

**PROF. DR.
FEVZİ ŞAHLANAN'A
ARMAĞAN
ÖZEL SAYI
CİLT I**



Hocamız **Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN** Armağanının yayın giderlerini üstlenen Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası'nın Yönetim Kurulu Başkanı sayın **Muharrem KAYHAN**'a ve tüm yöneticilerine, Genel Sekreter sayın **Av. Başar AY**'a teşekkürlerimi sunarım.

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT
İ.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal
Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
Başkanı

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜHFİM (ISSN – 1303 – 4375) Hakemli Bir Dergidir.

Editörler Kurulu

Başkan: Prof. Dr. Adem Sözüer

*Üyeler: Prof. Dr. Ayşenur Tütüncü; Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç;
Prof. Dr. Halil Akkanat*

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)
Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi (İstanbul)
Prof. Dr. Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi (İstanbul)
Prof. Dr. Cumhuri Şahin, Gazi Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. İzzet Özgenç, Gazi Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. Muhammet Özekes, Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)
Prof. Dr. Muharrem Özen, Ankara Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. Murat Doğan, Erciyes Üniversitesi (Kayseri)
Prof. Dr. Şahin Akıncı, Selçuk Üniversitesi (Konya)

Yayın Kurulu

<i>Prof. Dr. Fethi Gedikli</i>	<i>Araş. Gör. Seyit Rasim Doru</i>
<i>Prof. Dr. Cemil Kaya</i>	<i>Araş. Gör. Akif Genç</i>
<i>Doç. Dr. Bilgehan Çetiner</i>	<i>Araş. Gör. Altan Rençber</i>
<i>Yard. Doç. Dr. Tuba Topçuoğlu</i>	<i>Araş. Gör. Fatih Tahiroğlu</i>
<i>Araş. Gör. Barış Demirsatan</i>	<i>Araş. Gör. F. Pelin Tokcan</i>

Cilt: LXXIV
Sayı: ÖZEL SAYI
Yıl: 2016



İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasının hukukçulara ulaştırılması, yaşatılması ve desteklenmesi amacıyla, dergimizin basım, dağıtım ve satışı Legal Yayıncılık A.Ş. tarafından üstlenilmiş olup, katkı ve destekleri için Legal Yayıncılık'a teşekkür ederiz.
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Bu Dergi ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veritabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Yayın Sahibi: İstanbul Üniversitesi
Yayın Sahibi Temsilcisi: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Sorumlu Müdürü: Prof. Dr. Adem Sözüer
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü
Prof. Dr. Halil Akkanat

Yazışma Adresi:

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
34116 Beyazıt/İstanbul
Tel: + 90 (212) 440 01 05
Fax: + 90 (212) 512 41 35
e-mail: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr
www.istanbul.edu.tr/hukuk

Copyright © 2016

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülte sözkonusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atf yapmak isteyene, "İÜHFİM" kısaltmasını kullanması önerilir.

ISSN: 1303 – 4375

Yıl: 2016

Cilt: LXXIV

Sayı: ÖZEL SAYI (CİLT I)

Matbaanın Adı: Net Kırtasiye Tanıtım ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti (Net Copy Center)
(Sertifika No: 13723) Tel. 0 212 249 40 60

Basıldığı Yer: İnönü Cad. Beytülmalcı Sk. No: 23/A
Gümüşsuyu/Beyoğlu-İstanbul

Basıldığı Tarih: 2016

Yayın Türü: Yerel, Süreli, Altı Aylık Hukuk Dergisi

BASIM, DAĞITIM VE SATIŞ



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

(Sertifika No: 27563)

Bahariye Cad. Çam Apt. No: 63 D. 5 Kadıköy – İstanbul
Tel: 0 216 449 04 85 – 449 04 86 Faks: 0 216 449 04 87

www.legal.com.tr, legal@legal.com.tr

İÇİNDEKİLER
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Mecmuası

Cilt: LXXIV

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a
Armağan ÖZEL SAYISI
CİLT I

2016

ÖNSÖZ	13
PROF. DR. FEVZİ ŞAHLANAN'IN ÖZGEÇMİŞİ	15
İ.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRENCİSİ FEVZİ ŞAHLANAN'DAN PROF. DR. FEVZİ ŞAHLANAN'A	17
PROF. DR. FEVZİ ŞAHLANAN'IN YAYINLARI.....	23
ANILAR.....	33
BİREYSEL İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN YAZILAR	45
5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler	47
<i>Araş. Gör. Ayşe Ledün Akdeniz</i>	
İşverene Bağlı Olarak Üçüncü Kişinin Ev Hizmetlerinde Çalışma	75
<i>Prof. Dr. Erol Akı</i>	
İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası	83
<i>Prof. Dr. Mustafa Alp - Araş. Gör. Duygu Çelebi</i>	
Ödünç İş İlişkisi	139
<i>Araş. Gör. Yasemin Başmanav</i>	
Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri	171
<i>Demet Belverenli</i>	
5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu Kapsamında Yapılan Zincirleme İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Kıdem Tazminatı	223
<i>Yard. Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu</i>	
Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağının İş Yargısı Yönünden Değerlendirilmesi	251
<i>Prof. Dr. Talat Canbolat</i>	
Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması	269
<i>Şahin Çil</i>	
Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi	313
<i>Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey</i>	

İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları	337
<i>Yard. Doç. Dr. Ali Ekin</i>	
Hocayla İş Yargısı Üzerine Sohbet	371
<i>Prof. Dr. Ömer Ekmekçi</i>	
İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları	381
<i>Prof. Dr. Öner Eyrenci</i>	
İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhâl Feshi ve İşe İade	397
<i>Yard. Doç. Dr. Ender Gülver</i>	
Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması.....	415
<i>Araş. Gör. İlke Gürsel</i>	
İşçilerin İş Sözleşmeleri Haklarında Çok Sayıda İcra Takibi Bulunması Nedeniyle Feshedilebilir mi? – Bir Kamu İktisadi Teşebbüsünün Konuyla İlgili Genelgesi Üzerine Değerlendirme –.....	465
<i>Doç. Dr. Mahmut Kabakcı - Yard. Doç. Dr. Ulaş Baysal</i>	
Yeni Teknolojiler ve İş Sağlığı	481
<i>Doç. Dr. Murat Kandemir</i>	
İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Dışarıdan Temini	501
<i>Araş. Gör. Ebru Karabacak</i>	
2006/54/At Sayılı Direktif ve Avrupa Adalet Divanı Kararları İşığında İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkek Arasında Eşit Davranılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması.....	529
<i>Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz - Araş. Gör. Nihat Seyhun Alp</i>	
Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması).....	551
<i>Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu</i>	
İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler	571
<i>Yard. Doç. Dr. Seçkin Nazlı</i>	
İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı	587
<i>Doç. Dr. Zeki Okur</i>	
Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk	601
<i>Araş. Gör. Olgu Özdemir</i>	

Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing).....	617
<i>Yard. Doç. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal</i>	
Bir Normlar Çatışması Sorunu Olarak İş Kanunu Kapsamındaki İşçilere Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Yaptırımı	645
<i>Yard. Doç. Dr. K. Ahmet Sevimli</i>	
İş Sözleşmesinin Feshinde İhbar Önelllerinin Eşitliği İlkesi.....	667
<i>Prof. Dr. M. Polat Soyer</i>	
Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının İşveren Niteliği.....	675
<i>Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer</i>	
An Overview Of The Eu Gender Equality Law	689
<i>Prof. Dr. Nurhan Süral</i>	
Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Gerçekleştirilen Alt İşverenlik ve İşçi Temini Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi	707
<i>Prof. Dr. Sarper Süzek</i>	
Toplu İşçi Çıkarmalar Üzerine	717
<i>Prof. Dr. Savaş Taşkent</i>	

ÖNSÖZ

Dekanlık görevimiz süresince emekli olan ve aramızdan ayrılan tüm hocalarımız için bir Armağan çıkarmayı gelenek haline getirmeye gayret gösterdik. Bu geleneğimiz kapsamında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı'nda uzun yıllar öğretim üyeliği yapan Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a huzurdaki Armağanı takdim etmek bizler için onur ve gurur kaynağıdır.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'ın hukuk dünyasına kazandırdığı onlarca yayının yanı sıra hem Fakültemiz hem de diğer üniversitelerin hukuk fakülteleri bünyesinde verdiği derslerle günümüz hukuk dünyasına yön veren ve Türkiye'nin her köşesinde görev yapmakta olan binlerce hukukçunun yetişmesine son derece değerli katkılar sağlamıştır. Bizler de özelde Fakültemizin genelde ise hukuk dünyasının daha iyiye ulaşması için yapılan katkıları daima minnet ve şükranla anacağız.

Türkiye'nin en büyüğü ve en köklüsü, dünyanın ise önde gelenleri arasından olan Fakültemizin misyonunu tekrar hatırlatmakta fayda görmekteyiz. Misyonumuz, temelde ulusal fakat aynı zamanda uluslararası alanda üstün nitelikte hukuk eğitimi sunan, zengin hukuk kaynağı rolünü üstlenen ve bu sayede ülkenin hukuk kurumları ve sistemin gelişmesine katkıda bulunan bir merkez olmak; bu bağlamda evrensel hukuk ilkelerini özümsemiş, zengin kültürel birikime ve iletişim becerisine sahip hukuksal sorunları çözmeye yetkinliği kazanmış hukuk uygulayıcıları yetiştirecek eğitim vermek ve toplumun ihtiyaçlarını yakından takip ederek olması gereken hukuku belirleyecek nitelikte ülkenin değişik hukuk kurumlarına bilim insanı, öğretim elemanı ve yöneticileri yetiştiren bir kaynak olmaktır. Altı çizilmesi gereken husus ise Fakültemiz de yapılanların sadece eğitim, öğretim ve akademik faaliyet ile sınırlı olmamasıdır. Geçmişte olduğu gibi gelecekte de Fakültemiz hukuk alanındaki yenileşme, değişim ve reform sürecinde gerekli rolü üstlenip yürütmektedir. Şüphesiz ki yürüttüğümüz faaliyetlerin her aşamasında birtakım güçlüklerle karşılaşmaktayız. Ancak bunlar takipçisi olduğumuz misyon için azimli bir uğraş vermemizi asla engellememelidir.

Fakültemizin misyonunun takipçisi olan hocamıza, adına yayımlanan Armağan vesilesiyle Fakültemiz adına teşekkür ediyor, sağlık ve mutluluk içinde bir ömür diliyorum.

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı

PROF. DR. FEVZİ ŞAHLANAN'IN ÖZGEÇMİŞİ

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan 1946 yılında Nevşehir'de doğmuştur. İlk ve Orta öğrenimini bu ilimizde yaptıktan sonra, ideali olarak 1966 yılında girdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden, 1970 yılında "pekiyi" derece ile ve birincilikle mezun olmuştur. 1971 yılında İ.Ü. Hukuk Fakültesi İş Hukuku kürsüsüne o zamanki adıyla "asistan" olarak girmiştir. Asistanlığı süresince, kürsü hocaları Prof. Dr. Halid Kemal Elbir ve Prof. Dr. Kenan Tunçomağ ile çalışan Fevzi Şahlanan, 9 Ağustos 1979 tarihinde "Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelerine Uygunluğu" konulu tezini Prof. Dr. Halid Kemal Elbir, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Prof. Dr. Feyzi Feyzioğlu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman ve Prof. Dr. Ergun Özsunay'dan oluşan jüri önünde savunmuş ve "pekiyi" derece ile "Hukuk Doktoru" unvanını kazanmıştır.

