içeriğinin ne olduğu da çok tartışma konusudur. Bu kavramların yargı kararları ile somutlaşabileceği beklentileri de yeterli bir güvence sayılamaz.

Bu ayrıntılar yanında 54. maddede "greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerlerinde sebep oldukları maddi zarardan" sendika sorumlu tutulmuştur.

Nihayet 1982 Anayasası'nca 54. maddesinde (fıkra VII) bazı grev türleri doğrudan doğruya yasaklanmıştır. Bunlar "siyasal amaçlı grevler, daya-

nışma grevleri, genel grev, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişlerdir”.

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi (m.11) dikkate alındığında yukarıda saydığımız grev yasak ve sınırlamalarının yasama organı başta olmak üzere tüm yargı organlarını, idare makamlarını bağladığı ortaya çıkmaktadır. Öte yandan 54. maddede yer alan ve yasaklanan grevlerle ilgili ILO Uzmanlar Komisyonu'nun yorumları karşısında ciddi bir uyum sorunu ile karşı karşıya bulunduğumuz anlaşılmaktadır. İşin ilginç yönü 54. madde şimdiki biçimi ile muhafaza edildiği sürece yasal düzenlemelerle T.C.'nin taraf olduğu sözleşmelere uyum sağlamak amacı ile yeni yasal düzenlemelerin yapılması da mümkün olamayacaktır. Zira sonuçta bu yasalar anayasa yargısı yoluyla iptal edilme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaklardır.

2-2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası'nda grev hakkı ve sınırları:

Grev hakkını, Anayasa'nın 54. maddesi çerçevesinde düzenleyen 2822 sayılı Yasa'da da, doğal olarak ILO normlarına uyumlu olmayan hükümler bulunmaktadır. Bunların bir kısmı 1988 yılında çıkarılan 3451 sayılı Kanun'la düzeltilmiş, ancak birçok uyumsuz hüküm günümüze kadar gelmiştir. Bunlardan bazıları şunlardır:

a) Kapsamlı grev yasakları (m.29, 30, 31):

Bu yasaklardan bir kısmı, bazı koşullarla ILO normlarına uymaktadır. Örneğin can ve mal kurtarma işleri ile su, elektrik hizmetleri, yukarıda açıklanan özel durumlarda yasak kapsamına alınabilir. Ancak 29 ve 30. maddelerde bu yasak petro-kimya işlerinin önemli bir kısmını, banka ve noterlik hizmetlerini, kamu kuruluşlarınca yürütülen şehir içi tüm ulaştırma hizmetlerini, tüm eğitim ve askeri işyerleri kapsamaktadır. Bunları ILO normları çerçevesinde gözden geçirmede zorunluluk vardır.

b) Yasal grevle ilgili ayrıntılı düzenlemeler (m.27, 28, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 47, 50):

2822 sayılı Yasa grev yasakları yanında, grev hakkını kullanmayı zorlaştırmakta, bu nedenle ILO normlarına ters düşmektedir. 2822 sayılı Yasa, yasal bir grev kararının alınmasından başlayarak grev kararının kaldırılmasına kadarki süreçte çok ayrıntılı

düzenlemeler getirmiş ve bunları iki önemli yaptırıma bağlamıştır. Birincisi sendikanın toplu pazarlık yapabilmesi için Bakanlıktan aldığı yetki belgesinin hükümsüz kalmasıdır (m.27, 36/III, 37/II). İkincisi ise yasal sürece uyulmadan yapılan grevin yasa dışı grev konumuna düşmesi (m.46) ve böylece hukuki (m.45) ve cezai (m.70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81) yaptırımların devreye girmesidir. Cezai yaptırımların bir kısmında para cezası yanında hapis cezasının da öngörülmüş olduğunu da unutmamak gerekmektedir.

Öte yandan sendikanın grev kararı almadan resmi bir arabuluculuk sisteminden geçme zorunda olduğu bilinmektedir.

Kuşkusuz greve başlamadan bazı barışçı yolların devreye girmesi, tarafların özgür pazarlık sistemi içinde kendiliklerinden sonuca ulaşmalarını sağlamak için yasalara bazı hükümler koymanın yararı vardır. Ancak 2822 sayılı Yasa'nın, açık ve ayrıntılı düzenlemelerle, bu hakkın kullanılmasını zorlaştırdığı görülmektedir.

c) Hükümetin yasal bir grevi erteleme (m.33, 34):

Kaynağını doğrudan doğruya Anayasa'nın 54. maddesinden alan bu düzenlemeye (m.33, 34) ABD ve AB ülkelerinin aksine Türkiye'de çeşitli siyasal iktidarlar tarafından çok sık başvurulmuştur. Halbuki bu müdahalenin çok istisnai durumlarda (ulusal güvenlik ve genel sağlık) kullanılması yasanın bir gereğidir.

Üstelik 1982 Anayasası ile getirilen yeni bir hüküm uyarınca erteleme süresinin sonunda uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu tarafından kesin olarak çözümlenmekte ve verilen karar toplu iş sözleşmesi haline dönüşmektedir (m.54/V). Böylece Hükümetçe ertelenen bir grev ile grev yasağının bulunduğu bir iş veya işyeri arasında bir fark kalmamaktadır. ILO Uzmanlar Komitesi ve Konferanstaki Denetleme Komisyonu'nun Türk Hükümetine yönelttiği en önemli eleştirilerden biri de budur.

d) Barışçı çözüm yollarının yeterince etkili olamaması (m.22, 23, 52, 53, 58, 59, 60, 61):

Toplu iş uyuşmazlıklarında etkili barışçı çözümler bulabilmek için hemen her dönemde Türk yasa koyucusu arayışlar içinde olmuştur. 1963 öncesi dönemi bir yana bırakırsak, grev hakkının ana-

yasalara girdiği dönemlerde de başarılı sonuçlara bir türlü ulaşamamıştır. 275 sayılı Yasa'daki "uzlaştırma" beklenen etkinliği sağlayamamış, 1983 Yasası'nda "arabuluculuk" sistemine geçilmiştir.

Bunun gibi tarafların anlaşması ile devreye girebilen seçimler tahkim yaygınlık kazanamamış, zorunlu tahkim organı olan Yüksek Hakem Kurulu da, yapısı gereği işçi kanadının güvenini tam olarak sağlayamamıştır.

Toplu iş uyuşmazlıklarında, grev hakkının özüne dokunmadan etkili bir barışçı çözüm sistemini kurmak ve işletmek kuşkusuz kolay bir iş değildir. Bunun için vazgeçilmez iki koşuldan biri sistemin tarafların güvenini kazanması, tarafsız olması, diğeri ise uzman bir organ olmasıdır.

2822 sayılı Yasa'da öngörülen resmi arabuluculuk sisteminin başarısı çok sınırlı kalmış, işçi sendikaları bu kurumun sendikaca greve gidiş yolunu geciktirmekten başka bir işe yaramadığını sık sık ifade etmişlerdir.

3-Kamu görevlilerine grev hakkının tanınmaması:

Anayasa'nın 53. maddesine 1995 yılında eklenen bir fıkra ile sendikal örgütlenme hakkına kavuşan kamu görevlilerinin 54. maddedeki grev hakkının kapsamı dışında kaldıkları kesindir. 2001 yılında çıkarılan Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda da (m.34, 35) Anayasa'nın 53. maddesi çerçevesinde bir düzenleme yapılmış ve toplu görüşme sonucunda ister anlaşma sağlansın, ister sağlanmasın taraflarca imzalanacak bir tutanağın Bakanlar Kurulu'na sunulacağı öngörülmüştür.

Bu kadar kapsamlı bir yasağın ILO normlarına uymadığı kesindir. Yukarıda da açıklandığı gibi ILO'nun uzman organları çok üst düzeyde devlet otoritesini doğrudan kullanan bazı kamu görevlileri dışında kamuda çalışan tüm kamu personelinin bu haktan yoksun bırakmayı ILO normlarına uygun bulmamaktadır.

III-GREV HAKKI KONUSUNDA ILO NORMLARINA UYUM SORUNU VE BAZI ÖNERİLER

Türk mevzuatında başta Anayasa olmak üzere 2822 ve 4688 sayılı Yasaların ILO normlarına uymayan birçok düzenlemeye sahip olduğu anlaşıl-

maktadır. Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti'nin sık sık yıllık ILO Konferansında gündeme alındığı, Uzmanlar Komisyonu'nun yıllık raporlarında kapsamlı incelemelere tabi tutulduğu, ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin yorum kararların çıkmasına neden olduğu görülmektedir.

Kuşkusuz bu durum Avrupa Birliği ile üyelik müzakereleri aşamasına gelmiş bir ülke için doğal karşılanmaz. Bir an önce Türk mevzuatının, Türkiye Cumhuriyeti'nin onayladığı 87, 98 ve 151 sayılı ILO Sözleşmeleri'nin hükümlerine uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Böylece her yıl dünyadan yirmi civarında ülkenin gündeme alındığı listede sık sık gösterilmesinin önüne geçilmelidir. Bunun için yapılması gerekenler kanımızca şunlardır:

1-Anayasa'nın 53 ve 54. maddeleri yeniden düzenlenmelidir:

1995 Anayasa değişikliği (Yasa no: 4121, m.4) ile 53. maddeye eklenen III. fıkra kamu görevlilerine sendikal örgütlenme hakkını getirmiştir. Ancak bu yeni fıkra bütünü ile değerlendirildiğinde ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri'ne yeterince uyum sağlamadığı anlaşılmaktadır. Toplu pazarlık yerine toplu görüşme terimini benimseyen bu fıkra idare ile amaçları doğrultusunda yapacakları görüşmelerde anlaşma sağlanmadığı takdirde grev yolu açılmamış, aksine düzenlenecek tutanağın idari ve kanuni düzenlemelerin yapılabilmesi için Bakanlar Kurulu'nun takdirine sunulacağını öngörmüştür¹⁰. Bu niteliği ile çalışanların kurdukları sendikaların 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında faaliyetlerini serbestçe düzenleme, bu arada grev yapma haklarına bu Anayasa hükmünün uymadığı anlaşılmaktadır.

Kuşkusuz, yukarıda açıklandığı gibi ILO yetkili organları da kamu görevlilerinin tümü için geçerli, mutlak bir grev hakkını tanımış değillerdir. Ancak genel bir yasağın kabul görmediği de açıktır. Bu nedenle Anayasa değişikliği çalışmaları sırasında kamu görevlileri ile ilgili grev hakkı yeniden bir düzenleme ile Anayasaya girmelidir. Bu düzenlemede grev hakkı ile ilgili kısım kuşkusuz 53. maddede değil, 54. maddede yer almalıdır.

12 Eylül 1980 müdahalesinin ürünü olan 54. madde ise baştan sona gözden geçirilmeli, grev yasaları ayıklanmalı, erteleme dönemi sonunda uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulu'na gideceği

hükmü kaldırılmalı, “toplum zararı”, “iyi niyet kuralları”, “milli servet” gibi ibarelere son verilmelidir. Bunun gibi greve katılan işçilerin ve sendikaların kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu sebep oldukları maddi zararlardan sendikanın sorumluluğu, şayet gerekiyorsa yasalarla düzenlenmelidir.

2- 2822 sayılı Yasa'nın greve ilişkin birçok maddesi gözden geçirilmeli, yeni bir düzenleme yapılmalıdır:

Önce yasağın bulunduğu işler (m.29) ve yerler (m.30) ILO normları dikkate alınarak yeniden düzenlenmelidir. Şehir içi toplu taşıma hizmetleri, petro-kimya işlerinin önemli bir bölümündeki yasaklar ve banka hizmetlerindeki yasak kaldırılmalıdır.

Nitekim 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda çok sayıda ve önemli değişiklikleri öngören iktidar partisine mensup yedi milletvekili tarafından hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan kanun teklifinde de benzer değişikliklere yer verilmiş, “eğitim ve öğretim kurumları” ibaresi 30. maddeden, bankacılık işkolu 29.maddeden çıkarılmıştır. Kanun teklifi Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nda da görüşülerek, bazı değişikliklerle kabul edilmiştir. Sırası gelmişken belirtelim ki bu teklifte bankacılık işkolundaki grev yasağı kaldırılırken 29. maddeye bir fıkra eklenmiş ve grev ve lokavt sırasında sözleşmeleri gereği (işçilerin) taahhüt ettikleri hizmetlerine devam edebileceklerine ilişkin bir hüküm konulmuştur. Yasal bir grev nedeniyle iş sözleşmesi askıda olan bir işçinin bu yükümlülüğünü nasıl devam ettireceği anlaşılmalıdır.

Yasal bir grev kararından itibaren 2822 sayılı Yasa'da öngörülen, hukuki ve cezai yaptırımlara bağlanan yasal süreç gözden geçirilmelidir. Grev hakkının kullanılmasını güçleştiren süreler ve formaliteler asgariye indirilmelidir. Özellikle grev kararından önce devreye giren arabuluculuk aşamasında tarafların hareket gücü artırılmalıdır. Bunun gibi uyuşmazlık halindeki tarafların kendi girişimleri ile özel hakeme ve bu sıfatta Yüksek Hakem Kurulu'na daha fazla başvurabilmeleri teşvik edilmeli, bunun için ilk iş olarak bu Kurulun yapısındaki kamunun ağırlığını azaltma ve işçi kanadının güvenini artırma yoluna gidilmelidir.

Hükümetin yasal bir grevi 60 gün süre ile erteleme yetkisinde değişiklik yapmak Anayasadan kaynaklanan bir hüküm olması nedeniyle güçlük arz etmektedir. Bunun için Anayasa değişikliği için çalışmalar yapılırken, hükümetin bu kararı almadan önce bir yargı organından, kanımızca Danıştay'dan, istişari bir görüş almasında yarar vardır.

3- 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda bazı koşullarla bir kısım kamu görevlisine grev hakkı tanınmalıdır:

Kuşkusuz 4688 sayılı Kanun çerçevesinde grev hakkını düzenleyebilmek için en sağlıklı yol Anayasa'nın 53/II. maddesinde değişiklik yapmaktır. Ancak işçilere grev hakkını düzenleyen 54. madde dışında kalan ve farklı bir grev hakkının yasa ile düzenlenebilmesi kanımızca mümkündür.

Bunun yasal çerçevesi ise ILO normlarında belirlenmiştir. Devlet otoritesini kullanmaya yetkili kamu görevlileri ile grev nedeniyle kesintiye uğrayan kamu hizmetleri halkın güvenliğini, sağlığını, yaşantısını tehlikeye sokuyorsa bu gibi hizmetlerde çalışanlar grev hakkının kapsamı dışında bırakılabilecektir. Kamu görevlilerinin tümünün grev yasağı alınması, kamu personel yasalarında kamu görevlisi tanımının bir çıkmaz içinde bulunduğu ülkemizde doğru değildir. Memur kadrolarında çalışan binlerce işçinin bulunduğu bir ülkede bu yasağı devam ettirmeye ve bu yasağı ILO normları bakımından savunmaya olanak yoktur.

SONUÇ

Türk mevzuatında uzun yıllar genel bir grev yasağı hüküm sürmüştür. Sanayileşmenin ve sendikacılık hareketlerinin geç başlaması, çoğulcu demokrasinin tüm kurum ve kuralları ile işleyememesi bu yasağın 1961 Anayasası'na kadar devam etmesinde en önemli iki etkidir. Kanımızca bir devrim anayasası olan 1961 Anayasası grev hakkını düzenlememiş olsa idi genel grev yasağı daha bir süre devam edecekti.

Ancak 1961 Anayasası'nda bile bu hak tüm çalışanlara değil, sadece işçilere tanınmıştı. Nitekim kamu görevlilerinin örgütlenme hakkını düzenleyen 624 sayılı Yasa'da grev hakkına yer verilmediği gibi 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 27.

maddesinde grev yasağı konulmuştur. Buna göre “devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev tertiplenmeleri, ilan etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasaktır”. Esasen 12 Mart 1971 döneminde Anayasa'nın 46. maddesindeki “çalışanlar” deyi mi “işçiler” olarak değiştirilmiş ve geçici 16. madde ile mevcut memur sendikaları kapatılmıştır.

Bu koşullar çerçevesinde ülkemizde ILO normlarına uygun bir grev hakkının tüm çalışanlara tanınması bir türlü gerçekleşmemiştir.

12 Eylül 1980 müdahalesinden sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasası'nda da grev hakkına çok sayıda kısıtlama getirilmiştir (m.54). 1993'te ILO'nun 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne İlişkin Sözleşmesi'ni onaylayan Türkiye Cumhuriyeti, bu Sözleşmeye uyum sağlayabilmek için kamu görevlilerine de örgütlenme hakkını verebilmek amacıyla Anayasa'nın 53. maddesine yeni bir fıkra eklemiş, ancak grev ve toplu pazarlık hakkını bu gibi çalışanlara tanımamak için özel bir titizlik göstermiştir.

Görülüyor ki; Türk yasa koyucusu başlangıçtan beri 87 sayılı ILO Sözleşmesi çerçevesinde bir örgütlenme hakkını ve aynı sözleşme uyarınca grev hakkını tüm çalışanlara, özellikle kamu görevlilerine tanımakta çekingen davranmıştır.

Bu durum halen devam ettiğinden ILO'nun denetim organlarında T.C. sürekli gündemde tutulan ülkeler arasında yer almaktadır.

Anayasası gereği sosyal bir hukuk devleti olan; demokratik, çağdaş ve laik bir cumhuriyet olarak Avrupa Birliği'nde üyelik mücadelesini yürüten bir ülkenin ILO'nun grev hakkına ilişkin normlarından uzak kalarak çağdaşlık idealini yakalaması imkansızdır. Unutulmamalıdır ki, ILO normları tüm dünya ülkelerini kapsamak amacı ile çıkarılan oldukça esnek hükümlerdir. Grev hakkını da içeren 87 sayılı Sözleşme, ILO'nun insan haklarına ilişkin yedi sözleşmesinden biridir ve dünyada üye devletler tarafından en çok onaylanan sözleşmeler arasında yer almaktadır¹¹. 1948 yılında kabul edilen bu sözleşmeyi Türkiye Cumhuriyeti ancak 1993 yılında onaylamıştır. Geç kalmanın nedenlerinden biri kamu görevlilerine sendikal örgütlenme hakkını kapsaması diğeri de grev hakkıdır.

Son olarak işaret etmeliyiz ki, son yıllarda ILO'nun çeşitli organlarında ülkemize ilişkin eleştiriler sadece 1982 Anayasası ve 2822 sayılı Yasa'da özgür toplu pazarlık ve grev hakkına ilişkin hü-

kümlerden ibaret değildir. Eleştirilerin önemli bir kısmı da 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu ile ilgilidir. Adı geçen bu son yasa konusunda ne gibi yeni düzenlemeler yapıldığı hakkında herhangi bir bilgiye sahip bulunmamaktayız. Halbuki ILO'nun bu konuda da yorumları açıktır. Kamu görevlilerine de ILO normları çerçevesinde grev hakkını tanımamanın kanımızca zamanı gelmiştir.

DİPNOTLAR

- 1 BIT, Liberté syndicale et négociation collective, Genève 1994, p.69.
- 2 BIT, ibid, p.69.
- 3 BIT, ibid, p.70.
- 4 BIT, ibid, p.73.
- 5 BIT, ibid, p.71.
- 6 BIT, ibid, p.72.
- 7 BIT, ibid, p.78-79.
- 8 BIT, ibid, p.76.
- 9 BIT, ibid, p.74.
- 10 M. Kutsal, “Anayasa Değişikliği Sonrası İş Mevzuatımız” “Çalışma Hayatında 21.Yüzyılın Yeni Ufukları” MESS Semineri, İstanbul 1995, sh.150-158.
- 11 2008 yılı itibarıyla ILO'ya üye 180 üye devletten 148'i bu sözleşmeyi onaylamıştır. Henüz onaylamayan ülkeler arasında Afganistan, Suudi Arabistan, Birleşik Arap Emirlikleri, İran, Irak, Çin gibi ülkeler bulunmaktadır. (Kaynak: BIT, Liberté d'association: enseignements tirés de la pratique, Genève, 2008, p.91-93).

Av. İlhan DOĞAN

MESS Hukuk Müşaviri

Disiplin Kurulu Kararı ile Hizmet Akdinin Feshi

A. GİRİŞ

Toplu iş sözleşmesi endüstri ilişkileri alanının en önemli müesseseleri arasında yer almaktadır. İşçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin yapılması ve sona ermesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları, sözleşmenin uygulanması ve denetimi, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yollar gibi konular düzenlenebilir. İş sözleşmelerinde yer verilmesi mümkün olan bütün hususlar toplu iş sözleşmesi ile de düzenlenebilir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları (normatif kısmı) düzenlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapılabileceğini belirten 2. maddesinin birinci fıkrası, toplu iş sözleşmesi taraflarına emredici hukuk kuralları koyabilme hakkını tanımış ve bu hakkın sınırlarını çizmiştir.¹ Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı; iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi olarak üçe ayrılabilir. Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümlerini ise tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin uygulanması ve denetimi ile uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler oluşturur.

Yukarıda da belirtildiği üzere toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı kapsamında iş sözleşmesinin

sona ermesine ilişkin düzenlemelere yer verilmesi mümkündür. Bir görüşe göre disiplin kurulunun teşkiline ilişkin hükümler, taraflar arasındaki borç ilişkisi hükmüdür. Disiplin kurulunun işleyişine ilişkin hükümler ise hizmet akdinin sona ermesine ilişkin normatif hükümlerdir.² Değerlendirmemizde uygulamada sıkça rastlanan ve Yargıtay kararlarına konu olan disiplin kurulu ile işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple fesih hakkının sınırlandırılması konusu ele alınmaya çalışılacaktır.

B. DİSİPLİN KURULU

İşyerlerinde disiplin kurulu oluşturulmasına ilişkin yasal bir düzenleme mevzuatımızda yer almamaktadır. Disiplin kurulu toplu iş sözleşmelerinde yer alan düzenlemeler ile vücut bulmuş bir müessesedir. Disiplin kurulu uygulamalarına nadiren de olsa yürürlükte toplu iş sözleşmesi olmayan işyerlerinde de rastlanmaktadır. Toplu iş sözleşmesi uygulanan işyerlerinde disiplin kurulu, işçi ve işveren temsilcilerinden oluşur. Disiplin kurulunun kaç kişiden oluşacağı, kararların hangi ekseriyetle alınacağı, hangi cezaların disiplin kurulu işletilmek suretiyle verilebileceği ve alınan kararların hukuki sonuçları gibi konular toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilir.

Bir işyerinde uyulması gereken kurallar, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği

Toplu iş sözleşmesinde açıkça yer verilmemiş bir fiil veya davranış da eğer İş Kanunu'nun 25. maddesine göre işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı veriyorsa, disiplin kurulu kararına gerek olmaksızın iş sözleşmesi Kanun hükümlerine göre sona erdirilebilmelidir.

gibi düzenlemelerde yer alabilir. Disiplin kurulu iş yerinde iş barışını bozmaya yönelik davranış veya hareketler karşısında uygulanması gereken cezaya karar veren mercidir. Toplu iş sözleşmesi uygulanan işyerlerinde, disiplinin kurulunun nasıl oluşacağı, hangi fiillerin disiplin kurulu kararına bağlı olarak cezalandırılacağı, disiplin suçu teşkil eden fiilin cezasının ne olduğu gibi hususlara ilişkin düzenlemeler taraflar arasında akdedilmiş olan toplu iş sözleşmelerinde düzenlenmektedir.

İşverenin, iş sözleşmesini fesih hakkının sınırlandırılmasına yönelik toplu iş sözleşmesi hükümleri, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde geçerli kabul edilmektedir. Kanuna veya bireysel ve toplu iş sözleşmesine aykırı davranışlara verilecek cezaların disiplin kurulundan geçirilmesi ile işçinin haksız ve yersiz şekilde işten çıkartılmasını önlemek ve haklarını korumak amacı güdülmektedir. Belirtmek gerekir ki disiplin kurulu müessesesinin, disiplin cezasını gerektiren fiil veya davranışların cezalandırılması söz konusu olduğu takdirde çalıştırılması gerekir. İşçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine neden olacak bir davranış söz konusu değilse veya fesih işlemi cezai yaptırım niteliğini taşımıyorsa yapılacak feshin disiplin kurulundan geçirilmesinin pek anlamlı olmayacağı açıktır. Disiplin kurulu tarafından bir olay hakkında karar verilebilmesi ancak olaya ilişkin fiil ve hareketlerin toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliklerinde düzenlenmiş bulunan ve işçinin cezalandırılmasını gerektirecek fiil ve hareketlerin olması halinde mümkün olabilecektir.

C. TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİ İLE İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİNİ HAKLI SEBEPLE FESİH HAKKININ SINIRLANDIRILMASI VE BU HAKKI SAKLI TUTAN DÜZENLEMELER

Haklı nedenle fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa belirli veya belirsiz süreli iş akdini derhal feshetme yetkisi veren bir bozucu yenilik doğuran haktır. Sürekli borç ilişkileri yaratan iş akdinde ortaya çıkan bir durum nedeniyle bu ilişkiye devamın taraflardan biri için çekilmez hale gelip gelmediğinin ölçütünü ise objektif iyi niyet, yani dürüstlük kuralları oluşturur. Aynı şekilde, taraflardan birinin davranışı yüzünden iş ilişkisinde bulunması gereken güven temeli çökerse karşı taraf haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir.

Haklı nedenle fesih hakkının hukuki dayanağı Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde ifadesini bulmuştur. Anılan hükme göre "Muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerek iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir. Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı, yahut hüsnüniyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder."³

İşverenin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı, İş Kanunu'nun 25. maddesinde; sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler ve işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın bildirim süresini aşması olarak düzenlenmiştir.

Uygulamada, toplu iş sözleşmeleri ile işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanmasına sınırlamalar getirilmekte, haklı nedenle feshin de disiplin kurulu kararıyla yapılmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Keza yine toplu iş sözleşmeleri ile mevzuatta işverene iş sözleşmesini fesih hakkı veren bir hal için, daha hafif bir ceza öngörülebilir. İşverenin fesih hakkının özüne dokunmayan ve feshi tamamen ortadan kaldırmayan bu türdeki düzenlemelerin geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Toplu iş sözleşmesinde işverenin fesih hakkını

Yargıtay'ın feshin disiplin kurulu kararına bağlandığı hallerde, disiplin kuruluna başvurulmaksızın fesih yoluna gidilmesinin başlı başına feshi haksız kıldığına ilişkin görüşü artık yerleşik nitelik kazanmıştır.

sınırlayan düzenlemeler gibi, işverenin bazı hallerde fesih hakkını disiplin kurulu kararına ihtiyaç olmaksızın saklı tutan düzenlemeler de yer alabilir. Toplu iş sözleşmesi ile hangi nitelikteki cezaların disiplin kurulu kararına bağlı olduğu düzenlenebileceğine göre, sözleşmede yer verilmemiş ve disiplin cezası gerektiren fiil ve hareketlere karşı işverenin yönetim hakkı çerçevesinde uygulayacağı yaptırımların, disiplin kurulu kararına muhtaç olduğu söylenemez. Bunun yanı sıra toplu iş sözleşmesinin tarafları, açıkça bazı hallerde işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını disiplin kurulu kararı olmaksızın kullanabileceğini kararlaştırabilirler. Bu anlamda, işverenin İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen nedenlerle yapacağı fesih işlemlerinin disiplin kurulu çalıştırılmaksızın verilebileceğine ilişkin hükümler toplu iş sözleşmesinde yer alabilir. Bu tür düzenlemelerin de, toplu iş sözleşmesinde yer alabilecek tüm düzenlemeler gibi, mevzuata, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmadığı sürece geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.

Toplu iş sözleşmesinde açıkça yer verilmemiş bir fiil veya davranış da eğer İş Kanunu'nun 25. maddesine göre işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı veriyorsa, disiplin kurulu kararına gerek olmaksızın iş sözleşmesi Kanun hükümlerine göre sona erdirilebilmelidir, meğer ki aksine bir düzenlemeye toplu iş sözleşmesinde yer verilmiş olsun. Disiplin kurulunun görev alanına giren hususlar, yine disiplin kuruluna ilişkin olarak toplu iş sözleşmesinde düzenlenmiş esaslara bağlı kalarak belirlenmeli ve disiplin kurulu müessesinin kapsamı taraf iradeleriyle oluşturulmuş düzenlemelerden öteye geçmemelidir.

D. YARGITAY'IN KONUYA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ

Yargıtay, önceleri fesih hakkının toplu iş sözleşmeleri ile sınırlandırılmasını "işe işçi almak ve işten çıkarmak işverenin tabii ve kanuni hakkıdır" gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuş (Yargıtay 9.HD., 25.9.1969 T. ve E.5871, K.9083), ancak Yüksek Mahkeme bu görüşüne bağlı kalmayarak fesih hakkının da sözleşmeler ile sınırlandırılabileceğini ve fesih hakkını düzenleyen ve nispi emredici nitelikte olan kanun hükümlerinin sözleşmeler ile işçi yararına değiştirilebileceğini kabul etmiştir. (Yargıtay 9. HD., 10.4.1970 T. ve E. 101, K.3487). Yargıtay daha sonra verdiği kararlarda da, işverenin fesih hakkının toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılmasına işaret ederek, fesih hakkı toplu iş sözleşmesinde öngörülen komite tarafından verilecek bir kararın varlığına bağlı tutulduğunda, böyle bir karar yokken sözleşmenin feshedilmesini geçerli kabul etmemiştir. (Yargıtay 9.HD., 30.3.1975 T., E.20976, K.8162).⁴

Yüksek Mahkeme 1995 yılında verdiği bir kararda⁵, "TİS'de öngörülmeyen bir davranış yasaya göre haklı fesih sebebi ise işveren bu yasal hakkını doğrudan doğruya kullanabilir." sonucuna varmış ve disiplin kuruluna ilişkin düzenlemenin sınırlarını toplu iş sözleşmesinin oluşturacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme 1997 yılında verdiği bir kararda da, "İşyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 60. maddesine göre fesih işleminin disiplin kurulundan geçirilmesi gerekmektedir. Bu tür hükümler işçi yararına getirilmiş olup, fesih işleminin tekamülü için önkoşuldur." şeklindeki görüşüyle, toplu iş sözleşmesinde yer alan düzenlemeye üstünlük tanımıştır.

İşverence fesih hakkının kullanılmasını doğrudan ortadan kaldıran toplu iş sözleşmesi hükümleri gibi, bu hakkın kullanılmasını dolaylı bir biçimde olanaksız hale getiren veya çok güçleştiren toplu iş sözleşmesi hükümleri de geçersizdir ve işvereni bağlamaz. Bu nedenle Yargıtay'a göre iş akdinin feshedilebilmesi için disiplin kurulunun oybirliği ile karar alması veya bu kurulun çok kısa bir süre içinde karara varması zorunluluğu getiren toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.⁶

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1998 yılında verdiği bir kararda⁷, işverenin bildirimli fesih hakkının

Toplu iş sözleşmesinin özerkliği ilkesi gereği, işverenin haklı nedenle fesih imkânını disiplin kurulu tarafından verilmesi gereken kararlardan ayrıktutan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de geçerli kabul edilmesi gerekir.

disiplin kurulunca yerine getirilmesine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünü geçerli saymış, yerel mahkemenin direnme kararını yerinde bulmuştur. Yine HGK'nın aynı yılda vermiş olduğu bir kararda⁸, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II. maddesine dayalı işten çıkarmalarda disiplin kurulu kararına gerek olmadığı yönündeki düzenlemenin geçerli olacağına hükmetmiştir. Özel dairenin bir kararında da toplu iş sözleşmesinde yer alan benzer bir düzenlemeye üstünlük tanınmıştır⁹.

Yargıtay'ın feshin disiplin kurulu kararına bağlandığı hallerde, disiplin kuruluna başvurulmaksızın fesih yoluna gidilmesinin başlı başına feshi haksız kıldığına ilişkin görüşü artık yerleşik nitelik kazanmıştır. Eğer işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinde fesih işleminin disiplin kurulu vasıtası ile yapılması düzenlenmiş ise, bu düzenlemelere uyulmadan gerçekleştirilen fesih işlemi hatalı kabul edilmekte, işçinin fiili veya davranışı haklı nedenle iş sözleşmesinin feshini gerektirecek ağırlıkta olsa bile, işverenin fesih işleminin salt disiplin kurulunu işletmeksizin gerçekleştirmiş olması yapılan feshin haksız fesih olarak değerlendirilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır¹⁰.

Yargıtay mevzuatımızda iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra vermiş olduğu bir kararında¹¹ da, toplu iş sözleşmesinde feshe yetkili organın disiplin kurulu olduğu düzenlemesinin bulunması ve işçinin iş sözleşmesinin disiplin kurulu kararı olmadan feshedilmesinin feshi haksız kıldığı, ancak bu durumun haklı nedeni etkilediği, davranışlardan kaynaklanan geçerli feshi ortadan kaldırmadığının kabul edildiğini belirtmiştir.

E. SONUÇ

Toplu iş sözleşmesi özel hukuk sözleşmesi ile kamu hukukuna benzer unsurların birleşmesi so-

nucunda ortaya çıkan kendine özgü bir özel hukuk sözleşmesidir. Anayasamız 53. maddesinde sosyal taraflara toplu iş sözleşmesi hak ve özerkliğini tanımıştır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'na göre, toplu iş sözleşmesi "hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere" yapılır. Bunun anlamı, toplu iş sözleşmesi taraflarının devletin etkisi dışında kendilerini ve üyelerini bağlayan hukuk kuralları koyabilecekleridir. İşçi ve işveren örgütleri kendilerine tanınan özerk alan içinde iş ilişkilerini düzenleyebilirler; bu arada işverenin fesih hakkını sınırlayan normatif nitelikte hükümler kabul edebilirler. Yeter ki fesih hakkından tümü ile vazgeçme anlamına gelecek bir kararlaştırma yapılmamış olsun.¹²

Toplu iş sözleşmesinin özerkliği ilkesi gereği, işverenin haklı nedenle fesih imkânını disiplin kurulu tarafından verilmesi gereken kararlardan ayrıktutan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de geçerli kabul edilmesi gerekir. Mevzuatın cevaz verdiği ölçüde, taraflar toplu iş sözleşmelerine koyacakları kayıtlarla fesih hakkının kullanılmasını da bazı sınırlamalara tabi tutabilirler. Aynı şekilde toplu iş sözleşmesinde de, bazı hallerde işverenin disiplin kurulu kararı olmaksızın fesih hakkını saklı tutan hükümlere de yer verilmesi mümkündür. Toplu iş sözleşmesi özerkliği ilkesi ve tarafların iradelerine üstünlük tanınmasının sonucu olarak, bu yöndeki düzenlemelerin de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir.

DİPNOTLAR

- 1 ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2004, sf.454.
- 2 OĞUZMAN, Kemal, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Temel Sorunlar Semineri, Ankara, 1990, sf.90.
- 3 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2005, sf. 500.
- 4 EKONOMİ, Münir, İş Hukuku Uygulaması, TSGLK V, İstanbul, 1981.
- 5 Y. 9. H.D., 03.04.1995, 1994/19018 E., 1995/10969 K.
- 6 SÜZEK, a.g.e, sf:541, Y. 9. H.D., 20.02.1995, 19247/13581 ve Y. 9. H.D., 04.11.1999, 13721/16726.
- 7 YHGK, 10.06.1998, 1998/9-483 E., 1998/418 K.
- 8 YHGK, 21.10.1998, 1998/9-726 E., 1998/737 K.
- 9 Y. 9. H.D., 04.11.2004, 2004/8163 E., 2004/24866 K.
- 10 Y. 9. H.D., 03.04.2006, 2005/28975 E., 2006/8268 K.
- 11 Y. 9.H.D., 21.04.2008, 2007/30784 E., 2008/9226 K.
- 12 TAŞKENT, Savaş, İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1991, İstanbul, sf.445.

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İşçi Sendikasının Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Hukuka Aykırılığının Tespiti İçin Dava Açma Yetkisi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/25736
Karar No : 2007/11146
Tarih : 17.04.2007

DAVA

Türkiye G. Sendikası adına Avukat BÇ. ile B. Belediye Başkanlığı adına Avukat SK. aralarındaki dava hakkında Üsküdar 1. İş Mahkemesinden verilen 5.7.2006 günlü ve 1013/501 sayılı hüküm duruşmalı olarak davalı avukatınca temyiz edilmiş ise de; HUMK.nun 435. maddesi gereğince duruşma isteğinin süreden reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten ve temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Davacı sendika, davalı işveren tarafından işye-

rinde uygulanmakta olan 1.3.2004-28.2.2007 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin 24. ve 1580 sayılı Belediyeler Kanununun 15/1 maddelerine aykırı olarak asli görevi olan temizlik işlerini alt işverene ihale edildiğini belirterek davalının temizlik işlerinde alt işveren çalıştıramayacağını tespiti, bu muvazaalı işlemin tedbiren durdurulması, iptali ve çekişmenin önlenmesine karar verilmesini istemiştir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda; toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının sadece eda ve yorum davaları açabileceği gösterilmiştir. Davacının talep sonuç kısmında ileri sürdüğü şekli ile dava açıklanan bu dava türlerinden birine girmemektedir. Aksine Toplu İş Sözleşmesinin 24. maddesinde "Genel işçi kapasitesini aşan durumlar haricinde işyerlerinde, işverene bağlı çalışan işçilerin yaptıkları işler müteahhide veya taşeronla verilemez ve bu işlerde Belediye işçisi dışında işçi çalıştırılmaz. Bu maddenin ihlalinin dolaylı zarar gören işçiye ve ayrıca 4857 sayılı

Yasanın 29. maddesinin uygulanmaması halinde iş-ten çıkarılan işçilere tüm yasal hakları saklı kalmak kaydıyla her bir işçiye 12 aylık maaşları tutarında kötüniyet tazminatı ödenir" şeklinde düzenleme yapıldığı, maddeye aykırılık halinde yaptırımının da aynı madde de yer aldığı görülmektedir. Anılan maddede sendika üyeleri lehine bir düzenleme bulunmaktadır. Böyle olunca bu maddedeki düzenlemeye göre davacı sendikanın toplu iş sözleşmesi tarafı sendika sıfatıyla tespit davası açması mümkün değildir. Diğer taraftan sendikanın taraf olma-

dığı asıl işveren ile alt işveren arasında kurulmuş bir sözleşmenin iptalini isteme hakkı yoktur. Açıklanan nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekir iken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye İADESİNE, 17.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

1. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Yargıtayın ele aldığımız yukarıdaki kararına konu olan olayda, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası, belediyenin asli görevi olan temizlik işlerini alt işverene ihale edildiğini belirterek davalının temizlik işlerinde alt işveren çalıştırmayacağını tespiti, bu muvazaalı işlemin tedbiren durdurulması, iptali ve çekişmenin önlenmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkeme talep doğrultusunda karar vermiştir. Yargıtay yerel mahkemenin kararını şu gerekçelerle bozmuştur:

(a) 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda; toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının sadece eda ve yorum davaları açabileceği gösterilmiştir. Davacının talep ve sonuç kısmında ileri sürdüğü şekli ile dava açıklanan bu dava türlerinden birine girmemektedir.

(b) İşyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinde işverene bağlı çalışan işçilerin yaptığı işlerin alt işverene verilemeyeceği ve bu işlerde Belediye işçisi dışında işçi çalıştırılmayacağı öngörülmüştür. Ayrıca aynı maddenin ihlal edilmesi

veya toplu işçi çıkarılması halinde işçinin tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu maddedeki düzenlemeye göre davacı sendikanın toplu iş sözleşmesinin tarafı sendika sıfatıyla tespit davası açması mümkün değildir.

(c) İşçi sendikasının taraf olmadığı ve asıl işveren ile alt işveren arasında kurulmuş bir sözleşmenin iptalini isteme hakkı yoktur.

Yargıtay 2007 yılında verdiği bir başka kararda da aynı görüşünü sürdürmüştür: "Sendikanın toplu iş sözleşmesinin tarafı işveren aleyhine sözleşme devam ederken açık olmayan, hüküm yorumuna ilişkin dava açması mümkündür. Ancak yorum davası 2822 sayılı TİSGLK'nın 60. maddesi uyarınca yetkili mahkemede açılmamıştır. Kaldı ki, toplu iş sözleşmesinin 23. maddesi yoruma gerek duyulmayacak kadar açık bir düzenleme içermektedir. Sendikanın TİS'in 23. maddesine aykırı olarak temizlik işinin alt işverene verilmesi işlemine karşı dava açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır. Öte yandan işin bir bölümünün alt işverene verilmesi durumunda hakları olumsuz etkilenen sendika üyesi işçiler için sendikanın eda davası açması mümkün olduğundan tespit davası dinlenemez. Bu nedenle davanın reddi gerekirken mahkemece yazılı şekilde kabulü bozmayı gerektirmiştir"¹.

2. Sendikalar, tüzel kişi olmaları itibarıyla genel olarak taraf ve dava ehliyetine sahiptirler. Ancak Sen.K.32/b.3'de sendikaların, üyeleri veya mirasçılarını temsilen davaya ve bu yolla açtığı davadan ötürü husumete ehil oldukları hususu özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

Sendikalar, çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehildir.

(1) Sendikalar, çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehildir. Sendikanın bu yetkisini kullanabilmesi için işçilerin veya işverenlerin ayrıca yazılı başvuruları aranmaz². Ancak dava konusu olan uyuşmazlığın belirli üyeleri ilgilendiren nitelikte değil, kolektif olması zorunludur³. Toplu iş sözleşmesine ilişkin yorum davaları (TİSGLK.60), yetki belgesi alınmadan yapılan toplu iş sözleşmesinin iptali (TİSGLK.16), yetki itirazı (TİSGLK.15), kanundışı grev ve lokavta ilişkin tespit davaları (TİSGLK.46), sendikanın bu kapsamda açabileceği davalara örnek teşkil eder⁴.

Toplu iş sözleşmesinden doğan hususlarda açılacak yorum ve eda davaları 2822 sayılı Kanun'da (md.60, 61) özel olarak düzenlenmiştir.

(2) Sendikalar ayrıca yazılı başvuruları üzerine, nakliye, yayın veya adi şirket sözleşmesi ile iş sözleşmesinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehildir. Sen.K.32/b.3 ile öngörülen temsil, kanuni temsildir⁵.

3. Karara yönelik olarak öncelikle tartışılması gereken konu, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hukuka aykırı olduğunun işçi sendikası tarafından istenip istenemeyeceği sorusudur⁶. Sendikalar Kanunu'nda "Çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen ... davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak" (md.32/b.3), işçi sendikalarının bulunabileceği faaliyetler arasında sayılmıştır. Sendikaların bu hüküm doğrultusunda davacı ve davalı olabilmelerinde, somut, belirli üyeleri temsilen değil, anonim ve kolektif nitelikli bir temsil söz konusudur⁷. Sendikaların bu yetki kapsamında işçileri ve işverenleri temsilen dava açabilmeleri için onların yazılı başvurusuna gerek yoktur⁸.

İşyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 24. maddesinde "Genel işçi kapasitesini aşan durumlar haricinde işyerlerinde, işverene bağlı çalışan işçilerin yaptıkları işler müteahhide veya taşeronla verilemez ve bu işlerde Belediye işçisi dışındaki işçi çalıştırılmaz. Bu maddenin ihlalden dolayı zarar gören işçiye ve ayrıca 4857 sayılı Ya-

sa'nın 29. maddesinin uygulanmaması halinde işten çıkarılan işçilere tüm yasal hakları saklı kalmak kaydıyla her bir işçiye 12 aylık maaşları tutarında kötüniyet tazminatı ödenir." şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Görüldüğü üzere toplu iş sözleşmesinde asıl iş sayılan işlerin alt işverenlere yaptırılmayacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi de alt işverene iş verilmesine önemli sınırlamalar getirmiştir. Sonuç olarak davalı Belediyenin temizlik işlerini alt işverenlere yaptırması hem Kanundan, hem de toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık konusudur.

Ayrıca temizlik işlerinin alt işverenler tarafından yürütülüp yürütülemeyeceğinin tespitinde işçi sendikasının hukuki yararı bulunmaktadır. Alt işverence yürütüldüğü iddia edilen işlerde çalışan işçilerin de asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmeleri halinde, bu işçiler de tespiti isteyen işçi sendikasına üye olabilecek ve toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir⁹.

Son olarak işçi sendikalarının açabileceği davaları eda davası ve yorum davası ile sınırlandıran görüş Sen.K.32/b.3'e uygun değildir. Bu düzenlemede işçi sendikalarının açabilecekleri davaların türüne ilişkin bir sınırlandırma yer almamıştır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, özellikle toplu iş hukukuna özgü sonuçlarını ortaya koyabilmek için bu davaları ayrıca düzenlemiştir. Bu nedenle sendikalar, çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçilerin ortak çıkarını ilgilendiren her türlü davayı açma yetkisine sahip oldukları kabul edilmelidir. Örneğin sendikaların kanundışı grev veya lokavtın tespiti için dava açabilecekleri TİSGLK. m.46'da açıkça öngörülmüştür¹⁰. Oysa bu dava niteliği itibarıyla yorum ve eda davası değildir.

II. SONUÇ

Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, Yargıtayın incelediğimiz kararının isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

DİPNOTLAR

- 1 Y9HD., 19.6.2007, 21512/19528, www.kazanci.com.tr (ET:1.6.2008). Karar Yargıtayın önceki kararları ile uyumludur. "Yasanın bu açık düzenlemesi karşısında, açılacak eda ve yetki uyuşmazlığı davalarında işyerindeki tüm alt işverenlik

- ilişkilerinin muvazaalı işleme dayandığı ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmak suretiyle karar verilmesi talep edilebileceğinden mücerret tespit istemiyle açılan davanın dinlenmesi ve hüküm altına alınması mümkün olmadığından; davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.”, Y9HD., 20.1.2004, 23864/468, Tekstil İşveren Dergisi, S.204, Haziran 2004, s.34 vd.
- 2 “Öte yandan belirtilen bu sınırlar içinde sendika üyelerinin tarafı bulunduğu ve çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden veya örf ve adetten kaynaklanan uyumsuzluğa taraf olması imkânını sağlayan temsil yetkisi kanundan doğduğu, kanun gereği gündeme geldiği için herhangi bir başka işlemin yapılması, özellikle sendika üyelerinin başvurularının aranması ya da muvafakatlerinin alınması gerekli değildir”, Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s.233. Ayrıca bkz. Öner EYRENCİ, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s.151.
 - 3 Melda SUR, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2.B., Ankara 2008, s.155. TUNCAY’a göre, “Sendikaya tüm üyelerin kolektif yararları için dava hakkı tanınmıştır. Burada dava ile korunmak istenen çıkar bir veya birden fazla sendika üyesinin kişisel çıkarları olmayıp çalışma hayatının ortak çıkarıdır. Diğer bir ifade ile hakkın varlığı belirli bir hak sahibine değil, kolektiviteye bağlanmaktadır. Bunun için üyelerin yazılı başvuruda bulunmaları ya da temsil yetkisi vermeleri gerekli değildir”, Bkz. A. Can TUNCAY, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s.84. AKYİĞİT, sendikanın bu yetkisini “kolektif nitelikte dava hakkı” olarak isimlendirmektedir”, Ercan AKYİĞİT, İş Hukuku, 6.B., Ankara 2007, s.398. Ayrıca bkz. Mehmet KOCAOĞLU, Kolektif Sendika Özgürlüğü ve Faaliyetlerinin Hukuksal Çerçevesi, Ankara 1997, s.66; C. İlhan GÜNAY, Sendikalar Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s.701 vd.; C. Sinan ÖZDEMİR, Yargı Kararları Doğrultusunda Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu, Ankara 2007, s.155 vd.
 - 4 SUR’a göre, “Farklı nitelik göstermekle birlikte çalışma hayatıyla bağlantılı olup, mesleğin ortak çıkarlarına yönelik taleplerle açılan başka davalar olabilir. Örneğin grev hakkını yasal çerçeveye aykırı biçimde sınırlayan bir tüzük veya yönetmeliğin iptali talebiyle sendikanın idari yargı organına gitmesi de gene kolektif temele dayalı davalar çerçevesinde görülebilmektedir”. Bkz.s.156; ayrıca bkz. Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 5.B., İstanbul 2008, s.311; Fevzi DEMİR, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, s.392, 393.
 - 5 Nuri ÇELİK, İş Hukuku, 21.B., İstanbul 2008, s.472, dn.6.
 - 6 İncelediğimiz karar sadece işçi sendikasının dava açma yetkisi açısından ele alınmıştır. Belediyelerin temizlik işlerini alt işverene verebilmelerinin hukuka uygunluğunu açısından geniş bilgi için bkz. Nüvit GEREK/İlhan ORAL, Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverenlere Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar, SİCİL İş Hukuku Dergisi, 2006/1, s.29 vd. Yargıtayın konuyla ilgili son görüşünü şu karar yansıtmaktadır: “Dosya içeriğine göre davalı belediyece park ve yeşil alanların bakım ve onarım işleri ile makine ikmal bakım ve onarım işleri ve temizlik işlerinin ihale ile alt işverenlere yaptırıldığı anlaşılmaktadır. İhale tarihi itibarıyla belirtilen hizmetlerin dışarıdan satın alma yolu ile temin edilmesi 5393 sayılı Yasa’nın 67.maddesi uyarınca mümkündür. Bu nedenle davalı belediyece belirtilen işlerin taşeronla devredilemeyeceği yönünde mahkemece varılan sonuç doğru değildir”, Y9HD., 4.12.2006, 30340/31894, Çalışma ve Toplum, 2007/2, s.224, 225.
 - 7 Fevzi ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, 2.B., İstanbul 1995, s.225; TUNCAY, s.84.
 - 8 ŞAHLANAN, s.225.
 - 9 AKYİĞİT’e göre, “Tüm bu noktaları dikkate alırsak, alt işvereniğin muvazaa yahut başka bir nedenden geçersizliğinin peşinen tespitinde yarar olduğu açıktır ve bu tespitin hep bir eda davası yahut TİS yetkisi uyumsuzluğunda yapılacağını savunmak isabetli değildir. Bu yüzden Yargıtay’ın aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.”, Ercan AKYİĞİT, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, 3.B., Ankara 2008, s.121. Karşı görüş için bkz. Tankut CENTEL, Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2004, s.34-36.
 - 10 Sendikaların bu doğrultuda açabileceği davalar için bkz. NARMANLIOĞLU, s.234.

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER-Doç. Dr. Coşkun SARAÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Sosyal Sigorta İlişkisinde Çokluk: Sigortalılık Hallerinin, Tiplerinin ve Sürelerinin Birleşmesi

1. GİRİŞ

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ve 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğünden önce, sosyal güvenlik sistemimizde, birden çok sosyal güvenlik kurumu yer almasına karşın, çalışanlar yalnızca tek bir sosyal güvenlik kuruluşu kapsamında sigortalı sayılmaktaydı. Böylece, kısmi süreli olarak, örneğin, bir yandan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre hizmet sözleşmesiyle, diğer yandan da 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu kapsamında kendi adına ve hesabına bağımsız olarak faaliyetini sürdüren bir kimsenin, aynı anda her iki kanun yönünden de sigortalı sayılması mümkün olmamakta; "sosyal güvenlikte teklik ilkesi"nin¹ zorunlu etkisi sonucu, sigortalılık hallerinden yalnızca birine geçerlilik tanınmaktaydı². Esasen, nüfusunun büyük bir kısmının sosyal güvenlik korumasının dışında kaldığı bir ülkede, bir kişinin birden çok sosyal güvenlik kurumundan yararlanabileceğinin kabul edilebilmesi de, mümkün değildir³.

Bununla birlikte, sigortalıların (ve iştirakçilerin) kendi kurumlarından veya aynı zamanda fark-

lı kurumlardan birden fazla aylık ve gelir alması ise, mümkün olmaktaydı. Böyle bir durum, sosyal güvenlikte teklik ilkesinin ihlali anlamına da gelmemektedir. Zira, kişi karşılığını prim olarak ilgili kurumlara ödediği birden fazla risk için, birden çok gelir ve aylık alabilmekteydi⁴. Buna karşın, birden çok kurumdan aynı anda sağlık yardımı, ödence (ödenek) alınması ise, söz konusu değildir⁵.

Ülkemizde yakın zamanda gerçekleştirilen reform çalışmaları sonucu, 5502 ve 5510 sayılı Yasaların yürürlüğe girmesiyle birlikte, 5510 sayılı Yasa, değişik sigorta yasalarına tabi olanları, tek tip sigortalılık statüsüne almaya çalışmış; 4. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendinde hizmet sözleşmesiyle çalışanları, (b) bendinde bağımsız çalışanları ve (c) bendinde kamu görevlisi olarak çalışanları zorunlu sigortalı saymıştır. Yasa'nın yürürlüğünden önce mevcut sigorta yasaları kapsamında çalışmakta olanların durumu da düzenlenerek, 506 ve 2925 sayılı Yasa'ya göre sigortalı olanlar 5510 sayılı Yasa m. 4/I-a; 1479 ve 2926 sayılı Yasa'ya göre sigortalı olanlar m. 4/I-b; 5434 sayılı Yasa'ya göre işti-

Birden fazla sigortalılık hali birleşmişse, kamu görevliliği sıfatı diğer sıfatlara üstün tutularak, sigortalılık bakımından diğer çalışma olguları dikkate alınmamaktadır.

rakçi olanlar m.4/I-c; 506 sayılı Kanun'un geçici 20 nci maddesi kapsamındakiler ise, sandıkların Sosyal Güvenlik Kurumu'na devri tarihinden itibaren 5510 sayılı Yasa m. 4/I-a bendi kapsamında sigortalı kabul edilmişlerdir (5510 sayılı Kanun geçici m.1 ve m.20).

Öte yandan, tek bir sosyal güvenlik kurumu bünyesinde toplanan sigortalıların, 5510 sayılı Kanun m.4/I-a,b ve c statüsündeki sigortalı çalışmalarının aynı zamanda gerçekleşmesi (sigortalılık hallerinin birleşmesi=çakışması) veya farklı zamanlarda gerçekleşmesi (sigortalılık sürelerinin birleşmesi) söz konusu olabilecektir. Bu olasılıkta, çakışan zorunlu sigortalı çalışmaları dolayısıyla haklarında 5510 sayılı Yasa'daki sigortalılık hallerinden hangisinin esas alınacağı, eski sigorta yasalarımızdaki aksine artık bir sorun olmaktan uzaklaşmıştır. Keza, sigortalılık sürelerinin birleşmesi konusu, -önceki mevzuatımızdaki gibi- açıklık göstermektedir.

Aşağıda, sigortalılık hallerinin birleşmesi, şekli sigorta, sigorta tiplerinin birleşmesi ile sigortalılık sürelerinin birleşmesi konularında 5510 sayılı Yasa'da yer alan düzenlemelere yer verilmektedir.

II. SİGORTALILIK HALLERİNİN BİRLEŞMESİ

A. Kural

5510 sayılı Yasa'ya göre çalışmakta olan sigortalı bağımsız çalışmaktayken (m.4/I-b), aynı zamanda kısmi süreli olarak hizmet akdiyle bağımlı olarak da (m.4/I-a) çalışabilir veya kamu görevlisi (m.4/I-c) olarak çalışması, bağımsız çalışması (m.4/I-b) ile aynı zamana rastlayabilir. Böyle durumlarda sigortalılık tiplerinin (hallerinin) çakışması söz konusudur. Sorunun çözümü, 5510 sayılı Yasa'da da, -506 sayılı Yasa'da olduğu gibi,- sigorta-

lılıkta teklik (çifte sigorta yasağı) ilkesine paralel olarak düzenlenmiştir. Konu 5510 sayılı Kanun "Sigortalılık hallerinin birleşmesi" başlıklı 53'üncü maddesinde düzenlenmiştir. 53. madde kişinin kamu görevlisi olması ve olmaması ihtimallerini dikkate alarak aşağıda açıklanan iki ayrı ölçütü getirmiştir.

1. Birden Fazla Zorunlu Sigortalılık Halinin Birleşmesi

Bu halde sigortalının, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık hallerinden -yani hizmet akdiyle çalışma (4. m.1.f. a bendi); bağımsız çalışma (4.m. 1. f. b bendi) ile kamu görevlisi olarak çalışma (4. m. 1. f. c bendi)- birden fazlasına aynı anda tâbi olmasını gerektirecek şekilde çalışması söz konusudur. Bu halde kişi öncelikle m.4, (c) bendi kapsamında; (c) bendi kapsamında çalışması yoksa, ilk önce başlayan sigortalılık ilişkisi esas alınarak, sigortalı sayılacaktır⁶. Dolayısıyla, 4. maddenin a, b ve c bentlerindeki birden fazla sigortalılık hali -madde başlığının ifadesiyle- birleşmişse, kişi c bendine göre sigortalı sayılır. Yani, kamu görevliliği sıfatı diğer sıfatlara üstün tutularak, sigortalılık bakımından diğer çalışma olguları dikkate alınmamaktadır. Sigortalılığın tespitinde kamu görevliliği sıfatının esas alınmasının nedeni, 5434 sayılı Yasa zamanında da olduğu gibi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre, devlet memurlarının başka bir işte çalışma yasağına tabi olması, bu kişilerin aynı zamanda başka bir zorunlu sigortalılığının olmasının kural olarak mümkün bulunmamasıdır⁷.

Kişi madde 4/I-c bendi kapsamında hiç çalışmamışsa, a (işçi ...) veya b (bağımsız çalışan) bentlerine göre çalışmalarından hangisi daha önce başlamışsa, o çalışmaya dayalı sigortalılık esas alınacaktır. Yani, kamu görevliliği sıfatının bulunmadığı çalışmalarda ilk sigorta kaydına öncelik verilecektir.

Buradaki birleşme ifadesi hükmün içeriğini tam anlamıyla karşılamakta yetersiz görülmektedir. 53. maddede bahsedilen hallerde birden fazla zorunlu sigortalılıkta, sigortalılık hallerinden yalnızca birisinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Halbuki, birleşme ifadesi geçerli sigortalılıklardan doğan hizmetlerin toplanmasını (birleştirilmesini) ifade etmektedir. Bu nedenle, çakışma nedeniyle tek bir sigorta-

lılığın dikkate alınacağını ve sonucu itibariyle olumsuz bir yaklaşımı daha iyi belirten “sigortalılık hallerinin çakışması” deyiminin kullanılması uygun düşecektir.

