

# SİCİL

Mart '08 • Yıl 3 • Sayı 9

## 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. Cüneyt DANAR  
Av. Vahap ÜNLÜ  
Av. Selçuk KOCABIYIK

## Baskı

Hanlar Matbaacılık San.  
ve Tic. Ltd. Şti.

Yeşilce Mah. Aytekin Sok.  
No. 16 Kağıthane İstanbul

## Yayın Türü

Yerel süreli yayın. MESS'in  
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

## Baskı Tarihi

26 Mart 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 (5 hat)

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

- "İşyerinin Bir Bölümünün Devri"nde Fiziki Mekan* ..... 5  
Prof. Dr. Tankut CENTEL
- Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının Üst Sınırı Sorunu* ..... 10  
Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN
- Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı* ..... 14  
Prof. Dr. Savaş TAŞKENT
- Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ebliyetine İlişkin Esaslar* ..... 23  
Doç. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ
- 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri* ..... 27  
Şahin ÇİL
- Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk ve Sınırları* ..... 47  
Arş. Gör. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL

## KARAR İNCELEMELERİ

- İşsizlik Sigortası Uygulaması (İşverenin İşten Ayrılma Bildirgesi Verme Yükümlü ve Sigortalının Kuruma Başvurusu)* ..... 56  
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ
- Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması Doğru Olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir* ..... 62  
Doç. Dr. Talat CANBOLAT

## TOPLU İŞ HUKUKU

- 2822 Sayılı Yasa Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi* ..... 77  
Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU
- Toplu İş İlişkisini Düzenleyen Yasalarda Yapılmak İstenen Değişikliklerin Düşündürdükleri* ..... 82  
Av. Hüseyin EKMEKÇİOĞLU

## KARAR İNCELEMELERİ

- Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları* ..... 85  
Doç. Dr. Murat ŞEN

<i>İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanunu'nda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir Mi?</i> .....	102
Doç. Dr. M. Fatih UŞAN	

<i>Yargıtay'ın İşkolu Tespitine İtiraz Konulu Bir Kararının İncelenmesi</i> .....	112
Av. Selçuk KOCABIYIK	

### **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

<i>Son Tasarı Işığında 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri</i> .....	120
Doç. Dr. Coşkun SARAÇ	

<i>5510 Sayılı Yasa'nın Maluliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi</i> .....	132
Doç. Dr. Levent AKIN	

<i>Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sosyal Güvenliği</i> .....	144
Zehra AYAN	

### **KARAR İNCELEMESİ**

<i>Özelleştirmeye Tabi Kuruluşlarda Kapsam Dışı Personel Olarak Çalışan İşçiden İşsizlik Sigortasının Kesilmesi</i> .....	162
Şerafettin GÜLER	

### **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

<i>İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri Değişti</i> .....	174
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	

### **MALİ HUKUK**

<i>Vergi İadesinden Asgari Geçim İndirimine</i> .....	187
Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK	

<i>Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı</i> .....	190
Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR	

### **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

<i>Almanya'da Süreli İş Sözleşmeleri</i> .....	199
Av. Cem ALIŞIK	

<i>İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün Müdür?</i> .....	203
Av. Nağme N. HOZAR	



## “İyileştirme için başlangıç noktası, gereksinimi fark etmektir.”

Imai

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri uygulamada ortaya çıkan ibtiyaçların tümüne cevap verebilecek nitelikte bulunmamaktadır. Kanun koyucunun uygulamada ortaya çıkacak her sorunu öngörebilmesi mümkün değildir. Zaten, önceden görülebilecek sorunların belirlenip bunlara çözüm üretilmesi olarak tanımlayabileceğimiz kazuistik yöntemle göre hazırlanan kanunlarda kanunu uygulayanların hareket alanı daralmakta, kısacası bu sistemde kanunlar, esnek olamamaktadır. İş güvencesine ilişkin yürürlükte olan düzenlemelerin çoğu ülke düzenlemesine nazaran daba katı olduğu düşünüldüğünde, mevzuatın açık olmayan hükümlerinin yorumlanmasında ve boşlukların doldurulmasında ibtiyaç duyulan, Kanunun lafzıyla sıkı sıkıya bağlı kalarak yapılacak katı yorumlar değil, kanun hükümlerini esnek ve ibtiyaçlara uygun olarak yorumlamaktır.

Son dönemde uygulamada işçinin, İş Kanunu'nun kendisine sağladığı iş güvencesi hükümlerinden önce feragat etmesine sıkça rastlanılmaktadır. Bu yüzden ki, konu, öğretilerde tartışılmaktadır. İşçinin iş sözleşmesinin feshine bağlı haklarından fesih öncesinde vazgeçebilmesi (henüz itiraz hakkı doğmadığı için) mümkün görülmesi de, iş sözleşmesi sona erdikten sonra söz konusu koruma hükümlerinden vazgeçebilmesi geçerli olarak kabul edilmelidir. Önemli olan işçinin, bu yöndeki irade beyanını açık bir şekilde ifade etmesi ve bu yöndeki iradesinin bata, hile, ikrah nedeniyle fesada uğramamış olmasıdır.

Uygulamada sıkça karşılaşılan sorunlardan birisi de işçinin sık sık rapor almasıdır. Kanun'un gerekçesinde sık sık rapor alma hali geçerli sebeplere verilen örnekler arasında yer almaktadır. Eğer, hastalığa bağlı olarak yapılan devamsızlık neticesinde işveren, işçi-

nin iş görme ediminden yararlanamıyor ve bunun neticesinde işyerinde olumsuzluklar yaşanıyorsa, böyle bir durumda işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanarak feshedilmesi gündeme gelebilecektir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın vermiş olduğu bazı işkolu tespit kararlarında, tespit yapılacak işyerinde işin bir bölümünün alt işverene verildiği durumlarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa olduğu yönünde hükümlere yer verdiği ve bazı başvurularda idari bir işlemle bu ilişkinin geçersiz olduğuna karar vererek işkolu tespitini gerçekleştirdiği bilinmektedir. Ancak Yargıtay tarafından asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaalı işlemlerin Bakanlıkça tespit edilip buna göre işkolu tespiti yapılmasının yasa ve içtihatlarla aykırı olduğu yönünde karar verilmiştir.

Ayrıca iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçi için toplu iş sözleşmesi ile getirilen iş güvencesi tazminatının, İş Kanunu'nda öngörülen iş güvencesi tazminatından daba fazla olup olamayacağı, son tasarı ışığında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun başlıca yenilikleri ile Almanya'da belirli süreli iş sözleşmeleri gibi güncel konu başlıkları dergimizin 9. sayısında değerlendirilmektedir.

Bugüne kadar Sicil'e gösterilen yakın ilgiye, tüm yazar ve okurlara teşekkürlerimi sunarım.

Saygılarımla,

**Av. İsmet SİPAHİ**

# YENİ YAYINLAR

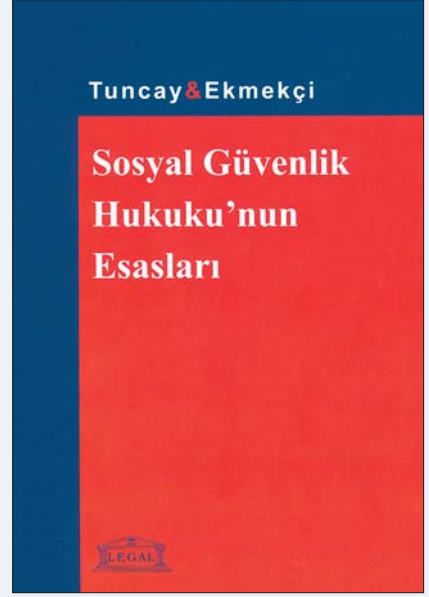


Prof. Dr. A. Can Tuncay ve Prof. Dr. Ömer Ekmekçi tarafından hazırlanan “**Sosyal Güvenlik Hukuku’nun Esasları**” isimli kitap, Ocak 2008 tarihinde yayımlanmıştır.

Bilindiği üzere 5510 sayılı Kanun’un, çoğunluğu kamu görevlilerini ilgilendiren bazı maddelerini iptal eden Anayasa Mahkemesi kararı üzerine, 5510 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi önce altı ay için, daha sonra 1.1.2008 tarihine ve son olarak da 1.6.2008 tarihine ertelenmiştir. 5510 sayılı Kanun’un değiştirilmesi için hazırlanan Tasarı Meclis gündeminde görüşülmektedir.

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi’nin 506 sayılı Kanun’un 26/1 maddesine ilişkin verdiği karar da yeni fakat tartışmalı bir sayfa açmıştır. Anayasa Mahkemesi, 506 sayılı Kanun’un Geçici 20. maddesine tabi vakıf sandıklarının iştirakçilerinin ve sandıkların gelir ve giderlerinin peşin sermaye değerlerinin Sosyal Sigortalar Kurumu’na devrini düzenleyen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 92. maddesinin beşinci fıkrası ile Geçici 23. maddesinin yürürlüğünü de durdurmuştur.

Eser, 2005 sonrasında başlayarak bugüne kadar sosyal güvenlik alanında yaşanan gelişmeleri göz önünde tutarak, halen yürürlükte olan sistemi açıklamaktadır. Bunun yanında, kitabın üçüncü bölümünde genel hatlarıyla 5510 sayılı Kanun’un getirdiği yeniliklere de yer verilmiştir. 5510 sayılı Kanun’un önemli bir bölümünde değişiklikler içeren Tasarı’nın hangi haliyle yasalaşacağı belli olmadığından, eserde bu değişiklikler ayrı bir başlık altında verilmiştir.



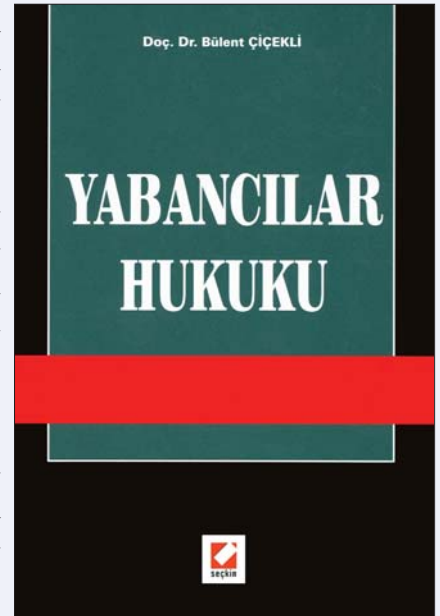
Doç. Dr. Bülent Çiçekli tarafından hazırlanan ve yabancılar hukukuna ilişkin konuların özgün bir sistematiğe incelendiği “**Yabancılar Hukuku**” isimli eser, “Yabancılar Hukukunun Genel İlkeleri”, “Yabancıların Hak ve Özgürlükleri” ve “Özel Statülü Yabancılar” başlıklı üç temel kısımdan oluşmaktadır.

“Yabancılar Hukukunun Genel İlkeleri” başlıklı birinci kısımda; yabancılar hukukuna giriş, yabancılar hukukunun kaynakları, yabancıların hak ve özgürlüklerinin belirlenmesinde başvurulan sistemler, uluslararası hukukta yabancıların hak ve özgürlükleri ve yabancıların hak ve özgürlüklerinin sınıflandırılması konuları ele alınmaktadır.

“Yabancıların Hak ve Özgürlükleri” başlıklı ikinci kısımda ise, yabancıların ülkeye girişleri, ikamet ve seyahatleri, çalışma hak ve özgürlükleri, eğitim ve öğretim özgürlükleri ve örgütlenme özgürlükleri, eşya ve miras hukukuna ilişkin hakları, sınır dışı edilmeleri, suçluların iadesi ve hak arama özgürlükleri incelenmektedir.

“Özel Statülü Yabancılar” başlıklı son bölümde ise, göçmenler ile mülteci ve sığınmacılara ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir.

Kitap, ulusal ve uluslararası literatürde benimsenen metot ve yaklaşımları sentezleyerek, yabancılar hukuku konularının özgün bir sistematiğe incelenmesini Türk hukuk literatürüne kazandırmayı hedeflemektedir.



Prof. Dr. Tankut Centel

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# “İşyerinin Bir Bölümünün Devri”nde Fiziki Mekan

## I. Giriş

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2003 yılında kabulünden önce, işyerlerinin devri konusunda, hep işyerinin tümü itibariyle devri söz konusu olmuştur. Çünkü, o dönemin iş yasaları, işyerinin devrine ilişkin genel nitelikteki bir düzenlemeyi içermediği gibi; bu dönemde uygulama alanı bulan Borçlar Kanunu'nun 179 ile 180 inci maddeleri de, işyerinin bir bölümü itibariyle devrini özel olarak ele almış değildir. 4857 sayılı İş Kanunu ise, altıncı maddesiyle, “işyerinin bir bölümünün devri”ne olanak tanımış durumdadır.

Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun altıncı maddesi, “işyerinin bir bölümünün devri”nden ne anlaşılması gerektiği konusunda, çok açık değildir. Böyle olunca, ilkin, ne tür bir devirde “işyerinin bir bölümünün devri”nden söz edilebileceği; sonra fiziki mekan terki olmaksızın yapılacak bir devrin, belirtilen kapsamda olup olmadığı ve de giderek, bu tür bir devrin mevcut iş sözleşmeleri üzerinde nasıl bir etkide bulunacağı hususları, açıklanmaya değer bulunmaktadır.

İşte, aşağıda yapılacak açıklamalarda, ilkin, işyeri kavramı çerçevesinde işyerinin bir bölümünden ne anlaşılması gerektiği ve sonra da, buna ilişkin devir sırasında ve sonrasında ortaya çıkabile-

cek fesih durumlarına ne gibi hukuki sonuçların bağlanacağı, irdelenmeye çalışılacaktır.

## II. “İşyerinin Bir Bölümünün Devri”

### 1. “İşyerinin bir bölümünün devri” kavramı

#### a. ) Kavramın mevzuata girişi

“İşyerinin bir bölümünün devri”; kavram olarak, daha önce belirtildiği üzere<sup>1</sup>, Türk iş mevzuatına 4857 sayılı İş Kanunu'nun altıncı maddesiyle girmiştir. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önceki iş yasaları; BK. m. 179-180 çerçevesinde, hep işyerinin tümüyle, yani tam olarak devrini temel almıştır. “İşyerinin veya bir bölümünün devri” madde başlığını taşıyan 4857 sayılı İş K. m. 6 ise, işyerinin kısmi devrine olanak tanıyan bir düzenlemeyi esas almıştır. Ancak, anılan maddeye ilişkin gerekçede, “işyerinin bir bölümünün devri”nin ne olduğu konusunda herhangi bir açıklama getirilmemiştir<sup>2</sup>.

#### b. ) Deyim uygunsuzluğu

“İşyerinin bir bölümünün devri” deyimini, söz ko-

## İş K. m. 6 hükmündeki “işyerinin veya bir bölümünün devri”yle, “tam devir”, yani işyerinin tümüyle devri ile “kısmi devir”, yani “bir bölümünün devri” olmak üzere bir “işyeri bölümü”nün devri anlatılmak istenmektedir.

nusu deyimın içeriği bakımından belirleyici olan İş K. m. 2/I tümce 2 ve II-III karşısında, uygun bir deyim olmaktan uzaktır. Gerçekten, “işyerinin bir bölümünün devri” deyimini duyan kişide yaratılan ilk düşünce, sanki işyeri bölünüp bir bölümü devredilecekmiş gibi yerinde olmayan bir izlenimin uyandırılmasıdır.

Oysa, İş K. m. 2/III, “*işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür*” hükmüyle, işyerinin bir bütün oluşturmasını öngörmektedir. Bunun gibi, İş K. m. 2/I tümce 2 hükmü de, işyerini “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” olarak tanımlamak suretiyle, “birim” olma kapsamında işyerinin bütün oluşturduğunu kabul etmektedir. İşyerinin bir bütün oluşturması esası benimsenecek olduğunda ise, bunun bölümlere ayrılıp devrini gerçekleştirmenin nasıl mümkün olacağı, merak konusudur. Bu bakımdan, söz konusu deyimın, isteneni anlatma açısından uygun bir deyim olmadığı görülmektedir.

Buradaki “işyerinin bir bölümünün devri” anlamıyla, “işyeri bölümünün devri” anlatılmak istenmekte olsa gerektir. Çünkü, İş K. m. 6’daki “işyerinin bir bölümü”ne, “*işyeri bölümü*”nden başka bir anlam verilmesi mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda, “işyeri bölümü” (Alman hukukundaki, “Betriebssteil”), asıl işyerinden coğrafi olarak uzakta bulunmayıp, örgütlenme ve sorumluluk alanı bakımından ondan bağımsız olmayan ama işyerinin ana amacı içinde iş tekniğine ilişkin belirli kısmi amaçları bağımsız biçimde izleyebilen yerleri anlatmaktadır<sup>3</sup>.

Buna göre, İş m. 6’nın başlığının, “*işyerinin ve*

*ya bir işyeri bölümünün devri*” ve anılan madde içeriğindeki “işyerinin bir bölümünü” de “*işyeri bölümü*” olarak anlaşılması, doğru ve yerinde olacaktır. Aksine görüşlerin ise, işyeri kavramının birlik ve bütünlük esasına ters düşeceği açıktır.

### c.) Kısmi devir bakımından kavramsal içerik

İş K. m. 6’yla düzenlenen “işyerinin bir bölümünün devri”, özelliği itibarıyla, hukuken kısmi devir niteliğindedir. Hukuki terimler kullanılırken, “tüm” ve “bütün” sözcüklerinin anlamlarına fazlaca dikkat edilmediğinde, öğretilerde sürekli “işyerinin bir bütün olarak devri”nden söz edilmekte<sup>4</sup> ve sanki bir de, işyerinin bir “bütün” olmaksızın devri söz konusu olmuş izlenimi yaratılmaktadır. Oysa, İş K. m. 2/I tümce 2 ve III’de yer alan hükümler karşısında, artık işyerinin bütün oluşturmaksızın devri, hukuken olanaksızdır. Nitekim, söz konusu hükümler, işyerini bir “bütün” olarak kabul etmektedir. Buna göre, burada anlatılmak istenen, işyerinin parçalanarak devrinin söz konusu olmayacağı olsa gerektir. Çünkü, İş K. m. 6 hükmündeki “işyerinin veya bir bölümünün devri”yle, “tam devir”, yani işyerinin tümüyle devri ile “kısmi devir”, yani “bir bölümünün devri” olmak üzere bir “işyeri bölümü”nün devri anlatılmak istenmektedir.

## 2. Maddi unsurların kısmi devir üzerindeki etkisi

### a.) İşyeri kavramı içinde maddi unsurların yeri

4857 sayılı İş Kanunu, bilindiği üzere, işyerini tanımlarken:

*“.. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.*

*İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.*

*İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.”*

anlatımlarını taşıyan hükümlere (m. 2/I tümce 2, II



ve III) yer vermiştir. Buna göre, işyeri; işverenin, maddi olan unsurlar ile maddi olmayanları bir araya getirip, bunları işçilerle birlikte örgütlediği bü-tünsel birim olmaktadır.

Söz konusu tanımdaki maddi unsurları, taşınır ve taşınmaz nitelikteki mallar oluşturmaktadır. İş görme borcunun yerine getirileceği fabrika binası ile ofislerin yer aldığı fiziki mekan da, anılan maddi unsurlar içinde bulunmaktadır. Buna karşılık, marka ile patent ve işletme hakları gibi gayri maddi unsurlar, işyerinin maddi olmayan unsurların kapsamındadır. İşte, işyeri kavramının ortaya çıkabilmesi; tüm bu maddi ve maddi olmayan unsurların, işveren tarafından işçiyle birlikte örgütlenmesine bağlıdır.

İşyeri kavramının varlığı için, ne maddi ve maddi olmayan unsurlar ve ne de işçi, tek başına yeterli görülmemektedir. Çünkü, İş K. m. 2/I tümce 2'deki "birlikte örgütlendiği" anlatımı, tek başına maddi/maddi olmayan unsurlar ile işçinin varlığının yetmeyeceğini göstermektedir. Bunun gibi, anılan hükümdeki "maddî olan ve olmayan unsurlar" anlatımında "veya" değil de sadece "ve" sözcüğüne yer verilmiş bulunduğundan, tek başına maddi olmayan unsurların işçilerle birlikte örgütlenmesi, işyerinin varlığı için yeterli olamamaktadır. Ayrıca, İş K. m. 2/II ve III hükmünde "yerler"den söz edilmesi karşısında da, fiziki mekanı işyerinden soyutlama olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda, somut olmayan, yani sanal nitelikteki ortamlar, İş K. m. 2/I-III hükmü karşısında, işyeri niteliğini kazanamamaktadır. Nitekim, internet üzerinden yapılan satışlar, sanal ortamda işyeri kavramını yaratmaya yeterli olmamaktadır. Buna göre de, fiziki mekanı oluşturan fabrika binaları ve ofisler; İş K. m. 2/I cümle 2, II ve III hükmü karşı-

sında, işyerinin zorunlu unsurları içinde yer almaktadır.

#### **b. ) İşyeri bölümünün devri ve maddi unsurlar**

##### **aa. ) Maddi unsurların tümünün devrinin gerekmemesi**

İşyerindeki mal ve/veya hizmet üretimi için gerekli bulunan bina, makine, araç ve gereç gibi taşınır veya taşınmaz nitelikteki mallar, işyeri kavramı içinde yer alan maddi unsurları oluşturur. İşyerinin veya bir işyeri bölümünün devri sırasında, bunların bir başkasına devri söz konusu olur.

Ancak, işyerinin veya işyeri bölümünün devrinden söz edilebilmesi için, maddi unsurların ve özellikle fiziki mekanların tümünün devri gerekmez. Burada önemli olan, iş tekniğine ilişkin amacın sürdürülebilmesi için önemli bulunan maddi unsurların devridir<sup>5</sup>.

Bu anlamda, her türlü "mamelek devri"nin, işyerinin devri sonucunu yaratacağı söylenemez. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi ise, mamelek devrinde devralan işverenin, devirden önce iş sözleşmesi sona erdirilen işçilerin alacaklarından sorumlu olduğuna karar vermek<sup>6</sup> suretiyle, sanki her türlü mamelek devrinde işyerinin devri sonucunun ortaya çıkacağını kabul etmiş bulunmaktadır<sup>7</sup>.

##### **bb. ) Fiziki mekanın devri gereği**

İşyeri veya bir işyeri bölümünün devri sırasında, maddi unsurlar bakımından, fiziki mekanlar devredilmeksizin İş K. m. 6 anlamındaki bir işyeri devrinden söz etmenin mümkün olup olmadığı noktasına açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Gerçekten, İş K. m. 6/I, "işyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer" hükmünü taşımaktadır. Söz konusu hükümde, dikkat edileceği üzere, "işyeri"nin veya "işyerinin bir bölümü"nin devrinden söz edilmekte ve bu devrin hukuki sonucu belirtilmektedir. Buna göre, buradaki işyeri veya işyerinin bir bölümü kavramının, İş K. m. 2/I tümce 2 ve II-III kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda, söz konusu hükümler de, daha önce<sup>8</sup> belirtildiği üzere, fiziki mekanın işyeri kavramı için gerekli zorunlu unsurların içinde yer aldığını kabul etmektedir. Böylece,

**Alman hukukunda bir işyeri bölümünün devrinden söz edilmesinde göz önünde bulundurulacak yedi kriter içinde, maddi aktiflerin (binaların) devredilip devredilmediği noktası yer almaktadır.**

## İşyeri kavramının fiziki mekandan soyutlanması, işverenin işçiyi onayını aramaksızın istediği yerde çalıştırabilmesine yol açacaktır; ki, mevcut hukuki sistem içinde, hukuken buna olanak tanınmamaktadır.

fiziki mekan devredilmeksizin İş K. m. 6 anlamında bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrini gerçekleştirmek, hukuken mümkün görünmemektedir.

Varılan bu sonucu, hukuki bazı gerekçelerin desteklediği görülmektedir. Nitekim, Alman hukukunda bir işyeri bölümünün devrinden söz edilmesinde göz önünde bulundurulacak yedi kriter içinde, maddi aktiflerin (binaların) devredilip devredilmediği noktası yer almaktadır<sup>9</sup>.

Sonra, her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu önceki iş yasalarının tersine işyerini işin yapıldığı yer olarak tanımlamamışsa da; işyeri kavramının maddi unsurlarını, işçinin iş gördüğü fiziki mekandan soyutlama olanağı yoktur.

Bunun gibi, işyeri kavramının fiziki mekandan soyutlanması, işverenin işçiyi onayını aramaksızın istediği yerde çalıştırabilmesine yol açacaktır; ki, mevcut hukuki sistem içinde, hukuken buna olanak tanınmamaktadır.

Diğer yandan, belirli bir iş faaliyetinin, bu faaliyetin görüldüğü fiziki mekanın devri söz konusu olmaksızın, o faaliyetin lisans sözleşmesinin satış suretiyle devredilmesi durumunda da, “işyerinin veya bir bölümünün devri”nden söz etme olanağı bulunmamaktadır.

Gerçekten, belirli bir iş faaliyetinin, söz konusu faaliyetin yapıldığı fiziki mekanın devrine gidilmeksizin, bu faaliyetin lisans sözleşmesinin satış suretiyle bir başkasına devri, kavram olarak, “işin devri” veya “iş devri” olarak adlandırılmak gerekir. İşyerinin veya bir işyeri bölümünün devri ise, yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, fiziki mekanın devrini zorunlu kılmaktadır. Buna göre, İş K. m. 6 hükmü İş K. m. 2 hükmüyle birlikte değerlendirilecek olduğunda; “işyerinin veya bir bölümünün devri”nin (İş K. m. 6/I), salt işin devri ve-

ya iş devri anlamını taşıyabilecek başkasının üzerine geçirme işlemlerini içermediği görülmektedir.

Ayrıca, maddi unsurlar ve özellikle fiziki mekan devredilmeksizin gerçekleştirilecek devir, işçinin bir başka işverene devri anlamını taşıyacaktır. Bir işyerinin sadece işçilerinin başka bir işverene verilmesi ise, işyerinin veya bir işyeri bölümünün devri için yeterli sayılmamaktadır<sup>10</sup>.

Bu bakımdan, tek başına “iş devri” veya “işin devri”, Türk iş mevzuatına yabancı bulunmakta; İş K. m. 6, işyerinin veya bir bölümünün devrinde, işin devriyle birlikte fiziki mekanın da devrini zorunlu kılmaktadır<sup>11</sup>.

### III. İşyeri Bölümünün Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi

#### 1. İş sözleşmesinin devralana geçmesi

İşyeri bölümünün devri sonrasında, devir tarihinde işyeri bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri, tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçecektir (İş K. m. 6/I).

Yasanın kabul etmiş olduğu bu esas, doğallıkla, işyeri bölümünün devrinden söz edilebildiği durumlar için söz konusudur. Buna göre, fiziki mekan devredilmeden yapılacak bir devir, mevcut iş sözleşmelerini etkilemeyecektir. Çünkü, salt işin devri olarak nitelenen bu gibi hallerde, işyeri bölümünün devrinden söz etme olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda, fiziki mekan devredilmeden gerçekleştirilmek istenecek devir, mevcut iş sözleşmesi üzerinde etki yaratmayacak ve iş sözleşmesi, işi devreden işverenle devam edecektir. Aksi takdirde, işi devralacak işverenin, işçiden kendi işyerinde işin görülmesini isteyebileceği kabul edilmiş olur ki; bunu, işyeri değişikliğinde işçinin onayının aranmasını öngören esaslarla bağdaştırmak, hukuken mümkün değildir.

#### 2. Devir sırasında ve sonrasında fesih hakkı

Devreden veya devralan işveren, salt işyeri bölümünün devri dolayısıyla iş sözleşmesini feshe kalkışamayacaktır. Bunun gibi, işyeri bölümünün devri, işçi yönünden de, fesih için bir haklı neden oluşturmayacaktır (İş K. m. 6/V tümce 1).

Ancak, “devreden veya devralan işverenin eko-



nomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları” ile işçi ve işverenlerin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakları, yasa tarafından saklı tutulmuştur (İş K. m. 6/V tümce 2).

#### IV. Sonsöz

İşyerinin devri konusunda, 4857 sayılı İş Kanunu’yla önemli bir adım atılmıştır. Ancak, söz konusu düzenlemenin, devre ilişkin sorunlara tam bir açıklık getirdiği söylenemez. Bu bağlamda, “işyerinin bir bölümünün devri”nin ne anlam taşıyacağı, öğreti görüşlerine bırakılmış durumdadır. Bununla birlikte, “işyeri bölümü”nü tanımlayan öğreti görüşlerinin varlığı ve yerindeliği, söz konusu belirsizliği gidermiş görünmektedir.

İşyeri bölümünün devrinin, İş K. m. 6 hükmüyle düzenlenmesine karşılık; söz konusu hükümden ayrı düşünülemez olan işyeri kavramının, İş K. m. 2/I-III’deki tanımında “işin yapıldığı yer” olma esasına yer verilmeyişi ise, yerinde olmamıştır. Çünkü, işyeri kavramını, maddi unsurları itibariyle, işçinin işini yapmakta olduğu yerden (fiziki mekandan) soyutlama olanağı yoktur. Nitekim, işyeri unsurları olmaksızın bir işin devrine olanak tanınmayışı da, bunu doğrular niteliktedir. Bu anlamda, de lege ferenda olarak, işyeri kavramının tanımlanması sırasında, yeniden maddi unsurlar içinde yer alan yer (mekan) unsurunun ön plana çıkarılması yerinde olacaktır.

#### DİPNOTLAR

- 1 Bak. yukarıda I.
- 2 Bak. M. Uçum/R. Çakmakçı (derl.), Gereğçeli Atıflı – Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Metinleri İle Birlikte İş Kanunu ve İlgili Temel Mevzuat, İstanbul 2003, 35-36.
- 3 Bak. B. Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, Münih 2004, 36-37; A. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Münih 2006, 77-78; M. Löwisch, Arbeitsrecht, Düsseldorf 2000, 128-129; L. Michalski, Arbeitsrecht, Heidelberg 2005, 251.
- 4 Bak. K. D. Yenisey, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme – Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İstanbul 2007, 201 vd.
- 5 Bak. M. Ekonomi, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi” – İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi (yay.), Prof.Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000, 344; Yenisey, 203.
- 6 Bak. Yarg. 9. HD., 14.102004-6354/23150 – C. İ. Günay, İş Kanunu Şerhi I, Ankara 2006, 280-281 No. 10.
- 7 Anılan kararın eleştirisi için bak. Yenisey, 203-204.
- 8 Bak. yukarıda II 2 a.

- 9 Bak. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, Stuttgart 2007, 211 k. no. 601.
- 10 Bak. Ekonomi, 341.
- 11 Ayrıca bak. Ekonomi, 346-347.

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının Üst Sınırı Sorunu

## GİRİŞ

Bildirimli (olağan) fesih, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin taraflarca belirli bir sürenin bitiminde serbestçe sona erdirilmesini mümkün kılan yenilik doğuran bir haktır. Kural olarak belirli süreli iş sözleşmelerinin bildirimli fesih ile sona erdirilmesi mümkün değildir (İş K. m. 17, 18). Ancak, istisnai olarak, belirli süreli iş sözleşmesi ömür boyu veya on seneden fazla bir süre için yapılmışsa, işçi on sene geçtikten sonra her zaman bir aylık süre vermek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir (BK.m.343).

Bildirimli fesihle iş ilişkisi, feshine ilişkin irade açıklamasının karşı tarafa ulaşmasından itibaren belli bir sürenin geçmesinden sonra sona erer. Amaç, bildirimli fesih yapılan tarafa, feshin ortaya çıkarabileceği mağduriyeti gidermek için önlem alma imkanının sağlanmasıdır. Bu anlamda örneğin, bildirim süreleri içinde işçi yeni bir iş arama, işveren de işçiden boşalan yere yeni bir işçi bulma olanlığına sahip olur.

4857 sayılı İş Kanunu'nda bildirim süreleri, işçinin kıdemine göre kanun koyucu tarafından belirlenerek, bu sürelerin asgari olduğu ve sözleşme ile artırılabilmesi (İş K. m. 17/II-D). Ancak, sürelerin taraflarca artırılabilmesinin üst sınırına ilişkin olarak Kanunda bir düzenleme geti-

rilmemiştir. Aşağıda, öncelikle bildirim sürelerinin tespitine ilişkin olan düzenlemeler hakkında kısaca bilgi verildikten sonra, taraflarca fahiş ve haksız nitelikte artırılan bildirim sürelerine hakim müdahalesi konusu üzerinde durulacaktır.

## 1. BİLDİRİM SÜRELERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER

### 1- 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Hükümler

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce duruma diğer tarafa bildirilmesi gerekeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre bildirim (feshi ihbar) süreleri bildirim karşı tarafa yapılmasından başlayarak, işyerinde altı aya kadar çalışmış işçiler için iki, altı ay ile birbuçuk yıla kadar çalışmış işçiler için dört, birbuçuk yıldan üç yıla kadar çalışmış işçiler için altı, üç yıldan fazla çalışmış işçiler için ise sekiz haftadır. Fesih bildirim karşı tarafa ulaşmasından başlayarak, öngörülen sürelerin geçmesinden sonra iş sözleşmesi feshedilmiş sayılır.

Görüldüğü üzere getirilen kanuni düzenlemede, bildirimli fesih için fesih bildirim süresi ve fe-

sih zamanı öngörülmüştür. Fesih bildirim süresi, kanunen veya sözleşme ile belirlenen ve fesih bildirimini gönderilmesi ile iş münasebetinin sona ermesi arasında bulunması gereken zaman sürecidir. Fesih dönemi ise iş münasebetinin sona erdiği andır<sup>1</sup>.

Maddede ayrıca; bu sürelerin asgari olduğu ve sözleşmeler ile artırılacağı öngörülmüştür (m. 17/III). Bu düzenleme nispi emredici nitelikte olduğu için, bu sürelerin azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması veya işçinin bu sürelerden feragat etmesi mümkün değildir. Ancak iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine artırılabilir. Aksi bir uygulama, bildirim sürelerinin öngörülmesi amacı ile bağdaşmaz. Diğer taraftan fesih bildirim sürelerinin kısa olarak belirlenmesini, ortadan kaldırılmasını veya bu sürelerden feragat edilmesini içeren sözleşme hükümleri geçerli değildir.

Diğer taraftan, bildirim sürelerine uyulmamasının yaptırımını da, İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre bildirim süresine uymayan taraf, diğer tarafa bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında bir tazminat ödemek zorundadır. Bu tazminata ihbar tazminatı denir (İş K. m. 17/IV). Maddede bildirim sürelerinin asgari olduğu ve sözleşme ile artırılacağı açıkça hükmü bağlanmıştır. O halde, bildirim süreleri sözleşme ile artırılmışsa, sürele uyulmaksızın iş sözleşmesinin feshi halinde ihbar tazminatı olarak, kanuni bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında tazminat değil, artırılan bildirim süreleri ile orantılı olarak artan ücret tutarında tazminat ödenecektir<sup>2</sup>.

## 2- Borçlar Kanunu'ndaki Hükümler

Borçlar Kanunu'nun 340. maddesinde öngörülen düzenlemeye göre, işçi ve işveren için değişik fesih sürelerinin kabul edilmesi mümkün değildir (m. 340/III).

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu'ndaki getirilen düzenlemede, İş Kanunu'nda olduğu gibi fesih bildirim sürelerinin artırılacağı öngörülmemiştir. Ayrıca işçi ve işverenlerin değişik fesih süreleri kabul edemeyeceklerine ilişkin hüküm, İş Kanunu'nda yoktur.

BK.m.340/III'de düzenlenen değişik fesih bildirim sürelerinin kararlaştırılmaması prensibi, hem işçi, hem de işveren için geçerlidir. Bu nedenle ta-

raflar istedikleri bildirim sürelerini her iki taraf içinde eşitlik esasına göre sözleşmeyle tespit edebilirler.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısında; İsviçre BK.m.335a/I'den esinlenerek getirilen düzenlemeye göre "fesih sürelerinin, her iki taraf içinde aynı olması zorunludur, sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih süresi uygulanır" (BK.Tasarısı m.431/V).

## 3- İsviçre Borçlar Kanunu'nun Hükümleri

İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1994 yılında yapılan değişiklik çerçevesinde eski Art. 336, yeni Art. 335a'da yer alan yeni düzenlemeye göre; işveren ve işçi, değişik fesih bildirim önelleri kararlaştırmaz; yani bildirim sürelerinin eşit olarak düzenlenmesi zorunludur (Art. 335a Abs.I OR). Eşit olarak belirleme kuralına uyulmaması halinde, her iki taraf için de uzun olan bildirim süresi kabul edilir (Art. 335a Abs. I. OR).

Ancak işveren iş ilişkisini ekonomik nedenlerle feshederse veya buna uygun niyetini açıklamışsa, taraflar anlaşarak iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işçi için kısa olan fesih bildirim süresi tespit edebilirler (Art. 335a. Abs. II OR). Ekonomik nedenler, birleşme, verimli hale getirme, sipariş azalması veya personel sayısında azaltmaya gitme zorunluluğu gibi işyerinin sevk ve idaresine ve devamlılığına ilişkin nedenlerdir. Bu nedenlerin işçinin davranışları veya verimliliği ile ilgisi yoktur<sup>3</sup>.

## II. BİLDİRİM SÜRELERİNİN SÖZLEŞMELERLE ARTIRILMASININ ÜST SINIRI

### 1- Toplu İş Sözleşmeleri ile Bildirim Sürelerinin Artırılmasının Sınırı Konusunda Yargıtay'ın Görüşü

4857 sayılı İş Yasası'nın 17. maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durunun diğer tarafa bildirilmesi için öngörülmüş olan fesih bildirim süreleri, işçinin kıdemine göre belirlenmiş, aynı maddenin 3. fıkrasında ise bu sürelerin asgari olup, sözleşmeler ile artırılacağı öngörülmüştür. Ancak getirilen düzenlemede, bu artırımın sınırı belirlenmemiştir.

Uygulamada tarafların toplu iş sözleşmeleri ile sözleşme yapma serbestisine dayanarak, Kanunda öngörülen sürelerin çok üstünde bildirim süreleri tespit ettikleri görülmektedir. İnceleme konumuzla bağlantılı olan ve Yargıtay'a intikal eden dava konusu somut olayda; toplu iş sözleşmesi taraflarınca 15.06.2003 ile 14.06.2004 tarihleri arasında geçerli olmak üzere, 25.08.2003 tarihinde imzalanmış toplu iş sözleşmesinin 23. maddesinde bildirim süreleri İş Kanunu'nun 17. maddesindeki sürelerden farklı olarak, "6 aydan az çalışan işçiler için 20 hafta, 6 ay - 1,5 yıl arası çalışan işçiler için 40 hafta, 1,5 - 3 yıl arası çalışanlar için 60 hafta ve 3 yıldan fazla hizmeti olanlar için 90 hafta olarak belirlenmiştir".

Toplu iş sözleşmesinin aynı hükmünde bildirim şartına uyulmadığı taktirde, artırılmış ihbar öneleri üzerinden ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği de açıkça kurala bağlanmıştır. Davacı ise, diğer talepleri yanında belirtilen toplu iş sözleşmesi hükmü uyarınca, işyerinde çalıştığı süreye göre 40 hafta üzerinden ihbar tazminatı talep etmiştir. Karardan, davalı işverenin, eski belediye başkanı ile sendika arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde ihbar önellerinin fahiş olarak belirlendiğini, bu taleplerin kanuni sınırlamanın dışındaki kısmının reddi gerektiğini savunduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın kararında özetle; yasal ihbar önellerinin 10 katından fazla önel öngörülmesinin, İş K. m. 17.'de korunmak istenen hukuki menfaatlerle açıklanmasının mümkün olmadığı, bu fahiş artırımın 2822 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan "kamu düzenine" aykırılık oluşturacağı, işçi lehine olarak getirilen bir artırımın bir sınırının olması gerektiği, aykırı düşüncenin "sözleşme serbestisi ilkesi ile çözüme gidilmesi durumunda zaman zaman hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara yol açabildiği", 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde bir üst sınır olmamasının "bu yönde bir boşluk bulunduğu yönünde değerlendirilmesi", "bu durumda toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ihbar önellerinin üst sınırının hakim tarafından tayin edilmesi" gerektiği, "toplu iş sözleşmesi ile öngörülen ihbar önellerinin yüksek oluşu ve buna uyulmadığı taktirde ödenmesi gereken ihbar tazminatı tutarının işverenin fesih hakkını "önemli ölçüde sınırlandırdığı", "işçilere Yasanın tanıdığı koruma sınırlarının önemli ölçüde dışına çıkılarak olağanüstü haklar edinmelerinin sağlanmak istendiği", "toplu iş sözleşmesi yapma hakkının Anayasa'nın 53. maddesinde ifadesini bulan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın kötüye kullanılmasının yasalar karşısında korunmaması gerektiği" ifade edilerek, bu gerekçelerle ihbar tazminatı tutarının hakim tarafından taktir olunması sonucuna ulaşılarak çözüm hakkının taktirine bırakılmıştır<sup>5</sup>. Bu durumda hakimin sözleşmeye müdahalesinin yerinde olup olmayacağı sorusu önem kazanmaktadır.

leşmesi yapma hakkının Anayasa'nın 53. maddesinde ifadesini bulan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın kötüye kullanılmasının yasalar karşısında korunmaması gerektiği" ifade edilerek, bu gerekçelerle ihbar tazminatı tutarının hakim tarafından taktir olunması sonucuna ulaşılarak çözüm hakkının taktirine bırakılmıştır<sup>5</sup>. Bu durumda hakimin sözleşmeye müdahalesinin yerinde olup olmayacağı sorusu önem kazanmaktadır.

## 2- Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi Kavramı ve Türleri

Hakimin sözleşmeye müdahalesi tarafların talebi üzerine; sözleşmenin yorumu, sözleşmenin tamamlanması ve sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>6</sup>. Hakim talep üzerine bu üç tür faaliyette bulunurken MK. m. 2/I'deki doğruluk ve dürüstlük ilkesinden, MK. m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağından, MK. m. 1/II'deki kanun boşluğunda hakimin hukuk yaratması yetkisinden, MK.m. 1/II'deki bilimsel ve yargısal içtihatlardan yararlanmaktadır.

İnceleme konusu somut olaya ilişkin davadaki TİS'nin 23. maddesindeki bildirim sürelerini, Kanunda öngörülenin (İş K. m. 13) on katı kadar artıran ve bu şekilde uygulanması ve buna bağlı ihbar tazminatı ödenmesi talepleri, az önce sözü edilen klasik hakimin sözleşmeye müdahalesi kavramı kapsamında bulunan hakim tarafından sözleşmenin yorumu, tamamlanması ve uyarlanması ile doğrudan hukuki çözüme kavuşturulması mümkün olmayan taleplerdir.

## 3- Dürüstlük Kuralı İlkesi ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Görevleri

İsviçre doktrininde baskın görüş<sup>7</sup> Medeni Kanun'un 2. maddesinin 1 ve 2. fıkra hükümlerine yerinde olarak iki farklı fonksiyon (görev) tanımlanmaktadır.

MK m. 2/I'deki doğruluk ve dürüstlük kuralı şartları varsa, ilke olarak kanun ve hukuki işlemlerin, öncelikle sözleşmelerin yorumunda, tamamlanması ve uyarlanmasında başvurulacak ve uygulanan bir kuraldır.

MK. m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması ya-

sağı, gerçek olmayan kanun veya sözleşme boşluklarının müsbet hukuk tarafından tanınmasına imkan veren, kanun veya sözleşme hükmünün düzeltilmesini kapsayan, norm (kural) düzeltme fonksiyonu (görevi) olan bir kuraldır.

Gerçek olmayan kanun veya sözleşme boşluğu, kanun veya sözleşmede belli bir sorunla ilgili çözüm ve cevap bulunmakla birlikte, bu çözümün ve cevabın, somut olayda esas bakımından tamamen yetersiz kalması, yani haksız, fahiş ve açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bir sonuç ortaya çıkarması durumunda<sup>8</sup> söz konusu olur. Bunun sebebi ise, kanun koyucunun veya sözleşme taraflarının bu konu ile ilgili düzenleme (somut olayda ihbar sürelerine bir üst sınırlama) öngörmemeleridir.

Kanun boşluğunun doldurulması yasa koymayı gerektirdiğinden ilke olarak yasaktır. Ancak hakim, mevcut gerçek olmayan kanun boşluğunu, MK. m. I/II veya MK. m. 4'deki ölçü ve ilkelere göre doldurması mümkündür<sup>9</sup>.

MK. m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağı veya kötüye kullanılmaması ilkesinin hukuki kurumların, örneğin mülkiyet hakkının veya yenilik doğuran haklardan olan fesih serbestisi hakkının, kanunda tanınmış olan amaç dışı kullanılmasını engelleyen veya hakkın tanınış amacı dışı kullanılmasını yasaklayan bir düzeltici görevi de mevcuttur<sup>10</sup>.

## SONUÇ

Hakim, taraflar arasındaki somut olayla ilgili davada, ihtilaf konusu TİS'nin 23. maddesinde fahiş ölçüde artırılmış bildirim süreleri ve buna bağlı olarak hesaplanan ihbar tazminatlarını, sözleşme serbestisi ilkesi ile buna bağlı fesih serbestisi ilkesinin amaç dışı kullanıldığını, ihbar önellerinin üst sınırının da Kanunda (kanun boşluğu) öngörülmediğini gözönünde bulundurarak, taraflarca haksız ve fahiş olarak kararlaştırılmış TİS'in 23. maddesindeki ihbar önellerini, MK. m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağının, hakkın tanınış amacı dışında kullanılmasını yasaklayan düzeltici ve düzenleyici fonksiyonu (görevi) kapsamında, hakim sözleşmeye müdahalesi niteliğinde düzeltebilir.

Hakimin bu düzeltme yetkisi de hukuka uygun düşer ve yerindedir. Hakim bu düzeltmeyi yaparken, Borçlar hukuku mevzuatımızda sürekli uzun

sürelili ilişkilerden olan, BK. m. 520 ve devamında düzenlenmiş, adi şirketlerde öngörülmüş bulunan, azami altı aylık feshi ihbar süresini (BK m. 536/D) kıyasen dikkate alarak, TİS'deki bildirim sürelerinin üç yıldan fazla devam eden hizmet ilişkileri için, 24 hafta üst sınırı ile sınırlandırılması şeklinde düzeltme yapabilir. Böylece ihbar tazminat talepleri de azami bu 24 haftalık önel süresi ile sınırlandırılmış olur<sup>11</sup>.

## DİPNOTLAR

- 1 Rehbindler M. Schweizerisches Arbeitsrecht, 14 Aufl. Bern. 1999, s.140.
- 2 Y.9.HD. 1.4.2003, E. 21541, K. 5474 İŞv. D. Ağustos 2003, s. 16. Ekonomi, M. Ferdi İş Hukuku, 3. Baskı, İst., 1984, s. 184; Çelik N. İş Hukuku Dersleri, 20. Baskı, İst. 2007, s. 201; Narmanlıoğlu, Ü. İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I. 3. Baskı, İzmir 1998, s. 294; Centel, T. İş Hukuku C. I, Bireysel İş Hukuku, İst. 1994, s. 191; Kaplan, E.T. İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1992, s. 69 vd.; Süzek, S.; İş Hukuku, 2. Baskı, İst. 2005, s. 416; Demir, F. İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, İzmir 2005, s. 326; Kaplan, E.T.; Fesih bildirim önellerinin sözleşme ile değiştirilebilmesi, Türk Kamu-Sen. D. Cilt II, Haziran 1988, S. 4; s. 5 vd.; Aksi görüş, Mollamahmutoğlu, H.; İş Hukuku, 2. Baskı, Ank. 2005, s. 543.
- 3 Vischer F.; Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel, 2005, s. 233.
- 4 Y.9.HD., 21.03.2006, E. 2006/109, K. 2006/7053; Yargıtayın bir önceki kararına konu olan olayda da; Toplu İş Sözleşmesinin 23. maddesinde; bildirim önelleri 6 aydan az çalışan işçiler için 10 hafta, 1,5 yıl arası çalışanlar için 40 hafta ve 3 yıldan fazla hizmeti olanlar için 65 hafta olarak belirlenmiştir. Toplu iş sözleşmesinin aynı hükmünde bildirim şartına uyulmadığı takdirde, artırılmış ihbar önelleri üzerinden ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği de öngörülmüştür. Y9.HD. 11.04.2006, E: 2006/2630; K. 2006/9547.
- 5 Yargıtay'ın söz konusu her iki kararının, toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırı olduğuna ilişkin K. Bakırcı'nın incelemesi için bkz. Sicil, İHD, Mart 2007, S.5, s. 106-113; Yargıtay'ın 21.03.2006 tarihli kararındaki görüşünün yerinde olduğu hakkında, bkz. H. Kızıloğlu'nun karar incelemesi; Sicil, İHD, Eylül 2007. S. 7, s. 77.; İş sözleşmesinin hakim tarafından uyarlanması hakkında; bkz. Çelik, s. 562, orada belirtilen yazarlar.
- 6 Kaplan, İ., Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 11.
- 7 Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern, 1998, N. 3.14 ve 3.22; Honsell, Basler Kommentar zum ZGB, 2. Auflage; Basel/Genf/München, 2002, Art.2. N.51.; Baumann, Zürcher Kommentar zum ZGB, Art. 2, N.323 vd.; BGE 120 III 134; BGE 121 III 226.
- 8 Kaplan, s. 92-94; Hausheer/Jaun, N.2. 174-2.180.
- 9 Hausheer/Jaun, N. 2.180.
- 10 Honsell, Art.2 N. 51; Hausheer/Jaun, N. 3.143-3.149.
- 11 Alman Medeni Kanunu'nun, hizmet akdi ile ilgili 624. paragrafında; feshi ihbar önellerinin üst sınırı 24 hafta olarak öngörülmüştür. Bu üst sınır, TİS ve hizmet akitleri ile aşılamaz; Soergel-Kraft, BGB § 624, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin Köln, 1997, Rz. 1-2.



Prof. Dr. Savaş TAŞKENT

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

# Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı

## 1. İş Kanunu'na Egemen Olan Anlayış

Bilindiği üzere, iş hukuku işçinin korunması ihtiyacından doğmuş bir hukuk dalıdır. İşçi hem ekonomik hem de hukuki (kişisel) bakımdan işverene bağımlı olarak çalıştığı için zayıf durumdadır, dolayısıyla korunması gerekir.

Sözü edilen korumanın ölçüsü zamanla değişiklik gösterse de, koruma ihtiyacı veya ilkesi bu hukuk dalının önemli bir özelliği sayılır.

Böyle olmakla birlikte, son zamanlarda kendini gösteren ekonomik ve teknolojik gelişmeler, küreselleşme olgusunun uluslararası rekabeti ciddi bir biçimde körüklemesi, işçinin yanında veya işçi ile birlikte işletmelerin de korunması gereğini ortaya çıkarmıştır.

İşletmelerin daha verimli, daha üretken ve daha kârlı çalışabilmelerinin sağlanması amacıyla, işverenlere, faaliyetlerini hizmetin veya üretimin gereklerine göre düzenleyebilme olanağının sağlanması için çaba gösterilmiştir. Bu bağlamda olmak üzere, klasik çalışma biçimlerinde “değişim” meydana gelmiş; “esneklik” içeren yepyeni modeller uygulamaya konulmuştur.

Öte yandan, işçinin korunması ihtiyacı da bir

sosyal olgu olarak geçerliliğini sürdürdüğünden, bu ikisini birlikte ifade etmek üzere “güvenceli esneklik” kavramı kullanılmaya başlanmıştır<sup>1</sup>.

Yeni bir iş kanunu hazırlamakla görevlendirilen Bilim Kurulu, iş hukuku alanındaki bu gelişmeleri göz önünde tutmuş; işçinin korunması ilkesi (sosyal koruma) ile esneklik uygulamaları arasında sağlıklı bir dengenin kurulması için gayret göstermiştir.

İşte, 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu bu anlayışın ürünüdür; “güvenceli esneklik” içeren bir yasa olma özelliğini taşımaktadır.

Gerçekten de, 4857 sayılı İş Kanunu'nda 18 ve devamı maddelerinde “işçinin işi”, 33 ve devamı maddelerinde “işçinin ücreti” ve 77 ve devamı maddelerinde de “işçinin sağlığı” güvence altına alınmış, bu yolda hükümler getirilmiştir. Buna karşılık, Yasada işverenlere de esneklik sağlayan düzenlemelere yer verilmiştir. Yasanın 7. maddesindeki “geçici iş ilişkisi”, 11. maddesindeki “belirli süreli iş sözleşmeleri”, 13. maddesindeki “kısmi süreli iş sözleşmesi”, 14. maddesindeki “çağrı üzerine çalışma” ve 63. maddesindeki “denkleştirme suretiyle çalışma” esnekliğin başlıca örnekleri olarak sayılabilir.

İncelenen konu açısından önemli olan husus,

belirli süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırma olanağının bir esneklik uygulaması olarak kendini göstermesidir. Dolayısıyla, 4857 sayılı İş Kanunu'nun TBMM'de değiştirilerek kabul edilen belirli süreli iş sözleşmelerinin 11. maddesi yorumlanırken, Yasanın yukarıda belirtilen amacı ve içinde bulunduğu dönemin ihtiyaçları göz önünde tutulmalıdır.

## II. Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Düzenlemenin Uluslararası Dayanakları

Belirli süreli iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenmiş; 12. maddede de belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının sınırları çizilmiştir.

Maddenin gerekçesinde, tarafların bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri ILO'nun "İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi hakkında 158 sayılı Sözleşme" ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan "Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması"na uygun sınırlamalara tabi tutulduğu ifade edilmiştir.

Böyle olduğuna göre, önce sözü edilen Sözleşme ile Yönergedeki düzenlemelere değinilmelidir.

İş güvencesine ilişkin olan 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nde, belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanmasıyla ilgili iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçilerin Sözleşme hükümlerinin uygulanma alanı dışında bırakılabileceği belirtilmiş; ancak bunun ardından Sözleşmenin işçileri koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmasına karşı yeterli güvencelerin alınması gereğine işaret edilmiştir (m. 2).

Görülüyor ki, ILO Sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin bir sınırlama öngörmüş değildir. Sözleşmenin Devlete yüklediği yüküm, işverenlerin işçileri iş güvencesi hükümleri dışında bırakmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmeleri yapmalarının, açıkçası belirli süreli iş sözleşmesi yapm hakkını kötüye kullanmalarının önlenmesidir.

Avrupa Birliği'nin belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 99/70 sayılı Yönergesi'nin 1. paragrafında, bu çerçeve anlaşma ile iki amaç güdüldüğü ortaya konulmaktadır. Bunlardan birincisi, ayırım yasağı ilkesinin uygulanmasıyla belirli süreli iş ilişkileri-

nin kalitesinin yükseltilmesidir. Diğeri ise, belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının önlenmesi için bir çerçeve belirlenmesidir.

Yönergenin 3. paragrafında, belirli süreli istihdam edilen işçi tanımlanmıştır. Tanım aynı zamanda belirli süreli iş sözleşmesini de belirlemektedir. Yönergeye göre, belirli süreli istihdam edilen işçi, sona erme zamanının belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara göre belirlendiği, işveren ile işçi arasında yapılan bir iş sözleşmesi ile çalışan kişidir<sup>2</sup>.

Yönergenin 5. paragrafı "*Kötüye kullanmayı gerektirecek önlemler*" başlığını taşımaktadır. Burada ise, üst üste (zincirleme) yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri yolu ile kötüye kullanmanın önlenmesi için üç hususa işaret edilmektedir<sup>3</sup>:

a) Belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesini (uzatılmasını) haklı kılabilecek objektif nedenler bulunmalıdır.

b) Üst üste yapılacak olan iş sözleşmelerinin toplam azami süresi saptanmalıdır.

c) Bu tür sözleşmelerin geçerli olarak kaç kez uzatılabilecekleri belirlenmelidir.

Avrupa Birliği'nin söz konusu Yönergesi'nde dikkati çeken husus, burada amaçlananın, belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste (zincirleme) yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının önlenmesi olduğudur. Yönergede bu konuda önlem alınması istenmektedir. Buna karşılık, bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için herhangi bir sınırlandırma, açıkçası "objektif neden" öngörülmesi değildir<sup>4</sup>. Nitekim, Yönergenin "*Genel Düşünceler*" başlıklı giriş bölümünde, belirli süreli iş sözleşmelerinin belirli işkolları, meslekler ve işler için karakteristik nitelik taşıdıkları ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılama olanağına sahip oldukları ifade edilmiş bulunmaktadır (m. 8).

Yönergede dikkati çeken diğer husus, belirli süreli istihdam edilen işçinin (veya belirli süreli iş sözleşmesinin) tanımında -aynen 4857 sayılı İş Kanunu m.11/1'de olduğu gibi- "objektif koşul" (objektive Bedingungen, objective conditions, conditions objectives) teriminin kullanılmış olmasıdır.

Buna karşılık, Yönerge, belirli süreli iş sözleşmesinin uzatılmasında (yenilenmesinde -yine ay-

nen İş Kanunu m.11/2'de olduğu gibi- objektif (esaslı) neden (sachliche Gründe, objective reasons, des raisons objectives) aramaktadır.

Farklı anlam taşıyan bu iki terimin bilinçli olarak kullanıldığı açıktır.

Bu nokta, Türk hukukunda bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde de “objektif (esaslı) neden” arayanların gözardı ettiği bir ayrıntıdır; ama önemli bir ayrıntıdır.

### III. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yasamızdaki Düzenleniş Biçimi

Bilindiği üzere, belirli süreli iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmaktadır:

*“Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.”*

Oysa, Yasa Tasarısının (Yasanın 11. maddesini karşılayan) 12. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesi aşağıdaki gibi tanımlanmış bulunmaktaydı:

*“Belirli süreli iş sözleşmesi, süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya işçinin üstlendiği işin türü, amacı veya niteliğinden süresinin belirli olduğu anlaşılan sözleşmedir.”*

Yine bilindiği üzere, Tasarının TBMM'de görüşülmesi sırasında belirli süreli iş sözleşmesinin tanımına ilişkin olarak değişiklik önergesi verilmiş; önerge kabul edilerek Yasanın 11. maddesinin birinci fıkrası Tasarıdakinden farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Ne var ki, belirli süreli iş sözleşmesi tanımlanırken örnek alınan AB Yönergesi tam olarak benimsenmediği ve araya “yazılı şekil”de konulduğu için madde tartışmalı ve Yasanın 8. maddesi ile çelişkili bir hale getirilmiş bulunmaktadır.

Maddenin Yönergeden ve Tasarıdan farklılık taşıyan yönü her şeyden önce cümle yapısındaki bozukluktur. Gerçekten de, söz konusu tanımda aradaki belirli sözcükler çıkarıldığında, “Belirli süreli işlerde ... yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir” gibi anlamsız bir ifade kendini göstermektedir. Bunun yanında, tanımda -Yönergede olduğu gibi- belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasına yol açan iki örneğe yer verilmiş; bunlar gibi ob-

jektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği öngörülmüştür.

Belirli süreli iş sözleşmesini düzenleyen 11. maddenin ilk fıkrasında “objektif koşul” terimine yer verilmesi ve “yazılı şekil” koşulunun eklenmesi, öğretide yanlış algılamaya, zihin karışıklığına yol açmıştır. Öğreti, “belirli süreli işlerde” yapılan iş sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği yolunda yorumlar yapmak; bunun yanında, 11. maddenin 1. fıkrasını maddenin 2. fıkrası ile ve ayrıca Yasanın 8. maddesi ile bağdaştırabilecek çözümler üretmek için çaba göstermek zorunda kalmıştır. Bunda pek de başarı gösterildiği söylenemez.

#### 1. “Belirli Süreli İşlerde” ifadesinin anlamı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesi tanımlanırken, “belirli süreli işlerde”, “belli bir işin tamamlanması” ve “belirli bir olgunun ortaya çıkması” gibi objektif koşullardan söz edildiği görülmektedir. Aslında bunlar, “objektif” denilen koşullar için verilen örneklerdir<sup>5</sup>.

Bu örneklerden, birincisini, yani “belirli süreli işler” deyimini Alpagut şu şekilde açıklamaktadır: “Belirli süreli iş, iş sözleşmesinin yapılması sırasında işin sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği işlerdir”<sup>6</sup>. Ulucan da benzer bir açıklama yapmaktadır: “İşin belirli süreli olmasının anlamı, işin niteliği gereği baştan itibaren ne kadar sürede biteceğinin bilinmesi veya bilinebilir olmasıdır”<sup>7</sup>. Yazarlar bu söylediklerini açıklamak üzere, bir binanın kaba inşaatının objektif ölçüler içinde ne kadar sürede tamamlanacağını bilinmesini veya işyerinde bahçe tanziminin yapılmasını örnek olarak vermektedirler.

“Belirli süreli işler” deyimine ilişkin olarak yapılan açıklama, aslında anlamsız bir söze anlam verme çabası olarak değerlendirilebilir. Yukarıda işaret edildiği gibi, aradaki bazı ifadeleri kaldırdığınızda bunun gerçekten herhangi bir anlam taşımadığı ortaya çıkmaktadır. “Belirli süreli işlerde ... yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir” demek bir tanımlama değildir. Bu ifadeden hareketle, belirli süreli iş deyimini sözleşmenin yapılması sırasında işin sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği işler, biçiminde açıklamak, sadece bir yakıştırma olarak değerlendirilebilir. Bu açıkla-

ma üzerinde durulan deyim değil, genel olarak belirli süreli iş sözleşmesini tanımlar. Şayet deyim ile yapılan bu açıklama anlaşılıysaydı, “belli bir işin tamamlanması” veya “belli bir olgunun ortaya çıkması” örneklerinin verilmesine gerek kalmazdı. Zira, belli bir işin tamamlanması için yapılan sözleşme gibi, belli bir olgunun ortaya çıkması üzerine yapılan sözleşme de, sona erme zamanı belli olan veya belirlenebilir (öngörülebilir) olan sözleşmelerdir. Nitekim, Ulucan “bir olgunun ortaya çıkması” deyimini açıklarken, “böyle bir olgu ortaya çıktığında, taraflarca işin ne kadar süreceği biliniyor veya bilinebilecek durumdaysa, söz konusu işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkündür”<sup>8</sup> demekle, bu söyleneni haklı kılmaktadır. Bunun gibi, Alpagut da belirli süreli iş deyişine içeriğinde olmayan bir anlam yüklediği için, “belli bir işin tamamlanması” örneğini açıklarken, bunun, bir inşaatın tamamlanması, bir projenin yürütümü gibi örneklerde görüldüğü üzere, işgücü ihtiyacı bakımından geçici bir işin varlığını gerektirdiğini söylemektedir. Böyle olduğu içindir ki yazar, bunun “Yasa’da ayrı bir grup olarak ele alınmasının izahı bulunmamaktadır” sonucuna varmaktadır<sup>9</sup>. Bu anlamsız deyişe bir anlam vermeye çalışan Çelik ise, “sözleşmenin belirli süreli işlerde” yapılması ile sürenin “zaman ve tarih olarak” belirlenmesi anlaşılmalıdır, görüşünü öne sürmektedir<sup>10</sup>. Mollamahmutoglu da “Avrupa normlarında olduğu gibi “belirli bir tarihin gelmesi” ve bu bağlamda tarafların, objektif nedenlerden bağımsız olarak bir tarih belirleyerek sözleşmeyi belirli süreli yapabilecekleri yönündeki olanak, md.11/f.1’de yapılan belirli süreli iş sözleşmesi tanımına göre nasıl söz konusu olabilecektir, doğrusu merak konusudur” demekte ve bu konudaki farklı görüşlere işaret etmektedir<sup>11</sup>.

Öğretinin yasadaki bu deyişi yorumlamakta sıkıntı çektiği görülmektedir.

AB Yönergesi’nin 3. paragrafındaki belirli süreli iş sözleşmesini içeren tanımda bulunan “sona erme zamanının belirli bir tarihe ulaşma” ifadesi yerine İş Kanunu’nda “belirli süreli işlerde” deyişinin benimsenmesinin işaret edilen sorunu veya sıkıntıyı yarattığı açıktır.

## 2. “Objektif koşul” teriminin anlamı

Yukarıda da işaret edildiği üzere, İş Kanunu Tasarısı’ndaki belirli süreli iş sözleşmesi tanımında

“objektif koşul” ifadesi bulunmamaktaydı. Tasarı TBMM’de görüşülürken verilen bir önerenin kabulü ile AB Yönergesi’ndeki “sona erme zamanının belirli bir tarihe ulaşma” ifadesi yerine “belirli süreli işlerde” sözcükleri konulmuş ve yine Yönergede olmayan “yazılı şekilde” yapıma öngörülmüştür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Meclis’te yapılan değişiklik maddeyi dayanağı olan AB Yönergesi’nden uzaklaştırmamış; tam tersine Yönergedeki düzenlemeye daha da yaklaştırmıştır. İş Kanunu Tasarısı’nda Alman “Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Kanun” esas alınmışken (§ 3/1); Meclis’te yapılan değişiklikte esas alınan söz konusu AB Yönergesidir.

Tasarıdaki (ve Alman yasadaki) tanımda olmayan “objektif koşul” terimine Yasada yer verilmesi öğretiyi neredeyse oybirliği içinde belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında da “objektif (esaslı) neden” aranacağı; bu yoksa sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı görüşüne götürmüştür<sup>12</sup>.

Kimi yazarlar açıkça, tarafların yaptıkları iş sözleşmesini belirli süreli olarak belirlemelerine, bu bağlamda olmak üzere sözleşmenin sona ereceği tarihi saptamaların rağmen, Yasanın 11/1. maddesinde sözü edilen objektif koşullar yoksa -işverenin herhangi bir kötü niyeti bulunmasa dahi- bu sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağını söylemektedirler<sup>13</sup>. Kimileri ise, bunu belirli süreli iş sözleşmesinin tanımında yer alan “objektif koşul” ifadesinin doğal bir sonucu olarak görmektedirler<sup>14</sup>.

Aslında hiç kuşku duymamak gerekir ki, böyle bir durumda, sözleşmenin sona ereceği zamanın belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi bir objektif koşula bağlı olarak belirlendiği tipik bir “belirli süreli iş sözleşmesi” söz konusu olur.

Kanımca, buradaki yanlış, AB Yönergesi’nde ve İşK.m.11’de kullanılan “objektif koşul” ile “objektif (esaslı) neden” kavramlarının aynı anlama geldiğinin kabulünde kendini göstermektedir.

Yukarıda değinildiği gibi, AB Yönergesi’nde, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin tanımında “objektif koşul” (§ 3); sözleşmesinin uzatılmasında ise “objektif (esaslı) neden” (§ 5) terimleri kullanılmaktadır. Bu olgu İş Kanunu m.11’de aynen benimsenmiş bulunmaktadır.



Bu terimlerden birincisi, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sonunun objektif olarak belirlenmesini deyimler. Bir başka söyleyişle, tanımda belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin objektif örnekler gösterilmektedir. Bunlar Yönergeye göre, belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkmasıdır. İş Kanunu'nda farklı olan ise, belirli bir tarihe ulaşma örneği yerine, bir anlam taşımadığı açık olan "belirli süreli işlerde" deyişine yer verilmiş olmasıdır. Söz konusu iki tanımda başka önemli bir fark yoktur.

Diğeri ise, birincisinden farklıdır; belirli süreli iş sözleşmesinin uzatılmasında (yenilenmesinde) kötüye kullanmayı önlemek üzere, bunun için "objektif (esaslı) bir neden" bulunması gereğini ifade eder. Yönergede (§ 5) olduğu gibi, İş Kanunu'nda da (İşK. m. 11/2) böyle bir nedenin bulunmaması durumunda belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli sayılacağı bir yaptırım olarak öngörülmüş bulunmaktadır.

İşte bu ayrımı gözardı eden kimi yazarlar objektif koşul yerine objektif neden terimini kullanmakta ve bundan hareketle bir defa için de yapılırsa, sözleşmenin belirli süreli sayılması için "objektif neden" aramaktadırlar.

#### IV. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Belirsiz Dönüşmesi

Yapılan bu açıklamaların ışığında, belirli süreli iş sözleşmesinin bir kez yapılmasında objektif (esaslı) neden aranıp aranmayacağı; böyle bir nedenin yokluğunda iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kabul edilip edilmeyeceği hususları üzerinde daha ayrıntılı bir biçimde durulmalıdır.

Yukarıda değinildiği üzere, İş Kanunu Tasarısı'nda belirli süreli iş sözleşmesi tanımlanırken herhangi bir "koşul" veya "neden" öngörülmüş değildi. Madde gerekçesinde -AB Yönergesinin "Genel Düşünceler" başlıklı giriş bölümünden (m. 8) aynen alınarak- belirli süreli iş sözleşmelerinin bazı işkolları, meslekler ve işler için karakteristik bir anlam taşıdığı ve bu tür sözleşmelerin işletme ve işyeri gereklerinden olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının engellenmesi açısından bu sözleşmelerin esaslı (objektif) bir neden olmadıkça üst üste yapılmalarının önlenmesi gereğine işaret edilmiştir.

Gerekçede, belirli süreli iş sözleşmesinin hangi halde belirsiz dönüşeceği şu sözlerle açık bir biçimde ifade edilmiştir: "Buna göre, esaslı bir sebep olmadıkça, belirli süreli iş sözleşmesi ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşerek işçi bu tür sözleşmenin koşullarından ve bu arada feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanacaktır".

Tasarının belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin maddesi TBMM'de görüşülürken verilen bir önergeyle tanımda değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklik yukarıda açıklandığı için burada tekrar belirtmeye gerek görülmemektedir. Ancak, önergenin gerekçesi incelenen sorun bakımından son derecede önemlidir. Gerekçede ilgili AB Direktifine (Yönergesine) işaret edilmekte ve "Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılırken, sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil, sürenin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de, sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiştir" denilmektedir.

Görülüyor ki, TBMM'de yapılan değişikliğin amacı, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımını AB Yönergesi'nin 3. maddesi doğrultusunda düzenlemektir. Sözleşmenin süresinin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiş; belirli süreli iş sözleşmelerinin hangi hallerde yapılabileceği belirtilmiştir.

Gerekçeden alınan bu sözler, maddedeki "objektif koşul" teriminin sözleşmenin süresi ile ilgili olduğunu açıkça göstermektedir. Maddenin, kendisinde olduğu gibi, gerekçesinde de belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasında objektif (esaslı) neden aranacağına dair en küçük bir işaret yoktur. Kaldı ki, TBMM'nin iradesi bu yolda olsa idi, madde gerekçesinde ona göre değişiklikler yapması; en azından "belirli süreli iş sözleşmesinin ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşeceği" sözlerini metinden çıkartması kaçınılmaz olurdu.

Özetle, maddenin ifadesindeki bozukluk ve Yönergedeki tanımda bulunmayan ve İş Kanunu içinde çelişki yaratan "yazılı şekil" koşulu bir yana bırakılırsa, Meclis'te yapılan değişikliğin, Avrupa Birliği'nin ilgili Yönergesine uyum sağlama amacına yönelik olduğu tartışma dışıdır.

#### 1. Belirli Avrupa Ülkelerindeki Düzenlemeler

Makalenin başında belirtmeye çalışılan gelişme-



ler sonucunda, işverenleri yatırıma teşvik etmek, yeni iş alanları yaratmak ve böylelikle önemi giderek artan istihdam sorununa bir çözüm bulabilmek bakımından, çalışma ilişkilerinde esneklik sağlayıcı önlemlere başvurulduğu görülmektedir. Belirli süreli iş sözleşmeleri ile istihdam bu önlemler arasında önemli bir yer tutmaktadır<sup>15</sup>.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin birçoğunda bu eğilim doğrultusunda yasal düzenlemeler yapılmış ve nihayet Avrupa düzeyinde örgütlenmiş bulunan işçi ve işveren konfederasyonlarınca kabul edilen "Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Anlaşma" Avrupa Birliği Konseyi'nce 99/70 sayılı Yönerge ile yürürlüğe konulmuştur. Avrupa Birliği üye ülkelere iş mevzuatlarını söz konusu Yönerge doğrultusunda düzenlemeleri için belirli bir süre tanımıştır. Birçok Avrupa ülkesi uyum çalışmalarını tamamlamış bulunmaktadır<sup>16</sup>.

Daha önce katı bir çalışma mevzuatına sahip olan Almanya'da 1 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe giren "Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Kanun", herhangi bir objektif (esasl) neden aranmaksızın, iki yıla kadar belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına ve bu süreyi aşmamak kaydıyla yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin en çok üç defa yenilenmesine olanak tanımıştır (§ 14/2). Ancak, bunun için, aynı işçi ile işveren arasında önceden bir sözleşme ilişkisi (belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi) kurulmamış olması gerekir.

Fransız hukukunda da, kapsamı giderek genişletilen hallerle sınırlı olmakla birlikte, 18 aya kadar belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir ve yapılmış olan sözleşme bu sınırı aşmamak üzere –belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmeksizin- bir kere yenilenebilir<sup>17</sup>.

## 2. Türk Öğretisindeki Değerlendirmeler

Avrupa Birliği'nin ilgili Yönetmeliğini, daha doğrusu bu Yönetmeliğin belirli süreli işçi tanımına ilişkin 3. maddesini değerlendiren Alpagut, Yönergede belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının, önlenmesi amacının hâkim olduğunu, bir kere için yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılmadığını, burada zincirleme sözleşmeler için alınması gereken önlemlerin belirtildiğini ifade etmiştir<sup>18</sup>.

Bu konuda ayrıntılı bir inceleme yapmış bulunan Başterzi de şunları söylemektedir:

"Yönergede objektif haklı nedenlerin bulunması koşulu ise, sadece belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi bağlamında iş güvencesi kurallarını dolanmaya yönelik dürüstlük kuralına aykırı uygulamaların önlenmesi amacıyla öngörülmüştür. Şu halde Yönergeye göre, belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kez yapılması sırasında objektif haklı bir nedenin bulunması zorunlu olmayıp sadece süresinin objektif ölçütlerle belirlenmesi yeterlidir"<sup>19</sup>.

Bununla birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmesini tanımlayan 11. maddesinin 1. fıkrasına değerlendiren Başterzi, İş Kanunu'nun da, Yönergede olduğu gibi, belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kez yapılmasında objektif haklı bir nedenin bulunması koşulunu aramadığı izlenimi bulunduğunu söylemekte; ancak belirli süreli iş sözleşmesinin Yasadaki tanımında yer verilen objektif koşullar incelendiğinde bu izlenimin doğru olmadığını öne sürmektedir. Yazara göre, "Belirli süreli iş sözleşmesinin İş Kanunu'ndaki tanımında yer alan objektif koşullardan her biri sözleşmenin süreye bağlanmasına ilişkin birer ölçüt olmalarının yanında, belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan başlıca objektif nedenlerdir"<sup>20</sup>.

Özü bakımından AB Yönergesi ile aynı olan İşK.m.11/1'deki düzenlemenin farklı değerlendirilmesinin temel nedeni Tasarıdaki tanımda "objektif koşul" teriminin bulunmayışıdır.

Alpagut bunu, Tasarıda, belirli süreli iş sözleşmesinin bir kereye mahsus olarak kurulmasında objektif neden zorunluluğu getirilmemiş olduğu; Yasanın TBMM'de görüşülmesi sırasında verilen önerge ile, belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez kurulması halinde de objektif nedenlerin bulunması zorunluluğu öngörüldüğü gerekçesiyle açıklamaktadır. İlginç olan nokta, Alpagut'un bu sonuca varırken 11. maddenin içeriğinden değil, bu tür sözleşmenin sınırlandırılması gereğinden hareket etmesidir: "Kuşkusuz bu tür sözleşmenin -fesih, feshe karşı koruma ve feshin hukuki sonuçları dikkate alınarak- sınırlandırılması gereği kabul edildiğinde; bu birden çok kez (zincirleme) yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, bir kereye mahsus olarak yapılan sözleşmelerde de söz konusu olacaktır"<sup>21</sup>.

Anlaşılan şudur ki, madde belirli süreli sözleş-

menin bir kez yapılmasında bir sınırlama öngörme bile, yazara göre, sınırlandırılması gereği vardır; bu bakımdan bir kereye mahsus olarak yapılan sözleşmelerde de objektif neden aranmalıdır.

Aynı şekilde, Başterzi de, belirli süreli iş sözleşmesinin anılan biçimde tanımlanmasının, yani ilk kez de olsa belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için “objektif haklı nedenlerin” bulunması gereğinin, Tasarının TBMM’de verilen bir önerge ile değiştirilmesinin sonucu olduğunu yazmaktadır<sup>22</sup>.

Bu noktada Mollamahmutoglu’nun değerlendirmesi de ilginçtir. Yazar “Gerçekten de Kanun lafzen, belirli süreli iş sözleşmesini, sürenin objektif koşullara bağlı olarak belirlendiği bir sözleşme olarak tanımlıyorsa da söylemek istediği husus, ...” diyerek, tam tersine bir yorumla, sözleşmenin yapılmasında objektif neden bulunması gereğini öne sürmektedir<sup>23</sup>. Kendisine göre, Yasanın tanımı başkadır; söylemek istediği ise bambaşkadır.

Şu var ki, Meclis’te yapılan değişikliğin amacının maddeyi AB Yönergesi ile uyumlu kılmak olduğu hem maddenin içeriğinden ve hem de gerekçesinden açık bir biçimde anlaşılmaktadır. İş Kanunu Tasarısı’nda, Alman “Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Kanun” esas alınmışken (§ 3/1); Meclis’te yapılan değişiklikte esas alınan Avrupa Birliği’nin söz konusu Yönergesidir (§ 3/1).

Bu bakımdan, İşK. m. 11/1’de bulunan “objektif koşul” terimini “haklı” sözcüğünü de ekleyerek “objektif haklı neden” olarak ifade etmek ya ciddi bir yanılıdır ya da bazı yazarların maddeye kendi arzuladıkları anlamı verme çabasının bir ürünüdür. Dolayısıyla, Yasadaki tanımda yer alan objektif koşul örneklerini “belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan başlıca objektif nedenler” biçiminde değerlendirmek doğru bir yaklaşım değildir, mümkün de değildir. Çünkü, söz konusu örnekler AB Yönergesi’nde belirtilenlerle -bir anlam taşımayan “belirli süreli işlerde” deyişi dışında- tamamen aynıdır. Nitekim, belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasında Yasanın objektif neden aradığı görüşünde olan Alpagut dahi, “belirli bir olgunun ortaya çıkması” sözü ile neyin anlaşılması gerektiğini açıklarken aynen şunları söylemektedir: “Ancak, belirli bir olgunun ortaya çıkması bir objektif nedenden ziyade, sürenin sonunu belirlemek için kullanılır ve objektif nedenin içeriğini ifade etmek için ye-

tersizdir. Nitekim, AB Yönergesi’ndeki kullanımı da sürenin sonunun objektif olarak belirlenmesi anlamındadır”<sup>24</sup>.

Bütün bu söylenenlerin ortaya koyduğu husus, belirli yazarların aynı deyim veya aynı ifadeleri AB Yönergesi’nde başka, İş Kanunu’nda ise başka biçimde değerlendirmelerindeki çelişkidir.

Türk öğretisinde birçok yazar daha maddeyi yorumlarken aynı yanlış içine düşmüş, “objektif koşul” terimini “objektif (haklı)” neden olarak algılamıştır. Bunun sonucunda da, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için Yasanın baştan itibaren objektif neden aradığını varsaydıkları için, maddenin birinci fıkrası ile ikinci ve üçüncü fıkrası arasındaki bağlantıyı çözememiş, doğru değerlendirememişlerdir. Ulucan’a göre, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında esaslı nedenden söz edilmesi, “bir defa yapılırken dahi objektif neden arayan yasanın, doğal olarak birden fazla zincirleme sözleşmelerde de tekrar konuya açıklık getirmek için esaslı bir neden aramış olduğu şeklinde yorumlanabilir”<sup>25</sup>. Bu yoruma katılmak mümkün görünmemektedir. Zira, sırf konuya açıklık getirilmesi bakımından, yasa maddesine iki fıkra eklendiğinin kabulü pek de gerçekçi bir yaklaşım olmasa gerekir. Alpagut’a göre de, İş Kanunu’nun 11. maddesinin 2. ve 3. fıkraları olmasa da olurdu: “Yasa’nın anılan fıkrası bulunmasaydı dahi durum değişmeyecekti. Sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden arayan sistemde, ardı ardına kurulması veya uzatılmasında da objektif neden aranması doğal, olması gereken bir durumdur”<sup>26</sup>. Bu söylenenlerden çıkan sonuç, “yasanın abesle iştigal ettiği” olmaktadır.

### 3. Konunun Yaptırım Bakımından Değerlendirilmesi

“Velev ki”, İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasındaki tanımdan belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında da objektif haklı neden arandığı sonucu çıkarılmış olsun, önemli olan ve çözümlenmesi gereken bir başka sorun, bunun yaptırımının ne olduğudur. Sözgelimi, bir sözleşmede haklı bir neden olmaksızın sözleşmenin sona ereceği tarih gün, ay ve yıl olarak belirlenmiş ise ne olacaktır?

Ekonomi bu konuda, “4857 sayılı Kanuna göre, objektif bir neden olmaksızın taraflarca sözleşme-

de zaman veya takvim olarak bir süre belirlemele-ri, o sözleşmeyi belirli süreli olarak geçerli kılmaz” demektedir<sup>27</sup>. Ulucan’a göre de, “Bu durumda taraflar, yeni yasanın getirdiği sınırlar çerçevesinde, ancak ortada baştan itibaren objektif nedenler varsa belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecekler, böyle bir neden yoksa salt bir tarih veya gün vererek belirli süreli sözleşme yapamayacaklardır”<sup>28</sup>.

Her iki yazar da böyle bir sözleşmenin geçerli olmayacağını veya yapılamayacağını öne sürmekte; ancak yapılmış ise, bu sözleşmenin nasıl değerlendirileceği, açıkçası yaptırımın dayanağı konusunda somut bir şey söylememektedirler.

Süzek ise, sözleşmenin kurulmasında belirtilen objektif koşullar yoksa, sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağını ve bu tür sözleşmelerin hukuki rejimine tabi olacağını ifade etmekte; bu görüşünü, İş Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasında belirli süreli sözleşmelerin kurulabilmesinin ancak anılan

sinin anılan yazarların arzuları doğrultusunda olmadığı, dolayısıyla maddenin birinci fıkrasında bir objektif neden aranmadığıdır; böyle olduğu içindir ki, bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından herhangi bir yaptırım öngörülmesi değildir.

Belirli süreli olarak yapılan bir iş sözleşmesinin hangi durumda belirsiz süreliye dönüşeceği 11. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra hem kuralı hem de kurala aykırı davranışın yaptırımını göstermektedir :

“Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılmaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir”.

Bu ifadeden bazı önemli sonuç çıkmaktadır:

1. Belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında herhangi bir (objektif) neden aranmasına gerek yoktur.

## İş Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmesinin -yaptırım olarak- belirsiz süreliye dönüşmesi, sadece bu sözleşmenin birden fazla ve üst üste yapılması durumunda söz konusu olmaktadır.

fıkroda belirlenen objektif koşulların varlığına bağlandığı varsayımına dayandırmaktadır<sup>29</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere, anılan fıkroda belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılabilmesinin objektif nedenleri değil -tıpkı AB Yönergesinin 3. maddesinde olduğu gibi- sözleşmenin sonunu belirlemeye ilişkin örnekler verilmiştir. Dahası, bu tanımda objektif haklı nedenden söz edilmediği gibi, herhangi bir yaptırım da öngörülmesi değildir. Nitekim, bu gerçeği Ekonomi şu sözlerle ifade etmektedir: Maddede “bir defa için yapılanlarda objektif nedenin bulunmaması halinde yaptırım yönünden boşluk yaratılmıştır”<sup>30</sup>. Maddenin birinci fıkrasının sadece tanıma ilişkin olduğu ve burada sözleşmenin belirsiz süreli sayılabilmesine yönelik bir düzenleme bulunmadığı açıktır. Bu nedenledir ki, yazar “bir defaya mahsus belirli süreli iş sözleşmeleri için de objektif neden arandığı, ikinci fıkrada zincirleme sözleşmelerle birlikte hükme bağlanabilirdi” demekte ve böyle bir düzenlemenin TBMM’de nasıl yapılabileceğine ilişkin de bir örnek vermektedir<sup>31</sup>.

Ne var ki, ortada olan gerçek, TBMM’nin irade-

2. Belirli süreli iş sözleşmesi üst üste değil de, aralıklı olarak (sözgelimi, her yıl belli dönemlerde) yapılıyorsa, bunun için yine esaslı bir neden aranmaz.

3. Belirli süreli iş sözleşmesi üst üste, yani zincirleme biçimde yapılıyorsa, bunun için esaslı bir nedenin varlığı aranır. Böyle bir durumda “esaslı neden” yoksa, iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır.

Görülüyor ki, İş Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmesinin -yaptırım olarak- belirsiz süreliye dönüşmesi, sadece bu sözleşmenin birden fazla ve üst üste (zincirleme) yapılması durumunda söz konusu olmaktadır<sup>32</sup>. Yasadaki açık olan bu düzenleme karşısında, yapılmasında objektif haklı neden bulunmayan bir sözleşmeyi -tanımındaki “objektif koşul” terimini yanlış değerlendirerek ve başka bir olguya göre getirilen yaptırımı buna uygulayarak- belirsiz süreli saymak mümkün değildir. Hiç kuşkusuz, hakkın kötüye kullanılması durumu saklıdır.

İş Kanunu’nda AB Yönergesi’ne uymayan, dolayısıyla eksik olan husus, belirli süreli sözleşme

yapma olanağının üst sınırının gösterilmemiş olmasıdır. Yasamıza göre, “Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar”. Bu noktada bir sınırlama getirilmemiş olması ne Yönerge ile ve ne de Avrupa ülkelerindeki uygulamalarla bağdaşır niteliktedir. Bu hususta Alman “Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Kanun” (§ 14/2) örnek alınarak bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

## V. Sonuç

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, ne İş Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının içeriğinde, ne maddenin gerekçesinde ve ne de maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği Yönergesi'nde bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesinde objektif haklı neden arandığına ilişkin en küçük bir belirti dahi yoktur. Böyle olduğu içindir ki, esasen bu hususta bir yorum yapılması olanağı bulunmamaktadır. Buna rağmen yorum yoluna gidilecekse bile, amaçsal yorumlama yöntemini<sup>33</sup> uygulamak, dolayısıyla maddeyi Yasanın amacını ve zamanın gereksinmelerini göz önünde tutarak “esneklik” çerçevesinde değerlendirmekte yarar görülmektedir. Böyle yapıldığında, ülkemiz açısından da önemli olan istihdam sorununun çözümüne katkı sağlanacağı söylenebilir.

## DİPNOTLAR

- 1 Bak. N. Süral, 4857 Sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları, İşveren Dergisi, Özel Ek, Eylül 2007, 7 vd.  
“Esneklik” kavramı ve bunun gelişimi konusunda ayrıntılı bir inceleme için bak. A. Güzel, İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 203 vd.
- 2 D. Neumann, Europäisches Arbeitsrecht, Richtlinien, Verordnungen, Übereinkommen, Sellier, European Law Publishers, München 2003, 140. Ayrıca bak. S. Başterzi, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi İşığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 127.
- 3 Neumann, 142; G. Alpagut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, MESS Yayınları, Ocak 2004, 78.
- 4 Alpagut, 78; Başterzi, 128; Süral, 10 ve dn. 14'de gösterilen yazarlar; T. Canbolat, Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, s.13, İstanbul 2007, 193.  
Farklı değerlendirme için bak. Ö. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, s.1, 2004, 26; D. Ulucan, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş

- Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Türkiye Toprak, Seramik, çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, Çeşme 2003, 42.
- 5 Eyrenci, 25-26.
  - 6 Alpagut, 78.
  - 7 Ulucan, 42.
  - 8 Ulucan, 42- 43.
  - 9 Alpagut, 79.
  - 10 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 2007, 86.
  - 11 H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, 263.
  - 12 Belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında İş Kanunu'nun objektif neden aramadığı yolundaki azınlık görüşü için bak.: S. Taşkent, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, 50 vd.; M. Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, İstanbul 2005, 63-64; F. Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, 39.
  - 13 M. Güler, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İSGHD, s. 5, İstanbul 2005, 48; S. Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005, 199; M. Ekonomi, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) – Kavram, Süre ve Yenileme- Legal İSGHD, s. 9, İstanbul 2006, 20.
  - 14 Ulucan, 45; Alpagut, 77-78; Eyrenci, 26; Mollamahmutoğlu, 262 vd.; Çelik, 90, T. Canbolat, 191, 194.
  - 15 Bak, Süral, 4 vd.
  - 16 Bak. Başterzi, 119 vd.
  - 17 Bak. Mollamahmutoğlu, 258-260; Süzek, 205.
  - 18 Alpagut, 78.
  - 19 Başterzi, 128.
  - 20 Başterzi, 131.
  - 21 Alpagut, 77.
  - 22 Başterzi, 132.
  - 23 Mollamahmutoğlu, 262.
  - 24 Alpagut, 79.
  - 25 Ulucan, 46.
  - 26 Alpagut, 85. Aynı yönde, Güler, 50.
  - 27 Ekonomi, 20.
  - 28 Ulucan, 40.
  - 29 Süzek, 199.
  - 30 Ekonomi, 19.
  - 31 Bak. Ekonomi, 19, dn.10.
  - 32 Aynı görüşte, Ekonomi, 31; Güler, 52.
  - 33 Bak. N. Bilge, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, 203.

Doç. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Çocuk ve Genç İşçiler ile Özürlülerin İş Sözleşmesi Yapma Ehliyetine İlişkin Esaslar

## 1. Genel Bakış

Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu m. 71 hükmünün, kural olarak, onbeş yaşını doldurmuş çocukların iş sözleşmesine taraf olabileceği, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocukların ise, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceği; keza İş Kanunu m. 85 hükmünün ağır ve tehlikeli işlerde ancak onaltı yaşını doldurmuş genç işçiler ve çocuk işçilerin çalıştırılabileceğine ilişkin düzenlemeleri kapsamında, onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin de, İş Kanunu'nun yukarıda belirtilen hükümlerinde yer alan yaş sınırlamalarına<sup>1</sup> ve Kanunun öngördüğü diğer sınırlamalara uyum şartıyla, iş sözleşmesinin tarafı olması mümkündür. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 4 tarafından, 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış olanlarının genç işçi; 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış olanların ise, çocuk işçi olarak nitelendirilen, Me-

deni Kanunun küçük olarak nitelendirdiği bu kişiler, ergin olmadıkları için (MK m. 11/f.1), hukuki işlem yapma yeteneği açısından tam ehliyetli statüsünde değildir. Onsekiz yaşını tamamlamamış kişilerin ergin sayılmaları, evli olmaları (MK m. 11/f.2) ya da mahkeme kararıyla ergin kılınmaları (MK m. 12) hallerinde söz konusu olabileceği için, çocuk ve genç işçilerin, tam ehliyetli statüsüne sahip olmaları istisnai hallerde gerçekleşebilecektir.

Öte yandan, İş Kanunu'nun 30. maddesinde öngörülen özürlü çalıştırma yükümlülüğü kapsamında çalıştırılan kişilerden bazılarının MK m. 408 hükmü<sup>2</sup> uyarınca kısıtlanarak vesayet altına alınmış olmaları mümkündür. Bu durumda olan özürlüler de tam ehliyetli statüsünde bulunmayacaklardır (MK m. 14). Şüphesiz ki, kısıtlı olmayan özürlüler açısından ehliyet sınırlaması söz konusu değildir.

Yukarıda küçük ve kısıtlı olarak nitelendirilen her iki grup kişi açısından ortak olan nokta, kural olarak, bu kişilerin sadece kendi iradeleriyle hukuki işlem yapma, diğer ifadeyle, kendi fiilleriyle hak kazanma ve borç altına girme yeteneğine sahip ol-



## İş sözleşmesi küçük tarafından yapılacaksa, kural olarak küçükler velayet altında oldukları için ana ve baba çocuğun yasal temsilcisidir ve rıza beyanı velayet hakkına sahip ana ve baba tarafından birlikte verilmelidir.

mamalarıdır (MK 9; MK m. 14). Bu sebeple, anılan kişilerin taraf olduğu iş sözleşmelerinin geçerliliği için hukuki işlem yapma yeteneğine ilişkin Medeni Kanunun öngördüğü şartların gerçekleşmesi gerekir. Aşağıda bu husustaki esaslar üzerinde durulacaktır.

### II. Kural: Küçük ve Kısıtlıların Yasal Temsilcilerinin İş Sözleşmesinin Yapılmasına Katılması

İlk olarak belirtelim ki, küçük ve kısıtlılar iş sözleşmesi yapma açısından ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip olmadığı hallerde tam ehliyetsiz statüsünde bulunacakları için, bu kişiler tarafından akdedilen iş sözleşmeleri geçersizdir (MK m. 15). Söz konusu geçersizlik kesin hükümsüzlük niteliğindedir<sup>3</sup>. İş sözleşmesinin yasal temsilcinin izni veya onayı ile yapılmış olması bu sonucu değiştirmedigi gibi, iş sözleşmesinde yer alan edim yükümlülükleri itibariyle, yasal temsilcinin de ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük veya kısıtlı adına iş sözleşmesi yapması da geçersizdir. Medeni Kanun m. 13 hükmünün “akla uygun biçimde davranma yeteneği” olarak ifade ettiği, kısaca makul surette davranma yeteneği olarak tanımlanabilecek ayırt etme gücü, iş sözleşmesi açısından, küçük ya da kısıtlının tarafı olacağı iş sözleşmesinin içeriğindeki yükümlülükleri ve kendisi açısından doğuracağı sonuçları doğru olarak kavrayabilecek ve buna uygun tarzda davranabilecek yeteneğe sahip olması olarak ifade edilebilir. Şu halde, bu yeteneğe sahip olmayan kişilerin iş sözleşmesinde taraf olması mümkün olmayacaktır.

İş sözleşmesinin yapılmasından sonra işçinin ayırt etme gücünü kaybettiği hallerde de, ayırt et-

me gücünü kaybeden kişinin yaptığı tüm hukuki işlemler geçersizdir. Şu halde, bu durumda bulunan kişiye yapılan tebligat hüküm doğurmayacağı gibi, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin iş sözleşmesinin feshine ilişkin beyanı da geçersizdir. Ayırt etme gücünü kaybeden kişi adına tüm işlemlerin yasal temsilci tarafından yapılması gerekir.

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar ise, kendilerini borç altına sokan işlem olması itibariyle iş sözleşmesini yasal temsilcilerinin rızasıyla yapabilirler (MK m. 16/f.1). Doktrinde, sınırlı ehliyetsiz olarak nitelendirilen bu kişiler açısından, yasal temsilcinin rızası iş sözleşmesinin yapılmasından önce iş sözleşmesinin yapılmasına izin tarzında gerçekleşebileceği gibi, küçük veya kısıtlı tarafından yapılan iş sözleşmesine yasal temsilcinin sonradan onay (icazet) vermesi tarzında da söz konusu olabilir<sup>4</sup>. İş sözleşmesi yapılırken, yasal temsilcinin işleme katılarak rızasını açıklaması da mümkündür. Yasal temsilcinin rıza açıklamasının, küçük veya kısıtlıya yöneltilmesi yeterlidir. Bununla beraber, sözleşmenin karşı tarafının yasal temsilcinin rıza beyanında bulunup bulunmadığı öğrenme arzusunda olacağı göz önünde tutularsa, çok kere, rıza beyanının iş sözleşmesinin karşı tarafına yöneltilmesi söz konusu olur.

Yasal temsilcinin iş sözleşmesine rıza vermesine ilişkin beyanı, açık veya örtülü (zımnî) irade beyanında bulunulması tarzında gerçekleşebilir<sup>5</sup>. Yapılan iş sözleşmesi uyarınca çalışan küçük veya kısıtlının bu davranışına ses çıkarmayan yasal temsilcinin rıza beyanı örtülü rıza beyanı niteliğindedir. Yapılacak sözleşme şekle tabi olsa dahi, yasal temsilcinin rıza beyanının şekle tabi olmadan verilmesi mümkündür<sup>6</sup>. Dolayısıyla, şekle tabi iş sözleşmeleri (İş K m. 8/II; c.1, İş K m. 14/I; İş K m. 16/II, c.1; Deniz İş Km. 5) için verilecek rıza beyanlarının şekle tabi olmadan verilmesi mümkündür.

İş sözleşmesi küçük tarafından yapılacaksa, kural olarak küçükler velayet altında oldukları için ana ve baba çocuğun yasal temsilcisidir (MK m. 342/f.1) ve rıza beyanı velayet hakkına sahip ana ve baba tarafından birlikte verilmelidir (MK m. 336/f.1). Bununla beraber, MK m. 342/f.2 uyarınca “iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler”. Şu halde, velayet hakkına sahip ana veya babadan biri tarafından verilen rıza, iş sözleşmesinin karşı ta-

rafının diğer yasal temsilcinin işleme rıza göstermediğini bilmediği ve gereken özeni göstermesi halinde dahi bilecek durumda olmadığı hallerde, yani iyiniyetli sayılacağı (MK m. 3) durumlarda, iş sözleşmesi geçerli olacaktır. Buna karşılık, karşı tarafın, sözleşmenin yapılmasına rıza gösterenin dışındaki yasal temsilcinin, işleme rızasının bulunmadığını bildiği ve gerekli özeni gösterseydi bilecek durumda olduğu hallerde yasal temsilcinin rızası bulunmadığı için iş sözleşmesi geçerli sayılmayacaktır.

İş sözleşmesi kısıtlı tarafından yapılacaksa, vesayet altında bulunan kısıtlı için, rıza beyanı vasi tarafından açıklanacaktır. MK m. 462/b.7 vesayet altındaki kişinin bir sanat veya meslekle uğraşması için vesayet makamının (sulh mahkemesi) iznini de aradığı cihetle, iş sözleşmesinin geçerliliği için vasinin rızasının yanında sulh mahkemesinin de izni gerekir<sup>7</sup>. MK m. 462/m. 12'nin, çiraklık sözleşmesi yapılması için vasinin rızasının yanında, vesayet makamının (sulh mahkemesi) iznini aradığını da ayrıca belirtmek gerekir. İş sözleşmesi yapan kişinin kısıtlı olduğunu karşı tarafın bilmemesi ve bilecek durumda olmaması, yani iyiniyetli olması, yasal temsilcinin rızası olmadan yapılan işlemin geçerli olmasını sağlamaz. Kısıtlanan kişiye karşı iyiniyet kural olarak korunmamıştır. Bununla beraber, kısıtlama kararı verilmekle beraber henüz ilan edilmemişse MK m. 410/f.2 hükmü bu süreçte kısıtlı tarafından yapılan hukuki işlemlerin karşı tarafın iyiniyetli olması halinde geçerli olacağını öngörmektedir. Dolayısıyla, bu süreçte yapılan sözleşme, karşı tarafın kısıtlama kararı hususunda iyiniyetli olması halinde kısıtlıyı bağlayacaktır.

Öte yandan, yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizler, yani ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar adına bizzat hukuki işlem yapması, diğer ifadeyle, küçük ya da kısıtlının katılması olmaksızın yasal temsilcinin yaptığı hukuki işlem ile küçük veya kısıtlıyı borç altına sokması mümkündür<sup>8</sup>. Medeni Kanun, yasal temsilciye sınırlı ehliyetsizin görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olduğu hallerde önemli işlerde olanak ölçüsünde sınırlı ehliyetsizin görüşünü alma yükümlülüğü öngörmüşse de (MK m. 450; MK m. 339/f.III), yasal temsilcinin, sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla, küçük veya kısıtlının görüşünü almadan yaptığı işlem geçerlidir<sup>9</sup>. Bununla beraber, iş sözleşmesinin

bu açıdan özellik taşıdığı kanaatindeyim. Şöyle ki; iş sözleşmesinde işçinin işgörme yükümlülüğünün, işçinin malvarlığından ifa edilen maddi edim değil, kişisel çalışması ile ifa edilen şahsi edim niteliği taşıdığı dikkate alınır, küçük veya kısıtlının katılması söz konusu olmaksızın yasal temsilci tarafından akdedilen iş sözleşmesinin kural olarak geçerli olmakla birlikte, işin niteliği gereği, bu hususun küçük ve kısıtlı açısından iş sözleşmesinin hemen sona erdirilmesi için haklı sebep olarak (MK m. 2) kabul edilmesi gerekir. Aksine bir çözümü, küçük ya da kısıtlının rızası dışında çalışma yükümlülüğü altında bulunmasını kabul etmek, isabetli sayılmaz.

Belirtelim ki, yasal temsilcinin yaptığı iş sözleşmesinin hukuki durumunu yukarıdaki esaslara göre değerlendirmek gerekir iken, TUNÇO-MAĞ/CENTEL'in kullandığı "Ana-baba, küçüğün çıkarlarını haksız zarara uğratmamak ve onun ergin olacağı yaşa kadar geçerli olmak koşulu altında, küçük adına iş sözleşmesi yapabilir" ifadesi<sup>10</sup>, birkaç açıdan isabetli değildir. Bir kere, ana baba tarafından yapılan iş sözleşmesi küçüğün çıkarına aykırı olsa dahi, kural olarak geçerlidir. Bu durum, sadece onların sorumluluğunu doğurur. İkincisi, ana baba tarafından yapılan iş sözleşmesi, çocuk ergin olduktan sonra da, başka bir sebeple sona erdirilmezse varlığını sürdürür. Dolayısıyla, "ergin olacağı yaşa kadar geçerli olmak koşulu altında" ifadesinin iş sözleşmesinin geçerliliği açısından anlamı yoktur.

### III. Yasal Temsilcinin İş Sözleşmesine İlişkin Rızasının İş Sözleşmesi Kapsamındaki Diğer Hukuki İşlemleri de Kapsaması

Yasal temsilcinin küçük veya kısıtlının iş sözleşmesi yapmasına yukarıda belirtilen esaslar uyarınca verdiği rıza, iş sözleşmesi kapsamında küçük veya kısıtlı tarafından gerçekleştirilecek diğer hukuki işlemleri de kapsar. Şöyle ki; MK m. 359/f. 1 uyarınca ana baba tarafından bir meslek veya sanatla uğraşması için izin verilmesi halinde, çocuk kişisel kazancı üzerinde tasarruf etme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, ana ve baba bu durumda küçüğe çalışması karşılığı elde ettiği ücret üzerindeki

tasarruflara da izin vermiş sayılır. Keza, MK m. 453 uyarınca, vesayet altında bulunan kısıtlıya vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, kısıtlı bu işle ilgili her türlü olağan işleri yapmaya yetkili sayılacaktır. Şu halde, kısıtlı iş sözleşmesi kapsamında “olağan” nitelikteki tüm hukuki işlemleri ayrıca rızaya ihtiyacı olmaksızın geçerli olarak yapabilecektir. Keza, kısıtlının MK m. 455 uyarınca kazancı üzerinde de serbestçe tasarruf etmesi mümkündür.

Belirtilen bu hükümler çerçevesinde, küçük veya kısıtlının taraf olduğu iş sözleşmesi, yasal temsilcinin rızası ile akdedildikten sonra, sözleşmenin yürürlükte olduğu süreçte küçük ya da kısıtlının katılacağı olağan nitelikteki hukuki işlemler (tebligat, ödeme vb.) ayrıca yasal temsilcinin rızası aranmaksızın geçerli sayılacaktır. Aynı sebeple, küçük veya kısıtlı tarafından yapılan fesih beyanı da geçerlidir.

#### IV. Yasal Temsilcinin Rızasının Bulunmadığı Hallerde İş Sözleşmesinin Geçersizliği ve Sonuçları

Küçük veya kısıtlının yasal temsilcinin rızası olmaksızın yaptığı iş sözleşmesi, yasal temsilcinin işleme sonradan onay vermesi de mümkün olduğu cihetle, yasal temsilcinin onay verip vermeyeceğinin belli olmadığı süreçte askıda hükümsüz, diğer bir terimle ifade edilirse noksandır<sup>11</sup>. Bu süreçte, karşı taraf, yasal temsilcinin rızasını açıklaması için yasal temsilciye bir süre tayin eder veya hakime bir süre tayin ettirebilir, tayin edilen sürede onay verilmezse iş sözleşmesi kesin hükümsüz hale gelir, karşı taraf da sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulur (MK m 451/f.2).

İş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliği taşınması sebebiyle, sözleşmenin ifasına başlanmış ise, yani işçinin çalışmaya başlamış olması halinde, küçük ya da kısıtlı işçi statüsünde sayılır ve işçi sayılmaya bağlı haklardan, bu kapsamda sosyal güvenlik haklarından yararlanır<sup>12</sup>.

Buna karşılık, sözleşmenin ifasına başlanmamış ise, sözleşme baştan itibaren geçersizdir. Taraflar, ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler (MK m.452/f.1). Bununla beraber, MK m. 452/f.1, c.2, sınırlı ehliyetsizin iade yükümlülüğünü sınırlamış-

tır<sup>13</sup>. Bu hükme göre, sınırlı ehliyetsiz sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarı iade etmekle yükümlüdür.

Ancak, sınırlı ehliyetsiz, kendini tam ehliyetli olarak tanıtarak karşı tarafı yanıltmış ise, MK m. 452/f.2 uyarınca karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır. Söz konusu tazmin yükümlülüğü kural olarak olumsuz (menfi) zararı kapsar. Örnek olarak, karşı tarafın iş sözleşmesinin yapılması için yaptığı masraflar bu kapsamdadır.

#### DİPNOTLAR

- 1 Söz konusu sınırlamalara aykırı olarak yapılan iş sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin esaslar hakkında bkz. Kenan TUNÇOMAĞ/ Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 3. bası, İstanbul 2003, s. 179.
- 2 İlgilinin isteği üzerine kısıtlanması sebeplerini düzenleyen MK m. 408 hükmü şöyledir: “Yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden ergin kısıtlanmasını isteyebilir”.
- 3 Bkz. Ercan AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s. 12 vd.
- 4 Bkz. Mustafa DURAL/Tufan ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2006, s. 82-83; Serap HELVACI, Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 53.
- 5 DURAL/ÖĞÜZ, s. 83.
- 6 DURAL/ÖĞÜZ, s. 83.
- 7 TUNÇOMAĞ/CENTEL (s. 77), ana babasının yahut vesayet organının izniyle bir meslek veya sanatla uğraşan ya da aile dışında yaşayan küçük veya kısıtlının veli veya vasisinin rızası olmadan iş sözleşmesi yapabileceği tarzındaki ifadesi, esasen bu hallerde yasal temsilcinin iş sözleşmesi yapılmasına daha öncede rıza gösterdiği tarzında anlaşılmalıdır. Aynı yönde Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borçlar İlişkileri, Üçüncü Bası, İstanbul 1977, s. 831. Ayrıca karşı Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. bası, İstanbul 2004, s. 105.
- 8 Bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 83; HELVACI, s. 51.
- 9 Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 831 vd.
- 10 TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 78.
- 11 Bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 85-86; HELVACI, s. 53.
- 12 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 18.6.1958, E. 1957/20, K. 1958/9; ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 179.
- 13 MK m. 452 hükmü vesayet altındaki kişilere ilişkin ise de, kıyasen velayet altındaki küçükler için de uygulanacaktır.

## Şahin ÇİL

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

# 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukuna Etkileri

## A- GENEL OLARAK

10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu bireysel iş hukukunu düzenlemekle birlikte toplu iş hukuku yönünden de bazı sonuçları beraberinde getirmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu ile toplu iş hukukuna dair bazı kanunlarda doğrudan değişiklik yapıldığı gibi<sup>1</sup>, daha çok toplu iş hukukunu ilgilendiren Üçlü Danışma Kurulu gibi kurumlar ve kavramlar da Yasada ifadesini bulmuştur. Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun, toplu iş hukukuna dolaylı olarak bazı etkileri söz konusudur ki, bu çalışmanın amacı, bugüne kadar üzerine yeterince eğilinmemiş bu konuları tartışmaya açmaktır.

## B- SENDİKALAR KANUNU YÖNÜNDEN

### 1-Tanımlar ve Kavramlar

Sendikalar Kanunu'nun 20. maddesinde bu kanuna göre işçi sayılan kişilerin işçi sendikasına üye olabilecekleri açıklanmış, 2. maddede ise hizmet

aktine dayanarak çalışanların işçi olduğu ifade edilmiştir. Maddenin devamında, nakliye sözleşmesine göre bedenen çalışanlarla (araç sahibi hariç), neşir mukavelesine göre eserini neşretmeyi meslek edinmiş olanların, yine adi şirket ortaklarından emeğini ortaya koyarak işyerinde çalışanların bu kanuna göre işçi sayıldıkları açıklanmıştır. Maddenin 2. fıkrasında işçinin sosyal güvenlik bakımından emekli sandığına tabi olmasının işçi sayılmaya engel olmadığı vurgulanmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu'nda işçi tanımı yapılırken herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişi işçi olarak tanımlandığı halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda, 2821 sayılı Yasa ile uyumlu biçimde "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi" denileceği ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde de 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesindeki tanımın yeterli görüldüğü açıklanmıştır.

İşveren tanımı yönünden de 4857 sayılı İş Kanunu'nda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesine paralel bir düzenlemeye gidilmiş ve işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak ifa-

de edilmiştir. Maddenin gerekçesinde aynı durumun özel hukuk alanında da söz konusu olabileceği vurgulanmış ve adi ortaklık da işveren olarak ifade edilmiştir.

Bu açıdan bakıldığında İş Kanunu ile Sendikalar Kanunu arasındaki işçi ve işveren tanımları açısından farklılığın ortadan kalktığı söylenebilir. Ancak 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 20. maddesinde emeğini ortaya koyarak çalışan adi ortak işçi sayıldığı halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere adi ortaklık işveren olarak nitelendirilmekle, her iki yasa arasında tam bir uyumdan söz edilemez.

Diğer yandan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde tüzel kişiliği olmayan işverenler bakımından kamu kurumu olma şartı aranıldığı halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde tüzel kişiliği haiz olmayan kurum ve kuruluşlardan söz edilerek kapsam daha geniş tutulmuştur.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde işin yapıldığı yer işyeri olarak tanımlandığı ve 1475 sayılı Yasa'da da aynı ifadeye yer verildiği halde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde, "işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan veya olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime" işyeri denileceği açıklanmıştır. Aynı düzenlemede işyerinin sınırlarının belirlenmesinde işyerine bağlı yerler ile eklentiler ve araçların da dikkate alınacağı hükme bağlanarak işyeri kapsamı genişletilmiştir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinden daha kapsamlı olan bu tanımın, özellikle "amaçta birlik" ve "teknik yönden birlik"<sup>2</sup> kavramların Sendikalar Kanunu açısından da gözetileceğini söylemek yanlış olmaz. Düşüncemize göre, işin yapıldığı yerin işyeri sayılacağı şeklindeki düzenleme, Sendikalar Kanunu açısından da yetersiz kalmaktadır.

Bu bölümde son olarak her iki yasada yer alan işveren vekili tanımlarına değinmek gerekir; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde, işveren sayılan gerçek ve tüzel kişilerle tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütününe sevk ve idare edenlere işveren vekili denileceği açıklandığı halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminden görev alan kimseler işveren vekili olarak adlandırılmıştır. Bu açıdan da 4857 sayılı İş Kanunu'nun tanımı daha

geniştir. Özellikle Sendikalar Kanunu açısından aranan, işletmenin bütününe sevk ve idare etme koşulu İş Kanunu tarafından öngörülmemiştir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun ilk şekline göre, bir işletmeye birden çok işyerinin bağlı olması durumunda yalnız işletmenin bütününe yöneten ve uygulamada genel müdür olarak bilinen kişi değil, bu kişiden başka, işletmeye bağlı işyerinin başında bulunan yani işyerinin bütününe yöneten müdür de işveren vekili konumundaydı<sup>3</sup>. 4101 sayılı Yasa ile 1995 yılında yapılan değişiklik sonucu madde bugünkü halini alarak Sendikalar Kanunu açısından işveren vekilinin kapsamı daraltılmış oldu.

Bu açıdan bakıldığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun işveren vekili tanımının Sendikalar Kanunu açısından uygulama imkanı olmadığı söylenebilir. Zira 2821 sayılı Sendikalar Kanunu yönünden işveren vekili tanımı yasa koyucu tarafından bilinçli bir şekilde dar tutulmuştur.

İşveren vekili, Sendikalar Kanununun 2/7.maddesi uyarınca kanunun uygulaması yönünden işveren olarak adlandırıldığından, işveren sendikasına üye olabilecektir<sup>4</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesini düzenleyen hükümleri arasında 18. maddede de işveren vekili ve yardımcılardan söz edilmiş olsa da, sadece iş güvencesinin kapsamı bakımından sonuç doğuran bu düzenlemenin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun işveren vekili kavramı yönünden sonuca bir etkisi yoktur.

## 2- İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Bırakılmasının Sendikalar Hukukuna Etkileri

4857 sayılı İş Kanunu'nun tüm esnekleşme çabalarına rağmen, alt işverenlik bakımından önceki yasa döneminde ortaya çıkan bazı uygulama sorunlarından yola çıkılarak çok daha sınırlayıcı düzenlemelere gidilmiştir<sup>5</sup>. Asıl işin bir bölümünün alt işveren bırakılması "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ile sınırlı tutulmuş, üstelik metinde yer alan "ile" kavramının "ve" ya da "veya" olarak anlaşılması gerektiği öğretide tartışmalı olsa da<sup>6</sup>, her iki ölçütün bir arada olması gerektiği yönünde Yargıtay kararlarında istikrar kazanmıştır<sup>7</sup>.



## Geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçi ödünç alan işverene ait işyerinde örgütlü bulunan sendikaya üye olamaz ve yetki tespitinde dikkate alınmaz.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde bazı muvazaa ölçütlerine yer verilmiş ve muvazaalı bir ilişkide işçilerin baştan itibaren asıl işveren işçisi oldukları Yasada ifadesini bulmuştur. Kamu kurum ve kuruluşları bakımından ise 5538 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde bir değişiklik yapılmış ve muvazaaya dair kriterlere değinilmeksizin bazı sonuçları üzerinde durulmuştur. 5538 sayılı Yasa ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinden çıkarılan herhangi bir hüküm olmadığından genel anlamda muvazaa kriterleri değişmemiştir. Başka bir anlamla kamu işverenleri yönünden farklı bir muvazaa olgusu da getirilmemiştir. İşte tam bu noktada bir tereddüt ortaya çıkmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşları ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait işyerlerinde muvazaalı bir alt işverenlik uygulaması içine girilirse durum ne olacaktır? 2. maddenin amir hükmü uyarınca işçi baştan itibaren gerçek işveren olan kamu kurumunun işçisi olduğuna göre, kadro karşılığında görev almayı talep edememe, mali ve sosyal haklar açısından toplu iş sözleşmesinden veya personel yönetmeliğinden faydalanama sonucunu ortaya koyan değişiklik hükümleri, düşüncemize göre maddenin sistematigi içerisinde çelişki oluşturur. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Bir yerde muvazaa varsa, buna bağlı sonuçlar da kendiliğinden doğar. Muvazaalı işlem yok hükmünde olup gerçek ilişki çerçevesinde sorun çözümlenir. Yasa ile sadece sonuçların değiştirilmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

Yapılan bu açıklamalara göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun sistematiginde asıl işveren alt işveren ilişkisinin daha sınırlı biçimde ele alınması gerektiği ve muvazaalı ilişkilerde işçilerin baştan itibaren asıl işveren gerçek işçisi olarak kabul edilmeleri gerektiği belirtilmelidir. Bu durumda gerek asıl işverene, gerek alt işverene ait işyerinde sendikanın yetki tespiti talebi açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin gerçek olup olmadığının tespitinin önemi bulunmaktadır. Muvazaa olgusu, tarafların ileri sürmesine bağlı olmaksızın mahkemece resen dikkate alınması gereken bir husustur.

### 3- Geçici İş İlişkisinin Sendikalar Hukukuna Etkileri

Geçici iş ilişkisi, 4857 sayılı İş Kanunu ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. İşçinin geçici olarak başka bir işverene ait işyerinde iş görmesi, ödünç veren işverenle olan iş ilişkisini sona erdirmediğinden, bu durum, sendika üyeliğine ve sendikanın yetkisine etki etmez. İşçinin geçici iş ilişkisi kapsamında geçici olarak görevlendirildiği işyerinin farklı bir işkolunda örgütlenmiş olması da bu sonucu değiştirmez<sup>8</sup>. Bu itibarla geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçinin ödünç alan işverene ait işyerinde örgütlü bulunan sendikaya üye olamaz ve yetki tespitinde dikkate alınmaz.

Mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi ile ilgili hüküm hukukumuzda bulunmadığından, bu tür faaliyette bulunan insan kaynakları ve Yönetim Danışmanlığı Şirketlerinin 17 nolu "Ticaret, Büro, Eğitim, ve Güzel Sanatlar" ya da 28 nolu "genel işler" işkoluna gireceği düşünülebilir<sup>9</sup>.

Ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışmakta olan bir işçinin sendikaya üye olması durumunda üyelik bildiriminin ödünç alan işveren yerine ödünç veren sürekli işverene yapılması gerekecektir<sup>10</sup>.

İşyeri sendika temsilcisinin de geçici iş ilişkisi kapsamında çalışması imkan dahilindedir. Geçici iş ilişkisinin kurulmasında işçinin yazılı izni şart olduğuna göre, temsilcinin kabulü karşısında bu ilişkinin kurulmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Ekmekçi, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesindeki "işyerinde çalışan işçiler" ibaresiyle fiilen işyerinde çalışmak yerine, iş ilişkisinin varlığının kastedildiği görüşündedir<sup>11</sup>. Buna karşın 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 35. maddesi hükmünün temsilcilik görevinin işye-

rinden uzakta yapılamayacağı şeklinde değerlendirilmesi gerektiği de öğretide ileri sürülmüş, buna göre temsilcinin ödünç alan işveren işyerinde temsilci olabilmesi için üyesi bulunduğu sendikanın yetkisinin ödünç alan işverene ait işyerinde de kesinleşmiş olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>12</sup>. Bu konuda ödünç alan işverene ait işyerindeki yetki durumunun hatta sendika üyeliğinin önemini olmadığı düşüncesindeyiz. Temsilcinin görevinden kaynaklanan faaliyetleri ödünç alan işverene ait işyerinde çalıştığı sırada da ifa etmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Kaldı ki, temsilcinin geçici olarak çalışmakta olduğu işyerinde ödünç veren işverenin başka işçilerinin de aynı kapsamda iş görmesi mümkün olup, temsilcinin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 35. maddesinde belirlenen görevlerini ödünç alan işyerinde de yürütmesi imkan dahilindedir.

Sendika üyesi bir işçinin, üyeliğinden veya sendikal faaliyetlerinden kaynaklanan nedenlerle ve rızası hilafına işverence geçici iş ilişkisine zorlanması 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine aykırılığı oluşturabilir. Bu halde sendikal tazminatı ödeme yükümü ödünç veren işveren üzerinde olacaktır<sup>13</sup>.

#### 4- İşyeri Devrinin Sendikalar Hukukuna Etkileri

İşyeri devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde ayrıntılı biçimde ele alınmıştır<sup>14</sup>. İşyerinin tamamen ya da bir kısmının devrinin toplu iş hukukuna etkilerinin ilgili düzenlemede ele alınmamış oluşu bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Gerçekten 2822 sayılı Yasa'da bu yönde sınırlı da olsa bir kurala yer verildiği halde<sup>15</sup>, işyeri devrinin sendikanın yetkisi, üyelikler, işkolu üzerinde etkilerinin yasal bir zemine kavuşmamış oluşu bazı uygulama sorunlarını beraberinde getirmiştir.

İşyerinin bir bütün olarak devri halinde bunun işçi ya da işveren sendikasına üyelikler, işkolu ve yetki prosedürü üzerinde bir değişiklik meydana getirmeyeceği söylenebilir. Daha çok sorun işyerinin bir kısmının devri halinde ortaya çıkabilecektir. İşyerinin bir bölümü başka işverene devredildiğinde, yeni işveren burasını bağımsız bir işyeri olarak ya da mevcut işyerinin bir bölümü olarak örgütleyebilir. Kaldı ki, bölüm devri ile bundan yeni bir işyeri oluşumunda, yeni işyerinin dahil olduğu

işkolu ile bölümün kapsamında olduğu işkolu da farklı olabilir<sup>16</sup>. Hatta bölümün, ayrı bir işyeri olarak örgütlenmesi halinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikanın bağlı olduğu işkolundan farklı olması da imkan dahilindedir. Bu durumda üyeliklerin durumu ile yetki prosedürü ve en nihayet sendikanın yetkisinin devam edip etmediği önem kazanacaktır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 24. maddesinin son fıkrasında yer alan "işçi sendikası üyesi işçinin geçici olarak işsiz kalması veya sendikanın faaliyet alanı içinde kalmak şartı ile başka bir işe geçmesi sendika üyeliğini etkilemez" şeklindeki kuralın karşıt anlamına göre işkolunun değişmesinin sendika üyeliğini sona erdireceği belirtilmelidir. Aynı Yasa'nın 25. maddesinin son fıkrasında daha açık bir düzenleme bulunmakta olup, işkolunu değiştiren işçilerin sendika üyeliklerinin sona ereceği hükme bağlanmıştır. Buna karşın, bölüm devri halinde işkolu değişmediğinde sendika üyelikleri, yetki durumu vs. bundan etkilenmeyecektir.