1981 yılında; burslu olarak gittiği Fransa'da; özellikle Fransız Sendikalar Hukuku üzerinde çalışmalar yapan Şahlanan, 1982 yılı başında bir yıl kaldığı Fransa'dan dönmüştür.

1981 yılının Kasım ayında yürürlüğe giren 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'yla birlikte İş Hukuku kürsüsünün "İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı" adını almasını takiben 1982 yılında bu anabilim dalında Yardımcı Doçentliğe atanmıştır. Akademik bir unvan olarak Türk Yüksek Öğretim hayatına 2547 sayılı Kanun'la getirilen Yardımcı Doçentlik unvanını İ.Ü. Hukuk Fakültesi'nde ilk kez taşıyan birkaç kişiden birisi de Fevzi Şahlanan olmuştur. O tarihteki yasal düzenleme nedeniyle zorunlu olarak üç yıl Yardımcı Doçent olarak çalışan Fevzi Şahlanan; 23 Ekim 1985 tarihinde; Prof. Dr. Turhan Esener, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Prof. Dr. Nuri Çelik, Prof. Dr. Münir Ekonomi'den oluşan jüri önünde "Doçent" unvanını kazanmıştır.

1992 yılında Profesör olan Fevzi Şahlanan, 1 Mart 2013 tarihinde yaş haddinden emekli oluncaya kadar mezunu ve mensubu olmaktan hep gurur duyduğu İ.Ü. Hukuk Fakültesi'nde çalışmış, vakıf üniversitelerinde çalışmayı düşünmemiştir. Fevzi Şahlanan'a göre, İ.Ü. Hukuk Fakültesi'nin kurumsal olarak sahip olduğu marka değeri bu fakültede çalışan her meslektaşına için de bir onurdur.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, emekliliği sadece bir sosyal güvenlik olgusu olarak görmüş; meslekten, akademik hayattan bir kopma, ayrılma olarak görmemiştir. Bu düşünce ile Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, İ.Ü. Hukuk Fakültesi'nden emekli olduğu yıl olan 2013 yılında Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yeni görevine başlamış olup halen bu fakültede İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı olarak göreve devam etmektedir.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, İ.Ü. Hukuk Fakültesi'nde uzun yıllar lisans dersleri vermiş; günümüzde Yardımcı Doçent, Doçent, Profesör olarak İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında çalışan birçok meslektaşının da Yüksek Lisans ve Doktora derslerinin hocası ve danışmanı olmuştur. 1982 yılında rotasyonla gittiği Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde İş Hukuku dersi vermiş-

tir. Tüm bunların dışında İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi, Mühendislik Fakültesi, İşletme Fakültesi, Orman Fakültesi'nde de İş Hukuku dersi vermiştir. İ.Ü. Hukuk Fakültesi'nde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürlüğü görevlerini, anabilim dalındaki meslektaşları ile dönüşümlü olarak yürütmüş ve emekli olmadan kısa bir süre önce de İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı'nı Prof. Dr. Gülsevil Alpagut'a devretmiştir.

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan; 1750 sayılı mülga Üniversiteler Kanunu'na dayanılarak 1975 yılında Prof. Dr. Kemal Oğuzman ve arkadaşları tarafından kurulan ve faaliyetleri ile doktrin ve uygulamaya çok büyük katkıları olan İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi'nin 2009 yılında aynı adla bir derneğe dönüştürülmesinde kurucu üye olarak yer almış, iki dönem derneğin yönetim kurulunda görev yapmış, Milli Komite ve Derneğin faaliyetlerinde sunduğu tebliğlerle ve görüşleriyle aktif bir katılımcı olmuştur.

İ.Ü. Hukuk Fakültesi'nden öğrencilik yıllarından arkadaşı olan Av. Zerrin Şahlanan ile 1973 yılında evlenen Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, Özgür ve Özge'nin babası; Görkem, Yiğit ve İrem'in de dedesidir.

**İ.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRENCİSİ
FEVZİ ŞAHLANAN'DAN PROF. DR. FEVZİ ŞAHLANAN'A**



Hukuk Fakültesi Birinci Sınıf Öğrencisi Fevzi Şahlanan
Anfide Dersi Beklerken (Yıl 1966)



Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencisi Fevzi Şahlanan
Üniversite Bahçesinde Arkadaşlarıyla (Yıl 1970)
(Soldan İkinci Prof. Dr. Ali Güzel)



Hukuk Fakültesi Öğrencileri Fevzi Şahlanan ve Eşi
Zerrin Şahlanan Üniversite Bahçesinde (Yıl 1970)



ŞAHLANAN FEVZİ

9595

1946 da Nevşehir'de doğan kıymetli arkadaşımız Fevzi ideali olduğu için fakültemize girmiştir, mezun olduktan sonra akademik kariyer yapmayı düşünmektedir.

Fevzi, esmer, uzunboylu, oldukça yakışıklı bir gençtir, fizyonomisi ile mütenasip bir iç dünyası vardır. Son derece mütevazı, centilmen, sempatik, hoşsohbetir. Özellikle mertliği, belâgatli konuşması, çok güzel şiir okuması şıklığı ile dikkati çeker. Fakültemizin çok ender yetiştirdiği yıldız öğrencilerden biridir; bu yönü ile de okulumuzun popüler simalarının başında gelir. Onu tam mânasıyla karakterize edebilmek için usta bir kalem sahibi olmayı öylesine isterdik ki...

Fevziye göre, insanları olduğu gibi kabul etmek gerekir.

Klasik Türk müziğini sever, çiçeklerden lileyi tercih eder, futbolu merakı vardır, Beşiktaş ve özellikle Nevşehirspora karşı hastalık derecesinde tutkusu vardır, yemeklerden karniyarığa bayılır.

Daima kalplerimizde yaşatacağımız bu değerli arkadaşımıza başarı ve mutluluk dolu nice yıllar dileriz.