Yukarıda verilen ölçütler şu örneklerle açıklanabilir. Bir kişi 4/I-c sigortalısı olarak çalışmayı sürdürürken, hafta sonlarında kısmi süreli hizmet sözleşmesiyle m.4/I-a kapsamında da çalışmaya başlamışsa, m.4/I-c'ye göre sigortalılığı esas alınacaktır. Yine, bir sigortalı 5 Nisan 2008'de kısmi süreli hizmet akdiyle (m.4/I-a) çalışmaya başlamış; bu çalışması sürerken 10 Nisan 2008'den itibaren bir limitet şirkete ortak olarak tescil edilmişse (m.4/I-b), önceki sigortalılığını doğuran işçilik sıfatı (m.4/I-a) esas alınacaktır.

Birden fazla sigortalılıktan yukarıdaki şekilde sigortalılık başlangıcına esas alınan, kesintiye uğrayıncaya kadar sürecektir. İlk sigorta ilişkisinin kesintiye uğraması halinde ise, sonradan başlayan sigorta ilişkisi devreye girecektir (başlatılacaktır)⁸. Ancak burada geçen “kesintiye uğrama” ifadesi açık değildir.

Sosyal sigorta ilişkisi, fiilen çalışmaya başlamakla, yasa uyarınca ve kendiliğinden kurulmaktadır⁹. Bu ilişki doğal olarak, dayandığı çalışma ilişkisinin kesin olarak ortadan kalkmasıyla son bulacaktır. Ancak, iradenin çalışmayı sürdürme yönünde olmasına karşın, fiilen iş görmenin (ve bağımlı çalışanlara ücret ödenmesinin) askıya alındığı hallerde, çalışma ilişkisi kesintiye uğramış olacaktır¹⁰. Çalışma ilişkisinin kesintiye uğramış olması, sigorta edimlerinin (hastalık, analık gibi sigorta edimlerinde olduğu üzere), ücret karşılığında bir çalışma ilişkisine, dolayısıyla prim yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlı olduğu sigorta kolları açısından da, sosyal sigorta ilişkisini sona erdirecektir. Ancak yasalarda, sigortalının korunması için, fiilen çalışma ve ücret elde etmenin mümkün olmadığı hallerde, belli dönem boyunca sigorta ilişkisinin varlığını sürdürmesine cevaz verilmektedir. Bu doğrultuda, 5510 sayılı Yasa'nın m.9/2. fıkrasında, sigortalılığın hastalık ve analık hükümlerinin uygulanmasında, örneğin “Gelir vergisi mükellefi olanlar için, mükellefiyetlerini gerektiren faaliyetlerine son verdikleri tarihi” veya “İlgili kanunlar gereği sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde, bu hallerin sona ermesini” izleyen tarihi takip eden

onuncu günden başlanarak yitirilmiş sayılacağı kabul edilmiştir.

Bu durumda, sigortalılığın kesintiye uğrayıp uğramadığı yönünde değerlendirme yapılırken, salt çalışmanın hastalık gibi nedenlerle geçici olarak durması, grev-lokavt halleri, fiilen kesinti olarak ortaya çıksa da, SSİY.m.27/1'de kastedilen anlamda bir kesinti olarak kabul edilmeyecektir. Şirket ortaklığından kaynaklanan Bağ-Kur sigortalılığı ile hizmet sözleşmesine dayalı SSK sigortalılığının çakışmasıyla ilgili olarak 1993 yılında yayımlanan bir Kurum genelgesinde de, sonraki sigortalılığın başlaması için ilk sigortalılığın kesintiye uğraması açısından, “geçici işgöremezlik dolayısıyla geçen süreler ile hafta sonu ve resmi tatil sürelerinin, sigortalılığın kesintisi olarak değerlendirilmeyeceği” ifade edilmiştir¹¹. Aksine, sigortalılık niteliğinin kesin olarak sona ermesi hali, 5510 sayılı Yasa'daki sigortalılıkların birleşmesi açısından SSİY.m.27/1'de sözü geçen “kesinti” olarak değerlendirilecektir.

Ne gibi durumlarda m.4/I-a,b ve c sigortalılıklarının kesin olarak son bulacağı, 5510 sayılı Yasa m.9, SSİY. m.14 ve ilgili tebliğ¹² IV'de gösterilmiştir. Kesintinin belirlenmesinde, söz konusu hükümlerin dikkate alınması gerekmektedir. O halde, sigortalılık hali değişikliklerinde 5510 sayılı Yasa'da ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde belirtilen sigortalılığın sona erdiği (kesintiye uğradığı) tarihi takip eden günden itibaren, yeni sigortalılık haline göre hak ve yükümlülükler başlayacaktır¹³.

Örneğin, serbest meslek kazancı nedeniyle gelir vergisi mükellefi olarak m.4/I-b'ye göre çalışmakta olan kişi, aynı zamanda m.4/a'ya göre hizmet sözleşmesiyle de çalışmaya başlamışsa, gelir vergisi mükellefiyetlerini gerektiren faaliyetlerine son verdikleri tarihe kadar m.4/I-b sigortalılığı 5510 sayılı Yasa'daki hak ve yükümlülükler yönünden esas alınacak; mükellefiyetlerini gerektiren faaliyetlerine son verdikleri tarihi izleyen günden itibaren ise, m.4/I-a sigortalılığı devreye girecektir.

2. Zorunlu Sigortalılık ile Hükümlü, Tutuklu ve Kursiyer Çalışmalarının Birleşmesi

Zorunlu sigortalı olarak çalışan bir kişinin hükümlü, tutuklu ve ayrıca İş Kurumu kursiyeri ola-

rak çalışması ihtimali dahi düzenlenmiştir. Yasaya göre, zorunlu¹⁴ sigortalı olma halleri ile hükümlü, tutuklu ve kursiyer çalışmalarının¹⁵ birleşmesi durumunda kişi 4. madde kapsamında zorunlu sigortalı sayılır (m. 53 f.4).

Daha açık bir ifade ile, 53 üncü maddede “Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutukluların...”¹⁶ ayrıca, “Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler...”¹⁷ işçi gibi¹⁸ zorunlu sigortalı sayılacağı ifade edilmiştir¹⁹. Örneğin, bir kamu görevlisinin (m.4/I-c kapsamında çalışmakta olan bir sigortalının) tutuklanması ve tutukevleri bünyesinde çalışması (m.5/I-a) söz konusu olursa, tutuklu kişi 53/4. madde gereğince m.4/I-c kapsamında sigortalı sayılacaktır²⁰.

B. İstisna

5510 sayılı Yasa, istisna oluşturan düzenlemeyle, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemezler” hükmüne yer vermiştir²¹. Ortak olduğu işyerinde bir kimse gerçekten de işçi olarak (m.4/I-a’ya göre) çalışmakta olsa da, 5510 sayılı yasayla birlikte artık yalnızca m.4/I-b’ye göre sigortalı sayılabilmek imkanı bulunmaktadır.

Değinen istisna olmasaydı, Yasa’nın yukarıda açıklanan 53/1. maddesindeki genel kural uyarınca, bir işyerinde işçi olarak çalışmakta iken (5510 sayılı Yasa m.4/I-a sigortalılığı sürerken), aynı kişinin kendine ait bir işyeri açması veya hizmet sözleşmesiyle çalışmakta olduğu söz konusu işyerine ortak olarak alınması nedeniyle m.4/I-b çerçevesinde de faaliyet göstermeye başlaması halinde, önce başlayan m.4/I-a sigortalılığı esas alınacaktı (5510 sayılı Kanun m.53/1). Ancak, bu kişinin işçi olarak (madde 4/I-a’ya göre), çalışması kesintiye uğradığında, eğer 4/I-b’ye göre faaliyete başlarsa (veya kendisine ait ya da ortak olduğu işyerindeki 4/I-b statüsü devam etmekteyse), artık 4/I-b kapsamında sigortalı sayılacaktı.

Yine istisna olmayıp (53/1. maddedeki) kurala bağlı kalınsaydı, yukarıda değinen durumun ter-

sine (5510 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında) kendisine ait veya ortak olduğu işyerinde faaliyet gösteren bir sigortalının, işçi olarak (m.4/I-a kapsamında) çalışmaya başlaması halinde, Kanun’un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak bildirilmesi imkanı doğacaktı.

Açıklanan son ihtimal gerçekleştiğinde böyle bir durum, uygulamada 4/I-b sigortalılarının diğer sigortalılara göre 5510 sayılı Yasa’nın aleyhlerine koşullar içeren hükümlerini dolanmaları ve 4/I-b sigortalılığından 4/I-a’ya kaçışı doğurabilecekti. Yasa koyucu getirdiği yukarıda açıklanan istisna kuralı ile bu durumu engellemek istemektedir. Esasen, kendine ait veya ortak olduğu işyerinde bir sigortalının gerçekte 4/I-b’ye göre mi, yoksa 4/I-a’ya göre mi faaliyetini sürdürdüğünün tespiti de güçlükler olacaktır.

Öte yandan, 5510 sayılı Yasa’nın yukarıdaki istisna (m.53/2) hükmünün istisnasına da, Yasa’nın yürürlüğünden önce kazanılmış hakların korunması amacıyla yer verilmiştir. Ancak, istisna hükmü Yasa’da yer almayıp, tebliğ ile getirilmiş; yasa hükmünün uygulanma alanı, -geçiş düzenlemesi niteliğinde de olsa,- tebliğ ile daraltılmıştır. Konuya ilişkin Tebliğ hükmüne göre, “01/10/2008 tarihinden önce 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı oldukları halde, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden bu Kanunun 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi prim ödemesi olanların sigortalılıkları kesintiye uğrayıncaya kadar devam ettirilecektir.”²² Bu kişilerin madde 4/I-a sigortalılıkları kesintiye uğradığı takdirde, artık m.4/I-b’ye göre sigortalılık geçerli olacak ve bildirimleri bu kapsamda yapılacaktır.

III. Formel (Şekli) Sigorta İlişkisi

Sigortalının veya yetkili sosyal güvenlik kurumunun hatası sonucu, kurulmaması gereken bir sigorta ilişkisi, prim ödeme yoluyla kurulmuş olabilir. Böyle bir durumda çözüm yolu olarak eski 506 sayılı Yasamızda (m.84), “yanlış ve yersiz primlerin alındıkları tarihten itibaren 10 yıl geçmemişse, hisseleri oranında işveren ve sigortalılara geri verilmesi” kabul edilmekteydi. Ayrıca, iade edilen primlere rağmen edimlerden yararlanma koşulları (asgari prim gün sayısı, sigortalılık süresi) ortadan

Zorunlu sigortalılık, sigortalılık tiplerinden birini oluşturmaktadır. Yasa uyarınca, çalışmaya başlamakla otomatik olarak kazanılmaktadır.

kalkmıyorsa, o ana dek sağlanan edimlerin sunulmasına devam edilmektedir.

5510 sayılı Yasa'da da, kısmen benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yasa'nın m. 89/3. fıkrasına göre "Yanlış veya yersiz alınmış olduğu tespit edilen primler, alındıkları tarihten on yıl geçmemiş ise, hisseleri oranında işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara veya genel sağlık sigortalılarına veya hak sahiplerine kanunî faizi ile birlikte geri verilir...Prim iadesi nedeniyle sigortalıların, isteğe bağlı sigortalıların, genel sağlık sigortalılarının aylık, gelir, ödenek ve sağlık hizmetlerinden yararlanma şartlarını yitirmeleri durumunda, bu Kanuna göre ödenen aylık, gelir ve ödenekler ile sağlanan sağlık hizmetleri durdurulur. Yanlış veya yersiz yapılan masraflar 96 ncı madde hükümlerine göre ilgililerden geri alınır"²³.

5510 sayılı Kanun'da hatalı olarak kurulan sosyal sigorta ilişkisi için bir başka düzenleme daha kabul edilmiştir. Madde 53/5. fıkraya hükmü uyarınca, "Sigortalının, bu madde hükmüne göre sigortalı sayılması gereken sigortalılık halinden başka bir sigortalılık hali için prim ödemiş olması durumunda, ödenen primler m. 53/1. fıkraya göre esas alınan sigortalılık hali için ödenmiş ve esas alınan sigortalılık halinde geçmiş kabul edilecektir"²⁴ Böylece, m. 89'da hatalı sigorta ilişkisi başlangıçtan itibaren yok sayılmakta ve ödenmiş primlerin iadesi yoluna başvurulmakta iken; madde 53/5'de, aksine bir düzenleme ile geçersizlik kaldırılmakta ve kurulan idare hukuku borç ilişkisine başlangıçtan itibaren hukuki bir değer tanınmaktadır. Çünkü, ilgilinin prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi dikkate alınmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, madde 53/5. fıkraya ile madde 89/3. fıkraya aynı konuda farklı çözümler getirmektedirler. Bu halde aynı yasa metni içinde norm çatışması bulunmaktadır. Aynı konu, aynı yasa içinde farklı mad-

delerde farklı şekilde düzenlendiğinde, aralarında alt üst ilişkisi (hiyerarşi), zaman farkı ve ayrıca özel genel ilişkisi bulunmadığı takdirde ortaya bir çatışma boşluğu çıkmaktadır. Çünkü, böyle bir durumda her iki kuralın birbirini yok ettiği var sayılmaktadır. Çözumsuz norm çatışması olarak nitelenen söz konusu durumlarda yargıç ortaya çıkan boşluğu, mevcut kurallardan adil ve hukuka uygun gördüğünü uygulayarak veya yeni bir kural oluşturarak çözüme yetkisine sahiptir²⁵.

Yargıç normlar arasında tercih yaparken veya yeni bir kural oluştururken öğretiden ve yabancı hukuktan yararlanabilecektir. Madde 53/5'de düzenlenen olgu öğretide şekli (formel) sigorta ilişkisi olarak adlandırılmaktadır. Şekli sigorta ilişkisi, sigortalının veya Kurumunun zorunlu sigortalılık, sigortalıya veya Kurumunun zorunlu sigortalılık, sigortalıya veya (eski mevzuatımızda olduğu gibi) yetkili sigorta Kurumu bakımından yanılığa düşmesi sonucu kurulur. Söz konusu borç ilişkisi, yasal koşulları gerçekleşmediği halde, sadece bir tarafın prim ödemesi, diğer tarafın tahsili ile doğar. İlişki sadece haricen görünen, şeklen var olan bir sigorta ilişkisidir ve "maddi hukuku ilgilendiren sigorta ilişkisi" olarak da adlandırılmaktadır²⁶. Uygulamada, sigortalı zorunlu veya isteğe bağlı sigorta koşullarının şahsında tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinde hataya düşebilir. Sigorta Kurumu'nun da sigortalılık koşullarının varlığını yeterli ölçüde denetleyebilmesi imkanı olmayabilir. Öyleyse, mevzuata aykırı düşen ancak fiilen doğan sigorta ilişkisinin, son bulma anına kadar hukuken geçerli sayılması gerekir²⁷.

Almanya'da hastalık sigortası bakımından, kesintisiz ve itirazsız 3 aydan uzun süre prim yatırıldığında, şekli sigortalılığın doğduğu kabul edilmekte ve 3 aydan sonra gerçekleşen riskler için kişi edimlere hak kazanmaktadır. Maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortasında ise, yine hatayla ve itirazsız yatırılan primler şekli sigortayı doğurmakta, bu takdirde, ödenen primler isteğe bağlı sigortalılık primleri olarak değerlendirilmektedir²⁸. 5510 sayılı Kanun m. 53/5. fıkrada kabul edilen çözüm tarzı, şekli sigorta kavramının ve Anayasa'mızda (m. 60) kabul edilen sosyal güvenlik hakkının tanınması anlamına gelmektedir. Anılan nedenle, çözümsüz norm çatışmasını yargıcın m. 53/5 lehine çözüme bağlaması hukuka ve adalet düşüncesine uygun olacaktır.

IV. SİGORTALILIK TİPLERİNİN BİRLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Zorunlu sigortalılık, sigortalılık tiplerinden birini oluşturmaktadır. Yasa uyarınca, çalışmaya başlamakla otomatik olarak kazanılmaktadır. Zorunlu sigortalılıkların sigortalılık hallerinin birleşmesine yukarıda yer yerilmiştir.

Zorunlu sigortalı sayılmayanların da sosyal güvencesinin sağlanması için diğer bir yöntem, isteğe bağlı sigortalılıktır. Bu tip sigortalılık, eski mevzuatımızda olduğu gibi, 5510 sayılı Yasa'da da yer almıştır. Hükme göre, "İsteğe bağlı sigorta; kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tabi olmalarını sağlayan sigortadır." (m.50/1).

B. Zorunlu Sigortalılık ile İsteğe Bağlı Sigortalılığın Birleşmesi

1. Kural: Sigortalılıkta teklik ilkesi

Sigortalılıkta teklik ilkesi uyarınca, kural olarak, aynı zamanda hem zorunlu sigortalı, hem de isteğe bağlı sigortalı olmak mümkün değildir. 5510 sayılı Yasa'da bu duruma isteğe bağlı sigortalılığın koşulları ile ilgili 50/2-a maddesinde "Bu Kanuna tabi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak..." hükmüyle dikkat çekilmektedir. Ancak, istisna olarak "zorunlu...sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamak" hallerinde, yasa zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılığın birleşebileceğini de kabul etmiştir.

Kural olarak, isteğe bağlı sigortalı olanların zorunlu sigortalı (4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamına tabi) olacak şekilde çalışmaya başlamaları halinde, isteğe bağlı sigortalılık hali sona erecektir (5510 m.53/3). Zorunlu (5510 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesine göre) sigortalı olmayı gerektirecek çalışması bulunduğu tespit edilenlerin isteğe bağlı sigortalılıkları, 5510 sayılı yasa göre zorunlu sigortalılıklarının sona erdiği tarihi takip eden günden başlatılacaktır.

Söz konusu kişiler zorunlu sigortalılıkla çalışan sürede isteğe bağlı sigorta primi ödemişse, bu süreye ilişkin ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri

talepleri halinde ilgililere iade veya doğacak borçlarına mahsup edilecektir (SSİY.m.99/2).

2. İstisna: Birden fazla sigortalılık hali

Kısmi sigortalılar ile kısmi süreli çalışanlar yurarda yapılan açıklamaların (sigortalılıkta teklik ilkesinin) dışında tutulmuşlardır.

a. Kısmi Sigortalılık

İstisna olarak, kısmi sigortalılık isteğe bağlı sigortalılık hali ile bağdaşabilmektedir (SSİY. m.99/2). Çalıştırılan hükümlü ve tutuklular, aday çıraklar, çıraklar, mesleki eğitim gören öğrenciler, zorunlu staja tabi tutulan öğrenciler ve İş Kurumu kursiyerleri bazı sigorta kolları bakımından sigortalı sayılmaktadırlar (5510 sayılı Kanun m. 5. a, b ve e bentleri). Yasa'nın m. 53/3. fıkrasında "... 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamına tabi olacak şekilde çalışma" halinde (yine kural olarak) sigortalılıkların birleşmesi durumunda, isteğe bağlı sigortalılığın son bulacağından söz edilmekte; düzenlemede m.5/a, b ve e bentleri kapsamındaki çalışmalardan ise bahsedilmemektedir. Anılan nedenle, kısmi zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılık hallerinin birleşebileceği sonucuna varmak uygun olacaktır.

Hükümlü ve tutuklulara ilişkin düzenleme şu şekildedir: "Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutuklevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanır ve bunlar 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar" (5510 sayılı Kanun m.5/a).

Mesleki eğitim gören öğrencilere ve zorunlu stajyerlere ilişkin kurala göre, "5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tabi tutulan öğrenciler hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır ve bunlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar" (5510 sayılı Kanun m.5/b).

Kursiyerler için ise, "Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında

sigortalı sayılırlar ve bunlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır” kuralı getirilmiştir (5510 sayılı Kanun m.5/e).

Yukarıda sözü edilen kişiler, düzenlemeye göre, m. 4/I-a kapsamında sigortalı sayılmaktadırlar. Ancak, bu durum kısmi sigortalı söz konusu kişilerin tüm sigorta dallarına tabi olanlar gibi değerlendirilmesine, dolayısıyla isteğe bağlı sigortanın kapsamı dışında kalmalarına neden olmayacaktır.

b. Kısmi süreli çalışma

Bir diğer istisna hali, sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışan, ya da tam gün çalışmayan sigortalılara yani; bir diğer ifade ile, kısmi süreli çalışanlara ilişkindir. Yasa bu kişilerin zorunlu sigortalı çalışmasıyla isteğe bağlı sigortalılık halinin bağdaşabileceğini kabul etmiştir (5510 sayılı Kanun m.50/2-a).

Madde 51/3, “Ay içerisinde 30 günden az çalışan veya 80 inci madde uyarınca prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saatinin 4857 sayılı Kanuna göre belirlenen günlük normal çalışma saatine bölünmesi suretiyle hesaplanan sigortalılar...” dan söz etmektedir. Düzenlemede 80. maddenin birinci fıkrasının h bendine atıfta bulunmaktadır. Atıf yapılan hüküm kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların prim ödeme gün sayılarının bulunmasına ilişkindir.

Söz konusu kişilerin aynı ay içerisinde isteğe bağlı sigortaya prim ödemeleri halinde, primi ödenen süreler zorunlu sigortalılığa ilişkin prim ödeme gün sayısına otuz günü geçmemek üzere eklenecek ve eklenen bu süreler, 5510 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilecektir (5510 sayılı Kanun m.51/3)²⁹. Düzenlemeye göre, bağımlı olarak sürdürülmekte olan çalışmalara eklenen isteğe bağlı prim ödeme süreleri bağımsız çalışma olarak kabul görmektedir. Bu halde, her iki (zorunlu ve isteğe bağlı) sosyal sigorta ilişkisinin bir arada değerlendirilmesi gerekir. Yani, süre ve ödenen primler birleştirilecektir.

V. SİGORTALILIK SÜRELERİNİN BİRLEŞMESİ

Daha önce belirtildiği gibi, sigortalılık hallerinin birleşmesinde, sigortalı çalışmaların aynı zamana rastlayıp rastlamadığı önem taşımaktadır. Sigortalılık hallerinin farklı zamanlarda başlayıp bitmesi,

birbirini izlemesi durumunda ise, söz konusu çalışmalara bağlanan sigortalı hizmet sürelerinin birleştirilmesi gündeme gelecektir.

“Aylığa hak kazanma açısından farklı sigortalılık nedenleriyle geçen hizmetlerin birleştirilmesi” konusu 5510 sayılı Yasa'yla kaldırılmadan önce, 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmekteydi. 5510 sayılı Yasa 2829 sayılı Yasa'yı yürürlükten kaldırarak (5510 m.106/5), hizmetlerin birleştirilmesini 53/son fıkrasında düzenlemiştir. Ayrıca, geçiş düzenlemesi olarak 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce sigortalı veya iştirakçi olup, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra aylık talebinde bulunanlardan, eski mevzuatımızda farklı sosyal güvenlik kurumlarına ya da 5510 sayılı Yasa'daki belirtilen sigortalılık hallerinden birden fazlasına tabi olanlara aylık bağlanmasında esas alınacak kanunun, 5510 sayılı Yasa'yla kaldırılan mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre tespit olunacağına da hükmetmiştir (5510 geçici m.2/son fıkra).

5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden sonra ilk defa sigortalı olanları ilgilendiren 53/son fıkradaki düzenlemeye göre ise, “ilk defa sigortalı sayılanlardan 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinden birden fazlasına tabi olarak çalışmış olanların yaşlılık aylığı bağlanma taleplerinde, en fazla sigortalılığın geçtiği sigortalılık hali” dikkate alınacaktır. Hizmet sürelerinin eşit olması durumunda ise, son sigortalılık hali esas alınacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilk defa sigortalı sayılan kişilerden olup da, sigortalı, ayrı ayrı dönemlerde hem bağımsız, hem hizmet akdiyle hem de memur statüsündeki çalışmalardan bir kaçını veya hepsini icra etmişse; örneğin 2008'den 2020'ye kadar kamu görevlisi olarak çalışmış; daha sonra 2020'den 1 Nisan 2025'e kadar bağımsız çalışmada bulunmuş; son olarak 2020'den aylık talebinde bulunduğu 2029'a kadar hizmet akdiyle çalışmış ise yaşlılık aylığı bağlanırken, en çok sigortalılığının geçtiği 5510 m.4/c statüsü dikkate alınacaktır. Ancak, “hizmet sürelerinin eşit olması” durumunda, son sigortalılık hali hangisi ise, o esas alınacaktır.

Malullük ve ölüm halleri ile yaş haddinden re'sen emekli olma, süresi kanunla belirlenen vazi-

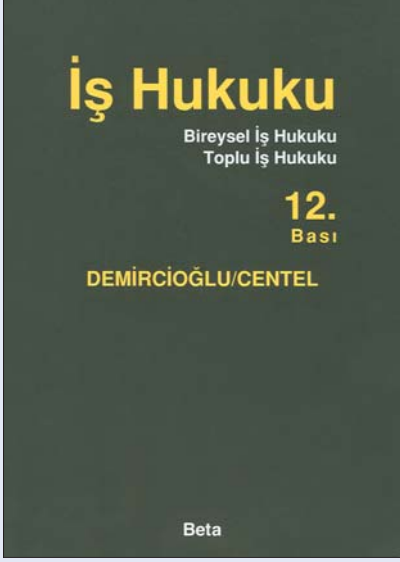
felere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları sigortalılık halinin kanunla değiştirilmesi durumunda ise, son sigortalılık hali esas alınacaktır (5510 m.53/son; SŞİY. m. 59/2).

Yukarıda istisnaen zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılığın bir arada olabileceği açıklandı. Maddede açıkça değinilmese de, kısmi süreli çalışan sigortalıların çalıştıkları günler için zorunlu; boşta kalan günler için ise, isteğe bağlı olarak ödenen prim ödeme gün sayılarının da birleştirmeye tabi tutulması gerekecektir. Bu halde, süre birleştirmesine ilişkin yukarıda değinilen kural uygulanacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda bkz. Kenan TUNÇOMAĞ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 1990, sh. 13; Can TUNCAY. Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2000, sh. 177, 384; Ali GÜZEL/Ali Rıza OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul, 1996, sh. 368; Böyle bir durumda hangi sigortalılığın geçerli sayılması gerektiği hakkında bkz. Ali Nazım SÖZER, "Sosyal Sigortalar Hukuku Açısından Yargıtay'ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2000, sh. 240 vd.; GÜZEL/OKUR, sh. 368; TUNCAY, sh. 384 vd.; Muhammed GERÇEK, "Baskın Sigortalılık", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, 2008/51, s.58 vd.
- 2 Y. 10. HD.'nin 19.2.1991, 1990/6625, 1991/1501 sayılı kararında da (YKD., 1991/7, sh. 1035-1036) "...Davacının...T.C. Emekli Sandığı iştirakçisi sayılarak kesenek ve karşılıklarının Emekli Sandığına ödendiği...anlaşılmıştır....Ne var ki, söz konusu dönem için işveren Belediye, hatalı bir işlemle davacıyı aynı zamanda sigortalı olarak göstermiş ve ...Sosyal Sigortalar Kurumuna işe giriş bildirgesi vermiş ve primlerini de ödemiştir. Bu nedenle davacı hem sigortalı hem de T.C. Emekli sandığı iştirakçisi olarak görülmüştür. Türk sosyal güvenlik sisteminde çifte sigortalılık caiz olmadığından bu sigortalılıklardan hangisinin geçerli sayılması gerektiği uyumsuzluğun temelini teşkil etmektedir..." denilmektedir.
- 3 Y 10.HD. 8.10.1974, 3807-6010 (ÇENBERCİ, sh. 921). Bu ilkeye uygun olarak örneğin 506 sayılı K. m.3/1'de "Kanunla kurulu emekli sandıklarına aidat ödemekte olanların sigortalı sayılmayacakları" açıkça belirtilmekteydi.
- 4 Bu durumu "sigortalılıkta teklik, edimlerde çokluk" şeklinde değerlendirebilmek mümkündür.
- 5 Y.10.HD.'nin 8.12.1992 t, 1991/5043, 1992/11802 sayılı kararına göre : "...Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılık caiz değildir...Her sigortalı tabi olduğu Sandık veya Kurumun sağlık sigortası sisteminden yararlanabilir..." (YKD. 1993/10, sh. 1509-1511).Y.10.HD.'nin 16.4.1992 t.li, 1991/1389, 1992/4320 sayılı bir diğer kararına göre de "...Nasıl ki çifte sigortalılık sosyal güvenlik açısından mümkün değilse, bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi sigortalının kimi yardımlarını bu Kurumdan kimi yardımlarını diğer bir kurumdan sağlaması veya dava konusu olayda olduğu gibi, sağlık yardımlarını eşine bağlı olarak kamu kuruluşundan karşılaması...biçiminde bir yönetime geçerlilik tanınamaz..." (YKD., 1992/11, sh. 1712-1714). Bununla birlikte, isteğe bağlı sigortalılar yönünden istisnai bir hüküm için bkz. 5434 sayılı K.'un 25.8.1999 t.'li ve 4447 sayılı K.'la eklenen geçici 139 m.'si.
- 6 5510 sayılı Kanun m. 53/ 1. fıkra; Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği=SSİY m.27/1; 5510 sayılı Kanun Gereğince Sigortalı Sayılanlar, Sayılmayanlar, Sigortalılığın Başlangıcı, Kuruma Bildirilmesi ve Sona Ermesi Hakkında Tebliğ V/1 (RG.28.9.2008, Sayı:27011).
- 7 Bkz. GERÇEK, s.59.
- 8 SŞİY. m.27/1; dpn. 5'deki Tebliğ V/2.
- 9 Bkz. Ali Nazım SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, s.34. 506 Sayılı Kanun m. 6'da açıklanan bu husus 5510 s.'li Yasa'da açık bir hükme bağlanmış değildir. Konu Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Sigortalılığın başlangıcı ve bildirim yükümlülüğü başlıklı madde 11/1'de "Kanunun 4 üncü maddesi birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, ... başladıkları tarihten itibaren sigortalı hak ve yükümlülükleri başlar." ifadesi ile örtülü olarak açıklanmıştır.
- 10 SÖZER, s.147-148.
- 11 Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü Sigorta İşleri ve Primler Daire Başkanlığı'nın 9.2.1993, 16-60 EK sayılı genelgesi (Bkz. İhsan ÇAKMAK, Şerhli 1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Bağ-Kur Kanunu ile 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Kanunu, Ankara 2004, s.69-70).
- 12 Dpn.5'deki tebliğ
- 13 Dpn.5'deki Tebliğ, V/5.
- 14 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerin kapsamında.
- 15 m. 5 a ve e bentleri.
- 16 5. m'nin a bendi.
- 17 5. m'nin e bendi.
- 18 4. maddenin birinci fıkrasının a bendi kapsamında.
- 19 5510 sayılı Kanun m. 53/4. fıkra; SŞİY m.27/2; dpn. 5'deki Tebliğ V/3.
- 20 Ayrıca bkz. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4. Maddesinin Birinci Fıkrasının (C) Bendi Kapsamında Çalışan Sigortalıların Prime Esas Kazancının Tespitine İlişkin Tebliğ (RG.9.10.2008, Sayı:27019) m.5/3;
- 21 5510 sayılı Kanun m.53/2.f.; SŞİY. M.27/1; dpn. 5'deki Tebliğ V/6.
- 22 Dpn. 5'deki Tebliğ V/9.
- 23 Gerek 506 sayılı yasa m.84, gerekse 5510 sayılı yasa m.89'da geçen "yanlış" kelimesinin "işveren ve sigortalının ödemesi gereken prim tutarının yanlış hesaplanması"; "yersiz" kelimesinin ise, "işverenden veya sigortalıdan hiç prim alınmaması gerektiği halde alınmış olması" şeklinde anlaşılması mümkündür. Bkz. Resul ASLANKÖYLÜ, Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu Yorumu, Ankara 2003, s.844.
- 24 5510 m.53/5, SŞİY.m.27/3.
- 25 Bkz. SÖZER, Hukukta Yöntembilim, İzmir, 2008, 61, 62.
- 26 SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, s.52; aynı yazar,"Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Primleri Açısından Yargıtayın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Tebliğ, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi-2003, Ankara 2005, 242-243; 328-329.
- 27 SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, s.52.
- 28 SÖZER, Sosyal Sigorta İlişkisi, s.53.
- 29 Bu sigortalılar çalışma durumlarını belgelendirmek zorundadırlar (SŞİY.m.99/3).

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu ve Prof. Dr. Tankut Centel tarafından hazırlanan **'İş Hukuku'** isimli eserin gözden geçirilmiş 12. baskısı yayımlanmıştır.

Kitabın Prof. Dr. Tankut Centel tarafından hazırlanan birinci bölümünde, bireysel iş hukuku üzerinde durulmuş, toplu iş hukukuna ilişkin bölümü ise Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu tarafından hazırlanmıştır.

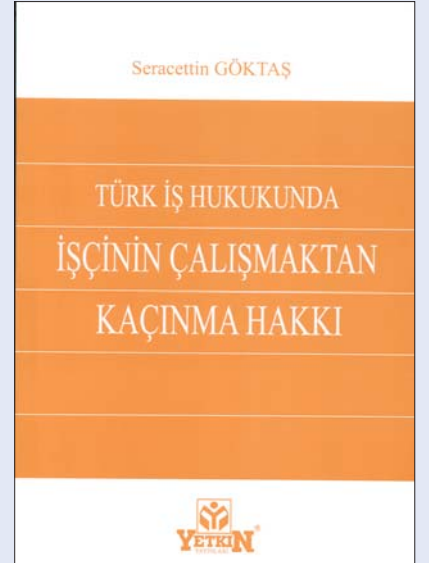
Çalışmanın hazırlanması ile bireysel ve toplu iş hukukunun daha iyi anlaşılabilmesi amaçlanmış olup, bu amaca yönelik olarak bilginin az ve öz oluşu ile rahatça kullanılabilmesi unsurları ön planda tutularak, Batı'daki ders kitabı-şerh ayrımı anlayışı benimsenmiştir.

Ayrıca, eser hazırlanırken mühendislik fakültelerindeki öğretim için iş hukukunun artan önemi ve mühendislerin iş hayatında iş hukukunun taşıdığı önem de göz önünde bulundurulmuştur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Seracettin Göktaş tarafından yüksek lisans tezi olarak hazırlanan **'Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı'** isimli eser, 2008 yılında yayımlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile işçinin; iş sözleşmesini sona erdirmeden kişisel kararına dayanarak, belli kurallar çerçevesinde iş görmekten kaçınma hakkına Türk iş hukukunda ilk kez sahip olduğuna değinilen eserde; kaçınma hakkının niteliği, bu hakkın kullanılma şartları, ne şekilde kullanılacağı ve sonuçları ile ilgili öğretici ve yargı kararları ışığında bilgilendirme yapılmıştır.

Türk iş hukuku öğretisindeki görüşlerin ve Yargıtay uygulamalarının yanı sıra, yabancı hukuk uygulama ve öğretisinin görüşlerine de yer verilen bu çalışmada, sırasıyla; genel olarak iş görmekten kaçınma hakkı, bu hakkın hukuki niteliği, şartları, kullanılması, hüküm ve sonuçları ele alınmaktadır.



Prof. Dr. Yusuf ALPER

Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

5510 Sayılı Kanun'da 4/1-a Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Prime Esas Kazançlar

Giriş

5510 sayılı Kanunla devreye giren yeni sosyal sigorta rejimimizin önemli yenilikler ve değişiklikler getirdiği alanların başında, beklendiği gibi, primlerle ilgili düzenlemeler gelmektedir. Sosyal güvenlik reformunun yapıma gerekçelerinde de vurgulandığı gibi, “mali açıdan sürdürülebilir bir sosyal koruma sisteminin oluşturulması” ve “sosyal sigorta kurumlarının finansman açıklarının ortadan kaldırılmasına¹” yönelik düzenlemelerin gerçekleştirilmesine yönelik yenilikleri ve değişikliklerin önemli bir kısmını 5510 sayılı Kanunun, “Primlere İlişkin Hükümler” başlıklı Dördüncü Kısımının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan madde düzenlemelerinde bulmak mümkündür.

5510 sayılı Kanunun prime esas kazançlarla ilgili düzenlemeleri esasen 4/1-b ve 4/1-c kapsamındaki sigortalılarla ilgili daha kapsamlı ve köklü değişiklikler getirmiş olmasına rağmen, bu yazıda yalnızca 4/1-a kapsamındaki sigortalılarla ilgili prime esas kazançlar ve uygulanması ile ilgili düzenlemeler ele alınacaktır. Ancak, 5510 sayılı Kanunun prime esas kazançlarla ilgili düzenlemelerine değinmeden önce, hem geride bıraktığımız 3 aylık uygulama döneminde karşılaşılan, hem de bundan

sonra ortaya çıkabilecek problemler dikkate alınarak, yeni Kanunu anlama, yorum ve takipte ortaya çıkan problemlerden ve yeni sosyal sigorta rejimimizin kurgusunu belirleyen temel yaklaşımdan kısaca bahsetmek faydalı olacaktır.

1. 5510 Sayılı Kanunun Anlaşılması, Yorumlanması ve Takibi ile İlgili Problemler

1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) ile getirilen yeni sosyal sigorta rejimine en kolay uyum sağlaması beklenen kesimin bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan ancak 4/1-a kapsamında sigortalı olarak tanımlanan, eski 506 sayılı SSK kapsamındaki sigortalılar ve ilgili tarafları yani işverenleri olması beklenmektedir. Çünkü, 5510 sayılı Kanun; hem tanımlar, hem de temel işleyiş esasları ve usuller bakımından büyük ölçüde 506 sayılı Kanunu esas almıştır. Nitekim, sigortalı, işveren, işveren vekili, prim, iş kazaları ve meslek hastalıkları, prime esas kazançlar, ortalama aylık kazanç, alt sınır, hak sahibi, iş göremezlik ödeneği, ve asgari ücret gibi kavramlar SSK'lılar için bilinen kavramlardır. Aynı şekilde, sigortalıların ve iş-

yerlerinin bildirilmesi, tescili, iş kazası ve meslek hastalığı (ikmh)'nın bildirilmesi, sağlık raporları, kontrol muayenesi, prim belgeleri, prime esas kazançların hesaplanması, primlerin ödenmesi süreci, idari para cezaları gibi hususlar da büyük ölçüde 506 sayılı Kanun hükümlerine paralel hükümlerle düzenlenmiştir. Bu bakımdan, 5510 sayılı Kanunun uygulanma sürecinde yeni sisteme en kolay şekilde uyum sağlayacak kesimin 5510 sayılı Kanunun 4/1-a maddesinde tanımlanan eski SSK'lular, en fazla güçlük çekecek kesimler ise sırasıyla 4/1-c kapsamında sayılan Emekli Sandığı mensupları ile 4/1-b kapsamında tanımlanan Bağ-Kur'lular olacaktır.

Daha önce yürürlükte olan 5 farklı sosyal sigorta rejimini birleştiren 5510 sayılı Kanunun, sosyal sigorta mevzuatımızda, sadeleşme, basitlik ve kolay anlaşılabilirlik sağlaması beklenirken, bugün gelinen noktada bunun tam aksi bir durum ortaya çıkmış görünmektedir. Ağırlıklı olarak konuyla doğrudan ilgili akademisyenlerce de sıklıkla dile getirildiği gibi, beklenenin aksine 5510 sayılı Kanun anlaşılması, yorumlanması ve takibi zor bir hukuki metin olarak düzenlenmiştir. Bu zorluğun başlıca sebepleri;

- Bütün çalışan gruplarını ve temel sigorta kollarını tek bir mevzuatla düzenlemenin getirdiği sosyal güvenliğin kendine has karmaşık yapısı,
 - Kanun kapsamındaki kişi ve grupların çokluğu ve bunlarla ilgili farklı hususların aynı madde içinde düzenlenmesinin getirdiği çok sayıda paragraf, bent ve fıkradan oluşan uzun maddelerin varlığı,
 - Sosyal güvenlik mevzuatında yapılacak değişikliklerin doğası gereği, özellikle kamu çalışanları bakımından “kazanılmış hakları koruma ve sürdürme ilkesini” hayata geçirmeye yönelik düzenlemelerin getirdiği olağan karmaşa,
 - Sosyal güvenlik reformunun başlangıcında benimsenen “norm ve standart birliği sağlayacak tekleşmiş bir sistem oluşturma amacı” ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçelerini karşılayacak düzenlemeleri birlikte gerçekleştirme zorunluluğu,
- olarak sıralanabilir. Ancak, yukarıda sayılan bir anlamda “kaçınılmaz” olarak kabul edilebilecek sebepler yanında, mevzuatı zorlaştıran “kaçınılabilecek” sebepler de vardır. Bunlar;
- 5510 sayılı Kanunda düzenlenemeyen, boşluk

olduğu düşünülen veya fark edilen hususların ikincil mevzuatta yapılan düzenlemelerle giderilmeye çalışılması,

- Başlangıçta iki ayrı kanun olarak düşünülen ancak yasalaşma sürecinde birleştirilen sosyal sigorta düzenlemeleri ile genel sağlık sigortası düzenlemelerinin aynı kanun içinde düzenlenmesi,
 - 5510 sayılı Kanunu az sayıda maddeden oluşan bir kanun olarak düzenleme amacı yanında, tekrardan kaçınma amacıyla maddeler arasında yapılan atıflarda açık tanımlar yerine ilgili fıkra ve bentlerin numara ve sıralarının kullanılması,
 - Sistemin hayata geçirilmesi ile ilgili işleyiş ve uygulamaya yönelik problemlerin Kanun yürürlüğe girdikten sonra da giderilir düşüncesinin hakim olması,
 - Özellikle mali hükümlerin yer aldığı maddelerde kullanılan ifade dilinin fazlasıyla “teknik” olması,
 - İkincil mevzuatla ilgili düzenlemelerde geç kalınmasının yanı sıra yazım hataları yapılması, ve;
 - Kurumsal alt yapı yetersizliği ve geçiş döneminin kısalığı,
- olarak sıralanabilir. Bu sebeplere bir de “alışılmış ve bilinen bir sistemin işleyiş kuralları” yerine “yeni bir sistemin işleyiş kurallarını öğrenmenin güçlüğü” ve “ bilineni ve alışılmışı devam ettirme” eğiliminin getirdiği “yeniliğe karşı direnç” de eklince bugün yaşanan problemler ilgili kesimler için sürpriz gelişmeler değildir. Halen ikincil mevzuatın tamamlanmadığı, hazırlananların oldukça kapsamlı olduğu ve yürürlüğe girdikten hemen sonra ikincil mevzuatta da yeni değişiklikler yapılma ihtiyacının duyulması uzunca bir süre daha bu karmaşanın devam edeceğini ortaya koymaktadır. Geçen 3 aylık uygulama döneminde ortaya çıkan problemler ve halen Anayasa Mahkemesi tarafından sonuçlandırılmayan iptal başvurusu da göz önüne alınınca, Kanunun yürürlük tarihinin, en azından 1.1.2009 olarak belirlenmesinin daha isabetli olacağı ortaya çıkmıştır.

II. 5510 Sayılı Kanuna Hakim Olan Anlayış ve Kanunu Anlamaya Etkileri

5510 sayılı Kanunun bütünü ve özellikle de bu yazının da konusunu oluşturan “primler” gibi

sistemin finansmanını ilgilendiren temel düzenlemeleri anlamaya, yorumlamaya ve uygulamaya çalışırken Kanun koyucunun niçin Türk sosyal güvenlik sisteminde kapsamlı değişiklikler yapma ihtiyacı duyduğunu gözardı etmemek gerekir. Hatırlanacağı gibi, sosyal güvenlik reformunun temel amacı; “ adil, kolay erişilebilir, yoksulluğa karşı daha etkin koruma sağlayan, mali açıdan sürdürülebilir bir sosyal koruma sistemi oluşturmak²” olarak belirlenmiştir. Yeni sosyal güvenlik sisteminin öncelikli hedefleri arasında; hem bütün nüfusun GSS kapsamına alınması gibi sosyal hedefleri gerçekleştirmeye yönelik finansman kaynağını yaratmak, hem de mevcut finansman açıklarını kapatmaya yönelik aktüeryal öncelikleri esas alan bir finansman yapısı oluşturmaya çalıştığı açıktır. Kanun koyucu bu hedefleri gerçekleştirmek için iki temel araç kullanmış görünmektedir. Bu araçlar;

- Sosyal sigorta sisteminin prim gelirlerini artıran ve sigorta giderleri azaltan düzenlemeleri eş zamanlı olarak uygulamaya koyarak finansman açığını kapatmak,

- Kayıt dışını önleyerek sosyal güvenlik sisteminin gelir kaynaklarını artırmak ve kayıpları ortadan kaldırmak

olarak belirlenmiştir. Prime esas kazançların tanımının genişletilmesi, prim ödeme gün sayısının artırılması gibi düzenlemeler prim gelirlerini artırıcı, özellikle yaşlılık aylığına hak kazanma şartlarının zorlaştırılması, aylık hesaplama sisteminin değiştirilerek aylık bağlama oranının değiştirilmesi gibi düzenlemelerle de giderleri azaltıcı değişiklikler yapılmıştır. Ancak, bu kapsamdaki düzenlemelerin beklenen “olumlu” etkileri, gerek kazanılmış hakların korunması, gerekse kademeli geçiş dolayısıyla ancak uzun dönemde gerçekleşebileceği için sistemin finansman yapısındaki iyileşme ağırlıklı olarak kayıt dışı ile mücadele de sağlanacak başarıya ve sisteme yansımaya bağlanmış görünmektedir. Kanun koyucu bunu gerçekleştirmek için de, beyan sistemi ile sigortalı, işveren ve üçüncü kişilerden Kuruma gelen her türlü bilginin, çok yönlü denetim ve kontrolünü sağlamaya yönelik ilave düzenlemelere yer vermiştir³. 4/1-b kapsamındaki sigortalıların bildirilmesi ile ilgili yükümlülüklerin başta vergi daireleri olmak üzere çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilmesi yalnızca bir tanesidir. Öte yandan, daha önce, Ku-

rum adına sınırlı denetim ve kontrolle görevli olan kamu kurumları, yeni sistemde kayıt dışılığı önlemeye yönelik işlemler bakımından Kuruma bilgi ve belge verme zorunluluğu ile de yükümlü tutulmuşlardır. Kamu kurumlarının yanı sıra başta bankalar olmak üzere özel kuruluşlar ve meslek kuruluşları da Kuruma karşı cezai yaptırım olan yeni yükümlülüklerle tabi tutulmuşlardır.

5510 sayılı Kanun bir bütün olarak değerlendirildiği zaman, Kanunun bütününde Kanun koyucunun bu iki amacı gerçekleştirme hedefine verdiği önem ve öncelik ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun bu anlayış ve yaklaşımı 5510 sayılı Kanunun uygulanmasına yönelik ikincil mevzuata da hakim olmuş görünmektedir. Hatta, bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemeler bakımından Kanunda bir eksiklik ve buradan kaynaklanan boşluk var ise bu boşluk, ileride dava konusu olabilecek şekilde, öncelikle ikincil mevzuatla giderilmeye çalışılmıştır. Nitekim, bu yazıda da ele alınacağı gibi, uygulamada ortaya çıkan, “yıllık ücretli izinlerde İKMH sigorta priminin kesilip kesilmeyeceği konusunda” bir belirsizlik ortaya çıkmış ise Kurumun yorum ve değerlendirmesi, yukarıda belirtilen genel yaklaşım çerçevesinde, “kesilecektir” şeklinde olmuştur. 5510 sayılı Kanunla ilgili ikincil mevzuatın oluşturulmasında Hükümetin ve Kurumun şu ana kadar ortaya koyduğu yaklaşım ve tavır, mevcut mevzuat düzenlemeleri ile ilgili yorum ve açıklamaların, sosyal güvenlik reformunun temel ve özellikle de finansman amaçlarını gerçekleştirme hedefi ile çelişmesi halinde, yeni yasal düzenlemeler yapılmasından kaçınılmayacağı yönündedir.

III. 4/1-a Kapsamındaki Sigortalılar için 5510 Sayılı Kanunda Primler ve Prime Esas Kazançlarla İlgili Düzenlemeler

5510 Sayılı Kanunun primlerle ilgili düzenlemeleri, 506 sayılı Kanundaki sistematığe benzer şekilde sigorta kolları ile ilgili hükümlerden sonra, “Primlere İlişkin Hükümler” başlıklı dördüncü kısmın ilk iki bölümünde yer verilen, 79 ila 91. maddeler arasındaki toplam 13 maddede düzenlenmiştir. Primlerle ilgili temel hükümler bu maddelerde

düzenlenmiş olmakla birlikte, bu bölümler dışında, 4/1-c kapsamındaki bazı kamu görevlilerinin yanı sıra isteğe bağlı sigortalılar ve GSS ile ilgili bölümlerdeki çeşitli maddelerde de primler ve prime esas kazançlarla ilgili hükümlere yer verilmiştir. Kanunun geneline hakim olan düzenlemeye benzer şekilde, primlerle ilgili maddelerde de önce 4/1-a kapsamındaki sigortalılarla ilgili hükümlere, farklı hükümler için de bu grubu takiben 4/1-b ve 4/1-c kapsamındaki sigortalılarla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

A. Primler: Prim Alınması ve Prim Oranları

5510 sayılı Kanunun "Prim Alınması Zorunluluğu" başlıklı 79. maddesinde, "Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler (sosyal sigorta giderleri) ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır." hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, primler, 5510 sayılı Kanunun uygulanmasından kaynaklanacak bütün sosyal sigorta giderlerini karşılamak için belirlenen "net" veya "saf" prim ile bu miktara Kurumun yönetim giderlerini karşılamak üzere net prime ilave edilmiş tutarın toplamından oluşan "brüt" veya "gayri safi" primler olarak belirlenmiş görünmektedir. Ancak, primlerin belirlenmesi bakımından sigorta giderleri ile yönetim giderleri arasında yapılan bu ayrıştırma, 5502 sayılı Kurum Kanununun, "Çeşitli mali hükümler" başlıklı 37. maddesindeki "Genel yönetim giderlerinin Kurumun yıllık toplam gelirlerinin % 5'ini aşamayacağı" yönündeki düzenleme ile zayıflatılmıştır. Çünkü, Kurumun en önemli gelir kaynağı primler olmakla birlikte, primlerin dışında; her türlü idari para cezaları ve gecikme cezaları, gecikme zamları, katkı payları, devlet katkıları, primsiz ödemeler karşılığı merkezi bütçeden aktarılacak miktarlar, fon gelirleri gibi çeşitli kalemlerden oluşan diğer gelir kaynakları da vardır (5502, m.34)⁴.

5510 sayılı Kanun, alınacak primler ve prim oranlarının belirlenmesi konusunda, tek bir ilkeye bağlı kalmamış görünmektedir. Primlerin belirlenmesinde "primlerin fiyat olma" özelliğini güçlendiren "sigorta kollarına göre ayrı prim alınması ilkesi" öne çıkmış görünmesine rağmen, prim ödeyen

kişi ve taraflara veya prim ödenen kişi ve grupların özelliklerine göre farklı prim oranlarının ve prime esas kazançların tespiti de söz konusu olmuş, hatta bazı durumlarda herhangi bir prensiple bağdaştırılamayacak, pragmatik çözüm bulma arayışını yansıtan uygulamalar da olmuştur.

5510 sayılı Kanunda, sosyal sigortalar başlığı altında (m.3/1-3), "ikmh, hastalık ve analık sigorta kollarından oluşan kısa vadeli" (m.3/1-4), ve "malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından oluşan uzun vadeli sigorta kolları" (m.3/1-5) ile genel sağlık sigortasına (m.3/1-8) yer verilmiş, primler de bu sigorta kolları esas alınarak belirlenmiştir.

Bütün sigorta kollarına tabi olan 4/1-a kapsamındaki sigortalılar için malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları için prim oranı; % 9 sigortalı, % 11 işveren hissesi olmak üzere toplam % 20 olarak belirlenmiştir (m.81/1-a)⁵. Kısa vadeli sigorta kolları prim oranı, "yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre % 1 ila % 6,5 arasında Kurumca belirlenecek" ve "tamamı işveren tarafından ödenecektir" (m.81/1-c). Burada dikkat çeken husus, kısa vadeli sigorta kolları prim oranlarının 0,5 puan daha düşük olması dışında, tamamen 506 sayılı Kanunun ikmh sigorta kolu primlerinin belirlenmesi ile ilgili hükümlerine uygun şekilde tespit edilmiş olmasıdır. Önemli fark, 506 sayılı Kanunda, söz konusu prim oranı yalnızca ikmh sigortası ile tedavi giderleri ve parasal ödemeler karşılanırken, 5510 sayılı Kanunda bu primle ikmh sigorta kolunun yanı sıra hastalık ve analık sigortasından yapılan parasal ödemeler de karşılanmaktadır.

GSS prim oranı, "kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına" tabi olanlar için, sigortalı hissesi % 5, işveren hissesi % 7,5 olmak üzere toplam olarak % 12,5 olarak belirlenmiştir (m.81/1-f). İsteğe bağlı sigortalılar ve yalnızca GSS kapsamında olanlar için bu oran % 12 olarak belirlenmiştir.

5510 sayılı Kanunun prim oranları ile ilgili düzenlemeleri bakımından 81. maddenin dikkat çeken yönü, ikmh, hastalık ve analık sigortaları yerine Kanunun üçüncü maddesinde yapılan tanıma uygun olarak "kısa vadeli sigorta kolları" ifadesi kullanılırken (m.3/4), malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranının belirlendiği bentlerde "uzun vadeli sigorta kolları" tanımının kullanılmaması, her defasında malullük, yaşlılık ve ölüm si-

“Ücret niteliğindeki kazançlar ve ücret niteliği dışındaki kazançlar” kavramı iş ve sigorta hukukumuz için yeni kavramlardır ve 5510 sayılı Kanunun tanımlar kısmında yer verilmediği gibi Kanun metni içinde de kullanılmamıştır.

gortaları prim oranı ifadesinin kullanılmasıdır. Ancak, yine aynı maddede GSS prim oranı ile ilgili oranlar belirtilirken, önceki iki bentteki yaklaşımdan farklı olarak “...kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tabi olanlar...” (m.81/1-f) ifadesinin kullanıldığı da görülmektedir. Bu farklı kullanım yalnızca 5510 sayılı Kanunda değil, ikincil mevzuatta da görülmektedir.

5510 sayılı Kanunla kapsama alınan diğer sigortalı grupları ile ilgili prim oranları, daha önce belirtildiği gibi “pragmatik” bir yaklaşımla belirlenmiştir. Bunun en açık delilini, SGDP ödeyerek çalışanlar için getirilen düzenlemelerde görmek mümkündür. Nitekim, 4/1-a kapsamında sigortalı sayılmasını gerektiren işlerde SGDP ödeyerek çalışanların prim oranı, 506 sayılı Kanun dönemindeki % 30'luk orana (sigortalı % 7,5 ve işveren % 22,5 hisseleri aynı şekilde bırakılarak), bu kişilerin ikmh sigorta kolu bakımından kapsama alındıkları gerekçesiyle % 1-6,5 arasında değişen “kısa vadeli sigorta kolları” primi de ayrıca ilave edilmiştir (5510, Geçici m.14). 506 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi, bu kapsamda çalışanlardan alınan primlerle sağlanan koruma arasında, sigortacılık ilkeleri ile açıklanabilecek herhangi bir ilişki yoktur. Nitekim, aynı statüde olmakla birlikte SGDP ödeyerek 4/1-b kapsamındaki işlerde çalışanlar için belirlenen prim oranı (% 15) ve prime esas kazançlar (almakta olduğu aylık) tamamen farklı esaslarla belirlenmiştir.

5510 sayılı Kanunda “kısmi sigortalılık” ilişkisi kapsamında sigortalı sayılanların prim oranları belirlenirken de ödenen prim sağlanan fayda arasındaki ilişki, yani “külfet-nimet dengesi” kurulmamıştır. Nitekim, “ikmh ve hastalık” sigortaları bakımından sigortalı sayılan 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda

belirtilen aday çırak, çırak ve meslek lisesi öğrencileri ile yalnızca “ikmh” sigortası bakımından sigortalı sayılan zorunlu staja tabi tutulan yüksek okul öğrencileri ile İŞKUR tarafından düzenlenen kurslara katılanların prim oranı, kapsama alındıkları sigorta kollarının farklılığına bakılmaksızın, % 1 olarak belirlenmiştir. Öte yandan, “ikmh ve analık” sigortaları bakımından kısmi sigortalı sayılan “ceza ve infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis ve atölyelerde çalıştırılan hükümlüler için ise kısa vadeli sigorta kolları priminin tamamı, yani % 1-6.5 arasında değişen oran uygulanacaktır⁶.

B. Prime Esas Kazançlarla İlgili Düzenlemeler

5510 sayılı Kanunda prime esas kazançlar, Kanunun en uzun maddelerinden birini oluşturan “Prime esas kazançlar” başlıklı 80. maddesinde düzenlenmiş, maddenin ilk fıkrasında 4/1-a; ikinci fıkrasında 4/1-b; 3. fıkrasında 4/1-c kapsamındaki sigortalılar ve nihayet dördüncü ve son fıkrasında yalnızca genel sağlık sigortası kapsamında olan sigortalıların prime esas kazançları ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Kanundaki sistematik Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğine de (SSİY)⁷ aynı şekilde yansıtılmış ve Yönetmeliğin 103. maddesinde 4/1-a; 104. maddesinde 4/1-b, 105. maddesinde 4/1-c ve 106. maddesinde yalnızca GSS kapsamında olan sigortalıların prime esas kazançları ile ilgili hükümler yer almıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, SSİY'nin 103. maddesindeki düzenleme, son iki bent hariç, 5510 sayılı Kanunun 80. maddesindeki düzenlemenin birebir aynısıdır ve Kanunda anlaşılmayan hususların açıklığa kavuşturulması bakımından Yönetmelikte verilen ilave bir bilgi yoktur. 4/1-a kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları ile ilgili en ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemeler 28 Eylül 2008 tarih ve 27011 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri Kapsamındaki Sigortalılar ile Sadece Genel Sağlık Sigortasına Tabi Sigortalıların Prime Esas Tutulacak Kazançlarına Dair Tebliğ” de yer almıştır.

Yazının başlangıç kısmında da belirtilmeye çalışıldığı gibi, 5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanunla benzer tanımları kullanmasına rağmen, prime esas kazançlarla ilgili önemli değişiklikler yapmış ve bu düzenlemelerin geri planında;

Toplu iş sözleşmesinin geç imzalanması halinde geriye dönük ikramiye farkları ödenmesi söz konusu olursa, daha önce ilgili ayın kazancına dahil edilerek prime esas kazançlara dahil edilen ikramiye farkları, yeni düzenlemede ücret niteliği dışındaki ödemeler olarak kabul edildiği için ödendikleri ayın prime esas kazançlarına dahil edileceklerdir.