Konuya dair öğretide ele alınan bir örnekte, gıda üretimi ile uğraşan ve "gıda işkolunda" örgütlenmiş bir işyerinin, pazarlama ve satış faaliyetlerinin yürütüldüğü biriminin devri halinde devralan işverenin devraldığı birimi "ticaret, büro, eğitim ve güzel sanatlar" işkolunda örgütlemesi ihtimali üzerinde durulmuş ve işkolu değişikliğine bağlı olarak devredilen bölüm işçilerinin sendika üyeliklerinin sona ereceği açıklanmıştır<sup>17</sup>. Yazar, bu konuda yasal düzenleme ihtiyacına dikkat çekmiş ve işyerinin bir bölümün devrinde Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeye işaret ederek, devralan işverenle işçi arasında hizmet akti muhtevası olarak devam edebileceğini ve devir anından itibaren bir yıl geçmediği sürece işçi aleyhine esaslı şekilde değiştirilemeyeceğini belirtmiştir<sup>18</sup>.

İşyeri devrinin işkolu değişikliği meydana getirdiği bir olayda Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, yerel mahkeme 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 25/son maddesi hükmüne göre sendika üyeliklerinin sona ereceğinden bahisle devirden önce imzalanan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin devredilen işyerinde uygulanamayacağına karar vermiş, Yargıtay ise, toplu iş sözleşmesine dair normatif düzenlemelerden söz edildikten sonra, bahsi geçen 25. maddenin sendikalar hukuku ba-

kımından sonuç doğurduğu, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına devam edilmesi gerektiği ve işçinin devralan işverene ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üye oluncaya kadar önceki toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği yönünde karar vermiştir<sup>19</sup>.

Düşüncemize göre toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkını sendika üyeliğinden bağımsız düşünmek mümkün değildir. İşçi işyerinin devri sebebiyle işkolu değişikliğine bağlı olarak yasal olarak sendika üyeliğini yitirdiğine göre toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanı da ortadan kalkar. Bu konuda Ekonomi'nin görüşüne katıldığımızı ve işkolu değişikliğine bağlı olarak sendika üyeliklerinin sona ermesi sebebiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkanının ortadan kalkacağını, hatta bu durumun tüm işçiler yönünden geçerli olması sebebiyle bir anlamda fiilen toplu iş sözleşmesinin uygulanmasının sona ereceğini, süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin hizmet akti kuralı olarak devam edeceğini belirtmek isteriz. Ancak Yargıtay kararına konu olan örnekte, devralan işverenin de tarafı olduğu bir toplu iş sözleşmesi bulunması sebebiyle devirden önce uygulanan toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri somut olay yönünden uygulanmaz. İşçinin, devralan işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için sendikaya üye olması ya da dayanışma aidatı dilekçesi vermesi gerekir.

### 5- 4857 Sayılı Yasa'da İşçi Temsilcilerine Yer Verilmemiş Oluşunun Etkisi

İşletmelerde İşçi Temsilcilerinin Korunması ve Onlara Sağlanacak Kolaylıklar Hakkında 135 sayılı ILO sözleşmesinde<sup>20</sup> işçi temsilcilerinden söz edildiği halde, kanunlarımızda sadece işyeri sendika temsilciliği düzenlenmiş ve bu da yetki alan sendika ile sınırlı tutulmuştur. Türkiye, 135 sayılı ILO sözleşmesini onayladığı halde işçi temsilciliği sistemine yer verilmemiş oluşu öğretide eleştiri konusu olmuştur<sup>21</sup>.

İş güvencesi yasası olarak bilinen ve 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı Yasa ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun toplu işçi çıkarmayı düzenleyen 24. maddesinde yapılan değişiklik sonucu "işçi temsilcisi" kavramına yer verilmiş, ancak

yine de anılan kurumun ayrıntıları düzenlenmemiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda ise işçi temsilciliğine yine değinilmemiştir. Konunun Sendikalar Kanunu'nda düzenlenmesi gerektiği açıktır. Öğretide yasal düzenleme ihtiyacı ötesinde konunun ayrıntılarının yönetmelikle düzenlenmesi ihtiyacı ve özellikle işyeri sendika temsilcilerinin bulunmadığı yerlerde çeşitli kurullarda görev alacak işçilerin, işçi temsilcileri tarafından seçilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>22</sup>.

### 6- Çalışma Koşullarında Değişikliğe Dair Düzenlemenin Sendikalar Hukukuna Etkileri

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde işyeri sendika temsilcilerinin teminatı düzenlenmiş ve son fıkrada, yazılı rızası olmadıkça temsilcinin çalıştığı işyerinin değiştirilemeyeceği ve işinde esaslı tarzda değişiklik yapılamayacağı öngörülmüştür. Söz konusu teminatın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesindeki düzenleme ile daha da güçlendirildiğini söylemek yanlış olmaz. Zira işyeri sendika temsilcisi bir işçi olmakla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinin de uygulanması gerekecektir. Bahsi geçen 22. maddede, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar ayrıntılı biçimde ele alındıktan sonra değişikliğin işçiye yazılı olarak bildirilmesi kuralı getirilmiştir ki, bu koşul 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Yine 22. maddede işçinin yazılı olarak kabul beyanı için 6 iş günlük süre öngörülmüştür ki, bu sınırlama da 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'na göre işçi lehinedir.

Değişikliğin işverence geçerli nedene dayandığının kanıtlanması durumunda ise işverence geçerli nedenle fesih yoluna gidilebileceği 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenmiş olsa da, işyeri sendika temsilcisi bakımından buna imkan yoktur. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde işyeri sendika temsilcisi yönünden geçerli nedenle değişiklik yapılmasına dair bir düzenleme yer almadığına göre hiçbir şekilde temsilcinin işyeri ve işi değiştirilemeyecek, çalışma koşulları temsilci aleyhine ağırlaştırılmayacaktır. Örneğin iş sözleşmesinde işçinin, işverene ait diğer işyerlerine nakil yetkisi işverene tanınmış ve

işyerinde böyle bir ihtiyaç ortaya çıkmış olsa da, hi, temsilcinin işyeri, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin amir hükmü karşısında değiştirilemeyecektir. Oysa aynı durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine göre işverene geçerli nedenle değişiklik yapma imkanı tanımaktaydı.

İşyeri sendika temsilcisinin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde sözü edilen teminatına aykırı bir işveren davranışı halinde Yasa gereği bu işlem geçersiz sayıldığından temsilcinin yapılan değişikliğe uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, temsilcilik sıfatı sebebiyle işyeri değiştirilen işçinin görevlendirildiği yerde işbaşı yapmamasını 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesine göre haklı bulmuş ve işverenin buna dayanan feshinin geçerli nedene dayanmadığını kabul etmiştir<sup>23</sup>.

Bu noktada 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine dair düzenlemelerinin önemi bulunmaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinde 4773 sayılı Yasa ile meydana gelen değişiklik sonucu işyeri sendika temsilcilerinin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kuralı öngörülmüş olmakla, temsilciye İş Kanunu hükümlerine göre işe iade davası açma hakkı getirilmiştir. Yargıtay konuya dair kararlarında, temsilcinin işe iade davasında İş Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı ve mahkemece verilen kararların kesin nitelikte olmayıp temyiz edilebileceğini kabul etmiştir<sup>24</sup>. Buna karşın iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğünden önce gerçekleşen fesihler bakımından İş Kanunu'nun işe iadeyle ilgili hükümleri yerine 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesi hükümlerine göre çözüme gidileceği, işe başlatmama tazminatına karar verilemeyeceği, ancak boşta geçen süre ücretinin temsilcilik süresi devamınca ödenmesi gerektiği ve verilecek olan kararın kesin olacağı Yargıtay'ca hükme bağlanmıştır<sup>25</sup>.

Bu noktada, işyeri sendika temsilcisinin güvencesinin 4773 sayılı Yasa ve 4857 sayılı İş Kanunu sonrasinda zayıflatılıp zayıflatılmadığı sorunu akla gelebilir. Gerçekten daha önce temsilcinin işe iade yönünde almış olduğu karar sonrasında temsilcilik görevinin devamı süresince boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları kazanması mümkün olduğu halde, iadenin İş Kanunu kurallarına göre gerçekleşeceğinin öngörülmesinin ardından işe başlatmama taz-

minatı 4 ay ile sınırlı olacak ve işverenin 4-8 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatı ödeyerek temsilciyi işe almama imkanı doğacaktır. Ancak sendikal faaliyet sebebiyle fesih iddiası ve bunun kanıtlanması durumunda işe başlatmama tazminatı 1 yıllık ücretinden az olamayacaktır<sup>26</sup>. Bu karşılaştırmaya rağmen iş güvencesi noktasında asıl olanın temsilcinin işyerindeki işinin devamlılığı olduğuna göre 4773 sayılı Yasa öncesindeki teminatın temsilcinin lehine olduğu söylenebilir.

Öte yandan, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve işyeri sendika temsilciliği görevini ifa eden işçinin güvencesi tamamen kaldırılmış durumdadır. Zira 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesinde işçinin belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması noktasında herhangi bir ayrıma gidilmemişti. Yapılan değişiklik sonucu sadece belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işyeri sendika temsilcilerinin işe iade imkanı tanınmış durumdadır.

Temsilcinin işe iade davasında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma koşulu aranmakla birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ön koşullarından olan 30 işçi sayısı ve en az 6 aylık kıdem ölçütlerinin gerçekleşmesi şart değildir<sup>27</sup>.

Yazılı rızası alınmadan temsilcinin yerinin değiştirilmesi durumunda Yargıtay açılan "eski işyerine iade" davalarını kabul etmektedir<sup>28</sup>.

Hemen belirtelim ki, temsilcinin işyeri değiştirilmeksizin sadece çalışma koşullarının değiştirilmesi halinde bu konuda yargı yolu bulunmamaktadır. Esasen yapılan değişikliğin sonuç doğurmadığı 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30. maddesinin son cümlesinde açık biçimde ifade edilmiştir. Bu durumun tespitine dair yargı kararı alınmasında da hukuki yarar bulunmamaktadır. İşçinin değişikliği kabul etmemesi durumunda değişiklik sonuç doğurmayaacağından işverenin buna bağlı her türlü işlemi haklı ya da geçerli bir nedene dayanmayacaktır. Bundan başka çalışma koşulları esaslı şekilde değiştirilen temsilcinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II f bendi son cümle uyarınca iş sözleşmesini haklı olarak feshetme imkanı bulunmaktadır.

## 7- İş Kanunu Hükümleri ile Sendika Yöneticisinin Teminatı Arasındaki İlişki

İşçi sendikası ile konfederasyon yöneticilerinin



teminatı 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenmiştir. Belirtilen görev sebebiyle kendi isteği ile işyerinden ayrılanların seçime girmemek, kendi istekleriyle ayrılmak veya yeniden seçilememek suretiyle sendika ya da konfederasyondaki görevlerinin sona ermesi halinde ayrıldıkları işyerine yeniden alınmaları için başvurabilecekleri yasa hükmüdür. İşverenin bir ay içinde eski işine ya da benzer bir işe öncelikle alma zorunluluğu aynı maddede öngörülmüş olsa da bu hüküm bir yaptırım içermemektedir. Bu yönüyle yöneticilik görevi sona eren işçiyi işe almayan işveren bakımından, işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı üzerinde durulmaya değer bir konudur. Ayrıca kıdem tazminatı hakkının doğup doğmadığı sorunu da irdelenmelidir.

İlk olarak işçi olarak çalışmaktayken sendika yöneticisi seçilmesi sebebiyle işyerinden ayrılmasının hukuki yönden irdelenmesi gerekir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde bu durumda işçinin "kendi isteği ile" ayrıldığı ifade edilmiş olmakla bunun istifa mahiyetinde olduğu, ihbar ve kıdem tazminatı haklarının doğmayacağı bir görüş olarak ileri sürülebilir. Ancak Yargıtay soruna bu yönden bakmamış ve sendikadaki yöneticilik görevinin devamı süresince kıdem tazminatı istenemeyeceğini<sup>29</sup> belirterek "istifa" olgusuna değer vermemiştir. Bundan başka Yargıtay'ın yöneticilik görevinin bitiminde başvurusuna rağmen işe alınmaması halinde işçinin açmış olduğu kıdem tazminatı talepleri kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Bu durum da sendika yöneticisi olmak için kendi isteğiyle ayrılan işçinin istifa etmediği görüşünün Yargıtay'ca benimsendiğini göstermektedir.

Asıl sorun, görevi yasada belirtilen şekillerden biri ile sona eren yöneticinin işverene başvurusuna rağmen işe alınmaması halinde ortaya çıkar. İşverenin öncelikle işe alması gerektiği Yasada yer alsa da, bunun bir temenni hükmü olduğu açıktır. Zira "öncelikle" ifadesi, cümlenin sonundaki "zorundadır" sözcüğünün eksisini ortadan kaldırmaktadır. İşverene düşen hiçbir yasal yaptırım olmaması da yasal düzenlemenin zorlayıcı olmadığını ortaya koymaktadır.

Tam bu noktada, işe alınmayan işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine dair 18-21. maddeleri hükümleri uyarınca işe iade davası açıp aç-

mayacağı önem kazanmaktadır. Yargıtay 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddedeki düzenlemenin işçinin iş sözleşmesinin askıya alındığı yönünde değerlendirilemeyeceğini, dolayısıyla işverenin işe başlatmaması halinde iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılamayacağını, buna göre işe iade davasının dinlenmemesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>31</sup>. Yargıtay söz konusu kararında bu defa, iş sözleşmesinin işçinin sendika yöneticisi seçildiği 2000 yılında sona erdiğini vurgulamıştır. Bahsi geçen kararın gerekçesinde anlaşılan bir başka olgu ise, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinde konuya dair özel hüküm olmasıdır. İşçinin sendika yöneticisi seçilmesi durumunda yöneticilik görevinin devamı süresince ücretsiz izinli sayıldığı toplu iş sözleşmesinin hükmü olarak kararda açıklanmıştır. Buna rağmen Yargıtay, yasalımızda düzenlenmemiş olan ücretsiz izin ve askı uygulamasının 6 yıl süreyle devam edemeyeceği varsayımından yola çıkarak, hukuki durumu ücretsiz izin olarak değerlendirmemiştir. Düşüncemize göre, yasalarda düzenlenmemiş olsa da tarafların belli bir nedene bağlı olarak iş sözleşmesini askıya almaları mümkün görülmelidir. Yine askı süresi önceden belirlenmemiş olsa da, belli bir olguya göre askı süresinin bitimi kararlaştırılabilecektir. Zira Yargıtay muvazzaf askerlik süresinin ücretsiz izinli sayıldığı toplu iş sözleşmesi hükümlerine değer vermiş ve askerlik hizmeti sonrasında işe alınmayan işçinin işe iade davası açabileceğine dair kararlar vermiştir. Bu bakımdan toplu iş sözleşmesi ile yöneticilik görevi süresince işçinin iş sözleşmesinin askıda sayıldığı hallerle sınırlı olmak üzere görüşümüz, işe alınmamak suretiyle işverence yapılan feshin ardından işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği yönündedir.

Bu bölümde son olarak yöneticilik görevinin bitiminde başvurusuna rağmen işe alınmayan kişinin kıdem tazminatı talep edip edemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Öğretide, bu durumda kıdem tazminatı talep hakkının doğmayacağı görüşü ile sürülmüştür<sup>32</sup>. Yazara göre, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde sözü edilen ve işçinin eski kıdem haklarının saklı olduğuna dair kural, işçinin işe alınması halinde bir önem taşımaktadır. Gerçekten, yasal düzenlemeye baktığımızda bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Yasa koyucu işçinin yeniden işe alınması halinde ücret ve



diğer haklar bakımından eski kıdeminin korunmasını amaç edinmiştir. Yoksa başvurusu üzerine işe başlatılmayan işçinin kıdem tazminatı talep edebileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Kıdem tazminatını düzenleyen ve halen yürürlükte olan 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesi bakımından da aynı sonuca varmak gerekir. Buna rağmen Yargıtay'ın eski kararlarının kıdem tazminatı ödenmesi yönünde olduğunu tekrarlamak gerekir<sup>33</sup>. Ancak 2007 tarihinde verilen karar işe iadeyle ilgili olsa da<sup>34</sup>, iş sözleşmesinin yöneticilik görevi sebebiyle işçinin işyerinden ayrıldığı tarihte sona erdiğinin kararın gerekçesinde yazılmış olması dikkat çekicidir. Bu sona erme şekline göre kıdem tazminatı hakkının doğup doğmadığının Yargıtay tarafından yeniden değerlendirilmesi gerekecektir.

## 8- İş Kanunu Hükümleri ile Sendikal Tazminat İlişkisi

İşçinin sendikaya üye olup olmamasının teminatı 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenmiştir. 25.5.1988 tarihinde 3449 sayılı Yasa ile maddeye bir fıkra eklenmiş ve kormanın kapsamı genişletilmiştir.

Asıl önemli düzenleme 9.8.2002 tarih ve 4773 sayılı Yasa ile yapılmış ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 6 fıkrası değiştirilmiş ve iki yeni fıkra eklenmiştir. Son olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 118. maddesiyle madde metninde geçen İş Kanunu madde numaraları 4857 sayılı Yasa ile uyumlu hale getirilmiştir.

İşverenin sendikalı olan ve olmayan işçiler arasında ayırım yasağı 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3. fıkrasında, işçilerin sendikaya üye olma veya olmama ile sendikal faaliyetler sebebiyle işten çıkarılmayacağı ve farklı muameleye tabi tutulamayacakları ise 5. fıkrada düzenlenmiştir.

4773 sayılı Yasa ile getirilen değişiklik öncesinde işverenin sözü edilen 3. ve 5. fıkralara aykırı davranışı işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminat ile yaptırma bağlanmıştı.

Yargıtay'ca bu dönemde verilen kararlarda, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı

olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmişti<sup>35</sup>.

Bu dönemde ispat yükü de işçiye aittir ve işçinin iş sözleşmesini işverence sendikal nedenle feshi ya da farklı muameleye tabi tutulması bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Sendikal tazminatla ilgili olarak asıl önemli değişiklik, 15.8.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve 15.3.2003 tarihinden itibaren geçerli olan 4773 sayılı Yasa'nın 10. maddesi ile yapılmıştır. Söz konusu değişikliğin ardından sendikaya üye olup olma teminatının, iş sözleşmesinin feshi dışında kalan bir biçimde işverence ihlali durumunda, işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere bir tazminata karar verilecektir. Buna göre işverenin sendikal nedenlerle bir işçinin işyerini değiştirmesi, daha ağır bir işe vermesi, ücretini veya diğer parasal ve sosyal haklarını düşürmesi, yetki ve sorumluluk alanını daraltması, mesleki ilerlemesini durdurması veya haksız yere çeşitli disiplin cezaları vererek işçiye baskı yapması veya bir şekilde işçiye feshe zorlaması gibi uygulamalar içine girmesi durumunda sendikal tazminat hakkı doğabilecektir.

Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı işçinin iş sözleşmesinin feshi halinde ise, İş Kanunu'nun işe iadeye dair hükümlerinin uygulanacağı ve ancak işe başlatmama tazminatının bir yıllık ücreti tutarından az olamayacağı hükmü de yine aynı değişiklikte getirilmiş, yukarıda da belirtildiği üzere 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile madde numaraları yasayla uyumlu hale getirilmiştir.

Görüldüğü üzere, değişiklik öncesinde sendikal nedenle ve işçiye aleyhine olarak işverenin herhangi bir uygulama içine girmesi - ki buna fesih de dahil- sendikal tazminatı gerektirirken, 4773 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle fesih, bunun dışında tutulmuştur. Sendikal nedenlerle işverence fesih yoluna gidilmesi ve işçinin iş güvencesi kapsamında kalması durumunda, bir ay içinde işe iade davası açmaktan başka çaresi yoktur. Burada amaç, işe iadeyle ilgili iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilere doğrudan sendikal tazminat öngörülerek bir güvence sağlanmasıdır. Ancak, işe iade davası açma hakkı olan bir işçi için böyle bir

doğrudan tazminat öngörülmemiştir<sup>36</sup>. Bu durumda 30 ve daha fazla işçi çalışan bir işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan, 6 ay ve daha fazla kıdemi olan ve işveren vekili konumunda olmayan bir işçinin feshi izleyen bir ay içinde dava açması ve işe iadesini istemesi şarttır. Bu şekilde açılan davada feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kesinleşen mahkeme kararı üzerine işçi, 10 işgünü içinde işe başlamak için başvurmak zorundadır. İşverenin bir aylık süre içinde işçiyi eski işine alması halinde ise, sadece 4 aya kadar boşta geçen süre ücretini ödemesi yükümlülüğü bulunmaktadır. İşverenin işçiyi işe alması halinde ise, sendikal nedenin varlığına rağmen işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminat ya da işe başlatmama tazminatına hak kazanmasına imkan bulunmamaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde yapılan söz konusu değişiklikle, sendikal faaliyetlerin korunması bakımından bazı durumlarda bir geriye gidişin varlığı ileri sürülebilecektir. Gerçekten işe iade davasında, işe başlatmama tazminatı bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere belirlenmekle sendikal tazminata benzer bir koruma sağlanmak istenmişse de, işverenin işçiyi işe başlattığı ihtimalde bu tazminatı talep etmek mümkün olmayacaktır. Böylece işçinin sendikal haklara saygı göstermeyen bu yönde ayrımcılık sonucu iş sözleşmesini fesheden işverenle çalışmaya devam etmekten başka çaresi kalmayacaktır. Üstelik, fesihten daha hafif konumda olan ve fesih dışında kalan sendikal ayrımcılık hallerinde işçinin doğrudan sendikal tazminat hakkı bulunduğu halde, feshin ardından açılan işe iade davası sonrasında boşta geçen sürenin ancak 4 aylık ücreti ve diğer haklarını alabilen, bu bakımdan çok daha fazla mağdur olan işçinin sendikal tazminat hakkı olmayacaktır. Fesih dışında kalan sendikal nedene dayanan ayrımcılık durumunda sendikal tazminat yükümlüsü olacağını bilen işveren, mevcut yasal düzenleme karşısında daha az yaptırımla karşılaşabileceği yolu izleyebilecek ve işçi için en ağır sonuç olan feshi tercih edebilecektir.

Öğretide çoğunlukla, mevcut yasal düzenleme karşısında, iş güvencesi kapsamında olup da, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen bir işçinin bireysel sendika özgürlüğünün yeterince korunmadığı ileri sürülmektedir<sup>37</sup>. Türkiye, Avrupa Sosyal

Şartını bazı maddelerini çekince koyarak imzalamış olsa da, "Tüm çalışanlar, iş aktinin sona erdiği durumlarda korunma hakkına sahiptir" hükmünü içeren 24. maddesi bakımından bir çekince konulmadığı, Anayasa'nın değişik 90. maddesine göre bu hükmün doğrudan uygulanması gereken norm niteliğinde olduğu ve sendikal nedenle fesih halinde 4857 sayılı Yasa'nın 18. maddesi yerine Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesinin uygulanması gerektiği ve buna göre doğrudan sendikal tazminat talep edilebileceği görüşü de öğretide ileri sürülmüştür<sup>38</sup>. Bu görüşe karşı, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması yoluyla feshe karşı korunduğu, hatta 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin işe dönme imkanı sağlamakla sendikal tazminatın üzerinde bir güvence sağladığı yönünde bir karşı düşünce ileri sürülebilecektir. Gerçekten sendikal nedenle iş sözleşmesi sona erdirilen bir işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayıp, sadece Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesinin yorumu yoluyla doğrudan sendikal tazminatı talep edebileceği görüşü, bireysel sendika özgürlüğünü daha da zayıflatmaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 4773 sayılı Yasa ile değişik 31/6. maddesinin açık hükmü karşısında iş güvencesinden yararlanan bir işçinin ayrıca sendikal tazminat talep etme imkanı yoktur. Hatta yasal düzenleme öylesine açıktır ki, fesih dışındaki haller için sendikal tazminatın belirlenmesinin ardından, sendikal nedenle fesih hallerinde işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına bakmaksızın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18,19,20 ve 21. maddelerinin uygulanmasını öngörmüştür. Buradan işçinin iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın sendikal nedenle fesihler bakımından iş güvencesi hükümlerinin uygulanabileceği sonucunun çıkarılıp çıkarılmayacağı sorusu akla gelebilir. Gerçekten yukarıda işyeri sendika temsilcileri yönünden 30 işçi sayısı ve 6 aylık kıdem ölçütlerinin aranmaksızın 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine dair hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmiş olmakla<sup>39</sup>, aynı sonuca bireysel sendika özgürlüğü bakımından da varılabilecek midir? Sorunu bir başka noktadan da ele almak mümkün olabilir; yasa koyucu açık biçimde sendikal nedene dayanan ve iş sözleşmesinin feshi dışında kalan ayrımcılık için sendikal tazminatı öngörmüş, bundan başka iş güvencesi kapsamında olmayan işçi-

ler bakımından böyle bir teminatı öngörmemiştir. O halde yasal düzenleme olduğu gibi ve lafzıyla uygulandığında iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından sendikal nedene dayalı fesihlerde ne doğrudan sendikal tazminatın koşulları oluşmakta, ne de iş güvencesi hükümlerinden yararlanma olanağı ortaya çıkmaktadır.

İlk bakışta, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6. maddesinde sendikal nedene dayalı fesihlerde uygulanması gereken hükümler arasında 18. maddeden de söz edilmiş olmakla, bahsi geçen 18. maddede sözü edilen, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışması, 6 ay ve daha fazla kıdeminin olması, işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması ve en nihayet işveren vekili veya yardımcısı konumunda olmaması koşullarının, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için aranması gerektiği söylenebilir. Ancak bu defa da yukarıda

sendikal tazminat talep edebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Aynı çözüm tarzının bir adım daha ileri götürülmesinin ve iş güvencesi kapsamında olsa dahi, sendikal hakları hiçe sayan işverenle bundan böyle çalışmak istemeyen ve bu nedenle işe iade davası açmayan işçinin sadece ve doğrudan doğruya sendikal tazminat talep etme hakkının tanınmasının mümkün olabileceği görüşündeyiz.

Soruna bir başka açıdan da eğilmek gerekebilir; işe iade davası sonunda işveren işçiyi işe başlatmadığı takdirde sendikal nedene dayalı olarak en az bir yıllık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı ödeneceğinden işçinin bu yöndeki mağduriyeti giderilmiş olacaktır. Ancak işçi işe başlatıldığı takdirde, 4 aya kadar süre için ücret ve diğer hakları dışında talep hakkı olmayacaktır. Bu ihtimalde de sendikal tazminatın talep edilip edilemeyeceği

## Eşit davranma borcuna aykırılığın iş ilişkisinde ortaya çıkması mümkün olduğu gibi, sözleşmenin sona ermesinde de bu borcun ihlali mümkündür.

sözü edilen bir başka sorun ortaya çıkabilecek ve iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından iş güvencesi hükümlerinden yararlanma olanağı olmadığı gibi, sendikal tazminatın koşullarını düzenleyen açık hüküm karşısında işçinin sendikal tazminat talebi de mümkün görülmeyebilecektir. Zira 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6. maddesinde sendikal tazminat, sadece fesih dışındaki ihlallerle sınırlı biçimde öngörmüştür.

Yargıtay ilgili yasa hükmünü, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre ayrıma tabi tutarak yorumlamakta ve iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, iş güvencesi kapsamında ise doğrudan sendikal tazminat talepleri kabul edilmemekte ve işe iade davası açması gerektiğine işaret edilmektedir. Ancak işçi iş güvencesi hükümleri kapsamı dışında kalmakta ise, işe iade talep edemeyeceğinden doğrudan sendikal tazminat isteyebileceği sonucuna varılmaktadır. Belirtilen çözüm tarzı, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/7. fıkra hükmüyle de uyumludur. Gerçekten, anılan fıkra da ispat yükü düzenlenmiş olsa da iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçinin doğrudan

önemli bir sorun olarak karşımızdadır. Zira, işverenin sendikal nedene dayanan feshinin geçerli olmadığı mahkeme kararı ile belirlenmiş ve fesih ortadan kalkmıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde fesih dışında kalan ihlaller için doğrudan sendikal tazminat öngörülmüş olmakla, işçinin işverence işe başlatılmış olması durumunda bu tazminatın talep edilip edilemeyeceği gündeme gelebilir. Soruya olumlu cevap verdiğimizde bu defa aynı sorun işçinin işe başlatılmadığı hallerde de karşımıza çıkabilir. Zira sendikal nedene dayanan işveren feshi, kesinleşmiş mahkeme kararı ile ortadan kaldırıldığında ve işçi başvurusuna rağmen işverence işe alınmadığında da işe başlatmama tarihi, yeni iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olarak yorumlanmaktadır. Düşüncemize göre işe iade davasının bu sonucuna göre ve salt işe iade davasına neden olan fesih sebebiyle ayrıca sendikal tazminat talebi mümkün değildir. Aksi halde tek bir eylem, birden fazla yaptırıma bağlanmış olacaktır.

Sendikal tazminat bakımından, 4773 sayılı Yasa ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. madde-

sinde eklenen fıkralar da oldukça önemlidir. Bahsi geçen 7. fıkra da bazı hallerde, sendikal nedenin olmadığına ispatı işverene yüklenmiştir. Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na tabi çalışanlar ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümleri uygulama alanı dışında kalan işçiler bakımından sendika üyeliği ve sendikal nedenlerle fesih hali ile sınırlı olmak üzere ispat yükü işverendedir. Düzenlemenin ispat hukukuna etkileri çok açıktır. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler bakımından Yargıtay'ın ispat yükümlülüğünün işçiye ait olduğu dönemde sendikal nedenin varlığı konusunda ortaya koyduğu kriterlerin, bu külfetin işverene yüklenmesinin ardından bütünüyle değişeceğini söylemek yanlış olmaz. Buna göre yeni dönemde, sendikal tazminat davalarında, işverenin fesih gerekçelerini bilinen yöntemlerle kanıtlaması gerekecek, işçinin sendikal neden konusunda delil ikamesi gerekmeyecek ve dilerse suskun kalabilecektir.

Buna karşın, feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadeye dair davalarda, önceden olduğu gibi sendikal nedeni ispatlama yükü işçidedir.

İspat yükü bakımından getirilen bu ayırımın ispat hukuku bakımından bazı sorunları da beraberinde getirebileceği söylenebilir. Örneğin, iş sözleşmesi işverence feshedilen işçilerden sadece bir kısmı iş güvencesi kapsamında ise, iş güvencesine tabi işçilerin işe iade davası açmaları ve yargılama sırasında sendikal nedenin varlığını ispatlamaları gerekirken, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin açtıkları sendikal tazminat davasında ispat yükü bu defa işverende olacaktır. Bu noktada ispat yükü üzerine düşen işçi ya da işverenden herhangi biri bu yükümlünü gereği gibi yerine getirmediğinde ve yeterli delil ileri sürmediğinde, esasen aynı tarih ve aynı gerekçelerle gerçekleştiği anlaşılan fesihlerin bir kısmında sendikal nedenin varlığı, diğerlerinde ise bulunmadığı sonucuna varılabilecektir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 4773 sayılı Yasa'yla değişik son fıkrasında ise, işçinin İş Kanunu ile diğer kanunlarda haiz olduğu haklarının saklı olduğu vurgulanarak İş Kanunu ile Sendikalar Kanunu açısından başka bir bağ daha kurulmuştur. İlk olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi hükmü üzerinde durulmalıdır. Bahsi geçen hükümde işverenin eşit davran-

ma borcu düzenlenmiş ve buna aykırılık hallerinde 6. fıkra da bir tazminat öngörülmüştür. Aynı fıkra da işçinin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesindeki haklarının saklı olduğu belirtilerek her iki Yasa'nın ilgili hükümleri arasındaki ilişki vurgulanmıştır.

İşverenin işyerindeki sendikal faaliyetleri kırmak amacıyla üye olan işçileri işten çıkarması, işyerinde çalışan sendika üyesi olan işçilerle üye olmayan diğer işçiler arasında eşit işlem yapma borcuna aykırı davranışı oluşturur. Gerçekten, eşit davranma borcuna aykırılığın iş ilişkisinde ortaya çıkması mümkün olduğu gibi, sözleşmenin sona ermesinde de bu borcun ihlali mümkündür.

İşverenin sendikal nedene dayanan ve eşit davranma borcuna aykırılık şeklinde gerçekleşen eyleminin, işçiye, sendikal tazminatın yanında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen eşit davranma tazminatına hak kazandırıp kazandıramayacağı tartışma konusudur. Mollamahmutoğlu, işverenin sendikal nedene dayalı olarak eşit davranma borcuna aykırı davranışının bulunması halinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki tazminatın değil, Sendikalar Kanunu'nda öngörülen sendikal tazminata hak kazanabileceği görüşündedir<sup>40</sup>. Buna karşın Süzek, her iki tazminatın birlikte talep edilebileceğini ileri sürmüştür<sup>41</sup>.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında eşit davranmama tazminatı belirtilmiş, ayrıca işçinin yoksun bırakıldığı haklarını talep edebileceği açıklanmış ve son cümlede ise, 2821 sayılı Yasa'nın 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Yine, 2821 sayılı Yasa'nın 31 maddesine 4773 sayılı Yasa ile eklenen son fıkra da, işçinin İş Kanunu ve diğer kanunlara göre sahip olduğu tüm haklarının saklı olduğu kuralına yer verilmiştir. Bu düzenlemeler bizleri, işçinin sendikal tazminat yanında, hak kazanması durumunda eşit davranma borcuna aykırılık halinde ödenmesi gereken tazminatı da talep edebileceği şeklinde bir düşünceye sevk edebilir. Ancak, diğer yasal hükümlerin saklı olduğuna dair düzenlemeler, koşulların oluşması durumunda işçinin biri yerine diğerini tercih etmesine imkan vermekle birlikte, aynı anda her iki tazminatın talep edilebilirliğini tam olarak ortaya koymamaktadır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ilk kez önüne gelen konuyla ilgili bir olayda, sendikal tazminatın kabulüne ve aynı eyleme dayalı olarak



talebi mümkün görülmeven eşit davranma yükümlülüğüne aykırılıktan doğan tazminatın reddine dair yerel mahkeme hükmünü<sup>42</sup>, davacı tarafın temyizi üzerine onamıştır<sup>43</sup>.

Eğer aksi kabul edilecek olunursa, daha açık bir ifadeyle sendikal ayrımcılığa dayalı bir feshin ardından, sendikal tazminat yanında eşit davranma borcuna aykırılıktan doğan tazminatın da istenebileceği görüşü benimsendiği takdirde, aynı mantıkla hareket edilerek kötüniyet tazminatının da ayrıca talep edilebileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda ise, bir feshe bağlı olarak üç ayrı tazminatın ödenmesi gündeme gelebilir. Bu çözüm tarzının isabetli olmadığı görüşündeyiz.

Aynı şekilde, eşit davranma borcuna aykırılıktan kaynaklanan ve kötüniyete dayanan bir işveren feshinde de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen tazminat ile kötüniyet tazminatının aynı anda istenemeyeceği, ancak fesih öncesinde ve fesih dışında Kanunun belirttiği anlamda bir ayrımcılık söz konusu ise her iki tazminatın birlikte talep edilebileceği kabul edilmelidir. Yargıtay bir kararında, hamilelik sebebiyle kadın işçinin iş sözleşmesinin feshinde işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırı davrandığından söz etmiş ve işçinin kötüniyet tazminatına hak kazandığı sonucuna varılmıştır<sup>44</sup>.

Asıl sorun, işçinin işe iadeye dair iş güvencesi kapsamında olması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda işçinin doğrudan sendikal tazminatı talep edemeyeceği 2821 sayılı Yasa'nın 31. maddesinde düzenlendiği gibi, Yargıtay kararlarında da bu husus açıkça vurgulanmıştır<sup>45</sup>.

Ancak, işverenin sendikal ayrımcılığa dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi durumunda, sendikal tazminatı doğrudan talep edemeyen iş güvencesi kapsamında olan işçinin, eşit davranmama tazminatını alıp alamayacağı önem kazanmaktadır. Bize göre, iş güvencesi kapsamında olan işçi, sendikal nedenle ayrımcılık yapıldığında eşit davranmama tazminatını da talep etmesi olanaklıdır. Bu çözüm tarzı, hiç değilse Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin eşitsizlik doğuran hükmünün bazı sakıncalarını ortadan kaldıracaktır.

Öte yandan, işe iade davası sonunda sendikal nedene bağlı olarak tazminat, işçinin 1 yıllık ücretinden az olmamak üzere belirlenmiş olsa da, işe başlatmama tazminatı özde sendikal tazminat değil, iş-

verenin işçiyi işe başlatmamasının bir sonucudur. O halde eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı ile işe başlatmama tazminatı farklı nedenlerden açığa çıkmakla, koşullarının oluşması halinde her ikisinin de ayrı ayrı talep edilebileceği söylenmelidir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/son fıkrasının İş Kanunu hükümlerine gönderme yapmasının başka anlamları da vardır. Örneğin sendikal nedenle ücreti ödenmeyen ve bu şekilde ayrımcılığa maruz kalan işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II- e bendine göre haklı fesih imkanı vardır. Yine sendikaya üyeliği ya da sendikal faaliyetleri sebebiyle çalışma koşulları değiştirilen işçinin de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinden yararlanması hatta aynı Yasa'nın 24/II-f son cümle hükmüne göre haklı olarak iş sözleşmesini feshi olanaklıdır.

İşçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan ihbar, kıdem tazminatları ile izin gibi feshe bağlı haklarının da talebi mümkün olabilecektir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/son maddesi hükmünün bu yönden de anlamı bulunmaktadır.

## C- TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ, GREV VE LOKAVT KANUNU YÖNÜNDEN

### 1- İşyeri Devri ile Asıl İşveren Alt İşveren İlişkinin Toplu İş Sözleşmesine Etkileri

2822 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin "...toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez" hükmü, temelde işyerinin el değiştirmesinde hizmet akitlerinin yeni işverenle devamına dayanan bireysel iş ilişkisi yanında kolektif düzenlemelerle beliren çalışma şartları arasında paralelliği sağlayan bir düşünceyi yansıtmaktadır<sup>46</sup>. Bu hükmün işyeri devri yönünden bütün hallere uygulanabilecek açık bir çözüm getirmediği işletme toplu iş sözleşmeleri yapılan işyerleri bakımından hemen dikkati çekmektedir. Daha zor olanı, bir işyeri bölümünün devrinde toplu iş sözleşmesi ile düzenlenen çalışma şartlarının yeni işverenin işyerinde etkili olup olmayacağını belirlemede ortaya çıkar<sup>47</sup>.

İşletme toplu iş sözleşmesinin geçerli olduğu



aynı iş kolunda kurulu işyerlerinin bir bütün olarak başka bir işverene devri halinde anılan 8. maddede uyarınca toplu iş sözleşmelerinin devralan işvereni bağlayacağı tartışmasızdır.

Öğretide, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işyerlerinden birinin başka bir işverene devredilmesi halinde işletme sözleşmesinin devredilen işyeri için ayrıca bağımsız bir sözleşme olarak değerlendirilmesinin kolay olmadığı, ancak işletme toplu iş sözleşmesinin işyerini de kapsayan bir süreçte oluşması sebebiyle toplu iş sözleşmesinin devredilen işyeri bakımından son bulmayacağı şeklinde çözümün 2822 sayılı Yasa'nın 8. maddesine uygun olduğu ileri sürülmüştür<sup>48</sup>.

Konuyla ilgili 2007 yılında verilmiş bir Yargıtay kararında, toplu iş sözleşmesine dair normatif düzenlemelerden söz edildikten sonra, işkolu değişmesi halinde üyeliğin sona ereceğine dair 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 25. maddesinin sendikalar hukuku bakımından sonuç doğurduğu, işkolu değişikliği meydana gelmiş olsa da işyeri devrinin ardından toplu iş sözleşmesinin uygulanmasına devam edilmesi gerektiği ve işçinin devralan işverene ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üye oluncaya kadar önceki toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği yönünde karar vermiştir<sup>49</sup>. Konuyla ilgili toplu iş hukukuna dair görüşlerimizi yukarıda açıkladığımızdan burada tekrarlama gereği duymuyoruz<sup>50</sup>.

Yine, asıl işveren alt işveren ilişkisinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümlerince değerlendirilmesi, işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması noktasında da önemi haizdir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, alt işveren işçisinin asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkan bulunmamaktadır. Ancak, muvazaa- lı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçi, doğrudan asıl işverenin gerçek işçisi olmakla asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmasında da önemli etkileri bulunmaktadır. Asıl işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma noktasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesi hükümleri uyarınca değer-

lendirme yapılmalı, ayrıca genel muvazaa kriterlerinden yola çıkılarak sonuca gidilmelidir.

## 2- Geçici İş İlişkisinin Toplu İş Sözleşmesine, Grev ve Lokavta Etkileri

Ödünç işçinin sözleşmesel ilişki içinde bulunduğu işvereni ödünç veren işverendir, bu nedenle kendisine karşı iş görme edimini ifa ettiği ödünç alan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir<sup>51</sup>. İşçinin ödünç alan işverene ait işyerinde sendika üyesi olması ya da dayanışma aidatı ödemesinin de sonuca etkisi yoktur.

İşçi, ödünç veren işverenin işçisi olmakla bu işyerinde yürürlüğe girmiş bir toplu iş sözleşmesinden üye olmak ya da dayanışma aidatı ödemek şartlarıyla yararlanabilecektir. Toplu iş sözleşmesi sözleşmenin taraflarını bağlayacağından ödünç veren işveren geçici iş ilişkisi kapsamında dahi toplu iş sözleşmesini uygulamakla yükümlüdür. Hatta 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesine göre işçinin ödenmeyen ücretinden her iki işveren birlikte sorumlu olmakla, ödünç veren işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi hükümleri ödünç alan işvereni de ilgilendirmektedir. Maddede sözü edilen ücreti geniş anlamda ücret olarak kabul etmek gerekeceğinden, toplu iş sözleşmesinde öngörülen ikramiye, yol ve yakacak yardımı gibi alacakları ödünç alan işveren de ödemek zorunda kalabilecektir. Yine toplu iş sözleşmesinde fazla çalışma için hesaplamanın % 100 zamlı olarak yapılması gerektiğine dair kural ödünç alan işveren bakımından da bağlayıcı olacaktır.

Maddenin 5. fıkrasında, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin grev ve lokavt aşamasında bu işçiyi çalıştıramayacağı açıklanmıştır. Söz konusu düzenleme geçici iş ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemeye yöneliktir. İşçinin bu dönemde ödünç veren işverene ait işyerinde çalışması gerekecektir. İşçinin grev ve lokavt nedeniyle ödünç alan işverene ait işyerinde yasal zorunluluk sebebiyle çalışmadığı sürenin, 7. maddede sözü edilen 6 aylık ve en çok 18 aylık çalışma sürelerine eklenmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ödünç veren işveren bu dönemde işçiyi çalıştırmamış olması halinde, öğretilerde işveren temerrüdünün oluştuğu ve işçiye ücretin

ödenmesine devam edileceği ileri sürülmüştür<sup>52</sup>. Bizce de bu görüş isabetlidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde, işçinin grev ve lokavta katılamayacak işçi kadrosunda olması durumunda çalışma biçiminin ortaya çıkabileceği öngörülmüştür. Yine, işverenin grev ve lokavt süresince işçisini kendi işyerinde çalıştırması gerektiği, bu süreçte bir başka işverene geçici işçi olarak veremeyeceği de kurala bağlanmıştır. Bu düzenleme geçici iş ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemeye yöneliktir.

İşçinin ödünç veren işverene ait işyerinde grev ve katılıp katılamayacağı yönünde yasada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide ağırlıklı olarak anayasa ve kanunlarla işçiye tanınmış bu hakkın işçi tarafından kullanılabilmesi ifade edilmektedir<sup>53</sup>.

### 3- Toplu İş Sözleşmesinde İş Güvencesi Sağlayan Hükümlerle İş Kanunu'ndaki İş Güvencesi Tazminatı Arasındaki İlişki

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde mutlak emredici olarak düzenlenen işe başlatmama tazminatı ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen iş güvencesi tazminatları arasında bağlantının kurulduğu Yargıtay kararları mevcuttur. Yargıtay'ın bir kararında toplu iş sözleşmesinde öngörülen iş güvencesi tazminatında üst sınırın, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen işe başlatmama tazminatının üst sınırı olan 8 aylık ücret tutarını aşamayacağı kabul edilmiştir<sup>54</sup>. Karar içeriğinden toplu iş sözleşmesinde düzenlenmiş olan iş güvencesi tazminatının koşulları belirlenememektedir. Fesih yönünden bir prosedür belirlenerek, buna uymamanın sonucuna bağlı olarak bir cezai şart öngörülmüş ise, işe başlatmama tazminatı ile toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan iş güvencesi tazminatı arasında bir bağ kurmak doğru olmaz. Toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şart, feshin geçerli bir nedene dayanmaması koşuluna bağlı olduğunda dahi, iş güvencesi tazminatı ile bağlantının kurulamayacağı düşüncesindeyiz. Zira iş güvencesi tazminatı geçersiz fesih yerine işe başlatmamanın bir sonucudur. Toplu iş sözleşmesinde belirlenmiş olan tazminatın işe başlatmama koşuluna bağlı olması düşünülemez.

Yargıtay'ın konuyla ilgili asıl önemli kararı, toplu iş sözleşmesinde iş güvencesi sağlayan kuralların, iş güvencesi sağlayan yasa hükümleri yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir öneminin kalmadığına dairdir. Yüksek mahkeme önüne gelen örnek olayda, toplu iş sözleşmesinde işçinin iş sözleşmesinin 17. madde dışında kalan sebeplerle feshinde yasadan doğan hakların yanında 18 aylık brüt ücreti tutarında bir cezai şart öngörülmüştür. İşçinin bu yönde talebi yerel mahkemece olumlu karşılanmıştır. Yargıtay ise, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması durumunda ancak işe iade isteyebileceği ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatının söz konusu olabileceği, iş güvencesi kapsamında olan işçilerin kötüniyet ve sendikal tazminat talep edememelerinin mümkün olmamasının da bu sonucu haklı kıldığı, buna göre toplu iş sözleşmesinin anılan hükmünün uygulanma imkanının kalmadığı şeklinde bir karar vermiştir<sup>55</sup>. Karşı oy yazısında ise, sendikal tazminat ve kötüniyet tazminatı ile toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şart arasında bir bağlantı olmadığı, koşulları oluşan cezai şart yönünden bir karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Düşüncemize göre toplu iş sözleşmesinin bahsi geçen hükmü iş güvencesi sağlamaya yönelik bir cezai şarttır. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri anlamında iş güvencesi ile ilgisi yoktur. Kötüniyet tazminatı ile sendikal tazminat yönünden ise bir bağ kurulması olanaksızdır. Yargıtay'ın vardığı sonuca göre iş güvencesi kapsamında olan işçi toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartı talep edemeyecek, ancak işyerinde 6 aydan az kıdemi olan ve güvence kapsamında olmayan işçi toplu iş sözleşmesinin anılan hükmüne dayanabilecektir. Bunun eşitsizlik doğurduğu açıktır. İş güvencesi hükümlerinin korumasının da örnek olayda toplu iş sözleşmesi ile sağlanan imkanların gerisinde kaldığı açıktır. Zira iş güvencesi hükümleri en çok 8 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatı ile en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklar bakımından güvence sağlamaktadır.

İş güvencesine tabi olan işçilerin kötüniyet tazminatı ile sendikal tazminat talep edemeyecekleri yönünde yasa hükümleri tartışılırken<sup>56</sup>, toplu iş sözleşmesi cezai şart hükmünün de bu kapsama alınması düşüncemize göre doğru olmaz.

Soruna bir başka noktadan da bakmak faydalı

olacaktır; toplu iş sözleşmesinin hükmünün geçerli sebebe dayanmayan fesihler için cezai şart öngörülmesi şeklinde olduğunu varsayalım. İş güvencesi kapsamında olan işçi işe iade davasını açtığı ve geçerli nedenin bulunduğu yargı kararı ile belirlendiğinde, toplu iş sözleşmesi hükmüne dayalı cezai şartın koşullarının oluşmadığı görülecektir. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinde yazılı olan cezai şart istenemeyecektir. Yine işçinin işe iade davası sonunda ve süresi içinde işe başlamak için başvurmaması halinde yasa gereği fesih, geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracağından geçersizlik koşuluna bağlı cezai şartın unsurları oluşmayacaktır.

Aynı konumdaki işçinin işe iade davası açmadığı bir ihtimalde ise, feshin geçerli bir feshin sonuçlarını doğurduğunun söylenip söylenemeyeceği, çözümü belirleyecektir. Gerçekten, işe iade davası açmayan işçi yönünden feshin geçerli hale geldiği düşünülebilirse, geçersiz nedene bağlı olan cezai şart koşulları yine gerçekleşmiş olmayacaktır. Ancak işe iade davasının temelde işe dönme amaçlı olduğu, işçinin bu davayı açmamış olmasının işveren feshinde geçerli nedenin olmadığını göstermeyeceği düşüncesindeyiz. Bir başka anlatımla, işe iade davası açmamış olan işçi de fesihle geçerli neden olmadığı iddiasıyla toplu iş sözleşmesinde geçersiz feshe bağlı olarak öngörülmüş olan cezai şartı talep edebilecektir.

#### 4- İş Kanunu'nun 22. Maddesinin Toplu İş Sözleşmesinin Değiştirilmesine Etkileri

Toplu iş sözleşmesinin emredici hükümleri, iş sözleşmesi taraflarına tanınan sözleşme serbestisini sınırlayan ve çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan bir hukuk kaynağıdır<sup>57</sup>. Değişen ekonomik durumların çalışma koşullarını ve bu arada toplu iş sözleşmelerini etkileyeceği şüphesizdir<sup>58</sup>. Çalışma koşullarının işçi lehine olarak değiştirilebileceği ve bunun hizmet akti hükmü olarak geçerli olduğu 2822 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde öngörülmüştür. Ancak işçi aleyhine olarak yapılacak değişiklik işçi ve işverenin ortak iradeleri ile dahi mümkün olmayacaktır<sup>59</sup>.

Toplu iş sözleşmesini düzenleyen tarafların bir araya gelerek toplu iş sözleşmesi hükümlerini değiştirmeleri olanaklıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22.

maddesinin son fıkrasında yazılı olan "taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler" kuralından, toplu iş sözleşmeleri yönünden iş ilişkisinin tarafları yerine, toplu iş sözleşmesinin taraflarını anlamak lazım gelir. Gerçekten, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olan kişilerin bu yetkileri devam ettiği sürece toplu iş sözleşmesi hükümlerinde değişiklik yapmaları kural olarak mümkündür.

Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasına göre toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik, geçmişe etkili olamayacaktır<sup>60</sup>. Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur. Toplu iş sözleşmesi düzeninin geçerli olduğu işyerinde iş koşullarının işçi aleyhine değiştirilmesi anlamında Yargıtay'ın yeni bir kararı<sup>61</sup> üzerinde biraz daha durulmalıdır. Bahsi geçen olayda toplu iş sözleşmesinin tarafları toplu iş sözleşmesinin 3. dönem ücret artışı öngören maddesinin tadil edilmesi noktasında görüşmelerden bir sonuç alamamışlardır. Bunun üzerine işveren işçilerin tamamına yakınından anılan ücret artışından feragat ettiklerine dair dilekçeler almıştır. Ücret artışından vazgeçmeyen birkaç işçinin de iş sözleşmeleri işverence feshedilmiştir. İşyerinde çalışan tüm işçiler yönünden yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükmüne aykırı olan feragatler doğrultusunda uygulama yapılmıştır. Toplu iş sözleşmesinde öngörülen 4. dönem ücret artışı da feragatler dikkate alınarak ödenmekte olan ücretler dikkate alınarak hesaplanmış ve ödenmiştir. Konuya dair Yargıtay kararında işçilerin 3. ve 4. dönem ücret artışlarının toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca uygulanması gerektiği, zira işçilerin bireysel feragatinin geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak, bütün bu gelişmelerden haberdar olan işçi sendikası ile işverenin sonraki dönemlerde iki kez toplu iş sözleşmesi imzalamaları ve uygulanmamış olan ücret artışının bir tartışma konusu olmaması nedeniyle tartışmanın yaşandığı dönem toplu iş sözleşmesinin ardından imzalanan toplu iş sözleşmelerine bu sorunun yansıtılmayacağına kabul edilmiştir. Karar, toplu iş sözleşmesi düzeninin her bir toplu iş sözleşmesi yönünden dikkate alınması gerektiği ve toplu iş sözleşmesinin ortaya koyduğu iş koşullarında işçi aleyhine olarak bireysel feragat sonucu gerçekleşen değişikliğin geçersizliğinin sonraki toplu iş sözleşmelerine etki etmeyeceği noktasında önemlidir.

Uygulamada en çok, toplu iş sözleşmesinin ücret artışına dair hükümlerinin değiştirilmesi gündeme gelmekte ve bu yönde uyuşmazlıklar yaşanmaktadır. Öğretide toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan ve ileride yürürlüğe girecek olan zammın azaltılmasının mümkün olduğu, ancak ilgili ücret artışı dönemin gelmesi ile yürürlüğe girmiş olan bir zam hükmünün toplu iş sözleşmesinin taraflarınca değiştirilemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>62</sup>. Bununla birlikte işçinin doğmuş bulunan bir alacağı'nın ibra sözleşmesi kapsamında sona erdirilmesinin mümkün olduğu bazı yazarlarca kabul edilmektedir<sup>63</sup>.

Buna karşın Yargıtay uygulaması, toplu iş sözleşmesinin ücret artışına dair hükümlerinin henüz yürürlüğe girmedikleri bir dönemde toplu iş sözleşmesinin taraflarınca serbestçe değiştirilebileceği, ancak ilgili zam hükmü yürürlüğe girdikten sonra değişikliğin yapıldığı tarihten itibaren ileriye doğru sonuç doğurmak kaydıyla geçerli olabileceği yönünde son yıllarda istikrar kazanmaktadır<sup>64</sup>.

Yargıtay'ın bir başka kararında, toplu iş sözleşmesinde işçinin işverenin başka işyerlerine nakil edilebileceğine dair kuralın geçerli olduğu ve Ankara'da çalışmakta olan bir işçinin çalıştığı birimin İstanbul'a nakli sebebiyle gerçekleşen işyeri değişikliğinin yerinde olduğu sonucuna varılmıştır<sup>65</sup>.

Toplu iş sözleşmesi ile belirlenen çalışma koşullarının geçerliliğine dair bir başka örnek de, Yargıtay'ın, işçinin belediye sınırları dışında bir işyerine atanması halinde yazılı izin araması gerektiğini öngören toplu iş sözleşmesi hükmünün geçerli olduğuna ve buna uymayan işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine göre yapmış olduğu değişiklik feshinin geçerli nedene dayanmadığına dair kararı olmuştur<sup>66</sup>.

Toplu iş sözleşmesi ile belirlenen çalışma koşullarına hakimin müdahalesinin mümkün olup olmayacağı ayrı bir tartışma konusudur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kamuoyunda 5 Nisan Kararları olarak ekonomik tedbirlerin ardından baş gösteren ekonomik krize bağlı olarak toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin değişen koşullara göre uyarlanabileceğini kabul etmiştir.

Türk ve İsviçre Hukuklarında çoğunluk görüşüne göre, aktin yapıldığı sırada öngörülemeyen ve akti ilişkide tarafların edimleri arasındaki den-

geyi, borçludan sonuçları beklenemeyecek kadar büyük ölçüde bozan bir değişikliğin ortaya çıkması; Alman Hukukundaki görüşle "işlem temelini çökmesi" halinde, hakim dürüstlük kuralları uyarınca akdin şartlarında uyum için değişikliğe karar verebilir veya akti feshedebilir<sup>67</sup>.

Yargıtay'ın toplu iş sözleşmelerinin değişen koşullara göre uyarlanabileceğine dair kararları öğretilerde kısmen destek bulmuş<sup>68</sup>, bir kısım yazarlar ise toplu iş sözleşmesi yönünden uyarılmanın mümkün olmadığını görüşünü ileri sürmüştür<sup>69</sup>.

Yargıtay'ın toplu iş sözleşmesine hakimin müdahalesi noktasında 2006 yılında vermiş olduğu bir karar oldukça dikkat çekicidir<sup>70</sup>. Karara dayanak olan olayda, küçük bir belde belediyesinde belediye başkanı ile sendika arasında imzalanan toplu iş sözleşmesinde ihbar önelleri işçinin çalıştığı süreye göre 20 hafta ile 90 hafta arasında belirlenmiştir. Toplu iş sözleşmesi 3 yıllık olarak yapılmış ve toplu iş sözleşmesinin imzalanmasının ardından bir süre sonra belediye başkanı yerel seçimlerin sonucunda değişmiştir. Belediyenin mali sıkıntıları sebebiyle ücretsiz izin uygulamasına gidilmiş işçilerin kabul etmemeleri sebebiyle de ihbar tazminatı ödenmesi gündeme gelmiştir. İhbar tazminatları 90 hafta üzerinden hesaplanmıştır. Yargıtay temyize konu edilen bu olayda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde ihbar önellerinin arttırılabileceğine dair düzenlemede bir üst sınır öngörülmemiş oluşunun bir kanun boşluğu olduğunu, bu boşluğun da Medeni Kanun'un 1. maddesi uyarınca hakim tarafından doldurulması gerektiğini, somut olayda anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi yapma hakkının taraflarca kötüye kullanıldığını ve işçinin arttırılmış bu önellere göre ihbar tazminatı talebinin de iyiniyetli sayılamayacağı gibi gerekçelerle ihbar önellerine hakimin müdahalesi gerektiği noktasından kararı bozmuştur. Aynı kararda 2822 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde bahsi geçen kamu düzeninin ihlal edildiğinden söz edilmiş yine, örneksene yöntemine de başvurularak ihbar önellerinin 10 yıl olarak öngörülmesi halinde buna geçerlilik tanınmasının olanaksız olduğu açıklanmıştır. Hemen belirtelim ki, benzer durumlarda Yargıtay, ihbar tazminatı bakımından üst sınırın, işçinin kıdem süresine göre talep edebilecek olan ihbar ve kötüniyet tazmi-



natlarının toplamı kadar olabileceğini benimsemiş, bu yönde yerel mahkeme kararlarını onamıştır<sup>71</sup>.

## 5- Üçlü Danışma Kurulu'na Dair Düzenlemenin Toplu İş Hukukuna Etkileri

Üçlü Danışma Kurulu 1475 sayılı İş Kanunu'nda öngörülmemiştir. Çalışma hayatıyla ilgili mevzuatın ve uygulamasın izlenmesi, çalışma barışı ile endüstri ilişkilerinin geliştirilmesi bakımından Üçlü Danışma Kurulu oluşturulması ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu ile yasalarımızda yerini almıştır. Esasen 1992 yılında onayladığımız 144 sayılı ILO Sözleşmesi işçi, işveren ve hükümetler arasında uluslar arası çalışma normlarının geliştirilmesi için böyle bir kurulun oluşturulması gerekmektedir.

Bu konu ile ilgili olarak 1995 yılından itibaren önce Başkanlık genelgeleriyle ve daha sonra 2001 yılında çıkarılan 4641 sayılı Kanun ile kurulan Ekonomik ve Sosyal Konseyi ele almak gerekir. Konseyin kuruluş amacı, ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında toplumsal uzlaşma ve işbirliğini sağlayacak sürekli ve kalıcı bir ortam yaratarak istişari mahiyette ortak görüş bildirmektir<sup>72</sup>. Konseyin oluşumunda hükümet yetkilileri yanında işçi ve işveren sendika konfederasyonlarına yer verilmişse de, kamu görevlileri sendikaları ile meslek kuruluşlarının kurulda temsil edilmemiş oluşu sebebiyle belirtilen ILO sözleşmesindeki esaslara uygun bir oluşum değildi<sup>73</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu düzenlemesine göre kurul, üçlü temsile dayalı olarak oluşturulacaktır. Buna göre kurulun, hükümet ile işçi, işveren ve kamu görevlileri sendikaları konfederasyonlarının temsilcilerinden oluşacağı, ilgili yönetmelikte açıklanmıştır<sup>74</sup>. İstişare mahiyette görev yapacağı da yasa ve ilgili yönetmelikte belirtilmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesinde kurulun görevleri açıklanmış olmakla birlikte (b) bendinde yer alan " taraflar arasında uzlaşma ve işbirliğini güçlendirecek çalışmalar yapmak" ifadesi toplu iş hukukuyla yakından ilgilidir.

Üçlü Danışma Kurulunun kuruluş amaçlarına uygun olarak etkin biçimde hayata geçirilmesi, çalışma barışının sağlanması ve mevzuatın uygulanmasını izlenmesi gerekli değişiklik önerilerinin il-

gili yerlere iletilmesi bakımından faydalı olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 2821 sayılı Yasa'nın 30 ve 31. maddelerinde yapılan değişiklikler.
- 2 Kavramlar Yasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde yer almıştır.
- 3 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 439.
- 4 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz, Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 439. Ayrıca işçi ve işveren sıfatının birleşmesine dair değişik görüşler için bkz. Engin Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993, s. 151 vd.; Çankaya/Günay/Göktaş; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, s. 216 vd.
- 5 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2007, s. 178 vd.
- 6 Bkz. Şahlanan, Fevzi: İntes Çözüm Arama Konferansı, Ankara 2004, s. 46 vd.; Centel, Tankut: aynı toplantı s. 53; Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2006; Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2006, s. 139.
- 7 Yargıtay 9. HD., 31.1.2005 gün, 2004/31850 E., 2005/2487 K.
- 8 Bkz. Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2007, s. 158 ve aynı yönde Odaman, Serkan: Türk ve Fransız Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s. 63.
- 9 Akyigit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 369; Odaman, Serkan: Türk ve Fransız Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s. 62.
- 10 Bkz. Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2007, s. 158.
- 11 Bkz. Ekmekçi, Ömer: 4857 sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisini Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İSGHD, S. 2, s 379.
- 12 Bkz. Odaman, Serkan: Türk ve Fransız Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s. 64.
- 13 Bkz. Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2007, s. 159 ve aynı yönde Odaman, Serkan: Türk ve Fransız Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s. 64.
- 14 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2007 s. 174 vd.
- 15 Bkz. 2822 sy. Yasa m 8.
- 16 Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 360.
- 17 Bkz. Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 360.
- 18 Bkz. Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişkisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 360-361.
- 19 Yargıtay 9.HD., 5.12.2007 gün, 2007/5989 E., 2007/27055 K.
- 20 Bkz. 25 Şubat 1993 tarih ve 22252 sayılı Resmi Gazete.
- 21 Dereli, Toker: Çalışma İlişkilerinde Güncel Sorunlar, Basisen Temmuz 1997, s. 17.
- 22 Ekonomi, Münir: İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Hukuka Uygun Olmayan ve Bilinçsiz Düzenlenen Sağlık ve Güvenlik İşçi Temsilciliği, Sicil, Haziran 2006 s. 5-18.
- 23 Yargıtay 9.HD., 10.7.2006 gün, 2006/16065 E., 2006/20340 K.
- 24 Yargıtay 9.HD., 29.1.2007 gün, 2006/ 29928 E., 2007/1032 K.



- 25 Yargıtay 9.HD., 9.5.2006 gün, 2006/11292 E., 2006/ 13065 K.
- 26 Bkz. 2821 sayılı Yasa m. 31.
- 27 Bkz. Soyer, Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Galatasaray Üniversitesi ile Legal Yayınevi işbirliği ile 15.1.2005 tarihinde düzenlenen toplantıda sunulan tebliğ.; Ekonomi, Münir: TÜSİAD Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri. Çankaya/Günay/Göktaş; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006 s. 186.
- 28 Çankaya/Günay/Göktaş; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006 s. 186. Yargıtay 9. HD., 23.5.2005 gün, 2005/13429 E., 2005/ 19163 K.; Yargıtay 9.HD., 25.5.2005 gün, 2005/11081 E., 2005/19435 K. Karar ve incelemesi için bkz. Demir, Fevzi: Temsilcinin İş ve İşyeri Değişikliği ile Görev Süresi, Sicil, Mart 2007, s. 101 vd.
- 29 Yargıtay 9. HD., 17.6.2004 gün, 2004/ 3330 E., 2004/15141 K. Çimento İşv. D. Eylül 2004 s. 66.
- 30 Yargıtay 9.HD., 30.5.1995 gün, 1995/6858 E., 1005/8581 K. Tekstil İşv. D. Ekim 1995.
- 31 Yargıtay 9. HD., 5.4.2007 gün, 2007/1324 E., 2007/9884 K. "Somut olayda profesyonel sendikacı olarak seçilen davacının ne kadar süre ile profesyonel sendikacılığını sürdüreceği belli değildir. Nitekim altı yıl gibi uzun bir süre sonra profesyonel sendikacılıktan ayrılarak işe başlama talebinde bulunmuştur. Bu süre içerisinde davacının ücretsiz izinli ve hizmet akdinin askıda olduğunun kabulü yukarıda anlatılan gerekçe ile mümkün değildir. Davacının hizmet akdinin profesyonel sendikacılığa seçildiği 2000 yılında sona erdiğinin kabulü gerekir. Böyle olunca 2006 yılındaki işe yeniden başlama talebinin 2823 sayılı Yasanın 29. maddesi düzenlemesine göre çözümlenmesi gerekir".
- 32 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 407.
- 33 Bkz. yukarıdaki açıklamalar ve 29 ve 30 no'lu dipnotta geçen karar.
- 34 Bkz. yukarıda 31 no'lu dipnotta yazılı olan karar.
- 35 Yargıtay 9.HD., 8.4.2003 gün, 2004/5210 E., 2004/7534 K.
- 36 Ayrıntılı bilgi için bkz. Çil, Şahin: Sendikal Tazminat, Karar incelemesi, Legal İSGHD, 2005, sayı 6, s. 666-678; Şahlanan, Fevzi: Karar incelemesi, Tekstil İşv. D. Nisan 2006, s. 51-53. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 397.
- 37 Güzel, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi, 2004 yılı toplantısı, İstanbul 2004, s. 82; Subaşı, İbrahim: Karar incelemesi, Çalışma ve Toplum, 2005/1, s. 20; Soyer, Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal 2005 yılı toplantısı, Legal İstanbul 2005, s. 66; Çil, Şahin: Sendikal Tazminat, Karar incelemesi, Legal İSGHD, 2005, sayı 6, s. 669; Özveri, Murat: Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları, Legal İSGHD, 2005/8, s. 1530. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 397.
- 38 Özveri, Murat: Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Bir Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2007, s. 117.
- 39 Bkz Yukarda (6) no'lu başlık altındaki açıklamalar ve (27) no'lu dipnot.
- 40 Bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 443.
- 41 Bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006, s. 368.
- 42 Uşak İş Mahkemesi'nin 2004/698 E., 2004/245 K. sayılı kararı.
- 43 Yargıtay 9. HD., 11.1.2005 gün, 2004/12988 E., 2005/477 K.
- 44 Yargıtay 9. HD., 28.4.2005 gün, 2004/ 25538 E., 2005/14932 K.
- 45 Yargıtay 9.HD., 27.12.2004 gün, 2004/20181 E., 2004/29411 K. Karar ve incelemesi için bkz. Çil, Şahin: Sendikal Tazminat, Legal İSGHD, Sayı 6, s.666-678.
- 46 Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişmesine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 359.
- 47 Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişmesine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 359.
- 48 Ekonomi Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişmesine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000, s. 359.
- 49 Yargıtay 9.HD., 5.12.2007 gün, 2007/5989 E., 2007/27055 K.
- 50 Bkz. yukarıda "İşyeri Devrinin Sendikalar Hukukuna Etkileri" başlığı altındaki açıklamalar.
- 51 Engin, Murat: İşveren Kavramı, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 1997 yılı toplantısı İstanbul 1997, s.118.
- 52 Odaman, Serkan: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s. 69.
- 53 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s 104; Ekmekçi, Ömer: 4857 sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişisini Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İSGHD, S. 2, s. 378; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 231.
- 54 Yargıtay 9.HD., 5.4.2006 gün, 2005/29875 E., 2006/8631 K. "Toplu İş Sözleşmesinin 40. maddesinde düzenlenen iş güvencesi tazminatının asgari haddi 12 aylık ücrettir. Mahkemece bu miktardan indirim yapılmadan hüküm kurulmuştur. 4857 sayılı yasanın 21.maddesindeki üst sınır aşılacak şekilde iş güvencesi tazminatına hükmetmek yerinde görülmemiştir. Davacının kıdemi de gözönünde bulundurularak Borçlar Kanununun 161/son maddesi gereğince bir indirim yapılması gerekir. Mahkemece herhangi bir indirime gidilmeden 12 aylık ücret tutarında tazminata hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".
- 55 Yargıtay 9.HD. 30.11.2005 gün 2005/8371 E., 2005/37646 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, 2. cilt s. 1468, 1219 no'lu karar.
- 56 Bkz. Çil, Şahin: Karar incelemesi, Sendikal Tazminat, Legal İSGHD sayı 6, s. 666-678.
- 57 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 17. bası, İstanbul 2004, s. 454.
- 58 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 561.
- 59 Bkz 2822 s. yasa madde 6/2.
- 60 Yargıtay 9. HD., 21.2.2006 gün, 2005/38473 E., 2006/4428 K. Bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 2. cilt s. 1626, karar no 1326.
- 61 Yargıtay 9. HD., 21.2.2006 gün, 2005/38473 E., 2006/4428 K.
- 62 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 567.
- 63 Günay, C. İlhan: İş Hukuku, s. 892; Şen, Murat: Karar İncelemesi, Ağustos 2005, s. 19-41; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 567.
- 64 Yargıtay 9.HD., 26.4.2005 gün 2005/1407 E., 2005/14507 K. karar için bkz Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 2. cilt s. 2250, karar no 1969; Yargıtay 9.HD. 10.7.2007 gün, 2007/19915 E., 2007/23072 K. karardan bir bölüm: "Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre toplu iş sözleşmesi imzalamaya yetkili kişiler tarafından düzenlenen protokolle toplu iş sözleşmesi hükümlerini ileriye dönük olarak değiştirilmesi imkan dahilindedir. Somut olayda protokolün ilk maddesinde

1.10.2001 tarihinde yürürlüğe girmiş olan ücret artışı hükmü tadil edilmekle bu değişiklik, geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz. Böyle olunca davacının 1.10.2001 - 19.11.2001 tarihleri arasında kalan dönem için protokolün sonuç doğurmayacağı kabul edilmeli ve anılan dönem için ücret farkı hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Protokolün imzalandığı tarih sonrasında ise protokol hükümleri doğrultusunda yapılan işveren uygulaması yerinde olduğundan 19.11.2001 tarihi sonrası için ücret farkı ile kıdem tazminatı farkı isteklerinin reddine karar verilmelidir”.

- 65 Yargıtay 9.HD., 27.2.2003 gün, 2002/19652 E., 2003/5181 K. Bkz, Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 2. cilt, s. 1714, karar no 1425.
- 66 Yargıtay 9.HD., 12.9.2005 gün, 2005/22239 E., 2005/ 29546 K. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 2. cilt, s. 1660, karar no 1363.
- 67 Süzek, Sarper: İşyeri Uygulamaları, Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 174-175.
- 68 Ekonomi, Münir: Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu, Kamu-İş C. 1, S. 2, Ankara Haziran 1997, s. 175, Alpagut, Gülsevil: Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi, İstanbul 2002, s. 60.
- 69 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 17. bası, İstanbul 2004, s. 521 ve Şen, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005 s. 80.
- 70 Yargıtay 9.HD., 21.3.2006 gün, 2006/109 E., 2006/7052 K. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. baskı, Ankara 2007, 2. cilt, s. 1618, Karar no 1318.
- 71 Karşıyaka 1. İş Mahkemesi'nin 2005/93 E., 2007/ 289 K. sayılı kararında toplu iş sözleşmesinde 70 hafta olarak kararlaştırılan ihbar öneli, mahkemece 8 haftalık yasal ihbar süresi ve bunun 3 katı tutarı olan 24 haftanın toplamı olan 32 haftaya indirilerek ihbar tazminatı hüküm altına alınmış, davalı tarafın temyizi üzerine karar, Yargıtay 9.HD. 12.2.2008 gün ve 2007/31461 E., 2008/107 K. sayılı kararıyla onanmıştır.
- 72 Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 493.
- 73 Bkz. Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007, s. 493.
- 74 Çalışma Hayatına İlişkin Üçlü Danışma Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 4.4.2004 gün ve 25423 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
- Demir, Fevzi: Temsilcinin İş ve İşyeri Değişikliği ile Görev Süresi, Sicil, Mart 2007.
- Dereli, Toker: Çalışma İlişkilerinde Güncel Sorunlar, Basisen Temmuz 1997.
- Ekmekçi, Ömer: 4857 sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişisini Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İSGHD, S. 2.
- Ekonomi, Münir: İşyerinin Bir Bölümünün Devri ve İş İlişisine Etkisi, Esener'e Armağan Ankara 2000.
- Ekonomi, Münir: Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu, Kamu-İş C. 1, S 2, Ankara Haziran 1997.
- Ekonomi, Münir: İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Hukuka Uygun Olmayan ve Bilinçsiz Düzenlenen Sağlık ve Güvenlik İşçi Temsilciliği, Sicil, Haziran 2006.
- Ekonomi, Münir: Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, TÜSİAD.
- Engin, Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, 1993.
- Engin, Murat: İşveren Kavramı, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 1997 yılı toplantısı, İstanbul 1997.
- Günay, C. İlhan: İş Hukuku, 2. Baskı Ankara 2004.
- Güzel, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi, 2004 yılı toplantısı, İstanbul 2004.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005.
- Odaman, Serkan: Türk ve Fransız Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007
- Özveri, Murat: Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması, Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları, Legal İSGHD, 2005/8.
- Soyer, Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal 2005 yılı toplantısı, Legal İstanbul 2005
- Subaşı, İbrahim: Karar incelemesi, Çalışma ve Toplum, 2005/1.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2006.
- Süzek, Sarper: İşyeri Uygulamaları, Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997.
- Şahlanan, Fevzi: İntes Çözüm Arama Konferansı, Ankara 2004.
- Şahlanan, Fevzi: Karar incelemesi, Tekstil İşv. D., Nisan 2006.
- Şen, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005.
- Şen, Murat: Karar İncelemesi, Ağustos 2005, s. 19-41.
- Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 1995.

## KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006.
- Alpagut, Gülsevil: Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi, İstanbul 2002.
- Centel, Tankut: İntes Çözüm Arama Konferansı, Ankara 2004.
- Çankaya/Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2007.
- Çankaya/Günay/Göktaş: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 17. bası, İstanbul 2004.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstanbul 2007.
- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Çil, Şahin: Sendikal Tazminat, Karar incelemesi, Legal İSGHD, 2005, sayı 6.
- Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004.

# YENİ YAYINLAR

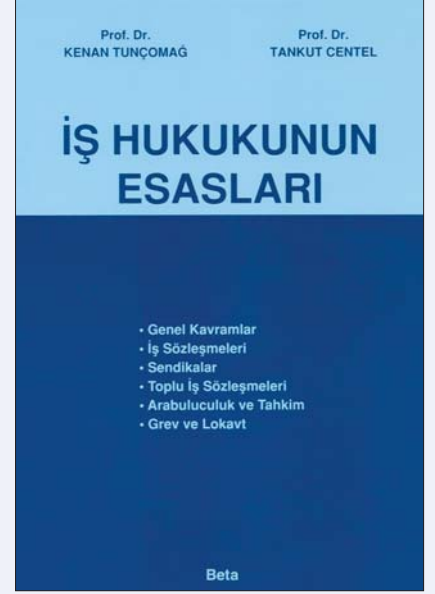


Prof. Dr. Kenan Tunçomağ ve Prof. Dr. Tankut Centel'in birlikte hazırladıkları "**İş Hukukunun Esasları**" isimli kitabın 5. basısı, Ocak 2008 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2003 yılında kabul edilmesinden sonra Türk çalışma yaşamındaki bireysel iş ilişkilerinde girilen yeni dönem ve yasa değişikliklerini, önceki basılardan bu yana öğreti ile yargı kararlarında yaşanan gelişmeleri yansıtmaktadır.

Eserin "İş Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler" başlıklı birinci kitabı İş Hukukuna Giriş, İş Hukukunun Kaynakları ve Çalışma Örgütleri, İş Kanunu'nun Uygulama Alanı ve İstisnaları, İş Hukukunun Genel Kavramları ayrımlarından oluşmaktadır. "Bireysel İş Hukuku" başlıklı ikinci kitapta ise İş Sözleşmesi ve Başlıca Türleri, İş Sözleşmesinin Kurulması, İş Sözleşmesinin Hükümleri, İşçinin Korunması, İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ayrımları yer almaktadır. "Toplu İş Hukuku" başlıklı üçüncü kitapta da Toplu İş Hukukuna Giriş, Sendikalar Hukuku, Toplu İş Sözleşmesi, Toplu İş Uyuşmazlıklarının Barışçı Yollardan Çözümü ve İş Mücadelesi konuları kapsamlı bir şekilde değerlendirilmektedir.

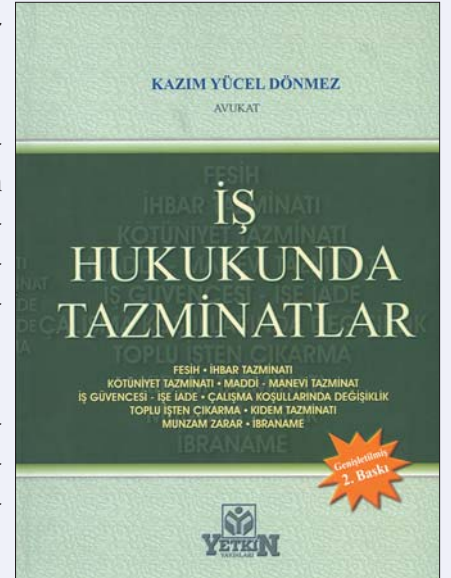
Eserde, "eksik çalışma" ve "esnek çalışma" gibi münferit bazı konuların üzerinde özellikle durulmakta ve Alman hukukunda sözü edilen "dolaylı iş ilişkisi" üzerinde de özet bilgi verilmektedir.



Avukat Kazım Yücel Dönmez tarafından hazırlanan "**İş Hukukunda Tazminatlar**" adlı eserin genişletilmiş 2. basısı 2008 yılında yayımlanmıştır.

Eserin 1998 yılında birinci baskısının çıkmasından sonra, zaman içerisinde yeni baskısının hazırlıkları devam ederken 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve yerine 10 Haziran 2003 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. Eserin, yeni İş Kanunu'nun incelenip değerlendirilerek ve okuyucudan gelen soruları da göz önüne alarak genişletilmesi 2007 yılının ortalarını bulmuştur.

Eserin yeni baskısında 4857 sayılı İş Kanunu'na uyarlama ve genişletme yanında, mevcut bölümlere işe iade, çalışma koşullarında değişiklik ve toplu işten çıkarma bölümleri de eklenmiştir. Ayrıca geçerliliği devam eden yargı kararları muhafaza edilerek yeni yargı kararlarına da yer verilmiştir.



Fesih, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, maddi-manevi tazminat, kıdem tazminatı, munzam zarar ve ibraname ana başlıklarından oluşan kitapta genel olarak konu başlıkları ve alt başlıklar bireysel iş hukuku sistematığına uygun olarak tespit edilmiş, açıklamalar yapılarak ilgili Yargıtay kararlarına da yer verilmiştir. Özel olarak da, uygulamada bireysel iş hukuku alanında meydana gelen ihtilaflar ile bunlardan mahkemelere yansıyanlara çözümleri ile birlikte ilgili bölümlerde değinilmiştir.

Arş. Gör. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk ve Sınırları

Sanayileşmenin artması sonucu, kaliteyi ve seri üretimi artırabilmek için işverenler, iş bölümü ve uzmanlaşmanın getirdiklerinden faydalanmak istemektedirler. Bu sebeple de zorunluluk veya ekonomik nedenlerle, işlerinin belirli bir bölümünü ve bazı işlerini başka işverenlere yaptırmaktadırlar.

İşverenlerden aldıkları işi, kendi işçileri, araç ve gereçleri ile yapan kimselerin, genellikle ekonomik bakımdan daha zayıf olmaları ve sık işyeri çevrelerini değiştirmeleri sebebiyle, bu işlerde çalışan işçilerin haklarının tehlikeye düşmesini önlemek için, kanun koyucu bazı hükümler getirmiştir. İşçilerin kendi işverenleri tarafından haklarının ödenmemesi halinde asıl işverenler de sorumlu tutulmuştur. Böylelikle, işverenlerin başkalarına iş verirken daha dikkatli ve özenli davranmaları sağlanmak istenmiştir.

Bu çalışmada İş Kanunu yönünden asıl işveren - alt işveren ilişkisi, sorumluluk ve sınırları ele alınmaya çalışılacaktır. Toplu iş hukuku yönünden yapılacak değerlendirme inceleme konusunun dışındadır. İncelemede öncelikle işveren ve alt işveren kavramları açıklandıktan sonra, asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, sorumlulukları, asıl işverenin alt işverene rücu ve bu konularla ilgili uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin hangisi olduğu ele alınmıştır.

## 1. İŞVEREN KAVRAMI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/I. maddesi uyarınca "işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara" işveren denir. Doktrinde işveren kavramının tanımı birçok yazar tarafından yapılmıştır. İşveren, bir hizmet akdine dayanarak, kendisine ait işyerindeki herhangi bir işte, ücret karşılığı adam çalıştıran gerçek veya tüzel kişidir<sup>1</sup>. Bununla birlikte, İşverenin mutlaka işletmenin maliki olması gerekmemektedir. Örneğin vasiyeti tenfiz memuru, iflas idaresi de işveren sıfatını iktisap edebilirler<sup>2</sup>. İşveren işgücünden yararlanan kişi olarak genellikle işin veya işletmenin sahibidir. Ancak işveren nitelendirmesine haiz olmak için, işyerinin maliki olmak gerekmez. İşin sahibi kiracı veya alt işveren de olabilir. Nitekim Yargıtay da bir kararında sadece malik olmanın, işverenlik sıfatının gerçekleşmesi için yeterli olmadığını belirtmiştir<sup>3</sup>.

İşverenin işçi gibi mutlaka gerçek kişi olması şart değildir. Örneğin, işveren birçok durumda, Kollektif, Komandit veya bir Limited şirket de olabilir. Bazen bir adi şirket veya deniz işletmelerinde bir donatma iştiraki gibi şahıslar topluluğu da işveren olabilir. Yine tüzel kişiliği olan bir dernek,



belediye, bir kamu idaresi ve hatta devlet de işveren olabilir<sup>4</sup>. Tüzel kişi işveren olması halinde, işverene düşen görevler, tüzel kişinin organları tarafından yerine getirilir<sup>5</sup>.

İşveren kavramı çok geniş bir kavramdır, denilebilir ki, işveren, tüzel kişiliğe sahip olan veya olmayan ticaret, ziraat veya bir sanayi işletmesinin sahibi olabileceği gibi, işveren niteliği, bir işletmenin idaresi için akdedilmiş olan bir hizmet akdi ile de kazanılabilir<sup>6</sup>.

## II. ALT İŞVEREN KAVRAMI

İş hayatında bazı işlerin belli bir uzmanlığı gerektirmesi veya birtakım zorunluluklar, işverenlerin işçilerini başka bir işverenin işyerinde çalıştırmasını gerekli kılabilir. Özellikle de inşaat işlerinde, nakliye, taşıma işlerinde veya asıl işin gerektirdiği bazı tali işlerde bu duruma gerek duyulmaktadır. Örnek vermek gerekirse, bir inşaatı üstlenen işverenin, bu binanın elektrik tesisatını, cam ve doğrama işini farklı farklı kişilere yaptırması veyahut da bir yolun yapımını üzerine alan işverenin, bu yol için yapılması gereken köprüleri bir başkasına, yol inşası için gerekli kum ve çakılı taşıma işini diğer bir kişiye, başka bir işverene bırakması durumu böyledir<sup>7</sup>. Uygulamada “taşeron” veya “alt müteahhit”, olarak da adlandırılan “alt işveren” denilen kişi bir asıl işverenin işyerinde belirli bir işi üstlenen ve işveren sıfatını, emrinde çalıştırdığı işçi için taşıyan kişidir<sup>8</sup>.

İş Kanunu'nda alt işverenden asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı içerisinde söz edilmektedir. Kanun'un 2/VI. maddesi uyarınca, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.” Buna göre, bir işverenin işyerindeki mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştıran diğer işveren alt işverendir.

## III. ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Asıl işveren ile alt işveren arasında, belirli bir işin yapılmasına yönelik bir sözleşme vardır. İki işveren arasındaki ilişkinin belirli bir sözleşmeye dayanması, serbest irade ile kabul edilmiş hukuki bir borç ilişkisinin varlığını gerektirmektedir<sup>9</sup>. Asıl işveren ilişkisinin dayanağını oluşturan sözleşmenin hukuki niteliği, bir görüşe göre istisna sözleşmesine dayanmaktadır<sup>10</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, aradaki ilişkinin bir istisna akdine dayanması zorunlu değildir, bunun yanında kira veya taşıma sözleşmesinden de asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişki kaynaklanabilir<sup>11</sup>.

Kanunda asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin hangi sözleşmeye dayanması gerektiği konusu belirtilmemiştir. Bu ilişkide önemli olan, kanunun belirttiği nitelikte bir işin üstlenilmesidir. Taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği, sözleşmeden doğan hak ve borçların belirlenmesinde önem taşımaktadır. Zira asıl işveren ile alt işverenin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri talepleri, aralarındaki sözleşme belirleyecektir. Şunu da belirtmek gerekir ki, asıl işverenin belirli bir işinin üstlenilmesi, niteliği gereği genellikle istisna akdi çeşitlerine, kira veya taşıma sözleşmesine dayanmaktadır<sup>12</sup>.

## IV. İŞVERENLERİN SORUMLULUĞU

### A. Alt İşverenin Sorumluluğu

Alt işveren, başka işverenden aldığı işte işçi çalıştıran kişidir. İş Kanunu'nda işverenler için öngörülen tüm hukuki ve cezai sorumluluklar alt işverenler için de geçerlidir<sup>13</sup>. Hizmet akdi ile o işyerinde alt işverene bağımlı olarak çalışan işçilerin, hizmet akitlerinden veya mevzuattan doğan her türlü haklarının yerine getirilmesinden alt işveren bizzat sorumludur. İşçiler, ücret, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin hakkı gibi işçilik haklarının yerine getirilmediği durumlarda alt işvereni dava edebilir, haklarının yerine getirilmesini alt işverenden isteyebilirler<sup>14</sup>.

Alt işverenin bu tip sorumluluğu kendi işçilerine karşıdır. Kanuni şartları gerçekleştiğinde, alt işverenin işçilerine karşı, asıl işveren de sorumlu tu-



## Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı sorumlu tutulabilmesi için asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde belirli işlerin yapımının alt işverenlere verilmiş olması gerekir.

tulabilecektir. Ancak, asıl işverenin işçilerine karşı alt işverenlerin herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir<sup>15</sup>.

### B. Asıl İşverenin Sorumluluğu

#### 1. Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumluluğu

Alt işverenlerin sadece asıl işverenden aldıkları işlerde çalıştırdıkları işçilere karşı asıl işverenler de alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuşlardır. İş Kanunu'nun 2/VI. maddesinde açıkça asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Böylelikle asıl işverenden alınan iş için çalıştırılan işçilerin hakları güvence altına alınmaya çalışılmıştır<sup>16</sup>. Alt işverenlerin ekonomik olarak daha zayıf olmaları ve genellikle alt işverenlerin yaptıkları işlerin belirli süreli ve geçici işler olması dolayısıyla ile bunları takip etmekteki güçlük, işçilerin haklarının tehlikeye düşmesi halinde asıl işveren de bu işçilere karşı sorumlu tutulmuştur<sup>17</sup>. Yargıtay, 1994 tarihli bir kararında da, "Taşeronun (alt işveren) işçilerine karşı, asıl işveren de birlikte sorumludur." demek sureti ile asıl işverenin sorumluluğunu belirtmiştir<sup>18</sup>. Böylelikle işçilerin hakları güvence altına alınırken, aynı zamanda asıl işverenlerin, iş verdikleri alt işverenlerin nitelikleri konusunda daha dikkatli olmalarının sağlanması amaçlanmıştır<sup>19</sup>.

Asıl işverenin sorumluluğu ile ilgili bir Yargıtay kararında, "Taşeronun çalıştırdığı işçilerin ücretinin ödenmemesinden taşeronla birlikte asıl işveren de

mesul olduğundan, mahkemece tahsile mütedair olmak üzere verilmiş karar doğrudur." denilmiştir<sup>20</sup>. Yargıtay, 1982 tarihli bir kararında<sup>21</sup> yine, "İşveren ve taşeronları, işçilere karşı birlikte sorumludurlar." derken, 1973 tarihli bir kararında<sup>22</sup>, alt işverene, asıl işveren veya adamının kusuru sonucu meydana gelmiş zarardan dolayı birlikte sorumluluk öngörülmediği; 1978 tarihli bir kararında<sup>23</sup> ise asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğunun, asıl işverenin hiç kusuru olmasa dahi devam edeceğini belirtmiştir. Yargıtay'a göre, işverenin işçilerini işyerinden evlerine götürüp getirmesi için üçüncü şahısla yaptığı taşıma sözleşmesi uyarınca üçüncü şahıs kendi araç ve şoförü ile işçileri taşımayı taahhüt etmiş olsa dahi, araçta meydana gelen kaza iş kazasıdır. Taşıma sözleşmesine de dayansa araç şoförünü işverenin emir ve talimatı altında saymak gerekir. Burada asıl işverenin sorumlu tutulması gerekir<sup>24</sup>.

#### 2. Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumlu Tutulabilmesinin Şartları

Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı sorumlu tutulabilmesi için asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde belirli işlerin yapımının alt işverenlere verilmiş olması gerekir. Yani alt işverenin, işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla ile sahip olması gerekir. Durum böyle olunca da, işin tamamının devredildiği hallerde veya kısım kısım devredilen işte kendi işçisini çalıştırmayan işverenle, devreden işveren arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz etmek mümkün değildir<sup>25</sup>. Ayrıca İş Kanunu'nun 2/VII. maddesi uyarınca işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverene verilemez.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, "İş-

**İşçinin sadece asıl işverenin işyerinde çalışması, alt işverenin başka işyerlerinde çalışmadan, asıl işverenden alınan işe bağlı olarak, devamlı olarak bu iş için çalışması anlaşılmalıdır.**

## Alt işveren, asıl işverenden aldığı işte çalıştırdığı işçilerinden bir kısmını başka işyerlerinde de çalıştırıyorsa, bu işçilere karşı artık asıl işverenlerin sorumluluğu yoktur.

yerindeki tahmil ve tahliye işlerinin tamamı ihale sureti ile müteahhide verildiğinde, müteahhidin işçilerine ödenecek ihbar ve kıdem tazminatından her iki işveren değil, yalnız müteahhit sorumludur.” demek sureti ile işin tamamının alt işverene devredilmesi halinde, asıl işverenin sorumluluğunun olmayacağı belirtilmiştir<sup>26</sup>.

Uygulamada ise bazı işverenlerin sorumluluktan kurtulmak için, işi bölümlere ayırarak tüm işi taşeronlara dağıttığı ve kendisinin hiç işçi çalıştırmadığı görülmektedir. Böylelikle işçi sendikalaşmalarını veya toplu iş sözleşmelerinden faydalanmalarını engellemek veya kanunların yüklediği bazı fonlardan kurtulmak için, bu yola başvurulması kanuna karşı hileyi oluşturur. Bu yol meşru görünse de akdin konusu hukuka aykırıdır. Bu gibi hallerde Borçlar Kanunu madde 19 ve 20'deki butlan hükmünün uygulanması mümkündür<sup>27</sup>.

Asıl işverenin sorumlu tutulabilmesinin bir diğer şartı ise alt işverenin asıl işverenden aldığı işte görevlendirdiği işçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalışıyor olmasıdır. Alt işverenin asıl işverenden aldığı iş için çalıştırdığı işçilerin tamamının bu iş için çalışmaması durumunda asıl işverenin sorumluluğu, sadece asıl işverenin işyerinde çalışan işçilere karşı olup, diğer işçilere karşı asıl işverenin sorumluluğu yoktur<sup>28</sup>. İşçinin sadece asıl işverenin işyerinde çalışması, alt işverenin başka işyerlerinde çalışmadan, asıl işverenden alınan işe bağlı olarak, devamlı olarak bu iş için çalışması anlaşılmalıdır<sup>29</sup>. İşçinin, başka bir iş için işvereni tarafından görevlendirildiği sırada kesintiye uğrayan çalışması sırasında, işçi geçici görevde iken, asıl işverenin sorumluluğu da geçici olarak bu işçi bakımından askıdadır. İşçi geçici görevle gittiği yerde bir iş kazasına uğrarsa, bundan artık asıl işveren sorumlu tutulamayacaktır. Bu işçi tekrar işyerine döndükten sonra bir kazaya uğ-

rarsa bundan asıl işveren de sorumlu tutulabilecektir<sup>30</sup>.

Doktrinde asıl işverenlerin sorumluluğu için alt işverenlerin işçilerinin bir bütün olarak düşünülüp, bunların tamamının sadece işverenden alınan işlerde çalışıyor olmaları gerektiği ileri sürülmüş, buna göre, asıl işverenden iş alan kimse işçilerini sadece bu işte çalıştırmayıp başka işyerlerinde de iş gördürüyorsa, bu işçilere karşı asıl işverenlerin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Zira bu durumlarda İş Kanunu yönünden asıl işveren-alt işveren ilişkisi olmayacaktır<sup>31</sup>.

Bizim katıldığımız diğer bir görüş, kanun koyucunun asıl işvereni sadece bu işlerde çalışan işçilere karşı sorumlu tuttuğu, diğer işçilere karşı sorumlu tutmadığı<sup>32</sup>, bu nedenle de her işçi yönünden çalışmanın bağımsız değerlendirmeye tabi tutulması ve o işçiye karşı asıl işverenin sorumlu olup olmadığının belirlenmesi gerektiği yönündedir. Eğer alt işveren asıl işverenden aldığı işte çalıştırdığı işçilerinden bir kısmını başka işyerlerinde de çalıştırıyorsa bu işçilere karşı artık asıl işverenlerin sorumluluğu yoktur. Ancak bu durum, sadece asıl işverenden alınan işte çalışan işçilere karşı olan asıl işverenin sorumlu tutulmasına engel değildir<sup>33</sup>.

### 3. Asıl İşverenin Alt İşverene Karşı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

İş Kanunu'nda asıl işverenin alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu bildirilmiş ancak bu sorumluluğun türü belirtilmemiştir. 3008 sayılı eski İş Kanunumuzun 5518 sayılı Kanun'la değiştirilen I/IV. maddesinde bunun “müştereken ve müteselsil” sorumluluk olduğu belirtilmiş ve bu hüküm müşterek ve müteselsil sorumluluk kavramlarının farklı olması sebebiyle eleştirilmiştir<sup>34</sup>.

Müşterek sorumluluk bir üst kavram olup, müteselsil sorumluluk onun bir alt ayırımıdır<sup>35</sup>. Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı olan sorumluluğunu, doktrin ve uygulamada da kabul edildiği gibi “müteselsil” sorumluluk olarak anlamak gerekir<sup>36</sup>. Böylelikle, sadece asıl işverenden alınan işlerde çalışan alt işveren işçileri, kendi işverenlerine karşı ileri sürebilecekleri taleplerinin tamamını asıl işverenlere karşı da ileri sürebileceklerdir<sup>37</sup>. Zira müteselsil borçlulukta, borçlulardan her biri borcun tamamından sorumludur ve alacaklının istediği borçluya başvurma hakkı vardır<sup>38</sup>. Öyle ise işçi,

asil işveren den alınan işte çalışmasından kaynaklanan alacağın tamamı için asil veya alt işveren den her ikisini birlikte veya dilediğini takip etme hakkına sahiptir<sup>39</sup>. Asil işverenlerin müteselsil sorumluluğu emredici niteliktedir<sup>40</sup>. Bu sebeple asil işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmede, bu işçilere karşı asil işverenin sorumlu olmayacağı, her tür sorumluluğun alt işverene ait olacağını kararlaştırılması, işçilerin asil işverene başvurmalarına engel değildir. Bu anlaşma, taraflar arasındaki ilişkide ancak etkili olabilir.

Asil işverenin alt işverenle birlikte sorumluluğu hukuki sorumluluktur. Fakat alt işverenin, işyerindeki iş düzeni ve güvenlik tedbirlerinin alınması görevlerinden ötürü kamu hukukundan doğan cezai sorumluluğu da mutlakdır. Çünkü alt işveren belirli bir işin bir bölümünde işi kendi işçileri ile birlikte ve bağımsız olarak yapmaktadır. Ayrıca asil işveren, müteselsil ve müşterek sorumluluğu nedeniyle işçilere ödemedeki bulunduğu nispette alt işverene karşı rücu hakkına sahiptir<sup>41</sup>.

#### 4. Asil İşverenin Sorumluluğunun Sınırları

Kanundan, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden doğan alacaklarını, iş sözleşmesi ile bağlı oldukları alt işverenden alamayan işçiler, bu haklarını alabilmek için asil işverene başvurabileceklerdir. Bu haklar kendilerine ödenmediği takdirde de, işçiler iki işveren veya bunlardan yalnız biri hakkında da dava açabileceklerdir<sup>42</sup>. Alacaklı işçinin mirasçıları da iki işverenden biri hakkında yargı yoluna başvurabileceklerdir.

Kanun'da alt işverenin işçilerine karşı kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin asil işverenin sorumluluğu kapsamında olduğu belirtilmektedir (İş K. m. 2/VI son). Alt işveren işçilerinin başka akitlerden veya kanunlardan doğan haklarının talebi, asil işverenlerin bu sorumluluklarının kapsamı dışında kalmaktadır. Aynı zamanda, işçinin talebinin, asil işverenden alınan işte çalışmasından kaynaklanması gerekmektedir<sup>43</sup>.

Asil işverenlerin sorumlulukları miktar bakımından da sınırlıdır. Alt işverenin işçileri, kendi işverenlerinden isteyebilecekleri miktardan daha fazlasını asil işverenden isteyemez<sup>44</sup>. Alt işverenin işçilerine karşı ileri sürebileceği, borcun kaynağından doğan itiraz ve def'ileri, bu işçilere karşı asil işve-

ren de ileri sürebilir. Örneğin, işçinin, asil işverenden alınan işte çalışmasından kaynaklanan, zamanaşımına uğramış bir alacağını, asil işverenden istemesi halinde, asil işveren de zamanaşımını def'ini ileri sürebilecektir. Böyle bir alacağın her iki işverene karşı aynı anda yöneltilmiş olduğu durumda, birinin anılan nitelikte bir def'i ileri sürmesi diğeri için de geçerli olmayacaktır. Bu durumda söz konusu olan talep, def'i ileri sürülen işveren için reddedilip, diğer işveren için kabul edilecektir (Borçlar Kanunu m. 143). Ancak, anılan savunmanın itiraz niteliğinde olması her iki işveren yönünden de davanın reddini gerektirecektir. Zira itiraz savunması def'iden farklı olarak kamu düzenine ilişkin bulunmaktadır<sup>45</sup>. Örneğin talep edilen alacağın hiç doğmadığı veya sona erdiği savunması bu niteliktedir. İşverenlerden birinin ileri sürdüğü bu savunmanın kabul edilmesi diğeri de sorumluluktan kurtaracaktır<sup>46</sup>.

Asil işverenin işyerinde alt işverene verilmiş olan işin bir kısmı, alt işveren tarafından başka bir alt işverene verilmişse, bu işverenin işçilerine karşı olan sorumluluğu, diğer işverenler bakımından müteselsiliyet niteliği taşır. Örneğin, iş kazası nedeniyle tazminat isteğine ilişkin dava, üç işverenin hepsine veya doğrudan doğruya herhangi birine de açılabilir<sup>47</sup>. Yani bu tip zincirleme asil işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu durumlarda, bunlar arasında da zincirleme sorumluluk vardır. Her işveren kendinden sonraki alt işverenlerin işçilerine karşı ve devrettiği iş dolayısı ile çıkan uyuşmazlıklardan sorumludur. Sonraki işverenlerin, önceki işverenlerin işçilerine karşı bu ilişkiden doğan herhangi bir sorumluluğu yoktur. Zira kanunda alt işverenlerin işçilerine karşı asil işverenler sorumlu tutulmuş, ancak asil işverenlerin işçilerine karşı alt işverenlere herhangi bir sorumluluk yüklenmemiştir<sup>48</sup>.

Asil işveren ve alt işveren, yaptıkları sözleşmede, alınan işlerin bizzat alt işveren tarafından yapılacağını kararlaştırmış olmalarına rağmen, alt işverenlerin üstlendikleri işlerin belirli bir bölümünü başka işverenlere yaptırmaları halinde de asil işverenlerin sorumlulukları, bu alt işverenin işçilerine karşı da devam etmektedir. Tarafların üstlenilen işin başkalarına devredilemeyeceği konusunda anlaşmış olmaları bu zincirleme sorumluluğu kesmez. Bu anlaşma taraflar arasındaki iç ilişkide etki-

li olacaktır. Asıl işverenlerin devrettikleri işlerde çalışan alt işveren işçilerine karşı olan sorumlulukları emredici niteliktedir<sup>49</sup>.

Asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin işçileri ile sınırlıdır. Bu işçilerin, asıl işverenin işyerinde ve kendi işi ile ilgili olarak çalıştırılmaları gerekir. Bu koşullar bulunmazsa müteselsil sorumluluktan söz edilemez<sup>50</sup>. Bu durumu teyit eden Yargıtay'ın bir kararında şöyle denilmiştir; "Davacı işçinin taşeron firmanın işçisi olarak çalışmakta iken kazaya uğraması sonucunda iş sahibi asıl işverenin tazminatla sorumlu tutulması yerinde değildir"<sup>51</sup>.

İş Kanunu'nun 36. maddesi göre, genel ve katma bütçeli daireler ile mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar, müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığını kontrol edecektir. Ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu halinde ise ücretleri ödenmeyen işçilere müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri müteahhit veya taşeronların hakedişlerinden ödenecektir. Ancak, bu işverenlerin sorumlulukları işçilerin üç aylık ücret tutarı ile sınırlıdır.

Bundan kamu işverenlerinin her hakediş dönemi için işçilerin üç aylık ücret miktarı ile sorumlu olduğunun anlaşılması gerekir. Zira kanun koyucu bu işverenleri her hakedişleri ödemediği önce verdikleri işlerde çalışan işçilerden ücreti ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlü tutmuş ve bunun anılan işverenlere birtakım yükümlülükler yüklemiştir, bu sebeple, kamu işverenlerinin sorumlulukları her hakediş dönemi için işçi ücretlerinin üç aylık miktarı ile sınırlıdır. Örneğin, üst üste iki hakediş dönemi için, kendine düşen görevi yerine getirmeyen bir kamu işvereni, işçilerine karşı her hakediş dönemi için üç aylık ücret tutarı olmak üzere toplam altı aylık işçi ücretleri ile sorumlu olacaktır<sup>52</sup>.

Doktrinde, anılan kamu işverenlerinin asıl işveren sıfatına sahip olmaları halinde, bunların sorumluluklarının işçi ücretlerinin üç aylık miktarı ile sınırlı olmayacağı yönünde görüş de mevcuttur<sup>53</sup>. Yargıtay'ın asıl işverenin sorumluluğunun, müteahhit veya taşeronların işçilerine karşı sadece ücret-

lerinden dolayı olduğu, ihbar ve kıdem tazminatı ile ilgili diğer işçilik haklarından asıl işverenin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı yönünde kararları da mevcuttur<sup>54</sup>.

### C. Asıl İşverenin Alt İşverene Rücuu

Asıl işveren hiç şüphesizdir ki, kendi işçilerine karşı da sorumludur. Ancak, alt işverenlerin çoğunluğunun, sermayeleri az kişiler oluşu, uygulamada yüklenimlerini yerine getirememeleri gibi sonuçlar doğurmaktadır. Bu durum karşısında işçiyi korumak, işçinin haklarını garanti altına almak gereği vardır. Böyle sosyal bir nedenle alt işveren ile birlikte, asıl işvereni de kanun koyucu sorumlu tutmuştur. Ancak işçi, bunların birisinden aldığı miktarı, diğerinden isteyemez. Ödemede bulunan asıl işveren, ödediği miktarı yapmak zorunda kaldığı diğer miktarlarla beraber, borcun asıl sahibi olan alt işverenden isteyecektir<sup>55</sup>.

## V. UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

### A. Alt İşverenin İşçisinin, Alt İşverenle ve Asıl İşverenle Arasındaki Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme

İşçi ile işverenler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemeleri görevlidir. Bu sebeple alt işverenin ve işçilerinin arasındaki davalarda iş mahkemeleri görevlidir. Bu işçilerin, davalarını iş mahkemelerinde açabilmeleri için sadece asıl işverenden alınan işte çalışıp çalışmadıklarının bir önemi yoktur. İşçi ile alt işveren arasındaki iş hukukundan doğan bütün uyuşmazlıklara iş mahkemelerinde bakılacaktır<sup>56</sup>.

Alt işverenin sadece asıl işverenden alınan işte çalışan işçilerine karşı asıl işverenler de müteselsilen sorumlu tutulduğundan bu işçiler, kendi işverenleri olan alt işverene karşı ileri sürebilecekleri taleplerini asıl işverenlere karşı da ileri sürebileceklerdir. İşçilerin açacakları bu davalara da iş mahkemelerinde bakılacaktır<sup>57</sup>. Zira kanun koyucunun amacı, bu işçilerin işverenlerinden olan alacaklarını güvence altına alarak, işçilerin haklarına bir an önce kavuşmalarını sağlamaktır<sup>58</sup>. Öyle ise, alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasındaki uyuşmazlıklarda, iş mahkemelerinin



görevli olması, iş hukuku konusunda uzman bir mahkeme tarafından davaya bakıldığı için daha çabuk, ucuz ve kolay bir sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır. Zira özel iş mahkemelerinin kurulmasının amacı, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümünün ayrı bir uzmanlığı gerektirmesidir<sup>59</sup>.

## B. Asıl İşveren ve Alt İşveren Arasındaki Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme

Asıl işveren ve alt işveren arasındaki ilişki belirli bir sözleşmeye, genellikle de istisna akdi çeşitleri olmak üzere taşıma veya kira akdine dayanmaktadır<sup>60</sup>. Taraflar arasındaki bu sözleşme ile asıl işveren ve alt işverenin birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri belirlenmektedir. Taraflardan birinin buna uymaması da akde aykırılık teşkil eder ve diğer taraf da bundan doğan zararlarını genel hükümler uyarınca talep edebilir<sup>61</sup>.

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişki, akdi nitelikte olduğu için, bunlar arasında İş Kanunu'na dayanan bir hak iddiası da söz konusu olmayacaktır. Her ikisi de işveren olduğu için, aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesine dayanması da söz konusu değildir. İş Mahkemeleri Kanunu'na göre, ancak hizmet akdi veya İş Kanunu'na dayanan hak iddialarının çözüm yeri iş mahkemeleridir. Diğer kanunlarda da aksine hüküm bulunmadığı için, asıl işveren ile alt işveren arasındaki uyuşmazlıklara iş mahkemelerinde bakılamayacaktır. Bu uyuşmazlıklar, genel mahkemelerden birinin görev alanına girecektir. Bunu da uyuşmazlığın niteliği ve miktarı belirleyecektir<sup>62</sup>.

## SONUÇ

İşverenler, teknolojiye ilerlemeye bağlı olarak ortaya çıkan yeni durumlara uyum sağlamak ve bunun iş bölümü ve uzmanlaşmayı zorunlu kılması veya ekonomik nedenlerle, işlerinin belirli bir bölümünü başka işverenlere yaptırma yoluna gitmektedirler. Bu tip işlerin genellikle geçici nitelikte olması veya belirli bir sürenin kararlaştırılmış olduğu durumlarda sürenin bitmesi ile birlikte alt işverenlerin başka bir iş için başka yerlere gitmesi ve bu kişilerin genellikle ekonomik bakımdan zayıf durumda olmaları sebebiyle, başka işverenden

aldıkları işlerde çalıştırdıkları işçilerin bu işverenlerden olan alacaklarının zamanında ödenememesi veya ödenmemesi tehlikesi vardır. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, işçilerin kendi işverenlerinden olan alacağını güvence altına almak istemiştir. Bu sebeple alt işverenin sadece asıl işverenden aldığı işlerde çalıştırdığı işçilere karşı asıl işverenler de alt işverenle birlikte sorumlu tutulmuştur. Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı sorumluluğu müteselsil sorumluluk olduğu için, işçiler, asıl işveren veya alt işverenden dilediklerine başvurabilirler.

İş Kanunu müteahhitlere her türlü yapım ve onarım işlerini veren kamu işverenlerine, müteahhitlerin hakedişlerini ödemediği devrettikleri işte çalışan müteahhit veya taşeron işçilerinden ücreti ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığını araştırma ödevi yüklemiştir. Ayrıca kamu işverenleri ücreti ödenmeyen işçilerin ücretlerini taşeronların hak edişlerinden kesme yetkisine de sahiptir. İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca sorumluluk taşıyan asıl işverenler de bu yetkiyi kullanabileceklerdir. Asıl işverenler, alt işverenlerden ücret bordrolarını isteyerek, kendilerine karşı müteselsil sorumluluğu olduğu işçileri tespit edip, bu ücret miktarlarını alt işverenlerin hakedişlerinden kesebilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanmayacağı veya daha önce o işyerinde çalışan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulamayacağı düzenlenmiş, aksi durumda asıl işveren – alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayanacağı kabul edileceği ve alt işverenin işçilerinin baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem göreceği düzenlenmiştir. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenler ile uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği de kanun ile düzenleme altına alınmıştır. Kanun'daki bu düzenlemeler ümit verici olmakla birlikte son yıllarda giderek artan alt işverenlik müessesesinin uzmanlaşmak sureti ile işleri kolaylaştırmaktan ziyade, işyerindeki işleri bölüp değişik alt işverenlere vererek, işyerinin bütünlüğünü bozmak, sendikalaşmayı önlemek ve toplu iş sözleşmesinden kurtulmak gayelerine hizmet etmesi engellenmelidir.



## DİPNOTLAR

- 1 ÇENBERCİ, M., İş Kanunu Şerhi, 5.Bası, Ankara 1984, s.109.
- 2 ELBİR, H. K., İş Hukuku, 9.Bası, İstanbul 1997, s.35.
- 3 9.HD., 16.11.1971 T., 19927 E., 22661 K., TAŞKENT, S., İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s.60, dn.4.
- 4 İZVEREN, A., Sosyal Politika, İş Hukuku ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1966, s.72.
- 5 ATABEK, R., İş Akdinin Feshi, İstanbul 1933, s.18.
- 6 ESENER, T., İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s.69.
- 7 NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3.Bası, İzmir 1998, s.112.
- 8 NARMANLIOĞLU, s.113.
- 9 OĞUZMAN, M. K., Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, 4.Bası, İstanbul 1987, s.38; TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP/AKMAN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul 1988, s.65; TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul 1976, s.183.
- 10 ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.148; REİSOĞLU, S., Hizmet Akdi, Ankara 1968, s.3, 4.
- 11 ÇELİK, N., İş Hukuku Dersleri, 10.Bası, İstanbul 1990, s.49; EKONOMİ, M., İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1984, s.53; NARMANLIOĞLU, s.112, Ayrıca Yargıtay'ın da bu durumu destekler nitelikteki işçilerin işyerine getirilip götürülmesini üstlenen kişinin alt işveren saydığı kararı için bkz. Y.9.HD., 18.1.1989 T., 1988/10312 E., 1989/139 K., Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 1989, s.15.
- 12 CANBOLAT, T., İş Hukukunda Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s.40.
- 13 CANBOLAT, s.64.
- 14 CANBOLAT, s.64.
- 15 Y.9.HD., 17.4.1973 T., 22740 E., 11506 K. (ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.151).
- 16 ÇELİK, İş Hukuku, s.49; ESENER, s.78; EKONOMİ, İş Hukuku, s.53; NARMANLIOĞLU, s.115.
- 17 CANBOLAT, s.65.
- 18 Y.9.HD., 17.01.1994 T., 1994/64 E., 1994/52 K., Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 1990-1995, Ankara 1996, s.13.
- 19 CANBOLAT, s.65.
- 20 Y.TD., 8.2.1954 T., E.8565, K.766 (ERMAN, S., İş Davaları ve Tatbikatı, Ankara 1956, s.56).
- 21 YELEKÇİ, M./YELEKÇİ, İ., İş Kanunu Şerhi, Ankara 1996, s.37.
- 22 Y.9.HD., 17.04.1973 T., 2740 E., 11506 K. (ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.120).
- 23 Y.10.HD., 21.02.1978 T., 1101 E., 1219 K. (ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.120, 121).
- 24 Y.9.HD., 18.01.1989 T., 988/10312 E., 989/139 K., Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 1989, s.15, 16.
- 25 EYRENCİ, Ö., İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, Tebliğ ve Genel Görüşmeler, İstanbul 1996, s.6; OĞUZMAN, M. K., Yargıtay'ın 1988 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1990, s.66; CANBOLAT, s.20, 21; EKONOMİ, M., "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1991, s.7; NARMANLIOĞLU, s.117.
- 26 Y.9.HD., 28.05.1996 T., 1995/37441 E., 1996/11953 K., EKONOMİ, M., Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Emsal Kararları, Ankara 1998, s.8.
- 27 EYRENCİ, s.7; ELBİR, H. K., "Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler", İHD, Cilt I, Sayı 1, Ocak - Mart 1991, s.14, 15; CANBOLAT, s.29, 30; GÜZEL, A., "Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1993, s.6, 7.
- 28 ÇELİK, N., Aracı İşveren İşçisinin Asıl İşverenle Yapılan Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması, İHU, 1988-1989, TSGLK.9, No.4, s.3 (Naklen CANBOLAT, s.71).
- 29 KUTAL, M., "Türk İş Hukuku Açısından Alt İşveren ve Sorunları", KİPLAS 1990 Sonbahar Eğitim Programında Sunulan Tebliğ; s.6 (Naklen, CANBOLAT, s.68, dn.216).
- 30 CANBOLAT, s.69.
- 31 OĞUZMAN, M. K., Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul 1975, s.12; ELBİR, Asıl İşveren-Alt İşveren, s.11.
- 32 ÇELİK, İş Hukuku, s.3.
- 33 CANBOLAT, s.70.
- 34 SAYMEN, F., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.196.
- 35 ÇELİK, İş Hukuku, s.49;
- 36 ÇELİK, İş Hukuku, s.49; ESENER, s.79; EKONOMİ, İş Hukuku, s.54; TUNÇOMAĞ, K., İş Hukuku, Cilt I, 2.Bası, İstanbul 1981, s.65; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.149.
- 37 ESENER, s.79; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.149, 150.
- 38 OĞUZMAN, M. K., Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt II, İstanbul 1991, s. 331.
- 39 ÇELİK, İş Hukuku, s.49; ESENER, s.79; ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.150.
- 40 "Davalılar arasında imzalanmış bulunan teknik şartnamenin 6 ve 7. maddelerinde her türlü sorumluluğun işi yapan firmaya ait olacağı kararlaştırılmış ise de bu hükümler davacıyı bağlamaz. Ancak davalılar arasındaki iç ilişkisini ilgilendirir. Esasen İş Kanunumuzun az önce anılan hükmü kamu düzenine ilişkin olup işçi aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir." Y.9.HD., 18.3.1988, E.517, K.3080, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1988, s.19.
- 41 İZVEREN, A., İş Hukuku (I, II, III), Ankara 1974, s.86.
- 42 Y.9.HD., 22.12.1970 T., E.9832, K.14538, ŞAFAK, C./ÇALIK, Ş./YALÇINER, A., Soru ve Yanıtlarla İş Yasası Uygulaması, İstanbul 1983, s.40.
- 43 ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.150; CANBOLAT, s.72.
- 44 ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.149, 150; CANBOLAT, s.72.
- 45 CANBOLAT, s.73; OĞUZMAN, Cilt II, s.333.
- 46 CANBOLAT, s.73.
- 47 ŞAFAK/ÇALIK/YALÇINER, s.40.
- 48 CANBOLAT, s.74.
- 49 Y.9.HD., 18.03.1988 T., 1988/517 E., 1988/3080 K. (CANBOLAT, s.75, dn.236).
- 50 ŞAFAK /ÇALIK/YALÇINER, s.40.
- 51 Y.9.HD., 11.04.1995 T., 1995/946 E., 1995/12377 K., Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 1990-1995, Ankara 1996, s. 19.
- 52 CANBOLAT, s.74.

- 53 CANBOLAT, s.74.
- 54 9.HD., 02.07.1998 T., 1998/8607 E., 1998/11121 K. (EKONOMİ, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000, s.81).
- 55 ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, s.120, 121; ÇELİK, İş Hukuku, s.49; ESENER, s.79, 80; CANBOLAT, s.75.
- 56 CANBOLAT, s.77.
- 57 NARMANLIOĞLU, s.117; CANBOLAT, s.77.
- 58 ÇENBERCİ, M., İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, s.1.
- 59 CANBOLAT, s.77.
- 60 ÇELİK, İş Hukuku, s.49; EKONOMİ, İş Hukuku, s.53; NARMANLIOĞLU, s.112.
- 61 CANBOLAT, s.78.
- 62 CANBOLAT, s.78; NARMANLIOĞLU, s. 117.

### KAYNAKÇA

- ATABEK, R., İş Akdinin Feshi, İstanbul 1933.
- CANBOLAT, T., Türk İş Hukukunda Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.
- ÇELİK, N., İş Hukuku Dersleri, 10. Bası, İstanbul 1990 (İş Hukuku).
- ÇELİK, N., Aracı İşveren İşçisinin Asıl İşverenle Yapılan TİS'den Yararlanması, İHU, 1988-1989, TSGLK.9, No.4.
- ÇENBERCİ, M., İş Kanunu Şerhi, 5.Bası, Ankara 1984 (İş Kanunu Şerhi).
- ÇENBERCİ, M., İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969.
- EKONOMİ, M., İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1984 (İş Hukuku).
- EKONOMİ, M., "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 1991.
- EKONOMİ, M., Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1996 Yılı Emsal Kararları, Ankara 1998.
- EKONOMİ, M., Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000.
- ELBİR, H. K., İş Hukuku, 9.Bası, İstanbul 1997.
- ELBİR, H. K., "Asıl İşveren - Alt İşveren (Müteahhit - Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler", İHD, Cilt I, Sayı 1, Ocak-Mart 1991 (Asıl İşveren-Alt İşveren).
- ERMAN, S., İş Davaları ve Tatbikatı, Ankara 1956.
- ESENER, T., İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 1978.
- EYRENCİ, Ö., İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, Tebliğ ve Genel Görüşmeler, İstanbul 1996.
- GÜZEL, A., "Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri", Çimento İşveren Dergisi, Eylül 1993.
- İZVEREN, A., Sosyal Politika, İş Hukuku ve Sosyal Sigortalar, Ankara 1966.
- İZVEREN, A., İş Hukuku (I, II, III), Ankara 1974.
- KUTAL, M., "Türk İş Hukuku Açısından Alt İşveren ve Sorunları", KİPLAS 1990 Sonbahar Eğitim Programında Sunulan Tebliğ.
- NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3.Bası, İzmir 1998.
- OĞUZMAN, M. K., Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt I, 4.Bası, İstanbul 1987.
- OĞUZMAN; Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul 1975.
- OĞUZMAN, M. K., Yargıtay'ın 1988 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1990.
- OĞUZMAN, M. K., Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt II, İstanbul 1991 (C.II).
- REİSOĞLU, S., Hizmet Akdi, Ankara 1968.
- SAYMEN, F., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- ŞAFAK, C./ÇALIK, Ş./YALÇINER, A., Soru ve Yanıtlarla İş Yasası Uygulaması, İstanbul 1983.
- TAŞKENT, S., İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981.
- TEKİNAY/BURCUOĞLU/ALTOP; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul 1988.
- TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul 1976.
- TUNÇOMAĞ, K., İş Hukuku, Cilt I, 2.Bası, İstanbul 1981.
- YELEKÇİ, M./YELEKÇİ, İ., İş Kanunu Şerhi, Ankara 1996.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## İşsizlik Sigortası Uygulaması (İşverenin İşten Ayrılma Bildirgesi Verme Yükümü ve Sigortalının Kuruma Başvurusu)

### YARGITAY

#### 10. HUKUK DAİRESİ

**Esas No.** : 2006/19645

**Karar No.** : 2007/1657

**Tarihi** : 06.02.2007

### DAVA

Davacı, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla işsizlik ödeneği alacağı yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, bozmaya uyarak ilâmında belirtildiği şekilde isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı Avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi Ö. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

### KARAR

Dava, iş akdinin işverence haksız nedenle feshedildiğinin mahkeme kararı ile kesinleşmesi üzerine, işsizlik ödeneğine hak kazandığının tespiti ile ödeneğin fesih tarihinden itibaren faizi ile tahsiline ilişkin olup, mahkemece; davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağı 4447 sayılı Kanun'un 46 ve devamı maddeleridir. Davanın yasal dayanağını oluşturan 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun genel gerekçesinde "işsizlik sigortası bir iş veya işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına karşın tamamen kendi istek ve kusuru dışında işini kaybeden çalışanlara bir yandan yeni bir iş bulunmasına gayret edilirken, diğer yandan da bunların işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını kısmen de olsa karşılayarak, kendisinin ve ailesinin zor duruma düşmesini önlemek amacıyla belli süre ve ölçüde, ödemeyi kapsa-

yan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren, Devlet tarafından kurulmuş zorunlu bir sigorta koludur.