1969-70 Mezunları Yıllığındaki Fevzi Şahlanan

28 Aralık 1979



4476

BELGE

Okuduğu dersler	Haftalık ders Saati	Okunan semestre Sayısı	Aldığı Not	DÜŞÜNCELER
Hukuk Başlangıcı	2	2	Pekiyi	
Esas Teşkilât Hukuku	5	2	Pekiyi	
Roma Hukuku	5	2	Pekiyi	
Medeni Hukuk (Umumi esaslar, Şahsın hukuku, Aile hukuku)	5	2	Pekiyi	
İktisat	5	2	İyi	
Medeni Hukuk (Borçların Umumi hükümleri Miras hukuku)	6	2	Pekiyi	
Ceza Hukuku	5	2	Pekiyi	
İdare Hukuku	5	2	İyi	
Devletler Umumi Hukuku	4	2	Pekiyi	
Seçimlik (Kriminoloji)	2	1	Pekiyi	
Medeni Hukuk (Eşya Hukuku, Borç Akidlerinin Nev'ileri)	5	2	Pekiyi	
Medeni Usul Hukuku	3	2	Pekiyi	
Ceza Usul Hukuku	3	2	Pekiyi	
Maliyenin Umumi Prensipleri ve Mali mevzuat	4	2	İyi	
Umumi Amme Hukuku	3	2	İyi	
İş Hukuku	-	-	--	
Seçimlik (Hukuk Fels.ve Metodolojisi)	2	1	İyi	
Devletler hususi Hukuku	4	2	İyi	
Kara Ticaret Hukuku	4	2	İyi	
Deniz Ticaret Hukuku	4	2	İyi	
Medeni Hukuk (Pratik çalışmalar Bütün Medeni Hukuktan)	2	2	Pekiyi	
İcra ve iflas Hukuku	2	2	İyi	
Sosyal Güvenlik Hukuku	-	-	--	
Adli Tıp	3	1	İyi	
Seçimlik (Askeri Ceza) H.ve Usulü	2	1	Pekiyi	
Devrim Tarihi	2	2	Geçer	

Lisans (Fransızca) 1967 Nisan döneminde başarılarak muaf tutulmuştur.

Yukarıda tastikli Fotoğrafi ilişik Mustafa Kızıoğlu 1946 doğumlu Pevzi Sahlanan

20.9.1966 tarihinde (9595) numara ile Fakültemize kaydolunmuş ve 1970 Eylül

döneminde (Pekiyi) derece ile mezun olmuştur. Adigeçenin Fakültemizde okuduğu derslerle almış olduğu notların İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Öğretim ve imtihan Yönetmeliğinin 31. maddesinin 2. bendi gereğince isteği üzerine verilmiştir.



Dekan
Prof. Dr. İbrahim Akın

AT/TA 28.12.79

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DEKANLIĞI

Sayı: 2489

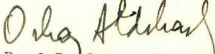
Tarih : 9 Haziran 1971

Fevzi Şahlanan
Nevşehir Öğrenci Yurdu
Fatih

Fakültemiz 2 No.lu İş Hukuku Kürsüsünde açık bulunan asistanlık için bilim imtihanı 18 Haziran 1971 Cuma günü saat 11'de yapılacaktır.

O gün ve saatte Fakültede bulunmanızı rica ederim.

Dekan


Prof. Dr. Orhan ALDIKAÇTI

AÜ.NG. 9.6.71

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DEKANLIĞI

Sayı: 2867

Tarih : 7 Temmuz 1971

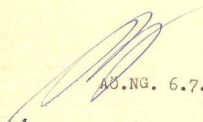
Sayın Asis. Fevzi ŞAHLANAN

2 No.lu İş Hukuku Kürsüsünde açık bulunan asistanlığa atanmanız hakkında Üniversite Rektörlüğünden alınan yazı benzeri ilişik olarak gönderilmiştir.

Keyfiyeti bildirir, başarılar dilerim.

Dekan


Prof. Dr. Orhan ALDIKAÇTI


AÜ.NG. 6.7.71

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DEKANLIĞI

5 Kasım 1982

Sayı : 4.159
Konu :

Tarih :

Dr. Fevzi Şahlanan,

Bulduğunuz kadroda iki yıl süre ile yardımcı doçent olarak atanmanız hakkında Üniversite Rektörlüğünden alınan yazı benzeri ilişik olarak gönderilmiştir.

Tebrik eder, başarılar dilerim.

Dekan

Y. Altuğ
Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ

AD/ŞA 4.11.1982

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
Dekanlığı

Sayı : 262

Tarih 20 Şubat 1986

Konu :

Sayın Doç. Dr. Fevzi ŞAHLANAN

Fakültemiz İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalında açık bulunan 3. derece Doçent kadrosuna, 2547/2880 Sayılı Yasanın 25. maddesi uyarınca atanmanız hakkında Üniversite Rektörlüğünden alınan yazı benzeri ilişikte gönderilmiştir.

Tebrik eder, başarılar dilerim.

Orhan Aldıkaçtı
Prof. Dr. Orhan ALDIKAÇTI
Dekan

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DEKANLIĞI

16 MART 1992

Sayı : E.30.2.İST.0.64.00.00/2570

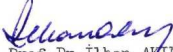
Tarih :

Konu :

Sayın Prof.Dr.Fevzi ŞAHLANAN

Fakültemiz İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalında
açık bulunan 1.derece Profesör kadrosuna atanmanız hakkında Üniversite
Rektörlüğünden alınan onayın benzeri ilişikte gönderilmiştir.

Tebrik eder, saygılarımı sunarım.