- Mümkün olduğunca sigortalının bütün kazançlarından prim alma,
 - Prim ödeme yükümlülüğünü azaltmaya yönelik ücret yapısı ve ödeme şekillerini değiştirmeye yönelik uygulamaları ortadan kaldırma ve
 - Prime esas kazançlarla ilgili düzenlemeleri sadeleştirme ve basitleştirme düşüncesi hakim olmuştur.
- 5510 sayılı Kanununun 80. maddesindeki düzenlemeler bir bütün olarak değerlendirildiği zaman, ilgili tebliğdeki sınıflandırma da dikkate alınarak, 4/1-a kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançlarını:
- Prime esas tutulacak kazançlar,
 - Kısmen prim kesilecek kazançlar ve
 - Prim kesilmeyecek kazançlar,
- başlıkları altında toplamak mümkün görünmektedir.

1. Prime Esas Tutulacak Kazançlar

28.9.2008 tarihli Tebliğ, 4/1-a kapsamındaki sigortalıların prime esas tutulacak kazançlarını, “ücret ve ücret niteliğindeki kazançlar” ve “ücret ve ücret niteliği dışındaki kazançlar” başlıklı ikili bir tasnifle açıklamıştır. “Ücret niteliğindeki kazançlar ve ücret niteliği dışındaki kazançlar” kavramı iş ve sigorta hukukumuz için yeni kavramlardır ve 5510 sayılı Kanunun tanımlar kısmında yer verilmediği gibi Kanun metni içinde de kullanılmamıştır. Aynı şekilde, SSİY’de de bu kavramlarla ilgili açıklama yoktur. Tebliğde yapılan açıklamaları dikkate ala-

rak yukarıdaki kavramlarla ilgili açık ve anlaşılabilir bir ücret gruplandırması yapmak da kolay görünmemektedir. Bireysel ve toplu iş hukukumuzla ilgili uygulamalarda yaygın olarak kullanılan asıl ücret, bağlı ücret, ücret ekleri, ücret benzeri ödemeler, çıplak ve giydirilmiş ücret kavramları⁸ dikkate alınınca prime esas kazançların belirlenmesinde problemlerin ortaya çıkması kaçınılmaz olarak görünmektedir.

5510 sayılı Kanuna göre sigortalının prime esas kazanç tutarlarının hesabında;

- Hak edilen ücretlerin (ücret ve ücret niteliğindeki ödemeler),
- Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin (ücret niteliği dışındaki ödemeler),
- İdare ve yargı mercilerince verilen karar gereğince yukarıda belirtilen kazançlardan o ay içinde sigortalılara yapılan ödemelerin

brüt tutarı esas alınır, denilmiştir (m.80/1-a). Düzenleme, 4/1-a kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançlarının ana unsurunu ücretin oluşturduğunu, ücretin hak edildiği ayda, diğer ödemelerin ise ödendikleri tarihte prime esas kazançların hesaplanmasında esas alınacağını belirtmekte, bu şekli ile 506 sayılı Kanun uygulamasından herhangi bir farklılık göstermemektedir.

4/1-a kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançlarının ana unsurunu oluşturan ücret, 5510 sayılı Kanuna göre, “ 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutar” (m.3/12) olarak tarif edilmiştir. 5510 sayılı Kanundaki bu ücret tarifi, Kanunun 5754 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki ilk halinde, 4/1-a ve 4/1-c kapsamındaki sigortalılar birlikte dikkate alınarak yapılmış bir ücret tarifidir. Ancak, 5510 sayılı Kanunun hem ilk halinde, hem de Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarından sonra yeniden düzenlenmiş halinde, başta 80. madde olmak üzere 4/1-c kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları belirlenmeye çalışılırken hiçbir zaman ücret kavramı kullanılmamıştır. Buna rağmen, 5754 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra da “ücret” kavramının tanımı ile ilgili herhangi bir değişiklik de yapılmamıştır. Öte yandan, Kurumun 9 Ekim 2008 tarih ve 27019 sayılı Resmi Gazete’de

yayımlanan 4/1-c kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları ile ilgili tebliğde, ücret kavramına hiç yer verilmemiş, bu grupta çalışanların prime esas kazançlarının hesaplanmasında esas alınmak üzere, 5510 sayılı Kanununun 3. maddesindeki ücret tarifinde yer verilen süreklilik unsuru esas alınarak ayrıca “aylık/maaş” tanımı yapılmıştır.

5510 sayılı Kanun ve SSİY’deki ücret tanımı ile ilgili yetersizlik, Tebliğle giderilmeye çalışılmış ve 4/1-a kapsamındaki sigortalılar için tanımlanan ücret kavramının, 4857 sayılı İş Kanununun 32. maddesinde tarif edilen ücretin yanı sıra aynı Kanununun 41, 42 ve 43. maddeleri uyarınca yapılan fazla çalışmalar için yapılan ödemeleri; 46. maddesi uyarınca hak kazanılan hafta tatili ücretini, 47. maddesi uyarınca ödenen ulusal bayram ve genel tatil günleri için verilen ücreti; 57. madde uyarınca verilen yıllık izin ücretini, 70. madde uyarınca verilen tamamlama ve temizleme işleri ile ilgili artırımlı ücreti kapsadığı belirtilmiştir. Asıl ücret için söz konusu olduğu gibi, Tebliğle ücret tanımı içine alınan ancak kullanılan başlık dikkate alınınca “ücret niteliğindeki ödemeler” olarak kabul edilen bu ödemeler, ödenip ödenmediğine veya ne zaman ödendiğine bakılmaksızın hak edildiği ayda prime esas kazançlara dahil edilecektir. 506 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi, toplu iş sözleşmelerinin geç imzalanması halinde ücret ve ücret niteliğindeki ödemelerle ilgili olarak geriye doğru fark ödenmesi halinde, bu farklar ödendikleri tarihte değil, ilgili oldukları ayın prime esas kazançlara dahil edilerek prim kesilecektir.

4/1-a kapsamındaki sigortalıya, ücrete bağlı veya ondan bağımsız olarak ödenen “prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak” 506 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi, prime esas kazançlara dahil olacaktır (m.80/1-2). Tebliğ’deki tasnife göre, “ücret niteliği dışındaki ödemeler” olarak tanımlanan prim, ikramiye ve bu nitelikteki ödemeler, işverenin çalışana ödüllendirme gayesiyle, bazen ücrete bağlı olarak onun yüzdesi veya katı tutarında, bazen de kişinin aldığı ücretten bağımsız, hasılatı veya kârlılığa bağlı olarak belirlenen maktu miktar tutarında yaptığı ödemelerdir. Tebliğdeki açıklamalara göre “ücret ve ücret niteliği dışındaki kazançlar” olarak kabul edilen bu ödemeler, “öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilerek” (m.80/1-d) primlerin hesaplanması ger-

çekleştirilecektir. Kanun koyucu, sigortalılar ve işverenlerin prim yükünden kaçınmak için bu tür ödemeleri kullanabilecekleri düşüncesiyle ücret niteliği dışındaki bu ödemelerin prime esas kazançların üst sınırını aşması halinde, aşan kısmının ödemelerin yapıldığı tarihi takip eden 2 aylık sürede prime esas kazançlara dahil edilmesi hükmünü getirmiş ve bu tür ödemelerin ödendiği tarihte prime esas kazançlara dahil edilir genel hükmünü gözardı etmiştir⁹. Kurum, konu ile ilgili Tebliğ’de, toplu iş sözleşmeleri gereğince veya kamu idareleri ve yargı mercilerince verilen kararlara istinaden sonradan yapılan “ücret ve ücret niteliği dışındaki kazançların” ödendiği ayın kazancına dahil edileceğini, bu nitelikteki ödemelerin de üst sınırı aşması halinde yine 2 ayı geçmemek üzere sonraki ayların prime esas kazançlarına dahil edileceğini belirtmiştir. Ancak, sigortalının hizmet akdi sona ermiş ise bütün ödemeler son ayın prime esas kazançları içinde değerlendirilecek ve üst sınırı aşan bu nitelikteki ödemelerden prim kesilmesi söz konusu olmayacaktır.

Prim, ikramiye ve benzeri nitelikteki ödemelerin, “ücret niteliği dışında kazançlar” olarak kabul edilmesi ve Kurumun bu nitelikteki ödemeleri genel olarak sigortalının ücretinden bağımsız maktu olarak belirlenen miktarlar olarak kabul etmesi, özellikle toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyerlerinde sigortalının ücretine bağlı olarak aldığı 4 aylık ücret tutarındaki ikramiyelerin prime esas kazançlara dahil edilmesi konusunda problem yaratacak gibi görünmektedir. 5510 sayılı Kanuna göre, ücrete bağlı olarak ödenen ikramiyeler, Tebliğde belirtilen ücret tarifine dahil olmadığı için, esas olarak ödendikleri ayda prime esas kazançlara dahil edilecekler, eğer üst sınırı aşan kısmı var ise sonraki 2 ayın prime esas kazançlarına dahil edileceklerdir. Ancak, toplu iş sözleşmesinin geç imzalanması halinde geriye dönük ikramiye farkları ödenmesi söz konusu olursa, daha önce ilgili ayın kazancına dahil edilerek prime esas kazançlara dahil edilen ikramiye farkları, yeni düzenlemede ücret niteliği dışındaki ödemeler olarak kabul edildiği için ödendikleri ayın prime esas kazançlarına dahil edileceklerdir.

5510 sayılı Kanunla getirilen bir başka önemli değişiklik, yukarıda belirtilen prime esas kazançlar ile m.80/1-c de belirtilen istisnalar dışında kalan,

ne adla yapılırsa yapılsın bütün ödemeleri ve aynı yardımlar yerine geçmek üzere yapılan bütün nakdi ödemeleri prime esas kazançlara dahil etmesidir (m.80/1-c). Bu düzenleme daha önce belirtildiği gibi, kanun koyucunun sigortalı ve işverenin prim yükünden kaçınmak için ücret dışındaki ödemelere başvurabileceği düşüncesiyle getirdiği bir düzenlemedir ve “toptancı bir yaklaşımı” yansıtmaktadır. Bu konuda bir boşluğa fırsat vermemek üzere, “Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnaların bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacağı” (m.80/1-c) ayrıca belirtilmiştir. Nitekim, Kurum Tebliğinde bu düzenlemeye istinaden 6772, 6452 ve 6212 Sayılı Kanun hükümlerince verilen ikramiyeler ve ilave tediyelelerin bu yeni düzenleme çerçevesinde prime esas kazançlara dahil edileceği açıklaması getirilmiştir. Yine bu düzenlemeye istinaden, 4857 sayı-

prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacaktır (m.80/1-b).

Gerek 506 sayılı Kanun uygulamasında, gerekse 5510 sayılı Kanunun ilk halinde, prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacak yemek, çocuk ve aile zamlarının miktarı Bakanlık tarafından belirlenmesi öngörülmüşken, 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ve isabetli bir şekilde SGK'ya bırakılmıştır. İstisna tutarlarının Kurumca yeniden belirlenmesine kadar geçecek sürede 506 sayılı Kanun dönemindeki uygulama aynen benimsenmiş ve 16 yaşından büyükler için belirlenmiş asgari ücretin;

- Yemek bedeli için % 6,
- Çocuk zammı için her bir çocuk için % 2 olmak ve 2 çocuğu aşmamak üzere toplam olarak % 4, ve,
- Aile zammı için % 10

Kurum Tebliğine göre, yemek, çocuk ve aile zamlarının yıllık olarak, bir defada ödenmesi halinde, ödemenin yapıldığı tarihteki asgari ücret esas alınmak şartıyla söz konusu istisnalar yıllık olarak hesaplanacak ve istisna miktarını aşan tutarlar, ödemenin yapıldığı tarihteki prime esas kazançların hesabına dahil edilerek prim kesilecektir.

lı Kanununun 61. maddesindeki hüküm dikkate alınmaksızın hak kazanıldığı halde kullanılmayan yıllık ücretli izin süresince ödenecek ücretlerden de kısa vadeli sigorta kolları primi kesileceği belirtilmiştir.

2. Kısmen Prime Esas Tutulacak Kazançlar

5510 sayılı Kanun, kısmen prime esas tutulacak kazançlar bakımından 506 sayılı Kanunda değişiklik yapan 4958 sayılı Kanunla getirilen ve 1 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeyi esas almış ancak kapsamı genişleterek işveren tarafından ödenen özel sağlık sigortaları ile bireysel emeklilik primlerini de dahil etmiştir. Buna göre;

- Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları ile
- İşverenleri tarafından sigortalılar için ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları

olmak üzere toplam % 20 oranında bir istisna tanınmıştır. Dolayısıyla, işverenin bu istisna tutarlarını aşan yemek, çocuk ve aile zammı ödemeleri prime esas kazançların hesabında dikkate alınacaktır. Konu ile ilgili Tebliğde, sigortalılara yapılan yemek bedeli ödemelerinin işyerinde veya müştemilatında yemek verilmemesi şartıyla istisna dışında tutulacağı belirtilmiştir. Yine aynı Tebliğde göre, sigortalılara nakit olarak yemek parası ödenmemesi şartıyla, işverenlerin işyeri dışında yemek üretimi yapan firma ve şahıslardan yemek satın alması halinde bu firmalara fatura karşılığında yapılan yemek bedeli ödemeleri de prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacaktır.

Çocuk zammı adı altında yapılan ödemelerin prime esas kazançların hesabında dikkate alınmaması için, çocukların sigortalı olmaması, gelir ve aylık almamasının yanı sıra 5510 sayılı Kanuna göre sigortalının bakmakla yükümlü olduğu çocuk kapsamında olması gerekir. Yani, esas olarak 18,

Yeni düzenleme, amacı ne olursa olsun, bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde aynı yardım olarak öngörülen ödemelerin yerine geçmek üzere yapılacak bütün nakdi ödemelerin prime esas kazançlara dahil edileceğini açık olarak düzenlemiştir.

lise ve dengi eğitim görüyor ise 20, yüksek öğrenim görüyor ise 25 yaşını doldurmamış olması, kız çocuğu ise yaşına bağlı olmaksızın evli olmaması ve kız veya erkek olduğuna bakılmaksızın malul olduğu tespit edilen çocuklardan olması gerekir. Ancak, daha önce belirtildiği gibi bu durumda olan çocuklardan en fazla ikisi için yapılan ödemeler istisna dışında tutulacaktır.

Aile zammı ödemesinin prime esas kazançların hesabında dikkate alınmaması için sigortalının eşinin sigortalı olmaması veya gelir veya aylık alınması gerekir. Bu özelliği taşımayan eşler için yapılan ödemeler için istisna söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, aile zammı ödemelerinde eş kavramından, aralarında resmi evlilik bağı olmak şartıyla, sigortalı erkek ise karısı, kadın ise kocası faydalanacaktır.

Kurum Tebliğine göre, yemek, çocuk ve aile zamlarının yıllık olarak, bir defada ödenmesi halinde, ödemenin yapıldığı tarihteki asgari ücret esas alınmak şartıyla söz konusu istisnalar yıllık olarak hesaplanacak ve istisna miktarını aşan tutarlar, ödemenin yapıldığı tarihteki prime esas kazançların hesabına dahil edilerek prim kesilecektir.

5510 sayılı Kanunla kısmen prime esas tutulan kazançlar bakımından getirilen yenilik, işveren tarafından sigortalı için ödenen özel sağlık sigortası primleri ve bireysel emeklilik katkı payları ile ilgili olmuştur. Buna göre, "... 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..." (m.80/1-b), prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacaktır. İşveren her iki türde öde-

me yapıyorsa % 30'luk istisna tutarı, ayrı ayrı değil, her iki ödemenin toplamı için uygulanacaktır. Yalnızca sağlık sigortası primi veya emeklilik katkı payı ödüyorsa % 30'luk istisna tutarının tamamı bu ödeme için kullanılacaktır. Şüphesiz, bu tür ödemeler için % 30'luk istisna tutarının yeterli olup olmadığı ayrı bir tartışma konusu olacaktır.

Prim ve katkı paylarının belirli oranda istisna dışında tutulması ile ilgili bu düzenleme, sosyal güvenlik sisteminin ikinci ayak sosyal güvenlik kurumlarını destekleme ve çalıştırdığı sigortalılar için ilave külfete katlanan işverenin yükünü azaltmaya yönelik olarak yapılmıştır. İstisna dışında tutulan ödemelerin sağlık ve emeklilik gibi doğrudan sosyal güvenlikle ilgili sigorta kolları ile ilgili olması isabetli olmuştur. Ancak, istisna tutarı çeşitli açılardan tartışmaya açılabilir. Bir görüşe göre, kamu sosyal güvenlik sisteminin yükünü azalttığı ve doğrudan sigortalıya yapılan bir parasal ödeme olmadığı gerekçeleriyle bu kapsamdaki ödemelerin tamamı prime esas kazançların kapsamı dışında tutulmalıdır¹⁰. Diğer görüşe göre ise, bu nitelikteki ödemelerin kapsam dışında bırakılması, esasen yüksek gelir grupları için söz konusu olan bu uygulamanın bu kesimler lehine bir gelir transferi yaratacağı için adil olmayacaktır.

3. Prime Esas Kazançlara Dahil Edilmeyecek Kazançlar

5510 sayılı Kanun, uygulamada bir tereddüte yol açmamak için hangi kazançların prime esas kazançların hesabında dikkate almayacağını da belirtmiştir.

Buna göre, İlgili Tebliğ'de yapılan açıklamalarda dikkate alınınca, "ne şekilde, hangi amaçla ve ne miktarda yapıldığına bakılmaksızın" aynı yardımlar prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacaktır (m.80/1-b). 5510 sayılı Kanununun 5754 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki ilk halinde de aynı yardımların kapsam dışında bırakılması ile ilgili düzenleme vardı. Ancak, prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacak aynı yardımlar;

- Görevin yerine getirilmesi için zorunlu olarak yapılan aynı yardımlar, ve
- Bakanlıkça belirlenecek diğer aynı yardımların asgari ücretin % 30'unu geçmeyen kısmı, olarak belirlenmişti. Bu düzenlemenin aynı kal-

ması halinde, hangi aynı yardımların görevin yerine getirilmesi için zorunlu olup olmadığının tespiti ve yine diğer aynı yardımların neler olduğunun belirlenmesi hususlarında ciddi uygulama problemleri ile karşılaşılacaktır¹¹. Bu bakımdan, 5754 sayılı Kanunla getirilen değişiklik, aynı yardımlarla ilgili düzenlemeyi bütün bu karmaşayı ortadan kaldıracak sadelikte ve genellikte olmuştur. Ancak, bu noktada ortaya çıkacak problem, toplu iş sözleşmelerinde çalışanın refahını artırmak için önemli bir araç olarak kullanılan yakacak, elbise, ayakkabı temizlik ve gıda maddeleri yardımı gibi aynı yardımların, uygulamanın ilk yıllarında işverence bizzat temin edilmesi veya işverenin anlaşığı yerlerden alınması gibi yaygın bir uygulama varken zaman içinde bu ödemelerin neredeyse tamamının nakdi olarak ödenmeye başlaması ile ilgilidir. Aynı yardımların nakdi olarak ödenmesi işvereni bu yardımları temin ile ilgili külfetten kurtarırken sigortalıya da bu amaçla ödenen bedeli kendi tercihleri ve öncelikleri doğrultusunda serbestçe kullanma imkanı veriyordu. Yeni düzenleme, amacı ne olursa olsun, bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde aynı yardım olarak öngörülen ödemelerin yerine geçmek üzere yapılacak bütün nakdi ödemelerin prime esas kazançlara dahil edileceğini açık olarak düzenlemiştir (m.80/1-c). Bu, Kanun koyucunun geçmiş dönem uygulamalarını dikkate alarak sigortalılar ve işverenlerin anlaşarak ücret yapısını ve ödeme şekillerini değiştirmelerini ve sigortalıya yapılan ödemelerin önemli bir kısmının prime esas kazançların dışında tutulmasını önlemek için getirdiği bir başka düzenlemedir ve yoruma yer vermeyecek şekilde açık olarak düzenlemiştir. Ulaşım ve kira giderlerini karşılamak üzere aynı yardım niteliğinde verilen nakdi ödemeler bakımından bazı sakıncalar yaratacak olmakla birlikte bu uygulamaydı. Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde sözleşmelerin sadeleşmesinin yanı sıra uzun dönemde sendikaların ücretle ilgili taleplerini sosyal yardımlardan ziyade çalışmaya ve verimliliğe bağlı olarak ödenen ücret unsurlarına ağırlık vererek belirlemelerine katkıda bulunabilir.

5510 sayılı Kanun, aynı yardımların dışında prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacak diğer ödemeleri tek tek saymıştır. Buna göre; "... ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev

yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları..." (m.80/1-b) prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacaktır. Kanun koyucu, nelerin prime esas kazançlara dahil olmayacağını açık olarak belirtmiş ve bir sonraki bentte de, "... belirtilen istisnalar dışında, her ne adla yapılsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardımlar yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazançla tabi tutulur" (m.80/1-c) hükmüne yer vererek düzenlemeyi yoruma gerek bırakmayacak şekilde kesinleştirmiştir¹².

Kurum prime esas kazançların hesabında dikkate alınmayacak ödemelerle ilgili olarak, konu ile ilgili Tebliğde ilave açıklamalara yer vermiştir. Buna göre:

- Ölüm, doğum ve evlenme hallerinde yapılan yardımlar, miktarı ne olursa olsun prime esas kazançlara dahil edilmeyecektir. Ancak, bu yardımlar sigortalının anne ve babası, eşi veya çocuklarının ölümü; sigortalının kendisinin evlenmesi ve yahut çocuğu olması halinde verilecek yardımlardır.

- Sigortalıya yapılan seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödemeler ile keşif ücreti prime esas kazançlara dahil edilmeyecek, ancak gerektiğinde bu ödemeleri ispatlayan belgeler denetim elemanlarına ibraz edilecektir.

- İhbar tazminatı ile fesih hakkının kötüye kullanılması halinde işçiye ödenen kötü niyet tazminatı prime esas kazançla dahil edilmeyecektir. Ancak, işveren bildirim süresince iş akdi sona ermeden iş arama iznini kullanarak çalışmaya devam eden sigortalının aldığı ücretten prim kesilecektir.

- Kasa tazminatı prime esas kazançlara dahil edilmeyecek, ancak bu nitelikteki ödemeler yalnızca para ve kıymetli evrak veyahut eşyanın muhafazasından sorumlu kişilere ödenecektir. Bu sorumluluğu olmayan kişilere ödenen kasa tazminatından prim kesilecektir.

5510 sayılı Kanun, son olarak prime esas kazançlarla ilgili olarak, diğer kanunlarda bazı kazançların prime tabi tutulmamasına dair muafiyet ve istisnalar var ise bunların bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacağını düzenleyerek (m.80/1-c), diğer kanunlara yapılacak atıflarla bazı

kazançların prime esas kazançların dışında tutulmasını önlemiştir.

C. Prime Esas Kazançlarla İlgili Diğer Düzenlemeler

5510 Sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasında, 4/1-a kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları ile ilgili diğer düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu düzenlemeler ana hatları ile şunlardır:

1. Komisyon veya kâra katılma ücreti alanların prime esas kazançları

Ücretini, saatlik, günlük, haftalık veya aylık olarak değil de, komisyon ücreti veya kâra katılma gibi belirsiz zaman ve tutar üzerinden alan sigortalıların prim ve ödeneklerinin hesabında esas tutulacak günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanacaktır (m.80/1-e). Ancak, bir işverene bağlı olarak çalışan kişilerin ayrıca yukarıda belirtilen kapsamda çalışması ve ücret alması söz konusu ise prime esas kazançların hesabında her iki çalışma şekline elde ettiği kazançlar birlikte dikkate alınacaktır (m.80/1-f).

2. Kısmi Süreli Çalışanların Prim Ödeme Gün Sayıları

Primlerin hesabına esas tutulacak günlük kazanç, 506 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi, sigortalının ay içinde prime esas tutulan kazancının otuzda biridir. Eksik gün çalışması var ise günlük kazancın hesabında o ay içinde ücret aldığı gün sayısı esas alınarak günlük kazancı hesaplanacaktır (m.80/1-g).

Sigortalı ve işveren arasında yazılı olarak yapılmış bir hizmet akdi olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan sigortalıların prime ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı Kanununun 63. maddesinde düzenlenen günlük çalışma saatine bölünmesiyle bulunacak, ancak gün kesiri var ise bir tam gün kabul edilerek hesaplanacaktır (m.80/1-h). Aynı şekilde, 4857 sayılı Kanununun 14. maddesi kapsamında çağrı üzerine bir çalışma ilişkisi var ise ve çalışma süresi gün, hafta veya ay olarak belirlenmemiş ise prim ödeme gün sayısı en az 20 saat olarak kabul edilecek ve İş Kanunundaki günlük çalışma saatine bölünerek prim ödeme gün sayısı bulunacaktır (m.80/1-i).

3. Kısmi Süreli Çalışanların Genel Sağlık Sigortası Primlerinin 30 Gün Üzerinden Ödenmesi

5510 sayılı Kanunda 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra getirilen en dikkat çekici düzenlemelerden biri, Kanununun 88. maddesine atıf yapılarak gerçekleştirilmiş kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışanların GSS primlerinin 30 güne tamamlanarak ödenmesi esasını getirilmiştir. Nitekim, Kanununun 88. maddesinde yer alan "... 4/1-a kapsamında sigortalı olmakla birlikte 4857 sayılı Kanununun 13 ve 14. maddelerine göre kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanların ... eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerinin 30 güne tamamlanması zorunludur..."(m.88/4), düzenlemesini pekiştirecek şekilde "88. maddenin dördüncü fıkrasına göre ay içerisinde 30 günden az prim ödeme gün sayılarına ait eksik günlerin GSS primleri, eksik çalışma süreleri dikkate alınmak suretiyle hesaplanır" (m.80/1-i), denilmiştir. Bu düzenlemede çok aşikar olan iki husustan ilki, kısmi süreli çalışanların çalıştıkları günler için ödenecek kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile GSS primlerinin sigortalı ve işveren tarafından 81. maddede belirtilen hisseleri oranında ödeneceği ikincisi ise eksik günlerin GSS primlerinin ödeneceğidir. Ancak, açık olmayan husus eksik günlere ait GSS primlerinin kim tarafından ödeneceği ile ilgilidir.

5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra bu konu ile ilgili tartışmalarda, söz konusu primlerin sigortalının kendisi tarafından ödeneceğine dair görüşler açıklanmıştır¹³. Kanununun 88. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemeye göre bu kapsamdaki sigortalıların GSS primleri, 60. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinin 1 numaralı alt bendine göre, "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" (m.60/1-c/1) kapsamında değerlendirilerek belirlenecektir. Bir başka ifade ile kısmi süreli çalışanların eksik günlerine ait GSS primlerinin ödenmesinde, hiçbir sosyal güvencesi bulunmayan bugün "Yeşil Kart" olarak bilinen uygulama kapsamında olanların GSS primlerinin ödenmesi ile ilgili esaslar uygulanacaktır¹⁴. Ancak bu uygulama, hiçbir sosyal güvencesi olmayanlar içindir ve 5510 sayılı Kanununun GSS

sayılanları düzenlediği 60. maddesi incelendiği zaman, yapılacak gelir testine bağlı olarak GSS primleri belirlenecek “vatandaşların” 5510 sayılı Kanuna göre 4/1-a, 4/1-b, 4/1-c gereğince sigortalı sayılanlar ile isteğe bağlı sigortalılık ilişkisi olanlar dışında kalan gruplar olduğu açık olarak belirtilmektedir. Bu kişiler kısa süreli de çalışmış olsalar 4/1-a kapsamında sigortalı oldukları için yukarıdaki tanım içinde kabul edilemezler. Ancak, eksik günlerin GSS primlerinin ödeneceği ile ilgili 88. madde düzenlemesi de çok açık ve yoruma gerek bırakmayan bir hüküm olarak durmaktadır. 5510 sayılı Kanuna göre, sağlık hizmetlerinden faydalanmak için sağlık kuruluşuna başvurmadan önceki bir yıl içinde 30 gün GSS primi ödenmiş olmasını yeterli görmesi ile ilgili hüküm dikkate alınınca (m.67), çalışma hayatının bir gereği ve zorunluluğu olarak ortaya çıkan kısmi süreli çalışanlardan her ay için eksik çalışılan günlerin 30 güne tamamlanarak GSS primlerinin ödemesi ile ilgili düzenlemeyi, yalnızca Kanun koyucunun kayıt dışılığı önlemeye yönelik olarak aldığı bir tedbir olarak değerlendirmek mümkün değildir. 30 günlük bir süreyi GSS’den faydalanmak için yeterli gören bir sistemin, belirli çalışan grubundan her ay için tam gün prim ödenmesini talep etmesi makul görünmemektedir. Bu durumda şu soruların cevaplarının verilmesi gerekmektedir: Eğer eksik günlere ait primler ileri sürüldüğü gibi sigortalı tarafından ödenecek ise oranı ne olacaktır ve ödenmesi halinde yaptırımını ne olacaktır? Sigortalının kısmi süreli olarak çalışarak elde ettiği ücret kalan günlerin GSS primlerini karşılamada yetersiz olursa ne olacaktır? 4/b kapsamındaki sigortalılar gibi prim borcu olduğu için hizmetlerden mahrum mu tutulacaktır? Eğer eksik günlerin primleri işveren ile sigortalı tarafından ödenecekse özellikle işverenlere sigortalıyı çalıştırmadığı günler için prim ödeme külfeti getirilmesi sigortacılık ilkelerine ne derecede uygun olacaktır?

Başkaca bir açıklaması yoksa kısmi süreli çalışanların eksik günleri için GSS primlerinin ödemesinde;

- Hiç ödenmemesi,
- Eksik günlerin GSS primlerinin tamamen sigortalı tarafından ödemesi (m.88/4),
- Eksik günler için yalnızca GSS primlerinin sigortalı ve işveren tarafından hisseleri oranında birlikte ödemesi (m.80/1-i)

yönündeki yorumların hepsinin mümkün olma ihtimali ortaya çıkmaktadır.

4. Yıllık ücretli izin süresince ikmh sigortası primlerinin ödenmesi

506 sayılı Kanunun uygulandığı dönemde geçerli olan, “yıllık ücretli izin süresince sigortalının ücretinden ikmh sigortası priminin kesilmemesi” yönündeki uygulama, 5510 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemelere bağlı olarak yeni bir problem ve belirsizlik alanı yaratmış görünmektedir. Problem, çeşitli ortamlarda yazılı ve sözlü olarak dile getirilmesine rağmen, belirgin şekilde Ekim 2008 dönemine ait aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi sürecinde daha önce bu ödemelerden prim kesilmesine imkân veren belge düzenlemesinin Kurumca iptal edilmesi ve bu yönde bir mesajın internet ortamında işverenlere bildirilmesi ile ortaya çıkmıştır¹⁵. Özellikle işverenler;

- 5510 sayılı Kanunda açık bir hüküm olmadığı,
 - 506 sayılı Kanun dönemindeki uygulamaya imkân veren 4857 sayılı İş Kanununun 61. maddesinin¹⁶ yürürlükte olduğu
 - 5510 sayılı Kanunun “Yürürlükten kaldırılan hükümler” başlıklı 106. maddesinde İş Kanununun 65. maddesi ile ilgili değişiklik düzenlemesi bulunduğu halde 61. madde ile ilgili bir değişiklik veya yeni hüküm bulunmadığı ve son olarak da,
 - Yıllık ücretli izin süresince ödenmesi talep edilen kısa vadeli sigorta kolları prim oranının bütün unsurları ile 506 sayılı Kanun uygulamasındaki ikmh sigortası primi ile aynı olduğu
- iddiaları ile 506 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi yıllık ücretli izin süresince ödenen ücretten kısa vadeli sigorta kolları primi ödenmemesi gerektiğini ileri sürmektedirler.

Öte yandan, 5510 sayılı Kanunda açık bir hüküm olmamakla birlikte¹⁷ Kurumun, 28.9.2008 tarihli “Aylık Prim Ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine Ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ”deki; “Sigortalıların yıllık ücretli izinli oldukları süreler için, prime esas kazançları üzerinden kısa vadeli sigorta kolları primi kesilmeyeceğinden..” yönündeki açıklama da prim ödenmemesi yönündeki iddiayı desteklemektedir. Bu konudaki eleştiriler ve boşluğu fark eden Kurum, 23 Kasım 2008 tarih ve 27063 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan

“Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin SGK’ya Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’de”, önceki Tebliğin yıllık ücretli izin ile ilgili bölümlerini yürürlükten kaldırmıştır. Görünen o ki, uygulama ile ilgili esaslar yerleşinceye kadar, Kurumun, Yönetmelikler dahil ikincil mevzuatta bu ve benzeri çok sayıda değişikliği yapması sık rastlanan bir durum olarak ortaya çıkacaktır. Bu değişiklikten önce Kurum yetkilileri, yıllık ücretli izin süresince kısa vadeli sigorta kolları primlerinin kesilmesinin gerekçesini, önce 5510 sayılı Kanununun 80. maddesindeki “Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz” (m.80/1-c), hükmüne dayandırmışken¹⁸, daha sonra 5510 sayılı Kanunun “Uygulanmayacak Hükümler” başlıklı 105. maddesinde yer alan “... diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz” düzenlemesini gerekçe göstermeye başlamıştır¹⁹. Ancak, 4857 sayılı Kanununun 61. maddesindeki düzenlemenin “aykırı” bir hüküm olup olmadığı tartışmalıdır.

Yukarıdaki görüşler bir yana bırakılır ve 5510 sayılı Kanundaki ilgili hükümler değerlendirilerek yorumlamak gerekirse, sigortalıların yıllık ücretli izin sürelerinde aldıkları ücretten kısa vadeli sigorta kolları primi kesilmesi gerekecektir. Prim kesilmesinin gerekçesi, 5510 sayılı Kanunla getirilen kısa vadeli sigorta kolları priminin 506 sayılı Kanundaki ikmh sigorta kolu priminden farklı olmasıdır. Her ne kadar, 5510 sayılı Kanununun, “Kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi ve iş kollarının ve işlerin tehlike sınıf ve derecelerinin belirlenmesi” başlıklı 83. maddesi ile “Tehlike sınıf ve derecelerini etkileyebilecek değişiklikler” başlıklı 84. maddesi 506 sayılı Kanununun İKMH sigorta kolu primleri ile ilgili esasların belirlendiği 74, 75 ve 76. maddeleri ile benzer ve aynı nitelikteki hükümleri ihtiva etse de, 5510 sayılı Kanuna göre alınan % 1-6.5 arasındaki prim yalnızca İKMH sigorta kolu ile ilgili değildir. Yazının prim oranları ile ilgili kısmında vurgulanmaya çalışıldığı gibi, 506 sayılı Kanunda, primlerin karşılık (fiyat, bedel) olma özelliğini güçlendirecek şekilde ikmh, hastalık ve analık sigortaları için ayrı prim oranları belirlenmişti ve sigortalının yıllık ücretli izin süresince maruz kalması söz konusu olmayan ikmh ile ilgili sigorta kolunun pri-

minin tahsil edilmemesi mümkün olabiliyordu. Belirlenme esasları 506 sayılı Kanundaki esaslarla aynı olsa da 5510 sayılı Kanunda alınan prim yalnızca ikmh sigorta kolu için değil, kısa vadeli sigorta kolları tanımı içinde değerlendirilen hastalık ve analık sigortaları için de alınmaktadır²⁰ ve yıllık ücretli izin süresince de kişinin bu risklerle karşılaşması mümkündür. Dolayısıyla, alınan primle sağlanan fayda arasında bu sigorta kolları bakımından bir karşılıklılık ilkesi vardır.

Ancak, yine bu yazının prim alınması ve oranları ile ilgili bölümünde de değinildiği gibi, 5510 sayılı Kanunda, hem prim oranlarının tespiti ve hem de prime esas kazançların belirlenmesi konusunda yukarıda değinilen “karşılıklılık” ilkesini geçersiz kılan uygulamalar vardır. Nitekim, daha önce % 30 sosyal güvenlik destek primi ödeyerek aylıkları kesilmeden çalışmaya devam edenler, 5510 sayılı Kanunda yalnızca ikmh sigorta kolu bakımından sigortalı sayıldıkları halde, kısa vadeli sigorta kolları priminin tamamını ödeyeceklerdir. Burada karşılıklılık ilkesi yoktur ve diğer sigortalılar için değilse bile 4/1-a kapsamında SGDP ödeyerek çalışanların yıllık ücretli izin süresince aldıkları ücretten kısa vadeli sigorta kolu primi kesilmesi gerekir. Benzer şekilde 5510 sayılı Kanunun 5. maddesi kapsamında kısmi sigortalı sayılan ikmh ve hastalık sigortasına tabi çıraklar ve meslek lisesi öğrencileri ile yalnızca ikmh sigortasına tabi olan zorunlu staj yapan yüksek okul öğrencileri ve İşKur kursiyerleri için belirlenen prim oranı yalnızca %1 dir. Bu oranın ilgili sigorta kolları ile bir ilişkisi yoktur. Bu değerlendirmeler birlikte değerlendirildiği zaman problem; ikincil mevzuat veya diğer Kanunlardaki hükümlerden ziyade 5510 sayılı Kanundaki düzenlemelerden kaynaklanmaktadır²¹.

IV. Sonuç Olarak

17 Nisan 2008 tarih ve 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler, 5510 sayılı Kanununun 1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe girmesi düzenlenmiş olmasına rağmen, SGK mensuplarının gösterdikleri olağanüstü çaba, Kanunun problemsiz şekilde hayata geçirilmesini sağlayacak sürecin tamamlanması için yeterli olmamış; hem mevzuat, hem de işleyişle ilgili ciddi alt yapı eksiklikleri görülmüştür. Uygulama bakımından hayati önem taşıyan iki önemli yönetmelik; Sosyal Sigorta İşlemleri Yönet-

meliği ve Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği ancak Kanunun yürürlük tarihine bir ay kala, 28 Ağustos 2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanabilmiştir. Benzer bir durum, ekim ayı aylık prim ve hizmet belgelerinin verilmesi sürecinde yaşanmış ve belgelerin verilmesi ile ilgili ilk erteleme gelmiştir. Başta ikmh sigorta kolu ile ilgili hükümler olmak üzere henüz 4/1-b kapsamındaki sigortalılarla ilgili bir çok düzenleme hayata geçmemiştir. Kamu kesimi, yeni Kanunun kendisi için ne getirdiğinin farkında değildir, öğrenme ve kendisini yeni sistemin gereklerine uydurma ihtiyacı da hissetmemektedir. Kısacası, 5510 sayılı Kanunun hayata geçirilmesi süreci problemlerle başlamıştır ve bu sıkıntılar devam edecek gibi görünmektedir. Halen Anayasa Mahkemesi'nin önünde bulunan 5510 sayılı Kanunun son hali ile ilgili iptal ve yürürlüğü durdurma ile ilgili başvurunun ne zaman ve ne şekilde sonuçlanacağı bilinmemektedir.

Kanunun yürürlük tarihi ile eş zamanlı olarak etkisini hissettirmeye başlayan ve olumsuz etkileri artarak devam eden ekonomik kriz, ne yazık ki 5510 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerden beklenen sonuçların alınmasını büyük ölçüde sekteye uğratacaktır. Yapılan uygulamaların krizi derinleştiren ve çıkışı geciktiren değil, kolaylaştıran uygulamalar olmasına özen gösterilmesi gereken hassas bir dönem içine girilmiştir. Bu ortamda, bu yazının konusunu oluşturan prime esas kazançlarla ilgili olarak alınması gereken tedbirleri aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

1. Öncelikle, ilk günden itibaren yoğun olarak eleştirilen, ücret ve ücret niteliği dışındaki ödemelerden prime esas kazançların üst sınırını aşan miktarların takip eden iki aylık dönemde prime esas kazançlara dahil edilmesi uygulaması ortadan kaldırılmalıdır. Bu uygulama, sosyal sigorta uygulamasında hayati öneme sahip olan prime esas kazançların alt ve üst sınır uygulamasını anlamsız hale getirmektedir. Uygulamanın Kuruma ve işletmelere getireceği ilave bürokratik yük, uygulama ile ilgili belirsizliklerin yaratacağı karmaşa ve bunlara bağlı idari para cezaları tahakkukları geçiş süreci ile ilgili sıkıntıları artıracaktır. Kurumun birkaç aylık uygulama dönemi istatistiklerini değerlendirerek üst sınırı aşan ödemelerle ilgili uygulamayı sonuçlandırması isabetli olacaktır.

2. 5510 sayılı Kanunda tanımı yapılan ücret kav-

ramı yeterli ve açık değildir. İkincil mevzuatta ücretle ilgili olarak yapılan açıklamalar iş ve sosyal güvenlik hukukumuzda bugüne kadar uygulanan ve yaygın olarak benimsenmiş olan ücret kavramlarının dışındadır. Ücret ve ücret niteliğindeki ödemeler ile ücret ve ücret niteliği dışındaki ödemeler kavramları yenidir ve bu tanımlamaların hangi tür ödemeler için kullanılacağı, neleri kapsadığı açık değildir. Bu ayrımın sigortalıya yapılacak ödemelerin hangi dönemde prime esas kazançların hesabında dikkate alınacağını belirlemesi uygulama açısından hayati önem taşımaktadır. Uygulamacıların hataya düşmemeleri bakımından bireysel ve toplu iş hukukumuzda yaygın olarak kullanılan ücret ve ücret dışı ödemelerin gruplandırılması ve ikincil mevzuat kullanılarak açıklanması ihtiyacı vardır.

3. Yalnızca yıllık ücretli izin süresince ödenecek ücretlerle ilgili kısa vadeli sigorta kolları priminin ödenip ödenmemesi ile değil, yeni sistemin tanımlarına ve temel sosyal sigorta ilkelerine uygun şekilde kısa vadeli sigorta kolları primleri yeniden belirlenmelidir. Kurum belirli bir süre uygulama sonuçlarını takip ederek kısa vadeli sigorta kolları kapsamında ikmh, hastalık ve analık sigortası için yapılan harcamalardan hareketle bir aktüeryal hesap yapabilir bu sigorta kolları için prim oranlarını yeniden belirleyebilir. Nasıl iş hayatı ve çalışma şartlarının değişmesi dolayısıyla fiili hizmet süresi zammı uygulamaları değiştirilmişse, işyerlerinin tehlike sınıf ve derecelerinin de değişen üretim teknolojisine bağlı olarak değiştiği aşıkardır ve işyerlerinin tehlike sınıf ve derecelerinin tespiti ile ilgili tarifenin yeniden belirlenmesi kaçınılmazdır²². Bu yeniden belirleme sürecinde ikmh için ayrı bir prim oranı belirleme söz konusu olursa, bugün tartışılan yıllık ücretli izin sürecinde ödenen ücretlerden prim kesilmesi ile ilgili problem de çözülecektir.

4. Kısmi süreli çalışanların eksik günlerinin GSS primlerinin ödenmesi konusu yeniden değerlendirilmelidir. İlgili kısımda belirtildiği gibi, geçen bir yıllık sürede yalnızca 30 gün GSS primi ödeyenin bütün sağlık hizmetlerinden faydalanabilmesine imkân veren bir sistemin, çalışma hayatında esnekliğin bir gereği ve sonucu olan kısmi süreli çalışmayı cezalandıracak şekilde her ay için 30 gün GSS primi ödenmesini öngörmesi makul bir düzenleme değildir. 5510 sayılı Kanunun, kayıt dışı çalışmayı önlemek üzere aldığı diğer tedbirlerin hayata geçirilmesi Kanun ko-

yucunun bu düzenlemeleri yapma ihtiyacını ortadan kaldıracaktır. Öte yandan, bugünkü şekliyle ek-sik günlerin GSS primlerinin kim tarafından, nasıl ödeneceği hususu açık değildir.

5. 5510 sayılı Kanunun prime esas kazançlarla ilgili düzenlemeleri, bireysel ve toplu iş görüşmelerinde sigortalı ve işveren arasındaki ücret anlaşmalarının daha sağlıklı şekilde sürdürülmesine imkân verecek hükümler de getirmiştir. Bazı istisnalar dışında bütün kazançların prime esas kazançlara dahil edilmiş olması, daha az prim ve vergi ödemek için ücret yapısını bozan, çalışma ve verimliliğe dayalı olmadan yapılan ödemeleri artıran, sigortalı ile işveren arasındaki ücretle ilgili uyumsuzlukları artıran olumsuzlukları azaltan ve hatta ortadan kaldıran bir gelişmeye de yol açabilir. Kaldı ki, sigortalıya bağlanacak aylıkların hesabında bütün sigortalılık süresince ödenen primlerin esas alınması bu gelişmeyi sigortalı açısından daha rasyonel hale getirmiştir. Bu durum sigortalılar ve işverenler bakımından özellikle toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde bir fırsat olarak değerlendirilmelidir.

6. Hangi sebeple ve ne miktarda verilirse verilsin, aynı yardımların prime esas kazançların hesabında dikkate alınmaması, ancak nakit ödeme halinde prime esas kazançlara dahil edilmesi uygulama açısından önemli bir sadelik ve kolaylık getirmiştir. Ancak, bazı işlerin ve işyerlerin özellikleri de dikkate alınarak aynı yardımlar kapsamında olan ancak para olarak ödenmesi zorunlu olan (özellikle büyük şehirlerde servis aracı olmayan işyerleri çalışanlarına para olarak verilen ulaşım yardımları gibi) ödemelerin yemek, çocuk ve aile zammı gibi kısmen prime esas kazançlar grubuna alınmasını sağlayacak değişiklikler düşünülmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 T.C. Başbakanlık; "Sosyal Güvenlik Reformu: Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Nisan 2005, Ankara, s.55.
- 2 T.C. Başbakanlık; "Sosyal Güvenlik Reformu: Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Nisan 2005, Ankara, s.55.
- 3 Levent Akın; "Sigortalılık ve İşyeri İle İlgili Yükümlülükler" İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor Semineri, TİSK-PERYÖN, 13 Kasım 2008, İzmir.
- 4 Kurumun 2008 yılı bütçesinin yaklaşık olarak 92 milyar YTL civarında gerçekleşeceği dikkate alınırsa %5'lik yönetim gideri payı 4,5 milyar YTL'lik bir büyüklüğe ulaşabilecektir. Bu da 2008 yılı bütçesinin %2'sini aşan bir değerdir. www.sgk.gov.tr/istatistikler, ekim2008.

- 5 Ancak, Kanununun 40. maddesine göre fiili hizmet zammı uygulamasının kapsamında olan sigortalılar için, tamamı işveren tarafından ödenmek üzere fiili hizmet gün sayısı 60 gün olanlar için 1; 90 gün olanlar için 1.5 ve 180 gün olanlar için 3 puan artırılarak uygulanacaktır (m.81/1-b-1).
- 6 Bu durumda bulunanlar için ödenecek primlerin oranı ile ilgili olarak 5510 sayılı Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, sigortalılık ilişkilerinin düzenlendiği 5. maddede yapılan "bunlar 5510 sayılı Kanunun 4/1-a kapsamında sigortalı sayılacaklardır" düzenlemesine istinaden, Kurumca yapılan 7.11.2008 tarih ve "Belge Türleri ve Prim Oranları" başlıklı duyuruda yer verilen 19 nolu belgede, bu kimseler için ödenecek prim oranları "kısa vadeli sigorta kolları" primi olarak belirlenmiş ve % 1-6.5 arasında değişen oran açıklanmıştır.
- 7 28.08.2008 tarih ve 26981 sayılı Resmi Gazete.
- 8 Genel olarak ve iş ve sosyal güvenlik hukukunda ücret kavramı için ayrıntılı bilgi konusunda bkz, Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, Yalçın Ofset, İstanbul.
- 9 Üst sınırı aşan ücret dışındaki ödemelerden prim kesilmesi, 5510 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki ilk halinde 12 aylık süre için öngörülmüşken, getirilen eleştiriler ve uygulamanın yaratacağı bürokratik yük ve karmaşa dikkate alınarak bu süre iki aya indirilmiş görülmektedir.
- 10 Nurşen Caniklioğlu, "5510 Sayılı Kanunun Prime İlişkin Öngördüğü Yeni Düzenlemeler ve 5763 Sayılı Kanunun Prim Teşvikine İlişkin Hükümleri", İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor Semineri, TİSK-PERYÖN, 16 Temmuz 2008, İstanbul, s.150.
- 11 Caniklioğlu, s.159.
- 12 Caniklioğlu, s.158.
- 13 Ali Tezel, "30 günden Az Çalışanların GSS meselesi 1 Aralıkta Belli Olur", Akşam Gazetesi, 29.11.2008; Resul Kurt, "Part-Time Çalışan 30 gün Prim Ödeyecek" www. Resulkurt.com;
- 14 Bu noktada öncelikle, bu uygulamanın 5510 sayılı Kanunun, "Genel sağlık sigortası geçiş hükümlerini" düzenleyen geçici 12. maddesindeki düzenlemeye göre Kanunun yürürlük tarihinden itibaren 2 yıl süre ile uygulanmayacağını belirtmek gerekir (Geçici m.12/4). Yani, kısmi süreli çalışanların eksik günleri ile ilgili GSS primlerinin ödenmesi ile ilgili hüküm Ekim 2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek ve eksik günler için prim ödenmesi söz konusu olacaktır.
- 15 Müjdat Şakar, "Yıllık İzin Sürelerinde Kısa Vadeli Sigorta Kolları Primi Kesilir Mi?", Yaklaşım, Yıl: 16, Sayı:192.
- 16 "Sigorta Primleri: Sigortalıların yıllık ücretli izin süresi için ödenecek ücretler üzerinden iş kazaları ile meslek hastalıkları primleri hariç, diğer sigorta primlerinin, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunundaki esaslar çerçevesinde işçi ve işverenler yönünden ödenmesine devam olunur". 4857, m.61.
- 17 Şakar, a.g.m.
- 18 Şakar, a.g.m.
- 19 Necdet Afşin, İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor Semineri, TİSK-PERYÖN, 13 Kasım 2008 İzmir.
- 20 Caniklioğlu, s.150.
- 21 Şakar, a.g.m.
- 22 Caniklioğlu, s. 150.

Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşverenlere Getirilen Beş Puanlık Prim İndirimi

1. GENEL OLARAK

İstihdamın artırılması ve işsizliğin azaltılması amacıyla 5763 sayılı “İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 30. maddesi değiştirilerek özel sektör işyerlerinde eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma yükümlülüğü kaldırılmış, 4447 sayılı İşsizlik Kanunu’na geçici 7. madde eklenerek 18-29 yaş arası erkek ya da 18 yaşından büyük kadın işçilerin sigorta priminin işveren payının İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanacağı öngörülmüş ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 81. maddesinin 1. fıkrasına bir (ı) bendi eklenerek malullük, yaşlılık ve ölüm primlerinin işveren payının %5’inin Hazine tarafından karşılanacağı hükmü getirilmiştir.¹ Özetle, 5763 sayılı Kanun ile işverenler için üç ayrı prim indirimi getirilmiştir. İşverenler aynı dönem için bu teşviklerden sadece birinden yararlanabileceklerdir.²

31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”nun³ tüm hükümleri 1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe girdi.⁴ İşverenler üzerindeki mali yüklerin hafifletilmesi ve dolayısıyla istihdamın artırılması amacıyla, malullük, yaşlılık ve ölüm primlerinden işveren hissesine isabet eden beş puanlık prim tutarının Hazine tarafından karşılanmasını öngören 5510 sayılı Ka-

nun’un 81/I-(ı) bendi hükmü de 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu’nca 13.11.2008 tarihinde yayımlanan “Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranının işveren hissesinden beş puanlık indirim” konulu 2008/93 sayılı Genelgesi ile bu indirimden yararlanma usul ve esasları düzenlenmiştir.

Bu yazıda 5510 sayılı Kanun’un 81/I-(ı) bendi hükmü ve 2008/93 sayılı Genelge hükümleri ışığında işverenlere getirilen beş puanlık indirimden yararlanma usul ve esasları incelenecektir.

II. BEŞ PUANLIK İNDİRİMİN KAPSAMI

1. Kapsamdaki İşyerleri

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranının işveren hissesine ait kısmından yapılması öngörülen beş puanlık indirimden 4/I-a kapsamında ki sigortalıları çalıştıran, özel sektör işyeri işverenleri yararlanabileceklerdir. Kamu sektörü işverenleri ise geçici ya da sürekli olarak personel çalıştırsalar da bu indirimden yararlanamayacaklardır (5510 s.K. m.81/I-(ı)).

Özel nitelikteki bina inşaatı ile ihale konusu işyeri işverenleri, aranılan şartları sağlamış olmaları kaydıyla, beş puanlık prim indiriminden yararlanabileceklerdir (Genelge 11.1).

Prim indirimden işverenler özel sektördeki işyerlerinde m. 4/I-a kapsamında çalıştırdıkları ve uzun vadeli sigorta kollarına tabi bulunan sigortalılarından dolayı yararlanabilirler.

5763 sayılı Kanun'la eklenen 5510 s.K.'un 81/I-(i) bendinde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine göre kurulan sandıklarda çalışan kişiler kapsam dışında bırakılmıştı. 81/I-(i) bendinde sadece 5510 sayılı Kanuna tabi olarak çalıştırılan sigortalılar için ödenmesi gereken primler indirimin kapsamına alınmıştı. Dolayısıyla, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine göre kurulan sandık kapsamındaki sigortalılar için ödenmesi gereken primler 81. maddede belirtilen indirim kapsamında değerlendirilemeyecekti. Daha sonra, 31.7.2008 tarih ve 5797 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"⁵ ile geç. m.20 kapsamındaki sigortalıları çalıştıran işverenlerin de bu prim indiriminden yararlanmaları sağlanmıştır. 5797 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'un m. 81/I-(i) bendine bir cümle eklenmiştir: "Bu fıkrada düzenlenen teşvik, kamu idareleri hariç bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin matrah, oran ve esaslar üzerinden 506 sayılı Kanun'un geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için de uygulanır." Ancak 2008/93 sayılı Genelge'de m.81/I (i) bendine eklenen bu cümleye yer verilmemiştir.

2. Kapsamdaki Sigortalılar

Genelge'ye göre, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesindeki indirimden işverenler özel sektördeki işyerlerinde m. 4/I-a kapsamında çalıştırdıkları ve uzun vadeli sigorta kollarına tabi bulunan sigortalılarından dolayı yararlanabilirler.

5510 sayılı Kanuna göre hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar m. 4/I- (a) kapsamında sigortalı sayılırlar.

5510 sayılı Kanun'un 81. maddedeki prim indiriminden sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar ve yurt dışında çalışan sigortalılardan dolayı yararlanılamayacaktır (m. 81/I-i). Yine kayıt dışı sigortalı çalıştıran işverenler de prim indiriminden yararlanamazlar. 5510 sayılı Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmediği tespit edilen işverenler bir yıl süreyle 81/I-(i) bendindeki destek unsurundan yoksun bırakılırlar (5510 sayılı Kanun m.81/I-i). Kayıt dışı sigortalı çalıştırıldığı tespitinin üzerinden bir yıl geçtikten sonra ise işverenlerin tekrar söz konusu prim indiriminden yararlanması mümkün olmalıdır.⁶

Aday çırak, çırak ve öğrencilerden, harp malulleri ile 3713 ve 2330 sayılı Kanunlara göre vazife malullüğü aylığı alanlardan yalnızca kısa vadeli sigorta kollarına tabi olanlardan, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklulardan Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerlerden dolayı ise uzun vadeli sigorta kollarına tabi bulunmamaları nedeniyle; beş puanlık prim indiriminden yararlanılması mümkün değildir (Genelge, 2.2).

İsteğe bağlı sigortalılar adına tahakkuk eden malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarına ait primlerin tamamı sigortalı hissesi olduğundan, bu nitelikteki sigortalılar 81. maddede düzenlenen işveren hissesi sigorta prim indirimi kapsamında bulunmamaktadır (Genelge, 11.2).

III. PRİM İNDİRİMİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

1. Kuruma Prim ve Primle İlgili Borcu Olmama

a) Genel olarak

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin işveren hissesinin beş puanlık kısmının Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin

- muaccel sigorta primi,
- işsizlik sigortası primi,
- idari para cezası ve
- bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının bulunmaması gerekmektedir

(5510 s.K. m.81/I-(i)). Bu borçlar bundan sonra kı-

saca “işverenlerin prim ve prime ilişkin borcu olmaması” şartı olarak ifade edilecektir. İşverenlerin muaccel borçlarının bulunup bulunmadığı tespit edilirken her bir işyeri ayrı ayrı değerlendirilecektir.

5510 s. K. m. 81’de işverenin prim borcu olmaması yanında idari para cezası borcu bulunmaması gerektiği de belirtilmiştir. 5510 sayılı Kanun’un m.102/IV hükmüne göre, “İdarî para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir”. Ancak, mahkemeye başvurulması idari para cezasının takip ve tahsilini durdurmaz (5510

karşın, İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü’nde işlem gören işyerinden dolayı prim ve prime ilişkin borcunun bulunduğunu varsaydığımızda, bahse konu işveren, Muğla Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü’nde işlem gören işyerinde çalışan ve kapsama giren sigortalılardan dolayı sözkonusu indirimden yararlanabilecek, buna karşın İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü’nde işlem gören işyerinin prim ve prime ilişkin borcunu ödemediği sürece beş puanlık prim indiriminden yararlanamayacaktır.

Prim ve prime ilişkin borcu bulunmayan özel nitelikteki işyeri işverenlerinin beş puanlık sigorta prim indiriminden yararlanabilmeleri için, aylık prim ve hizmet belgelerini 5510 sayılı Kanun türünü seçmek suretiyle yasal süresi içinde Kuruma göndermeleri gerekmektedir. İşverenlerin aylık prim ve hizmet belgelerini 5510 sayılı Kanun türünü seçmek suretiyle Kuruma göndermeleri sırasında, Kurum veri tabanından ilgili işyerinin prim bor-

Özel nitelikteki işyeri işverenlerinin beş puanlık sigorta prim indiriminden yararlanabilmeleri için, aylık prim ve hizmet belgelerini 5510 sayılı Kanun türünü seçmek suretiyle Kuruma göndermeleri gerekmektedir.

sayılı Kanun m.102/VI, 1. cümle). İdari para cezasına itirazın reddi halinde başlayan yargı süresince işverenlerin beş puanlık prim indiriminden yararlanmaları söz konusu olamayacaktır. Ancak, yargılama süreci sonunda idari para cezası bulunmadığına hükmedilen işverenlerin geçmişe yönelik olarak beş puanlık indirimden yararlanabilmeleri gerekir.⁷

Genelgeye göre, uygulama işverenin Türkiye genelindeki tüm işyerleri bazında değil, sigorta prim indiriminden yararlanılacak işyeri bazında yapılacak olup, kapsama giren bir işverenin aynı veya farklı Sosyal Güvenlik İl/Merkez Müdürlüğü’nde işlem gören birden fazla işyeri dosyasının bulunması halinde, beş puanlık indirimden prim borcu olmayan işyerlerinden dolayı yararlanılabilecek, prim ve prime ilişkin borcu bulunan işyerlerinden dolayı ise bu borçlar ödenmediği sürece prim indiriminden yararlanılamayacaktır (Genelge 3.1).