İşsizlik ödeneğine hak kazanmanın ilk koşulu; işsiz kalmak olduğundan öncelikle kimlerin işsizlik sigortası kapsamında işsiz sayılacağına çözümlenmesi gereklidir. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 13. Çalışma İstatistikçileri Konferansında kabul edilen kararda işsizliğin uluslararası standart tanımı üç unsur üzerine oturtulmuştur. Bu unsurlar; 1) işsiz olma, 2) halen çalışmaya elverişli bulunma, 3) bir iş talep etme şeklinde sıralanmaktadır. Uluslararası standartlara göre ancak bu üç unsuru birlikte taşıyanlar işsiz kabul edilmektedir.

Tanımda yer alan halen çalışmaya elverişli olma ve bir iş talep etme unsuru istihdam dışında bulunan iş gücünü ekonomik bakımdan aktif olmayan nüfustan ayırmaya hizmet etmektedir. Çalışmaya elverişli olma unsuru ise; bir iş olanağı tanınması halinde, bu işi yapabilmeye muktedir ve hazır olmayı ifade etmektedir. Uluslararası uygulamalara bakıldığında, sigortalıların işsizlik ödeneği alabilmeleri için sahip olmaları gereken çalışmaya elverişli olma koşulunu taşıdıklarını göstermek bakımından önlerine çıkması olası uygun bir iş karşısında hemen çalışma iktidar ve isteğinde olduklarını da kanıtlamaları gerekir.

Bu yönde; 4447 sayılı Kanun'un 4571 Sk ile değişik, 4.6/3. maddesi uyarınca; "...sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar... bu Kanun kapsamına dahil değildir." Ayrıca 52/1-b uyarınca; "İşsizlik ödeneği almakta iken; ...herhangi bir sosyal güvenlik

kuruluşundan yaşlılık aylığı aldığı tespit edilen, sigortalı işsizlerin işsizlik ödeneği kesilir." Şeklindeki düzenlemeleri ile çalışma iktidar ve isteğinde olma unsuruna vurgu yapılmıştır.

Kanun koyucunun açıkça öngördüğü üzere; herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan aylık alma halinde ödeneği talebi yönünden engelleyici ve ödemeyi kesici niteliktedir.

Somut olayda, davacının iş akdinin 23.08.2004 tarihinde işveren tarafından haksız nedenle sona erdirildiği, davacı sigortalı işsiz tarafından davalı İşkur'a 02.05.2005 tarihinde, 30 günlük müracaat süresinden sonra ancak hak kazanabileceği 300 günlük ödenek süresi içinde başvurduğu, müracaat tarihi itibarıyla davacı yönünden ödeneğe hak kazanılan süre sona ermemiş ise de; davacıya ait sicil dosyası içeriğinden 15.03.2005 tarihinden başlamak üzere yaşlılık aylığı bağlandığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan maddi ve hukuksal nedenler uyarınca yaşlılık aylığı almakta iken işsizlik sigortasından yararlanma talebinde bulunmak mümkün olmadığından davanın reddi yerine yanılığın değerlendirilmesi ile yazılı gerekçelerle kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı İş Kur vekilinin ve yönleri amaçlayan temyiz itirazların kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

## SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, 06.02.2007 gününde oy birliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

### 1. Genel Olarak

Yakın zamana kadar, 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Türkiye'nin de taraf olduğu 1952 tarihli ILO sözleşmesinde sayılan 9 riskten işsizlik sigortası ve aile ödeneklerine hukuksal olarak yer verilmiş değildi. Esasen Türkiye de işsizlikten en çok etkilenen ülkelerden biri durumundadır. Nitekim, işsizliğin bir ülke ekonomisi ve

halkı üzerinde çok önemli olumsuz sonuçları vardır. Ülkemizde işsizlik sigortasının kabulü yolundaki düşünceler resmen ilk önce kalkınma planlarında dile getirilmiştir. Ancak bu konudaki çalışmalar hep düş kırıklıkları ile sonuçlanmıştır. En sonunda 25.8.1999 gün ve 4447 sayılı Kanun ülkede ilk kez dar kapsamlı da olsa işsizlik sigortasını kurmuştur. Kanun 1.6.2000 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunla sadece belli şartları yerine getiren ve çalışırken işsiz kalanlara işsizlik sigorta-

## İş sözleşmesinin sona erdiği tarihten geriye doğru 120 gün kesintisiz prim ödeme koşulu, işsizlik ödeneğine hak kazanmayı önemli ölçüde sınırlamaktadır.

sı ödeneğinden yararlanma hakkı sağlanmıştır<sup>1</sup>.

Kanunda işsizlik sigortası "Bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigorta" olarak tanımlanmaktadır (md. 47/c). Bu tanımdan; işsizlik sigortasının çalışırken kendi arzu ve kusuru dışında işsiz kalanlara yönelik olduğunu, işsizlik süresinde uğradıkları gelir kayıplarını belli bir ölçü ve sınırdaki kalmak kaydıyla karşılamayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

### II. İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanma

Sigortalının işsizlik ödeneğine hak kazanabilmesi için üç ayrı koşulun gerçekleşmiş bulunması gereklidir. Buna göre; herşeyden önce bu Kanuna göre sigortalı olarak çalışan kişinin iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş ve işten ayrılmadan önceki son 120 gün içinde kesintisiz çalışarak ve prim ödeyerek geçirmiş olması gerekir. İş sözleşmesinin sona erdiği tarihten geriye doğru 120 gün kesintisiz prim ödeme koşulu, işsizlik ödeneğine hak kazanmayı önemli ölçüde sınırlamaktadır.

Ayrıca iş sözleşmesinin belirli nedenlerle sigortalının isteği ve kusuru dışında sona ermesi de gereklidir. Bu nedenle, iş sözleşmesi ile henüz çalışmaya başlamamış yani işçi niteliğini henüz kazanmamış olanların işsizlik sigortasından yararlanmaları mümkün değildir. İş sözleşmesinin hangi nedenlerle sona ermesi gerektiği İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 51. maddesinde sayılmıştır.

Nihayet sigortalının işsizlik ödeneğinden yararlanabilmesi için iş sözleşmesinin sona erdiği tarihi izleyen 30 gün içinde işverenden alınacak işten ayrılma bildirgesi ile İŞKUR'a şahsen başvurması ge-

reker. Mücbir sebepler dışında başvuruda gecikilen süre işsizlik ödeneği almaya engel değilse de, gecikilen süre hak kazanılan toplam süreden düşülür (md. 48/5). Buna aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Ayrıca sigortalı işsiz çalışmaya elverişli ve istekli bulunması gereklidir. Böyle bir şart esasen Yasada açıkça yer almamıştır. Ancak Yasanın amacı gözönünde tutulacak olursa bu şartın aylık bağlanması sırasında da aylığın kesilmesi sırasında da aranması gerektiği sonucuna varabiliriz. Nitekim işsizlik ödeneğine hak kazanmanın şartlarını sayan md. 51'in birinci fıkrası "Bu Kanun uyarınca sigortalı sayılanlardan hizmet akitleri aşağıda belirtilen hallerden birisine dayalı olarak sona erenler, Kuruma süresi içinde başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirmeleri... kaydıyla işsizlik ödeneği almaya hak kazanırlar" derken, yeni iş için başvuruda bulunan sigortalı işsiz çalışmaya elverişli ve istekli bulunmasını da vurgulamış olmaktadır. Öte yandan işsizlik sigortasının tanımını yapan md. 47'nin (c) fıkrasında "Bir işyerinde çalışırken, çalışma, istek, yetenek ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılardan, ayrıca aynı maddenin sigortalı işsizi tanımlayan (e) fıkrasında "İşini kaybeden ve Kuruma başvurarak çalışmaya hazır olduğunu bildiren" kimseden söz edilmek suretiyle bu koşul daha açık bir dille ortaya konmuştur.

### III. İşverenin İşten Ayrılma Bildirgesi Verme Yükümü

İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 48/4. maddesi işvereni, iş sözleşmesi 51. maddede sayılan nedenlerden biri ile sona erenlere, örneği Kurumca hazırlanacak üç nüsha işten ayrılma bildirgesi düzenleyip 15 gün içinde bir nüshasını sigortalı işsize vermek, bir nüshasını Kuruma göndermek, bir nüshasını da işyerinde saklamakla yükümlü tutmuştur. Bu yükümlülüğe uymama, işveren hakkında idari para cezası uygulanmasına neden olur. Eğer sigortalının iş sözleşmesi işsizlik ödeneğine hak kazandırmayan bir nedenle sona ererse işverenin işten ayrılma bildirgesi düzenlemesi de gerekmez. Bununla birlikte, işverenin o veya bu nedenle işten ayrılma bildirgesi vermemiş bulunması, sigortalı işsizin Kuruma başvurusunu engellemez.



#### IV. Sigortalının Kuruma Başvurusu ve Başvuruda Gecikmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi; işsizlik sigortasından yararlanmanın koşullarından birisi de sigortalının iş sözleşmesinin sona erdiği tarihi izleyen 30 gün içinde sigortalının işverenden alınacak işten ayrılma bildirgesi ile İŞKUR'a doğrudan başvurmasıdır. Mücbir sebepler dışında başvuruda gecikilen süre işsizlik ödeneği almaya engel değilse de, gecikilen süre hak kazanılan toplam süreden düşülür (md. 48/5).

İşsizlik sigortasından yararlanmak konusunda Yargıtay kararlarında birkaç nokta ön plana çıkmaktadır.

Kanunda sigortalının Kuruma şahsen başvurusundan söz edilmektedir. Şahsen başvurunun ne anlama geldiği konusunda Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin geçen yılki Milli Komite toplantısında incelenen 3.5.2005 - 2910/4925 sayılı kararı<sup>2</sup> 2006 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararına konu olmuştur. Konu 4447 sayılı Kanun'un m.48/V. fıkrasındaki "..... doğrudan başvurması gerekir." ifadesinin vekil aracılığıyla başvuruyu engelleyip engellemediğidir. Genel Kurul da 6.5.2006 – 10 – 243/271 sayılı kararında, 10. Hukuk Dairesi ile aynı görüşle vekil aracılığı ile yapılan başvurunun şahsen ve doğrudan başvuru olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Genel Kurula göre de; " ... Belirtilen sigorta kolundan sağlanan yardımlardan yararlanabilmek için 4447 sayılı Kanun'un 48 ve 51. maddelerinde "doğrudan" ve "şahsen" başvuru koşulu öngörülmektedir. İşsizlik sigortasının, sigortalı işsiz gelir kaybının önlenmesi yanında istihdamın geliştirilmesi amacını da içerdiği kuşkusuz bulunmakla, sigortalı işsiz bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak Kurum ile organik bağının teminini sağlamak için "şahsen" ve "doğrudan" başvuru koşulunun getirilmesinin Yasanın tanımlanan amacı-

**Avukat vasıtası ile yapılan başvuruyu şahsen başvuru kabul etmemek Anayasa'nın 36. maddesinde tanımını bulan hak arama hürriyetine aykırıdır.**

**İşverenin o veya bu nedenle işten ayrılma bildirgesi vermemiş bulunması, sigortalı işsiz Kuruma başvurusunu engellemez.**

na uygun bulunduğu anlaşılması karşısında .....

Varılan sonucun isabet derecesi tartışmaya açıktır. Gerçekten; öğretide de Yargıtay'ın bu kararı incelenirken sanki şahsen ve doğrudan başvuru ifadesi vekil aracılığıyla başvuru yapılmasını engelleyen bir hüküm olarak değerlendirilmektedir. Kanımca bu ifadeler sadece posta veya noter yahut benzeri vasıtalar aracılığıyla başvuruyu engellemektedir. Nitekim, hem 10. Hukuk Dairesi hem de Genel Kurul konuyu bu kadar basit şekilde çözmemiş, işin niteliğinden hareket etmiştir.

Genel kurul kararına ekli karşı oy yazılarında da ifade edildiği gibi; vekil vekaletname kapsamı dahilinde davacı adına Kuruma başvurmuştur. Dosyada mevcut vekaletnamenin incelenmesinde davacının vekiline Kuruma başvuru için yetki verdiği hususunda açıklık da vardır. Vekil müvekkili adına işlem yaptığına göre vekilin başvurusunu davacı müvekkilinin şahsen başvurusu olarak kabul etmek gerekir. Ayrıca vekilin müvekkili adına Kuruma yaptığı başvuru müvekkili adına hukuki sonuç doğurur. Vekilin yaptığı hukuki işlemlerden doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya müvekkile aittir. Ayrıca avukat vasıtası ile yapılan başvuruyu şahsen başvuru kabul etmemek Anayasa'nın 36. maddesinde tanımını bulan hak arama hürriyetine de aykırıdır. Bu yönde, işsizlik ödeneğinden sonra gelen işsizlik sigortası yardımlarından olan, sigortalı işsiz mesleğine uygun ve son yaptığı işin ücret ve çalışma koşullarına yakın bir işe yerleştirilmesi, bunun mümkün olmaması durumunda ise, işgücü piyasasının ihtiyaç duyduğu işe yerleştirmeleri ve iş bulmalarını kolaylaştırma amacına yönelik olarak sigortalı işsize mesleki eğitim verilmesine ilişkin hizmetlerin İşKur'ca yerine getirilmesinde, sigortalının ilgili Kurum ünitesine müracaatının gerekmesi halinde; sigortalının bu amaçla vekili aracılığıyla Kuruma çağırılması suretiyle sigortalı ile kurum arasında organik bağın kurulması her zaman için mümkün bulunmaktadır.

## Fesih tarihinden itibaren işsizlik ödeneğinden yararlanabilmek için, işçinin her halükarda iş sözleşmesinin feshedildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde İşKur'a başvuruda bulunması gereklidir.

Genel Kurul, 10. Hukuk Dairesi kararında, değinilmeyen bir hususa daha değinmiştir. Bilindiği gibi, 5219 sayılı Kanun'la değişik Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427/2. maddesi hükmü uyarınca miktar ve değeri 1 milyar lirayı geçmeyen taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar kesin olup, temyiz edilemezler. Genel Kurul bu davanın niteliğinin salt bir alacak davası olmadığı, İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında açılmış bir davanın sadece bir alacak davası olarak ele alınmasının Yasa ile sağlanmak istenen hakkın özüne aykırı düşeceği, bu itibarla HUMK 427. maddesinin bu dava için uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Varılan sonuç kanımca da yerindedir.

Yargıtayın işsizlik sigortası ile ilgili bir başka ve yukarıda metni verilen kararı 30 günlük başvuru süresinin başlangıcına ilişkindir.

İş sözleşmesi işsizlik sigortasından yararlandırmayacak bir neden iddiasıyla sona ermiş veya erdirilmiş ve bu feshine karşı dava açmış bulunan sigortalı işsiz, bu dönemde işsizlik sigortası yardımlarından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçekten, iş sözleşmesi işverence örneğin İş K. md. 25/II kapsamına giren bir neden iddiasıyla feshedilmiş ve fakat işçi bu feshin haksız olduğunu ileri sürerek dava açmış olabilir. Kanımızca böyle bir durumda feshin haksız olduğunu gösterir kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan Kurumun herhangi bir ödemede bulunması mümkün değildir. Ancak Kurumun, yargılama sonunda, feshin haksız olduğuna ilişkin kesinleşmiş yargı kararı kendisine ibraz edildiğinde artık geriye doğru sigortalının işsiz kaldığı döneme ilişkin olarak bir ödeme yapmaktan kaçınamayacağı görüşündeyiz. Yeter ki, sigortalı

işsiz, iş sözleşmesi sona erdiğinde süresi içerisinde Kuruma başvurmuş olsun. İşte bu noktada; işçinin 30 günlük başvuru süresinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihten itibaren mi, yoksa feshin işsizlik sigortasından yararlanmayı engellemeyecek bir nedene dayandığının yargı kararıyla sabit olduğu andan itibaren mi başlayacağı konusu önem kazanmaktadır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2006 – 12586/14418 sayılı kararı da<sup>3</sup> işçinin İşKur'a geç başvurusuna ilişkindir. Hatta Dairenin yukarıda metni verilen daha yeni bir kararına<sup>4</sup> konu olayda; davacı işçinin iş sözleşmesi İşK.m.25/II kapsamına giren bir fiil iddiasıyla 23.8.2004 tarihinde feshedilmiş ve işçinin feshin geçersizliği ve işe iade talebiyle açtığı dava işçinin lehine sonuçlanmıştır. Davacı işçi karar kesinleştikten sonra işsizlik sigortası ödeneğinden yararlanmak için İşKur'a başvuruda bulunmuş ise de, bu başvurusu İşKur tarafından reddedilmiştir. İşçinin İşKur'a karşı, işsizlik ödeneğine hak kazandığının tespiti ve ödeneğin fesih tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tahsili talebiyle açtığı davada Yargıtay 10. Hukuk Dairesi; İşKur'a 2.5.2005 tarihinde 30 günlük başvuru süresinden sonra ve fakat hak kazanabileceği 300 günlük ödenek süresi içerisinde başvurduğu, başvuru tarihi itibarıyla davacı yönünden ödeneğe hak kazanılan süre sona ermemişse de, davacının başvuru tarihinden önce 15.3.2005 tarihinden başlamak üzere yaşlılık aylığı bağlandığı, yaşlılık aylığı almakta iken işsizlik sigortasından yararlanma talebinde bulunmak mümkün olmadığından talebin reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Karardan şu sonuçların çıkarılmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz.

Kanımızca 10. Hukuk Dairesi bu kararla, feshin haksız olduğunu ve dolayısıyla işçinin işsizlik ödeneğine hak kazandığını gösteren davadan sonra İşKur'a yapılan başvuruyla fesih tarihinden itibaren işsizlik ödeneğinden yararlanılamayacağını, böyle bir durumda yararlanmanın ancak İşKur'a başvuru tarihinden itibaren ileriye doğru olabileceğini kabul etmiştir. Yani fesih tarihinden itibaren işsizlik ödeneğinden yararlanabilmek için, işçinin her halükarda iş sözleşmesinin feshedildiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde İşKur'a başvuruda bulunması gereklidir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi eğer aksi görüşte olsaydı, dava konusu

## İşverenin, yükümlü bulunmasına rağmen işçiye İAB vermediği hallerde, işçinin bir kayba uğramaması için İşKur'un Tebliğinde, sigortalı işsizin talep dilekçesi ve resmi kimlik belgesi ile yapacağı başvurunun kabul edileceği düzenlenmiştir.

olayda, davacının fesih tarihinden yaşlılık aylığına hak kazandığı tarihe kadar olan devre için işsizlik ödeneğinden yararlanması gerektiği sonucuna varması gerekirdi. Halbuki öyle yapmamış ve işçinin iş sözleşmesinin işsizlik sigortasından yararlanma hakkı veren bir şekilde sona erdiğinin bir yargı kararıyla sabit olduğu tarihten sonra yapılan başvuruyu geçmişe dönük yapılan bir başvuru olarak değil, o gün yapılan bir başvuru olarak değerlendirmiş ve işçi o tarih itibarıyla yaşlılık aylığı aldığı için işsizlik ödeneğinden yararlanamayacağı sonucuna varmıştır.

Karar kanımca isabetlidir ve bu gibi uyuşmazlıklara da ışık tutacak niteliktedir. Bu görüşe karşılık işverenden İAB alamayan ve iş sözleşmesinin işsizlik ödeneğinden yararlanmaya hak kazandıracak bir şekilde sona erip ermediğinin belli olmadığı bir dönemde yine de sona erme tarihinden itibaren 30 gün içerisinde başvuru koşulu aranmasının işsizlik sigortasından yararlanmayı güçleştiren bir durum olacağı, bu nedenle işçinin bu ödeneye hak kazandığının kesinleştiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde yapacağı başvurunun da süresinde yapılmış sayılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak; işçiye İAB verilmemesi İşKur'a başvuru yapmasını engelleyen bir durum değildir. Nitekim; işverenin, yükümlü bulunmasına rağmen işçiye İAB vermediği hallerde, işçinin bir kayba uğramaması için İşKur'un (3) no'lu Tebliğinde, sigortalı işsizin talep dilekçesi ve resmi kimlik belgesi ile yapacağı başvurunun kabul edileceği düzenlenmiştir. Şu halde; işçinin İAB olmadan da talep dilekçesi ile başvurusunun mümkün olduğu bir durumda, işverenin yaptığı feshin geçersiz olduğu ve işsizlik ödeneğine hak kazandığı görüşünde olan işçinin, aynı ge-

rekçeyle İşKur'a da başvuruda bulunmasının aranması daha uygun olacaktır.

Bu itibarla Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin yukarıda yer verilen kararı isabetlidir.

### DİPNOTLAR

- 1 Ayrıntılı bilgi için bak. A.C. TUNCAY/Ö. EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 400 vd.; A. GÜZEL/A. R. OKUR/N. CANIKLIOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008, 549 vd.
- 2 Bak. T. CENTEL, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türlerine İlişkin Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2007, 272.
- 3 Aynı yolda 14.11.2006 – 12587/14423; 14.11.2006 – 12168/14414 sayılı kararlar.
- 4 Yarg 10 HD., 6.2.2007 – 2006/19645 – 2007/1657.

Doç. Dr. Talat CANBOLAT

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması Doğru Olmayacağından Önceki İşyerine, Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesine Karar Verilmesi Gerekir

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/8740

**Karar No** : 2007/18743

**Tarihi** : 12.06.2007

### DAVA

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

## YARGITAY KARARI

Davacı işçi, iş sözleşmesinin geçerli sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine karar verilmesini, işverence işe başlatılmaması durumunda tazminat ile boşa geçen süre ücreti ve diğer haklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı işveren işyerinde şoför olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin psiko-teknik muayene sonucu yetersiz görülmesi üzerine geçerli nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin üniversite ya da eğitim hastanesinden rapor alın-

maksızın feshinin yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne dair karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, davalı kurum bünyesinde oluşturulan psiko-teknik değerlendirme merkezinin İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yetki belgesini haiz olduğu anlaşılmaktadır. İşyerinde toplu taşıma araç şoförü olarak çalışan davacının genel tarama testine tabi tutulduğu ve bir kısım testler sonucunda, davacının görsel süreklilik, muhakeme, görsel algı/bellek, hız mesafe tahmin testi ve trafiğe ilişkin görüş testi gibi konularda yetersiz olarak değerlendirildiği görülmektedir. Uzman psikolog ile uzman dr. psikiyatrist tarafından verilen raporda, davacının araç kullanmak için gerekli temel beceriler ve yetenekler bakımından yetersiz olduğu, çalışmasında psiko-teknik değerlendirme açısından sakınca bulunduğu belirlenmiştir. Konunun uzmanları tarafından yapılan test sonuçları ile değerlendirme raporlarına itibar edilmesi gerekir. Yine davacının son 5 yıl içinde 11 kez trafik kazasına karıştığı dosya içeriği ile sabit olmuştur.

Davacının toplu taşıma araçlarında şoför olarak çalıştığı tartışmasızdır. Genel tarama testleri sırasında ortaya çıkan sonuçlara ve davacının kaza yapma sıklığına göre işyerinde şoför olarak çalıştırılması doğru olmaz. Ne var ki davalı işveren çok sayıda işçinin çalıştığı bir kamu kurumu olup davacının eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesi hatalı olmuştur. Davacının iş sözleşmesi, görevi-

nin gerektirdiği nitelikleri taşımaması sebebiyle feshedilmiş olmakla belirtilen fesih şekline göre feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmesi gerekir. Feshin gerçekleştiği dönemlerde işyerinde davacının yapabileceği başka bir iş bulunup bulunmadığı davacının başka bir birimde değerlendirilmesi imkânının olup olmadığı hususları gerekirse işyerinde keşif icra olunarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemece yapılacak olan inceleme sonunda davacının başka bir işte değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirlendiği takdirde, işe iade isteğinin reddine dair hüküm kurulması gerekir. Davacının başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde ise, davacının belirtilen işe iadesi yönünde karar verilmelidir. Gerçekten feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı belirlenmesi durumunda işe iade kararı verilmesi gerekmele birlikte, somut olayın özelliği gereği davacının şoförlük görevini ifa etmesinin mümkün olmadığı psiko-teknik değerlendirmeler sonunda belirlendiğinden, davacı işçinin eski işi yerine, çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerekir. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.06.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

### 1- ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN

#### TEMEL HUKUKİ SORUNLAR

Yargıtay'ın kararında birden fazla hukuki soruna değinilmiştir. Yargıtay kararına esas teşkil eden ilk hukuki sorun, toplu taşıma araç şoförü olarak çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshinde, işyeri bünyesinde oluşturulan Psiko-Teknik Değerlendirme Merkezi tarafından yapılan test sonuçları ve değerlendirme raporlarına itibar edilip edilemeyeceğidir. Bunun dışında, işyerinde toplu taşıma araç

şoförü olarak çalışan işçinin, 5 yıl içinde 11 kez trafik kazasına karışmış olmasının iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden sayılıp sayılamayacağı üzerinde durulmuştur. Ayrıca, feshin son çare olması gerektiği ilkesinden hareketle, mevcut işinde çalıştırılması mümkün olmayan işçinin başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde, eski işine mi, yoksa istihdamı mümkün olan işe iadesi yönünde mi hüküm kurulması gerektiği üzerinde durulmuştur. Son olarak, 20. maddedeki, "Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir" hükmüne rağmen, işe iade davalarında Yargıtay'ın bozma



kararı verip veremeyeceğine ilişkin hukuki sorun üzerinde durulmuştur.

## II- TEMEL HUKUKİ SORUNLARA İLİŞKİN YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ

Davacı işçi, Ego Genel Müdürlüğü'nde toplu taşıma araç şoförü olarak çalışmaktadır. İşyeri bünyesinde Psiko-Teknik Değerlendirme Merkezi oluşturulmuştur. Toplu taşıma araç şoförleri bu merkezde periyodik olarak ya da kaza sonrası psiko-tekniğe tabi tutulmaktadır. Davacı işçi de bu kapsamda genel tarama testine tabi tutulmuş, bunun sonucunda görsel süreklilik, muhakeme, görsel algı/bellek, hız mesafe tahmini testi ve trafiğe ilişkin görüş testi gibi konularda yetersiz olarak değerlendirilmiştir. Davacı işçinin araç kullanmak için gerekli temel beceriler ve yetenekler bakımından yetersiz olduğu, şoför olarak çalışmasında psiko-tekniğe değerlendirme açısından sakınca bulunduğuna ilişkin rapor verilmiştir. İşveren bu rapora dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir.

İşçi, feshin geçerli bir nedene dayanmadığını ileri sürerek; feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye karar verilmesi için iş mahkemesinde dava açmıştır. Yerel mahkeme, üniversite ya da eğitim hastanesinden rapor alınmaksızın, işverenin kendi bünyesinde oluşturulan merkez tarafından verilen rapora istinaden iş sözleşmesinin feshedilmesini yerinde görmemiş, yapılan feshin geçersiz olduğuna ve işçinin işe iadesine karar vermiştir.

Yargıtay, kurum bünyesinde oluşturulan merkezin İl Sağlık Müdürlüğü tarafından verilmiş yetki belgesine sahip olduğunu, konunun uzmanlarından oluşan bu merkez tarafından verilen rapora itibar edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca, davacının son 5 yıl içinde 11 kez trafik kazasına karıştığına dosya içeriği ile sabit olduğunu, anılan testler sonucunda ortaya çıkan sonuç ve davacının kaza yapma sıklığına göre işyerinde şoför olarak çalıştırılmasının doğru olmayacağını, ancak işverenin çok sayıda işçinin çalıştığı bir kamu kurumu olduğundan, davacının eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının gerekirse işyerinde keşif yapılarak araştırılması ve bunun sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğini belirterek eksik inceleme nedeniyle hükmün bozulmasına karar vermiş-

tir. Yargıtay, feshin son çare olması ilkesine uyulması gerektiğini, işçinin başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığına göre farklı hüküm kurulması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay'a göre, işçinin başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olmadığına tespiti halinde işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerekir. Ancak işçinin başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde işe iade kararı verilmesi gerekmektedir birlikte somut olayın özelliği gereği davacının şoför olarak çalışması mümkün olmadığından, çalışması mümkün olan işe iadesine karar verilmesi gerekir.

## III- DEĞERLENDİRME

### 1. İşyeri Bünyesinde Oluşturulan Psiko-Teknik Değerlendirme Merkezi Tarafından Verilen Raporların Geçerliliği Yönünden

Davalı EGO Genel Müdürlüğü, Ankara Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde toplu taşıma hizmeti veren bir kuruluştur. Bu kuruluş, kendisine bağlı olarak çalışan toplu taşıma araç şoförlerinin güvenli araç kullanmasını sağlayan zihinsel ve psikomotor yetenek düzeylerini ölçmek ve değerlendirmek için Psiko-tekniğe Değerlendirme Merkezi kurmuştur. Bu merkezin vermiş olduğu raporların geçerliliği ve buna dayanarak yapılacak feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının belirlenebilmesi için merkezin kuruluşu, çalışması ve dayanağına kısaca göz atmak gerekir.

Davalı EGO Genel Müdürlüğü psikoteknik değerlendirme merkezini bir Yönetmeliğe dayanarak kurmuş ve işletmektedir. Bu Yönetmelik Büyükşehir Belediye Meclisi'nce onaylanarak Belde gazetesinde yayımlanmıştır. Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı EGO Genel Müdürlüğü sürücülerine Uygulanacak Bilgisayar Destekli Psiko-Teknik Değerlendirme ve Test İşlemlerine İlişkin Uygulama ve Esaslarla İlgili Yönetmelik adını taşıyan bu yönetmelikte ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bu Yönetmeliğin hukuki dayanağını 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu<sup>1</sup> ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu<sup>2</sup> ile bu kanunlara dayalı olarak çıkarılan yönetmelikler oluşturmaktadır.

Trafikte araç kullanabilmek için sürücünün psiko-tekniğe yönden yeterli olması son derece önem-

lidir. Bu nedenle, gerek sürücü belgesinin verilmesi, gerekse verildikten sonra belirli aralıklarla sürücülerin bu yönden kontrole tabi tutulmaları gereklidir. Nitekim trafik mevzuatında bu yönde düzenlemeler yer almaktadır.

Psiko-teknik değerlendirme, kişinin belirli bir işteki yeterliliğinin ortaya konması amacıyla, gerekli bedensel ve zihinsel özelliklerinin testler aracılığıyla ölçülmesidir. Sürücüler yönünden ise, sürücülerin güvenli araç kullanmalarını sağlayan zihinsel özelliklerinin (hız ve mesafe algılama, dikkat, hafıza, muhakeme vb.), psikomotor yetenek ve becerilerinin (tepki hızı, göz, el, ayak koordinasyonu vb.), davranış, alışkanlık ve kişilik özelliklerinin (risk alma, saldırganlık, sorumluluk, tutarlılık, kendini kontrol vb.) ölçülmesi ve sürücülük açısından uygun ve yeterli olup olmadığı hakkında bir sonuca varılmasıdır. Psiko-teknik yönden yetersiz olan bir kişiye sürücü belgesi verilemeyeceği gibi verilmiş olan sürücü belgesi de geri alınır.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinde, uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin karayolunda araç sürmeleri yasaklandıktan sonra, yönetmelikte belirlenen miktarların üzerinde alkollü araç kullanan kişilerin esas ve usulleri Sağlık ve İçişleri Bakanlıklarınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilen sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine tabi tutulacakları, ayrıca psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulacakları hükmüne yer verilmiştir. Bu değerlendirme ve muayene sonrasında uygun görülenlere, geri alma süresi sonunda sürücü belgeleri iade edilecektir. Belirtilen eğitimi başarı ile tamamlayamayanlar ile psiko-teknik yönden yetersiz görülenlerin sürücü belgeleri iade edilmeyecektir.

Karayolları Trafik Kanunu'nda yasaklanmış bazı fiilleri işleyenlerin sürücü belgelerinin alınacağı, psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulacakları, bu değerlendirme ve muayene sonucunda uygun görülenlerin geri alma süresi sonunda sürücü belgelerinin iade edileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlar genel olarak, uyuşturucu veya keyif verici madde almak, yönetmelikte belirtilen miktarın üzerinde alkollü araç kullanmak (m.48), hız sınırı-

nı bir yıl içinde beş defa ihlal etmek (m.51/III), bir yıl içerisinde 100 ceza puanını doldurmak (m.118/III) gibi trafik kurallarının ihlalidir. Kanun psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesinin yapılmasına dair esas ve usullerin yönetmelikte gösterileceğini hükme bağlamıştır(m.48). Psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesi Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin<sup>3</sup> 79. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kanunun ilgili maddelerinde tanımlanan trafik suçlarını işleyen sürücülerin sürücü belgeleri geri alınacak ve bunlar psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulacaktır. Muayene sonucu durumu uygun bulunan sürücülerin sürücü belgeleri Kanun'un ilgili maddesinde belirtilen sürenin sonunda iade edilecektir(m.79/I).

Yönetmelik psiko-teknik değerlendirmelerin 4 sayılı cetvelde tanımlanmış altyapı özelliklerine sahip, resmi ve özel kuruluşlar bünyesinde oluşturulan ve il sağlık müdürlüğü tarafından yetkilendirilmiş merkezlerde çalışan psikolog ünvanına sahip kişiler tarafından yapılacağını belirtmektedir (m.79/III). Ayrıca, psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayene raporlarının; il sağlık müdürlükleri tarafından söz konusu raporları düzenlemeye yetkilendirilmiş resmi ve özel kurum ve kuruluşlarda çalışan (psiko-teknik değerlendirme için) psikolog ünvanına sahip ve (psikiyatri uzmanı muayenesi için) psikiyatri uzmanları tarafından verileceği hükme bağlanmıştır (m.79/IV). Davalı EGO Genel Müdürlüğü'ne bağlı Psiko-teknik Değerlendirme Merkezi yönetmeliğe uygun olarak İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yetkilendirilmiş bir merkezdir. Bu merkez tarafından verilen raporlar geçerli olup, buna göre işlem yapılması gerekir. Bu nedenle yerel mahkemenin kararında, bu merkez tarafından verilen rapora itibar edilmeyeceği, üniversite ya da eğitim hastanesinden rapor alınması gerektiği yönündeki görüşe katılmıyoruz. Yargıtay isabetli olarak İl Sağlık Müdürlüğü tarafından yetki belgesini haiz olan psiko-teknik değerlendirme merkezi raporuna itibar edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Psikoteknik Değerlendirme Merkezi tarafından verilen raporlar kesin olmayıp işçinin bu değerlendirme sonuçlarına ve rapora itiraz hakkı vardır. Nitekim Karayolları Trafik Yönetmeliğinin konuya ilişkin 79. maddesinde raporların bir nüshasının

sürücüye verileceği ve sürücünün buna itiraz edebileceği hususu açıkça düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “Kişinin psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayene raporlarına itiraz hakkı vardır. Kişi itirazını, raporu düzenleyen kuruluşunun bağlı bulunduğu, il sağlık müdürlüğüne sürücü belgesi almak için başvurduğu Emniyet Teşkilatına ait kuruluş aracılığı ile yapar. İl sağlık müdürlüğü nihai karar için kişiyi, kendisine daha önce psiko-teknik değerlendirme yapılan kuruluşa gönderir. Ancak, kişiye yapılan psiko-teknik değerlendirme tekrarlanırken İl sağlık müdürlüğünden konu ile ilgili bir gözlemci bulundurulur. Kişinin psikiyatri uzmanı muayenesi yapılmak üzere, kişi il sağlık müdürlüğünce, bir önceki psikiyatri uzmanı muayenesini yapan kuruluş dikkate alınarak, referans niteliğinde olabilecek kuruluşa sevk edilir. İkinci psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayene sonucu ile bir önceki arasında farklılık var ise, ikinci raporun sonucu geçerli sayılır.

İtiraz sonucu, ikinci raporun birinci rapordan farklı olması durumunda, durum derhal her iki raporun örnekleri ile birlikte ilk başvuru yapılan ilin il sağlık müdürlüğüne bildirilir. İl sağlık müdürlüğünce valilik onayı ile her iki raporun düzenlenmesinde görev almamış ve sürücülere psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatrik muayene yapmaya yetkili merciler kamu kurum ve kuruluşlarında görevli bir psikolog ve bir psikiyatri uzmanından oluşan bir komisyon kurulur ve raporlar, gerektiğinde sürücünün muayenesi tekrarlanarak, incelenir. İnceleme sonucunda eksik veya gerçeğe uygun olmayan rapor veren kişiler hakkında bağlı oldukları mevzuat hükümlerine göre soruşturma açılır. Eksik veya gerçeğe uygun olmayan rapor veren sorumlular hakkında Türk Ceza Kanununa göre işlem yapılır. Eksik veya gerçeğe uygun rapor vermediği tespit edilen kişilerin daha sonra düzenleyeceği raporların geçersiz sayılacağı için, söz konusu kişiler bağlı oldukları il sağlık müdürlüğünce, il emniyet müdürlüğüne ve Sağlık Bakanlığımıza bildirilir. Sağlık Bakanlığı, bu kişileri belirli aralıklarla tüm il sağlık müdürlüklerine düzenleyeceği sirküler ile bildirir”.

Yargıtay'ın kararında, feshe gerekçe yapılan raporun işçiye tebliğ edilip edilmediği ve işçinin buna itiraz edip etmediği konusunda bilgi yer alma-

maktadır. Şayet rapor işçiye tebliğ edilmiş ve işçi buna itiraz etmiş olmasına rağmen yönetmeliğe uygun olarak ikinci bir teste ve muayeneye tabi tutulmadan iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmiş ise durum farklıdır. Bu durumda, usulüne uygun olarak işçi yeniden psiko-teknik teste ve psikiyatri muayenesine tabi tutulmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. İşçinin, bu test ve muayene sonucunda sürücülük yapmasında sakınca olması halinde bu durum geçerli veya haklı neden olarak kabul edilmeli, aksi durumda feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varılmalıdır.

İşçinin psiko-teknik testler ve yapılan muayenesi sonucunda sürücü olamayacağının anlaşılması halinde bu durumun geçerli neden teşkil edeceğinden kuşku yoktur. Aşağıda değinilecek feshin son çare olması ilkesine de uyulması koşuluyla, iş sözleşmesi işveren tarafından geçerli nedene dayalı olarak feshedilebilecektir. Öte yandan belirtmek gerekir ki, bu durumda şoför olarak çalışan işçinin sürücü belgesi elinden alınacağından, işçi, kendi şahsında ortaya çıkan bir nedenle işini yapma yeteneğini tamamen kaybetmiş olacaktır. İşçiyi işyerinde çalışmaktan alıkoyan bu durum, İş Kanunu'nun 25/III hükmünde belirtilen zorlayıcı neden sayılabilecektir. Anılan hüküm, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde işverene sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yetkisi vermektedir. Varılan bu sonuç, işçinin kusuru olmaksızın psiko-teknik değerlendirme sonucunda sürücü belgesinin geri alınması halinde geçerlidir. İşçinin kendi kusuru ile yukarıda belirtilen trafik suçlarından birini işlemesi nedeniyle, sürücü belgesinin geçici veya sürekli olarak geri alınmış olduğu durumlar ise işçiyi işyerinde çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı neden olarak kabul edilmemelidir.

## 2. Şoför Olarak Çalışan İşçinin Kaza Yapmasının Geçerli Neden Sayılıp Sayılmayacağı Yönünden

### a) Genel Olarak Geçerli Neden

Günümüzde işçinin yaptığı iş sadece nesnel açıdan ele alınmamakta, bunun yanı sıra işçinin yaşama, kişiliği, ailesi ve giderek toplum çıkarı ile yakın ilişkileri göz önünde bulundurulmaktadır. Bugün iş hukukunun en önemli konularından ve amaçlarından biri işçi ile işveren arasındaki iliş-

kisinin varlığını korumaktır. Artık iş hukuku iş sözleşmelerinin feshinde işverene tam bir serbestlik tanıyan sistemi terk etmiş, haklı nedenle yapılan fesihler dışında belirsiz süreli iş sözleşmelerinin ancak geçerli nedenlerin varlığı halinde feshedilebileceğini öngören “iş güvencesi” sistemini kabul etmiştir. Bu sistem sözleşme ile bağlı kalmayı kural, feshi istisna kabul etmektedir<sup>4</sup>. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü “Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme”yi kabul etmiştir. Bu sözleşme Türkiye tarafından 1994 yılında 3999 sayılı Kanun’la<sup>5</sup> onaylanmış ve daha sonra buna uygun yasal düzenlemeler yapılmıştır. Önce 2002 yılında 4773 sayılı Kanun’la<sup>6</sup> iş güvencesine ilişkin esaslar kabul edilmiş, daha sonra 2003 yılında çıkarılan 4857 sayılı İş Kanunu’nda<sup>7</sup> bu konuya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır<sup>8</sup>. İş Kanunu’nun feshin geçerli sebebe dayandırılması başlığını taşıyan 18. maddesine göre, “*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır*”.

Nelerin geçerli sebep olacağı her olayın özelliğine göre belirlenecektir. Öğreti ve Yargıtay tarafından belirtildiği üzere, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler, sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle feshi için Kanun’un 25. maddesinde belirtilenler dışında kalan ve bu kadar ağır olmamakla birlikte işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir<sup>9</sup>. Yargıtay bu durumu şu şekilde ifade etmektedir; “*4857 Sayılı İş Kanunu’nun 18.maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanunu’nun 25.maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler*

*iyinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebeplere dayandığı kabul edilmelidir*”<sup>10</sup>.

Dava konusu olay bakımından, şoför olarak çalışan işçi 5 yıl içerisinde 11 kez trafik kazasına karışmıştır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, işçinin bu eyleminin sözleşmenin feshi için geçerli neden oluşturup oluşturmayacağı üzerinde durulması gerekir.

Yargıtay kararında, toplu taşıma araçlarında şoför olarak çalışan işçinin son 5 yıl içinde 11 kez trafik kazasına karışmış olduğu belirtildikten sonra, “*genel tarama testleri sırasında ortaya çıkan sonuçlara ve davacının kaza yapma sıklığına göre işyerinde şoför olarak çalıştırılması doğru olmaz*” denilmektedir. Bu ifadeden, Yargıtay’ın, genel tarama testleri sonucunda işçinin araç kullanmak için gerekli temel beceri ve yetenekler bakımından yetersiz bulunmasının yanı sıra, 5 yıl içerisinde 11 kez trafik kazasına karışmış olmasının da iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacağı görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak karardan, işçinin trafik kazasına karışma sıklığının tek başına ayrı bir geçerli neden mi, yoksa işçinin araç kullanmak için yetersiz bulunduğuna ilişkin test sonuçları ve buna ilişkin rapor nedeniyle şoför olarak istihdamının mümkün olamayacağı yönünde varılan sonucu desteklemeye yönelik ek bir gerekçe mi olduğu kesin olarak anlaşılmamaktadır. Şoför olarak çalışan işçinin kaza yapması ve kaza yapma sıklığının geçerli neden açısından irdelemesi gerekir.

Kararda işçinin 5 yıl içerisinde 11 kez trafik kazasına karıştığı belirtilmekle birlikte, bu kazalarda ki kusur durumu ile meydana gelen zarar konusunda herhangi bir bilgi yoktur. Oysa işçinin karışmış olduğu trafik kazasındaki kusuru ile meydana gelen hasar miktarı iş sözleşmesinin feshinde önemli rol oynayacaktır. Zira işçinin karışmış olduğu trafik kazasında tamamen kusursuz olması onun aleyhine bir sonuç doğurmaz. Bu durum, iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden de olmaz. Buna karşılık işçinin karışmış olduğu trafik kazasında kusurunun bulunması, olayın özelliği, *kusurun ağırlığı ve meydana gelen zarar miktarına* göre iş sözleşmesinin haklı veya geçerli nedenle feshini gerektirebilir.

*b) Kusurun Ağırlığı ve Hasar Miktarına Göre Kazanın Haklı veya Geçerli Neden Olabilmesi*

İş sözleşmesinin işveren tarafından haklı ne-



denle feshi İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığını taşıyan ikinci bendinde, işçinin, iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi ve zarar vermesi ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, *“İşçinin kendi isteği veya savaşması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması”* halinde işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. Hiç kuşkusuz, toplu taşıma araç şoförü olarak çalışan işçinin kullanmış olduğu otobüs de maddede belirtilen *“işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makine, tesisat veya başka eşya ve maddeler”* arasında sayılacaktır. Bu anlamda, işçinin işverene ait olan toplu taşıma aracını kullanırken kusurlu olarak kaza yapması ve kaza sonrası araçta otuz günlük ücretini aşan bir miktarda hasar meydana gelmesi halinde, bu durum işveren yönünden iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektirebilecektir.

Madde metninde zararın işçinin kendi isteği veya savaşması yüzünden meydana gelmesinden söz edilmiştir. Buradaki kendi isteği deyimini “kasıt”, savaşa deyimini de “ihmal” olarak anlamak gerekir<sup>11</sup>. Bu nedenle, işçinin sorumluluğu için meydana gelen kazada kusurunun bulunması gerekir. Kusurun tamamının işçiye ait olmaması halinde ise işçi kendi kusuruna isabet eden zarar miktarı ile sorumlu olacaktır. Yargıtay da, konuya ilişkin olarak meydana gelen kazada işçinin kusurunun bulunup bulunmadığı ve hasar miktarı belirlenerek sonuca gidilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Yargıtay’a göre, *“Öncelikle belirtmek gerekir ki davacının olayda kusurunun bulunup bulunmadığı varsa kusur oranının uzman bilirkişi marifetiyle saptanması gerekir, ayrıca araçta meydana gelen hasar miktarının da tespitinin yapılarak dosyadaki tüm delillerle birlikte bir değerlendirme tabi tutularak sonucuna göre karar verilmelidir. Yetersiz değerlendirme ile eksik incelemeye dayalı hüküm tesis edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”*<sup>12</sup>. Yargıtay bu görüşünü isabetli bir şekilde sürdürmekle birlikte, mevcut olay bakımından iddia ve savunmalar arasında somut bir kaza ve bu kaza sonucu meydana gelen hasar miktarına

dayanılmaması nedeniyle kararda bu konuya ayrıca değinilmemiştir.

Yargıtay kararında, işçinin 5 yıl içerisinde 11 kez trafik kazasına karıştığı belirtilerek şoför olarak çalıştırılmasının doğru olmayacağı, giderek bu durumun iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden oluşturacağı sonucuna varılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin 5 yıl içerisinde karışmış olduğu 11 trafik kazasındaki kusur durumu ile hasar miktarı sözleşmenin geçerli nedenle feshi yönünden belirleyici olacaktır. Bu kazaların meydana gelmesinde işçinin kusurunun bulunmaması halinde geçerli nedenin varlığından söz etme olanağı yoktur. Meydana gelen kazaların bir kısmında kusurunun bulunması halinde ise işçinin bu kazalardaki kusurunun ve hasarın ağırlığına göre karar verilecektir. Meydana gelen kazalardaki kusurun ağırlıklı bölümünün kazaya karışan üçüncü şahıslar veya aracın bakım ve onarımındaki eksiklik, aracın veya yükün trafiğe uygun olmaması gibi nedenlerle işverende olması halinde, bu durum sözleşmenin feshi için geçerli neden oluşturmayacaktır. Buna karşılık işçinin sık kaza yapması ve kazalarda ağırlıklı olarak kusurlu bulunması halinde bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır.

Meydana gelen herhangi bir kazada işçinin kusuruna isabet eden zarar miktarının otuz günlük ücretini aşması halinde, işveren iş sözleşmesini Kanunun 25/II-ı hükmüne dayanarak haklı nedenle feshedebilecektir. Hemen belirtelim ki, işçinin kusuruna isabet eden zararın otuz günlük ücret miktarını geçtiğini işveren ispat etmekle yükümlüdür<sup>13</sup>.

Zarar miktarı işçinin otuz günlük ücretini aşmakla birlikte, otuz günlük ücretine çok yakın olması ya da işçinin sık sık bu şekilde kusurlu olarak kaza yapması sözleşmenin feshinde geçerli neden oluşturacaktır<sup>14</sup>. Gerçekten yukarıda açıklandığı gibi işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenler, İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler kadar ağır olmamakla birlikte, işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen ve işyerinde olumsuzluklara yol açan iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden dürüstlük kurallarına göre beklenemeyeceği durumlardır. Meydana gelen hasar miktarı işçinin otuz günlük ücretini geçmese dahi, işçinin kamu düzenine ilişkin trafik kurallarına riayet etmeyerek kusurlu bir şekilde sık kaza



yapması, işyerine ait aracın yanı sıra üçüncü şahısların mal ve can güvenliğini tehlikeye atması işverende daha büyük bir kaza yapma tedirginliği yaratır. Bu durumda, tedbir almakla yükümlü olan işveren geçerli nedene dayanarak iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Bizce, kaza sonucu meydana gelen hasarın işçinin otuz günlük ücretini aşacak nitelikte olması yeterli olup ayrıca sigorta şirketi tarafından karşılanmış olması sözleşmenin haklı veya geçerli nedenle feshi açısından önemli olmayacaktır. Zira, madde metninde zararın karşılanıp karşılanmadığına ilişkin bir açıklık olmadığı gibi, “zarar” yerine “hasar” deyimini kullanılmıştır. Bu nedenle, kaza sonrası ortaya çıkan hasar miktarına bakılması gerekir. Hasara ilişkin otuz günlük ücret, sözleşmenin haklı nedenle feshini gerektirip gerektirmeyeceği açısından bir ölçü olarak alınmıştır. Kanun koyucu bu durumda işverenin sözleşmeyle bağlı kalmasının kendisinden beklenemeyeceğini kabul etmiştir. Ortaya çıkan hasara değil de, işverenin zarara uğrayıp uğramadığına bakılması halinde, kaza sonrası oluşan hasarın sigorta şirketi veya üçüncü şahıslar tarafından ödenmiş olması halinde zarardan söz edilemeyeceği için bu durumun sözleşmenin feshi açısından haklı veya geçerli neden oluşturmayacağı sonucuna varılacaktır<sup>15</sup>. Bunun sonucu olarak hasarın işçi tarafından ödenmesi durumunda da aynı sonuca varılacaktır. Burada hasar miktarı ödenmiş olsa dahi, işçinin meydana gelen kazadaki kusurlu davranışları işveren açısından yeni ve belki de daha büyük kaza tedirginliğini yaratacak nitelikte olabilir. Bizce, işveren, işçinin başka bir kaza yapmasını ve bunun sonucunda sigorta limitini aşacak ve işçi tarafından ödenmesi mümkün olmayacak nitelikte bir zararın meydana gelmesini beklemek durumunda değildir. Özellikle araçta taşınan kişi veya üçüncü şahısların mal ve can güvenliği açısından olayın özelliği ve meydana gelen kazadaki işçinin kusurlu davranışlarına göre sözleşmenin haklı veya geçerli nedenle feshinin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Yargıtay başka bir kararında, isabetli bir şekilde kaza sonrası hasar miktarının sigorta şirketi tarafından karşılanmış olması halinde dahi iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğinin kabulü gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “Öte yandan, dosya içeriğine göre davacı-

nın iş sözleşmesinin tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu tek taraflı maddi basarlı trafik kazasına neden olduğu ve kaza sonucu zarara sebebiyet verdiği gerekçesi ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu trafik kazası sonucu 8.022. YTL zarar meydana gelmiştir. Her ne kadar belirtilen zarar sigorta şirketi tarafından karşılanmış ise de, aracın tamir süresince çalıştırılmaması, kaza nedeniyle oluşan değer kaybı, sonraki sigorta işleminde basarsızlık indiriminden yararlanamama gibi hususlar göz önünde bulundurulurken oluşan zarar miktarı nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğinin kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile isteğin kabulü yönünde hüküm kurulmuş olması batahdır”<sup>16</sup>.

İş güvenliğinin tehlikeye düşmesinde ayrıca bir zararın meydana gelmesi aranmamıştır. Burada zarar koşuluna bağlı olmaksızın iş güvenliği açısından tehlike yaratılmış olması yeterli kabul edilmiştir<sup>17</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, zarar doğmasa dahi iş güvenliğinin tehlikeye düşmesinde işçinin kusurunun bulunması gerekir<sup>18</sup>. Zira, madde metninde açıkça, işçinin kendi isteği (kasdı) veya savsaması (ihmal) ile iş güvenliğinin tehlikeye düşmesinden söz edilmiştir. Burada yeri gelmişken belirtelim ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma” suçu ayrıca düzenlenmiştir. Burada da herhangi bir kaza veya zararın meydana gelmiş olması aranmaksızın ayrı bir tehlike suçuna yer verilmiştir. Tıpkı İş Kanunu’ndaki iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesinde olduğu gibi, burada da trafik güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi düzenlenmiştir. Bu konuların paralel bir şekilde ele alınması gerekir. İşçinin, kullanmış olduğu işyerine ait araçla, trafik güvenliğini tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunması İş Kanunu’nun 25/II hükmünde belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere benzer davranış olarak kabulü gerekir.

Türk Ceza Kanunu’nun 179. maddesinde bu suçun kasıtlı işlenmesi haline yer verilirken, 180. maddesinde taksirle işlenmesi düzenlenmiştir<sup>19</sup>. Kanunun 179. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, “Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Alkol veya uyuşturucu madde et-

kisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır". Kanununun 180. maddesine göre, "Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimseye üç aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir". İşçinin, işyerine ait bir araçla Ceza Kanununda düzenlenmiş olan yukarıda belirtilen suç işlemiş olması halinde, olayın özelliğine göre iş güvenliği tehlikeye düşürdüğü kabul edilerek herhangi bir kaza veya hasar oluşmasa dahi iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Burada konu, İş Kanununun 25/II-f hükmünde belirtilen "İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi" hükmünden bağımsız olarak ele alınacaktır. Bu nedenle, ceza mahkemesi mahkûmiyet hükmünü ertelemiş olsa dahi işveren iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshedebilecektir. İşçinin anılan suç işlemesi ve yedi günden fazla ertelenmeyen hapis cezasına mahkûm olması halinde, bu durum ayrıca 25/II-f hükmüne dayanarak da iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektirecektir.

### 3. Fesihle Son Çare İlkesinin Uygulanmasında İşçinin Çalıştırılması Mümkün Olan İşe İadesi Yönünde Karar Verilmesi Gerekliği

4857 sayılı İş Kanunu'nda feshin son çare olması ilkesine açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, konuya ilişkin 18. madde gerekçesinde bu ilke açıkça belirtilmiştir. Buna göre "Bu uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır". Fesihle son çare ilkesi, iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir nedenin bulunmasını tek başına yeterli görmemekte, esas olarak, işverenin fesih işlemine son çare olarak başvurmasını, bu yola gitmeden önce iş sözleşmesinin devamlılığını sağlamaya ve işçinin işyerindeki işini korumaya yönelik tüm önlemleri almasını gerekli görmektedir<sup>20</sup>. Fesihle dayanılan geçerli nedenle işçinin işyerindeki işi arasında uygun illiyet bağının varlığı aranmaktadır<sup>21</sup>. Illiyet bağı, bir yandan dayanılan

geçerli nedenlerle fesih işlemi arasında öbür yandan işçinin işyerindeki işi ile geçerli neden arasında söz konusu olacaktır<sup>22</sup>. İş güvencesinin etkinliği ve giderek keyfiliğe dayalı fesihlerin önlenmesi, büyük ölçüde, belirtilen noktalardaki etkin yargı denetimine bağlı olacaktır. İşverence dayanılan geçerli neden ve buna dayalı fesih işleminin geçerli sayılması ancak işyerinde iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama olanağının hiçbir şekilde kalmadığı durumlarda kabul edilecektir. Belirli bir fesih nedeninin gerçekliğine karşın, işçinin, işyerinde çalışma olanağının bulunduğu durumlarda, geçerli nedenle fesih işlemi arasında uygun illiyet bağı bulunmayacaktır. Bu durumda, fesih işleminin geçerli nedene dayandığı kabul edilmeyerek işe iadeye karar verilecektir. İşveren, fesihten önce, işçiyi başka işte çalıştırmak veya eğitime tabi tutarak yeni bir işe uyumunu sağlamak ve bu yollar denedikten sonra feshi son çare olarak düşünmek zorundadır<sup>23</sup>.

4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesine ek olarak getirilen iş güvencesine ilişkin düzenlemenin gerekçesinde; son çare ilkesi işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri ile sınırlı olarak belirtilmişti. Söz konusu gerekçeye göre, işyeri içi veya işyeri dışındaki nedenlerle fesih uygulamasına giderken "işverenden beklenen, fazla çalışmalarını kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresinin kısaltılması ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerinin getirilmesi, işi zamana yayarak, işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşması ve feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır"<sup>24</sup>. Öğreti ve yargı kararlarında da konu daha çok işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler yönünden ele alınmıştır. Bunların yanı sıra işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan nedenlerin bulunduğu durumlarda da fesihle son çare ilkesinin uygulanması gerekir. Özellikle işçinin performansının düzeltilmesi, işe ve işyerine uyumu konularında fesihten önce işçiyi başka işte çalıştırma, eğitime tabi tutma, uyarıda bulunma gibi yöntemlere başvurulmalıdır<sup>25</sup>. İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay kararında da işletmenin, işyerinin

ve işin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayanılmamış olmasına rağmen, isabetli bir şekilde fesihte son çare ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yargıtay somut olay bakımından da fesihte son çare ilkesine uyulup uyulmadığının araştırılmasını istemektedir. Yargıtay kararında bu durumu şu şekilde ifade edilmiştir; “*Ne var ki davalı işveren çok sayıda işçinin çalıştığı bir kamu kurumu olup davacının eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesi hatalı olmuştur. Davacının iş sözleşmesi, görevinin gerektirdiği nitelikleri taşımaması sebebiyle feshedilmiş olmakla belirtilen fesih şekline göre feshin son çare olması ilkesinin değerlendirilmesi gerekir. Feshin gerçekleştiği dönemlerde işyerinde davacının yapabileceği başka bir iş bulunup bulunmadığı davacının başka bir birimde değerlendirilmesi imkânının olup olmadığı hususları gerekirse iş yerinde keşif icra olunarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir*”. Yargıtay’ın varmış olduğu bu sonuç isabetlidir. Fesihte son çare ilkesine uyulmamış olması halinde feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. Kuşkusuz yargılama sonunda verilecek kararın iş ilişkisinin devamının sağlayacak nitelikte olması gerekir. İş yerinde şoför olarak çalışan ancak bu şekilde çalıştırılmasının mümkün olmadığı raporla sabit olan işçinin, eski işine iadesi yönünde kurulacak bir hüküm iş güvencesinin amacına hizmet etmeyecektir. Zira, işveren işçiyi bu şekilde çalıştırması mümkün olmadığından, istese dahi işe iade yerine çalıştırılmayan süreye ilişkin ücreti ile mahkemenin belirleyeceği iş güvencesi tazminatını ödemek zorunda kalacaktır. Oysa yukarıda açıklandığı gibi iş güvencesinin temel amacı işçinin işyerinde çalışmasının devamlılığını sağlamaktır. Yargıtay da, iş ilişkisinin devamını sağlayacak şekilde işçinin eski işi yerine çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerektiği sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemenin kararına göre, “*Mahkemece yapılacak olan inceleme sonunda davacının başka bir işte değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirlendiği takdirde, işe iade isteğinin reddine dair hüküm kurulması gerekir. Davacının başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde ise, davacının belirtilen işe iadesi yö-*

*nünde karar verilmelidir. Gerçekten feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı belirlenmesi durumunda işe iade kararı verilmesi gerekmele birlikte, somut olayın özelliği gereği davacının şoförlük görevini ifa etmesinin mümkün olmadığı psikoteknik değerlendirmeler sonunda belirlendiğinden, davacı işçinin eski işi yerine, çalıştırılması mümkün olan işe iadesi yönünde hüküm kurulması gerekir*”. Yargıtay’ın bu görüşünün işçinin mevcut işinde çalıştırılma olanağının kalkmış olduğu; yeniden yapılanma veya işletmesel kararlarla işçinin çalıştığı bölümün veya kadronun ortadan kalktığı ancak işçinin başka işlerde çalıştırılmasının mümkün olduğu, bu şekilde iş ilişkisinin devamının sağlanacağı diğer durumlar için de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Esasında mahkeme kararında bu durumdan açıkça söz edilmemiş olsa dahi, işçinin önceki işte çalıştırılmasının mümkün olmadığı, ancak başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olduğu durumlarda yine aynı sonuca ulaşmak gerekecektir. İş güvencesinin temelinde, iş ilişkisinin ve bunun hukuki temeli olan “iş sözleşmesinin devamlılığını sağlama” düşüncesi yatmaktadır. Bu durum fesih işleminin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının yanı sıra, işçinin işe iadesi yönünden de göz önünde tutulması gereken temel düşünce olmalıdır. İşe iade kararlarının da buna uygun olarak yorumlanması gerekir. Yargıtayın yerleşik kararlarında hep “*İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine*” şeklinde hüküm kurulmaktadır. Burada sözü edilen “iş” mutlak anlamda işçinin fesihten önce çalışmakta olduğu iş olarak anlaşılmalıdır. Kesinleşen mahkeme kararı üzerine; çalışmak için işverene müracaat eden işçiye, önceki işinde çalışmasının mümkün olmaması ya da bu işin ortadan kalması nedeniyle, bununla eşdeğer düzeyde ve çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik anlamına gelmeyecek yeni bir işin önerilmesi mümkündür. Uygulamada, işçinin önceki işinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığına bakılmaksızın, çoğunlukla işverenin işçiyi önceki işine iade etmesi gerektiği, bunun mümkün olmaması halinde, çalıştırılmayan süre ve iş güvencesi tazminatının ödenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Yargıtayın kararı uygulamadaki tereddütleri giderecek niteliktedir ve işe iade kararının amacına uygun bir şekilde infazını da kolaylaştırır-

caktır. Bu yönü itibarıyla, işçinin önceki işinde çalıştırılmasının mümkün olmadığı, ancak başka bir işte çalıştırılabileceğinin tespit edilmesi halinde, işçinin çalıştırılabileceği işler yönünden işe iadesine karar verilmesinde yarar vardır. Böylece, işveren işçiyi işe başlatma, işçi de işyerine dönme olanağına sahip olacaktır. İş güvencesi de temelde bu amaca hizmet etmektedir.

İnceleme konusu yapılan Yargıtay kararında, *“Davacının başka bir birimde çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespiti halinde ise, davacının belirtilen işe iadesi yönünde karar verilmelidir”* hükmüne yer verilmiştir. Karar metninden, işçinin çalıştırılması mümkün olan belirli bir işin somut olarak belirlenmesi ve işe iade hükmünün bu iş yönünden kurulması gerekir gibi anlam çıkmaktadır. Böyle bir görüş, iş güvencesinin amacı ve işletmesel kararların işverene ait olması gerektiği gerçeği karşısında isabetli olmayacaktır. Ayrıca, yoğun iş yükü altında, işe iade davalarını Kanunun öngördüğü süre içerisinde bitiremeyen mahkeme ve Yargıtayın büyük ve karmaşık yapıya sahip işletmelerde işçinin çalıştırılabileceği işleri tespit etmek için, daha uzun bir yargılama sürecine girmesi gerekecektir. Bu sorun, mutlak anlamda bir işe iadenin olmadığı sistemimizde, işe iade kararının kesinleşmesinden sonra, işverenin çalıştırmak üzere işçiye teklif ettiği işin, usulüne göre işe başlatma anlamına gelip gelmediği ile ilgilidir. Diğer bir söyleyişle, işçinin işverenin davetine icabet ederek teklif edilen işte işe başlaması halinde sorun yoktur. İşçinin, teklif edilen işin önceki işi olmadığı, bu nedenle usulüne göre işe başlatılmadığı gerekçesi ile iş güvencesi tazminatına hak kazanıp kazanmadığı daha sonra yapılacak ayrı bir yargılamanın konusunu oluşturacaktır. Mahkeme kararında işçinin önceki işinde çalıştırılmasının mümkün olmadığı, ancak işyerinde başka işlerde çalıştırılmasının mümkün olduğu gerekçesi ile işe iadeye karar verilmiş olduğu durumlarda da aynı sonuca varılacaktır. Bu durumda, kesinleşen mahkeme kararından sonra, işverence, işçiye teklif edilen işin önceki iş olup olmadığı değil, çalıştırılabilecek nitelikte bir iş olup olmadığına bakılacaktır.

İşyerinde, işçinin çalıştırılabileceği tek bir işin bulunması halinde sorun çıkmayacaktır. Yargıç, fesihle son çare ilkesine uyulmadığını belirlerken bu işi de tespit etmiş olacaktır. Kararın hüküm fıkrasında

açıkça bu iş zikredilerek işçinin bu işe iadesine karar verilmesine gerek yoktur. Kararın gerekçe bölümünde, fesihle son çare ilkesine uyulmadığı açıklanırken genellikle işçinin çalıştırılabileceği bu işten söz edilecektir.

İşyerinde, işçinin çalıştırılabileceği birden fazla işin bulunması halinde, durum daha net olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıç bu işlerin neler olduğunu tek tek belirleyip kararında saymayacaktır. Yargıcın görevi, esas itibarıyla fesih işleminin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığını tespitten ibarettir. Mevcut işinde çalıştırılması mümkün olmayan işçinin işyerinde çalıştırılabileceği herhangi başka bir işin bulunması halinde feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. Kararın kesinleşmesi üzerine, işveren, işçiyi uygun gördüğü herhangi bir işe davet edebilecektir.

İşçinin çalıştırılabileceği iş kavramı bu çalışmanın konusunu aşmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, işçinin işyerinde çalıştırılabileceği tespit edilen iş, önceki işine uygun ve çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi anlamına gelmeyecek nitelikte olması halinde herhangi bir sorunla karşılaşmayacaktır. Bu durumda, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. İşçinin çalıştırılabileceği işin, öncekinden farklı olması ve bu durumun çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelmesi halinde de aynı sonuca varılacak mıdır? Bu soruya verilecek cevap; işverenin, mevcut işinde çalıştırılma olanağı olmayan işçiye, fesihle önce çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik anlamına gelen, başka bir iş teklif etmek zorunda olup olmadığı sorusuna verilecek cevap ile yakından ilgilidir.

Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere; fesihle son çare ilkesinin doğal bir sonucu olarak, işveren, iş sözleşmesini geçerli nedenlerle feshetmek istediği işçiyi, başka bir işte çalıştırma olanaklarını araştırma ve bunları işçiye önermekle yükümlüdür<sup>26</sup>. Amaç öncelikle çalışma koşullarında hiçbir değişiklik olmadan iş ilişkisinin devamını sağlamaktır. Ancak bu mümkün olmadığı durumda, işveren, feshle seçenek oluşturan önlemler almalı ve işçiye gerekirse çalışma koşullarını değiştirerek iş sözleşmesini ayakta tutmayı önermelidir. Bu sonuca ulaşmanın en önemli hukuki yollarından birisi de, İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenen değişiklik feshidir<sup>27</sup>. Değişiklik feshinde;



ilk aşamada, sözleşmenin feshi değil, iş ilişkisinin değiştirilen koşullarla devamı amaçlanır. İşveren, başlangıçta kararlaştırılmış iş koşullarında değişiklik yaparak, işyerindeki olumsuz koşullara işçinin uyumunu sağlamayı amaçlamaktadır. İşçinin çalışabileceği başka bir iş de bu kapsamdadır. İşveren bu öneriyi işçiye yapmakla yükümü olup, işçi çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelen bu öneriyi kabul etmek zorunda değildir. İşveren, fesihte son çare olarak bu yola müracaat ettikten sonra, işçinin kabul etmemesi üzerine, iş sözleşmesini geçerli nedene dayanarak feshetme hakkına sahiptir. Nitekim İş Kanununun 22. maddesinde, *“İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir”* hükmüne yer verilmiştir. Bu yükümlülük yerine getirilmeden yapılan fesih, geçerli bir neden mevcut olsa bile, fesihte son çare ilkesinin ihlali nedeniyle geçersiz bir fesih sayılacaktır. Bu nedenle, çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelecek nitelikte de olsa, işçinin başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olduğu durumlarda da feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmez.

Ancak hemen belirtelim ki, çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelen ve iş sözleşmesinin feshinden önce işçiye önerilmesi gereken başka bir işin, işçinin eğitim durumu, kıdemi, liyakatı ve çalıştığı işi dikkate alınarak, mevcut koşullarda işçinin çalışabileceğinin objektif ölçülere ve hakkaniyete uygun olarak kendisinden beklenebilecek nitelikte olması gereklidir. İşçinin mevcut işi dışında işyerinin başka bir bölümünde, objektif olarak kendisinden bu işte çalışması beklenemeyecek nitelikte düşük konum ve ücretteki başka bir işin mevcut olması halinde, bu iş, işçinin çalıştırılabileceği bir iş olarak kabul edilmeyecektir. Bu durumda aynı sonuca varılamayacak olup, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiği kabul edilecektir. Bütün bunlar yerel mahkemece araştırılarak varılan sonuca göre hüküm kurulacaktır.

#### 4. Yargıtay'ın İşe İade Davalarında Bozma Kararı Verip Veremeyeceği Yönünden

İş Kanununun 20. maddesinin üçüncü fıkrasının

da *“Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir”* hükmü yer almaktadır. Bundan Yargıtay'ın önüne gelen her olayda yerel mahkeme gibi işin esasına girerek mutlaka uyuşmazlığı sonuçlandırarak nitelikte kesin bir karar vermesinin zorunlu olduğunun anlaşılması gerekir. İşin esası hakkında karara varılabilmesi için dosyada eksikliklerin bulunması halinde bunların tamamlanması için bozma kararı verecektir. Kanunun anılan hükmü öğretide, Yargıtay'ı ilk derece mahkemesi haline getirdiği, oysa Yargıtayın temyiz mahkemesi olduğu, bu sistemin temyiz yasa yolunun değil istinaf sisteminin bir özelliği olduğu, davaların kısa sürede sonuçlandırılması amacıyla dahi olsa Yargıtayın bu şekilde iş yürütümünün artırılmasının doğru olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir<sup>28</sup>.

Yargıtay bir kararında İş Kanununun 20. maddesinde sözü edilen *“kesin”* olarak karar vermeden neyin anlaşılması gerektiğini şu şekilde açıklamıştır;

*“Genel Kurulun önüne gelen uyuşmazlıkta ön sorun, 4857 sayılı İş Kanununun 20/3 maddesinde yer alan “mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay ilgili Dairesinin vereceği kararın kesin olması” kuralından ne anlaşılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.*

*Anılan düzenlemede yer alan, iş akdinin fesihinin geçersizliğine ilişkin olarak açılacak bir davanın seri yargılama usulüne göre kısa süre içerisinde sonuçlandırılması düşüncesi, işçinin emek gelirden olanaklar ölçüsünde en kısa sürede yoksun kalması ilkesinden doğmuş, bu nedenle de Yargıtay Özel Dairesince verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır.*

*Benzer nitelikteki düzenlemelere; 2821 sayılı Sendikalar Yasasının 4. maddesi, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 3, 12, 15 ve 60. maddelerinde de yer verilirken iş hukukuna yön veren temel ilke ve düşüncelerden hareket edildiği, Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.1985 gün 1984/9-834 Esas ve 1985/201 Karar sayılı kararında da, benzer bir konunun ele alındığı görülmüş ve 2822 sayılı Kanunun 15. maddesinde yer verilen “Yargıtay'ca ... kesin karara bağlanır” hükmü ile yasa koyucunun burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığının vurgulandığına işaret edilmiştir.*



*Açıklanan nedenlerle, kesin karar verme busundan, Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğu, bunun için de direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça, "Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlanır" demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır"*<sup>29</sup>.

Yargıtayın bu kararı daha önceki kararları ile uyumlu ve isabetlidir. Yargıtay önüne gelen işe iade dosyasından, karara varabilmek için eksikliklerin olmadığı, delillerin yeterince toplandığı, dosya içeriğinin kendisini sonuca götüreceği nitelikte olduğunu gördüğü takdirde kararını kesin olarak vermektedir. Bu karar, yerel mahkeme kararının onanması ya da, ortadan kaldırarak yeni bir karar verilmesi şeklinde de olmaktadır. Ancak dosya içeriği kesin olarak karar vermeye yeterli bulunmadığı, delillerin tam olarak toplanmadığı, araştırılması gereken hususların bulunduğu durumlarda kararı bozarak, yerel mahkemeye göndermekte ve bu eksikliklerin tamamlanmasını istemektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu başka bir kararında bu durumu şu şekilde açıklamaktadır;

*"Türk Medeni Kanununun 1. maddesi uyarınca, yasanın sözünden çıkan anlam, özünden çıkan anlamla bağdaşmıyorsa kabul edilemez. Kanun hükmünün özünün araştırılması ise, onun amacının belirlenmesini zorunlu kılar. Bu itibarla yorum yapılırken doğru sonuca ulaşılabilmesi için İş Kanunu kuralının amacının (ratio legis) araştırılması gerekir. Şu hususta kuşku duyulmaması gerekmektedir; temyiz üzerine önüne gelen kararı inceleyen Özel Daire, dosya içeriğini kendisini sonuca götüreceği mahiyette gördüğü takdirde kararını kesin olarak verecektir. Ancak, Özel Daire dosya içeriğini, kesin olarak karar vermeye yeterli bulmadığında eksikliklerin giderilmesi amacıyla hükmü bozarak giderilmesini yerel mahkemeden isteyebilecektir. Başka bir anlatımla, Yargıtay Özel Dairesinin bu uyuşmazlığı nihai olarak neticelendirebilmesi için, iş akdinin feshinin bahl bir sebebe dayanıp dayanmadığı olgusunun, dosya içeriğinden tam olarak anlaşılır olması gerekir. Madde ile kesin olarak karar vermeden amaçlanan, yerel mahkemenin dosyasının içeriğini Özel Daireyi karara götüreceği nitelikte olmasıdır. ... Ancak maddede yer alan, "Yargıtay ... kesin olarak karar verir" kuralından hareketle uyuşmazlık*

*ğın eksiklikler de içerse herhalükarda Yargıtay Özel Dairesince sonuçlandırılmasını beklemek doğru değildir"*<sup>30</sup>.

İnceleme konusu yaptığımız karar yönünden de, Yargıtay dosya içeriğinden, fesihte son çare ilkesine uyulup uyulmadığı konusunda bir kanaata varamamıştır. Zira, yerel mahkeme bu konuda herhangi bir araştırma yapmamıştır. Yerel mahkeme, davalı kurum bünyesinde oluşturulan Psiko-teknik Değerlendirme Merkezi tarafından verilen, işçinin araç kullanamayacağına ilişkin rapora istinaden yapılan fesih işleminin, bu yönde üniversite veya eğitim hastanesinden rapor alınmadığından geçersiz olduğuna karar vermiştir. Yargıtay haklı olarak bu merkez tarafından verilen raporun geçerli olduğunu belirttikten sonra, işçinin şoför olarak çalıştırılmasının doğru olmayacağı, ancak eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının gerekirse işyerinde keşif yapılmak suretiyle araştırılması gerektiği kanaatine vararak hükmü bozmuştur. Zira bu hususların yerel mahkemeye araştırılması gerekir.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın yukarıda incelediğimiz temel hukuki sorunlara ilişkin olarak varmış olduğu;

- İşyeri bünyesindeki Psiko-Teknik Değerlendirme Merkezi'nin mevzuata uygun olarak kurulmuş olduğu ve bu merkez tarafından verilen raporların geçerli sayılması gerektiği,
  - Toplu taşıma araç şoförü olarak çalışan işçinin araç kullanmak için gerekli temel beceriler ve yetenekler bakımından yetersiz olduğunun anlaşılması halinde bu durumun iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacağı,
  - Fesih işleminin son çare olarak düşünülmesi gerektiği, işçinin eğitim durumu ve tecrübesine göre başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiği,
  - İşçinin başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olmadığının tespit edilmesi halinde işe iade isteğinin reddine karar verilmesi gerektiği,
  - İşçinin, başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olduğunun tespit edilmesi halinde, çalıştırılması mümkün olan işler yönünden işe iade kararı verilmesi gerektiği,
  - Bu hususların araştırılması için hükmün bozulması gerektiği,
- yönündeki görüşlerine; yukarıda yapılan ayrın-

tılı açıklamalar çerçevesinde katılmakta ve kararı isabetli bulmaktayız.

## DİPNOTLAR

- 1 RG, 18.10.1983, 18195.
- 2 RG, 10.07.2003, 25173.
- 3 RG, 18.07.1997, 23053.
- 4 Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2007, (İş Hukuku), 209 vd.; Engin, M., İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003 (İşletme Gerekleri), 15, 20, 24, 29, 32.
- 5 RG, 18.06.1994, 21964.
- 6 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG, 15.08.2002, 24847.
- 7 RG, 10.06.2003, 25134.
- 8 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümleri hakkında geniş bilgi için bkz. Çelik N., İş Hukuku, 209 vd.; Süzek, S., İş Hukuku, İstanbul 2005, 436 vd.; Günay, C. İ., İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, Madde 1-32, Ankara 2005, 569 vd.; Tunçomağ, K./Centel, T., İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, 192 vd.; Taşkent S. (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), Bireysel iş Hukuku, İstanbul 2006, 163 vd.; Mollamahmutoglu, H., İş Hukuku, Ankara 2005, 548 vd.; Kılıçoğlu, M., İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, 93 vd.; Demir, F., En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, İzmir, 2005, 184 vd. (İş Hukuku Uygulaması); Aynı Yazar, Geçerli Sebep ile Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İSGHD 2006, S.10, 467 vd (Geçerli Sebep); Engin, İşletme Gerekleri, Aynı Yazar, İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi, Legal İSGHD, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, Sayı.2, 537 vd. (Karar İncelemesi); Kaplan-Senayen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senayen), İş Hukuku, Ankara 2007, 180 vd.; Akyiğit, E., 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2006, 776 vd.; Çankaya/Günay/Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 71 vd. 131 vd.; Ekonomi, M., İş Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren Dergisi Özel Eki, Mart 2003, C.17, S.2, 1 vd.; Ulucan, D., İş Güvencesi, 2. Baskı, 25 vd. (İş Güvencesi); Aynı Yazar, İş Güvencesinin Kapsamı ve Temel Kavramlar, İş Güvencesi Temel Kavramlar ve Uygulamadan Öneriler, İstanbul Barosu Yayını, 2003, 17 vd. (Temel Kavramlar); Taşkent, S., İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, 111 vd.; Alpagut, G., İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, 200 vd. ; (İş Güvencesi); Şahlanan, F., İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek, Nisan 2003, 17 vd.; Ekmekçi, Ö., Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek, Temmuz 2003, 132 vd.; Tuncay, A. C., İşe İadeyle İlgili Karar İncelemesi, Legal İSGHD, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, S.2, 533 vd.; Narmanhoğlu, Ü., İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikall Tazminat Talebi, Karar İncelemesi, Legal İSGHD 2005, Sayı:5, 239 vd.; Akı, E., İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, 30. Yıl Armağanı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara 2006, 285 vd.; Uçum, M., Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayınları, İstanbul 2003, 127 vd.; Aynı Yazar, Yeni İş Kanunu Hükümlerine Göre İş Güvencesi, Legal Hukuk Dergisi, Haziran 2003, 1385 vd.; Alp, M., İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜ. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1, 1 vd.; Eyrenci, Ö., 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Değerlendirme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2004, 31 vd.; Güzel, A., İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi-Sendikalar Yasası-Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, 28-29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu yayınları, 15 vd.; Kar, B., İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller, Legal İSGHD 2005, Sayı:7, 1005 vd.; Sarıbay, G., Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, 36 vd.
- 9 Çelik, İş Hukuku, 218; Tunçomağ/Centel, 193; Süzek, İş Hukuku, 444; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 559; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 167; Ulucan, İş Güvencesi, 37; Demir, Geçerli Sebep, 483-484; Kaplan-Senayen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senayen), 185; Çankaya/Günay/Göktaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 77, 84.
- 10 Y.9.HD, 21.05.2007, E.2007/6450, K.2007/15621, Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yönde, Y.9.HD, 24.09.2007, E.2007/14009, K.27734; 03.04.2006, E.2006/4727, K.2006/8246; 21.11.2005, E.2005/33676, K.2005/33676.
- 11 Çelik, İş Hukuku, 263; Demir, İş Hukuku Uygulaması, 83; Günay, Şerh, 808-809; Kaplan-Senayen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senayen), 210; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1124; Kılıçoğlu, Yorum, 295; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 126.
- 12 Y.9.HD, 26.02.2007, E.2006/19933, K.2007/5267, Kazancı İçtihat Bankası. "Davalı işveren hizmet akdini davacının kullandığı araca hasar vermesi nedeniyle feshettiğini savunduğuna göre mahkemece bu savunma üzerinde durulmalı kusur ve zarar konusunda gerekirse araç üzerinde keşif yapılarak uzman bilirkişilerden rapor alınmalı ve sonucuna göre kıdem ve ihbar tazminat istekleri konusunda karar verilmelidir" (Y.9.HD, 29.05.2001, E.2001/6493, K.2001/9025, Kazancı İçtihat Bankası).
- 13 Çelik, İş Hukuku, 263; Y.9.HD, 22.12.1986, E.1986/10336, K.1986/11452, Çimento İşv. D, Ocak 1987, 35-36.
- 14 Ekonomi, İş Güvencesi, 7; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 76.
- 15 Yargıtay konuya ilişkin 1475 sayılı Kanun döneminde oyçokluğu ile vermiş olduğu bir kararında şu görüşlere yer vermiştir; "Söz konusu araç finansal kiralama yolu ile temin edilmiş ve kaza yolun ıslak olması nedeni ile meydana gelmiştir. Zarar sigorta şirketi tarafından tamamen karşılanmıştır. Davalı işverenin finansal kiralama ve sigorta şirketlerine ödemek zorunda kaldığı bir zarar bulunmamaktadır. Diğer taraftan kazanın davacı işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden meydana geldiği kastlanabilmiş değildir. Zira bu gibi hallerde işçinin suç işleme kastının olması gerekir. Savsamanın lügat karşılığı ağır ihmaldir. İhmalde ise kast unsuru aranır. Taksirli suç olan her trafik kazasında savsamanın başka bir deyişle ağır ihmalin varlığından söz edilemez. Davacı işçinin sorumlu tutulabilmesi için en azından bilinçli taksirin söz konusu olması gerekir". (Y.9.HD, 17.03.2004, E.2003/16545, K.2004/4628, Kazancı İçtihat Bankası). Kararda belirtilen işçinin suç işleme kastının bulunması gerektiği, bu nedenle kusurunun ağır ihmal veya bilinçli taksir olması

halinde iş sözleşmesinin feshedilebileceğine ilişkin görüşe katılmıyoruz. Taksirin sözlük anlamı, gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savaşlama, savaşma, önem vermeme (http://tdk.gov.tr/TR/SozBul). Bu daha çok tedbirsizlik ve dikkatsizlik olarak da ifade edilmektedir. Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kast, taksir ve bilinçli taksir tanımlanmıştır. Kanununun 21. maddesine göre, "Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir". Kanununun 22. maddesine göre, "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. (3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır". Trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçu ayrıca düzenlenmiştir. Herhangi bir kaza ya da hasar meydana gelme dahi tehlike suçu olarak düzenlenen bu suç tipinin kasıtlı işlenmesi hali TCK'nun 179. maddesinde, taksirle işlenmesi hali de 180. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Kamu düzenine ilişkin bu suç türünde dahi sadece kast değil taksir dahi yeterli görülmüştür. Karara ilişkin karşı oy yazısı isabetlidir. Buna göre, "İş Kanununun m.17/II-h iki durumu düzenlemiştir. Bunlardan ilki işçinin kendi isteği veya savaşması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesidir. İkincisi ise işverene ait veya malı olmayıp eli altında bulunan makinaları tesisatı işçinin on günlük ücreti tutarına varan miktarda zarara uğratmasıdır. Bu ikinci halde işçinin sorumluluktan kurtulması ancak kusuruna düşen zararın on günlük ücretin altında olması, mücbir sebep yada kaçınılmazlık hallerinde mümkündür. İşverenin zararının sigorta şirketince karşılanması işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmaz. Hatta zararın zarar veren işçi tarafından karşılanması durumunda dahi işverenin fesih hakkı bulunmaktadır. Çağımızda can ve mal sigorta sistemi her geçen gün gelişmektedir. Halbuki 17/II'nin kenar başlığı "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri"dir. Sigorta sistemi, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin dışında kalan bir sistemdir. Aksi halde sigorta şirketin karşılayacağı her zarar için işçinin sorumluluğu ortadan kalkar ki bu durum 17. maddenin konuluş amacına aykırı olur".

- 16 Y.9.HD, 10.07.2006, E.2006/16499, K.2006/20608, Kazancı İçtihat Bankası.
- 17 Tunçomağ/Centel, 212; Süzek, İş Hukuku, 514; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1123-1124; Günay, Şerh, 808; Kılıçoğlu, Yorum, 296; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 126. İş güvenliği tehlikeye düşme dahi, işçinin, işyerindeki iş güvenliği ve işçi sağlığına ilişkin kurallara uymaması sözleşmenin geçerli nedenle feshini gerektirebilir. Bkz. Demir, Geçerli Sebep, 482.
- 18 Tunçomağ/Centel, 212; Süzek, İş Hukuku, 514; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1124; Günay, Şerh, 808; Kılıçoğlu, Yorum, 296; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 126.
- 19 Fazla bilgi için bkz. Malkoç, İ., Açıklamalı İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Ankara 2007, 1178, 1207 vd.; Meran, N., Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007, 915 vd, 922 vd; Malkoç, İ., Açıklamalı İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1.Cilt, Ankara 2007, 1178, 1207 vd.
- 20 Fesihle Son Çare İlkesi (Ultima Ratio) hakkında geniş bilgi için bkz. Güzel, A., İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 57 vd (Son Çare İlkesi); Aynı Yazar, Karar İncelemesi, 172 vd; Çelik, İş Güvencesi, 28; Aynı Yazar, İş Hukuku, 222 vd; Engin, İşletme Gereklere, 90 vd;

Ulucan, İş Güvencesi, 56 vd; Süzek, İş Hukuku, 449 vd; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 579 vd; Demir, İş Hukuku 202; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 99 vd.; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 790-791.

- 21 Güzel, Son Çare İlkesi, 61; Aynı Yazar, Karar İncelemesi, 165, Süzek, İş Hukuku, 444.
- 22 Güzel, Son Çare İlkesi, 61; Aynı Yazar, Karar İncelemesi, 165.
- 23 Çelik, İş Hukuku, 222-223; Aynı Yazar, İş Güvencesi, 28; Ulucan, İş Güvencesi, 44; Engin, İşletme Gereklere, 91; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 565. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, 77-78; Aynı Yazar, Son Çare İlkesi, 62, 71, 84 vd; Kaplan-Senayen (Aktay/Arıcı/Kaplan-Senayen), 186-187.
- 24 TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, 4. Yasama Yılı, 127. Birleşim.
- 25 Çelik, İş Hukuku, 222-223; Aynı Yazar, İş Güvencesi, 28; Güzel, Son Çare İlkesi, 77, 83; Engin, İşletme Gereklere, 94; 69 vd.; Ulucan, İş Güvencesi, 56 vd.; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 579 vd; Demir, İş Güvencesi, 135.
- 26 Ulucan, İş Güvencesi, 87; Güzel, Son Çare İlkesi, 62 vd.; Aynı Yazar, Karar İncelemesi, 180-181; Alpagut, G., İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı – Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları, Legal İSGHD 2006, S.9, 57 (Uygulama Alanı).
- 27 Ayrıntı için bkz. Çelik, İş Hukuku, 241 vd; Süzek, İş Hukuku, 450-451; Engin, İşyeri Gereklere, 94 vd; Aynı Yazar, Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı, İUHF Mecmuası, C.LXI, S: 1-2, 2003,322 vd; Çankaya/Günay/Göktaş, İşe İade Davaları, 58 vd; Güzel, Son Çare İlkesi, 76; Taşkent (Eyrenci-Taşkent-Ulucan), 144-145; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 565; Alpagut, Uygulama Alanı, 53 vd;
- 28 Güzel, A., İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosunca Düzenlenen Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 39 vd.; Ekmekçi, Ö., 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Sorunlar Üzerine, MESS Mercek D. Özel Sayı, Ekim 2002, 106 vd.; Yılmaz, E., İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler, Sicil D. Yıl.1, S.4, Aralık 2006, 26 vd.; Özekes, M., Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, 503 vd.
- 29 YHGK, 21.09.2005, E.2005/9-475, K.2005/511, Legal İHSGHD 2006, S.9, 233-235. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararı hukukun gelişimine katkı yapan direnme yolunu kapattığı için eleştiri konusu olmuştur. Bkz. Yılmaz, Yargının Durumu, 26 vd. Yazara göre, kanunda direnme olanağının bulunmadığı yönünde açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle, asıl olan bir hakkın varlığı olup, bu hakkın ortadan kaldırılması ancak yasa ile mümkün olduğundan HGK kararı isabetli değildir. Bizce, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesinde açıkça iş mahkemelerinde görülen davalarda karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği hükmü yer aldığından Yargıtayın varmış olduğu sonuç kanuna uygundur.
- 30 YHGK, 01.12.2004, E.2004/9-643, K.2004/642, Çankaya/Günay/Göktaş, 1. Basi, 725-729.

Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU

Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# 2822 Sayılı Yasa Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi\*

## 1. GİRİŞ

Ülkemiz çalışma mevzuatında yer bulan 2821 sayılı ve 2822 sayılı Yasalar, sendika özgürlüklerini ve toplu pazarlık haklarını kısıtlayıcı hükümler içerdiği gerekçesiyle Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından uzun yıllardan bu yana eleştirilmektedir. Gerçi 1980'li yıllar sonrasında bu yasalarda, hatta bizzat Anayasa'da eleştiriler doğrultusunda farklı yıllarda değişiklikler yapılmış ise de yine de kimi sorunlar çözüme kavuşturulamamıştır.

2821 ve 2822 sayılı Yasalarda değişiklik yapılmasına ilişkin sosyal tarafların ortaklaşa imzaladıkları protokol sonucu 2003 yılında oluşturulan Bilim Kurulu<sup>1</sup>, bu protokolün koyduğu hedefler doğrultusunda "2821 sayılı Sendikalar Kanununun Bazı Maddeleri ile 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun ve 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanunun Birer Maddesinin Değiştirilmesine Dair Yasa Tasarısı Taslağı" ile "2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Yasa Tasarısı Taslağı" hazırlamış, bu tasarı taslakları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve sosyal taraflara teslim edilmiştir.

Uzun süre bu tasarı taslakları üzerinde tarafların ortak bir çalışması gözlenmemiştir. Ancak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı sonunda Şubat 2008 tarihinde sosyal taraflara 2821 ve 2822 sayılı Yasa tasarı taslaklarını incelemek üzere sunmuştur. Bakanlık tarafından taraflara gönderilen tasarı taslaklarında bu bağlamda;

a) Her iki bakanlık tasarı taslaklarında Bilim Kurulu'nun tasarılarından büyük ölçüde yararlanılmış, ancak belirli konularda Bilim Kurulu'nun sunduğu taslaklardan farklı düzenlemelere gidildiği görülmüştür.

b) 2821 sayılı Yasanın hükümlerinin tümüne yakını değiştirilmiş,

c) Oysa 2822 sayılı Yasanın ise kimi maddelerinde değişiklikler yapılmıştır.

İşte bu makalede sadece 2822 sayılı Yasa bağlamında 2822 sayılı Yasada değişiklik yapılmasına ilişkin Bilim Kurulu'nca hazırlanan taslak ile Çalışma Bakanlığı'nca hazırlanan ve Şubat 2008'de taraflara gönderilen "2822 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı" ve yürürlükteki Yasa metni karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Belirtmeliyiz ki, bu incelememizde ayrıntıya ve yoruma girmeden sadece 2822 sayılı Yasadaki de-



ğişiklikler sıralanacaktır. Ancak Bilim Kurulu ve Bakanlık taslakları arasındaki farklılıklara da dikkat çekilecektir.

Böylelikle genel olarak 2822 sayılı Yasa tasarı taslağında değişiklik çalışmalarında gelinen son aşamanın ne olduğunu ortaya koymak istiyoruz.

## II. ILO ELEŞTİRİLERİ VE BAKANLIK 2822 SAYILI YASA TASLAĞI

2822 sayılı Yasanın “Toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi” kenar başlıklı 3. maddesinde işyeri ve işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılmasına olanak tanınmaktadır. Bilim Kurulu’nca hazırlanan taslak ve Bakanlıkça hazırlanan tasarı taslağında ise “grup toplu iş sözleşmesi” yapılabilmesine de olanak tanınmaktadır. Nitekim her iki taslakta da grup toplu iş sözleşmesi şu şekilde tanımlanmaktadır: “Bir işveren sendikasına üye birden çok işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesine grup toplu iş sözleşmesi denir.” Grup toplu iş sözleşmelerinin yapılabilmesine olanak tanınması bu sözleşmelerin işveren tarafını kimin oluşturacağı sorusunu akla getirmektedir. İşçi tarafını doğaldır ki işçi sendikası oluşturacaktır. İşveren tarafını işveren sendikasının mı yoksa işverenlerin mi oluşturacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte tanımda “Bir işveren sendikasına üye birden çok işveren” ibaresi yer aldığından işveren tarafının işveren sendikası olacağı anlaşılmaktadır.

2822 sayılı Yasanın “Tarafların durumunda değişiklik” kenar başlıklı 8. maddesinde toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın feshi, infisahı, faaliyetten men edilmiş olması veya yetkiyi kaybetmesi ya da toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin değişmesi hallerinin toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği belirtilmektedir. Bu bağlamda Bilim Kurulu’nca hazırlanan taslak ve Bakanlıkça hazırlanan tasarı taslağı ile maddeye eklenen ikinci fıkrada, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamındaki bir işyeri devredildiğinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi bulursa dâhi devralınan işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan haklar ve borçların yeni işverenle işçi arasında iş sözleşmesi hükmü olarak de-

vam edeceği ve devirden itibaren bir yıl geçmedikçe işçi aleyhine değiştirilemeyeceği belirtilmektedir. Bu hak ve borçların yeni bir toplu iş sözleşmesi ile düzenlenmesi halinde bir yıllık sürenin uygulanmayacağı ve bir yıllık süre geçtikten sonra tarafların anlaşması ile veya 4857 sayılı İş Yasası’nın 22. maddesi çerçevesinde iş sözleşmesinde değişiklik yapma hakkının saklı olduğu ifade edilmektedir.

Bilim Kurulu’nca hazırlanan taslak ve Bakanlıkça hazırlanan tasarı taslağı ile 2822 sayılı Yasanın 9. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “Faaliyeti durdurulmuş sendikalara dayanışma aidatı ödenmez.” hükmü metinden çıkarılmaktadır. Ayrıca bu maddenin 3. fıkrasına dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma yönündeki yazılı talebin ancak toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra yapılabileceği belirtilmektedir.

2822 sayılı Yasanın “Teşmil” kenar başlıklı 11. maddesinin 1. fıkrası Bilim Kurulu’nca hazırlanan taslak ve Bakanlıkça hazırlanan tasarı taslağı ile yeniden kaleme alınarak düzenlenmiştir. Buna göre, teşmil uygulaması üyelerinin sayısı bağlı olduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu temsil eden işçi sendikalarından en çok üyeye sahip olanın yaptığı toplu iş sözleşmelerinde değil, teşmili yapılacak işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendikanın yapmış olduğu toplu iş sözleşmelerinde gerçekleşecektir. Böylece fıkra daha sade ve anlaşılır hale getirilmektedir. Ayrıca teşmil uygulamasının ancak teşmil kararnamesinin Resmî Gazete’de yayımlanmasının sonrasına etkili olabileceği ve toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği işletme veya işyerinde, yeni toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte teşmil uygulamasının kendiliğinden sona ereceği belirtilmektedir. Ancak Bakanlıkça hazırlanan tasarı taslağında, Yasada yer bulan teşmil için “Yüksek Hakem Kurulu istişari mütalaasını en çok otuz gün içinde verir.” hükmünde yapılan değişiklikle Yüksek Hakem Kurulu’nun görüşünü 15 işgünü içinde bildireceği öngörülmektedir.

2822 sayılı Yasanın “Yetki” kenar başlıklı 12. maddesine göre, bir işçi sendikasının işyeri ve işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi alabilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu işkolunda işçilerin en az %10’unu, bunun yanı sıra da işyeri ve işletme düzeyinde çalışan işçilerin yarısından bir fazlasını temsil etmesi gerekir. Bilindiği üzere yasaca ön-



görülen bu çifte baraj ILO'nun denetim organlarında, özellikle Aplikasyon Komitesi'nde hemen her yıl gündeme alınmış ve tartışılmıştır. ILO, çifte baraj diye nitelediği bu sınırlamayı, 98 sayılı Sözleşme'ye aykırı bularak eleştirmekte ve özellikle bu barajlardan %10 işkolu barajının kaldırılması istenmektedir. 1990'lı yılların ikinci yarısından sonra hükümetlerde %10 barajını kaldırmayı düşündüklerini ifade etmeye başlamışlar, ancak bunun için sosyal tarafların mutabakatının sağlanması gerektiğini belirtmişlerdir. Bilim Kurulu hazırladığı taslakta %10 barajını uzun tartışmalar sonucu %5'e düşürmüştür. Ancak taslaktaki bu baraj sosyal taraflar arasında tartışmaya açılmadan hükümet Şubat 2008'deki tasarı taslağında bu barajı tümüyle kaldırmıştır. Şöyle ki; Bakanlıkça hazırlanan taslakta "üyesi işçi sendikalarının toplam üye sayıları itibarıyla en fazla temsil gücüne sahip olan üç işçi konfederasyonundan birinin üyesi olan işçi sendikası" unsuru getirilmektedir. Bu düzenlemeyle sosyal taraflar arasında mutabakat sağlanacak mıdır bilemiyoruz, çünkü bu konuda sosyal tarafların onay ve desteğini almak oldukça güç görünmektedir. Bu nedendir ki Bilim Kurulu bu konuda harcadığı çabada tarafların duyarlılığı karşısında ancak %5'lik baraj noktasına gelebilmiştir. Ancak en azından bu düzenlemeyle Hükümet Konferans Komitesi'ndeki işçi sözcülerinin görüşlerini büyük ölçüde yerine getirmiştir. Çünkü, ILO Konferans Komitesi'nin işçi temsilcilerine göre, %10 barajının kaldırılması konusunda 98 sayılı Sözleşme'nin onaylayan ülkeleri bağlayıcı niteliğinden dolayı sosyal mutabakata gerek yoktur. Türkiye Hükümeti her yasa konusunda mutabakat aramadığından bu durumda da siyasi iradesini kullanarak çifte baraj uygulamasına son vermelidir.

2822 sayılı Yasada ve Bilim Kurulu taslağında istatistiklerin yılda iki kez yayımlanacağı belirtilmekle birlikte, Bakanlıkça hazırlanan taslakta yılda bir kez yayımlanması öngörülmüştür. Ayrıca Bakanlıkça hazırlanan taslakta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın; yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen bilgilerden başka, sosyal güvenlik kuruluşlarına yapılan bildirimlerden de yararlanacağı belirtilmektedir. Ancak sonuçta bu düzenlemeyle Türk sisteminin 98 sayılı Sözleşme'ye uyumu sağlanacak ve ülkenin hemen her yıl konferansta karşılaştığı eleştiri son bulacaktır.

Öte yandan 2822 sayılı Yasanın "Toplu görüşmeye çağrı" kenar başlıklı 17. maddesinde, tespit yazısını alan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren veya yetki belgesini alan işçi sendikasının, tespit yazısını veya yetki belgesini aldığı tarihten itibaren onbeş gün içinde karşı tarafı toplu görüşmeye çağıracağı belirtilmektedir. Bilim Kurulu'nca hazırlanan taslakta ve Bakanlıkça hazırlanan tasarı taslağında ise yalnızca yetki belgesini alan işçi sendikasının karşı tarafı toplu görüşmeye çağırması öngörülmüştür. 2822 sayılı Kanun'daki onbeş günlük süre Bilim Kurulu metninde onbeş iş günü olarak düzenlenmiş, Bakanlıkça hazırlanan taslakta ise onbeş gün olarak muhafaza edilmiştir.

2822 sayılı Yasanın "Toplu görüşmenin başlaması" kenar başlıklı 19. maddesinin 3. fıkrasına göre, çağrı tarihinden itibaren otuz gün içinde toplu görüşmeye çağırıcı yapan taraf gelmez ve toplu görüşmeye başlanmazsa çağırıcı yapan tarafın yetkisi düşer. Bakanlıkça hazırlanan taslakta ise otuz günlük süre on güne indirilmiştir.

Ayrıca 2822 sayılı Yasanın "Uyuşmazlığın tespiti" kenar başlıklı 21. maddesinin 2. fıkrasında; toplu görüşmenin başlamasından itibaren altmış gün içinde taraflar anlaşamadıklarını bir tutanak ile tespit ederlerse veya toplu görüşmenin başlamasından itibaren altmışıncı günün sonunda anlaşmaya varamamışlarsa, taraflardan birinin durumu görevli makama yazıyla bildirmesi öngörülmektedir. Bakanlıkça hazırlanan tasarıda bu süre 30 güne (arabulucunun katılması halinde 45 güne) indirilmiştir.

2822 sayılı Yasanın "Arabuluculuk" kenar başlıklı 22. maddesi Bilim Kurulu taslağı ve Bakanlıkça hazırlanan taslakla esaslı değişikliklere uğratılmaktadır. En önemli değişiklik Bakanlıkça hazırlanan taslakta, arabulucunun görüşmelere katılımı yönünden görevli makamın devre dışı bırakılmış olması ve "mahkemeye başvuru" yolunun tamamen kapatılmış olmasıdır. Böylece anlaşmaya yanaşmama şeklinde uzlaşmaz bir tutuma sahip olan tarafın bu tutumunu giderebilecek önemli bir imkân devre dışı bırakılmaktadır.

2822 sayılı Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasında arabuluculuk görevinin on beş gün süreceği ve bu sürenin tarafların anlaşması ile en çok altı iş günü uzatılabileceği belirtilmektedir. Bilim Kurulu'nca hazırlanan taslakta da bu esaslar korunmuştur. Ancak Bakanlıkça hazırlanan taslakta ise taraf-

ların anlaşması ile sürenin altı iş günü uzatılabileceği yönündeki hüküm madde metninden çıkarılmaktadır.

2822 sayılı Yasanın 29. maddesinde birçok iş bakımından grev ve lokavt yasağı bulunmaktadır. Bilim Kurulu taslağı ile yasanın 29. maddesi değiştirilerek, grev ve lokavt yapılamayacak işlerin kapsamı daraltılmıştır. Bu bağlamda termik santralleri besleyen linyit üretimi, üretimi nafta ve tabii gazdan başlayan petrokimya işleri, banka ve noterlik hizmetleri ve kamu kuruluşlarınca yürütülen şehir içi deniz, kara ve demiryolu ve diğer raylı toplu yolcu taşımacılığı grev ve lokavt yasakları kapsamında çıkarılmıştır. Böylece Bilim Kurulu taslağı ile yasada Sendika Özgürlükleri Komitesi'nin temel ve yaşamsal hizmetler kriterine uygun görme olasılığı yüksek bulunan ölçüde grev yasağına son verilmektedir. Bakanlıkça hazırlanan taslakta da termik santralleri besleyen linyit üretimi,

kümet tarafından 60 gün süreyle ertelenmesi ve erteleme süresi sonunda Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma zorunluluğundan dolayı erteleme keşsin bir grev ve lokavt yasağına dönüşmüş olmasıdır. Bu konuda Bilim Kurulu yasanın 33. maddesinde yaptığı değişiklikle "Bakanlar Kurulu; Danıştay'dan istişari mütalaa aldıktan sonra karar verilmiş veya başlamış olan kanuni bir grev ve lokavtı genel sağlığı veya ulusal güvenliği bozucu nitelikte olduğu gerekçesiyle, altmış gün süreyle erteleyebilir. Danıştay bu konudaki görüşünü üç işgünü içinde bildirir." düzenlemesine gitmiştir. Bilim Kurulu, kaynağını Anayasa'dan alan zorunlu tahkimi metinden çıkarmanın güçlüğü karşısında erteleme hukuki temelini kısmen olsun kuvvetlendirmek amacıyla söz konusu hükme yer vermiştir. Kaldı ki bu düzenleme ile Bilim Kurulu taslağında Bakanlar Kurulu'nca 60 gün süre ile ertelenecek bir grevin ya da lokavtın genel sağlığı ve ulusal gü-

## ILO normlarına uygunluk büyük ölçüde ülkelerin politik ve ekonomik koşullarına bağlıdır.

üretimi nafta veya tabii gazdan başlayan petrokimya işleri, kamu kuruluşlarınca yürütülen şehir içi deniz, kara ve demiryolu ve diğer raylı toplu yolcu ulaştırma hizmetleri ile havagazı ve petrol sondajı, üretimi, tasfiyesi ve dağıtım işlerinde grev ve lokavt yasağı kaldırılmaktadır. Ancak nedense Bakanlık tasarısında banka ve noterlik hizmetlerinde grev ve lokavt yasağına yeniden dönülmüştür. Bankacılık hizmetlerinin grev yasağı Bilim Kurulu'nca enine boyuna tartışılmıştır. Kurulun taslak hazırlama çalışmaları çerçevesinde Union Network International'dan kurula gönderilen 17.02.2003 tarihli yazıda "Avrupa Birliği üyesi hiçbir ülkede banka işkolunda grev yasağının bulunmadığı, Türkiye'deki grev yasağının bir skandal olduğu ve Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından belirlenen uluslararası standartların ihlal edildiği; Kolombiya dışında dünyanın hiçbir yerinde bu kısıtlamayı uygulayan bir başka demokratik ülke bulunmadığı" belirtilmiştir. Bu doğrultudadır ki, taslağı hazırlayan Bilim Kurulu oybirliği ile bankacılıkta ve noter işlerinde grev yasağını da kaldırmıştı.

ILO denetim organlarınca Türkiye'ye yöneltilen eleştirilerden bir diğeri de, grev ve lokavtların hü-

venliği bozucu nitelikte olup olmadığı konusunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanına, önceden Danıştay'dan istişari mütalaa isteme zorunluluğu getirilerek uyuşmazlığın çözümüne bağımsız yargının katkı sağlamasını da amaçlamıştır (Bilim Kurulu taslağı m. 14 gerekçesi). Bu çerçevede Bilim Kurulu'nun hazırladığı taslakta istişari mütalaa'nın Danıştay'dan alınmasının öngörülmesi yerinde bir tercihtir.

Gerçi Bilim Kurulu'nca hazırlanan taslakta Danıştay'dan istişari mütalaa alınmasına grev ve lokavtın ertelenmesine yönelik kararın iptali amacıyla yine Danıştay'a başvurulacağı gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Ancak bilinmektedir ki, Danıştay Yasasının 42. maddesinin (b) bendine göre "Başbakanlıktan gönderilen tüzük tasarıları" Danıştay 1. Dairesi'nce incelenmekte ve yine bu tüzükler yürürlüğe girdikten sonra da iptali amacıyla Danıştay'da dava açılabilir. Bu düzenleme ile de yukarıda yapılan itirazın haklılığı tartışılabilir.

Oysa Bakanlıkça hazırlanan taslakta grev ve lokavt ertelemeleri bağlamında Bilim Kurulu'nun yurarda yaptığı düzenleme değiştirilmiş, istişari mütalaa'nın Yüksek Hakem Kurulu'ndan alınması ön-

görülmüştür. Bu düzenlemenin ise Bilim Kurulu'nca hazırlanan taslaktaki istişari mütalaanın Danıştay'dan alınması gerekçesiyle ve haklılığıyla örtüşmesi mümkün değildir. Bu yönüyle Bakanlık taslağında getirilen düzenleme, mevcut duruma göre farklılık yaratmamaktadır.

2822 sayılı Yasanın 37. maddesinde grev veya lokavt kararının karşı tarafa tebliğinden itibaren altmış gün içinde uygulamaya konabileceği belirtilmişken, Bakanlık tasarısında bu süre otuz güne indirilmektedir.

2822 sayılı Yasanın 53. maddesi Yüksek Hakem Kurulu'nun oluşumunu düzenlemektedir. Buna göre kurul üyelerinden biri iş hukuku veya ekonomi öğretim üyeleri arasından Yükseköğretim Kurulu'nca seçilmektedir. Bilim Kurulu taslağı ve Bakanlık taslağında ise, iş hukuku veya çalışma ekonomisi öğretim üyeleri arasından Üniversitelerarası Kurul'ca seçilecek bir üyeden söz edilmektedir. Böylece "ekonomi" ibaresi "çalışma ekonomisi" olarak değiştirilmekte, üyeyi seçecek kurulda da değişikliğe gidilmektedir.

### III. SONUÇ

Bu makalenin konusu olan "2822 Sayılı Yasa Ön Tasarısı" açısından bakıldığında, Bilim Kurulu Taslak Tasarısı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Şubat 2008 Ön Tasarısı arasında bir iki ayrık durum dışında köklü farklılıkların olmadığı sonucuna varabiliriz. Kaldı ki böyle bir sonuçta doğaldır. Çünkü Bilim Kurulu 2822 sayılı Yasa Taslağı'nı hazırlarken;

1. Türk toplu pazarlık düzeninde oluşan sorunları ve sorunlar koşutunda uygulamada gelişen çözümleri ve yargı kararlarını,

2. Sosyal tarafların özellikle kolektif iş hukukunda belirli kurum ve konulardaki duyarlılığını ve bu konularda uzlaşmaya varmadaki zorluklarını,

3. Sonuçta 1982 Anayasası'nın sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık hakları için öngördüğü bağlayıcı sınırlamaları

dikkate alarak düzenlemeler yapmıştır. Görülüyor ki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 2822 sayılı Yasa Tasarı Taslağı'nda da bu nedenlerin etkisi büyük ölçüde kendisini göstermiş ve yapılan düzenlemelerde ancak bu noktaya gelinebilmiştir.

Belirtmeliyiz ki, "2822 Sayılı Yasa Ön Tasarıla-

rında" yer bulan düzenlemelerin ciddi değişikliğe uğramadan TBMM'den geçmesi Türkiye-ILO ilişkilerinde yumuşamaya neden olacaktır.

Çünkü Uluslararası Çalışma Örgütü de koyduğu normların tümüne üye ülkelerde tam bir uyum sağlanmasının zor olduğu bilincindedir. ILO normlarına uygunluk büyük ölçüde ülkelerin politik ve ekonomik koşullarına bağlıdır. Bu nedenledir ki, sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık hakları bağlamında çağdaş düzenlemelere sahip olduğunu bildiğimiz birçok ülke -bunlara Avrupa Birliği üyeleri de dâhildir- ILO denetim organlarının denetimine takılabilmektedirler.

Kuşkusuz Türk toplu pazarlık, grev ve lokavt düzeninde atılacak en önemli adım, yeni Anayasa çalışmalarında 1982 Anayasası'nın sendika özgürlüğü ve toplu pazarlık haklarına ilişkin hükümlerinin değiştirilip çağdaşlaştırılması ile olacaktır.

### DİPNOTLAR

\* Bu yazı 2821 ve 2822 sayılı Yasa tasarıları için oluşturulan Bilim Kurulu'nda yaptığım gözlemlere ve çalışmalara dayanılarak kaleme alınmıştır. Bu nedenle herhangi bir kaynağa yollama yapılmamıştır.

1 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 31.1.2003 tarihli yazısıyla 2821 ve 2822 sayılı Yasalarda değişiklik yapılmasına ilişkin taslak tasarıları hazırlamak amacıyla sosyal taraflarca Prof. Dr. Metin KUTAL (Hükümeti temsilen), Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU (Türk İş, Hak İş ve DİSK'i temsilen) ve Prof. Dr. Tankut CENTEL (TİSK'i temsilen)'den oluşan üç kişilik bir Bilim Kurulu oluşturulmuş ve kurul çalışmalarını tamamlayarak taslak tasarısını 11.4.2004'te Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na sunmuştur.

Av. Hüseyin EKMEKÇİOĞLU

Türk-İş Hukuk Müşaviri

## Toplu İş İlişisini Düzenleyen Yasalarda Yapılmak İstlenen Değişikliklerin Düşündürdükleri

Toplu iş ilişkilerini düzenleyen yasalar üzerinde yapılmak istenen değişikliklerin kaydettiği aşamaların iyice anlaşılabilmesi için önce konu ile ilgili tarihsel gelişimin özetlenmesinde yarar görüyorum.

26 Haziran 2001 tarihinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Sayın Yaşar Okuyan başkanlığında toplanan TİSK, TÜRK-İŞ, DİSK ve HAK-İŞ Konfederasyonları'nın genel başkanları bir protokol imzalayarak, ferdi ve toplu iş ilişkilerini düzenleyen yasaların çağdaş gelişim çizgisine uygun biçime getirilmesi için bir "bilim kurulu" oluşturulmasını kararlaştırmışlar, oluşturulacak bilim kurulunun önce 1475 sayılı İş Kanunu'ndan başlayarak 2821 ve 2822 sayılı yasalarda gerekli değişiklik ve düzeltmeleri yaparak çalışmalarını en geç Eylül/2001 sonuna kadar bitirmesi ve Bakanlığın da, her üç yasada yapılacak değişiklikleri 2001 yılı sonuna kadar yasallaştırılmasını sağlayacağı hükme bağlanmıştır.

Protokol esaslarına göre oluşturulan "Bilim Kurulu" önce 1475 sayılı İş Kanunu değişikliği üzerinde çalışmalarını tamamlamış, sosyal kesimlerin gö-

rüş ve önerileri alınmış ve TBMM'de çekişmeli geçen maraton müzakereler sonunda 25.5.2003 tarihinde 4857 sayılı yeni İş Kanunu kabul edilmiştir.

Protokolde öngörülen sürelerle uyulmamakla birlikte toplu iş ilişkisini düzenleyen yasalarda değişiklik yapılmasına yönelik çalışmalar ağır aksak yürütülebilmiştir.

Bu çerçevede Ocak/2003 ve Nisan/2003 tarihlerinde, oluşturulan yeni "Bilim Komisyonu" tarafından iki kez değişiklik taslakları hazırlanarak sosyal kesimlerin görüş ve önerilerine sunulmuştur. Uzun süren toplantılar ve görüşmeler sonunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Bilim Kurulu'nca hazırlanan taslakların dışında, Kasım/2005'de yeni bir Sendikalar Yasası Taslağı hazırlayıp sosyal kesimlere göndermiş, ondan dört ay sonra da Mart/2006 tarihinde 2822 sayılı yasa değişikliği taslağını hazırlamış, sosyal kesimlerin müzakeresine sunmuştur.

Bu tarihi seyirden de anlaşılacağı üzere Bakanlığın anılan yasalarla ilgili çalışmaları, nedeni tam bilinemeyen bir amaçla uzunca bir süreye yayılmıştır.

Bakanlık tarafından hazırlanan Taslakların "Ge-

nel Gerekçe” bölümünde; yapılmak istenen değişiklikleri gerekli kılan sebepler özetlenirken, Anayasa'nın 52. maddesinin yürürlükten kaldırılmış olması, 51. maddesindeki gereksiz ayrıntıların Anayasa metninden çıkarılmış olması ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Türkiye arasındaki ilişkilerin kanundaki bazı kısıtlayıcı düzenlemeler nedeniyle sorun yaratmakta olduğu vurgulandıktan sonra, AB Sosyal Şartı'na uyum sağlamanın bu yasalarda değişiklik yapılmasını zorunlu hale getirdiği belirtilmiştir.

İleri sürülen bu gerekçeler ışığında hazırlanan taslaklar gerçekten;

- mevcut yasaların uluslararası normlarla çatışan ayrıntıların gidermeyi,
- sendikal örgütlenmenin önündeki engelleri kaldırmayı,
- güçlü sendikacılığın oluşup geliştirilmesini,
- toplu pazarlık hakkını sınırlandıran kısıtlamaların ortadan kaldırılmasını,

olduğu söylenebilir mi? Gerçekten sahteciliğin önüne geçmek amacı ile yasalara derç edilmiş bulunan noter şartı, örgütlenme hakkını ve özgürlüğünü engellemektedir. Teknolojinin bu denli ilerleyip yaygınlaştığı çağımızda, her türlü sahteciği engelleyebilen bilgisayar programların gerçekleştirilebildiği günümüzde artık noter koşulunun aranmasına gerek kalmamıştır. İyi hazırlanmış bilgisayar programı ile üyelik ve üyelikten ayrılmanın bilgisayar ortamında hızlı ve objektif bir biçimde gerçekleştirilmesi mümkün ve bunun sonucu yetki belirlenmelerinin kısa sürede sonuçlanmasının sağlanabileceği düşünülmelidir. Özellikle elektronik imzanın yasallaştığı, vatandaşlık numarasının esas kabul edildiği, SGK kayıtlarının veri tabanı olarak kullanılabilirdiği, Metris Projesi'nin uygulandığı ve (e) Devlet Projesi'nin hayata geçtiği günümüzde, sendika üyeliği ve üyelikten ayrılmanın elektronik ortamda sağlanmasından tereddüt duyulmamalıdır.

## Demokratik ve uygar ülkelerde sendikaların faaliyet alanları, sadece toplu sözleşme yapmakla sınırlanmamaktadır.

- sendikaların iç işleyişlerinin serbestçe düzenlenmesini,

sağlayabilmiş midir ?

Bu başlıkları tek tek ele aldığımızda, taslakların bu sorulara olumlu yanıt veremediği görülmektedir.

Örneğin, Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağı'nın gerekçesinde, sendikaların iç işleyişlerinin serbestçe belirlendiği, sendikaların iç denetim organlarınc denetlenmesi esasının benimsendiği ifade edilmesine karşın, taslakta sendikaların yeminli mali müşavirler tarafından denetlenmesi esası getirilmiştir. Dışarıdan bir organ tarafından denetlenme esasının benimsenmesi, sendikaların iç denetim organlarınc denetlenmesi esasını ile nasıl bağdaştırılabilecektir?

Ayrıca, sendikaya üye olmak için noter şartının kaldırılmasına karşın üyelikten ayrılma halinin noter şartına bağlanması, örgütlenme hakkının engelsiz kullanılması esasını ile nasıl bağdaştırılabilecektir? Üye olmak ve üyelikten ayrılmak için bir işçinin zaman kaybına ve maddi giderde bulunmaya mecbur bırakılmasının uluslararası ilkelere uygun

Öte yandan, toplu sözleşme yapmaya yetkili sendikanın belirlenmesinin İdari Makamın (Bakanlığın) yetkisine ve iradesine bırakılmasının da uluslararası normlara ve ILO ilkelerine uygunluğu iddia edilemez. Yetkili sendikanın belirlenmesinde İdare dışında özerk bir kurum oluşturulmasının AB müktesebatına uygun olacağı düşünülmektedir. Bu suretle hem yetki prosedüründeki sürüncemeler kaldırılmış olacak. Bakanlığın keyfi değerlendirilmesinin yolu kapanmış olacak hem de yıllar süren yargı sürecine son verilmiş olacaktır.