Prof.Dr.İlhan AKIN
Dekan

Ek: 1

PROF. DR. FEVZİ ŞAHLANAN'IN YAYINLARI

I. KİTAPLAR

1. Açıklamalı Türk İş Hukuku Mevzuatı (Prof. Dr. Kenan Tunçomağ ile birlikte) İstanbul 1974.
2. Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelerine Uygunluğu, İstanbul, 1980.
3. Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.
4. Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1995.
5. Soru ve Cevaplarla Çalışma Hayatı ile İlgili Kanunlar, İstanbul, 2000.
6. İş ve Sosyal Sigorta Temel Kanunlar, (Şahlanan- Ekmekçi- Alpagut), İstanbul 2009.
7. İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Karar İncelemeleri, Cilt I, İstanbul 2011; Cilt 2, İstanbul 2016 (Söz konusu iki cilt Tekstil İşveren Dergisi'nde yayınlanan 2004-2016 yılları arasındaki karar incelemelerini içermektedir)

II. MAKALELER, YAYINLANMIŞ TEBLİĞLER, KARAR İNCELEMELERİ

1. İş Yargılaması, İÜHFİM. Cilt XL II, Sayı 1-4. 1977.
2. Sendikaların Kuruluşu, Organları, Sona Ermesi, TÜTİS Dergisi, Ocak 1985.
3. Gemi Adamlarının İşe Bedeli Hakkında Bazı Düşünceler, İş Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1. 1991.
4. İşçiye İstifa Halinde Kıdem Tazminatı Ödenmesi, (İş K. md.14, No: 25) İHU Cilt II.
5. Hizmet Akdinin Yapılmasından Önceki Askerlik Süresinin Kıdem Tazminatına Dahil Edilmesi, (İş K. md. 14, No: 38) İHU Cilt II.
6. Farklı Kamu Kuruluşlarında Geçmiş Hizmetlerde Kıdem Tazminatı, (İş K. md. 14, No: 40) İHU Cilt II.
7. Sendika Genel Kuruluna Delege Seçimlerinin İptali, (Sendikalar K. md.30, No: 3) İHU Cilt IV.
8. Yöneticilere İşten El Çektirilmesi ve Olağanüstü Genel Kurul, (Sendikalar K. md.30, No: 3), İHU Cilt IV.
9. İş Kazasında Ana - Babaya Gelir Bağlanması, (SSK. md. 24, No: 1) İHU Cilt VI.
10. Kıdem Tazminatına İlişkin Yargıtay'ın 1979-1983 Yılları Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1985.
11. Kıdem Tazminatına İlişkin Yargıtay'ın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1987.
12. Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatına İlişkin Yargıtay'ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1989.
13. İş Kazaları ve Hukuki Sonuçları, İş Emniyeti ve İş Koşullarının Geliştirilmesi Semineri (19-22 Mayıs 1990 Marmaris Martı Hotel) İstanbul 1990.

14.Sendikalarda Olağanüstü Genel Kurul ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.1.1988 Gün ve 1988/461 sayılı Kararı Üzerine Düşünceler, TÜHİS Mayıs 1990.

15.Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Yargıtay'ın 1989 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1991.

16.Belediye Başkanlığı Seçimine Katılmak İçin İstifa Suretiyle İşyerinden Ayrılma Halinde Kıdem Tazminatı, İş Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1991.

17.Türk İş Hukukunda Altışveren, İş Hukuku Dergisi, s. 325-335, Temmuz – Eylül 1992.

18.Sendikaların Gelirlerini Devlet Bankalarına Yatırmaları ve Repo Yapmaları, İş Hukuku Dergisi, Cilt III, Ocak – Mart 1993.

19.Sanayide Yaş Sınırı Bakımından Çocukların Korunmaları, Mesleki Eğitim Ve Yönlendirme Açılarında Onaylanan İLO Sözleşmeleri, İş Hukuku Dergisi, Cilt III, Sayı 2, Nisan – Haziran 1993.

20.Sendikalar Kanununda Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996.

21.Yabancı Para Borcu ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Olarak Belirlenmesi ve Ödemesi, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan. İstanbul 1997.

22.Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar, TÜHİS Dergisi, Kasım 1998.

23.Sendika Üyeliği ve Üyelikten İstifa ile İlgili Noter İşlemleri, Nusret Ekin'e Armağan, Ankara 2000.

24.İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları, TÜHİS, Kasım 2000 – Şubat 2001.

25.Türk Hukukunda İşçi ve İşverenlerin Örgütlenme Hakkı, Sınırları, Sorunları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001.

26.Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2001 Yılı Toplantısı, s. 143-159. 2001.

27.Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2002.

28.2821 Sayılı Sendikalar ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda Değişikliğe İlişkin Ön Tasarıların Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 4, 2004.

29.Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2005.

30.İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 1, Mart 2006.

31.Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri ile İş Akdinin Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 4, Aralık 2006.

32.Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerinde Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün 4857 sayılı İş Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 13, 2007.

33.Sendika Üyelüğünün Güvencesi-Bireysel Sendika Özgürlüğünün Güvencesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 37, 2013.

34.6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 39, 2013.

35.İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 29, Mart 2013

36.Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, İzmir 2013.

37.Karar İncelemesi: Mahkemenin Sendika Tüzüğü'nü İptali ve Tüzükteki Kanuna Aykırılığın Giderilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 45, 2015.

38.Yeni İş Kanunu'nun Genel Hükümleri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'nca düzenlenen "Yeni İş Yasası" konulu seminer yayını, İstanbul 2003.

39.KİT Personel Rejimi, TÜHİS ve Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı tarafından düzenlenen Türkiye'de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu, Ankara, 22-23 Şubat 2003.

40.Genel Hükümler ve Temel Kavramlar, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003.

41.4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Ve Konferans Notları, Türk- İş'in Bolu Semineri, Türk İş Dergisi Eki, Ankara 2003.

42.Alt işveren, İNTES ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin birlikte düzenledikleri "Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı" konulu toplantı, 6 Mayıs 2004 Ankara, İNTES 2004.

43.İş Güvencesinin Genel Esasları ve Gazetecinin Feshe Karşı Korunması – Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları Legal 2005 Yılı Mayıs Toplantısı, İstanbul 2006.