Örneğin, B Limited Şirketi’nin Muğla Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü’nde işlem gören işyerinden dolayı prim ve prime ilişkin borcunun bulunmamasına

cu olup olmadığı sorgulanacak ve sadece muaccel prim borcu bulunmayan işyerleri için 5510 sayılı Kanun türü seçilebilecektir (Genelge 3.1.).

Kapsama giren sigortalılara ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerinin 5510 sayılı Kanun türü seçilmek suretiyle Kuruma gönderilmesi halinde, bu nitelikteki işyerlerinin tahakkuk eden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin işveren hissesine isabet eden beş puanlık kısmı için Hazine tahakkuku oluşturulacak olup, sigortalı hissesi ile Hazinece karşılanmayacak olan işveren hissesi prim tutarlarının tamamının yasal süresi içinde ödenmesi halinde, beş puanlık prim indiriminden yararlanılmış olunacaktır. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun türü seçilmek suretiyle Hazine tahakkuku oluşturulmuş olsa da söz konusu indirimden, gerek 5510 sayılı Kanun türü, gerek diğer teşvik kanunlarına ilişkin kanun türü, gerekse kanun türü seçilmeksizin düzenlenmiş olan aylık prim ve hizmet belgelerinden kaynaklanan sigorta primlerinin, sigortalı hissesi ile Hazinece karşılanmayacak olan işveren hissesinin tamamının yasal süresi için-

Borçların çeşitli kanunlar gereğince yeniden yapılandırılmış veya 6183 sayılı Kanun'un 48. maddesine istinaden tecil ve taksitlendirilmiş olması ve yapılandırma veya taksitlendirme işlemleri devam ediyor olması kaydıyla, söz konusu indirimden yararlanılabileceği öngörülmüştür.

de ödenmiş olması kaydıyla yararlanılabilecektir (Genelge 3.1.).

Prim ve prime ilişkin borcu bulunan işverenler, bu borçlarının tamamını ödemeleri halinde, beş puanlık sigorta prim indiriminden, yasal verilme süresi sona ermemiş ilk aylık prim ve hizmet belgesinden başlayarak yararlanabilirler (Genelge 3.1.).

5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendinde öngörülen sigorta prim indiriminden yararlandıktan sonra, takip eden aylarda, kapsama giren borçlardan herhangi birinin veya birkaçının ödenmemiş veya eksik ödenmiş olması halinde, söz konusu borçlar ödeninceye kadar beş puanlık prim indiriminden yararlanılması mümkün olamayacaktır.

b) Özel haller

aa) İşyerinin devredilmesi

Sigortalı çalıştırılan bir işin veya işyerinin başka bir işverene devredilmesi halinde, işyerini devir alan işveren, devir eden işverenin; işyerinin miras yoluyla intikali halinde ise, işyeri kendisine intikal eden işveren, vefat eden işverenin; muaccel borçlarından dolayı (idari para cezası borçları hariç) müteselsilen sorumlu olduğundan, işyerini devir alan veya işyeri kendisine intikal eden işverenlerin söz konusu indirimden yararlanabilmeleri için, devir veya intikal tarihinden önceki dönemlere ilişkin muaccel sigorta primi, işsizlik sigortası primi ile bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının bulunmaması gerekmektedir (Genelge, 3.1.).

bb) Şirketlerin nevi değiştirmesi, birleştirmesi, başka şirkete katılması

Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi şirketle-

rin nevelerinin değişmesi, birleşmesi veya diğer bir şirkete katılması durumunda, sigorta prim indiriminden yararlanılabilmesi için, bu nitelikteki işyerlerinin, nevi değiştirme, birleşme veya diğer bir şirkete katıldığı tarihten önceki ve sonraki dönemlere ilişkin muaccel sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının bulunmaması gerekmektedir (Genelge, 3.1.).

cc) Borçların tecil edilmesi ve taksitlendirilmesi

5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinde, muaccel sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçları bulunmakla birlikte, söz konusu borçların çeşitli kanunlar gereğince yeniden yapılandırılmış veya 6183 sayılı Kanun'un 48. maddesine istinaden tecil ve taksitlendirilmiş olması ve yapılandırma veya taksitlendirme işlemleri devam ediyor olması kaydıyla, söz konusu indirimden yararlanılabileceği öngörülmüştür.

Bu bakımdan, muaccel borçları, 5458 sayılı Kanun gereğince ya da 5510 sayılı Kanun'un geçici 24 ya da 25 inci maddelerine istinaden yeniden yapılandırılmış ya da 6183 sayılı Kanun'un 48. maddesine istinaden tecil ve taksitlendirilmiş olan işverenler, yapılandırma veya taksitlendirme işlemlerinin devam ediyor olması ve yapılandırma veya taksitlendirme kapsamına girmeyen muaccel sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının da bulunmaması kaydıyla, aylık prim ve hizmet belgelerini 5510 sayılı Kanun türünü seçmek suretiyle Kuruma gönderebileceklerdir.

dd) Alt işverenin prim borcu

5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinin 6. fıkrasına göre, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur".

Bu hükme göre, alt işverenlerin Kuruma olan borçlarından, alt işveren ile birlikte asıl işveren de sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin işveren hissesi-

nin beş puanlık kısmının Hazinece karşılanabilmesi için her bir işyeri bazında muaccel sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması gerektiğinden, asıl işverenin söz konusu indirimden yararlanmak amacıyla aylık prim ve hizmet belgesini 5510 sayılı Kanun türünü seçerek Kuruma gönderebilmesi için, gerek kendisinden gerekse kendisinden iş alan alt işverenlerden kaynaklanan prim ve prime ilişkin borcunun bulunmaması gerekir.

Alt işverenler ise sadece kendi çalıştırmış oldukları sigortalılara ilişkin borçlardan sorumlu tutulabileceğinden, kendi alt işverenliğinden kaynaklanan muaccel borçlarının bulunmaması halinde prim indiriminden yararlanabilecektir. Dolayısıyla, asıl işverenin prim ve prime ilişkin borcunun bulunmasının alt işverenin beş puanlık indirimden yararlanmasına herhangi bir etkisi yoktur.

Genelgede muvazaalı işlemleri önlemeye yönelik düzenlemeler de yer almıştır. Örneğin, prim ve prime ilişkin borcu bulunan işverenlerin, 5510 sayılı Kanununun 81. maddesinde öngörülen sigorta prim indiriminden yararlanmak amacıyla, mevcut işyerlerini kapatarak değişik bir ad veya unvan ya da iş birimi olarak faaliyete geçirdiklerinin anlaşılması halinde, bu işyerleri söz konusu indirimden yararlandırılmayacaklardır (Genelge, 10).

Prim ve prim borcu bulunan alt işverenlerin çalıştırdıkları sigortalıları aynı işverenden iş alan muaccel borcu bulunmayan başka bir alt işveren üzerinden ya da kendi veya alt işverenlerinin çalıştırmış olduğu sigortalılardan dolayı muaccel borcu bulunan asıl işverenlerin çalıştırmış oldukları sigortalıları, muaccel borcu bulunmayan alt işverenler üzerinden beş puanlık prim indiriminden yararlanmak amacıyla bildirdiklerinin anlaşılması halinde, bu nitelikteki işveren ve alt işverenler de beş puanlık prim indiriminden yararlandırılmayacaktır.

Dolayısıyla belirtilen durumdaki işverenlerden ya da alt işverenlerden, 5510 sayılı Kanun türünü seçmek suretiyle düzenlenmiş oldukları aylık prim ve hizmet belgeleri için iptal nitelikte ve bu belgeler yerine Kanun türü seçilmeksizin asıl veya ek nitelikte aylık prim ve hizmet belgelerinin düzenlenerek Kuruma verilmesi istenilecek, verilmemesi halinde ise, söz konusu belgeler SGK'ca re'sen düzenlenecek ve daha önce Hazinece yersiz olarak

karşılanmış olan primler, ödeme vadesinin bittiği tarihten tahsil tarihine kadar gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte işverenlerden/alt işverenlerden tahsil edilecektir (Genelge, 10).

ee) Afet nedeniyle belgelerin verilme süresi ile primlerin ertelenmesi

5510 sayılı Kanun'un "Afet durumunda belgelerin verilme süresi ve primlerin ertelenmesi" başlıklı 91. maddesinin 1. fıkrasında "İşyerleri yangın, su baskını, yer kayması, deprem gibi afete uğrayan, tabii afet nedeniyle tarımsal faaliyetinden dolayı zarar gören işverenler ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalılar, bu durumu belgelemeleri kaydıyla olayın meydana geldiği tarihten itibaren üç ay içinde talepte bulunmaları ve prim ödeme aczine düştüklerinin, yapılacak inceleme sonucu anlaşılması halinde, afet tarihinden önce ödeme süresi dolmuş mevcut prim borçları ile afetin meydana geldiği tarihten itibaren tahakkuk edecek üç aylık prim borçları, olayın meydana geldiği tarihten itibaren bir yıla kadar Kurumca ertelenebilir." hükmü getirilmiş, ikinci fıkrasında ise, "Birinci fıkrada belirtilen durumlarda, afetin meydana geldiği ayda verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgeleri, afetin meydana geldiği ayı takip eden üç ay içinde Kuruma verildiği takdirde, süresinde verilmiş sayılır." düzenlemesi yer almıştır.

5510 sayılı Kanun'un 91. m.'nin bu hükmüne istinaden Genelgede, afet nedeniyle prim borçlarının ertelenmesine Kurumca karar verilen işverenlerin,

- Aylık prim ve hizmet belgesinin Kuruma gönderileceği tarihte prim ve prime ilişkin borcunun olmaması,

- 5510 sayılı Kanun türü seçilmek suretiyle düzenlenmiş oldukları aylık prim ve hizmet belgelerini Kuruma süresi içinde vermiş olmaları,

- Ertelemeye tabi tutulmuş sigorta prim borçlarını erteleme süresi içinde ödemeleri,

koşuluyla beş puanlık prim indiriminden yararlanabilecekleri düzenlenmiştir (Genelge, 6).

ff) Kurum alacaklarının katma değer vergisi iade alacağından mahsup edilmesi

İlgili olduğu aya ilişkin sigorta primi ve işsizlik sigortası primleri, yasal ödeme süresinin sona erdiği tarihten itibaren on beş gün içinde katma değer vergisi alacağından mahsup suretiyle ödenirse ya-

sal süresi içinde ödenmiş kabul edilmektedir. Eğer Kuruma verilmiş olan aylık prim ve hizmet belgelerinden kaynaklanan sigorta prim borcu yasal ödeme süresinin sona erdiği tarihten itibaren on beş günlük süre içinde katma değer vergisi iade alacağından mahsup edilmek suretiyle ödenirse, beş puanlık prim indiriminden yararlanılabilecektir (Genelge, 7).

2. Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Kuruma Yasal Süresi İçinde Verilmesi

“Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”⁸ göre, özel nitelikteki işyeri işverenlerinin, cari aya ilişkin olarak düzenleyecekleri asıl, ek veya iptal nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerini, en geç belgenin ilişkin olduğu ayı izleyen ayın 23’ünde Kuruma göndermeleri gerekmektedir (Tebliğ, 2.2.1). Buna göre, özel nitelikteki işyeri işverenlerince 2008/Ekim ayına ilişkin düzenlenecek aylık prim ve hizmet belgelerinden başlanılarak söz konusu prim belgeleri, en geç belgenin ilişkin olduğu ayı izleyen ayın 23’ü günü sonuna kadar Kuruma verilecektir. Örneğin, özel sektör işverenlerince 2008/Kasım ayına ilişkin aylık prim ve hizmet belgesinin en geç 23/12/2008 Salı gününe, 2008/Aralık ayına ilişkin aylık prim ve hizmet belgesinin ise en geç 23/1/2009 Cuma gününe kadar Kuruma gönderilmesi gerekmektedir.

Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğe göre,

a) 2822 sayılı Kanuna göre toplu iş sözleşmesi akdedilen işyerlerinden dolayı toplu iş sözleşmesine istinaden geriye yönelik olarak ödenen ücretlere ilişkin sigorta priminin, toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihi,

b) Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve toplu iş sözleşmesi dışında kalan sigortalı personel ile toplu iş sözleşmesine tabi olmakla beraber sendikalara üye olmamaları sebebiyle özel sektöre ait işyerlerinde sözleşme kapsamında bulunmayan personele yapılan geriye dönük ücret artışlarına ilişkin sigorta primlerinin, kararların alındığı tarihleri,

c) Ücretleri Maliye Bakanlığının vizesine tabi olması sebebiyle ödenmesine sonradan karar verilen kamu sektöründe görevli sigortalı için vizenin gecikmesine bağlı olarak yasal süresi dışında verilmek zorunda kalınan ek prim belgelerine ilişkin sigorta primlerinin, vize işleminin gerçekleştiğine ilişkin yazının ilgili kuruluşa intikal tarihini,

ç) Bir aydan fazla istirahat alan sigortalılara Kurumca ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin yanı sıra işverenlerince toplu iş sözleşmesine dayanarak istirahatlı bulunulan süre için ücret ödenmesi hâlinde, bu ücretlere ilişkin sigorta primlerinin, istirahat süresinin sona erdiği tarihi,

d) 4857 sayılı İş Kanunu’nun 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, iş mahkemeleri veya özel hakemlerce verilen karar uyarınca ödenmesine karar verilen ücretlere ilişkin sigorta primlerinin, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının işçiye tebliğ edildiği tarihten itibaren (tebliğ edilen gün hariç) onuncu iş gününün içinde bulunduğu ay/dönemi,

e) İdare mahkemesi kararlarına göre görevlerine iade edilen sigortalı ile ilgili olarak, ödenmesine karar verilen ücretlere ilişkin sigorta primlerinin, mahkeme kararının idareye tebliğ edildiği tarihi takip eden günü,

f) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4 üncü maddesinin (B) bendi kapsamında bulunanlardan 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülenlere enflasyon farkı veya başka ad altında geriye yönelik olarak yapılan ödemelere ilişkin sigorta primlerinin, ödemenin yapıldığı tarihi,

g) Toplu iş sözleşmelerine tabi işyeri işverenlerince veya kamu idarelerince ya da yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenen ücret dışındaki ödemelere ilişkin sigorta primlerinin (ücret dışındaki bu ödemeler hizmet akdinin devam ettiği en son ayın kazancına dahil edilecektir) yukarıda belirtilen mercilerin kararlarının kesinleşme tarihlerini,

takip eden ay/dönemin, işyerinin özel nitelikte olması halinde 23'üne, Sosyal Güvenlik Kurumuna e-Sigorta kanalıyla gönderilmesi veya kağıt ortamında verilmesi halinde yasal süresi içinde verilmiş kabul edileceği öngörülmüştür.

Buna göre, prim ve prime ilişkin borcu bulunmayan özel nitelikteki işyeri işverenlerinin yukarıda maddeler halinde sayılan nedenlerden dolayı düzenleyecekleri aylık prim ve hizmet belgelerini, yukarıda belirtilen tarihleri izleyen ayın 23'üne kadar Kuruma vermeleri, ilgili ayda tahakkuk etmiş sigorta primlerinin işveren hissesinin Hazinece karşılanmayan kısmı ile sigortalı hissesinin tamamını da yukarıda belirtilen tarihleri izleyen ayın sonuna kadar ödemeleri halinde beş puanlık prim indiriminden yararlanmış olacaktır.

3. Tahakkuk Eden Sigorta Primlerinin Yasal Süresi İçinde Ödenmesi

Prim ve prime ilişkin borcu bulunmayan işverenlerce, 5510 sayılı Kanun türü seçilmek suretiyle Kuruma yasal süresi içinde gönderilmiş olan aylık prim ve hizmet belgelerinden dolayı tahakkuk eden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin işveren hissesinin beş puanlık kısmının Hazinece karşılanabilmesi için, aynı aya ilişkin olmak üzere, gerek 5510 sayılı Kanun türü, gerek diğer teşvik kanunları, gerekse kanun türü seçilmeksizin Kuruma yasal süresi içinde verilmiş aylık prim ve hizmet belgelerinden dolayı tahakkuk etmiş sigorta primlerinin, işveren hissesinin Hazinece karşılanmayan kısmı ile sigortalı hissesinin tamamının yasal süresi içinde ödenmesi, bu prim indiriminden yararlanılabilmesi için şarttır.

Sigorta primlerinin işveren hissesine isabet eden kısmının Hazinece karşılanmayan kısmı ile sigortalı hissesinin yasal süresi içinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde, bu tutar gecikme cezası ve gecikme zammı ile sonradan ödense dahi, ilgili ay için malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primlerinin işveren hissesinin beş puanlık kısmının Hazinece karşılanması gibi bir durum söz konusu olamayacağından, tahakkuk eden sigorta primlerinin tamamı gecikme ve gecikme zammı ile birlikte işverenlerden tahsil edilecektir (Genelge 3.3).

5510 sayılı Kanun türü seçilmek suretiyle tahakkuk etmiş sigorta primlerinin yasal süresi içinde ödenmesine rağmen, işsizlik sigortası primlerinin

ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde ise, ilgili ay için söz konusu indirimden yararlanılabilecek, buna karşın ödenmemiş veya eksik ödenmiş işsizlik sigortası primleri gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte ödenmediği sürece takip eden aylarda beş puanlık prim indiriminden yararlanılması mümkün olamayacaktır (Genelge 3.3.).

4. Diğer Prim İndirimlerinden Yararlanmamak

a) 5763 sayılı Kanun ile getirilen diğer indirimler

aa) *Özürlü sigortalı çalıştıran işverenlerin yararlanacağı prim indrimi*

5763 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle İş Kanunu'nun 30. maddesinde yapılan değişiklikte 50 veya daha fazla işçi çalıştıran özel sektör işverenleri için % 6 olan özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu değiştirilmiştir. Özürlü işçilerle ilgili prim indirimiyle ilgili hususlara açıklık getirmek amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'nca 19.8.2008 tarihli, 2008-77 sayılı Genelge yayınlamıştır.

5763 sayılı Kanun ile yapılan ve 1.7.2008 tarihinden itibaren geçerli olan İş Kanunu'nun 30. maddesindeki düzenlemeye göre, işverenler 50 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde % 3 özürlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Kamu işyerlerindeki işverenlerin ise % 4 özürlü ve % 2 eski hükümlü eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu düzenlemeyle 1.7.2008 tarihinden itibaren özel sektör işyerlerinde eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma yükümlülüğü kaldırılmıştır.⁹

Ayrıca özürlü sigortalıların, asgari ücret üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hissesinin tamamı Hazine tarafından karşılanacaktır. İşçinin aldığı ücrete bakılmaksızın 1.7.2008 tarihinden itibaren asgari ücret üzerinden primlerin işveren payı hazine tarafından karşılanacak, bunun üzerindeki prim ise işverence ödenecektir (m. 30/VI).

Bundan başka, kontenjan fazlası özürlü çalıştıran, yani yükümlü olmadıkları halde özürlü çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir

özürlü için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin % 50'si Hazine tarafından karşılanacaktır (m. 30/VI).

bb) Genç işçi ve kadın işçi istihdam eden işverenlerin yararlanabileceği prim indirimi

5763 sayılı Kanun'la 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na geçici 7. madde eklenmiş ve bazı sigortalılar için prim indirimi öngörülmüştür. Bu indirimle ilişkin usul ve esaslara açıklık getirmek amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'nca 1.8.2008 tarihinde 2008-73 sayılı Genelge yayınlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük olanlar ile yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınlardan; 26.12.2007- 26.5.2008 tarihleri arasındaki dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olması şartıyla, 26.5.2007- 26.5.2008 tarihleri arasında işyerine ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak 26.5.2008-26.5.2009 tarihleri arasında işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için, 506 sayılı Kanunun 72. ve 73. maddelerinde sayılan ve 78. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin;

- Birinci yıl için yüzde yüzü,
- İkinci yıl için yüzde sekseni,
- Üçüncü yıl için yüzde altmışı,
- Dördüncü yıl için yüzde kırkı,
- Beşinci yıl için yüzde yirmisi,

İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanacaktır (4447 s.K. geçici m.7/I, 2008-73 s.Genelge, 1.).

b) Farklı işçiler için üç ayrı prim indiriminin aynı zamanda uygulanması

Diğer teşvik kanunlarına istinaden işveren hissesi sigorta prim teşviki uygulamasından yararlanmakta olan işverenlerin, teşvik kapsamına giren sigortalılarından dolayı aynı dönem için ve mükerrer olarak 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin (1) bendinde öngörülen beş puanlık prim indiriminden yararlanmaları mümkün değildir. Ancak, eğer bir işveren diğer teşviklerden yararlanmakta iken 5510 sayılı Kanun m. 81/I-(1) kapsamındaki indirim giren başka işçileri işe almışsa gecikme cezası dahil prim borcu olmaması kaydıyla bu indirimden de yararlanabilir.

Örneğin, prim borcu olmayan bir işveren, 18-29 yaşları arasında yeni işe aldığı 6 sigortalısından dolayı 4447 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi hükümünden, iki sigortalısının özürlü olmasından dolayı 4857 sayılı Kanun'un 30. maddesi hükümünden yararlanabilecek durumda olduğu ve diğer teşviklerin kapsamına girmeyen 4 sigortalısından dolayı 5510 sayılı Kanun'un m.81/I-(1) kapsamındaki indirimden de yararlanabilecektir. Aylık prim ve hizmet belgesini düzenlerken yararlanılacak indirimlerin belirtilmesi gerekir. Genelge'ye göre böyle bir durumda işveren:

- a) Sigortalıların hepsi için 5510 s. Kanun türü,
- b) Özürlü sigortalılar için 4857, diğer sigortalılar için 5510 s. Kanun türü,
- c) Yeni işe alınanlar 18-29 yaş arası sigortalılar için 4447, özürlü sigortalılar için 4857, kalan 4 sigortalı için 5510 sayılı Kanun türünü,
- d) Yeni işe alınan 18-29 yaş arası sigortalılar için 4447, özürlü sigortalılar ile kalan dört sigortalı için 5510 sayılı Kanun türünü, seçebilecektir (Genelge, 8).

IV. PRİM İNDİRİMİNİN HESAPLANMASI

5510 sayılı Kanun'un prim oranları ve Devlet katkısı başlıklı 81. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde,

- Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranının, sigortalının prime esas kazancının % 20'si olduğu, bunun % 9'unun sigortalı hissesi, % 11'inin işveren hissesi olduğu,

(b) bendinde ise, 4/I-a kapsamında çalışan sigortalılar için uygulanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranının (a) bendinde belirtilen % 20 oranına; 40 ıncı maddeye göre 60 fiilî hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 1 puan, 90 fiilî hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 1,5 puan, 180 fiilî hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 3 puan eklenmesi suretiyle belirleneceği, bu şekilde bulunan oran ile (a) bendinde belirtilen % 20 oranı arasındaki farka ait primin tamamının işveren tarafından ödeneceği öngörülmüştür.

Genelge'ye göre, 5510 sayılı Kanun'un 4/I-a kapsamında çalışan sigortalılar ve 5/I-c'de belirtilen harp malulleri ile 3713 ve 2330 sayılı Kanunlara göre vazife malullüğü aylığı alanlardan kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tabi olanlar için esas

5510 sayılı Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmediği tespit edilen işverenlerin bir yıl süreyle beş puanlık prim indiriminden yararlanamayacakları düzenlemesi getirilmiştir.

alınacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranları,

- Fiili hizmet zammının uygulanmadığı işlerde, % 9 sigortalı hissesi, % 11 işveren hissesi,
- 60 gün fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde, % 9 sigortalı hissesi, % 12 işveren hissesi,
- 90 gün fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde, % 9 sigortalı hissesi, % 12,5 işveren hissesi,
- 180 gün fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde, % 9 sigortalı hissesi, % 14 işveren hissesi, olacaktır.

Bu bağlamda, prim ve prime ilişkin borcu bulunmayan işverenlerin, kapsama giren sigortalılarına ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerini 5510 sayılı Kanun türünü seçerek yasal süresi içinde Kuruma göndermeleri halinde, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden yukarıda belirtilen işveren hisselerinin beş puanlık kısmı, ilgili ayda tahakkuk etmiş sigorta primlerinin işveren hissesinin Hazinece karşılanmayan kısmı ile sigortalı hissesinin tamamının yasal süresi içinde ödenmesi kaydıyla, Hazinece karşılanacaktır.

Örneğin, (A) Anonim Şirketi'nin 2008/Ekim ayına ilişkin aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı sigortalılarına ait prime esas kazanç tutarı toplamının 5.000 YTL olduğunu kabul edersek, tahakkuk eden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi oranı ve buradaki Hazine katkısı aşağıdaki gibi olacaktır:

MYÖ primine esas kazanç tutarı toplamı: 5000 YTL

MYÖ primi oranı: % 20,

ödenmesi gereken toplam prim tutarı: 5000 x % 20 = 1000 YTL'dir.

MYÖ priminin sigortalı payı % 9,

MYÖ priminin toplam işveren payı % 11 olup, bunun % 5'ini Hazine karşılayacak, % 6'sını ise işveren ödeyecektir.

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primlerinin, $5.000 \times \% 5 = 250$ YTL'si işveren hissesine ait Hazinece karşılanacak olan tutar,

$5.000 \times \% 6 = 300$ YTL'yi işveren hissesine ait işverence ödenecek olan tutar,

$5.000 \times \% 9 = 450$ YTL'si sigortalı hissesine ait işverence ödenecek olan tutardır.

Bu durumda, işverenin kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin primi ile genel sağlık sigortası primi ile birlikte malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasına ait $300 + 450 = 750$ YTL'yi yasal ödeme süresinin son günü olan 30.11.2008 tarihinin Pazar gününe rastlaması nedeniyle ilk iş günü olan 1.12.2008 Pazartesi gününe kadar ödenmesi halinde, 250 YTL tutarındaki MYÖ sigortası primleri Hazinece karşılanacaktır.

Eğer işveren tarafından ödenmesi gereken kısa vadeli sigorta kolları primi ile genel sağlık sigortası primi ile birlikte 750 YTL'lik MYÖ sigortası primi 1.12.2008 tarihine kadar ödenmediği veya eksik ödendiği takdirde, $750+250= 1000$ YTL'nin tamamı ve diğer prim borçları gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte işverenden tahsil edilecektir. İşveren de 250 YTL'lik Hazine katkısından yararlanamamış olacaktır.

V. SONUÇ

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranının işveren hissesine ait kısmından yapılması öngörülen beş puanlık indirimden 4/I-a kapsamında ki sigortalıları çalıştıran, özel sektör işyeri işverenleri yararlanabileceklerdir. Kamu sektörü işverenleri ise geçici ya da sürekli olarak personel çalıştırsalar da bu indirimden yararlanamayacaklardır

Madde 81/I-(i) bendinde sadece 5510 sayılı Kanuna tabi olarak çalıştırılan sigortalılar için ödenmesi gereken primler indirimin kapsamına alınmıştı. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine göre kurulan sandık kapsamındaki sigortalılar için ödenmesi gereken primler 81. maddede belirtilen indirim kapsamında değerlendirilemeyecekti. Daha sonra, 31.7.2008 tarih ve 5797 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması

Hakkında Kanun"la¹⁰, geç. m.20 kapsamındaki sigortalıları çalıştıran işverenler de bu prim indiriminin kapsamına alınmışlardır. 5797 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'un m. 81/I-(i) bendine bir cümle eklenmiştir: "Bu fıkra düzenlenmiş teşvik, kamu idareleri hariç bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin matrah, oran ve esaslar üzerinden 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için de uygulanır." Ancak Genelge'de 5797 sayılı Kanun ile eklenen bu değişikliğe yer verilmemiştir.

Kayıt dışı istihdamın önlenmesi amacıyla, 81. maddede, 5510 sayılı Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmede tespit edilen işverenlerin bir yıl süreyle beş puanlık prim indiriminden yararlanamayacakları düzenlemesi getirilmiştir.

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin işveren hissesinin beş puanlık kısmının Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin

- muaccel sigorta primi,
- işsizlik sigortası primi,
- idari para cezası ve
- bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının bulunmaması gerekmektedir.

Prim borcu olmama şartı kontrol edilirken, işverenin Türkiye genelindeki tüm işyerleri değil, sigorta prim indiriminden yararlanılacak işyeri esas alınacaktır. İşverenler, beş puanlık indirimden prim borcu olmayan işyerlerinden dolayı yararlanılabilecek, prim ve prime ilişkin borcu bulunan işyerlerinden dolayı ise bu borçlar ödenmediği sürece prim indiriminden yararlanılamayacaktır (Genelge 3.1).

Prim ve prime ilişkin borcu bulunan işverenler, bu borçlarının tamamını sonradan ödemeleri halinde, beş puanlık sigorta prim indiriminden, yasal verilme süresi sona ermemiş ilk aylık prim ve hizmet belgesinden başlayarak yararlanabilirler (Genelge 3.1).

Prim ve prime ilişkin borcu bulunmayan özel nitelikteki işyeri işverenlerinin beş puanlık sigorta prim indiriminden yararlanabilmeleri için, aylık prim ve hizmet belgelerini 5510 sayılı Kanun türünü seçmek suretiyle yasal süresi içinde Kuruma göndermeleri gerekmektedir. Aylık prim ve hizmet belgeleri en geç belgenin ilişkin olduğu ayı izleyen

ayın 23'ü günü sonuna kadar Kuruma gönderilmelidir. 2008/Kasım ayına ilişkin aylık prim ve hizmet belgesi en geç 23/12/2008 Salı gününe, 2008/Aralık ayına ilişkin aylık prim ve hizmet belgesi ise en geç 23/1/2009 Cuma gününe kadar Kuruma gönderilmelidir.

Genelgede muvazaalı işlemleri önlemeye yönelik düzenlemeler de yer almıştır. Örneğin, prim ve prime ilişkin borcu bulunan işverenlerin, 5510 sayılı Kanunun 81. maddesinde öngörülen sigorta prim indiriminden yararlanmak amacıyla, mevcut işyerlerini kapatarak değişik bir ad veya unvan ya da iş birimi olarak faaliyete geçirdiklerinin anlaşılması halinde, bu işyerleri söz konusu indirimden yararlandırılmayacaklardır (Genelge, 10).

Alt işverenlerin Kuruma olan borçlarından, alt işveren ile birlikte asıl işveren de sorumlu tutulduğundan beş puanlık prim indiriminden yararlanabilmek için, gerek asıl işverenin kendisinden gerekse kendisinden iş alan alt işverenlerden kaynaklanan prim ve prime ilişkin borcunun bulunmaması gerekir.

Alt işverenler ise sadece kendi çalıştırmış oldukları sigortalılara ilişkin borçlardan sorumlu tutulabileceğinden, kendi alt işverenliğinden kaynaklanan muaccel borçlarının bulunmaması halinde prim indiriminden yararlanabilirler. Dolayısıyla, asıl işverenin prim ve prime ilişkin borcunun bulunmasının alt işverenin beş puanlık indirimden yararlanmasına herhangi bir olumsuz etkisi yoktur.

5763 sayılı Kanun ile istihdamı teşvik amacıyla başka kanunlarda da değişiklikler yapılmış, yüzde beş oranındaki indirim dışında, özür, 18-29 yaş arası genç erkek işçi ve 18 yaşından büyük olmak koşuluyla kadın işçiler için ödenmesi gereken primlerin işveren hissesinin belirli kısımlarının Hazine ya da İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanması öngörülmüştür. İşverenler aynı dönem için bu teşviklerden sadece birinden yararlanabileceklerdir. Ancak, eğer bir işveren diğer teşviklerden yararlanmakta iken 5510 s. K. m. 81/I-(i) kapsamındaki indirim giren başka işçileri işe almışsa gecikme cezası dahil prim borcu olmaması kaydıyla beş puanlık bu indirimden de yararlanabilir.

Sigorta priminin işveren payına beş puanlık Hazine katkısı öngören 81/I-(i) hükmünün uygulanması belirli bir süre ile sınırlandırılmamış olup süreklilik niteliği taşımaktadır. Yani, belirtilen koşul-

ları yerine getirmeleri halinde işverenler her zaman bu prim indiriminden yararlanabileceklerdir.

DİPNOTLAR

- 1 5763 s.K. RG.26.5.2008, 26887. 5510 s. K. m.81/1, "ı) Bu Kanunun 4 üncü 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 karşılanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi 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 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre tecil ve taksitlendiren işverenler ile 29/7/2003 tarihli ve 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununa ve 22/2/2006 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 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 fıkra ile 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 bildirmedikleri tespit edilen işverenler bir yıl süreyle bu fıkra ile sağlanan destek unsurlarından yararlanamaz. Bu fıkra ile düzenlenen teşvik, kamu idareleri hariç bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin matrah, oran ve esaslar üzerinden 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için de uygulanır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir".
- 2 5763 sayılı Kanun ile işverenlere getirilen prim teşvikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Caniklioğlu, Nursen, 5510 sayılı Kanunun Prime İlişkin Öngördüğü Yeni Düzenlemeler ve 5763 Sayılı Kanunun Prim Teşvikine İlişkin Hükümleri, "İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor?" Semineri, TİSK Yayın No:296, s.162-177; Kılıç, Cem, İşyerlerine Getirilen Teşvikler, İşsizlik Sigortası Düzenlemeleri ve İŞKUR Faaliyetleri", "İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor?" Semineri, TİSK Yayın No:296, s.59-65.

- 3 RG. 16.6.2006, 26200.
- 4 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi ilk olarak 1.7.2007 tarihine (2007 Yılı Bütçe Kanunu, Kanun No: 5565, Kabul Tarihi: 26.12.2006, RG. 29.12.2006 M, 26391), daha sonra 5655 sayılı Kanun ile 1.1.2008 tarihine (5655 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Kabul Tarihi: 9.5.2007, RG. 20.05.2007, No. 26527) 2008 Yılı Bütçe Kanunu (RG. 28.12.2007, 26740 M) ile üçüncü olarak 1.6.2008 tarihine ertelendikten sonra, 5754 sayılı Kanun ile de çoğu maddeleri için yürürlük tarihi "2008 yılı Ekim ayı başı" olarak belirlenmiştir (17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (RG. 8.5.2008, 26870). Okur, Ali Rıza, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İşveren Dergisi, Mayıs 2008, s. 41-43.
- 5 RG. 19.8.2008, 26972.
- 6 Caniklioğlu, Nursen, 5510 sayılı Kanunun Prime İlişkin Öngördüğü Yeni Düzenlemeler ve 5763 Sayılı Kanunun Prim Teşvikine İlişkin Hükümleri, s. 167.
- 7 Bkz. Caniklioğlu, Nursen, 5510 sayılı Kanunun Prime İlişkin Öngördüğü Yeni Düzenlemeler ve 5763 Sayılı Kanunun Prim Teşvikine İlişkin Hükümleri, s. 165.
- 8 RG. 28.09.2008, 27011. Bu tebliğde daha sonra "Aylık Prim ve Hizmet Belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumuna Verilmesine ve Primlerin Ödenme Sürelerine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" ile değişiklik yapılmıştır (RG. 23.11.2008, 27063).
- 9 İş Kanunu'nun 30. maddesinde 1.7.2008 tarihinden önceki dönemde, aynı ilde toplam 50 veya daha fazla işçi çalıştıran özel sektör işyerlerinde % 3 özür, % 2 terör mağduru ve % 1 oranında eski hükümlü çalışma zorunluluğu bulunmaktaydı.
- 10 RG. 19.8.2008, 26972.

Ercan TURAN - Ebru PAKİN AKIN

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimleri

Ev Eksenli Çalışanların Sosyal Güvenliği Üzerine Değerlendirmeler

1. Giriş

Sanayi devrimi sonrası, fabrika türü işletmelerdeki üretim tarzının yeterince yaygınlaşmadığı dönemde, parça başı ya da metre başı iş olarak özellikle tekstil alanında gerçekleşen ev-eksenli çalışma, teknolojik gelişim karşısında, üretimin tek çatı altında yapılmasının daha işlevsel hale gelmesiyle yaygınlığını yitirmiştir. Emek ve sermayenin uluslararası alandaki hareket serbestisi, endüstriyel alanda az gelişmiş ve ucuz iş gücüne sahip ülkelerdeki maliyet düşüklüğü, çok sayıda işçinin bir arada çalıştığı fabrika ve işletmelerdeki gider, vergi ve sigorta primi tutarlarının yüksekliği yanında, çalışanların bir araya gelmesinin yarattığı örgütlü yapının ortaya çıkardığı hak talepleri, üretimin farklı alanlarda sürdürülmesi arayışını yeniden gündeme getirmiş ve ev-eksenli çalışma yoluyla üretime katılım da bu arayış sonucunda tekrar yaygınlaşmıştır.

Yapılan araştırmalar göstermektedir ki, ev çalışması yapanlar büyük ölçüde sosyal güvenlikten yoksun ve sağlıksız koşullar içinde çalışmaktadır¹.

Ev-eksenli çalışma yoluyla üretime katılımı cinsiyet sınırlaması bulunmamakla birlikte, bu konudaki çalışanların ezici çoğunluğunu kadınlar oluşturmaktadır. Aynı durum Türkiye için de ge-

çerlidir. Bu alandaki kadın çalışan oranının yüksekliği birden fazla ekonomik ve sosyal gerekçeye dayanmaktadır. Kadının, erkek egemen toplumsal yapıda, üretim sürecine katılma yanında, ev içindeki yükümlülüklerini de yerine getirme zorunlulukları, eğitim düzeylerinin nitelikli işlerde çalışmalarına olanak vermemesi, ev dışında çalışmanın getireceği ek harcamalardan kaçınma gibi nedenler, ev-eksenli çalışmada kadınları ön plana çıkarmaktadır. Böylece erkekler, eş ya da kız çocuklarının çalışması sebebiyle sosyal yaşamlarında bir prestij kaybına da uğramamaktadır². Çok sağlıklı olmasa da, istatistiki veriler, 2001 yılı itibarıyla Türkiye’de evde çalışanların %86,2’sini kadınların oluşturduğunu göstermektedir³.

26-28 Kasım 2004’te Ankara’da toplanan, Türkiye Home-Net’e doğru: Ev-eksenli Çalışan Kadınlar 1. Ülke Konferansı sonunda, ev-eksenli çalışan kadınların öncelikli istemleri arasında, sosyal güvenlik hakları konusunda düzenleme yapılması gereği dile getirilmiştir.

II. Ev Eksenli Çalışan Kavramı

Ev-eksenli çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar, sipariş üzerine çalışanlar ve bağımlı çalışanlar şeklinde üç grupta incelenebilir.

Kendi hesabına çalışanlar, kendileri tarafından belirlenen malzeme ile yine kendilerince belirlenen ürünleri (genellikle yiyecek, dokuma, nakış, dantel gibi el işleri) tasarlayıp üreterek bunları pazarlarda, sokaklarda ya da dükkânlarda kısmen kendi belirledikleri fiyatlarla satmaktadırlar.

Sipariş üzerine çalışanlar ise üretimlerini, siparişi verenin istediği model ve malzemeyi kullanarak, onun istediği zamanda teslim edecek şekilde gerçekleştirmektedirler.

Bağımlı çalışmada ise bir aracı, taşeron veya işveren iş alınması söz konusudur. Alınan iş, işi verenin istediği zaman ve nitelikte üretilir. Genellikle parça başı, metre başı veya kilo gibi ölçülebilir parametrelerle ücretlendirilir. Bu çalışma biçimi, dokuma, konfeksiyon (paketleme, ambalaj, iplik temizleme) makine ve el nakışı, piko, yorgan dikimi, altın, gümüş işçiliği, takı, oyuncak, ayakkabı, kutu, elektronik malzeme (elektrik aksamın montajı, bobin sarma), sigara-tütsü, mum, yiyecek (sos, baharat, salça, kuruyemiş, turşu, sucuk, börek, mantı, ev yemekleri, bitki toplanması ve kurutulması, fıstık, badem kırma) gibi çok farklı üretim sektöründe ve hizmet sektöründe (kuaför hizmetleri, tasarım hizmetleri) yaygın olarak görülmektedir. Hem Türkiye’de hem de dünyada, bu çalışma biçimlerinin bir arada gerçekleştirildiği de gözlemlenmektedir⁴.

Uygulamada genellikle kısmi süreli çalışma şeklinde gerçekleşen, ancak nadiren de olsa tam gün çalışma şeklinde de ortaya çıkabilen evde çalışmaların, tam veya kısmi süreli olması, onun niteliğini değiştirmemektedir⁵.

Ev-eksenli çalışanlarla, teknolojik gelişmeler sonucu 20. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkan ve çalışmanın bir bölümünün yine çalışanın kendi evinde ya da özel bir mahalli büroda yapıldığı tele-çalışma çalışanlarını birbirinden ayrı düşünmek ve ayrı inceleme konusu yapmak gereklidir⁶.

Ev-eksenli çalışma kavramı aslında yeni bir tanımlama olsa da, içerdiği çalışma şekli çok uzun yıllar öncesine dayanır. Ticari yaşamın en basit yöntemlerinden biri olarak evde başlayan bu çalışma türü artık çağdaş yaşamın da ilgilendiği çağdaş istihdam modellerinden biri haline gelmiştir. Bu sebeptendir ki Uluslararası Çalışma Örgütü 1996 yılında, evde çalışmaları düzenlemek ve bu konuda üye ülkelere yol göstermek amacıyla 177 sayılı

sözleşmeyi hazırlamıştır. Dünyadaki bu önemli gelişme, söz konusu çalışma türünün çok çağdaş bir yapı haline geldiğini gösterse de ülkemizde hala bu tip çalışmaları tanımlayan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Hatta Türkiye 177 sayılı sözleşmenin tarafı da değildir. Bu koşullar altında ev-eksenli çalışmalar konusunda bir takım açıklamalar yapabilmek için öncelikle kavramın tanımlanması gerekir. O sebeple bu noktada önce, söz konusu kavramın ulusal ve uluslararası mevzuatta ne şekilde tanımlanabileceğine yer vermeye çalışacak ardından söz konusu çalışanların durumunu ele almaya çalışacağız.

III. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 177 Sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1996 tarih ve 177 sayılı sözleşmesi, evde çalışmadan ne anlaşılması gerektiğini tanımlamıştır. Sözleşmenin 1.maddesine göre, “Bu sözleşme bakımından ‘evde çalışma’ terimi, evde çalışan olarak anılacak olan bir kimse tarafından, kendi evinde veya işverenin işyeri hariç kendi seçtiği bir başka mekânda; ödeme karşılığında yapılan, söz konusu kişinin ulusal yasalar, yönetmelikler ve mahkeme kararları uyarınca bağımsız işçi sayılmasını gerektirecek ölçüde özerkliğe ve ekonomik bağımsızlığa sahip olması kaydıyla; teçhizatı, malzemeyi ve kullanılan diğer girdileri kimin sağladığı önemli olmaksızın, işveren tarafından belirlenen bir ürün veya hizmetle sonuçlanan iş anlamına gelir⁷.”

177 sayılı sözleşmenin 1.maddesinin yukarıda yer verilen çevirisi, kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusunda çok açık bir ifadeye sahip değildir. Düzenlemenin orijinal metninden hareket edildiğinde özetle evde çalışmanın, bir işverene bağlı olarak evde yapılan çalışma olduğu söylenebilir. Ancak Uluslararası Çalışma Örgütü, söz konusu tanımını yaparken bu çalışma türünün milli mevzuatlarda farklı şekilde adlandırılmış olabilme seçeneğini de dikkate almıştır. ILO’ya göre, ilgilinin milli mevzuatı ya da mahkeme kararları bu tür çalışmaları, onların özelliklerine göre farklı şekilde tanımlamakça bu kişilerin evde çalışan sayılabileceğini belirtmiştir.

Çalışma örgütünün öngördüğü farklı tanımla-

İş Kanunu'nda, ev-eksenli çalışmalarını doğrudan kapsamına alan bir yasal düzenleme yoktur.

ma, bağımsız çalışan (independent worker) olarak adlandırılmıştır. Bunun neyi ifade ettiğini net olarak belirleyebilmek kolay değildir. Fakat madde-nin genel ifadesi dikkate alındığında bunun bir iş-verene bağlı olmayan çalışanları ifade etmeye çalıştığı sonucuna varılabilir. Dolayısıyla 177 sayılı sözleşme, ancak milli mevzuatları tarafından bağımsız çalışan olarak görülmemen kişileri evde çalışan olarak adlandırmakta ve çalışmalarını sonucu ortaya çıkan ürün ve hizmetlerin bir işveren tarafından belirlenmesini gerekli görmektedir (results in a product or service as specified by the employer).

Bu açıklamalar ışığında 177 sayılı Sözleşmeye göre evde çalışan (home worker), kendi evinde veya işverenin işyeri hariç, kendi seçtiği bir başka yerde işverenin belirlediği şekilde mal ve hizmet üreten kişiyi ifade etmektedir.

Anılan sözleşmenin, evde çalışmaya ilişkin ulusal politikanın, evde çalışanların diğer ücretlilerle eşit muamele görmesini mümkün olduğu ölçüde teşvik edeceğine dair 4. maddesinde, eşit muamele-nin özellikle hangi hususlarla ilgili olarak teşvik edileceği sayılırken, yasal sosyal güvenlik koruması ve analık koruması ayrı ayrı belirtilmiştir. Yine 177 sayılı Sözleşmeye ilişkin 184 sayılı Tavsiye Kararı'nın 25. maddesinde, evde çalışanların sosyal güvenlik korumasından yararlanması gerektiği belirtildikten sonra bu yararlanmanın hangi yollarla sağlanabileceği sayılmıştır. Tavsiye Kararı'nın 26. maddesinde de, analığın korunması alanındaki ulusal yasalar ve yönetmeliklerin evde çalışanlara da uygulanması gerektiği düzenlenmiştir.

IV. Türk Hukukunda Durum

Çalışmanın bu bölümünde, bireysel iş hukukumuzda ve sosyal güvenlik hukukumuzda ev-eksenli çalışmalara yer veren ya da en azından bu tür çalışmaların kapsama alınmasına engel olmayan düzenlemelere yer verilecektir. Bunun için, 4857, 506, 1479 ve 5510 sayılı Yasalar ve bu yasaların işçi-sigortalı-çalışan tanım ve unsurlarından hareket edilecektir.

1. Bireysel İş Hukukunda

Türk iş hukukunda kural olarak iş sözleşmesi ile çalışanlar işçi sayılır⁸. 4857 sayılı İş Kanunu'na göre iş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere iş akdi, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşur. Bu nedenle, anılan unsurları taşımayan ilişkilerde işçi ve işveren sıfatından bahsedilemez.

İş akdini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran unsur, iş görme ve ücret değildir. Zira bu unsurlara eser sözleşmesinde de (istisna akdinde) rastlayabilmek mümkündür. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser sözleşmesine göre çalışanlar, işçi değil müteahhit (taahhüt eden) sayılır ki, ev-eksenli çalışmaların bu kapsama girecek şekilde yürütülebilmesi de mümkündür. Ancak bu halde, çalışanlar işçi sayılmayacağından, işçilere sağlanan haklardan yararlanamazlar⁹. Örneğin Sosyal Sigortalar Kanunu (veya 5510-4/a) kapsamına giremezler. Bu kişiler sadece bağımsız çalışan kategorisinde değerlendirilebilir ve diğer koşulların da varlığı halinde Bağ-Kur Kanunu (veya 5510- 4/b) kapsamına alınabilirler.

Eser sözleşmesi ya da iş sözleşmesine tabi çalışmalarda ayırıcı unsur bağımlılıktır. Bir kişinin iş sözleşmesine tabi olarak çalıştığı kabulü için mutlaka bir işverene bağımlı olarak çalıştığı kanıtlanması gerekir. Aksi halde o kişi, İş Kanunu kapsamında işçi sayılamaz. Nitekim iş akdinde bağımlılık unsurunun ayırt edici niteliği ve varlığı konusunda iş hukuku öğretisinde de görüş birliği vardır¹⁰. Anayasa Mahkemesi de söz konusu unsurun bu niteliğini açıkça kabul etmiştir¹¹.

İş Kanunu'nda, ev-eksenli çalışmalarını doğrudan kapsamına alan bir yasal düzenleme yoktur. Ancak buna rağmen 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen bir takım değişiklikler, anılan grubun İş Kanunu kapsamına alınabilmesine olanak sağlayıcı niteliktedir. Gerçekten de örneğin aile yardımlaşması çerçevesinde eş ve çocuklar tarafından yapılan çalışmalar iş akdine dayanmadığında işçi sıfatını kazandırmasa da aynı çalışma iş akdine dayalı olduğunda sözleşmenin tarafları işçi ve işveren sayılabilir. Dolayısıyla bu nitelikteki bir ev-eksenli çalışmanın İş Kanunu kapsamına dâhil olabilmesi ve tarafların işçi ve işveren olarak yasanın sunduğu olanaklardan yararlanabilmesi mümkündür.

Ev-eksenli çalışmaların yasa kapsamına alınabilmesi için çalışmanın bedenen veya fikren gerçekleşmesi, yapılan işin niteliği ve kişinin mesleği önem taşımaz. Aradaki ilişki iş sözleşmesine dayanmak koşuluyla, herhangi bir vasıflı işçi gibi vasıfsız olan da işçi sayılabilir. Ancak, iş sözleşmesinin bulunmadığı ilişkilerde çalışma başka bir iş görme sözleşmesine dayansa da çalışanlar işçi sayılamaz. Örneğin sipariş üzerine evde yemek hazırlayan bir kişi, bu ilişki iş akdi unsurlarından bağımlılığın varlığını ortaya koyacak derecede süreklilik taşımadığı sürece sadece bir eser sözleşmesine (istisna akdi) dayanır ki, o halde çalışma ev kesenli olsa da İş Kanunu kapsamına giremez. Bu halde evde çalışan kişi işçi sayılamayacağından İş Kanunu'nun sağladığı olanaklardan yararlanamaz.

Görüldüğü üzere İş Kanunu, doğrudan evde çalışmayı düzenleyen bir hüküm içermese de, bu nitelikteki çalışanları kapsama alabilecek olanağı yaratmıştır. İş Kanunu'nda getirilen atipik istihdam modelleri, bağımlılık ilişkisinin yeniden tanımlanmasını sağlayabilmiştir. Böylelikle çağdaş çalışma ilişkilerinde görülen seyreltilmiş bir bağımlılık ilişkisi dahi, çalışanları İş Kanunu kapsamına almaya yeterli olabilmektedir. Dolayısıyla ev-eksenli çalışmalarda çalışan ile çalıştıran arasındaki bağımlılık zayıflamış olsa da bu durum evde çalışanların İş Kanunu kapsamına alınabilmesini engellememektedir.

Ancak belirtmeliyiz ki çağdaş iş hukukunda evde çalışmalar, İş Kanunu kapsamına alınabilecek bir nitelik taşısa da bunun hayata geçirilebilmesinde önemli güçlükler bulunmaktadır. Ülke genelinde İş Kanunu kapsamında olduğu şüphe götürmeyecek milyonlarca çalışan, kayıt dışı durumdadır. Dolayısıyla belirli koşullar altında işçi sayılabilmeleri mümkün görünen evde çalışanların bu olanaktan yararlanabilmeleri, onları kayıt dışına iten işverenler üzerinde ciddi yaptırım tehdidi bulunmasına bağlıdır. Bu da işyerlerindeki kamusal denetimin gücüyle orantılıdır. Oysa ülkemizde gerek Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı müfettişler gerek Sosyal Güvenlik Kurumu teftiş kurulları, bu denetimleri yapabilecek güce sahip kılınmamıştır. O nedenle hukuki düzenlemelerin yorumuyla evde çalışanları işçi sayabilmek sorunu çözmeye yeterli olmadığından, bu kişilerin kayıt içinde çalışabilmelerini sağlayacak ortamın da yaratılabilmesi gerekmektedir.

2. Sosyal Güvenlik Hukukunda

Ev-eksenli çalışma kavramı, sosyal güvenlik mevzuatımızda da kullanılan bir kavram olmamıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere anılan çalışma ilişkisi çok yeni olmasa da daha ziyade son yıllarda dile getirilmeye başlanmıştır. Bu nedenle, oldukça eski olduğunu söyleyebileceğimiz sosyal güvenlik mevzuatı bu kavramı, sigortalılık tanımında kullanmamıştır.

Aynı durum yeni sosyal güvenlik mevzuatımız için de geçerlidir. 5510 sayılı Yasa'nın sigortalı tanımında da ev-eksenli çalışmaya ilişkin bir ifadeye rastlayabilmek mümkün değildir. Bununla birlikte gerek önceki, gerek yeni mevzuatın, sigortalı kapsamını belirlerken yaptığı sınıflandırmalarda ev-eksenli çalışmalara uygun çalışma biçimleri olduğu görülebilmektedir. O sebeple bu kısımda 506 ve 1479 sayılı Yasalar ile 5510 sayılı Yasa'da yer verilen ve sigortalı kavramına dâhil çalışma ilişkileri, ev-eksenli olup olmamaları açısından incelemeye tabi tutulacaktır.

A. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu sigortalılık tanımında hizmet akdini ölçüt almıştır. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesi gereğince, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalı sayılmaktadır. Hizmet akdi, İş Kanunu'nda işçi kavramı yönünden getirilen dışlayıcı hükümlerden etkilenmediği için, iş akdine oranla daha kapsamlı bir yapıya sahip bulunmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, öğretici ve yargı kararlarında, hizmet akdini, konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayıran unsurun, bağımlılık olduğu genel kabul görmektedir. Ancak, bağımlılığın sözleşme kapsamında yaşam bulma biçimine ilişkin farklı yaklaşımlar, ev-eksenli çalışmaların, hizmet akdi kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda tereddütlere neden olmuş, bu yaklaşımlar yargı kararlarına da yansımıştır.

Kural olarak hizmet akdi ile işçi, ücret karşılığında, belirli veya belirsiz bir süre için işverenin hizmetinde çalışma borcu altına girmektedir. İşçinin bu çalışması, diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak, bir organizasyon içinde işverene bağlı olarak ifa edilir. Böylece işveren, işin yapılması sırasında işçiye talimat verme ve onu denetleyebil-

me imkânına sahiptir. Ancak, Yargıtay bu bağımlılığın, üstlenilen ve yapılan işin, işverenin işyerinde yapılması gereğinden kaynaklandığını kabul etmektedir¹².

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin, 21.02.1995 tarih, 1994/10281 E., 1995/1710 K. Sayılı kararındaki değerlendirmeleri, işverene ait işyerinde çalışmayı, bağımlılık unsurunun gerçekleşmesi yönünden koşul sayan bir yaklaşım sergilemektedir. Kararda yer verilen ifadeler şunlardır: "506 sayılı Kanunun 2. maddesi hükmüne göre bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu kanuna göre sigortalı sayılırlar. Hizmet akdinin unsurları hizmetin belirli veya belirli olmayan bir zaman içinde görülmesi, hizmet akdinin konusu olan edimin işverene ait işyerinde yerine getirilmesi, edimin ifasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunulması, edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esası üzerinden ödenmesidir..."¹³ Yine aynı Dairenin 10.05.2004 tarih, 2004/1724-4114 sayılı Kararı'nda ise, "Hizmet akdinin belirleyici özelliği ise, "zaman" ve "bağımlılık" unsurlarıdır. Bu çerçevede, belirli ya da belirsiz bir sürede iş gücünü sunan kimse (sigortalı) ile bunu kabul eden kimse ya da kimseler arasındaki iş ilişkisini hizmet akdi olarak tanımlamak mümkündür. Bağımlılık unsurunun varlığı için de, işverenin her an ve durumda çalışanı denetlemek ve isteğine göre sigortalıya iş edimini yaptırma gücünün varlığı şarttır..."¹⁴ ifadesi yer almaktadır.

Ancak, öğretide ve yargının, çalışma ilişkileri alanındaki gelişmelere duyarsız kalma olanağı bulunmadığından, işyeri kavramı ve hizmet akdine dayalı çalışma konusundaki değerlendirmelerin de günümüz koşullarına uyarlanması zorunluluğu bulunmakta, bu yaklaşımı benimseyen yargı kararları da oluşmaktadır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 08.06.2000 tarih, 2000/4584-4611 sayılı Kararı'nda şu görüşlere yer verilmiştir: "Davacının; davalı işverene ait işyeri ile ilgili parça başına ücret almak suretiyle çalıştığı, satılan giysilerin düzeltim işlerini evinde yerine getirdiği, sürekli bir iş karşılığı ve belirli ücretle çalışma olmadığından; sigortalılık isteminin reddine karar verilmişse de bu sonuç usul ve yasaya uygun değildir. Gerçekten, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesine göre; bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için bir veya daha fazla işve-

ren nezdinde eylemli biçimde hizmet akdine dayalı çalıştığına saptanması zorunludur. Hizmet akdinin unsurları ise belirli bir işverene 'zaman' ve 'bağımlılık' unsurlarına göre çalışma esasına göre belirlenmiştir. Bağımlılıktan amaç bir işverenin göstereceği işi, emir ve talimatına göre yerine getirmek ve onun buyruğu altında bulunmaktır. Bu işin belli bir zaman kesiti içerisinde yerine getirilmesi ve yerine getirmek üzere hazır vaziyette beklemek; hizmet akdinin zaman unsurunu oluşturur. Ücretin varlığı ve biçimi hizmet akdinin zorunlu unsuru olarak kabul edilemez. Ancak, akdin kanıtlanması yönünden rol oynayabilir. Dava konusu olayda; davacının; konfeksiyon işyerinin; zorunlu elamanı olarak satılan parçaların düzeltim işinde istihdam edildiği açıkça anlaşılmaktadır. İşyerinin çalışma saatlerine uygun olarak, davacının çıkacak işleri gördüğü ve görmek üzere hazır bulunduğu dinlenen davacı ve davalı tanıklarca doğrulanmaktadır. Düzeltim işinin; işyeri ve davacının evinde yapılması giderek parça başına ücret ödenmesi işin hizmet akdi niteliğini etkilemez. Davacının belli bir işi işverenin emir ve talimatı doğrultusunda yerine getirmesi ve bunu bir çalışma günü içerisinde yerine getirmek üzere hazır olması karşısında; davacının çalışma olgusu ve buna bağlı hizmet akdinin ortaya çıkması sonucu istemini esastan kabul etmek gerekirken aksine görüşle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır¹⁵." Anılan karar, bağımlılık unsuru ve işyeri kavramı yönünden kapsamlı bir değerlendirmeye konu yapılmıştır¹⁶.