Demokratik ve uygar ülkelerde sendikaların faaliyet alanları, sadece toplu sözleşme yapmakla sınırlanmamaktadır. Bu ilke ışığında, Tasarı Taslaklarında, sendikaların üyelerin her türlü sorunları ile ilgilenme ve toplumsal sorunların çözümünde aktif rol alabilmelerini sağlayabilecek düzenlemelere yeterince yer verilmediği görülmektedir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda değişiklik öneren Taslak'ta ele alınması gereken en ciddi konu bilindiği üzere çifte baraj konusudur. Çifte baraj konusu uzun süredir ILO gündeminde eleştiri konusu yapılmaktadır.



Her ne kadar bazı ILO üyesi ülkelerin mevzuatlarında baraj sistemi muhafaza edilmekte ise de ülkemiz açısından barajların başka bir önemi ve hasasiyeti bulunmaktadır. Baraj sisteminin yasalarda yer verilmesini gerektiren sebepler günümüzde tamamen ortadan kalkmıştır denilemez. İşkolu düzeyinde öngörülen baraj, işkolları sayısının belirlenmesi ile birlikte ele alınmalı ve Türkiye'deki sendikalaşma olgusunun gösterdiği tablo dikkate alınarak bir çözüme kavuşturulmalıdır.

Toplu sözleşme hakkına kavuşmayı engelleyen diğer bir düzenleme de işyeri barajıdır. Özellikle işletme düzeyinde toplu sözleşmenin baz kabul edilmesi ve işletmenin söz konusu olduğu yerlerde işyeri sözleşmesinin yapılamaması işçinin toplu sözleşme hakkına kavuşmasını çok ciddi biçimde engellemektedir. Bu nedenle Taslak'ta yer verilen sistemden vazgeçilmeli, işyeri toplu iş sözleşmesi esas kabul edilmeli, işletme düzeyinde toplu sözleşme yapma inisiyatifi sendikanın ihtiyarına bırakılmalıdır. Ayrıca toplu sözleşme hakkının yaygınlaşması için işyeri ve işletme sözleşmesi yanı sıra işkolu düzeyinde sözleşme yapabilme ve Konfederasyonlar arasında çerçeve sözleşmesi imkanı yasalarda yer almalıdır. Bu suretle hem ILO normları gereğince toplu sözleşme hakkının kullanımı yaygınlaşacak hem de sosyal kesimler arasında çalışma barışının gelişip yerleşmesi mümkün hale gelebilecektir.

Taslaklarda yer verilen "arabuluculuk" sisteminin de yeniden ele alınması ve barışçı yolların kullanılmasını sağlayacak, olumlu sonuç elde edecek bir şekilde kavuşturulması özlenmektedir.

Tasarı Taslağı ile getirilen, sendikalar tarafından üyelerin üyelik fişlerindeki bilgilerin yeniden Bakanlığa bildirilmesi, işverenlerin de çalıştırdığı işçileri Bakanlığa bildirmeleri, Bakanlığın bu bilgileri karşılaştırarak gerçek üye sayısının tespitine çalışması mevcut yasal sisteme uygun olmadığı gibi gerçek durumu ortaya koymayı sağlamaya yetmeyecektir. Çünkü, sendikanın bildirdiği üyenin işyerinden ayrılıp aynı işkolunda başka bir işte çalışması üyelik sıfatını sona erdirmeyeceği halde, işverenin bildireceği işçi listesinde bu işçinin isminin olmaması durumunda Bakanlığın bu işçiyi sendika üyesi kabul etmemesini doğuracak bir sonuç hukuki geçerliliği bulunmayan durum yaratacaktır. Keza, işçinin belli bir süre işsiz kalması sendika üyeliğini ortadan kaldırmamasına karşın işveren

listelerinde görünmemesi hukuken yine üye sayılmasına engel olmayacaktır. Sayılan bu olasılıklar, sendikaların gerçek üye sayılarının belirlenmesini sağlamaya yeterli değildir.

Adına toplu sözleşme yapılmak istenen üyelerin sendika tarafından, önceden işverene bildirilmesini gerekli kılan bir düzenlemeyi iki yönü ile ele almak doğru olacaktır. Birincisi, işverenin sözleşme yapılacak işçilerin kimler olduğunu önceden bilmesinde haklılık payı vardır. İkinci yönü ise böyle bir bildirim mevcut mevzuata göre işçilerin işten çıkartılmalarına yol açmakta ve işçinin örgütlenme hakkını ciddi ve önemli ölçüde engellemektedir. Burada gözetilmesi gereken husus, işverenin bilgi edinme hakkının mı, yoksa işçinin örgütlenme özgürlüğünün mü öncelik taşıması gerektiği hususudur. ILO ilkeleri ve AB mevzuatı, örgütlenme hak ve özgürlüğüne öncelik tanımaktadır. Böyle olunca Taslağın bu yönde yeniden ele alınması gerekmektedir.

Taslakta, grev hakkının kullanılması mevcut yasadaki gibi çok detaylı olarak belirlenmiş, kesin sürelerle ve hatasız yürütülmesi şekle tabi kılınmış ve adeta grev hakkının kullanılabilmesi istisnai bir duruma getirilmiştir. Grev prosedürü konusunda AB ülkelerinin hiçbirinde yer almayan düzenlemeler ortadan kaldırılmalıdır. Kanun dışı grevi düzenleyen maddeler ve bu maddelere aykırı davranışın yaptırımını belirleyen maddeler AB normlarına uygun hale getirilmelidir. Taslaklarda hak grevine yer verilmemiş olması büyük bir eksikliktir. Çerçevesi ve koşulları iyi belirlenen, kötüye kullanımı ve istismarı engellenen bir "hak grevi" prosedürü yasalarımızda yer almalıdır. Uygur ve ileri ülkelerin benimsediği bu hakkın ülkemizde yasak kabul edilmesi, çalışma barışını engelleyen işçileri yargı yoluna gitmeye mecbur kılan ve işçinin sözleşme ile elde ettiği haklara kavuşmasını zorlaştıran bir sistem çağdaş sayılamaz.

Bütün bu anlatımlardan da görüleceği üzere toplu iş ilişkisini düzenleyen yasalarda yapılmak istenen değişikliklerde güdülen amacın ve gözetilen hedeflerin, ILO sözleşme ve tavsiye kararları ile AB mevzuatınca benimsenen sendikal hakların tanınmasına, toplu pazarlık hakkının engelsiz kullanılmasına ve de örgütlenme özgürlüğünün hayata geçirilmesine olanak sağlayacak çerçevede ve içerikte olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Doç. Dr. Murat ŞEN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2007 Tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/1324

**Karar No** : 2007/9484

**Tarihi** : 05.04.2007

### DAVA

Davacı işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

Davacı Türk Harb İş Sendikası Adana Şube Başkanı olarak görev yaparken, sendikacılık gö-

revinin 17 Haziran 2006 tarihinde şube genel kurulunda yeniden aday olmaması üzerine sona erdiğini, TİS'nin 32/C maddesinde belirtilen 15 günlük süre içinde işverene başvurarak işbaşı yaptırılması istediğini, davalı şirketin işe başlatmadığı gibi geçerli bir sebep de göstermediğini belirterek işe iadeye, feshin sendikal sebeplerle yapılmış olması nedeni ile tazminatın 12 aylık ücreti olarak belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davacının sendika başkanlığına seçilmesi ile iş sözleşmesinin istifa ile sonlandığını, davacının üstlendiği sendikal görevi sona erdikten sonra işyerine yaptığı başvurunun yeni bir iş başvurusu olduğunu ayrıca davacının çalıştığı bakım onarım bölümüne davacı ayrıldıktan sonra işçi alındığını, işin yürütülmesi için zorunlu olan bu kadronun dolması nedeni ile davacının çalışabileceği benzer bir kadro bulma imkanı da

ortadan kalktığını beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece; toplu iş sözleşmesinin 32/C maddesi hükümleri uyarınca davacının sendika şube başkanı olduğu dönemde ücretsiz izinli sayıldığı ve iş akdinin devam ettiği, toplu sözleşme hükümleri uyarınca davacının davalı şirkete başvurarak sendika başkanlığı yaptığı dönemde ücretsiz izinli statüsünde gösterilmesini talep ettiği ve davalı şirketin de 29.09.2000 tarihli yazıları ile davacının sendika şube başkanlığı süresince ücretsiz izinli sayıldığını kabul ettiği, davacının sendika şube başkanlığı döneminde ücretsiz izinli sayılması nedeniyle başkanlık görevinin sona erdiği 17.06.2006 tarihinden itibaren 15 gün içerisinde 30.06.2006 tarihinde işbaşı başvurusu yapmasına rağmen davalı şirket tarafından 30 gün içerisinde başvurusuna cevap verilmemesinin ve işe başlatılmamasının iş akdinin fesih niteliğinde olduğu, iş akdinin 30.07.2006 tarih itibarı ile fesih edilmiş sayılacağı işyerindeki işçi sayısı ve kıdemi nedeni ile davacının 4857 S.Y.'nin iş güvencesi hükümlerine tabi olduğu, davacının iş akdinin sendika şube başkanlığına başladığı tarihte kendi isteği ile sona erdiğine ilişkin fesih sebebinin geçersiz fesih niteliğinde olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

İş yasalarında ücretsiz izin düzenlemesi mevcut değildir. Bu kavram Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiştir. Buna göre tarafların karşılıklı anlaşmaları ve Toplu İş Sözleşmeleri ile ücretsiz izin düzenlemesi getirilmesi mümkündür. Ancak buradaki amaç işçinin veya işyerinin zorunlu nedenlerden dolayı yapılan bir uygulama olup bunun belirli bir zaman sınırlaması ile yapılması mümkündür.

Belirsiz süreli veya çok uzun süreli ücretsiz izin uygulamasının ücretsiz izin amacı ile bağ-

daştırılması mümkün değildir. Aksinin kabulü kamu düzeni ile bağdaşmaz.

Somut olayda profesyonel sendikacı olarak seçilen davacının ne kadar süre ile profesyonel sendikacılığını sürdüreceği belli değildir. Nitekim altı yıl gibi uzun bir süre sonra profesyonel sendikacılıktan ayrılarak işe başlama talebinde bulunmuştur. Bu süre içerisinde davacının ücretsiz izinli ve hizmet akdinin askıda olduğunun kabulü yukarıda anlatılan gerekçe ile mümkün değildir. Davacının hizmet akdinin profesyonel sendikacılığa seçildiği 2000 yılında sona erdiğinin kabulü gerekir. Böyle olunca 2006 yılındaki işe yeniden başlama talebinin 2823 sayılı<sup>1</sup> yasanın 29. maddesi düzenlemesine göre çözümlenmesi gerekir.

Somut olayda 4857 sayılı yasanın 18/21 maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinin uygulama olanağı bulunmamaktadır. Zira 2006 yılında kurulmuş yeni bir hizmet akdi mevcut değildir. Dairemizce 4857 sayılı yasanın 20/3 maddesi uyarınca aşağıdaki şekilde karar vermiştir.

## SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçe ile,

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ortadan kaldırılmasına,
2. Davanın REDDİNE,
3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
4. Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
5. Davalı kendisini vekille temsil ettirdiğinden Avukatlık asgari ücret tarifesi uyarınca takdir edilen 450 YTL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
6. Davalı tarafından peşin yatırılan temyiz harcının isteği halinde kendisine iadesine, kesin olarak 5.4.2007 gününde oybirliği ile karar verildi<sup>2</sup>.

## 1. GİRİŞ

05.05.1983 tarih ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun<sup>3</sup>, "İşçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin teminatı" kenar başlıklı 29. maddesinde, "Sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev aldığı için kendi isteği ile çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler, bu görevlerinin se-

çime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle son bulması halinde, ayrıldıkları işyerinde işe yeniden alınmalarını istedikleri takdirde, işveren, talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde bu işçileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorundadır. Bu takdirde, işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır. Bu hak, sendika veya konfederasyonlardaki yöneticilik görevinin sona ermesinden başlayarak üç ay içinde kullanılabilir.

Yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar bu haktan yararlanamazlar.

İşverene düşen pay dahil olmak üzere sosyal güvenlik kurumlarının prim ve aidatlarını ödemeye devam etmek suretiyle ayrıldıkları işyerlerindeki sigortalılık haklarını da devam ettirebilirler.

Yukarıda gösterilen haklardan sendika şube yönetim kurulu üyeleri ile başkanları da yararlanırlar.” denilmek suretiyle işçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi düzenlenmiştir.

Böylece, sendika veya sendika şubesi yönetim kurulunda görev aldığı için işyerinden ayrılan işçilere, bu görevlerinin Kanun'da öngörülen nedenlerle son bulması halinde yeniden eski işlerine dönme imkanı sağlanmış olmaktadır. Burada işçiye tanınan eski işine dönme imkanının eski işverene, şartlarının gerçekleşmesi halinde iş sözleşmesi yapma zorunluluğu yüklediği bir gerçektir. Ancak bu durumun uygulamada ne derecede bir güvence sunduğu tartışmalıdır. Bu nedenle işçiler işyerinden sözleşmeyi feshederek değil, iş sözleşmesini askıya alarak (ücretsiz izne ayrılarak) uzak kalmayı tercih etmektedirler.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta da, aynı şekilde, iş sözleşmesi askıya alınarak (ücretsiz izin uygulaması ile) işyerinden ayrılan sendika yöneticisinin, yöneticilik görevinin sona ermesi üzerine tekrar işe başlamak için istekte bulunduğu ancak işverenin bunu kabul etmediği görülmektedir. Dava konusu olayda yerel mahkeme, işçinin işe başlatılma talebinin yerine getirilmemesi ile birlikte askıda olan iş sözleşmesinin fesih işleminin gerçekleştiğini ama bunun sendikal nedene dayandığı için de geçersiz fesih olduğunu karara bağlamıştır. Özel daire ise, uzun süreli ücretsiz izin uygulamasının amacını aştığı gerekçesiyle

le sendika yöneticiliğine seçilmekle birlikte baştan iş sözleşmesinin feshedildiğinin kabulüne, dolayısıyla iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna ilişkin Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi hükmünün uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

Bu gibi durumlarda, öncelikle sendika veya şube yönetim kurulu üyeliğine seçilen kimselerin amatör sendika yöneticisi mi, yoksa profesyonel sendika yöneticisi mi olduğunun tespitinin önem taşıyıp taşımayacağı ile bunun sonuçlarının ayrıca incelenmesi gerekir.

Bu çalışmada, Yargıtay'ın sözü edilen kararı çerçevesinde, profesyonel sendika yöneticiliğine giden işçinin işyerinden ayrılırken iş sözleşmesini feshetmeyip askıya aldırmasının mümkün olup olmadığı ile bunun sonuçları üzerinde durulacaktır. Konu incelenirken öncelikle, sendika yöneticiliğinin güvencesi, amatör ve profesyonel sendika yöneticiliği açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

## II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Karara konu olay, profesyonel sendika yöneticisi olup işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesi hükmü gereğince askıya alınmasının mümkün olup olmadığı ve bunun sonuçlarına ilişkindir.

### A. Olaya İlişkin Yerel Mahkeme ile Yargıtay'ın Gerekçeleri ve Kararları

Karara konu olayda, davacı, çalıştığı işyerinden sendika şube yöneticisi seçildiği için ayrılmış; altı yıl sonra da aday olmadığı için sendika yöneticisi seçilmeyip eski işine geri dönmek istemiş ve işverene başvurmuştur. Davacının başvurusunu, davalı işveren işyerinde boş kadro bulunmadığı için kabul etmemiştir. Yerel mahkeme, davacı işçinin, işyerinden ücretsiz izinli olarak ayrıldığını ve altı yıl sendika şube yöneticiliği yaptığı dönemde ücretsiz izinli sayıldığını kabul etmiş, iş sözleşmesi sona ermemiş (askıda olan) birinin eski işinde işe başlatılması talebinin kabul edilmemesini işveren tarafından yapılmış bir fesih saymış; iş güvencesi hükümlerine tabi olunması ve sendikal nedene dayanması nedeniyle de geçersiz fesih niteliğinde görerek davanın kabulüne karar vermiştir.

Yerel mahkemenin bu kararı, temyiz edilerek Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir. Özel daire, altı yıl gibi uzun süreli bir ücretsiz izin uygu-



lamasının ücretsiz iznin amacı ile bağdaştırılmaya-  
cağı, aksi durumun kamu düzenine aykırılık oluşturu-  
cağı, profesyonel sendikacıların sendikacılık faali-  
yetini ne kadar süre ile sürdüreceğinin belli olmadığı,  
bu nedenle de yöneticilik nedeniyle işten ayrıl-  
makla birlikte iş sözleşmesinin askıda olduğunun  
değil sona erdiğinin kabulünün gerekeceği hususla-  
rına vurgu yapmıştır. Böylece olaya iş sözleşmesinin  
askıda bulunduğu (ücretsiz izne) ilişkin hükümler-  
in değil; iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna ilişkin  
2821 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin uygulanması ge-  
rettiğini belirtmiştir. Buna göre de, iş güvencesi hü-  
kümlerinin uygulama olanağı bulunmadığı gerekçe-  
siyle yerel mahkemenin kararını bozarak ortadan  
kaldırılmış ve davanın reddine karar vermiştir.

## B. İşçi Kuruluşu (Sendika ve Konfederasyon) Yöneticiliğinin Güvencesi

Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi, işçi konfe-  
derasyonlarının, sendikalarının ve sendika şubelerinin  
yönetim kurullarında veya başkanlığında görev  
olarak kendi istekleriyle işyerlerinden ayrılan işçilerin,  
bu görevlerinin seçime girmemek, yeniden seçil-  
memek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle  
son bulması üzerine, bu görevleri ile ilgili olarak hü-  
küm giymemiş olmak koşulu ile, üç ay içinde işe  
alınmalarını istedikleri takdirde, işverenlerin bunları  
istek tarihinden itibaren en geç bir ay içinde o anda-  
ki koşullarla, eski işlerine veya eski işlerine uygun  
başka bir işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vere-  
rek işe almaları zorunluluğunu koymuş ve eski kı-  
dem hakları ile ücretlerini saklı tutmuştur.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu sendika yöne-  
ticiliği nedeniyle sözleşmesini sona erdirerek işten  
ayrılan işçiye, yöneticilik görevinin belirli haller-  
den birisiyle son bulması durumunda belli koşullarla  
eski işyerinde yeniden işe alınmasını isteme  
hakkı tanımış, işverene de yükümlülük getirmiştir.  
Uygulamada yanlış bir şekilde "işe iade" olarak  
anılan bu olgu, aslında işe iade değil, kanunen ön-  
görülmuş bir "iş sözleşmesi yapma zorunlulu-  
ğu"ndan ibarettir.

### 1. İşçi Kuruluşu Yöneticiliği Güvencesi İçin Gerekli Şartlar

İşçi kuruluşu yöneticisinin bu haktan yararlanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir.

#### a. İşçi Kuruluşu Yöneticiliği Nedeni ile İşten Ayrılma

İşçi kuruluşu yöneticiliği güvencesi için, önce-  
likle işçinin işçi konfederasyonlarının, sendikaların  
ve sendika şubelerinin yönetim kurullarında  
veya başkanlığında görev alması, ikinci olarak da  
bu nedenle işten ayrılması gerekir. Konunun iki  
ayrı başlık altında incelenmesinde yarar vardır.

##### aa. İşçi Kuruluşu Yöneticiliğinde Görev Alma

İlk olarak, işçinin işçi kuruluşlarının (konfede-  
rasyonların, sendikaların ve sendika şubelerinin)  
yönetim kurullarında veya başkanlığında görev al-  
ması nedeniyle işyerinden ayrılması gerekir. 29.  
maddenin kenar başlığında yöneticilik güvencesi-  
nin düzenlendiği belirtilirken, madde metninde sa-  
dece "Sendika ve konfederasyonların yönetim ku-  
rullarında veya başkanlığında görev" alanlardan  
söz edilmiştir. Bilindiği üzere Sendikalar Kanunu  
uygulanmasında, Kanun'un 9/V hükmü gereğince  
yönetim ve denetim kurulu üyeleri "yönetici" sifa-  
tını taşırlar<sup>4</sup>. Bununla birlikte, 29. maddenin met-  
ninde yöneticilik güvencesinden açık bir şekilde  
sadece kuruluşun yönetim kurullarında veya baş-  
kanlığında görev alanların yararlanabileceği belir-  
tildiği için, güvenceden sadece bunlar yararlanabi-  
lecek<sup>5</sup>; denetim kurulu üyeleri bu güvenceden isti-  
fade edemeyeceklerdir<sup>6</sup>. Zira 29/II'de yer alan "yö-  
netim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile il-  
gili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar bu  
haktan yararlanamazlar." ifadesi de aksi bir yoru-  
mu engeller niteliktedir<sup>7</sup>. Ancak öğretide madde  
başlığına dayanarak, denetleme kurulu üyelerinin  
de bu güvenceden yararlanması gerektiği yönünde  
bir görüş ileri sürülmüştür<sup>8</sup>.

##### bb. İşten Ayrılma

Kanun açıkça güvenceden yararlanabilecek iş-  
çilerin "...çalıştığı işyerlerinden ayrılan işçiler" ola-  
cağına vurgu yaptığına göre, güvenceden yararlan-  
mak için esas olanın, iş ilişkisinin işyerinden ayrıl-  
mak suretiyle kesilmesi yani iş sözleşmesinin sona  
ermesi olduğu açıktır. Buna göre, işçinin kendi iste-  
ği ile işinden ayrılıp (iş sözleşmesini sona erdi-  
rip) yöneticiliğe gitmesi gerekir<sup>9</sup>. İş sözleşmesi so-  
na ermemiş işçi bakımından bu güvence söz konu-  
su olamaz. İşçinin bu yüzden işinden ayrılması  
sözleşmenin ya "fesih" ya da "anlaşma" ile sona  
erdirilmesi anlamına gelir<sup>10</sup>. Ancak öğretideki bir  
görüşe göre, yöneticiliğe giden işçinin sözleşmesi

sona ermez, askıda kalır ve güvence kapsamına da sadece iş sözleşmesi askıya alınmış sayılan yöneticiler girer<sup>11</sup>.

4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun<sup>12</sup> "Sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvencesi"ni düzenleyen 18. maddesinde, "...Sendika veya konfederasyonu ilk genel kurula kadar sevk ve idare edecek yönetim kurulu üyeleri, genel kurulda yönetim kuruluna seçilenler ile sendika şube yönetim kurulu üyeleri seçildikleri tarihten itibaren durumlarını en geç otuz gün içinde kurumlarına yazılı olarak bildirirler. Söz konusu yöneticiler seçildikleri tarihten itibaren otuz gün içerisinde sendika tüzüğünde belirtilen hükümlere göre, ayrıca yazılı talepte bulunmaları halinde bu görevleri süresince aylıksız izine ayrılırlar. Talepte bulunmayanlar ise kurumlarındaki görevlerine devam ederler. İzine ayrılmayan yönetim kurulu üyeleri haftada bir gün kurumlarından izinli sayılırlar...Aylıksız izine ayrılan yöneticilerin bu süreleri,

mi olduğu ve buna bağlı olarak da iş sözleşmelerinin devam edip etmediği veya askıya alınıp alınmadığı ile bunun sonuçlarıdır.

İşçi kuruluşu yöneticiliğinin işten ayrılmayı gerektirip gerektirmediği hususunu, amatör ve profesyonel sendika yöneticiliği yönleriyle ele almakta yarar vardır. Gerçekten sendika yöneticiliği ya "amatör yönetici" ya da "profesyonel yönetici" tarzında yapılabilir.

#### *aaa. Amatör Sendika Yöneticisi*

Amatör sendika yöneticisi, iş sözleşmesi ve dolayısıyla işçilik niteliği devam ederken sendikadaki yöneticilik görevini sürdüren kimsedir<sup>13</sup>. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun<sup>14</sup> 40'ıncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...O işyerinde çalışan ve toplu görüşmede taraf olan işçi sendikasının ve şubesinin başkan veya yönetim kurulu üyesi bulunan işçiler bu hükme tabi tutulamazlar." şeklindeki anlatımda, hem işyerinde çalışıp hem de sendikada yönetici olan kişi-

## Profesyonel sendika yöneticisi sendikadaki yöneticilik görevini yapmak için iş sözleşmesini (istifa etmek suretiyle) sona erdiren ve geçimi sendika tarafından karşılanan kimsedir.

emekli kesenekleri ve karşılıklarının yöneticisi oldukları sendikaları tarafından her ay Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına ödenmesini kabul etmeleri koşuluyla kazanılmış hak aylığı ile emeklilik hizmetine sayılır." denilmek suretiyle, kamu görevlileri sendikası yöneticiliğinde görev alanların istemeleri halinde aylıksız izinli sayılacağı hususu düzenlenmiştir. Sendikalar Kanunu'nda ise bu şekilde bir düzenleme yer almamakta; hatta işçinin iş yerinden ayrılması gerekeğinden (iş sözleşmesini sona erdirmesinden) söz edilmektedir. Bu nedenle, kural olarak iş sözleşmesinin askıda kalacağının kabulü ilk bakışta mümkün görünmemektedir. Ancak tarafların anlaşması halinde, kanuna ve iş sözleşmesinin askıya alınmasının genel teorisine aykırılık oluşturmamak kaydıyla bunun mümkün olması gerekir.

Burada üzerinde durulması gereken ve karara konu uyuşmazlıkta da sorunun özünü oluşturan husus, konfederasyon, sendika veya şube yönetim kurullarında görev alan kişilerin, profesyonel sendika yöneticisi mi yoksa amatör sendika yöneticisi

ler yani amatör yöneticiler kastedilmiştir. Bu tür yöneticilerin iş sözleşmesi devam ettiğine göre, sendika yöneticisi olan işçi, çalışmasının arta kalan zamanlarda sendikadaki yöneticilik görevini yapmakta veya sözleşmenin belirli dönemlerde askıya alınması suretiyle yöneticilik görevini sürdürmektedir<sup>15</sup>.

Hem işyerinde çalışmaya devam eden hem de bundan arta kalan zamanlarda sendikada yöneticilik yapan işçinin (amatör sendika yöneticisinin), konumu nedeniyle işverenin ayırimcılığına uğraması veya işverence kendisine haksız işlemlerde bulunulması düşünülebilir ise de bunlara ilişkin olarak SK.m.31 ve İş K.m.5 hükümleri çerçevesinde bir güvence sağlanmıştır<sup>16</sup>. Hukukumuzda, amatör yöneticilere bunlar dışında ayrı bir yöneticilik güvencesi öngörülmemiş; sadece sendika üyeliği çerçevesinde bir güvence sağlanmıştır. Amatör yöneticiler için toplu iş sözleşmesi aşamasında söz konusu olan bir diğer güvence ise, onların grev ve lokavta katılmayacak işçilerden sayılmayacağıdır (TSGLK. 40/I): "Grev ve lokavtın uygulanacağı dö-

nemde hangi işçilerin işyerinde çalışmaya devam edecekleri bölge çalışma müdürlüğünce grev ve lokavt kararının müdürlüğe bildirilmesinden itibaren üç işgünü içinde resen tespit edilerek ilgili işverene ve işçilere yazı ile bildirilir. O işyerinde çalışan ve toplu görüşmede taraf olan işçi sendikasının ve şubesinin başkan veya yönetim kurulu üyesi bulunan işçiler bu hükme tabi tutulamazlar.”. Ancak bu, her yöneticiye değil, iş mücadelesi yaşanan işyerinde çalışan ve toplu görüşmede taraf olan işçi sendikasının ve şubesinin başkanı veya yönetim kurulu üyesi olan işçilere tanınmıştır. O halde konfederasyon yöneticileri bu güvenceden yararlanamadığı gibi, işçi sendikasının örneğin denetim kurulu üyesi olan genel anlamdaki yöneticileri de yararlanamaz. Sadece iş mücadelesi yaşanan işyerinin bağlı olduğu sendika (ve şube) yönetim kurulu üyeleri ve başkanıyla yine o işyerinde çalışan genel merkez yönetim kurulu üyeleri ve başkanı yararlanır.

nel hükümler çerçevesinde işverenin temerrüdü hükümlerine veya iş sözleşmesinin feshine bağlanan sonuçlara tabi olacağına kuşku yoktur. Bunun yanı sıra amatör yöneticilere sözleşme ile başka güvenceler de getirilebilir.

#### *bbb. Profesyonel (Mesleki) Sendika Yöneticisi*

##### *i. Kural: İş Sözleşmesinin İstifa ile Sona Ermesi*

Profesyonel sendika yöneticisi ise, sendikadaki yöneticilik görevini yapmak için iş sözleşmesini (istifa etmek suretiyle) sona erdiren ve geçimi sendika tarafından karşılanan kimselerdir<sup>18</sup>. Bu tür yöneticiler, kendi istekleri ile işyerinden ayrılır (istifa eder) ve çalışmalarını sendikaya yoğunlaştırır; hatta yöneticilerin görevlerini yapabilmek için işten ayrılmaları bir ölçüde zorunludur<sup>19</sup>.

Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde öngörülen sendika yöneticiliği güvencesi, işyerinden iş sözleşmesi sona ererek ayrılan profesyonel yöneticilere tanınmış bir güvencedir. Yargıtay da aynı hususu şu cümlelerde ifade etmiş bulunmaktadır:

### **Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde öngörülen sendika yöneticiliği güvencesi, işyerinden iş sözleşmesi sona ererek ayrılan profesyonel yöneticilere tanınmış bir güvencedir.**

Şu halde, amatör sendika yöneticiliği yapanların iş sözleşmeleri kural olarak sona erdirilmez. Ancak iş sözleşmeleri, yöneticilik yaptığı dönem içerisinde veya belli dönemlerde her iki tarafın anlaşması ile askıya alınabilir. Bu durumda, askı süresi boyunca iş ilişkisinden doğan temel borçlar ve haklar işlemez; yöneticilik görevi sona erdiğinde ise askı ortadan kalkar ve işçi başkaca bir şeye gerek kalmadan işine geri dönerek işyerinde çalışmaya devam eder<sup>17</sup>. Başka bir ifadeyle askıya alınmasını gerektiren geçici durumun ortadan kalkmasıyla işçi işgörme ve işveren de ücret ödeme borçlarını yerine getirmeye başlar. Bu tür yöneticinin, yöneticilik faaliyeti nedeniyle ayrı güvenceye ihtiyacı yoktur. Zira sözleşme sona ermediği için yeniden işe alınma gibi bir durum söz konusu olamaz. Sadece askıda olan sözleşme, tarafların en temel borcu olan işgörme ve ücret ödeme edimlerini yerine getirmeye başlamasıyla birlikte hükümlerini doğurur. Bu gibi askı halinin sona ermesine rağmen işgörme edimini yerine getirmesine imkan tanınmayan ve sözleşmesi feshedilen işçilerin, ge-

“Davacı işçi davalıya ait işyerinde 10.2.1986 tarihinden beri çalışmakta iken 1.6.1995 tarihinde bağlı olduğu sendikanın şube başkanlığına seçilmiş, daha sonra bu şubenin 1.12.1996 tarihli genel kurulunda seçilmeme suretiyle yönetim kurulundaki görevi sona ermiştir. Davacı tekrar 25.12.1996 tarihinde işverene başvurarak işe alınmasını istemiş ise de alınmamıştır. Davacı bunun üzerine kıdem ve ihbar tazminatları ile Toplu İş Sözleşmesinin 12. maddesinde öngörülen tazminat talebinde bulunmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki davacı sendika yönetim kuruluna seçilmekle işyerinden ayrılmıştır. Bir başka anlatımla istifa etmiştir. Böyle bir durum hizmet sözleşmesinin askıya alınması anlamına gelmez...”<sup>20</sup>. Bu nedenle profesyonel sendika yöneticiliğine giderken işçinin iş sözleşmesinin askıya alındığını kabul etmek güç görünmektedir<sup>21</sup>. Ancak yine de bu gibi durumlarda iş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin hükümlerin bireysel veya toplu iş sözleşmelerine konulduğu görülmekte<sup>22</sup> ve uygulamada profesyonel sendika yöneticiliğine giden işçinin iş ilişkisi sona erdiril-

meyerek askıya alınmaktadır. Bu şekilde iş sözleşmesinin askıya alınması açısından, askıya alınmanın genel teorisine aykırılık olup olmadığının ve kanuna aykırılığın bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir.

ii. İstisna: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması

Bilindiği üzere, belirli koşulların ortaya çıkması halinde iş sözleşmesinin sona erdirilmeyip geçici bir süre askıda bırakılması iş güvencesinin sağlanması açısından önemli hukuk tekniklerinden birisi olarak kabul edilmektedir<sup>23</sup>. İş hukukumuzda iş sözleşmesinin askıya alınmasının tanımı ve koşulları düzenlenmemiş, hüküm ve sonuçları da genel bir kural içinde hükme bağlanmamıştır<sup>24</sup>.

İş sözleşmesinin askıya alınması temelde işçinin işgörmeye ediminin kusursuz geçici ifa imkansızlığı (beklenilmezlik)<sup>25</sup> içine düşmesi sonucunda doğar. İfa süresi içinde ortaya çıkan engeller devamlı de-

hakkaniyete uygun düşmez. Askı döneminin sınırını iyiniyet ve dürüstlük kuralları oluşturur. İş ilişkisi devam eden işveren açısından dürüstlük kuralları gereği askı hali çekilmez hale gelirse haklı nedenle fesih imkanı doğar<sup>31</sup>. İş sözleşmesinin askıya alınması bazen yasayla, bazen de uygulamada görüldüğü gibi toplu veya bireysel iş sözleşmeleriyle düzenlenir. Askıya alınmanın hukuki temeli oluştuğunda ve koşulları gerçekleştiğinde askı hali kendiliğinden ortaya çıkar. Bu nedenle iş sözleşmesinin askıya alındığı iddiası ile karşı karşıya kalan hakimin, şartları değerlendirerek sözleşmenin askıda bulunup bulunmadığına hükmetmesi gerekir<sup>32</sup>.

İş sözleşmesinin askıya alınması için gerçekleşmesi gereken birtakım koşullar vardır. 1. İşçi işgörmeye edimini (iş kazasına uğraması gibi maddi veya bir yakınının ölümü gibi manevi) ifa imkansızlığı (beklenilmezlik) nedeniyle yerine getirememeli

**Askı süresinin ne kadar olacağı İş Kanunlarında belirtilmişse herhangi bir sorun yoktur. Ancak belirtilmediği durumlarda, her ne kadar öğretilerde askı halinin ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar süreceği ileri sürülmüşse de, işverenin her durumda ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar bekletilmesi hakkaniyete uygun düşmez.**

ğilse ve bunlar ortadan kalktığı zaman işgörmeye ediminin ifası mümkün hale geliyorsa geçici imkansızlık (beklenilmezlik) söz konusu olur. Geçici imkansızlık borcun ifasını geciktirdiği için imkansızlık borçlunun kusurundan doğmasa bile borçlu temerrüde düşer<sup>26</sup> ancak kusuru olmadığı için işçiden temerrüde dayalı tazminatların istenmesi mümkün değildir<sup>27</sup>. İşçi, kusuruna yüklenemeyen nedenlerle işgörmeye borcunu ifa edemediğine ve sürekli nitelikteki borcunu ifa etmekten geçici olarak kurtulduğuna, işveren de buna karşılık belirli bir süre iş sözleşmesini feshedemediğine göre, bu süre boyunca edimin ifası, ifayı talep ve fesih hakkı ertelenmiş olur yani iş sözleşmesi askıya alınır<sup>28</sup>.

Askı süresinin ne kadar olacağı İş Kanunlarında belirtilmişse herhangi bir sorun yoktur<sup>29</sup>. Ancak belirtilmediği durumlarda, her ne kadar öğretilerde askı halinin ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar süreceği ileri sürülmüşse de<sup>30</sup>, işverenin her durumda ifa engelinin ortadan kalkmasına kadar bekletilmesi

veya (yangın gibi nedenlerle) işverenin ifayı kabul imkansızlığı bulunmalı. 2. Edimi ifa etmeme geçici süreli olmalı. İşçinin edimini yerine getiremediği anda, ifa engelinin geçici sayılamayacak ölçüde uzun bir süre devam edeceği saptanabiliyorsa, iş sözleşmesi askıya alınmış olmaz. Örneğin işçinin uzun süreli muvazzaf askerlik görevine gitmesi<sup>33</sup>, sendika yöneticisi veya milletvekili seçilmesi<sup>34</sup> bu niteliktedir. 3. Edimi ifa etmeme (örneğin işgörmeye borcunu yerine getirmeme) kusura dayanmamalı. 4. Edimi ifa zamanı esaslı olmamalı. Şayet ifa zamanı esaslı değil ise, askıya alınma gerçekleşmez<sup>35</sup>.

Söz konusu edilen şartların gerçekleşmesi halinde, iş sözleşmesinin askıya alındığı kararlaştırılabilir. Aynı şekilde işveren tarafından önerilen ücretsiz izne çıkarılma önerisinin işçi tarafından kabul edilmesiyle de iş sözleşmesi tarafların anlaşmasıyla askıya alınmış olur<sup>36</sup>. İş sözleşmesinin askıya alınmasında bu sözleşmeden doğan temel borçlar yani işgörmeye borcu ile ücret borcu askıya alınmış olur.



Sinallagmatik (karşılıklı) bir sözleşme olan iş sözleşmesi askı süresince varlığını sürdürmeye devam eder; ancak sözü edilen temel borçlar (işgörme ve ücret ödeme), bu süre içerisinde ertelenir<sup>37</sup>. İfa engeli ortadan kalktığı andan itibaren de askı hali sona erer; iş sözleşmesi kendiliğinden kaldığı yerden hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar yani tarafların borçları otomatik olarak yürürlüğe girer<sup>38</sup>. İşçi işgörme borcunu yerine getirmez ise, işveren devamsızlığa dayanarak haklı nedenle sözleşmeyi feshedebilir (İşK.m.25/II,g). İşveren işçi tarafından sunulan işgörme edimini kabul etmek zorundadır. Aksi takdirde BK.m.325 uyarınca işverenin temerrüdü söz konusu olur<sup>39</sup>. Askı halinin sona ermesinden sonra, işveren tarafından askı durumunu oluşturan olay nedeniyle süreli fesih hakkı kullanılmışsa, bu durumda fesih hakkının kötüye kullanılması veya feshin geçersizliği ileri sürülebilir<sup>40</sup>.

### **b. Yöneticilik Görevinin Kanunda Öngörülen Sebeplerle Sona Ermesi**

İkinci olarak, sendikadaki yöneticilik görevinin “seçime girmemek”, “yeniden seçilmemek” veya “kendi isteğiyle çekilmek” (istifa) yollarından biriyle sona ermesi de şarttır. Yargıtay da 2004 tarihli bir kararında, sona ermemiş bir yöneticilik için 29. maddedeki güvencenin işlemeyeceğine karar vermiştir: “...dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının sendikadaki görevinden ayrılmadığı ve halen bu görevine devam etmekte olduğu anlaşılacakla 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14 ve Sendikalar Yasası'nın 29. maddesi hükümleri çerçevesinde davacının kıdem tazminatı talep etme hakkı doğmamış olduğu halde mahkemenin aksine düşüncelerle kıdem tazminatını hüküm altına alması yasalara aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir”<sup>41</sup>.

Kanun koyucunun, yöneticilik görevinin özellikle belli biçimlerde son bulmasını aradığı görülmekte<sup>42</sup>; ancak yasada sayılmamakla birlikte, sendikaların birleşmesi veya kapanması gibi hallerde de haksız sonuçların ortaya çıkmaması için güvencenin işlemesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>43</sup>. Yargıtay'ın, “...Yasa koyucu seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle görevi sona ermesi hallerinde ve sınırlı olarak yöneticilere teminat getirmiştir. Davacıyla ilgili olayda Yasanın tanımladığı koşullar oluşmamış...Sendikalar Yasası'nın 29. maddesindeki koşullar oluşmadığı halde haksız fesih tazminatı adı altın-

daki tazminatla işverenin sorumlu tutulması yasal olmadığından kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” gerekçeleriyle verdiği kararda da, yöneticilerin sadece bu üç halle sınırlı olarak güvenceye sahip olduğu hususuna işaret ettiği görülmektedir<sup>44</sup>. Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında ise çok açık bir şekilde ifade edilmemiş olmakla birlikte, sendika şubesinin feshi nedeni ile şube yönetimindeki görevi sona eren işçinin, yöneticilik güvencesinden yararlanacağı ifade edilmiştir<sup>45</sup>.

Fakat yöneticilikten atılma (ihraç-azil) veya mal bildiriminde bulunmama nedeniyle yöneticiliğin sona ermesi (SK.m. 42/II) gibi hallerde güvencenin uygulanması mümkün değildir<sup>46</sup>. Aynı şekilde, profesyonel sendika yöneticisi olarak görev yapmak üzere işyerinden ayrılan ve görevi sendika merkezince iptal edilen yönetici de güvenceden yararlanamaz<sup>47</sup>.

Ayrıca güvenceden yararlanmak için, işçinin, yöneticilik görevi yüzünden mahkumiyetinin olmaması da gerekir. SK.m.29/II hükmünde yer alan, “Yönetim kurulundaki ve başkanlıktaki görevleri ile ilgili fiillerinden dolayı hüküm giymiş olanlar bu haktan yararlanamazlar” tarzındaki anlatım da bunu ortaya koymaktadır. Mahkumiyetin hapis veya para cezası şeklinde olması arasında herhangi bir fark olmadığı gibi cezanın ertelenmiş olup olmaması da önemli değildir. Önemli olan, kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla hüküm giymiş olmaktır<sup>48</sup>. Şayet yöneticinin mahkumiyeti görevi ile ilgili değilse, yöneticilik güvencesinden yararlanabilir<sup>49</sup>.

### **c. Süresi İçinde İşverene Başvurma**

Üçüncü şart, işçinin, işçi kuruluşu yöneticiliğinin sona erme tarihinden itibaren üç ay içinde eski işyerinde işe alınması için işverene başvurması; diğer bir anlatımla iş sözleşmesi yapmak için icapta bulunmasıdır<sup>50</sup>. Başvurunun yazılı veya sözlü yapılması arasında fark yoktur ancak sorun çıkmaması ve ispat kolaylığı sağlanması açısından yazılı hatta noter kanalıyla yapılmasında yarar vardır. 3 aylık süre hak düşürücü süre olup, aşırsa işe alınmayı isteme hakkı düşer<sup>51</sup>. Yargıtay da aynı kanaattedir<sup>52</sup>.

## **2. İşverenin İşe Alma Yükümlülüğü (İş Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu)**

### **a. En Geç Bir Ay İçinde İşe Alması**

İşçi kuruluşu yöneticiliği güvencesi koşullarının gerçekleşmesi halinde, kendisine başvuru işve-

ren, başvuru tarihinden itibaren bir ay içinde görevi sona eren yöneticiyi işe almak zorundadır. Madde metnindeki "...talep tarihinden itibaren en geç bir ay içinde" denildiğine göre, bir aylık sürenin nisbi emredici nitelikte olduğu, bu sürenin kısaltılabileceği ancak uzatılamayacağı anlaşılmaktadır.

Şayet işyerinde işçinin çalışabileceği türde boş yer bulunmasına rağmen, bu bir aylık sürenin geçmesinden sonraki bir tarihte işçi işe alınmış ise, çalışmaya hak kazandığı halde çalışmadığı süreye ilişkin ücreti (veya tazminatı) talep edebilir<sup>53</sup>. Ancak Yargıtay, bu tür taleplere olumlu cevap vermemektedir<sup>54</sup>. Belirtelim ki, eski işçi ile bir ay içerisinde iş sözleşmesi yapmayan işverene SK.m.59/2 hükmü gereğince idari para cezası yaptırımını da uygulanabilir<sup>55</sup>.

**b. Eski İşine veya Eski İşine Uygun Bir İşe Diğer İsteklilere Göre Öncelik Vererek Alması**

İşverenin işe alma zorunluluğunun söz konusu

işçi alımı yoksa işe alma zorunluluğu da söz konusu olmayacaktır<sup>57</sup>. Yasanın ilk durumunda yer alan fakat 1970 yılında yasadan çıkarılan "boş yer" ibaresi, madde metninde yer almasa da<sup>58</sup> maddenin bütünü içerisinde bu şekilde bir anlam ortaya çıkmaktadır.

Ancak öğretilde, yeniden işe almanın işyerinde boş kadro bulunmasına bağlı olmadığı, işyerinden işçi çıkartılıyor da olsa eski işçiyi işe almanın zorunluluk taşıdığı kabul edilmekte; işverenin, başvuru anında boş yer olmasa bile bu süre içinde işe almak için gerekli ortamı hazırlama yükümlülüğünden söz edilmektedir. Bu görüşe göre, işyerinde boş yer bulunmaması, işvereni bu yükümlülükten kurtarmaz; zira hükmün amacı gibi anlatımı da aksi bir kabulü engelleyici niteliktedir<sup>59</sup>.

Yargıtay ise, 274 sayılı eski Sendikalar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararda, işverenin işe alma zorunluluğunun boş yer

**İşyerinde işçinin eski işi veya buna benzer bir işte boş yer varsa ve işveren de bu iş için yeni işçi alacaksa, yöneticilikten gelen eski işçiye öncelik verecektir. Fakat yeni işçi alımı yoksa işe alma zorunluluğu da söz konusu olmayacaktır.**

olabilmesi için, işçinin "eski işi"nin veya "eski işine uygun bir diğer iş"in bulunması gerekir. Maddedeki "...bu işçileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe, diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak zorundadır" tarzındaki anlatım da bunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla işverenin eski işçiyi ancak "eski iş" veya "eski işine uygun bir diğer iş" bulunması halinde işe alma yükümlülüğü vardır. Buna karşılık, "eski iş" veya "eski işine uygun bir diğer iş"in bulunmaması halinde ise böyle bir yükümlülük yoktur. Kaldı ki, "... diğer isteklilere nazaran öncelik vererek almak"tan söz edildiğine göre, işe almanın mutlak olmadığı anlaşılmaktadır. Burada sözü edilen "eski iş" veya "eski işe uygun bir diğer iş", o işçinin yöneticilik nedeniyle işten ayrıldığı ana kadar gösterdiği faaliyetlerin tümü göz önünde tutulmak suretiyle tespit edilir<sup>56</sup>. Şu halde, işyerinde işçinin eski işi veya buna benzer bir işte boş yer varsa ve işveren de bu iş için yeni işçi alacaksa, yöneticilikten gelen eski işçiye öncelik verecektir. Fakat yeni

olması şartına bağlı olduğu, bu durumdaki bir işçinin işyerindeki eski işi ya da eski işine uygun başka bir iş yoksa işverenin işe alma zorunluluğunun söz konusu olamayacağı sonucuna varmış<sup>60</sup>; Hukuk Genel kurulu da aynı görüşü tekrarlamıştır<sup>61</sup>. Fakat Yargıtay'ın 1986 yılından itibaren benimsediği görüşte farklılık söz konusudur. Buna göre, söz konusu hüküm için idari ceza yaptırımının (SK m. 59/2) yanı sıra hukuki yaptırımının da bulunması gerektiği ifade edilmekte<sup>62</sup>; hukuki yaptırımın da ihbar<sup>63</sup> ve kıdem tazminatları talep edebilme olduğu<sup>64</sup>; bunun talep edilebilmesi için de mutlaka bir sözleşmenin yapıp sona erdiğinin kabulüne ihtiyaç duyulduğu hususu açık bir şekilde olmasa da kabul edilmiş görünmektedir<sup>65</sup>.

Öğretilde de, idari para cezası dışında bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı ve uygulanacaksa bunun türü konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, eski yöneticinin yeniden işe alınmaması durumunda işverenin para cezası dışın-

da bir de “hukukî yaptırım” ile karşılaşabileceği dile getirilmekte, “sözleşmenin mahkeme kararıyla kurulması” yöntemi önerilmektedir. Öyle ki, başvuru üzerine süresinde işe alınmayan kişi mahkemeye başvurarak işe alınması için karar verilmesini ister. Mahkeme talebi olumlu bulursa, verilen karar, işverenin sözleşme kurmaya (işe almaya) yönelik irade açıklaması yerine geçer ve böylece sözleşme kurulur. Bundan sonra işverenin ona fiilen iş gördürüp gördürmemesi, işçilik niteliğine ve işçilik haklarına engel olmaz. Burada işçinin işe girmek için başvurusu (icap) üzerine işverenin kanundan doğan bir kabul zorunluluğu olduğundan, işe alınmayan işçi aynen ifa için dava açabilecek ve kesinleşen mahkeme hükmü sözleşmenin doğumunda işverenin kabul beyanı yerine geçecektir<sup>66</sup>.

Diğer bir görüş ise, sözleşmenin yargı kararıyla kurulmasını hukuk sistemimize yabancı bulur ve bunun yasal temelden yoksun olduğunu ileri sürer. Buna göre, hukuki yaptırıma ilişkin boşluğun hâkim tarafından doldurulması ve yöneticilik görevi sona eren kişinin görevinin sona erdiği tarihten itibaren üç ay içinde başvurması ve bu tarihi izleyen ayın aynı günündeki emsal kıdemdeki işçilerin ücret düzeyi gözönünde bulundurularak hesaplanacak ihbar ve kıdem tazminatı kadar bir tazminattan işverenin sorumlu tutulması önerilmekte ve bunun usul ekonomisi açısından yararlı olacağı ileri sürülmektedir. Başka bir anlatımla, buradaki hukukî yaptırımın “işçinin yeniden işe alınıp da işine son verilseydi, içinde bulunacağı konumun tazmini” olabileceği; bunun ise, önceki dönemi de içerir şekilde o andaki emsal ücretten hesaplanacak kıdem tazminatı ile ihbar tazminatından ibaret olduğu belirtilmektedir. Bu anlayış, “işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır” hükmüyle (SK.m. 29/I) de daha uyumlu gözükmektedir<sup>67</sup>.

### **c. O Andaki Koşullarla İşe Alması**

İşveren eski yöneticiyi, o andaki koşullarla<sup>68</sup> işe almak zorundadır: “...o andaki şartlarla... almak zorundadır. Bu takdirde, işçinin eski kıdem hakları ve ücreti saklıdır.”. Ancak o andaki koşullar ifadesi ile ne anlatılmak istendiği çok açık değildir. Bu tabirin, işçinin işten ayrıldığında uygulanmakta olan şartlara göre değil, iş sözleşmesinin kurulacağı zamandaki koşullara göre yeniden işe almayı anlattığı söylenebilir<sup>69</sup>. Yeniden işe alınan (iş sözleşmesi yapılan) işçinin yöneticiliğe giderken son

bulan önceki ilişkideki kıdemi (işçilik süresi) ve ücret düzeyi saklı tutulmuş; bunlardan aşağı olmamak koşuluyla, yeniden işe alınırkenki şartlarla işe alınacağı belirtilmiştir.

## **C. Somut Olay Açısından Değerlendirme**

### **1. Uyuşmazlık Konusu Olayda İşçinin İş Sözleşmesi Sona Ermiş Midir Yoksa Askıda Mıdır?**

Sendika şubesinde başkan olduğu için işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin sona erdirildiği veya askıya alındığı hususunda tarafların iddiaları farklıdır. Davacı işçi, iş sözleşmesinin askıya alındığını, davalı ise iş sözleşmesinin istifa ile sona erdiğini ileri sürmektedir. Yerel mahkeme ise, davacı işçinin, toplu iş sözleşmesinin 32/C maddesi hükmü uyarınca sendika şube başkanı olduğu dönemde ücretsiz izinli sayıldığını ve iş sözleşmesinin devam ettiğini, toplu sözleşme hükümleri uyarınca da davacı işçinin davalı şirkete başvurarak sendika başkanlığı yaptığı dönemde ücretsiz izinli statüsünde gösterilmesini talep ettiğini ve davalı şirketin de 29.09.2000 tarihli yazıları ile davacı işçinin sendika şube başkanlığı döneminde ücretsiz izinli sayıldığını kabul ettiğini ifade etmiş ve bu doğrultuda hüküm kurmuştur.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde sözü edilen ve “iş sözleşmesi yapma zorunluluğu” şeklinde ortaya çıkan güvence, işyerinden istifa suretiyle ayrılan profesyonel sendika yöneticilerine özgü bir güvencedir. Ancak Kanun'daki “iş sözleşmesi yapma zorunluluğu”na ilişkin bu güvencenin yeterli olmadığını düşünen ve profesyonel sendika yöneticiliğine giden işçiler, toplu iş sözleşmelerine konulan hükümler çerçevesinde, iş sözleşmelerini (istifa ederek) sona erdirmemekte (feshetmemekte), askıya alınmasını sağlamaktadırlar. Ancak belirtelim ki, iş sözleşmesinin sona erdirilmeyip askıya alınması halinde, 29. maddede öngörülen güvence söz konusu olamaz. Bilindiği üzere askıya alınma halinde, iş sözleşmesi ortadan kaldırılmamakta, sadece iş sözleşmesinden kaynaklanan en temel borçlar olan işgörmeye ve ücret edimi geçici bir süre için zorunluluk sonucu olarak askıya alınmaktadır.

İş sözleşmesinin geçici bir süre için askıya alınması, sözleşmenin sona erdirilmeyip iş güvencesi-

nin sağlanması açısından önemlidir. Sendikalar Kanunu, iş güvencesine yönelik olarak sendika yöneticiliği sona eren eski işçi ile işverenin iş sözleşmesi yapma zorunluluğunu 29. maddesinde düzenlemiştir. Bu nedenle, profesyonel anlamda sendika yöneticiliği yapacak olan kişilerin işyerinden iş sözleşmesini sona erdirerek ayrılması Kanun'un öngördüğü bir davranış olduğu gibi uygulamada da Yargıtay tarafından kabul edilen bir durumdur. Dolayısıyla profesyonel yöneticinin istifa suretiyle işyerinden ayrılması beklenir.

Somut olayda ise, davacı toplu iş sözleşmesi hükümlerine dayanarak iş sözleşmesinin askıya alındığını belirtmiştir. Sendikadaki görevinin sona ermesi üzerine de askıda bulunan iş sözleşmesi gereğince yeni bir sözleşme yapmaya gerek kalmadan eski işinde işgörmeye edimini yerine getirmeye hazır olduğunu işverene iletmis; ancak işveren iş sözleşmesinin askıya alınmadığını, feshedildiğini belirtmiştir. İşçinin işgörmeye hazır olduğunu belirtip işgörmeyi talep etmesi, var olan fakat askıda bulunan borçların yeniden doğması demektir. Zira askıya alınan işgörmeye ve ücret borçları, askının ortadan kalkmasıyla tekrar yürürlük kazanır. Bu durumda aksi davranış, temerrüt durumunu oluşturur.

Burada tespit edilmesi gereken asıl husus, profesyonel sendika yöneticisinin işyerinden iş sözleşmesini feshederek (istifa suretiyle) değil de toplu iş sözleşmesinde yer alan hüküm gereğince iş sözleşmesini askıya alarak ayrılmasının mümkün olup olmadığı ile iş sözleşmesinin uzun süreli veya süresiz bir şekilde askıya alınmasına geçerlilik tanınıp tanınmayacağıdır.

Profesyonel sendikacıların iş sözleşmesinin askıya alınmasının Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesine aykırı olduğu, toplu iş sözleşmesinde profesyonel sendika yöneticiliğinde görev almak için işten ayrılan işçilerin iş sözleşmelerinin askıya alınacağı yolundaki kuralların da yasaya aykırı olarak yapılması nedeniyle geçersiz bulunduğu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1998 yılında verdiği bir kararındaki karşı oy yazısında isabetli olarak belirtilmiştir: "...Davacının sendika yönetim kuruluna seçilmekle işyerinden ayrılmış bulunduğu, bu ayrılmanın diğer bir deyimle istifa veya devamsızlık sebebiyle bir fesih olduğu anlaşılmaktadır. Dosyadaki belgelerden hizmet akdinin askıya alındığı

belirtilmiş ise de, böyle bir kabul 2821 Sayılı Sendikalar Kanununun 29. maddesine aykırıdır. Davacının dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlandığı Toplu İş Sözleşmesi dosya içerisinde bulunmamaktadır. İşten ayrılma tarihinde yürürlükte bulunan Belediye-İş Sendikasının bağıtladığı Toplu İş Sözleşmesinde profesyonel sendika yöneticiliğinde görev almak için işten ayrılan işçilerin hizmet akdelerinin askıya alınacağı yolunda bir kural bulunsa da; yasaya aykırı olarak yapılan bir düzenlemeye geçerlilik tanınmaz. Sendikanın genel kurul dışındaki zorunlu organlarında görev almak işçinin kendi iradesine bağlı olup, maddi ve manevi bir zorlamadan bahsedilemez. Öte yandan, ifa imkansızlığı kısa olmayıp 2821 sayılı kanunun 12/2. maddesine göre en azından dört yıllık bir süre için söz konusu olduğundan, hizmet akdinin askıya alınmış olması, kabul edilemez. Sendika organlarına veya kamusal görevlere seçilmiş olan işçilerin hizmet sözleşmeleri fesih edilmek suretiyle işten ayrıldıkları öğretide de kabul edilmektedir (Bkz. Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınması Genel Teorisi, Ankara, 1989, s.59)..."<sup>70</sup>.

Önemle belirtelim ki, iş sözleşmesinin askıya alınması için, işçinin işgörmeye edimini ifa imkansızlığı (beklenilmezlik) nedeniyle yerine getirememesi veya işverenin ifayı kabul imkansızlığının bulunması yanında edimi ifa etmemenin de geçici ve kısa bir süre için olması gerekir. İşçinin işgörmeye edimini yerine getiremediği durumlarda (örneğin profesyonel sendika yöneticiliği yaptığı zamanlarda), ifa engelinin geçici sayılamayacak ölçüde uzun bir süre devam edeceği saptanabiliyorsa, iş sözleşmesinin askıya alındığı kabul edilemez. Askı süresinin yani işgörmeye edimini ifa etmemenin ne kadar sürmesi halinde geçicilik olduğu iş kanunlarında belirtilmemiş ise, askı döneminin sınırı iyiniyet ve dürüstlük kurallarına göre oluşturulur. Bu durumda iş ilişkisine devam eden işveren açısından dürüstlük kuralları gereği iş sözleşmesinin askıda kalmasının (işçinin işgörmeye edimini yerine getirmemesinin) çekilmez hale geldiği zamana kadar askı süresinin devam ettiği kabul edilebilir. Bunun tespitinin, her olay açısından, önüne gelen uyumsuzlukta hakim tarafından yapılması gerekirse de, bir takım kriterlerin de bu tespitte dikkate alınması şarttır. Burada hakim, toplam süre ile çalışılmayan süre arasındaki orantıyı göz önüne alarak askı du-



rumunun bulunduğu karar verebileceği gibi; işçiyi çalışmaktan alıkoyan olayın niteliğini de dikkate alarak bir sonuca ulaşabilir. Aynı şekilde, askı süresine yönelik geçiciliğin saptanmasında işyerinde çalışmayan işçinin yerine başka bir işçinin çalıştırılması zorunluluğunun doğup doğmadığını da dikkate alabilir.

Şu halde, Kanunla öngörülmuş askı sürelerinin dışında tarafların anlaşarak iş sözleşmesini askıya alması halinde bunun geçerliliği açısından hem kanuna aykırı olmaması hem de askıya alınmanın genel teorisine aykırı bulunmaması hususları önem taşımaktadır.

Yargıtayca da kabul edildiği üzere, taraflar anlaşarak iş sözleşmesini askıya alabilir yani ücretsiz izin uygulamasına gidebilirler. Ancak bu durumda askı uygulamasının, işçi veya işyerine ilişkin zorunluluklardan kaynaklanmasının yanı sıra belirli bir zaman ile de sınırlı tutulması gerekir. Bu nedenle, belirsiz süreli veya çok uzun süreli ücretsiz izin uygulamaları, askıya almanın veya ücretsiz izin amacıyla bağdaştırılamaz. Aksi durum kabul edildiği takdirde ise kamu düzenine aykırılık söz konusu olur. Uyuşmazlık konusu olayda da, profesyonel sendika yöneticiliğine giden davacının ne kadar süre ile profesyonel sendikacılığını sürdüreceği belli değildir. Nitekim altı yıl gibi uzun bir süre sonra profesyonel sendikacılıktan ayrılmış ve iş görme edimini yerine getirme (işe başlama) talebinde bulunmuştur. Bu uzun süre içerisinde iş sözleşmesinin askıda olup işçinin ücretsiz izinli sayılması hususu, iş sözleşmesinin askıya alınmasının genel teorisine aykırılık oluşturur. Bu nedenle davacının iş sözleşmesinin profesyonel sendika yöneticisi olduğu tarih itibarıyla (istifa suretiyle) sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir.

## 2. Dava Konusu Olayda İşçi Kuruluşu Yöneticisi Güvencesi Şartları Oluşmuş Mudur?

İşçi kuruluşu yöneticiliği güvencesi için ilk şart, işçinin işçi konfederasyonlarının, sendikalarının ve sendika şubelerinin yönetim kurullarında veya başkanlığında görev alması nedeniyle işten ayrılmasıdır ki olayda davacı işçinin sendika şubesi başkanı olması nedeniyle işinden ayrıldığı sabit olduğuna göre bu şart gerçekleşmiştir. İkinci şart, sendikadaki yöneticilik görevinin “seçime girme-

mek”, “yeniden seçilmemek” veya “kendi isteğiyle çekilmek” (istifa) yollarından birisiyle sona ermesidir ki olayda davacı işçinin “yeniden aday olmaması” üzerine yöneticiliğinin sona erdiğini görülmektedir. Bu nedenle sözü edilen koşul da gerçekleşmiş bulunmaktadır. Üçüncü şart ise, yöneticiliğinin sona erme tarihinden itibaren üç ay içinde eski işyerinde işe alınması için işverene başvurmasıdır. Davacı işçinin bu şarta uygun hareket ettiği de görülmektedir.

Somut olay açısından, davacı işçinin işyerinden ayrılırken iş sözleşmesinin istifa suretiyle sona erdiği ve işçi kuruluşu yöneticisi güvencesi şartlarının da gerçekleştiği sabit olduğuna göre, uyuşmazlık, Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesine göre çözümlenmelidir. Buna rağmen, yerel mahkeme, toplu iş sözleşmesinde kararlaştırıldığı biçimde profesyonel sendika yöneticisinin iş sözleşmesinin askıya alındığı kanaati ile hareket etmiş; başkanlık görevinin sona erdiği tarihten itibaren süresi içerisinde yapılan başvuruya olumlu cevap verilmemesini de bir fesih olarak değerlendirmiştir. Bunun yanı sıra yerel mahkeme, işyerindeki işçi sayısı ve işçinin kıdemini dikkate alarak davacının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde yer alan iş güvencesi hükümlerine tabi olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca fesih sebebi olarak ileri sürülen “davacının iş sözleşmesinin sendika şube başkanlığına başladığı tarihte kendi isteği ile sona erdiğine ilişkin” neden ile “sendikal neden”in geçersiz nedenler olduğunu dikkate alarak davanın kabulüne ve feshin geçersizliğine karar vermiştir. Şayet sendika şube eski yöneticisi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin sona erdiği değil de askıda kaldığı kabul edilecek olsa idi, yerel mahkemenin kararı isabetli olurdu. Ne var ki, iş sözleşmesinin askıya alınmasının genel teorisine aykırı olan bu tarzdaki bir askıya alınmanın geçersizliği karşısında yerel mahkemenin kararına katılma imkanı bulunmamakta; davacının iş sözleşmesinin profesyonel sendikacılığa gittiği 2000 yılında sona erdiğinin kabulü gerekmektedir. Bu nedenle de 2006 yılındaki işe yeniden başlama talebinin 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesine göre çözümlenmesi gerekir.

## III. SONUÇ

İşçi kuruluşu yöneticiliğinin güvencesi Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenmiştir.

29. maddenin söz konusu olabilmesi için işçinin istifa suretiyle işyerinden ayrılması gerekir. Ancak bu güvence kapsamında işverenlerin iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna uygun davranmaması nedeniyle, toplu iş sözleşmelerine, profesyonel sendika yöneticisi olanların işyerinden iş sözleşmesinin askıya alınması suretiyle ayrılmalarını öngören hükümler konulmaktadır. Bu hükümlerin sözleşme özgürlüğü ve toplu iş sözleşmesinin özerkliği açılarından geçerli olduğu düşünülse bile, iş sözleşmesinin askıya alınmasının genel teorisine uygun olmaması ve kanundaki güvenceye aykırı bulunması yönleriyle geçersizliği söz konusudur. Ayrıca ne kadar süreceği belli olmayan bir askı süresinin toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılması halinde, kanuna aykırılık ve askıya alınmasının genel teorisine uygun olmama yanında kamu düzenine aykırılık oluşacağı da açıktır. Bu nedenlerle işçinin profesyonel sendika yöneticiliğine gitmesi halinde iş sözleşmesinin askıya alındığının değil sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir.

Yerel mahkeme ile Yargıtay'ın kararları açısından önemli olan husus, profesyonel sendika yöneticiliğine giden işçinin iş sözleşmesinin askıda mı kaldığının yoksa sona mı erdiğinin tespiti hususudur. İşçinin iş sözleşmesinin askıya alındığını kabul eden yerel mahkeme buna ilişkin olarak bir sonuca ulaşmış; iş sözleşmesinin sona erdiğini kabul eden Yargıtay ise 29. maddedeki güvencenin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkemelerin ulaştığı sonuç, askı döneminin sona ermesinden sonra işe başlatılmamasının bir fesih iradesi olduğu, bunun da geçerli sebep kabul edilmemesi nedeniyle feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesidir. Ancak ilk derece mahkemesinin ulaştığı sonucun isabetsiz olduğu görülmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Yargıtay'ın, sendika şube başkanlığına gittiği için (profesyonel yöneticilik için) işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıda kaldığına, yöneticilik görevinin sona ermesinden sonra ise eski işinde işe başlatılmadığı için başlama tarihi itibarıyla iş sözleşmesinin işveren tarafından geçersiz nedenle feshedildiğine ve iş güvencesi hükümlerinin de uygulanabilmesi nedeniyle işe iadesine karar veren yerel mahkemenin kararını bozmasını isabetli buluyor, Yargıtay'ın kararına katılıyorum.

## DİPNOTLAR

- 1 Kararda yanlışlıkla 2823 sayılı Yasadan söz edilmiş ise de doğrusu 2821 sayılı Yasa (yani Sendikalar Kanunu) olacaktır.
- 2 Y9HD, 05.04.2007, E. 2007/1324, K. 2007/9484, yayımlanmamıştır.
- 3 R.G., 07.05.1983, S. 18040.
- 4 Yönetici seçilebilmek için, 14/XIV hükmü gereğince, 5. maddede aranan koşulları haiz olmak gerekir. Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasına göre, "(Değişik birinci fıkra: 23/1/2008-5728/384 md.) Sendika kurucusu olabilmek için; Türk vatandaşı, medeni hakları kullanmaya ehil ve sendikaların kurulacağı işkolunda fiilen çalışır olmak; Türkçe okur-yazar olmak ve ayrıca; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûmiyetin bulunmaması şarttır."
- 5 Bkz. Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 20. B., İstanbul 2007, s. 403; Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006, s. 49; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2005, s. 331; Münir Ekonomi, İş Hukuku I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 105, dn. 127; Öner Eyrenci, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, s. 91; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 3. B., İzmir 1998, s. 169; Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 59 dn. 4; Savaş Taşkent, İş Güvencesi, İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 1991, s. 86; Berin Ergin, "Sendika Yöneticilerinin Yeniden İşe Alınmaları ve Kıdem Tazminatı Hakları", Prof.Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 175-176; Bilgehan Taşman Bireysel İş Hukuku, C. 1, İstanbul 1998, s. 262-263; Metin Kutsal, "Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu-Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar", Kamu-İş, C.5, S. 3, Nisan 2000, s. 520; Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. B., İzmir 2005, s. 388; Kadir Arıcı (Aktay/Arıcı/Kaplan-Seneyen), İş Hukuku, 2. B., Ankara 2007, s. 302; İbrahim Subaşı, "İşçi Kuruluşu Yöneticiliği ve Güvencesi", Kamu-İş, C. 5, S. 3, Nisan 2000, s. 531; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 2. B., Konya 2000, s. 218; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 13. B., Konya 2007, s. 203; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 6. B., Ankara 2007, s. 439; Cevdet İlhan Günay, Sendikalar Kanunu Şerhi, Açıklama-Yargı Kararları-İlgili Mevzuat, Ankara 1999, s. 464; Cevdet İlhan Günay, "Profesyonel Sendika Yöneticisinin Yeniden İşe Alınmamasının Hukuki Sonuçları", C. 16, S. 3, TÜHİS, Ağustos 2000, s. 2; Müjdat Şakar, İş Hukuku Uygulaması, 5. B., İstanbul 2003, s. 272; Murat Demircioğlu/Tankut Centel, İş Hukuku, 11. B., İstanbul 2006, s. 263-264; M. Fatih Uşan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C. I, İş Hukuku, Ankara 2006, s. 65.
- 6 Ancak toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ve sadece yönetim kurulunda görev alanların değil diğer zorunlu organlarda görev alanların (örneğin denetleme kurulu üyelerinin) de işe iadesini öngören hükmün geçerli sayılması gerekir. Yargıtay ise böyle bir hükmü, işverenin yönetim hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle geçerli saymamıştır (Y9HD, 10.05.2000, E. 2000/2888 K. 2000/6824; Can Tuncay, "Sendika Denetleme Kurulu Üyelerinin 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu Madde 29 İle Getirilen Güvenceden Yararlanıp Yararlanamayacakları", C. 16,

- S. 4-5, Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, s. 44-52). Bu konuyla ilgili olarak bir diğer Yargıtay kararında da, aynı doğrultuda sonuca ulaşılmıştır: "...Toplu İş Sözleşmesinin 45/3-d maddesi ile getirilen düzenleme mahkemece yorumlandığı gibi işverenin yönetim hakkını kısıtlayacak şekilde fesih kararının iptali ile "göreve iade" kararı verilmesini gerektirmez. Ancak bu durum işverenin Toplu İş Sözleşmesinin anılan hükmüne aykırı davranışı sebebiyle işçiye kıdem tazminatı talep hakkı verebilir..." (Y9HD, 03.11.1997, 16948/18355, Kazancı). Ayrıca bkz. Çelik, s. 403.
- 7 Narmanlıoğlu, s. 169-170, dn. 119; Subaşı, s. 431-532; Mollamahmutoglu, s. 331-332.
- 8 Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Genel Esasları, 5. B., İstanbul 2008, s. 281; Fevzi Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986, s. 147; Adnan Tuğ, Sendikalar Hukuku, 2. B., Ankara 1992, s. 164; İhsan Erkul, Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri, Türk İş Hukuku, İkinci Cilt, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ve Uygulaması, 2. B., Eskişehir 1991, s. 133; Dilek Baybora, Türk İş Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Sendika Yöneticiliği, Ankara 2001, s. 102; Subaşı, s. 536.
- 9 Demir, s. 388; Sümer, Uygulamalar, s. 218; Günay, Şerh, s. 466.
- 10 Subaşı, 536-537; Akyiğit, s. 439.
- 11 Abdullah Berksun/İbrahim Eşmelioğlu, Açıklamalı Gerekçeli-İçtihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara 1989, s. 488; Erkul, s. 170; Alpaslan Işıklı, İş Hukuku, 6. B., Ankara 2005, s. 181-182.
- 12 R.G., 12.07.2001, S. 24460.
- 13 Arıcı, s. 300; Akyiğit, s. 437; Subaşı, s. 533; Sümer, İş Hukuku, s. 204.
- 14 R.G., 07.05.1983, S. 18040.
- 15 Akyiğit, s. 437.
- 16 Arıcı, s. 300-301; Kutal, s. 520; Subaşı, s. 534; Eyrenci, Sendikalar, s. 93-94; Sümer, İş Hukuku, s. 204.
- 17 Baybora, s. 76 vd.
- 18 Bkz. Arıcı, s. 300-301; Turhan Esener, İş Hukuku, Ankara 1973, s. 344; Günay, Profesyonel Sendika Yöneticisi, s. 3; Akyiğit, s. 437; Subaşı, s. 530; Sümer, İş Hukuku, s. 204.
- 19 Kanun tarafından özel olarak korunan yöneticiler, işinden iş sözleşmesini sona erdirerek ayrılan bu nitelikteki profesyonel yöneticilerdir. Hatta Kanun koyucunun, sadece profesyonel sendika yöneticilerine güvence sağlamakla, profesyonel sendikacılığı teşvik ettiği dahi düşünülebilir. Bkz. Kutal, s. 521; Devrim Ulucan, (Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan), Bireysel İş Hukuku, 3. B., İstanbul 2006, s. 94; Arıcı, s. 301; Esener, s. 344; Subaşı, s. 533-534, 536.
- 20 Y9HD, 04.12.1997, E. 1997/16268, K. 1997/20354, Kazancı. Aynı yönde ve aynı ifadelerle verilmiş diğer bir karar için bkz. Y9HD, 04.11.1997, E. 1997/14430, K. 1997/18485, Kazancı.
- 21 Sarper Süzek, Genel Görüşme, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul 1990, s. 158; Süzek, Askı, s. 59; Gülsevil Alpagut, "YHGK'nun 04.02.1998, E. 1998/9-46, K. 1998/11 sayılı Kararının İncelenmesi", Çimento İşveren Dergisi, C. 12, S. 3, Mayıs 98, s. 32; Subaşı, s. 531, 536. Nitekim bu husus Yargıtay'ın oyçokluğuyla aldığı bir kararın karşı oy yazısında da belirtilmiştir: "...Askı halleri kısa dönemli süreleri kapsar. Sendika yöneticisi seçilen kişi ise işyeri ile ilişkisini tamamen keser, işyerine dönmesi ihtimali çok zayıf olan, dönme ihtimali olsa dahi ne zaman döneceği kestirilemeyen, sendikacılığı meslek edinendir. Gayri muayyen bir süre hizmet akdinin askıda kalacağını ve sendika yöneticisi seçilen işçilerin eski işverenine karşı hizmet akdinden doğan bazı yükümlülüklerinin devam edeceği düşüncesini benimsemek hizmet aktinin, askı halinin unsurları ile ters düştüğü gibi sendika yöneticiliği ile de bağdaşmaz. Bu nedenlerle sendika yöneticiliğine seçilen işçinin hizmet akdinin işyerinden ayrıldığı tarihte işçi tarafından istifa suretiyle sona erdirildiğinin kabulü gerekir...", Y9HD, 9.6.1998, E. 1998/3326, K. 1998/10120, Kazancı.
- 22 "... Davacıyla ilgili olayda Yasanın tanımladığı koşullar oluşmamış ve işveren tarafından davacının iş akdine de son verilmemiştir. Toplu iş sözleşmesinin toplu işten çıkarma ve iş güvencesi başlıklı 40. maddesinde, tazminata hak kazanabilmesi için işçinin işveren tarafından işten çıkarılması koşul olarak öngörülmüştür. Yukarıda da belirtildiği gibi, davacının işine işveren tarafından son verilmediği gibi, Sendikalar Yasası'nın 29. maddesindeki koşullar oluşmadığı halde haksız fesih tazminatı adı altındaki tazminatla işverenin sorumlu tutulması yasal olmadığından kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.", Y9HD, 24.11.1998, E. 1998/13637, K. 1998/16633, Kazancı. Ayrıca bkz. Subaşı, s. 531.
- 23 Adnan Tuğ, "Toplu İş Hukukunda Hizmet Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları", Türk Kamu-Sen Dergisi, C. I, S. 3, Mart 1988, s. 6; Mollamahmutoglu, s. 449-450; Sarper Süzek, İş Hukuku, 2. B., İstanbul 2005, s. 373.
- 24 Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989; Süzek, İş Hukuku, s. 372.
- 25 İş Hukukunda imkansızlık kavramının yeniden tanımlanıp ve münhasıran işçiler bakımından "beklenilmezlik" şeklinde değiştirilmesi yerinde olur. Zira beklenilmezlik, işçiden içinde bulunduğu koşullarda işi ifasının objektif iyiniyet kurallarına göre beklenemez olmasıdır ve askıya almanın genel ölçütünü oluşturacak niteliktedir. Bkz. Mollamahmutoglu, s. 450-451.
- 26 Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. B., İstanbul 1988, s. 1217; Süzek, İş Hukuku, s. 374; Karşı görüş için bkz. M. Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 78, dn.152.
- 27 Buna karşılık Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde kalınırsa, işverenin bu durumda hem de geriye etkili biçimde sözleşmeden dönmesi mümkün olup iş sözleşmesi askıya alınmamış olacaktır. Bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 375.
- 28 Süzek, İş Hukuku, s. 377.
- 29 İş Kanunumuzda örneğin 31. maddede geçici askerlik veya yasal ödev nedeniyle askıya alınma; İş K.m.25/I'tin 3. fıkrasında sağlık nedenleriyle askıya alınma; İş K.m.24/III ve 25/III'de zorlayıcı nedenlerle askıya alınma; İş K.m.25/IV'de gözaltı veya tutukluluk nedeniyle askıya alınma, İş K.m.46/III'de ailevi nedenlerle askıya alınma; TGLK.m.42/2,3'de grev veya lokavt halinde askıya alınmaya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoglu, s. 452-456.
- 30 Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 107; Özer Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 99; Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 240.
- 31 Süzek, İş Hukuku, s. 378.

- 32 Ayrıca bkz. Öner Eyrenci, Türk Hukukunda Ücretsiz İzinler, İstanbul Barosu Çalışma Komisyonu Bülteni, 2001, S. 5, s. 40; Süzek, İş Hukuku, s. 378-379; Süzek, Askı, s. 41.
- 33 Toplu iş sözleşmesi ile, muvazzaf askerlik hizmeti gibi uzun süreli askerlik hizmeti süresince iş sözleşmesinin askıda kalacağı kararlaştırılmışsa bunun geçerli olduğu, bu durumda iş sözleşmesinin askıda kaldığının kabulü önünde hukuksal bir engel bulunmadığı söylenebilir. Bkz. Mollamahmutoğlu, s. 452.
- 34 Yasada bir askı süresi öngörülmemişse, ifa engelinin süresinin geçici sayılıp sayılmayacağına belirlenmesinde toplam süre ile çalışılmayan süre arasındaki orantı göz önünde tutulabileceği gibi, işçiyi çalışmaktan alıkoyan olayın niteliğine de bakılabilir. Örneğin bir aylık devamsızlık ağır bir hastalıkta geçici nitelik taşıyabileceği halde evlenme veya bir yakının ölümünde bu niteliğini yitirebilir. Bunun dışında geçiciliğin saptanmasında işyerinde çalışmayan işçinin yerine başka bir işçinin çalıştırılması zorunluluğunun doğup doğmadığı da dikkate alınabilir. Bkz. Süzek, Askı, s. 67; Süzek, İş Hukuku, s. 382. Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s. 178; Süzek, İş Hukuku, s. 382; Süzek, Askı, s. 69-70. "...Hizmet aktinin askı hali mevsimlik işlerde, grev lokavt, kısa süreli askerlik gibi hallerde söz konusu olan istisnai bir durumdur. Askı halinde işçinin işgörme, işverenin ise ücret ödeme yükümlülükleri askıdadır. Bunlar dışında askı halinde tarafların bazı yükümlülükleri devam ettiği için 1475 sayılı yasanın 16/2 maddesindeki hallerden biri vuku bulursa işçinin, 17/2 maddedeki hallerden biri varsa işverenin hizmet aktini haklı sebeplerle fesih hakkı doğar. Askı halleri kısa dönemli süreleri kapsar. Sendika yöneticisi seçilen kişi ise işyeri ile ilişkisini tamamen keser, işyerine dönmesi ihtimali çok zayıf olan, dönme ihtimali olsa dahi ne zaman döneceği kestirilemeyen, sendikacılığı meslek edinendir. Gayri muayyen bir süre hizmet aktinin askıda kalacağını ve sendika yöneticisi seçilen işçilerin eski işverene karşı hizmet akdinden doğan bazı yükümlülüklerinin devam edeceği düşüncesini benimsemek hizmet aktinin, askı netlinin unsurları ile ters düştüğü gibi sendika yöneticiliği ile de bağdaşmaz. Bu nedenlerle sendika yöneticiliğine seçilen işçinin hizmet aktinin işyerinden ayrıldığı tarihte işçi tarafından istifa suretiyle sona erdirildiğinin kabulü gerekir...", Y9HD, 9.6.1998, E. 1998/3326, K. 1998/10120, Kazancı.
- 35 İfa zamanının esaslı olması bazen, sözleşmelere konulacak "en geç", "mutlaka" gibi edimin belirli bir zamanda yerine getirilmesi gerektiğini belirten ibarelerden açık olarak anlaşılabilir. Bazen de sözleşmedeki ibareden değil de işin niteliğinden ifa zamanının esaslı olduğu çıkarılabilir. Örneğin, bir aşçı veya garson ile bir turistik mevsim sonuna kadar iş sözleşmesi yapılmış ve bunlar kusurları olmaksızın edimlerini yerine getirememişlerse, mevsim geçtikten sonra ifa, sözleşmenin amacını sağlamayacak, işvereni tatmine hizmet edemeyecek ve iş sözleşmesi askıya alınmış sayılmayacaktır. Süzek, İş Hukuku, s. 383.
- 36 Süzek, İş Hukuku, s. 382-383.
- 37 Tuğ, Askıya Alınma, s. 12; Mollamahmutoğlu, s. 457; Oğuzman, s. 90; Reisoğlu, s. 92; Süzek, Askı, s. 97 vd.
- 38 Süzek, İş Hukuku, s. 391.
- 39 Bilindiği üzere, işçinin usulünce yaptığı iş ifası teklifini, haklı bir neden bulunmadığı halde işverenin reddetmesine veya başka bir ifadeyle kabulden kaçınmasına işverenin temerrüdü denir. İşverenin işçisine iş vermemesi, işyerine sokmaması, işin ifası için gereken hazırlayıcı fiil ve işlemleri yapmaması hatta iş sözleşmesini haksız feshetmesi gibi davranışları, kabulde temerrüt olduğunu gösterir. BK.m.325'e göre işveren, işi kabulde temerrüt ederse, işçi yüklendiği işi yapmak zorunda olmaksızın sözleşmedeki ücretini isteyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu, s. 401; Tunçomağ/Centel, s. 113-114; Centel, İş Hukuku, s. 256; Kenan Tunçomağ, İş Hukuku, C. I, 3. B., İstanbul 1984, s. 203-210.
- 40 Sarper Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976, s. 145-146.
- 41 Y9HD, 17.6.2004, E. 2004/3330, K. 2004/15141, Kazancı.
- 42 "Gerçekten söz konusu şube yönetim kurulu üyesi, yani davalı gerçek kişi 2821 Sayılı Sendika Kanununun 29. maddesi gereğince Sendika yöneticiliğinden kendi isteğiyle ayrıldığı düşünülmesi dosya içeriğine uygun düşer. Zira dosya içinde bulunan Sendika Genel Başkanlığının işverene yazdığı yazıda sendikadaki yöneticilik görevinden ayrıldığı bildirildiğine ve böylece yemden eski işine dönüp çalışmaya başladığına ve sonrada emekli olmak suretiyle işten ayrıldığına göre; Bu davalının sendika yöneticiliğinden kendi isteği ile çekildiği konusunda tereddüt edilmemelidir." (Y9HD, 31.05.2001, 8540/9789, Kazancı).
- 43 Demir, s. 389; Sümer, Uygulamalar, s. 218; Günay, Şerh, s. 467; Sur, s. 50; Mollamahmutoğlu, s. 332; Eyrenci, Sendikalar, s. 91; Tuğ, Sendikalar, s. 164; Akyiğit, s. 440; Subaşı, s. 537; Uşan, İş Hukuku, s. 65.
- 44 Y9HD, 24.11.1998, E. 1998/13637, K. 1998/16633, Kazancı. Aynı yöndeki bir diğer karar için bkz. Y9HD, 27.11.1984, 7783/10512, Berksun/Eşmelioğlu, s. 493.
- 45 Y9HD, 22.09.1981, 7370/10691, YKD, Ocak 1982, s. 57; Tuğ, Sendikalar, s. 164; Berksun/Eşmelioğlu, s. 493-494; Ergun İnce, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1983, s. 129.
- 46 Sur, s. 50; Berksun/Eşmelioğlu, s. 489; Akyiğit, s. 440; Uşan, İş Hukuku, s. 65. Aksi yöndeki görüş için bkz. Demircioğlu/Centel, s. 263. Ayrıca bkz. Mustafa Kılıçoğlu, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999, s. 242.
- 47 "Davacı profesyonel sendikacı olarak görev yürütmek amacıyla işyerinden ayrılmış ve sendika genel merkezinin profesyonel sendikacılık görevini iptal etmesi nedeniyle işyerine geri dönme arzusunda bulunmuş ve bu istek işverence kabul edilmemiştir. Davacı yönünden iptal edilen husus, sendikacılık görevinin profesyonel olarak yürütülmesidir. Davacının yöneticilik görevi sendikaca sona erdirilmediği gibi, sona ermesi için de yasal bir neden bulunmamaktadır. Yasa koyucu seçime girmek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek suretiyle görevi sona ermesi hallerinde ve sınırlı olarak yöneticilere teminat getirmiştir. Davacıyla ilgili olayda Yasanın tanımladığı koşullar oluşmamış ve işveren tarafından davacının iş akdine de son verilmemiştir...", Y9HD, 24.11.1998, E. 1998/13637, K. 1998/16633, Kazancı. Buna karşılık Yargıtay'ın bir diğer kararında, şube üye sayısının aşağı düşmesi sebebiyle profesyonel kadronun kaldırılması suretiyle bu tür yöneticiliği sona eren sendika yöneticisinin de güvenceden yararlanması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. Y9HD, 07.11.1996, E. 1996/12219, K. 1996/20713, Günay, Şerh, s. 468, dn. 17; Bu konu ile ilgili diğer bir karar için bkz. Demir, s. 389; Karşı görüş için bkz. Ergin, s. 178-179.



- 48 Akyiğit, s. 440; Demir, s. 389.
- 49 Ergin, s. 181; Subaşı, s. 540.
- 50 Eyrenci, Sendikalar, s. 92; Subaşı, s. 540.
- 51 Demir, s. 389; Sur, s. 50; Ergin, s. 180; Sümer, Uygulamalar, s. 219; Tunçomağ, s. 161; Centel, İş Hukuku, s. 113; Mollamahmutoğlu, s. 331; Ekonomi, s. 107, dn. 134; Akyiğit, s. 441; Subaşı, s. 535; Uşan, İş Hukuku, s. 66; Narmanlıoğlu, s. 170.
- 52 Y9HD, 10.03.1986, 1211/2622, Berksun/Eşmelioğlu, s. 501.
- 53 Yargıtay, önce, öğretilde kabul edilen genişlikte olmamakla birlikte, 29. maddenin yerini aldığı 20. madde hükmü ile ilgili olarak, başvuru tarihinde boş bir işin varlığı halinde hukuki sorumluluğun da bulunduğu, bunun işsiz kalan işçinin tekrar bir iş bulabileceği süre içerisindeki ücret alacağı karşılığı bir tazminat olması gerektiği sonucuna varmıştır. YHGK, 21.03.1984, E. 1982/9-875 K. 1984/283, YKD, Şubat 1985, s. 174-175; Y9HD, 11.04.1984, E. 1984/2857 K. 1984/3863, Yasa Dergisi, Temmuz 1984, s. 996
- 54 "Davacı, başvuru tarihi ile tekrar işe alındığı tarih arasındaki ücretleri ile sosyal haklarını talep etmiş, mahkemece, 1.3.1985 ile 30.6.1985 tarihleri arası için ücret ve sosyal haklara karar verilmiştir. Gerçekten, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesinde işverenin, talep tarihinden itibaren en geç 1 ay içinde işçiyi o andaki şartlarla eski işine veya eski işine uygun bir diğer işe diğer isteklere nazaran öncelik vererek almak zorunda olduğu hükmüne bağlanmıştır. Ancak buradaki zorunluluk hali, cezai müeyyideye ve feshin hukuki sonuçlarıyla ilgili kanuni hakların ve varsa eğer ayrıca hizmet akdinde veya TİS'ndeki tazminatı talep etme hakkına yer verecek nitelik gösterir. Bunun dışında tazminattan söz edilmemiştir. Davacı feshin sonuçları ile ilgili bir istekte de bulunmamıştır. Esasen sonradan tekrar işe alınmıştır. Bu durumda boşta geçen süre ile ilgili bir istekte bulunamaz. Bu nedenle davanın reddine karar vermek gerekirken kabulü isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir. Kabule göre de; isteklerin başvurudan bir ay sonraki tarihten itibaren hüküm altına alınması gerekirken başvuru tarihinden 7 gün sonrasından itibaren hüküm tesisi de doğru değildir... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir", Y9HD, 14.10.1987, E. 1987/9-313, K. 1987/728, Kazancı.
- 55 Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, 2. B., Eskişehir 2007, s. 81.
- 56 Bkz. Tunçomağ, s. 162; Tunçomağ/Centel, s. 282.
- 57 Tunçomağ/Centel, s. 282-283. 29. maddedeki işe almanın zorunlu olduğuna dair hüküm, şartlarının varlığı halinde işçiyi işe almanın mutlaka iş sözleşmesi yapmasını mümkün kılacak nitelikte emredici bir hüküm değildir. Ergin, s. 182.
- 58 Kutal, s. 522.
- 59 Mollamahmutoğlu, s. 332; Günay, Profesyonel Sendika Yöneticisi, s. 10; Sümer, Uygulamalar, s. 219; Günay, Şerh, s. 470-471, 472-473; Centel, İş Hukuku, s. 113; İnce, s. 129-130; Eyrenci, Sendikalar, s. 92; Ekonomi, s. 106. Taşkent, s. 88-89; Alpagut, s. 27-32; Narmanlıoğlu, s. 170-171, dn. 122; Subaşı, s. 542.
- 60 Y9HD, 22.09.1981, E. 1981/7270 K. 1981/10691; Y9HD, 22.09.1981, 7370/10691, YKD, Ocak 1982, s. 57-58; Şahlanan, s. 151; İnce, s. 129-130; Berksun/Eşmelioğlu, s. 493-494.
- 61 YHGK, 21.03.1984, E. 1982/9-875 K. 1984/283, YKD, Şubat 1985, s. 174-175. Ayrıca bkz. Kutal, s. 522; Çelik, s. 404.
- 62 Bu konuda hukuki yaptırımın bulunmadığını kabul etmek yasal düzenlemeyi anlamsız kılacağından hukukumuzda bunun bulunup bulunmadığı değil, niteliği ve kapsamı tartışma konusu olmuş ve yargı kararlarında çoğu zaman öğretildeki görüşlere ters düşen sonuçlara varılmıştır. Yargıtay, 1987 tarihli bir kararında hukuki yaptırıma gerek olmadığı, cezai yaptırımın yeterli olduğunu ifade etmiştir: "...Aynı Kanununun 59. maddesinin 2. bendinde de, 29. maddenin bu hükmüne aykırı hareket eden işverenlere orada belirtilen miktarda ağır para cezasına hükmedileceği yazılıdır. İlgili maddeler ve kural olarak akit yapma serbestisi ilkesi birlikte ele alınıp mütalaa olduğunda, kanunun hukuki bir müeyyide getirmediği, aynen ifayı da içermediği, işe alınmama halinde sadece cezai müeyyideyi yeterli bulduğu anlaşılır...", Y9HD, 07.12.1987, E. 1987/10483, K. 1987/10747, Kazancı. Ancak sendika yöneticiliğine ilişkin hükümlere aykırılığın hukuki bir yaptırımın bulunmadığı da öğretilde ifade edilmiştir. Bkz. Güven/Aydın, s. 81. Salt bu cezai yaptırımla yetinme yöneticilik güvencesini zayıflatmaktadır. Tunçomağ/Centel, s. 283.
- 63 Aksi yöndeki Yargıtay kararına göre, "...Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı işçi ile davalı arasında yeni bir hizmet sözleşmesi kurulmuş değildir. Bir başka anlatımla sendika yöneticiliğine seçilmek suretiyle davacı işçi işyerinden ayrılmış ve yöneticilik görevi son bulduktan sonra işyerine dönmüştür. Yeni bir sözleşme ve işveren tarafından feshin sözkonusu olmadığına göre ihbar tazminatı isteği reddedilmelidir...", Y9HD, 02.06.1997, E. 1997/4218, K. 1997/10638, Kazancı.
- 64 "...Bu düzenleme ile sonradan işe alınmada, sendika eski yöneticisine bir güvence getirilmiştir. Bu durumda sendika yöneticisinin işe alınmamasının hukuki yaptırımı olarak ihbar ve kıdem tazminatlarından sorumlu tutulması Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.02.1998 tarihli Esas no: 1998/9-46, Karar No:1998/11 sayılı kararında belirtildiği üzere 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 29. maddesinde yer alan "zorundadır" sözcüğü gereği olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece yapılacak iş, davalının davalı işyerinde çalışıp ve sendikada görev almak suretiyle ayrıldığı tarihe kadar geçen hizmeti kıdemine göre sendika yöneticiliğinden ayrılıp işverene başvurduğu tarihle emsal kıdemde ve görevdeki işçiyeye ödenmesi gereken ücret, baz alınarak hesaplanacak kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınmasından ibarettir.". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında hukuki yaptırımın bulunması gerektiğine şu gerekçelerle yer vermiştir: "...Burada uyumsuzluğun çözümü açısından 29. madde ile getirilen teminatın niteliği üzerinde durulması gerekir. Öncelikle belirtelim ki işçilerin sendika yöneticiliğine serbestçe seçilmelerinde ve seçilmeyi istemelerinde kamu yararı vardır. Bu yarar koruyucu tedbirlerin yasa koyucu tarafından alınmaması, giderek kamu düzenini etkileyici sonuçlar doğurabilir. İşte bu nedenledir ki, 2821 sayılı yasa 29. maddeye aykırı hareketi cezai yaptırıma bağlamıştır. Ne var ki, salt bu yaptırım yasa koyucunun amaçladığı teminatın uygulamada işlenmesini sağlayacak nitelikte sonuçlar yaratmayabilir, gerçekte de cezai yaptırımın niteliğini kendi menfaat dengesi açısından değerlendiren işveren bu cezai yaptırımına razı olarak işçiyi işine almayabilir. O nedenle yasa koyucu bir hususu güvence altına alma amacını güdüyorsa o güvencenin tam anlamıyla işlenmesini sağlayacak düzenlemeyi de getirmek istediğini gözeterek, yasa hükümlerini yorumlamak, yorum kurallarının ve yasanın amacını sağlamanın tabii bir sonucu olduğu açıktır. Hal böyle olunca yasanın amaçladığı

- teminatın tam işlerliği için cezai yaptırımın yanında hukuki yaptırımın da öngörüldüğünün kabulü zorunluluğu doğacaktır. Nitekim yasa koyucunun güttüğü amaca uygun düşen bu yorum tarzı madde metnine ilave olunan "zorundadır" sözcüğüne de tamamıyla uygun düşmektedir. Şu durum karşısında 2821 sayılı yasanın 29. maddesine aykırı hareket halinde davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağına kabulünde duraksamaya yer olmamalıdır...", YHGK, 30.09.1998, E. 1998/9-636, K. 1998/631, Kazancı. "...Davacı işçi sendika yöneticisi seçilmek suretiyle işyerinden ayrılmış olup, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 29. maddesinde öngörülen seçime girmekle yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilme koşulu gerçekleşmesine rağmen tekrar işveren tarafından işe alınmamış bulunduğu göre Dairemizin oluşan içtihatları doğrultusunda işten ayrıldığı tarihteki çalışma süresi ve ücret üzerinden kıdem tazminatı saptanmalıdır. O tarihteki ücret ve çalışma süresi dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatı davalı işveren tarafından ödenmiş ise asıl davanın reddine karar verilmelidir. Şayet davalı o miktardan daha fazla bir ödemede bulunmuş ise mukabil dava kabul edilmeli fazla ödenen miktarın davacıdan tahsiline karar verilmelidir.", Y9HD, 02.06.1997, E. 1997/4218, K. 1997/10638, Kazancı.
- 65 Y9HD, 10.02.1986, E. 1986/1343 K. 1986/1946; Y9HD, 01.05.1986, E. 1986/3411 K. 1986/4486; Y9HD, 08.03.1993, E. 1993/3445 K. 1993/3622, ÇİD, Mayıs 1993, s. 26. Kararda, hiçbir suretle işe alınmama halinde mahkemece işe iadeye karar verilemeyeceği, ancak "hukuksal yaptırımın parasal gereklerine" hükmedileceği sonucuna varılmıştır (YHGK, 14.10.1987, E. 1987/9-313 K. 1987/728, YKD, Mart 1988, 320-324). Bu karardan sonra Özel Daire tarafından verilen bir kararda, kanunun hukuki bir yaptırım getirmede, aynen ifayı da içermediği, sadece ceza yaptırımını yeterli bulunduğu, bu olayda iş sözleşmesi de yapılmadığından Borçlar Kanununun 325. maddesine göre ücret talebinde bulunulamayacağı, işçinin haksız fiile dayanarak tazminat da isteyemeyeceği kabul edilmiştir (Y9HD, 07.12.1987, E. 1987/10483 K. 1987/10477, YKD, Temmuz 1988, s. 934-936). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1998 yılında verdiği bir kararda da, seçilmemek suretiyle sendika yönetim kurulundaki görevi sona erdikten sonra eski işyerine dönmek için başvuruda bulunan, ancak işe alınmayan işçinin ihbar ve kıdem tazminatlarına ilişkin talebiyle ilgili olarak, önce 29. madde ile getirilen güvencenin niteliği üzerinde durulmuştur. Kararda, 29. maddeye aykırı davranışın cezai yaptırma bağlandığı, ancak bu güvencenin tam işlerliği için bu yaptırımın yanında hukuki yaptırımın da öngörülmüş olduğunun kabulü gerektiği, bu yorum tarzının madde metnindeki "zorundadır" sözcüğüne uygun düşüğü belirtilerek, 9. Hukuk Dairesi kararında (Y9HD, 04.11.1997, E. 1997/14430 K. 1997/18485, İşveren Dergisi, Aralık 1997, s. 15; Y9HD, 04.12.1997, E. 1997/18268 K. 1997/20354, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1998, s. 13-14) hükmedilen aksine, 29. maddeye aykırılık halinde işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanacağı sonucuna varılmıştır (YHGK, 01.04.1998, E. 1998/9-238 K. 1998/252, YKD, Ekim 1998, s. 1429-1433; YHGK, 04.02.1998, E. 1998/9-146 K. 1998/11, Kılıçoğlu, s. 243-246; Alpogut, s. 23-32; Tuncay, s. 55-56). Ne var ki, kararda bu sonuca varılırken, öğretilerdeki, işçinin başvurusunun kabul edilmemesi halinde iş sözleşmesinin mahkeme kararıyla doğmuş sayılacağı görüşüne yer verilmiş değildir. Bu yapılmadan sanki iş sözleşmesi doğmuş ve işverence feshedilmiş gibi kararda feshin sonuçlarına hükmedilmiştir. Kararı bu yönüyle tatmin edici bulmak zordur ve karara ilişkin karşı oy yazısında kısmen haklılık payı vardır. Ayrıca bkz. Çelik, s. 406; Sur, s. 54.
- 66 Ekonomi, s. 109 vd.; Tuncay, s. 53; Eyrenci, Sendikalar, 92-93; Şahlanan, s. 152; Taşkent, s. 91; Subaşı, Yöneticilik, 545 vd.
- 67 Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2004, s. 707; Günay, Profesyonel Sendika Yöneticisi, s. 9-10; Cevdet İlhan Günay, "Sendika Yöneticiliğinin Teminatı", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Ocak 1997, s. 11; Akyiğit, s. 440-441.
- 68 Sendikalar Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca işçi kuruluşundaki yöneticilik görevi sona eren işçi gibi, o andaki koşullarla işe alınacaktır. Böylece yeniden işe alınan işçinin durumu, işe yeni giren işçinkinden ayrı tutulmaktadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, malullüğe ilişkin olarak verdiği bir kararda, kanundaki sözlerin mümkün olduğu ölçüde işçinin kazanılmış haklarının gözletilmesi gerektiğini gösterdiğini belirtmiştir (YHGK, 01.03.1978, E. 1976/9-3594 K. 1978/189). Belirtilen durumlarla ilgili olarak, Kanunda işçinin korunması ve arada geçen süre yüzünden çalışma koşullarının aynı durumda olanlara göre kötüleşmesini sağlamak amacının bulunduğu bir gerçektir. Yeniden işe alınan işçinin çalışma koşullarının ve özellikle ücretinin saptanmasında eski ücretinin esas alınması, ayrıca, arada geçen süre içinde aynı durumdaki işçilere zam yapılmışsa bunun göz önünde tutulması gerekmektedir (Bkz. Ekonomi, s. 108-109; Şahlanan, s. 149-150; Can Tuncay, Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 53; Fatih Uşan, İş Hukuku'nda Sakat İstihdamı, Ankara 1999, s. 277; Tunçomağ/Centel, s. 85, 279; Baybora, s. 119; Süzek, İş Hukuku, s. 258). Yargıtay'a göre de, yeniden işe alınan işçi açıkta iken diğer işçilere yapılan toplu iş sözleşmesi zammından yararlanır (Y9HD, 07.10.1971, E. 15060, K. 21038, Sabih Selçuki, İlmi-Kazai İchtihatlarla İş Kanunu, İstanbul 1973, s. 469). Yargıtay eski sendika yöneticisinin işe alınması ile ilgili olarak verdiği bir kararda ise, bu konudaki yasal düzenlemenin, davacı kıdemindeki bir işçi aynı işyerine yeniden alınacak olsaydı hangi ücretle alınacaksa, o ücretin sağlanmasını öngördüğü, yoksa emsallerinin işten ayrılmadan hizmeti sürdürerek toplu iş sözleşmesi ile yapılan zamlar sonucu ulaştıkları ücretle mutlak bir eşitliği aramadığı görüşünü öne sürmüştür (Y9HD, 31.03.1983, E. 1982/7377 K. 1983/414, Tütis, Temmuz 1983, 18; Yargıtay'ın görüşünde Günay, Sendika Yöneticiliğinin Teminatı, s. 11; Narmanlıoğlu, s. 171). Yargıtay'ın daha sonra verdiği bir kararda, eski yöneticinin yeniden işyerine alınması halinde başvuru tarihindeki emsal kıdem ve görevde bulunan işçiye ödenmesi gereken geçerli ücretin baz alınması, toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek durumda ise bu durumun da dikkate alınması gerektiği, eski ve yeni asgari ücretlerde mukayese yapılarak hüküm kurulmasının hatalı olduğu sonucuna varılmıştır (Y9HD, 20.03.1997, E. 1996/22609 K. 1997/5569, YKD, Temmuz 1997, 1084-1085).
- 69 Mollamahmutoğlu, s. 327, 332.
- 70 YHGK, 04.02.1998, E. 1998/9-46, K. 1998/11, Kılıçoğlu, s. 243-246, Kazancı.

Doç. Dr. M. Fatih UŞAN

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, İş Kanunu'nda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir Mi?

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2006/29243

**Karar No** : 2007/15688

**Tarihi** : 21.05.2007

### DAVA

Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, izin ücreti, ikramiye, kömür, giyecek yardımları ile iş güvencesi tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

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

2. Davacının TİS'nin 17. maddesinde düzenlenen iş güvencesi tazminatının yeterli araştırma yapılmadan yazılı şekilde reddedilmesi hatalıdır. Öncelikle davacının akdin feshi tarihinde 4857 sayılı yasanın 18-21 maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşul-

larından yararlanıp yararlanmadığı hususu araştırılmalı, sahipse TİS'nin 17.maddesine dayalı istemi reddedilmelidir.

Anılan yasa hükümlerinden yararlanması mümkün değilse TİS'nin 17.maddesine dayalı istemi 4857 maddesinin<sup>1</sup> 21. maddesindeki tazminata ilişkin ölçütler de dikkate alınarak hüküm altına alınmalıdır. Aksi halde iş güvencesinden yararlanacak işçilere nazaran yararlanmayanların daha üst bir mali güvenceye sahip

olunur ki, bu durum eşitlik ilkesine aykırı olur.

Eksik inceleme ile yazılı şekilde anılan istemin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.5.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

Karara esas, Konya İş Mahkemesi'nin, 20.09.2006 tarih ve 2004/417 E., 2006/976 K. sayılı kararına göre:

“... Dosya kapsamı ile davalı işveren tarafından davalının ücretsiz izne çıkarıldığı, bu şekilde uygulama işçi tarafından kabul edilmedikçe haksız fesih sayıldığı ve işçi alacaklarına hak kazanıldığı, davacı tarafından 15.06.2005 tarihli bilirkişi raporuna itiraz edilmediği, davalı tarafından itiraz üzerine 25.02.2004 tarihli ikinci rapor alındığı, ücret alacağının dava açıldıktan sonra ödendiği, yakacak ve giyim yardımı yönünden ilk raporda belirlenen değerlere itiraz edilmediği, işten çıkarmanın keyfi ve haksız olduğu yönünde yeterli delil sunulmadığından iş güvencesi tazminatına hak kazanılmadığı, davacının davadan önce 22.04.2004 tarihinde başvurulmuş ise de, davacı dilekçesinde 27.04.2004 tarihi istenildiğinden bu tarihte temerrüt olduğu anlaşılmalı 25.02.2004 tarihli bilirkişi raporu esas alınarak davanın kısmen kabulü yönünde karar vermek gerekmiş aşağıdaki hüküm kurulmuştur....Davacının iş güvencesi tazminatı isteminin REDDİNE, ... İş Mahkemeleri Kanununun 8.maddesi uyarınca tefhimden itibaren 8 gün içerisinde Yargıtay yolu açık olmak üzere taraf vekillerine karşı verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı”.

**I.** Burada inceleme konusu yapılacak husus, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için sözleşmeler ile getirilen iş güvencesi tazminatlarının, miktar itibarıyla İş Kanunu'nda öngörülen iş güvencesi tazminatı ile irtibatının olup olmadığıdır. Bir başka ifadeyle, iş güvencesi kapsamında olma-

yan işçiler için sözleşmeler ile benimsenen iş güvencesine ilişkin tazminatların, iş güvencesi kapsamında olan işçiler için İş Kanunu'nda öngörülen tazminatları aşabilip aşamayacağıdır.

**II.** Mahkemece verilen feshin geçersizliğine ve işe iade kararına rağmen yasal süresinde başvuran işçiyi işe başlatmaması halinde işverenin ödemesi gereken tazminata, iş güvencesi tazminatı denir<sup>2</sup>.

İş güvencesi tazminatı, işe iade müessesesi kabul edilmezden önce de uygulamada özellikle toplu iş sözleşmeleri ile benimsenmiş ve uygulanmıştır. Bununla birlikte, 4773 sayılı Kanun'la 1475 sayılı İş Kanunu'nda yapılan değişiklik ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda da benimsenen sistemle, yasal olarak mevzuatımıza girmiştir. Gerçekten, İş K. m. 21'e göre, “*İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel bakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.*

*Mahkeme veya özel bakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.*

*Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir...*

*Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir”.*

**III.** İnceleme konusu yaptığımız Yargıtay kara-



rında, davacının toplu iş sözleşmesinde öngörülen iş güvencesi tazminatına hak kazandıran bir şekilde sözleşmesinin sona erdirilip erdirilmediği hususunda ayrıntılı olarak değerlendirme yapılmayacaktır. Bununla birlikte dosya içeriğinden, davacının davalı Belediye'de, muhasebe personeli olarak çalışmakta olduğu, ancak yerel seçimlerden kısa bir süre sonra, ekonomik sebepler gösterilerek iş akdinin askıya alındığı (ücretsiz izne çıkarıldığı)<sup>3</sup>, bunun davacı tarafından kabul edilmediği ve bir kısım alacak ile birlikte toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan iş güvencesi tazminatının da bu dava ile talep edildiği görülmektedir.

Yerel mahkeme, iş güvencesi tazminatını, ekonomik sebepler gerekçe göstererek reddetmiştir. Bununla birlikte Yargıtay, iş güvencesi tazminatına hükmetmek gerekliliğine vurgu yapmakla birlikte, önceki uygulamalarına paralel olarak, talep edilen miktara ilişkin olarak indirimle gidilmesi gerektiğine

cekleri tazminatı aşan) hükmedilmesi, eşitlik ilkesinin ihlali olup, hukuken mümkün değildir.

**IV.** Bu arada belirtilmesi gereken, İş Kanunu sisteminde, işe iade davasının kazanılmasından sonra, gerekli usule uyarak işverene başvuran işçinin çalıştırılmaya başlatılmaması durumunda sözleşmesi olan düzenlemelerin (4-8 aylık ücret tutarında tazminat ve boşta geçen azami 4 aylık ücret) mutlak emredici nitelikte olduğudur<sup>5</sup>.

Böylelikle iş güvencesi kapsamında olan işçiler için, işe iade kararının yerine getirilmemesine bağlı olarak sözleşme taraflarının, işçinin lehine olmak koşulu ile daha avantajlı bir düzenleme yapabilme imkânları da bulunmamaktadır<sup>6-7</sup>. Bununla birlikte söz konusu 4-8 aylık ücret tutarındaki tazminat miktarı, hakim tarafından, işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlar göz önünde tutularak belirlenecektir<sup>8</sup>. Ancak, sendikal nedenlerle yapılan fesihlerde iş güvencesi tazminatının miktarı da, işçinin

## İş güvencesi kapsamında olan işçiler için, işe iade kararının yerine getirilmemesine bağlı olarak sözleşme taraflarının, işçinin lehine olmak koşulu ile daha avantajlı bir düzenleme yapabilme imkânları bulunmamaktadır.

de işaret etmektedir. Ancak indirim açısından, bu kararlar, eşitlik ilkesi de göz önünde tutularak iş güvencesi kapsamında olup işe iade davası sonrası işe başlatılmayan işçiler için söz konusu olan tazminat miktarının da üst sınır olacağı vurgulanmaktadır<sup>4</sup>.

Burada, belirtmek gerekir ki, Yargıtay tarafından özellikle, tazminat miktarı belirlenirken, iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin alacağı tazminat miktarının aşamayacağı hususuna dikkat çekilmiştir. Gerçekten Yargıtay'a göre, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma imkânı bulunmayan işçinin sözleşmesinin toplu iş sözleşmesinde öngörülen iş güvencesine hak kazandıran bir biçimde sona erdirilmesi durumunda alabileceği tazminatın, kanun gereği iş güvencesi kapsamında yer alan işçinin alabileceği tazminat miktarından daha fazla olamayacağı hususu, eşitlik ilkesinin bir görünümü olarak ifade edilmiştir. Bir başka deyişle, toplu iş sözleşmeleri ile iş güvencesi kapsamında olmayanlar için aşırı şekilde kararlaştırılan tazminatlara (iş güvencesi kapsamında olanların alabile-

asgari bir yıllık ücreti tutarından az olmamak gerekir (SK. m. 31/6)<sup>9</sup>.

**V.** Dava konusu olayda, davalı... Belediyesi ile... Sendikası arasında 1.3.2003-28.2.2005 yürürlük tarihlerini kapsayan toplu iş sözleşmesinin, "İşçi Çıkarma" başlıklı 17. maddesine göre, "İşveren 158 sayılı ILO Sözleşmesi hükümlerine bağlı kalmayı taahhüt eder. Bu hükümden hareketle, işyerlerinde çalışmakta olan işçiler, keyfi olarak ve baksız bir sebepten dolayı gerek bireysel ve gerekse toplu şekilde işten çıkarılamazlar.

Keyfi ve baksız bir sebeple işten çıkarmalarda, işveren işten çıkardığı her işçiye yasalar ve toplu iş sözleşmeleriyle kazanılan hakların dışında ve ayrıca maaşının (12) katı bir yıllık maaşı tutarında iş güvencesi ödeneği ödemeyi taahhüt eder.

Bu ödeneğin esasına esas teşkil eden işçinin maaşı giydirilmiş brüt ücreti olacaktır.

1475 sayılı yasanın 17/2 maddesine göre işten çıkarmalarda ise mutlak surette disiplin kurulu kararı gereklidir".

## Yargıtay aslında öteden beri toplu iş sözleşmeleri ile öngörülen iş güvencesi tazminatlarını cezai şart olarak görmekte ve BK. m. 161/son hükmü çerçevesinde kararlaştırılan miktarlardan belirli bir indirim yapılmasını aramaktadır.

Böylece taraflar, keyfi ve haksız olarak işten çıkarılan işçiler için bir yıllık giydirilmiş ücret tutarında “iş güvencesi” tazminatı ödenmesini öngörmüşlerdir. Hiç şüphesiz işçinin iş güvencesi kapsamı içerisinde yer alması, bir başka ifadeyle işe iade davası açabilmesi imkânının bulunması halinde, bu kural yukarıda ifade ettiğimiz “mutlak emredicilik” nedeniyle geçerli olamayacaktır<sup>10</sup>. Gerçekten Yargıtay’a göre, “Davacı 4857 sayılı Yasanın 18–21 maddelerinde düzenlenen iş güvencesi koşullarından yararlanabilecek durumdadır. Nitekim, davacı da işe iade davası açmış ve dava lehine sonuçlanmıştı. Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre davacı iş güvencesinden yararlanma olanağı bulunduğu toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şarttan yararlanamaz”<sup>11</sup>. Böylece, toplu iş sözleşmesi ile İş Kanunu’nda benimsenen işe iade davası açabilme imkânının bulunmadığı bir dönemde sözleşmeye konulan iş güvencesi tazminatı, İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ve ilgili düzenlemenin mutlak emrediciliği karşısında, kanunun kapsamı içerisinde yer alan (iş güvencesinden yararlanan) işçiler için, uygulanma kabiliyetini kaybetmiştir<sup>12</sup>.

**VI.** Yargıtay aslında öteden beri toplu iş sözleşmeleri ile öngörülen iş güvencesi tazminatlarını cezai şart<sup>13</sup> olarak görmekte ve BK. m. 161/son hükmü çerçevesinde kararlaştırılan miktarlardan belirli bir indirim yapılmasını aramaktadır<sup>14</sup>. Gerçekten, Yargıtay’a göre, “İşyerinde uygulanmakta olan Toplu İş Sözleşmesinin 17. maddesinde 1475 sayılı İş Kanunu 17/II maddesi dışında keyfi ve haksız bir sebeple işten çıkarılan işçilere 7 aylık ücreti tutarında iş güvencesi ödeneğinin ödeneceği kuralına yer verilmiştir.... İş güvencesi tazminatının da hüküm altına alınması gerekirdi. Zira, feshin hak-

sız olduğu anlaşıldığına göre, ortada 1475 sayılı İş Kanunu’nun 17/II maddesi kapsamında bir fesih sözkonusu değildir. Öte yandan... seçimlerden çok kısa bir süre sonra davacının ve diğer işçilerin işine son verilmesi anlamlıdır. Daha sonra işine son verilen işçilerden ikisinin yeni seçilen belediye başkanının yakını oldukları için yeniden işe alınmış olmaları da dikkat çekicidir. Bu durumda Toplu İş Sözleşmesinin 17. maddesine göre cezai şart niteliğinde olan iş güvencesi tazminatı hesaplanıp Borçlar Kanunu’nun 161/son maddesine göre bir değerlendirmeye tabi tutularak istek doğrultusunda hüküm kurulmalıdır”<sup>15</sup>. Yargıtay’ın söz konusu uygulaması istikrar kazanmış niteliktedir<sup>16</sup>.

Bununla birlikte, Yargıtay’ın toplu iş sözleşmeleri ile benimsenen tazminatlara ilişkin cezai şart kabulü ile indirime gitmesi, öğretide eleştirilmektedir.

Yargıtay uygulamasını eleştirenlere göre, anayasal bir hak olan toplu iş sözleşmesi özerkliği ile taraflar, tıpkı bir kanun gibi emredici niteliğe sahip normatif kural koyabilmektedirler. Toplu iş sözleşmesi ile benimsenen cezai şart niteliğindeki götürü tazminatlar da normatif niteliğe sahiptirler. Bu özellik nedeniyle de hâkimin müdahale alanı dışında kalırlar. Dolayısıyla BK. m. 161/son uyarınca tenkis yapılabilme imkânı da ortadan kalkar. Böylelikle cezai şartın tenkisi anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliğine ve normatif hükümlere kabul edilemeyecek bir müdahale anlamındadır<sup>17</sup>. Ancak iş sözleşmesi ile kararlaştırılmış olan cezai şarta müdahale ise, her zaman mümkündür<sup>18</sup>.

Şüphesiz Yargıtay uygulamasını tasvip edenler de bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, öğretide toplu iş sözleşmelerine konulmuş olan cezai şart niteliğindeki hükümlere hâkimin müdahale etmesini mümkün görenler de bulunmaktadır<sup>19</sup>. Kanaatimiz de, cezai şart için tenkisin, indirim şartlarının mevcudiyeti halinde sözkonusu olabileceği doğrultusundadır.

**VII.** İnceleme konusu yaptığımız bu kararında Yargıtay, tenkis açısından bir sınır getirmekte ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için toplu iş sözleşmesi ile benimsenen iş güvencesi (adı ne olursa olsun) tazminatlarının, İş K. m. 21’de öngörülen tazminat da dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kesin olan husus,

iş güvencesi kapsamında olan işçiler için Kanunda öngörülen tazminatların mutlak emredici nitelikte olmasıdır. Bir başka ifadeyle, iş güvencesi kapsamında bulunan işçiler için kanunda belirlenmiş tazminat (ve boşta geçen süreye ait ücret), işçinin lehine ve aleyhine değiştirilemez.

Bununla birlikte incelediğimiz kararında Yargıtay, kanuni iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için, toplu iş sözleşmesi ile getirilen cezai şart niteliğinde kabul ettiği tazminatlarda tenkise tabi tutma uygulamasını, eşitlik ilkesini ön plana çıkararak biraz daha sınırlandırmaktadır. Bir başka ifadeyle, toplu iş sözleşmesinde cezai şart öngörülse dahi, bunun miktarı, işçi iş güvencesi kapsamında olsa idi onun alabileceği miktarı da aşamayacaktır.

Böylelikle Yargıtay, bir nevi İş Kanunu'nda kabul edilen iş güvencesi tazminatına ilişkin hükmün mutlak emredici niteliğe sahip olması yolundaki

ler lehine sözleşmelerle düzenlemeler getirilmesine kural olarak herhangi bir engel bulunmadığı gibi kapsama giren işçiler açısından da bu sınırlama sadece İş K 21'de yer alan işçiye ödenecek iş güvencesi tazminatının ve boşta geçen sürelerle ilişkin ücretin tutarı hakkında sözkonusu olacaktır<sup>20</sup>.

Buna karşın, Yargıtay yukarıda da belirttiğimiz gibi, eşitlik ilkesini esas alarak iş güvencesi tazminatında yapılacak tenkiste iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin, iş güvencesi kapsamında gibi mütalaa edilerek tazminatın belirlenmesini istemektedir.

Dolayısıyla değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da eşitlik/eşit davranma ilkesidir.

İş hukukunun önemli alanlarından biri olan eşit davranma ilkesi, en basit ifadeyle, işverenin, bir işyerinde çalışan işçilere, rasyonel ve haklı bir neden olmaksızın farklı davranamayacağını ifade

## Bir kısım işçinin iş güvencesi kapsamında olması, bir kısmının da olmaması halinde, iş güvencesi kapsamında olanlar için toplu iş sözleşmesi ile getirilen iş güvencesi sisteminin uygulanmayacağı tabiidir.

düzenlemeyi, eşitlik ilkesini benimseyerek, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için de kabul etmektedir.

Belirtelim ki, öğretide mutlak emredici niteliğin sadece iş güvencesi kapsamında olan işçiler için sözkonusu olduğu, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler içinse, iş güvencesi getiren düzenlemelerin toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde serbestçe kararlaştırılabileceği ifade edilmektedir. Gerçekten, SÜZEK'e göre, "İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasında sadece geçersiz (ve haksız) feshin hukuki sonuçları mutlak emredici hale getirildiğinden İK. 21/1-3 dışında kalan, İK 18 vd. da yer alan ve iş güvencesinin kapsamındaki işçilere uygulanan diğer hükümlerin sözleşmelerle işçi lehine değiştirilmesi mümkündür. Nitekim, yasanın İK 21/son'a ilişkin gerekçesinde de "Madde öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılması için, bunların değiştirilmeyeceği vurgulanmıştır" denilmek suretiyle sözleşmelerle aksi kararlaştırılmayacak hükümlerin sadece geçersiz (ve haksız) feshin sonuçlarıyla sınırlı olduğu açıklanmıştır. O halde, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçi-

eder<sup>21</sup>. Eşit davranma ilkesinin temelinde eşitlik ilkesi (AY. m. 10), hakkaniyet ve dürüstlük kuralı bulunmaktadır<sup>22</sup>. Hemen belirtilmesi gereken nokta, eşit davranma ilkesinin, bir işyerinde çalışan işçiler arasında her alanda mutlak bir eşitliği öngörmediği; gerçekten eşit durumda olan işçiler arasında ayırım yapılmasını engellemeye yöneldiğidir<sup>23</sup>. Eşit davranma ilkesinde söz konusu olan, eşit durumda olanlara eşit, farklı durumda olanlara farklılıkları oranında farklı davranmaktır. İş hukukunda geçerli olan eşit davranma yükümlülüğünün sonucu olarak, aynı durumda olanlar arasında maddi açıdan farklı davranılmasını gerektirecek haklı sebepler bulunmadığı sürece, farklı davranılmasının yasaklanmasıdır. Farklı davranma, baskın hukuk uygulamasına göre ve adalet düşüncesi açısından haklı görülebilecek nitelikte olmalı ve tatminkâr bir gerekçeye dayanmalıdır<sup>24</sup>.