44.Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sona Ermesi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2007 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2007.

45.Çalışanın Katkısı Olmaksızın İşverenin Kurduğu Emeklilik Sisteminde Eşit Davranma Yükümlülüğü, (Prof. Dr. Ali Güzel ile birlikte) Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008.

46.Kıdem Tazminatı Tavanının Mutlak Emrediciliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12, Aralık 2008.

47.İşverenin İşçiyi İşe Başlatma Koşulları, Fesih Tarihindeki Değil, Düzen İlkesi Gereği Başvuru Tarihindeki Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerine Göre Belirlenmelidir, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 14, Haziran 2009.

48.Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kurulması Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sona Ermesi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, cilt I. İstanbul 2010.

49.İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatına İlişkin Yargıtay'ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010.

50.Kamuda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinden Doğan Uygulama Sorunları, Uygulamadan Kaynaklanan Sorunların Hukuk Karşısındaki Durumu; İş Kanunu Açısından, Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Arayışları Semineri, Kamu İş 2010.

51.İşverenin Sendika Üyesi Olmayan İşçilere Yaptığı Bazı Ödemelerin Toplu Sözleşmeden Yararlandırma Açısından Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 23, Eylül 2011.

52.Sendikalar Hukukuna Ve Toplu İş Sözleşmesinin Genel Hükümlerine İlişkin Değişiklikler, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Çalışma Hayatına Etkileri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından düzenlenen 6 Aralık 2012 tarihli toplantı (*henüz yayımlanmamıştır.*)

53.Sendikalara İlişkin Hükümler, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul, 22 Aralık 2012.

54.İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatına İlişkin Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2014.

55.Alt İşveren İşçisinin İşe İade Davası, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2004 – Sayı: 300

56.İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden-Geçerli Neden İlişkisi, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2005 – Sayı: 301

57.İşe İade Davası Süreken İşçinin İşe Başlatılması, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2005 – Sayı: 302

58.İş Arama İzninin Verilmemesinin Hukuki Sonucu, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2005 – Sayı: 303

59.İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Dört Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2005 – Sayı: 304

60.İşçi Sifatının Belirlenmesinde Bağımlılık Unsuru, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2005 – Sayı: 305

61.İşe İade Davası Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Protokolün Geçersizliği, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2005 – Sayı: 306

62.İşyerinde Sigara İçme Nedeniyle Haklı Fesih, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2005 – Sayı: 307

63.Evlilik Nedeniyle Fesihte Kıdem Tazminatı, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2005 – Sayı: 308

64. İş Sözleşmesi Devam Ederken Ödenen Kıdem Tazminatı – Avans, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 2005 – Sayı: 309

65.İşçinin İhbar Öneli İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2005 – Sayı: 310

66.Asıl İşlerin Alt İşverene Verilmesinin Taşeronluk Sözleşmesini Geçersiz Kılması, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2005 – Sayı: 311

67.İş Güvencesinden Yararlanmada Feshin İşçi Tarafından Yapılması – Yardımcı İşlerin Alt İşverene Verilmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2005 – Sayı: 312

68.İşçinin Hem İşe İade, Hem de Kıdem-İhbar Tazminatı Davası Açmış Olması, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2006 – Sayı: 313

69.Sözleşmelerde Yer Alan Çalışma Koşullarında Değişiklik Kayıtları-İşverenin Yönetim Hakkı, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat/Mart 2006, Sayı: 314

70. İş Güvencesi Sistemi İçerisinde Sendikal Tazminat, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2006, Sayı: 315

71. Aynı İşyeri İçin İki Ayrı Sendikanın Yetki Başvurusunda Bulunması, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2006, Hukuk Eki, Sayı: 1

72. Geçici İşçi-İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Fesih, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2006, Hukuk Eki, Sayı: 2

73.İş Güvencesinde Otuz İşçi Koşulunun Nispi Emrediciliği, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2006, Hukuk Eki, Sayı: 3

74.İş Güvencesinde Gerekli Altı Aylık Kıdem-İşçi Raporlu İken Fesih Bildirimi, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2006, Hukuk Eki, Sayı: 4

75.İş Güvencesi Tazminatı Öngören Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün Yasal İş Güvencesi Sistemi Karşısında Geçersizliği, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 2006, Hukuk Eki, Sayı: 5

76.İşe İade Davası Sürerken İşçinin Yeni Bir İşe Girmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2006, Hukuk Eki, Sayı: 6

77.İşe İade Davası Sürerken İhbar Süresi İçerisinde Yapılan Haklı Nedenle Feshe Karşı Yeni Bir İşe İade Açılması, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2006, Hukuk Eki, Sayı: 7

78.Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Fahiş İhbar Önelleri ve Yargının Müdahalesi, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2006, Hukuk Eki, Sayı: 8

79.İşyeri Devri ile İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2007, Hukuk Eki, Sayı: 9

80. Kıdem-İhbar Tazminatı Davası ile İşe İade Davasının İlişkisi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2007, Hukuk Eki, Sayı:10

81.Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İşe İade Davasında Sorumluluk, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2007, Hukuk Eki, Sayı: 11

82. Toplu İş Sözleşmesi ile Yürürlüğe Giren Ücret Artışından İşçinin Feragat Etmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2007, Hukuk Eki, Sayı: 12

83.İş Koşullarında Esaslı Değişiklik-Altı İş Günü İçerisinde Değişikliğe İtiraz Etmeme, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2007, Hukuk Eki, Sayı: 13

84. Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Bir Neden Olması, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2007, Hukuk Eki, Sayı: 14

85. Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2007, Hukuk Eki, Sayı: 15
86. İşletmeye Dahil Bir İşyeri İçin Yetki Tespiti, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2007, Hukuk Eki, Sayı: 16
87. İşyeri Sendika Temsilcisinin İş Güvencesi, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül/Ekim 2007, Hukuk Eki, Sayı: 17
88. İşyeri Devri ile Asıl İşveren-Alt İşveren, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2007, Hukuk Eki, Sayı: 18
89. Ücretsiz İzin, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2007, Hukuk Eki, Sayı: 19
90. Yıllık Ücretli İzin Hesabında Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2008, Hukuk Eki, Sayı: 20
91. Askerlik Sonrası İşe Alınmayan İşçinin İş Güvencesi Hükümlerinden Yararlanamayacağı, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2008, Hukuk Eki, Sayı: 21
92. Sendikal Tazminat – Otuz İşçi Koşulunun Tespitinde İşverenin Aynı İşkolundaki İşyerleri, Tekstil İşveren Dergisi, Mart –Nisan 2008, Hukuk Eki, Sayı: 22
93. İşyerinin Kapatılması ve İşçilerin Başka İşkolunda Bulunan Bir İşyerine Nakledilmesinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2008, Hukuk Eki, Sayı: 23
94. İşçinin Mesleki Yetersizliği Sabit Olmasına Rağmen Çalıştırılabileceği Başka Bir İşe İadesi, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2008, Hukuk Eki, Sayı: 24
95. İkale (Sona Erdirme) Sözleşmesine Karşın Açılan İşe İade Davası, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2008, Hukuk Eki, Sayı: 25
96. Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücretin İçerisinde Olduğunun Kararlaştırılması, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2008, Hukuk Eki, Sayı: 26
97. Ücretin Gününde Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Borcunu Yerine Getirmeme, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 2008, Hukuk Eki, Sayı: 27
98. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma İlkesi, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2008, Hukuk Eki, Sayı: 28
99. Hastalık- Sık Sık Rapor Alma, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2008, Hukuk Eki, Sayı: 29
100. Kıdem Tazminatında Zamanaşımı, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2008, Hukuk Eki, Sayı: 30
101. İşin Bitimine Bağlı Olarak Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2009, Hukuk Eki, Sayı: 31
102. Olumsuz Tespit ve Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinin Toplu İş Sözleşmesi Yetkisine Etkisi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2009, Hukuk Eki, Sayı: 32
103. İş Mahkemesinin Yetkisinin Kamu Düzeninden Olması, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2009, Hukuk Eki, Sayı: 33
104. Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2009, Hukuk Eki, Sayı: 34
105. Grev ve Lokavta Katılamayacak İşçilerin Tespiti, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2009, Hukuk Eki, Sayı: 35

106. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshini Takiben İşçinin İhbar Süresi İçerisinde Emeklilik Başvurusunda Bulunması, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2009, Hukuk Eki, Sayı: 36

107. Kıdemın Sıfırlanmış Sayılması Açısından İşyeri Devri Sırasında Ödenen Kıdem Tazminatı, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2009, Hukuk Eki, Sayı: 37

108. İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği- İhbar Tazminatı, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2009, Hukuk Eki, Sayı: 38

109. İşe İade Davalarına İlişkin Özel Hakem Sözleşmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 2009, Hukuk Eki, Sayı: 39

110. Çalışma Şartlarında İşverence Yapılan Değişiklik, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2009, Hukuk Eki, Sayı: 40

111. İş Sözleşmesi Feshedildiği Halde Çalışmaya Devam Eden İşçinin Açtığı İşe İade Davası, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2009, Hukuk Eki, Sayı: 41

112. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Bir Neden Olmaksızın İşverence Feshi, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2009, Hukuk Eki, Sayı: 42

113. Disiplin Kurulu Kararı Olmamasının Yapılan Feshi Geçersiz Hale Getirmeyeceği, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2010, Hukuk Eki, Sayı: 43

114. Yaş Koşulu Hariç Emekliliğin Diğer Koşullarını Tamamlayan İşçinin Kıdem Tazminatı, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2010, Hukuk Eki, Sayı: 44

115. Uygulanmakta Olan Grevin Mahkeme Kararı ile Kaldırılması İçin Sendika Üyelerinin 3/4'ünün Üyelikten Ayrılmış Olması, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2010, Hukuk Eki, Sayı: 45

116. İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği İhbar Tazminatı, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2010, Hukuk Eki, Sayı: 46

117. İşe İade Davası Açan İşçinin Yargılama Sırasında Ölmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2010, Hukuk Eki, Sayı: 47

118. İhbar Öneli İçerisinde Kullanılmayan ve Çalışılmayan Günlere Rastlayan İş Arama İzin Süresinin Ücreti, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2010, Hukuk Eki, Sayı: 48

119. Fahış İhbar Tazminatına Yargıcın Müdahalesi ve Üst Sınır Getirilmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2010, Hukuk Eki, Sayı: 49

120. İşe İade Davasını Reddeden Mahkeme Kararında Haklı ve Geçerli Neden Kavramlarının Birlikte Kullanılmayacağı, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2010, Hukuk Eki, Sayı: 50

121. Yıllık Ücretli İzin Hesabında Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu (Aynı Konuda Karar İncelemesi II), Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 2010, Hukuk Eki, Sayı: 51

122. İşletme Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespitine İtiraz Davasında Yetkili Mahkeme, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2010, Hukuk Eki, Sayı: 52

123. Belirli Süreli İş Sözleşmesinde BK 325 Uygulaması ve Cezai Şart, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2010, Hukuk Eki, Sayı: 53

124. İşçinin İşe Başlatılma Koşullarının, İşe Başlatmama Tazminatının ve Feshe Bağlı Diğer Haklarının Toplu İş Sözleşmesine Göre Belirlenmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2010, Hukuk Eki, Sayı: 54

125. Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2011, Hukuk Eki, Sayı: 55

126. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2011, Hukuk Eki, Sayı: 56

127. Ehliyetsizlik Nedeniyle Toplu İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2011, Hukuk Eki, Sayı: 57

128. Tüzel Kişi İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2011, Hukuk Eki, Sayı: 58

129. Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmesinin Ücret Zammının Ard Etkiye Dayanılarak Talep Edilemeyeceği, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2011, Hukuk Eki, Sayı: 59