Öğretide, iş görme ediminin hizmet akdine dayalı olup olmadığının belirlenmesi açısından, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ışığında değerlendirme yapılması gereğine de vurgu yapılmıştır. Buna göre, gerek İş Kanunu'nun 1. maddesinde ve gerek Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 5. maddesinde işyerinin amacını ve bütün unsurlarını içeren bir tanım verilmediği bir gerçektir. Başka bir gerçek de her iki tanım arasında esas yönünden bir farklılığın bulunmadığıdır. Diğer ülkelerde olduğu ve iş hukuku ile sosyal sigortalar hukukunun gelişmesinde esas alındığı gibi, her iki kanunda da işyerinin bir işin, bir üretim faaliyetinin yürütüldüğü örgütlenmiş bir ünite, başka bir deyişle işverenin bir mal veya hizmet üretmek amacıyla değişik unsurları bir araya getirerek örgütlediği bir birim olarak kabul edildiğinde bir kuşku bulunmamaktadır. İş-

yerini oluşturan unsurların da maddi araçlar ile işçi-sigortalı olduğu bilinmektedir. Mevcut düzenlemeye göre işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen (işin yürütümü bakımından bağlılık) yerler, kısaca işyerine bağlı bulunan yerler ile eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyerine bağlı bulunan yerlerin, işyeriyle aynı gayrimenkulde, aynı alan içinde bulunması zorunlu değildir; aynı yönetim altında toplanmak üzere iletişimin kurulabildiği uzaklıkta da bulunabilirler¹⁷.

Bağımlılık unsurunun geçmişteki katı yaklaşımla değerlendirilmesinin güncel sorunların çözümündeki yetersizliği gözetildiğinde, işçinin işverene ait iş veya hizmet organizasyonu çerçevesinde, onun yararına bir iş yapması, bağımlılık unsurunun temel ölçütü olarak kabul edilmiştir. Bu anlamıyla, işçinin iş edimini işyeri dışında yerine getirmesi, teknik açıdan işveren karşısında tamamen serbest olması, işverenin gözetim ve denetiminden uzak olması, bağımlılık unsurunu dışlayıcı bir etki yaratmayacaktır. Bu sayede atipik hizmet sözleşmelerine veya bilgisayar teknolojilerine (tele-çalışma) dayalı olarak istihdam edilenlerin işçi niteliği daha kolay belirlenebilecektir. Ayrıca, çalışma ilişkilerini iş ve sosyal güvenlik hukukunun kapsamı dışına taşıma (yasaya karşı hile, muvazaa) eğilimleri de büyük ölçüde engellenmiş olacaktır¹⁸.

Ayrıca hizmet sözleşmesinin unsurları konusundaki yaklaşımda, Borçlar Kanunu'nun 322. maddesinin de gözetilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Anılan madde kapsamındaki düzenleme, "İşçi parça üzerine yahut götürü çalışıp da iş sahibinin nezareti altında bulunmaz ise işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasından mesuliyeti hakkında istisna akdine dair hükümler, kıyasen tatbik olunur." hükmünü içermektedir. Borçlar Kanunu'nun "Hizmet Akdi" başlıklı onuncu babının, işçinin borçlarını belirleyen bölümündeki düzenleme, "işverenin yönetim ve denetimi altında bulunmadan parça başı çalışan kişiyi "işçi" olarak nitelendirmektedir... yasakoyucunun, bir karma sözleşme, daha doğru bir deyimle atipik bir iş sözleşmesi düzenlediğini göstermektedir¹⁹. "Parça üzerine veya götürü çalışan ev işçisi"²⁰ 322. maddenin atfı yaptığı işlenen maddeye ilişkin sorumluluk ile işin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesi konu-

ları dışında, hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olarak kalmaktadır. Bu kapsamda ücret, sözleşmenin sona ermesi gibi konular yanında, işverenin işçiyi gözetme borcu ve sosyal güvenlik yönünden hizmet sözleşmesinin sağladığı haklar, bu konumda çalışanlara da tanınmalıdır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, ev-eksenli çalışmanın, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında değerlendirilmesine bir engel olmadığını söyleyebiliriz.

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun sigortalıları belirleyen düzenlemesi 3. maddedir. Söz konusu maddede yer alan çalışmaların birçoğu ev-eksenli çalışmaya uygun nitelik taşımamaktadır. Bununla birlikte aynı maddede yer alan bazı çalışmaların ev-eksenli olup olamayacağı değerlendirilebilir.

Bunlardan ilkinin tarım sanatlarına ait işlerde çalışanlar oluşturur. Peynir yapımı, zeytinyağı üretimi gibi bu tür çalışmaların ev-eksenli gerçekleştirilmesi sıkça karşılaşılabilecek bir durumdur ve 506 sayılı Yasa kapsamındadır.

Diğer düzenleme Yasanın 3/C hükmünde yer alır. Düzenlemeye göre, "Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü dereceye kadar (Üçüncü derece dâhil) olan hısımlar arasında ve aralarında dışardan başka kimse katılmıyarak bu konut içinde yapılan işlerde çalışanlar" sigortalı sayılmamaktadır. Söz konusu hüküm esasen bir ev-eksenli çalışma görüntüsündedir. 506 sayılı Yasa'nın bu tür çalışmaları kapsamına alamamış olması, sigortalılığı hizmet akdine dayandıran yapısından kaynaklanır. Yani 506 sayılı Yasa bu kişiler arasında bir iş ilişkisi olmadığını kabul etmiştir. Diğer bir deyişle sözü edilen hısımlar arasındaki çalışmalarda bu kişilerden hiç biri diğerinin işçisi sayılamaz. Ancak hiç şüphesiz ki bu tür bir çalışma, SSK kapsamında yer alan bir çalışma haline de gelebilir. Hısımlar arasında yapılan böyle bir çalışmada bir iş ilişkisinin varlığı ortaya konulabilir ve hizmet akdinin varlığı kanıtlanabilirse, bu çalışma ev-eksenlidir ve SSK kapsamında değerlendirilebilecektir.

Ekleyelim ki aynı konutta birlikte yaşayan kişiler arasında yürütülen bu tür bir çalışmanın Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamına alınmaması, o çalışmanın Bağ-Kur kapsamına alınabilmesine engel olmaz. 1479 sayılı Yasa'nın 24. maddesindeki koşul-

lar gerçekleştiğinde böyle bir çalışma yine ev-eksenlidir fakat bu defa 1479 sayılı Yasa kapsamındadır. Çalışanlar esnaf ya da sanatkâr kategorisinde sigortalı sayılabilir.

Yukarıdaki değerlendirmeler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu için de aynen geçerlidir. Zira 5510 sayılı Yasa, sigortalı yapısını SSK ve Bağ-Kur kapsamına girenler açısından değiştirmemiştir. O nedenle bahsi geçen türden çalışmalar ilk halde 5510 sayılı Yasa'nın 4/I.a, ikinci halde ise 4/I.b kapsamında sigortalılık hakkı doğuracaktır.

506 sayılı Yasa'nın sigortalı saymadığı bir diğer grup 3.maddenin I. fıkrasının (D) bendinde yer almaktadır. Buna göre, "Ev hizmetlerinde çalışanlar" ücretle ve sürekli olarak çalışmadıkları sürece sigortalı sayılmamaktadır. İlk bakışta bu çalışma ev-eksenli çalışma kavramına dâhil gibi görünse de, sürekli nitelik taşımadığından ve işverenin işyeri olan evinde hizmet sunulduğundan, ev-eksenli çalışma kapsamına girmemektedir. Bu kapsamda çalışanlar genellikle gündelik usulde çalışan kişilerdir. Ancak ev hizmetlerinde görev yapan bir kişinin bu çalışması bir iş sözleşmesi olarak değerlendirilebilecek düzeye de çıkabilir. Bu konumdaki çalışma ilişkisinin sürekli nitelikli sayılabilmesi konusunda ölçüt getirilmesi zorunluluğu da gözetilmelidir. Bu halde, süreklilik niteliği kazanacak olan söz konusu çalışma İş Kanunu'na ve sosyal güvenlik mevzuatına dâhil edilebilir. Fakat bu yapısına rağmen ev hizmetlerine yönelik çalışma, teknik anlamda bir evde çalışma sayılamayacaktır.

Konuya ilişkin bir diğer hüküm 506 sayılı Yasa'nın daha önce 3. maddesinin II. fıkrasının (D) bendinde yer alan el halıcığ dokuma işleriyle uğraşanlardır. Daha önce bu çalışanlara bazı sigorta kollarının uygulanmayacağını belirten hüküm, 4958 sayılı Yasa ile 2003 yılında kaldırılmıştır. Ancak söz konusu değişiklikten sonra, daha önce kısmen yasa kapsamında bulunan el halıcığ dokuma işleriyle uğraşanlar 6.8.2003 tarihinden itibaren zorunlu sigortalı sayılmışlardır. Özellikle kadınların çalıştığı bu alandaki anılan değişiklik son derece isabetli olmuştur. Çoğunlukla ev-eksenli konumda bu tür çalışmaları yapanlar böylece tümüyle 506 sayılı Yasa kapsamına alınmışlardır²¹.

Sosyal Sigortalar Kanunu'na 29.6.1978 tarih ve 2167 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu ek-

lenen ek 10. madde gereğince, bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan, film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları, müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar, düşünür ve yazarlar da Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamına alınmışlardır. Anılan hükmün ikinci fıkrasında sanatçıların kimler olduğunun ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşların görüşleri alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik, Kültür ve Turizm Bakanlıkları tarafından birlikte saptanacağı öngörülmüştür. Buna göre belirlenen listede yer alan unvana sahip bir kimsenin sanatçı kabul edilmesi gerekir²². Ek 10. madde kapsamında gerçekleştirilen çalışmanın ev-eksenli olması muhtemeldir ve şüphesiz bu durumda da 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında sigortalılık söz konusu olmaktadır.

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun m. 3/ II, A hükmünün 4658 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılması sonucu ise, mülteci ve vatansızları da kapsayacak şekilde yabancılar 6.8.2003 tarihi itibarıyla tüm sigorta kolları bakımından zorunlu sigortalı sayılmıştır. Zira sigortalı olmak için Türk vatandaşı olmak gibi bir koşul bulunmamaktadır²³. Ev-eksenli çalışmaları gerçekleştirenlerin bir kısmının, buldukları ülkenin sistemine yabancı, haklarını arama olanağından yoksun, sadece karınlarını doyuracak para kazanmayı amaçlayan mülteci ve göçmenler olduğu düşünüldüğünde, bu değişikliğin de isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

B. 1479 Sayılı Bağ-Kur Kanunu'nda

Kısaca Bağ-Kur Kanunu olarak adlandırılan 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, sigortalılık konusunu 24. maddesinde düzenlemiştir. Maddenin I/a bendinde, kanunla ve kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulu sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan; esnaf ve sanatkârlar ile diğer bağımsız çalışanlardan ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar ile gelir vergisinden muaf olanlardan Esnaf ve Sanatkâr Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun olarak kayıtlı olanlar sigortalı sayılmaktadır.

Düzenlemenin konumuzu ilgilendiren yanını kendi hesabına bağımsız çalışma kavramı oluşturmaktadır. Gerçekten de ev-eksenli çalışmaların bir kısmı, kendi hesabına iş yapmaktadır. Örneğin sipariş üzerine evinde üretim yapanlar bu kapsamda ele alınabilir. Bununla birlikte neredeyse tümüyle enformel olan ve herhangi bir kaydı bulunmayan ev-eksenli çalışmaların bu durumları sebebiyle 1479 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün görünmemektedir.

Yasanın 24. maddesinde yer verilen diğer sigortalı gurupları ise nitelikleri gereği ev-eksenli çalışmaya konu olabilecek bir yapıya sahip değildir.

C. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda

Sosyal güvenlik yapısını yeniden organize eden 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası, 2008 yılından itibaren aşama aşama yürürlüğe girmektedir²⁴. Önceki sosyal güvenlik yasaları ile kıyaslandığında yeni yasanın sigortalılık yaklaşımında, tek çatı anlayışı dışında radikal bir değişiklik olmamıştır. Bununla birlikte yeni yasa, daha önce zorunlu sigortalılık kapsamında olan bazı kesimleri zorunlu sigortalılık dışında bırakmıştır²⁵.

Bu bağlamda 5510 sayılı Yasa, yukarıda SSK ve Bağ-Kur ile ilgili olarak dile getirdiğimiz düzenlemeleri büyük ölçüde korumuştur.

SSK kapsamında yer alan tarım sanatlarına dair işler, açıkça belirtilmemiş olsa da yeni yasa döneminde de zorunlu sigorta kapsamındadır.

506 sayılı Yasa'nın 3/C hükmünde yer alan ve "Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü dereceye kadar (Üçüncü derece dâhil) olan hısımlar arasında ve aralarında dışardan başka kimse katılmıyarak bu konut içinde yapılan işlerde çalışanları" sigortalı saymayan düzenleme 5510 sayılı Yasa'da da varlığını korumaktadır. Anılan Yasa'nın 6/b düzenlemesine göre, "Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dâhil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar" sigortalı sayılmamıştır. Bu tür çalışmalara ilişkin olarak yukarıda yaptığımız değerlendirmeler 5510 sayılı Yasa için de geçerli olacaktır. Yani her ne kadar bahsi geçen çalışma zorunlu sigorta kapsamı dışında kalsa da, bu tür bir çalışma,

5510/ 4.I.a kapsamında yer alan bir çalışma haline gelebilir. Hısımlar arasında yapılan böyle bir çalışmada bir iş ilişkisinin varlığı ortaya konulabilir ve hizmet akdinin varlığı ispatlanabilirse, bu çalışma ev-eksenlidir ve 4/I.a kapsamına dâhil sayılır. Yine yukarıda dile getirmiş olduğumuz üzere bahis konusu çalışma, hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışma olarak da değerlendirilebilir. Bu halde aynı konutta birlikte yaşayan kişiler arasında yürütülen çalışma 4/I.b kapsamına da dahil olabilir.

Başta da dile getirdiğimiz üzere, daha önce kısmen 506 sayılı Yasa kapsamında bulunan el halıcılığı dokuma işleriyle uğraşanlar 6.8.2003 tarihinden itibaren zorunlu sigortalı sayılmışlardır. 5510 sayılı Yasa bu konuda herhangi bir değişiklik yaratmadığı için, özellikle kadınların çalıştığı bu alanda, sigortalılık imkânı sürmektedir.

Güzel sanat kollarında çalışanları, düşünür ve yazarları konu alan düzenleme, 5510 sayılı Yasa'ya da alınmıştır. Buna göre, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler; "Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar hakkında da uygulanır." Anılan düzenlemede yer alan kapsamda gerçekleştirilen çalışmanın da ev-eksenli olabilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu halde tıpkı 506 sayılı Yasa'nın ek.10. maddesinde olduğu gibi, bu kişiler 5510 sayılı Yasa'nın 4/I.a maddesi kapsamında sigortalı sayılabilecektir.

Bu konuda işaret edilmesi gereken bir diğer düzenleme de yabancılara ilişkin olanıdır. Sosyal Sigortalar Kanunu bağlamında dile getirdiğimiz üzere, 506 sayılı Yasa'nın 3/II,A hükmünün yürürlükten kaldırılması sonucu yabancılar, mülteci ve vatsızları da kapsayacak şekilde 6.8.2003 tarihi itibarıyla tüm sigorta kolları bakımından zorunlu sigortalı sayılmıştır. Benzer bir düzenleme 5510 sayılı Yasa'ya da alınmıştır. Buna göre Yasanın 4/I.a bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümler, müttekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar hakkında da uygulanacaktır. (5510 m. 4/II.c). Dolayısıyla bu nite-

likte olan ve evde çalışan yabancılar, tıpkı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda olduğu gibi sigortalı olabileme olanağına sahip bulunmaktadır.

5510 sayılı Yasa'nın 4/I.b.1, 2 maddesi kapsamında, hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar ile gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar sigortalı sayılmaktadırlar. 1479 ve 5510 sayılı Yasa'nın kendi nam ve hesabına çalışanların sigortalılığı yönünden getirdiği ortak ölçüt, öncelikle bu faaliyetler nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olmak; gelir vergisinden muafiyet halinde ise esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olmaktır. 1479 sayılı Yasa'nın, esnaf ve sanatkâr sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun olarak kayıtlı olma zorunluluğuna ilişkin düzenlemesi, 7.6.2005 tarih ve 5362 sayılı "Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu"nun 56. maddesi ile yürürlükten kaldırılan, 507 sayılı Esnaf Ve Küçük Sanatkârlar Kanunu'nun, meslek kuruluşu olarak Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Derneği yapılanmasını ve bunlara kaydı zorunlu kılan düzenlemesinden kaynaklanmaktaydı. 5362 sayılı "Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu"nun odaya kayıt için öncelikle sicil kaydını zorunlu kılan düzenlemesi ise, 5510 sayılı Yasa hükmüne yansıtıldığı için, 1479 sayılı Yasa'ya oranla yazımı farklı olmakla birlikte, temel düzenlemesi paralel olan hüküm ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla bu nitelikteki ev-eksenli çalışmalar, 5510 sayılı Yasa döneminde aynı şekilde değerlendirilecektir.

5362 sayılı Yasa'nın 3. maddesi, esnaf ve sanatkâr kavramını "İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler" olarak tanımlamıştır. Aynı Yasanın 63. maddesi uyarınca, esnaf ve sanatkâr meslek kollarını belirlemeye yetkili koordinasyon kurulu tarafından belirlenen imalat ve

tamirat ile hizmete ilişkin meslek kolları içerisinde, ev eksenli çalışanlar tarafından yapılan birçok iş yer almaktaysa da; kayıt ücreti ile yılda iki kez ödenen üyelik aidatları, ev eksenli çalışanların ekonomik gücünü zorlayan unsurlar olduğundan, bu konumda çalışanların sicile kayıt konusunda isteksizliğine, dolayısıyla da 1479 veya 5510 sayılı Yasa anlamında sigortalılık için gerekli koşulları yerine getirmekten uzak kalmalarına neden olmaktadır.

Ayrıca kendi nam ve hesabına çalışma nedeniyle sigortalılık halinde sigorta primlerinin kendi nam ve hesabına bağımsız çalışan sigortalı tarafından ödenme zorunluluğu da belirli bir ekonomik düzey gerektirmektedir. 5510 sayılı Yasa'nın sigortalı sayılmayanlara dair 6. maddenin (k) bendinde, "Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlardan, aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler," sigortalı sayılmaz hükmü de, bu alandaki sigortalılığı önleyen bir düzenleme niteliğini taşımaktadır.

Konunun bu kısmında değinmekte yarar gördüğümüz bir diğer düzenleme de, birden fazla sigortalılığın aynı kişi üzerinde toplanmasıdır. Gerçekten de ülkemizde ev-eksenli çalışanların birden çok işi bir arada yürüttüğüne sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin günün ilk yarısında evinde ürettiği ürünleri pazarda satan veya sipariş üzerine evinde elbise diken bir kişinin, öğleden sonra bir araçtan aldığı dokuma işini yapması mümkündür. Bu durum o kişinin aynı anda birden fazla sigortalılık hali ile karşılaşması anlamına gelmektedir. 5510 sayılı Yasa, bu durumdakilere uygulanacak düzenlemeye 53. maddede yer vermiştir. Buna göre sigortalı, 4. maddenin ilk fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık hallerinden birden fazlasına aynı anda tâbi olmasını gerektirecek şekilde çalışırsa, öncelikle (c) bendi kapsamında, (c) bendi kapsamında çalışması yoksa ilk önce başlayan sigortalılık ilişkisi esas alınarak sigortalı sayılacaktır²⁶.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun ev eksenli çalışmalarla ilgili olarak ele alınması gereken bir diğer kısmı, genel sağlık sigortasıdır. Zira Yasa, sigortalı kavramını iki değişik

şekilde ifade etmiştir. Sosyal sigorta kolları açısından muhatap, sadece sigortalı olarak adlandırılırken, genel sağlık sigortası açısından muhatap genel sağlık sigortalısı olarak adlandırılmıştır²⁷.

5510 sayılı Yasa kimlerin genel sağlık sigortalısı sayılacağını 60. maddede saymıştır²⁸. Aslında Yasa bu ayrıntılı sıralama sonrasında getirdiği (g) bendi ile herkesi genel sağlık sigortası (GSS) kapsamına almak istediğini vurgulamıştır. Buna göre “Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar” da genel sağlık sigortalısı sayılacaktır. Bu bağlamda ev-eksensiz çalışanlar 60. maddenin hiçbir bendine giremeseler bile mutlaka (g) bendi kapsamına girerek sağlık sigortasından yararlanabileceklerdir.

Ancak GSS kapsamına alınan herkes aynı statüde değildir. Sigortalıların GSS’den yararlanma şekilleri, onların GSS primi ödeyip ödemeyecekleri açısından önem taşımaktadır. 5510 sayılı Yasa bu konuda sağlık hizmeti sunacağı kişileri ikiye ayırmıştır. Bunlardan ilki genel sağlık sigortalısıdır ve GSS primi ödemek zorundadır. Diğeri ise onun bakmakla yükümlü olduğu kişidir. Bakmakla yükümlü olunan kişi Yasanın 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişi, genel sağlık sigortalısının²⁹, sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan; eşini, 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 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, geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babasını ifade eder (5510 m.2/10).

5510 sayılı Yasa’da, gelirlerinin düşüklüğü veya zorunlu sigortalılık için gerekli yasal koşullara sahip olmadığı halde genel sağlık sigortası kapsamında tescilli sağlanan vatandaşların da, 5510 sayılı Yasa’nın 80/son maddesi uyarınca belirlenen oranda genel sağlık sigortası primi ödeme zorunlulukları öngörülmüştür. Bu konudaki geçiş hükmünü düzenleyen 5510 sayılı Yasa’nın geçici 12. mad-

desi ise, “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 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. 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. 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.” düzenlemesiyle, Yasanın öngördüğü ölçünün altındaki gelire sahip kişiler yönünden iki yıl süreyle yürürlük ertelenmiş, bu konumda olup yeşil kart sahibi veya yeşil kart verilecek durumdakilerin ise başka işleme gerek kalmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılma olanağı öngörülmüştür.

5510 sayılı Yasa’nın diğer sigortalılık kolları yönünden esnek ve yeri geldiğinde dışlayıcı yaklaşımı, genel sağlık sigortası yönünden, 18 yaşını geçen tüm vatandaşların, göçmenlerin ve başka ülke-

den sağlık yardımı almayan yabancıların, prim ödemek koşuluyla sigortalılığına olanak tanımaktadır.

Söz konusu düzenlemeler karşısında evde çalışanlar, kendi çalışmaları sebebiyle (zorunlu ya da isteğe bağlı) sigortalı olabildiklerinde bizzat, aksi halde yukarıda belirtilen hallerden birine girebilmek koşuluyla bakmakla yükümlü olunan kişi olarak GSS kapsamına girebileceklerdir. Diğer bir deyişle genel sağlık sigortası hükümlerinin, ev-eksenli çalışanlar yönünden uygulanması, öncelikle bakmakla yükümlü olunan kişi konumunda olup olmadıklarına; bu konumda olmayanların ise iki yıl süreyle yeşil karttan yararlanacak durumda olup olmamaları, sonrasında ise öngörülen oranlarda genel sağlık sigortası primi ödemelerine bağlı olacaktır.

V. Sonuç

Yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler değerlendirildiğinde ev-eksenli çalışanların emek piyasasındaki yoğunluklarına karşın, yasa koyucu tarafından arzu edilen düzeyde gözetilmedikleri sonucuna ulaşılmaktadır. Bağımlı çalışan sayılabilen ev-eksenli çalışanlar, işverenin inisiyatifine bağlı olarak sosyal güvenlik şemsiyesi altına girebilmektedir. Buna karşın sipariş üzerine veya kendi hesabına ev-eksenli çalışanlar ise, gelir düzeyleri itibarıyla esnaf muafiyi kapsamında kaldıklarından, esnaf ve sanatkâr sicili ile sigortalılık kayıt işlemlerini yerine getirip, aidat ve primlerini ödemek koşuluyla, kendi nam ve hesabına çalışan konumunda sigortalı olabilmektedir. Ayrıca, 5510 sayılı Yasa'nın 50. maddesi uyarınca uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası yönünden isteğe bağlı sigortalılık olanağı da bulunmaktadır.

Oysa yukarıda belirtilen süreç ve ev-eksenli çalışmanın yaygınlaşma eğilimi, konunun vazgeçilemez ve devredilemez nitelikteki temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkı kapsamında değerlendirilip, hak kayıplarını ortadan kaldıran bir düzenlemeye kavuşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Kişilerin, insan olma onuruna yaraşır bir yaşam düzeyini sürdürebilmeleri için gerekli asgari koşulları sağlamakla yükümlü olan devletin, yapacağı her tür düzenlemenin özünde, yaşam hakkı temelinde gelişen ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan sosyal güvenlik hakkının yaygınlaşarak ger-

çekleşmesini sağlama gereklerini gözetme zorunluluğu vardır. Kaldı ki, uyum ve barış içinde sürdürülebilecek bir toplumsal yaşamın koşulları arasında, kişiler ve riskler yönünden, elden geldiğince geniş bir yelpazeye sahip sosyal güvenlik anlayışının benimsenip yaşama geçirilmesi de vardır³⁰.

Uluslararası birlik ve örgütler konuya ilişkin tavsiye ve direktifler yayınlarken, gelişmiş ülkeler bu alandaki yasal düzenlemeleri de hayata geçirmişlerdir. Söz konusu "Ülkelerin düzenleme konusunda benimsedikleri yaklaşımlar biri birinden farklıdır. Bazı ülkelerde evde çalışma genel iş mevzuatı içinde ele alınmış ve evde çalışanların işçi olduğu kabul edilmiştir. Çoğunluğu oluşturan diğer bazı ilkelere ise ev-eksenli çalışanlar doğrudan hukuki ilişkinin özellikleri nedeniyle, özel yasalar ile ya da iş mevzuatına bu konuda özel hükümler konularak düzenlenmiştir. Örneğin Almanya'da, Evde Çalışma Kanunu ile bu çalışma ilişkisi büyük ölçüde iş ilişkisine yaklaştırılmıştır. Bu ilişkiye göre çalışan, işverenin talimat verme yetkisine tabi kabul edilmediği için işçi değil, işçi benzeri sayılmıştır. Fransa'da ise İş Kodu'na konulan özel hükümlerle, eve iş verme sistemi içinde çalışanların asgari ücreti, çalışma saatleri, ücretli izinleri, sağlık ve güvenliği düzenlenmiş, sosyal güvenlikten işçiler gibi yararlanacakları kabul edilmiştir³¹.

Bu alandaki bir diğer sorun kayıt dışılıktır. Zira kayıt dışılık, sosyal güvenlik hakları yanında, vergi ve prim kaybına da yol açmakta, düşük ücretli ve güvenceden yoksun istihdam sonucu elde edilen ürünler haksız rekabete yol açmaktadır. Üretimin aile bireylerinin bulunduğu ortamda ve çoğu zaman da sağlığa zararlı maddeler kullanılarak yapılması ise, toplum sağlığı üzerinde olumsuz etki yaratmaktadır.

Mevcut yasal düzenlemeler içerisinde yer alan, işyeri ve çalışanları kayıt altına almaya yönelik kuralların etkin biçimde uygulanması ev-eksenli çalışanlar üzerinde de olumlu sonuçlar doğuracaktır. Özellikle uygulamada kurumun ölçümleme hakkı olarak adlandırılan prim toplama yönteminin, ev-eksenli çalışanların sosyal güvenlik haklarına kavuşabilmeleri konusunda etkili sonuçlar yaratması mümkün görülmektedir. Daha önceki yasalarda da yer alan ve 5510 sayılı Yasa'nın 85. maddesinde de öngörülen düzenleme uyarınca, "İşverenin, işin

emsaline, niteliğine, kapsam ve kapasitesine göre işin yürütümü açısından gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin veya prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğu tespit halinde, işin yürütümü açısından gerekli olan asgari işçilik tutarı; yapılan işin niteliği, kullanılan teknoloji, işyerinin büyüklüğü, benzer işletmelerde çalıştırılan sigortalı sayısı, ilgili meslek veya kamu kuruluşlarının görüşü gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edilir.” Sosyal Güvenlik Kurumu, bu alandaki yetkisini denetime yetkili eleman sayısına göre ve belirli sektörlerle öncelik vererek uygulamakta ve denetime aldığı işkolu sayısını giderek artırmaktadır. Ev-eksenli çalışanların yoğunlukta bulunduğu işkollarında yapılacak denetimlerin de bu alandaki kayıt dışılığı önlemede etkili olması mümkündür. Ancak Sosyal Güvenlik Kurumu bu yetkisini, halen yapmakta olduğu gibi salt prim toplama amaçlı olarak kullanmamalı, işyeri kayıt ve harcama belgelerinden, kayıt dışı çalıştırılmış kişilerin kimliklerini belirleyip, tahsil edilen sigorta primlerini bu kişilere mal etme konusunda gerekli duyarlılığı da göstermelidir. Kaldı ki, Kuruma verilen bu yetkinin temel amacı da bu konumda çalıştırılanların sosyal güvenlik hakkına ulaşabilmesinin sağlanmasıdır.

Anayasa'nın sosyal haklar kategorisinde yer alan sosyal güvenlik hakkı, bu hakların genel özelliği gereği, etkin biçimde yaşama geçebilmek için, devletin olumlu yöndeki müdahalesini zorunlu kılar. Konu, anılan hakkın özeliğine uygun olarak anayasal bir yükümlülük olarak da öngörülmüştür. Devlet, bu alandaki yükümlülüklerini öncelikle yasal düzenlemeler oluşturmak, sonrasında ise bu düzenlemelerin etkin biçimde uygulanmasını sağlamakla yerine getirir. Ancak, yasal düzenleme ve denetimin yaratacağı olumlu katkıya karşın, özellikle kendi adına veya sipariş üzerine ev-eksenli konumunda çalışanların elde ettikleri gelirin düşüklüğü ve bu alanın genellikle kadın çalışanlardan oluşması; ekonomik yönden güçsüz kadınlar yararına ek önlemlerin alınmasını gerektirmektedir. Kadınların cinsiyet ayrımına uğramadan çalışma yaşamında yer alabilmeleri için özel düzenlemeler yapılması gereği, taraf olduğumuz birçok uluslararası sözleşmede yer aldığı gibi Avrupa Birliği'nin de temel değerleri arasında sayılmaktadır. Bu kapsamda bakıldığında, ev-eksenli çalışanların

sosyal güvenlikten yararlanabilmeleri için tüm ekonomik yükümlülüğü bu kesime yüklemek, sosyal güvenlik hakkında yararlanma koşullarını ortadan kaldıracak ve devletin bu alana olumlu müdahalesi gereğine de aykırılık oluşturacaktır.

Bu kapsamda uygulamada istihdamı teşvik paketi olarak adlandırılan 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Yasa ile getirilen bir düzenlemeye de işaret etmekte yarar görüyoruz. Söz konusu Yasanın 20. maddesiyle 4447 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 7. maddeyle, yasanın öngördüğü tarihlerde işe alınan 18 yaşından büyük kadın çalışanlara ait sigorta primlerinin işveren payının, belirli süre ve oranlarla işsizlik sigortası fonundan karşılanması olanağı getirilmiştir. Bu yaklaşımın, bağımlı çalışan konumunda yer almayan ev-eksenli çalışanların sigorta prim yükümlülükleri yönünden de sergilenmesi yararlı olacaktır. Kaldı ki sosyal devletten beklenen, gelir düzeyi düşük olanları sosyal güvenliğin kapsamı dışında bırakmak değil, tam aksine, ona gerçekten muhtaç olan bu kişileri özel prim imkânları ve devlet katkısı ile bu çatı altına almaktır.

Ev-eksenli çalışanların dünya ve Türkiye ölçeğinde oluşturdukları örgütlü çabalar, öğretinin konuyu duyarlı bir yaklaşımla geniş biçimde irdelenmiş olması ve yargı kararlarına yansıyan değerlendirmeler; insan haklarına saygılı, sosyal hukuk devleti gereklerine uygun yasal düzenlemelerin bir an önce oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Yapılacak düzenlemelerin olumlu etkisi, salt sosyal güvenlik alanıyla sınırlı kalmayıp, yukarıda değinildiği üzere, toplumsal sağlık, ekonomik düzen ve sosyal barış alanında da kendisini gösterecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Burhan Özdemir, Ev Çalışması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Armağanı, Ankara 1997, 145.
- 2 Özdemir, 144.
- 3 DİE, Hane halkı İşgücü Anketleri Sonuçları, 2001. Konuya ilişkin olarak yapılan bir araştırmaya göre, “Ankara gecekondularında yaşayan kadınlarla yapılmış bir araştırmaya göre; kadınların % 37'sinin ev temizliğine gittiği, % 34'ünün evde üretim yaptığı, % 11'inin kamu sektöründe hizmet işçisi olarak çalıştığı, % 11'inin konfeksiyonda terzi olarak çalıştığı, ancak % 5'inin kendi hesabına veya bağımsız olarak çalıştığı saptanmıştır. (Sibel Kalaycıoğlu, Helga Rittersberger-Tılıç, Evlerimizdeki Gündeliklik Kadınlar, Su Yayınları, Ankara 2000, 47.
- 4 Ev-Eksenli Çalışanlar ve Örgütlenmeleri, Birleşik Metal İşçileri Sendikası, İstanbul 2003, 15-16.
- 5 Özdemir, 129.

- 6 Özdemir, 127-128.
- 7 Ev-Eksenli Çalışanlar ve Örgütlenmeleri, Birleşik Metal İşçileri Sendikası, İstanbul 2003, Ek.1. 65-66.
- 8 Münir Ekonomi, İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, 40 vd., Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006, 33 vd., Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2006, 119, Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, Ankara 2005, 115 vd., Ünal Narmanlioğlu, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, İzmir 1998, 90 vd.
- 9 Ev iş sözleşmesinin eser sözleşmesinden ayırt edilmesi ile ilgili, değerlendirmeleri için bkz. Murat Engin, Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 275-276.
- 10 Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, C.I, İstanbul 1987, 4. Ferit Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 395-397, Turhan Esener, İş Hukuku, Ankara 1978, 126-127, Çelik, 73 vd., Ekonomi, 73, Süzek, 191, Narmanlioğlu, 135 vd., Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, 51-52, Mollamahmutoglu, 211 vd., Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2008, 106 vd., Ali Nazım Sözer, Sigorta İlişkisi, İzmir 1998, 30 vd.
- 11 Anayasa Mahkemesi, 27.9.1967, 336/29 (RG.19.10.1968/13031).
- 12 E.Tuncay Senyen-Kaplan, Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999, 7.
- 13 Resul Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara 2004, 1414.
- 14 Aslanköylü, 1472.
- 15 YKD Ocak 2001, 89-90.
- 16 Kamu-İş, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, 182 ve 243-273.
- 17 Kamu-İş, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s. 268-269.
- 18 Ali Güzel, Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, 126.
- 19 Engin, 274.
- 20 Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, 852.
- 21 Ebru Pakin Akın, Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği, İstanbul 2005, 10-11.
- 22 Argun Bozkurt, Sanatçılar ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 1997, 37.
- 23 A.Can Tuncay, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile Getirilen Değişiklikler, Mercek, Nisan 2004, 98, Güzel/Ocak, 123, Ali Nazım Sözer/Coşkun Saraç, Sosyal Sigortalar Hukukunda 4958 sayılı Kanun ile Gerçekleştirilen Değişiklikler, Mercek, Ekim 2003, 49-50, Yusuf Alper, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ve Getirdikleri, Mercek, Ekim 2003, 9.
- 24 5510 sayılı Yasa'nın sigortalılara ilişkin 4-10. maddeleri hükümleri, anılan Yasanın yürürlüğü hakkındaki 108. maddesi (d) bendi gereğince, 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren yürürlüğe girmiştir.
- 25 Yeni yasanın sigortalılık düzenlemeleri ve değerlendirilmeleri için bkz. Levent Akın, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Sigortalılığın Kapsamı ve Primli Rejimle Bağdaşması, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunları ve Gerçekler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi – İstanbul Barosu, 26-27 Ocak 2007, İstanbul 2007, 22-55, aynı yazar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, Çalışma ve Toplum, 2006/1, 26- 49.
- 26 Yasanın bu hükmü, 108. maddenin “d” bendi gereğince, 2008 yılı Ekim ayı başından itibaren yürürlüktedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Akın, Bağımlı Çalışanların Malullüğü, Ankara 2008, 111 vd.
- 27 Öğretide genel sağlık sigortalısı kavramı ile karıştırılmaması için sigortalı, sosyal sigorta sigortalısı olarak adlandırılmaktadır (Levent Akın, Yeni Gelişmeler, 29).
- 28 Ayrıntılı bilgi için bkz. Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 123 vd., Ali Rıza Okur, Genel Sağlık Sigortası, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul 2006, Ali Nazım Sözer, Sağlıkta Dönüşüm Projesi ve Genel Sağlık Sigortası, TİSK Akademi, 2006/I, 47-56, aynı yazar, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısında Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s.7, 2005, 1175-1190.
- 29 5510 sayılı Yasa, bakmakla yükümlü olunan kişiyi tanımlarken, 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentlerini dışarıda bırakmıştır. Buna göre harcamaları, taşınır ve taşınmaz malları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki gelirin kişi başına düşen aylık tutarı, asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar ile vatansızlar ve sığınmacılar bakmakla yükümlü olunan kişi olarak değerlendirilmemektedir.
- 30 Ercan Turan, Sosyal Güvenlik Hakkı, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 7, sayı 3, 337-338.
- 31 Arzu Kuban, “Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998, s. 58.

Doç. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

İşverence Mali Sorumluluk Sigortası Yapılması Durumunda İşverenin Tazminat Sorumluluğunun Belirlenmesi

T.C. YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/18008
Karar No : 2007/7460
Tarihi : 03.05.2007

ÖZET

Adam çalıştıran sorumluluk riskini sigorta ettirebilir. Bu durumda sigorta şirketi tarafından iş kazasına maruz kalan davacıya tedavi teminatı karşılığında yapılan ödemelerin sürekli işgörmezlik zararından düşülmesi olanaksızdır.

DAVA

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün taraf vekillerince temyiz edilmesi ve

davalı vekilince de duruşma talep edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve temyiz konusu hükme ilişkin dava, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hallerden hiçbirine uymadığından Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici nedenlere göre davalının tüm davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.

2-Dava, davacı işçinin iş kazası sonucu sürekli iş göremez duruma gelmesi nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararların giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden davacının davalıya ait işyerinde çalışırken 27.06.1998 tarihinde iş kazası geçirerek % 48.21 oranında sürekli iş göremez duruma geldiği, davalı işverenin sigorta şirketi olan ... Sigorta tarafından 1.200.-YTL. ödeme yapıldığının davacının da kabulünde olduğu ancak mahkemece ödemenin hangi tarihte yapıldığının ve ödenen bu paranın sigorta şirketi tarafından poliçede yazılı tedavi teminatının yoksa daimi sakatlık teminatı karşılığı olarak mı ödendiğinin mahkemece araştırılmadığı, bilirkişi tarafından düzenlenen 18.10.2004 tarihli hesap raporunda paranın kazanın ertesi günü ödendiği varsayımı ile 29.06.1998 tarihindeki kur üzerinden Amerikan Dolarına çevrilerek raporun tanzim edildiği 18.10.2004 tarihindeki kur üzerinden yeniden Türk Lirasına çevrilmek suretiyle 6.142.56.-YTL. olarak güncelleştirildiği, davacının maddi zararından tenzil edilmek suretiyle hesaplama yapıldığı, 22.05.2006 tarihli hesap raporunda da bu ödemenin güncellenmiş miktarının 6.142.56.-YTL. olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Kaza halinde sorumluluk riskine maruz kalanlar, yasal sınırlar içinde anlaşarak bir sigorta poliçesi oluşturabilir. Daha açık bir anlatımla adam çalıştıran sorumluluk riskini sigorta ettirebilir. Bu nedenle çifte ödemeye neden olunmaması amacıyla sigortacının kazalı işçiye ödemiş olduğu sigorta bedeli tazminattan indirilecektir. Bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlığında tazminat ilkelerine göre çözülmesi gerekir. Mevzuatımızda denkleştirme yasal olarak düzenlenmiş değildir; genel bir hukuk ilkesi olarak bilimsel ve yargısal görüşte kabul edilmiştir. Yararlar zararın nakdi denkleştirilmesinde uygulanacak usul zararın tutarıyla yararın tutarının denkleştirilmesidir. Buna göre, zarar tutarı yarar tutarından büyükse denkleştirilmiş zarar ortaya çıkar. Eğer zarar tutarı yarar tutarı ile aynı ise veya daha küçükse ortada

sürekli iş göremezlik zararı alacağına yol açan bir zarar yok demektir. Öte yandan sigorta şirketi tarafından davacıya ödenen 1.200.-YTL.'nin tedavi teminatı karşılığında ödenmesi halinde ise sürekli iş göremezlik zararından bu ödemenin düşülmesi de mümkün değildir. Yapılacak iş; öncelikle ... Sigorta tarafından davacıya yapılan ödemenin tarihinin ve tedavi teminatı olarak mı yoksa sakatlık teminatı karşılığı olarak mı ödendiğini tespit etmek, sakatlık teminatı olarak ödendiğinin anlaşılması halinde ödemenin yapıldığı tarihteki verileri esas alınarak gerçek zararı bilirkişiye hesaplattırmak, böylece tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlık bulunup bulunmadığını denetlemek, açık oransızlığın bulunması durumunda maddi tazminata karşılık yapılan ödemenin ödeme tarihindeki gerçek zararı hangi oranda karşıladığını saptamak, son verilere göre hesaplanan tazminat miktarından, yasal indirimler yapılmak suretiyle belirlenecek gerçek zarardan ödeme yapılan tarihe göre zararın karşılandığı oranda indirim yapmak, daha sonra kalan miktara hükmetmek gerekir. Açık oransızlığın bulunmadığının tesbiti halinde ise davacının maddi tazminat talebinin tümünden reddine karar vermek gerekir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin denkleştirme hesabını hatalı yapan bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BÖZÜLMESİNE 03.05.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I- İnceleme konumuz olan Yargıtay kararı, iş kazası sonucu sürekli iş göremez duruma düşen işçinin, uğradığı maddi ve manevi zararlarının giderilmesi davasında, işverence yaptırılmış olan mali mesuliyet sigortası ödemesinin tazminat ala-

cağı ile denkleştirilmesine (mahsup edilmesine) ilişkindir.

Dava konusu olayda davacı davalıya ait işyerinde çalışırken 27.06.1998 tarihinde iş kazası geçirerek % 48.21 oranında sürekli iş göremez durumuna gelmiştir. Söz konusu bu durumun gerçekleş-

mesi üzerine de, davalı işverence yaptırılmış bulunan “işveren mali mesuliyet sigortası” uyarınca davacı işçiye 1.200 YTL. ödeme yapılmıştır.

II- Yargıtay kararda öncelikle, kaza halinde sorumluluk riskine maruz kalanların, yasal sınırlar içinde anlaşarak bir sigorta poliçesi oluşturabileceğini yani, işverenlerin meydana gelebilecek olan iş kazası ve meslek hastalıkları sebebiyle karşılaşılabilecekleri mali riskleri bir sigorta şirketine sigorta ettirebileceklerini açıkça ifade etmiştir.

Yargıtay’ın burada sözünü ettiği sigorta türü, uygulamada sigorta şirketlerinin “İşveren Mali Sorumluluk Sigortası” adı altında pazarlamakta oldukları sigorta türüdür. Nitekim sigorta şirketlerince hazırlanan “İşveren Mali Sorumluluk Sigortası” poliçelerinde sigorta teminatın kapsamı, işyerinde meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda işverene terettüp edecek hukuki sorumluluk nedeniyle, işverene bir iş sözleşmesi ile bağlı ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’na tabi işçiler veya bunların hak sahipleri tarafından işverenden talep edilebilecek Sosyal Güvenlik Kurumu’nun sağladığı yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri ile yine aynı Kurum tarafından işverene karşı iş kazalarından dolayı ikame edilecek rücu davaları sonunda ödenecek tazminat miktarları olarak belirtilmektedir. Yani, bir başka ifade ile, İşveren Mali Sorumluluk Sigortası, işyerinde meydana gelen iş kazaları sonucunda, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’na tabi işçiler veya hak sahipleri tarafından, işverenden talep edilebilecek, Sosyal Güvenlik Kurumu’nca sağlanan yardımların üstündeki veya dışındaki tazminatları ve Sosyal Güvenlik Kurumu’nun işverene rücu edebileceği tazminatları teminat kapsamına almaktadır.

Ancak, genel sigortacılık prensipleri de göz önüne alındığında, poliçenin söz konusu riskleri güvence altına alması sigorta ettiren işverence, bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi koşuluna da bağlı tutulmaktadır. Buna göre, poliçede sözü edilen mali sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, sigorta ettiren işveren, poliçe teminatına girebilecek sorumluluğunun söz konusu olabileceği herhangi bir iş kazası vukuunda her münferit olayı, öğrendiği andan itibaren poliçede belirtilecek süre içinde sigortacıya yazılı olarak bildirmek, bu riski sigortalamamış gibi gerekli kurtarma ve korunma

tedbirlerini almak, bu amaçla sigortacı tarafından verilecek talimatlara uymak, sigortacının talebi üzerine, iş kazasının sebebi ile hangi hal ve şartlar altında vukua geldiğini ve neticelerini tespitte yararlı ve sigortalı için sağlanması mümkün gerekli bilgi ve belgeleri (aslı ve kendisi tarafından tasdikli sureti veyahut fotokopisi) gecikmeksizin vermek, hadisenin hangi gün ve saatte ve nerede vaki olduğunu ve rücu hakkının kullanılmasına yararlı sigortalı için sağlanabilecek gerekli bilgi ve belgeleri temin ve muhafaza etmek gibi yükümlülükler altında olacaktır. Bunun yanı sıra, iş kazasından dolayı, sigorta ettiren işveren, dava yolu ile veya sair suretle bir tazminat talebi karşısında kalır veya aleyhine cezai takibata geçilirse, keyfiyetten sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai takibata müteallik olarak almış olduğu ihbarname, davetiye gibi her türlü belgeyi de derhal sigortacıya tevdi etmek yükümlülüklerine de tabi olacaktır.

Uygulamada söz konusu “İşveren Mali Sorumluluk Sigortası” poliçesini kesen birçok sigorta şirketinin poliçe şartları ve teminat tanımlamaları incelendiğinde¹ her şeyden önce işyerinde meydana gelmesi muhtemel bir iş kazasından söz edildiği ve bu iş kazasının meydana gelmesi sonucunda işverene yüklenebilecek hukuki sorumluluğun sigorta ettirilmesinin amaçlandığı görülmektedir. Yargıtay’ın da kararında belirtildiği üzere, genel hukuk prensipleri ve iş hukuku açısından bu tür bir uygulamaya engel bir durum bulunmamaktadır. İşveren arzu ettiği takdirde her zaman bu tür bir sigorta ile kendisini güvence altına alabilecektir.

Ancak sigorta şirketince “İşveren Mali Sorumluluk Sigortası” kapsamında sağlanacak olan teminat, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun, bir iş kazası olması durumunda işçiye ve ailesine karşı gerçekleştirmek zorunda olacağı yükümlülüklerinin yerini almamaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu, ilgili Kanun gereği işçi ve ailesine her tür yardımı sağlayacaktır. Zira, “İşveren Mali Sorumluluk Sigortası”, işçiler ve hak sahiplerine Sosyal Güvenlik Kurumu’nca sağlanan yardımlar ve ödemeler dışında kalan tazminat taleplerinin işverene yöneltildiğinde ya da Kurum tarafından işverene karşı iş kazalarından dolayı işçi ve ailesine yapılan yardımlar dolayısı ile rücu edildiğinde devreye girecek ve işverenin üzerinden bu yükü poliçe tutarı kadar alacaktır.

İşçinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmaksızın yani, hakkı olmasına rağmen kendisine sürekli iş göremezlik ödeneği bağlatmadan işverenden tazminat istemesi durumunda, işverenden talep edilebilecek tutardan işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmayarak kendisine bağlanmasından imtina ettiği sürekli iş göremezlik gelirinin, başvurma hakkının doğduğu tarih itibariyle peşin sermaye değeri, mahsup edilebilecektir.

III- İncelenmekte olan Yargıtay kararından anlaşıldığı üzere, davacı işçi davalı işverene ait işyerinde çalışırken 27.06.1998 tarihinde iş kazası geçirerek % 48,21 oranında sürekli iş göremez durumuna gelmiştir. Ancak, söz konusu sürekli iş göremezlik durumu sebebiyle davacı işçinin talebi üzerine kendisine Sosyal Güvenlik Kurumu'nca sürekli iş göremezlik geliri bağlanmış olup olmadığı Yargıtay kararının içeriğinden anlaşılamamaktadır.

Bilindiği üzere, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca², iş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşan hastalık ve özürler nedeniyle Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurulları tarafından verilen raporlara istinaden, Kurum Sağlık Kurulunca meslekte kazanma gücü en az % 10 oranında azalmış bulunduğu tespit edilen sigortalı, sürekli iş göremezlik gelirinine hak kazanacaktır. Sürekli iş göremezlik geliri, sigortalının mesleğinde kazanma gücünün kaybı oranına göre hesaplanacak, sürekli tam iş göremezlikte sigortalıya, Kanunun 17. maddesine³ göre hesaplanan aylık kazancının % 70'i oranında gelir bağlanacak, sürekli kısmî iş göremezlikte ise, sigortalıya bağla-

nacak gelir, tam iş göremezlik geliri gibi hesaplanarak bunun iş göremezlik derecesi oranındaki tutarı kendisine ödenecektir. Diğer yandan, sigortalı, başka birinin sürekli bakımına muhtaç ise gelir bağlama oranı % 100 olarak uygulanacaktır. Yargıtay kararının esas aldığı olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda da, sürekli iş göremezlik geliri benzer bir biçimde düzenlenmiştir⁴. Buna göre de, davacı işçi iş kazası geçirerek ve % 48,21 oranında sürekli iş göremez durumuna düşerek bu gelire hak kazanmıştır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda sürekli iş göremezlik gelirinin sadece aylık olarak ödenmesi öngörülmüşken, eski 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 22. maddesinde bundan farklı olarak "sürekli iş göremezlik gelirinin sigortalıya ömrü boyunca verilmesi" esasından söz ettikten sonra, iş kazası neticesinde tespit edilen sürekli iş göremezlik derecesinin % 25'ten az olması ve bunun üç yıl içinde değişmesinin Kurumca mümkün görülmemesi hallerinde sigortalının isteği üzerine bu gelirler sermayeye çevrilerek ödenebileceği kuralı getirilmiştir. Yeni 5510 sayılı Kanun'da bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sürekli iş göremezlik kavramı ile "malullük" kavramının birbirine karıştırılmamasıdır. Zira bilindiği üzere, malullükten ve Kanun uyarınca malullük tazminatından söz edilebilmesi için, Sigortalının çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün çalışmaya başladığı tarihten sonra en az % 60'ını, kaybettiğinin Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilmesi gerekmektedir (m.25)⁵.

Bu durumda, inceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararında sözü edilen davacı işçi, iş kazası geçirerek % 48,21 oranında sürekli iş göremez duruma geldiğinden sosyal güvenlik hukuku anlamında bir maluliyetten söz edilemeyecek ancak, davacı işçinin Kurumdan sadece sürekli iş göremezlik gelirinine hak kazandığı ifade edilebilecektir. Ancak bu durumda Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurup kendisine sürekli iş göremezlik ödeneği bağlanmasını sağlayıp sağlamadığı da hususu, işverene açabileceği tazminat davasında büyük önem taşıyacaktır. Nitekim kararda söz edilme-

mekle birlikte, şayet davacı işçiye Sosyal Güvenlik Kurumu'na bağlanmış bir sürekli iş göremezlik ödeneği var ise, bunun peşin sermaye değerinin de işverenden istenebilecek tazminat tutarından düşülmesi gerekmektedir.

Burada, sigortalı işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmaksızın yani, hakkı olmasına rağmen kendisine sürekli iş göremezlik ödeneği bağlatmadan tüm zararını tazminat davası açarak işverenden talep edip edemeyeceği ya da her hangi bir dava açarak veya açmaksızın zararını tazmin sorumlularından alması durumunda, bu kez Kuruma başvurup sürekli iş göremezlik geliri isteyip istemeyeceği soruları akla gelmektedir.

Kanımızca ilk olarak Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmaksızın yani, hakkı olmasına rağmen kendisine sürekli iş göremezlik ödeneği bağlatmadan işverenden tazminat istemesi durumunda, işverenden talep edilebilecek tutardan işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmayarak kendisine bağlanmasından imtina ettiği sürekli iş göremezlik gelirinin, başvurma hakkının doğduğu tarih itibariyle peşin sermaye değeri, mahsup edilebilecektir. Zira sosyal sigorta haklarından vazgeçilemeyeceğinden, işçinin bu yönde davranışının faturası da genel hukuk prensipleri gereğince işverene çıkartılamaz.

İşçinin herhangi bir dava açarak veya açmaksızın zararını tazmin sorumlularından alması durumunda bu kez Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurup sürekli iş göremezlik geliri isteyip istemeyeceği konusunda ise, doktrinde⁶, bizim de katıldığımız üzere, Kanunun öngördüğü gelir bağlama koşulları oluşmuşsa sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması gerektiği, zira, böyle bir olasılığın ortaya çıkması halinde Kanunun hiçbir maddesinde gelir bağlanamayacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı, bu anlamda sigortalıların sosyal güvenlik hakkından yararlanamayacaklarına ilişkin ayrı bir hüküm bulunmuyorsa sigortalının, Kanunun tanıdığı haklardan yoksun kılınamayacağı ifade edilmiştir⁷.

İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararında davacı işçinin iş kazası geçirecek % 48,21 oranında sürekli iş göremez duruma düştüğünden söz edilmekle birlikte, kendisine sürekli iş göremezlik ödeneği bağlanıp bağlanmadığı konusundan hiç söz edilmemektedir. Bu yüzden yukarıda sözünü

ettiğimiz esaslar çerçevesinde her iki ihtimalde de işçinin hak etmiş olduğu sürekli iş göremezlik gelirinin hak ediş tarihi itibariyle peşin sermaye değerinin tazminattan mahsup edilmesi gerekmektedir.

IV- Yargıtay kararda işverenden talep edilen tazminatın hesaplanmasında çifte ödemeye neden olunmaması amacıyla tazminattan indirilebilecek tutarları belirlerken sadece sigortacının kazalı işçiye ödemiş olduğu sigorta bedelinden söz etmektedir. Buradan anlaşılıyor ki, işçinin hak etmiş olduğu sürekli iş göremezlik gelirinin peşin sermaye değerinin bu tazminat tutarından mahsubunda herhangi bir uyuşmazlık söz konusu değildir.

İşveren Mali Sorumluluk Sigortası'ndan davacı işçiye ödenmiş bulunan 1200 YTL.'nin mahsubunda ise, mevcut olayda bir uyuşmazlık mevcuttur. Davacı işçi tarafından davalı işveren aleyhine açılmış bulunan tazminat davasının tam içeriği Yargıtay kararından anlaşılammaktadır. Bu hem sağlık harcamalarını, hem de sürekli iş göremezlik zararını içeren genel bir maddi tazminat davası mıdır, yoksa doğrudan sürekli iş göremezlik zararına yönelik bir dava mıdır ? Bu bir genel maddi tazminat davası ise, kanımızca İşveren Mali Sorumluluk Sigortası'ndan davacı işçiye ödenmiş bulunan 1200 YTL.'nin talep edilen tazminat tutarından indirilmesine bir engel bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay'ın da isabetli olarak ifade ettiği üzere, sigorta şirketi tarafından davacıya ödenen 1200.-YTL.'nin tedavi teminatı karşılığında ödenmesi halinde ise, bu tutarın sadece sürekli iş göremezlik zararına yönelik açılmış bulunan tazminat davasında tazminattan düşülmesi mümkün olmayacaktır.

Genel tazminat ilkeleri uyarınca tazminatın miktarı, zararın miktarını aşamayacaktır. Yani bir başka ifade ile zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek haddini teşkil edecektir⁸. Buna göre, tazminat zarara eşit ve hatta bazen aşağı olabilecektir. Hâkim zararın gerçek miktarını göz önünde bulundurmak suretiyle tazminatı belirlemekle yükümlüdür (BK. m.43/1). Nitekim zarar gören şahıs, zarar verici olay sonucu bazı menfaatler de elde etmiş olabileceğinden, tazminat miktarı hesaplanırken sözü edilen menfaatlerin nakdi tutarının zarardan düşülmesi gerekecektir. Aksi takdirde zarar gören kişi söz konusu haksız fiilden ekstra bir yarar sağlamış durumuna düşer. Söz konusu menfaatlerin

zarar tutarından indirilmesi de (mahsup) denkleştirilme olarak ifade edilmektedir⁹.

Yargıtay'ın da, kararında ifade ettiği üzere mevzuatımızda denkleştirme yasal olarak düzenlenmiş değildir. Ancak buna rağmen Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi, hukukumuzda da denkleştirme ilkesi benimsenmiş ve fark teorisine dayanmıştır¹⁰. Bu anlamda denkleştirme zararın belirlenmesine ilişkin kurallardan olup, malvarlığının zarar verici eylemden sonraki hali ile bu eylem gerçekleşmeseydi ulaşacak olduğu hal karşılaştırılırken, eylemin malvarlığı üzerindeki olumsuz (zarar) ve olumlu (yarar) etkilerinin beraberce göz önünde tutulması esasına dayanmaktadır¹¹. Denkleştirmenin uygulanabilmesi için, tazmini gereken bir zarar; zarar ile denkleştirilebilecek bir yarar ve zarar verici eylem ile yarar arasında uygun bir bağ bulunması gerekmektedir¹².

Bu şekilde, denkleştirmenin yapılabilmesi için, tazmini gereken zarar maddi bir zarar olmalı ve elde edilen yarar da yine para ile ifade edilebilir olmalıdır. Bu anlamda denkleştirilecek yarar, zarar görenin, malvarlığının aktif bölümünde yer alabileceği gibi, zarar görenin yapması gereken bir masraftan kurtulması şeklinde de ortaya çıkabilecektir¹³.