Eşit davranma borcunun (eşit işlem yapma borcunun) sözkonusu olabilmesi için karşılaştırma yapılabilecek bir durumun varlığı gerekir. Bunun için de birden çok işçinin, yani bir işçi grubunun mevcudiyeti aranır. Yine, böyle bir grubun sözkonusu

olabilmesi için aynı işverene bağlı olarak çalışılmasıdır. Hiç şüphesiz, yer ve konu itibarıyla de aynı işyeri olmalıdır. Çalışan kimselerin de iş sözleşmesi ile çalışan işçiler olması ve eşit davranmayı gerektiren hususun da kollektif nitelik taşıması lazımdır<sup>25</sup>.

Bu genel anlatımdan sonra, iş güvencesi tazminatı açısından eşitlik ilkesi üzerinde durmak gerekir. Burada Yargıtay işçinin iş güvencesi kapsamında olsa idi alabileceği tazminat miktarının aşılamayacağını öngörmektedir. Konu iki şekilde ele alınabilir. Birincisi işyerinde hem iş güvencesine tabi işçilerin bulunduğu, hem de bulunmadığı durumlar (örneğin bir kısım işçinin altı aylık kıdemi doldurmaması gibi) ile, ikinci olarak işyerinde yasal anlamda iş güvencesine tabi hiç işçi olmamasına karşın (otuz işçiden daha az çalıştırma) iş güvencesi tazminatlarına ilişkin sınırlamanın sözkonusu olup olamayacağıdır.

rektir. Zira sınırlamanın istisna, sınırlamamanın da kural olması asıldır. Ayrıca, somut olayın özelliklerine göre takdir hakkını hakime bırakmak, en uygun çözüm olsa gerektir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, somut olayın şartları dikkate alınarak hakim, fahiş gördüğü cezai şarttan indirimde şüphesiz iş güvencesi ile getirilen tazminatı göz önünde tutabilir. Ancak bunun, bağlayıcı olması, kabul edilemez. Ayrıca burada da eşitlik ilkesinin uygulanabilirliği söz konusu değildir.

Konu olaya gelecek olursak, işyerinde otuzdan daha az işçi çalışmaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin uygulama alanı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hakim fahiş gördüğü toplu iş sözleşmesi ile getirilen cezai şarttan tenkis yapabilir. İndirim açısından kıstas olarak da iş güvencesi tazminatı kapsamında olsa idi, alınabilecek olunan tazminat miktarı esas alınabilir. Ama bunun bağlayıcı bir sınır olması yolundaki uygulama, isabetli değildir.

## Yargıtay kararında açıklanan eşitlik ilkesinin benimsenmesi halinde, öncelikle belirlenmesi gereken problem, iş güvencesi tazminatı ifadesinin hem tazminatı, hem de boşta geçen ücreti kapsayıp kapsamadığıdır.

Yargıtay bu kararında herhangi bir ayırım belirtmeksizin her iki durum için de, iş güvencesi tazminatının aşılamayacağını belirlemiştir. Bir başka ifadeyle, toplu iş sözleşmesi ile getirilen iş güvencesi tazminatı, yasal iş güvencesi tazminatını aşmayacak şekilde belirlenmelidir. Aslında işyerinde otuz işçiden daha az işçinin çalıştığı yerde tüm işçilerin iş güvencesi kapsamı dışında tutuldukları açıktır. Kararda sözü edilen eşitlik ilkesinin bu anlamda uygulanabilme imkânı bulunmamaktadır. Zira belirttiğimiz gibi eşit davranma ilkesinin söz konusu olabilmesi için, karşılaştırma yapabilecek bir durum varlığı aranır. Oysa tüm işçiler iş güvencesi kapsamı dışında olduklarından burada karşılaştırma yapabilecek bir durum bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra, bir kısım işçinin iş güvencesi kapsamında olması, bir kısmının da olmaması halinde, iş güvencesi kapsamında olanlar için toplu iş sözleşmesi ile getirilen iş güvencesi sisteminin uygulanmayacağı tabiidir. Burada iş güvencesi kapsamında olmayanlar için toplu iş sözleşmesi ile getirilen güvencede, eşitlik ilkesi esas alınarak tazminat miktarının sınırlanması ise, uygun olmasa ge-

Kaldı ki aşağıda da açıkladığımız gibi, bunun miktarının da tespiti özellik ve zorluk gerektirebilir. Dolayısıyla benimsenen husus, tazminat açısından tespitinde bir kıstas olarak göz önünde tutulabilir, ancak hakim bu miktarın alt ve/veya üstünde bir tazminata da karar verebilir.

Tabii üzerinde durmadan geçemeyecek olduğumuz hususlardan bir diğeri de, burada da işverenin kamu kuruluşu olmasıdır. İşverenin kamu kuruluşu olması, toplu iş sözleşmesi açısından ayrıca ele alınması gereken konulardandır<sup>26</sup>. Kanaatimizce, bu şekilde toplu iş sözleşmesine yargısal müdahale sayılan birçok husus, kamu işverenlerinin sendikaya üye olmaları ile düzeltilebilecek ve/veya en aza indirilebilecek niteliktedir<sup>27</sup>. Bir başka ifadeyle kamu kuruluşlarının işveren sendikalarına üye olmaları ile uygulamada ortaya çıkan birçok problemin halli de, böylelikle çözümlenebilecektir.

**VIII.** Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, Yargıtay kararında yer alan İş K. m. 21'de öngörülen tazminat ifadesinin, boşta kalınan en çok 4 aylık ücret ile 4-8 aylık ücret tutarındaki tazminatı birlikte kapsayıp kapsamadığıdır.



Kararın lafzına bakıldığında ve İş K. m. 21'de yer alan tazminat ifadesi dikkate alındığında, eşitlik ilkesi açısından sadece 4-8 aylık ücret tutarında tazminatın esas alındığı gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Oysa yasal iş güvencesi kapsamında olanlar için, aynı zamanda boşta geçen süreye ilişkin ücreti talep edebilme imkânı da bulunmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay kararında açıklanan eşitlik ilkesinin benimsenmesi halinde, öncelikle belirlenmesi gereken problem, iş güvencesi tazminatı ifadesinin hem tazminatı, hem de boşta geçen ücreti kapsayıp kapsamadığıdır. Kararın lafzından hareketle sadece tazminata hükmedilmesi, boşta geçen ücrete ilişkin bir tespit yapılmaması (ve boşta geçen sürenin ihmal edilmesi) durumunda, yine kararda sözü edilen eşitlik ilkesi zedelenmiş olmayacak mıdır?

Hemen açıklamakta yarar vardır ki, aslında iş güvencesi tazminatı şeklindeki bir ifade, sadece 4-8 aylık tazminatı kapsar. Eğer Yargıtay görüşü kabul edilirse bu sefer de iş güvencesi kapsamında olmayanlar, boşta geçen süreye ilişkin ücreti talep edemezler. Yargıtay bakış açısıyla konunun eşitlik ilkesi ile çözülemeyeceği bu açıdan da görülmektedir.

Yine, sorun teşkil edebilecek bir diğer husus da, İş Kanunu'nda öngörülen tazminatın miktarı ile ilgilidir. Zira Kanun'da 4-8 aylık ücretten bahsedilmektedir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, çeşitli kıstaslarla (yaş, kıdem, liyakat vs.) bu tazminatın miktarı değişebilmektedir. Somut olayda, Yargıtay'ın görüşü benimsenirse, işçi için toplu iş sözleşmesi ile getirilen iş güvencesi tazminatının miktarı belirlenirken (indirim yapılırken) bu kıstaslara da başvurmak gerekir. Öyle ya, kıdemli ve özelliği olan bir işçi için bu sürenin 4 aydan daha fazla belirlenebilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu da ayrıca üzerinde durulması gereken bir konudur.

**IX.** Yeri gelmişken belirtmekte yarar vardır ki, Yargıtay toplu iş sözleşmesinde öngörülen iş güvencesi tazminatı için bir üst sınır öngörmekle birlikte, alt sınır açısından bir belirleme yapmamıştır. Bir başka ifadeyle, Yargıtay'a göre, ceza-i şart olarak kabul edilen tazminat, sözleşme ile ne kadar belirlenirse belirlensin, üst sınır olarak yasal iş güvencesi tazminatını aşamasa da, hâkim BK. m. 161/son çerçevesinde, tespit edilen üst sınırın da altında bir tazminata (tenkis sonucu) hükmedebilecektir. Zira, Yargıtay kararında İş K. m. 21'de öngörülen tazminatın göz önünde bulundurulması is-

tenirken, bunun altına inilemeyeceği şeklinde bir ifadeye yer verilmemiştir.

Sonuç olarak, iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçi için toplu iş sözleşmesi ile benimsenen iş güvencesi tazminatının miktarı belirlenirken, bu tazminatın fahiş (aşırı) olmasından hareketle tenkis edilebileceği, tenkiste işçi, iş güvencesi kapsamında olsa idi alabilecek olduğu tazminat miktarının kesin-bağlayıcı bir kıstas olmamakla birlikte, dikkate alınabileceği düşüncesindeyiz. Ancak, bunun eşitlik ilkesi gereği bir üst sınır olarak kabulünün, hukuki dayanaktan yoksun olduğu ve benimsenmesi halinde beraberinde başkaca problemleri de doğuracağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla Yargıtay'ın eşitlik ilkesini esas alan ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçi için toplu iş sözleşmesi ile getirilen iş güvencesi tazminatında, işçi yasal iş güvencesi kapsamında olsa idi alabilecek olduğu tazminatların dikkate alınması gerektiği yolundaki kararını, belirttiğimiz bu gerekçelerle, isabetli bulmuyoruz.

## DİPNOTLAR

- 1 Metinde yer alan "maddesinin" ifadesini yazım hatası olarak kabul ederek, "Yasanın" şeklinde anlamak gerekir.
- 2 Bkz. AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2006, s.807.
- 3 Yargıtay uygulamasında, işverenin işçiyi tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarması, işçinin buna muvafakat etmemesi halinde, işveren tarafından yapılan fesih (bildirimli) olarak nitelendirilmekte ve işçi bunun üzerine kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmaktadır. Gerçekten, "İşverenin ücretsiz izin uygulamasına işçilerin karşı çıktıkları hususunda dosyada bir delil mevcut değildir. Böyle olunca işçiler ile işveren arasında ücretsiz izne ayrılma konusunda örtülü bir anlaşmanın varlığının kabulü gerekir. İşçiler ücretsiz izin uygulamasına karşı çıkmamışlardır. Dairemizin uygulamasına göre işverenin işçilerin açık ve zımni rızaları dışında yaptığı ücretsiz izne çıkarma uygulaması akdin feshi niteliğindedir", Yarg. 9.HD. 10.10.2006, 24775/26831, kararın değerlendirilmesi ve yerindeliği için ŞAHLANAN Fevzi, Ücretsiz İzin, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Hukuk 19, S.334, Aralık 2007, s.2-4. Ayrıca bkz. Yarg.9.HD., 9.10.2003, 4267/16734, İşveren, C.XXXVIII, S.1, Ekim 2003, s.27; aynı yönde, Yarg.9.HD., 23.12.1996, 16196/23958 (yayınlanmamıştır); Yarg.9.HD., 7.5.2002, 3282/7216 (yayınlanmamıştır). Yine ücretsiz izin ile ilgili Yargıtay uygulamasının değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. UŞAN, M. Fatih, İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2000, s.1213 vd.; TAŞKENT, Savaş, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil, Yıl 1, S.3 Eylül 2006, s.20 vd.
- 4 Yargıtay, daha önceki bir kararında da işyerinde 30 işçi araştırmasının yapılmasını istemiş ancak, işçilerin iş güvencesi

tazminatında, iş güvencesinde kapsamda olsalardı ne kadar alacaklarına dair bir kıyaslamaya ve eşitlik ilkesine değinmemiştir. “Dava dilekçesinde TİS'nin 24.maddesine göre iş güvencesi tazminatı talep edilmiştir. Öncelikle işyerinin iş güvencesi kapsamına girip girmediği tespit edilmeli şayet 30 veya daha fazla işçi çalışıyorsa bu tazminatın reddi cihetine gidilmelidir. Aksi halde TİS celp edilmeli, tüm deliller birlikte bir değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir”, Yarg.9.HD., 7.12.2006, 13166/32153, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2006-13166.htm&query=%20güvencesi%20tazminatı#fm> (25.1.2008); benzer şekilde, Yarg.9.HD., 11.4.2006, 8251/9411, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2006-8251.htm&query=%20güvencesi%20tazminatı#fm> (25.1.2008)

- 5 ÇELİK, Nuri, İş Hukuku, Dersleri 20.B., İstanbul 2007, s.241; EKONOMİ, Münir, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi semineri, TÜSİAD Semineri, 25 Haziran 2004, İstanbul 2005, s.29; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005, s.509; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2.B., İstanbul 2005, s.538; DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Yargıtay Kararları İşığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2007, s. 168; DEMİR, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 4.B., İzmir 2005, s.244; GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 2.B., Eskişehir 2007, s.157; ÖZDEMİR, Erdem, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD., C.54, S.3, 2005, s.102. “4857 sayılı Yasanın 21. maddesinin birinci fıkrasında işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırları gösterilmiş olup; bu sınırlar arasında işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi hususlara nazara alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Ancak, davacı sözü edilen düzenlemede belirtilen sınırlar arasında bir miktar belirterek talepte bulunmuş ise talep edilen miktardan fazlasına hükmedilmemelidir. Başka bir anlatımla, davacı işe başlatmama tazminatını 4 aylık ücret tutarı olarak istemek suretiyle kendisini bağlamıştır”, Yarg.9.HD., 20.11.2006, 22029/30614, Çalışma ve Toplum, 13, 2007/2, s.272-273. Mutlak emredici olarak öngörülen bu düzenleme, işverenin menfaatleri gözetilerek denge sağlanmasını amaçlamaktadır. Bkz. ÖZDEMİR, s.101.
- 6 Yasa bu taban ve tavanı mutlak emredici nitelikte gördüğünden bunun altına inilemeyeceği gibi üstüne de çıkılamaz. Doğrudan ve dolaylı biçimde bunun aksini öngören anlaşmalara da geçerlilik tanınmaz. Örneğin sözleşme ile cezai şart kararlaştırılsa dahi bu geçersizdir. Bkz. AKYİĞİT, Şerh, s.809.
- 7 ÖZDEMİR'e göre de, bu düzenleme isabetli değildir. Zira, sekiz aylık tazminatın üzerinde bir tazminat ödemek işverenlerin menfaatine olmayabilir, ancak kamu düzenini ilgilendiren bir tarafı da yoktur. Zaten 4773 sayılı Kanun'da da sekiz aylık tazminatın üst sınırı on iki aylık ücret şeklinde belirlenmiştir. Dolayısıyla 8 aydan daha fazla belirlenen bir tazminatın işverenin fesih hakkını ortadan kaldırıcı nitelikte sayılmaması gerekir. Bkz. ÖZDEMİR, s.117; mutlak emrediciliğin eleştirisi ve işçi lehine olmak koşulu ile tazminatların artırılabilmesine imkan tanınması gerekliliği hakkında bkz. SÜZEK, s.538; SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, s.265-266; GÜZEL, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, iş güvencesi esasları ve Uygulama Sorunları, Sendikalar Yasası, Öngörülen Değişiklikler, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Öngörülen Değişiklikler, İstanbul Barosu 2004, İstanbul 2004, s.118. 4773 sayılı Kanun Tasarısı ile ilgili olarak mutlak

emrediciliği içeren kural ile ilgili olarak EKMEKÇİ'ye göre, “... tasarısı gerekçesinde de maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerde artırılmaması için, bunların değiştirilemeyeceğinin vurgulandığı açık olarak ifade edilmiştir. Bu hususun mutlak emredici olarak düzenlenmesi için hiçbir neden bulunmamaktadır. Böylelikle... tazminat miktarını serbest toplu pazarlık düzeni içerisinde toplu iş sözleşmeleri ile ağırlaştırılmalarının önü tıkanmıştır”, EKMEKÇİ, Ömer, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001, s.59. Kanaatimizce, getirilen bu mutlak emredici hüküm, toplu iş sözleşmesi prosedüründe, daha çok kamu işverenlerini korumak maksadı ile benimsenmiştir.

- 8 Kriterler için bkz. ÇANKAYA, Osman Güven/GÜNAY, Cevdet İlhan/GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s.265 ve 640 vd.; BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, Adana 2004, s.97 vd.; SARIBAY, s.259 vd.
- 9 İş güvencesi kapsamında olan işçinin, işe iade davası açması gerektiği, bunun dışında, kötüniyet tazminatı veya sendikalar tazminatı talep edemeyeceği hakkında bkz. BAKIRCI, Kadriye, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikalar Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil, Y.1, S.2, Haziran 2006, s. 114 vd.; ÇELİK, Nuri, İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İHSGHD., C.4, S.14, 2007, s.490.
- 10 AKYİĞİT'e göre, “İş güvencesinden yararlanan bir işçinin yasal iş güvencesi tazminatı yanında bir de sözleşmeyle getirilen tazminat (cezai şart) istemesi, aynı fesih olayında geçerli olamaz. Aksine tutum, İş K 21/son fıkra hükmüne aykırı ve geçersizdir”, AKYİĞİT, Ercan, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s.336.
- 11 Yarg.9.HD., 21.11.2006, 9775/30758, Legal İHSGHD., C.4, S.14, 2007, s.741-742 (ayrıca Çalışma ve Toplum, 13, 2007/2, s.266-267; aynı doğrultuda, Yarg.9.HD., 6.6.2005, 29686/20409, AKYİĞİT, Şerh, s.857; Yarg.9.HD., 07.5.2007, 2006-27415/2007-14484, Çalışma ve Toplum, 15, 2007/4, s.246-247; Yarg.9.HD., 27.3.2007, 661/8598, Çalışma ve Toplum, 14, 2007/3, s.189-191; Yarg.9.HD., 11.4.2006, 8251/9411, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2006-8251.htm&query=%20güvencesi%20tazminatı#fm> (25.1.2008), kararın incelemesi için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Hukuk 5, S.320, Eylül 2006, s.2 vd.; “İş güvencesi tazminatında, hükme dayanak yapılan Toplu İş Sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden imzalanmış ve feshe karşı bir güvence kapsamında, 55. madde ile “disiplin kurulu kararı olmaksızın herhangi bir nedenle işten çıkarılan sendika üyesi işçiye... 18 aylık maaşı tutarında iş güvencesi ödemesi kabul eder” hükmünü cezai şart tazminatı olarak düzenlemiştir. 4857 sayılı Yasa ile ülkemizde iş güvencesi hükümleri ve özellikle feshin geçersizliğini isteme hakkı getirilmiş ve Yasanın 17 ve 21. maddelerinde “iş güvencesi kapsamında kalan işçinin bir aylık süre içinde dava açmadığı takdirde kötüniyet tazminatı istemeyeceği, feshin geçerli hale geleceği” açıkça belirtilmiştir. Paralel olarak 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/6 maddesinde de iş güvencesi kapsamında kalan işçinin sendikalar tazminatı istemeyeceği kuralına da yer

- verilmiştir. Dosya içeriğine göre, davacı 4857 sayılı Yasa ile getirilen iş güvencesi kapsamında kalmaktadır. 4857 sayılı Yasanın belirtilen düzenlemesi karşısında, daha önce imzalanan TİS hükmündeki cezai şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından, önemi kalmamıştır. Feshin geçersizliği ve işe iade istemi süresinde ileri sürülmediği ve istenmediği takdirde, feshin geçerli hale gelecektir. Bu durumda geçersizlik şartlarına bağlı TİS hükmündeki tazminat istenemeyecektir. Anılan tazminatın reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru değildir”, Yarg.9.HD., 14.11.2005, 32050/35842 (yayınlanmamıştır).
- 12 Böylelikle, İş Kanunu düzenlemesinden önce toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesinin benimsendiği durumlarda, yasal iş güvencesinden yararlanan işçiler için, İş Kanunu'nun 21. maddesi göz önünde bulundurulduğunda TİS ile kararlaştırılan iş güvencesi tazminatının sınırlandırıldığı kabul edilmelidir. Bkz. Yarg.9.HD., 28.6.2006, 11064/19070, [#fm \(25.1.2008\)](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2006-11064.htm&query=iş%20güvencesi%20tazminatı).
- 13 Bkz. Yarg.9.HD., 13.06.1991, 11567/13949, Çimento İşveren, S.6, S.1, Ocak 1992, s.31-32; Yarg.9.HD., 28.04.2005, 2004/25259, 2005/14987, Yol-İş, S.85, Aralık 2005, s.57.
- 14 “Cezai şartın borçlusu işveren tacir dahi olsa, Borçlar Kanunu'nun 161/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca, fahiş görüldüğü takdirde cezai şarttan re'sen indirim yapılması zorunludur”; Yarg.HGK., 2.2.2005 2004/9-759, 2005/9, İşveren Yargıtay Kararları, C.44, S.7 Nisan 2006, s.3-10. Kararın değerlendirilmesi için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, s.116 vd. Cezai şartın indirilebilme şartları konusunda bkz. GÜNAY, Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara 2002, s.168 vd..
- 15 Yarg.9.HD., 2.3.2000, 1999/20271, 2000/2463 (yayınlanmamıştır); yine, cezai şart olarak tenkise tabi tutulma ile ilgili bkz. Yarg.9.HD., 30.10.1996, 9869/20192 (yayınlanmamıştır); Yarg.9.HD., 28.5.2002, 843/9143, kararın incelemesi için bkz. BAKIRCI, Kadriye, Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004, s.178; “Hüküm altına alınan toplu iş sözleşmesinin 24. maddesinde öngörülen iş güvencesi tazminatı cezai şart mahiyetindedir. Hükme esas bilirkişi raporu ile belirlenen tazminattan B.K.'nin 161/son maddesi uyarınca yapılmış olan indirim çok azdır. Anılan tazminattan daha fazla indirim yapılmalıdır”, Yarg.9.HD., 6.6.2007, 30630/18174, Çalışma ve Toplum, 15, 2007/4, s.217-218; Yarg.9.HD., 13.10.2003, 16770/16857, [#fm \(25.1.2008\)](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2003-16770.htm&query=iş%20güvencesi%20tazminatı); Yarg.9.HD., 11.4.2006, 8252/9412, [#fm \(25.1.2008\)](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2006-8252.htm&query=iş%20güvencesi%20tazminatı); Yarg.9.HD., 25.10.2004, 7417/23825, [#fm \(25.1.2008\)](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/9hd-2004-7417.htm&query=iş%20güvencesi%20tazminatı), kararın incelemesi için bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Hukuk 5, S.320, Eylül 2006, s.2 vd.
- 16 İndirim yapılırken dikkate alınacak husus, çalışılan ve çalışılmayan sürelerle göre bir orantı kurulmak sureti ile hakkaniyete uygun bir indirim yapılması şeklindedir. Bkz. Yarg.17.11.1999, 14669/17566, GÜNAY, s.48 dn. 181.
- 17 Bkz. SÜZEK, s.545; SÜZEK, Sarper, İş Akdini Feshin Hakkının Sınırlandırılması, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan, C.6, S.4, 2002, s.85 vd. Ayrıca BAKIRCI, Değerlendirme 2002, s.178'de belirtilen yazarlar; NARMANLIOĞLU, Ünal, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshine Karşı Korunması, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshine Karşı Korunması, İstanbul 2002, s.333-334.
- 18 Bkz. SÜZEK, s.545.
- 19 MOLLAMAHMUTOĞLU'na göre, “... toplu iş sözleşmeleriyle öngörülen cezai şart fahiş kabul edilebilecek miktarlarda ise indirilmesi gerekir; çünkü, toplu iş sözleşmesinin normatif hükmü de, kanunun imkân tanıdığı hudutlar içinde etki gösterebilir; yargıç fahiş gördüğü cezaları indirmekle yükümlüdür (BK. md.161/son fıkra)”, MOLLAMAHMUTOĞLU, s.523, ayrıca bkz. s.560; ÇELİK, s.193-194; ARICI, Kadir, Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması, Gazi ÜHFD., C.1, S.1, Haziran 1997, s.40.
- 20 SÜZEK, s.539, aynı görüş, SARIBAY, s.265.
- 21 Bkz. TUNCAY, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.6 vd.; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 3.B., İstanbul 2003, s.133; UŞAN, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C.1, İş Hukuku, Ankara 2006, s.95; BEDÜK, Nusret, İş Hukukunda Eşit Ücret Hakkı ve Uygulanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2004, s.68.
- 22 SÜZEK, s.363; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.429, TUNCAY, Eşit Davranma s.9, ULUCAN, Devrim, Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulanması, (Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan) Kamu-İş, C.5, S.3, Nisan 2000, s.191; AYDIN, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002 s. 63; KESER, Hakan, 4857 sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, (Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan) Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, s.61; BEDÜK, s.68; ERTÜRK, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 98-100; UŞAN, M. Fatih, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Legal İHSGHD., C.2, S.8, 2005, s.1626; YENİSEY DOĞAN, Kübra, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, Y.1, S.2 Haziran 2006, s.61;
- 23 ERTÜRK, s.101.
- 24 ERTÜRK, s.102-102.
- 25 UŞAN, İş Hukuku, s.95.
- 26 Toplu iş sözleşmesine yargısal müdahale ile ilgili olarak SUR'a göre, “... özellikle de işletmenin içinde bulunduğu güçlük ve getirilen ücret zamlarının yüksekliği değerlendirildiğinde, toplu sözleşmede öngörülen zammın kademeli uygulanma önerisi, objektif dürüstlük ilkesi çerçevesinde kabul edilir görünmektedir. Her hâlde diğer ülkeler gibi toplu iş sözleşmesi özerkliğini de katı ve mutlak biçimde ele almamak gerekir. Esasen dikkat edilecek husus, yargıcın pek istisnai haller dışında sosyal tarafların özerkliğine müdahale etmesi ve ahde vefa ilkesinden uzaklaşmasıdır. Aski takdirde sadece toplu iş sözleşmesi özerkliği ve anayasal toplu pazarlık hakkı değil, genel olarak

hukuki güvenlik de zedelenir. Nihayet, özellikle işveren sıfatı taşıyan kamu kesiminin yetkililerinin toplu pazarlık esnasında ileriye giderek işletme ve ülkenin uzun vadeli çıkarlarını gözetmeleri gerekir", SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006, s.298-299.

27 Bkz. UŞAN, M. Fatih, Kamu İşverenleri Açısından Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği! Ne kadar? (Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği-Toplu İş Sözleşmesine Yargısal Müdahale), Legal İHSGHD., C.4, S.15, 2007, s.973 vd.

\* Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

## KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2006 (Şerh).
- ALPAGUT, Gülsevil, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007.
- ARICI, Kadir, Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması, Gazi ÜHFD., C. 1, S. 1, Haziran 1997.
- AYDIN, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002.
- BAKIRCI, Kadriye, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil, Y. 1, S. 2, Haziran 2006.
- BAKIRCI, Kadriye, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004 (Değerlendirme 2002).
- BEDÜK, Nusret, İş Hukukunda Eşit Ücret Hakkı ve Uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2004.
- BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi Hukuku, İşe İade Davaları, Adana 2004.
- ÇANKAYA, Osman Güven / GÜNAY, Cevdeü İlhan / GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005.
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku, Dersleri 20. B., İstanbul 2007.
- ÇELİK, Nuri, İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İHSGHD., C. 4, S. 14, 2007 (Tazminat).
- DEMİR, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. B., İzmir 2005.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, İstanbul 2007.
- EKMEKÇİ, Ömer, Toplu İş Hukuku Bakımından İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul 2001.
- EKONOMİ, Münir, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, TÜSIAD Semineri, 25 Haziran 2004, İstanbul 2005.
- ERTÜRK, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002.
- GÜNAY, Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara 2002.
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 2. B., Eskişehir 2007.
- GÜZEL, Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları, Sendikalar Yasası, Öngörülen Değişiklikler, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Öngörülen Değişiklikler, İstanbul Barosu 2004, İstanbul 2004.
- KESER, Hakan, 4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, (Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan) Kamu-İş, C. 7, S. 3, 2004.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2005.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Çerçevesinde İşçinin Feshe Karşı Korunması, İktisadi Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul 2002.
- ÖZDEMİR, Erdem, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD., C. 54, S. 3, 2005.
- SARIBAY, Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007.
- SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2. B., İstanbul 2005.
- SÜZEK, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan, C. 6, S. 4, 2002 (Sınırlandırma).
- ŞAHLANAN, Fevzi, Ücretsiz İzin, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Hukuk 19, S. 334, Aralık 2007.
- ŞAHLANAN, Fevzi, İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Hukuk 5, S. 320, Eylül 2006 (İş Güvencesi).
- TAŞKENT, Savaş, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil, Yıl 1, S. 3 Eylül 2006.
- TUNCAY, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982 (Eşit Davranma).
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 3. B., İstanbul 2003.
- ULUCAN, Devrim, Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, (Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan) Kamu-İş, C. 5, S. 3, Nisan 2000.
- UŞAN, M. Fatih, İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2000.
- UŞAN, M. Fatih, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Legal İHSGHD., C. 2, S. 8, 2005 (Eşit Davranma).
- UŞAN, M. Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C. 1, İş Hukuku, Ankara 2006 (İş Hukuku).
- UŞAN, M. Fatih, Kamu İşverenleri Açısından Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği! Ne Kadar? (Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği-Toplu İş Sözleşmesine Yargısal Müdahale), Legal İHSGHD., C. 4, S. 15, 2007 (Özerklik) .
- YENİSEY DOĞAN, Kübra, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, Y. 1, S. 2 Haziran 2006.



**Selçuk KOCABIYIK**

MESS Müşavir Avukatı

# Yargıtay'ın İşkolu Tespitine İtiraz Konulu Bir Kararının İncelenmesi

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/27214**Karar No** : 2007/25682**Tarihi** : 19.07.2007

1- M.... A.Ş. adına Avukat ....., 2- D.... A.Ş. adına Avukat ..... ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı adına Avukat ..... aralarındaki dava hakkında ..... Asliye Hukuk Hakimliğinden İş Mahkemesi sıfatıyla verilen 27.12.2006 günlü ve 79-246 sayılı hüküm, davalı avukatınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### YARGITAY KARARI

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından D ..... A.Ş.'nin K. Kömür İşletmesi işyerinde kömürün çıkartılması, çıkarılan kömürün K. Termik Santraline iletilmesi işlerinin yapılmakta ol-

duğu, dekapaj işinin bir kısmının da diğer davacı M ..... A.Ş.'ne ihale edildiği, ayrıca bir kısım işlerin de başka alt işverenlere verildiği, işçi taşıma ve yemek dağıtım işi dışında alt işverenlere verilen işlerin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesindeki tanıma uymadığından bu işlerde çalışan alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren D ..... A.Ş. işçisi olduklarının kabulüne bu nedenlerle bu işverenlerin tarafından yapılan işlerinde İşkolları Tüzüğü'nün 02 sıra numaralı "Madencilik" işkoluna girdiğine karar verilerek, karar 2821 sayılı Sendika Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Davacılar, asıl işverenden iş alan taşeron firmalarının işyerlerinin asıl işverenin işyerinden bağımsız olduklarını, bu nedenle asıl işverenin işyeri kapsamında ve girdiği işkolunda yer almaları gerektiği ile alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olarak değerlendirilmesinin hatalı ve hukuka aykırı olduğunu, Bakanlığın böyle bir yetkisinin bulunmadığını iddia ederek alt işveren işyerlerinin hangi

işkoluna girdiğini belirtmeksizin Bakanlığın 30.06.2006 gün ve 2006/50 sayılı işkolu tespit kararının iptalini istemişlerdir.

Mahkemece alt işveren işyerinin girdiği işkolunun tespiti asıl işverenin işyerinden bağımsız olarak belirleneceği kabul edildiği, Bakanlığın işkolu tespit kararında asıl işveren-alt işveren ilişkilerini muvazaalı işlem olarak tespit yetkisinin bulunmadığı ve yargılama sırasında da bu iddianın ispatlanamadığı gerekçeleri ile işkolu tespit kararının iptaline karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden K. Kömür İşletmesi işyerinde kömür çıkarılması ve çıkan kömürün K. Termik Santraline iletilmesi işleminin D ..... A.Ş. tarafından yapıldığı, kömür cevherinin yüzeye çıkarılması için yapılan dekapaj işleminin bir kısmının da taşeron olarak M ..... A.Ş. ihale edildiği, her iki davacının yaptığı işin İşkolları Tüzüğü'nün 02 sıra numaralı "Madencilik" işkoluna girdiğinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlendiği; davacıların işyerinin 02 sıra numaralı işkoluna girmediğini ileri sürdükleri, ancak hangi işkoluna girdiğini açıklamadan işkolu tespit kararının iptalini istedikleri, mahkemece davacıların talepleriyle bağlı kalınarak işkolu tespit kararının iptaline karar verildiği, ancak asıl işveren ile taşeron firmaların işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin tespitine ilişkin hüküm kurulmadığı anlaşılmıştır.

Öncelikle 2821 sayılı Sendika Kanunu'nun 4. maddesi gereğince Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yayınlanan işkolu tespit kararına itiraz eden davacılar, tespite konu işyeri veya işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin tespitini talep etmemiş olsalar bile mahkemece Bakanlık işkolu tespit kararının iptali durumunda tespite konu işyeri veya işyerlerinin girdiği işkolunun gerekçesi de kararda gösterilmek suretiyle tespit edilmesi gerekir. Mahkemece işkolu tespit kararı taleple bağlı kalınarak iptal edilen işyerinin veya işyerlerinin girdiği işkolu veya işkollarının tespit edilmemiş olması yasaya aykırıdır.

Diğer taraftan davacı D ..... A.Ş.'den iş alan M ..... A.Ş. ve diğer alt işverenlerin işyerleri ile il-

gili işkolu tespiti, bu işverenlerin işyerlerinde görülen işlerin niteliğine göre belirleneceğinden bunların dava konusu olan işkolu tespit kararında "taşeron firmalar", "müteahhit" veya "yüklenici" olarak nitelendirmelerinin alt işverenlerin işyerlerinin girdiği işkolunun tespitinde etkili olmadığı gibi Bakanlık tarafından işkolu tespit kararında düzenlenen asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin ileride açılacak olan çoğunluk tespitine itiraz, işçiler veya işçi sendikacılarınca açılacak eda davalarının yargılamaları sırasında uyumsuzluğu çözmeye görevli ve yetkili mahkemelerce incelenip çözümleneceğinden mahkemenin Bakanlığın asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaalı işlemleri tespit edip buna göre işkolu tespiti yapmasının yasa ve içtihatlara aykırı olduğuna ilişkin kararı yerindedir. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesindeki tanıma uyumadığı için asıl işverenin işyeri ve işkolu kapsamında olduğu kabul edilip işkolu tespiti yapılan işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin tespiti gerekmektedir. Dosya içerisinde bulunan iş müfettişi raporu, sözleşmeler birlikte değerlendirildiğinde, K. Kömür İşletmesinde:

Davacı D ..... A.Ş.'nin kömür ocağında açık işletme usulü ile kömür çıkarılması ve çıkarılan kömürün K. Termik Santraline iletilmesi işlerinin ve M. A.Ş.'nin K. Kömür İşletmesi'nin kuzey ocak tabir edilen kısmın yarısında kömür katmanının üzerindeki tabakanın kaldırılması (dekapaj) işinin yapıldığı işyerlerinde yapılan işlerin nitelik itibarıyla İşkolları Tüzüğü'nün 02 sıra numaralı "Madencilik" işkoluna girdiği belirtilmiştir. Davacı D. Eksport A.Ş.'den iş alan diğer işverenler U ..... Ltd. Şti., H.K., T.K., D.Y., Y.K., S.G., Ü.K., H.K. ve F.K. tarafından üretim sahası içinde personel ve malzeme nakli ile Sivas ve Kangal ile işletme arasında servis yapma ve personel taşıma işlerinin, R.Y. ve A.S.T. tarafından araçların elektrik işlerinin, M.P.'nin üretim sahasında seyyar vinç çalıştırma işinin, H.U. tarafından araçların akaryakıt ikmalinin, D.Y.'nin araçların periyodik bakım ve yağlama ile T.K. Ltd. Şti.'nin TEAŞ Kömür Alma Sisteminden çıkan taşlı ve kömürlü malzemeyi taş bandının altın-

dan alarak kömür stok sahasına taşınması ile Mekanik Atölyesinde Kaynakçı çalıştırılması işlerinin görülmekte olduğu anlaşılmakta ise de, bu işverenlerin işyerleri ile ilgili olarak ayrı ayrı tespit yapılması gerektiği gibi bu işverenler davada taraf değildir. Bu şekilde bu işverenlerin işyerleri ile ilgili ayrı tespitlerin yapılması gerektiğinden bu işyerleri ile ilgili olarak bu dava içerisinde karar verilmesi mümkün görülmemiştir. Bu sebeplerle mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve davanın aşağıdaki şekilde kabulüne karar verilmesi gerekmiştir.

## SONUÇ

Yukarıda açıklandığı üzere;

- 1- K. Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinin 27.12.2006 tarih ve 79-246 sayılı kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
- 2- Davacıların davalarının kabulü ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 12.07.2006 ta-

rih ve 26226 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 30.06.2006 tarih ve 2006/50 sayılı işkolu tespit kararının iptali ile K. Kömür İşletmesinde;

a) Davacılar D. A.Ş. ve M. A.Ş. işyerlerinin ayrı ayrı işyerleri olduğu ve bu işyerlerinde yapılan işlerin nitelik itibarıyla İşkolları Tüzüğü'nün 02 sıra numaralı "Madencilik" işkoluna girdiğinin tespitine;

b) U. Ltd. Şti. H.K., T.K, D.Y., Y.K., S.G., Ü.K., H.K. ve F.K., M.P., H.U., D.Y., T.K. Ltd. Şti., R.Y., A.S.T. ve S.T.'nin işyerleri ile ilgili karar itirazına yer olmadığına,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacılar tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerlerinde bırakılmasına,

5- Karar tarihi itibarıyla 450.00 YTL. vekalet ücretinin davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davalıya verilmesine, 19.07.2007 gününde oybirliğiyle kesin olarak karar verildi.

## A. KARARA KONU OLAY

İncelememize esas yüksek mahkeme kararının konusu işkolu tespitine itirazdır. .... Sendikası, D.... A.Ş. K. Kömür İşletmesinde faaliyet gösteren taşeron firmaların hangi işkolunda yer aldığı tespit edilmesini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan talep etmiştir. Bakanlıkça işletmede yapılan inceleme sonucunda, davacı D.... A.Ş.'ye ait K. Kömür İşletmesinde kömürün çıkartılması, çıkarılan kömürün K. Termik Santraline iletilmesi işlerinin yapılmakta olduğu, dekapaj işinin bir kısmının diğer davacı M. A.Ş.'ne ihale edildiği, ayrıca bir kısım işlerin de başka alt işverenlere verildiği belirtilmiştir. İşçi taşıma ve yemek dağıtım işi dışında, alt işverenlere verilen işlerin İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan tanıma uymadığından, asıl işveren D.... A.Ş. ile kurulmuş olan alt işveren ilişkileri muvazaalı işlem olarak kabul edilmiş ve işletmedeki taşeron firmaların bir kısmının da asıl işverenin dahil olduğu 02 sıra numaralı "Madencilik", personel servis işlerini yapan alt işverenlerin "Kara Taşımacılığı", personel yemeklerinin dağıtım işinin ihale edildiği alt işverenin "Konaklama ve

Eğlence Yerleri" işkolunda yer aldığına ilişkin işkolu tespit kararı<sup>1</sup> Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Davacı D.... A.Ş. ve M.... A.Ş. işkolu tespit kararının iptalini talep etmişlerdir. Yerel mahkeme, alt işverenin işyerinin girdiği işkolunun tespiti asıl işverenin işyerinden bağımsız olarak belirlenmesi gerektiği, Bakanlığın işkolu tespit kararında asıl işveren-alt işveren ilişkilerini muvazaalı işlem olarak tespit yetkisinin bulunmadığı ve yargılama sırasında da bu iddianın ispatlanmadığı gerekçeleri ile işkolu tespit kararının iptaline karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, işkolu tespit kararının iptal edilmiş olmasına karşın, asıl işveren ile taşeron firmaların hangi işkolunda yer aldığına belirlenmesini yasaya aykırı bulmuştur. Bunun yanında, yerel mahkeme kararında yer alan "Bakanlığın asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaalı işlemleri tespit edip buna göre işkolu tespiti yapmasının yasa ve içtihatlarla aykırı olduğu" yönündeki görüşün yerinde olduğu belirtilerek, ayrı ve bağımsız birer işveren olan taşeron firmaların işyerleri ile ilgili ayrı ayrı tespit yapılması gerektiği belirtilmiş ve bu işyerlerine ilişkin hüküm kurulmamıştır.

İncelememizde, yüksek mahkemenin vermiş olduğu karar toplu iş hukuku boyutu ile değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## B. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1. Bakanlığın İşkolu Tespit Kararı:

Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesinde 28 adet işkolu sıra numaraları ile belirtilmiş ve bir işkoluna giren işlerin neler olacağı, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşü de alınmak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurulmak suretiyle bir tüzükle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Maddede anılan tüzük Bakanlar Kurulu'nun 10.11.1983 tarih ve 83/7376 sayılı kararnamesiyle çıkarılmış ve 06.12.1983 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tüzükte, Sendikalar Kanunu'nun 60. maddesinde belirtilen işkoluları sıra numaraları ile yazılarak, bir işkoluna giren işlerin neler olacağı belirtilmiştir.

Bir işyerinin hangi işkolunda yer aldığına tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılır (Sen. Kan. mad. 4). İşkolu tespitini isteyebilecek olanlar, kanunda ilgililer olarak belirtilmiştir. Kanaatimizce işkolu tespitinden hukuki yararı olan herkes tespiti isteyebilir. Bunun sonucu olarak işyerinde çalışanlar veya işçi sendikası işkolu tespitini isteyebileceği gibi işveren veya işveren sendikası da işyerinin hangi işkolunda yer aldığına tespitini isteyebilir. Bakanlığın, konfederasyonların işkolu tespit taleplerini de sonuçlandırdığı görülmektedir<sup>2</sup>.

İşkolu tespiti talebi ihtiyari bir müessese olup, ilgili işyerinin hangi işkolunda yer aldığına ihtilaf doğurduğu hallerde söz konusu olur. İşkolları Tüzüğü'nün 4. maddesinde de belirtildiği üzere, bir işyerinin hangi işkoluna girdiği konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ilgililerin başvurusu üzerine, işkolu, o işyerinde yürütülen işin niteliğine göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca saptanır<sup>3</sup>. Bir işyerinin hangi işkolunda yer aldığına tespiti her zaman istenebilir. Bakanlığa başvuru yetki sürecinde veya toplu müzakereler devam ederken yapılabileceği gibi, imzalanmış bir toplu iş sözleşmesi olması işkolu tespitinin yapılmasına engel değildir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından işyerinde yapılan inceleme sonucu verilen işkolu tespit kararı Resmi Gazete'de yayımlanır.

İhtilafa neden olan işkolu tespit kararında, işkolu tespiti istenen işyeri, D.... A.Ş. K.... İşletmesinde faaliyet gösteren taşeron firmalar olarak belirtilmiştir. İşkolu tespitini düzenleyen Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinin "bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti ..." düzenlemesi karşısında, işkolu tespitinin işyeri düzeyinde yapılması gerektiği görüşünderiz. Kanaatimizce bir işyerinde faaliyette bulunan alt işverenlere ilişkin işkolu tespitlerinin, her bir işveren için ayrı ayrı talep edilmesi gerekir. Bu işverenlerin o işyerinde ürettiği mal veya hizmet birbirinden bağımsız olduğu gibi, işverenlerin tüzel veya gerçek kişilikleri de farklıdır. Bu nedenle işkolu tespiti talebinin her bir işverene ait işyeri için ayrı ayrı talep edilerek, işkolu tespit kararlarının kurulması gerekir. Bu tür taleplerle karşılaşıldığında, tespiti isteyen tarafın, işkolu tespiti istenen her bir işverene ait işyeri için ayrı talepte bulunması sağlanmalıdır. İşkolu tespiti talebinden ve işkolu tespit kararından açık ve net bir biçimde hangi işverene ait işyeri için istendiğinin anlaşılması gerekir.

Nitekim yerel mahkeme, alt işverenin girdiği işkolunun tespitinin asıl işverenin işyerinden bağımsız olarak belirleneceğini kabul etmiştir. Yüksek mahkeme de bu işverenlerin işyerleri ile ilgili olarak ayrı ayrı tespit yapılması gerektiğini belirtmiş ve bu işyerleri ile ilgili olarak hüküm kurulmasına yer olmadığına karar vermiştir.

### 2. İşkolu Tespitine İtiraz Davasının Tarafları:

Karardan anlaşıldığı kadarıyla işyerinde faaliyette bulunan D.... A.Ş. ve M.... A.Ş. işkolu tespitine itiraz etmişler ve karşı taraf yani davalı olarak da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nı göstermişlerdir. Sendikalar Kanunu'nun 3. maddesinde, Resmi Gazete'de yayımlanan işkolu tespit kararına karşı ilgililerin dava açabileceği düzenlenmiştir. İşkolu tespit kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasını takiben onbeş gün içinde, ilgililer iş davalarına bakmakla görevli yerel mahkemede dava açarak, işkolu tespitine itiraz edebilirler. Tespit kararının Resmi Gazete'de yayımı tebliğ niteliğindedir<sup>4</sup>. İşkolu tespit kararından etkilenen ilgililer, işçi ve işveren sendikası, işyerinde çalışanlar veya işveren, yayım tarihinden itibaren onbeş gün içinde bu tespiti karşı dava açarak itiraz edebilirler.

İşkolu tespiti Bakanlıkça yapılmış bir idari işlem



olduğundan, bu davanın davalı tarafında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yer alması gerekir. Bakanlığın yanında işkolu tespitini isteyen taraf da, eğer işkolu tespitine itiraz etmemiş ise, davalılar arasında yer almalıdır. İncelediğimiz karar metninden anlaşıldığı kadarıyla, işkolu tespiti talebinde bulunan ..... Sendikası, davalılar arasında gösterilmemiştir. Kanaatimizce, işkolu tespitine itiraz edilirken tespiti isteyen sendikaya karşı da bu davanın yöneltmesi gerekirdi. İşkolu tespitine itirazda bulunan davacılar, işkolu tespitini isteyen tarafı hasım göstermemiş olsalar dahi, mahkemece tespiti isteyen tarafın da davaya dahil edilmesi gerekir. Zira yargılama sonucu verilecek karardan, işkolu tespiti talebinde bulunan tarafın etkilenmesi olanaksızdır.

Yargıtay da bir kararında<sup>5</sup>, işkolu tespiti isteyen sendikanın davaya dahil edilmesi gerektiğini şu şekilde belirtmiştir; "Bu duruma göre işkolu tesbiti kararının iptali kararından etkilenecek olan ..... Sendikasının davaya dahil edilerek göstereceği delillerin ve mukabil delillerin toplanması suretiyle değerlendirme yapılarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde bu yön üzerinde durulmadan karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Bunun yanında işkolu tespit kararında, hakkında işkolu tespitinde bulunulan işverenlerin de aynı gerekçeyle davaya dahil edilmesi gerektiğini düşüncesindeyiz. Nitekim Yargıtay bu görüşe bir başka kararında<sup>6</sup>, "... işkolu tesbit kararından etkilenecek işverenin ve varsa işyerinde örgütlenmiş diğer sendikaların davaya dahil edilerek göstereceği delillerin ve karşı delillerin toplanması suretiyle değerlendirme yapılarak..." şeklinde yer vermiştir.

Ancak incelememize konu kararında Yargıtay, bu işverenlerin işyerleri ile ilgili ayrı ayrı tespit yapılması gerektiği ve bu işverenlerin davada taraf olmadığından bahisle karar verilmesini mümkün görmemiştir. İşkolu tespitine itiraz davası sonucunda verilecek olan karar, işkolu tespit kararında yer alan işverenlerin de hukuki menfaatini etkileyeceğinden, bu işverenlerin de davaya dahil edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Nitekim asıl işveren konumundaki D.... A.Ş. işyerine ilişkin işkolu tespit talebi bulunmamasına rağmen, işkolu tespit kararının sonucundan etkilendiğinden, davacı sıfatıyla anılan işkolu tespitine itiraz etmiştir.

### 3. İşkolu Tespitine İtirazın Kabulü:

Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde, yerel mahkemenin yargılamayı iki ay içinde sonuçlandıracağı, kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay'ın uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlayacağı düzenlenmiştir. Yargıtay ya yerel mahkeme kararını onayarak kesinleştirecek ya da yerel mahkeme kararını bozarak ortadan kaldıracak ve yerel mahkeme kararı yerine hüküm tesis edecektir. Kararın ortadan kaldırılması halinde Yargıtay dosyayı yerel mahkemeye göndermeksizin hüküm kurar. Böylece işkolu tespitine itirazların daha çabuk çözülmesi amaçlanmıştır. İşkolu tespitine itirazın kabulü halinde verilecek olan karar, işkolu tespit kararı hükmündedir.

Resmi Gazete'de yayımlanmış olan bir işkolu tespitine itiraz davasının kabulü, Bakanlıkça verilmiş olan işkolu tespit kararının iptal edilmesi sonucunu doğurur. Bu durumda Bakanlığın işkolu tespitine ilişkin idari işlemi ortadan kalkmış olduğundan, mahkemece verilecek kararın işkolu tespiti hükmünde olması gerekir. Bu nedenle itirazı kabul ederek işkolu tespitini iptal eden mahkeme; hüküm tesis ederken, tespiti konu işyerinin hangi işkolunda yer aldığını da belirtmelidir. Mahkemece verilen karar tespit niteliğindedir. Yargıtay da daha önceden vermiş olduğu bir kararda da, işkolu tespitinin iptaline karar verilmekle birlikte işyerinin hangi işkolunda yer aldığının yerel mahkeme kararında gösterilmemesini hatalı bulmuştur<sup>7</sup>.

İncelememize konu olayda, davacılar işkolu tespitinin iptali talebiyle dava açmış, yerel mahkeme de davacıların talepleriyle bağlı kalarak işkolu tespit kararının iptaline karar vermiştir. Ancak yüksek mahkeme, bu yönüyle yerel mahkeme kararını yasaya aykırı bulmuştur. Yüksek mahkemeye göre, davacılar tespiti konu işyeri veya işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin tespitini talep etmemiş olsalar dahi, mahkemece işkolu tespit kararının ip-

**Alt işverenin yapmış olduğu işin dahil olduğu işkolunun, asıl işverenin işyerinde görülmekte olan işten bağımsız olarak belirlenmesi gerekir.**

tali durumunda tespiti konu işyeri veya işyerlerinin girdiği işkolunun gerekçesi de kararda gösterilmek suretiyle tespit edilmesi gerekir. Mahkeme tarafından işkolu tespit kararı iptal edilirken, taleple bağlı kalınarak işyerinin veya işyerlerinin yer aldığı işkolu veya işkollarının tespit edilmemiş olması yasaya aykırıdır. İşkolu tespitine itiraz davaları kamu düzenine ilişkin olduğundan, işkolu tespitine itirazın kabulü halinde mahkemece verilecek kararın işkolu tespiti yerine geçmesi gerekir. Bu nedenle Yargıtay'ın burada ifade etmiş olduğu görüşüne katılmıyoruz.

#### 4. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Tespiti:

4857 sayılı İş Kanunu'nda asıl işveren - alt işveren ilişkisinin tanımı yapılarak, bu ilişkinin hangi hallerde kurulabileceği belirtilmiştir. Bakanlığın vermiş olduğu işkolu tespit kararlarında zaman zaman asıl işveren - alt işveren ilişkilerinde muvazaa tespitine yönelik ibarelerin yer aldığı görülmektedir. Örneğin bir işkolu tespit kararında<sup>8</sup>, "... 4857 sayılı Yasanın 2 inci maddesine göre, bu işlerde çalıştırılan işçilerin asıl işverenin işçileri sayılması ve yapılan işlerin asıl işin girdiği işkoluna dahil edilmesi gerektiği ..." şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Asıl işverenin işyerine ait bir işkolu tespit kararında<sup>9</sup> "... üretimde alt işveren olarak faaliyette bulunan ..... tarafından ağırlıklı olarak boya işinin yapıldığı, diğer alt işveren olan ..... tarafından ise enjeksiyon bölümündeki işlerin yapıldığı, bunun yanında depo ve montajda da işçi çalıştırıldığı, alt işverenler tarafından yapılan işlerin üst işverenin yapmış olduğu işlerden olduğu..." gerekçesiyle talepte bulunulmamış olmasına karşın, alt işverenler için de, asıl işveren ile birlikte işkolu tespitinde bulunulmuştur.

Davacılar tarafından itiraz edilen işkolu tespit kararında, işletme bünyesinde alt işveren, müteahhit veya taşeron olarak faaliyet gösteren işverenler ve ürettikleri mal veya hizmet sayıldıktan sonra, bu işlerin alt işverenlere verilmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan tanıma aykırı düşmesi nedeniyle bu işverenler tarafından yapılan işlerde çalışan işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılması ve asıl işin ait olduğu işkolunda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yerel mahkeme Bakanlığın işkolu tespit kara-

### İşkolunun belirlenmesini düzenleyen Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinin, Bakanlığa işkolu tespiti esnasında muvazaa tespiti yapma yetkisi verdiği söylenemez.

rında asıl işveren - alt işveren ilişkilerini muvazaa işlem olarak tespit yetkisinin bulunmadığı ve yargılama sırasında da bu iddianın ispatlanamadığı gerekçeleri ile işkolu tespit kararını iptal etmiştir. Yüksek mahkeme de konuya ilişkin görüşünü "... bu işverenlerin işyerlerinde görülen işlerin niteliğine göre belirleneceğinden bunların dava konusu olan işkolu tespit kararında "taşeron firmalar", "müteahhit" veya "yüklenici" olarak nitelendirmelelerinin alt işverenlerin işyerlerinin girdiği işkolunun tespitinde etkili olmadığı gibi Bakanlık tarafından işkolu tespit kararında düzenlenen asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin ileride açılacak olan çoğunluk tespitine itiraz, işçiler veya işçi sendikacılarınca açılacak eda davalarının yargılamaları sırasında uyuşmazlığı çözmeye görevli ve yetkili mahkemelerce incelenip çözümleneceğinden mahkemenin Bakanlığın asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa işlemleri tespit edip buna göre işkolu tespiti yapmasının yasa ve içtihatlarla aykırı olduğuna ilişkin kararı yerindedir." şeklinde belirtmiştir.

Gerek yerel mahkeme gerek Yargıtay Bakanlığın muvazaa tespiti yapma yetkisi bulunmadığını açıkça belirtmişlerdir. Yargıtay kararında alt işverenlerin dahil olduğu işkolunun belirlenirken, bu işverenlerin taşeron, müteahhit veya yüklenici olarak nitelendirilmesinin bir önemi olmadığı belirtilmiştir. Yüksek mahkeme haklı olarak, alt işverenlerin işyerleri ile ilgili işkolu tespitlerinin, bu işverenlerin işyerlerinde görülen işin niteliğine göre belirleneceği ifade etmiştir. Kararda da belirtildiği üzere, asıl işveren - alt işveren ilişkisinde muvazaa olduğuna dair bir ihtilaf çıkması halinde, bu durum uyuşmazlığı çözmeye yetkili ve görevli mahkeme tarafından incelenip çözümlenmelidir.

Alt işverenler bağımsız işveren sıfatına sahip kişilerdir. Bunların işçilerini çalıştırdıkları yerler de alt işverenler yönünden ayrı bir işyeri sayılırlar<sup>10</sup>. Alt işverenin yapmış olduğu işin dahil olduğu işkolunun,

asil işverenin işyerinde görülmekte olan işten bağımsız olarak belirlenmesi gerekir. Gerçekten de bir işveren tarafından yürütülmekte iken yardımcı iş niteliğinde olan bir işin, başka bir işverene verilmesi halinde bu özelliğini kaybedeceği açıktır<sup>11</sup>.

İşkolunun belirlenmesini düzenleyen Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinin, Bakanlığa işkolu tespiti esnasında muvazaa tespiti yapma yetkisi verdiği söylenemez. Söz konusu hüküm, Bakanlığa, sadece ve sadece, "bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti" yetkisini tanımaktadır. Bu yetkinin ise, bir işyerinin danışıklı işleme dayanıp dayanmadığını araştırmayı ve bunun sonuçlarını saptamayı içermediği açıktır. Bu anlamda Bakanlık, söz konusu işkolu tespitleriyle yasayla verilen yetkisini aşar görünmektedir<sup>12</sup>. Kanaatimizce de bir işkolu tespit kararında sadece bir işveren ait işyeri veya işyerleri değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Alt işveren için istenen işkolu tespitlerinde de alt işverenin o işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile fiilen yaptığı iş dikkate alınmalı, muvazaa tespitine ilişkin ihtilafların çözümü yargıya bırakılmalıdır.

### 5. Yargıtay'ın Vardığı Çözüm:

Yargıtay'ın işyerinde faaliyet gösteren taşeron firmalara ait işyerleri ile ilgili olarak ayrı ayrı tespit yapılması gerektiği yönündeki görüşüne katılıyoruz. Ancak kararda, bu işyerlerine ilişkin ayrı ayrı tespit yapılması gerektiği belirtildikten sonra bu işverenlerin davada taraf olmadıkları da belirtilmiştir. Kanaatimizce işkolu tespit davasının tarafları sadece tespite itiraz eden davacı ile tespitte bulunan Bakanlık'tan ibaret değildir. İşkolu tespitine itiraz davası sonucunda hukuki menfaati etkilenecek ilgili tarafların da davaya dahil edilmesi gerekir.

Somut olayda işletmedeki taşeron firmalar, işkolu tespit kararına itiraz etmemiş olsalar dahi, açılmış olan işkolu tespitine itiraz davasının sonucu kendilerinin hukuki durumunu etkileyecektir. Nitekim yapılan itirazın kabulü ile haklarında verilmiş olan işkolu tespit kararı iptal edilmiştir. Hakında verilmiş bir işkolu tespit kararı olmayan asil işveren D... A.Ş.'nin, ilgililer kapsamında kabul edilip, kanaatimizce de isabetli bir biçimde davanın tarafı olarak kabul edilirken, işkolu tespit kararında adı geçen taşeron firmaların davaya dahil edilmemesini yerinde buluyoruz.

İşletmede asil işveren olarak bulunan D... A.Ş.'ye ait işlerin bir kısmının çeşitli alt işverenlere devredildiği anlaşılmaktadır. İşkolu tespiti de D... A.Ş.'ye ait işyerindeki taşeron firmalar için talep edilmiştir. Tespite itiraz eden D... A.Ş.'ye ait işyeri ile ilgili olarak işkolu tespiti talebinde bulunulmadığı gibi, işkolu tespit kararında da asil işverene ait işletmenin hangi işkolunda yer aldığı belirtilmemiştir. Hal böyle iken yüksek mahkeme tarafından, hakkında işkolu tespiti talebinde bulunulmamış ve işkolu tespit kararı verilmemiş asil işverene ait işletmenin hangi işkolunda yer aldığı kararın hüküm kısmında belirlenmiştir. D... A.Ş.'nin itirazı taşeron firmalara ilişkin işkolu tespitine yöneliktir. Yargıtay kararından ve Bakanlığın işkolu tespitinden anlaşıldığı kadarıyla asil işverene ait işletmenin hangi işkolunda yer aldığına ilişkin bir ihtilaf mevcut değildir. Bu nedenle Yargıtay'ın hüküm kısmında vardığı sonucun D... A.Ş.'ye ilişkin kısmına katılamıyoruz.

### C. SONUÇ

Kanaatimizce aynı işyeri sınırları içerisindeki birden fazla işverene ait işyerleri için işkolu tespiti talebinde bulunulması ve bu talebin yerine getirilerek aynı işkolu tespit kararında bu işverenlere ait işyerlerine ilişkin işkolu tespit kararı verilmesi Sendikalar Kanunu'nda işkolunun belirlenmesine ilişkin öngörülen usule aykırıdır. Sendikalar Kanunu'nun, "Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti...." şeklinde başlayan 4. maddesindeki düzenlemesinde, kanımızca kastedilen aynı işverene ait işyerine ilişkin işkolu tespiti yapılmasıdır. Yine bu düzenlemenin sonucu olarak farklı işverenlere ait her bir işyeri için ayrı işkolu tespiti yapılması gerekmektedir. Aynı işverene ait birden fazla işyerine ilişkin işkolu tespitlerinin birlikte yapılacağı şüphe götürmez.

Bir işyerinde faaliyette bulunan birden fazla taşeron, müteahhit veya alt işveren gibi işverenlerin hangi işkolunda yer aldığı aynı işkolu tespit kararında belirlenmesi işkolunun belirlenmesi için mevzuatımızda öngörülen usule aykırıdır. Bu tür durumlarda işkolu tespiti talebinde bulunan tarafın bu işverenlere ait işyerleri için ayrı ayrı işkolu tespiti talebinde bulunması sağlanmalı ya da işkolu tespiti istenen işyerlerine ilişkin birbirinden bağımsız işkolu tespit kararları verilmelidir. Bir işkolu

tespit kararından, tespitin hangi işverene ait işyeri veya işyerleri için istenmiş olduğu açıkça anlaşılmalıdır. Bu nedenle yüksek mahkemenin, işletmede faaliyet gösteren diğer işverenlerin işyerleri ile ilgili olarak ayrı ayrı tespit yapılması gerektiği yönündeki görüşüne katılıyoruz.

Yukarıda da izah edilmeye çalışıldığı üzere işkolu tespiti talep etme hakkına sahip olan ilgililer kavramı oldukça geniş kapsamlıdır. İşyerinin yer aldığı işkolunun belirlenmesinden hukuki menfaati etkilenen tüm taraflar işkolu tespiti talebinde bulunabilirler. İncelememize konu olayda, asıl işveren konumundaki D... A.Ş. de işletmedeki taşeron firmalara ait işkolu tespitine itirazda bulunmuştur. Bununla birlikte işkolu tespitine itiraz davasından etkilenecek olan tarafların yargılamaya dahil edilmemesi kanaatimizce yerinde olmamıştır. İşkolu tespitini isteyen işçi sendikasının yanı sıra, hakkında işkolu tespit kararı verilmiş bulunan işverenlerin de bu davaya dahil edilmesi gerekirdi. İşkolu tespitine itiraz etmeyerek, tespiti kabul etmiş bulunan ilgililerin de, işkolu tespitine itiraz davasının tarafı olmaları gerektiği kanaatindeyiz.

İşkolu tespitine karşı yapılan itirazın kabulü, Bakanlık tarafından verilen işkolu tespitine yönelik idari işleminin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. İptal edilen işkolu tespit kararı yerine mahkeme kararı geçer. Bu nedenle kararda tespit konu işyerlerinin hangi işkolunda yer aldığına da belirtilmesi gerekir. Yüksek Mahkemenin, tespite konu işyeri veya işyerlerinin hangi işkoluna girdiğinin belirlenmesi davacılar tarafından talep edilmiş olsa dahi, işkolu tespit kararının iptali durumunda tespite konu işyeri veya işyerlerinin girdiği işkolunun gerekçesi de kararda belirtilmek suretiyle tespit edilmesinin gerektiği yönündeki görüşüne katılıyoruz. Gerçekten de işkolu tespitine itirazın kabulü halinde işkolu tespit kararının iptali ile yetinilmemeli, itiraza konu işyeri veya işyerlerinin hangi işkolunda yer aldığı da belirtilmelidir.

Bakanlığın işkolu tespit kararlarında zaman zaman rastladığımız muvazaalı tespitiye yönelik ifadelerle ilişkin dikkat çeken ortak görüş, incelememize konu Yargıtay ve yerel mahkeme kararlarında yer bulmuştur. Yerel mahkeme Bakanlığın işkolu tespit kararında muvazaalı işlem olarak tespit yetkisinin bulunmadığı ve yargılama sırasında bu iddianın ispatlanamadığı gerekçeleriyle işkolu tespiti

iteirazı kabul etmiştir. Yargıtay da yerel mahkemenin Bakanlığın asıl işveren - alt işveren ilişkisinde muvazaalı işlemleri tespit edip buna göre işkolu tespiti yapmasının yasa ve içtihatlarla aykırı olduğuna ilişkin kararının yerinde olduğu sonucuna varmıştır. İşkolunun belirlenmesini düzenleyen Sendikalar Kanunu'nun 4. maddesinde ve işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesini düzenleyen İşkoluları Tüzüğü'nün 4. maddesinde Bakanlığa bu yönde tanınmış yetki bulunmadığı açıktır. Bir işyerinde faaliyette bulunan alt işverenin hangi işkolunda yer aldığına tespiti talep edildiğinde, o işyerinde alt işveren tarafından fiilen üretilen mal veya hizmet incelenerek, İşkoluları Tüzüğü'nde tanımlanmış işlerden hangisinin yapıldığının belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanunla tanımlanmış hukuki bir ilişkinin, yasal düzenlemeye aykırı olup olmadığının tespiti konusunda yetkili olan makam yargıdır. Nitekim yüksek mahkeme de bu hususun yetkili ve görevli mahkemelerce belirlenmesi gerektiğini sarıh bir biçimde vurgulamıştır. Bu nedenle incelememize esas kararda Yargıtay'ın, Bakanlığın muvazaalı tespiti yapma yetkisinin bulunmadığı yönündeki görüşünü isabetli buluyoruz.

## DİPNOTLAR

- 1 30.06.2006 T., 2006/50 No'lu İşkolu Tespit Kararı, 12.07.2006 T. ve 26226 S. R.G.
- 2 Bkz. 17.12.2004 T. ve 2004/66 No'lu İşkolu Tespit Kararı, 25.12.2004 T. ve 25681 S. R.G.
- 3 DOĞAN, İlhan, Toplu İş Hukukumuzda İşkolu Tespiti Üzerine, SİCİL İş Hukuku Dergisi, 2007/6, İstanbul 2007, 132.
- 4 KILIÇOĞLU, Mustafa, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999, 71.
- 5 Yargıtay 9. H.D., 02.04.1996 T., 1996/6998 E., 1996/9487 K.
- 6 Yargıtay 9. H.D., 09.07.1997 T., 1997/11575 E., 1997/13557 K.
- 7 Yargıtay 9. H.D., 13.06.2002 T., 2002/10822 E., 2002/9701 K.
- 8 Bkz. 2006/36 No'lu İşkolu Tespit Kararı, 16.06.2006 T., 26200 S. R.G.
- 9 Bkz. 2003/14 No'lu İşkolu Tespit Kararı, 08.08.2003 T., 25193 S. R.G.
- 10 Bu konuda farklı görüş için bkz. CENTEL, Tankut, Alt İşverenlere Ait İşkolu Tespitleri, TISK Akademi Dergisi, 2006/II.
- 11 DOĞAN, a.g.m., 136.
- 12 CENTEL, a.g.m., 11.



Doç. Dr. Coşkun SARAÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Son Tasarı Işığında 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri

## 1. GİRİŞ

1.6.2008'de yürürlüğe girmesi beklenen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun büyük bölümü, değiştirilerek veya değiştirilmeksizin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümleri üzerine kurulmuştur. Kanun, hâlihazırda yürürlükte olan sigorta yasalarımızda olduğu gibi, sigortalılığın kazanılmasını, “zorunlu” ve “isteğe bağlı” kılmış ve aynı şekilde zorunlu sigortalılığı esas saymıştır. Bununla birlikte, 5510 sayılı Yasa'da sosyal sigortalar, ayrı kollar halinde düzenlenmeyip, “kısa vadeli sigorta hükümleri” ve “uzun vadeli sigorta hükümleri” şeklinde iki başlık altında toplanmıştır. Ayrıca, mevcut yasalarımızda dağıntık hükümler olarak düzenlenen sağlık edimleri ve bunlara hak kazanma koşulları, 5510 sayılı Yasa'da ayrı bir sigorta kolu olarak “Genel Sağlık Sigortası” adı altında düzenlenmiştir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, genel bir bakışla, mevcut yasalarda geçmişten bugüne dek “edimlere hak kazanma ve sunulan edimler bakımından çalışanlar

arasında görülen eşitsizlikler” örneğinde olduğu gibi, sigortalılık tiplerindeki uygulama farklılıklarını ortadan kaldırma amacı çerçevesinde taşıdığı hükümler nedeniyle olumlu ve fakat yürürlüğe koyacağı “yaşlılık aylığına hak kazanmada yaş koşulu, aylık bağlama oranları” gibi yönleri dikkate alındığında da, mevcut yasalarımıza göre olumsuz özellikler taşımaktadır.

Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen bazı hükümleri nedeniyle yürürlüğü 5724 sayılı 2008 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 28. maddesi gereğince 1.6.2008'e ertelenen 5510 sayılı Yasa'nın getirdiği yeniliklerin, (iptal kararı doğrultusunda öngörülen değişiklikleri içeren ve 27.11.2007 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” da göz önünde tutularak) mevcut 506, 1479 ve 5434 sayılı Yasa'larla karşılaştırması yapılmak suretiyle, genel hatlarıyla incelenmesi yolu izlenecektir.

## II. ZORUNLU SİGORTALILIK VE PRİMLER

5510 sayılı Yasa, değişik sigorta yasalarına tabi olanları, tek tip sigortalılık statüsüne almaya çalışmış; kural olarak hizmet sözleşmesiyle çalışanları 4. maddesinin a, bağımsız çalışanları b ve kamu görevlisi olarak çalışanları c bendinde zorunlu sigortalı saymıştır. Bu durum, yasanın yürürlüğünden sonra ilk kez çalışmaya başlayanlara ilişkinse de, yasanın 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/a; 1479 ve 2926 sayılı Yasa'ya göre sigortalı olanlar 5510 sayılı Yasa m. 4/b; 5434 sayılı Yasa'ya göre iştirakçi olanlar da, 5510 sayılı Yasa m. 4/c" yönünden sigortalı sayılmışlardır (Tasarı m. 22/A ile değişik 5510 geçici m.1). Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 5510 sayılı Yasa'nın kamu görevlileri yönünden bazı düzenlemelerini iptal etmesi nedeniyle, hazırlanan son Tasarı'da, 5434 sayılı Yasa'ya göre iştirakçi sıfatını yasanın yürürlüğünden önce taşıyanların, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, yine 5510 sayılı Yasa m. 4/c kapsamında sigortalı sayılmaları ve fakat haklarında 5510 sayılı Yasa'nın bazı hükümlerinin (iptal kararı uyarınca) uygulanmaması kabul edilmiştir. Buna göre, örneğin 5434 kapsamında sigortalı iken 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden sonra 5510 m. 4/c kapsamına alınanların ve onların hak sahiplerinin aylık tahsis işlemleri; aylıklarının artırılması, azaltılması, kesilmesi, yeniden bağlanması, toptan ödemeleri, ihya ve hizmet borçlanmaları ile emeklilik ikramiyeleri, 5510 değil, 5434 sayılı Yasa'ya göre belirlenecektir (Tasarı m. 23 ile değişik 5510 geçici m. 4). Yasa'da kamu görevlileri yönünden uygulanmayacak başkaca hükümlere yeri geldiğinde değinilecektir.

Zorunlu sigortalara ilişkin prim oranları, uzun vadeli sigortalılar için %20'dir ve %9'u sigortalı, %11'i işveren hissesidir.

Tasarıyla 5510 sayılı Yasa m. 4/b kapsamında çalışanlar için fiili hizmet zammı uygulaması getiren m. 40/I'de yapılan değişiklikle, fiili hizmet zammı uygulaması sadece işverene tabi olarak çalışan sigortalılarla (5510 m. 4/a, c) sınırlandırıldığı için (Tasarı m. 7 ile değişik 5510 m. 40/I), fiilî hiz-

met zammı uygulanan işlerde çalışan sigortalılar için uygulanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı, yukarıda belirtilen % 20 oranına, sigortalının 5510 sayılı Yasa m. 4/a veya 4/c bendine tabi olmasına göre değişen (a bendindekiler için asgari 1, azami 3; b bendindekiler için asgari 4, azami 12) puanların eklenmesiyle belirlenecektir (Tasarı m. 14/B ile değişik 5510 m. 81/b). Bu şekilde, Tasarı, 5510 sayılı Yasa'da yer almayan yeni bir ayırım getirmiş, işverenlerce karşılanacak bu farklar, kamu görevlilerinin işverenleri yönünden yüksek tutulmuştur.

Kısa vadeli sigorta kolları prim oranı, yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre % 1 ilâ % 6,5 oranları arasında olmak üzere, 83 üncü maddeye göre Kurumca belirlenir. Bu primin tamamını işveren öder.

5510 sayılı Yasa'da Tasarıyla getirilen değişikliğe göre, "Kısa ve uzun vadeli sigortalılar kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur" (5510 m. 17/A ile değişik 5510 m. 92/I). Harcamaları, taşınır ve taşınmaz malları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek her türlü gelirin aylık tutarı net asgari ücretin üçte birinden fazla olan kişiler (şu anda 435 YTL/3=145 YTL) genel sağlık sigortalısı sayılacaktır. Sadece sağlık sigortası kapsamındakiler (Tasarı m. 10/A ile değişik 5510 m. 60/I) için (gelir veya aylık bağlananlar, işsizlik ödeneği alanlar gibi), daha düşük sağlık primi öngörülmüştür. Genel sağlık sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için 82 nci maddenin birinci fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın %12,5'idir. Bu primin %5'i sigortalı, %7,5'i ise işveren hissesidir. Yalnızca genel sağlık sigortasına tâbi olanların genel sağlık sigortası primi, prime esas kazancın %12'sidir (5510 m. 81/f). Öte yandan, isteğe bağlı sigortalı olanların sağlık primi oranı da, %12'dir (5510 m. 52/I). 5510 sayılı Yasa gereğince alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, asgari ücretin otuzda biri, üst sınırı ise günlük kazanç alt sınırının 6,5 katıdır. Asgari ücretin brüt tutarı 2008'in ilk yarısı için 608,40 YTL olduğundan, yalnızca ge-

nel sağlık sigortasına tabi olanların primi, asgari 73,008, azami 474,552; kısa ve uzun sigortalara tabi olanlarınkı de, asgari 76,05, azami 494,325 YTL olacak; dolayısıyla aylık geliri 145 YTL'nin üzerinde olanlar 73,008 ile 494,325 YTL arasında her ay sağlık primi ödemek zorunda kalacaktır ki, kazancı geçimine ucu ucuna yetenler için önemli bir yük haline gelecektir. O yüzden, net asgari ücretin üçte biri şeklindeki sınırın daha yukarıya çıkarılması gerekmektedir.

5510 sayılı Yasa m. 4/b kapsamında çalışan sigortalılar, malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası prim oranlarının toplamı üzerinden prim ödeyecektir (Tasarı m. 14/B ile değişik 5510 m. 81/g).

Yukarıda sözü edilen prim oranlarını mevcut yasalarla karşılaştıracak olursak, zorunlu sigortalıların 5510 sayılı Yasa'daki toplam prim hissesi %14'tür (%9 uzun vadeli + %5 genel sağlık primi) ve 506 sayılı Yasa'daki sigortalı prim hisseleri top-

şılık) ise %20'dir. Tasarıyla 5510 sayılı Yasa m. 4/c kapsamındaki haklarında kısa vadeli sigortalıların uygulanması kaldırılmaktadır (Tasarı m. 2/A ile 5510 m. 4'e eklenen 5. fıkra). Buna göre, ilk defa 5510 sayılı Yasa m. 4/c kapsamında çalışacak olanların sigorta katkı (prim) oranı azalmaktadır (%16 yerine, %9 uzun vadeli + %5 genel sağlık= %14'e). İşveren katkısı da, %20'den, %11 uzun vadeli + %7,5 genel sağlık= %18,5'e inmektedir. 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önce iştirakçi olup da, 5510 sayılı Yasa m. 4/c kapsamına alınacaklar için ise, 5434 sayılı Yasa'daki %16'lık iştirakçi keseneğinin 5/16'sı genel sağlık, 11/16'sı uzun vadeli sigorta primi; %20'lik Kurum karşılığının 7,5/20'si genel sağlık, 12,5/20'si uzun vadeli sigorta primi sayılacak (Tasarı m. 23/A ile değişik 5510 geçici m. 4/X), bu yönden prim oranlarında bir indirim gerçekleşmeyecektir.

Öte yandan, 5510 sayılı Yasa'ya Tasarı'nın 29. maddesi ile eklenen geçici 19. maddeye göre,

## İsteğe bağlı sigorta primi, 5510 sayılı Yasa'nın 82. maddesine göre belirlenen prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında, sigortalı tarafından belirlenen prime esas aylık kazancın %32'sidir.

lamına eşittir (%5 hastalık sigortası + %9 malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi). İşveren hisseleri toplamı, 5510 sayılı Yasa'da asgari %19,5 azami %25 arasında değişmektedir (asgari %1 ile azami %6,5 arasında kısa vadeli sigorta primi + %11 uzun vadeli sigorta + %7,5 genel sağlık sigortası primi) ve 506 sayılı Yasa'daki oranlar toplamına (asgari %1,5 ile azami %7 arasında iş kazası ve meslek hastalıkları primi + %6 hastalık sigortası + %1 analık sigortası + %11 malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları primi) eşittir. Zorunlu Bağ-Kur'luların prim toplamı 1479 sayılı Yasa'da %40 (%20 malullük, yaşlılık ölüm sigortaları + %20 sağlık sigortası primi) iken, 5510 sayılı Yasa'da %20 uzun vadeli sigortalar + asgari %1 ile azami %6,5 arasındaki kısa vadeli sigortalar ve %12,5 genel sağlık sigortası primi toplamı olan asgari %33,5 ile azami %39 arasında değişmektedir ve 1479'dakine göre nispeten azalma göstermektedir (%40'dan, %33,5 veya %39'a). 5434'de iştirakçilerin sigorta katkı payı (aylık keseneği) %16'dır. Aylık işveren katkı payı (kar-

“1479 ve 2926 sayılı Kanunlara göre aylık almakta olup ilgili dosyasından on yıl süreyle sağlık sigortası primi ödememiş olanlardan, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki sağlık sigortası primi kesilmiş olan süreler düşülmek kaydıyla, aylıklarının %10'u oranında ve 10 yıl süreyle genel sağlık sigortası primi kesilir”. 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe gireceği 1.6.2008'e kadar, 1479 sayılı Yasa kapsamındaki (ve 2926) bağımsız çalışanlar genel sağlık sigortası primlerini 10 yıl süreyle ödememişlerse, 10 yıla tamamlayacak şekilde 5510'dan sonra da emekli aylıklarından kesinti yapılacaktır (Mevcut 1479 sayılı Yasa'da da benzer düzenleme vardır).

Tasarıyla, sosyal güvenlik destek primi uygulaması, 5510 sayılı Yasa m. 4/b'ye göre sigortalı sayılanlar dışındaki sigortalılar (ve ayrıca istisnaen, m. 4/b'nin 4 numaralı alt bendindekiler, yani tarımda bağımsız çalışanlar) için kaldırılmıştır. 5510 m. 4/b'ye göre sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmasını ve aylık almayı sürdüreceği olan

bağımsız çalışanların aylıklarından ise, %15 oranında destek primi kesilecektir (Tasarı m. 5/C ile değişik 5510 m. 30/III. fıkra). Bu oran 1479 sayılı Yasa'da %10'dur (Tasarıyla yapılması öngörülen değişiklikten önce ise, bağımsız çalışanların %33,5 ile %39 arasında değişen bir destek prim ödemesi gerekmektedir ki, neredeyse 1479 sayılı Yasa'dakinin 4 katına karşılık gelmekteydi.).

Tasarı, yasanın yürürlüğünden önce mevcut yasalara göre sigortalı olarak çalışanların, aylık alanların ve destek primiyle çalışmasını sürdürenlerin haklarını koruyarak, sosyal güvenlik destek primi uygulaması bakımından eski yasalarına tabi olmalarını kabul etmiş; ancak 5510 m. 4/a kapsamında çalışanlar için 5510 sayılı Yasa'daki kısa vadeli sigorta primi oranı (%1 - %6,5 arası) + %30 oranının toplamı üzerinden (bu oranın dörtte biri sigortalı, dörtte üçü işveren hissesidir) destek primi ödemesini; 5510 m. 4/b kapsamında çalışanların ise, aylıklarından %15 oranında destek primi kesilmesini öngörmüştür (Tasarı m. 29 ile eklenen 5510 geçici m.14). 506 sayılı Yasa'da, sosyal güvenlik destek primi oranı, sigortalının prime esas kazancının %30'u olarak belirlenmiştir. Bunun 1/4'ü (%7,5'i) sigortalı; 3/4'ü ise (%22,5'i) işveren hissesidir. 506 sayılı Yasa'ya tabi olanlar destek primi ödeyerek çalışmasını 5510 m. 4/a çerçevesinde sürdürürse, sigortalı hissesi %7,5'den asgari %7,75'e ve azami %9,125'e; işveren hissesi %22,5 olarak asgari yönden değişmeyecek, azami olarak ise, %27,375'e çıkacaktır. 1479 sayılı Yasa'ya tabi olanlar için ise, 5510 sayılı Yasa m. 4/b'ye göre destek primiyle çalışma durumunda, 1479'daki %10 oranı, 5510'da %15'e çıkmaktadır.

### III. İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIKTA PRİMLER

506, 1479 ve 5434 sayılı Yasalar'da olduğu gibi, 5510 sayılı Yasa'da da, zorunlu sigortalılık esaslarının yanı sıra, isteğe bağlı sigortalılığa ilişkin hak ve koşullar belirtilmektedir. 506 ve 5434 sayılı Yasalar'dan farklı olarak ve fakat 1479 sayılı Yasa'dakine benzer biçimde, önceki Tasarılar da yer verdiği gibi<sup>1</sup>, daha önce hiç sigortalı çalışması olmayanlara da, isteğe bağlı sigortalılık hakkı tanınmaktadır. 5510 sayılı Yasa m. 50/1 uyarınca, "İsteğe bağlı sigorta; kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve ge-

nel sağlık sigortasına tâbi olmalarını sağlayan sigortadır".

İsteğe bağlı sigorta primi, 5510 sayılı Yasa 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında, sigortalı tarafından belirlenen prime esas aylık kazancın %32'sidir. Bunun %20'si malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, %12'si genel sağlık sigortası primidir. Tasarı, 5510 sayılı Yasa'da isteğe bağlı sigortalılara prime esas kazancın yanı sıra, prim ödeme gün sayılarını da belirleme imkânını tanıyan m. 52/I hükmünü değiştirerek (Tasarı m. 9/B), prim ödeme gün sayısını serbestçe belirleme imkânını yalnızca, "Ay içerisinde 30 günden az çalışan veya bu Kanun'un 80 inci maddesi uyarınca prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saatinin 4857 sayılı Kanun'a göre belirlenen günlük normal çalışma saatine bölünmesi suretiyle hesaplanan sigortalılara (Tasarı m. 9/A ile 5510 m. 51'e eklenen 3. fıkra), isteğe bağlı sigortaya prim ödemeleri halinde" tanınmıştır.

Yürürlükteki yasalarımızda isteğe bağlı prim oranlarına bakacak olursak; 506 sayılı Yasa'ya tâbi isteğe bağlı sigortalıların %25, (506 sayılı Yasa'da isteğe bağlı sigortalılar için hastalık sigortası primi ödemesinin söz konusu olduğu varsayılsaydı<sup>2</sup>, bu oran %25 malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası + %11 hastalık sigortası = %36 olur idi); 1479 sayılı Yasa'ya tabi olanlardan kural olarak 4.10.2000 tarihinden önce sağlık sigortası primi ödemeyi sürdürenler için<sup>3</sup> %20 malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası + %20 sağlık sigortası primi = %40; 5434'e tabi olanlar için<sup>4</sup> de, iştirakçi keseneği ve aylık karşılık toplamı olarak %16 + %20 = %36 olduğundan, 5510 sayılı Yasa'daki isteğe bağlı prim oranı (%32), 506 sayılı Yasa'ya göre artış, 1479 ve 5434 sayılı Yasalara göre ise azalış göstermektedir.

İsteğe bağlı sigorta primi ödenmiş süreler, malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulamasında dikkate alınır ve bu süreler 5510 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilir (5510 sayılı Yasa m. 51/son). Ait olduğu aydan itibaren en geç 12 ay içinde 89 uncu maddenin ikinci fıkrasına göre hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammıyla birlikte primi ödenmeyen süreler, sigortalılık süresinden sayılmaz. Bu 12 aylık süreden sonra



## Tasarıyla 5510 sayılı Yasa'da düzenlenen emzirme ödeneği hakkı bakımından hem genişletme hem de daraltma söz konusudur.

ödenen primler yanlış ve yersiz alınmış primlere ilişkin m. 89/3 gereğince, isteğe bağlı sigortalıya yasal faiziyle iade edilir (Tasarı m. 9/B ile değişik 5510 m. 52/III). O halde, primlerin süresinde ödenmemesinin isteğe bağlı sigortalılık üzerindeki etkisi, azami 12 ay içinde ödenmeyen sürelerin, sigortalılık süresi olarak kabul edilmemesi; bunların 12 aydan sonra ödenmesi halinde dahi, ödenen primlerin faiziyle sigortalıya iade edilmesi; dolayısıyla sonradan yapılan ödemeye, zamanında primi ödenmeyen geçmiş sürelerle ilişkin olarak, ne sigortalılık süresinin ne de prim ödeme gün sayısının değerlendirilmesinin mümkün olmamasıdır. Ancak, yasada, primi ödenmeyen sürelerin sigortalılıkta değerlendirilmeyeceği belirtilmişse de, primlerin ödenmemesinin sigortalılığı sona erdireceğinden -ve buna bağlı olarak sigortalının yeniden isteğe bağlı sigortadan yararlanma talebinde bulunması gerekeceğinden- söz edilmemiştir<sup>5</sup>.

### IV. SUNULAN EDİMLER

**1) Ödenekler:** Yürürlükteki sigorta yasalarımız kapsamında, geçici işgöremezlik ödeneğinin sigortalıya verilmesi sadece 506 sayılı Yasa'da düzenlenmişken; 5510 sayılı Yasa'da, iş kazası veya meslek hastalığı, hastalık ve analık halinde geçici işgöremezlik ödeneği verilmesi hakkı, son Tasarıyla getirilen değişiklikten önceki halinde, iştirakçiler ve bağımsız çalışanlar için de kabul edilmişti. Ancak, son Tasarıyla, hem 5510 m. 4/c kapsamındaki sigortalılar hakkında kısa vadeli sigortaların uygulanmaması, hem de 5510 sayılı Yasa m. 4/b kapsamındaki sigortalıların hastalık ve analık ödeneğinden yararlanmasına olanak tanıyan 5510 sayılı Yasa m. 18/c, d'de Tasarı m. 15/D'nin getirdiği değişiklikle, bağımsız çalışanların söz konusu ödeneklerden yararlanma imkânının kaldırılması nedeniyle, hastalık ödeneği yalnızca 5510 m. 4/a'ya göre sigortalı olanlar ile 5510 sayılı Yasa m. 5 kapsamındaki sigortalılar (çalıştırılan hükümlüler, çıraklar, stajyerler) için; analık ödeneği ise, sadece m.

4/a kapsamındaki için yürürlükte bırakılmıştır.

Hastalık ödeneğinde prim gün sayısı şartı, 5510 sayılı Yasa'da, 506 sayılı Yasa'ya göre düşük tutulmuştur (506'da 120 iken, 5510'da 90 gün). Ayrıca, yeni Yasa'yla, analık ödeneğine hak kazanmak için aranan prim ödeme gün sayısı da, çalışanların lehine olarak, 506 sayılı Yasa'daki mevcut 120 günden, 90 güne indirilmiştir (Tasarı m. 15/D ile değişik 5510 m. 18/b, c).

Tasarıyla 5510 sayılı Yasa'da yapılan değişiklikten önce, hastalık ve analık halinde geçici işgöremezlik ödeneği alma hakkı olan bağımsız çalışanlara bu hak, "genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması" şartıyla, yalnızca, "yatarak tedavi süresince veya yatarak tedavi sonrası bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu aldıkları süre için tanınmış, diğer sigortalılar için ise, böyle bir koşula yer verilmemişti. Eşitliğe aykırı bu durum, bağımsız çalışanların söz konusu ödenek haklarının kaldırılmasıyla etkisiz kalmışsa da, Tasarıyla eşitliğe aykırı bir başka hüküm getirilmiş ve bağımsız çalışanlara, iş kazası ve meslek hastalığı halinde verilecek işgöremezlik ödeneği, bu sigortalıların genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartına bağlanmıştır (Tasarı m. 15/D ile değişik 5510 m. 18/II. fıkra).

Diğer yandan, şu anda 5510 sayılı Yasa m. 18'e göre, "iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve sigortalı kadının analığı halinde verilecek geçici işgöremezlik ödeneği, 17 nci maddeye göre hesaplanacak günlük kazancının üçte ikisi" olarak saptanmıştır. Ancak Tasarıyla, belirtilen hüküm "İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve sigortalı kadının analığı halinde verilecek geçici işgöremezlik ödeneği, yatarak tedavilerde 17 nci maddeye göre hesaplanacak günlük kazancının yarısı, ayakta tedavilerde ise üçte ikisidir." şeklinde değiştirilerek, "yatarak tedavilerdeki" ödeneğin miktarı azaltılmakta; 2/3'ten 1/2'ye indirilmektedir (İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık ödeneği yönünden, 506 sayılı Yasa'da da (m. 89) benzer bir düzenleme vardır).

Tasarıyla 5510 sayılı Yasa'da düzenlenen emzirme ödeneği hakkı bakımından hem genişletme hem de daraltma söz konusudur. 5510 sayılı Yasa'nın 16. maddesindeki "Sigortalı kadına veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması nede-

niyle sigortalı erkeğe, çocuğun yaşaması şartıyla doğumdan sonraki altı ay süresince her ay, doğum tarihinde geçerli olan asgarî ücretin üçte biri tutarında emzirme ödeneği verilir” hükmü son Tasarıyla değiştirilerek, “Sigortalı kadına veya sigortalı olmayan karısının doğum yapması nedeniyle sigortalı erkeğe, bu Kanun’un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılardan; kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadına ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşine, çocuğun yaşaması şartıyla doğum tarihinde geçerli olan asgari ücretin üçte biri tutarında emzirme ödeneği verilir.” şeklinde getirilmekte (Tasarı m. 3/C ile değişik 5510 m. 16/III); böylece emzirme ödeneğinden yararlanma hakkı 5510 m. 4/a ve b kapsamındaki çalışmaları nedeniyle “gelir/aylık alan kadına” ya da “gelir/aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşine” de geniş-

şartıyla aylık alabilmektedir. 5434 sayılı Yasa kapsamındakiler, “sebebi ne olursa olsun sakatlık veya tedavi edilemez hastalık nedeniyle görevini yapamaz duruma düşerlerse, en az 10 yıl fiili hizmet olması” şartıyla, adi malullük aylığına hak kazanmaktadır. 5510 sayılı Yasa’ya göre ise, “5510 sayılı Yasa m. 4/a ve b kapsamındaki sigortalılardan çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60’ını kaybedenler ile m. 4/c kapsamındaki sigortalılardan çalışma gücünün en az %60’ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybedenlerin”, “En az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması” halinde, kendilerine malullük aylığı bağlanacaktır (Tasarı m. 4/A ve B ile değişik 5510 m. 25, m. 26/b). Ancak Tasarı, 5510 sayılı Yasa m. 26/b’de

## 5510 sayılı Yasa’nın olumlu bir yönü, 506 ve 1479 sayılı Yasa’larda çalışma gücünün kaybı veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün kaybı için düzenlenen farklı oranları, tek bir orana bağlamış olmasıdır.

letilmekte; ancak, 6 ay süresince her ay asgari ücretin üçte biri tutarında ödenecek ödenek, Tasarıyla asgari ücretin üçte biri tutarındaki bir defaya mahsus ödemeye dönüştürülerek, emzirme ödeneğinin amacından uzaklaşmaktadır.

**2) Malullük Aylığı:** Malullük kavramı, 506 sayılı Yasa’da “çalışma gücünün kaybı ve meslekte kazanma gücünün kaybı” kavramları üzerine; 1479 sayılı Yasa’da ise “çalışma gücünün kaybı” kavramı üzerine oturtulmuştur. 5510 sayılı Yasa’da da, 506 sayılı Kanun’a paralel biçimde “çalışma gücünün kaybı ve meslekte kazanma gücünün kaybı” temel alınmaktadır (5510 sayılı Yasa m. 25/1).

506 sayılı Yasa kapsamındakiler, “çalışma gücünün en az 2/3’ünü veya iş kazası ve meslek hastalığı halinde, meslekte kazanma gücünün en az %60’ını kaybetmek ve 1800 gün prim veya 5 yıl + yılbaşına ortalama 180 gün üzerinden prim ödemek” şartıyla malullük aylığına hak kazanmaktadır. 1479 sayılı Yasa kapsamındakiler, “çalışma gücünün 2/3’ünü kaybetmek + 5 yıl prim ödeme” (iş kazası ve meslek hastalığına bağlı malullük hariç)

mevcut olan “başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl olan ve en az beş yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olan”lara tanınan malullük aylığı bağlama kolaylığını, ne yazık ki kaldırmıştır. 5510 sayılı Yasa’nın, olumlu bir yönü ise, 506 ve 1479 sayılı Yasa’larda çalışma gücünün kaybı veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün kaybı için düzenlenen farklı oranları, tek bir orana bağlamış olmasıdır (Her iki kayıp durumu için de %60). Böylece, çalışma gücünün kaybı için aranan oran, 506 ve 1479 sayılı Yasa kapsamındakiler lehine azalmış da olmaktadır. Ancak, 5434 sayılı Yasa’da malul sayılmak için esas alınan adi malullük tanımında bulunmayan bir kavram olarak, çalışma gücünün en az %60’ını kaybetmek ek koşulunun getirilmesi, iş-tirakçiler aleyhine olmuştur.

O halde, 506 sayılı Yasa kapsamındakiler (ancak sigortalılardan, bakıma muhtaç derecede malul olmayanlar) için, mevcut prim gün sayısı koşulu değişirse de (506’da ve 5510’da 1800 gün), 506

sayılı Yasa'da 1800 gün prim ödeme koşulu yeterli iken, 5510 sayılı Yasa'da 1800 gün prim ödeme koşuluna, en az 10 yıl sigortalılık süresi de eklenmiştir. 506 sayılı Yasa'da ise haliyle, 1800 gün prim ödeme koşulu, her yıl tam çalışma üzerinden en az 5 yılda tamamlanabilirdi. Sigortalı isterse, 1800 günü, 6-7 yılda da tamamlayabilirdi. Ancak, 5510 sayılı Yasa, bu süreyi en az 10 yıl bekleme süresi olarak zorunlu kılmıştır. Bu yönüyle, yasa düzenlemesi sigortalı aleyhinedir.

1479 sayılı Yasa kapsamındakilerin prim gün sayısı, 5510 sayılı Yasa'da da aynen korunmuştur (1479'da 5 tam yıl prim=  $5 \times 360 = 1800$  gün; 5510'da da 1800 gün). Fakat 5510 sayılı Yasa'yla, 1479 sayılı Yasa'da yer almayan "en az 10 yıl sigortalılık süresi" koşulu getirilmiş; böylece, 1800 günü 5 veya 6 yıl sigortalılık süresi içinde tamamlama imkanları olabilen bağımsız çalışanların, 10 yılı doldurmalarını zorunlu kılınarak, malullük aylığına hak kazanmaları zorlaştırılmıştır. Ayrıca, 1479 sayılı Yasa'ya göre, iş kazası ve meslek hastalığına bağlı malullüklerde "çalışma gücünün en az 2/3'ünü kaybedenlerde" 5 tam yıl prim ödeme şartı aranmazken, 5510 sayılı Yasa'yla bu doğrultuda bir düzenlemeye yer verilmediğinden, malullüğün iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanmış olması, artık malullük aylığı bağlanması koşullarında, bağımsız çalışan sigortalılar lehine bir etken niteliğini taşımayacaktır.

5434 kapsamındakiler için, (adî) malullükte aranan süre en az 10 yıl fiilen çalışma (kesenek ödenerek geçen 10 yıl) iken, 5510 sayılı Yasa'yla prim ödenerek geçen (kesenek ödenerek geçen) süre 1800 gün olarak yer almış; bu yönüyle 5510 sayılı Yasa olumlu bir değişiklik getirmiştir.

5510 sayılı Yasa'ya göre, malullük aylığı, kural olarak "sigortalının en az 9000 gün priminin olduğu varsayılarak" ve bu prim gün sayılarına aynı yasanın 29. maddesinde düzenlenen "yaşlılık sigortası aylık bağlama oranları uygulanarak" hesaplanacaktır. Ancak 9000 günden çok prim ödenmişse, prim gün sayısının tamamı üzerinden hesaplanacaktır (m. 27/1). 5510 sayılı Yasa'nın yaşlılık aylığı bağlanmasıyla ilgili 29/III. maddesi, Tasarıyla öngörülen değişiklik öncesinde, "aylık bağlama oranı, sigortalının malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalılarına tâbi geçen toplam prim ödeme gün sayısının

her 360 günü için 2015 yılı sonuna kadar %2,5; 2016 yılı başından itibaren ise %2 olarak uygulanır" şeklindeyken, Tasarı'nın 5/B maddesiyle "Aylık bağlama oranı, sigortalının malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalılarına tabi geçen toplam prim ödeme gün sayısının her 360 günü için %2 olarak uygulanır" biçimine dönüştürülmüştür. Böylece, malullük aylığı bağlama oranında, sigortalılar aleyhine değişiklik getirildiğinden; mevcut 5510 sayılı Yasa hükmüyle 2016'ya kadar aylık bağlama yönünden, 1800 gün üzerinden aylık bağlanmasına hak kazanan malul sigortalı, 9000 günü varmışçasına, her 360 gün için %2,5 üzerinden,  $25 \times 2,5 = 62,5$  toplam %62,5 oranında aylığa hak kazanacağı yerde, Tasarıyla  $25 \times 2 = 50$  oranında aylık alacaktır.

**3) Yaşlılık Aylığı:** 5510 sayılı Yasa'da yaşlılık aylığı yönünden aranan şartlar; ilk kez sigortalı olacaklar açısından, kadınlar için 58, erkekler için 60 yaşını doldurmak + en az 9000 gün uzun vadeli sigorta primi ödemek şeklindedir. Kadın için 58 ve erkek için 60 olan yaş şartı her ikisi içinde kademeli olarak yükseltilip, 1.1.2048'de hem kadın hem erkek için 65'e çıkmakta; ancak, yükseltme ilk defa sigortalı olanlar için geçerli olup, ilk defa 5510 sayılı Yasa'ya göre sigortalı olarak çalışmaya başlama tarihine göre kademeli olarak artacaktır. 5510 yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanları ise, etkilemeyecektir. 1.1.2036'da başlayacak kademeli artış şu şekildedir:

Yaş şartı;

1/1/2036 ilâ 31/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61,

2) 1/1/2038 ilâ 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62,

3) 1/1/2040 ilâ 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63,

4) 1/1/2042 ilâ 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64,

5) 1/1/2044 ilâ 31/12/2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65,

6) 1/1/2046 ilâ 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,

7) 1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65,

olarak uygulanacaktır (5510 m. 28/II-b). Bununla birlikte, sigortalılar, yukarıda yer alan yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek üzere üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün malullük, yaşlılık

ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla da yaşlılık aylığından yararlanabilecektir (5510 m. 28/III). 9000 gün primi tamamlamak imkânına sahip olamayacaklar için getirilen kolaylaştırılmış bu hükümdeki “üç yıl eklenmek” ibaresinin en azından 1479 sayılı Yasa’da olduğu gibi, “2 yıl eklenmek” şekline dönüştürülmesi yerinde olacaktır.

5510 sayılı Yasa’nın yürürlük tarihi itibarıyla ilk kez sigortalı olanlardan, 4/b ve 4/c kapsamındaki için, prim ödeme gün sayısı derhal 9000 gün olarak uygulanacaktır. Ancak, 5510 sayılı Yasa’nın yürürlüğü itibarıyla ilk defa m. 4/a kapsamında sigortalı olanlar için derhal 9000 gün uygulanmayacaktır. 4/a sigortalılar bakımından, Yasa’da getirilen özel hüküm gereğince, yukarıda belirtilen 9000 günlük prim gün sayısı, ilk defa:

- Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarih ile 31/12/2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 7100 gün olarak,

- 1/1/2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise, her takvim yılı başında 7100 güne 100 gün eklenmek suretiyle (ve 9000 günü geçmemek üzere), sigortalılığın başlangıç tarihine göre kademeli bir artış şeklinde uygulanacaktır (Tasarı m. 23/C ile değişik 5510 geçici m. 6/VII). Örneğin 8.9.1999 tarihinden 5510 sayılı Yasa’nın yürürlüğe gireceği 1.6.2008’e kadar ilk defa 5510 sayılı Yasa m. 4/a’ya göre sigortalı olanlar, 7000 gün prime tabi olacaktır. 1.6.2008- 31.12.2008 tarihleri arasında ilk defa 5510 sayılı Yasa 4/a bendi kapsamında hizmet akdiyle sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar için ise, 100 gün artarak, prim sayısı 7100 olarak uygulanacaktır. 1/1/2009 tarihinden itibaren 5510 sayılı Yasa’nın 4/a maddesine göre sigortalı sayılanlar için ise, her takvim yılı başında; 7100 güne 100 gün eklenmek suretiyle artış yapılacak, son artışlar toplamı 9000 günü geçmeyecektir (Fakat örneğin 5510 sayılı Yasa’nın 4/b maddesine göre bağımsız sigortalı olarak çalışmaya başlayan bir kimse için, bu şekilde 100’er günlük artış uygulanması olmayacak; Yasanın yürürlüğe girdiği gün itibarıyla, ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlanlara 9000 gün uygulanacaktır).

5510 sayılı Yasa’nın yürürlüğünden önce sigortalı olanlar ise, eski yasalarına tabi olacaklardır.

5510 sayılı Yasa’daki yeni koşullara karşın, 506 sayılı Yasa’da yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları, “1999’dan sonra sigortalı olanlar için, 58/60

yaş + en az 7000 gün prim ödemiş olmak” ya da “58/60 yaş + en az 25 yıl sigortalılık + 4500 gün prim ödemiş olmak”tır. Görüldüğü gibi, 5510 sayılı Yasa’da, boşta geçen, primi ödenmemiş günlerin dahi sigortalılıktan sayılabildiği “sigortalılık süresi”ne (“25 yıl” gibi) yer verilmemiş; yalnızca, (en az 25 yıl sigortalılık süresine karşılık gelen) kazançlardan primlerin kesildiği prim gün sayısına (ve yaş şartına) itibar edilmiştir (9000 gün= 25x360). Böylece, yeni yasayla, 506 sayılı Yasa’daki yaşlılık aylığına hak kazanmadaki seçimlik koşullardan birini oluşturan “25 yıl sigortalı olup da, bu süreç içerisinde sadece 4500 gün prim ödeyenlerin aylığa hak kazanabilmesi imkânı” yerine, bu prim sayısının iki katını dolduranların aylığa hak kazanması tercih edilmekte; sigortalıların emeklilik imkânları zorlaştırılarak, Kurum’un finansmanı güçlendirilmeye çalışılmaktadır. 506 sayılı Yasa’da 7000 gün olan prim gün sayısının (her ne kadar ilk kez sigortalı olunacak tarihe göre, 5510 sayılı Yasa’nın geçici 6/VII’inci maddesinde, hizmet sözleşmesiyle çalışan sigortalılar için 7100 günden başlayarak 9000 güne kadar uzanan kademeli bir geçiş düzenlenmişse de), sonuçta, 9000 gün prim sayısı, yaşlılık edimine hak kazanmayı oldukça güçleştiren bir rakamdır.

1479 sayılı Yasa’da aylık koşulları, 1999’dan sonra sigortalı olanlar için “kadın ise 58, erkekse 60 yaşını doldurmak + 25 tam yıl (9000 gün) prim ödemek” veya istisnaen kolaylaştırılmış hüküm şeklinde “söz konusu yaşlara 2 yıl eklenmek + 15 yıl (5400 gün) tam prim ödemek”tir. Yeni Yasayla, Bağ-Kur’lular için aylık koşulları (2036’dan itibaren yaş yükseltmeleri dışında), ilk seçenekte prim gün sayısı yönünden değişmemekte; ikinci seçenekte ise, yaş şartı yükselmekte (en az yaş sınırları olan 60/62 yerine, 61/63 olmakta); prim gün sayısı ise aynı kalmaktadır (1479 sayılı Yasa’daki 15 yıl, yani 15x360= 5400 gün yerine, 5510 sayılı Yasa’da 5400 gün).

5434 sayılı Yasa’da, üç türlü emeklilik düzenlenmiştir: Taleple, re’sen ve yaş haddinden emeklilik. 506 ve 1479 sayılı Yasalar’dakine benzer şekilde, olağan emeklilik durumu olan “taleple emeklilik”te, “kadın ise 58, erkekse 60 yaş + 25 yıl sigortalılık” şartı vardır ki 5434 sayılı Yasa’daki 25 yıl sigortalılığın yerini, 5510 sayılı Yasa’daki 9000 gün prim sayısı almıştır.



Yaşlılık aylığı hesaplanmasına yönelik olarak, 5510 sayılı Yasa'nın sigortalılara ilişkin etkisini inceleyecek olursak, farklı olasılıklar üzerinde durmak gerekecektir. 506 sayılı Yasa'ya göre sigortalı olarak çalışan bir kişiyi örnek alacak olursak:

**- Sigortalı 1.6.2008'den önce emekli olursa:**

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 1.6.2008 tarihinde yürürlüğe girmeden emekli olanlar hakkında sadece 506 sayılı Kanun'un yaşlılık aylığı bağlanmasıyla ilgili hükümleri uygulanacaktır. O nedenle 5510 sayılı Yasa'nın yaşlılık aylığı bağlanmasıyla ilgili hükümlerinden doğrudan etkilenmeyecektir. Buna bağlı olarak yürürlükteki 506 sayılı Yasa'nın yaşlılık aylıklarının hesaplanmasına ilişkin hükümlerine göre (506 sayılı Yasa geçici m. 82) 506 sayılı Yasa'da 1999 tarihli 4447 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik uyarınca, 1.1.2000 tarihinden önceki ve 1.1.2000 tarihinden sonraki çalışmaları için iki ayrı kısmi aylık hesaplanacaktır (4447 sayılı Yasa'yla yapılan hesap değişikliği öncesi ve sonrası olmak üzere). Son olarak bağlanacak aylığın tutarı ise, bu iki kısmi aylığın toplamıdır.

Bu yönüyle, ilk kısmi aylık; 1.1.2000 öncesi çalışmaları için son 5 yıllık ortalama prime esas kazançlarının denk geldiği gösterge ile katsayının çarpımından oluşan tutara "toplam prim gün sayınız üzerinden 5000 güne kadar %60, 5000 günden sonraki her 240 gün için ise %60 oranının 1 artırılmasıyla hesaplanacak oranın" uygulanması ve bu tutarın "tüm prim ödeme gün sayısı ile 1.1.2000'e kadar olan prim ödeme gün sayısı arasındaki oranın" çarpımıyla bulunacaktır (bunun da 1/12'si ilk kısmi aylık tutarıdır).

İkinci kısmi aylığın hesabında da, ortalama 2000-2008 arası güncellenmiş tüm ortalama yıllık kazancının, "tüm prim gün sayısı üzerinden ilk 3600 günlük prim diliminizin her 360 günü için %3,5, sonraki 5400 günün her 360 günü için %2 ve daha sonraki her 360 günü için %1,5 oranının toplamından oluşan oran ile çarpılacak", bu tutar da "tüm prim ödeme gün sayısı ile 1.1.2000-1.6.2008 arasındaki prim ödeme gün sayısı oranıyla çarpılarak ikinci kısmi aylık bulunacaktır (bunun da 1/12'si ikinci kısmi aylıktır).

Her ikisinin toplamı 1.6.2008 itibarıyla hesaplanacak temel aylığını oluşturacaktır.

Görüldüğü gibi, sigortalının 1.6.2008'e kadar

toplam 9000 gününün olduğunu varsaysak, 1.1.2000'e kadar olan aylığı için uygulanacak kısmi aylık bağlama oranı 5000 gün için %60 + kalan 4000 gün için %16 olmak üzere= %76 olur.

1.1.2000-1.6.2008 için kısmi aylık oranı ise, 9000 günün 3600 günü için %35 + kalan 5400 gün için de %30 olmak üzere= %65 olur. Sonuç olarak 4447 sayılı Yasa'dan önceki çalışmaları için daha yüksek aylık bağlama oranı uygulanmaktayken, 4447 sayılı Yasa'yla gelen değişiklikle oran azalmıştır. Buna göre 1.6.2008'den önce emekli olursa, 1.1.2000-1.6.2008 arası çalışma dönemi için, 1.1.2000 öncesi döneme göre daha düşük aylık oranıyla karşılaşacaktır. 5510 sayılı Yasa'yla ise 1.6.2008 öncesi dönem için aylık oranı yönünden olumsuz bir etkileşim meydana gelmeyecektir.

**- Sigortalı 1.6.2008'den sonra emekli olursa:**

5510 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi uyarınca, asıl aylık, hem yukarıda belirttiğimiz 506 sayılı Yasa'nın hükümlerine göre, hem de 5510 sayılı Yasa'nın aşağıda belirteceğimiz hükümlerine göre hesaplanacak kısmi aylıkların toplamından oluşacaktır.

5510 sayılı Yasa yürürlüğe girdiği takdirde, 29. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlama oranı, sigortalının malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi geçen toplam prim ödeme gün sayısının her 360 günü için %2 olarak uygulanacaktır. Daha önce belirtildiği gibi, Tasarı'dan önceki haliyle, 5510 sayılı Yasa'da şu anda bu oranlar, "2015 yılı sonuna kadar %2,5; 2016 yılı başından itibaren ise %2" (1.6.2008'den sonraki ilk veya devam eden sigortalılık çalışmaları için) dir.

Bu duruma göre, yukarıda daha önce verdiğimiz örnekte, sigortalının 1.1.2008'e kadar olan 9000 günlük prime sahipken, 1.1.2008'den sonra çalışmayı sürdürerek 720 gün prim daha ödeyip, 1.1.2011'de emekli olduğunu varsaysak, yukarıda belirttiğimiz örnekte olduğu gibi, 1.1.2008 öncesi çalışmaları için hesaplanacak kısmi aylıkların toplamıyla (toplam prim gün sayısı ile kısmi döneme ilişkin prim sayısı oranlaması da ayrı ayrı uygulanarak)  $9000+720=9720$  gün üzerinden ve 1.1.2008 sonrası kazançlarınız ortalaması üzerinden  $(9720/360=27) \times \%2 = \%54$  oranında ikinci kısmi aylık hesaplanacaktır. 1.1.2008 öncesi ve sonrası kısmi aylıkların toplamı 1.1.2011'de sigortalıya bağlanacak aylığa temel oluşturacaktır.

Görüldüğü gibi 2008'den sonra çalışmayı, 5510 sayılı Yasa'ya tabi olmak yerine mevcut 506 sayılı Yasa'ya tabi olarak sürdürseydi, (yani 5510 sayılı Yasa hiç yürürlüğe girmeseydi) 9720 günün ilk 3600 günü için %3,5; sonraki 5400 günün her 360 günü için %2 ve sonraki her 360 gün için de %1,5 üzerinden 2008 sonrası çalışmaları için kısmi aylık hesaplanacaktır ki, bu 2008 sonrası kısmi aylık için toplam  $\%35+\%30+\%3= \%68$  oranı uygulanacaktı. 1.6.2008 ve sonrası çalışmaları ise 5510 sayılı Yasa'ya tabi geçeceği için, 2008 sonrası döneme ilişkin kısmi aylık bağlama oranınız ise, 2011'e kadar çalışacağınızı varsayarsak, her 360 gün için %2 uygulanacağından %54 olmaktadır ki, aylık oranı epeyce düşmektedir.

Sonuç olarak, 5510 sayılı Yasa 1.6.2008'den önce çalışmaya başlayanların, 1.6.2008'den önce emekli olmaları durumunda, alacakları aylığı etkilememektedir. Ancak 1.6.2008'den sonra çalışmayı sürdürerek emekli olmayı düşünenlerin, 1.6.2008 sonrası hesaplanacak kısmi aylıklar yönünden aylık bağlama oranını düşmektedir. Ancak, 1.6.2008'den sonraki çalışmalar için 5510 sayılı Yasa'ya göre hesaplanacak kazançlarda matraha dâhil unsurlar 506 sayılı Yasa'ya göre genişletildiğinden, her ne kadar 1.6.2008 sonrası hesaplamalar için aylık oranları düşmekteyse de, oranın uygulanacağı matrahlar da artacağından, matrah artışı halinde aylıklar da buna bağlı yükselecektir. Ancak doğal olarak sigortalının emeklilik öncesi kazancı da, kesilecek primler dolayısıyla azalma gösterecektir.

1479 ve 5434'deki aylık bağlama oranlarına bakacak olursak, 9000 gün 1479 sayılı Yasa'ya tâbi olarak çalışan sigortalılar, hâlihazırda aynı süre karşılığında %65 oranında (3600 günün her 360 günü için %3,5; sonraki 5400 günün her 360 günü için %2 ve daha sonraki her 360 gün için %1,5 olmak üzere,  $9000 \text{ gün} = 3600+5400 \text{ gün}$  yönünden,  $\%35+\%30=\%65$ ) yaşlılık aylığına hak kazanmaktadır ki, 5510 sayılı Yasa'yla, aynı süre için aylık bağlama oranında düşüş yaşanmaktadır (%65'ten %50'ye).

5434 sayılı Yasa kapsamındakilere ise, 25 yıl hizmet karşılığında %75 oranında aylık bağlanmaktadır. Böylece, 5510 sayılı Yasa'yla sigortalılara gelen en aleyhte etki, 5434 sayılı Yasa kapsamındaki iştirakçiler için oluşmaktadır (%75'den %50'ye düşüş).

5510 sayılı Yasa'da ayrıca, yaşlılık aylığı bağlama oranı için bir de üst sınır getirilmiş ve %90 olarak belirlenmiştir (Tasarı m. 5/B ile değişik 5510 m. 29/III). Aynı hüküm, son Tasarı'da da korunmuştur. Böyle bir sınır 506 ve 1479 sayılı Yasalarda bulunmayıp, sadece 5434 sayılı Yasa'da, emeklilik aylığı açısından sınır %100 olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla, yeni Yasa'nın aylık oranıyla ilgili getirdiği tavan sınırı, en çok, 506 ve 1479 sayılı Yasa'ya tabi sigortalıların aleyhindedir.

Diğer yandan, Tasarı, fiili hizmet zammı bakımından da, sigortalı haklarını azaltmaktadır. Örneğin 506 sayılı Yasa'ya göre gemi adamları, gemi ateşçileri, kömürcüler için uygulanan fiili hizmet zammı, 5510 sayılı Yasa'da yer almışken, son Tasarı'da kaldırılmaktadır. Yine havayolu uçucu personeline 5510 sayılı Yasa'da fiili hizmet zammı varken, son Tasarı'da kaldırılmaktadır. İnfaz koruma memurlar, PTT dağıtıcıları için de aynı şeyler geçerlidir (Tasarı m. 7 ile değişik 5510 m. 40).

**4) Ölüm Aylığı:** 5510 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinden sonra ölen sigortalıların hak sahipleri için ölüm aylığı bağlanması, ölen sigortalı için "en az 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş" olması (veya aylık almaktayken, aylık işlemleri sürerken veya aylığı kesilip de çalışırken ölmesi) haline tabi kılınmıştır (Tasarı m. 6/A ile değişik 5510 m.32/II). Tasarı, 5510 sayılı Yasa'daki 900 günlük asgari prim sayısını 1800 güne çıkarmıştır. En az 900 gün primi bildirilmiş sigortalının 9000 gün primi olduğu varsayılarak, en az 9000 gün üzerinden; daha fazla gün sayısı varsa, o gün sayıları üzerinden hesap yapılacaktır. Ölüm aylığı oranı yönünden de, yaşlılık aylığı bağlama oranlarına atıfta bulunulmuştur (5510 sayılı Yasa m. 33/c). Buna göre, 5510'daki en az ölüm aylığı bağlama oranı (9000 gün üzerinden) %50'dir (her 360 gün için %2 üzerinden,  $25 \times \%2 = \%50$ ).

Buna karşın, 506 sayılı Yasa'da ölüm aylığı bağlanması için gerekli koşullar olan "en az 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları priminin ödenmiş olması" ya da "en az 5 yıldır sigortalı olup, her bir yılı için ortalama 180 gün aynı primlerin ödenmiş olması"dır. 5510 sayılı Yasa'da, 506 sayılı Yasa'daki seçimlik (ve sigortalılar için kolaylaştırılmış) koşul olan "5 yıl sigortalılık+ortalama 180 gün prim" ödeme imkânı ortadan kalkmaktadır.

1479'a göre, Bağ-Kur sigortalısının hak sahiplerine ise, ölen sigortalının en az 5 tam yıl prim ödemiş olması (iş kazası ve meslek hastalığından ölüm hali hariç) ya da aylık almakta veyahut hak kazanmış iken ölmesi gibi hallerde ölüm aylığı bağlanmaktadır. 1479'daki 5 tam yıl koşulu, Tasarı'daki prim ödeme gün sayısı koşuluyla paraleldir (5x 360= 1800 gün).

5434 sayılı Yasa'da ölüm aylığı Cumhurbaşkanının ölümünde; kural olarak en az 10 yıl fiili hizmeti olan iştirakçinin ölümünde; ayrıca istisnai bazı hallerde iştirakçinin 5 yıl fiili hizmeti varken ölümünde hak sahiplerine aylık bağlanmaktadır. Tasarıyla birlikte, kamu görevlilerinin ölümünde aylık bağlanması için aranan en az 10 yıllık temel sigortalılık (hizmet) süresi koşulu, 5 yıla (1800 güne) inmiş olmaktadır.

**5) Sağlık Yardımı:** Sağlık yardımlarına hak kazanmak koşuluna ilişkin olarak Tasarı m. 11/C ile değişik 5510 sayılı Yasa madde 67'ye göre:

“18 yaşını doldurmamış olan kişiler, tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, acil haller, iş kazası ile meslek hastalığı halleri, bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar, 63 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri gereğince sağlanan sağlık hizmetleri, 75 inci maddede sayılan afet ve savaş ile grev ve lokavt hali hariç olmak üzere sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için;

-60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (f) bendi hariç diğer bentleri gereği genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması,

-60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (g) bentlerine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentlerde sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması şarttır.”

O nedenle 18 yaşını doldurmamış kişiler, acil haller gibi yukarıda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, kural olarak son 1 yıl içinde en az 30 gün sağlık primi ödeme gün sayısı olmayan veya başka prim ya da prime ilişkin (gecikme zammı gibi) borcu olanlar, sağlık edimlerinden yararlanamayacaktır.

506 sayılı Yasa'da sağlık yardımları açısından sigortalının kendisi için en az 90 gün, bakmakla yükümlü oldukları kişiler için en az 120 gün prim ödeme şartı aranırken, 5510 sayılı Yasa, m. 4/a kapsamındaki için en az 30 gün olarak belirlemekle, lehe bir hüküm getirmiştir. Sağlık yardımlarından yararlanma yönünden, 1479 sayılı Yasa'da düzenlenen “ilk kez sigortalı olanlar için en az 240, yeniden sigortalı olanlar için ise, en az 120 gün sağlık sigortası primi ödeme “koşulu, 5510 sayılı Yasa'yla 30 güne indirilmiştir. 5434 sayılı Yasa kapsamındaki iştirakçilerden ise, daha önce sağlık sigortası primi alınmıyorken, 5510 sayılı Yasa m. 4/c kapsamında çalışmalarını nedeniyle kendilerinden de 30 gün prim alınacaktır.

Net asgari ücretin üçte birinden az geliri olanlar için sağlık hizmetleri ücretsizken, bu sınırı aşanlar prim ve katılım payı ödeyerek hizmetlerden yararlanacaklardır. Asgari ücretin üçte birinden az gelir elde eden sayısı çok fazla olmadığından, neredeyse herkes için sağlık hizmetleri ücretli hale gelmiştir demek mümkündür.

Sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından prim ödeme şartının yanı sıra, yukarıda belirtildiği gibi, son Tasarıyla 5510 sayılı Yasa'nın katılım payıyla ilgili 68. maddesine eklenen (d) bendiyle (Tasarı m. 12/A), “ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri hariç”, yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri için, “katılım payı” alınması getirilmiştir. Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi için katılım payı, Meclis'e sunulan Yasa Tasarısı'ndaki hükme göre, 2 YTL'dir ve Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranı kadar her yıl artırılır. Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için katılım payı, %10 ilâ %20 oranları arasında olmak üzere Kurum'ca belirlenir. Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri hariç, yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri için katılım payı belirtilen sağlık hizmetleri bedelinin yüzde biridir.

Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi için, şu anda 2 YTL olan katılım payını, birinci basamak hizmet sunucularında yapılan muayenelerinde almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye veya tekrar birinci fıkranın (a) bendi için belirlenen tutara getirmeye, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muaye-

nelerde ise önceki basamaklardan sevkli olarak başvurulup başvurulmadığı dikkate alınmak suretiyle yarısına kadar indirmeye veya 5 katına kadar artırmaya, gerektiğinde bu tutarları kanuni tutarlarına getirmeye veya indirmeye Kurum yetkilidir (Tasarı madde 12/A ile değişik 5510 m. 68/II).

İş kazası ile meslek hastalığı halleri, kontrol muayeneleri, aile hekimi muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ise, 5510 sayılı Yasa'da katılım payı alınmayacak haller arasında (m. 69) gösterilmiştir ve son Tasarı'da da bu hüküm aynen yer almıştır.

Son Tasarıyla, 5510 sayılı Yasa'nın 73. maddesinde yapılan değişikliğe göre (Tasarı m. 13/A), "Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları, buldukları sınıf için Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen sağlık hizmetleri bedelinin % 20'sine kadar genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden ilâve ücret talep edebilir. Sözleşmeli kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları ise otelcilik hizmeti ile öğretim üyesi tarafından sağlanan sağlık hizmetleri dışında (Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları Kurumca belirlenmiş standartların üstündeki talepleri karşılayan otelcilik hizmetleri ile hayati öneme sahip olmama ve alternatif tedavilerin bulunması gibi hususlar göz önüne alınarak Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden belirlenen hizmet fiyatlarının 3 katını geçmemek üzere ilâve ücret alabilir) sağladıkları sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden ilâve ücret talep edemez".

Böylece, Tasarıyla, prim ve katılım payının yanı sıra, sağlık hizmetlerinden yararlanmada ilave ücret uygulaması da getirilmiş olmaktadır.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Yusuf ALPER, "Türk Emeklilik Sisteminde Reform", MESS Mercek, Yıl: 2005, Sy: 37, s. 113; Can TUNCAY, "Türk Emeklilik Sisteminde Reform Projesinin Değerlendirilmesi", Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 2005, Sy: 2, s. 11.
- 2 506 sayılı Yasa'ya göre isteğe bağlı sigortalı sayılanlar, sigortalılıkları süresince sadece malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabidirler ve bu sigorta kolları için %25 oranında prim öderler (506 sayılı Yasa m. 85/C). O nedenle, kendilerinden hastalık sigortası primi kesilmesi söz konusu değildir. İsteğe bağlı sigortalılar, kendilerine malullük veya yaşlılık aylığı

bağlandığı takdirde ise, sağlık yardımlarından da yararlanmaya başlamaktadır (506 sayılı Yasa m. 36/A). Bu durum doktrinde eleştirilmiş, "kendilerine aylık bağlandıktan sonra, aynen zorunlu sigortalılar gibi sağlık yardımından yararlanabilen isteğe bağlı sigortalılardan da, isteğe bağlı sigortalılıkları sürerken hastalık sigortası primi alınması gerektiği"ne işaret edilmiştir (Bkz. TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 164). Yukarıda belirtildiği gibi, 5510 sayılı Yasa'daki eğilim de bu yönde olmuş ve isteğe bağlı sigortalıların da genel sağlık sigortası primine tabi tutulması kabul edilmiştir.

- 3 2000 yılına dek sağlık yardımlarından yararlanabilen isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalıları, 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası'nda 619 sayılı KHK ve 4956 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler sonucunda, 4.10.2000 tarihinden itibaren sağlık yardımlarından yararlanamayacaktır. Ancak, istisnaen, 619 sayılı KHK'nin yürürlük tarihi olan 4.10.2000'den önce isteğe bağlı sigortalı olarak sağlık primleri ödemiş olanlar, zorunlu sigortalılıktan isteğe bağlıya geçenler, talepleri uyarınca sağlık sigortası primi kesilmeyenler, isteğe bağlı sigorta talebi olmaksızın sigorta ve sağlık primi ödeyenlerden bu ödemeleri isteğe bağlı sigorta süresinden sayılanlar, 4.10.2000'den sonra zorunlu sigortalılıktan isteğe bağlıya geçenler ile bu kişilerden malullük, yaşlılık ve ölüm aylığı alanlar, bu sürelerle ilişkin prim ve sair borçlarını talepleri tarihinden itibaren 6 ay içinde ödemeleri kaydıyla, 1479 sayılı Yasa'nın sağlık yardımlarından yine yararlanabileceklerdir. Bkz. Ali GÜZEL/Saim OCAK, "1479 Sayılı Bağ-Kur Kanunu'nda 4956 ve 5073 Sayılı Kanunlar İle Yapılan Değişiklikler", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/3, s. 910; Can TUNCAY/Ömer EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İst. 2008, s. 512; Ali GÜZEL/Alı Rıza OKUR, Sosyal Güvenlik Hukuku, İst. 2004, s. 549.
- 4 5434 sayılı TC. Emekli Sandığı Yasası, istek halinde iştirakçilik ile isteğe bağlı iştirakçilik (sigortalılık) şeklinde iki farklı yasal durumu içermektedir. İstek halinde iştirakçilik, örneğin emeklilik hakkı tanıyan görevleri ifadan sonra Büyük Millet Meclisi'ne seçilenlerin, istekleri halinde iştirakçi niteliği kazanmalarınıdır. İstek üzerine iştirakçi olanlar, esasen fiilen çalışmayı sürdürmektedir. 21.9.2004 tarihli 5234 sayılı Yasa'yla Emekli Sandığı Yasası'na getirilen isteğe bağlı iştirakçilik ise, en az 10 yıl fiilen çalıştıktan sonra iştirakçiliği bazı şartlar dahilinde son bulanların, belli süre ve koşullar içerisinde talepleri üzerine, isteğe bağlı olarak sigortalılıkları sürecektir (Bu konuda bkz. A. İlhan ORAL, TC Emekli Sandığı Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme: İsteğe Bağlı İştirakçilik, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, Sy: 29, yıl: 2005, s. 61 vd.).
- 5 Karşılaştığımız Levent AKIN, Tek Çatı Öncesinde ve Sonrasında İsteğe Bağlı Sigortalılık, MESS Mercek, 2006/43, s. 176-177. Aslında, 5510 sayılı Yasa'ya ilişkin ilk tasarılar, mevcut yasa hükümlerinin aksine, sigortalılık ilişkisi isteğe bağlı sigorta primi ödenmese de son bulmayacak şekilde düzenlenmiş iken (Bkz. Yusuf ALPER, "Türk Emeklilik Sisteminde Reform", MESS Mercek, Yıl: 2005/37, s. 113) meclisteki son tasarıda, bu konuda ayırma gidilmiş ve yalnızca, sağlık sigortası primlerinin priminin üst üste iki aydan fazla süre ile ödenmemesi durumunda, isteğe bağlı sigortalılığın, son primin ait olduğu ayı takip eden aybaşından itibaren sona ereceği kabul edilmiştir.



Doç. Dr. Levent AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# 5510 Sayılı Yasa'nın Maluliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi

## 1. Giriş

16 Haziran 2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 31.5.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, yaklaşık dört yıldır gündemde. Resmi Gazete'de yayımından önce yaklaşık iki yıl, belki onlarca kere değiştirilen ve her değişiklik ardından gerek sosyal taraflar, gerek bilim çevrelerince ayrıntılı incelenen ve yoğun olarak eleştirilen 5510 sayılı Yasa'nın bu kadere, yayımı ardından da değişmemiştir. Dahası, söz konusu yasa bu süreçte bir de Anayasa Mahkemesi tarafından oldukça kapsamlı bir iptale maruz kalmıştır. Yüksek Mahkeme anılan kararında sadece iptali istenen maddelere yönelik değerlendirme yapmakla kalmamış, yasanın genel esasları üzerinde de önemli tespitlerde bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ardından, 5510 sayılı Yasa'yı yeniden ele alınmış ve bazı hükümlerini değiştiren bir yasa tasarısı hazırlanmıştır. Henüz TBMM Komisyonları'nda yasalaşma seyrini sürdüren değişiklikler son halini almamıştır. Değişiklik taslağı, meclis komisyonlarında sürekli değişikliğe uğramakta, getirdiği hükümler üzerindeki tartışmalar tüm yoğunluğuyla devam etmektedir.

Ancak belirtmeliyiz ki, söz konusu tartışmalar genelde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen hü-

kümler üzerinden yürütülmektedir. Oysa yasanın tartışılmayı gerektiren başka düzenlemeleri de bulunmaktadır. Bu düşüncesiyle biz de burada, yasanın iptalden neredeyse hiç etkilenmemiş görünen maluliyet düzenlemelerine dikkat çekmeyi amaçladık. Zira 5510 sayılı Kanun'un önemli sorunlar yaratma ihtimali bulunan düzenlemelerinden bir kısmı da maluliyete ilişkindir. Halen 506, 1479 ve 5434 sayılı Yasalara tabi durumda bulunan sigortalı ve iştirakçilere uygulanacak olan yeni maluliyet düzenlemelerinde, önemli hukuksal çelişkiler bulunmaktadır. 2007 yılı başında yaptığımız kapsamlı çalışmada 5510 sayılı Yasa'nın maluliyet düzenlemelerinde önemli sorunlar bulunduğunu belirtmiş ve tespit edebildiğimiz problemler sebebiyle köklü değişikliklere ihtiyaç bulunduğuna işaret etmiştik<sup>1</sup>. Anılan çalışmamızdaki değerlendirmemizden hareketle, üzerindeki değişiklik çalışmalarını süren 5510 sayılı Yasa'nın bu alandaki düzenlemelerini kısa kısa ele almak istiyoruz.

## 2. Maluliyet yaklaşımı

Sosyal devlet, ülkede yaşayanların gelecek kaygısı duymadan çalışabilecekleri bir ortam hazırlamak ve çalışmadıkları dönemde onlara asgari bir güvence sağlamak durumundadır. Bu sebeptir

ki; sosyal devletin en temel görevlerinden birisi, vatandaşlarının sosyal güvenliğini sağlamak olarak belirlenmiştir. Nitekim sosyal güvenliği herkes için bir hak gören Anayasamız, devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alması gerektiğini ve teşkilatı kuracağını açıkça düzenlemiştir (m.60).

Sosyal devletin ve dolayısıyla sosyal güvenliğin bu temel işlevi, daha ziyade kişilerin yaşlandıkları dönemle özdeşleşmiştir. Dolayısıyla hemen herkes, sosyal güvenlik sistemini yaşlandığında ya da hastalandığında hatırlamakta ve sosyal güvenlik kurumlarını, bu döneme ilişkin yardımlarıyla değerlendirmeyi tercih etmektedir. Bu yaklaşım çok yanlış olmasa da eksiktir. Zira sosyal güvenlik sistemleri kişilere sadece yaşlandıklarında değil, iş kazası veya meslek hastalığı geçirdikleri, işsiz kaldıkları, anne oldukları ya da malul kaldıkları dönemlerde de katkı sağlamaktadır.

Malullük, içerik olarak üzerinde hassasiyetle

mal koşullar altında prim ödeyerek pasif dönemlerine ilişkin birikim oluşturmaları beklenen sigortalılar, maluliyet halinde, bu süreci tamamlamadan emeklilik hakkına kavuşurlar. Bu yapısı dikkate alındığında malullük, toplanan primlerle emeklilik sonrası sigortalıya bir gelir oluşturmayı temel alan aktüeryal dengeyi bozan bir özelliğe sahiptir.

Ne zaman ortaya çıkacağı bilinmeyen malullüğün, aktüeryal hesaplamalara uymayan bu yapısı, bazı ülkelerde malullüğe ilişkin yardımların sosyal sigorta sistemi dışına çıkarılmasına neden olmuştur. Malullük halinde yapılacak yardımları sosyal yardım kapsamına alan bu sistemlerde, yapılan yardımlar primlerden değil vergilerden karşılanmaktadır. Bu yapı içinde, malullüğün ortaya çıkma sıklığından hareket edilmekte ve malullüğe neden olan etkenler dikkate alınarak bir risk havuzu oluşturulmaktadır. Böylelikle, malullüğün gerçekleştirilme olasılığı tespit edilmeye çalışılmakta ve he-

## Sebepten olduğu sağlık sorunu yüzünden, sigortalıları normal çalışma süresinden çok daha erken bir tarihte emeklilik konumuna ulaştıran maluliyet, sosyal sigortalının prim sisteminde ayrıksı bir durum yaratır.

durulması gereken bir kavram olsa da daha çok sunduğu sigorta yardımı dikkate alınarak değerlendirilir. Yani malullük denildiğinde akla daha ziyade malullük aylığı ve koşulları gelir. Bu açıdan bakıldığında malullük aylığı, tüm dünyada esasen emeklilik programlarından dönüştürülen bir aylık durumdadır. Kapsamına aldığı kişileri emeklilik rejimi dışına çıkararak, onlara emeklilik yaşından önce aylık alabilme imkânı sağlar. Dünyada uygulanan hemen her malullük programında da aynı anlayışı görebilmek mümkündür. Nitekim bazı ülkelerde malullük sigortası ayrı bir sigorta kolu olarak düzenlenmeyip emeklilik sigortası kapsamında yer almakta ve bu yapı içinde emeklilik, yaş had-dinden ve maluliyetten olmak üzere iki tür olarak uygulanmaktadır.

Sebepten olduğu sağlık sorunu yüzünden, sigortalıları normal çalışma süresinden çok daha erken bir tarihte emeklilik konumuna ulaştıran maluliyet, sosyal sigortalının prim sisteminde ayrıksı bir durum yaratır. Zira bu alanda yapılan parasal yardımlar, alınan primlerin karşılığı olarak görülmez. Nor-

saplamalar bu verilere göre yapılmaktadır. Malullüğün sosyal yardım alanına iten tek gerekçe bu değildir. Malullüğün tıbbi açıdan objektif olarak tespitinde yaşanan güçlükler ve aylık bağlanmasında karşılaşılan bürokratik engeller de bu kararı destekleyen diğer etkenler olarak görülmektedir.

Bununla birlikte çoğu ülkede sosyal yardımları da içeren sosyal koruma programları, devlet tarafından başvurulacak son kaynak olarak görülür. Zira söz konusu programların sunduğu hizmetler, primlerle değil vergilerle karşılanır. Dolayısıyla bu korumanın genişlemesi, genellikle vergi mükelleflerinin tepkisine yol açar. Bu düşünceye sahip olanlar, yararlanmayacakları bir hizmete katkı sağlamaktansa, primli bir sosyal güvenlik rejiminin parçası olmayı tercih ederler. Nitekim Türkiye'de olduğu gibi bir çok ülkede de malullük, halen bir sosyal sigorta riski olarak görülmektedir. Dolayısıyla primli rejim içinde yer almaktadır.

Ancak malullük konusunda ülkeler birbirinden farklı politikalar izleyebilmektedir. Ekonomik açıdan yüksek gelir düzeyine sahip az nüfuslu bazı

ülkeler, çok sık karşılaşmadıkları malullük hallerinde bağlanacak aylığı, her şeye rağmen sosyal yardım şekline dönüştürüp, hiçbir prim ve sigortalılık süresi koşuluna bağlamaksızın uygulamayı tercih ederler. Bu durum o ülkenin sosyal koruma politikaları ile ilgilidir. Zira bazı ülkeler malül kişilerin işgücü piyasasında kalmalarını tercih ederken, bazıları ise onları sosyal koruma programlarına çekerek çalışmaktan alıkoyabilmektedir. Daha ziyade kuzey Avrupa ülkelerinde görülen bu ikinci yapı, ülke nüfusu ve milli geliri düşünüldüğünde son yıllara kadar bu ülkelerin ekonomilerine önemli bir yük yaratmamıştır. Ancak söz konusu yapı artık terk edilmekte ve her geçen gün malullük aylığına ulaşılmasını güçleştiren, sunduğu sigorta yardımlarına başvurulmasında cesaretlendirici olmamaya özen gösteren adımlar atılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu ülkelerde ya yardımlar düşük tutulmakta ya da primler artırılmaktadır. Aynı amaçla, maluliyet oranı ve prim süresi koşullarının ağırlaştırıldığına da rastlanmaktadır.

O halde malullük aylığı, ülkenin ekonomik durumu ile doğrudan ilgilidir. Araştırmalar göstermektedir ki, sosyal korumanın, iş güvencesinin, işsizlik yardımlarının yetersiz ve kısa süreli olduğu ülkelerde malullük aylığına başvurular artmaktadır. Çeşitli ülkelerde, ekonominin kötüye gittiği dönemlerde malullük aylığı başvurularında inanılmaz bir artış olduğu, bu başvuruların malullük sigortası üzerinde önemli bir baskıya sebebiyet verdiği tespit edilmiştir. Buna karşılık işsizlik ödeneklerinin malullük aylığı kadar yüksek olduğu dönemlerde, bu baskının azaldığı görülmüştür. Ancak uygulanan işsizlik programları yeterli olmayan ülkelerde işsizler hala, malullük aylığı alabilmenin yollarını aramakta, bunun için bir fırsat yaratmaya çalışmaktadırlar.

Malullük aylığına yönelik bu yaklaşım Türkiye için de çok farklı değildir. Türk sosyal güvenlik sistemi de, malullüğün, yaşlılık (emeklilik) aylığından farklı olarak özlenen bir durum olmadığını kabul eder. Zira sosyal güvenlik hukuku anlayışı, sigortalıların malullüğü değil, emekliliği arzuladıklarını varsayar. O sebeple malullük, ulaşılması güç bir hedef olmaktan çıkarılmıştır. Çünkü doğal olarak hiç kimsenin kendi isteğiyle sakat kalmayacağı kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, dünya genelinde olduğu gibi Türkiye'de de malullük rejiminin emeklilik rejiminden en önemli farkı durumunda-

dır. Nitekim bu farklı yapı, Türkiye'de uygulanan malullük sigortasının prim rejimini de etkilemiştir. Malullük aylığına hak kazanabilmek için gerekli görülen belli süre prim ödemiş olma koşulu, emeklilik için öngörülenden çok daha kısa tutulmuştur.

Bu yaklaşıma rağmen Türk sosyal güvenlik sistemindeki emeklilik koşullarının ağırlığı, bir çok kişiyi malulen emeklilik imkânı yaratma çabasına sürüklemektedir. Bilhassa özel sektörde çalışan işçiler, ekonomik istikrarsızlık ve işsiz kalma korkusuyla, emeklilik koşullarını sağlayamayacak olduklarını düşünerek malulen emeklilik fırsatı aramaktadır. Bu durum, gerek maluliyet durumunu değerlendirecek sağlık birimlerinde, gerek erken emeklilik talepleriyle mücadele eden sosyal güvenlik sistemi üzerinde büyük bir baskı yaratmaktadır. Bu baskı, emeklilik koşullarını ağırlaştıran ve 2008 yılı ortasında yürürlüğe girmesi planlanan 5510 sayılı Yasa üzerinde çok daha yoğun yaşanmaktadır. Nitekim söz konusu Yasa, emeklilik rejimini ağırlaştırmakla kalmayıp, malullük aylığından yararlanma koşullarında da gerilemeye neden olmuştur.

Malullük, sosyal güvenlik sistemlerinin karşılanması beklenen asgari risklerden biridir. Sigortalılar, malullük nedeniyle çalışmadıklarında, sosyal güvenlik kurumları tarafından desteklenmeli ve mağduriyetleri engellenmelidir. Nitekim Avrupa Birliği'nin Sosyal İlişkiler Komisyonu'nun 17-18 Kasım 2003 tarihinde Brüksel'de yaptığı ve malullüğü de ele aldığı toplantıda, Birliğin bu alanda uygulaması gereken politikalar belirlenirken, malul kişilere mümkün olduğu ölçüde katkı sağlanması ve bu kişilerin işyerlerine kazandırılabilmesini sağlayacak yöntemler geliştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

### 3. 5510 sayılı Yasa'nın maluliyeti düzenleme yöntemi ve uygulanacak hükmün tespiti

Malullük bağımlı ya da bağımsız olarak çalışan tüm sigortalılar için geçerli bir risk durumundadır ve o sebeple her iki çalışan grubuna yönelik olarak da uygulanır. Ancak Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2006 yılı verilerine göre aktif çalışan nüfusun % 83'ünü bağımlı çalışanların oluşturduğu dikkate alındığında, konu bu grup için çok daha hayati nitelik taşımaktadır.

Bağımlı çalışanların sosyal güvenlik hakları halen ayrı yasalarda düzenlenmiştir. Farklı çalışma ilişkilerine bağlı olarak görev yapan bu kişilerin, sosyal güvenlik hakları arasında da çeşitli farklar bulunmaktadır. Bu farklar malullük için de geçerlidir. Bununla birlikte bağımlı çalışanların bu mevcut yapısı, 16 Haziran 2006 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile önemli değişikliklere uğramaktadır. Yasa henüz yürürlüğe girmemiş olsa da yıl ortasında girmesi beklenmektedir. Bununla birlikte üç temel sosyal güvenlik kurumunu ortadan kaldıran ve tüm sigortalıları tek çatı altında toplayan 5502 sayılı Yasa, 16 Mayıs 2006 tarihinde yasalaşmış ve uygulamaya girmiştir. Dolayısıyla artık Sosyal Sigortalar Kurumu, Emekli Sandığı ve Bağ-Kur Genel Müdürlükleri kalkmış, tüm sigortalılar Sosyal Güvenlik Kurumu altında toplanmıştır.

Bununla birlikte 5510 sayılı yeni Yasa, Anayasa Mahkemesi tarafından kapsamlı bir iptale uğramış ve kamu görevlilerinin tabi tutulduğu bazı hükümler Anayasaya aykırı görülmüştür. Yüksek Mahkemenin iptal ettiği hükümler, 5510 sayılı Yasa'nın yarattığı yeni malullük yapısına ilişkin değildir. Bu alanda iptal edilen tek hüküm durumundaki malullük aylığı hesabına ilişkin düzenleme de, salt yaşlılık aylığı hesap yöntemini benimsemiş olması sebebiyle ve sadece kamu personeli için tümüyle iptal edilmiştir. Başka bir söyleyişle anılan hüküm de doğrudan malullük sistemi ile ilgili değildir. Dolayısıyla iptal kararı ile emekli aylıkları için gerekli görülen bu kapsamlı değişiklik, malullük için aynı düzeyde olmayacaktır.

Kaldı ki malullük alanında, 5510 sayılı Yasa'da, 4/c'liler ile 4/a'lılar arasında kural olarak bir norm birliğinden söz edebilmek güçtür. Gerçekten de 4/c kapsamındakilere uygulanacak olan malullük rejimi, büyük ölçüde Emekli Sandığı Kanunu düzenlemelerinin tekrarından oluşmaktadır. Yani malullük alanında söz konusu sigortalılara uygulanan özgün rejim neredeyse aynen 5510 sayılı Yasa'ya da taşınmıştır. Hatta vazife ve harp maluliyetini düzenleyen 47. maddenin yer aldığı beşinci bölümün başlığı, "Kamu görevlilerine ilişkin hükümler" şeklindedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşım tarzından hareket edilirse, bu alanda ortak hükümlere tabi olmanın yaratabileceği sorunlar, emekliliğe göre daha azdır. Başka bir söyleyişle

memur ve diğer kamu görevlileri, 5434 sayılı Yasa'da olduğu gibi 5510 sayılı Yasa'da da malullük konusunda kural olarak farklı rejime tabi tutulmuştur.

Bununla birlikte, aynı yasada düzenlenmiş olmaktan kaynaklanan bazı ortak normların, malullük alanında da bulunduğunu belirtmeliyiz. Örneğin 5434 sayılı Yasa'da yer verilen adi maluliyet, vazife ve harp maluliyetlerinin aksine 5510 sayılı Yasa'ya alınmamıştır. Onun yerine, tüm sigortalı grupları için ortak bir maluliyet modeli belirlenmiş ve aynı koşulların herkese uygulanması öngörülmüştür.

Gerek özgün, gerek ortak düzenlemelerle birlikte 4/c kapsamındakilere uygulanan malullük rejimi, (aylık hesap usulü dışında) iptale konu olmamıştır. Ancak bu durum, malullük konusunda 5510 sayılı Yasa'da bir sorun olmadığı anlamına gelmez. Aksine, özellikle 4/c kapsamındaki memur ve diğer kamu görevlilerinin, vazife ve harp maluliyeti dışında diğer sigortalılarla aynı hükümlere tabi tutulmasının yarattığı çok önemli sorunlar bulunmaktadır. Bunların hiç biri de iptal kararında ele alınmamıştır.

Bu durum karşısında 4/c kapsamındakilerin malullük hakları, onların 5510 sayılı Yasa'ya ya da başka özel bir yasaya tabi olmalarından bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Çünkü hangi yasa kapsamında olurlarsa olsunlar, memur ve diğer kamu görevlileri, sosyal güvenlikteki yeniden yapılanma çalışmaları kapsamında getirilecek birtakım yeni malullük hakları ile karşılaşacaklardır. İncelenmesi gereken, getirilecek olan bu hakların, memur ve diğer kamu görevlilerinin 5434 sayılı Yasa'da düzenlenen hakları karşısındaki durumu ve bu haklarla ne derecede bağdaştırılabildiği olmalıdır. O nedenle bu alanda yapılacak incelemelerde, 4/c kapsamındaki sigortalıların hem 5510, hem de 5434 sayılı Yasa'da düzenlenen malullük hakları ele alınmalıdır. Aylık hesabı dışında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından etkilenmeyen malullük haklarının, 5510 sayılı Yasa'da düzenlenmiş olmasının yarattığı sorunlar ancak bu şekilde ortaya konulabilmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin kararında da belirtildiği üzere, yasa koyucu dilerse memur ve diğer kamu görevlilerinin sosyal güvenlik haklarını, gereken farklılıkları oluşturmak koşuluyla (ki malullük alanında zaten büyük ölçüde



farklı niteliktedir), yine 5510 sayılı Yasa'da düzenleyebilecektir. Nitekim mevcut gelişmelerden anlaşıldığı kadarıyla izlenen yol da budur.

Bu bağlamda her şeyden önce, bağımlı çalışanların tanımlanmasına büyük özen gösterilmelidir. Zira 506 ve 5434 sayılı Yasaların muhataplarını belirleme yöntemleri birbirlerinden farklıdır. 506 sayılı Yasa kural olarak hizmet sözleşmesine bağlı olarak çalışma ölçütünden hareket ederken, 5434 sayılı Yasa kapsamına aldığı kurum ve iştirakçileri tek tek saymayı tercih etmiştir. Oysa yeni Yasa, ortak bir yöntem kullanma uğruna, iştirakçilerin tespitinde ilgililerle kamu idaresi arasındaki hukuksal ilişkiden hareket etmektedir. Bu şekilde oluşturulan 4/c bendi iptal edilmiş olsa da, düzenleniş şekli itibarıyla Anayasa Mahkemesi tarafından incelemeye tabi tutulmamıştır. İptal, bu bende dahil edilen sigortalılara sunulan haklarla sınırlı kalmıştır. Oysa düzenleniş şekli itibarıyla anılan hüküm anlaşılması son derece güç kavramlar içermekte ve değerlendirme yapmayı neredeyse imkânsız kılan sınıflandırmalar yaratmaktadır. O sebeple iptal kararı sonrası yapılacak çalışmalarda mutlaka yeniden kaleme alınmalı ya da sigortalıların tespitinde yeni bir yöntem tercih edilmelidir.

Sosyal güvenlik hukuku bağlamında ele alındığında bağımlı çalışanlar, çalışma yaşamlarının tümünde bağımlı çalışmayıp, bazı dönemlerde bağımsız faaliyet göstermiş olabilirler. Türkiye'nin istihdam koşulları dikkate alındığında bu durum son derece doğaldır. Nitekim uygulamada, başlangıçta bağımlı çalışan, daha sonra kendi işini kurduğu halde ekonomik çalkantılarla bunu kapatmak zorunda kalarak yeniden bir işverenin yanında işe giren sayısız insan bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda ilgililerin, bağımlı çalışılan dönemlerde tabi oldukları sosyal güvenlik hükümleri ile bağımsız çalıştıkları dönemlerdeki birbirinden farklı olmakta, ancak çalışmalar çakışmadıkça herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Emeklilik aşaması geldiğinde ise 2829 sayılı Yasa'da belirtilen ilkeler doğrultusunda bu süreler toplanarak ilgilinin muhatap olacağı sosyal güvenlik normu belirlenmektedir.

Yıllardır sürdürülen bu yöntem yeni yasa kapsamında 2829 sayılı Yasa'nın kaldırılması ile değiştirilmektedir. Yeni yapıda çakışan sigortalılık halinde varsa 4/c kapsamındaki çalışmalara öncelik ta-

nınmaktadır. Bunun hangi gerekçeye dayandırıldığını anlayabilmek güçtür. Ayrıca getirilen yeni yöntemin yeni yasanın yürürlüğe gireceği tarihten itibaren işlev göreceği olması, önceki çalışma dönemlerinin ne şekilde değerlendirileceğini de belirsiz kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 4/c'lileri Yasa kapsamı dışında bırakma önerisi de dikkate alındığında, çakışan sigortalılığa uygulanacak hükümlerin nasıl işletileceği ciddi bir sorun oluşturmuş durumdadır. Dolayısıyla sigortalıların bağımlı mı, yoksa bağımsız mı çalıştıkları konusunda verilecek karara temel oluşturacak ölçütler tümüyle gözden geçirilmelidir.

#### 4. Malul sayılma koşulları

Malul sayılabilmek her şeyden önce çalışma ya da meslekte kazanma gücünde belli bir oranda eksilmeye bağlıdır. Türk hukuk sisteminde maluliyete esas oluşturan çalışma gücü kaybının tespitinde, kişinin gelir elde edebilirliğinden çok, tıbbi inceleme sonucu belirlenen hareket kabiliyetindeki azalma dikkate alınmaktadır. Oysa bu mevcut uygulamayı, çalışma gücü kaybı kavramının kelime anlamıyla bağdaştırabilmek güçtür. O nedenle yeni yasa döneminde hazırlanacak yönetmeliklerde de aynı anlayış süreceyse, tercih edilmesi gereken kavram çalışma gücü kaybı yerine hareket gücü kaybı olmalıdır. Yani hareket gücünde % 60 oranında kayba uğrayanlar malul sayılmalıdır. Fakat getirilen düzenleme ile amaçlanan bu değilse, çalışma gücü kaybı konusunda yapılan değerlendirmelerde ilgilinin hareket kabiliyetinden ziyade, durumuna uygun herhangi bir işteki çalışma gücü kaybı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalı, buna uygun yeni bilimsel verilere dayalı cetveller hazırlanmalıdır. Ancak hemen belirtelim ki, bu değerlendirmeler sırasında, meslekte kazanma gücü kaybı kavramında olduğu gibi çok dar alanda bir değerlendirme yapılmamasına da özen gösterilmelidir. Diğer bir deyişle, çalışma gücü kaybı değerlendirmesinde, yalnızca sigortalının kaza geçirdiği sırada yürüttüğü işi yapabilme yeteneğindeki kaybı değil, bunun yanında yapabileceği diğer işler de dikkate alınarak gerçek anlamda çalışma gücü değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır.

Mevcut yapı içinde bağımlı çalışanlara uygulanan malullük koşullarında mutlak bir paralellik bulunduğu söylenemez. Oysa yeni sosyal güvenlik

sistemi bu alanda bir norm birliğini hedeflemiştir. Bu amaçla malullük konusunda genel hüküm niteliğinde bir düzenleme getiren 5510 sayılı Yasa'nın, bunun dışında farklı malullük modelleri içermesi ve üstelik bunu yalnızca bir grup sigortalıya sunması, anılan yasanın tek çatı ve norm birliği hedefine aykırı bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Zira sigortalı başlığı altında toplanan ve Yasanın 4. maddesinde yer verilen a ve b bentlerine tabi olanlarla, c bendine tabi olanlar arasında zaten var olan farklılık, kavramsal olarak yeni Yasaya da taşınmıştır. O nedenle 5510 sayılı Yasa, böylesi önemli bir alanda dahi sigortalıları ortak bir başlık altında toplayamamıştır.

Gerek bu yeni düzenleme tarzı, gerek daha önce idari yargıda görülen harp ve vazife malullüğü davalarının tümüyle adli yargıda görülecek olması, önümüzdeki yıllarda bu alanda önemli problemler yaşanabileceğini göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli iptal kararının, belirtmiş olduğumuz bu farklılığa hiç değinmemiş olması ve yasanın malullük yaklaşımında hiçbir iptalin yaşanmamış bulunması bu endişeyi daha da artırıcı niteliktedir. Zira Yüksek Mahkeme'nin iptal gerekçesinde memurların yine 5510 sayılı Yasa kapsamında düzenlenebilmesine açık kapı bırakılması, iptal incelemesinde malullük düzenlemelerinin neredeyse hiç ele alınmamasının eksikliğini ilerde daha da önemli oranda hissettirecek gibi görünmektedir.

## 5. Maluliyete neden olan iş kazası-meslek hastalığı ve vazife maluliyeti

İş kazası ve meslek hastalığı kavramları mevcut sistem içinde sadece 506 sayılı Yasa kapsamında yer almakta, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu bu yönde bir düzenleme içermemektedir. Buna karşın 5434 sayılı Yasa iş kazası anlayışına yakın, ancak sadece maluliyet düzeyine ulaştığı anda hüküm ve sonuç doğuran bir başka kuruma sahiptir. O da vazife maluliyetidir.

5510 sayılı Yasa, aslında aynı temel yaklaşıma sahip bu iki yapıyı aynen koruyarak bünyesine almaktadır. Diğer bir deyişle 5510 sayılı Yasa'da, iş kazası ve meslek hastalığı düzenlemesi yanında vazife maluliyeti hükmüne de yer verilmiştir. Ha-

len yürürlükte bulunan mevzuatta, bu kavramların bir arada kullanıldığı bir yasa yoktur. Oysa yeni Yasa her iki hükmü beraberce kullanmaktadır.

Kanımızca yasa koyucu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13 ve 47. maddelerini düzenlerken isabetli bir yöntem izlemiştir. Öyle görünmektedir 13. madde, yasanın genelinde olduğu üzere doğrudan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'ndan alınmıştır. Ancak 506 sayılı Yasa'dan farklı olarak burada, tek çatı ve norm birliği hedefine uygun bir anlayışla tek bir başlık altında toplanan tüm sigortalılar aynı hükme tabi tutulmuştur. Bu haliyle 5510 sayılı Yasa'nın, kendi amacına uygun hareket ettiğini söyleyebilmek mümkündür. Ancak aynı yasa koyucu bu uygulamasının hemen ardından 47. maddede tümüyle farklı, bir anlayış sergileyerek, Emekli Sandığı Kanununda yer alan vazife maluliyeti düzenlemelerini neredeyse olduğu gibi yeni yasaya eklemiştir. Hatta bunu yaparken 47. maddenin norm birliğine en yakın bendini yasaya almayarak Kanun'un amacıyla da çelişmiştir. Bizce bu durum, yasa koyucunun 47. maddeyi 13. maddeye uyarlayamamasından kaynaklanmıştır. Oysa 47. maddede düzenlenen vazife maluliyetine neden olan hallerle, 13. maddede yer alan iş kazası oluşturan hallerin bağdaştırılabilmesi büyük ölçüde mümkün görünmektedir. Dolayısıyla 4/c'lilerin yasa içinde varlıklarını korumaları düşünülürse, iş kazasına ilişkin hükümler tek bir başlık altında ve tüm sigortalılara uygulanır tarzda yeniden düzenlenmelidir. İş kazası ve vazife maluliyeti kavramlarının ayrı düzenlemeler olarak yasaya alınmasına gerek yoktur. Şayet bahsi geçen sigortalılara ayrı hükümlerin uygulanması isteniyorsa, karışıklığı engellemek için, memur ve diğer kamu görevlileri ayrı bir yasada düzenlenmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli iptal kararında, kamu görevlileri için ayrı düzenlemenin gerekli görüldüğü alan sadece emeklilik rejimi olsa da, malullük ile ilgili olarak da bu seçenek ciddi olarak düşünülmalıdır.

## 6. Vazife maluliyetini engelleyen haller

5510 sayılı Yasa ile ilgili olarak işaret etmek istediğimiz önemli bir başka nokta, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 48. maddesinde yer alan, vazife malulü sayılmaya engel olan hallerdir.

Bu hallerin varlığı halinde iştirakçi, vazife malulü sayılabilmektedir. Danıştay burada sayılan halleri, nedenselliği kesen haller olarak yorumlayıp, böyle bir durumun varlığı halinde uygun nedenselliğin kesilip kesilmediğini incelemektedir. Kanımızca yasanın 48. maddesinde yer verilen durumlar, Danıştay'ın ifade ettiği gibi nedenselliği kesen haller şeklinde nitelendirilmemelidir. Bunlar sadece, vazife maluliyetini adi maluliyete dönüştüren haller olarak algılanmalı ve o şekilde işlem görmelidir. Yasa koyucunun 48. maddeyi düzenlerken, bazı hallerin vazife maluliyetine engel olmasını istediği ve anılan maddeyle de bunları belirlediği kabul edilmelidir. O sebeple 48. maddedeki haller gerçekleştiğinde, bu durumun nedensellik bağını kesip kesmediği ile ilgilenilmeden sonuca ulaşılmalıdır. Zira 48. maddenin kaleme alınış şekli bunu zorunlu kılmaktadır.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, uygulanmasında tartışmalar yaşanan 48. maddeye paralel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu yeni durum, 48. maddede düzenlenen koşullar altında gerçekleşen sakatlıkların ne tür bir maluliyete sebep olacağı konusunun açıklığa kavuşturulması ihtiyacı doğuracaktır. Dolayısıyla Danıştayın 5434 sayılı Yasa dönemindeki nedensellik anlayışı, yeni yasa bağlamında ve yeni yargı yeri durumundaki Yargıtayın içtihatları doğrultusunda tekrar gözden geçirilmelidir. Zira 48. maddede sayılan hallerde oluşan vazife maluliyetleri, mevcuttan farklı olarak yeni yasa döneminde vazife maluliyeti olarak kalacaktır. Çünkü yeni yapılanma sonrasında, bu nitelendirmeyi engelleyecek herhangi bir hüküm olmayacaktır. Bu durum, sıkıntılı bir takım sonuçlar yaratacak ve daha önce vazife maluliyeti sayılmayan bazı olayların bu kapsamda değerlendirilmesine neden olacaktır.

## 7. Harp maluliyeti

Bu kavram halen 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda düzenlenmiştir. Yıllardır sandık iştirakçilerine sunulan ve çok özgün bir içeriğe sahip bu imkânın yapısında önemli değişiklikler yapılmaktadır. Tek çatı ve tek sigortalılık yaklaşımının bir sonucu olarak yeni sosyal güvenlik yasası harp maluliyetini her tür sigortalının yararlanabileceği bir imkân haline getirmektedir. Başka bir deyişle,

uğradığı maluliyet vazife maluliyeti sayılsın ya da sayılmasın, Türk Silahlı Kuvvetleri'nce görevlendirilen 4. maddenin gerek (a) gerek (b) bendi kapsamında sigortalı olanlar da, şartların varlığı halinde harp malulü sayılabilecektir. Ancak bu durumun hayata geçebilmesi, 5510 sayılı Yasa ile getirilen yapının, Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli iptal kararı sonrasında da varlığını koruyabilmesine bağlıdır. Kamu görevlilerinin 5510 sayılı Yasa kapsamı dışına çıkarılması halinde aynı imkânın yaratılabilmesi için konunun yeniden düzenlenmesi gerekecektir.

Mevcut mevzuat ve yargısal içtihatlardan hareket edildiğinde harp maluliyeti temelde kaza gibi ani bir sonuçtan kaynaklanmalıdır. Meslek hastalığı gibi uzun süreli etkiler sonucu oluşan zararların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir. Bu anlayış, meslek hastalığını düzenlemiş olan Emekli Sandığı Kanunu açısından bir ölçüde açıklanabilir. Diğer bir deyişle Emekli Sandığı Kanunu, tartışmaya açık olmakla birlikte, iş kazasını düzenlemiş ancak meslek hastalıklarına yer vermek istememiş olabilir. Ancak aynı durum yeni dönem için geçerli değildir. Zira 2008 yılı ortasından itibaren, harp maluliyetinin yeni yasal dayanağı durumuna gelecek olan 5510 sayılı Kanun'da, meslek hastalığına da yer verilmiştir. Üstelik bu hüküm, yasanın sigortalı saydığı tüm çalışanlara uygulanabilir niteliktedir. Dolayısıyla maluliyet olaylarında, meydana gelen zararı salt iş kazası boyutuyla ele almak, aynı koşullarda oluşan meslek hastalıklarına yasanın sağladığı kolaylıkları sunmamak anlamına gelecektir ki, bunu isabetli bir uygulama sayabilmek güçtür.

Gerçekten de, Yasanın 4/c kapsamındaki bir pilotun, aynı çalışma koşulları altında zaman içinde oluşan bir işitme kaybını, aniden bir olay sonucu meydana gelen işitme gücü kaybından ayırması için hiçbir neden olmasa gerekir. İş kazası ve meslek hastalığının tek bir sigorta kolu olması ve mağdurlarına aynı hukuksal imkânları sunmasının temelinde de bu anlayış yatmaktadır. O sebeple yeni dönemde, harp maluliyetine sebep olan koşullarda gerçekleşen olayların mutlaka kaza niteliğinde olması aranmamalıdır. Kanımızca aynı şartlar altında gerçekleşen hastalıkların yarattığı maluliyet halleri de, diğer koşulların da varlığı halinde harp maluliyeti sayılabilmelidir.

Bu durum bize göre Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli iptal kararı sonrası yapılacak değişikliklerden bağımsız düşünülmelidir. Yani memur ve diğer kamu görevlilerinin sosyal sigorta hakları ayrı bir yasada düzenlendiğinde dahi, getirilecek bir hükümlerle meslek hastalığı kavramı harp maluliyeti için de uygulanabilir hale getirilmelidir. Kaldı ki Emekli Sandığı Kanunu, vazife maluliyetini ve harp maluliyetini aynı anlayışla düzenlemiş hatta birini diğerinin ön koşulu saymıştır. Bu durum karşısında, içtihatlarla meslek hastalığı sayılabilecek bir durumu vazife maluliyeti olarak görmekten şüphe duymayan yaklaşımın, harp maluliyetinde neden uygulanmadığını açıklayabilmek mümkün değildir. Her ikisi de belirli koşullar altında gerçekleşen ve iştirakçiyi görevini yapamaz hale getiren halleri düzenlemektedir. Kanımızca 5510 sayılı Yasa döneminde, gerek vazife gerek harp maluliyetine sebep olan haller salt kaza şeklinde gerçekleşen olaylara hasredilmemelidir. Hastalık olarak ortaya çıkan ve sigortalının işini görmesini engelleyen olaylar açısından da aynı şekilde hüküm ve sonuç doğurabilmelidir.

## 8. Malullük aylığı koşulları

Malullük aylığı, belirli süre sigortalılık ve prim koşuluna bağlı bir yardım türüdür. Nitekim mevcut yasalarda bu konuda belirli şartlar öngörülmüştür. Buna karşılık yeni Yasa bu alanda birtakım değişikliklerle, aylığa ulaşılabilme koşullarını ağırlaştırmaktadır. Oysa Türkiye'de malullük aylığı koşullarını güçleştirmeyi gerektiren bir koşul doğmamıştır. Zaten istisnai bir yapı taşıyan bu aylık türüne hak kazanabilecek düzeyde sakat olanların 5 yerine 10 yıl beklemesini haklı kılacak hiçbir geçerli neden yoktur.

Yasa koyucu bu alanda norm birliğini sağlayacak temel hüküm olarak, malullük aylığını 10 yıl fiili hizmet süresine bağlayan 5434 sayılı Yasa'yı almıştır. Ancak norm birliği için daha fazla sigortalılık süresi arayan hükmün esas alınması, işçi ve memurların çalışma koşullarının aynı olduğu varsayımından hareket edildiği sonucunu doğurmaktadır ki bu doğru değildir. Maluliyet oranını yakalamış bir işçinin 10 yıl beklemesi ile aynı durumdaki memurun 10 yıl beklemesi arasındaki çok büyük bir fark vardır. Memur bu süreyi kendine uygun başka bir işi yaparak doldurabilirken aynı şeyi işçi için

söyleyebilmek güçtür. Türkiye'deki işsizlik düzeyi düşünüldüğünde maluliyet oranına varan bir saktatlığı olan işçinin, sağlıklı işçilerin iş bulamadığı bir ortamda 10 yıl beklemesi, bu süre boyunca işsiz kalması anlamına gelir. O nedenle yeni Yasanın norm birliğinde, 5434 sayılı Yasa'ya göre daha az sigortalılık arayan 506 sayılı Yasa'yı esas alması, yani 5 yıl sigortalılıkla yetinmesi daha uygun olacaktır.

5510 sayılı Yasa'nın sigortalılık süresi açısından 5434 sayılı Yasa'yı temel alması, Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 tarihli iptal kararı ardından yukarıdaki eleştirilerimizi daha da güçlendirmiştir. Zira yeni bir değişiklik yapılmadığı sürece memur ve diğer kamu görevlileri, yani 4/c'liler 5510 sayılı Yasa'nın dışına çıkarılmıştır. Dolayısıyla, önümüzdeki dönem içinde yapılacak değişikliklerle tekrar 5510 sayılı Yasa kapsamına alınmadıkları sürece, bu kişiler yasa kapsamı dışında kalsalar da, kendilerine uygulanan 10 yıl sigortalılık koşulu 5510 sayılı Yasa'da varlığını koruyacaktır. Bu şekilde, daha önce sadece SSK ve Bağ-Kur'u kapsayacak daha dar kapsamlı bir norm birliği çalışmasında rahatlıkla 5 yıl olarak belirlenebilecek sigortalılık süresi, salt Emekli Sandığı Kanunu'nun temel alınmış olması sebebiyle 10 yıl olarak kalacaktır. Üstelik bu düzenlemeyi getiren 5510 sayılı Yasa belki de sandık iştirakçilerine hiç uygulanmayacaktır. Bu durum, norm birliği çalışmalarında ne kadar dikkatli adım atılması gerektiğini göstermesi açısından son derece ilginç bir örnek oluşturmaktadır. 5510 sayılı Yasa bir çok alanda olduğu gibi bu alanda da isabet-siz bir tercihte bulunmuştur.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, sigortalılık süresi konusunda Emekli Sandığı Kanunu'nda yer alan sürekli bakıma muhtaç olanlara ilişkin hükme kapsamında yer vermiştir. Bu şekilde, herkes için ağırlaştırılan malullük aylığı koşullarına, sadece bir grup sigortalı için de olsa kolaylaştırılmış bir alternatif sunulmuştur. Yeni yasanın sürekli bakımına muhtaç derecede malül olanlar için getirdiği malullük aylığı seçeneği, mevcut mevzuatta, SSK ve Bağ-Kur sigortalıları için malullük aylığının olağan koşulu durumundadır. Yani 5510 sayılı Yasa yürürlüğe girdiğinde, mevcut SSK ve Bağ-Kur sigortalılarının aynı koşullarla malullük aylığına ulaşabilmeleri için sürekli bakımına muhtaç olmaları gerekecektir. Aksi halde aylık için



sakat olarak 10 yıl beklemleri istenmektedir. Bunun çok ağır bir şart olduğu kanısındayız. O sebeple iptal kararı sonrasında yapılacak değişikliklerde 4/c'liler kapsama alınsın ya da alınmasın, 26. madde yeniden gözden geçirilmeli ve hiç olmazsa SSK ve Bağ-Kur'un mevcut malullük aylığı koşulları korunmalıdır. Sürekli bakımına muhtaç derecede malül olanlar için ise 5 yıldan da az sürede aylık imkânı yaratılmalıdır. Bu durumdaki kişilerin içinde buldukları durum düşünüldüğünde, getirilecek hükmün sosyal devlet olmanın bir gereği olduğu anlaşılacaktır. Bunun istismar edilmesinden korkmak için hiçbir neden olmadığı kanısındayız.

### 9. Aylığın hesabı

Malullük aylığı mevcut mevzuata göre farklı şekillerde hesaplanmaktadır. Yeni yapı içinde bu alanda da köklü bir değişiklik yaratılmış, ancak hazırlanan hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Söz konusu iptal, yürürlüğe girmesi halinde yasanın yaratacağı önemli bazı sorunların ortaya çıkmasını da baştan önlemiş görünmektedir.

Gerçekten de 5510 sayılı Yasa'nın aylık hesaplama sistemi tüm sigortalılara uygulanacak nitelikteydi. Dolayısıyla ortalama kazanç yöntemi, işçiler kadar, memurların yaşlılık aylıklarının hesabında da kullanılacaktı. Ancak yeni yasa bu düzenlemeyi getirirken, memurlara uygulanan mevcut yöntemi yürürlükten kaldırma konusunda arzu edilen titizliği gösterememiştir. Zira 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun, memurların emekli aylıkları açısından son derece önemli bazı hükümler 5510 sayılı Yasa tarafından yürürlükten kaldırılmamıştır. Dolayısıyla 5510 sayılı Yasa yürürlüğe girseydi, böyle önemli bir konuda aynı konuyu düzenleyen farklı içerikli hükümlerle karşılaşılacaktı ki bunun yaratacağı sorunları öngörebilmek hiç de zor değildir. İptal kararı bu anlamda oluşabilecek büyük bir kaosu da önlemiş görünmektedir.

Aynı durum, malullük aylığı hesabına esas alınan ücretlerle ilgili olarak da yaşanmış ve özellikle kamu görevlilerini ilgilendiren önemli değişiklikler getirilmiştir. İştirakçiler açısından yaşanan bu önemli yenilikler, malullük aylığı hesabına esas olacak rakamlarda bir takım değişikliklere neden olacaktır. Daha önce üzerinden kesinti yapılmayan kazançlardan prim kesilmesi, artan primler sebebiyle görevde iken ele geçecek aylıklarda bir dü-

şüş yaratacaktır. Nitekim bu durum yasa koyucu tarafından da öngörülmüş ve mağduriyet oluşması için Geçici 4. maddede bir düzenleme hazırlanmıştır. Söz konusu hüküm, personel yasasında gereken değişiklikler yapılmadan hazırlanan 80. madde hükmünün yarattığı kaosu önlemeye yönelik geçici bir çözüm getirmiştir. İki yıl sonra ne olacağı belli değildir. Kaldı ki Yasanın tasarı halindeki metninde böyle bir düzenlemenin olmayışı, sosyal taraflar ve bilim çevrelerince yapılan eleştiriler üzerine sonradan eklenmiş olması, yasanın hazırlanış süreci konusundaki ciddiyet ile ilgili bir fikir de vermektedir.

### 10. Aylığın kesilmesi

Yazımızın başında da belirtmiş olduğumuz üzere maluliyet, genellikle erken bir emeklilik olarak algılanmaktadır. O sebeple malül olduğunu savunan kişilerin çalışmamaları gerektiği kabul edilmektedir. Nitekim çoğu sosyal güvenlik siteminde olduğu gibi Türk sosyal güvenlik siteminde de çalışan malüllerin aylıkları kesilmektedir.

Bununla birlikte bize göre, malül durumundaki kişilerin çalışmayı sürdürmeleri halinde izlenecek yol, her ülkenin kendi koşullarına göre belirlenmelidir. Kanımızca malullük aylığı (ya da iş göremezlik geliri) alan bir kişinin yeniden çalışmaya başlaması, gelir ya da aylıklarında bir kesinti yaratmalıdır. Gerek mevcut, gerek yeni sosyal güvenlik yasalarında çalışan malülün aylığını kesen anlayış, temelde işsiz gençlere istihdam alanı açmaya yöneliktir. Bu anlayışa göre, bir kişinin malül sayılması onun çalışamayacağı anlamına gelir. Ayrıca böyle bir kişinin çalışması, daha genç bir işsiz o işte çalışabilmesi imkânını da ortadan kaldırdığı gibi kayıttan dışı istihdamda da yol açar. Bize göre bu tür bir yaklaşım, yaşlılık aylığına hak kazanmış bir sigortalı için bir dereceye kadar haklı görülebilir. Gerçekten de, yaşlılık aylığı belli bir düzeyi geçen sigortalıların yeniden çalışmaya başlamaları halinde aylıkları kesilebilir. Buna karşılık, kendisine asgari ücret üzerinden yaşlılık aylığı bağlanan bir sigortalının yeniden çalışmaya başlaması, ülkenin ekonomik koşulları dikkate alındığında doğal karşılanmalıdır. Buna bir de erken emeklilik imkânları eklendiğinde, bu durum ülke genelinde yaygın bir uygulama haline gelmektedir.

Ancak malullük aylığı açısından konuya daha

yumuşak yaklaşılmalıdır. Her şeyden önce malül kişinin fiziken çalışamayacağını kabul etmek mümkün değildir. Zira malül sayılabilmek için çalışma ya da kazanma gücünü % 100 oranında kaybetmek gerekli değildir. % 60 ya da % 66'lık kayıplar malül sayılmak için yeterlidir ki, söz konusu oranlar bu kişilerin hala çalışma ve kazanma güçlerinin olduğunu göstermektedir.

Bu durum karşısında bize göre malullük aylığı alan bir sigortalının yeniden çalışmaya başlaması ya da mevcut işini sürdürmesi büyük bir şanstır. O nedenle engellenmemelidir. Bu çalışmanın o kimseye yönelik ekonomik katkıları dışında rehabilitasyon sağlayacağı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bir ayağını kaybetmiş ve çok düşük bir malullük aylığına hak kazanmış bir sigortalının çalışabileceği bir iş bulabilme imkânı zaten çok düşüktür. Bu güçlüğü aşmış olması ise o kimsenin yaşama bağlanması ve ekonomik açıdan kendini daha güçlü hissetmesini sağlayacaktır. Bu önemli sonuç, salt dar kapsamlı bir istihdam alanı yaratabilme kaygısıyla bertaraf edilmemelidir. İstihdam yaratmak, güçlülükle iş bulabilmiş bir avuç malulün aylığını keserek onları çalışmaktan caydırmakla değil, yeni yatırımlarla yeni iş sahaları açarak sağlanabilir. Sosyal devletten beklenen, vatandaşlarının sosyal refaha ulaşma çabalarını engellemek değil, aksine, bunu kolaylaştırıcı adımlar atmaktır.

## 11. Sağlık yardımları

Halen yürürlükte bulunan sosyal güvenlik yasalarında, malül durumundaki sigortalı ve iştirakçilere, aylık dışında sağlık yardımı da sunulmaktadır. Ancak bu sağlık yardımları sigortalıların bağlı oldukları yasaya göre farklı düzeylerde gerçekleşmektedir. Bu anlamda iştirakçilere sunulan yardımların, 506 ve 1479 sayılı Yasalara tabi olanlara sunulanlara göre daha zengin olduğunu söyleyebiliriz. O nedenle aynı düzeyin tüm sigortalı gruplarına sağlanması uygun olacaktır.

Sağlık hizmetleri ile ilgili olarak yaşanan bu farklılığı giderme amacıyla oluşturulan ancak hizmet düzeyini yükseltmek yerine aşağıya çeken genel sağlık sigortası, gerek aktif, gerek pasif sigortalılar için önemli sorunlar içermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı bu alanda yeni bir sorun daha yaratmıştır. Zira Yüksek Mahkeme, genel sağlık sigortalısının tanımlandığı 60. maddenin ka-

mu görevlilerine uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırırken aktif sigortalılara yönelmiş, emekli durumundaki iştirakçileri ihmal etmiştir. Dolayısıyla yasanın 4/c kapsamında yer alan memur ve diğer kamu görevlileri genel sağlık sigortası kapsamında çıkarıldığı halde, adi, vazife ya da harp malullüğü aylığı alanlar kapsamda bırakılmıştır. Bu sorun yapılacak değişiklikler sırasında giderilmelidir. Aksi halde Anayasa Mahkemesi'nin, kamu idarelerinde çalışan (aktif) memur ve diğer kamu görevlilerini genel sağlık sigortası dışına çıkarmak istediği, buna karşılık yaş ya da sağlık sebepleriyle emeklilik hakkına kavuşmuş (pasif) sigortalıları bu kapsamda tuttuğu kabul edilecektir. Oysa Yüksek Mahkeme, memurlar için ayrı bir rejim oluşturulması gerektiği görüşündedir ki, bu yaklaşımı sağlık sigortası ile ilgili olarak sadece aktif sigortalılarla sınırlamak, pasif dönemde onları diğer sigortalı gruplarına dahil etmek için bir neden olmasa gerekir.

Malül durumdaki sigortalılar açısından büyük önem taşıyan bir diğer konu da sağlık hizmetlerinin içeriğidir. Önemli sağlık sorunları ile karşı karşıya bulunan bu sigortalılara sunulacak sağlık hizmeti, onlar açısından sosyal güvenliğin gerçek anlamı olarak algılanmaktadır. Yürürlükteki sistem içinde malullük aylığı alan sigortalılar, pasif statüye geçmiş olmaları sebebiyle genelde aktif sigortalılıkları devam edenlerden ayrılmakta ve daha sınırlı bir sağlık hizmeti alabilmektedirler. Bununla birlikte, sigortalılara sunulacak sağlık hizmet düzeylerinde zaman içinde değişiklikler yapılmaktadır. Ancak bu değişikliklerin, artış yönünde olması beklenmelidir. Nitekim mevcut sağlık sigortalıdaki değişiklik seyrinin de bu yönde olduğunu söyleyebiliriz.

Bununla birlikte yeni sistemin sağlık hizmetleri açısından bu kadar cömert olduğunu söyleyebilmek güç görünmektedir. Her şeyden önce yeni yasa bu konuda Sosyal Güvenlik Kurumu'na geniş bir yetki vermiştir. Konuya ilişkin düzenlemeye göre kurum, finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini Sağlık Bakanlığı'nın görüşünü alarak belirlemeye yetkilidir. Ancak kanımızca bu yetki, sunulmakta olan sağlık hizmetlerinin ortadan kaldırılması için değil, daha verimli işlemesi için kullanılmalıdır. Aksi halde kurum sağlık hizmetlerinin kapsamını daralta-

rak, sigortalıları tamamlayıcı sağlık sigortalarına yönelmeye zorlamış olur ki, bunu sosyal devlet anlayışı ile bağdaştırabilmek mümkün değildir. Nitekim anılan hükmün Anayasa'ya aykırılığı da ileri sürülmüş fakat Yüksek Mahkeme 15.12.2006 tarihli kararında bu talebi reddetmiştir.

## 12. Malullük aylığında işveren ve diğer sorumlulara rücu

5510 sayılı Yasa'da yer alan malullük aylığı konusunda işaret etmek istediğimiz bir diğer nokta, bu aylıktan işverenin sorumluluğuna ilişkindir. Yani sigortalıya bağlanan aylığın, işverene rücu edilip edilemeyeceğidir. Konu son derece önemlidir. Zira Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesi ile karşılaştırıldığında yeni hüküm önemli değişiklikler getirmektedir.

Her şeyden önce, sigortalılara yapılan yardımlar sebebiyle rücu, işverenin kastına ya da iş güvenliği önlemlerine aykırı eyleminin varlığına bağlıdır. Mevcut yasanın, bunlara ek olarak yer verdiği suç sayılan fiil ibaresi kaldırılmıştır. Dolayısıyla mevcut uygulamada sadece işyeri ve işle ilgili olmayan trafik kazaları olaylarında uygulanan suç sayılı fiile dayalı rücu ortadan kalkmaktadır. İşverenin kasıtlı davranışları ya da iş sağlığı ve güvenliği konusundaki her tür kusuru, rücu için yeterli olacaktır.

Yeni sitem içinde kurumun rücu hakkı da sınırlandırılmaktadır. Buna göre Sosyal Güvenlik Kurumu, iş kazası ve meslek hastalığı hallerinde sigortalılara yapacağı yardımların ancak ilk peşin değer ile sınırlı kısmını rücu edebilecektir. Her ne kadar SSK m.26'ya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı ile bu sonuca ulaşılmış olsa da, 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girişi ardından kurum rücu talebi defalarca değil, bir kerede yapılabilecektir.

Bu alandaki bir diğer yenilik ise, iş kazası ve meslek hastalığına sebep olan üçüncü kişilere yönelik rücunun, mevcut yapının aksine ilk peşin değer miktarının yarısı ile sınırlanmış olmasıdır. Ancak bu hükmün isabetli olduğunu söyleyebilmek güçtür. Zira prim ödeyen işverenin tam, hiç prim ödemeyen üçüncü kişilerin yarım sorumlu tutulması bir çelişki oluşturmaktadır.

5510 sayılı Yasa'nın bu alanda getirdiği en çarpıcı değişiklik, görünüşte de olsa rücu kurumunu

kamu görevlilerine yapılan yardımlar için de uygulanır hale gelmiş olmasıdır. Zira bu yapı mevcut Emekli Sandığı Kanunu'nda yer almamıştır.

Yeni yasanın yaratacağı önemli bir diğer gelişme, malullük aylıklarının kurum tarafından sorumlulara rücu edilebilmesidir. Oysa mevcut sosyal güvenlik mevzuatı böyle bir imkân sunmamıştır. Dolayısıyla 5510 sayılı Yasa ile ilk kez uzun vadeli sigorta kollarının da rücu konusu olabilmesi sağlanacaktır.

Bu gelişmeyi sosyal sigorta anlayışıyla açıklayabilmek mümkün değildir. Gerçekten de sigortalının malul kalmasına sebep olan kişiye rücu edilebilmesinin, yaşlılığa sebep olanlara rücu edilmesinden hiçbir farkı yoktur. Malullük sosyal güvenlik kurumları için ek bir risk değildir. Hakkında ayrı bir prim uygulanmamaktadır. Yaşlılık ve ölüm ile birlikte tek bir prime tabidir. Bir kimsenin aynı anda hem malul, hem yaşlı, hem de ölü olabilmesi mümkün bulunmadığından, bunlardan birinin gerçekleşmesi aylık bağlanması için yeterli görülmüştür. Hatta başta da işaret ettiğimiz gibi bazı yabancı hukuk sistemlerinde malullük, erken emeklilik olarak görülmektedir. Dolayısıyla malullüğe sebep olmak, kurum açısından, normal koşullar altında sunmayacağı bir sigorta yardımı yapmak anlamına gelmez. Olsa olsa sunacağı yardımı daha erken yapmak olarak değerlendirilebilir. Kaldı ki erken bir ödeme söz konusu olsa da düşük oranlı maluliyet halleri için malullük aylığının yaşlılık aylığının gerisinde kalması da muhtemeldir. Öyle olmasa bile malullük aylığı, bir uzun vadeli sigorta kolu olarak rücuya konu olmamalıdır. Bahsi geçen maddenin, ölüm aylığını da rücu edebilme imkânı vermesi, yasa koyucunun sosyal güvenlik yaklaşımından uzaklaşarak bir sigortacı gibi davrandığı hissi uyandırmaktadır.

Sözü edilen uygulamayı başlatacak hükmün düzenleniş şekli, hukuksal niteliği açısından değerlendirme yapmayı da güçleştirmektedir. Gerçekten de rücu, öğretinin geneli tarafından kural olarak bir halefiyet olarak görülmektedir. Yani kurum, yapmış olduğu yardımlar nedeniyle sigortalının yerine geçmektedir. Oysa 39. madde bu konuda kurumu halef hale getiren bir içeriğe sahip değildir. Zira kurumun, yapılan yardımların ilk peşin değerini rücu edebilmesine izin vermemekte, sadece yarısı için bu hakkı tanımaktadır. Bunun hiçbir ge-

çerli hukuksal sebebi olmadığı kanısındayız. Söz konusu yaklaşım olsa olsa, rücu edilmemesi gereken bir yardımın bu kapsama alınmasına duyulacak tepkiyi yarısı oranında azaltmaya yöneliktir. Aynı şekilde yeni düzenlemenin mevcut rücu anlayışı ile bağdaşması güç görünen bir başka yanı da, işverene rücunun hiç düşünülmemiş olmasıdır. Sigortalının maluliyetine (ya da ölümüne) sebep olan işveren ile üçüncü kişi arasında bu şekilde bir farklı muamelenin hangi sebebe dayandığını anlayabilmek mümkün değildir.

Malullük aylığının rücu konusunda açıklanması güç bir başka düzenleme ise, kamu personeli (ilgililer) ile kurumlarının bu rücadan etkilenbilmesinin oldukça güçleştirilmiş olmasıdır. Çünkü maluliyete sebep olan olayla ilgili olarak sadece haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlara rücu edilebilecektir. Dolayısıyla, gereken önlemlerin alınmadığı bir kamu kurumunda bir memurun maluliyete maruz kalması halinde, söz konusu ihmal bir mahkûmiyet yaratmadıkça (yani bir suç oluşturmadıkça) ne Kuruma, ne de bu zararı yaratan ilgililere (kamu görevlisine) rücu mümkün olamayacaktır. Ancak zarar sebep olan eylem bir mahkûmiyet yarattığında rücu mümkün olacak ve bu mahkûmiyetin kasti bir eylemden olması da zorunlu olmayacaktır. Bu durum karşısında sigortalıya zarar veren kişilerden kamu görevlisinin rücuya muhatap olabilmesi için kasti davranması gerekmediği halde, üçüncü kişi için aynı sonuca ulaşabilmesi ancak kasti eylemlerinin varlığına bağlanmıştır ki bunun haklı bir hukuki gerekçeye oturtulabilmesi güçtür.

### 13. Sonuç

Yukarıda kısa kısa sıralamaya çalıştığımız noktalar göstermektedir ki malullük sosyal güvenlik açısından son derece önemli bir kurum durumundadır. Önemli sağlık sorunları içinde bulunan bu kişiler, sosyal güvenliğe en çok ihtiyaç duyan kesim içinde yer almaktadır. O nedenle haklarında getirilecek düzenlemelerde büyük özen gösterilmesi, maluliyet halinde bu kişilerin geri kalan yaşamlarını mümkün olduğu ölçüde rahat geçirebilmeleri sağlanmalıdır.

Buna karşılık Türk sosyal güvenlik sisteminde yaşanan hızlı gelişmeler, malullük sigortası konusunda da önemli etkiler göstermiştir. Oluşturulan

yeni yasa ve kurulan tek çatı sisteminin, bu alanda çok önemli sorunlar yaratacağı görülmektedir. Hazırlanan yasalar, mevcut yapının sigortalılara yaşattığı sorunlarını gidermekten çok, sosyal güvenliği içine düştüğü mali sorunlardan kurtarmaya yöneliktir.

Oysa başta da belirttiğimiz gibi sosyal devletler, vatandaşlarına sosyal güvence sağlamak zorundadır ve bu görevlerini yerine getirmiş sayılabilmeleri, sundukları hizmetleri artırmalarına ya da hiç olmazsa makul düzeyde korumalarına bağlıdır. Ancak görünen odur ki sosyal güvenlik hukuku alanındaki kapsamlı değişiklikler, mali kaygılarla mevcut bir çok sigorta hakkını daraltmakta ve ulaşılmasını güçleştirmektedir. Dolayısıyla yeni yapının Anayasa Mahkemesi tarafından kısmi iptali bir fırsat olarak değerlendirilmeli, sistem ve yasalar yeniden gözden geçirilerek tüm sigortalılara gelecek kaygısını mümkün olduğu ölçüde üzerlerinden attıracak bir sosyal güvenlik düzeyi yakalanmalıdır. Aksi halde sistemin en temel dayanağı durumdaki sigortalıların güvenleri sarsılacak ve prim akışında yaşanan büyük sıkıntı her geçen gün daha da artacaktır. Bu durum ise sosyal güvenlik sistemindeki mali sıkıntının artarak büyümesi anlamına gelmektedir. O sebeple en kısa zamanda söz konusu kısır döngü kırılmalı ve sosyal güvenlik sistemine olan güveni artıracak önlemler hayata geçirilmelidir. Sigortalılara onları rahatlatacak ve sisteme güvenmelerini sağlayacak, çalışmalarını rahat, emekliliklerini ise huzurlu geçirmelerini sağlayacak daha zengin sigorta imkânları sunulmalıdır. Bu durum anılan kısır döngüyü tersine çevirecek, sigortalıların sisteme olan güvenleri ile birlikte, kayıtlı işçilik ve prim akışını da artıracaktır. Fakat bunun için bu ivmeyi kazandıracak bir ilk hamleye ihtiyaç olduğu görülmektedir. Niyet gerçekten sosyal bir devlet olmak ve güçlü bir sosyal güvenlik yapısı oluşturmak ise bu ilk hareket, devletin hiç olmazsa diğer gelişmiş ülkeler düzeyinde sisteme katkı sağlaması ve bu alana kaynak ayırması ile gerçekleşebilecektir. Aksi halde yapılan kapsamlı yasa çalışmaları hayata geçirilemeyecek ve hedeflere ulaşılması çok daha zorlaşacaktır.

### DİPNOT

1 Levent Akın, Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara 2007.



Zehra AYAN

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

# Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sosyal Güvenliği

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sosyal güvenliği konusunun daha iyi anlaşılabilmesi ve ayrıca sosyal güvenlik yasalarına tabi olduğu sürelerin belirlenebilmesi için öncelikle anonim şirket yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması ve sona ermesi konuları üzerinde durulacak, daha sonra ise sırasıyla, yönetim kurulu üyelerinin hangi sosyal güvenlik yasasına tabi olduğu ve yönetim kurulu üyelerinin değişik sosyal güvenlik yasalarına tabi sigortalılıklarının çakışması konuları incelenecektir.

## 1- ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN KAZANILMASI

Anonim şirket yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması konusu üye sayısı, görev süresi, yönetim kurulu üyelerinin seçilme şartları, yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve tayini, tescil ve ilan olmak üzere beş ana başlık altında anlatılacaktır.

### 1- Üye Sayısı

TTK'nun 312. maddesi uyarınca, anonim şirketlerde yönetim kurulu en az üç üyeden kurulmaktadır<sup>1</sup>.

Arslanlı'ya göre<sup>2</sup>, ana sözleşmede üye sayısı be-

lirtilmemişse, yönetim kurulu üç üyeden fazla olmaz. Üye sayısının artırılması için ana sözleşmenin değiştirilmesi gereklidir. Genel kurul, her nasılsa üçten fazla üye seçmişse, TTK'nun 381. maddesi uyarınca bu karar yasa hükmüne aykırılık nedeniyle iptal edilebilir. Tekil<sup>3</sup>, Arslanlı'nın bu görüşüne katılmamakta ve TTK'nun 312. maddesinden çıkarıldığı sonuçları şu şekilde sıralamaktadır:

- 1) Seçilecek üye sayısı üçten az olamaz,
- 2) Ana sözleşme üçten fazla üye seçimi öngörebilir,
- 3) Ana sözleşme üç üye ile de yetinebilir. Fakat, üye sayısını genel kurul üçten aşağı düşüremez,
- 4) Ana sözleşme üye sayısını belirlememişse, genel kurul üçten az olmamak kaydıyla dilediği kadar üye seçebilir.

Anonim şirket genel kurulu, ana sözleşmede belirtilen veya bizzat kendisinin tespit ettiği sayıdaki yönetim kurulu üyesini seçmek zorunluluğunda olup, bu yetkiyi kısmen de olsa başka bir organa devredemeyeceği gibi, bizzat kendisi bile bir kısım yönetim kurulu üyelerinin seçimini ertelleyemez<sup>4</sup>.

TTK'nda öngörülmemekle birlikte, uygulamada ana sözleşmede belirtilmek suretiyle yedek yönetim kurulu üyeleri de seçilebilmektedir.

## 2- Görev Süresi

TTK'nun 314 ve 347. maddeleri gereğince yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl süre ile seçilir. TTK'nun 314 ve 347/II. maddelerinin azami süreyi belirleyen hükümleri emredici nitelikte olduğundan, üç yıllık görev süresi ana sözleşme ve genel kurul kararı ile kısaltılabilir, ancak uzatılamaz<sup>5</sup>. Ana sözleşmede aksine hüküm yoksa, yönetim kurulu üyelerinin tekrar seçilmeleri mümkündür.

TTK'nda, ana sözleşmede ve genel kurul tarafından öngörülen süreleri dolan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatlarının kendiliğinden sona erip ermeyeceği, başka bir anlatımla, görev sürelerinin yeni üyelerin seçilmelerine kadar uzayıp uzamayacağı hususu öğretide tartışmalıdır.

Poroy/Tekinalp/Çamoğlu<sup>6</sup>, Yargıtay 11. HD.'nin 24.11.1981 gün ve E:1981/4751, K:1981/5019 sayılı kararına atıfta bulunarak, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ana sözleşmede belirlenen üç yıldan daha az görev süresinin dolması halinde üyelik sıfatının da sona ereceğini savunmuşlardır.

Domaniç'e göre<sup>7</sup>, süreli olarak seçilen yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin bitmesine rağmen, yeni yönetim kurulunun seçilmemesi ya da üyelerin ticaret siciline kaydettirilmemeleri durumunda, üç yıllık süre bitmedikçe, Borçlar Kanunu'nun 397/II. maddesi hükmünün ruhuna uygun olarak, eski yönetim kurulu üyelerinin görevli ve yetkili sayılmaları ve yaptıkları işlemlerin iyi niyetli üçüncü kişilere karşı geçerli olması gerekmektedir. Aynı yazar, üç yıllık sürenin bitmesinden sonra yönetim kurulunca anonim şirket adına yapılan işlemlerin iç ilişkide vekaleti olmaksızın başkası adına tasarruf sayılabileceğini; dış ilişkide ise, Borçlar Kanunu'nun 452. maddesi hükmünün kıyasen uygulanması ile ticaret siciline tescil yapıncaya kadar iyi niyetli üçüncü kişilere karşı geçerli olacağını belirtmektedir<sup>8</sup>.

**Süreleri dolan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatlarının kendiliğinden sona erip ermeyeceği konusunda Yargıtay'ın kararlarında bir istikrar bulunmamaktadır.**

Moroğlu ise<sup>9</sup>, yasada veya ana sözleşmede belirtilen süreleri dolan yönetim kurulu üyelerinin sıfat ve yetkilerinin kendiliğinden uzamasının mevcut hukuki duruma göre mümkün olmadığından, sıfat ve yetkilerinin sona ereceği ve bundan sonra yaptıkları işlemlerin geçersiz olacağı görüşündedir. Söz konusu yazar, bu sonucun TTK'nun 314. maddesinin yaptırımını oluşturan 435. maddesi ile de paralellik sağladığını ve anılan hükmü işler hale getirdiğini belirtmektedir<sup>10</sup>.

Süreleri dolan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatlarının kendiliğinden sona erip ermeyeceği konusunda Yargıtay'ın kararlarında da bir istikrar bulunmamaktadır.

Yargıtay 11. HD.'nin 24.06.1983 gün ve E:1983/2702, K:1983/3285 sayılı kararında, bir yıllık görev süresi ve temsil yetkisi sona eren yönetim kurulu üyesinin şirket adına yaptığı kira sözleşmesinin anonim şirketi bağlamayacağı kabul edilmiştir. Yine Yargıtay 11. HD.'nin 17.10.1989 gün ve E:1989/6381, K:1989/5454 sayılı kararında da, "TTK'nun 364, 314 ve 347. maddeleri ve ana sözleşmenin 24, 17, 22. maddeleri hükümlerine göre, genel kurul toplantılarının en az yılda bir kez yapılması gerektiği gibi, yönetim ve denetleme kurullarına seçilen üyelerin görev süreleri de azami üç yıla sınırlandırılmıştır. Bu durum karşısında, davalı anonim şirketin organlarının yasanın ve ana sözleşmenin öngördüğü azami görev sürelerinin dolduğu ve şirketin hukuken organsız kaldığı kabul edilmelidir." sonucuna varılmıştır<sup>11</sup>.

Yargıtay 11. HD.'nin 30.11.1992 gün ve E:1992/6270, K:1992/11024 sayılı kararında ise, "yönetim kurulu azil edilmemiş bulunmasına göre ve ana sözleşmede de üç yıllık görev sürelerinin bitmesi halinde bu sıfatlarının kendiliğinden düşeceğine dair bir hüküm bulunmaması karşısında, süreleri dolsa bile önceki yönetim kurulunun yeni yönetim seçilene kadar görevlerine devam edeceklerinin kabulü gerektiği" belirtilmiştir<sup>12</sup>.

## 3- Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçilme Şartları

Yönetim kurulu üyelerinin seçilme şartları TTK'nda düzenlenmiştir. Ana sözleşme ile yasanın belirlediği şartlara bazı eklemeler yapılabilir. Bu bakımdan, yönetim kurulu üyeliğine seçilme şartlarını iki açıdan incelemek mümkündür.

**A- Yasa Tarafından Getirilen Şartlar**

TTK'nda yönetim kurulu üyesi olabilmek için gerçek kişi olmak, pay sahibi olmak, ehliyet ve seçilme engellerinin bulunmaması şartları öngörülmüştür.

**aa-Gerçek Kişi Olmak**

Yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için gerçek kişi olmak gerekmektedir. Tüzel kişiler, yönetim kurulu üyesi seçilemezler. Ancak, tüzel kişilerin temsilcileri üyeliğe seçilebilirler.

TTK'nun 312/II. maddesinde "... hükmi şahsın temsilcisi olan hakiki şahıslar idare meclisi azalığına seçilebilirler." hükmünde "hakiki şahıslar" kelimelerinin çoğul olarak kullanılması nedeniyle tüzel kişilerin, yönetim kurulunda birden çok temsilci bulundurmasının mümkün olduğu şeklinde yorumlansa da, bu durumun oy verme, ücretler vs. açısından bazı sakıncalar yaratabileceği düşünülerek, tüzel kişilerin, anonim şirketin yönetim kurulunda tek bir üye ile temsil edilmeleri şeklindeki uygulama, öğretide de kabul görmüştür<sup>13</sup>. Fakat, yabancı sermaye uygulamasında yabancı yatırımcı tüzel kişinin anonim şirket yönetim kurulunda birden çok temsilci bulundurması mümkündür<sup>14</sup>.

Yargıtay 21. HD.'nin 04.11.2004 gün ve E:2004/8938, K:2004/9332 sayılı kararında, yönetim kurulu üyesi olan gerçek kişinin tüzel kişiyi temsilen mi yoksa kendi adına mı yönetim kurulu üyeliği yaptığı konusundaki uyuşmazlığın TTK'nun 312. maddesine göre çözümleneceği belirtilmiştir.

TTK'nun 312/II. maddesinin pay sahibi olan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olamayacağına ilişkin olumsuz ifadesinin bir ehliyetsizliği düzenlemediği, ehliyetsizlik dışında kalan diğer bir takım sınırlamaları ve olumsuzlukları ifade ettiği belirtilerek, tüzel ve gerçek kişilerin hak ehliyeti şeklinde bir ayırım yapılmasına gerek bulunmadığı, tüzel kişilerin anonim şirketlerde pay sahibi olmaları kabul edildikten sonra, pay sahipliğine bağlı haklardan faydalanmalarının doğal olduğu, nitekim TTK'nun 540. maddesinde de bu hususların hükme bağlandığı ve bu nedenlerle tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olmalarının mümkün bulunduğu savunulmuştur<sup>15</sup>.

**bb-Pay Sahibi Olmak**

Yönetim kurulu, pay sahibi olan üyelere oluşmaktadır. Anonim şirkette bulunmayan kişi yönetim kuruluna seçilemez<sup>16</sup>. Ancak, pay sa-

hibi olmayan kişiler üye seçtikleri takdirde, bunlar pay sahibi sıfatını kazandıkları tarihten sonra işe başlayabilirler.

Üyenin şirket işlerinde ilgi ve bağlılığını sağlamak amacıyla pay sahipliği sıfatı aranmıştır<sup>17</sup>. Fakat, tek bir paya dahi sahip olmak bu şartın gerçekleşmesi için yeterli olacağından<sup>18</sup> uygulamada bu hükmün amacı önemini kayıp etmektedir<sup>19</sup>. TTK'nun 275. maddesi uyarınca, kamu tüzel kişilerinin anonim şirket yönetim kuruluna temsilci göndermeleri durumunda, tüzel kişi ile temsilcinin pay sahibi olması gerekmemektedir.

**cc-Ehliyet**

TTK'nda yönetim kurulu üyelerinin fiil (medeni hakları kullanma) ehliyeti konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bundan dolayı sınırlı ehliyetliler ile ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların yönetim kurulu üyesi seçilip seçilemeyecekleri hususu öğretide tartışmalıdır.

Bazı yazarlar<sup>20</sup>, yönetim kuruluna üye seçilmek için sınırlı ehliyetli olmanın yeterli olmadığını, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların yönetim kurulu üyeliğine seçilemeyeceklerini ileri sürmektedirler. Bu yazarlar, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların yönetim kurulu üyesi olmasının, bu mevkiin sağladığı haklar ve yüklediği sorumluluklar ile bağdaşmadığını belirtmektedirler<sup>21</sup>.

Arslanlı<sup>22</sup>, yönetim kuruluna seçilecek gerçek kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmasının yeterli olduğunu, ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla küçük ve kısıtlıların seçimine bir engel olmadığını savunmaktadır. Söz konusu yazara göre, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, yasal mümessil sıfatıyla anonim şirketi temsil ederken mükellefiyet altına girmez, yalnız yönetim kuruluna seçilen küçük ve kısıtlının şirket yönetimindeki faaliyeti gerektiğinde şahsi sorumluluğunu da doğuracağından velayet veya vesayet makamının izni aranır<sup>23</sup>.

TTK, 315/II. maddesinde kısıtlanmayı yönetim kurulu üyeliği için sona erme nedeni olarak düzenlemiştir. Buradan, kısıtlanma halinin yönetim kurulu üyeliğine engel bir hal olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>24</sup>. Gerçekten, yönetim kuruluna seçilecek kişilerin nitelikleri, anonim şirketin ve pay sahiplerinin menfaati ile yakından ilgilidir. Yetki ve sorumluluk açısından, yönetim kurulu üyelerinin tam ehliyet sahibi olmaları zorunludur. Nite-

kim, Yargıtay 11. HD.'nin 05.12.1986 gün ve E: 1986/6726, K:1986/6565 sayılı kararı da aynı doğrultudadır. Söz konusu kararda, yasal dayanak olarak TTK'nun 315/II. maddesi dışında, yönetim kurulu üyelerinin şirket ve pay sahiplerine karşı sorumluluk hallerini düzenleyen TTK'nun 336. ve yönetim kurulu üyelerinin toplantılarda bizzat oy kullanmalarını zorunlu tutan TTK'nun 330/I. maddelerine de değinilmiştir. Özellikle TTK'nun 330/I. c. 3'ten yasa koyucunun, yönetim kurulu üyesinin kişiliğine çok önem verdiği ve yönetim işlevinin şahsen yerine getirilmesini arzuladığı ortaya çıkmaktadır<sup>25</sup>.

Bankalar Kanunu 21. maddesinde, banka yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlasının hukuk, iktisat, işletmecilik, maliye, bankacılık veya mühendislik-işletmecilik dallarında yüksek öğrenim görmüş olmasını da öngörmektedir.

#### **dd- Seçilme Engellerinin Bulunmaması**

Yönetim kurulu üyelerinden birisi iflasa tabi kimselerden olup da iflasına karar verilir, kısıtlanır, ağır hapis cezasıyla veya sahtekarlık, emniyeti sustimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı mahkum edilir ise yönetim kurulu üyeliği sona erer (TTK 315. md.). Yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren bu haller, yönetim kurulu üyeliğine de seçilmeye engel teşkil eder.

TTK'nun 347/IV. maddesi gereğince, denetçiler aynı zamanda yönetim kurulu üyeliklerine de seçilemezler. Aynı şekilde, görevi sona eren yönetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından ibra edilmedikçe denetçi seçilemezler<sup>26</sup>. Anonim şirkette pay sahibi olan tüzel kişiler de, aynı zamanda hem yönetim kuruluna hem de denetim kuruluna temsilci gönderemezler<sup>27</sup>.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olan kişiler de yönetim kurulu üyeliğine seçilemezler (657 sayılı yasa 28. md.). Avukatlar ise, yönetim kurulu üyeliğine seçilebilirler (1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 12. md.).

#### **B- Ana Sözleşme ile Getirilen Şartlar**

Ana sözleşmeye, yönetim kurulu üyelerinde aranacak şartları öngören hükümler konulması mümkündür. Örneğin, belli yaştan büyük veya küçük olmamak, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmak, iyi hal sahibi olmak, belirli miktarda pay sahibi olmak gibi<sup>28</sup>.

Anonim şirket ana sözleşmesi ile yönetim kurulu üyelerinde aranılacak şartların, genel kurulun yönetim kurulunu seçme yetkisini sınırlandıracak şekilde olmaması gerekir<sup>29</sup>.

## **4- Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimi ve Tayini**

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve tayini çeşitli yollarla yapılmaktadır.

### **A- Yönetim Kurulunun Genel Kurul Tarafından Seçilmesi**

TTK'nun 312/I. maddesi uyarınca, yönetim kurulu, kural olarak, genel kurul tarafından seçilir.

Genel kurul, yönetim kurulu üyelerini TTK'nun 372 ve 378. maddelerinde belirtilen yetersayılarına ve ayrıca, yasa ve ana sözleşmede belirtilen hükümlere uygun biçimde seçer. Bu seçim yetkisi genel kurulun bir diğer organa veya kişiye devredemeyeceği yetkilerindedir. Bundan dolayı, pay sahibi olan tüzel kişileri yönetim kurulunda temsil edecek üyelerin seçimini de ancak genel kurul yapar<sup>30</sup>. Tüzel kişinin temsilcisini genel kurul tüzel kişi adına seçmektedir. Tüzel kişi, temsilci adaylarını gösterebilir. Ancak, genel kurul haklı nedenleri olmadıkça aday gösterilen kişiyi seçmek mecburiyetinde değildir<sup>31</sup>.

### **B- Ana Sözleşme ile Tayin**

TTK, anonim şirketin tedrici kuruluşunda ilk yönetim kurulu üyelerinin ana sözleşme ile tayinine cevaz vermektedir (TTK 292. md.)<sup>32</sup>. Ancak, ani kuruluşlarda ise, ilk yönetim kurulu üyelerinin ana sözleşmede gösterilmesi zorunludur (TTK 303/II. md.).

### **C- Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna İştiraki**

TTK'nun 275. maddesi uyarınca, devlet, il, belediye gibi, kamu tüzel kişilerinden birisine ana sözleşmeye konulacak bir kayıtlı pay sahibi olmasa bile, konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında temsilci bulundurmak hakkı verilebilir<sup>33</sup>. Anılan maddeye göre, kamu tüzel kişileri şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiil ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklıları ile pay sahiplerine karşı sorumludurlar. Kamu tüzel kişininin rücu hakkı saklıdır. Buna karşılık, anonim



şirket ile alacaklılar ya da pay sahipleri dilerlerse, söz konusu sorumluluk davasını TTK'nun 366, Borçlar Kanunu'nun 41 ve 96. maddeleri uyarınca, bizzat yönetim kurulu üyesi aleyhine de açabilirler<sup>34</sup>.

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulu üyesi olarak gönderdikleri temsilciler, yönetim kurulu üyesi sıfatıyla pay senetleri tevdi etmek yükümlülüğünde değildirler, ayrıca bu kamu tüzel kişilerinin bizzat pay sahibi olmaları gerekmediği gibi, bunların temsilcilerinin de pay sahibi olması ve temsilciler yerine pay senedi tevdi etmeleri söz konusu değildir<sup>35</sup>.

TTK'nun 275. maddesinde, kamu tüzel kişilerinin konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarına gönderdikleri temsilcilerin ancak kamu tüzel kişisi tarafından azlolunabileceği açıkça hükme bağlandığı halde, kimin tarafından tayin edilecekleri açıkça belirtilmemiştir. Ancak, aynı maddede, “amme hükmi şahıslarının, şirket idare meclisi ve murakabe heyetlerindeki temsilcileri, umumi heyet tarafından seçilen azaların hak ve vazifelerini haizdirler.” hükmü yer almıştır. Anılan hükümden söz konusu temsilcilerin, anonim şirketin genel kurulu tarafından seçilmeyip, bizzat kamu tüzel kişisi tarafından tayin olunacağı sonucu çıkarılmaktadır<sup>36</sup>.

#### **D- Yönetim Kurulunun Üye Seçmesi**

Yönetim kurulu üyeliklerinden bir veya bir kaçının boşalması ve kalan mevcut üyelerin toplantı yetersayısını (nisabını) sağlayacak çoğunlukta olmaları halinde, mevcut üyeler, boşalan üye ya da üyelerin yerine ilk genel kurul tarihine kadar geçici olarak yenilerini seçerler ve ilk toplanacak genel kurulun onayına sunarlar. Bu durumda, anonim şirketlerde yönetim kurulunun toplantı yetersayısının kaç üye ile gerçekleşeceğini saptamak önem taşımaktadır.

TTK'nun 330/I. maddesinde “esas mukavelede aksine hüküm olmadıkça idare meclisinin bir karar verebilmesi için, azaların en az yarısından bir fazlasının hazır olması şarttır.” hükmü yer almıştır. Başarısız bir şekilde kaleme alınan bu hüküm, hem öğretide hem de yargı kararlarında yönetim kurulunun toplantı yeter sayısı hususunda tartışmalara yol açmıştır. Bazı yazarlar<sup>37</sup>, TTK'nun 330/I. maddesinde belirtilen toplantı yetersayısının “ağırlaştır-

ılmış çoğunluk”<sup>38</sup> olduğunu savunurlar iken, kimi yazarlar ise<sup>39</sup>, “çoğunluğun sağlanması”<sup>40</sup> olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yargıtay, önceleri çoğunluğun sağlanması görüşünü benimserken, son içtihatlarında<sup>41</sup> bu düşüncesini değiştirmiş ve ağırlaştırılmış çoğunluk görüşü doğrultusunda karar vermeye başlamıştır<sup>42</sup>. Yargıtay, 05.04.2001 gün ve 2001/2366 Esas sayılı kararında ise, karma bir sistem benimsemiş ve anonim şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulu üye sayısının asgari olan üç kişi olarak belirtilmesi halinde, toplantı yeter sayısının da yarıdan bir fazlası kuralı uyarınca üç olduğunu, yönetim kurulu üye sayısı 5, 7, 9... kişi olarak belirlenmesi halinde ise, asgari toplantı yeter sayısı olan üç kişiden az olmamak üzere, TTK'nun 330/I. maddesinde öngörülen “yarıdan bir fazla” ilkesinden ayrılmanın mümkün olduğu sonucuna varmıştır.

TTK'nun 330/I. maddesinde belirtilen toplantı yetersayısını, “ağırlaştırılmış çoğunluk” şeklinde anlamak, yasa koyucunun amacına uygun düşmemektedir. Çünkü, yasa koyucu, ağırlaştırılmış çoğunluğu aradığı halleri TTK'nun 293, 388. maddelerinde olduğu gibi açıkça belirtmiştir. Öte yandan, üç kişiden oluşan yönetim kurulunda alınacak bir karara muhalif üye, toplantıya katılmayarak, kararın alınmasını önleyebilecektir<sup>43</sup>.

Genel kurul tarafından yönetim kurulunun yaptığı seçim onaylanırsa, yeni seçilen üye, üyeliği sona eren eski üyenin kalan süresini tamamlar<sup>44</sup>. TTK'nun 315/I. maddesinde seçilen üyenin genel kurul toplantısına kadar görevini yapacağı belirtilmediğinden, seçimi genel kurul tarafından onaylanmasa bile, yönetim kurulu tarafından seçilen üyenin yaptığı işlemler geçerli olur<sup>45</sup>. Başka bir anlamıyla, genel kurulun onayı reddi kararı, hukuki etkisini geçmişe değil, ileriye dönük olarak göstermektedir<sup>46</sup>.

Öğretide, yönetim kurulu üyeliklerinden birinin boşalması halinde, diğer mevcut üyelerin münasip bir sürede yenilerini seçmelerinin kendileri için bir yükümlülük olduğu, aksi halde, TTK'nun 336/I-5. maddesi gereğince yasal görevlerini yerine getirmemekten dolayı sorumlu olabilecekleri de ileri sürülmüştür<sup>47</sup>.

TTK'nun 315/I. maddesinde “bir azalık açılırsa” ifadesi yer almış ise de, öğretide, birden fazla üyeliğin aynı anda boşalması durumunda da, yönetim

kurulunun bu üyelerin yerine, ilk genel kurul tarihine kadar geçici olarak yenilerini seçebileceği kabul görmüştür<sup>48</sup>.

## 5-Tescil ve İlan

TTK'nun 300/II-8. ve Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 38/3 ve 60. maddeleri gereğince, yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması halinde durumun ticaret siciline tescili gerekmektedir. Tescilin üçüncü şahıslar yönünden hüküm ifade etmesi için Türkiye Ticaret Gazetesi'nde yayımlanması gerekir. İlan ise, yayımlandığı günü takip eden iş gününden itibaren hüküm ifade eder. İlanın tamamı aynı günde yayımlanmadığı takdirde, son kısmın yayımlandığı günü takip eden iş günü hüküm ifade etmektedir<sup>49</sup>.

Tescilde yönetim kurulu üyelerinin isim ve soyisimleri, yerleşim yerleri ve tabiyetleri sicil memurluğuna bildirilir. Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 35/2. maddesi uyarınca, seçimle ilgili kararı içeren tutanakların noter tarafından onaylanan bir örneğinin tescil isteğine esas olarak ibrazı zorunludur. Genel kurul tutanağının aslının bir örneğinin verildiği takdirde noter onayına lüzum bulunmamaktadır.

Anonim şirketin eski yönetim kurulu üyeleri, yeniden yönetim kuruluna seçilseler dahi yeniden tescil ve ilan edilir ve ilgili tescil harçları alınır<sup>50</sup>.

Ticaret siciline tescil edilmeyen kişiler de yönetim kurulu üyeliği sıfatını kazanmaktadır. Bu nedenle, ticaret siciline tescil ve ilan kurucu nitelik taşımamaktadır<sup>51</sup>. Başka bir anlatımla, iç ilişkide yönetim kurulu üyeliği sıfatı seçim ile kazanılmaktadır. Buna karşılık, yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması, durumdan haberdar olmayan üçüncü kişilere karşı, yani dış ilişkide, ancak tescil ve ilan edilmesinden sonra ileri sürülebilir<sup>52</sup>.

## II- ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN SONA ERMESİ

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeliği çeşitli nedenlerle sona erebilmektedir. Bu nedenlerin başlıcaları şunlardır<sup>53</sup>:

### 1- Yönetim Kurulu Üyesinin Ölümü

Yönetim kurulu üyesinin ölümü ile yönetim kurulu üyeliği kendiliğinden sona erer. Borçlar Kanu-

nu'nun 35/I. maddesi uyarınca, aksi iki tarafça kararlaştırılmış veya işin niteliğinden anlaşılması olmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölmesiyle temsil yetkisi sona ermektedir. Benzer şekilde, Borçlar Kanunu'nun 397/I. maddesinde, aksi sözleşmeden veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça vekaletin, gerek vekilin gerek müvekkilin ölümü ile sona ereceği hükmüne yer verilmiştir.

### 2- Yönetim Kurulu Üyesinin İflası

Yönetim kurulu üyelerinden biri iflasa tabi kimselelerden olup da iflasına karar verilirse, yönetim kurulu üyeliği görevi kendiliğinden sona erer (TTK 315/II. md.).

Hukukumuzda iflasa tabi kişileri üç grupta toplamak mümkündür<sup>54</sup>:

1) TTK uyarınca tacir sayıldıkları için iflasa tabi olanlar,

2) TTK uyarınca tacir olmadıkları halde, tacirler hakkındaki hükümlere tabi oldukları için iflasa tabi olanlar<sup>55</sup>,

3) Özel yasa hükümleri uyarınca tacir olmadıkları halde iflasa tabi olan kişiler<sup>56</sup>.

TTK 315/II. madde hükmü tacir olmadıkları halde, TTK veya özel yasa hükümleri gereğince iflasa tabi olan kişiler hakkında da uygulanır. İflas nedeniyle yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi için üye hakkında iflas yolu ile takibe başlanması yeterli olmayıp, İİK'nun 158. maddesine göre iflas kararının kesinleşmesi gereklidir<sup>57</sup>.

### 3- Yönetim Kurulu Üyesinin Ehliyetini Kaybetmesi ve Kısıtlanması

Türk Medeni Kanunu'nun 405. maddesinde, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her erginin kısıtlanacağı ve görevlerini yaparlarken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamların, noterlerin ve mahkemelerin bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır. Aynı yasanın 406. maddesinde de, savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi nedeniyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korun-

maya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her erginin kısıtlanacağı belirtilmiştir. Ayrıca, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her erginin kısıtlanacağı hususu da Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesinde yer almıştır. Yukarıda sayılan nedenlerle ehliyetini kaybeden ve kısıtlanan yönetim kurulu üyesinin üyeliği kendiliğinden sona erer.

Bir yönetim kurulu üyesinde kısıtlanmasını gerektiren nedenlerin bulunması o üyenin kısıtlı olduğu anlamına gelmez. Kısıtlamayı gerektiren nedenler incelenerek görevli ve yetkili mahkemeden<sup>58</sup> kısıtlama kararı verilmesi de gerekir<sup>59</sup>.

Domaniç<sup>60</sup>, kısıtlama nedenleri mevcut olan bir üyenin, yönetim kurulunda bulunmasının sakıncalarını belirterek, kısıtlılık halinin kesinleşmesini beklemeden bile, yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi gerektiğini savunmuştur. Türk Medeni Kanunu'nun 409. maddesinde, özellikle akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlamaya ancak resmi sağlık kurulu raporu üzerine karar verilebileceği belirtildiğinden<sup>61</sup>, özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir hususta kesinleşmiş mahkeme kararı olmadan kişinin kısıtlı sayılarak yönetim kurulu üyeliğinin sona erdirilmesi hususundaki Domaniç'in görüşü isabetli değildir. Öte yandan, Türk Medeni Kanunu'nun 410. maddesinde, kısıtlama kararının kesinleşince hemen kısıtlının yerleşim yeri ile nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan olunacağı ve kısıtlamanın, iyi niyetli üçüncü kişileri ilandan önce etkilemeyeceğinin hükme bağlanmış olması da bu görüşümüz ile paralellik arz etmektedir.

#### 4- Yönetim Kurulu Üyesinin Ağır Hapis Cezasıyla veya Yüz Kızartıcı Bir Suçtan Mahkumiyeti

Yönetim kurulu üyesinin, ağır hapis cezasıyla veya sahtekarlık, emniyeti suistimal, hırsızlık, dolandırıcılık gibi yüz kızartıcı bir suçtan dolayı mahkum olması halinde üyeliği kendiliğinden sona erer (TTK 315/II. md.). Ayrıca, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olanlar, Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesi uyarınca kısıtlanacağından, bir yıldan fazla hüküm giyen kişilerin yasal kısıtlılık hali söz konusu olacak ve anılan cezanın infazı sırasında fiil eh-

liyetlerini kaybedeceklerdir. Bu nedenle, Yönetim kurulu üyesinin, ağır hapis cezasıyla veya yüz kızartıcı bir suçtan dolayı mahkum olması dışında, bir yıldan fazla hapis cezasına mahkum olması halinde de yönetim kurulu üyeliği sona erecektir.

Yargıtay'ın da bir kararında<sup>62</sup> belirtildiği gibi, yönetim kurulu üyelerinden birinin mahkum olması sonucu, şirket organsız kalmaz. Böyle bir durumda, TTK'nun 315. maddesi uyarınca yönetim kurulunun eksik üyesi tamamlanır. Bunun sonucu olarak da, şirkete kayyum tayini istenemez.

#### 5- Yönetim Kurulu Üyesinin Üyelik İçin Gerekli Yasal Nitelikleri Kaybetmesi

Yönetim kurulu üyeliği için yasada öngörülen niteliklerin kaybedilmesi halinde yönetim kurulu üyeliği kendiliğinden sona erer. Aynı durum, yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için ana sözleşmede bazı nitelikler öngörülmüş ise, bu niteliklerin kaybı halinde de söz konusudur<sup>63</sup>. Örneğin, TTK'nun 313. maddesi uyarınca, pay senetlerinin üye veya üye hesabına hareket eden üçüncü kişi tarafından yatırılmaması, payın devri nedeniyle pay sahipliği sıfatının yitirilmesi gibi.

#### 6- Anonim Şirket Tüzel Kişiliğinin Sona Ermesi

TTK'nun 449. maddesi gereğince, anonim şirketin tasfiyesinin sona ermesi üzerine şirkete ait ticaret unvanının ticaret sicilinden terkinin tasfiye memurları tarafından talep olunur ve bu talep üzerine terkin hususu tescil ve ilan olunur. Bu durumda, tasfiyesi tamamlanan ve sicilden terkin edilen anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin üyeliğinin sona ereceği doğaldır.

TTK'nun 152. maddesine göre anonim şirketin nev'î değişikliğinin gerçekleşmesi, anonim şirketin bir başka anonim şirket tarafından devralınması, TTK'nun 299. maddesi uyarınca anonim şirketin kurulmamış sayılmasına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi, birden fazla anonim şirketin aktif ve pasifinin kurulacak yeni bir anonim şirkete intikal etmesi hallerinde de yönetim kurulu üyelerinin üyeliği sona erer<sup>64</sup>.

Anonim şirketlerde infisah ve fesih sadece şirket amacıyla bir değişiklik meydana getirir. Bu durum-

daki anonim şirket, TTK'nun 439. maddesine göre, pay sahipleri ve üçüncü kişilerle ilişkilerinde hukuki ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere, tasfiye sonuna kadar tüzel kişiliğini korur<sup>65</sup>. Dolayısıyla anonim şirketin infisahı, feshi ve hatta iflası hallerinde yönetim kurulu mevcudiyetini koruduğundan, yönetim kurulu üyelikleri de sona ermez. Anonim şirketin fesih ve infisahı hallerinde, yönetim kurulunun görev ve yetkisi, tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan ve fakat nitelikleri gereği tasfiye memurlarınca yapılamayan işlemlerle sınırlıdır (TTK 440/I. md.). Esasen, ana sözleşme veya genel kurul kararı ile ayrıca tasfiye memuru tayin edilmedikçe, tasfiye işleri yönetim kurulu tarafından yapılır (TTK 441/I. md.). Moroğlu<sup>66</sup>, tasfiye işlemlerinin güvence altına alınması açısından mahkeme tarafından fesih kararı verilen durumlarda, tasfiye memurlarını ve ücretlerini tespit etme yetkisinin de hâkim verilmesinin uygun olacağını ileri sürmektedir.

### 7- Yönetim Kurulu Üyesinin İstifası

Anonim şirket yönetim kurulu üyeliği istifa ile de sona ermektedir. TTK, yönetim kurulu üyelerinin istifası ile ilgili hüküm ihtiva etmemektedir. Yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişki bir sözleşme ilişkisi olup, kural olarak bu sözleşme de bir vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Hal böyle olunca, vekilin istifası ile ilgili Borçlar Kanunu'nun 396. maddesi hükmünün yönetim kurulu üyelerinin istifası halinde de uygulamak gerekmektedir<sup>67</sup>.

Yönetim kurulu üyeliğine seçilme yazılı şekilde (ana sözleşme, genel kurul kararı ya da yönetim kurulu kararı ile) olduğundan, Borçlar Kanunu'nun 11 ve 12. maddeleri uyarınca yönetim kurulu üyelerinin de istifasının yazılı olması zorunludur<sup>68</sup>. Yönetim kurulu üyesinin vereceği istifa dilekçesi şekle tabi değildir. Ancak, istifanın hukuki neticeleri ve sorumluluğun başlangıç ve bitiş tarihlerinin saptanması açısından noter kanalıyla gönderilmesi faydalı olacaktır<sup>69</sup>. Borçlar Kanunu'nun 396/I. maddesinde vekaletten her zaman istifa edilebileceği hükme bağlanmış olduğundan, yönetim kurulu üyesi istifa hakkını serbestçe kullanabilir ve bu hakkından önceden feragat etmesi de hukuken geçerli değildir<sup>70</sup>. Aynı şekilde, istifa eden yönetim kurulu üyesi de sadece kendi iradesiyle istifa talebini geri alamaz<sup>71</sup>.

Kural olarak, istifa, ulaşması gerekli irade beyanıyla kullanılan tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>72</sup>. Bu nedenle, istifanın hukuki sonuç doğurabilmesi için yönetim kurulunun kabulü zorunlu değildir<sup>73</sup>. İstifa hakkının iyi niyet kurallarına uygun olarak kullanılması gerekli olup, uygun olmayan bir zamanda istifa hakkını kullanan yönetim kurulu üyesi, şirketin bu nedenle uğradığı zararları karşılamak zorundadır.

### 8- Yönetim Kurulu Üyesinin Azli

TTK'nun 316. maddesinin başlığı "azil" kelimesidir. Azilin sözlük anlamı, "işinden çıkarma", "yol verme"dir<sup>74</sup>. Yönetim kurulu üyeleri, ana sözleşme ile tayin edilmiş olsalar bile, genel kurul kararıyla azlolunabilirler (TTK 316. md.). Genel kurul, bir yönetim kurulu üyesini azledebileceği gibi, tüm yönetim kurulunu da azledebilir<sup>75</sup>. Azil, "ad nutum" özelliğindedir, yani bir nedene dayanması gerekmez<sup>76</sup>. TTK, azlolunan yönetim kurulu üyesinin tazminat talebine hakkı olmadığını da 316. maddesinde açıkça hükme bağlamıştır. Bu hüküm, çağdaş hukuka ve düzenlemelere uygun değildir.

Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında kural olarak, bir vekalet sözleşmesi söz konusu olduğundan ve bu sözleşme de karşılıklı güven duygusuna dayandığından, yasa tarafından genel kurula istediği zaman bu sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmıştır<sup>77</sup>.

Genel kurulun azil yetkisinin güvene dayalı bir ilişkiyi sona erdiren mutlak niteliği nedeniyle, yönetim kurulu üyelerinin azli genel kurul gündeminde bulunmasa dahi, azil yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır<sup>78</sup>. Bu tartışmaya yol açan neden ise, gündeme bağlılık ilkesi ile genel kurulun azil yetkisinin yasada ayrı ayrı düzenlenmesine rağmen, aralarındaki bağlantının sağlanmamasıdır<sup>79</sup>. Kimi yazarlar<sup>80</sup>, gündeme bağlılık ilkesine üstünlük tanır iken, bazı yazarlar ise, genel kurulun azil yetkisine üstünlük tanımaktadırlar. Genel kurulun azil yetkisini ön planda tutan ikinci görüş taraftarları, genel kurul gündeminde olmasa dahi yönetim kurulu üyelerinin her zaman azledilebileceğini, çünkü, genel kurulun güvenini kaybeden bir yönetim kurulunun görevde kalmasının yerinde olmayacağını belirtmektedirler<sup>81</sup>.

Yargıtay, bu konuda değişik kararlar vermiş ise



de, Yargıtay'ın son kararlarına göre, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul kararı ile azledilebilmesi için, bu konunun genel kurul gündeminde bulunması zorunludur. Genel kurulun, yönetim kurulu üyelerini her zaman azledebileceklerine ilişkin TTK 316. maddesi hükmü, gündeme bağlılık ilkesini bertaraf edemez. Aksine düşünce, toplantıya katılma oranını etkileyip, belli bir azınlığın oldu bittilerine sebebiyet verebilir<sup>82</sup>.

Yönetim kurulu üyelerinin gündeme bağlı olarak azledilebilmeleri hiç değilse üyeler açısından asgari bir güvence teşkil etmektedir. Buna bağlı olarak da, gündeme bağlılık ilkesi, anonim şirketlerde bir istikrar ve organlar arasında bir denge unsuru olabilir<sup>83</sup>.

Yönetim kurulu üyelerini azletmek yetkisi, genel kurulun başkalarına devredemeyeceği bir yetki olduğundan, yönetim kurulunda temsilci bulunan tüzel kişi, temsilcisini kendiliğinden azlemez<sup>84</sup>. TTK'nun 275. maddesinde, kamu tüzel kişilerinin konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarına gönderdikleri temsilcilerin ancak kamu tüzel kişisi tarafından azlolunabileceği açıkça hükme bağlanmıştır (TTK 316/II. md.).

### 9- Yönetim Kurulu Tarafından Seçilen Üyenin Tayininin Genel Kurul Tarafından Onaylanmaması

Yönetim kurulu üyeliklerinden bir veya bir kaçının boşalması ve kalan mevcut üyelerin toplantı yetersayısını (nisabını) sağlayacak çoğunlukta olmaları halinde, mevcut üyelerin, boşalan üye ya da üyelerin yerine ilk genel kurul tarihine kadar geçici olarak yenilerini seçecekleri ve ilk toplanacak genel kurulun onayına sunacakları hususuna yukarıda değinilmişti. İşte genel kurulun, yönetim kurulu tarafından seçilen bu üyelerin tayinini onaylamaması halinde, anılan üyelerin üyelikleri onayın reddi tarihinden itibaren ileriye dönük olarak sona erer.

### 10-Yönetim Kurulunun Görev Süresinin Bitmesi

Yönetim kurulunun görev süresinin bitmesi, yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren nedenlerden biridir. Yönetim kurulu üyelerinin görev süresi, ana sözleşmede ve genel kurul tarafından öngörü-

len süreleri dolan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatlarının kendiliğinden sona erip ermeyeceği, görevi biten yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları işlemlerin geçerliliği konularında tekrardan kaçınmak için yukarıda "görev süresi" başlığı altında yapılan açıklamalara atıfta bulunmakla yetinilecektir.

### 11-Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesine Neden Olabilecek Diğer Haller

Yönetim kurulunun organ sıfatının kaybına neden olabilecek diğer haller, yönetim kurulu üyelerinin seçimi ile ilgili genel kurul kararlarının yokluğu, butlanı veya iptal edilmesi ile seçilen yönetim kurulu üyesinin ana sözleşmede öngörülen şartları taşımamasıdır.

### 12- Tescil ve İlan

TTK'nun 300/II-8. ve Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 38/3 ve 60. maddeleri gereğince, yönetim kurulu üyeliğinin kaybedilmesi halinde keyfiyetin ticaret siciline tescil ve ilanı gerekmektedir.

Yönetim kurulu üyeliğinin kaybedilmesi, durumdan haberdar olmayan üçüncü kişilere karşı, yani dış ilişkide, ancak tescil ve ilan edilmesinden sonra ileri sürülebilir<sup>85</sup>. Nitekim, Yargıtay 21. HD.'nin 22.04.1999 gün ve E: 1999/2427, K: 1999/2685 sayılı<sup>86</sup> ve Yargıtay HGK.'nin 22.10.1997 gün ve E: 1997/12617, K: 1997/858 sayılı kararlarına yansıyan görüş de bu yöndedir.

Tescil ve ilan zorunluluğunun asıl amacının iyi niyetli üçüncü kişileri korumak olduğu ve vergi dairelerinin iyi niyet iddiasında bulunmak gibi bir ihtiyacı olmadığından, Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen yasal temsilcilerin sorumluluğu yönünden tescil ve ilanın etkili olmadığı, bundan dolayı yönetim kurulu üyeliğini kaybeden birisinin, bu keyfiyetin tescil ve ilanına kadar geçen zaman içinde Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesindeki sorumluluk kapsamında kabul edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir<sup>87</sup>.

Danıştay da, yönetim kurulu üyeliği herhangi bir nedenle sona eren kişinin üyelikten ayrılışının ticaret siciline tescil ve ilan edilmemesi halinde, şirket borçlarından iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun devam edeceği, ancak yönetim

kurulundan fiilen ayrılmakla, şirketin vergi ödevlerinin yerine getirilmesi konusunda yetkisi kalmayan üyenin Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca şirketten alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklardan sorumlu tutulmasının hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır<sup>88</sup>.

### III- YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HANGİ SOSYAL GÜVENLİK YASASINA TABİ OLDUĞU

Anonim şirket ile yönetim kurulu ve anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği yönetim kurulu üyelerinin sosyal güvenliği açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle öncelikle anonim şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği üzerinde durulacaktır.

#### 1- Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Anonim şirketlerde organlar (genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu) arasında yetki bölüştürülmesi konusunda iki uç görüş bulunmaktadır. Bunlar, sözleşme ve kurum teorileridir. Sözleşme teorisine göre, anonim şirketleri, genel kurul yönetir, anonim şirketin iradesi genel kurulda oluşur ve bu iradenin uygulanması için vekalet veya

**Yönetim kurulu üyesi gördüğü işin sonucu ile doğrudan doğruya ilgili olmaksızın, hizmet edimini belirli ya da belirli olmayan bir zaman için anonim şirketin emrinde bulunduruyorsa ve anonim şirket de buna karşılık, sonuçla ilgili olmaksızın ona ücret ödemekte ise, aradaki ilişki, vekalet sözleşmesine değil, hizmet sözleşmesine dayanmaktadır.**

temsil ilişkisi ile bazı kişi veya gruplar seçilir ve bu kişi veya gruplar da yöneticiler (yönetim kurulu) veya denetçiler olarak isimlendirilmektedir<sup>89</sup>. Kurum teorisine göre ise, anonim şirket örgütü içinde genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu başlı başına birer varlık olarak bulunup, yetkileri aralarında bölüşmektedirler<sup>90</sup>. Bu iki teori dışında, Almanya'da Hitler zamanında savunulan ve 1937 tarihli Alman Paylı Şirketler Kanunu'nda yer alan önderlik ilkesine göre ise, yönetim kurulu, genel kurulun üstünde olup, anonim şirketin işlerine ülke çıkarına uygun olarak yön verir<sup>91</sup>.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 698. maddesinde, genel kurulun, tüm pay sahiplerinin bir araya gelmesi sonucu oluşan anonim şirketin en yüksek karar organı olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır<sup>92</sup>. Ancak, aynı kural, TTK'nda yer almamıştır. Bu nedenle Türk hukukunda bu konu tartışmalıdır<sup>93</sup>.

Yönetim kurulu ve denetim kurulu organlarını seçmek ve azledebilmek, ana sözleşme değişikliği yetkisi ile diğer organların hareket alanlarını belirlemek ve esaslı hususlarda son merci olarak karar alması nedeniyle genel kurulun temel organ niteliği bulunduğu tartışmasızdır. Fakat bu durum, genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki yetki ve fonksiyon ayrılığını ortadan kaldıran bir unsur değildir<sup>94</sup>. Yönetim kurulu ile denetim kuruluna yasa ile bazı yetkiler verilmiştir. Dolayısıyla, genel kurul, bu iki organa emir veren bir amir konumunda bulunmamaktadır<sup>95</sup>. Modern görüşe göre ise, anonim şirketin yönetimi konusunda yönetim kurulu daha önemlidir ve şirkete yönetim kurulu egemendir<sup>96</sup>.

Kural olarak, yönetim kurulu anonim şirketin organıdır ve yönetim kurulunun organ sıfatını tartışmaya yazarların çoğu gerek dahi görmemektedir<sup>97</sup>. Gerçekten, yönetim kurulu yasa tarafından öngörülen zorunlu bir yürütme organıdır.

Yönetim kurulu ile anonim şirket arasında organik bir bağ söz konusu olup, bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır<sup>98</sup>.

#### 2- Anonim Şirket ile Yönetim Kurulu Üyesi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Yönetim kurulu, soyut bir kavram olup, gerçek kişiler olan yönetim kurulu üyeleri, yönetim kuru-

## Yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki sözleşmenin niteliği, yönetim kurulu üyesinin hangi sosyal güvenlik kurumuna tabi olduğunun saptanması açısından önem taşımaktadır.

luna canlılık sağlamaktadır. Yönetim kurulu üyeleri organ üyeleri olarak isimlendirilmektedir<sup>99</sup>.

Organ olan yönetim kurulu ile anonim şirket arasında sadece organik bir ilişki bulunmasına rağmen, organ üyesi olan yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasında onlara bu sıfatı sağlayan bir hukuki ilişki bulunmaktadır<sup>100</sup>. Yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişki bir sözleşme ilişkisidir. Bu sözleşmenin niteliğini anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri serbestçe belirlerler. Kural olarak, bu sözleşme bir vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Unsurları mevcut olursa bir hizmet sözleşmesi olarak da nitelendirilebilmektedir<sup>101</sup>.

Yönetim kurulu üyesi gördüğü işin sonucu ile doğrudan doğruya ilgili olmaksızın, hizmet edimini belirli ya da belirli olmayan bir zaman için anonim şirketin emrinde bulunduruyorsa ve anonim şirket de buna karşılık, sonuçla ilgili olmaksızın ona ücret ödemekte ise, aradaki ilişki, vekalet sözleşmesine değil, hizmet sözleşmesine dayanmaktadır.

Yargıtay'ın bir kararında da belirtildiği gibi, anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini tespit etmek için yönetim kurulu üyesinin, anonim şirketteki statüsünün, çalışma ilişkisinin, pay durumunun ortaya konması gerekir<sup>102</sup>. Yargıtay HGK. anonim şirket kurucu ortağı hakkında verdiği benzer bir kararda "...davacının uyumsuzluk konusu dönemde, anonim şirketteki gerçek çalışma biçimini saptamak amacıyla anonim şirketteki ilgili kayıtların, ücret ödemelerinin, karar defterinin celbedilmesi ve bu arada çalışan kişilerin bilgisine başvurularak, davacı kişinin, anonim şirket tüzel kişiliğinde hizmet akdine göre çalışıp çalışmadığının açık bir surette tesbitinden sonra sonuca ulaşmak gerektiğine" karar vermiştir<sup>103</sup>.

## 3- Yönetim Kurulu Üyeleri Kural Olarak Bağ-Kur Sigortalısıdır

Yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki sözleşmenin niteliği, yönetim kurulu üyesinin hangi sosyal güvenlik kurumuna tabi olduğunun saptanması açısından önem taşımaktadır. Çünkü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ-Kur) Kanunu'nun 24. maddesi gereğince, anonim şirketlerin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyeleri Bağ-Kur sigortalısı sayılmaktadır. Ancak, anılan kişiler, hizmet sözleşmesinin unsurlarından olan bağımlılık ve zaman şartları oluşur biçimde anonim şirket işyerinde çalışıyorlar ise, Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılırlar<sup>104</sup>.

1479 sayılı Yasa'nın değişik 24. maddesine göre, zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılanlar iki gruba ayrılmıştır. Birinci grup sigortalılar, 24. maddenin (a) bendinde sayılı ve sınırlı olarak belirtilen sigortalılar; ikinci grup sigortalılar ise, b, c, d, e, f, g bentlerinde sınırlı olarak belirtilen şirket ortağı olan sigortalılardır. Hiç kuşkusuz bir kimsenin sigortalı sayılması için ön şart, yukarıdaki bentlerin öngördüğü şartlara sahip olmak ile mümkündür. Sigortalı olma ön şartlarının (a) bendi ile diğer bentler arasında belirgin farklılıklar gösterdiği madde içeriğinden anlaşılmaktadır. Şöyle ki, 24. maddenin (a) bendi dışında kalan b, c, d, e, f, g bentlerinde belirtilen sigortalılardan sayılmak için ön şart, b, c, d, e, f, g bentlerinde sayılan şirketlerin "ortağı" olmak yeterlidir. Başka bir anlatımla, şirket ortaklarının zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olması için 24. maddenin (a) bendinin öngördüğü şartlara sahip olmaları zorunlu değildir.

Öte yandan, anılan maddede açıkça belirtildiği üzere, a) 18 yaşını doldurmamış olanlar, b) Yasayla veya yasanın verdiği yetkiye dayanılarak kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına prim veya kesenek ödeyenlerle bu tür kuruluşlardan malullük veya yaşlılık aylığı ile daimi tam iş göremezlik geliri almakta olanlar, aylık veya gelir bağlanması için talepte bulunmuş olanlar (Dul ve yetim aylığı veya Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan geçici veya sürekli kısmi iş göremezlik geliri alanlar hariç), c) Tarım işi yapanlar (Tarım sanatlarına ait işleri yapanlar hariç), sigortalı sayılmazlar.