Ayrıca yine denkleştirmenin yapılabilmesi için, zarar verici eylem ile yarar arasında da uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Yani yarar, yaşam deneyimlerine göre haksız eylemin normal bir sonucu olmalıdır ki, denkleştirilebilsin¹⁴. Bu anlamda doktrinde eğer yarar haksız eylemin normal bir sonucu olmaktan çok, haksız eylemin yarattığı durumun rastlantısal veya olağan dışı bir sonucu ise denkleştirme yapılamayacağı ifade edilmektedir.¹⁵ Buna göre, haksız eylemden farklı bir nedene dayanan gelir, haksız eylem nedeniyle çalışamayacak hale gelen kişiye, arkadaşları tarafından yapılan ödemelerde olduğu gibi, üçüncü kişilerce zarar görene yapılan yardımlar da denkleştirmenin konusu olamayacaklardır.

V- SONUÇ

Yukarıdaki esaslar ışığında bakıldığında incelemekte olduğumuz Yargıtay kararında sözü edilen, İşveren Mali Sorumluluk Sigortası'ndan yapılan ödeme ile zarar verici eylem arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmaktadır. Nitekim işveren

çalışan işçilerinin karşılaşabileceği iş kazası riskine karşı bu tür bir sigorta yaptırma gereği duymuş, bunun için ekstra bir prim ödemiş ve riskin gerçekleşmesi sonucunda da sigorta şirketi tarafından işçiye ödemede bulunulmuştur. Buna göre, ortada tazmini gereken maddi bir zarar ve elde edilen para ile ölçülebilen bir yarar söz konusu olduğundan, denkleştirmeden söz edilebilecektir. Zira söz konusu ödeme, haksız eylemin yarattığı durumun, rastlantısal veya olağan dışı bir sonucu değildir. Aksine gerçekleşmesi muhtemel bir riskin, gerçekleşmesi sonucu ortaya çıkmış bir durumdur.

Burada Yargıtay'ın da isabetli olarak belirttiği üzere önem taşıyan husus, sigorta şirketi tarafından davacıya ödenen 1200.-YTL.'nin niteliğinin belirlenmesi, yapılan ödemenin sürekli işgöremezlik zararı karşılığı yapıp yapılmadığının tespiti ve şayet sürekli işgöremezlik zararı karşılığında yapıldığının belirlenmesi durumunda ödemenin yapıldığı tarihteki veriler esas alınarak tespit edilen gerçek zararlar denkleştirilmesinin yapılmasıdır.

Buna göre, denkleştirme sonucunda yapılan ödemenin ödeme tarihindeki gerçek zarar karşılıktan uzak olduğu ve arada açık oransızlığın bulunduğu tespit edildiğinde, aradaki farkın tazminat hükümlerine göre talep edilebileceği ifade edilebilecektir. Ancak mevcut kararda muhtemelen uyuşmazlık dışı olması sebebiyle söz edilmemekle birlikte, İşveren Mali Sorumluluk Sigortası'ndan yapılan ödeme dışında, yukarıda da ifade edildiği üzere iş kazası geçirerek % 48,21 oranında sürekli iş göremez durumuna düşen ve sürekli iş göremezlik gelirin hak kazanan davacı işçiye gelir bağlanması için, Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmuş olsa da olmasa da, kendisine bağlanması gereken sürekli iş göremezlik gelirin hak sahibi olduğu gündeki peşin sermaye değerinin de talep edilen tazminat tutarından düşülmesi gerekmektedir.

Bu esaslar dahilinde bakıldığında kanımca Yargıtay'ın temel tazminat prensiplerini göz önünde tutarak vermiş olduğu bu karar isabetli olarak değerlendirilmelidir.

DİPNOTLAR

- 1 <http://www.evrenselsigorta.com/index.php?contentId=25&mid=28;>
<http://www.anadolusigorta.com.tr/Pages.aspx?pgID=323;>
<http://www.isvicre-sigorta.com.tr/index.php?mid=80;>
http://www.aksigortam.com/index.php?option=com_content&task=view&id=33&Itemid=47.

- 2 Değişik birinci fıkra: 17/4/2008-5754/12 md.
- 3 “İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde verilecek ödeneklerin veya bağlanacak gelirlerin hesabına esas tutulacak günlük kazanç; iş kazasının veya doğumun olduğu tarihten, meslek hastalığı veya hastalık halinde ise iş göremezliğin başladığı tarihten önceki oniki aydaki son üç ay içinde 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlar toplamının, bu kazançlara esas prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır.”
- 4 506 sayılı SSK. m.19 “Geçici iş göremezlik hali sonunda Kuruma ait veya Kurumun sevk edeceği sağlık tesisleri sağlık kurulları tarafından verilecek raporlarda belirtilen arızalarına göre, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 10 azalmış bulunduğu Kurumca tespit edilen sigortalı, sürekli iş göremezlik gelirin hak kazanır.” Bkz. GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza; Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, Ekim 2004, s.253 vd.; TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Legal Yayınları, İstanbul 2008, s.108 vd.; ASLANKÖYLÜ, Resul; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, En Son Değişiklikler İle Birlikte Genişletilmiş 2.Baskı, C:1, Ankara, Ağustos 2004, s. 490 vd.
- 5 Değişik: 17/4/2008-5754/13 md.; Eski 506 sayılı SSK m.53/1 uyarınca da, (Değişik: 29.07.2003-4958/33 md. Y.T. 06.08.2003) Kurum hastanelerince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporları ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirdiği, yapılan tedavi sonunda Kurum sağlık tesisleri sağlık kurullarınca düzenlenecek usulüne uygun rapor ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirdiği, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını yitirdiği, Kurumca tespit edilen sigortalı malullük sigortası bakımından malul sayılacaktır.
- 6 ASLANKÖYLÜ, s.496.
- 7 Ancak böyle bir durumda sigortalıya gelir bağlamakla beraber sigortalının çifte yararlanmayla baş başa bırakılmaması için sigortalıya ödediği gelirden, sigortalının almış olduğu tazminatı peyder pey mahsup edebileceği doktrinde ifade edilmiştir. ASLANKÖYLÜ, s.496.
- 8 TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul 1998, s.785.
- 9 TEKİNAY, s.786.
- 10 TEKİNAY, s.787.
- 11 TEKİNAY, s.792.
- 12 AKÜNAL, T; Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, s.19-20.
- 13 AKÜNAL, s. 39-43.
- 14 TEKİNAY, s.792.
- 15 Örn. bir binayı yakan kimse, bina malikinin enkaz altında define bulmuş olması halinde, bu define dolayısıyla zararın bu “oranda azaltılması” gerektiğini ileri süremeyecektir.

KAYNAKÇA

- AKÜNAL, T; Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977.
- ASLANKÖYLÜ, Resul; Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, En Son Değişiklikler İle Birlikte Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, Ağustos 2004.

- ATABEK, Reşat; Sigorta ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu, İKD.Y:1969, S.3.
- ÇENBERCİ, Mustafa; Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985.
- GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza; Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, Ekim 2004.
- REİSOĞLU, Sefa; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul, 2003.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1998.
- TUNCAY, A. Can/ EKMEKÇİ, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Bası, Şubat 2005.
- TURAL, Turabi; Tazminat ve Hesaplanması, Ankara 2000.

Doç. Dr. Bülent ÇİÇEKLİ

Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi

Danıştay'ın Yabancıların Çalışma İzinleriyle İlgili Uygulama Yönetmeliğinin Bazı Hükümlerini İptali

Yabancıların Türkiye'deki çalışmalarına ilişkin yasal rejimin temelini, "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun" (YÇİHK)¹ ile bu Kanunun uygulamasını göstermek üzere çıkarılan "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği" (UY)² ve "Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik" (YYY)³ meydana getirmektedir.⁴

YÇİHK'nın 2. maddesinde, karşılıklılık ilkesi, uluslararası hukuk ve AB hukuku esasları dikkate alınarak çalışma izninden muaf tutulan yabancıların Kanunun uygulama kapsamı dışında tutulacağı belirtilmiştir. Kanunun bu hükmü ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na, değişen sosyal ve ekonomik koşullara, uluslararası ilişkilerde meydana gelen gelişmelere bağlı olarak, bazı yabancıları çalışma izninden muaf tutma olanağı verilmiştir. Ayrıca, YÇİHK'nın 22 (1). maddesinde, "*Her türlü çalışma izninin verilmesi, sınırlandırılması, iptali, çalışma izninden muaf tutulacak yabancılar ile bildirim yükümlülüklerinin nasıl yerine getirileceğine ilişkin usul ve esaslar bu Kanuna göre*

çıkartılacak yönetmelikle düzenlenir.", hükmü yer almaktadır.

YÇİHK'nın bu hükümleri çerçevesinde Uygulama Yönetmeliği'nin 55. maddesinde çalışma izninden muaf tutulan yabancıların kimler olduğuyla ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeyle, özel kanun hükümleri saklı kalmak ve yabancı ile işverenin diğer kanunlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri kaydıyla, bazı yabancı kategorileri çalışma izni almaktan muaf tutulmuştur.

Diğer taraftan, YÇİHK'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yabancıların çalışmaları konusunda bazı problemlerin yaşandığı kamuoyunca bilinmekte ve değişik meslek ve sivil toplum kuruluşlarınca (TOBB, TÜSİAD, TİSK, YASED gibi) dile getirilmektedir. Kanunun uygulama sürecinde ortaya çıkan sorunları gidermek üzere gerek Uygulama Yönetmeliği'nde gerekse YÇİHK'da değişiklik yapılma yoluna gidilmiştir. Bu amaçla ilk olarak Uygulama Yönetmeliği'nin muafiyetleri düzenleyen 55. maddesinde değişiklik yapılmış, bu değişikliğin Danıştay tarafından iptali üzerine karşılaşılan sorunları çözmek üzere bir kanun tasarısı hazırlanmıştır.

Mesleki yeterlilik ve diploma denklik işlemlerinin uzun sürmesi, yabancı uzmanların istihdamına ihtiyaç duyan işletmelerin işleyişlerine olumsuz etki edebilmektedir.

Bu kısa değerlendirmede sırasıyla Türkiye’de çalışacak yabancıların mesleki yeterlilik ve denklik prosedüründen kaynaklanan sorunları, bu sorunları çözmek amacıyla yapılan Yönetmelik değişikliğinin Danıştay tarafından iptali ile kanun koyucunun bu iptal kararı üzerine başvurduğu yasalastırma çalışmalarını irdelenmektedir.⁵

1. Mesleki Yeterlilik ve Denklik Prosedürü

4817 sayılı YÇİHK’nın 26 ve 27. maddeleri ile değişik 6235 sayılı “Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu”nun 34 ve 35. maddeleri gereğince, yabancı mühendis ve mimarların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’ndan çalışma izni almaları gerekmekte ve bu yabancı mühendis ve mimarlara çalışma izinlerinin verilmesinde Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği’nden (TMMOB) mesleki yeterlilik konusunda görüş alınması icap etmektedir.

Bu bağlamda, 6235 sayılı Kanununun değişik 34. maddesine göre, “*Yabancı müteahhit veya yabancı kuruluşlar, Türkiye’de Devlet daireleri ile resmi ve özel kuruluş ve şahıslara karşı resen veya yerli kuruluşlarla birlikte taahhüt ettikleri mühendislik veya mimarlıkla ilgili işlerde, yalnız bu işe münhasır kalmak kaydıyla, Bayındırlık ve İskân Bakanlığının ve Odalar Birliğinin görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen çalışma izni ile yabancı uzman çalıştırabilirler.*”

6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu’nun değişik 35. maddesine göre ise, “*34 üncü madde kapsamına girmeyen işlerde yabancı mühendis ve yüksek mühendisler ile mimar ve yüksek mimarlar, Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca verilen görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen çalışma izni ile çalıştırabilirler.*”

Ayrıca, 6235 sayılı Kanununun 33. maddesinde, “*Türkiye’de mühendislik ve mimarlık meslekleri mensuplarının mesleklerinin icrasını iktiza ettiren işlerle meşgul olabilmeleri ve mesleki tedrisat yapabilmeleri için ihtisasına uygun bir odaya kaydolmak ve azalık vasfını mubafaza etmek mecburiyetindedir.*” hükmü yer almaktadır. Yine aynı Kanununun 36. maddesinde, “*34 ve 35 inci maddeler gereğince gelen yabancı meslek mensupları Türkiye’de bir aydan fazla kaldıkları takdirde ihtisaslarına en yakın odaya müracaatla geçici aza olarak kaydolunurlar.*” hükmü bulunmaktadır. Aynı Kanununun 38. maddesi ise, “*Bu Kanununun 33 ve 34 üncü maddelerinde yazılı vecibeleri yerine getirmeyen yüksek mühendis, yüksek mimar, mühendis ve mimarlar Türkiye’de mesleki faaliyetten menedilirler.*” hükmünü amirdir.

Bu yasal gereklilikler, özellikle meslekî hizmetler kapsamında çalışacak yabancıardan çalışacakları alanlarla ilgili akademik ve meslekî yeterliliklerine ilişkin diploma ve belgelerin istenmesine neden olmaktadır. Bu diploma ve belgelerin Türkiye’de denkliğinin belgelenmesi gereği ve yabancıların meslekî yeterlilikleri konusunda ilgili mercilerden görüş sorulması zorunluluğu, özellikle yabancı mühendis ve mimarlar açısından çalışma izninin verilmesi süresini uygulamada oldukça uzatmaktadır.⁶

İlgili kurumlardan mesleki yeterlilik konusunda görüş alınabilmesi için de yabancıların sahip oldukları diplomaların denkliği araştırılmaktadır. Yüksek Öğretim Kurumu’ndan (YÖK) diploma denklik prosedürünün tamamlanabilmesi bazı durumlarda yedi sekiz ay gibi süreleri bulabilmektedir. Mesleki yeterlilik ve diploma denklik işlemlerinin uzun sürmesi, yabancı uzmanların istihdamına ihtiyaç duyan işletmelerin işleyişlerine olumsuz etki edebilmekte ve ülke ekonomisi için önemli ulusal, uluslararası projelerin yürütülmesinde aksamalara neden olmaktadır.

2. Uygulama Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılması ve Danıştay’ın İptal Kararı

Bu sorunlara çözüm bulabilmek amacıyla 2004 yılında Yönetmeliğin muafiyetler konusunu düzenleyen 55. maddesinde değişiklik yapılma yoluna

gidilmiştir. Yapılan değişiklikle 55. maddeye (1) bendi ile bir geçici madde eklenmiş ve maddenin 2. fıkrasına bir ekleme yapılmıştır.⁷ Eklenen (1) bendine göre, “Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmeler gereğince veya konsorsiyumlar tarafından yürütülecek ulusal, uluslararası projelerde veya uluslararası kuruluşlarda çalışacak yabancılar” çalışma izni almaktan muaf tutulmuşlardır.

55. maddenin 2. fıkrasına yapılan eklemeye ilgili fıkra şu şekilde düzenlenmiştir: “*mesleki hizmetler kapsamında olup, muafiyet hükümlerine tabi yabancı mimar, mühendis ve şehir plancılarının hizmet sürelerinin bir ayı aşması, (1) bendi kapsamındakilerin ise bir yılı aşması durumunda akademik ve mesleki yeterliliğini tamamlayarak Bakanlıktan çalışma izni alması, ilgili meslek kuruluşuna geçici üye olması ve ulusal kurum ve kuruluşların uygulamalarına uyması zorunludur.*”

Eklenen Geçici 1. madde ile “*Mesleki hizmetler kapsamında çalışma izni uzatma talebinde bulu-*

kapsayacak şekilde, belirli projelerde çalışacak yabancı uzmanların tamamının çalışma izninden muaf tutulmalarını öngören Yönetmeliğin 55. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendi 6235 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine aykırıdır.⁹

Danıştay Dairesi diğer taraftan Türkiye’de çalışan yabancı mimar, mühendis ve şehir plancılarının Türkiye’deki hizmet sürelerinin bir ayı aşması halinde yerine getirmek zorunda oldukları odaya kayıt yükümlülüğünü (1) bendi kapsamındaki işler açısından bir yıldan sonraki çalışmalar için düzenlemek suretiyle muafiyet kapsamını genişleten 55. maddenin 2. fıkra değişikliğini de 6235 sayılı Kanuna aykırı bulmuştur.¹⁰

Danıştay Dairesi nihayet Yönetmelik değişikliği ile getirilen Geçici 1. madde hükmünde de hukuksal uyarlık bulmamıştır. Zira 4817 sayılı YÇİHK’nın Geçici 1. maddesi gereğince önceki mevzuata göre daha önceden verilen tüm çalışma izinleri izin süresi sonunda geçerliliğini yitirmiş olduğundan, mesleki hizmetler kapsamında daha önceki mev-

Normlar hiyerarşisi gereğince alt norm grubunda yer alan yasal düzenlemenin üst norm grubunda yer alan yasal düzenlemelere aykırı olmaması genel bir hukuk ilkesidir.

nan yabancıların Kanunun yürürlüğe girmesinden önce diğer merciler tarafından verilen çalışma izinleri akademik ve mesleki yeterliliğe ilişkin prosedürün tamamlanabilmesi için bir yılı geçmemek kaydıyla uzatılabilir.” hükmü getirilmiştir.

Yapılan Yönetmelik değişikliklerinin iptali talebiyle Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği tarafından dava açılmış ve açılan dava üzerine Danıştay Onuncu Dairesi yapılan Yönetmelik değişikliğinin bazı hükümlerinin iptaline karar vermiştir.⁸ İlgili Danıştay Dairesi iptal kararını verirken 4817 sayılı YÇİHK’nın ilgili maddelerinin verdiği yetkiyle çıkarılan Yönetmelik hükümlerinde yapılan değişiklikleri, mühendislik ve mimarlık hizmetlerinin yürütülmesine yönelik yasal çerçeveyi belirleyen 6235 sayılı Kanunun hükümleri ile karşılaştırmıştır.

Danıştay Dairesi’ne göre, mühendislik ve mimarlık mesleklerini Türkiye’de icra etmek isteyen yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri koşullarını belirleyen 6235 sayılı Kanunun hükümleri göz önüne alınmaksızın, bu meslek mensuplarını da

zuata göre verilmiş çalışma izinlerinin süresinin bir yıla kadar uzatılması sonucunu doğuran Yönetmelik düzenlemesi de hukuksal bulunmamıştır.¹¹

Normlar hiyerarşisi gereğince alt norm grubunda yer alan yasal düzenlemenin üst norm grubunda yer alan yasal düzenlemelere aykırı olmaması genel bir hukuk ilkesidir. Bu açıdan, yabancıların çalışma izinleri konusunu düzenleyen kanun düzeyindeki normların varlığına rağmen, bu alanda yabancı istihdamı için kolaylık getirmeyi amaçlayan yasal düzenlemelerin teknik mânâda kanunlarla değil de yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemleri ile yapılması yapılan düzenlemenin iptaline netice verebilecektir.

Danıştay kararına konu olan Yönetmelik hükümlerinin iptali talebiyle açılan idari davadaki hukuksal sorun da esas itibarıyla bu noktada düğümlenmektedir. Yönetmelikle yapılan değişikliklerle yabancıların istihdamı ile ilgili sorunlara çözüm bulma arayışı gerek bireysel gerekse ülkesel fayda açısından yerinde olmakla birlikte, başvuru hukuksal sorun da esas itibarıyla bu noktada düğümlenmektedir. Yönetmelikle yapılan değişikliklerle yabancıların istihdamı ile ilgili sorunlara çözüm bulma arayışı gerek bireysel gerekse ülkesel fayda açısından yerinde olmakla birlikte, başvuru hukuksal sorun da esas itibarıyla bu noktada düğümlenmektedir.

Uygulamada yabancı teknik personelin çalışma izinlerinin verilmesinde uygulanan meslekî yeterlilik ve denklik sürecinin tespiti ile ilgili odaya kayıtlarda uygulanan süreç, izinlerin zamanında verilmesini imkânsız hale getirebilmektedir.

kuksal mekanizma açısından isabetli olmamıştır. Benimsenen amaç doğru ancak seçilen araç yanlış olmuştur.

3. YÇİHK'da Değişiklik Yapan Kanun Tasarısında Geliştirilen Çözüm Yolları

Bu soruna çözüm olmak amacıyla “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı” hazırlanmıştır.¹² Tasarının YÇİHK'nın 2. maddesine yaptığı eklemeye, Savunma Sanayi Müsteşarlığı'nca yürütülen projelerde ve Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmeler gereğince veya konsorsiyumlar tarafından yürütülecek ulusal projelerde görev alacak yabancılar ile ülkemizin de taraf olduğu uluslararası nitelikteki projelerde ve uluslararası kuruluşlarda meslekî hizmetler kapsamı dışında çalışacak yabancılar, çalışma izin prosedürü dışında bırakılmaktadır.¹³

Yine mesleki hizmetler kapsamında görev alacak yabancılar için ön izin uygulamasına geçilmesi hedeflenmektedir. 4817 sayılı Kanununun 12. maddesine yapılan eklemeye, meslekî hizmetler kapsamında görev yapacak yabancılar akademik ve meslekî yeterliliğe ilişkin prosedürün tamamlanması sürecinde, meslekî unvanlar kullanmaksızın çalışmayı sağlamak amacıyla azami bir yıl süre ile ön izin verilmesi imkânı getirilmektedir.¹⁴

Ayrıca, Kanununun 13. maddesine, meslekî eğitim alanı dışında istihdam edilecek yabancı uyruklu yönetici veya kilit personel için ilgili mercilerden meslekî yeterlilik konusunda görüş alınmayacağına ilişkin düzenleme getirilmektedir.¹⁵ Böylece meslekî eğitim alanının dışında yöneticilik görevi

yapacak yabancılar ve kilit personel statüsünde istihdam edilecek yabancılarla ilgili çalışma izin işlemlerinin gereksiz yere uzaması engellenerek işlemlerin daha çabuk sonuçlanması ve uygulamada meydana gelen aksaklıkların giderilmesi amaçlanmaktadır.

Ayrıca, uygulamada yabancı teknik personelin çalışma izinlerinin verilmesinde uygulanan meslekî yeterlilik ve denklik sürecinin tespiti ile ilgili odaya kayıtlarda uygulanan süreç, izinlerin zamanında verilmesini imkânsız hale getirebilmektedir. Kanununun 23. maddesine getirilen yeni düzenlemeyle, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden veya Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek diğer ülkelerden gelecek yabancı mimar ve mühendislerin akademik ve meslekî yeterlilik tespit süreci kolaylaştırılmaktadır. Bu kişilerin, çalışma izinlerinin verilmesinde uygulanan akademik ve meslekî yeterliliğe ilişkin denetimde, kendi ülkelerinden aldıkları diploma ve oda kayıt belgesine göre işlem yapılması öngörülmektedir.¹⁶ Ayrıca bu şekilde çalışma izni verilen kişilerin, izin verilmesini müteakip başkaca bir belge ve bilgiye ihtiyaç olmadan ilgili odaya geçici üyelik kaydının yapılması imkânı getirilmektedir.

Kanun Tasarısı'nda benimsenen bu düzenlemelere TMMOB'nin şiddetli itirazları olmuştur.¹⁷ Tasarının 23.5.2007 tarih ve 5665 sayılı “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” adıyla Meclis'te kabul edilmiş ve onaylanmak üzere Cumhurbaşkanlığına gönderilmiştir. Söz konusu kanun döneminin Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'nın 89. ve 104. maddeleri gereğince bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderilmiş ve bu zamana kadar henüz yeni bir yasalaştırma girişimi olmamıştır.

Sonuç

Bu kısa irdelemede esas olarak Danıştay'ın yabancıların çalışma izinleri ile ilgili muafiyetleri genişleten Yönetmelik hükümlerinin iptali inceleme konusu yapılmıştır. Danıştay kararına neden olan temel sorunun yabancı mühendis, mimar ve şehir plancılarının mesleki ve akademik yeterlilik prosedüründen kaynaklandığı görülmektedir. 6235 sayılı Kanun hükümleri karşısında Uygulama Yönetmeliğinde değişiklik yapan Yönetmelik hükümlerinin iptali dışında Danıştay'ın başka bir sonuca

ulaşması esas itibarıyla mümkün gözükmemektedir.

Önceki yasama döneminde Meclis onayından geçmesine rağmen dönemin Cumhurbaşkanı tarafından veto edildiği için kanunlaşamayan tasarının buradaki sorunlara bir ölçüde çözüm oluşturabileceği belirtilmelidir. Mesleki yeterlilik konusu yakın zamanda çıkarılan “Mesleki Yeterlilik Kurumu Kanunu”¹⁸ kapsamında da yeniden düzenlenmiştir. Bahse konu bu Kanunun yürürlüğe girmesi ve Mesleki Yeterlilik Kurumu’nun fonksiyonlarını yerine getirmesiyle uluslararası meslek standartlarını esas alan bir uygulamaya geçiş sağlanabilecektir.

Diğer taraftan, ABD’de olduğu gibi, diploma ve meslek denkliğinin belirlenmesinde gerek YÖK gerekse TMMOB tarafından akredite edilecek belirli özel firmalara yetki verilmesi önerisi desteklenebilir.¹⁹ Bu suretle, mesleki yeterlilik ve denklik prosedürünün çok kısılması sağlanarak bir taraftan yabancı uzman istihdam etmek isteyen firmaların haklı beklentilerine cevap verilmiş, diğer taraftan yerli mühendis, mimar ve şehir plancılarının haklı çıkarılarını korumayı hedefleyen TMMOB’un kaygıları korunmuş olabilecektir.

DİPNOTLAR

- 1 27.02.2003 tarih ve 4817 sayılı Kanun (RG, 06.03.2003 – 25040).
- 2 Uygulama Yönetmeliği (UY) 4817 sayılı YÇİHK’nun 22. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır (R.G. 29.08.2003).
- 3 Bu Yönetmelik (YYY), 4817 sayılı YÇİHK’nun 23. maddesi ile 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 3 (g) maddesi uyarınca çıkarılmıştır (R.G. 29.08.2003 – 25214).
- 4 Bu kanunla birlikte ortaya çıkan çalışma izinleri rejimini inceleyen bir çalışma için bkz. Bülent Çiçekli (2004) Yabancıların Çalışma İzinleri, Ankara: TİSK Yayınları.
- 5 “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”: bkz. İçişleri Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 43, 01.06.2006; Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 42, 22.06.2006.
- 6 Denklik ve mesleki yeterlilik prosedürünün Türkiye’de çalışmak isteyen nitelikli yabancı işgücü açısından neden olduğu zorluklar konusunda bkz. American Business Forum Turkey (ABFT) White Paper, Issues Concerning Work Permits for Foreigners in Turkey, December 2007.
- 7 Bkz. RG, 24.04.2004 – 25442.
- 8 Danıştay Onuncu Dairesi, Esas No: 2004/8849, Karar No: 2007/892, Karar Tarihi: 06.03.2007.
- 9 Danıştay Onuncu Dairesi, Esas No: 2004/8849, Karar No: 2007/892, Karar Tarihi: 06.03.2007, ss. 7-8.
- 10 Danıştay Onuncu Dairesi, Esas No: 2004/8849, Karar No: 2007/892, Karar Tarihi: 06.03.2007, ss. 7-8.

- 11 Danıştay Onuncu Dairesi, Esas No: 2004/8849, Karar No: 2007/892, Karar Tarihi: 06.03.2007, s. 8.
- 12 “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı”: bkz. İçişleri Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 43, 01.06.2006; Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, Esas No. 1/1212, Karar No. 42, 22.06.2006.
- 13 Bkz. Tasarının 1. maddesi.
- 14 Bkz. Tasarının 7. maddesi.
- 15 Bkz. Tasarının 8. maddesi.
- 16 Bkz. Tasarının 14. maddesi.
- 17 TMMOB’un kanun tasarısı ile ilgili görüşleri için bkz. <http://www.tmmob.org.tr/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=1314> (erişim tarihi: 23.11.2008).
- 18 21.09.2006 tarih ve 5544 sayılı Kanun için bkz. RG. 07.10.2006 – 26312.
- 19 ABFT, 2007, White Paper

Doç. Dr. Adnan GERÇEK

Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

“Varlık Barışı” Şeklinde Getirilen “Vergi Affının” Değerlendirilmesi

1. GİRİŞ

Vergilerin devlet açısından en sağlıklı ve vazgeçilmez finansman kaynağı olması, bir ülkede vergi tabanının geniş, kayıt dışı ekonominin sınırlı ve vergi gelirlerin eksiksiz ve zamanında tahsil edilmesini zorunlu kılmaktadır. Çağdaş vergi sistemleri bunu sağlayabildikleri ölçüde başarılı sayılmaktadırlar. Dolayısıyla vergi kanunları, bir taraftan gönüllü uyum sağlayan mükelleflere kolaylık sağlamaya çalışırken, diğer taraftan vergi dışına çıkmaya çalışan kişilere yönelik de güvenlik tedbirleri geliştirmektedirler.

Son yıllarda ülkemiz vergi sisteminde var olan birçok güvenlik tedbiri çeşitli nedenlerle kaldırılmıştır. Buna karşılık kayıt dışı ekonomi ile etkin mücadele aracı olarak çağdaş vergi sistemlerinde uygulanan “safı artış teorisi”ne ise bir türlü geçilememiştir. Bu nedenle, Hazinenin yoğun kaynak sıkıntısı çektiği kriz dönemlerinde, bu ekonomik kriz de gerekçe gösterilerek çeşitli isimlerle “vergi affı”na yönelik düzenlemeler ve kanunlar gündeme gelmiştir.

Hukuki ifadesi “vergi affı” veya “af kanunu” olmamakla beraber, kamuoyunda “vergi affı” olarak adlandırılan ve mükelleflere normal prosedürden çok daha kolay şartlarda vergi borçlarını ve cezalarını

nı ödeme imkânı sağlayan veya bazı suçları ortadan kaldıran ve ceza verilmesini önleyen düzenlemelerin yapılması çok tartışılan bir konudur. Bazı maliyeciler, vergi tahsilatını hızlandırmak ve kolaylaştırmak, vergi idaresi ile yargı organlarının iş yükünü hafifletmek amacıyla vergi aflarına ihtiyaç olduğunu savunmaktadırlar. Buna karşılık, vergi aflarının kötüye kullanıldığını, vergi adaletini bozduğunu ve vergi kaçakçılığını teşvik ettiğini düşünenler ise vergi affı uygulamalarına karşı çıkmaktadırlar.

Bu çalışmanın amacı, 22.11.2008 tarih ve 27062 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5811 sayılı “Varlık Barışı” Kanunu ile getirilen “vergi affının” hukuki durumunu tartışmak, getirilen düzenlemeleri değerlendirmek ve bunların vergi idaresi ile dürüst mükelleflere muhtemel etkilerini ortaya koyarak “vergi afları” yerine “vergi tabanını genişletmeye yönelik tedbirler” alınması ve uygulanması gerekliliğini vurgulamaktır.

II. “VARLIK BARIŞI” ŞEKLİNDEKİ “VERGİ AFFININ” HUKUKİ DURUMU

Ceza hukukunda “özel af” kesinleşmiş bir ceza-yı kaldıran veya hafifleten bir merhamet işlemi ni-

teliginde iken, “genel af” ise üstün bir siyasi çıkar nedeniyle bir suçun unutulmasını ve geçmişi ilgilendiren konularda ceza hükümlerinin uygulanmamasını ifade etmektedir¹. Bu tanımlamalar karşısında “Varlık Barışı” Kanunu ile getirilen düzenlemeler tipik bir “genel af” niteliği taşımaktadır. Bu husus 5811 sayılı “Varlık Barışı” Kanunu’nun 3/5. maddesinde aşağıdaki şekilde açıkça ifade edilmiştir:

“Kanun kapsamında bildirilen veya beyan edilen varlıklar nedeniyle 1/1/2008 tarihinden önceki dönemlere ilişkin hiçbir suretle vergi incelemesi ve vergi tarhiyatı yapılmaz. Ancak, diğer nedenlerle bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra başlayan 1/1/2008 tarihinden önceki dönemlere ilişkin vergi incelemeleri sonucu gelir, kurumlar ve katma değer vergisi yönünden tespit edilen matrah farkından, bu Kanun kapsamında beyan edilen tutarlar mahsup edilerek tarhiyat yapılır”.

Bu şekilde yapılan düzenlemeye göre Kanun kapsamında bildirilen veya beyan edilen varlıklar vergi incelemesine alınmayacak veya tespit edilen matrah farklarından bu tutarlar mahsup edilecektir. Örneğin 1.000.000 YTL bildiren bir mükellefin 2006 ve 2007 yılları incelemeye alınsa ve 800.000 YTL matrah farkı bulursa gelir vergisi, kurumlar vergisi ve KDV yönünden ek bir tarhiyat yapılmayacaktır. Eğer bulunan matrah farkı 1.200.000 YTL ise, bu tutardan 1.000.000 YTL mahsup edilecek ve kalan 200.000 YTL üzerinden gelir ya da kurumlar vergisi ve KDV istenecektir². Böylece “Varlık Barışı” Kanunu vergi cezalarının verilmesini dolaylı olarak ortadan kaldıran tipik bir vergi affı kanunudur.

Bu düzenlemenin geçmiş yıllarda çıkarılan matrah artırımına dayanan af kanunlarından farkı, esas olarak vergi tahsilatını değil, yurtdışındaki ve yurtiçindeki varlıkların kayıt altına alınmasını sağlayarak kayıt dışı ekonominin azaltılmasını hedeflemiş olmasıdır. Dolayısıyla, “Varlık Barışı” Kanunu ile yapılan düzenlemeler, 2003 yılındaki “Vergi Barışı Kanunu” ile getirilen “matrah artırım” uygulamasından daha caziptir. Çünkü, “Vergi Barışı Kanunu”nda gelir ve kurumlar vergisi matrahı 1998 yılı için % 30, 1999 yılı için % 25, 2000 yılı için % 20 ve 2001 yılı için de % 15 oranında artırılıp, buna göre vergi ödenmesi isteniyordu. KDV yönünden de ayrı artırım ve KDV ödenmesi isteniyordu³.

“Varlık Barışı” Kanunu ile yurtdışından gelen varlıklar için %2, Türkiye’de bulunan varlıklar için ise %5 oranında vergi ödemek bunların vergi incelemesinden kurtulmasını sağlamaktadır.

Kanun tasarısında yer alan, yurtdışındaki varlıklar nedeniyle Kanun’dan yararlananlar hakkında, Kanun kapsamındaki beyanlarla sınırlı olarak;

- 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun,
- 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (47. maddenin (A) fıkrası hariç),
- 4458 sayılı Gümrük Kanunu,
- 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu,
- Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenen suçlar veya kabahatler,
- Yukarıdaki suçlardan kaynaklanan mal varlığı değerleriyle ilgili olarak Türk Ceza Kanunu’nun 282. maddesinde gösterilen suç

yönünden soruşturma veya kovuşturma yapılmayacağına ve idari para cezası uygulanmayacağına ilişkin hüküm, tasarıdan TBMM Genel Kurulu’nda çıkartılmıştır. Dolayısıyla, “Varlık Barışı” Kanunu’ndan yararlananlar hakkında, yukarıda sayılan kanunlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma yapılması mümkün olacaktır.

Kanun tasarısında öngörüldüğü gibi yukarıdaki kanunlar yönünden soruşturma veya kovuşturma yapılmayacağına yasallaşması, ülkemiz tarafından imzalanmış bulunan şu uluslararası sözleşme ve karar hükümlerine de uyulmaması anlamına gelecektir⁴:

- 1) Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, yani Palermo Konvansiyonu,
- 2) Suç Kaynaklı Gelirlerin Aklanması, Aranması, Zaptedilmesi ve Müsadere Edilmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi, yani Strasbourg Konvansiyonu,
- 3) Uyuşturucu ve Psicotrop Maddeler Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, yani Viyana Konvansiyonu,
- 4) Mali Eylem Görev Gücü (FATF) Paris kararları ve 40 adet tavsiye kararı.

Bu hususun son anda TBMM Genel Kurulu’nda fark edilerek Kanun metninden çıkartılmış olması ülkemizi uluslararası platformda ciddi eleştirilere maruz kalmaktan kurtarmıştır. Buna karşılık, “Varlık Barışı” Kanunu ile yurtdışından getirilen varlıklar nedeniyle cezalı vergi tarhiyatı dışında diğer bütün kanuni müeyyidelerin uygulanacak olması, Kanunun ba-

şarı şansını düşüren çok önemli bir etken olacaktır. Ayrıca, Kanunun yaklaşık bir yıllık bir hazırlık döneminden sonra çıkarılması ve yararlanma süresinin de yerel seçimlerin yapılacağı Mart 2009 ayının başı olarak belirlenmesi, bu kanun ile üstün bir siyasi çıkarcının ön planda tutulduğu izlenimi yaratmaktadır.

Diğer taraftan “Varlık Barışı” Kanunu bir af kanunu niteliğinde olduğundan TBMM’de kabul edilmesinin Anayasa’nın 87. maddesine uygun olması gerekmektedir. Buna göre af niteliğindeki kanunların kabul edilmesi için gerekli olan TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun (330 milletvekili) kararının aranması gerekmektedir⁵. Oysa, “Varlık Barışı” Kanunu’nun oylama sonuçları şöyledir: Kullanılan oy sayısı: 278; Kabul: 216; Red: 62. Bu durum, anayasa hukuku açısından kanunu çok tartışmalı hale getirmektedir. Kişilerin lehine düzenlemeler getirdiği için Anayasa Mahkemesi’ne bir iptal veya itiraz başvurusu beklenmemesine rağmen, Kanunun usul açısından Anayasa’ya aykırı olduğu açıktır.

III. “VARLIK BARIŞI” KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

“Varlık Barışı” Kanunu ile getirilen düzenlemelerin amacı;

- Gerçek ve tüzel kişilere ait olup yurtdışında bulunan para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının ekonomiye kazandırılması ve taşınmazların kayda alınması,

- Yurtdışında bulunan ancak işletmelerin özkaynakları içinde yer almayan bu türden varlıkların sermaye olarak konulmak suretiyle işletmelerin özsermaye yapılarının güçlendirilmesi olarak ifade edilmiştir.

Kanunda yurtdışında bulunan varlıklar ile yurtdışında bulunan varlıklarla ilgili uygulama esasları ayrı ayrı belirlenmiştir. Dolayısıyla getirilen düzenlemeler ile ilgili açıklamaların buna uygun olarak yapılmasında yarar vardır.

A. Yurtdışında Bulunan Varlıklarla İlgili Düzenlemenin Değerlendirilmesi

“Varlık Barışı” Kanunu’nun 3. maddesinde yapılan düzenlemeye göre, gerçek ve tüzel kişilerce 01.10.2008 tarihi itibarıyla sahip olunan ve yurtdışında bulunan;

- Para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazların, 2 Mart 2009 Pazartesi akşamına kadar rayiç bedelle banka veya aracı kuruma bildirilmesi veyahut vergi dairesine beyan edilmesi veya e-beyanname vermek zorunda olan mükellefler tarafından ise e-beyanname ile gönderilmesi,

- Para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının bildirim veya beyan yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde Türkiye’ye getirilmesi veya Türkiye’deki banka veya aracı kurumda açılacak bir hesaba transfer edilmesi,

- Beyan edilen değerler üzerinden % 2 oranında vergi ödenmesi, hüküm altına alınmıştır.

Kanun kapsamında vergi dairelerine beyan edilen varlıklara ilişkin olarak herhangi bir belge istenmemekte, sadece taşınmazlara ilişkin bilgilerin doğruluğunun kontrol edilmesi amacıyla, söz konusu taşınmazlara yurtdışında sahip olduğuna ilişkin belgenin ibraz edilmesi yeterli olmaktadır.

Vergi dairesine beyan edilen varlıkların değerinden % 2 oranındaki vergi, vergi dairesince tarh edilir ve tarihyatın yapıldığı ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenir. Bu durumda 2 Mart 2009 tarihinde vergi dairesine beyan edilen varlıklar üzerinden tarh edilen vergi 30 Nisan 2009 tarihine kadar ödenebilir.

Banka ve aracı kurumlara bildirilen varlıklara ilişkin olarak ise banka ve aracı kurumlar, varlıkların bildirim değeri üzerinden % 2 oranında hesapladıkları vergiyi, bildirim izleyen ayın onbeşinci günü akşamına kadar vergi sorumlusu sıfatıyla bir beyanname ile bağlı buldukları vergi dairesine beyan ederler ve aynı sürede ödemeyi yaparlar.

Bu varlıklar, VUK uyarınca defter tutan mükellefler tarafından beyan tarihi itibarıyla kanuni defterlere kaydedilebilir. Bilanço esasına göre defter tutan mükellefler, “Varlık Barışı” Kanunu hükümleri uyarınca kanuni defterlerine kaydettikleri varlıklar için pasifte özel fon hesabı açarlar. Bu fon hesabı, sermayenin cüz’ü addolunur, sermayeye ilave dışında başka bir amaçla kullanılamaz, işletmenin tasfiye edilmesi halinde veya devir ve bölünme hallerinde ise vergilendirilmez. Serbest meslek kazanç defteri ile işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler, söz konusu kıymetleri defterlerinde ayrıca gösterirler. Bu varlıklar dönem kazancının tespitinde dikkate alınmaz.

Vergi afları sayesinde; uzun süredir tahsil edilemeyen vergilerin tahsilatı hızlanmakta, yasalardan ve vergi idaresinden kaynaklanan bazı uygulamaların olumsuz sonuçları ortadan kalkmakta ve kayıt dışında kalan kişilerin ve varlıkların kayıt ortamına alınması sağlanmaktadır.

Beyan edilen varlıklarla ilgili olarak VUK'un amortismanlara ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bu varlıkların elden çıkarılmasından doğan zararlar, gelir veya kurumlar vergisi uygulaması bakımından gider veya indirim olarak kabul edilmez. Bir başka ifadeyle, bu varlıkların elden çıkarılması karşılığında elde edilen kârlar vergiye tabi tutulur. Ancak Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yer alan "gayrimenkul ve iştirak hisseleri satış kazancı istisnası" şartlarına uygun olarak en az iki yıl aktifte tutulduktan sonra bu varlıkların satılması halinde istisnadan yararlanılabilir.

B. Türkiye'de Sahip Olunan Varlıklarla İlgili Düzenlemenin Değerlendirilmesi

"Varlık Barışı" Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan hükme göre, gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerince sahip olunan ve Türkiye'de bulunan ancak 01.10.2008 tarihi itibarıyla defter kayıtlarında yer almayan para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazların;

- 2 Mart 2009 Pazartesi akşamına kadar rayiç bedelle vergi dairesine beyan edilmesi veya e-beyanname vermek zorunda olan mükellefler tarafından ise e-beyanname ile gönderilmesi,

- Bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerce defterlere, taşınmazlar dışındaki varlıkların banka ve aracı kurumlardaki hesaplara yatırılmak suretiyle kaydedilerek pasifte özel bir fon hesabı açılması,

- Fon tutarının beyan tarihinden itibaren altı ay içinde sermayeye eklenmesi,

- Beyan edilen değerler üzerinden % 5 oranında vergi ödenmesi, öngörülmektedir.

Vergi dairelerine beyan edilen varlıkların değerleri üzerinden vergi dairelerince %5 oranında vergi tarh edilir ve bu vergi, tarhiyatın yapıldığı ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenir. Bu durumda 2 Mart 2009 tarihinde vergi dairesine beyan edilen varlıklar üzerinden tarh edilen vergi 30 Nisan 2009 tarihine kadar ödenebilir.

Serbest meslek kazanç defteri ile işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler, yukarıda belirtilen varlıkları defterlerinde ayrıca gösterirler. Bu varlıklar dönem kazancının tespitinde dikkate alınmaz. Defter tutma yükümlülüğü bulunmayan gelir vergisi mükellefleri, taşınmazlar dışındaki varlıklarına ait tutarları banka ve aracı kurumlardaki hesaplara yatırır, bunlar için ayrıca diğer şartlar aranmaz.

Yurtdışındaki kıymetlerin kayıt altına alınmasından farklı olarak, yurtiçindeki kıymetlerin kayıt altına alınmasında; mükellefler taşınmazlar dışındaki varlıklarını banka ve aracı kurumlardaki hesaplara yatırmak ve pasifte açtıkları özel fon hesabını beyan tarihinden itibaren altı ay içinde sermayelerine ilave etmek zorundadırlar.

Beyan edilen varlıklarla ilgili olarak VUK'un amortismanlara ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bu varlıkların elden çıkarılmasından doğan zararlar, gelir veya kurumlar vergisi uygulaması bakımından gider veya indirim olarak kabul edilmez. Dolayısıyla, yukarıda da belirtildiği gibi, bu varlıkların elden çıkarılması karşılığında elde edilen kârlar vergiye tabi tutulur. Ancak Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yer alan "gayrimenkul ve iştirak hisseleri satış kazancı istisnası" şartlarına uygun olarak en az iki yıl aktifte tutulduktan sonra bu varlıkların satılması halinde istisnadan yararlanılabilir.

C. Varlıkların Kayda Alınması ve Sonuçları

Gerçek veya tüzel kişiler yurtdışında sahip oldukları varlıklarını, ilgili beyannameyi doldurarak vergi dairelerine beyan edebilirler veya ilgili formu doldurarak bankalara bildirebilirler. Doldurulan form veya beyannamele dayanarak kişiler bu varlıklarını işletme kayıtlarına alabilirler. Böylece,

“Varlık Barışı” Kanunu ile getirilen vergi affı, vergi idaresinin bilgisi dışında kalmış gizli varlıkları ortaya çıkarmayı amaçladığından, kayıt dışı ekonomiyi kayıt altına almaya yönelik önemli bir girişimdir.

daha önce yurtdışında veya yurtiçinde kayıt dışında bulunan varlıklar kayıt altına alınmış olur.

Şirketlerin kanuni temsilcilerinin veya ortaklarının 01.10.2008 tarihi itibarıyla sahip oldukları ve yurtdışında bulunan varlıklarını, şirket adına bildirim ve beyana konu edilerek Türkiye'ye getirilmesi veya transfer edilmesi ya da Türkiye'de bulunan varlıklarının şirket adına beyan edilmesi ve süresi içinde sermaye artırımında kullanılması halinde, bu varlıklara ilişkin olarak şirketin Kanun hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün olur.

Buna ilave olarak, işletmelerin bilançolarında ortaklar cari hesabında yer alan borç tutarlarının banka veya aracı kurumlara yatırılmak suretiyle beyan edilmesi halinde, bahse konu borç tutarları bilanço pasifinde açılacak özel fon hesabına kaydedilebilir ve süresinde sermayeye ilave edilebilir. Böylece işletme kayıtları dışında kalan varlıkların da işletme özsermayesine dahil edilerek kayıt altına alınması hedeflenmiştir.

Kanun uygulaması kapsamında bildirilen veya beyan edilen değerler üzerinden vergi tarh edilir ve belirlenen sürelerde ödenir. Ödenen vergi gider yazılamaz ve başka bir vergiden mahsup edilemez. Beyan edilen varlıklarla ilgili olarak VUK'un amortismanlara ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bu varlıkların elden çıkarılmasından doğan zararlar, gelir veya kurumlar vergisi uygulaması bakımından gider veya indirim olarak kabul edilmez.

Yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde bildirilen veya beyan edilen varlıklar nedeniyle 01.01.2008 tarihinden önceki dönemlere ilişkin vergi incelemesi ve tarhiyatı yapılmaz. Diğer nedenlerle yapılan ve 01.01.2008 tarihinden önceki dönemleri kapsayan vergi incelemeleri sonucunda gelir, kurumlar ve katma değer vergisi yönünden

tespit edilen matrah farkından, bu Kanun kapsamında beyan edilen tutarlar mahsup edilerek tarhiyat yapılır. Bu husus “Varlık Barışı” Kanunu’nu vergi affı kanunu haline getiren en önemli avantajdır.

Ancak bu avantajdan yararlanılabilmesi için;

- 01.10.2008 tarihi itibarıyla yurtdışında bulunan varlıkların kanaat verici belge ile tevsik edilerek bankalara bildirilmesi veya vergi dairesine beyan edilmesi,
- Bildirim veya beyanın yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde varlıkların Türkiye'ye getirilmesi,
- Türkiye'deki banka ya da aracı kurumlarda açılacak bir hesaba transfer edilen para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları dolayısıyla süresi içinde sermaye artırımında bulunulması gerekmektedir.

D. Yurtdışı Kazançların Türkiye'ye Transferi ile İlgili Düzenlemenin Değerlendirilmesi

“Varlık Barışı” Kanunu ile getirilen düzenlemelerden biri de yurtdışı kazançların Türkiye'ye transfer edilmesinin gelir ve kurumlar vergisinden istisna tutulmasıdır. Bu çerçevede, tam mükellefiyete tabi kişi ve kurumların;

- Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlardan elde edilen iştirak kazançları,
- Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumların iştirak hisselerinin satışından doğan kazançları,
- Yurtdışında bulunan işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla elde edilen kazançları

30 Nisan 2009 tarihine kadar elde edilenler de dahil olmak üzere, 31 Mayıs 2009 tarihine kadar Türkiye'ye transfer edilmesi kaydıyla gelir veya kurumlar vergisinden istisna tutulmaktadır.

Öte yandan tam mükellefiyete tabi gerçek kişiler ile kurumların kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumların tasfiyesinden doğan kazançları, 31 Ekim 2009 tarihine kadar Türkiye'ye transfer edilmiş olması kaydıyla gelir ve kurumlar vergisinden istisna tutulmaktadır.

Yukarıda sayılan kazançlarla ilgili olarak Kurumlar Vergisi Kanunu'nda zaten benzer istisna hükümleri bulunmaktadır. “Varlık Barışı” Kanunu ile getirilen düzenlemeyle, Kurumlar Vergisi Kanu-

“Varlık Barışı” Kanunu gibi vergi affi düzenlemelerinin başarılı olabilmesi için vergi sisteminde radikal değişiklikler veya kayıt dışı ekonomiyi kayıt altına almaya yönelik ciddi girişimlerle birlikte yapılması gerekmektedir.

nu’nda aranan koşullara bakılmaksızın istisna uygulanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

IV. VERGİ AFLARI YERİNE VERGİ TABANINI GENİŞLETMEYE YÖNELİK TEDBİRLERİN GELİŞTİRİLMESİ İHTİYACI

Vergi aflarına başvurulmasının önemli pratik yararları olabilmektedir. Örneğin vergi afları sayesinde; uzun süredir tahsil edilemeyen vergilerin tahsilatı hızlanmakta, yasalardan ve vergi idaresinden kaynaklanan bazı uygulamaların olumsuz sonuçları ortadan kalkmakta ve kayıt dışında kalan kişilerin ve varlıkların kayıt ortamına alınması sağlanmaktadır. Buna karşılık, vergi afları, hukuksal açıdan fırsat eşitliğini zedelemekte, kayıt içinde bulunan ve dürüst bir şekilde vergisini ödeyen mükellefleri cezalandırmakta, bir defa başvuruyla vergi afları gelecekte alışkanlık haline alarak mükelleflerin “nasıl olsa yine af çıkar” beklentisine kapılmalarına ve ödevlerini yerine getirmeme eğilimine girmelerine neden olmaktadır⁶. Türkiye’de sık sık çıkarılan vergi afları ile ilgili düzenlemeler, genelde beyan ve ödeme yükümlülüklerini zamanında yerine getiren vergi mükelleflerini cezalandırma, bu ödevlerini yerine getirmeyenleri ise ödüllendirme etkisi yaratmıştır⁷.

“Varlık Barışı” Kanunu ile getirilen vergi affi vergi idaresinin bilgisi dışında kalmış gizli varlıkları ortaya çıkarmayı amaçladığından, kayıt dışı ekonomiyi kayıt altına almaya yönelik önemli bir girişimdir. Aynı zamanda ciddi bir ekonomik krizin yaşandığı günümüzde, çeşitli nedenlerle yurtdışında olan varlıkların ülkemize geri dönmesi veya işletme kayıtlarında olmayan varlıkların işletmelerin kayıtlarına alınması imkânının getirilmiş olması iş

dünyası için büyük bir kolaylıktır. Ancak, vergi dairesine beyan edilen veya bankalara bildirilen varlıklar ile ilgili özellikle kaçakçılıkla mücadele ve kara para aklama gibi suçlar açısından soruşturma ve kovuşturma ihtimalinin olması, mükelleflerin bu kanundan yararlanmaları açısından önemli bir caydırıcı unsurdur.

Ayrıca, ekonomik kriz nedeniyle birçok ülke banka mevduatlarına sınırsız güvence sağlarken, ülkemizde bu güvencenin dahi verilmediği bir ortamda “Varlık Barışı” Kanunu’ndan yararlanmak için yurtdışından ciddi boyutlarda kaynak girişini beklemek büyük bir iyimserliktir. Diğer taraftan “Varlık Barışı” Kanunu, tek başına bir araç olarak kullanılmış ve vergi uygulamalarını güçlendirici tedbirlerle desteklenmemiştir⁸. Bu durum da Kanun’un başarı şansını azaltan bir başka etkidir.

“Varlık Barışı” Kanunu gibi vergi affi düzenlemelerinin başarılı olabilmesi için vergi sisteminde radikal değişiklikler veya kayıt dışı ekonomiyi kayıt altına almaya yönelik ciddi girişimlerle birlikte yapılması gerekmektedir. Ancak, bundan da önemlisi, ülkemizde kayıt dışı ekonomiyi önlemek ve vergi tabanını genişletmek için, palyatif ve başarı şansı düşük girişimler yerine, çağdaş ülkelerin vergi sistemlerinin temelini oluşturan “safı artış teorisi”ne ülkemiz vergi sisteminde de geçilerek, verginin kaçınılmaz bir yükümlülük olduğu ve bundan kurtulmanın mümkün olmadığı anlayışının tüm mükellefler ve vatandaşlar tarafından benimsenmesi sağlanmalıdır.

V. SONUÇ

Günümüzde yaşanmakta olan küresel mali krizin ülkemiz açısından en az hasarla atlatılabilmesi, üretim, istihdam ve enflasyon sorununu kalıcı halde çözebilecek yatırım gerekliliğine kaynak yaratılması ve işletmelerin sermaye yapılarının güçlendirilmesi amacıyla “Varlık Barışı” Kanunu çıkartılmıştır. Bu kanun ile yapılan düzenlemeye göre, 1) yurtdışında bulunan para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazların bankalara bildirilerek veya vergi dairesine beyan edilerek ve bunların rayiç bedelleri üzerinden % 2 vergi ödenerek Türkiye’ye getirme; 2) Türkiye’de bulunan ve defter kayıtlarında yer almayan para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye

Birçok ülke banka mevduatlarına sınırsız güvence sağlarken, ülkemizde benzer bir güvencenin verilmemesi de yurtdışından kaynak girişini ciddi bir şekilde engelleyebilecektir.

ye piyasası araçları ile taşınmazların bankalara bildirilerek veya vergi dairesine beyan edilerek ve bunların rayiç bedelleri üzerinden % 5 vergi ödenerek işletme özsermayesine ekleme imkânı getirilmiştir. Ayrıca, yurtdışı iştirak kazançları, yurtdışı iştirak hisseleri satış kazançları ve yurtdışı işyerinden elde edilen kazançların hiçbir şart aranmaksızın vergisiz olarak Türkiye'ye getirilmesine olanak sağlanmıştır.

“Varlık Barışı” Kanunu ile daha çok kayıt dışında kalmış olan varlıkların ekonomiye kazandırılması amaçlanmış olmasına karşılık, bu varlıkların özellikle kaçakçılıkla mücadele ve kara para aklama gibi suçlar açısından soruşturma ve kovuşturma kapsamında olması, getirilen düzenlemenin başarı şansını azaltmaktadır. Ayrıca, birçok ülke banka mevduatlarına sınırsız güvence sağlarken, ülkemizde benzer bir güvencenin verilmemesi de yurtdışından kaynak girişini ciddi bir şekilde engelleyebilecektir.

“Varlık Barışı” Kanunu, tek başına bir araç olarak kullanılmış olup, vergi sisteminde reform veya kayıt dışı ekonomiyi kayıt altına almaya yönelik ciddi değişikliklerin yapılması gibi tedbirlerle desteklenmemiştir.

Ülkemizde kayıt dışı ekonomiyi önlemek ve vergi tabanını genişletmek için, artık palyatif ve başarı şansı düşük girişimler yerine, mükelleflere yeni bir dönemin başlayacağı mesajını vererek, çağdaş ülkelerdeki gibi “safı artış teorisi”nin ülkemiz vergi sisteminde de esas alınmasında yarar vardır.

DİPNOTLAR

- 1 Recai Dönmez, Teoride ve Uygulamada Vergi Afları, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Yayınları, No 557, 1992, s. 17.
- 2 Şükrü Kızılot, “Vergide Korkulu Rüya Affı”, 20.11.2008 tarihli Hürriyet Gazetesi.
- 3 Vergi Barışı Kanunu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Şakir Dorukkaya-

Hakan Ay, Açıklamalı-Yorumlu Vergi Barışı Kanunu Uygulaması, Ankara: Yaklaşım Yayınları, Mart 2003.

- 4 Ülkemizin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler hakkında geniş bilgi için bkz. Hamza Kaçar, Tüm Yönleriyle Kara Para Mevzuatı, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 1999, ss. 315-434.
- 5 Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 5. baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2008, s. 308.
- 6 Vito Tanzi and Parthasarathi Shome; “A Primer on Tax Evasion”, IMF Staff Papers, Vol. 40, No: 4, (December 1993), s. 813.
- 7 Ahmet F. Özsoylu; “Vergi Kaçakçılığının Nedenleri”, İktisat, İşletme ve Finans, Yıl 9, S. 94-95, (Ocak-Şubat 1994), s. 72.
- 8 Dönmez, a.g.e., ss. 254-255.

KAYNAKÇA

- Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun No: 5811, 22.11.2008 tarih ve 27062 sayılı Resmi Gazete.
- DORUKKAYA, Şakir-AY, Hakan; Açıklamalı-Yorumlu Vergi Barışı Kanunu Uygulaması, Ankara, Yaklaşım Yayınları, Mart 2003.
- DÖNMEZ, Recai; Teoride ve Uygulamada Vergi Afları, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Yayını, No: 557, 1992.
- GÖZLER, Kemal; Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa, Ekin Basım yayın Dağıtım, 2008.
- KIZILOTLU, Şükrü; “Vergide Korkulu Rüya Affı”, 20.11.2008 tarihli Hürriyet Gazetesi.
- ÖZSOYLU, Ahmet F.; “Vergi Kaçakçılığının Nedenleri”, İktisat, İşletme ve Finans, Yıl 9, S. 94-95, (Ocak-Şubat 1994).
- TANZİ, Vito and Parthasarathi SHOME; “A Primer on Tax Evasion”, IMF Staff Papers, Vol. 40, No: 4, (December 1993).

Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

İstanbul Arel Üniversitesi Meslek Yüksekokulu

İşçiye Ödenen Ücret ve Tazminatların Vergilendirilmesine İlişkin Bazı Meseleler

1. GİRİŞ

Ücret, bir üretim faktörü olan emeğin fikren veya bedenen üretime katılması sonucu elde edilen bir gelir unsurudur¹. Ücret, gelir vergisinde sayılan gelir unsurlarından emek gelirleri arasında yer almaktadır. Gerçek kişilerin bir takvim yılı içinde elde etmiş oldukları ücret gelirleri gelir vergisine tabidir. Ücret, değişik hukuk dallarında farklı anlamlara gelen bir terim olarak kullanılabilir. Fakat ücretin tanımında belirleyici unsur bir iş sözleşmesinin varlığıdır². Gelir Vergisi Kanunu (GVK)'nın 61. maddesinde yer alan hükme göre, ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine 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 ilişkisinden kaynaklanmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması mahiyetini değiştirmez.

GVK'nın m. 61/3. fıkrasına göre aşağıda yazılı ödemeler de ücret sayılır:

1. Önceden yapılmış veya gelecekte yapılacak

hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan menfaatler,

2. TBMM, İl Genel Meclisi ve Belediye Meclisi üyeleri ile özel kanunlarına veya idari kararlara göre kurulan daimi veya geçici bütün komisyonların üyelerine ve yukarıda sayılanlara benzer diğer kişilere bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler,

3. Yönetim ve denetim kurulları başkanı ve üyeleriyle, tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler,

4. Bilirkişilere, resmi arabuluculara, eksperlere, spor hakemlerine ve her türlü yarışma jürisi üyelerine ödenen veya sağlanan para, ayın ve menfaatler,

5. Sporculara transfer ücreti veya sair adlarla yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler.

GVK'nın 61. maddesinde yapılan tanımdan hareketle bir ödemeyi ücret olarak kabul edebilmek için ücretin unsurlarını şöyle tespit edebiliriz:

- Bir işverene tabi olma,
- Belli bir işyerine bağlı olma,
- Hizmetin karşılığı olarak bir ödemenin yapılması.

Bir gerçek kişinin elde ettiği gelir, bu üç unsurun birlikte var olmasına göre ücret olarak kabul edilecek ve vergilendirilecektir.

1. Bir işverene tabi olma: Herhangi bir ödemenin ücret olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan ilk unsur çalışanın işverene tabi olmasıdır. İşveren, hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dâhilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişilerdir (GVK m.62). GVK 61. maddenin 1 ve 6. bentlerindeki ödemeleri yapanlar, GVK'da yazılı ödevleri yerine getirmek bakımından işveren hükmündedir.

2. Belli bir işyerine bağlı olma: İşyeri ticari, sınai, zirai ve mesleki bir faaliyetin yürütülmesi için tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerlerdir. Bu yerlere bağlılık hukuki anlamda bir bağlılık olup, hizmetin mutlaka fiilen işyerinde yapılması zorunlu değildir³.

3. Hizmetin karşılığı olarak bir ödemenin yapılması: Ödeme bir hizmet karşılığı değilse ücret sayılmasına imkân yoktur. Hizmet karşılığı olarak yapılan ödeme, nakit (haftalık, aylık vb.), ayın (hizmet karşılığının mal olarak verilmesi) veya para ile temsil edilebilen menfaatler (konut, araç sağlanması gibi) şeklinde olabilir.

Gelir Vergisi Kanunu'nda ücretlerin vergilendirilmesinde "gerçek ücret" (GVK m. 63) ve "diğer (götürü) ücret" (GVK m. 64) ayrımı yapılmaktadır. Gerçek usule tabi ücretler (GVK m.95 sayılan ücretler hariç) tevkifat (stopaj) yöntemiyle vergilendirilmektedir. GVK'nın 94/1 maddesine göre hizmet erbabına yapılan ödemelerden GVK 103 ve GVK 104. maddelere göre tevkifat yapılır. Tevkifat, ödemelerin safi tutarları üzerinden yapılmaktadır. Tevkif edilen vergi, işveren tarafından tevkifatın yapıldığı ayı takip eden ayın 23. günü akşamına kadar ilgili vergi dairesine muhtasar beyanname ile bildirilir. GVK'nın 86. maddesinde birden fazla işverenden ücret alıp da birden sonraki işverenden aldıkları ücretlerin toplamı gelir vergisi tarifesinin ikinci diliminde yazılı tutarı aşan ücretlerin yıllık beyanname vermeleri gerektiği belirtilmektedir. GVK'nın 23. maddesinde, işveren tarafından hizmet erbabına sağlanan bazı menfaatlerin gelir vergisinden istisna olduğu belirtilmektedir. GVK'nın 31. maddesinde birinci derece, ikinci derece veya üçüncü derece sakat olan bir hizmet erbabının ücreti vergilendirilirken sakatlık derecesine göre indirim yapılmaktadır.

Bu yazımızda çalışanlara ücret, tazminat veya başka adlar altında yapılan bazı ödemelerin vergi hukuku bakımından durumu üzerinde duracağız.

II. ÇALIŞANLARA YAPILAN ÜCRET NİTELİĞİNDEKİ BAZI ÖDEMELERİN VERGİLENDİRİLMESİ

1. Aynı Yıl İçinde Birkaç Yerden Alınan Ücretlerin Vergilendirilmesi

Birden fazla işverenden ücret alan ve birinciden sonraki işverenlerden aldıkları ücretlerin toplamı Gelir Vergisi Kanunu'nda yazılı tarifenin ikinci gelir diliminde yer alan tutarı (2008 yılı için bu tutar 19.800 YTL'dir.) aşmayan mükelleflerin, tamamı kesinti yoluyla vergilendirilmiş ücretleri beyanname kapsamı dışında tutulmuştur. Bu durumda birinciden sonraki işverenlerden aldıkları ücretlerin toplamı 19.800 YTL'yi aşması durumunda ücretlerin tamamı (ilk işverenden alınan ücret de dâhil olmak üzere) yıllık beyannameye dâhil edilecektir.

Birden fazla işverenden ücret alınması halinde, birinci işverenden alınan ücretin hangisi olacağı serbestçe belirlenebilecektir. Kesintiye tabi tutulmamış ücret gelirleri (diğer ücretler hariç) için tutarı ne olursa olsun yıllık beyanname verilecektir.

Ücretli birden fazla yerden gelir elde ediyor olabilir. Mesela, işçi emeklisi olan ve sosyal güvenlik destek primine tabi olarak özel bir şirkette çalışan bir kişi, mesai saatleri dışında profesyonel apartman yöneticiliği yapıp ücret alıyorsa, almış olduğu ücretlerin gelir vergisi karşısındaki durumu ne olacaktır?⁴

GVK'nın "Müteferrik istisnalar" başlığı altındaki 23. maddesinin 11. fıkrasına göre, Kanunla kurulan emekli sandıkları ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirtilen özel banka ve sigorta şirketi sosyal güvenlik sandıkları tarafından ödenen emekli, malûliyet, dul ve yetim aylıkları⁵ (Genel, katma ve özel bütçelerden ödenen bu nevi aylıklar dahil) gelir vergisinden istisna edilmiştir.

Öte yandan, aynı Kanunun 86. maddesinde "Aşağıda belirtilen gelirler için yıllık beyanname verilmez, diğer gelirler için beyanname verilmesi halinde bu gelirler beyannameye dâhil edilmez.

1. Tam mükellefiyette;

...

b) Tek işverenden alınmış ve tevkif suretiyle vergilendirilmiş ücretler (birden fazla işverenden ücret almakla beraber, birden sonraki işverenden aldıkları ücretlerinin toplamı, 103. maddede yazılı tarifenin ikinci gelir diliminde yer alan tutarı aşmayan mükelleflerin, tamamı tevkif suretiyle vergilendirilmiş ücretleri dâhil)

c) Vergiye tâbi gelir toplamının (a) ve (b) bentlerinde belirtilenler hariç 103. maddede yazılı tarifenin ikinci gelir diliminde yer alan tutarı aşmaması koşuluyla, Türkiye'de tevkifata tâbi tutulmuş olan; birden fazla işverenden elde edilen ücretler, menkul sermaye iratları ve gayrimenkul sermaye iratları, ..." yer almaktadır.

Öte yandan, konuyla ilgili olarak 160 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde, "...Buna göre, bir hizmet erbabının birden fazla işverenden ücret alması halinde, her bir işverenin ödediği ücretler, ayrı ayrı vergilendirilmektedir. Dolayısıyla vergi tarifesi, her bir işverenin ödediği ücrete, diğer işveren veya işverenlerin ödediği ücretle ilgilendirilmeksizin ayrı ayrı uygulanmaktadır. Ancak, söz konusu ücretlerin gayrisafi tutarları toplamının, Gelir Vergisi Kanunu'nun 86. maddesinde belirtilen haddi aşması halinde, bu ücretlerin yıllık beyanname ile beyan edilmesi gerekmektedir." açıklamalarına yer verilmiştir.

Bu hüküm ve açıklamalara göre, yıl içinde birinci işverenden alınan ücretin hangisi olacağı ilgili tarafından serbestçe belirlenecek olup, başkaca bir gelirin olmaması şartıyla 2008 yılı içinde birinci işverenden sonraki ücretlerinin toplamının 19.800 YTL'yi aşmaması halinde beyanname vermesine gerek bulunmamaktadır. Ancak birinci işverenden sonraki ücretlerinin toplamının 19.800 YTL'yi aşması halinde ise birinci işverenden alınan da dahil olmak üzere ücret gelirinin tamamının yıllık gelir vergisi beyanname ile beyan edilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, alınan emekli maaşının, GVK'nın 23/11. maddesine göre istisna kapsamında olduğundan ücretin toplamında dikkate alınmayacağı tabiidir.

ÖRNEK 1: Bay (A), üç ayrı işverenden ücret geliri elde etmekte olup, ücretlerin tamamı kesinti yoluyla vergilendirilmiş bulunmaktadır.

Birinci işverenden alınan ücret 30.000 YTL

İkinci işverenden alınan ücret 15.000 YTL

Üçüncü işverenden alınan ücret 5000 YTL

Örnekte yer alan ve birinci işverenden alınan ücret toplama dâhil edilmeyecek olup, ikinci ve üçüncü işverenden alınan ücretler toplamı (15.000 YTL + 5000 YTL) 20.000 YTL, 19.800YTL'lik beyan sınırını aştığı için 50.000 YTL'lik ücret gelirinin tamamı beyan edilecektir.

ÖRNEK 2: Gerçek usulde ticari kazanç sahibi Bayan (B)'nin ticari kazancının yanında tamamı kesinti yoluyla vergilendirilmiş iki işverenden ücret geliri de bulunmaktadır.

Ticari Kazanç 25.000 YTL

Birinci işverenden alınan ücret 30.000 YTL

İkinci işverenden alınan ücret 15.000 YTL

Mükellef elde etmiş olduğu ticari kazancı nedeniyle mutlaka beyanname verecektir. Birinci işverenden alınan hariç, ikinci işverenden alınan ücret geliri ise 19.800 YTL'lik beyan sınırını aşmadığından ücret gelirleri beyannameye dâhil edilmeyecektir.

2. Yabancı Bir Ülkede Ödenen Ücretlerin Vergilendirilmesi⁶

Yabancı ülkelerde bulunan işverenlerden alınan ücretler (varsa Türkiye dâhilindeki kazanç ve iratlarıyla birlikte) bir beyanname ile ikametgâhının bulunduğu yerin vergi dairesine bildirilir ve vergilendirilir.

Yabancı ülkedeki işverenlerden alınan ücretin doğrudan doğruya orada alınması veya Türkiye'ye gönderilmesi veya bankaya yatırılması vergilendirme bakımından bir değişiklik göstermez.

Ancak iş merkezi Türkiye'de bulunmayan dar mükellefiyete tabi işverenlerin yanında çalışan hizmet erbabına, işverenin Türkiye dışında elde ettiği kazançları üzerinden döviz olarak ödediği ücretler gelir vergisinden istisna tutulmuştur.

Türkiye'deki işverenin yurtdışına gönderdiği işçilerin ücretlerinin vergilendirilmesi konusunda İkili Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları'na bakmak gerekir. Mesela, Türkiye Cumhuriyeti ile F.Almanya Cumhuriyeti Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması⁷'nin 5. maddesinde, inşaat, onarım, montaj ve teknik hizmetler kapsamında bazı faaliyetlerin 6 aydan daha kısa süre devam etmesi halinde, faaliyetin icra edildiği akit devlette

bir işyeri oluşmayacağı belirtilmiştir. 15 maddesinde de "...bir Akit Devlet mukiminin bir hizmet akdi dolayısıyla elde ettiği ücret, maaş ve benzeri menfaatler bu hizmet diğer Akit Devlette ifa edilmedikçe, yalnız ilk bahsedilen Devlette vergilendirilecektir. Eğer hizmet diğer Devlette ifa edilirse buradan elde edilen gelir diğer Devlette vergilendirilebilir. Gelir elde eden kişi, bu diğer Devlette bir vergilendirme dönemi içinde bir veya birkaç seferde 183 günü aşmamak üzere kalırsa ve ödeme, bu diğer Akit Devletin mukimi olmayan bir işveren tarafından veya böyle bir işveren adına yapılırsa ve ödeme, işverenin diğer Devlette sahip olduğu bir işyerinden veya sabit yerden yapılmazsa, yalnızca ilk bahsedilen Devlette vergilendirilebilecektir." hükmü yer almıştır.

Bu hükümlere göre, Almanya'da işçi çalıştırmaya başlayan bir işveren bakımından anlaşmanın 5. maddesi kapsamında bir işyeri oluşması halinde Almanya'daki işçilere yapılan ücret ödemelerinin bu işyerinden yapılması durumunda, sadece Almanya'da vergilendirilecektir. Almanya'da işyeri oluşmadığı durumda ise, gönderilen işçiler ve diğer çalışanlar bu ülkede bir vergilendirme dönemi içinde bir veya birkaç seferde toplam 183 günü aşan bir süre kalırsa, yine ücretlerin vergilendirilmesi Almanya tarafından yapılacaktır. Anlaşmanın 15. maddesinin 2 (b) fıkrası uyarınca, ücret ödemesinin Almanya'da mukim bir teşebbüs tarafından yapıldığı durumda da vergileme hakkının Almanya'ya ait olacağı tabiidir.

Diğer taraftan, Anlaşmanın yukarıda açıklanan hükümleri uyarınca, Türkiye'de mukim kişilere Almanya'da ifa ettikleri hizmetler karşılığında ödenen ve Almanya'da vergilendirilebilen ücretler, Anlaşmanın 23. maddesinin 1 (a) fıkrası hükmü uyarınca Türkiye'de vergiden istisna edilecek ve gelir vergisine tabi tutulmayacaktır.

Öte yandan, Türkiye'den Almanya'ya gönderilen işçiler bu ülkede bir vergilendirme dönemi içinde bir veya birkaç seferde toplam 183 günü aşmayan bir süre kalırlarsa, Anlaşmanın 5. maddesi kapsamında bir işyeri oluşup oluşmadığına bakılmaksızın yapılacak ücret ödemelerinin vergilendirilmesi yine bu Anlaşmanın 15. maddesinin 2 (a) fıkrası uyarınca ilk bahsedilen Devlette yani Türkiye'de yapılacaktır.

İşçilerin 183 günü aşkın sürelerle Almanya'da

çalışması halinde vergilemenin Almanya tarafından yapılması gerektiğinden, vergilendirilen bu ücretler Anlaşmanın ilgili hükümleri uyarınca Türkiye'de gelir vergisine tabi tutulmayacaktır. Bu durumda ilgili, vergi dairesine Vergi Usul Kanunu'nun 116 ve müteakip maddeleri çerçevesinde düzeltme talebinde bulunabilir.

3. Şirket Üst Düzey Yöneticilerinin Üye Olduğu Bazı Kuruluşlara Ödenen ve İşverence Karşılanan Üyelik Aidatlarının Vergilendirilmesi

Şirketlerin ticari faaliyetleri kapsamında bazı kuruluşlara, iş hacminin artırılması, piyasa hakkında bilgi edinilmesi ve benzeri amaçlara yönelik olmak üzere şirket üst düzey yöneticilerinin üye olma zorunluluğu nedeniyle işveren tarafından ödenen üyelik aidatları Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesi kapsamında ücret olarak değerlendirilebilir mi?

Vergi idaresi bu üyelik aidatlarını ücret olarak değerlendirmektedir. Diğer taraftan bu ücret ödemelerinin genel hükümlere göre kazanç tespitinde gider olarak indirim konusu yapılması mümkündür⁸.

4. Çalışanlara Ödenen Bahşişlerin Vergilendirilmesi

3 seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin ekinde yer alan, 2 no'lu Cetvelin VI. sırasında, büyük otel, gazino, lokanta ve kulüplerde çalışanlardan, bu gibi yerlerden ücret almayarak müessesese müşteriilerden servis ücreti ve garsoniye gibi namlarla alınan paralar, kısmen veya tamamen kendilerine bırakılan şef ve garson olanların ücretlerinin götürü ücret, (29.07.1998 tarihinden itibaren "diğer ücret") kapsamında vergilendirilecekleri, 8 seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde ise, 3 seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde "diğer ücret"li olarak vergilendirilmeleri hükme bağlanan çalışanların garsoniye adı altında aldıkları bedellerin yanı sıra çalıştıkları müesseseden ücret de almaları durumunda, vergilerinin, her iki istihkakın toplamı üzerinden tevkif suretiyle alınacağı açıklamalarına yer verilmiş, 94 seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde belirtilen açıklamanın geçerliliğini koruduğu belirtilmiştir.

Diğer taraftan, GVK m. 94'de tevkifat yapmak zorunda olanlar sayılmış olup, aynı maddenin birinci fıkrasının 1 numaralı bendinde de; "Hizmet erbabına ödenen ücretler ile 61. maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden (istisnadan faydalananlar hariç) 103 ve 104. maddelere göre" gelir vergisi tevkifat yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, müşteriler tarafından, servis bedeli olarak fatura bedellerine yazılmak veya bahşiş kutusuna bırakılmak suretiyle ödenen bahşişler işverenden alınan ücretin bir parçası olarak değerlendirileceğinden, firma tarafından bu şekilde toplanan bahşişlerin personele dağıtılması aşamasında gelir vergisi kesintisi yapılması gerekmektedir⁹.

5. İşe İade Davalarını Kazandıktan Halde İşe Başlatılmayan İşçilere Yargı Kararları Doğrultusunda Yapılan Ödemelerin Vergilendirilmesi

İş Kanunu'nun "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlıklı 21. maddesine göre, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

GVK 25. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi hükmüne göre ise; ölüm, sakatlık, hastalık ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat ve yapılan yardımlar gelir vergisinden istisna tutulmuştur.

Bu hükümlere göre, her iki ödeme de her ne kadar işsizlik sebebiyle ödenmiş olsa da, işveren tarafından hizmet akdine istinaden sağlanan bir menfaat olmasından ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinin 2. fıkrasında ücretin tazminat veya başka adlar altında ödenmiş olmasının onun mahiyetini değiştirmeyecek olmasından dolayı ilgililere yapılan iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen za-

man için yapılan ödemeler, ücret olarak değerlendirilip gelir vergisine tabi tutulacaktır.

Ayrıca, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinde hizmet erbabına nakden veya hesaben ödenen ücretler üzerinden 103 ve 104. maddelere göre gelir vergisi tevkifatı yapılması gerektiği hükme bağlanmış, aynı Kanunun 96. maddesinin I. fıkrasında da, "hesaben ödeme" deyiminin vergi tevkifatına tabi kazanç ve iratları ödeyenleri istihkak sahiplerine karşı borçlu durumda gösteren her türlü kayıt ve işlemleri ifade ettiği belirtilmiştir.

Bu hükümlere göre de, mahkeme kararına istinaden ödenecek ücret sayılan bu ödemelerin, nakden veya hesaben ödenmesi sırasında gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir¹⁰.

Oysa 15 Haziran 2007 tarihli ve 26553 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Danıştay Kararı¹¹ sonucunda "işe iade davası lehine sonuçlanmasına karşın tekrar işe başlatılmayan işçiye ödenecek söz konusu tazminattan, söz konusu ödemenin bir hizmet ilişkisi sebebiyle ödenen bir ücret niteliğinde olmadığı düşüncesiyle gelir vergisi kesintisinin yapılmaması gerektiği" yönünde karar verilmiştir.

Diğer bir mesele, söz konusu ödemelerin ayrıldığı dönemdeki devreden gelir vergisi matrahı üzerinden mi yoksa ödemenin yapıldığı dönem takvim yılı üzerinden mi vergi tevkifatına tabi tutulacağı hususudur. Yapılan ödemeler; işveren tarafından nakden veya hesaben ödendiği yılda, o yıl için geçerli olan ve Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. maddesinde yer alan gelir vergisi tarifesi üzerinden vergiye tabi tutulacaktır.

Diğer taraftan, söz konusu tazminatın işlemiş faizleri ile diğer masraflarını, mahkemece kusurlu bulunan işverence kayıtlarında gider olarak gösterilebilmesi mümkün değildir.

Yukarıdaki tüm açıklamalar sendikal tazminat için de geçerlidir.

6. İkale Sözleşmesiyle Verilen Kıdem Tazminatlarının Vergilendirilmesi

İşçilerin işverenle karşılıklı olarak yapacakları "İkale Sözleşmesi" (bozma sözleşmesi) neticesinde ödenen kıdem tazminatı ne şekilde vergilendirilecektir?¹²

GVK'nın 25. maddesinin 7. fıkrasında "1475 ve 854 sayılı Kanunlara göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 5953 sayılı Kanuna

göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz)” denilmektedir.

Diğer taraftan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde “*Bu kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin;*

1- *İşveren tarafından bu Kanununun 17 inci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,*

2- *İşçi tarafından bu Kanununun 16 ncı maddesi uyarınca,*

3- *Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,*

4- *Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malul-lük aylığı yabut toptan ödeme almak amacıyla;*

.....

Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.” hükmü yer almıştır.

Bu hükümlere göre, işverenle işçiler arasında karşılıklı anlaşmalı olarak yapılacak “İkale Sözleşmesi” neticesinde ödenen kıdem tazminatının İş Kanunu'nun 14. maddesinde tanımlanan kıdem tazminatı kapsamına girmediğinden, GVK'nın 25/7. maddesine göre vergiden istisna edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, anlaşmalı olarak yapılan ikale sözleşmesiyle verilen kıdem tazminatlarının ücret olarak değerlendirilerek GVK'nın 61, 94, 103 ve 104. maddeleri gereğince tevkif suretiyle vergilendirilmesi gerekmektedir.

III. SONUÇ

Görüldüğü gibi, vergi idaresi GVK m.61 hükmünü gerekçe göstererek çalışanlara yapılan tüm ödemelerin vergilendirilmesi yönünde görüş bildirme eğilimi içindedir. Danıştay'ın aksine kararları bile idareyi bu ısrarından vazgeçirememektedir.

DİPNOTLAR

1 Doğan ŞENYÜZ, Türk Vergi Sistemi Dersleri, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2005, s.74.

- 2 Mualla ÖNCEL/ Ahmet KUMRULU/ Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 15. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.287.
- 3 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 287.
- 4 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 10.06.2008 tarih ve 12848 sayılı özelgesi (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2008/gelirvergi-si2008/12848.htm> erişim:31.10.2008).
- 5 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesinde belirtilen sandıklar tarafından ödenen aylıkların toplamı, en yüksek Devlet memuruna ödenen en yüksek ödeme tutarından fazla ise aradaki fark ücret olarak vergiye tabi tutulur.
- 6 İstanbul İl Defterdarlığı'nın 17.10.2003 tarihli ve 14066 sayılı özelgesi (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/KV/ornek178.htm> erişim:31.10.2008).
- 7 31.12.1989 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, hükümleri 01.01.1990 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.
- 8 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 28.08.2007 tarih ve 17666 sayılı özelgesi (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2007/gelirvergi-si2007/17666.htm> erişim:31.10.2008).
- 9 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 08.04.2008 tarihli ve 6972 sayılı özelgesi (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2008/gelirvergi-si2008/4911.htm> erişim:31.10.2008).
- 10 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 19.03.2008 tarihli ve 4911 sayılı özelgesi (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2008/gelirvergi-si2008/4911.htm> erişim: 31.10.2008). İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 04.12.2007 tarihli ve 26961 sayılı özelgesi (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2007/gelirvergi-si2007/14599.htm> erişim:31.10.2008).
- 11 Danıştay 3. Daire, E. 2006/3801, K.2007/416 (Şükrü Kızılot, Danıştay Kararları ve Özelgeleri, Yaklaşım Yay., Ankara 2008, s.172-175).
- 12 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 03.06.2008 tarihli ve 12268 sayılı özelgesi (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2008/gelirvergi-si2008/12268.htm>, erişim:31.10.2008).

Prof. Dr. Halûk KABAALIOĞLU, LL.M. (Columbia); LL.M. (Brüksel)

İktisadi Kalkınma Vakfı Yönetim Kurulu Başkanı*

Tam Üyelik Öncesi Gümrük Birliği Kapsamında Ortaya Çıkan Sorunlar**

Türkiye-AB ilişkilerinde bugün gelinen noktada 'Bilim ve Araştırma', 'İşletme ve Sanayi Politikası', 'Mali Kontrol', 'İstatistik', 'Trans-Avrupa Ağları' ve 'Tüketicinin ve Sağlığının Korunması', 'Fikri Mülkiyet Hukuku', 'Şirketler Hukuku' fasıllarında müzakereler açılmış ancak bunlardan sadece 'Bilim ve Araştırma' faslı geçici olarak kapatılabilmektedir. Fransa Dönem Başkanlığı sona ermeden de 'Bilgi Toplumu ve Medya' ile 'Sermayenin Serbest Dolaşımı' fasıllarında müzakerelerin açılması beklenmektedir. Görüldüğü üzere, müzakere süreci, istenilen hızda olmasa da, ilerlemeye devam etmekte. Bu sürecin hızlandırılması için hem AB, hem de Türk tarafının yapması gereken çok şey var. Nitekim bunlar, gerek geçtiğimiz ay Avrupa Komisyonu tarafından açıklanan 2008 yılı İlerleme Raporu'nda, gerek Katılım Ortaklığı Belgesi'nde açıkça belirtilmiş durumda.

Öte yandan müzakere süreci devam ederken, 1963 yılında Ankara Anlaşması ile temelleri atılan ve 1996 yılında tamamlanan Gümrük Birliği de, kimi kronikleşmiş sorunlarıyla birlikte işlemeye devam ediyor. Türkiye'nin AB ile bütünleşme hedefine yönelik ortaklık ilişkisinin en önemli aşamalarından birini oluşturan Gümrük Birliği aynı zamanda, ülkemizin dışa dönük büyüme stratejisi çerçe-

vesinde taraf olduğu en geniş kapsamlı ekonomik ve ticari entegrasyon. Türkiye, bu süreçte, mevzuatını AB'nin gümrük ve ticaret politikalarının yanı sıra rekabet ve fikri sınaî mülkiyet haklarına ilişkin politikaları da dâhil olmak üzere kapsamlı bir alanda uyumlaştırma yükümlülüğünü üstlendi ve birçok alanda da bu yükümlülüklerini yerine getirdi. Her ne kadar bazı çevrelerce Türkiye'nin Gümrük Birliği'nden zarar gördüğü ileri sürülse de, Gümrük Birliği'ni değerlendirirken, bu sürecin basit bir dış ticaret uygulaması olmadığı ve yaklaşık yarım asırdır devlet politikası olarak benimsenen bir uluslararası kuruluş üyeliğine ulaşmada çok önemli bir kilometre taşı olduğu unutulmamalı.

Üstelik Gümrük Birliği, sadece bir dış ticaret uygulaması olarak ele alındığında dahi, 1996 yılından itibaren Türkiye'nin dünya ve AB ülkeleri ile olan dış ticaretinin gelişimi de, bu tür değerlendirmelerin gerçeklikten uzak olduğunu ortaya koyuyor¹. Ancak bu noktada, süratle çözüm bulunması gereken sorunların varlığı da aşikâr. Her ne kadar, bu sorunların, Gümrük Birliği'nin kendisinden değil, bu ilişkinin iyi işletilememesinden kaynaklandığı vaki olsa da, Dünya'nın 16. ve Avrupa'nın da 7. büyük ekonomisi haline gelmiş olan Türkiye'ye başta dış ticaret olmak üzere birçok alanda zarar

verdiği ve AB'ye uyumu zorlaştırdığı da ortada. Bu yazı vesilesiyle de, başta Serbest Ticaret Anlaşmaları ve Türk vatandaşlarına yönelik vize uygulaması olmak üzere, acilen çözüme kavuşturulması gereken bu sorunlara bir kez daha değinmek ve çözüm yolunda birtakım önerilerde bulunmak faydalı olacaktır.

SERBEST TİCARET ANLAŞMALARI

Bilindiği üzere AB, başta Güney Kore ve Hindistan olmak üzere birçok ülkeyle yürüttüğü STA müzakerelerinde hayli mesafe kat etti. Bu süreçte, öncelikle yoğunlaşılması gereken konu, AB'nin Güney Kore ile yapacağı STA'nın ticaretimize etkileri olmalı. Nitekim Güney Kore ile yürütülen müzakerelerde sona gelmiş olup, bir sonraki müzakerelere turunun sonuncusu olması ve anlaşmanın yıl sonuna kadar imzalanması beklenmekte. Diğer yandan, AB'nin Hindistan ve Güney Kore ile yürüttüğü STA görüşmelerinin Türkiye açısından yaratması olası etkilere ilişkin olarak, gerek Güney Kore pazarına ihracatta Türkiye ile AB'nin, gerekse AB pazarına ihracatta Türkiye ile Güney Kore'nin artan bir rekabet içinde oldukları görülüyor. Güney Kore pazarına ihracatta Türkiye ile AB'nin 1996'da % 23 düzeyinde olan ihracat benzerlik endeksi, 2005'de % 46'ya yükselmiş; AB pazarına ihracatta ise Türkiye ile Güney Kore'nin ihracat benzerlik endeksi 1996'daki % 28'lik düzeyinden 2005'de % 47'ye ulaşmış durumda. Buna göre, AB'nin Güney Kore ile Türkiye'den bağımsız yürüttüğü STA görüşmeleri eş zamanlı olarak Türkiye ile Güney Kore arasında da yürütülerek sonuçlandırılmadığı takdirde, AB ile Güney Kore arasında oluşturulacak STA'nın Türkiye'nin ihracatı açısından, aleyhte bir ticareti saptırıcı etki doğurması kaçınılmaz. Öte yandan söz konusu STA'nın Türkiye'yi içermeden devreye girişiyle, Türkiye'nin ithalatı açısından da bir trafik sapması meydana gelecek olup, hâlihazırda bu konuda mevcut tek düzenleme olan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi'nin 16. maddesinin ilgili hükümlerinin bu saptırmadan doğacak iktisadi kaybı telafi etmesi de, bazı sektörler açısından mümkün gözükmemekte. Zira anılan düzenleme, telafi edici vergi uygulanabilmesi için diğer koşulların yanında, tarife oranları arasındaki farkın % 5'in üzerinde bulunması zorunluluğunu getiriyor. Dolayısıyla, uygulanan ithalat vergisinin

bu koşulu sağlayamadığı sektörler bakımından yaşanacak trafik sapmasının, bu yola başvurmak suretiyle bir nebze olsun telafi edilmesi imkânı da bulunmamakta.

Bu bağlamda, elbette, STA sürecini eş zamanlı olarak yürütüp, AB ile aynı zamanda sonuçlandırmak, Türkiye açısından en ideal çözüm; ancak örneğin Güney Kore ile bu konuda müzakerelere dahi başlayamamış olmamız ve Güney Kore ile AB arasındaki müzakerelerde de sona yaklaşmış olması göz önünde bulundurulduğunda, bu hedefe ulaşmak pek de mümkün gözükmemekte. Bu itibarla, Türkiye, Güney Kore ile bir STA akdedebilse dahi, her halükarda AB ile Güney Kore arasındaki STA'nın yürürlüğe girişinden sonra olabilecek ve bu da, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu süre içinde önemli oranda ticaret sapmasının yaşanmasına yol açacak. Bunu önlemek için, AB'nin STA akdettiği 3. ülke, benzer bir anlaşmayı Türkiye ile de akdedene kadar, AB'nin de, anlaşmayı yürürlüğe sokmaması veyahut en azından, akdettiği STA'lara, aynı/benzer bir anlaşmayı Türkiye ile de akdetmesi konusunda 3. ülkeyi bağlayıcı (şu anda uygulanan deklarasyon niteliğindeki "Türkiye hükümü"nden öte, takvime bağlı somut bir yükümlülük doğuracak şekilde) bir hüküm koymasının sağlanması konusunda AB tarafının ikna edilmesi gibi çözümler ileri sürülebilir. Bunun yanında, en kestirme çözüm olarak, AB'nin 3. ülkeyle yaptığı STA'ya bir hüküm koymak suretiyle bu anlaşmanın sanayi malları bakımından Türkiye'yi de derhal kapsamamasının sağlanması konusundaki görüş ise, şu noktada en isabetli çözüm olarak gözüküyor.

Diğer yandan, 1/95 sayılı kararın 16. maddesinin, kararın alındığı tarihte AB'nin mevcut tercihli ticaret anlaşmalarına Türkiye tarafından uyum sağlanması için öngörülmüş olup; kıyasen 1996 yılından sonra müzakeresine başlanan (örneğin AB ile Güney Kore arasındaki) anlaşmalara da uygulanabileceği savunuluyorsa, bu maddenin 3. fıkrasındaki Türkiye'ye telafi edici vergi uygulama hakkı veren hükme de -fıkradaki koşulların mevcut olması halinde- bugün başvurulabilmesi mümkün. Ancak böyle olsa bile, kâğıt üzerinde mevcut bulunan bu hak, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, güncelliğini yitirdiğinden ötürü, AB ile Türkiye'nin birbirlerinden ayrı ve tamamen bağımsız olarak yürütecekleri yeni tercihli ticaret anlaşmalarında uygulanacak

Malları Birlik içinde serbest dolaşımda olan işadamlarının kendilerinin bu hakka sahip olmamaları Türk işadamlarına, yeni iş bağlantıları kurmak bir yana, mevcut işleri dahi yürütmekte güçlükler çıkarmakta ve böylece ticaretin önünde teknik bir engel teşkil ederek haksız rekabete de yol açmaktadır.

uyumlaştırıcı ya da telafi edici düzenlemelerin yeni bir Ortaklık Konseyi kararı ile düzenlenmesi ve bunu yaparken de mevcut dış ticaret yapısının ve tarife düzeylerinin göz önünde bulundurulması çok önemli.

TÜRK VATANDAŞLARINA YÖNELİK VİZE UYGULAMASI

Türkiye, bilindiği üzere, ilgili Konsey Yönetmeliği uyarınca, AB ülkelerine girişte vize alması gereken ülkeler arasında yer alıyor. Vize konusunda ise, başvurularda çok sayıda belge talep edilmesi, davet mektubu gibi şartların aranması, vize başvurularının kısa sürede sonuçlandırılmaması ve kalış sürelerinin kısa tutulması gibi sorunlar mevcut.

Her şeyden önce, ticaretin seyrini olumsuz etkileyen ve tarife dışı bir engel teşkil eden bu uygulamalar, hem 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (OKK) ile tesis edilen Gümrük Birliği'nin temelini teşkil eden malların serbest dolaşımı ilkesine, hem de yerleşme hakkı ve hizmet sunum serbestisine yeni engeller getirilmesini yasaklayan Katma Protokol'ün 41. maddesine açıkça aykırı. Nitekim bu durum, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 20 Eylül 2007 tarihli Tüm ve Darı kararında da açıkça belirtilmiştir. Divan, ülkeye giriş ve vize konusunun üye Devlet yetkileri içinde olduğunu kabul etmekle beraber, Katma Protokolün 41. maddesi ile üye Devletlerin hareket serbestisinin kısıtlandığını hükme bağlamış ve bu bağlamda 41. maddenin 1. fıkrasında yer alan "standstill" hükmünün ülkeye giriş konularını da kapsadığını açıklıkla ifade et-

miştir² (Bu noktada belirtelim ki, konu bu kararla aslında hukuken yeterince netleşmiş olsa da, şu anda Divan'ın önünde bulunan Soysal davası da -dava konusu çok açık biçimde vize uygulanmasının ilgili standstill hükmüne aykırı olup olmadığı olduğu için- çok önemli olup, yıl sonuna kadar verilmesi beklenen kararın da Divan'ın önceki içtihatlarına aykırı olmaması bekleniyor. Ancak yine bu noktada, söz konusu davanın son duruşmasında, Komisyon'un bugüne kadar benimsemiş olduğu Türkiye lehindeki görüşünü terk etmesi ve Mahkeme Başkanının da bu görüş değişikliğinin gerekçesinin sorarken "Dün gece rüyanızda ilahi bir kişiyi mi gördünüz?" şeklindeki yorumu üzerine Komisyon temsilcisinin "Üye devletlerin baskı yaptığını ima etmesi" oldukça ilginçtir. Temennimiz, Adalet Divanı'nın, bu baskılara karşı çizgisini değiştirmemesi ve bugüne kadar ki içtihatları doğrultusunda karar vermesidir). Bu içtihat, son derece önemli olup aşamalı olarak vizenin kaldırılmasına yönelik çalışmalar başlatılması için oldukça önemli bir araç olacaktır.³

Diğer taraftan, vize, Gümrük Birliği içinde tamamen haksız bir rekabet de teşkil ediyor. Zira malları Birlik içinde serbest dolaşımda olan işadamlarının kendilerinin bu hakka sahip olmamaları ve Avrupalı muhataplarının ya vizesiz ya da sınırda beş-on dakikada ve çok az bir ücret karşılığında vize alabildikleri düşünüldüğünde, bu durum, Türk işadamlarına, yeni iş bağlantıları kurmak bir yana, mevcut işleri dahi yürütmekte güçlükler çıkarmakta ve böylece ticaretin önünde teknik bir engel teşkil ederek haksız rekabete de yol açmaktadır. Bu itibarla, daha önceki Gümrük Birliği Ortak Komitesi toplantılarında da dile getirilen, oluşturulacak bir tercihli sistem çerçevesinde, ilk aşamada, vizenin, Türk işadamları, sanayiciler ve serbest meslek sahipleri için kaldırılması ve bu kişilere yeşil pasaporta benzer bir pasaportun verilmesi, AB nezdinde bu konu bakımından ilk dile getirilecek hususlar olmalıdır.

Yine tır şoförlerinin karşılaştığı vize sorunları da, bu bağlamda, GB kapsamındaki önemli sorunlardan birisi. Bu kapsamda da, özellikle Schengen'e dâhil AB ülkelerince, sürücülere en çok 6 aylık vize verilmesi ve kalma sürelerinin de 90 güne kadar düşürülmesi, Katma Protokol'ün üye devletlerde yürürlüğe girdiği tarihte var olmayan bir uy-

gulama olduğundan, anılan Protokol'ün 41. maddesine aykırı bir düzenleme/uygulama olup Türk ihracat ve taşımacılığına da önemli zararlar vermektedir (Nitekim savaş kararından sonra Bavyera eyaletinin Türk TIR şoförlerinden vize koşulunu kaldırması ve fakat sonradan Federal Hükümetin baskısıyla yeniden koyması, bu anlamda önemlidir).

Bu noktada ilk aşamada, tır sürücülerine, birden fazla giriş imkânı veren (çok girişli) ve en az beş yıl geçerliliği olan vize verilmesi ve vize taleplerinin de, başvurudan itibaren kısa süre içinde (örneğin hemen o gün gibi) sonuçlandırılması, AB nezdinde dile getirilmesi gereken önemli konulardan birisidir. Ancak önemle belirtelim ki, bunlar, ara önlemler olup; "Gemici Belgesi" gibi bir Tır/Kamyon Şoförü Belgesi oluşturulmak suretiyle, gemi adamları gibi tır şoförleri için de vizenin kaldırılması, Türkiye için ulaştırılması gereken asıl hedef olmalıdır.

Bu noktada, AB tarafının vize kolaylaştırmaya karşılık olarak istediği geri kabul anlaşmalarına da değinmek gerekiyor. Bilindiği üzere, AB'nin üye olmayan ülkelere yönelik vize politikası, bir geri kabul anlaşması yapılması koşuluyla, vize prosedürlerinde ilk aşamada kolaylaştırma ve sonrasında da vizenin kaldırılması şeklinde tezahür etmektedir. Ancak bu konu, üzerinde hassasiyetle durmayı gerektiriyor. Yasadışı göçle mücadelede AB'nin en önemli dış politika araçlarından biri olan geri kabul anlaşmaları, AB topraklarında yasadışı bulunan üçüncü ülke vatandaşlarının bu ülkeye iadesi ile bu ülke üzerinden AB topraklarına yasadışı yollarla girmiş başka ülke vatandaşlarının tabi oldukları devletlere gönderilmek üzere ilgili üçüncü ülkeye iade edilmesini öngörmektedir. Buna göre, AB, Türkiye ile bir geri kabul anlaşması imzalamak suretiyle, kendi topraklarında yasadışı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye üzerinden AB'ye girmiş ve orada yasadışı olarak bulunan üçüncü ülke vatandaşlarını (bu ülkelere gönderilmek üzere) Türkiye'ye iade etmeyi amaçlamaktadır. Bu noktada, böyle bir anlaşmanın üyelik perspektifiyle bağlantılı biçimde imzalanması düşünülebilirse de, şu anda ve mevcut şartlar dâhilinde imzalanmasının birtakım mahzurları olabilecektir. Öncelikle vize kolaylaştırma anlaşmalarının, Türk vatandaşlarının başta Ankara Anlaşması ve Katma

Protokol olmak üzere Ortaklık Hukukundan kaynaklanan haklarına halel getirmemesi şart. Ancak bu noktada, dayanılabilecek bir hüküm olan Katma Protokol'ün 41/1. maddesinin de, tüm AB üyesi ülkeleri ve daha da ötesi tüm Türk vatandaşlarını kapsamadığı akıldaki tutulmalı.⁴ O halde, bahsettiğimiz bu hükmün kapsamına giren ve belirli AB ülkelerine vizesiz seyahat etme hakları ATAD'ın müteaddit kararlarında teyit edilmiş bulunan ve fakat Üye Devletler tarafından bir türlü uygulamaya konmayan haklarının, Üye Devletlerce fiilen tam olarak tanınması koşuluyla, bu düzenlemenin dışında kalan Türk vatandaşları için (örneğin işçiler) perspektifi vizenin tamamen kaldırılması olan bir vize kolaylaştırma anlaşması imzalanması düşünülebilir. Ancak bunun karşılığı olarak önümüze imzalamamız için konacak geri kabul anlaşmaları, çok dikkatle ele alınmalıdır. Öncelikle imzalanacak geri kabul anlaşmalarının ülkemize getireceği mali ve sosyal külfet çok iyi hesaplanmalıdır. Örneğin böyle bir anlaşma kapsamında Türkiye'ye iade edilecek başka ülke vatandaşlarının sayısı konusunda elimizde sağlıklı verilerin de bulunmadığı düşünülürse, Türkiye'nin bu anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için, ciddi bir altyapıya ihtiyacı olduğu ortada. Bunun maliyetinin ise, şu an AB tarafının önerdiğinin aksine, her iki tarafça da eşit olarak paylaşılması, taviz verilmeyecek bir husustur. Keza Türkiye'yi kullanarak AB'ye yasadışı girmiş veyahut yasal yollarla girip de daha sonradan yasadışı konumuna düşmüş olan göçmenler, bu geri kabul anlaşmalarını uyarınca Türkiye'ye iade edildiği takdirde, bunun getireceği mali ve daha da ötesi sosyal külfetin altında boğulmamak için bu göçmenlerin vatanı oldukları ülkelere yollanmaları gerekmektedir. Ancak bunun ise, Türkiye'nin ilgili üçüncü ülkeyle de bir geri kabul anlaşması yapmış olması halinde mümkün olduğu göz önüne alındığında, AB ile imzalanacak bir geri kabul anlaşmasının çerçevesinin çok iyi çizilmesi gerekiyor. Ancak bu noktada, tüm anlaşmalar yapılmış olsa bile, geri kabul anlaşması uyarınca AB'den Türkiye'ye gönderilen üçüncü ülke vatandaşlarının tabi oldukları üçüncü ülkelere gönderilmesi ihtimalinde, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından mahkûm edilmesi olasılığına da hazırlıklı olmak gerekecektir. Zira bilindiği üzere,

AİHM, sınır dışı meselelerinde, sınır dışı edilecek kişi, gönderileceği ülkede bir insan hakkı ihlaline maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıyaysa, sınır dışı etmeyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali saymaktadır. Böyle bir durumda, Türkiye'nin söz konusu iadeyi, AB ile arasında mevcut bulunan geri kabul anlaşmasından doğan yükümlülüğü uyarınca yaptığını ileri sürmesinin de, Mahkemece ne derece kabul göreceği tartışmalı. İşte bütün bunlardan ötürü, geri kabul anlaşmalarının imzalanmasında, nimet-külfet hesaplaması (vize kolaylaştırmanın getireceği nimetler ile karşılığında akdedilecek geri kabul anlaşmalarının yükleyeceği külfetler) çok iyi yapılmalı⁵ ve imzalanacaksa bile bunun, AB'ye üyelik perspektifi doğrultusunda yapılması gerekmektedir.

TÜRK NAKLİYECİLERİNE YÖNELİK HAKSIZ KOTA UYGULAMASI

Gümrük Birliği kapsamında sorunlu alanlardan bir diğeri de, AB ülkelerinin Türk tırlarına uyguladığı kotalar. Bilindiği üzere; Gümrük Birliği'ne ilişkin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı, karayolu taşımacılığını düzenlemekte. Ancak konu, doğası gereği malların serbest dolaşımını doğrudan etkilemiyor. Ayrıca, taşımacılığın, malların serbest dolaşımını kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY)'nin AB üyesi olması akabinde Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliği'ne taraf olmasıyla birlikte açıklık kazanmıştır. Şöyle ki; AB, GKRY bandıralı gemilerin Türk limanlarına girişinin engellenmesi neticesinde, taraflar arasında malların serbest dolaşımını ilkesi üzerine kurulmuş olan Gümrük Birliği'nin ihlal edildiğini dile getirmektedir. Eğer bir çifte standart olmayacaksa, bu mantıktan hareketle, AB'nin Türk nakliyecilerine yönelik kota uygulamasının da malların serbest dolaşımını ilkesine aykırı olduğu açık.

Bu kapsamda, haksız kota uygulamasının, malların serbest dolaşımının tarife dışı engel yoluyla kısıtlanması olarak ele alınması ve konuya ivedilikle çözüm bulunması gerekmektedir.

Bu çerçevede, AB'nin, konuya ilişkin iletilen şikâyetlere verdiği yanıtlar da farklılık göstermiştir. Öncelikle, Türkiye-AB Gümrük Birliği'nin, hizmetlerin serbest dolaşımını değil, malların serbest dolaşımını kapsadığı belirtilmiş ve bu nedenle Türk plakalı karayolu araçlarına ilişkin kısıtlamanın bir

süre daha süreceği ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, karayolu taşımacılığı hizmet olarak tarif edilmiş ve Türkiye'nin üyelik öncesinde üye ülkeleri kapsayan düzenlemeye tabi olmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir. Ne var ki; söz konusu yaklaşım, AB'nin aynı konuya ilişkin, tarafların değişmesi halinde farklı tutum sergileyebileceği yönünde soru işaretleri doğuruyor. Zira, Güney Kıbrıs gemi ve uçaklarının Türkiye girişinin engellenmesi ile Türk mallarının karayolu taşıtlarına koyulan kota neticesinde AB'ye girişinin engellenmesi hususları, aynı nitelikte birer uygulama olup, aynı mantıkla yorumlanmalı.

Bu bağlamda, kotaların tamamen kaldırılması gerektiği açıktır; fakat yine vize konusunda olduğu gibi, olması gereken bu durum sağlanana kadar, ilk aşamada hiç olmazsa, kotaların malların serbest dolaşımını etkilemez seviyeye getirilmesi, AB nezdinde dile getirilmeli ve elde edilmelidir.

Bu noktada, söz konusu soruna acilen bir çözüm bulunmadığı takdirde gerek ATAD ve gerekse diğer uluslararası yargı ve hakem mercilerine (örneğin STA'lar için Dünya Ticaret Örgütü Paneli gibi) başvurulacağı AB tarafına ısrarla hatırlatılmalı. Burada, yargısal yolların işletilmesi düşüncesine karşı olarak ileri sürülen "bunun müzakere sürecine zarar vereceği tezi" de, kanımızca pek doğru değil; zira bilindiği gibi AB'nin kendisi bir hukuk manzumesi olup, değil müzakere sürecinde olan, Birliğin içinde bulunan ülkelerin dahi zaman zaman birbirlerine karşı yürüttükleri hukuk mücadelelerinin örnekleri çok (hatta örneğin şu anda bir STA müzakeresi sürecinde bulunan Güney Kore ile AB arasında DTÖ'ye götürülmüş dört ihtilaf bulunmakta). Bu noktada yine yargısal yollara başvurulmasına karşı bir tez olarak sunulan, kotalar konusunda kazanılacak böyle bir davanın Türkiye'nin limanlarını GKRY'ye açması için bir emsal teşkil edeceği ve bunun da ötesinde Türkiye'yi GKRY'yi tanımaya zorlayacağı şeklindeki iddialar da mesnetsiz. Zira her şeyden önce Türkiye'nin, liman ve havaalanlarını GKRY'ye açmamasındaki ana sebebin, onu bir devlet olarak tanımaması değil; KKTC konusunda verilen sözlerin (doğrudan ticarete imkân veren Yeşil Hat Tüzüğü'nün uygulamaya konması başta olmak üzere KKTC üzerindeki izolasyonların kaldırılması gibi) tutulmamasının olduğu herkes tarafından bilinen bir gerçektir.

Son olarak, konuya ilişkin olarak ilgili sivil toplum kuruluşlarının desteğiyle bir Türk şirketi tarafından Alman Mahkemeleri önünde açılan davanın sonucu da, bu açıdan merakla beklenmektedir.

REKABET KURALLARI VE ANTI DAMPİNG UYGULAMALARI

AB, uluslararası alanda bir ticari korunma önlemi olarak birçok ülkeye karşı çeşitli sanayi ürünleri için, dampingli ya da sübvansiyonlu ithalatın kendi yerli sanayi üzerinde oluşturduğu zarar ya da zarar tehdidini ortadan kaldırmak ve bu suretle ilgili sanayi sektörünü korumak amacıyla anti-damping vergisine ve telafi edici önlemlere başvurmaktadır. Esasen dampinge ve sübvansiyona karşı önlemler alınması, uluslararası alanda (DTÖ kapsamında) da kabul gören ve kodifiye edilmiş bulunan uygulamalardır.

Ancak AB, anti-damping önlemlerini, giderek azalan sayıda da olsa, halen daha başta demir çelik olmak üzere Türkiye menşeli çeşitli sanayi ürünlerine de uygulamakta. Ne var ki, bu uygulamalar, 1996 yılında ülkemiz ile AB arasında gerçekleştirilen gümrük birliğinin gerek lafzına ve ruhuna, gerekse Türkiye-AB ortaklık anlaşmalarında dampinge karşı uygulanacak önlemlerin alınmasına ilişkin öngörülen usul ve esaslara aykırı. Şöyle ki; öncelikle bilindiği gibi, gümrük birliği, taraflar arasında gümrük vergileri ve eş etkili her türlü tedbirin kaldırıldığı; Ortak Gümrük Tarifesi'nin uygulandığı; Türkiye'nin AB'nin Ortak Ticaret Politikasına, rekabet kuralları ile devlet yardımları sistemine ve malların serbest dolaşımı ile ilgili tüm teknik mevzuatına uyum sağlamayı üstlendiği bir ekonomik entegrasyonu ifade ediyor. AB üyesi ülkeler arasında malların serbest dolaşımı bağlamında ekonomik ilişkinin temelini de, esasen Türkiye ile AB arasında düzenlenen şekliyle geniş anlamda gümrük birliği oluşturmakta. Doğal olarak AB üyesi ülkeler arasında mal ticaretinde damping ve buna karşı anti-damping vergisi uygulanmasından bahsetmek mümkün değil. Zira taraflar arasında gümrük vergileri ve eş etkili tedbirler kaldırılmış olduğundan, damping yapılması durumunda, dampingli ürünler hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın damping yapılan ülkeye geri ihraç edilebileceğinden (dampingin bumerang etkisi) damping etkisiz kalacaktır. Dampinge yol açabilecek bir diğer piya-

sa ortamı ise, işletmeler arasında anlaşmalı olarak (düşük) fiyat belirlenmesi veya piyasada güçlü konumda olan teşebbüslerin bu konumlarını kötüye kullanarak maliyetlerin altında, diğer işletmeler için yıkıcı olabilecek seviyede fiyatlandırma yapmaları; ya da devletlerin kamusal kaynakları kullanarak bazı işletmelere, teşvikler vermek suretiyle (sübvansiyon) fiyat avantajı sağlamalarıdır.

Türkiye ile AB arasındaki gümrük birliğini düzenleyen 1/95 sayılı Karar'da da damping veya diğer rekabete aykırı uygulamalara karşı korunma tedbirlerinin alınması koşulları ve gümrük birliği sürecinde bunların ortadan kaldırılabilmesi için ne tür düzenlemelerin yapılacağı hususunda özel düzenlemelere yer verilmiştir. Kararın 44. maddesine göre,

“Ortaklık Konseyi, Taraflardan herhangi birinin talebi üzerine, Tarafların birbirleri arasındaki ticari ilişkilerinde korunma tedbirleri dışında kalan tüm ticari korunma araçlarını inceler. Bu inceleme sırasında Ortaklık Konseyi, Türkiye'nin iç pazarla ilgili rekabet, devlet yardımlarının denetimi ve diğer konulardaki müktesebatını yürürlüğe koyup etkili biçimde uygulanmasını sağlayarak haksız rekabete karşı iç pazardakine denk bir koruma sağlaması koşuluyla, bu araçların askıya alınmasına karar verebilir. Anti-damping tedbirlerinin uygulanması konusunda Katma Protokolün 47. maddesi ile getirilen usuller yürürlükte kalacaktır.”

Türkiye de, gümrük birliği kararının gereği olarak, AB mevzuatıyla tam uyumlu 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ve diğer ilgili mevzuatı çıkararak ve etkin biçimde uygulayarak teşebbüsler arasındaki fiyat anlaşmalarını ve ilgili piyasadaki hâkim teşebbüslerin aşırı düşük fiyatlarla ürün satmalarını önlemektedir. Devlet yardımları (sübvansiyonlar) konusunda ise, bu yardımların denetlenmesi bakımından henüz eksiklikleri bulunmakla birlikte AB kurallarına aykırı devlet yardımlarını uygulamadan kaldırdı. Nitekim uzunca zamandır AB tarafından Türkiye menşeli ürünlere karşı telafi edici önlem (anti-subsidy) uygulanmıyor. Ancak bu alanda tam uyumun sağlanması için, Türkiye'nin en kısa sürede devlet yardımlarının denetlenmesi ve izlenmesine ilişkin mevzuatı da çıkarması gerekmektedir. Bununla birlikte Türkiye gümrük birliği kararının gereği olarak

yapmış olduğu bu düzenlemelerle esas itibarıyla dampainge yol açabilecek piyasa ortamını bertaraf etmiş bulunmakta. Bu nedenle AB'nin, gümrük birliği kararındaki gerekleri yerine getiren Türkiye'ye karşı anti-damping vergisi uygulamasına son vermesi gerekmektedir.

AB'nin Türkiye'ye karşı anti-damping vergisi uygulamasının Türkiye'nin gümrük birliğine uyum sürecinde bugün geldiği noktada artık maddi koşulları bulunmadığı gibi, eğer AB'nin halen Türkiye'ye menşeli ürünlerde damping yapıldığı iddiası var ise, buna karşı önlemleri 1/95 sayılı Kararın 44. maddesinde öngörülen usule göre alması gerekiyor. Yukarıda da yer verdiğimiz gibi, Kararın 44. maddesi, anti-damping tedbirlerinin Katma Protokol'ün 47. maddesinde düzenlenen usule göre alınacağını belirtiyor. Katma Protokol'ün 47. maddesine göre ise, Ortaklık Konseyi, taraflar arasındaki damping uygulamalarının sona erdirilmesi amacıyla tavsiyede bulunabilmekte. Bu kapsamda, Ortaklık Konseyi'ne karar alması için üç aylık bir süre tanınmakta ve böyle bir tavsiye kararı alınmaması veya alınan tavsiye kararına rağmen damping uygulamasına devam edilmesi halinde, ilgili tarafın dampainge karşı önlem alması mümkün bulunmakta. Acil önlem gerektiren durumlarda ise, taraflar, Ortaklık Konseyi'ne gerekli bilgiyi verdikten sonra üç aylık süreyi beklemeksizin önlem alabilmekte. Ancak her iki durumda da Ortaklık Konseyi, korunma tedbirlerinin kaldırılması veya değiştirilmesine karar verebilir. Görüldüğü gibi, bu madde, dampingin önlenmesi ve gerekli tedbirlerin alınması konusunda esas olarak Ortaklık Konseyi'ni yetkilendiriyor ve bunun için özel bir prosedür öngörüyor. Bu maddenin tatbikatına ilişkin usullerin belirlenmesi hususu, Türkiye tarafından gümrük birliği sonrasında gündeme getirilmiş, ancak bugüne kadar somut bir ilerleme sağlanamamıştır. AB, Katma Protokol'ün bu maddesine işlerlik kazandırmak için herhangi bir adım atmakta ve dampainge karşı herhangi bir üçüncü ülkeye uyguladığı usulü Türkiye'ye karşı da uygulamaya devam etmektedir.

Görüldüğü gibi, Türkiye, AB ile gümrük birliğinin yürürlüğe girmesinden sonra rekabet hukuku ve politikasına uyum başlığı altında; kartel ve tekelin önlenmesi, devlet yardımları, teşvikler ve benzeri konularda çok sayıda yasal düzenleme çı-

karmış ve bunları uygulamaya koymuş olduğu için Ortaklık Konseyi'nin, Türkiye-AB ilişkilerinde uygulanmakta olan, başta anti damping vergileri olmak üzere her türlü ticari korunma tedbirlerine son vermesi yönünde karar alması gerektiği halde, maalesef bu tür tedbirler halen uygulanmaya devam etmektedir.