### A- Bağ-Kur Sigortalılığının Başlangıç Tarihi

1479 sayılı Yasa'nın 25. maddesi gereğince, aynı yasanın 24. maddesine göre sigortalı sayılanlardan gelir vergisi mükellefi olanların sigortalılıkları, mükellefiyetin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanların sigortalılıkları ise esnaf ve sanatkar sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmak şartıyla talep tarihinden itibaren başlatılır. Bu suretle sigortalı olanların hak ve yükümlülükleri sigortalı sayıldıkları tarihte başlar.

Anonim şirketlerin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyelerinin Bağ-Kur sigortalılığının başlangıcı açısından Bağ-Kur Sigortalılarının Başvurma Usulleri ile Uymak Mecburiyetinde Oldukları Esaslar ve Tescille İlgili İşlemler Hakkında Yönetmelik'in 6. maddesindeki şartların da gerçekleşmesi gerekir. Anılan maddenin d bendine göre, anonim şirketlerin kurucu ortakları, kurucu ortak oldukları; yönetim kurulu üyeleri ise yönetim kuruluna seçildikleri tarihten, itibaren sigortalı sayılırlar. Yönetim kurulu üyelerinin seçimi konusu yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Aynı yönetmeliğin 7. maddesine göre, Bağ-Kur'a başvuru, sigortalı sayılmayı ve sigortalılığın başlangıcını belirleyen bilgileri ihtiva eden ve Bağ-Kur tarafından hazırlanan "Bağ-Kur'a giriş bildirgesi" ile olur. Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri yönetim kuruluna seçildikleri tarihten itibaren en geç üç ay içerisinde giriş bildirelerini doğru olarak doldurup, ilgili mercilere (şirket yetkilileri ve kayıtlı buldukları ticaret sicil memurluklarına) tasdik ettirmek zorundadırlar (Yönetmelik md. 8, 9/b).

Vergi daireleri, Bağ-Kur kapsamına giren mükellefleri mükellefiyeti tescil ettikleri tarihten, esnaf ve sanatkar sicili memurluğu ile meslek kuruluşları ise Bağ-Kur kapsamına gireceklerin üyeliklerini tescilden itibaren en geç üç ay içerisinde ilgili Bağ-Kur İl Müdürlükleri'ne bildirmek zorundadırlar (Yönetmelik md. 11).

Bağ-Kur tarafından yapılan sigortalılık tespit ve terkin işlemlerine karşı yetkili iş mahkemesine başvurulması mümkündür.

### B- Bağ-Kur Sigortalılığının Bitiş Tarihi

1479 sayılı Yasa'nın değişik 25. maddesinin (d) bendinde, şirketlerle ilgisi kalmayanların çalışma-

larına son verdikleri veya ilgilerinin kesildiği tarihten itibaren sigortalılıklarının sona ereceği hükmü öngörülmüştür. Anonim şirket yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi konusu yukarıda incelenmişti. Sigortalılığı sona eren yönetim kurulu üyeleri sigortalılıklarının sona erdiği tarihten itibaren üç ay içinde Kuruma başvurarak kayıtlarını sildirmek zorundadırlar.

Sermaye şirketleri, Bağ-Kur sigortalısı ortaklarından çalışmalarına son verenler ile şirketle ilgileri kesilenleri, çalışmalarına son verdikleri veya şirketle ilgilerinin kesildiği tarihten itibaren üç ay içinde ilgili il müdürlüklerine bildirmek mecburiyetindedirler (Yönetmelik md. 16).

### 4- Yönetim Kurulu Üyelerinin Hizmet Akdi ile Çalışması Hali

1479 sayılı Yasa'nın 24. maddesi uyarınca bir kimsenin Bağ-Kur sigortalısı sayılması için yasa ile yasanın verdiği yetkiye dayanılarak kurulan sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalması ve bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmasının bulunması ön şarttır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesine göre, hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu yasaya 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 bulunması ve edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esaslı üzerinden saptanmasıdır. Hizmet akdinin belirleyici ve ayırıcı unsurları "zaman ve bağımlılık"tır. Başka bir anlatımla, "zaman ve bağımlılık" unsurlarını birlikte gerçekleştirecek biçimde çalışmanın varlığı halinde aradaki ilişkinin hizmet akdine dayandığı söz götürmez. Bu durumda, yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketteki gerçek çalışma şeklini saptamak gerekir. Bunun için de, anonim şirketteki ilgili kayıtların, ücret ödemelerinin, karar defterlerinin celbedilmesi ve burada çalışan kişilerin bilgisine başvurularak yönetim kurulu üyelerinin anonim şirkette hizmet akdine göre çalışıp çalışmadığının belirlenmesi gerekir.

Yargıtay, genel müdür yardımcısı statüsündeki



yönetim kurulu üyelerinin hizmet akdine göre çalışmadığını kabul etmiş ve şu şekilde karar vermiştir: “Davanın yasal dayanağını oluşturan 1479 sayılı Yasa'nın 24. maddesine göre anonim şirket yönetim kurulu üyeleri Bağ-Kur'lu kabul edilir. Davacı, her ne kadar genel müdür yardımcısı statüsünde Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamında sigortalı olarak kabul edilmiş ise de, bu sonuç usule uygun değildir. Yönetim kurulu üyeleri şirketin en üst düzey yetkilisi kabul edilir. Kaldı ki, yönetim kurulu; karar organı olarak şirketin tüm işlerini planlayan ve yürüten organdır. Bu kurulda görev alan bir kişinin emir ve yönetim yetkisini kullanması nedeniyle hizmet akdine göre çalışan sigortalıların üzerinde yer almaktadırlar. Şirketi yöneten bir kişinin aynı zamanda sigortalı olarak hizmet akdine göre çalışan kişi gibi kabulü düşünülemez, bu nedenle yöneticilik sıfatına öncelik verilmesi ve buna göre değerlendirilme yapılması gerekirken aksine kabul hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”<sup>105</sup>”

#### IV-YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN DEĞİŞİK SOSYAL GÜVENLİK YASALARINA TABİ SİGORTALILIKLARININ ÇAKIŞMASI

Yönetim kurulu üyelerinin değişik sosyal güvenlik yasalarına tabi sigortalılıklarının çakışması konusu üç hal dikkate alınarak incelenecektir.

##### 1- İki Zorunlu Sigortalılığın Çakışması Halinde

Gerek 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ve gerekse 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu, yaptıkları birbirlerine paralel düzenlemeler ile, “çatışan sigortalılık sorununu”, bir sigortalının aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna bağlı olmasını yasaklayıp<sup>106</sup>, sigortalının önceden başlayıp devam eden sigortalılığına geçerlik tanıyarak çözüme ulaştırmaya çalışmışlardır.

Sosyal güvenlik sistemimize göre, bir kimsenin Sosyal Sigortalar Kurumu kapsamına girebilmesi için hizmet akdine bağlı bir işte çalışması yanında, başka bir sosyal güvenlik kurumu kapsamında bulunmaması da gerekir. Aynı şekilde 1479 sayılı yasa da bir kimsenin Bağ-Kur kapsamına girebilmesi için kendi adına bağımsız çalışıp kazanç sağ-

laması yanında, başkaca sosyal güvenlik kurumu kapsamında bulunmaması şartı getirilmiştir<sup>107</sup>. Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılık mümkün olmayıp, önceden başlayıp devam eden gelen sigortalılığa geçerlilik tanınmaktadır<sup>108</sup>.

Anonim şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulu üyeliği hiç ara vermeksizin devam ettiğinde ve önceden başlayan ve devam eden sigortalılığın Bağ-Kur sigortalılığı olması halinde, kişinin Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı olamayacağı ortadadır (506 sayılı yasa md. 3/F). Bu tür devamlılık arzeden sigortalılıklarda uygulanma yeri bulunmayan ekonomik yönden baskın çalışma araştırması ile sonuca gidilemez. Baskın çalışma ancak aynı tarihte veya yakın tarihlerde başlayan sigortalılıklarda söz konusu olup, sonradan başlayan Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılığından çok önce başlayan ve kesintisiz devam eden Bağ-Kur sigortalılığı sebebiyle uygulanması mümkün değildir<sup>109</sup>.

##### 2- Zorunlu Sigortalılık ile İsteğe Bağlı Sigortalılığın Çakışması Halinde

İsteğe bağlı sigortalılık, kişinin kendi cebinden ödeyeceği primlerle uzun vadeli sigorta kollarından yararlanmasıdır<sup>110</sup>. Zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılığın çakışması halinde zorunlu sigortalılığa öncelik tanınır.

Zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı ile isteğe bağlı Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılığının çakışması halinde zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı esas alınır. Çünkü, 506 sayılı Yasa'nın 85. maddesine göre, bir kimsenin isteğe bağlı sigortalı olması için, diğer şartların yanında "herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak çalışmamak" şartı da gereklidir. Aynı şart, isteğe bağlı Bağ-Kur sigortalılığını düzenleyen 1479 sayılı Yasa'nın 79. maddesinde de getirilmiştir. Öte yandan, 2926 sayılı Yasa'nın 4/(a) maddesinde sözü geçen kuruluşlara bağlı olanlar; zorunlu sigortalılar olup, isteğe bağlı sigortalılar değildir. Başka bir anlatımla, anılan maddede kapsamına zorunlu sigortalılar dahildir<sup>111</sup>.

Kural olarak zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, aynı zamanda zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı ile çalışan isteğe bağlı sigortalılıklarının (506 sayılı Yasa'nın 85. maddesine veya 1479 sayılı Yasa'nın 79. maddesine göre) bulunması halinde, zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılacaklardır.

### 3- Bağ-Kur Sigortalılarının Beş yıl ve Daha Fazla Süreye İlişkin Prim Borcu Bulunması Halinde

1479 sayılı Yasa'nın Ek 19. maddesine göre, bu yasa ve 2926 sayılı yasaya göre kayıt ve tescili yapıldığı halde, beş yıl ve daha fazla süreye ilişkin prim borcu bulunan sigortalıların bu sürelerle ilişkin prim borçlarının Kurum'ca yapılacak bildirimde belirtilen süre içerisinde ödenmemesi halinde, daha önce prim ödemesi bulunan sigortalının ödediği primlerin tam olarak karşılacağı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan sigortalının ise tescil tarihi itibarıyla sigortalılığı durdurulur. Prim borcunun ait olduğu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacakları takip edilmeyerek, Kurum alacakları arasında yer verilmez. Ancak, sigortalı veya hak sahipleri daha sonra sigortalının en son bulunduğu basamağın başvuru tarihindeki değeri üzerinden hesaplanacak borç tutarlarını tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde ödedikleri takdirde bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Bu madde kapsamına giren sigortalılar hakkında zamanaşımının kesilmesi ve zamanaşımının işlememesi ile ilgili olarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 103. maddesinin birinci fıkrasının (6), (8) ve (10) numaralı bentleri hariç diğer hükümleri ile aynı yasanın 104. maddesi hükümleri uygulanır.

Anonim şirket kurucu ortaklığı veya yönetim kurulu üyeliği nedeniyle kural olarak zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılan kişinin aynı zamanda 506 sayılı yasaya tabi Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı olması halinde, Bağ-Kur'dan prim ödeme cetveli getirilmek suretiyle ödediği primlerin tam olarak karşılacağı ayın sonu itibarıyla beş yıl ve daha fazla süreye ilişkin prim borcu bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, var ise, primlerin tam olarak karşılandığı ayın sonu itibarıyla Bağ-Kur sigortalılığı durdurulmalı, prim borcuna ait süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmeyerek, anonim şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulu üyesinin bu sürelerle ilişkin prim borcu bulunmadığının tesbitine karar verilmeli ve 506 sayılı Yasa'ya tabi zorunlu sigortalılığına geçerlik tanınmalıdır<sup>12</sup>.

### SONUÇ

Yönetim kurulu ile anonim şirket arasında organik bir bağ söz konusu olup, bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Organ olan yönetim kurulu ile anonim şirket arasında sadece organik bir ilişki bulunmasına rağmen, organ üyesi olan yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasında onlara bu sıfatı sağlayan bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişki bir sözleşme ilişkisidir. Bu sözleşmenin niteliğini anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri serbestçe belirlerler. Kural olarak, bu sözleşme bir vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Unsurları mevcut olursa bir hizmet sözleşmesi olarak da nitelendirilebilmektedir.

Yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki sözleşmenin niteliği, yönetim kurulu üyesinin hangi sosyal güvenlik kurumuna tabi olduğunun saptanması açısından önem taşımaktadır. Çünkü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu (Bağ-Kur) Kanunu'nun 24. maddesi gereğince, anonim şirketlerin kurucu ortakları ile yönetim kurulu üyeleri Bağ-Kur sigortalısı sayılmaktadır. Ancak, anılan kişiler, hizmet sözleşmesinin unsurlarından olan bağımlılık ve zaman şartları oluşur biçimde anonim şirket işyerinde çalışıyorlar ise, Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı sayılırlar.

Yönetim kurulu üyelerinin değişik sosyal güvenlik yasalarına tabi sigortalılıklarının çakışması halinde ise şu üç ilke uygulanacaktır:

İki zorunlu sigortalılığın çakışması halinde, sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılık mümkün olmayıp, önceden başlayıp devam eden sigortalılığa geçerlilik tanınmaktadır. Anonim şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulu üyeliği hiç ara vermeksizin devam ettiğinde ve önceden başlayan ve devam eden sigortalılığın Bağ-Kur sigortalılığı olması halinde, kişinin Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalısı olamayacağı ortadadır (506 sayılı yasa md. 3/F). Bu tür devamlılık arzeden sigortalılıklarda uygulanma yeri bulunmayan ekonomik yönden baskın çalışma araştırması ile sonuca gidilemez. Baskın çalışma ancak aynı tarihte veya yakın tarihlerde başlayan sigortalılıklarda söz konusu olup, sonradan başlayan Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılığından çok önce başlayan ve kesintisiz devam eden Bağ-Kur

sigortalılığı sebebiyle uygulanması mümkün değildir.

Zorunlu sigortalılık ile isteğe bağlı sigortalılığın çakışması halinde zorunlu sigortalılığa öncelik tanınır. Kural olarak zorunlu Bağ-Kur sigortalısı olan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, aynı zamanda zorunlu Bağ-Kur sigortalılığı ile çakışan isteğe bağlı sigortalılıklarının (506 sayılı Yasa'nın 85. maddesine veya 1479 sayılı Yasa'nın 79. maddesine göre) bulunması halinde, zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılacaklardır.

Son olarak da, 1479 sayılı Yasa'nın Ek 19. maddesine gereğince, 1479 sayılı Yasa'nın 24. maddesine kayıt ve tescili yapıldığı halde, beş yıl ve daha fazla süreye ilişkin prim borcu bulunan anonim şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulu üyesinin bu sürelerle ilişkin prim borçlarının Bağ-Kur tarafından yapılacak bildirimde belirtilen süre içerisinde ödenmemesi halinde daha önce prim ödemesi bulunan anonim şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulu üyesinin ödediği primlerin tam olarak karşılığı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan anonim şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulu üyesinin ise tescil tarihi itibarıyla Bağ-Kur sigortalılığı durdurulur. Bu durumda, Bağ-Kur sigortalılığı ile çakışan başka yasaya tabi bir sigortalılığı bulunuyorsa, o sigortalılığa geçerlilik tanınır.

## DİPNOTLAR

- 1 İsviçre ve Alman hukukunda, anonim şirket yönetim kurulu bir ya da birden fazla üyeden oluşabilmektedir (Fatih BİLGİLİ: Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu (Ankara, 2004), 76, 85.); Fransız hukukunda ise, anonim şirket yönetim kurulu en az üç, en fazla on iki üyeden oluşmaktadır (Yadigar İZMİRLİ: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları (Ankara, 2001), 40, dn. 2).
- 2 Halil ARSLANLI: Anonim Şirketler (İstanbul, 1961), 89. Çevik de, Arslanlı ile aynı görüştedir (Orhan Nuri ÇEVİK: Anonim Şirketler (Ankara, 1988), 465.).
- 3 Fahiman TEKİL: Anonim Şirketler Hukuku (İstanbul, 1998), 151.
- 4 Ömer TEOMAN: "Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Ana Sözleşmede Gösterilen Sayıda Yönetim Kurulu Üyesi Seçmek Zorunda mıdır?", Yasa, 1996, 996.
- 5 Erdoğan MOROĞLU: "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri ile Denetçilerinin Görev Süreleri", Makaleler, I, (İstanbul, 1999), 389.
- 6 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (İstanbul, 2003), 259.
- 7 Hayri DOMANIÇ: Anonim Şirketler (İstanbul, 1978), 379-381.
- 8 Hayri DOMANIÇ: a.g.e., 379-381.

- 9 Erdoğan MOROĞLU: (Görev Süresi), 400.
- 10 Erdoğan MOROĞLU: (Görev Süresi), 400.
- 11 Yargıtay 11. HD.'nin 07.10.1991 gün ve E: 1991/4267, K: 1991/5165 sayılı kararı da aynı esasları içermektedir.
- 12 Aynı karar şu şekilde devam etmektedir: "Burada, davacı ortağın TTK'nun 435. maddesi uyarınca mahkemeden şirketin feshini istemesi mümkün ise de, davacının gerek kendisi gerekse şirket için böylesine ağır sonuç doğuracak bir yolu izlemeye mecbur olmadığı muhakkaktır. Öte yandan, şirket sermayesinin onda birinden fazlasına sahip olduğunu ileri süren davacının azınlık sıfatıyla TTK'nun 366. maddesi uyarınca genel kurulun toplantıya çağrılmasını yönetim kurulundan isteyebileceği akla gelirse de, ortada bu talebin muhatabı olabilecek geçerli bir yönetim kurulu bulunmadığından bu yolun izlenmesi mümkün değildir. Keza, azınlık teşkil eden ortaklıkların genel kurulu bizzat toplantıya davet hususunda mahkemeden izin isteyebilmesi de TTK'nun 367. maddesine göre toplantı çağrısı talebinin önce yönetim kuruluna veya denetçilere yapılmasını gerektirdiğinden ve ortada geçerli bir yönetim ve denetim kurulu bulunmadığından, bu yolda bir çare teşkil etmemektedir. Şu halde, şirket bünyesindeki bu kilitleme ve görev süreleri sona eren zorunlu organların yerine yenilerinin seçilmemesi karşısında Medeni Kanun'un 376 vd. maddeleri hükümleri uyarınca bir kayyım tayin edilerek genel kurul toplantısı yapılmasına ve organların yeniden oluşmasına kadar şirket yönetiminin kayyım tevdi edilmesi lazım gelirken, aksine düşüncelerle ve muhtemel bir genel kurul toplantısından bahisle talebin reddedilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 12. HD.'nin 12.02.1998 gün ve E: 1998/691, K: 1998/1434 sayılı kararı da aynı doğrultudadır.
- 13 Orhan Nuri ÇEVİK: a.g.e., 468-470. Danıştay 3. Dairesi'nin 29.12.1976 gün ve E: 1976/790, K: 1976/809 sayılı kararında da, anonim şirketlerde pay sahibi tüzel kişilerin yönetim kurulunda birden fazla üyelik alamayacakları açıkça belirtilmiştir.
- 14 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 260.
- 15 Ünal TEKİNALP: Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili (Ankara, 1965), 24.
- 16 "...Davacılar, prim borçlusu olan .... Sanayi A.Ş. yönetim kurulu üyeliğine seçilmişlerse de, bu kişilerin anonim şirket paydaşı olmadıkları iddiası ve genel kurul hazırlanması içeriği karşısında, TTK'nun 312. maddesi hükmü gözetildiğinde pay sahibi olmayan davacıların şirket yöneticisi olduklarından söz edilemeyeceği gibi, ... davacıların borçlu şirketin üst düzey yöneticisi sayılmalarını gerektirir biçimde herhangi bir kanıt da sunulmadığı halde yazılı gerekçelerle davanın reddi yolunda karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." (Yargıtay 10. HD.'nin 24.11.1997 gün ve E: 1997/8405, K: 1997/8302 sayılı kararı).
- 17 Halil ARSLANLI: a.g.e., 89.
- 18 Bankalar Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca, banka yönetim kurulu üyesi olabilmek için üyelerin banka sermayesinin en az %1'ini temsil eden miktarda paya sahip olmaları zorunludur.
- 19 Halil ARSLANLI: a.g.e., 89.
- 20 Tuğrul ANSAY: Anonim Şirketler Hukuku (Ankara, 1975), 94 vd.; Orhan Nuri ÇEVİK: a.g.e., 473; Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 260; Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 42; Gönen ERİŞ: Anonim Şirketler Hukuku (Ankara, 1995), 189; Fahiman TEKİL: Anonim Şirketler Hukuku (İstanbul, 1998), 161.
- 21 Ömer TEOMAN: "Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin

- Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesi Olup Olamayacakları Sorunu", İkt. Mal. D., XXVI, 1, 1979-80, 417.
- 22 Halil ARSLANLI: a.g.e., 90. Benzer görüş için bkz. Rıza AYHAN: "Anonim Şirketlerde Yönetim Kuruluna Üye Seçilebilmek İçin Ehliyet Şartı", SÜHF. Der. I, 1, 248.
- 23 Halil ARSLANLI: a.g.e., 90.
- 24 Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 42.
- 25 Ömer TEOMAN: (Yasal Danışman), a.g.m., 421.
- 26 Yargıtay 11. HD.'nin 16.06.1994 gün ve E: 1994/7027, K: 1994/5107 sayılı kararı.
- 27 Orhan Nuri ÇEVİK: a.g.e., 477.
- 28 Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 43.
- 29 Oğuz İMREGÜN: Anonim Ortaklıklar (İstanbul, 1989), 200.
- 30 Ünal TEKİNALP: a.g.e., 75.
- 31 Ünal TEKİNALP: a.g.e., 76.
- 32 Tedrici kurulda ana sözleşmede ilk yönetim kurulu üyeleri gösterilmemişse, TTK'nun 289/I-4. maddesi gereğince, kuruluş genel kurulu tarafından seçilir.
- 33 Bu hükmün konulmasına neden olan düşünceler TTK'nun gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: "Tecrübe göstermiştir ki, devletin komiserler vasıtasıyla icra ettiği kontrol birçok hallerde fayda temin etmekten çok uzaktır. Çünkü, komiserler anonim şirketin idare işlerine nüfuz edemedikleri gibi umumiyet itibarıyla şekli ve suri bir nezaret ile iktifa zorundadırlar. Fakat, öyle anonim şirketler vardır ki, onların faaliyeti kah devlet kah belediye bakımından amme menfaatini şiddetle ilgilendirmektedir. Bu gibi ortaklıkların faaliyetini daimi bir surette takip ve kontrol etmek halkın menfaati bakımından bilhassa önemlidir. Bu ihtiyaç imtiyaza tabi olan anonim şirketlerde imtiyaz mukavelesiyle bir dereceye kadar temin edilebildiği halde imtiyazsız olarak işletilebilecek şirketlerde şimdiye kadar sağlanamıyordu. Bu sebepten dolayı İsviçre Kanunu'ndan mülhem olarak tasarının 275. maddesi teklif edilmiştir. Bu maddeye göre, devlet, il, belediye gibi kamu tüzel kişileri amme hizmeti bakımından ilgili buldukları anonim ortaklıkların, yönetim ve denetleme kurullarında bir temsilci bulundurmamak hakkından faydalanabilirler. Bu hak, ana sözleşmeye yazılı bir kayda bağlı olup, hatta pay sahibi olmayan kamu tüzel kişilerine de bağlanabilir. Böyle bir kaydı ana sözleşmeye dercetmesinde kurucular serbest iseler de, hükümet, vereceği izni, mezkur kaydın dercedilmesi şartına bağlayabilir."
- 34 Ünal TEKİNALP: a.g.e., 135.
- 35 Haluk TANDOĞAN: "Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili", Batider, I, 1, 9.
- 36 Haluk TANDOĞAN: a.g.m., 11-12. Nitekim, TTK'nun gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmektedir: "Devlet, il, belediye gibi kamu tüzel kişileri pay sahipleri olmalarına rağmen genel kurulda şu veya bu sebepten dolayı oy çoğunluğuna sahip olmadıkları zaman ortaklık organları için vaki olan seçimlerde kendilerini ve dolayısıyla ammenin menfaatini tesirli bir tarzda temsil edemezler. Bu durumu islah için kamu tüzel kişilerinin temsilcisi 275. maddede gösterilen şartlar altında genel kurul tarafından seçilmeyip ilgili kamu tüzel kişisi tarafından tayin ve lüzumu halinde azledilir."
- 37 Oğuz İMREGÜN: a.g.e., 195; Orhan Nuri ÇEVİK: a.g.e., 502-503; Fahiman TEKİL: a.g.e., 194-195.
- 38 Ağırlaştırılmış çoğunluk görüşünü örnek ile açıklayacak olursak, beş kişilik bir yönetim kurulunda toplantı yetersayısı dört üyedir. Çünkü, beşin yarısı iki buçuk ise de, bu mümkün olmadığından iki buçuk yerine üç kabul edilir. Bunun bir fazlası ise dört olur. Aynı şekilde üç kişilik bir yönetim kurulunda da yönetim kurulunun toplantı yeter sayısı üç kişiden oluşur.
- 39 Sami KARAHAN: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantı Nisapları", SÜHF. Der. I, 1 (Konya, 1988), 195-204; Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 248-249; Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 49.
- 40 Çoğunluğun sağlanması görüşünü örneklendirecek olursak, beş kişilik bir yönetim kurulunda toplantı yetersayısı üç; üç kişilik bir yönetim kurulunda toplantı yetersayısı iki üyedir.
- 41 Yargıtay 11. HD.'nin 23.09.1986 gün ve E: 1986/3027, K: 1986/4651; 06.06.1986 gün ve E: 1986/2687, K: 1986/2509 sayılı kararları.
- 42 Hamdi YASAMAN: "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantıları", Yaklaşım, 13, (Ocak 1994), 32-35.
- 43 Sami KARAHAN: a.g.m., 204.
- 44 Hayri DOMANIÇ: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, II (İstanbul, 1988), 472.
- 45 Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 45.
- 46 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 258.
- 47 Halil ARSLANLI: a.g.e., 105; Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 258.
- 48 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 258; Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 46.
- 49 Yaşar KARAYALÇIN: "Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri", Batider, VIII, 2, 1975, 15.
- 50 Yargıtay 11. HD.'nin 18.05.1981 gün ve E: 1981/2529, K: 1981/2472 sayılı kararı.
- 51 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 261.
- 52 Orhan Nuri ÇEVİK: a.g.e., 495; Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 261.
- 53 Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 56 vd. Hayri DOMANIÇ: (Kanun Şerhi II), a.g.e., 473.
- 54 Baki KURU: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (İstanbul, 2004), 933 vd.
- 55 TTK'nun 14/III. maddesi uyarınca, bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adı bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına (ortak sıfatıyla) işlemlerde bulunan kimse, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olduğundan, söz konusu kimsenin sadece iyi niyetli üçüncü kişiler tarafından iflası istenebilir. Bununla birlikte, donatma iştirakinin tüzel kişiliği bulunmadığı ve tacir de olmadığı halde, TTK'nun 19. maddesi gereğince, tacirlere ilişkin hükümler, donatma iştiraki hakkında da uygulanacağından ve ayrıca TTK'nun 968. maddesinde de açık hüküm bulunduğundan, donatma iştiraki de iflasa tabidir.
- 56 Özel yasa hükümleri uyarınca, tacir olmadıkları halde iflasa tabi olan kişilere birkaç örnek verecek olursak: Ticareti terk eden bir eski tacir, ticareti terk ettiğinin ilanından itibaren bir yıl içinde, iflasa tabi olmaya devam eder (İİK'nun 44/II. md.); bir bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkanı ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcılarını ve imzaları ile bankayı ilzam eden memurlarının yasaya aykırı karar ve işlemleriyle bankanın iflasına neden olduklarının saptanması durumunda, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların kişisel sorumluluklarına



- gidilerek, kurul kararına istinaden ve Fon'un talebi üzerine şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir (Bankalar Kanunu 17. md.).
- 57 Gönen ERİŞ: a.g.e., 209; Hayri DOMANIÇ: (Kanun Şerhi II), a.g.e., 474.
- 58 Vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir (Türk Medeni Kanunu 411. md.).
- 59 Orhan Nuri ÇEVİK: a.g.e., 489.
- 60 Hayri DOMANIÇ: (Kanun Şerhi II), a.g.e., 373.
- 61 "Bir kimsenin vesayet altına alınmasını gerektirecek akıl hastalığına ya da akıl zayıflığına maruz bulunup bulunmadığı hususu, yargıçlık mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenebilecek konulardan olmadığından, yargıçın kendisini bilirkişi yerine koyarak, davacıyı müşahade etmesi ve vasi tayinine gerek bulunmadığına karar verilmesi isabetsizdir." (Yargıtay 2. HD.'nin 30.10.1986 gün ve E: 1986/9208, K: 1986/9482 sayılı kararı).
- 62 Yargıtay 11. HD.'nin 03.10.1985 gün ve E: 1985/4821, K: 1985/5036 sayılı kararı.
- 63 Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 61.
- 64 Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 62.
- 65 Halil ARSLANLI: "Anonim Şirketlerin İnfisahının Hukuki Neticeleri", Batider, I, 3, 1962, 304.
- 66 Erdoğan MOROĞLU: "Fesih, İnfisah ve Tasfiye", Makaleler, I, (İstanbul, 1999), 318.
- 67 Sezgin ÖZCAN: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliğinden İstifa ve Sonuçları", Yaklaşım, 117 (Eylül 2002), 224.
- 68 Hayri DOMANIÇ: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, I (İstanbul, 1988), 480.
- 69 Sezgin ÖZCAN: a.g.m., 224.
- 70 Ali FİDANCI: "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliğinden İstifa Şekli ve Hukuki Sonuçları", Yaklaşım, 13, (Ocak 1994), 36-39.
- 71 Hayri Domanic: (Kanun Şerhi), a.g.e., 480.
- 72 Fikret EREN: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul, 2003), 474.
- 73 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 259. Yargıtay 11. HD.'nin 15.11.1976 gün ve E: 1976/3647, K: 1976/4920 sayılı kararı.
- 74 Ferit DEVELİOĞLU: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (Ankara,1986), 73.
- 75 İsmail DOĞANAY: Türk Ticaret Kanunu Şerhi (Ankara, 1990), 818-819.
- 76 Fahiman TEKİL: a.g.e., 164.
- 77 H. Sami TÜRK: "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Azil veya Seçimi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, I, (Ankara, 1984), 183.
- 78 H. Sami TÜRK: a.g.m., 184.
- 79 H. Sami TÜRK: a.g.m., 186.
- 80 Ömer TEOMAN, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi ile İlişkisi", İkt. Mal. D., XXVIII, 1, 1981, 20-30; Tuğrul ANSAY: a.g.e., 167, dn. 14a.; H. Sami TÜRK: a.g.m., 200; Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 259. Ancak, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, yönetim kurulu gündemindeki maddeleri bu açıdan geniş yorumlayarak, yönetim kurulunun genel kurula hesap vermesi niteliğini taşıyan her maddenin gereğinde ilgili yönetim kurulu üyesinin azlını de içerdiğini kabul etmektedir (Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 259.).
- 81 Erdoğan MOROĞLU: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (İstanbul, 2001), 60 vd.; Yılmaz ULUSOY: Mukayeseli Sermaye Şirketleri (Ankara, 1974), 287 vd.; Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 68.
- 82 Yargıtay 11. HD.'nin 24.09.1985 gün ve E: 1985/3578, K: 1985/4774 sayılı kararı.
- 83 H. Sami TÜRK: a.g.m., 200.
- 84 Orhan Nuri ÇEVİK: a.g.e., 493.
- 85 Orhan Nuri ÇEVİK: a.g.e., 495; Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 261.
- 86 "Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 80. maddesinin sondan bir önceki fıkrasına göre davacının tüzel kişiliği haiz şirketin üst düzeyde yöneticisi ve yetkilisi olduğu Türkiye Ticaret Sicil Gazetes'i'nin içeriğinden anlaşılmaktadır. Öte yandan, davalı kurumun prim alacağına da davacının şirketin üst düzey yöneticisi olduğu dönemle ilgili olduğu da ödeme emri içeriğinden anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davacının sigorta primlerinden sorumlu tutulması gerektiği açıktır. Bundan başka, üst yöneticinin şirketten ayrıldığı ve dolayısıyla bu sıfatının sona erdiği tescil ve TTK'nun 38 ve 39. madde hükümlerine göre Türkiye Ticaret Sicil Gazetes'i'nde ilan edilmedikçe 3. kişilere karşı ileri sürülemeyeceği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir."
- 87 D. Erkan ATEŞLİ: "Anonim Şirketin Kanuni Temsilcisinin Ödenmemiş Vergi Borçları Karşısındaki Sorumluluğu", Yaklaşım, 94, (Ekim 2000), 167.
- 88 Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 31.03.1995 gün ve E: 1995/21, K: 1995/116 sayılı kararı.
- 89 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 241; Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 31.
- 90 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 241-242; Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 31.
- 91 Fahiman TEKİL: a.g.e., 142.
- 92 Fatih BİLGİLİ: a.g.e., 75.
- 93 Bu tartışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Fahiman TEKİL: a.g.e., 142 vd.
- 94 Fahiman TEKİL: a.g.e., 147.
- 95 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 242; Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 31.
- 96 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 242; Yadigar İZMİRLİ: a.g.e., 32.
- 97 Ersin ÇAMOĞLU: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Ankara, 1972), 32; Halil ARSLANLI: a.g.e., 94.
- 98 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 256; Ünal TEKİNALP: a.g.e., 20.
- 99 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 256.
- 100 Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 34.
- 101 Reha POROY, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 256-257. Tüzel kişilerin anonim şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin gönderen tüzel kişinin organı olup olmadığı

hususunda öğretilerdeki tartışmalar için bkz. Ersin ÇAMOĞLU: a.g.e., 34 vd.

- 102 Yargıtay 21. HD.'nin 26.01.1998 gün ve E: 1997/8765, K: 1998/259 sayılı kararı.
- 103 Yargıtay HGK.'nin 29.04.1998 gün ve E: 1998/21-295, K: 1998/309 sayılı kararı.
- 104 Yargıtay 10. HD.'nin 20.10.1997 gün ve E: 1997/7270, K: 1997/7118 sayılı kararı.
- 105 Yargıtay 21.H.D.'nin 03.02.2000 gün ve E: 2000/439, K: 2000/657 sayılı kararı.
- 106 506 sayılı Yasa'nın 3/1-F maddesinde, kanunla kurulu emekli sandıklarına aidat ödemekte olanların bu kanunun uygulanmasında sigortalı sayılmayacaklarını; 1479 sayılı Yasa'nın 24/II-c maddesi ise, kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına prim veya kesenek ödeyenlerle bu tür kuruluşlardan malullük veya yaşlılık aylığı ile daimi tam iş göremezlik geliri almakta olanların ve aylık veya gelir bağlanması için talepte bulunmuş olanların (dul ve yetim aylığı veya Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan geçici veya sürekli kısmi iş göremezlik geliri alanlar hariç), sigortalı sayılmayacaklarını açıkça vurgulamıştır.
- 107 Benzer şartlar 2925 ve 2926 sayılı yasaların 4. maddelerinde de getirilmiştir.
- 108 Yargıtay HGK.'nin 03.10.2001 gün ve E: 2001/21-627, K: 2001/659 sayılı kararı.
- 109 Yargıtay 21.H.D.'nin 05.07.2004 gün ve E: 2004/3076, K: 2004/6610 sayılı kararı.
- 110 Tankut CENTEL: "Bağımlı Çalışanların İsteğe Bağlı Sigortaya Devam Etmeleri", İş Hukuku Dergisi, C. 3, 1993, 36.
- 111 Yargıtay 21.H.D.'nin 15.02.1999 gün ve E: 1999/647, K: 1999/711 sayılı kararı.
- 112 Yargıtay 21.H.D.'nin 16.10.2006 gün ve E: 2006/3739, K: 2006/10069.

## KAYNAKÇA

- ANSAY, Tuğrul. Anonim Şirketler Hukuku. Ankara, 1975.
- ARSLANLI, Halil. Anonim Şirketler. İstanbul, 1961.
- ARSLANLI, Halil. "Anonim Şirketlerin İnfisahının Hukuki Neticeleri", Batider, I, 3, 1962, 301-319 (İnfisah).
- ATEŞLİ, D. Erkan. "Anonim Şirketin Kanuni Temsilcisinin Ödenmemiş Vergi Borçları Karşısındaki Sorumluluğu", Yaklaşım, 94, (Ekim 2000), 163 vd.
- AYHAN, Rıza. "Anonim Şirketlerde Yönetim Kuruluna Üye Seçilebilmek İçin Ehliyet Şartı", SÜHF. Der. I, 1, 235-248.
- BİLGİLİ, Fatih. Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu. Ankara, 2004.
- CENTEL, Tankut. "Bağımlı Çalışanların İsteğe Bağlı Sigortaya Devam Etmeleri", İş Hukuku Dergisi, C. 3, 1993, 32-50.
- ÇAMOĞLU, Ersin. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu. Ankara, 1972.
- ÇEVİK, Orhan Nuri. Anonim Şirketler. Ankara, 1988.
- DEVELİOĞLU, Ferit. Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat. Ankara, 1986.
- DOĞANAY, İsmail. Türk Ticaret Kanunu Şerhi. Ankara, 1990.
- DOMANIÇ, Hayri. Anonim Şirketler. İstanbul, 1978.
- DOMANIÇ, Hayri. Türk Ticaret Kanunu Şerhi. I, İstanbul, 1988 (Kanun Şerhi).
- DOMANIÇ, Hayri. Türk Ticaret Kanunu Şerhi. II, İstanbul, 1988 (Kanun Şerhi II).
- EREN, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul, 2003.
- ERİŞ, Gönen. Anonim Şirketler Hukuku. Ankara, 1995.
- FİDANCI, Ali. "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliğinden İstifa Şekli ve Hukuki Sonuçları", Yaklaşım, 13, (Ocak 1994), 36-39.
- İMREGÜN, Oğuz. Anonim Ortaklıklar. İstanbul, 1989.
- İZMİRLİ, Yadigar. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları. Ankara, 2001.
- KARAHAN, Sami. "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantı Nisapları", SÜHF. Der. I, 1, Konya 1988, 195-204.
- KARAYALÇIN, Yaşar. "Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri", Batider, VIII, 2, 1975, 1-29.
- MOROĞLU, Erdoğan. "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri ile Denetçilerinin Görev Süreleri", Makaleler, I, İstanbul, 1999, 389-400 (Görev Süresi).
- MOROĞLU, Erdoğan. "Fesih, İnfisah ve Tasfiye", Makaleler, I, İstanbul, 1999, 310-318 (Tasfiye).
- MOROĞLU, Erdoğan. Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü. İstanbul, 2001.
- ÖZCAN, Sezgin. "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliğinden İstifa ve Sonuçları", Yaklaşım, 117 (Eylül 2002), 223 vd.
- POROY, Reha, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU. Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku. İstanbul, 2003.
- TANDOĞAN, Haluk. "Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili", Batider, I, 1, 3-35.
- TEKİL, Fahiman. Anonim Şirketler Hukuku. İstanbul, 1998.
- TEKİNALP, Ünal. Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili. Ankara, 1965.
- TEOMAN, Ömer. "Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesi Olup Olamayacakları Sorunu", İkt. Mal. D., XXVI, 1, 1979-80, 416-422 (Yasal Danışman).
- TEOMAN, Ömer. "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim ve Azillerinin Gündeme Bağlılık İlkesi ile İlişkisi", İkt. Mal. D., XXVIII, 1, 1981, 20-30 (Gündeme Bağlılık).
- TEOMAN, Ömer. "Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Ana Sözleşmede Gösterilen Sayıda Yönetim Kurulu Üyesi Seçmek Zorunda mıdır?", Yasa, 1996, 991 vd. (Seçim).
- TÜRK, H. Sami. "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Azil veya Seçimi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, I, Ankara, 1984, 177-200.
- ULUSOY, Yılmaz. Mukayeseli Sermaye Şirketleri. Ankara, 1974.
- YASAMAN, Hamdi. "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantıları", Yaklaşım, 13, (Ocak 1994), 32-35.

**Şerafettin GÜLER**

TÜHİS Toplu Sözleşme Uzmanı

# Özelleştirmeye Tabi Kuruluşlarda Kapsam Dışı Personel Olarak Çalışan İşçiden İşsizlik Sigortasının Kesilmesi

**T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ****Esas No** : 2006/11084**Karar No** : 2006/14430**Tarihi** : 14.11.2006**KARAR ÖZETİ**

İş Kanunu hükümlerine göre işine son verilmesi mümkün olmayan ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakli Devlet Personel Başkanlığınca yapılan kapsam dışı personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olarak nitelendirilmeleri gerektiği ve kamu personeli olduğu dolayısıyla işsizlik sigortası kapsamı içinde bulunmadığının kabulü gerekir.

**DAVA**

Davacı, fazlaya dair hakları saklı kalmak kay-

dıyla maaşından işsizlik sigortası primi adı altında yapılan kesintilerin yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde davanın reddine karar vermiştir.

Hükmün, taraflar avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

**KARAR**

Dava, kapsam dışı personel statüsünde çalışanların, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1995/1 Esas, 1996/1 Karar sayılı kararı uyarınca Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olduğu gibi iş güvencesi bakımından kamu personeli sayılarak kamu görevlilerinin sahip olduğu iş güvencesine sahip olmakla 4447 sayılı

Kanun'un 51. maddede sayılan haller nedeniyle işsiz kalmalarının ve dolayısıyla işsizlik sigortası hükümlerinden yararlanmalarının mümkün bulunmadığı gerekçesi ile davacının ücretinden işsizlik sigortası primi kesilmeyeceğinin tespiti ve kesintilerin şimdilik 500,00 YTL'lik kısmının Kurumca tahsil edildiği tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte tahsiline ilişkindir.

Mahkemece; işsizlik sigortasının da bir sigorta türü olduğu, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının sosyal güvenlik açısından 506 sayılı Kanun'a tabi olduğunun tespiti ile sigortalılık statüsünün zorunlu olup, sosyal güvenlik hakkının vazgeçilemez ve devredilemez olduğu, dolayısıyla davacının işsizlik sigortasından yararlanmak istememesinin mümkün olmadığı ve 4447 sayılı Kanun'un 46/3. maddesi ile anılan kanun kapsamı dışında bırakılanların sınırlı olarak sayıldığı ve davacının statüsü itibarıyla bu sayılanlar içinde bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının özelleştirme kapsamında bulunan K. Bakır İşletmeleri A.Ş. bünyesinde kapsam dışı personel statüsünde çalıştığı ve ücretinden işsizlik sigortası primi kesildiği tartışmasıdır.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca , "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür". Mevzuatımızda kapsam dışı personelin tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu kavram; İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayan çalışanları tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır.

Özelleştirme kapsamına alınan kamu kurumlarında çalışan personelin statüleri hakkında çıkarılan 233, 399, 527 sayılı KHK'ler ile ek düzenlemeler yapılmışsa da kimi KHK'lerin Anayasa Mahkemesi'nce iptali sonucu, bu konu 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ilişkin Yasa'yla belirginleştirilmiştir. Bu yasanın, amaç ve kapsam başlıklı 1.

maddesinin (A) bendinde, yasanın amacı belirlenmiş ve bu amaca yönelik olarak (B) bendinin (e) fıkrasında da; yasanın kapsamının, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdi ile çalışan personelden özelleştirme uygulamaları sonucu işsiz kalacak olanlara mali ve sosyal haklar sağlanması, (d) fıkrasında ise, yine bu kuruluşlarda çalışan kamu personelinin özlük ve sosyal haklarıyla ilgili hükümler olduğu belirtilmiştir. Nitekim 21. maddesinde, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdiyle ücret karşılığı çalışanlar hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. Kamu personeli ile ilgili olarak da, kuruluşlardaki personelin nakli başlıklı 22. maddesinde özelleştirme programına alınan, özelleştirilen, faaliyeti durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlarda çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi personel ile sözleşmeli personelin (kapsam dışı personel dahil) diğer kamu kurum veya kuruluşlarına 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/f bendinde yer alan hükümler de dikkate alınarak nakledilirler denilmekte, aynı maddenin (b) bendinde; ataması yapılan personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 62 ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır, hükmü yer almaktadır. Geçici madde 9'da da gerek sözleşmeli personel, gerekse de kapsam dışı personel, kamu personeli olarak kabul edilmiştir.

Anılan hükümler uyarınca, özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan, toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmayan, mali ve sosyal hakları kurumunca çıkarılan Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nde düzenlenen, İş Kanunu hükümlerine göre işine son verilmesi mümkün olmayan ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakli Devlet Personel Başkanlığınca yapılan kapsam dışı personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olarak nitelendirilmeleri gerektiği ve kamu personeli olduğu açıktır.



4447 Sayılı Kanun'un 46/3. maddesinin 08.09.1999 tarihinde yayınlanan ilk metninde; sadece, 506 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar kapsam dışı bırakılmış iken, 4571 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile işsizlik sigortası kapsamında olmayanlar yönünden genişletici bir düzenlemeye gidilmiştir. 4571 sayılı Kanun ile değişik 46/3.madde ile "506 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar, ...657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, ...233 ve 399 sayılı KHK'ler ile 190 sayılı KHK' ya tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı Kanun'a göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu kanun kapsamına dahil değildir." şeklinde hüküm yeniden düzenlenmiştir.

Ülkemizde yeni olan işsizlik sigortası uygulamasında yol gösterici olması bakımından düzenlemelerin kanun koyucu tarafından açıklanan gerekçeleri göz ardı edilmemelidir. 4571 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yapılan genişlemenin madde gerekçesinde; "4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda; işsizlik ödeneğinin 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılara ödeneceği

hükme bağlanmış, ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsünde bulunmayan sözleşmeli personelden işsizlik sigortası kesintisinin yapılıp yapılmayacağı hususunda bir açıklık bulunmadığından, söz konusu personelden SSK'ya tabi olanların, Emekli Sandığı'na tabi olanlara göre %2 oranında işsizlik sigortası kesintisi nedeniyle mağduriyetlerinin teminen 4447 sayılı Kanun 46/3. fıkrasının yeni düzenlenmesi metne eklenmelidir." açıklaması yer almıştır.

Anılan hükümler ve kanun koyucunun açık iradesi karşısında, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının 4447 sayılı Kanun'un 46/3. fıkrasında sayılan kamu görevlisi olduğu ve işsizlik sigortasının kapsamı içinde bulunmadığının kabulü gereklidir.

Açıklanan maddi ve hukuki nedenler gözetilmeksizin eksik araştırma, inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

## SONUÇ

Temyiz edilen hüküm yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA 14.11.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## GENEL OLARAK TÜRK İŞ HUKUKUNDA KAPSAM DIŞI PERSONEL

### Kapsam Dışı Personel Kavramı

Kapsam dışı personel kavramı, çalışma hayatımızda ancak 1961 Anayasası'nda yapılan düzenlemelerden sonra çıkarılan 274 ve 275 sayılı Kanunlarla uygulama alanı bulmuştur. Bu tarihe kadar toplu iş sözleşmesi bağtılayamayan sendikalar için kapsam dışı personel kavramından söz etmek mümkün değildir. 1961 Anayasası'nda yapılan düzenlemelerden sonra toplu iş sözleşmesi bağtılamaya başlayan sendikalar bir kısım işçileri toplu iş

sözleşmesinin dışında tutmuşlardır. İşçilerin akit taraflarınca kapsam dışı bırakılmalarını açıkça düzenleyen bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Uygulamada ise kapsam dışı kalma iki şekilde gerçekleşmektedir. İşçiler ya yasadan ötürü zorunlu olarak kapsam dışı kalmakta, ya da sözleşme tarafları serbest iradeleri ile bazı işçi gruplarını kapsam dışı bırakmayı kararlaştırmakta ve bu hususu toplu iş sözleşmesine bir madde olarak yazmaktadırlar<sup>1</sup>. İşveren vekili hariç bunların tamamı işçi sayılan ve işçi sendikasına üye olabilecek durumda olan kişilerdir. Böylece bu kişiler iş sözleşmesi alanına terkedilmişlerdir. Ancak kapsam dışı kalmak için mutlaka sendika üyesi olmak gerekmez. Sendika üyesi olmayan işçilerin de sözleşme ile kapsam dı-

## Sözleşme ile bağlı olanlar kanun ile belirlenirken, sözleşmenin uygulama alanına kimlerin gireceğini ise taraflar belirlemektedir.

şısı bırakılmaları mümkündür. Bir başka ifade ile “Belli işler kapsam dışı bırakılabilmekte ve bu işlerde çalışan tüm işçiler -ister taraf sendika üyesi olsun, ister olmasın- toplu iş sözleşmesinden yararlanamamaktadırlar. Kapsam dışı işlerde çalışan işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmaları da mümkün değildir.”<sup>2</sup>

### Kapsam Dışı Personel Kavramının Tanımı ve Unsurları

“Bir işyeri, işyerleri veya işletmede, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olsun veya olmasın, belirli bir nitelik ve konumda bulunan işçilerin toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı dışında tutulmasına kapsam dışı bırakılma; konumları gereği toplu iş sözleşmesinin uygulanmadığı işçilere de kapsam dışı personel denilir.”<sup>3</sup> Bu tanımdan yola çıkarak kapsam dışı personel ile ilgili bazı saptamalarda bulunmak yerinde olacaktır. Tanımdan da anlaşılacağı gibi kapsam dışı bırakılacak kişiler ancak işçilerdir. Özel sektör istihdamı açısından bir sorun olmasa da kamu istihdamında birden fazla istihdam türü olduğuna göre bu ayrıma dikkat çekmekte yarar var. Anayasa’nın 128. maddesinde “..... kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” denmekte ve “diğer kamu görevlileri” kavramına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinde açıklık getirilmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesi bu istihdam türlerini; “memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler” şeklinde belirlemiştir. İşçiler de 4857<sup>4</sup> sayılı İş Kanunu’na göre istihdam edilmekte ve Kanunun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde işçi; “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Kural olarak memurların hukuki durumu idare hukuku alanına, işçilerin ise iş hukuku alanına gir-

mektedir. Dolayısıyla kapsam dışı bırakılacak olanların münhasıran kamu için, işçi olmaları gerekmektedir.

Kapsam dışı bırakılacak işçilerin sendika üyesi olması veya olmaması durumu değiştirmemektedir. Sendika üyesi olan bir grup işçi, dayanışma aidatı ödeyen bir grup işçi veya herhangi bir sendikayla hiçbir bağlantısı olmayan bir grup da kapsam dışı bırakılabilir. Kapsam dışı personel kavramının ortaya çıkmasında en önemli unsur halen yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunması ilkesidir. Çünkü bir toplu iş sözleşmesi yoksa tarafların kapsam dışı bırakılma eylemi de gerçekleşmeyecektir. Kanunen kapsam dışı kalanlar (işveren vekili gibi) hariç, TİS yoksa kapsam dışılık da olmayacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere işyeri ve/veya işletmede bir toplu iş sözleşmesinin bulunması gerekir. Aksi takdirde toplu iş sözleşmesi olmadan bir grup çalışanın TİS dışı bırakılarak bir uygulamaya gidilmesi düşünülemez. Taraflar arasında bir TİS imzalandıktan sonra nesnel kriterler göz önünde bulundurularak yine tarafların anlaşması neticesinde (kapsam dışı kalacak olanların rızası şart değil) kapsam dışı bırakılacak grup tespit edilir. Toplu iş sözleşmelerinde yer alan işyerinde çalışan bazı işçilerin kapsam dışı bırakılmasına ilişkin hükümlerin geçerliliği, tarafların sözleşme özerkliğine dayandırılmaktadır. Buna göre toplu iş sözleşmesiyle bağlı olanlar ile toplu iş sözleşmesinin kişiler bakımından uygulama alanı karıştırılmamalıdır. Sözleşme ile bağlı olanlar kanun ile belirlenirken, sözleşmenin uygulama alanına kimlerin gireceğini ise taraflar belirlemektedir<sup>5</sup>.

### Toplu İş Sözleşmesi ile Bir Grup İşçinin Uygulama Alanı Dışında Tutulması

275 sayılı Kanun döneminde hem işyeri hem de işkolu esasına göre TİS yapılabildiği için bir ikilik ortaya çıkmaktaydı<sup>6</sup>. Ancak 1982 Anayasası’nın 53. maddesi “Aynı işyerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz” diyerek bu ikili durumu ortadan kaldırmıştır. 2822 sayılı TİSGLK’nın 3. maddesi “Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir.” diyerek TİS’in yer olarak uygulama alanını belirlemiş ancak kişiler açısından

## Kapsam dışı bırakılan işçi grupları ya iş sözleşmeleri ile ya da işyeri personel yönetmelikleri ile belli bir statü ve güvence altına alınmakta ve TİS'de göz önüne alınarak bir takım sosyal hak ve güvencelere sahip olmaktadır.

-Kanunen kapsam dışı kalanlar hariç- bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla bağitlanan bir toplu iş sözleşmesinde taraflar serbest iradeleri ile bir grup çalışanı belirlemekte ve bunları kapsam dışı bırakmaktadır.

Ancak bu kapsam dışı bırakılma her ne kadar Kanunda belirtilmemişse de hem işçi sendikası hem de işveren tarafı bu alanı belirlerken çalışanların pozisyon, görev ve sıfatlarını dikkate almaktadırlar. Dolayısı ile bu kişiler konularından dolayı kapsam dışı kalmaktadırlar<sup>7</sup>.

2822 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre işyeri, işyerleri veya işletme toplu iş sözleşmesi bağitlanırken konuları pozisyon, görev ve sıfatlarından dolayı belirlenen bazı işçiler kapsam dışında bırakılmaktadır.

TİS'de yazılı olarak belirlenen grup veya gruplar kapsam dışı bırakıldıkları için bunlara TİS uygulanmaz. Dolayısı ile bunlar iş sözleşmesi alanına terkedilmiş olurlar. Kapsam dışı bırakılan işçi grupları ya iş sözleşmeleri ile ya da işyeri personel yönetmelikleri ile belli bir statü ve güvence altına alınmakta ve TİS'de göz önüne alınarak bir takım sosyal hak ve güvencelere sahip olmaktadır<sup>8</sup>.

Hem 275 hem de 2822 sayılı Kanunlar'da buna yönelik herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen TİS taraflarının bağitladıkları TİS'lerle bir kısım çalışanı kapsam dışı bıraktıkları görülmektedir. Yargıtay da 275 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar verdiği kararlarda tarafların bu şekilde bir TİS dışı bırakılma olgusuna sahip olduklarını verdiği kararlarla göstermiştir.

Taraflar serbest iradeleriyle pazarlık sonucu bir grup çalışanı kapsam dışı bırakabilmektedirler. Bunlar:

TİS'i bağitlayan işçi sendikasının üyesi,

Başka bir sendika üyesi işçiler,

Dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'den faydalanan kişiler,

Herhangi bir sendikaya üye olmayan işçiler de olabilir.

Dolayısıyla kapsam dışı bırakılanlar bir grup çalışan olduğu için bunların sendika üyesi olması veya olmaması sonucu değiştirmemektedir. Bir başka ifade ile kapsam dışı bırakılma sendikalı olup olmama ile ilgili bir husus değildir.

Çok belirli bir gruplama yapılamasa da genellikle aşağıdaki gruplar kapsam dışı bırakılmaktadır.

a) İşveren bir grup personele daha iyi olanaklar sağlayabilmek, sözleşmenin üzerinde ücret ödeyebilmek veya bunların işçi sendikası ile olan bağlarını zayıflatabilmek için üst düzeyde bulunan kişiler<sup>9</sup>,

b) Ancak yüksek ücretle işyerinde tutulabilen işçiler,

c) Kısmi süreli çalışan işçiler,

d) Gördükleri işler nedeniyle işletme sırrını öğrenen ve işverene çok yakın çalışan işçiler,

e) Yardımcı işlerde çalışan işçiler

Yukarıda sayılanlar ve benzeri nedenlerle işyerinde çalışan bir kısım çalışan TİS ile kapsam dışı bırakılmaktadır. Böylece, taraflar arasında yapılan görüşme ve pazarlık sonucunda kapsam dışı bir işçi grubu ortaya çıkmakta, işveren de bunların çalışma koşullarını ve ücretlerini TİS dışında serbestçe tayin edebilmektedir. Sözleşmede kapsam dışı işler yazılmakta ve kapsam dışı kalan bir nevi kadro oluşmaktadır. Buna göre bu kadroya giren kişi direkt olarak TİS dışına çıkmaktadır. Daha önce o grupta olup başka bir iş grubuna verilen kişi de TİS de yazılan gruptan çıktığı için yeni konumu gereği TİS'den faydalanabilecektir.

Görüldüğü gibi kimi işçi grupları işverene yakın oldukları için veya buldukları pozisyon veya taşındıkları sıfat nedeniyle kapsam dışı bırakılmakta ve bu çalışan gruba TİS'de belirlenen ücretten farklı -çoğu zaman TİS'in üzerinde- bir ücret verilmektedir. İşveren bazen de işyerinde çalışmakta olan bir grup çalışana; örneğin kısmi süreli çalışanlara daha düşük ücret düzeyi belirlemek için kapsam dışı bırakılmaktadır.

Ancak şunu unutmamak gerekir ki; işveren bir grubu kapsam dışı bıraktığı zaman bu grubun tamamını bırakıyor demektir. Yoksa grubun içinden

3-5 kişiyi seçip bunları bırakmak; bir başka ifade ile ismen kapsam dışı bırakma gibi bir serbestisi yoktur.

### **Kapsam Dışı Personelin Hukuki Durumu**

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki Anayasa'nın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesi herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirtmekte ve 53. maddesinde de TİS hakkının hem işçi hem de işverenler için bir hak olduğunu güvence altına almaktadır. Dolayısıyla öncelikle bir kapsam dışı bırakma olgusu olduğu zaman bu kesinlikle keyfi olamaz. Haklı bir nedene dayanmak zorundadır. Ayrıca kapsam dışı bırakılma ismen değil yukarıda da belirtildiği gibi belli bir grup veya bazı sıfatları taşıyan kişiler için uygulanır. Medeni Kanun'un 2. maddesine göre de "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Açıkça belirtildiği gibi kapsam dışı bırakma olduğu zaman dürüstlük kuralı da devreye girmektedir.

İşverenin eşit işlem borcundan, mutlak anlamda herkese aynı şekilde davranacağı anlamı çıkmaz. Çünkü istihdam edilen her çalışanın birbirinden farklı özellikleri vardır. Yeter ki bu farklı uygulama nesnel ve haklı dayanaklara sahip olsun. Zaten İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. maddesi bunu güvence altına almaktadır. Sen.K.'nin 31. maddesinde " ... İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemede, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.

Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır." denmekte ve aynı Kanunun 33. maddesinin son fıkrasında ise şöyle denmektedir: "Sendika ve konfederasyonlar faaliyetlerinden yararlandırmada, üyeleri arasında eşitliğe uymak zorundadırlar."

Kanunların ışığında değerlendirildiği zaman öncelikle şunu belirtmek gerekir. Kapsam dışı bırakı-

lan işçilerin artık TİS'den faydalanmaları mümkün değildir. Bu kişiler iş yasalarının buyurucu hükümlerine aykırı olmamak şartıyla iş hukuku güvencesi altında olup işverenle olan tüm münasebetleri iş sözleşmesine göre düzenlenir. Dolayısıyla kapsam dışı kalan personel iş sözleşmesi ile çalışacaktır. İşverenlerin çoğu zaman kapsam dışı personeller için işyeri yönetmelikleri çıkardığı görülmektedir. Böylece oluşmuş olan bu gruba yönelik nesnel ölçütlerde ortaya konmuş olmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 1985 yılındaki bir kararında (20.05.1985 tarihli ve 2546/5437 sayılı) "Toplu iş sözleşmesinin kapsamına kimlerin gireceği ve girmeyeceği ve kapsam dışı bırakılacağı sözleşme taraflarınca kararlaştırılabilir. Hatta bunlar sözleşme hükümleri ile yasal olarak bağlı olsalar bile sözleşme hükümleri kendilerine uygulanmaz" demektedir<sup>10</sup>.

Ancak kapsam dışı kalan işçilere işveren, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde belirtildiği gibi "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları" dışında herhangi bir ayırım yapamaz. Bunların dışında kalan konularda kapsam dışı personel tıpkı sendikasız veya başka bir sendikaya üye olan personel gibi TİS ile sağlanan diğer tüm kazanımlardan faydalanacaktır. Örneğin:

- İşin sevk ve dağıtımı,
- İşçilerin bir yerden diğer bir yere nakilleri, yükseltmeleri,
- Her türlü izinler (yıllık izinler, mazeret izinleri, ücretsiz izinler),
- Paraya ilişkin olmayan sosyal yardımlar,
- Disiplin hükümleri,
- İşe son verilmesi (İş sözleşmesinin bildirimli-bildirimsiz feshi ile ilgili hükümler)

Bu maddeler işveren tarafından o işyerinde veya işletmede çalışan tüm işçilere uygulanacaktır. Son maddede sayılan disiplin hükmü, tüm işçilere uygulanmasında sorun teşkil edebilir. Çünkü disiplin kurulunda TİS'i imzalayan sendikanın temsilci-

**Sendika üyesi olsun veya olmasın toplu iş sözleşmesi ile kapsam dışı bırakılanlar bağıtlanan TİS'den yararlanamazlar.**



sinin, sendikalı olmayan veya diğer sendikalı işçiler için karara katılması sendikasız işçilerin aleyhine olabilecektir. Buradaki “disiplin hükümleri”ni dar manada yorumlamak, disiplin komisyonlarının sadece sendikalı işçiler için geçerli olacağını kabul etmek yasa koyucunun amacına uygun düşecektir<sup>11</sup>.

Sendika üyesi olsun veya olmasın toplu iş sözleşmesi ile kapsam dışı bırakılanlar bağitlanan TİS den yararlanamazlar. Hemen şunu belirtmek gerekir ki dayanışma aidatı ile yararlanmada sendikanın muvafakatı aranmaz çünkü 2822 sayılı Kanun’un 9. maddesi emredici nitelikte olup bu Kanun’a aykırı herhangi bir düzenleme yapılmışsa bile geçerliliği yoktur. Ancak tarafların kapsam dışı bıraktıkları kişiler, ne yeni bir toplu iş sözleşmesi yapabilirler, ne de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Yukarıda da belirtildiği gibi yasal bir dayanak olmasa da bu tabikatin “zımnen” kabul edildiği görülmektedir<sup>12</sup>.

Anayasa’nın 53. maddesi ve özellikle Sendikalar Kanunu’nun 33. maddesinin son fıkrası dikkate alındığında kapsam dışı personel uygulamasındaki hukuki açmaz, kapsam dışı bırakılacak personelden önceden muvafakat alınarak çözüm yoluna gidilebilir. Ancak mevcut kanunlarda böyle bir düzenleme olmadığı için ve bir muvafakat alma zorunluluğu da olmadığı için kapsam dışı bırakılma da taraflar, kendi yetkilerini kullanmaktadırlar.

Anayasa’nın 128. maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesine göre kamudaki istihdam şekilleri dört başlık altında toplanmıştır. Anayasa’nın 128. maddesinde “..... kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” denmekte ve “diğer kamu görevlileri” kavramına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinde açıklık getirilmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesi bu istihdam türlerini; “memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler” şeklinde belirlemiştir. Tahdidi (sınırlayıcı) bir gruplama olduğu için özellikle toplu sözleşme taraflarının kendi iradeleri ile yeni bir sınıf ortaya çıkarmaları olası değildir.

Ancak 1994 yılında kabul edilen 4046 sayılı Kanun’dan sonra uygulamada ciddi problemler yaşanmıştır. 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde özelleştirme programına alınan kuruluşlardan nak-

ledilecek personel sayılırken en son olarak da “kapsam dışı personel” sayılmıştır. “Uyuşmazlık Mahkemesi 1996 yılında Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu’nun 30. maddesine dayanarak ilke kararı niteliğinde, yani bağlayıcı nitelikte, olaya özgü olmayan bir kararla kapsam dışı personelin istihdam şeklini kamu hukukuna giren bir istihdam şekli olarak belirlemiş ve buna bağlı olarak da görevli yargı yerinin idari yargı olduğuna hükmetmiştir.<sup>13</sup>”

Eski düzenlemedeki bu uygulama ile iş hukukuna tabi olarak çalışan işçi bir anda idare hukukuna tabi bir hale gelmekteydi. Çünkü toplu iş sözleşme tarafları kapsam dışı bırakma uygulamasında bir grup işçiyi (iş sözleşmesi ile çalışan) kapsam dışı bırakırken sadece üst düzey ve işverene yakın kişileri değil aynı zamanda sıradan herhangi bir çalışan grubunu da farklı gerekçelerle bu kapsama almaktaydılar. İşveren herhangi bir şekilde kapsam dışı çalışan bir personelin iş sözleşmesini feshettiği zaman bu kişiler işe iade davası ile idari yargı yerinde dava açıp tekrar işe dönebilmekteydi. 4857 sayılı İş Kanunu’nun henüz yürürlüğe girmedigi bir dönem göz önüne alındığı zaman oldukça iddialı bir uygulamaydı.

Yine 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde “Atamaları yapılan personelin işe başlama süreleri ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 62. ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır” denilmektedir. Daha ilginç bu kişiler zamanında işe başlamazlarsa 657’ye göre müstafi sayılacaktır<sup>14</sup>. Bu uygulama çok ciddi doktriner tartışmalara neden olmuştur. Bu yasal düzenlemeye göre adeta yeni bir çalışma biçimi ortaya çıkarmaktadır.

Uygulamadaki bu sorun 2005 yılında 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde yapılan değişiklikle bir nebze giderilmiş oldu. Yeni metne göre özelleştirilen kurumda çalışanlardan memurlar ve sözleşmeli personel sayıldıktan sonra şöyle denmektedir. “...İş Kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel, kamu kurum ve kuruluşlarına nakle dilmek üzere yukarıda belirtilen işlemlerin tamam-

lanmasından itibaren onbeş gün içerisinde İdare tarafından Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.” Böylece ismen sayılan ve görüldüğü gibi nitelik olarak işverene yakın bir kısım çalışan bu gruba alınmış oldu. Ancak 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde yapılan bu düzenlemeye rağmen aynı Kanununun Geçici 9. maddesinde paralel bir düzenleme yapılmamıştır. Yüksek Mahkemenin de atf yaptığı gibi geçici 9. maddede hala “kapsam dışı personel” ibaresi durmaktadır. Ancak yine Yüksek Mahkeme’nin atf yaptığı 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesi ise 2005 yılında yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile “kapsam dışı personel” ibaresi kaldırılmış yerine yukarıya alıntı yaptığımız ibareler eklenmiştir.

### İşsizlik Sigortası

Türk çalışma hayatına oldukça geç giren işsizlik sigortası için şöyle bir tanımlama yapılabilir: “İşini kaybeden işçiye, işverenin tazminat vermediği veya sosyal sigortaların bir başka dalından ödenek verilmeyen dönemde, yardım yapılması amacıyla kurulan, ekonomi dilinde ise, tam ve kısmi işsizlik halinde bulunan emekçilere yardım usulü” şeklinde ifade edilmektedir.<sup>15</sup> İşsizlik sigortası kendine has bir özellik taşımaktadır. İşsizlik sigortasının bazı ayırıcı özellikleri bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla:

- İşsizlik sigortasının ilk özelliği “işsizlik riskini tazmin özeliğidir.” Buna göre tek geçimi ücret olan ve işini kaybettiği için bundan da mahrum kalan kişiye belli bir süre bir miktar para ödeyerek bir tazmin yoluna başvurulur.

- İşsizlik sigortasının ikinci önemli özelliği ise “zorunluluk”tur. Sigortanın bu özelliği onu yardım kuruluşlarından ve özel sigortalardan ayırır. Çünkü bunlara katılmak ihtiyaridir. Yani isteğe bağlıdır. Oysa eğer kapsama girmişse kişi ben “işsizlik sigortası uygulamasına katılmak istemiyorum” diyemez. Zorunlu olarak bu kapsama girmiş demektir.

- İşsizlik sigortasının üçüncü özelliği ise “prim ödeme” özelliğidir. Sigortacılık tekniği gereği işsizlik sigortası işçinin prim ödeme esasına dayanır. Bu özelliğinden dolayı işsizlik halinde alacağı ödenek bir haktır. Primlerin genel olarak işçiler tarafından ödenmesi bir kuralda da ülkemizde hem devlet hem de işveren katkı payları mevcuttur.

- İşsizlik sigortasının dördüncü özelliği ise “devletçe kurulma özelliğidir.”

- İşsizlik sigortasının son özelliği ise “yeniden işe yerleştirme”dir. Çünkü belli bir süre işsize madde bir kaynak da sağlansa asıl olan işsizi tekrar işe yerleştirmektir.

Bu bölümde son olarak 4447 sayılı Kanun’un 46. maddesine göre kimlerin işsizlik sigortasından faydalanamayacağına değineceğiz.

- İşsizlik sigortasından faydalanamayacaklar 4447 sayılı Kanun’un 46. maddesinde sayılmıştır. Buna göre ilk olarak faydalanamayacak grup tarım çalışanlarıdır. Bilindiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu’nun 4. maddesinin (b) fıkrasında 50’den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işleri kapsam dışında tutulmuştur.

- İşverenin ücretsiz çalışan eşi.
- Ücretli ve sürekli olarak çalışanlar hariç ev işlerinde çalışanlar.
- Askerlik hizmetini yapmakta olanlar.
- Kanunla kurulu Emekli Sandıklarına aidat ödemekte olanlar.
- Ülkelerinde sigortalı olan yabancılar.
- Meslek okulunda pratik eğitim yapan öğrenciler.
- Ceza evlerinde atölyelerde çalışan mahkumlar.
- Rehabilitasyon tedbirlerine katılan hastalar.
- Kendi nam ve hesabına çalışanlar.
- Köy sınırları içerisinde kendi ihtiyaçları için yapılan inşaat işlerinde çalışanlar<sup>16</sup>.
- Sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık aylığı almakla beraber, sosyal güvenlik primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışmasını sürdürenler.
- Topluluk sigortasına tabi olanlar.
- İsteğe bağlı sigortalılar.
- Kamu kurumlarında memur ya da 399 sayılı K.H.K çerçevesinde sözleşmeli ve geçici personel ve hizmetliler.

### KARARIN İNCELENMESİ

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin dava konusu içerisinde temel olarak aldığı Anayasa’nın 128. maddesinde “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür”. denmektedir. Diğer kamu görevlileri ise 657 sayılı Kanun’un 4. maddesinde sayılmıştır. Buna göre

“memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler” kamuda istihdam edilen çalışan grubunu oluşturacaktır. Dikkat edilirse burada kapsam dışı şeklinde herhangi bir tanımlama getirilmemiştir. Getirilen bu çalışma biçimlerine kısaca değinmekte fayda vardır.<sup>17</sup>

*Memurlar:* “Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler”

*Sözleşmeli Personel:* “Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işbirliği için şart olan ve özel bir mesleki bilgi ve uzmanlığa gereksinim gösteren geçici işlerde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.” Burada sözleşmeli personel için bir parantez açmak faydalı olacaktır. Bunlar işçi statüsü dışındadırlar ve bunlarla yapılan sözleşmelerin gerek öğretide, gerek yargı kararlarında

lama değildir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin bu kararına doktrinde çok fazla eleştiri gelmiştir. “Kapsam dışı personel, toplu iş hukuku ile ilgili bir kavramdır. İşçi oldukları, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları gerektiği halde, işverene yakınlıkları veya diğer bazı nedenlerle toplu sözleşmenin kapsamı dışında bırakılan işçilerdir. Bunlar hizmet akdiyle çalışan, İş Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi kişilerdir. Kapsam dışı bırakılmalarının, bunların işçi sıfatını etkilemesi beklenemez. Hatta bunlar için ‘kapsam dışı personel’ yerine ‘kapsam dışı işçi’, ‘toplu sözleşmeden yararlanamayacak işçi’, ‘sözleşme dışı bırakılanlar’, gibi bir terim kullanılması daha uygun olurdu.<sup>19</sup>” “İşyerinde çalışan işçiler, ister kanun hükümleri gereği, ister toplu iş sözleşmesi hükmüne dayalı kapsam dışı bırakılmış olsun, o işyerinin unsurları arasında sayılacaklarında bir kuşku olamaz. Kaldı ki kapsam dışı bırakılma, genellikle bir toplu iş sözleşmesi dönemiyle ilgilidir ve gelecek sözleşme dönemle-

## Kapsam dışı bırakılma, genellikle bir toplu iş sözleşmesi dönemiyle ilgilidir ve bu kişiler gelecek sözleşme dönemlerinde kapsam dışı bırakacakları gibi kapsam içine de alınabilirler.

idari bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir<sup>18</sup>.

*Geçici Personel:* “Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmetlerde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.

*İşçi:* “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişilerdir.”

Yüksek Mahkeme de kararında çok yerinde bir tespit ile “Mevzuatımızda kapsam dışı personelin tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu kavram; İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayan çalışanları tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır.” demektedir. Dolayısıyla yukarıda genel değerlendirme içinde değindiğimiz gibi kapsam dışı personel her şart altında işçidir. Akit taraflarının kendi iradeleri ile oluşturdukları bir toplu iş sözleşmesi ile sadece o sözleşmenin süresi boyunca kapsam dışı kalan (ki bunlar her toplu iş sözleşmesi ile tekrar tekrar kapsam dışı bırakılmaları bir şey değiştirmez) işçilerin kamu görevlisi olarak ele alınması yerinde bir uygu-

rinde kapsam dışı bırakacakları gibi kapsam içine de alınabilirler.<sup>20</sup>” Dolayısıyla işçinin kapsam dışı olmuş olması onun tabi olduğu hukuki durumda herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir.

Yüksek Mahkemenin davada dayanak olarak kullandığı 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesi ise 2005 yılında değiştirilmiştir. Değişiklikten önce 22. madde şu şekilde düzenlenmişti: “.... çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi personel ile sözleşmeli personelin (kapsam dışı personel dahil)...” Bu düzenleme 2005 yılında 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesinde yapılan bir düzenleme ile bir nebze düzeltilmiş oldu. Yeni düzenlemeye göre “...İş Kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel, kamu kurum ve kuruluşlarına nakle-

dilmek üzere yukarıda belirtilen işlemlerin tamamlanmasından itibaren onbeş gün içerisinde İdare tarafından Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.” denilmektedir. Eski düzenlemede parantez içindeki “kapsam dışı personel dahil” ibaresi kaldırılarak yukarıda sayılan pozisyonlar eklenmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme 2006 yılında verdiği kararda 2005 yılından önceki hükmü baz almıştır. Kaldı ki Kanunun eski hali kalsaydı dahi yine de yerinde bir düzenleme olmadığı gayet açıktır. Nitekim Kanunun 22. maddesinin eski haline oldukça fazla eleştiri getirilmiştir. 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesindeki yeni düzenlemeye paralel olarak aynı Kanunun geçici 9. maddesinin de düzenlenmesi yerinde bir uygulama olurdu. Dolayısıyla Yüksek Mahkemenin eski bir metni baz almış olması isabetli gözükmemektedir.

Yine Yüksek Mahkemenin kararında dile getirildiği “Anılan hükümler uyarınca, özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan, toplu iş sözleşme-

dir. “Devletin kamu görevlisi olarak çalıştıracağı kişileri belirleme hakkı kendisine aittir. Bunu toplu iş sözleşmesi taraflarının iradesine bırakması düşünülemez.”<sup>21</sup> Keza “Kapsam dışı personel statüsü diye kamuda, kamu hukukuna dayanan bir istihdam şekli söz konusu değildir. Kapsam dışı personel vardır, ama bu bir çalıştırma statüsü değildir. Statü dediğimiz olay ve statüye geçiş eskilerin deyimiyle idare hukukunun şart tasarrufu denilen işlemle gerçekleşir, bir atama olur ve atanmış kişi önceden belirlenmiş, mevzuatla düzenlenmiş kurallara uygun bir çalışma şartları içerisinde girer.”<sup>22</sup> 4046 sayılı Kanun’un 21. maddesine değinmek konumuz açısından oldukça önemli görünmektedir. Çünkü bu madde metni içerisinde iş sözleşmesi ile çalışanlara özelleştirme durumunda nasıl bir uygulama yapılacağını belirtmektedir. Keza bunlara Kanundaki haklarının yanı sıra bir de iş kaybı tazminatı ödeneceği hüküm altına alınmaktadır. Söz konusu madde metni şu şekildedir: “Bu Kanuna göre

## Kapsam dışı personel statüsü diye kamuda, kamu hukukuna dayanan bir istihdam şekli söz konusu değildir.

si kapsamında bulunmayan, mali ve sosyal hakları kurumunca çıkarılan Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği’nde düzenlenen, İş Kanunu hükümlerine göre işine son verilmesi mümkün olmayan ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakli Devlet Personel Başkanlığınca yapılan kapsam dışı personelin, Anayasa’nın 128. maddesinde sözü edilen “diğer kamu görevlileri” olarak nitelendirilmeleri gerektiği ve kamu personeli olduğu açıktır.” şeklindeki görüşe katılmak da mümkün gözükmemektedir. Sadece TİS kapsamı dışına çıkmış olmakla bu kişilerin işine son verilemeyeceği şeklinde bir çıkarım oldukça iddialı gözükmektedir. (Bilindiği gibi İş Kanunu’na tabi işçilerin iş güvenceleri 4857 sayılı Kanununun 18. maddesinde düzenlenmiştir.) Keza bu kişilerin 4046 sayılı Kanun’un 22. maddesine göre naklinin yapılıyor olması bunları kamu görevlisi yapmamaktadır. Kimlerin kamu görevlisi olduğu kimlerin olmadığı ancak Yasa ile belirleneceğinden mahkeme kararıyla da olsa işçi olarak işe girip TİS ile kapsam dışı bırakılan bir grup işçinin diğer kamu görevlileri sayılmaları Kanunların özüne aykırı gözükmekte-

özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların (iştrakler hariç) özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen durdurulması, süreli ya da süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedeniyle; bu kuruluşlarda iş sözleşmesine dayalı olarak ücret karşılığı çalışanlardan iş sözleşmeleri tâbi oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona ermiş olanlara, kanunlardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak iş kaybı tazminatı ödenir....”, devamında ise “Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda iş kanunlarına tabi olarak çalışırken; bunların özelleştirmeye hazırlanmaları, özelleştirilmesi, küçültülmesi, faaliyetlerinin durdurulması, kapatılması veya tasfiye edilmesi nedenleriyle, bu kuruluşların sermayelerindeki kamu payının % 50’nin altına düşmesinden, anonim şirket haline dönüştürülmeyenlerin ise devir-teslim tarihinden itibaren bir yıl içinde, hizmet akitlerinin haklı neden olmaksızın işveren tarafından feshedilmesi veya haklı nedenlerle kendileri tarafından feshedilmesi sonucu işsiz kalanlar



bu Kanunda belirtilen tazminat ve diğer hizmetlerden yararlanırlar.”

Sigortalılık zorunlu olduğundan ve kimlerin işsizlik sigortası ödemeyeceği açıkça sayıldığına göre kapsam dışı personelden de işsizlik sigortasının kesilmesi gerekmektedir. Nitekim yukarıya alıntı olarak aldığımız 4447 sayılı Kanun'un 46. maddesi içerisinde kapsam dışı personel ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yüksek Mahkemenin kararında dayanak olarak kullandığı 4447 sayılı Kanun'un 46. maddesindeki tam düzenleme şu şekildedir. “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 3 üncü maddesinde sigortalı sayılmayanlar, sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu, 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilât kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu Kanun kapsamına dahil değildir.” Yukarıda sözleşmeli personel ve geçici personel tanımlarını vermiştik. Dolayısıyla Kanunun bu metninin yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Ancak dava konusu olan kişiler ne memur, ne sözleşmeli personel ne de geçici personeldirler. Dava konusu kişiler iş hukukuna tabi işçilerdir. Dolayısıyla buradan kapsam dışı personeli işsizlik sigortasının dışında tutmak yerinde bir karar değildir.

## SONUÇ

Bir değerlendirme yapmadan önce ilk derece mahkemesince verilen karara değinmekte fayda olduğu kanaatindeyiz. İlk derece mahkemesine göre:

- İşsizlik sigortasının da bir sigorta türü olduğu,
- Kapsam dışı personel olarak çalışan davacının sosyal güvenlik açısından 506 sayılı Kanun'a tabi olduğu,
- Sigortalılık statüsünün zorunlu olduğu,

- Sosyal güvenlik hakkının vazgeçilemez ve devredilemez olduğu,

- Davacının işsizlik sigortasından yararlanmak istememesinin mümkün olmadığı,

- 4447sayılı Kanun'un 46/3. maddesi ile anılan Kanun kapsamı dışında bırakılanların sınırlı olarak sayıldığı,

- Davacının statüsü itibariyle bu sayılanlar içinde bulunmadığı,

gerekçeleri ile davanın reddine karar vermiştir.

Bizim de katıldığımız ve yerinde tespitler olarak değerlendirdiğimiz ilk derece mahkemesinin kararına ek olarak şunları söyleyebiliriz. Kapsam dışı personel, statü olarak işçidir. Dolayısıyla akit tarafları yeni bir statü oluşturmak için değil sadece TİS'den faydalanmayacak bir grup için düzenleme yapmaktadırlar. Bu düzenleme sonucu ortaya çıkan gruba kamu görevlileri şeklinde davranmak ve buna göre işlem yapmak yerinde değildir. Esasen problem Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1996 yılında verdiği karardan kaynaklanmaktadır. Keza problemin bir başka ayağı da 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesidir. Bu konuda Metin Kutal'ın 2002 yılında yaptığı değerlendirmeye değinmekte fayda vardır. Kutal'a göre “ Uyuşmazlık Mahkemesinin bağlayıcı nitelikteki bu kararını etkisiz hale getirmek için izlenmesi zorunlu yol 4046 sayılı Yasanın 22. maddesinde açık bir değişikliğe gitmektir.”<sup>23</sup> Nitekim önceki satırlarda belirttiğimiz gibi Yasanın 22. maddesi yeniden düzenlenmiş ve çok geniş tutulan kapsam dışı kavramı belli bazı görevler sayılarak daraltılmıştır.

Bir sözleşme ile kapsam dışı bırakılan kişiler bir başka sözleşme ile kapsam içine alınabilirler. Kapsam dışı veya kapsam içi olsun bir işçinin iş sözleşmesi İş Kanunu'na göre feshedilir ve iş güvenliği de İş Kanunu'na göre düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu kişilerin işsizlik primi ödemeleri bu sigortanın mantığında yatmaktadır. Bir başka ifade ile davacının kapsam dışılığı öne sürerek işsizlik sigortası kapsamı dışına çıkmak istemesi ve Yüksek mahkemenin de bu yönde karar vermiş olması kanaatimizce isabetsiz olmuştur. Eğer davacı bir sonraki dönem yapılan TİS ile kapsam içine alınır ve de işsiz kalırsa o zaman nasıl bir uygulama yapılacağı da bu karara göre cevapsız kalmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ve Kanunların ışığı altında karar değerlendirildiği zaman; Yüksek Mahkeme-

nin varmış olduğu sonucun isabetsiz olduğu, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın yerinde bir karar olduğu ve de kapsam dışı da olsa davacı ve davacı pozisyonunda bulunan herkesten işsizlik sigortası priminin kesilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## DİPNOTLAR

- 1 Seza Reisoğlu, Toplu İş Sözleşmelerinde Kapsam Dışı Kalan Personelin Hukuki Durumu, Ankara, TÛTİS Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 1982, s.3.
- 2 Seza Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986, s.44.
- 3 Mevlüt Can, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul, Sentez Yayınları, 1996, s.50.
- 4 Ülkemizde 4857 Sayılı İş Kanunu dışında yürürlükte olan Borçlar Kanunu, 854 Sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'larla da işçi istihdam edilmekte ancak çalışmada İş Kanunu olarak kullanacağımız Kanun 4857 Sayılı İş Kanunu olacaktır.
- 5 Talat Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Ankara, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan Kamu-İş Yayını, Cilt 6, sayı 4, 2002, s.192.
- 6 Seza Reisoğlu, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, s.58.
- 7 İbrahim Subaşı, Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel, Ankara, Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan TÛHİS Yayını, 1998, s.171.
- 8 Subaşı, a.g.e., s.171.
- 9 Reisoğlu, a.g.m., s.5.
- 10 Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları: 8, 1986, s.185.
- 11 Reisoğlu, a.g.e., s.150.
- 12 Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri Cilt I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984, s.68.
- 13 Fevzi Şahlanan, KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulamaları ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları, Ankara, TÛHİS yayıno: 35, 1999, s.129.
- 14 Metin Kutsal, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, Ankara, TÛHİS Yayın No: 39, 2002, s.118.
- 15 Faruk Andaç, İşsizlik Sigortası, Ankara, TÛHİS Yayın No: 33, 1999, s.37.
- 16 Ayhan Gençler, Türkiye'de İşsizlik Sigortası Uygulaması, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Dergisi, <http://www.cmis.org.tr/dergi/052002/makale1.pdf>
- 17 Metin Günday, Devlet Memurları Personel Rejimi, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002, s.54-55.
- 18 Metin Kutsal, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejiminin Hukuki Esasları ve Güncel Bazı Sorunları, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002, s.104.
- 19 Ali Rıza Okur, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primleri, Ankara, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Kamu - İş yayını, 2003, s. 253.

- 20 Münir Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara, Kamu - İş Yayını, 2006, s.161.
- 21 Fevzi Şahlanan, KİT Personel Rejimi, Ankara, Türkiye' de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, TÛHİS Yayını, 2003, s.150.
- 22 Fevzi Şahlanan, KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulaması ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları, Ankara, Türk Çalışma Hayatının Güncel Sorunları Semineri, TÛHİS Yayını, 1999, s. 131.
- 23 Metin Kutsal, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejiminin Hukuki Esasları ve Güncel Bazı Sorunları, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002, s.118.

## KAYNAKÇA

- Andaç, Faruk, İşsizlik Sigortası, Ankara, TÛHİS Yayın No: 33, 1999.
- Can, Mevlüt, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği Bağlamında Kapsam Dışı Personelin Niteliği, İstanbul, Sentez Yayınları, 1996.
- Canbolat, Talat, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler, Ankara, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan Kamu-İş Yayını, Cilt 6, Sayı 4, 2002.
- Ekonomi, Münir, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara, Kamu - İş Yayını, 2006.
- Gençler, Ayhan, Türkiye'de İşsizlik Sigortası Uygulaması, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Dergisi, <http://www.cmis.org.tr/dergi/052002/makale1.pdf>
- Günday, Metin, Devlet Memurları Personel Rejimi, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002.
- İbrahim Subaşı, Türk İş Hukukunda Kapsam Dışı Personel, Ankara, Prof. Dr. Metin Kutsal'a Armağan TÛHİS Yayını, 1998.
- Kutsal, Metin, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, Ankara, TÛHİS Yayın No: 39, 2002.
- Kutsal, Metin, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejiminin Hukuki Esasları ve Güncel Bazı Sorunları, Ankara, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, TÛHİS Yayını, 2002.
- Oğuzman, Kemal, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri Cilt I, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1984.
- Okur, Ali Rıza, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primleri, Ankara, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Kamu - İş Yayını, 2003.
- Reisoğlu, Seza, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1986.
- Reisoğlu, Seza, Toplu İş Sözleşmelerinde Kapsam Dışı Kalan Personelin Hukuki Durumu, Ankara, TÛTİS Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 1982.
- Şahlanan, Fevzi, KİT Personel Rejimi, Ankara, Türkiye'de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, TÛHİS Yayını, 2003.
- Şahlanan, Fevzi, KİT'lerde Kapsam Dışı Personel Uygulaması ve Konuya İlişkin Son Yargı Kararları, Ankara, Türk Çalışma Hayatının Güncel Sorunları Semineri, TÛHİS Yayını, 1999.
- Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984, İstanbul, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları: 8, 1986.

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri Değişti

## I. GİRİŞ

Aşağıda ayrıntılı biçimde sunulacağı gibi, yasakoyucu 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun ile oldukça fazla sayıda kanunda ve 4857 sy. İş Kanunu ile DenişK ve BasışK ile 2821 sy. SenK ve 2822 sy. TSGLK'da önemli değişiklikler yapmış ve bu değişiklikler yasanın RG'de yayımlandığı gün olan 08.02.2008'den itibaren yürürlüğe girmiştir. Getirilen değişiklikler arasında öyleleri vardır ki; çeşitli yönleriyle tartışmaları da beraberinde getirecek gibi gözükmektedir. Biz bunlardan iş hukuku ile ilgili olanlara önemleri ölçüsünde değineceğiz.

## II. 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NDAKİ İDARİ PARA CEZALARI BAKIMINDAN

Bilindiği üzere 4857 sy. İş K'nın Sekizinci Bölümünü oluşturan ve idari ceza hükümleri biçiminde genel kenar başlığını taşıyan 98-108 maddeleri arasında (onlar dahil) yer alan hükümlerde yasanın daha önce sevk ettiği hükümlere aykırı davranışta bulunan işveren/işveren vekilini (istisnaen de işçi-

yi) belli ölçüde idari para cezası yaptırımıyla karşılayan hükümlere yer verilmiştir.

Böylece devlet, öngördüğü çalışma düzeninin öncelikle bozulmamasını ve fakat bozulduysa, onu bozanları bir ölçüde cezalandırma yoluna gitmiştir. Bilindiği üzere teknik-hukuki anlamda cezanın (izlenen bakış açısına da bağlı olarak) amaçları çeşitlidir. Yıkılan toplum düzenini korumak, bozma niyeti olanları caydırmak fakat engel olmadığında toplum adına ona yaptırım uygulamak ve nihayetinde toplum düzenini bozarak anormal tutum sergileyen kimsenin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması böyledir. Cezanın caydırıcılığı iki yönde görülür. Birincisi, suç işleyenin bu eylemini karşılıksız bırakmadığından ve bundan sonra da bırakmayacağından o kişi, cezayla karşılaşacağı düşüncesiyle suç işlemekten çekinecektir. Diğeriyse, düzeni ihlal edenin cezalandırıldığını gören başkaları da ondan ibret alarak suç işlemekten kaçınacaklardır. Genel olarak ceza siyaseti bakımından söylenecekler kısaca bunlardır. Gerçi yasanın bu maddelerinde düzenlenen cezalar teknik-hukuki manada bir ceza değil, idari para cezasıdır ama bunlarda dahi cezanın düzene aykırı eylemlerin faillerini/sorumlularını cezalandırarak

hem ibret hem de ıslah işlevinin bulunduğu söylenebilir.

Kanun koyucu ceza hükümlerinde ceza ile karşıladığı alanlarda hukuki işlemlerin geçersizliği ve olay haksız fiil teşkil ettiğinde yol açabileceği tazmin sorumluluğunu bertaraf etmiş değildir.<sup>1</sup> Burada onlardan farklı olarak toplum - devlet adına bir tepki gösterimi niteliğinde ayrı bir yaptırımın uygulanması söz konusudur. Ancak iş hukukunun sosyal niteliği, ondaki cezaların genel ceza hukukundan kimi yönleriyle farklılık göstermesini gerekli kılar. Nitekim günümüzde durum böyledir ve iş hukukunun sosyal yanının genel ceza hukukunu etkileyip onda bazı gelişme ve değişimlere yol açtığı kabul edilir. Örneğin tüzel kişilerin sorumluluğu ile suç sayılan eylemdeki maddi hareketi gerçekleştirmediği halde bir kimşenin sorumlu tutulması böyledir. İş hukukundaki ceza hükümlerinin “sosyal ceza hukuku” adıyla

01.06.2005'ten itibaren yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu idari yaptırım uygulanan haksızlıkları kabahat olarak algılamış (KabK. 2) ve kendi genel hükümlerinin (KabK. 1-31) diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını öngörmüştür (KabK. 3). İşte bu genel hükümlerden birisi de idari para cezası kararına karşı işletilebilecek başvuru kanun yolu ile itiraz kanun yoludur. Buna göre 01.06.2005'ten itibaren idarece verilen idari para cezasına karşı kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren 15 gün içinde Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurulabilecektir (KabK. 27/1). Ancak idari para cezasına mahkemece hükmedilirse durum farklıdır (KabK. 27/5). Ayrıca bir başka kanunyolu olarak ağır ceza mahkemesinde “itiraz yolu” tanınmıştır (KabK.29). Böylece Kabahatler Kanunu çerçevesinde idari para cezası kararına karşı başvurulacak kanunyolunun ve yargı merciinin İŞK.'dakinden (ve ilgili bir çok yasadan)

## Kanun koyucu ceza hükümlerinde ceza ile karşıladığı alanlarda hukuki işlemlerin geçersizliği ve olay haksız fiil teşkil ettiğinde yol açabileceği tazmin sorumluluğunu bertaraf etmiş değildir.

la anılarak genel ceza hukukundan ayrılması isabetlidir.<sup>2</sup> Nitekim geçmiş dönemde yaşanan kimi olumsuzluklar da dikkate alınarak yeni yasada tüm para cezalarının bir idari para cezası niteliği taşıdığı açıkça belirtilmiştir. Yine buna uygun olarak 4857 sy. İş K'nun 08.02.2008'de 5728 sy. Kanun'la değiştirilene kadar yürürlükte kalan metninde, anılan para cezalarının bir idari makamca verileceği ve buna itirazın da idari yargıda dava olarak yapılabileceği dile getirilmişti. Bu sistemin, anılan yaptırımları gerçek bir ceza niteliğinden ve böylece gerçek bir suç ve ceza niteliğiyle tekerrür vs. gibi ceza hukuku kurumlarından uzaklaştırması olumlu yanlarıydı. Fakat iş hukuku alanında bilgiyi de gerektiren bir yargılamayı gündeme getirebileceğinden, biraz farklı sistemle çalışan idari yargı yerlerinin yeter derecede iş hukuku bilgisini de gerektireceği söylenebilir. Keza (08.02.2008'e dek) mevcut sistemin zaten yürürlükte olan genel idari yargılama sistemine ne derece uygunluk taşıdığı da tartışmaya açıktı.<sup>3</sup> Ancak 30.03.2005 tarih ve 5326 sy. olup

farklılık taşıdığı görülüyordu. Fakat bunun İş Kanunu (KabK'dan farklı hüküm öngören diğer yasalar) çerçevesinde geçerliliği, Kabahatler Kanunu'nun İş K.'da (ve ilgili diğer yasalarda) değişiklik yapıp onun ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırdığının kabulüne bağlı idi ve aşağıda sunulacağı gibi böyle düşünenler var ise de, bizce İş K.'da böylesi bir değişiklik söz konusu değildi. Bizce, Kabahatler Kanunu sadece genel olarak idari para cezalarına itiraz merciini değiştirmişti. Eğer bunun İş K. (ve ilgili diğer yasalar) çerçevesinde de geçerliliği kabul edilirse (ki biz bu konuda değiliz) idari yaptırımları (konumuz itibarıyla idari para cezalarını) idari yargıdan alıp ceza yargısına bırakmak (idari yargıya nazaran) olumlu bir yaklaşımdı. Ancak yine de bizce isabetli olan hal tarzı, bu konuda uzman olan iş mahkemelerinin görevli kılınması idi ve halen de inancımız böyledir. Konu hakkında ileride ayrıca bilgi sunulacaktır. Yalnız kısaca belirtelim ki, 5326 sy. Kanun'dan itibaren durum öğreti ve uygulamada tartışılmış ve İşK. bağlamında bile KabK. hükümlerini geçerli



gören çeşitli yerel mahkeme kararları gibi UYM kararları bile verilmişti. Hatta işin içine Anayasa Mahkemesi de girerek KabK.'nun genel yasa niteliğinden söz eden 3 üncü maddesi hükmü ile çeşitli hükümlerini iptal etmişti. Daha sonra 5560 sy. Kanun çıkarılarak KabK. md.3 hükmü yeniden düzenlenmiş ve KabK. dışındaki yasaların kanun yolu bağlamında farklı hükümlerine ilişilmediği belirtilmişti. Keza artık UYM tarafından gelinen nokta da (5560 sy. Kanunla birlikte) bizimle aynı yönde idi ve böylece uygulama da öğreti de tarafımızdan savunulan şekilde cereyan etmeye başlamış ve devam edegeliyordu. Fakat ne olduysa kanun koyucu bu eğiliminden vazgeçmiş ve 5326 sy. KabK'nun ilk düzenlemesiyle doğrudan ulaşamadığı sonuca biraz dolambaçlı ve zahmetli biçimde ulaşmak için bu kez 23.01.2008 tarih ve 5728 sy. Kanunla varmış gözükmektedir. Zira hemen RG'de yayımlanarak 08.02.2008'den itibaren yürürlüğe giren (RG.08.02.2008, No.26781) bu yasa ile oldukça fazla sayıda kanunda değişiklik yapılmış olup bunlardan biriside 4857 sy. İşK.'nun 107 nci maddesi ile İşK. 108 fıkra 2 hükmüdür. Anılan değişiklikler incelendiğinde denebilir ki, İşK. 107 hükmü 23.01.2008 tarih ve 5728 sy. Kanun ile değiştirilmiş olup, değişiklik sadece hükümde daha önce para cezası diye ifade edilen yaptırımın idari para cezası olduğunun açıkça dile getirilmesi ve öngörülen idari para cezası miktarının artırılarak sekizbin TL'ye çıkarılması ile para biriminin YTL yerine TL (Türk Lirası) olarak ifade edilmesi tarzında olmuştur. Buna karşın İşK. 108/fıkra 2 hükmünün yürürlükten kaldırılması daha önemli ve yeniden kimi tartışmaları başlatmaya elverişli bir tutum olarak anılabilecektir. Zira bilindiği üzere İşK. 108 fıkra 2 hükmünde 4857 sy. İşK. çerçevesinde verilen idari para cezalarının tebliğ ve tahsiliyle ilgili düzenlemeler yanında idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yoluna dair hükümlere de yer verilmişti. Kısaca belirtirsek, İşK çerçevesindeki idari para cezalarına karşı engeç 7 gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği ve itiraz üzerine kural olarak duruşmasız yapılan yargılama sonunda verilen kararın kesin olduğu dile getirilmişti. İşte 5728 sy. Kanun'la bu hüküm yürürlükten kaldırıldığından, artık 08.02.2008'den itibaren idare mahkemesinin bu konudaki görev ve yetkisine

de son verilmiş olmaktadır. Şüphesiz bu tutum, Anayasa Mahkemesi'nin 5326 sy. KabK md.3 hükmünü iptal eden anlayış ve gerekçesiyle ne derece bağdaşır bilinmez. Fakat bilhassa aynı tutum KabK'dan farklı yol (idari yargı) öngören diğer bazı yasalara da (5302 sy.K.59/2, 2903 sy.K.7/4, 4915 sy.K.27, 5199 sy.K.26, 5253 sy.K.33/4, 2920 sy.K.145, 4054 sy.K.18) sirayet ettiğinden (5278 sy.K.578), sanki hükümetin ve yasa koyucunun idari yargıya ve Anayasa Mahkemesi'ne karşı sanki bir meydan okuması ve idari yargıyı olabildiğince küçük bir alana hapsedme eğilimi olarak algılanabilir gözükmektedir. Bu ise, KabK'nun iptal edilen ilk metniyle topluca sağlanamayan ve Anayasa'ya aykırı bulunan sonuca parsel parsel (kısmı kısım) varılmak istendiği kanısı uyandırmaktadır ve yine Anayasa'ya aykırı görülebilecek gibi gözükmektedir. Aşağıda kronolojik olarak konu ele alınacaktır.

### III. İDARİ PARA CEZASINA KARŞI BAŞVURULACAK KANUN YOLLARI

İdari para cezalarına karşı başvurulabilecek kanun yolu veya kanun yollarının ne olduğu da, yaşanan ilginç gelişmeler nedeniyle çeşitli tarih kesitleri dikkate alınarak incelenmek gerekir. Zira önceleri sadece İşK. hükümleri mevcutken sonraları çeşitli yasa değişiklikleri yaşanmıştır. Bu konudaki en son değişiklik ise 23.01.2008 tarih ve 5728 sy. Kanun ile gerçekleştirilmiştir. İşte tüm bu olgular dikkate alındığında konunun şöylece sunulması mümkündür.

#### A. İş Kanunu Çerçevesinde (01.06.2005 Tarihine Kadar)

01.06.2005'de yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu'na dek geçen evrede İş K'nın idari para cezasına karşı öngördüğü kanun yolu şöyledir;

Konuyla ilgili 4857 sy. İşK 108 hükmü incelendiğinde görülür ki, ilgili işyeri bakımından yetkili Bölge Müdürü'nce (veya duruma göre İŞKUR İl Müdürü'nce) verilen idari para cezaları verildiği anda kesin bir ceza olmayıp buna itiraz mümkündür. Bu bağlamda şunlar söylenebilir:

Burada geçen "itiraz" deyiminin (İşK.108/2), 2577 sy. İYUK md. 2'de öngörülen idari dava tür-

lerinden farklı bir başvuru türü olduğu söylenebilir. Nitekim 2577 sy. Kanun Ek md. 3 bağlamında geçmişte verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi de bu yönde bir anlayışı benimsemiştir.<sup>4</sup> O halde İş K. hükümlerine aykırı davrandığı iddiasıyla idari para cezası kesilen işveren veya işveren vekilinin (bir ihtimalde de bunlar dışındaki birisinin) buna karşı idare mahkemesine yapacağı itiraz, bir iptal yahut tam yargı davası niteliği taşımaz. Bu itiraz gerçekten de "itiraz" adıyla anılan ve bu konuyu yargıya taşıyan yeni bir başvuru (yargılatma) yoludur.<sup>5</sup> Bunu destekleyen bir husus, idari davalarda (kural olarak) geçerli olan 60 günlük dava açma süresinin itirazda geçerli görülmemesidir.<sup>6</sup> Zira itiraz, ilgilinin savunma imkânından yeterince yararlanmasını engelleyecek tarzda 7 gün gibi kısa bir süreye sıkıştırılmıştır.

Keza, başvuru üzerine idare mahkemesinin (ne anlama geldiği tartışılabilir) zaruret bulunmayan hallerde evrak üzerinde inceleme yapması ve verdiği kararın kesin hüküm niteliği taşıması da itirazın özel bir başvuru yolu olduğunu ve ilgili işverenin/işveren vekilinin savunma hakkının anlamsızca sınırlandırıldığını gösteren bir başka olgudur. İşte tüm bu olgular para cezası tayin edilmeden önce muhatabın savunmasını alma zorunluluğunun öngörülmediği ile birlikte değerlendirilirse, anlamsızlık daha da belirginleşir. Bunları söyledikten sonra itirazla ilgili açıklamaları şöylece sürdürebiliriz.

**1. İtiraz Süresi;** idari para cezasına itiraz ilanıhaye (süresiz) değil belli bir süre içinde yapılabilir. Öyle ki, itirazın idari para cezasına ilişkin kararın 7201 sy. Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca ilgisine tebliğinden itibaren en geç 7 gün içinde yapılması gerekir (İş K. 108/2, c. 3). Bu sürenin 7 işgünü olmadığı belirtilmelidir. İtiraz para cezasına konu eylemin hiç veya o sayıda yahut (bazen) kasten gerçekleşmediği yönünde olabilir. Herhalde itirazın yazılı bir dilekçeyle yapılması gerekir<sup>7</sup>.

**2. İtirazın Yöneltileceği Makam;** 4857 sy. İş Kanunu eski (1475 sy. İş K'dan) kanundan farklı olarak ve SSK. md. 140 ile ilgili Anayasa Mahkemesi Kararı'ndan da<sup>8</sup> esinlenerek, bu dönemde idari para cezasına itirazın yöneltileceği makamı idari yargı yeri olarak belirlemiştir. Bu düzenlemeye göre, idari para cezasına itirazın süresinde yetkili idare mahkemesine yapılması gerekir. Burada yetkili

idare mahkemesinin İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre belirlenmesi icap eder.<sup>9</sup> İş mah. ilgili kural (İş Mhk. 5) burada işlemez. Ancak idari para cezaları nitelikçe bir idari yaptırım da olsalar genel olarak idari faaliyet ve idari işlemlerle ilgili olmayıp iş hukukuna özgü kimi düzen hükümlerine aykırı eylem ve işlemleri cezalandırmaya yöneldiğinden, bizce bu para cezalarının yargı yerinin iş mahkemeleri olması işin doğasına uygun olurdu.<sup>10</sup> Zira iş mahkemesi yargıçları iş ve sosyal güvenlik hukukuna en ince ayrıntısıyla nüfuz edip bu hukuk dalının diğer konularındaki uyumsuzluklar özel uzmanlığı nedeniyle kolayca yargılanabilirken, idare mahkemesi yargıçlarının bu açıdan yeterli donanımına sahip bulunmadıkları bir gerçektir. Aslında bu konu evvelden beri (kimi farklı anlayışa rağmen) böyle dile getirildiği halde<sup>11</sup> yeni İş Yasası'nın iş mahkemesi yerine idare mahkemelerini görevli ve yetkili kılması maalesef isabetli olmamıştı.<sup>12</sup> Fakat bu isabetsizliğe rağmen, yasanın bu hükmü değiştirilene kadar uygulanacaktı.<sup>13</sup> Temennimiz, idare mahkemelerini görevli ve yetkili kılan bu hükmün bir an önce değiştirilerek iş mahkemelerinin görevli ve yetkili kılınması idi. Böyle bir yönteminse, neticede idari para cezasının bir idari işlem olma niteliğine çok da aykırı bir yönü olmazdı. Zira idari işlemlerde bile yasayla açıkça yetkili kılındığı takdirde adli yargının (konumuz itibarıyla iş mahkemesinin) görev yapması mümkündür. Bu tutum, o işlemin idari işlem niteliğini değiştirmez.<sup>14</sup> Nitekim İş K. 79/3 bağlamında iş mahkemesinin yetkili kılındığı bir idari işlem mevcuttur.<sup>15</sup> 01.06.2005'den itibaren yürürlüğe giren Kab. K.'nun İş K.'da değişiklik yaptığı kabul edilirse, bu dönemde bu noktada sorun çıkabilecek gibiydi (Kab. K. 19/c ve son fıkra) ve nitekim böyle bir sorun yoğun biçimde yaşanmıştır. Ancak bu evredeki kişisel düşüncemiz, KabK. hükümlerinin İşK.'nun kanun yoluyla ilgili hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapmadığı yönünde idi.

**3. Yargılama Yöntemi;** İş K. kapsamındaki idari para cezasına itirazla karşılaşan idare mahkemesi, söz konusu itirazı kural olarak belge (evrak) üzerinde inceleyerek sonuçlandırır ise de "zaruret görülen hallerde" yargılamanın duruşmalı olarak yapılması gerekir ise de "zaruret görülen halin" ne manaya geldiği pek netlik taşımamakta idi. Bununla birlikte bunun, "bir an evvel yargılamayı gerek-

tiren acil bir hal"i ifade ettiği söylenemezdi. Muhemenen, idarece kesilen idari para cezasının byklg ve konunun uzman bilirkişilerce incelenmesi gereği vs. gibi önemli ve zaman alıcı hususların varlığı durumunda zaruret (zorunluluk) halinin bulunduğu söylenebilirdi<sup>16</sup>.

İdare mahkemesi yargılamayı ister evrak üzerinde isterse de duruşmalı olarak yapsın, öncelikle itirazın süresinde ve itiraza hakkı olan kişilerce yapıp yapılmadığını (şekli koşulları) inceleyip esasına girerek yargılamayı sürdürürdü. Yasa her ne kadar idare mahkemesinin itiraz yargılamasını "en kısa sürede" sonulandıracağını belirtiyorsa da, bunun somut, açık bir süreyi ifade etmemesi yüzünden her bir somut olaya göre değişeceği ve kimi sıkıntılara yol açabileceği açıktı. Fakat tüm bunlara rağmen, yargılama hukukunun ilkelerini zedelemeyecek kadar uzunca ama sonucu anlamsız kılmayacak kadar da kısa yani işin özüne uyan makul bir süre olarak anlaşılması uygun olurdu. Bu davada yürütmeyi durdurmanın gündeme gelebilip gelemeyeceği de tartışmaya muhtaçtı<sup>17</sup>.

Bu evrede idare mahkemesince itiraz yargılaması sonucu verilen karar kesin hüküm niteliğinde olup, temyiz yolu kapalıdır. Bu ise, pek de ciddi olmayan bir tutum olup ilgili işverenin veya işveren vekilinin (bir haldeyse onlar dışındaki kişilerin) hak arama özgürlüğünü anlamsızca sınırlamaktaydı. Tüm bu olumsuzluklar birlikte ele alınca aslında İş K. 108 hükümünün Anayasa'nın hak arama özgürlüğüyle ilgili kurallarına aykırılığı iddia edilebilirdi<sup>18</sup>.

Yine bu dönemde idari para cezasına karşı idare mahkemesine yapılan itiraz, para cezasının yerine getirilmesini durdurmaz ve söz konusu idari para cezası 6183 sy. Amme Alacaklarının Tahsil Usl Hakkında Kanun uyarınca tahsil edilirdi (İş K. 108/2). Böyle olunca ilgili işveren/işveren vekili buna bir de gecikme faizi vs. uygulanmasın diye bir an evvel parayı ödeyecek ve bu arada yapılan itiraz yargılamasında belki de haklı çıkınca bu kez yatırdığı parayı geri almak için uğraş vermek zorunda kalacaktı.<sup>19</sup>

Ayrıca idari para cezalarının ilgili işverenin/işveren vekilinin kusur durumunu dikkate almadan en basit bir olayda da en ağırında da fiks/kesin bir miktar olarak tespiti de maalesef yasal sistemin aksayan yanlarından birisi olup değiştirilmesi gere-

kirdi. Düşüncemize göre, bunun yerine, alt ve üst sınırlar gösterilip ilgilinin kusur durumuna göre bu ikisi arasında ceza tayininin öngörülmesi uygun olurdu.

### **B. Kabahatler Kanunu çerçevesinde (01.06.2005'ten itibaren)**

Bilindiği üzere hukukun diğer alanları gibi iş ve sosyal güvenlik hukukunda da evvelden beri kimi yasaya (düzen kurallarına) aykırı tutumlar çeşitli yaptırımlarla karşılanmıştır. Bu yaptırımlar içinde idari para cezaları ve işyerinin kapatımı vs. gibi olgular da mevcuttu ve halen de mevcuttur. Üstelik idari para cezası vs. gibi idari yaptırımlara karşı çeşitli yargı yerleri grevlendirilmışti. Çeşitlilik içerse de sistem böyle devam ederken, 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çıkarılarak 01.06.2005'ten itibaren yürürlüğe konmuştur. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak, hem genel olarak kabahat ve idari yaptırımlara yer verilmiş, hem de biri idari işlem niteliğine rağmen idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi cezalarına karşı adli yargı (Sulh Ceza - Ağır Ceza Mahkemesi) görevli kılınmıştır (Kab. K. 2 vd., 27-29). Ayrıca Kabahatler Kanunu'nun diğer yasalardaki kabahatler bakımından da "genel kanun" niteliği taşıdığından söz edilmişti (Kab. K. 3).

Keza Kabahatler Kanunu (idari yaptırım ve onlardan birisi olan) idari para cezası kararlarına karşı İş K.'dakinden farklı bir yargısal yol (kanunoylu) düzenlemişti ve bu yüzden de İşK. kapsamındaki idari para cezalarına karşı hangi yasa hükümlerinin uygulanacağı problemi yaşanmaya başlanmıştı. Eğer İş K. 108/2'yi yürürlükten kaldırdığı kabul edilirse (ki ÇSGB. lış. Gen. Md.'nn 01.06.2005 tarih ve 18420 sy. Genelgesi ile öğreti çoğunluğu ve hatta 5560 sy. Kanun'a dek UYM kararları bile bu yöndeydi fakat biz bu anlayışa katılmıyorduk) İş K. erevesinde de uygulanacak bu sistem şöyle idi;

**1.** Her şeyden önce 01.06.2005'ten önce verilmiş idari para cezası kararlarına karşı idare mahkemesinde iptal davası açılmışsa, buna Kabahatler Kanunu uygulanmayacak (KK. Geç. Md. 2), dava İş K. 108 uyarınca idare mahkemesinde görülerek sonulandırılacaktı.

**2.** 01.06.2005'ten önce verilen idari para ceza-

larına karşı henüz idare mahkemesinde iptal davası açılmamışsa ve henüz dava açma süresi geçmemişse yasanın yürürlüğe girdiği 01.06.2005'ten itibaren 15 gün içinde KK. 27'ye göre sulh ceza mahkemesine başvurulabilecekti (KK. Geç. md.3) ve bunun bir ek süre niteliği göstermesi muhtemeldi.

Yalnız bu her iki şık için denebilirdi ki, İş K. 108'deki yargı yolu iptal davasından ayrı bir yol olarak kabul edilen "itiraz"dır ve iptalden farklıdır. Durum böyle olunca İş K. 108'de zaten iptal davası bulunmadığından KK.'nın bu hükmünde geçen "iptal davası" deyimini tereddüde yol açabilirdi. Yani İş K. 108 kapsamında bir değişikliğin yaşanmadığı ihtimalini soru olarak zihinlerde bırakacak gibiydi. Ancak iptal davası ve iptalden kasıt, anılan idari para cezası kararının yargı yerince kaldırılması biçiminde algılanırsa İş K. 108'e uyarlama kolaylaşır.

**3.** İdari para cezası kararı KabK.'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005'ten sonra verilmişse, bu durumda (bu anlayış çerçevesinde) zaten tümüyle KabK. hükümleri uygulanacaktı. Halen olduğu gibi o dönemde de idari para cezalarına karşı Kab. K.'nın birisi "başvuru" ve diğeri ise "itiraz" olmak üzere iki ayrı kanun yolu getirdiğini söyleyebiliriz. Bunların neler olduğunu (yasa gereği günümüzde uygulanacak sistem olduğundan) ileride ayrıntılı sunacağız ve bu yüzden de burada ele almayıp, KabK. çerçevesinde o dönemde yaşanan kimi önemli gelişmelere dikkat çekeceğiz.

*Kabahatler Kanununun getirdiği sistemin isabeti ve bilhassa idari para cezası vs. öngören diğer yasalar karşısındaki konumu ve işlevi bu dönemde çeşitli tartışmalara yol açmıştı.*<sup>20</sup> Tartışma sadece öğretisel olmayıp idare mahkemeleriyle ceza mahkemeleri arasında da yaşanıyordu. Uyuşmazlık mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarla buna katılmaktaydı. Gerçekten de öğretilerdeki çok baskın eğilim ile uygulamada Uyuşmazlık Mahkemesi (UYM), Kab. K. 3 hükmünün diğer yasalardaki (konumuz itibarıyla İş K.'daki) idari para cezaları ve görevli yargı yeri noktasında İş K. (ve diğer yasa) hükümlerini yürürlükten kaldırdığını benimsiyordu<sup>21</sup>.

Ancak biz, bunun böyle olmayıp İş K. 108 hükümlerinin yürürlüğünü sürdürdüğü kanısını taşıyorduk (ve 08.02.2008'de 5728 sy. Kanun yürürlü-

ğe girene kadar da taşıdık) ve bunu çeşitli yayınlarmızda dile getirmiştik.

İşte bu tartışmalar böylece devam ederken işin içine Anayasa Mahkemesi de girmiş ve Kab. K.'da (md. 3 dahil) bazı hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptaline karar vermiştir<sup>22</sup>. Böylece olaya yeni bir boyut kazandıran bu AYM kararında söylenenler, özetle şöyle dile getirilebilirdi:

**1.** Anayasa Mahkemesi kararının verilmesine vesile olan şey, birisi ağır ceza mahkemesi (Giresun Ağır Ceza Mahkemesi) ve 11'i sulh ceza mahkemesi ve nihayetinde birisi de idare mahkemesi (Malatya Bölge İdare Mahkemesi) olmak üzere toplam 13 yerel mahkemenin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun çeşitli (3, 23/1, 24/1, 27/1, 28, 29, Geç. 2, Geç.3) maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla AYM' ne başvurmalarıydı. Anılan mahkemelerin Kabahatler Kanunu'nun ilgili maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptalini ve "yürürlüklerinin durdurulmasını" talep ettikleri anlaşılmaktaydı (AYM kararı I, Olay Kısmı ve AYM kararı II.).

Söz konusu başvuru dosyalarını değerlendiren AYM yaptığı ilk incelemede, Kabahatler Kanunu 29, Geç. Md. 2 ve Geç. Md.3 için yapılan başvuruların "başvuran mahkemelerin yetkisizliği" nedeniyle oybirliğiyle "reddi"ne karar vermiştir. (AYM kararı IV). Sonra işin esasına geçen AYM; Kabahatler Kanunu'nun ilgili kurallarının (iptal yürürlüğe girene dek) "yürütmesinin durdurulması" taleplerini de ilgili başvurularda bunun için aranan koşullar oluşmadığından dolayı oybirliğiyle reddetmiştir (AYM Kararı- V).

**2.** Daha sonra Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen Kabahatler Kanunu hükümlerini ele alan AYM sırasıyla, Kabahatler Kanunu'nun genel kanun niteliğinden ve diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağından söz eden maddesini (KabK. md.3) Anayasa'ya aykırı bularak ve oyçokluğuyla iptal etmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse AYM., Anayasa'nın adli yargı-idari yargı ayırımı yaptığını ve bu çerçevede "idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargıya ait olduğu"nu, kanun koyucunun da idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargıyı görevlendirme hususunda geniş takdir hakkının bulunmadığını dile getirmiştir. AYM; basit nitelikteki suçlar hakkında idari yar-



gı görevlendirmesini, ama daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarında adli yargının da görevlendirilebilir olmasını ve nihayet “idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımını içermesine bakılarak idari yargı alanından çıkarılıp adli yargıya bırakılmasını” Anayasa’ya aykırı bulmuştur.

**3.** Cumhuriyet Savcısı’nın idari yaptırım kararı verme yetkisi (Kab. K. 23/1) ile mahkemenin idari yaptırım kararı verme yetkisinin (Kab. K. 24/1) Anayasa’ya aykırı olmadığı da karara bağlanmıştır (AYM kararı -VI/C, D).

**4.** İdari para cezaları ile mülkiyetin kamuya geçirilmesine dair idari yaptırım kararlarına karşı izlenecek bir kanun yolu olan “başvuru yeri ve süresi ile başvurunun incelenme yöntemi”ne ilişkin hükmün (Kab. K. 27/1, 28) de Anayasa’ya aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar verilmiştir. Bu yapılırken de Kabahatler Kanunu’nun “çeşitli kabahatler”den söz eden II. Kısım hükümlerinin (Kab. K. 32 vd.) aslında 765 sayılı TCK tarafından hafif hapis veya hafif para cezası gibi gerçek birer ceza ile cezalandırılan eylemleri düzenleyip yaptırımını idari para cezasına dönüştürdüğü, oysa onların adli yargıdan dışlanması için yaptırımın adının “idari” olarak değiştirilmesinin yetmeyeceği dile getirilmiştir (AYM kararı-VI/E).

Kabahatler Kanunu madde 3’e yönelik iptal kararınınsa AYM kararının RG’de yayımlanmasından başlayarak 6 ay sonra yürürlüğe girmesi oybirliğiyle karara bağlanmıştır (AYM kararı - IX/C). Karar 22.07.2006’da RG’de yayımlanmış olup 22.01.2007’de yürürlüğe girecekti.

**5.** Anayasa Mahkemesi Kabahatler Kanunu ile ilgili bu karardan sonra da yine Kabahatler Kanunu 3, 27 ve 28. maddeleriyle ilgili kararlar vermiştir<sup>23</sup>. Bu iki kararda da Kabahatler Kanunu 27/1 hükmünün ve ikinci karardaysa ayrıca Kabahatler Kanunu 28 hükmünün Anayasa’ya aykırı olmadığı benimsenmiştir (RG. 06.10.2006 -26311). Keza daha sonraki tarihte de yine AYM bir karar vermiştir<sup>24</sup>. Korkuteli Sulh Ceza Mahkemesinin (5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu md. 21’deki düzenleme bağlamında) yaptığı başvuru üzerine verilen bu karardaysa;

Kabahatler Kanunu md.3 daha önceden iptal edildiğinden buna ilişkin isteğin konusuz kaldığı gerekçesiyle reddine,

Kabahatler Kanunu 27/1 ile 28 hükümlerininse 01.03.2006 tarihli kararda Anayasa’ya aykırılık ve iptal iddiasının reddine karar verildiğinden, bu kararın RG’de yayımı (22.07.2006) tarihinden itibaren 10 yıl geçmedikçe yeniden başvuru yapılması mümkün olmadığı gerekçesiyle reddine, oybirliğiyle karar verilmiştir (05.09.2006 tarihli AYM kararı - V, VI).