Sonuç olarak, görüldüğü üzere, Gümrük Birliği ve 1/95 sayılı OKK'dan kaynaklanan bazı sorunlar, kronik hale gelmiş olup; mevcut hukuki ve bürokratik mekanizmalarla çözülmesi zor gözükmektedir. Bu itibarla, burada belirttiğimiz ve belirtmediğimiz (örneğin bazı AB ülkelerinin eğitim ücretlerine ilişkin olarak AB üyesi ülke öğrencisi-uluslararası öğrenci şeklinde bir ayırım yapması ve böylece Türk öğrencilerden daha yüksek eğitim ücreti talep etmesi de, hem Katma Protokol'ün yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olmayan bir uygulama olduğundan ilgili standstill hükmüne, hem de iki taraf arasındaki ilişkilerde vatandaşlığa dayalı ayrımcılığı yasaklayan Ankara Anlaşması'nın 9. maddesine aykırıdır.) Gümrük Birliği'nin işleyişinden kaynaklanan sorunların açıklıkla çözüme kavuşturulduğu yeni metinlere ihtiyaç vardır. Bu bağlamda, başta 1/95 sayılı Karar olmak üzere Ortaklık Hukuku metinlerinin -Türkiye'nin tam üyelik hedefine hanel getirmeyecek ve alternatif olmayacak şekilde- gözden geçirilmesi ve aslında yıllar önce yürürlüğe konması gereken Ortaklık Konseyi Kararlarının⁶ ivedilikle alınması gerekmektedir. Böylesine önemli ve kronikleşmiş sorunların çözüme kavuşturulduğu bir müzakere sürecinin daha sağlıklı işleyeceği ve bunun üyelik sürecimizi hızlandıracağı da açıktır.

DİPNOTLAR

- * Bu yazının hazırlanmasında değerli katkıları olan öğrencim ve İKV Uzman Yardımcısı Ahmet Burak Bilgin'e ve Proje Müdürü Av. Feridun Karakeçili'ye teşekkür ederim.
- ** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı (Jean Monnet Professor of EU Law); TUNAECS-Türk Üniversiteleri AT Çalışmaları Birliği Başkanı, AB Nezdinde Türkiye Daimi Temsilciliğinde Hukuk Müşaviri (1998-2002); İstanbul Sanayi Odası Eski Genel Sekreteri (1990-1994); Lefke Avrupa Üniversitesi Eski Rektörü (1995-96); Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Kurucu Müdürü (1987-1995).

1 2007 yılı sonu itibarıyla dış ticaret verilerinin ışığında Avrupa Birliği ile Türkiye arasında 1 Ocak 1996 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Gümrük Birliği'nin ilk 11 yılı değerlendirildiğinde, toplam dış ticaret açığında 11 yıllık dönemin yıllık ortalama artışı % 10,77 olmuşken, bu dönemde AB ile aramızdaki dış ticaret açığının

yıllık ortalama olarak % 3,24 azalarak, 1996 yılındaki 11.752 dolardan, 2007 yılı sonu itibariyle 8.184 dolara gerilediği görülmektedir. Bu durum, Gümrük Birliği'nin sanıldığı gibi Türkiye'nin dış ticaret açığını artırmadığını, aksine Gümrük Birliği'ne rağmen AB ile dış ticaretteki açığın 11 yılda ciddi miktarda gerilediğini göstermektedir. Mutlak değerlerle yapılan bu karşılaştırma, oransal olarak yapıldığında durum daha da çarpıcı hal almaktadır. 1996 yılında dış ticaret açığının toplam dış ticaret hacmine oranı % 30,52 iken aynı yıl AB ile dış ticaretimizdeki açığın yine AB ile dış ticaret hacmimize oranı % 31,86 olarak gerçekleşmiş; 2007 yılı itibariyle bu değerler toplamda % 22,67 ve % 6,34 olarak kaydedilmiştir.

Bu veriler ışığında 11 yıllık Gümrük Birliği'nin sonunda Türkiye ile AB dış ticaretindeki açığın ciddi anlamda azaldığını ortaya koymaktadır. 2007 sonu itibariyle toplam dış ticaret açığının dış ticaretine oranı % 23 düzeyinde olan Türkiye'nin AB ile dış ticaretinin çok daha dengeli geliştiği ve açığın görece önemini % 6,34 gibi oldukça düşük bir değere gerilediği görülmektedir. (Prof. Dr. Lerzan Özkale tarafından kaleme alınan bu derlemenin ayrıntıları, İKV web sitesinde yer almaktadır.)

Milyon ABD doları	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Yıllık Ortalama Büyüme Hızı
TOPLAM İHRACAT	23.224	26.262	26.974	26.587	27.775	31.334	36.059	47.253	63.167	73.476	85.535	107.154	%14,91
TOPLAM İTHALAT	43.627	48.559	45.921	40.671	54.503	41.399	51.554	69.340	97.540	116.774	139.576	169.987	%13,16
DİŞ TİCARET DENGESİ	-20.403	-22.298	-18.946	-14.084	-26.728	-10.065	-15.495	-22.087	-34.373	-43.299	-54.041	-62.833	%10,77
AB'ye İHRACAT	12.569	13.435	14.813	15.424	15.664	17.546	20.415	27.394	36.581	41.365	47.935	60.405	%15,34
AB'den İTHALAT	24.321	26.119	25.282	22.530	28.527	19.823	25.689	35.140	48.103	52.696	59.401	68.590	%9,88
AB İLE DİŞ TİCARET DENGESİ	-11.752	-12.684	-10.469	-7.106	-12.863	-2.277	-5.274	-7.746	-11.522	-11.331	-11.466	-8.184	%-3,24

- Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kabaalioğlu Haluk; Rogers, Nicola; Abdulkuddus, Mohammed; Baykal, Sanem; Türk Vatandaşlarının AB Ülkelerinde İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi-Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve İngiltere Mahkemelerinin Türk Vatandaşlarının Ülkeye Giriş Koşullarına İlişkin Son Kararları Paneli, 20 Kasım 2007, İstanbul, İKV Yayın No:215. Ayrıca bkz. Baykal, Sanem; Türk Vatandaşlarının AB Ülkelerinde İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi, Türkiye – AT Ortaklık Hukuku ve ATAD Kararları Çerçevesinde Katma Protokol'ün 41/1. Maddesinde Düzenlenen Standstill Hükümünün Kapsamı ve Yorumu, Aralık 2007, İstanbul, İKV Yayın No:214.
- Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gutman, Rolf; Türk Vatandaşlarının AB Ülkelerinde İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi-Ortaklık Anlaşması'nda Standstill Hükümünün Getirdiği Hareketlilik Paneli, 6 Aralık 2007, İstanbul, İKV Yayın No:216.
- Bilindiği üzere, söz konusu hükmün lafzında geçen iş kurma ve hizmet sunma serbestisinin kapsamına, sadece hizmet verme değil, hizmet alma da girmektedir. Bu bakımdan gerek hizmet sunan (başta işadamları ve sanayiciler olmak üzere, akademisyen, sporcu, avukat ve serbest meslek sahipleri), gerek hizmet alan (başta turistler olmak üzere, turist, tedavi amacıyla giden hastalar ve öğrenciler) kişiler, bu haktan yararlanabileceklerdir. Ancak, işçiler, bu düzenlemenin kapsamı dışında kalmaktadır. Nitekim İktisadi Kalkınma Vakfı'nın davetlisi olarak Türkiye'ye gelen Alman Darmstadt İdare Mahkemesi Başkanı Yargıç Dr. Klaus Dienelt de, aynı yönde düşünmektedir. (Bkz. Dienelt, Klaus; Kabaalioğlu, Haluk; Aksoy, Murat Uğur; Türk Vatandaşlarının AB Ülkelerinde İş Kurma ve Hizmet Sunma Serbestisi-Türk Vatandaşlarının Avrupa'ya Seyahat Özgürlüğünün Kısıtlanması Paneli; 14 Mart 2008, İstanbul, İKV Yayın No: 219.)
- Bu noktada, AB ile bir vize kolaylaştırma anlaşması yapan ülkelerden, vize alma sürecinin eskisinden daha da güçleştiği

şeklinde sitelerin geldiğini de hatırlatmakta fayda var. Örneğin daha geçtiğimiz ay içinde Ukrayna Dışişleri Bakanı, bir konuşmasında, AB ülkelerinin, vize kolaylaştırma anlaşmasını gereği gibi uygulamadığını ifade etmiştir. Ayrıca 10 Aralık 2008 tarihinde Brüksel'de European Citizen Action Service öncülüğünde ve Badouin Vakfı desteği ile Crowne Plaza Otel'i'nde düzenlenen "Does it Really Matter? Visa Facilitation in the Western Balkans: Monitoring of the New Agreements" konulu toplantıda sunulan "The Hotline Report", vize kolaylaştırma anlaşmalarının arzu edilen bir biçimde vize alımını kolaylaştırmadığını ve vize bekleme süresini kısaltmadığını, örnekleriyle ortaya koymuştur.

- Örneğin, 1980 yılında alınan Türk işçilerinin sosyal güvenlik haklarına ilişkin Ortaklık Konseyi Kararlarının uygulanması için Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Tüzük, bugün maalesef unutulmuştur. Gerçekten de, Avrupa Komisyonu'nun, 1983 yılında Ortaklık Konseyi Kararlarının uygulamaya konması amacıyla hazırladığı tasarı da, bir türlü yürürlüğe sokulamamıştır. Türkiye söz konusu olduğunda, "yasa çıkarmak yeterli değil uygulamaya önemli" diyen Komisyon yetkililerine bu kötü örneği hatırlatmakta yarar vardır. Unutmamak gerekir ki, en temel hak, sosyal güvenlik hakkıdır ve Türk vatandaşlarını teker teker dava açmak zorunda bırakan bu anlayış şiddetle kınanmalıdır. Üye Devlet yargı organlarında dava açan ve bunun ön karar usulüne göre Adalet Divanı'na gönderilmesini sağlayabilen Türk işçisi, yüksek avukatlık ücreti ve mahkeme masraflarını karşılamak durumundadır. ATAD içtihadı ile kabul edilen hakların aynı durumda bulunan tüm Türklere uygulanması gerekirken bu yapılmamakta ve karar sadece o şahsı ilgilendirir denmektedir. Bu bağlamda, Ortaklık Konseyi, ATAD kararları doğrultusunda ilişkileri ileriye götürecek düzenlemeleri ivedilikle yapmalıdır. Kaldı ki, 1980 yılından bu yana Ortaklık Konseyi'nde Türk vatandaşlarının durumunun iyileştirilmesi amacıyla hiç bir karar alınamamış olması da, son derece üzücüdür.

Av. Tulu GÜMÜŞTEKİN

CPS Genel Müdürü

**Çalışma Hayatına İlişkin Değerlendirmeler
Açısından 2008 Türkiye İlerleme Raporu****1. Giriş**

Beklendiği gibi, Avrupa Komisyonu geçtiğimiz bir yıl içerisinde Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne (AB) katılım sürecinde kaydettiği gelişmeler ışığında bir değerlendirme yaparak; 2008 yılı Türkiye İlerleme Raporu'nu 5 Kasım 2008 tarihinde kamuoyuna sunmuştur.

1997 yılı Aralık ayında gerçekleştirilen Lüksemburg Avrupa Konseyi sonuçlarını takiben, her yıl Avrupa Komisyonu tarafından Konsey'e ve Parlamento'ya düzenli olarak hazırlanan İlerleme Raporları, ikili ilişkilerde son durum hakkında bilgi vermekte; siyasi ve ekonomik kriterler açısından Türkiye'nin içinde bulunduğu durumun bir analizini ortaya koymakta ve Türkiye'nin 33 müzakere fasıl başlığı altında yer alan Topluluk müktesebatı ile belirlenen AB'ye üyeliğin getirdiği yükümlülükleri üstlenebilme kapasitesini değerlendirmektedir.

Söz konusu çalışma, 2008 Türkiye İlerleme Raporu'nu endüstri ilişkileri, çalışma hayatı ve sosyal açıdan bir analizini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

2. AB'de İstihdam ve Sosyal Politika Düzenlemeleri

İlerleme Raporu içerisinde yer verilen başlıklar-

dan biri olan istihdam ve sosyal politika alanında değerlendirmelere geçmeden önce kısaca AB seviyesinde bu alandaki düzenlemeleri hatırlamakta fayda vardır. Bu kapsamda, AB'nin istihdam ve sosyal politika hedeflerinin hayata geçirilmesine yönelik üç temel araç tasarlanmıştır: İstihdam yaratma ve işgücü piyasası stratejileri belirlenmesi için Avrupa İstihdam Stratejisi; Avrupa vatandaşlarının her birinin gerçekleşen ekonomik büyümeden pay almasını temin etmeyi amaçlayan Avrupa Sosyal Gündemi ve bu hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik mali enstrüman olan Avrupa Sosyal Fonu.

Bu doğrultuda, AT Antlaşması'nın¹ 8. başlığı, "İstihdam" konusuna ayrılmış olup; 125-130. maddeler, Üye Devletlerin istihdam politikalarının eşgüdümüne ilişkin temel ilkeleri belirlemektedir. Öte yandan, 11. başlık olan "Sosyal Politika, Eğitim, Mesleki Eğitim ve Gençlik" başlığı altında 136 ila 148. maddeler, temel sosyal hükümleri ve Avrupa Sosyal Fonu kapsamında düzenlemeler getirmektedir.

İstihdam ve sosyal politika alandaki Topluluk müktesebatı kapsamında belirlenen ilkeler, iş hukuku, istihdam ve sosyal güvenlikte erkek ve kadına eşit muamele ve iş sağlığı ve güvenliği hususla-

rında Üye Devletler için uyulması gereken asgari standartları belirlemekte; ayrımcılığa karşı mücadeleye ilişkin mevzuat ise özel birtakım bağlayıcı düzenlemeler içermektedir.

3. 2008 Türkiye İlerleme Raporu ve Türkiye'nin Uyumu

Ekonomik ve sosyal haklar bakımından, 2008 Türkiye İlerleme Raporu, öncelikle sosyal olarak savunmasız kişiler ve özürliülerin istihdamının teşvik edilmesi açısından sigorta primlerinin devlet tarafından ödenmesini olumlu bir gelişme olarak kaydetmektedir.

Bu bağlamda, yapılan analiz temelinde genel anlamda, olumlu ve dengeli bir değerlendirme içeren Rapor'un, 19. müzakere fasıl başlığını oluşturan "istihdam ve sosyal politika" alanında da geçen yıla kıyasla daha dengeli ve gelişmeleri göz önünde bulunduran bir analiz içerdiği gözlemlenmektedir. Bu olumlu değerlendirmeye İstihdam Paketi ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun² benimsenmesi ile getirilen değişikliklerin katkısı yadsınmaz. Bununla birlikte Rapor, mevzuat uyum çalışmalarının tamamlanması ve idari kapasitenin geliştirilmesine yönelik daha fazla çaba sarf edilmesi gerektiğinin altı çizmektedir.

Avrupa Komisyonu, 2008 İlerleme Raporu kapsamında *iş hukuku* alanında geçen yıl yaptığı değerlendirme ile hemen hemen aynı hususlara temas etmekte; getirdiği çeşitli istisnalar suretiyle birçok sektörü ve işkolunu (örneğin, 50 ve 50'den az işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerindeki iş ilişkilerini) içermeyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun sınırlı kapsamı da dahil olmak üzere çeşitli yönergelerin iç hukuka aktarılmasında yaşanan eksiklikleri eleştirmektedir.

Bu konuda özellikle sektörel çalışma süreleri, hizmet sunumu çerçevesinde çalışanların yurtdışında geçici olarak görevlendirilmesi (işçilerin gönderilmesi), Avrupa İş Konseyleri, işçilerin bilgilendirilmesi ve danışma, Avrupa Şirketi, Avrupa Kooperatif Şirketi'ne ilişkin düzenlemeler açısından Türkiye'nin ilerleme kaydetmesinin beklendiği değerlendirilebilir.

Bu çerçevede, ek personel alımı ile artırılmaya çalışılan T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın idari kapasitesinin yeteri ölçüde geliştirilemediği raporlanmaktadır.

Rapor ayrıca, çocuk işçiliğine karşı mücadele kapsamında herhangi bir ilerleme kaydetmemekte; Türkiye'nin bu alanda çalışmalarına devam etmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Komisyon'un önceki değerlendirmeleri ışığında 50 kişiden az çalışanı olan tarım işletmelerinde çalışan çocuklar için koruma sağlanmamasını ve kültür, sanat ve medya sektöründe çalışan çocuklar konusunda düzenleme yapılmamış olması da halen bir sorun teşkil etmektedir.

Gerek ekonomik ve sosyal haklar bölümü altında gerekse sosyal politika ve istihdam müktesebat başlığı altında en dikkat çeken konu başlıklarından biri olan *sosyal diyalog* açısından, 2008 İlerleme Raporu sınırlı bir gelişmeyi işaret etmektedir. Öncelikle, Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Kanunlarının Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization - ILO)³ ve AB standartlarına ulaştırılmasını hedefleyen taslak kanunun halen kabul edilmediği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, ekonomik ve sosyal haklar bölümünde Türkiye'nin Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. (Örgütlenme Hakkı) ve 6. (Toplu İş Sözleşmesi Hakkı) maddelerine ilişkin çekincelerinin sürdüğüne dikkat çekilmektedir⁴. Sosyal diyalog konusunda tam sendikal haklar hususunda sağlanacak uyum, 18 Şubat 2008 tarihinde Konsey tarafından kabul edilen Katılım Ortaklığı'nın da kısa vadeli bir önceliği olarak belirlenmiştir.

Sosyal diyalog kapsamında Rapor ayrıca, ikili ve üçlü sosyal diyalog mekanizmalarını da analiz etmekte; belirli sektörlerde ikili sosyal diyaloga ilişkin ilerlemeden söz ederken üçlü sosyal diyalog bağlamında daha sık temaslar gerçekleşse de Ekonomik ve Sosyal Konsey'in, Kanun ile belirlendiği şekilde düzenli olarak toplanmamasını eleştirmektedir. Buna ilaveten, her seviyede bağımsız ve ikili sosyal diyalog yapılarının kurulması gerektiği vurgulanmakta; toplu iş sözleşmesi kapsamında yer alan işçi sayısının düşük bir seviyede olduğu kaydedilmektedir. Sosyal diyalog alanında değerlendirmelerin sonucu olarak, Türkiye'nin yeterli ölçüde hazır olmadığı açık bir dille ifade edilmektedir.

Sosyal politika ve istihdam müktesebat başlığı altında Türkiye'nin genel olarak AB müktesebatı ile büyük ölçüde uyumlu olduğu başlıca konulardan biri *iş sağlığı ve güvenliği*dir. Buna paralel ola-

rak bahse konu başlık altında yer alan teknik mevzuatla ilgili Rapor Türkiye'nin müktesebat ile iyi bir düzeyde uyum elde ettiğini kaydetmektedir. Bununla birlikte, uzun bir süredir iş sağlığı ve güvenliği alanında temel eleştiri odaklarından biri olan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin Çerçeve Yönerge'nin halen iç hukuka aktarılmamış olunması eleştirilmektedir.

Buna ilaveten, mevcut düzenlemelerin sadece özel sektördeki tüm çalışanları kapsamaması ve kamu sektöründe çalışanlarını içermemesi sorunlu hususlar olarak öne çıkmaktadır. Bu kapsamda, bilincin yükseltilmesi ile eğitim ve denetleme kuruluşlarının kapasitesinin artırılmasına yönelik daha fazla çaba gerektiği ifade edilmektedir. 2008 Raporu bu alanda yaşanan bazı gelişmeleri detaylandırmakta; İş Kanunu'nun, gerekli mesleki eğitim yeterliliğini almadan, ağır ve riskli işlerde işçilerin istihdam edilmesini yasaklayacak şekilde değiştirildiğini belirtmekte; kimyasal ajanlara ilişkin risklerden korunmasına ilişkin uygulama yönetmeliğinin tadil edilerek 2008 yılı Mart ayında yürürlüğe girdiğini ifade etmektedir. Ayrıca, ilk defa, Tuzla tersanelerinde ölümle sonuçlanan iş kazası ve meslek hastalıklarının önemli ölçüde arttığının istatistiki verilerle sabit olduğunun altı çizilmektedir.

İstihdam politikası alanında, kadınlar, gençler ve özürllülere ilişkin işsizlikle mücadele amacıyla 2008 yılı Mayıs ayında kabul edilen İstihdam Paketi, Rapor açısından bu alanda yaşanan gelişmenin bir karinesi niteliğini taşımaktadır. Bu çerçevede, İstihdam Paketi kapsamında benimsenen 5763 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un 30. maddesine getirilen değişiklik ile özel sektör için belirlenen %3 özürllü işçi çalıştırma şartı bağlamında istihdam edilenlerin primlerinin tamamının; yükümlü olmadıkları halde özürllü çalıştıran veya kontenjan fazlası özürllü istihdam eden işverenlerin bu çalışanlar için ödeyeceği primlerin ise yarısının Hazine tarafından karşılanacak olması bu alanda istihdamı teşvik eden unsurlardan biri olarak değerlendirildiği açıktır.

Bununla birlikte, işsizlik oranının % 9,9 oranı ile sabit kalırken toplam istihdam oranının ise %43,1'e düştüğünün altı çizilmekte; düşük işgücü katılımı, özellikle kadınlar açısından düşük istihdam oranı ve çok yüksek genç işsizliği oranı ile tanımlanan işgücü piyasasının yapısı, bu alandaki

yaşanan sıkıntılar arasında sıralanmaya devam etmektedir. Rapor, işgücü piyasasının yapısına ilişkin istatistikî verileri de paylaşmaktadır⁵.

Kayıt dışı ekonomi ve kırsal kentsel bölünmüşlük istihdam politikası alanında en önemli sorunlar olarak sıralanmakta; istihdamın yarısından fazlasının bir sosyal güvenlik kuruluşuna kayıtlı olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca, İstihdam Politikası Öncelikleri Ortak Değerlendirmesinin (Joint Assessment Paper - JAP) tamamlanmasına yönelik bir gelişmenin kaydedilmediği tekrarlanmaktadır. 2008 Raporu İŞKUR'un idari kapasitesinin geliştirilmesi ve iş arayanlar için hizmetlerinin geliştirme çalışmaları devam etmekte olduğunu ifade etmektedir. Rapor, açık bir dille bu alanda Türkiye'nin yeterli ölçüde hazır olmadığını belirtmektedir.

Katılım Öncesi Mali Araç (IPA) İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi unsurunu uygulayarak, Türkiye'nin *Avrupa Sosyal Fonu*'nu uygulanmasına hazırlık kapsamında iyi düzeyde bir ilerleme kaydettiğini belirten Rapor, daha olumlu bir değerlendirme yapmaktadır. Ayrıca, bahse konu unsurun yürütülmesi kapsamında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yapısal ve insan kaynakları açısından gerekli çalışmaları yaptığı bildirilmekte; bununla birlikte ileride yürütülecek olan Avrupa Sosyal Fonu türünde düzenlemelerin uygulanması, yönetimi ve denetimi ilişkin idari kapasitenin daha da geliştirilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.

Sosyal içerme alanında yine sınırlı bir gelişme kaydedildiği ifade edilmektedir. 2008 İlerleme Raporu ayrıca, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 2008 yılı Ekim ayında yürürlüğe girmesi ile getirilen değişiklikleri (18 yaş altı kişilerin genel sağlık sigortası kapsamına alınması, sağlık primlerini ödeyemeyecek durumda olanların devlet tarafından sigorta edilmesi, özürllülerin sosyal güvenlik primlerinin Hazine tarafından karşılanması gibi) sıralamaktadır. Rapor, Ortak İçerme Belgesi'nin (Joint Inclusion Memorandum – JIM) tamamlanması aşamasında bir gelişme kaydedilmediğinin altını çizmektedir.

Sosyal koruma alanında belirli bir gelişmenin kaydedildiği bildirilmekte; sosyal güvenlik reformunun en önemli ayağı olan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 2008 yılı Ekim ayında yürürlüğe girmesi olumlu bir adım olarak değerlendirilmektedir. 2007 Raporu'nda sosyal yar-

dımın alınması için prosedürlerin azaltılmasına ilişkin tek hizmet yeri oluşturma amaçlı bir Başbakanlık sirkülerinin yayımlandığı ifade edilmekte; 2008 Raporu ise Sosyal Güvenlik Kurumu'nun merkezi olmayan tek hizmet yerini gerçekleştirmesi için kapasitesini geliştirmesi gerektiğini ifade etmektedir. 2008 Raporu, ek olarak, sosyal yardım ve hizmetlere ilişkin yeni mevzuat hakkında bir gelişme kaydedilmediğini vurgulamaktadır.

Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşit Fırsatlar alanında ise Rapor sınırlı bir gelişmeden söz etmekte; özellikle kadının işgücü piyasasına katılımının düşüklüğüne ve eğitime erişimlerinin kısıtlı olmasına dikkat çekmektedir. Buna ek olarak, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımı gibi önemli ilkelere ve tanımların iç hukukta yer almadığını belirtmektedir. Bu anlamda ırk, etnik köken, din ya da inanç, özürllülük, yaş ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa ilişkin müktesebatın henüz benimsenmediğinin altını çizmekte; etkin ve bağımsız bir Eşitlik Kurumu oluşturulması gerektiğini bildirmektedir.

4. Değerlendirme

Genel anlamda, Rapor'un, istihdam ve sosyal politika alanındaki gelişmeleri ele alan bölümünde İstihdam Paketi'nin ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun benimsenmesi ile yaratılan olumlu havanın etkilerini gözlemlemek mümkündür. Rapor bu anlamda Türkiye'nin müktesebata uyumda belirli bir gelişme kaydettiğini bildirmektedir.

Bununla birlikte, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çerçeve düzenlemenin kabul edilmesi, İş Kanunu'nun kapsamının genişletilmesi, kayıt dışı istihdam ile mücadele konusunda çalışmalar yapılması, tam sendikal hakların sağlanması, çocuk işçiliği ile mücadele ile JAP ve JIM belgelerinin nihayetlenmesi hususları vurgulanmaktadır. Rapor ayrıca ekonominin ve sosyal hayatın tüm alanlarında cinsiyet eşitliği gözetilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Genel anlamda, müktesebatın uygulanmasına yönelik idari kapasitenin her aşamada geliştirilmesi gerekmektedir.

DİPNOTLAR

- 1 Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın Konsolide Versiyonu [Nice Antlaşması Konsolide Versiyonu (ABRG 2002 C325/1-184) doğrultusunda tadil edilen versiyon]

- 2 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (R.G 26.05.2008, 26887) ve 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G, 08.05.2008, 26870)
- 3 Değişik ikili platformlarda da dile getirildiği üzere, bu çerçevede Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1948 tarih ve 87 sayılı "Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmesi" ile 1949 tarih ve 98 sayılı "Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütteallik Sözleşmesi" ışığında Türkiye'de tam sendika haklarının oluşturulması istenmektedir.
- 4 Avrupa Sosyal Şartı, 1961 yılında Avrupa Konseyi (Council of Europe) tarafından kabul edilmiş, 1996 yılında da tadil edilmiştir. Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerin Sosyal Şart'a uyumu Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından denetlenmektedir. İçerik açısından, Avrupa Sosyal Şartı kapsamı geniş bir haklar listesi sunmaktadır.
Avrupa Sosyal Şartı açısından Türkiye'nin 27 Haziran 2007 tarihli onay belgesi deklarasyonu içerisinde sıraladığı bağlı olduğu hükümler arasında 5. ve 6. maddeler yer almamaktadır. Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=163&CM=7&DF=26/10/2008&CL=ENG&VL=1>
- 5 2007 yılı itibariyle, işgücü katılım oranının %47,8; kadın istihdamının %22,2 ve genç işsizliğinin %19,6 olarak gerçekleştiği belirtilmektedir.

Nağme N. HOZAR, LL.M.*

MESS Müşavir Avukatı

Alman Hukukunda Şüphe Feshi

FEDERAL ALMAN İŞ MAHKEMESİ¹

Esas No : 2 AZR 961/06
Tarihi : 13.03.2008

Federal Alman İş Mahkemesi'nin içtihatlarına göre; sadece kesinleşmiş suçlar değil aynı zamanda ağır suç unsuru oluşturabilecek fiillerin veya diğer ağır görev ihlallerinin şüphesi de haklı feshin için önemli bir nedeni oluşturabilir.

İşveren, çalışanın iş sözleşmesini feshetmeden önce yönelttiği şüphe konusunda ifadesini almalıdır. İfade alınırken çalışana savunma yapabileceği şekilde bilgi vermelidir.

Çalışanın, işverenin suç şüphesine sahip olduğunu bilmesi halinde, işveren, çalışanın tahkikat dosyasını görmesini beklemeden ifadesini alabilir.

Federal Alman İş Mahkemesi'nde görülen davada işveren, çalışanın iş sözleşmesini çalışma arkadaşlarının araç lastiklerini 11 olayda kesmiş olabileceği şüphesine dayanarak feshetmiştir.

Şikayet üzerine polis, kamera kayıt sistemi ile kontrol gerçekleştirmiştir. Diğer çalışanlar olay hakkında ihtiyatla bilgi vermişlerdir. Kayıtları in-

celeyen çalışanlar, şüpheli kişiyi video görüntülerinde tanıdıklarını ileri sürmüşlerdir. Suç isnat edilen çalışan, konu hakkında herhangi bir açıklama yapmak istememiştir. Federal Alman İş Mahkemesi hakimleri bu şartlar altında yapılan feshin yerinde olduğuna karar vermiştir. Ancak çalışan, olay ile ilgili olarak hakkında açılmış ceza davasında mahkeme tarafından delil yetersizliğinden dolayı cezaya çarptırılmamıştır.

FEDERAL ALMAN İŞ MAHKEMESİ²

Esas No : 2 AZR 355/94
Tarihi : 26.1.1995

İşçi ile yapılan hizmet akdinde, gelecekte bu işçinin, işyerine karşı rekabet doğuracak bir faaliyette bulunmasını yasaklayan bir hükme yer verilmediği takdirde, işçi, çalışmakta olduğu işyeriyle gelecekte rekabet doğuracak faaliyetler için hazırlık çalışmaları yapabilir. İşçinin hizmet akdi sırf bu sebebe dayanılarak feshedilemez. İşçi, gelecekte faaliyet göstermek istediği işe yönelik bir mekan kiralayabilir veya rakip işyeriyle iş sözleşmeleri imzalayabilir.

Buna karşılık; işçinin müşterileri ve diğer çalışanları kendi işine çekmek, rakip işyerinde ek işte çalışmak ve işyerinin sırlarını ortaya çıkartmak gibi konularda şüphe uyandıracak davranışları, hizmet akdinin davranıştan kaynaklanan

feshi için geçerli nedenlerdir. Çalıştığı işyeriyle iş ilişkisini kesmek isteyen işçi dahi, hizmet akdinin sonlandırılacağı ana kadar, işverene zarar verecek her türlü davranıştan uzak durmak zorundadır.

I. Kararlara Konu Olan Olaylar:

Federal Alman İş Mahkemesi'nin 13.03.2008 tarihli kararına konu olan olayda; çalışanın, çalışma arkadaşlarının araba lastiklerini 11 kez kesmiş olduğu şüphesi üzerine polis, kamera kayıt sistemi ile işyeri otoparkında kontrol gerçekleştirmiştir. Video kayıtlarını inceleyen çalışanlar, kayıtlarda görünen şüpheli kişinin işyerinde çalışan mesai arkadaşları olduğunu ileri sürmüşlerdir. Söz konusu çalışan, şüpheler üzerine kendisine isnat edilen bu suça ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır. Bunun üzerine işveren, çalışanın iş sözleşmesini feshetmiştir. Ancak olayla ilgili olarak açılan ceza davasında söz konusu çalışan delil yetersizliğinden ötürü bir cezaya çarptırılmamıştır. Federal Alman İş Mahkemesi'ne göre; sadece kesinleşmiş suçlar değil aynı zamanda ağır suç unsuru oluşturabilecek fiillerin veya diğer ağır görev ihlallerinin şüphesi de haklı fesih için önemli bir nedeni oluşturabilir.

Federal Alman İş Mahkemesi'nin 26.1.1995 tarihli kararına konu olan olayda ise; işçinin müşterileri ve diğer çalışanları kendi işine çekmek, rakip işyerinde ek işte çalışmak ve işyerinin sırlarını ortaya çıkartmak gibi konularda şüphe uyandıracak davranışları vuku bulmuştur. Federal Alman İş Mahkemesi'ne göre; işveren ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin herhangi bir hüküm olmadığından işçi, çalışmakta olduğu işyeriyle gelecekte rekabet doğuracak faaliyetler için hazırlık çalışmaları yapabilir. Örneğin, işçi, gelecekte faaliyet göstermek istediği işe yönelik bir mekan kiralayabilir veya rakip işyeriyle iş sözleşmeleri imzalayabilir. Ne var ki işçinin, işverene karşı her türlü zarar verici hareketten uzak durması, kısacası iş sözleşmesinin devamı süresince sadakat borcuna riayet etmesi gerektiğinden, işçinin müşterileri ve diğer çalışanları kendi işine çekmek, rakip işyerinde ek işte çalışmak ve işyerinin sırlarını ortaya çıkartmak gibi şüphe uyandıra-

cak davranışları, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi sonucunu doğuracaktır.

II. Yargıtay Tarafından Konuya İlişkin Verilen Kararlar:

Şüphe feshi, Türk hukukunda olmayan bir kavram olmakla birlikte Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarih, 2007/16878 Esas ve 2007/30923 Karar sayılı Kararı³ ile birlikte Türk hukukuna kazandırılmıştır.

Yargıtay kararına konu olan olayda; davacı işçi hakkında 1985 yılında ... örgütüne yardımcı olmak ve yataklık yapmak suçlarından soruşturma açılmıştır. Söz konusu işçi hakkında daha sonra bu suçlara ilişkin olarak takipsizlik kararı verilmiştir. Fakat işçi, sonra yasadışı ... örgütü üyesi olmak suçundan 1994 tarihinde tutuklanarak hakkında kamu davası açılmış ve Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 1995 tarihli kararı ile 3 yıl 9 ay ağırlaştırılmış hapis cezası ile cezalandırılmış, 3 yıl süre ile de kamu hizmetlerinden yasaklanmıştır. İşverenin Güneydoğu Anadolu Bölgesinde demiryolu ulaşımına ilişkin işyerinin bulunması ve son dönemde özellikle Güneydoğu Anadolu Bölgesinde terör olaylarının artması ve hedefler arasında demiryolu ulaşımının bulunmasından ötürü, işveren, söz konusu işçi hakkında arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması yapmak istemiştir. Yapılan bu araştırmalar neticesinde ise işveren, davacının geçmişten gelen sabıkası ve yasadışı örgütle bağlantısı nedeniyle güvenlik önlemi olarak işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir. İlk derece mahkemesi, işçinin geçmişte sabıkasının bulunmasının doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak kabul edilemeyeceği, bugüne kadar belirtilen nedenlerle sözleşmenin feshedilmediği, uzun süre sonra sözleşmenin feshinin de iyiniyet ve hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesiyle davayı kabul etmiştir.

Yargıtay'ın olayda vardığı sonuç şöyledir:

"... Bu fesih, Alman Hukukunda ve Alman Fe-

deral Mahkemelerinde şüphe feshi olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir fesihte, işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır. İşverenden katlanması beklenmeyecek bir şüpheden dolayı, işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebeptir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi işçinin yeterliliğine ilişkin bir fesih türü olarak gündeme gelecektir. Davacının geçmişte yasadışı örgüt üyesi olması, davacının görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması ve demiryolu ulaşımının da hedefte bulunması, davalı işveren açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsıldığı, elverişli objektif olay ve vakıalara dayanan güçlü bir şüphenin bulunduğu anlamına gelmektedir. Davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle yapıldığı kabul edilmelidir...”

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından şüphe feshine ilişkin verilen bir diğer karar ise 28.04.2008 tarih, 2007/31288 Esas ve 2008/10450 sayılı Karar’dır. Olayda, isimli bir kredi müşterisi tarafından şube yönetimine, davacının kendisinden kredi parası adı altında 40 YTL aldığına ilişkin bir şikayet dilekçesi verilmesi üzerine müfettiş incelemesi başlatılmış, inceleme sırasında davacının isnadı yalanlamasına rağmen başka müşterilerden de aynı şekilde para aldığı, başka bir müşteri tarafından da kendisinden 30 YTL aldığına dair benzer bir dilekçe verildiği, şubede çalışan görevlilerin bir gün yurkarda bahsi geçen şahsın, davacının olmadığı sırada şubeye gelerek bu parayı davacıya ulaştırmaya çalışması üzerine, durumu yönetime yansıtıkları, davacının kredi kullanıcısı müşterilerden yetkisi olmamasına rağmen elden para aldığına belirlendiği anlaşılmış, isimli kişi daha sonra şikayetinden vazgeçmiş, duruşmada bu kişi ve diğer davacı tanığı olarak dinlenen müşteriler, davacının usulsüz işlemi olmadığını, yanlış anlama bulunduğunu ifade etmişlerdir. Şube çalışanı üç memur ise ilgilinin davacıyı arayarak para vermeye çalıştığı hususunu doğrulamıştır. Yargıtay’a göre; iş ilişkisinde işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmış, işveren-

den katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluk ortadan kalkmış ve söz konusu şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebep olarak ortaya çıkmıştır. Somut olayda, işveren tarafında ortaya çıkan, davacının kredi müşterilerinden yetkisi olmamasına rağmen kredi parası adı altında bir miktarın alındığı kuşkusu ve şikayet dilekçeleri, işyerinde çalışan diğer çalışanların beyanları ile doğmuş, işveren, davacı işçinin savunmasını almış ve durumu açıklığa kavuşturmak üzere müfettiş incelemesi yapılmıştır. Söz konusu olayda, yerel mahkemece, davacının işverenin güvenini kötüye kullanmak suretiyle menfaat temin ettiği yönünde ve işverenin meslek sırlarını ortaya koyarak doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar sergilediğine ilişkin davalıyı haklı kılacak bir bulgu elde edilemediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak Yargıtay, bankanın güven kurumu olma niteliğinden ötürü, ilgili teftiş raporunda belirlendiği üzere davacı işçinin davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açmış olduğu, bu durumun haklı fesih nedeni olmamakla beraber geçerli fesih nedeni olarak değerlendirilerek, davanın reddine karar verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

III. Kararların İncelenmesi:

Her iki Federal Alman Mahkeme Kararına konu olan olayda, işveren, işçinin iş sözleşmesini duyduğu “şüphe” üzerine feshetmiştir.

Alman hukukunda şüphe feshine itiraz edenlerin en önemli dayanakları Anayasa’daki suçsuzluk karinesidir. Bu görüştekilere göre; hiç kimse suçlu olduğu ispatlanmadan cezalandırılmaz.⁴

Alman hukukunda işveren tarafından yapılan şüphe feshine itiraz edenlere karşı; işçinin cezayı gerektirir bir davranışından şüphe duyulmasının işçinin temel haklarını ihlal etmediği, feshin geçerliliği veya haklılığında iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsılması ve zedelenmesinin büyük rol oynadığı keyfiyeti göz önüne alınacak olursa, aynı güven zedelenmesi ve sarsılmasının işverenin işçisi hakkında kendisi aleyhine cezalandırılmayı gerektiren eylemlerde bulunduğu hususunda önemli şüpheler duyması halinde de söz konusu olduğu ileri sürülmektedir.⁵

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması”

başlıklı 15. maddesinin ikinci fıkrasında, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı 38. maddesinin dördüncü fıkrasında da suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılamayacağı düzenlenmektedir. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesinin ikinci fıkrası da "Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır." hükmünü içermektedir.

Suçsuzluk karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren müeyyidelerin uygulanabilmesi kesin hükümle mahkum olmasına bağlıdır. Bir kişinin mahkum edilebilmesi için ise akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan her türlü şüphenin bertaraf edilmesi şarttır. Suçsuzluk karinesinden yola çıkarak ulaşılabilecek bir sonuç da suç isnadına hedef olan kişilere kendilerini savunma hakkının verilmesi zorunluluğudur.⁶

Kanaatimizce, şüphe feshi, suçsuzluk karinesiyle ters düşen bir husus değildir çünkü işçinin işlediği fiilin ceza hukuku bakımından bir suç teşkil etmesi başka, söz konusu fiilin ağır görev ihlali oluşturarak işverenin güveninin sarsılması başka bir şeydir.⁷ Günümüzde, iş hukuku anlayışına göre; işçi ile işveren arasında borçlar hukukuna dayalı borç ilişkisinden öteye daha sıkı, daha yakın bir kişisel ilişkinin var olduğu kabul edilmektedir. Sadakat borcu da bu yakın ve samimi ilişkinin bir gereği olarak ortaya çıkar. Gerçekten de işçinin sadakat borcu, bir yönüyle işçiyi işverenin menfaatleri doğrultusunda bazı olumlu davranışlarda bulunma yükümlülüğü altına sokmakla birlikte, diğer yönü, işçinin işveren ve işyerine zarar verebilecek her çeşit davranıştan kaçınmasını emretmektedir.⁸ Doğruluk ve bağlılığa uymayan her eylemin ayrıca suç olması gerekmez de bu husus, eğer işveren açısından işçinin iş sözleşmesinin devamını katlanılmaz kılıyorsa fesih sebebidir.

1) Şüphe feshinin geçerli olabilmesi için gerekli şartlar:

Şüphe feshi, özellikle işçinin işlediğinden şüphe duyulan suçlar açısından kullanılıp, suçsuzluk

karinesine aykırılık teşkil ettiğinden Alman yargısı tarafından son derece katı bir biçimde uygulanan geçerlilik şartlarına tabi kılınmıştır.⁹

a) Ortada güçlü bir şüphenin bulunması:

İşveren tarafından şüphe feshinin gerçekleştirilebilmesi için her türlü şüphe yeterli değildir. Ortada güçlü bir şüphe olması gereklidir.¹⁰ Şüphe, objektif olaylara dayanmalıdır. Vakıalara ilişkin işverenin düşünceleri, sübjektif görüşü önemli değildir.¹¹

Şüphe, iş sözleşmesi açısından önemli olan bir cezayı gerektiren fiile veya sözleşmenin ağır ihlali anlamına gelebilecek bir davranışa ilişkin olmalıdır.¹² Şunu söylemek gerekir ki, işveren tarafından duyulan basit bir şüphe feshin gerçekleşmesi için yeterli olmayacaktır. Şüphe edilen husus, işverenin işçiye karşı duyduğu güveni sarsacak ve bunun sonucunda iş ilişkisinin devamını engelleyecek nitelikte olmalıdır.

İşçinin delil yokluğundan dolayı beraatine hükmedilmesi işverenin geçerli bir şekilde sözleşmeyi feshetmesine engel teşkil etmeyecektir. Aynı şekilde savcının takipsizlik kararı vermesi de şüphe feshinin geçerliliğini engellemeyecektir çünkü işçinin işlediği fiilin ceza hukuku bakımından bir suç teşkil etmesi başka bir şey, söz konusu fiilin işverenin güvenini sarsarak iş sözleşmesinin devamını imkansız kılması başka bir şeydir.¹³

İşveren, karşılaştığı olaya önyargı ile başlamamalı, duyduğu şüpheyi güçlendirecek yeterli delili toplamalıdır. İşverenin, somut olayın aydınlatılması için kendisinden beklenebilecek çabaları göstermesine rağmen işçinin cezayı gerektiren bir eylemi işlemesinin veya yükümlülüklerini ihlal etmesi ihtimalinin çok büyük olması halinde şüphe önemli olarak kabul edilecektir.¹⁴

Nitekim Federal Alman İş Mahkemesi'nin 13.03.2008 tarihli kararında çalışan, olay ile ilgili olarak delil yetersizliğinden dolayı cezaya çarptırılmamıştır. Ne var ki yukarıda da belirtildiği üzere, şüphe feshinin yapılabilmesi için söz konusu olayın ceza hukuku bakımından cezayı gerektiren bir fiil olması gerekmez. Olayda; işyerinde çalışanlar, tespit edilen kamera kayıtlarında, arabaların lastiklerini kesen kişiyi işyerindeki bir çalışana benzetmişlerdir. Kamera kayıtlarından yola çıkarak çalışanların, söz konusu olay ile ilgili olarak aynı kişi-

yi işaret etmesi, ortada güçlü bir şüphenin var olduğunun kanıtıdır. Eğer ki işveren kamera kayıtları olmadan sadece işyerinde çalışanların sözleriyle hareket ederek feshi gerçekleştirmiş olsaydı, bu durumda ortada güçlü bir şüphe olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktı. Ancak kamera kayıtları, işveren tarafından duyulan şüpheyi güçlendirmek için yeterli delil teşkil etmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarihli Kararında da, işçi hakkında, ... örgütüne yardımcı olmak ve yataklık suçlarından yapılan bir soruşturma sonrası verilmiş takipsizlik kararı, daha sonra yasadışı ... örgütü üyesi olmak suçundan Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin tarafından verilmiş ağırlaştırılmış hapis cezası ile 3 yıl süre ile kamu hizmetlerinden yasaklanma cezaları bulunmaktadır. Her ne kadar işveren, burada geleceğe yönelik olarak bir güvenlik tedbiri mahiyetinde işçinin iş sözleşmesini feshediyorsa da işverenin işinin bulunduğu yer ve son dönemde yaşanan olaylar neticesinde güveninin ciddi bir şekilde sarsıldığını söylemek mümkündür. Görüldüğü üzere, bu olayda da işverenin ileriye yönelik duyduğu şüphe, aksi ispat edilemeyecek güçlü dayanaklarla (savcılık tutanakları, DGM Kararı gibi) desteklenmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.04.2008 tarihli Kararı'nda da, kredi müşterilerinden yetkisi olmasına rağmen kredi parası adı altında bir miktarın alındığı kuşkusunu, şikayet dilekçesi, çalışanların beyanları ve diğer bir müşterinin de ... müşterisi gibi para verdiğini beyan etmesi neticesinde bankanın bir güven kurumu olma özelliğinden ötürü artık işverenden işçisine karşı duyduğu şüphe ile iş ilişkisini devam ettirmesi beklenmeyeceğinden iş sözleşmesinin şüphe nedeniyle feshi yoluna gidilmiştir.

Ne var ki; Federal Alman İş Mahkemesi'nin 26.1.1995 tarihli karar özetinden; işçinin müşterileri ve diğer çalışanları kendi işine çekmek, rakip işyerinde ek işte çalışmak ve işyerinin sınırlarını ortaya çıkartmak gibi konularda şüphe uyandıracak davranışlarının işverence nasıl tespit edildiği ve bu konuda kendisinden savunma istenip istenmediği anlaşılamamaktadır.

b) İşçinin dinlenmesi:

İşveren şüphe duyduğu olayın aydınlatılması için kendisinden beklenebilecek bütün çabaları

göstermelidir. Bu nedenledir ki, olayla ilgili olarak işçiyi dinlemeli ve savunmasını almalıdır. İşçinin dinlenmesi, şüphe feshinin geçerliliği için şekil şartıdır.¹⁵ İşçinin dinlenmesi ve konuyla ilgili kendisine savunma hakkı verilmesi işçinin, şüphe sebeplerini bertaraf edebilecek veya çürütebilecek bazı tezler ileri sürebilmesi içindir. İşçinin savunmasının alınmasına ilişkin bir şekil şartı yoktur. Ancak savunması alınırken, işçiye şüphenin dayandığı bütün sebepler hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi, işçi bütün şüphe sebepleri hakkında kendi görüşlerini açıklayabilmelidir.¹⁶ Savunma süreci ve içeriği, detaylı bir şekilde protokole bağlanmalıdır.¹⁷

Örneğin Federal Alman İş Mahkemesi'nin 13.03.2008 tarihli kararında işveren, kamera kayıtlarında tespit edilen işçiden isnat edilen suç ile ilgili savunmasını almak istemiş, ancak çalışan konu hakkında herhangi bir açıklama yapmak istememiştir. İşveren, somut olayda şüphe feshinin geçerliliği için gerekli olan çabayı göstermiş, kamera kayıt sistemi ile kontrol gerçekleştirmiş, tespit edilen görüntülerle ilgili olarak çalışanların ifadelerine başvurmuş ve son olarak da "işçiye kendisini savunma hakkı verilmesi" şartını yerine getirmiştir.

Ne var ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarihli kararına konu olan olayda olduğu gibi işçinin emri altında çalıştığı işverenine karşı iş sözleşmesini ihlal edici bir hareketi olmamakla birlikte geçmişte karıştığı olaylar ve sabıkası yüzünden içinde bulunduğu şartlar nedeniyle işverenin güveni sarsılmışsa işçiden gene de savunma almak gerekli midir? Kanaatimizce Yargıtay'ın kararına konu olan olayda, işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur. Zira, fesih sebebi, savcılık tutanakları ve DGM Kararı'na dayanıyor olup söz konusu belgelerin aksinin ispatı mümkün olmayacaktır. Bu durumda da güvenlik mahiyetinde ileriye dönük gerçekleştirilen bir fesihle işçiden savunma almak somut durumu değiştirmeyecektir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.04.2008 tarihli Kararı'nda da, işverence müfettiş incelemesi başlatılmış, şube çalışanlarının ve kredi kullanıcısı müşterilerinin ifadelerine başvurulmuş ve davacı işçiye kendisini savunması için imkan tanınmıştır. Burada da, söz konusu olayın aydınlatılması için işveren tarafından tüm çabaların sarf edildiği görülmektedir.

2) Şüpheli feshi: Yeterlilikten mi yoksa davranıştan kaynaklanan bir fesih mi?

Alman doktrininde ortaya çıkış itibarıyla şüpheli feshi, §626 BGB kapsamında bildirimsiz fesih olarak değerlendirilmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi'nin şüpheli feshine ilişkin içtihadının önemli bir bölümü haklı neden oluşturan olaylardan ibarettir.¹⁸ Ancak haklı nedenin bulunduğu her halde işverenin bildirim sürelerine uyararak da sözleşmeyi feshedebileceği esastan hareketle şüpheli feshinin haklı nedenle, derhal veya bildirimli fesih biçiminde gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir.¹⁹ Bildirimli fesih gerçekleştirilecekse, şüphelinin, işçinin davranışlarından kaynaklanan bir fesih mi yoksa kişiliğine bağlı bir fesih türü olarak mı değerlendirileceği hususunda Alman hukukunda da tartışmalar devam etmektedir. Ne var ki, şüphelinin geçerli neden kabul edilerek sözleşmenin bildirimli fesihle sona erdirilmesi için gerekli koşullar, haklı nedenle fesih için gerekli olanlardan daha hafif değildir. Haklı nedenle şüpheli feshi için gerekli tüm koşullar bildirimli fesih yapmak için de geçerli olacaktır. Alman hukukunda şüpheli sözleşmeye devamı katlanılamaz hale getirdiğinden haklı nedenle bildirimsiz fesih yapılacakken, sözleşmeye devam bildirim süreleri dolduktan sonra beklenilemez hale gelmişse sözleşme geçerli nedenle bildirim sürelerine uyularak sona erdirilecektir.²⁰

Alman hukukunda hakim olan görüşe göre şüpheli feshi her ne kadar işçinin yeterliliğine ilişkin bir fesih sebebiyse²¹ de kanaatimizce bunun kimi zaman işçinin davranışlarından kaynaklanan bir fesih sebebi kimi zaman ise işçinin yeterliliğinden kaynaklanan bir fesih sebebi olarak düşünmek daha yerinde olacaktır. Zira, işçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebepler, işçinin kişiliği ile ilgili olan sebeplerdir. Davranıştan kaynaklanan fesih ise işçinin hatalı davranışlarının bir sonucudur.

Ancak işçinin davranışlarından kaynaklanan şüpheli, iş sözleşmesinin ağır bir şekilde ihlaline sebebiyet veriyorsa (Federal Alman Mahkemesinin 13.03.2008 ve 26.1.1995 tarihli kararlarında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar mevcuttur), o takdirde iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi de mümkün olmalıdır ki zaten 13.03.2008 tarihli Federal Alman Mahkeme Kararı'nda işçinin iş sözleşme-

si haklı nedenle feshedilmiştir. Ne var ki Federal Alman Mahkemesi'nin 26.1.1995 tarihli Kararı'nda iş sözleşmesinin davranıştan kaynaklanan sebeplerden ötürü feshedildiği belirtilmektedir. Söz konusu bu kararda, haklı neden varken neden iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine gidildiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Alman hukukunda şüphelinin bildirimli feshi konu olması, özellikle haklı nedenle fesih için gerekli hak düşümü süresinin kaçırılması veya taraflar arasındaki güven ilişkisinin çökmesine rağmen taraflardan en azından ihbar sürelerinin sonuna kadar iş ilişkisini sürdürmelerinin beklenebildiği hallerde söz konusu olmaktadır.²²

Ne var ki; Yargıtay tarafından şüpheli feshine yönelik 22.10.2007 tarihinde verilen karara konu olayda ise; işçi, işverenin emri altındayken işverene karşı sözleşmenin ihlaline sebebiyet verecek herhangi bir davranış sergilememişse de geçmişte karıştığı olaylar ve sabıkası, işverenin içinde bulunduğu şartlar ile birlikte düşünüldüğünde işverenin açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsılması sonucunu doğurmuş ve söz konusu bu durum da işçinin iş sözleşmesinin yeterliliğine ilişkin bir geçerli sebep olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar işçinin geçmişteki davranışları ve aldığı cezalar yüzünden işverenin güveni sarsılmışsa da, buradaki fesih sebebini davranıştan kaynaklanan bir fesih sebebi olarak görmek doğru olmaz çünkü olayda işverenin güveninin sarsılmasına neden olan olay işçinin geçmişte karıştığı olayların ve mevcut sabıkasının, hali hazırdaki görünümünü ifası için yeterli olmayışıdır.

IV. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER:

Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarih, 2007/16878 Esas ve 2007/30923 Karar sayılı Kararı'na ilişkin yapmış olduğu incelemede; "Alman hukukunun son yıllarda çok tartışılan konularından birini oluşturan şüpheli feshi, özünde işverene olası tehlikelere karşı kendini ve işletmesini koruyabilmesi amacıyla tanıyan bir fesih biçimidir. Ancak yapısı itibarıyla işçinin menfaatlerini ciddi biçimde tehlikeye sokmaktadır. Bir yanda işverenin objektif olaylara dayalı güçlü şüphesi, diğer yandan şüpheli feshi alışık olunmayan bir biçimde işçinin özel alanına müdahale biçimini alarak, onur kırıcı bir karakter kazan-

maktadır. Suçsuzluk karinesi ihlal edilerek, ispatlanmamış bir şüphe işçinin işini kaybetmesine yol açmaktadır. Hukukumuzda şüphe feshi adı altında bir kuruma gerek olup olmadığı sorusunun yanıtının araştırılması bu incelemenin sınırlarını aşar. Ancak Yüksek Mahkemenin kararında şüphe feshinin, Alman Hukukundakinden çok daha geniş, Alman Hukukunda mevcut geçerlilik şartları aranmaksızın uygulandığı görülmektedir.” dedikten sonra şüphe feshiyle tehlikeye atılan işçi menfaatleri dikkate alındığında Yüksek Mahkemenin kararına katılmadığını belirtmiştir.²³

Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu da, 2008 yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri'nde sunmuş olduğu Tebliğ'inde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2007 tarihli kararında işçinin geçmişteki birtakım davranışları işyerinin bulunduğu mekan bakımından tehlikeli addedilip bir güvenlik önlemi olarak feshe tevessül edildiğinin kabul edildiği, işçinin geçmişteki durumunun hali hazırdaki iş ilişkisinin hangi somut olgu ya da olgularla etkilediği konusunda kararda hiçbir gerekçeye yer verilmemiş olduğunu ifade etmektedir. Narmanlıoğlu, Yüksek Mahkeme'nin kararında, feshi güvenlik önlemi olarak meşru kabul ettiğini ancak bu önlemlerin hangi somut tehlikelere, davranışlara veya fiillere dayandırıldığına değinilmediğini, bir soyut endişenin feshe dayanak yapıldığını, somut olaydan anlaşıldığı üzere, işyerinde otuz yılı aşkın bir süreden beri çalışan davacı işçinin sözleşmesinin feshini haklı ve meşru kılacak somut bir olgu ve kanıt olmaksızın, sadece geçmişteki davranışlarından duyulan bir şüphe üzerine fesih işlemini gerçekleştirmek istemesinin feshe ilişkin pozitif düzenlemelelere olduğu kadar hakkaniyete de uygun düşmediğini ve bu sebeplerle Yargıtay kararına katılmadığını belirtmiştir.²⁴

V. SONUÇ:

Şüphe feshinin ağır şartlara bağlanmasının altında yatan en önemli sebep suçsuzluk karinesidir. Zaten, duyulan bir basit şüpheden ötürü işçinin iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesi menfaat dengelerine de ters düşer. Ne var ki, işçi ile işveren arasında borçlar hukukuna dayalı borç ilişkisinden öteye daha sıkı, daha yakın bir kişisel

ilişki vardır. İspatı zor olmakla birlikte eğer işverenin duyduğu şüphe kuşku götürmeyecek kadar açık ve kuvvetliyse, işverenden iş sözleşmesine devam etmesini beklemek doğru olmaz. Pek tabidir ki, şüphe feshi için gerekli olan zorunluluklara uyulmadan gerçekleştirilecek bir fesih, geçerli kabul edilmeyecektir.

DİPNOTLAR

* Hukuk yüksek lisans derecesi

- 1 Karar için bakınız <http://www.mahnerfolg.de/urteile/index.php/anhoeerung-arbeitnehmers-verdachtskuendigung/>
- 2 Karar için bakınız MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi D211/002.
- 3 Çalışma ve Toplum, Sayı 17, 2008/2, 338-340.
- 4 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç.Dr. Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, Mart 2007, dipnot 371, 107.
- 5 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç.Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 372, 107.
- 6 Dr. Metin Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi: Kavram hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1999-48-01-04/AUHF-1999-48-01-04-Feyzioğlu.pdf> , dipnot 15.
- 7 Aynı yönde görüş için bkz. Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 392 ve 393, 110.
- 8 Av. Kazım Yücel Dönmez, İşçinin Borçları, 2000, 160-161.
- 9 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, Sicil, Eylül'08, Sayı:11, 68.
- 10 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 385, 109.
- 11 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 386, 110.
- 12 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 377, 109.
- 13 Bakınız dipnot 7.
- 14 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 387, 110.
- 15 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 403, 112.
- 16 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 16, 68.
- 17 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 18, 68.
- 18 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 21 ve 22, 69.
- 19 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 23, 69 .
- 20 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 28, 70.
- 21 Dr. Mustafa Kılıçoğlu-Doç. Dr. Kemal Şenocak, age. dipnot 374, 107.
- 22 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, age. dipnot 26, 69.
- 23 Doç.Dr. Kübra Doğan Yenisey, Şüphe Feshi, age. 71 ve 72.
- 24 Prof.Dr. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 2008.



“SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

e-posta :

İmza :

SİCİL / MERCEK dergisine abone olmak istiyorum.

..... sayısının/sayılarının 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

Yapı Kredi Bankası

Abide Şubesi

82467855

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)