Biz Kabahatler Kanunu md. 3’ü iptal eden 01.03.2006 tarih ve E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı AYM kararına ilişkin bir yazımızda anılan kararı ayrıntılı bir biçimde değerlendirmiş ve aslında iptal edilen hükmün (Kab. K. 3) AYM’nin ifade ettiği manada Anayasa’ya aykırı olmadığını belirtmiştik. Bizce anılan hüküm gerçekten de Anayasa’da yazılı kurallardan hiçbirisine aykırı değildi. Sadece kanun koyucunun yargı mercilerini belirlerken o ana dek izlediği teamüle aykırı gözüktüğünü belirtmiş ve yapılacak yasa değişikliği açısından da bazı önerilerde bulunmuştuk. Ancak Kabahatler Kanunu md.3 hükmünün iptalini yine de olumlu bulduğumuzu da belirtmiştik<sup>25</sup>. AYM’nin Kabahatler Kanunu md.3 hükmünü iptal eden 01.03.2006 tarih ve E 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararının (RG’ de yayımından itibaren 6 ay sonrası olan) 22.01.2007’de yürürlüğe girmesi beklenirken, bu kez 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun çıkarılarak Kabahatler Kanunu’nda (md.3 dahil) çeşitli değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler yasanın Resmi Gazete’de yayımlandığı tarih olan 19.12.2006’dan itibaren yürürlüğe girmiştir (5560 sayılı K. md. 46). Böylece 01.03.2006 tarihli AYM kararı da (iptal kararının yürürlüğe girmesinden evvel Kabahatler Kanunu md. 3 hükmü değiştirildiğinden) anlamını yitirmiştir denilebilirdi. Aslında 5560 sy. Kanun çeşitli yönlerden KabK.’da değişikliğe yol açmıştır<sup>26</sup>. Fakat bunların tümü değil, burada idari para cezaları bakımından görevli yargı yeri ve kanun yolu açısından değişikliğin etkisi üzerinde durulacaktır. Zira mevcut değişikliğin de tartışmayı kesemediği söylenebilirdi. Öyle ki:

*Kabahatler Kanunu’nun Genel Kanun Niteliği ve Kanunyolu Bakımından;* Bilindiği üzere 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ilk ve iptale konu olan metninde Kabahatler Kanunu’nun genel kanun niteliğinden söz ettiği gibi, genel hükümlerinin (ki bunlar md.1-31 arasındaki hükümlerdir) diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını

belirtiyordu (Kab. K. 3'ün ilk hali). Bu durum ise Kabahatler Kanunu'nun bu hükmünün idari yaptırım öngören diğer yasa (konumuz itibarıyla İş Kanunu) hükümlerini böylece değiştirip değiştirmediği tartışmalarına yol açmıştı. Bizce anılan hüküm diğer yasalarda ve özellikle de 4857 sayılı İş Kanunu'nun idari para cezalarıyla ilgili hükümlerinde açık veya örtülü herhangi bir değişikliğe yol açmamıştı. Kabahatler Kanunu'nun işlevi sadece İş Kanunu'ndaki (ve diğer yasalardaki) hükümleri tamamlayıcı, onlardaki boşlukları doldurucu şekildedeydi. Kabahatler Kanunu'ndan sonra 5378 sayılı Kanun'la İş Kanunu 108/1'de yapılan değişiklik de bu savımızı doğruluyordu.<sup>27</sup> Ancak öğretide<sup>28</sup> ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında<sup>29</sup> Kabahatler Kanunu md.3 hükmünün İş Kanunu dahil idari para cezası (idari yaptırım) öngören tüm diğer yasalarda değişiklik yaptığı yönünde bir dü-

memiştir. Buna göre, Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yoluna ilişkin hükümleri (md.27-31) artık diğer yasalardaki idari yaptırımlar için hemen uygulanamayacak, ancak onlarda Kabahatler Kanunu'ndaki kanun yollarından başka bir yol öngören hüküm bulunmadığı takdirde uygulanabilecekti. Eğer ilgili diğer yasalarda idari yaptırım kararına karşı başvurulacak kanun yolu konusunda Kabahatler Kanunu'ndakinden farklı bir hüküm varsa, Kabahatler Kanunu'nun kanun yoluna ait hükümleri (Kab. K.27-31) o idari yaptırım kararı için uygulanamayacak, ilgili yasadaki özel düzenleme uygulanacaktır. Şüphesiz bu önemli bir gelişmeydi ve eski KabK md.3 hükmünden daha isabetli bir düzenleme idi. Ancak, bu yeni hükmün uygulanması bağlamında önemli bazı sorunlara dikkat çekmek gerekirdi.

Öyle ki:

### İlgili diğer yasalarda idari yaptırım kararına karşı başvurulacak kanun yolu konusunda Kabahatler Kanunu'ndakinden farklı bir hüküm varsa, Kabahatler Kanunu'nun kanun yoluna ait hükümleri o idari yaptırım kararı için uygulanamayacak, ilgili yasadaki özel düzenleme uygulanacaktır.

şünce benimsenmişti. İşte bu tartışmalara da son vermek ister gibi 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un md.31 hükmüyle Kabahatler Kanunu'nun 3. madde hükmü değiştirilerek şu hale getirilmiştir:

**"Madde 3:** (1) Bu Kanunun;

a. İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b. Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır."

Görüldüğü üzere Kabahatler Kanunu md.3'ün 5560 sayılı Kanun'la değişik yeni (ve 19.12.2006'dan itibaren yürürlükte olan) metni birbirinden farklıdır. Öyle ki, yeni düzenlemede her şeyden evvel, yasanın genel hükümlerinin (md.1-31) diğer yasalardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı yönündeki genel ifadeye artık yer veril-

a. 5560 sayılı Kanun'la yapılan söz konusu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten (19.12.2006'dan) itibaren çıkarılan ve KabK.'daki kanun yollarından farklı hükümlere yer veren yasalar çerçevesindeki idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu olarak Kabahatler Kanunu'ndaki değil, ilgili yasalardaki farklı hükümlerin uygulanacağına tereddüt yoktu.

b. Ancak, 5560 sayılı Kanun'la getirilen değişikliğin yürürlüğe girmesinden önce çıkarılıp yürürlüğe konulan ve KabK.'daki kanun yolu hükümlerinden farklı hükümler taşıyan yasalar açısından durum nazikliğini korumaktaydı. AYM.'nin Kabahatler Kanunu md.3 hükmünü iptal eden kararında yürütmeyi durdurma talebini reddettiği de dikkate alınınca KabK. md.3'ün eski halinin 5560 sayılı Kanun'la değiştirilene (19.12.2006'ya) kadar yürürlükte kaldığı da gerçektir. Şüphesiz bu önemli bir veridir ve ayrıca değerlendirme yapılırken 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin Kabahatler Kanu-

nu'nun yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihine kadar geriye (önceye) etkili kılınmadığı da gözden ırak tutulmamalıdır.

Hal böyle olunca bu evrede bizce çözüm, 01.06.2005 de yürürlüğe giren KabK. md.3 hükmünün idari yaptırım öngören diğer yasalarda herhangi bir değişiklik yapıp yapmadığı noktasına bağlıdır ve bu nokta ise tartışmalıdır. Şöyle ki:

- Eğer KabK. md.3 hükmünün anılan yasalarda değişiklik yaptığı kabul edilirse (ki öğretinin bir kısmı ile Uyuşmazlık Mahkemesi bu kanıdadır), Kabahatler Kanunu md.3'ün ilk metni onlardaki hükümleri yürürlükten kaldırmış ve onların yerini Kabahatler Kanunu hükümleri almıştır.<sup>30</sup> Bu durum 19.12.2006'ya dek devam edip bu tarihte 5560 sayılı Kanun'la kaldırılmıştır. 5560 sayılı Kanun'la değişik metin diğer yasalardaki (kanun yolu bakımından) farklı hükümlere saygı duyup onlara ilişmemektedir. Fakat maalesef bu yeni durum geçmişe etkili olmayıp 19.12.2006'dan itibaren geçerli olduğundan, 01.06.2005'ten önce çıkarılan ve Kabahatler Kanunu'ndan farklılık öngören diğer yasa hükümlerini canlandıramamaktadır. O halde bu anlayış çerçevesinde, Kabahatler Kanunu'nun kanun yollarına ait hükümleri (Kab. K. 27-31) yine tüm içeriğiyle uygulanacak demektir. Zira o yasalar da (01.06.2005'te Kabahatler Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığından) artık Kabahatler Kanunu'ndakinden farklı bir hüküm yoktu. Eğer bu düşünce içinde kalınırsa, İş Kanunu'nun idari para cezasına karşı kanun yollarıyla ilgili md.108 hükmü de artık mevcut olmadığından Kabahatler Kanunu'nun ilgili hükümleri (Kab. K. 27-31) yine tümüyle İş Kanunu bakımından da uygulanmaya devam edilecek demektir. Yani yine idari para cezasına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru ve ağır ceza mahkemesine de itiraz yoluna gidilecektir.

- Buna karşın önceden beri savunduğumuz gibi, 5326 sayılı KabK.'nin 01.06.2005'ten itibaren idari para cezası (idari yaptırım) kararı ve buna yönelik kanun yolu öngören diğer yasalarda (konumuz bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nda) açık veya örtülü herhangi bir değişiklik yapmadığı kabul edilirse, durum ve çözüm farklı olacaktı. Zira KabK. md.3'ün ilk metni idari yaptırım öngören diğer yasalarda değişiklik yapmamış, onların ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırmamıştır denirse, anılan yasalardaki kurallar KabK. md.3'ün ilk hük-

mü mevcutken de yürürlükte ve AYM'nin iptal kararından etkilenmeyeceği gibi<sup>31</sup>, 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası zaten yürürlüğünü sürdürecektir. Çünkü, yukarıda da dile getirildiği gibi 5560 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu bakımından diğer kanunlardaki farklı hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir (KabK. 3/a). Bu cümleden olarak diyebiliriz ki, iptal edilen ve değiştirilen KabK. md.3 hükmü bilhassa 4857 sayılı İş Kanunu 108/2'de idari para cezalarına karşı öngörülen "idare mahkemesinde itiraz yolu"nu yürürlükten kaldırmamıştı. Zira anılan hükmün (ve diğer yasalardaki ilgili hükümlerin) yürürlükten kaldırıldığına dair açık bir hükme KabK.'da yer verilmişti. Örtülü bir yürürlükten kaldırma ise işin doğası gereği gündeme gelemezdi. Çünkü, sonraki tarihli bir kanunun önceki tarihli bir kanunu örtülü biçimde yürürlükten kaldırabilmesi için her iki yasanın da aynı nitelikte olması gerekirdi. Oysa Kabahatler Kanunu bizzat kendi ifadesiyle genel kanun (Kab. K. 3) iken 4857 sayılı İş Kanunu (ve diğer ilgili yasalar) ise özel bir kanundur. Yahut bir başka deyişle Kabahatler Kanunu md.3 vd. hükümleri "genel hüküm", İş Kanunu 108 (ve ilgili diğer yasalardaki hükümler) ise "özel hüküm"dür. Dolayısıyla sırf 4857 sayılı İş Kanunu'ndan sonra çıkarıldı diye KabK. md.3 hükmü İş Kanunu hükmünü örtülü biçimde de yürürlükten kaldırmamıştı. Hatta İş Kanunu 108 hükmünde Kabahatler Kanunu'ndan sonra çıkarılan bir yasa olan 5378 sayılı Kanun'la 07.07.2005'ten itibaren değişiklik yapılırken kullanılan yasal ifadeler de Kabahatler Kanunu'nun İş Kanunu 108'de herhangi bir değişikliğe yol açmadığını anlatmaktadır.<sup>32</sup> Durum böyle olunca, KabK. md.3'de 19.12.2006'dan itibaren 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ise idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu bakımından diğer kanunlardaki farklı hükümlerin uygulanacağını belirttiğinden, İş Kanunu 108/2'deki kanun yolu (idare mahkemesinde itiraz) bu evrede halen yürürlükte. Dolayısıyla İş Kanunu çerçevesindeki bir idari para cezasına karşı ilgilinin İşK. 108/2 hükmünden hareketle idare mahkemesinde itiraz etmesi gerekirdi. KabK. md.27-31 çerçevesinde sulh ceza veya ağır ceza mahkemesi'ne gitmesi isabetli düşmezdi<sup>33</sup>.

Hal böyle olunca bizce (eskiden olduğu gibi)

AYM'nin iptal kararı ve 19.12.2006'da yürürlüğe giren 5560 sy. Kanun'la yapılan değişiklikten sonra da (5728 sy. Kanun'a kadarki bu evrede) 4857 sy. İş K. kapsamındaki idari para cezaları bakımından idari yargı yeri görevliydi. Zira İş K. 108/2 hükmü bu dönemde tümüyle yürürlükteydi. O halde idari para cezasına karşı İş K. 108/2 uyarınca idare mahkemesinde "itiraz" edilebilecekti. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de 5560 sy. Kanun'dan sonra verdiği kararlarda sonuç itibariyle düşüncemize katılarak, 4857 sy. İş K.'dan doğan idari para cezası uyuşmazlıklarında İş K. 108 uyarınca "idari yargının görevli olduğu"na karar vermiştir<sup>34</sup>. Sonucu itibariyle isabetli bulduğumuz bu kararların gerekçeleri maalesef isabetli değildir. İsbetli gerekçe "İş K. 108/2 hükmü KabK. ile yürürlükten kalkmadığından, şimdi KabK. 3/a uyarınca kendi kanunundaki farklı bir kanun yolu olarak uygulamaya devam edecektir" biçiminde olmalıydı. Aksi halde (eğer 01.06.2005'te KabK. 3 hükmü İş K.

gulanması gerektiği belirtilmelidir (Kab. K. 3/b).

Durum böyle olunca 08.02.2008'e kadar süren bu dönemde İş K. kapsamındaki idari para cezaları bakımından şunları söyleyebiliriz:

- İş K. kapsamındaki idari para cezaları bakımından cezayı verecek makam daha önce yukarıda anlatıldığı gibidir.

- İdari para cezasına karşı başvurulacak kanun yolu İş K. 108/2'de öngörülen idare mahkemesinde itirazdı ve İş K. 108/2'deki koşullara tabi idi.

- Fakat idari para cezasında zamanaşımı, tahsilat vs. gibi konulardaysa Kab. K. hükümleri geçerlidir.

Hal böyle olunca 5560 sy. Kanun'la Kab. K.'da yapılan değişiklik sonrası (08.02.2008 tarihine dek), hiç tartışmasız, İşK.'daki idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yolu İşK. 108/2'de öngörülen "idare mahkemesinde itiraz" kanun yoludur. Nitekim dönemin öğretisinde<sup>37</sup> isabetli olarak kabul edilen sistem de bu idi. Bu yolun özellikleri

## Kabahatler Kanunu'nun yargı yoluyla ilgili hükümleri 08.02.2008'den itibaren İş Kanunu'ndaki idari para cezaları bakımından da genel (ve tek) hüküm niteliğiyle tereddütsüz biçimde uygulanacaktır.

108/2'yi yürürlükten kaldırıdıysa), şimdi 5560 sy. Kanun, mevcut olmayan bir hükmü nasıl yürürlüğe koyar? Doğaldır ki İş K. 108'in olaya derhal uygulanabilmesi, onun bu esnada (19.12.2006'da) yürürlükte olmasına bağlıdır. Bu ise bizim 2005'ten beri savduğumuz düşünceden başka bir şey değildir<sup>35</sup>. İtirazın süresi - içeriği - yargılama ve sonucu hakkında önceki sayfalarda verilen bilgiler aynen geçerlidir (Bkz. yukarıda 01.06.2005 tarihine kadarki dönem). Bu yüzden burada tekrara girmiyoruz (Keza 5560 sy. Kanunla Kab. K. 27'ye eklenen yeni fıkralar bağlamında idari yargının bile diğer idari yaptırım kararlarını inceleme imkanının getirildiğini belirtelim).<sup>36</sup>

Ancak, 5560 sy. Kanun'la değişiklikten sonra (5728 sy. Kanun'a dek) KabK.'nun diğer yasalardaki düzenlemelere sadece idari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu bakımından ilişmediği, fakat onun dışındaki diğer tüm genel hükümlerinin idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesini gerektiren bütün fiiller hakkında uy-

hakkında yukarıda bilgi verildiğinden burada tekrara girilmeyecektir. Sistem Anayasa Mahkemesi'nin de iptal kararındaki anlayışla da uyumlu denebilecek tarzda böylece devam ederken, birdenbire 23.01.2008 tarih ve 5728 sy. Kanun çıkarılarak sistemi yeniden altüst eden bir anlayış içine girilmiş gözükmektedir. Bu yüzden de 5728 sy. Kanun'la getirilen sistemi aşağıda ayrıca incelemek gerekmektedir.

### **C. 08.02.2008'den (5728. sayılı Kanun'dan) İtibarenki Durum**

Yasa koyucu normal şartlarda neden gerek duyduğunu anlamakta zorlandığımız bir tutumla 23.01.2008'de "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" adını taşıyan devasa boyutlu bir kanunu kabul etmiş ve belki Cumhurbaşkanlığı'nca üzerinde köklü bir inceleme de yapılmadan onaylanıp RG.'de yayımlanarak, yasanın kendi hükmü (5728 sy.K.579) gereği RG.'de yayımlandığı gün olan 08.02.2008'den iti-



baren yürürlüğe girmiş bulunmaktadır (RG.08.02.2008, No.26781). İşte bu yasa hükümleri incelendiğinde DenişK ve BasışK'da ve konumuz itibariyle en önemlisi ise birisi yukarıda değindiğimiz İşK.107 hükmünde ve diğeriye İşK.108'de ciddi değişikliklere gidildiği görülür. Öyleki, konumuz olan İşK.'daki idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yolu ile ilgili olarak İşK.108/fıkra 2 hükmünün yürürlükten kaldırıldığı açıkça hükme bağlanmıştır (5728 sy.K.578/öö). Hal böyle olunca, artık 08.02.2008'den itibaren İşK.'na tabi idari para cezaları bakımından da İşK.108/2 hükmü mevcut değildir ve idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yolu olarak sadece 5326 sy.KabK'nun 19.12.2006 tarih ve 5560 sy. Kanun'la değişik hükümleri çerçevesinde duruma göre sulh ceza veya ağır ceza mahkemesinde gündeme gelebilecek "başvuru" (KabK.27) ve "itiraz" (KabK.29)

KabK'nun 01.06.2005'de yürürlüğe giren metninde, idari yaptırımlar (konumuz itibariyle idari para cezaları) bakımından KabK' nun genel kanun niteliğiyle idari yaptırım öngören diğer yasalar çerçevesinde de uygulanacağı biçiminde bir düzenlemeye sahipti (KabK.3'ün iptal edilen ilk metni). Fakat bunun gerçekten ilgili diğer yasalarda böylece bir değişikliğe yol açıp açmadığı gibi açmış olsa dahi böyle bir anlayışın Anayasa'ya ne derece uygun düştüğü de tartışmalıydı. Zira önceden de söylediğimiz gibi bu sistem, idari bir işlem olduğu tartışmasız olan idari para cezalarına dair yargılamayı idari yargıdan alarak ceza yargısına veriyordu. Bununca Anayasa'da düzenlenen ve teminata bağlanan idari yargı erkini nerdeyse silip atmakla eşanlı olduğu yönünde düşünceler ileri sürülüyordu. Nitekim yine yukarıda belirttiğimiz ve ayrıca bir de inceleme konusu yaptığımız 01.03.2006 tarih

## İş Kanunu'ndaki idari para cezaları bakımından görevli yargı yerinin, bu hukuk dalının uzman yargı yeri olan iş mahkemesi olması gerektiği kanısındayız.

kanun yollarının uygulanması gerekecektir. Zira bizzat KabK'daki kanun yollarının İşK çerçevesinde uygulanmasını engelleyen İşK.108/2 hükmü artık mevcut değildir ve durum bu olunca da KabK'nun yargı yoluyla ilgili hükümleri 08.02.2008'den itibaren İşK'daki idari para cezaları bakımından da genel (ve tek) hüküm niteliğiyle tereddütsüz biçimde uygulanacaktır. Yani kanun yolları bağlamında bir yargı yeri ve yargı yolu değişikliği gerçekleşmiştir (Aynı şey 5728 sy.K.md.578'de hükümleri kaldırılan diğer yasalar bakımından da geçerlidir). Durum böyle olunca, 5728 sy. Kanun'la getirilen değişikliğin gerekli olup olmadığı ve çeşitli boyutları hakkında biraz değerlendirmede bulunmanın yararlı olacağını düşünüyoruz. Buna göre; her şeyden önce denebilir ki, mevcut durum KabK.3 vs. hükümlerinin AYM tarafından iptalinden önce öğreti ve uygulamada savunulan ama bizimse İşK.108 hükmünden hareketle ısrarla karşı çıktığımız hal ile (yalnız bir farkla) aynıdır. O fark ise, bizi haklı çıkaran İşK.108/2 hükmünün açıkça yürürlükten kaldırılması ve dolayısıyla artık mevcut olmayışıdır. Bilindiği üzere

ve E.2005/108, K.2006/35 sy. kararında bizzat Anayasa Mahkemesi de özetle bu kaniya varıp KabK.3 hükmünü ve onunla bağlantılı kimi hükümleri iptal etmişti. Bunun üzerine de henüz AYM'nin iptal kararının yürürlüğe girmesi dahi beklenmeden 5560 sy. Kanun çıkarılarak AYM'nin iptal kararındaki eleştirel gerekçeleri de karşılar tarzda KabK'da değişikliğe gidilmiş ve başta 4857 sy. İşK olmak üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yolu noktasında bünyesinde KabK'dan farklı hüküm içeren yasaların bu özel düzenlemelerinin uygulanacağı, KabK'daki hükümlerden etkilenmeyeceği, KabK'nun ilgili hükümlerinin ancak bünyesinde farklı düzenleme olmayan yasalar açısından uygulanacağı belirtilmiştir (KabK.3/b). Bu hükümden hareketle idari yargının da görev alanı pek kısıtlanmamış oluyordu. Örneğin İşK kapsamındaki idari para cezalarına karşı İşK.108/2'de öngörülen kanun yolu olarak idare mahkemesinde itiraz yolu geçerliliğini sürdürüyordu. Fakat 08.02.2008'den itibaren 5728 sy. Kanun'la İşK.108/2 hükmü yürürlükten kaldırılınca, artık sistemimizde KabK sistemine aykırı düşen ve dolayısıyla onun uygulanma-

sını engelleyen bir farklı kural, en azından İşK'da ve 5728 sy.K.md.578 ile yürürlükten kaldırılan diğer yasalarda mevcut değildir. Yani biraz dolambaçlı ve farklı bir yöntemle yine KabK'nun iptalinden önceki haline dönülmüş ve deyim yerindeyse idari yargı yine bypass edilmiş, bir ölçüde işlevsiz kılınmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı gerekçeleri dikkate alınırca, bu tutumun yine aynı anlayış çerçevesinde Anayasa'ya aykırılığı söylenebilir. Bu yüzden, 5728 sy. Kanunla izlenen yöntemin şık ve isabetli gözükmediğini düşünüyoruz. Yasa koyucunun ve dolayısıyla da hükümetin yasa faaliyetini enerjisini neden böyle lüzumsuzca sarfetme yoluna gittiğini anlamak, maalesef mümkün olamamaktadır. Üstelik bu tutum, hukukun güvenilirliğini zedelediği gibi AYM ve idari yargı ile yok yere tersleşmekten ve ülkeye kayıptan başka bir şey getirmez. Bununca istenilen bir durum olduğunu zannetmiyoruz. Bu yüzden ki Cumhurbaşkanı'nın da önüne gelen yasaları iyice ve farklı açılardan bakabilecek uzmanlara danışıp inceletmeden onaylamaması, bu noktada öneme sahiptir. Zira o yüce makamın yetkilerinin, tarafsızlığı ve devlet organlarının uyumlu çalışmasını sağlayabilecek tarzda kullanımı gerekir (AY.101 vd.).

#### IV. SONUÇ

5728 sy. Kanun'un gerek 4857 sy. İşK'daki ver gerekse de 5728 sy.K. md.578'de sayılan kimi yasalardaki idari para cezaları bakımından idari yargı yerini görevli kılan hükümleri yürürlükten kaldırıp, adli yargıyı (ceza yargısını) görevli kılan düzenlemesi, AYM'nin KabK. hükmünü iptal eden kararı karşısında şık ve isabetli gözükmemektedir. Ayrıca, biz bu tutumun İşK'daki idari para cezaları açısından hiç isabet taşımadığını düşünüyoruz. Zira evvelden beri dile getirdiğimiz üzere, İşK'daki idari para cezaları bakımından görevli yargı yerinin, bu hukuk dalının uzman yargı yeri olan iş mahkemesi olması gerektiği kanısındayız.

5728 sy. Kanun'un iş hukukuna ait diğer yasalarda (BaşİŞK, DenİŞK, SenK ve TSGLK da) yol açtığı değişiklikler ise ayrı bir incelemenin konusunu oluşturacağından, burada ele alınmayacaktır.

#### DİPNOTLAR

1 İş hukukuna ait çeşitli yaptırımlar konusunda bkz. S. Süzek, İş Hukuku Yaptırımları, İHD. 1993/2, 165- 183. Geçersizlik yaptırımıyla ilgili olarak Akyiğit, (1475 sayılı) İş Kanunu Şerhi,

- Ankara 2001, Md. 1 vd. ile Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. II, Ankara 2006, md. 98 vd.sf. 2187 vd. Akyiğit, Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, 7 vd. Akyiğit, ÇİD. Eylül 1991, 10 vd. deki karar incelemesi.
- 2 Tüm bu konularda bkz. Akyiğit, İş K. 98 vd. 2188 vd. ile orada anılanlar. Öğretide bu tür cezaların klasik ceza hukuku ilkelerine pek uymadığı ve bu yüzden de bunların ceza olarak nitelenmemesinin uygun olacağı dile getirilmektedir. Bkz. F. S. Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğitimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, 99-101.
- 3 Bkz. A. Gülan, İdari Para Cezalarına Karşı İş Kanununun Düzenlediği Yargısal Yol (Mercek Ocak-2004) 61-65.
- 4 AYM.01.10.1991, E.1990/4, K.1191/33. (Oğurlu, 128-129).
- 5 Akyiğit, Para Cezası, 206. Aynı yönde Gülan, 62 vd. Oğurlu, 127 vd.
- 6 Oysa AYM'nin SSK. 140'a ilişkin iptal kararından sonra 4958 sy. Kanunla SSK.140 da yapılan yeni düzenlemeye idari para cezalarına itirazın para cezasını veren Kurum ünitesine yapılacağı ve itirazı Kurumca reddedilenlerin bu kez 60 gün içinde idare mahkemesine giderek bu karar aleyhine dava açabileceği öngörülmüştür (SSK. 140/4). Bunun gerçek anlamda bir idari dava (iptal davası) olduğu söylenebilir. (Konu hakkında bkz. U.Araslı, İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi, Kamu-İş D. (R. Aslanköylü'ye Arm.) 2004/3, 395-408.
- 7 Akyiğit, Para Cezası, 208. Akyiğit, İş K. 98 vd. 2251.
- 8 AYM. 08.10.2002-E.2001/225, K. 2002/88-Karara yönelik bir değerlendirme için bkz. E. İren, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararından sonra Para Cezalarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri Hakkında Düşünceler, ÇİD. Mayıs 2003, 33-37.
- 9 Fazla bilgi için bkz. H. Kalabalık, İdari Yargılama Hukuku, Sakarya 2003, 274 vd. Oğurlu, 129 vd. S. Coşkun/M. Karyağdı, İdari Yargılama Usulü, Ankara 2001, 114 vd. Y. Bal/M. Karabulut/Y. Şahin, İdari Yargılama Usulü, Ankara 2003, 22 vd.
- 10 Akyiğit, Para Cezası, 209-210. Akyiğit, İş K. 98 vd. 2252. Aynı yönde bir eleştiri SSK. 140'da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra 4958 sy. Kanunla getirilen düzenleme için de yapılmaktadır (Bkz. Araslı, 402).
- 11 Bkz. Saymen, İş Hukuku, 329. Çenberci, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, 4. Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, 1037. Süzek, İş Hukuku, 126. Caniklioğlu/Canbolat, 274 vd. Akyiğit, Para Cezası, 209-210. Akyiğit, İş K. 98 vd. 2252. Krş. Günay, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000, 66.
- 12 Süzek, İş Hukuku, 731 vd. Krş. Eroğlu, 89.
- 13 Akyiğit, Para Cezası, 209-210. Akyiğit, İş K. 98 vd. 2252. Caniklioğlu/Canbolat, 275 vd.
- 14 İ.Özay, İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985, 137 vd. F. Gölcüklü, İdari Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları AÜSBFD. Eylül/Aralık 1963, 189-215 (213-214) Süzek, İş Hukuku Yaptırımları, İHD. Nisan/Haziran 1993,165-183 (182). Oğurlu, 32 vd. 142 vd. Akyiğit, Para Cezası, 209-210. Akyiğit, İş K. 98 vd. 2252.
- 15 Akyiğit, Para Cezası, 209-210. Akyiğit, İş K. 98 vd. 2252. Süzek, İş Hukuku, 731.
- 16 Akyiğit, İş K. 108, 2252.
- 17 Akyiğit, Para Cezası, 212. Bkz. ve krş. Eroğlu, 91.
- 18 Akyiğit, Para Cezası, 213. Eroğlu, 91.

- 19 Güran, 64. Akyiğit, Para Cezası, 213. Akyiğit, İş K. 98 vd. 2253.
- 20 Bu konuda bkz. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu'nda İdari Para Cezaları, 2. Bası, Sakarya 2005, 186 vd. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C. II. 2. Bası, Ankara 2006, Md. 108, 2240 vd., F.Şahlanan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil/Mart 2006, 5-15., A.Gülan, Kabahatler Kanunu'ndan sonra İdari Para Cezalarına karşı Yargısal Denetim, Sicil/Mart 2006, 159-170., C.Danar, İdari Para Cezalarında Yargı Yeri Neresi? MESS İşvn Gzt. Ocak 2006, 12., Akyiğit, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, Sicil/Hzn 2006, 23-29.
- 21 Örnek olarak bkz. UYM. 21.11.2005 - E.2005/77, K. 2005/103.
- 22 AYM. 01.03.2006 - E.2005/108 ve K.2006/35.
- 23 AYM. 09.03.2006- E.2006/34, K.2006/47
- 24 AYM. 05.09.2006 - E. 2006 /12, K.2006/84 - RG 03.11.2006.
- 25 Bkz. Akyiğit, Kabahatler Yasasını İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Sicil/Aralık 2006 189 vd. Yine bu AYM kararına yönelik değerlendirmeler için bkz. E.Cılga, Kabahatler Kanununa Anayasa Mahkemesinden İptal, MESS İşvn. Gzt. Eylül 2006, G.M.Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı, THD/Kasım 2006, (sy.3) 63-68.
- 26 Akyiğit, Kabahatler Kanunu Değişikliği İdari Para Cezaları Bakımından Neyi Değiştirdi? Legal İSGHD. 2007/14, 624-632.
- 27 Bkz. Akyiğit, İdari Para Cezaları, 193 vd., Akyiğit, İş K. 108, 2244 vd., Akyiğit, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, Sicil/Haziran 2006, 23-29, Akyiğit, Kabahatler Yasasını İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Sicil/Aralık 2006, 189-194.
- 28 Bkz. Ö.Ekmekçi, Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler, ÇİD. Eylül 2005, 49-54., Şahlanan, Sicil/Mart 2006, 5-15, Gülan, Sicil/Mart 2006, 159-164.
- 29 Bkz. UYM.nin 28.11.2005 ve 07.10.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararları.
- 30 Bu yönde öğretisi olarak bkz. Ö.Ekmekçi, Ç/D, Eylül 2005, 49-54., F.Şahlanan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil/Mart 2006, 5-15., A.Gülan, Kabahatler Kanunundan Sonra İdari Para Cezalarına Karşı Yargısal Denetim, Sicil/Mart 2006, 159-164., L.Çelik/H. Sivrikaya, Kabahatler Kanunu Sonrası İdari Para Cezalarının Uygulanmasına Genel Bakış, YYDD/Aralık 2005, 13-20, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları içinse bkz. 28.11.2005 tarihli Resmi Gazete ile 07.10.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararlar.
- 31 Bkz. Akyiğit, Kabahatler Yasasını İptal Eden Anayasa Mahkemesi kararı üzerine, 190-194, Akyiğit, Kab. K. Değişikliği, 629.
- 32 Bkz. Akyiğit, İdari Para Cezaları, 193 vd., Akyiğit, İş Kanunu 108-2240, Akyiğit, İdari Para Cezalarında Görevli Yargı Yeri, Sicil/Haziran 2006, 22-29, Akyiğit, Kabahatler Yasasını İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine, Sicil/Aralık 2006, 189-194, Akyiğit, Kab. K. Değişikliği, 630.
- 33 Akyiğit, İş K. 108'deki Kanunyolu Hala Yürürlüktedir, LegalYKİ. 2007/4, 167-168.
- 34 UYM. 04.06.2007 - E.2007/116 ve K. 2007/106;UYM. 02.07.2007 - E.2007/142, K.2007/139.
- 35 Akyiğit, İş K. 108'deki Kanunyolu Hala Yürürlükte, LegalYKİ. 2007/4, 167-168.
- 36 Bkz. Akyiğit, Kab. K. Değişikliği, 631.
- 37 Bkz.Akyiğit, İdari Para Cezaları Bakımından İşK.108 deki Kanunyolu Hala Yürürlüktedir, LegalYKİ 2007/4,159-169.

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Vergi İadesinden Asgari Geçim İndirimine

Halen ülkemizde yürürlükte olan asgari geçim indirimini kavramı konusunda gelişmeler 5615 sayılı 'Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' ile oluşturulmuştur. O zamanki Cumhurbaşkanı Sayın Ahmet Necdet Sezer tarafından tekrar incelenmek üzere Meclis'e iade edilen Kanun, 28.3.2007 tarihinde T.B.M.M.'nde tekrar görüşülerek kabul edildi. Bu düzenleme ile vergi iadesi 1.1.2007'den itibaren kaldırılarak yerine 1.1.2008'den itibaren asgari geçim indirimini getirildi. 2007 senesi ise kanun koyucu tarafından ya unutuldu ya da unutulmayıp unutulmuş gösterilmek suretiyle 2007 senesinde devletin hiçbir ödeme yapmaması sağlanarak vatandaşların bir kere daha hukuka aykırı bir şekilde sıkıntıya sokulmalarına sebebiyet verildi.

Kanun hukuka aykırı bir hükümlerle 1.1.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek şekilde kaleme alınmış olduğundan Kanun'un yürürlük tarihine kadar vergi iadesi amacıyla toplanmış belgelerin ne olacağı hususu da hukuken çözümlenmiş değildir. Bilindiği üzere Anayasamızda hukuk devleti ifadesi olmasına rağmen çıkarılan kanunların geçmiş yılın başından itibaren yürürlüğe sokulması ülkemizde vergiler konusunda sık görülen bir uygulama halini almış bulunmaktadır. İki yakın örnek 2006 senesindeki vergi ziyayı cezası ile ilgili düzenleme ile şu anda yürürlükte olan Kurumlar Vergisi

Kanunumuzdur. Oysa kanunların geriye yürütülmesi Anayasa temelinde hukuk güvenliği ilkesine aykırı bir uygulamadır. Vergiler konusunda mükelleflerin yürürlükte bulunan Kanun'a göre hareket etmeleri bir hukuk devletinde esastır. Daha sonra çıkarılan bir kanunla bazı hakların ve kazanımların ortadan kaldırılması mümkün değildir. Buna rağmen çıkarılan 5615 sayılı Kanun'un gerekçesinde vergide adalet ve eşitliğe uygun olmasının benimsenen temel ilke olduğunun ifade edilmesi ayrı bir tezat olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu Kanun'un Anayasa'ya aykırı düzenlemelerinin iptal edilip edilmeyeceği, edilirse bunun ne zaman olacağı belli olmamakla 1.1.2007 tarihinden Kanun'un yürürlüğe gireceği tarihe kadar alınan fiş ve faturaların her ihtimale karşı saklanması fayda vardır.

Uzun yıllardır vergi sisteminin güvencesini oluşturan vergi iadesi sayesinde aslında idare tam anlamıyla uygulamayı başaramadığı denetim sistemini düşük bir ücret karşılığında mükelleflere yaptırmıştır. Bugün ise bu denetim de ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bunun en acı sonucu ise vatandaşlar tarafından artık eskisi kadar fiş ve fatura alınmamasıdır.

Burada üzerinde asıl düşünülmesi gereken konu vergi iadesi alınıp alınmamasından ziyade toplumda fiş ve fatura alıp almama alışkanlığının so-



## Üzerinde asıl düşünülmesi gereken konu vergi iadesi alınıp alınmamasından ziyade, toplumda fiş ve fatura alıp almama alışkanlığının sonuçlarıdır.

nuçlarıdır. Bu belgeleri vermemek ve almamak kanunlarımızda suç olarak düzenlenmiş ve cezalandırılmış olmasına rağmen bu konuda toplumda vergi iadesinin kaldırılmasından sonra çok ciddi bir düşme olduğu görülmektedir. Belge düzeninin topluma benimsetilmesi bir ücret mukabilinde olunca fiş ve fatura alınmaması gayet normal olup, ülkemizde kayıtdışılığın boyutlarının oldukça yüksek olmasının sebeplerinden bir tanesi ve belki de en önemlisidir. Zira toplanan vergilerin topluma sağladığı faydayı kişilerin aklına yerleştiremezseniz para verme sona erince insanlar da o işi yapmaktan vazgeçmektedirler.

Bu kapsamda 4.4.2007 tarihli ve 26483 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"da ücretin gerçek usûlde vergilendirilmesinde asgarî geçim indirimi uygulanacağı, bu indirimin mükellefin kendisi için %50'si, çalışmayan ve herhangi bir geliri olmayan eşi için %10'u, çocukların her biri için ayrı ayrı olmak üzere; ilk iki çocuk için %7,5 diğer çocuklar için %5'i olduğu hükmüne bağlanmıştır.

Bu düzenlemeye paralel olarak Sayın Başbakan vergi iadesinin yerine geçen asgari ücret indirimini hatırlatarak, bekârları evlenmeye çağırınca vergi iadesinin neden kaldırıldığı konusu kendilerine anlatılmayan ve kendileri de anlamakta güçlük çeken vatandaşlarımız yaptıkları hesaplamalarla oluşan tezatları dile getirmişlerdir. Özellikle asgari geçim indiriminde sözkonusu olan düşük avantajlara karşı bazı vatandaşlar resmi olarak evlenebilmek için, sağlık raporuna 125 YTL, muhtara 15 YTL, evlenme cüzdanına 26 YTL, nikâha 50 ila 250 YTL ödenmesi gerektiğini belirtmiş, bir başka vatandaş ise, "Şimdi biz fiş toplamayıp, yerine çocuk mu yapacağız?" diyerek konuya mizahi açıdan bakarak açıklık istemiştir. Bu durumda ülkemizde çocukların sayısı ve durumu göz önüne alındığında vergi-

ler bakımından bu kadar önemli bir konunun daha çok çocuk yapılmasına ve eşin çalışmamasına bağlanması hatalı bir yaklaşım olmuştur..

Bu gelişmeler yaşanırken ülkemizde vergi konularının ele alınma biçimi konusundaki ilginç durumlar da ortaya çıkmaya başlamıştır. Hükümet bir yandan vergi iadesini kaldırarak fiş ve fatura toplayanlara bazı ödemelerde bulunmaktan vazgeçmiş, diğer yandan bu uygulamaya ödeme farklılığı yoluyla aşağıdaki gibi devam etmiştir.

Gelir İdaresi Başkanlığı, Vergi Dairesi Başkanlıklarına da bir yazı göndererek, çocuklara yönelik "Ülkemi Seviyorum, Belgemi Alıyorum" kampanyaları düzenlenmesini istemiş bunun üzerine ülke genelinde il merkezi ve ilçelerdeki ilköğretim okullarında eğitim görmekte olan öğrencilerin katıldığı kampanyalar düzenlenmiştir. Devlet toplanan fiş ve faturalar karşılığında yapılacak çekilişte bilgisayar, bisiklet ve dijital fotoğraf makinası ile çeşitli oyuncaklar dağıtmak suretiyle vergi iadesini nakdi değil aynı olarak gerçekleştirmeye başlamıştır.

Vergi iadesinin kaldırılmasının da etkili olduğu sonuçlardan bir tanesi de bütçe açıklarıdır. Telekom ve TMSF tahsilatları da dahil edilince bütçe açığı rakamlarının aslında kötünün iyisi olduğu görülecektir. Bu kapsamda bu durumdan rahatsız olan idare de belge düzenine ait denetimlere başlanmasına karar vermiştir. Zira vergi dairesi başkanları da belge toplamadaki büyük düşüşe dikkat çekmişlerdir. Bu durum DPT raporlarıyla da ortaya konmuştur. Yılsonu bütçe hedeflerinin yakalanmasında önemli bir risk olduğunu belirten DPT vergi gelirlerindeki düşmeye de dikkat çekmektedir.

Buradaki bir başka problem özel sektör bakımındandır. İşçi ile işveren net ücret üzerinden anlaşıldığında Maliye Bakanlığı düzenlemelerinde bunun işçiye yansıtılacağını belirtmesine rağmen yan-

**İşçi ile işveren net ücret üzerinden anlaşıldığında Maliye Bakanlığı düzenlemelerinde bunun işçiye yansıtılacağını belirtmesine rağmen yansıtılmadığında ne olacağı hukuken açık değildir.**

## Bugün vergi sistemimizde sadece vergi güvenlik önlemlerini değil, aynı zamanda çağdaş vergi kolaylıklarını ve indirimlerini de getirmek gerekmektedir.

sıtılmadığında ne olacağı hukuken açık değildir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin varlığı problemleri ve yeni ihtimalleri artırmaktadır. Ayrıca hem Gelir İdaresi hem de işverenler işçiler hakkında doğru bilgiler edinmek zorundadırlar. Bu durum ile uygulanacak cezalar sadece küçük yerler bakımından değil özellikle işçi sayısının arttığı yerler bakımından da ciddi problemler yaratabilecektir. Bunun yanında teşvik bölgelerindeki uygulama ile ilgili tereddütler sürmektedir.

Burada bütün uygulama sorunlarını ve çözüm önerilerini belirtmek ayrı ve uzun bir yöntemdir. Bu yazıda sadece konunun farklı boyutları, nereden nereye geldiği ele alınarak asgari geçim indiriminin uygulamada ve vatandaşın zihninde vergi iadesinin yerini almadığı ortaya konmuştur. Burada idare öncelikle altyapıyı ve hukuki zemini oluşturmadığı için problemleri de önleyememektedir.

Yapılan uygulama maddi olarak devletin yararına olup, vatandaşlardan büyük bir bölümü vergi iadesi yoluyla elde ettikleri rakamlara bile ulaşmamışlardır. Ayrıca vergi güvenlik önlemi olarak yıllardır tek başına mücadele eden vergi iadesi kavramının kaldırılması toplumda fiş ve fatura alma seviyelerinin oldukça düşmesine sebep olmuş, bunun sonucu da bütçe açıkları, kayıt dışılık ve vergi bilincinde gerileme olarak maddi zararlardan çok daha fazlasına yol açmıştır. Bu düzenlemelere karşın konuyu bilmeyenlerin yanında bilenlerin de yeterli tepkiyi göstermemesi problemlerin artmasına sebep olmuştur.

Bugün vergi sistemimizde sadece vergi güvenlik önlemlerini değil, aynı zamanda çağdaş vergi kolaylıklarını ve indirimlerini de getirmek gerekmektedir. Bu durum vergilere bakış açısına da olumlu şekilde yansıtacak, toplumda vergi bilincini artıracaktır.

Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

İstanbul Arel Üniversitesi Meslek Yüksek Okulu

# Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

## 1. GİRİŞ

Transfer fiyatlandırması, farklı ülkelerde faaliyet gösteren birbirleriyle ilişkili kuruluşların, vergiye tabi kârlarını belirlediği için, hem vergi yükümlüleri, hem de vergi idareleri açısından büyük bir önem taşımaktadır.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK)'nu yürürlükten kaldıran 5520 sayılı Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu<sup>1</sup> ile daha önce mevzuatımızda yer almayan düzenlemeler yapılmış, mevcut bazı düzenlemeler ise yeniden ele alınarak zamanın gereklerine uygun hale getirilmiştir.

Yeni kanunda yer alan önemli düzenlemelerin biri de uluslararası gelişmeler ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'nın (OECD) yaklaşımı temel alınarak hazırlanan Transfer Fiyatlandırması'na ilişkin düzenlemedir. Eski kanunda örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili düzenlemeler yer almakla birlikte, Yeni kanununun 13. maddesinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi düzenlenmiştir.

5422 sayılı eski KVK m. 17'de<sup>2</sup> yer alan örtülü kazanç dağıtımı müessesesi 5520 sayılı KVK'nın "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı" başlıklı 13. maddesinde yeniden düzen-

lenmiş olup, bu maddenin yürürlük tarihi 5520 sayılı KVK m. 37/ç'de yer alan hükme göre 01.01.2007 olarak belirlenmiştir. 5520 sayılı KVK geç. m. 1/10'da, bu kanunun yürürlüğünden önceki dönemler itibariyle 5422 sayılı KVK hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı hükme bağlanmıştır.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına ait yasal düzenleme ile ilgili olarak "1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ" Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir<sup>3</sup>. Daha sonra Bakanlar Kurulu'nun 2007/12888 sayılı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Kararı<sup>4</sup> yayımlanmıştır. Oysa önce Bakanlar Kurulu Kararı'nın, daha sonra Maliye Bakanlığı Gelirler İdaresi Başkanlığı tarafından Genel Tebliğ'in yayımlanması gerekirdi. GVK m. 41/5 ve KVK m. 13/7 gereğince "transfer fiyatlandırması ile ilgili usuller Bakanlar Kurulunca belirlenir". Dolayısıyla Maliye Bakanlığı'nın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunda düzenleme yapma yetkisi olmamasına rağmen Maliye Bakanlığı, Bakanlar Kurulu'nun kararını beklemeden, 1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında

## Kurum kazancının vergilendirildikten sonra kâr dağıtımının yapılması yerine, kazancın belirli hukuki yollar ve bunlara yönelik ilişkiler kullanılarak kurumlar vergisi dışında bırakacak şekilde ortaklar lehine aktarılması örtülü kazanç olarak tanımlanmaktadır.

Genel Tebliği ile bu konularda düzenleme yapmıştır. Maliye Bakanlığı'nın yasayla verilmeyen bir yetkiye dayanarak gerçekleştirdiği bu tür tasarruflarının, ileride yargı mercilerince iptali söz konusu olabilecektir<sup>5</sup>.

Bu yazıda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunda Kurumlar Vergisi Kanunu ve Gelir Vergisi Kanunu çerçevesinde yapılan düzenlemeler ele alınacaktır.

## II. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI KAVRAMI

### 1. Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından

Kurum kazancı vergilendirildikten sonra kâr dağıtımı yapıldığında ortakların elde ettiği kâr paylarından gelir vergisi alınması, bu kazançlar üzerindeki vergi yükünü artırmaktadır. Kurumlar vergi yükünü hafifletmek için, kurumun faaliyetlerine ilişkin giderleri yapılmadığı halde yapılmış gibi göstermek yoluna gidebilirler.

Kurum kazancının vergilendirildikten sonra kâr dağıtımının yapılması yerine, kazancın belirli hukuki yollar ve bunlara yönelik ilişkiler kullanılarak kurumlar vergisi dışında bırakacak şekilde ortaklar lehine aktarılması örtülü kazanç olarak tanımlanmaktadır<sup>6</sup>. “Örtülü kazanç dağıtımı” vergi yasalarının önlemeye çalıştığı bir durumdur. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı düzenlemeleri bir “vergi güvenlik müessesesi” işlevi görmektedir.

KVK m. 13'e göre; kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit et-

tikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmaları durumunda, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat, inşaat, kiralama veya kiraya verme, ödünç para alınması ve verilmesi işlemleri ile ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren diğer işlemler mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

KVK 13. maddede düzenlenen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, “bir sermaye şirketine ait vergilendirilmemiş gelirin, kârdan pay verme ya da sermayenin geri ödenmesi durumları dışında, ortaklara ya da onların yakınlarına aktararak kurumlar vergisi matrahından kaçırılmasıdır. Bu gelir aktarması bir hukuki işlem görünümü verilerek yapıldığından ilk bakışta örtülü kazanç dağıtıldığına farkına varılmaz. Kazanç dağıtımı, şirket ile ortağı ya da onun yakınları arasında yapılan kira, ödünç, satış, imalat ve inşaat sözleşmesinin arkasına gizlenir”<sup>7</sup>.

Örtülü kazanç dağıtımı, KVK'nun 13. maddesinde, “transfer fiyatlandırması”, “ilişkili kişi” ve “emsallere uygunluk ilkesine” aykırılık çerçevesinde açıklığa kavuşturulmuştur. KVK'nun 13. maddesinde transfer fiyatlandırması, bizzat örtülü kazanç dağıtımının kendisi olmayıp, örtülü kazanç dağıtımı konusunda kullanılan bir yol olarak düzenlenmiştir<sup>9</sup>. Örtülü kazanç dağıtımının temel unsurları, işlemin ilişkili kişilerle yapılması, işlemin emsallere aykırı olmasıdır.

1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'e göre, kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine göre tespit ettikleri fiyat veya bedel üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımı yapmış olmaları durumunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından söz edilmeyecektir.

Transfer fiyatlandırması, bir işletmenin gelir gider veya kâr paylaşımı olarak bağlantılı olduğu, kâr paylaşımı açısından aynı çıkar birliğine dâhil olan ana şirket veya alt şirketlere veya yönetim ve denetim itibariyle hâkim durumda olduğu ortaklık, iştirak ve şubeleri arasındaki ticari ve mali işlemlerde kullanılan fiyatların serbest piyasada aynı veya benzer koşullar altında, aynı veya benzer işlemlere taraf bağımsız kişiler arasında karşılaştırılabilir.



**Türkiye'deki tam ve dar mükellef gerçek kişi ve kurumların tamamı, ilişkili kişilerle gerek yurtiçi gerekse yurtdışı faaliyetleri ile ilgili olarak yapılan mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı çerçevesinde değerlendirilecektir.**

cek fiyatlara göre önemli derece farklılık göstermesidir<sup>10</sup>.

“Fiyatlandırma yoluyla belli bir süreye ve/veya belli bir coğrafi lokasyona vergisiz kâr kaydırma operasyonlarını ifade eden yapay transfer fiyatlandırması da vergi yasaları tarafından engellenmeye çalışılmaktadır. Yasa, ilişkili kişiler arasındaki ilişkide emsallere uygun olmayan yapay transfer fiyatlandırmanın uygulandığı özel hukuk sözleşmelerinin kötüye kullanıldığını varsayar. Yasa, bu türden sözleşmelerin birer “peçeleme sözleşmesi” olduğu konusunda adi kanuni karine getirir”<sup>11</sup>.

Kurumlar Vergisi Kanunu m. 11/c' ye göre “transfer fiyatlandırması yoluyla dağıtılan kazançlar” kanunen kabul edilmeyen gider olduğundan, kurumlar vergisi matrahından gider olarak indirilemez.

## 2. Gelir Vergisi Kanunu Açısından

Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>12</sup> ile Gelir Vergisi Kanunu (GVK)'nda değişiklik yapılmış ve KVK m. 13'teki hükümlere paralel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme 01.01.2007 tarihinden itibaren geçerlidir.

GVK'nın 41. maddesinin 5. bendine eklenen hükümlerle transfer fiyatlandırması uygulaması sadece kurumlar vergisi yükümlülerine yönelik kalmamış, ticari ve zirai kazanç sahibi gerçek kişiler için de geçerlilik kazanmıştır<sup>13</sup>. Buna göre;

“Teşebbüs sahibinin, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen bedel veya fiyatlar üzerinden mal veya hizmet alım ya da

satımında bulunması halinde, emsallere uygun bedel veya fiyatlar ile teşebbüs sahibince uygulanmış bedel veya fiyat arasındaki işletme aleyhine oluşan farklar işletmeden çekilmiş sayılır.

Teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoy, üçüncü derece dâhil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler ilişkili kişi sayılır.

Bu bent uygulamasında, imalat ve inşaat, kiralama ve kiraya verme, ödünç para alınması veya verilmesi, ücret, ikramiye ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler, her hâl ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

İşletmeden çekilmiş sayılan farklar, ilişkili kişi tarafından beyan edilmiş gelir veya kurumlar vergisi matrahının hesabında dikkate alınmış ise ilişkili kişinin vergilendirme işlemleri buna göre düzeltilir. İlişkili kişiler ve bu kişilerle yapılan işlemler hakkında bu maddede yer almayan hususlar bakımından, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesi hükmü uygulanır”.

GVK m. 41/5'e göre, gelir vergisi yükümlüleri açısından örtülü kazanç dağıtımının söz konusu olması için, teşebbüs sahibi ile ilişkili kişiler arasında emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak yapılmış bir işlem olması gerekmektedir. Bu işlemin, imalat ve inşaat, kiralama ve kiraya verme, ödünç para alınması veya verilmesi, ücret, ikramiye ve benzeri ödemeleri gerektiren bir mal veya hizmet alım satımı işlemi olması gerekmektedir. Bu durumda, gelir vergisi yükümlülerinin ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine göre tespit ettikleri fiyat veya bedel üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımı yapmış olmaları halinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının söz konusu olmaması gerekir.

## III. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ UNSURLARI

### 1. İşlemlerin İlişkili Kişilerle Yapılması

1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'e göre, Türkiye'deki tam ve dar mükellef gerçek kişi ve kurumların tamamı, ilişkili kişilerle gerek yurtiçi gerekse yurtdışı faaliyetleri ile ilgili olarak

yapılan mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını çerçevesinde değerlendirilecektir.

KVK m. 13/2'de "ilişkili kişi" kavramı, kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi denetimi veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar olarak ifade edilmektedir. Yine, ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme, mülga 5422 sayılı KVK m. 17'de yer alan tanım ile paraleldir<sup>14</sup>.

KVK'nın 13. maddesinin 2. fıkrasında, Bakanlar Kurulu tarafından haksız vergi rekabetine yol açtığı kabul edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılan bütün işlemlerin kötüye kullanmaların önlenmesi amacıyla ilişkili kişilerle yapılmış sayılacağı, dolayısıyla da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

GVK m. 41/5'te ilişkili kişi, teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dâhil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler olarak ifade edilmektedir.

## 2. İşlemlerin Emsallere Aykırılık Oluşturması

Kurumun ilişkili kişi olarak nitelenen kişilerle yaptığı alım satım işlemleri fiyat ya da bedel açısından emsallerine uygun olması gerekir<sup>15</sup>. 5520 sayılı KVK m. 13/3'te emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilere yapılan mal ve hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder.

İlişkili kişilerle yapılan alım satım işlemleri aynı şartlar altında aralarında herhangi bir bağ ve ilişki olmayan biriyle yapılan işlemdeki piyasa fiyatını ya da bedelini yansıtıyorsa işlem emsallere uygun, aksi takdirde emsallere aykırı kabul edilecektir<sup>16</sup>. Emsal bedelin tespitinde işletme içi emsal ve işletme dışı emsal olmak üzere iki unsur bulunmakta-

dır. Emsal kıyaslaması bakımından Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu bir kararında; örtülü kazanç uygulaması yönünde ölçü olarak alınacak fiyatların, işletme içi emsaller arasından seçilmesi gerektiğini; işletme içi emsalin kabul edilmemesi halinde, işletme dışı emsal araştırmasına gidilmesi ve bu emsallerin iyi seçilmiş olmasının önem taşıdığını belirtmiştir. Ayrıca, emsal seçilen kuruluşların iş hacimlerinin kârlılığının, özvarlığının, gelişmedeki çabukluk ve istikrarın, teşhir faaliyetlerinin ürün satışlarına etkisinin, verdikleri hizmetin kapsamı ve kalitesinin, özelliklerinin somut olarak ortaya konularak karşılaştırmada bu noktaların göz önünde bulundurulması gerektiği de belirtilmiştir<sup>17</sup>.

Emsallere uygun fiyat veya bedele ulaşmak için en güvenilir karşılaştırma unsuru olması açısından öncelikle yükümlünün ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde kullandığı fiyat veya bedel, yani iç emsal, karşılaştırmaya esas ölçü olarak alınacaktır. Bu şekilde kullanılan fiyat veya bedellerin bulunmaması veya güvenilir olmaması halinde doğrudan benzeri nitelikteki yükümlü veya kurumların işlemleri yani dış emsal karşılaştırmada esas alınacaktır. Emsallere uygunluğun saptanması amacıyla karşılaştırma yapılması esnasında, gerek iç emsallerin gerekse dış emsallerin birlikte kullanılması da her zaman mümkündür<sup>18</sup>.

Bir kurum, örtülü kazanç dağıttığı iddiasıyla incelemeye maruz kalmak istemiyorsa, belirtilen kişilerle olan işlemlerini işlem anında hiçbir etki olmaksızın iktisadi, teknik ve ticari icaplara göre belirlenen piyasa fiyatına uygun yapmalıdır. Aksi takdirde işlem, transfer fiyatlaması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını sayılır ve kurum kazancının tespitinde indirim kabul edilmez. İlişkili kişilerle, emsallere uygun fiyat ya da bedellerle işlem yapan kurumlar transfer fiyatlaması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına muhatap olmazlar<sup>19</sup>.

Danıştay, serbest bölgelerde örtülü kazanç uygulaması konusunda "...ihraç edilen malların, serbest bölgedeki şirket tarafından aynı gün veya birkaç gün içinde, alış fiyatının çok üstünde bir fiyatla yurt dışındaki müşterilere satıldığı ve kârlılık oranının %73.24 olduğu tespit edildiği olayda, yasa hükmüne göre şirketler tarafından örtülü kazanç yapıldığından söz edilebilmesi için, aynı alanda faaliyet gösteren müesseseler nezdinde emsal araştırması yapılması gerekmektedir. Bu tür bir kıyas-

lama yapılmadan, örtülü kazançtan söz edilemez” şeklinde karar vermiştir<sup>20</sup>.

Danıştay başka bir davada “... inceleme elemanının, bir malın itiraz edilemeyecek emsalinin, yine o malın kendisi olduğu kanaati ile %41 fazla ile mal ihraç edilmesi olayını, örtülü kazancın varlığı için yeterli olduğu görüşü hatalı olup, aynı türden organizasyonu içeren işletmeler bazında yapılacak araştırmalarla elde edilecek veriler dikkate alınmak suretiyle, emsal araştırması yapılarak, örtülü kazanç dağıtımının bulunup bulunmadığının tespiti gerekirken, satışa taraf olan firmanın uygulandığı satış fiyatının esas alınması suretiyle sonuca varılmasında isabet yoktur” şeklinde karar vermiştir<sup>21</sup>.

#### IV. EMSALLERE UYGUN FİYAT YA DA BEDELİN TESPİTİNDE UYGULANACAK YÖNTEMLER

1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'e göre, emsallere uygunluk ilkesinin uygulanabilmesi, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerle ilişkisiz kişiler arasındaki işlemlerin karşılaştırılabilir olmasına dayanmaktadır. Karşılaştırılabilirlik analizi, genel olarak ilişkili kişiler arasındaki mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerindeki koşullarla, aralarında ilişki bulunmayan kişiler arasındaki benzer nitelikteki işlemlerin koşullarının karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Yapılacak karşılaştırılabilirlik analizinde; karşılaştırılmakta olan mal veya hizmetlerin nitelikleri, ilişkili ve ilişkisiz kişilerin yerine getirdikleri işlevler ve üstlendikleri riskler, işlemlerin gerçekleştiği pazarın yapısı (pazar hacmi, pazarın yeri gibi) ve pazardaki ekonomik koşullar ile kurumların iş stratejileri dikkate alınacaktır.

KVK m. 13/4' e göre, kurumlar örtülü kazanç dağıtımını iddiasıyla karşılaşmamak için ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerde uygulayacakları fiyat veya bedelleri,

- Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi,
- Maliyet artı yöntemi,
- Yeniden satış yöntemi kullanarak tespit ederler.

Emsallere uygun fiyata bu yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa yükümlüler, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyecekleri diğer yöntemleri kullanabilirler.

KVK m. 13/4'te yer alan bu düzenlemelere ek olarak 2007/12888 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda da iki yöntem daha belirlenmiştir. Bu yöntemler; “kâr bölüşüm yöntemi” ve “işleme dayalı net kâr marjı yöntemi”dir.

#### 1. Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi

Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, bir yükümlünün uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek ya da tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacakları piyasa ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade etmektedir (KVK. m. 13/IV-a).

Karşılaştırılabilir nitelikte kontrol dışı işlemlerin bulunması durumunda emsallere uygun fiyat ya da bedelin tespiti bakımından emsallere uygunluk ilkesinin en dolaysız ve güvenilir biçimde uygulandığı bir yöntem olması nedeniyle karşılaştırılabilir fiyat yöntemi diğer yöntemlere tercih edilir<sup>22</sup>.

Örnek<sup>23</sup>:

- Türkiye'de yerleşik (A) Kurumu, Türkiye'de bulunan ilişkili kurumu (B)'ye ve ilişkili olmayan (C)'ye bilgisayar satmaktadır.

Aynı ürünün hem ilişkili hem de ilişkisiz şirketlere satılması nedeniyle karşılaştırılabilir fiyat yöntemi uygulanarak emsallere uygun bedel tespit edilebilecektir. Emsallere uygun bedel tespitinde iç emsal kullanılacak olup, iç emsalin kullanılması emsallere uygun bedelin bulunmasında yeterli olduğundan ayrıca dış emsal aranmamalıdır.

- Türkiye'de yerleşik (D) Kurumunun Türkiye'de bulunan ilişkili kurumu (E)'ye satışı dışında aynı ürüne ilişkin ilişkisiz firmalara satışı bulunmamakta olup, Türkiye'de aynı sektörde faaliyet gösteren (X) ve (Y) Kurumlarının benzer nitelikteki ürünü ilişkisiz kişilere sattığı tespit edilmiştir.

Ürüne ilişkin iç emsalin mevcut olmaması nedeniyle, karşılaştırılabilirlik analizi yapılarak gerekli düzeltmeler sonucu, emsallere uygun fiyatın tespitinde Türkiye'de bulunan (X) ve (Y) Kurumlarının benzer nitelikteki ürüne ilişkin işlemlerindeki fiyat yani dış emsaller kullanılabilir.

- Türkiye'de yerleşik (F) Kurumu, Türkiye'de ilişkisiz kuruma satışı dışında ayrıca, Almanya'da bulunan ilişkili kurumu (G)'ye de bilgisayar satmaktadır. Dolayısıyla, aynı ürün hem Türkiye'deki

ilişkisiz kuruma, hem de Almanya'da bulunan ilişkili kurumu (G)'ye satılmaktadır.

Aşağıda belirtilen her bir seçenek için karşılaştırılabilirlik analizi yapılarak gerekli düzeltmeler sonucu belirlenen fiyat, emsallere uygun fiyat olacaktır.

- (F) Kurumunun Almanya'daki ilişkisiz şirketlere de satışı varsa bu satışta uyguladığı fiyatı emsallere uygun fiyat olarak kullanabilecektir.

- (F) Kurumunun Almanya dışında ancak benzer yapıdaki başka bir ülkedeki ilişkisiz şirketlere satışında uyguladığı fiyatı emsallere uygun fiyat olarak kullanabilecektir.

- (F) Kurumunun ürettiği aynı niteliğe sahip ürünü üreten ve Almanya'daki ilişkisiz şirketlere satan Türkiye'deki başka bir kurumun fiyatı emsallere uygun fiyat olarak kullanabilecektir.

Yukarıda belirtilen üç seçeneğin de uygulanmaması durumunda, karşılaştırılabilirlik analiziyle ortaya çıkan farklılıkların düzeltilmesi şartıyla iç emsal yani Türkiye'de yerleşik (F) Kurumunun yine Türkiye'de bulunan ilişkisiz kuruma satış fiyatı emsale uygun fiyat olarak kullanabilecektir.

Türkiye'de yerleşik (K) Kurumu Almanya'da bulunan ilişkili kurumu (L)'ye bilgisayar satmakta olup, aynı ürüne ilişkin Türkiye'de ve Almanya'daki ilişkisiz firmalara satışı bulunmadığı gibi, Türkiye'de bulunan başka bir kurumun da benzer bir ürünü yurt dışına satmadığı tespit edilmiştir. Ancak, Almanya'daki ilişkili (L) Kurumunun benzer niteliklere sahip bilgisayarını İtalya'daki ilişkisiz firmalardan da aldığı bilinmektedir.

Bu durumda, karşılaştırılabilirlik analizi sonucunda farklılıkların büyük olmaması ve düzeltmelerle giderilmesinin mümkün olması şartıyla İtalya'daki şirketin uyguladığı fiyat emsallere uygun fiyat tespitinde kullanılabilirliği gibi, Almanya'daki ilişkisiz şirketlerin aynı nitelikteki ürüne uyguladıkları fiyat da gerekli düzeltmelerin yapılması şartıyla kullanılabilir.

## 2. Maliyet Artı Yöntemi

Maliyet artı yöntemi, emsallere uygun fiyatın, ilgili mal ya da hizmet maliyet bedelinin uygun bir brüt kar oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade etmektedir (KVK. m. 13/IV-b). Brüt kâr oranı aşağıdaki gibi hesaplanır:

$$\text{Brüt kâr oranı} = \frac{\text{Satışlar} - \text{Maliyet}}{\text{Maliyet}}$$

Örnek<sup>24</sup>:

Türkiye'de yerleşik (A) Kurumu, Hollanda'da bulunan ilişkili (B) Kurumuna otomobil lastiği satmaktadır. (A) Kurumunun Hollanda'da bulunan ilişkisiz şirketlere otomobil lastiği satmadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla iç emsal bulunmamaktadır.

Türkiye'de bulunan ve ilişkili olmayan (C), (D) ve (E) Kurumları ise benzer özelliklere sahip otomobil lastiklerini hem yurt içindeki hem de yurt dışındaki bağımsız şirketlere ortalama %10 kâr marjıyla satmaktadır. Örneğimizde otomobil lastiği piyasası Türkiye ve Hollanda'da aynı olup, dış emsal olarak kabul edilecek bu işlemlere ilişkin kâr marjı kullanılacaktır.

(A) Kurumunun lastik başına maliyet bedeli 100 YTL olarak hesaplanmıştır. Bu durumda, maliyet bedeline %10 kâr marjı eklenmesi suretiyle hesaplanan (100 x 1.10=) 110 YTL (A) Kurumunun ilişkili (B) Kurumuna uygulayacağı transfer fiyatı olacaktır.

## 3. Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi

Yeniden satış fiyatı yöntemi, emsallere uygun fiyatın, işleme konu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir bağlantı bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan uygun bir brüt satış karı düşülerek hesaplanmasını ifade etmektedir (KVK. m. 13/IV-c). Söz konusu hesaplama aşağıdaki formül kullanılarak yapılacaktır:

Emsallere Uygun Fiyat veya Bedel = Yeniden satış fiyatı / (1 + Brüt satış kâr oranı)

Örnek<sup>25</sup>:

Türkiye'de tam mükellef (A) Kurumu, Azerbaycan'da bulunan ana şirketi adına Türkiye'de küçük ev aletleri pazarlamaktadır. (B) Kurumu ise Türkiye'de ilişkisiz bir şirket olarak söz konusu ana şirket ile ticaret yapmakta ve benzer ürünleri aynı şekilde pazarlamaktadır. Üründeki küçük farklılıklar dışında kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemler arasındaki farklılık aşağıda belirtilmiştir:

Ana şirket, ilişkisiz (B) Kurumu ile olan işlemlerinde garanti risklerini üstlenirken, ilişkili (A) Kurumu ile olan işlemlerinde garanti riskini üstlenmemektedir.

Ana şirket, ilişkisiz (B) Kurumuna reklâm ve pazarlama malzemelerini ücretsiz sağlarken, ilişkili (A) Kurumu reklam ve pazarlama harcamalarına katlanmaktadır.



Tablo: Örnek Fiyat Hesaplaması

		(YTL)
(A) Kurumunca ilişkisiz kişilere satış fiyatı		3.000
Emsal satış komisyonu		% 10
Emsallere Uygun Fiyat $[3000/(1+0,10)]$		2.727
İşlev ve risk farklılıklarının düzeltimi (-)		30
Reklam ve pazarlama maliyetleri	10	
Garanti maliyetleri	20	
Emsallere Uygun Fiyat		2.697

Örneğimizde, küçük ev aletleri piyasası Türkiye ve Azerbaycan'da aynıdır. (B) Kurumu sattığı küçük ev aletlerinin net satışlar tutarının %10'u kadar komisyon almaktadır. Buna göre, Azerbaycan'da bulunan ana şirket ile (A) Kurumu arasındaki emsallere uygun fiyat aşağıdaki gibi hesaplanacaktır.

İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespiti ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dâhilinde kesinlik taşıır (KVK m. 13/5).

#### 4. Kâr Bölüşüm Yöntemi

Kâr bölüşüm yöntemi, ilişkili kişilerin bir veya daha fazla sayıdaki kontrol altındaki işlemlere ilişkin toplam faaliyet kârı ya da zararının, üstlendikleri işlevler ve yükledikleri riskler nispetinde ilişkili kişiler arasında emsallere uygun olarak bölüştürülmesi esasına dayanan bir yöntemdir (2007/12888 sayılı BKK m. 12).

Bu yöntem, geleneksel işlem yöntemlerinin (karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, maliyet artı yöntemi, yeniden satış fiyatı yöntemi) kullanılmadığı özellikle karşılaştırılabilir işlemlerin olmadığı ve ilişkili kişiler arasındaki işlemlerin birbirinin ayrılmaz bir parçası olduğu durumlarda kullanılmalıdır<sup>26</sup>.

Kâr bölüşüm yönteminde, önce ilişkili şirketlerin yaptığı işlemten ortaya çıkan paylaşılacak kâr tespit edilir. Daha sonra bu kâr, ilişkili şirketler arasında paylaşılır. Kârın bölüşümü, emsallere uygunluk ilkesine göre yapılmış anlaşmalardaki tahmin edilen ve yansıtılan şekilde, güçlü ekonomik gerekçelere dayanarak yapılmalıdır. Kontrol

altındaki işlemlerden elde edilen toplam kâr iki aşamada paylaşılır. İlk aşamada, ilişkisiz şirketlerin benzer türdeki kontrol dışı işlemlerden elde ettikleri kâr marjı dikkate alınarak, her ilişkili şirketin toplam kâr içerisinde alacağı kâr miktarı belirlenir. İkinci aşamada, ilk aşamada ilişkili şirketlere yapılan kâr dağıtımından sonra toplam kârdan geriye kalan bakiye kâr var ise, bu kâr üstlendikleri işlevler ve yükledikleri riskler nispetinde ilişkili şirketler arasında tekrar dağıtılmak suretiyle, ilişkili şirketlerin kontrol altındaki işlemlerden elde ettikleri kârlar yeniden hesaplanır. Dolayısıyla, gerekli düzeltimlerin yapılması sonucu, ilişkili kişilerin kontrol altındaki işlemlerde uygulayacağı emsallere uygun fiyat tespit edilir<sup>27</sup>.

#### 5. İşleme Dayalı Net Kâr Marjı Yöntemi

İşleme dayalı net kâr marjı yöntemi, mükellefin kontrol altındaki bir işlemde; maliyetler, satışlar veya varlıklar gibi ilgili ve uygun bir temele dayanarak tespit ettiği net kâr marjının incelenmesi esasına dayanan bir yöntemdir (2007/12888 sayılı BKK m. 13).

İşleme dayalı net kâr marjı yönteminin uygulanması maliyet artı ve yeniden satış fiyatı yönteminin uygulanmasına benzerlik göstermektedir. İşleme dayalı net kâr marjı yöntemi ile bu yöntemler arasındaki fark, diğer iki yöntemde brüt kâr marjı hesaplanırken, bu yöntemde net faaliyet kâr marjının hesaplanmasıdır. Bu yöntemde de karşılaştırılabilirlik analizi yapılacaktır. Ancak işlevlerde farklılık olsa dahi, net faaliyet kâr marjı, bu farklılıktan maliyet artı ve yeniden satış fiyatı yönteminde dikkate alınan brüt kâr marjına göre daha az etkilenmektedir<sup>28</sup>.

### V. TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITAN KURUM TARAFINDAN YAPILACAK DÜZELTME İŞLEMLERİ

KVK m. 13/6'ya göre "Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, gelir ve kurumlar vergisi kanunlarının uygulanmasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış

## Maliye Bakanlığı, geç kalan Bakanlar Kurulu Kararı'nın çıkmasını beklemeden Genel Tebliğ çıkarmış, yetkisini aşmıştır.

kar payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır”.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım şartlarının gerçekleşmesi halinde, örtülü kazanç dağıtan kurum tarafından işlemin yapıldığı geçici vergi döneminde hesaben gerekli düzeltme işlemleri yapılabilecektir<sup>29</sup>.

Örtülü kazanç dağıtılan tarafından da aynı dönem içinde düzeltme yapılabilmesi mümkündür. Düzeltmenin geçici vergi döneminden sonra yapılması halinde, örtülü kazanç dağıtan kurum tarafından verilen düzeltme beyannamesi ile tahakkuk eden vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şartıyla, örtülü kazanç dağıtılan tarafından da (bir sonraki geçici vergi döneminde) düzeltme yapılabilecektir<sup>30</sup>.

Örtülü kazanç dağıtılan kişinin tam mükellef kurum olması durumunda, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç tutarı kâr payı geliri olarak dikkate alınacak olup, şartların varlığı halinde iştirak kazançları istisnasından yararlanılacak ve düzeltme işlemi gerçekleşecektir. Düzeltme yapılabilmesi için ilgili tutarın örtülü kazanç dağıtan mükellef tarafından ödenmesi gerekmektedir. Bu tutar ödendikten sonra, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılan mükellefin bu düzeltmeleri ilgili dönem beyannameleri üzerinde yapması gerekmektedir<sup>31</sup>.

Örtülü kazanç dağıtılan kişinin dar mükellef kurum, gerçek kişi, vergiye tabi olmayan veya vergiden muaf olan herhangi bir kişi olması halinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç tutarı, örtülü kazanç dağıtılan nezdinde, 13. maddede belirtilen şartların gerçekleştiği

hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı olarak kabul edilecektir. Bu şekilde dağıtılmış kâr payı net kâr payı tutarı olarak kabul edilecek ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden vergi kesintisine tabi tutulacaktır<sup>32</sup>.

## VI. SONUÇ

Yeni KVK ile düzenlenen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım, eski KVK'nın uluslararası gelişmeler karşısında yetersiz kalması sonucu, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'nın (OECD) yaklaşımı temel alınarak hazırlanan bir vergi güvenlik önlemidir.

Yasa 2006 yılında çıkmasına rağmen, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım konusunda Bakanlar Kurulu Kararı gecikmeli olarak çıkmıştır. KVK m. 13/7 gereğince, bu konuda düzenleme yetkisi sadece Bakanlar Kurulu'na ait iken Maliye Bakanlığı, geç kalan Bakanlar Kurulu Kararı'nın çıkmasını beklemeden Genel Tebliğ çıkarmış, yetkisini aşmıştır.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının düzeltilmesi yoluyla yapılan vergilendirmede vergi yükü, normal yollardan yapılan kazanç dağıtımındaki vergi yükünden daha az olacaktır. Bu da mükelleflerin normal kâr dağıtım yoluyla kazanç dağıtımını yapmayıp, dönem içinde örtülü kazanç dağıtıp, dönem sonunda ise gerekli düzeltmeleri yaparak vergi planlaması yapmalarına yol açabilecektir<sup>33</sup>.

Yapılan düzenlemeleri incelediğimizde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım konusunda önümüzdeki günlerde de tartışmalar devam edecek gibi görünmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 RG. 21.06.2006, 26205 .
- 2 5422 sayılı KVK'nın 17. maddesi hükmü aşağıdaki gibidir: “Aşağıdaki hallerde, kazanç tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılır:
  - 1- Şirket kendi ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpmak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunuyorsa,
  - 2- Şirket, (1) numaralı fıkrada yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpmak derecede

yüksek veya düşük bedeller üzerinden kiralama veya kiraya verme muamelelerinde bulunuyorsa,

- 3- Şirket, (1) numaralı fıkrada yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpmak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para verirse,
- 4- Şirket, ortaklarından veya bunların eşleri ile usul ve furdandan ve 3. dereceye kadar (dahil) kan ve sıhri hısımlarından şirketin idare meclisi başkan veya üyesi, müdürü veya yüksek memuru durumunda bulunanlara emsaline göre göze çarpmak derecede yüksek aylık, ikramiye, ücret verir veya benzeri ödemelerde bulunuyorsa".
- 3 RG. 18.11.2007, 26704.
- 4 RG. 06.12. 2007, 26722.
- 5 Selahattin TUNCER, "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Yaşanan Kaos", Yaklaşım, Yıl: 16, S. 182, Şubat 2008, s. 16.
- 6 Doğan ŞENYÜZ, Açıklamalı ve Yorumlu 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Yaklaşım Yay., Ankara 2007, s. 50.
- 7 Mualla ÖNCEL, Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Yayın No: 131, Ankara 1978; s. 5; Mualla ÖNCEL/Ahmet KUMRULU/Nami ÇAĞAN, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara Eylül 2006, s. 341.
- 8 Bir transfer fiyatlandırması standardı olan "emsallere uygunluk ilkesi", OECD Vergi Anlaşması Modeli'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, "Bağlı iki işletme arasındaki ticari ve mali ilişkilerde oluşan veya oluşturulan koşullar, bağımsız işletmeler arasında oluşması gereken koşullardan farklılaştığı takdirde, olması gereken fakat bu koşullar nedeniyle oluşmayan kâr, o işletmenin kârına eklenir ve vergilendirilir". Bağlı işletmeler ise, ana şirket, yavru şirketleri ile ortak kontrol altındaki işletmelerdir. Billur YALTI SOYDAN, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, Beta Yay., 1995, s. 294; Billur YALTI SOYDAN, "Çokuluslu İşletmeler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlaması Rehberi", Vergi Sorunları, S. 91, Nisan 1996, s. 108-109.
- 9 ŞENYÜZ, s. 51.
- 10 YALTI SOYDAN, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 292; İYMMO, Yeni Kurumlar Vergisi Taslağında Uluslararası Transfer Fiyatlandırmasına İlişkin Rapor, İstanbul, 15 Mayıs 2006, s. 3. <http://istanbulymmo.org.tr/iymmo/DOSYALAR/Maliplatpofm/25.yeni.kurumlar.vergisi.taslaginda.uluslararası.transfer.fiyatlandırmasına.ilişkin.düzenlemeler.pdf> (erişim:24.06.2007)
- 11 Billur YALTI, "Transfer Fiyatlandırmasında Vergi Anlaşması Uygulaması", Vergi Sorunları, S. 222, Mart 2007, s. 9.
- 12 Kanun No: 5615, RG. 04.04.2007, 26483.
- 13 Özgür BİYAN, "5615 Sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", E-Yaklaşım, S. 46, Mayıs 2007. <http://www.yaklasim.com> (erişim: 29.06.2007)
- 14 İsmail IŞIK/ Mehmet ÇABUK, Vergi, Muhasebe ve Dış Ticaret Açısından Serbest Bölgeler, Maliye ve Hukuk Yay., Ankara 2007, s. 386.
- 15 ŞENYÜZ, s. 52.
- 16 ŞENYÜZ, s. 53.
- 17 Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 17.01.1997, E. 1995/415, K. 1997/6. (İlhan KIRIKTAŞ, "Serbest Bölgelerde Olası İnceleme Riskleri (Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Muvazaalı İşlemler)-II", Yaklaşım, Yıl: 13, Sayı: 153, Eylül 2005, s. 135.)
- 18 Mehmet Akif ÖZMEN, 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Rehberi ve Revizyon, Yaklaşım Yay., Ankara 2007, s. 524.
- 19 ŞENYÜZ, s. 54.
- 20 Danıştay 4. Daire, 22.02.2007, E. 2006/1865, K. 2007/485. Aynı yönde, Danıştay 4. Daire, 15.02.2007, E. 2006/2709, K. 2007/395. (Yaklaşım, Yıl: 15, Sayı: 176, Ağustos 2007, s. 285-287.)
- 21 Danıştay 4. Daire, 06.02.2007, E. 2006/1969, K. 2007/198. (Yaklaşım, Yıl: 15, Sayı: 176, Ağustos 2007, s. 287-288.)
- 22 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 5.1.
- 23 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 5.1.
- 24 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 5.2.
- 25 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 5.3.
- 26 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 5.4.
- 27 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 5.4.
- 28 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 5.5.
- 29 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 9.1.
- 30 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 9.1.
- 31 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 9.2.
- 32 Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, Seri No: 1, para 9.3.
- 33 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan ÖCAL, "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Kâr Dağıtımı Daha mı Avantajlı?", Yaklaşım, Yıl: 16, S. 181, Ocak 2008, s. 54-58.

**Av. Cem ALIŞIK**

Profandum Rechtsanwalte ALIŞIK &amp; ERÇELİ Partnerschaft

# Almanya'da Süreli İş Sözleşmeleri

## 1.Yasal düzenleme

Sürekli ve hızlı değişen iş dünyasında işverenlerin ekonomik anlamda atık çalışanlarla süresiz iş sözleşmeleri yapmaları oldukça güçtür.

Fakat kanun yapıcılarına göre Federal Almanya'da iş bakımından süresiz iş sözleşmelerinin olağan sayılması ve sosyopolitik açıdan gelecekte de boye kalması gerekir.

Bu çelişki birçok sorunu beraberinde getirmiş ve 2001 yılında Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesine sebep olmuştur.

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde süreli iş sözleşme şartları Kısmi ve Süreli İş Kanunu (TzBfG) ile belirlenir.

Eğer bir sözleşme süresi takvimsel olarak belirlenmiş veya çeşit, amaç veya işin niteliği itibari ile yapılmış ise bu sözleşme belirli süre için yapılmış iş sözleşmesi olarak tanımlanır. Süreli iş sözleşmelerin geçerliliği TzBfG'nin 14. maddesi ile belirlenir.

TzBfG'nin 14. maddesi şoye der:

(1) Objektif bir koşula dayandırıldığı takdirde süreli iş sözleşmesi geçerli sayılır. Objektif bir koşul özellikle,

1. İş hizmeti açısından işletme talebi geçiciyse,
2. Süre tayini akabinde mesleki eğitim veya tahsil geekleşirse,

3. İşçinin müteakip istihdama geçişini kolaylaştırmak,

4. İşçinin başka bir işçiyi temsil için görevlendirilmesi,

5. İşin niteliği süre tayinini gerektiriyorsa,

6. Süre tayini deneme amaçlı ise,

7. İşçinin zel durumu itibarı ile süre tayini gerektiriyorsa,

8. İşçinin creti süreli istihdam için belirlenmiş ödeneklerden karşılanıyor ve buna göre istihdam ediliyorsa veya süre tayini adli mukayeseye dayanıyorsa olur.

(2) Bir iş sözleşmesinin takvimsel olarak bir süre ile sınırlandırması objektif bir neden mevcut olmadıkça iki yıl geçerlidir. Bu toplam iki yıllık süre içinde süreli iş sözleşmesi azami  kez uzatılabilir. Cümle 1'e göre aynı işverenle daha önce süreli veya süresiz bir iş sözleşmesi yapılmışsa tekrar süreli bir sözleşme yapılamaz. Cümle 1'e bağlı kalmamak suretiyle tarife sözleşmesi ile temdit sayıları veya azami süre tayini belirlenebilir. Bu şekildeki bir tarife sözleşmesi kapsamında tarifeye bağlı işçi ve işverenler tarifenin uygulanması konusunda anlaşma yapamazlar.

(2a) Bir işletmenin kuruluşundan itibaren ilk dört yıl içerisinde iş sözleşmesinin objektif bir neden olmaksızın dört yıl süre ile sınırlandırılması geçerlidir. Bu toplam dört yıl içerisinde süreli



Her ne kadar iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekirse de, süre anlaşmasının yazılı bir şekilde yapılması gerektiğinden dolayı, yazılı şekil zorunluluğu tüm sözleşmeyi etkilemektedir.

İş sözleşmesi defalarca uzatılabilir. Ancak bu uygulama, işletme ve şirketler gurubunun hukuksal olarak yapı değişikliği sonucu kurduğu yeni kuruluşlar için geçerli değildir. İşletmenin kuruluş tarihi için esas olan, Federal Almanya Vergi Kanunu'nun 138. maddesine göre faaliyetin Belediye veya Vergi Dairesine bildirilmesidir. Sözleşmenin süre tayini konusunda 1.maddenin 2.bendindeki 2 den 4 e kadar olan noktalar aynen geçerlidir.

(3) Eğer işçi süreli iş sözleşmesi esnasında 52 yaşını doldurmuş ve süreli iş sözleşmesi öncesi Federal Almanya Sosyal Güvenlik Yasası'nın 119. maddesine göre en az 4 ay işsiz kalmış, kısa mesai ücreti almış ve Sosyal Güvenlik Yasası'na göre resmi teşvikli bir çalışma tedbiri içerisinde yer almışsa, iş sözleşmesi objektif bir neden olmaksızın 5 yıl süre ile geçerli olup bu 5 yıl içerisinde defalarca uzatılabilir.

(4) İş sözleşmesinin süre ile sınırlandırılması yazılı bir şekilde yapılır.

## 2. Yazılı şekil zorunluluğu

Bir iş sözleşmesi yapılması belli bir şekle bağlı olmamakla birlikte sözlü veya kararlı bir tutum ile de gerçekleştirilebilir. Eğer taraflar süreli bir iş sözleşmesi yapmak isterlerse süre anlaşmasının Federal Alman Medeni Kanunu'nun 126. maddesi gereğince Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesinin 4. bendine göre yazılı bir şekilde yapılması gerekir. Sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ile işçinin dikkati özellikle belirlenen süreye çekilir (uyarı fonksiyonu). Her iki taraf işçi işe başlamadan önce süre anlaşmasını imzalamak zorundadır. Yazılı bir şekilde yapılmadığı takdirde süre anlaşması Medeni Kanun'un 125. maddesinin 1. bendine göre geçerli sayılmaz.

## 3. Yazılı şekil zorunluluğuna uyulmamasının sözleşmeye tesiri

Her ne kadar iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekirse de, süre anlaşmasının yazılı bir şekilde yapılması gerektiğinden dolayı, yazılı şekil zorunluluğu tüm sözleşmeyi etkilemektedir. İş sözleşmesi ve süre anlaşması bir birlik teşkil ettiğinden ötürü süre anlaşması yazılı yapılmadığı takdirde tüm sözleşmenin geçerliliğini yitirip yitirmediği tartışılmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 139. maddesi uyarınca şüphe halinde sözleşmenin tümü geçersiz sayılır. En azından işverenin süreli iş sözleşmesi yerine süresiz sözleşme yapma niyetinin bulunmadığı düşünülürse sözleşmenin geçersiz olması daha mantıklı gibi görünmektedir. Fakat bu durum işçinin korunulması gereken haklarının ağır ihlali anlamına gelir. Bu nedenle Federal Alman Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 16. maddesine göre geçersiz süre anlaşması durumunda iş sözleşmesi süresiz olarak yapılmış sayılmaktadır. Federal Alman Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 16. maddesi "lex specialis" olarak Alman Medeni Kanunu'nun 139. maddesini devre dışı bırakmaktadır. Ancak işçinin süre anlaşmasının geçersiz olduğunu süre bitimini takiben üç hafta içinde mahkemeye başvurarak dermeyan etmesi gerekmektedir.

Yazılı şeklin dışında süre anlaşmasının geçerlilik kazanması için yerine getirilmesi gereken başka şartlar mevcuttur. Burada süreye bağlı ve amaca bağlı süreli sözleşmelerini ayırtdilmesi gerekmektedir.

### a) Amaca dayalı sürelendirme

Federal Alman Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesi 1. bend, 2. cümle, No: 1 uyarınca esaslı bir sebep iş hizmeti açısından işletme talebinin geçiciyse mevcuttur. İşletme talebinin sürekli faaliyetlerin dışında olması ve bu faaliyetlerle bağlantılı olmaması gerekmektedir.

İşverenin sözleşme sırasında teklif edilen işin belirli bir süre içerisinde tamamlanacağına dair bir tahminde bulunması şarttır. Söz konusu tahmin esaslı sebebin bir parçasıdır ve işverenin belirlediği proje için yapılır. İşletmede işçinin çalışabileceği daha uzun vadeli başka projelerinin olması önem taşımamaktadır.

Belirtildiği gibi sadece süre anlaşmasının yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Esaslı sebep ve sözleşmenin diğer şartlarının yazılı olarak belirlenmesi şart değildir. Esaslı sebep için sadece objektif geçerlilik şarttır ve taraflar arasında hangi esaslı sebebin somut olarak geçerli olacağı konusunda bir anlaşmaya varılması gerekmemektedir. Pratik açıdan zaten bu sebebin somut olarak belirlenmesi örneğin bir dava esnasında zararlı olabileceğini dikkate almak lazımdır. Sözleşmede belirtilen esaslı sebebin hukuki açıdan temelsiz olduğunu iddia eden işçi mahkemeye başvurarak bu sebebin gözden geçirilmesini talep edebilir. Esaslı sebebin sözleşmeye alınmaması işverene duruşma esnasında yorum serbestliğini getirmektedir ve bu nedenle kendisini bağlamaz.

## b) Takvimsel sürelendirme

Sözleşmenin sürelendirilmesinin geçerliliği Federal Alman Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesi 1. bendi, 1. cümle uyarınca içerik olarak esaslı bir sebep şart koşmaktadır. Ancak aşağıda belirtilen durumlarda bu şart aranmaz:

Takvimsel sürelemdirmenin azami iki yıllık olması. Aynı işveren ile daha evvel süreli ya da süresiz bir iş sözleşmesi mevcut olması durumunda böyle bir sürelemdirmenin caiz olmayışı önemli bir kısıtlama teşkil etmektedir.

Takvimsel sürelemdirmenin işletmenin kuruluşundan sonra ilk dört yıl içerisinde yapılması,  
ve

“yaşlılıktan ötürü sürelendirme”.

Kanun koyucu Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesi, 2. bend hükümü ile genel olarak yapılması gereken ve süresiz iş sözleşmesinin bir istisnası olan esaslı sebep sürelemdirmesininin bir istisnasını yaratmıştır.

Kanun koyucu işçinin kendisine değiştirilmiş sözleşme koşullarının önüne sürülmesinin cezbi ile ön çalışmada gösterdiği başarılı performanstan sonra süresiz bir iş sözleşmesi yapılmasındaki karşı menfaatlerini dile getirmemesini ve başka bir şey söyleyerek yahut aynı ya da başka bir işverende başka bir iş bulma gayreti göstermeden yeniden sebepsiz süreli çalışmayı onaylamasını önlemek istemiştir.

Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesi 2. bendinde sebepsiz takvimsel sürelendirme yap-

mak için sunduğu genel imkânın yanı sıra 2 a bendinde iş kurucularına özel sürelendirme imkânları da ön görülmüştür. 2 a bendinin kullanımı için bir işletmenin kuruluşu şarttır. Dolayısıyla mevcut bir işletmenin başka bir işyeri açması yeterli değildir. Takvimsel olarak 4 yıla kadar sürelendirilmiş iş sözleşmesinde bulunma imkanı işletme faaliyete geçtikten sonra ilk dört sene içinde mevcuttur. Kanun gerekçesine göre dört yıllık sürenin başlangıcı iş sözleşmesinin yapıldığı tarihe değil, üzerinde mutabık kalınan işe başlangıç tarihine bağlıdır. Bundan işverenin kuruluşundan sonra daha dördüncü yılın son gününe kadar sebepsiz sürelendirilmiş iş sözleşmeleri yapma imkânına sahip olduğu ve bunları dört yıllık azami süreye kadar defalarca uzatabileceği anlaşılır. Örneğin, 1.1.2001 tarihinde kurulmuş olan bir işletme işçisiyle 1.7.2004 tarihinde başlayan iş sözleşmesinin 30.6.2005 tarihine kadar takvimsel sürelendirilmesi ve bundan sonra takvimsel sürelemdirmenin defalarca 30.6.2008 tarihine kadar uzatılması konusunda mutabık kalabilir.

## 4. Zincirleme sürelemdirmelerin hukuken caiz olup olmaması ve takip yasağı

Genel olarak sürelemdirilmiş iş sözleşmelerini defalarca art arda da olsa yapmak hukuki olarak caizdir. Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesi, 2. bendi, 1. cümlesi uyarınca sebepsiz sürelemdirilmiş bir iş sözleşmesinin en çok üç defa iki yıllık bir toplam süreye kadar uzatılması caizdir. Bu kapsamda toplam dört defalık aralıksız takvimsel sürelemdirme mümkündür.

İş sözleşmesi örneğin 1.4.2006 tarihinde başlarsa, sebepsiz olarak 31.3.2008 tarihine kadar sürelemdirilebilir. Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesi, 2. bend, 1. cümlesine göre uzatılacak sözleşmenin geçerlilik süresi içerisinde uzatılmasını ve bu uzatmanın sadece sözleşme süresini değiştirmemesini, diğer iş koşullarını değiştirmemesini ön şart olarak koşar. Bu, değiştirilen iş koşullarının işçinin lehine olması durumunda bile geçerlidir. Aksi takdirde yeniden sürelemdirilmiş bir iş sözleşmesine varılır ki bu da sebepsiz sürelemdirme halinde aynı işverenle daha evvel bir iş sözleşmesi mevcut olduğundan, Kısmi ve Süreli İş Kanu-

nu'nun 14. maddesi, 2. bend, 2. cümle uyarınca caiz değildir. Uzatma anlaşması Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesi, 4. bend uyarınca yazılı yapılması gerekmektedir.

İş sözleşmesinin sebepsiz sürelendirilmesinin Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesinin, 2. ya da 2 a. bendi kapsamında mümkün olup olmadığı araştırılırken, ilk olarak Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesi, 2. bend, 2. cümlesindeki "takip yasağı"nın buna engel teşkil edip etmediği araştırılmalıdır. Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. bend, 2. cümlesi uyarınca aynı işveren ile daha evvel süreli ya da süresiz iş sözleşmesi yapılmış ise, sebepsiz sürelendirilme caiz değildir. Kanun metnine göre sebepsiz sürelendirilme Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. maddesi 2. bendi uyarınca pratikte işçinin işveren tarafından ilk işe alınmasında mümkündür. Ondan dolayı, işverene işçiden daha evvel aynı işverende çalışmadığına dair bir açıklamanın temin edilmesi tavsiye edilir.

Bu bağlamda, sadece meslek eğitim anlaşmalarının takip yasağının kapsamında iş anlaşmalarına dahil olup olmadıklarına yüksek mahkemelerce karar verilmemiştir. Bu açıdan, güncel hayatta ihtiyatlı olmak gerekir. Hukuki durum örneğin daha evvel stajyer olarak çalışmış olanlarda da belli değildir. Okul ya da sömestr tatilinde yapılan yardımcı işlerin kastedilmesi halinde, bu sebepsiz sürelendirilmeye engel teşkil eden bir iş anlaşmasıdır.

Takip yasağı aynı işyerindeki daha evvel gerçekleşmiş bir çalışmışlıkla değil, sözleşmedeki işverenin her iki sözleşmede aynı olmasıyla bağlantılıdır. Sözleşmedeki işveren işçiyle iş sözleşmesi yapan gerçek ya da tüzel kişidir. Dolayısıyla, yeni işveren ile ortak bir işletmesi bulunan bir işletme ile daha evvel yapılmış iş sözleşmesi sebepsiz sürelendirilmeye mani değildir. Aynı sınaî birliğin değişik işletmeleri Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. madde, 2. bend, 2. cümle anlamında aynı işveren değildirler. İki işletme birleşirse, alan ile alınan işletme Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 14. madde, 2. bend, 2. cümle anlamında aynı işveren değildir, çünkü alınan işletme birleşmenin gerçekleşmesiyle mevcudiyetini kaybeder. Bir işletmenin devriyle alakalı şunların ayırt edilmesi gerekir: Eğer iş ilişkisi işletmenin devrinin gerçekleşmesinden evvel bittiyse, Alman Medeni Kanunu

uyarınca alıcının üzerine geçmez. Ondan dolayı takip yasağı alıcı ile yapılacak iş sözleşmesinin sonraki sebepsiz sürelendirilmesine mani değildir. İş sözleşmesinin devredenden alıcıya geçmesi durumunda ise, ne devreden ne alıcının sonradan işçiyle sebepsiz sürelendirme anlaşması yapması caizdir.

Federal Almanya'da Kısmi ve Süreli İş Kanunu'nun 2001 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte yukarıda değinilen tartışmalı birçok konu ortadan kalkmış oldu. Düzenlemeler her ne kadar değişen iş dünyasını ve işverenlerin ekonomik durumlarını göz önünde bulundursa da, işçinin tüm haklarını kararlılıkla korumaktadır.

Nağme N. HOZAR, LL.M.\*

MESS Müşavir Avukatı

## İş Güvencesine İlişkin Düzenlemelerin İşçiye Sağladığı Haklardan Önceden Feragat Mümkün Müdür?

### FEDERAL ALMAN İŞ MAHKEMESİ<sup>1</sup>

**Esas No** : 2 AZR 45/06

**Tarihi** : 10/05/2007

Davacı, 1980 yılından beri işyerinde istihdam edilen çalışanın ebeveyni ve kanuni mirasçısıdır. Davalı işveren, çalışanın iş sözleşmesini işletmeden kaynaklanan nedenlerle ihbar öneli vererek fesheder. İşveren fesih yazısında, "Feshe Karşı Koruma Yasası"nın (KSchG) 1 a paragrafına uygun olarak, çalışana iş güvencesi davasından vazgeçmesi karşılığında 30.000 Euro'luk tazminat vermeyi teklif eder. İşveren fesih yazısında, çalışanın tazminat almaya ancak ihbar süresinin dolmasıyla birlikte hak kazanacağını ayrıca belirtmez. Çalışan, üç haftalık dava açma süresi içeri-

sinde iş güvencesi davası açmaz ve böylece işverenin tazminat teklifini kabul etmiş olur.

Ancak, çalışan ihbar süresinin dolmasına birkaç gün kala vefat eder. Çalışanın kanuni mirasçıları olarak ebeveynleri işverenden tazminatın ödenmesini talep ederler.

Çalışan veya kanuni mirasçıları, iş ilişkisinin ihbar süresinin dolmasından önce herhangi bir nedenle son bulması halinde tazminat almaya hak kazanmayacaklardır. Kanundan doğan bu hak ile ilgili işveren çalışanı bilgilendirmek zorunda değildir.

Tazminat hakkı, ihbar süresinin dolması ile birlikte geçerlilik kazanır. Çalışan, ihbar süresinin dolmasına birkaç gün kala vefat etmiştir. Çalışanın, tazminatı hak etme tarihinden önce vefat etmiş olması tazminat alma hakkını ortadan kaldırmıştır. Bu nedenle kanuni mirasçılar çalışanın feragat karşılığı alacağı tazminatını talep edemezler.



## I. Karara Konu Olan Olay

İş sözleşmesini işletmeden kaynaklanan nedenlerle işçiye ihbar süresi vererek fesheden işveren, işçinin, iş güvencesi davasından vazgeçmesi karşılığında ona, 30.000 Euro'luk tazminat vermeyi teklif etmiş, işçi de, üç haftalık dava açma süresi içerisinde davayı açmayarak işverenin bu teklifini kabul etmiştir. Ancak işçinin iş sözleşmesi, henüz ihbar süresi dolmadığı için sona ermemiş, işçi, bu yüzden işyerinde çalışmaya devam etmiştir. İşçinin ihbar süresinin dolmasına az bir zaman kala vefat etmesi üzerine kanuni mirasçıları işverenin işçiye iş güvencesi davasından vazgeçmesi karşılığında ödemeyi taahhüt ettiği miktarı talep etmiştir. Ancak Alman mevzuatına göre, işçi, henüz ihbar süresi dolmadan vefat ettiği için kanuni mirasçıları işverence teklif edilen tazminatı almaya hak kazanamayacaktır. Federal Alman İş Mahkemesi'ne göre; her ne kadar işveren, işçiye yapmış olduğu teklifte tazminata, ihbar süresinin dolması ile birlikte hak kazanılabileceğini açıkça belirtmemişse de kanundan doğan bu hak ile ilgili işveren çalışanı bilgilendirmek zorunda değildir.

Alman hukukunda, iş sözleşmesi sona erdikten sonra iş sözleşmesinin feshine bağlı haklardan ve özellikle feshe karşı koruma hükümlerinden işçinin vazgeçebilmesi mümkündür. İşçinin feshe karşı koruma hükümlerinden vazgeçerken bu konuda düzenlenen ibranamelerde iradesinin açık bir biçimde ifade edilip edilmediği denetlenmektedir. Alman hukukunda işçinin iş sözleşmesinin feshine bağlı haklarından fesih öncesinde vazgeçebilmesi ise mümkün değildir. Böyle bir sözleşme, mutlak olarak geçersiz sayılmaktadır<sup>2</sup>.

## II. Kararın İncelenmesi

İncelememizde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin düzenlemelerinin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragatin mümkün olup olmadığı hususu tartışılacaktır. İşçinin, Kanun'un kendisine sağladığı iş güvencesi hükümlerinden önceden feragat etmesine, son dönemde Türk hukuku uygulamalarında sıkça rastlanılmaktadır. Bu yüzden ki, konu, doktrin tarafından tartışılmaktadır.

İş Kanunu'nun "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlıklı 21. maddesine göre; "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebe-

**Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda belirtildiği üzere, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden "önceden" feragat etmek geçerli değildir.**

bin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.

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

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir."

Öğretide kimi yazarlar ve Yargıtay, maddenin son fıkrasında yer alan hükümden, Kanun ile getirilen iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına yönelik anlaşmaların mümkün olamayacağını anlaşılmaması gerektiğini belirtmektedir.

İlk önce 4773 sayılı Kanun, daha sonra 4857 sayılı İş Kanunu ile mevzuatımıza giren "iş güvence-

si” kavramı Türk hukukunda yeni bir dönem başlatmıştır. İş güvencesine ilişkin kabul edilen hükümler, işçinin, işverenin keyfi fesihlerine karşı korunması için getirilmiştir. Ne var ki, Kanundaki düzenlemeler, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçların tümüne cevap verebilecek nitelikte bulunmamaktadır çünkü çalışma yaşamı dinamik bir yapıya sahiptir. Çalışma yaşamını düzenleyen kanunların da bu dinamizme uyum sağlaması, işletmeler ve çalışma barışı için en önemli gereksinimlerden biridir. Zaten, kanun koyucunun uygulamada ortaya çıkacak her sorunu öngörebilmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun, önceden görülebilecek sorunları belirleyip bunlara çözüm üretmesi olarak tanımlanan kazuistik yöntemle göre hazırlanan kanunlar, ayrıntılı yazıldıkları için değişen koşullara ve zamana uyarlanamamaktadır. Çünkü kazuistik sistemin çerçevesi dar olup kanunu uygulayanların hareket alanı daralmakta, kısacası bu sistemde kanunlar, esnek olamamaktadır. İş güvencesine ilişkin yürürlükte olan düzenlemelerimizin çoğu ülke düzenlemesinden daha katı olduğu düşünüldüğünde, mevzuatın açık olmayan hükümlerinin yorumlanmasında ve boşlukların doldurulmasında ihtiyaç duyulan, Kanunun lafzıyla sıkı sıkıya bağlı kalarak yapılacak katı yorumlar değil, kanun hükümlerini esnek ve ihtiyaçlara uygun olarak yorumlamaktır.

İş güvencesi ile getirilen düzenlemelerin amacına bakıldığında esas olan işçinin işe iadesi olmakla birlikte işçiyi işe başlatmak istemeyen işveren, başlatmama karşılığında tazminat ödemekle karşı karşıya kalmaktadır. Ülkemizde, işçinin işverence eski işine iade oranının çok düşük seviyelerde kalması, onun yerine tazminat ödemeyi tercih etmesi karşısında ortaya şöyle bir soru çıkmaktadır. İşçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, ileride karşı karşıya kalabileceği bir işe iade davası neticesinde eğer işçiyi işe başlatmayı düşünmüyorsa, işçi ile anlaşarak, belirli bir miktar ödeme karşılığında işçinin iş güvencesine ilişkin düzenlemelerden feragatini öngören bir anlaşma yapabilir mi? Uygulamada yapılan protokollerde veya işçiden tek taraf-

**Feragate ilişkin irade beyanının açık olması gerektiği unutulmamalıdır.**

lı olarak alınan feragat dilekçelerinde “4857 sayılı İş Kanunu’nun 17-21. maddelerinden kaynaklanan bütün talep ve dava haklarımdan ... TL ödenmesi karşılığında vazgeçiyorum” veyahut işçinin işverene vereceği ibranamede “..... TL ücret ve ... TL tazminatımı alarak işvereni ibra eder ve iş güvencesine ilişkin dava hakkımdan vazgeçerim” şeklinde düzenlemelerle sık sık karşılaşılmaktadır.

Kanaatimizce, İş Kanunu’nda, işçinin feshe karşı koruma hükümlerinden feragatini geçersiz kılabilecek bir düzenleme mevcut değildir. İş Kanunu’nun 21. maddesinin son fıkrasında işe iade davasının sonuçları ele alınmaktadır. Madde gerekçesinde de “maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılmaması için bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır” denilmektedir. Halbuki, burada mevzu bahis olan işe güvencesine ilişkin tazminat veya boşa geçen süreye ilişkin ödenecek ücret ve diğer hakların artırılması ya da azaltılması değil, işçinin, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin kendisine sağladığı güvenceden önceden feragat etmesidir. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlarda belirtildiği üzere, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden “önceden” feragat etmek geçerli değildir. Ancak Yargıtay’dan farklı olarak “önceden” kelimesi ile işçinin işe başlarken veyahut iş sözleşmesi devam ettiği zaman diliminin anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedendir ki; işçinin, iş sözleşmesi feshedildikten sonra iş güvencesine ilişkin haklardan feragat etmesini geçerli saymak gerekir. Feragat, fesih ile aynı tarihi taşıya bile fesih yapıldıktan sonra verilmişse geçerli olmalıdır. İşçi tarafından verilen feragate rağmen işe iade davasının açılmasına imkan tanınması, zaten iş yükü son derece ağır olan yargıyı meşgul etmekten öteye gitmeyecektir. Nitekim, kimi yargı mensupları da işçinin, sonuçta mahkemeye geldiği zaman mahkemenin de kararının bu yönde olacağını, işveren başta tazminatı ödemişse işçinin daha sonra gelip mahkemeyi boşuna işgal edeceğini, böyle bir durumda işçinin, dava açmasının mümkün olmadığı görüşündedir.<sup>3</sup>

Feragat maddi hukuk anlamında bir itiraz olup, hakim dava konusu yapılan hakkın, mahkeme dışında feragat edilmiş olması nedeniyle son bulduğunu öğrenirse bu hususu re’sen gözetmelidir. Ancak feragate ilişkin irade beyanının açık olması gerektiği unutulmamalıdır. İşe iade davasından vaz-

geçmesi karşılığında kendisine ödeme yapılan işçinin, daha sonra bu yöndeki irade beyanını değiştirerek mahkemeye başvurması durumunda, işçi tarafından feragat ilişkin irade beyanının hata, hile veya ikrah nedeniyle fesada uğradığı iddia ediliyorsa, ki genel ispat kuralları uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlü olacak olan kişi işçidir, o zaman davanın esasına girilmesi gerekir.

### III. Doktrindeki Görüşler ve Yargıtay Kararları

Yargıtay 9. H.D.'nin 27.12.2004 tarih, 2004/32713 Esas ve 2005/1005 Karar<sup>4</sup> sayılı kararında, davalı işverence iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 17. maddesine göre ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek feshedilen işçi, işverenle fesih tarihinde düzenlediği protokol gereğince 4857 sayılı Kanun'un 17-21. maddelerinden kaynaklanan bütün talep ve dava haklarından feragat ettiğini bildirmiştir. Yargıtay, feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davası açma hakkının, Kanun'un 21. maddesinde düzenlendiğini, aynı Kanunun son fıkrası uyarınca bu hakkın değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasını öngören sözleşme hükümlerinin de geçersiz olduğunu belirterek söz konusu protokole değer verilmesini geçersiz bulmuştur. Şahlanan<sup>5</sup> kararı değerlendirerek şu sonuca varmıştır: "...İş K.md.21 son fıkrada yer alan hükmün amacı; iş güvencesine ilişkin yasal sistemin parasal yaptırımlarının sözleşmelerle artırılmasının önüne geçmek ve hükme bu anlamda mutlak emredici bir nitelik kazandırmaktır. Karara konu olan olayda hükmün yukarıda belirtilen amacına aykırı bir uygulama söz konusu olmamakla birlikte, fesih tarihinde düzenlenen 14/06/2004 tarihli protokolün 2 inci maddesinde davacı işçinin 4857 sayılı Kanunun 17 ila 21 inci maddelerinden kaynaklanan bütün talep ve dava haklarından feragat ettiği belirtilmiştir. Yüksek mahkeme söz konusu feragat protokolünü de 4857 Kanununun 21 inci maddesinin son fıkrasındaki iş güvencesi hükümlerinin aksine sözleşme yapma yasağı çerçevesinde yorumlayarak isabetli bir sonuca varmıştır. Esasen 21 inci maddenin son fıkrasındaki hüküm olmasa da işçinin iş güvencesine ilişkin dava açma hakkından önceden feragat etmesi kural olarak geçerli değildir. Kuşkusuz bu kural işçinin işe iade davası açtıktan sonra bu davadan feragat etmesine engel değildir<sup>6</sup>..."

Akyiğit<sup>7</sup>'e göre; itiraz hakkı henüz doğmadığı için işe girerken veya iş sözleşmesi devam ederken yapılan vazgeçme geçersizdir. Ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra işçi hukuken ve fiilen itiraz hakkına sahip olduğuna göre bir aylık yasal itiraz süresi içerisinde bir bedel karşılığı veya karşılıksız olarak feshe itiraz hakkından geçerli bir şekilde vazgeçebilir. İtiraz edilmeyeceğine dair yapılan protokol aynı gün ama fesih bildiriminden önce veya fesihle birlikte yapılmışsa geçersizdir. Ancak vazgeçme protokolü aynı tarihte de olsa fesih bildiriminden sonra yapılmışsa itiraz hakkından vazgeçmeye dair kısmi geçerli olmalıdır. Yazar'a göre; feshe itiraz hakkı, İş Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiş olup, vazgeçme işleminin, İş Kanunu'nun 21/son fıkrası uyarınca geçersizlik sonucu ile karşılaşacağı söylenemez çünkü İş Kanunu'nun 21. maddesinde feshe itirazın sonuçları ele alınmaktadır.

Yargıtay 9. H.D.'nin 11.11.2004 tarih, 2004/9481 Esas ve 2004/25644 Karar<sup>8</sup> sayılı kararında iş sözleşmesi işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle feshedilen işçi tarafından, fesih sonrası düzenlenen sulh ve ibraname başlıklı belgede "...hizmet akdinin feshinde usul ve yasaya aykırı bir davranış olmadığı..." kabul edilmiştir. Yargıtay'a göre iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden önceden feragat etmek geçerli değildir. Anılan belge, fesihten sonra düzenlendiğinden sulhname olarak da kabul edilemez. Öte yandan fesih tarihinden kısa bir süre sonra gazeteye verilen ilan ile davacı gibi teknisyenlerin işe alınmak istemesi feshin geçerli bir nedene dayanmadığını göstermektedir. Kararı değerlendiren Ekonomi<sup>9</sup>'ye göre işçinin iş güvencesine ilişkin haklardan vazgeçmesini geçersiz sayan kanuni bir düzenleme yoktur. Kişi, kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanmayacağı gibi açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takip etmeye de zorlanamaz. İşçi, feragati mahkemede dava açmadan önce veya açtığı davanın görüldüğü mahkemeye hitaben yapabilir. Mahkeme dışı feragati işçi, davalıya verdiği bir feragat dilekçesiyle yapabilir veya söz konusu haktan çalışma hayatında yaygın bir uygulama olarak görülen ibranamede, noterde veyahut da tanıklar önünde feragat edebilir. Borçlar Kanunu ile İş Kanunu'nda davadan feragatin iş sözleşmesinin sona ermesinden belirli bir süre geç-

tikten sonra uygulanacağına ilişkin bir kural yoktur.

Yargıtay 9. H.D.'nin 26.01.2005 tarih, 2004/30599 Esas ve 2005/1515 Karar<sup>10</sup> sayılı kararında; işverence işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı Yasa'nın 17/d maddesi gereğince feshedilmiş olup ancak ihbar tazminatı ödendiğinin kanıtlanmadığı, fesih tarihinde davacıya imzalatılan 07.06.2004 tarihli protokol başlıklı belgenin hak kazanılan kıdem tazminatının ödeme planı ile ilgili olduğu, bu belgedeki dava haklarından feragatle ilgili beyanların işçinin gerçek iradesini yansıtmadığı anlaşıldığından söz konusu protokole dayanılarak işe iade isteğinin reddedilmesinin yerinde olmadığı belirtilmektedir<sup>11</sup>. Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararın, diğer kararlarından farklı olduğu kanaatindeyiz. İşçinin, dava haklarından feragatle ilişkin belgedeki beyanının, gerçek iradesini yansıtmadığını belirten Yargıtay, bu beyandan işçinin gerçek

belirlemiştir. Bir aylık sürenin taraflarca kısaltılması mümkün olmadığına göre, işe iade davası açılmayacağını belirten ibra sözleşmesi ya da protokol hükmü bu açıdan da geçersiz sayılmalıdır... İşçiye fesih sırasında olası bir işe iade davasının sonuçlarının peşin olarak ödenmesi avans niteliğinde olup, dava hakkını ortadan kaldırmamalıdır. İş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar peşin ödenmiş olsa dahi, işe iade davası sonunda işçinin işe başlatılması imkanı mevcut olup, bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılan ödemelerin iadesi gerekir..."

Yargıtay 9. H.D.'nin, 10.07.2006 tarih, 2006/16045 Esas ve 2006/20332 Karar sayılı kararına konu olan olayda, işveren tarafından işçiye, işe iade davasından feragati karşılığında bir miktar ödeme yapılmıştır. Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine ilişkin düzenlemede, iş

## Feragat, iş sözleşmesinin feshi ile aynı tarihi taşıyabilir, önemli olan iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılmış olmasıdır.

iradesinin davadan feragat olduğu anlaşılıyorsa, protokolü geçerli kabul edilecekti diye düşünüyöruz<sup>12</sup>.

Abdurrahman Duran<sup>13</sup>'a göre ise eğer işçiyle işveren arasında iş sözleşmesinin feshinden sonra kıdem ve ihbar tazminatlarının yanı sıra 4 aylık ücret ve 8 aylık veya 6 aylık tazminat da karşılık olarak alınıp bir haktan vazgeçme şeklinde yapılmış bir ibraname düzenlenmişse bunun, hakkın kaldırıldığı bir ibraname olarak kabul edilmesi gerekir<sup>14</sup>.

Şahin Çil<sup>15</sup>'e göre; işçinin iş güvencesi hükümlerinden önceden feragati ile Kanundaki yasaklama arasında bir bağlantı yoktur. Yazar'a göre; "...İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağını öngören ibra sözleşmesi ya da protokol hükmününin geçersizliği sonucuna, yasanın ilgili hükmü yerine, irade fesadı noktasından ulaşmak daha yerinde olabilir. İşe iade davası açılmayacağı taahhüdüne rağmen 1 aylık dava açma süresi içinde işçinin dava açması, ibraname ya da protokolda yer alan bu yöndeki iradesinin fesada uğratıldığı düşüncesini beraberinde getirebilir... Gerçekten yasa koyucu, feshi izleyen bir aylık süre içinde bu davanın açılabilmesini mutlak biçimde

verence işçinin işe başlatıldığı takdirde peşin olarak ödenen ihbar ve kıdem tazminatının boşta geçen süre ücretinden mahsup edileceğini belirtip 4 ay ile 8 ay aylık ücret üzerinden belirlenecek işe başlatmama tazminatı için bir mahsup işlemine yer verilmediğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, işçiden alınan ibranamede, yapılan ödemenin işe başlatmama tazminatı niteliğinde olduğu belirtilmediği gibi, davacının işe iade davasından ödeme karşılığı feragat ettiğinin de anlaşılmadığını, kaldı ki böyle bir feragatin geçersiz olduğunu, ancak davalı işverenin fesih işlemindeki tutumu, yaptığı bu ödeme ve davacının ibraname imzalamış olması gibi nedenlerin işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınır arasında takdir edilmesinde dikkate alınabileceğini belirtip, mahkemece davalı işverence işçiye yapılan ödemenin işe başlatmama tazminatından mahsubuna karar verilmiş olmasını hatalı bulmuştur. Her şeyden önce Yargıtay kararı, kendi içinde bazı çelişkiler taşımaktadır. Kararda hem işe iade davasından ödeme karşılığı feragat ettiğinin anlaşılmadığı, kaldı ki böyle bir feragat olsa bile geçersiz olacağı belirtilmektedir. Madem feragat geçersiz kabul edile-



cekti, o halde neden yapılan ödemenin feragat karşılığı olup olmadığının anlaşılmasının vurgulandığı anlaşılammamaktadır. Kanun maddesinde, işçinin işe başlatıldığı takdirde peşin olarak ödenen ihbar ve kıdem tazminatının boşta geçen süre ücretinden mahsup edileceği belirtildiği için işçiye tazminat adı altında yapılan ödemenin ihbar ve kıdem tazminatlarından indirilemeyeceğine hükmeden Yargıtay'ın, vermiş olduğu bu hükümle, Kanun'un lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak yorum yaptığını kanaatindeyiz.

## Sonuç

İş güvencesine ilişkin düzenlemelerin işçiye sağladığı güvenceden işçinin işe başlarken veyahut iş sözleşmesi devam ederken feragat etmesi geçerli kabul edilemez. Ancak ne zamanki iş sözleşmesi sonra erer, o zaman işçi ve işveren yapacakları bir protokolle veya işçi, işverene vereceği ibranamede iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin kendisine sağladığı haklardan feragat edebilir. Bu feragat, iş sözleşmesinin feshi ile aynı tarihi taşıyabilir, önemli olan iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılmış olmasıdır. Eğer verilmiş böyle bir feragate rağmen işçi, süresi içinde işe iade davası açarsa, yukarıda da belirtildiği üzere, ancak irade beyanının fesada uğradığını iddia ettiği ve bu iddiasını ispat ettiği takdirde davanın esasına girilmelidir. Eğer, irade beyanının fesada uğradığına dair bir iddia yoksa, o takdirde hakimin feragati, re'sen gözetmesi gerekir.

## DİPNOTLAR

- \* Hukuk yüksek lisans derecesi
- 1 <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&sid=55a8aed141cd87e96c8f8dd8093eb307&nr=12026&pos=0&anz=1>
- 2 Erdem Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Şubat 2006, 401.
- 3 Abdurrahman Duran, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukukunda İbraname Uygulamaları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 23 Aralık 2005 Seminer Notları, Genel Görüşme, İstanbul Barosu Yayınları, Haziran 2006, 60.
- 4 Karar için bakınız TÜBA Mevzuatbank Güncel Mevzuat ve Yargı Kararları Bilgi Bankası.
- 5 Fevzi Şahlanan, İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/56/34/>
- 6 Aynı yönde görüş için bakınız Erol Akı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, Ağustos 2006, 318.

- 7 Ercan Akyiğit, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara, Ocak 2007, 294-295.
- 8 Karar için bakınız Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi-Ekonomi-Ekmekçi-Uçum, Yıl: 2006, Cilt:1, Sayı:1, 29-33.
- 9 Münir Ekonomi, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, (8) nolu dipnotta age, 44-45.
- 10 Karar için bakınız TÜBA Mevzuatbank Güncel Mevzuat ve Yargı Kararları Bilgi Bankası.
- 11 Karar ile aynı yönde görüş için bakınız Emine Tuncay Kaplan, İşçinin İbraname ile "4857 sayılı İş Kanununun 17, 18, 19, 20, 21, 22. maddeleri ile İş Kanunundan Doğan Talep ve Dava Haklarından" Feragatının Geçerli Olup Olmadığı Sorunu (Karar İncelemesi), (6) nolu dipnotta age, 323 vd.
- 12 Aynı yönde görüş için bakınız Münir Ekonomi, age, 45.
- 13 Kadıköy 1. İş Mahkemesi Hakimi.
- 14 Abdurrahman Duran, age, 60.
- 15 Şahin Çil, İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül'07, Sayı:7, 28-29, 31-32.