130. İşverence Ödenecek Sendika Aidatının Gecikme Faizinin Başlangıcı, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2011, Hukuk Eki, Sayı: 60

131. Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi Açısından İşyeri ve İşletme Kavramları, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2011, Hukuk Eki, Sayı: 61

132. Greve Katılamayacak İşçi Kadrosunda Yer Alan İşçinin Çalışmayı Reddetmesi Nedeniyle Yapılan Feshe Karşı İşe İade Talebi, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2011, Hukuk Eki, Sayı: 62

133. Sendikalarda Yapılan Seçimlerin Sınırlı İptalinin Sonuçları, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül-Ekim 2011, Hukuk Eki, Sayı: 63

134. İşkolu Tespitinde Alt İşverenin İşyeri, Kasım 2011, Hukuk Eki, Sayı: 64

135. İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru- Bağımlılık İlişkisi, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2011, Hukuk Eki, Sayı: 65

136. İşçi Sendikalarının Üyeleri Adına Dava Açması ve Sorumluluğu, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2012, Hukuk Eki, Sayı: 66

137. Feshin Geçersizliği-İşsizlik Ödeneğinin İadesi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2012, Hukuk Eki, Sayı: 67

138. İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şekilde Kullanma-Haklı Fesih, Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk Eki, Mart 2012, Sayı: 68

139. Cinsel Taciz Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2012, Hukuk Eki, Sayı: 69

140. Acentanın İşçilerinin Müvekkilinin (Asıl İşverenin) İşçisi Sayılması, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2012, Hukuk Eki, Sayı: 70

141. İkaledede Makul Yarar Ölçüsünün Gabin (Aşırı Yararlanma) Açısından Değerlendirilmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2012, Hukuk Eki, Sayı: 71

142. İşçi Alacaklarında Kısmi Dava- Belirsiz Alacak Davası, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2012, Hukuk Eki, Sayı: 72

143. İhbar Öneli Verilerek Yapılan Feshin Geçersizliği Sonrası İşe Başlatılmayan İşçiye İhbar Tazminatı Ödenmeyeceği, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos-Eylül 2012, Hukuk Eki, Sayı: 73

144. Tutukluluk Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2012, Hukuk Eki, Sayı: 74

145. Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım -Aralık 2012, Hukuk Eki, Sayı: 75

146. İşçinin İşe İade Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak, Şubat 2013, Hukuk Eki, Sayı: 76

147. Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinde Alt İşveren ile Yapılmış Toplu İş Sözleşmesine Dayanılarak İşçinin Hak Talebinde Bulunamayacağı, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2013, Hukuk Eki, Sayı: 77

148. Projenin Gerçekleştirilmesi Amacıyla İşe Alınan İşçinin Açtığı İşe İade Davası, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2013, Hukuk Eki, Sayı: 78

149. Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol İle Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi-Geçerli Neden, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2013, Hukuk Eki, Sayı: 79

150. İş Güvencesi Kapsamı Dışında Olanlar İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2013, Hukuk Eki, Sayı: 80

151. Hamilelik Nedeniyle Feshin Geçersizliği ve Ayrımcılık Tazminatı, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2013, Hukuk Eki, Sayı: 81

152. İşçinin Fiziki Yetersizliği Nedeniyle İş Akdinin Feshi, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2014, Hukuk Eki, Sayı: 82

153. İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2014, Hukuk Eki, Sayı: 83

154. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Neden Olmaksızın İşverence Feshinden Doğan Tazminat Alacağına İlişkin Yeni Düzenleme ve Yargıtay Uygulaması, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2014, Hukuk Eki, Sayı: 84

155. Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davasının Sonuçlarına İlişkin Protokole Uyulmaması, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2014, Hukuk Eki, Sayı: 85

156. İşyeri Devri Nedeniyle Oluşan Çalışma Koşullarında Değişiklik, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2014, Hukuk Eki, Sayı: 86

157. Feshin Geçersizliğinin Parasal Sonuçlarının Tamamının Ödenerek Yapılan İkaleye Rağmen Açılan İşe İade Davası, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2014, Hukuk Eki, Sayı: 87

158. İşe İadesine Karar Verilen İşçinin Grevdeki İşyerine İşe Başlatılması Talebi, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz Ağustos 2014, Hukuk Eki, Sayı: 88

159. İşletme İtirazının Yetki Davasında Bekletici Mesele Yapılması, Tekstil İşveren Dergisi, Eylül 2014, Hukuk Eki, Sayı: 89

160. Üçbin Altıyüz Gün ve Onbeş Yıl Sigortalılık Süresini Doldurarak Kıdem Tazminatı Alan İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2014, Hukuk Eki, Sayı: 90

161. İşçi Teminine Aracılık Edenlerin (Bordro Taşeronunun) İş Güvencesinin Parasal Sonuçlarından Müteselsil Sorumluluğu, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım Aralık 2014, Hukuk Eki, Sayı: 91

162. İşletmeye Dahil İşyerlerinden Bazılarında Grev Yasağı Bulunması Halinde Yüksek Hakem Kurulunun Yaptığı Toplu İş Sözleşmesinin İptali, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 2015, Hukuk Eki, Sayı: 91

163. Muvazaalı Alt İşveren İlişkisinde Alt İşverenle Yapılmış Toplu İş Sözleşmesinden Asıl İşverenin Sorumlu Tutulması, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 2015, Hukuk Eki, Sayı: 92

164. Sendika Seçimlerinin Seçim Hakimi Tarafından İptal Edilmesi Üzerine Sendikaya Kayyım Tayin Edilemeyeceği, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2015, Hukuk Eki, Sayı: 93

165. Bir Bedel Karşılığı Öngörülen Rekabet Yasağından İşverenin Vazgeçmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2015, Hukuk Eki, Sayı: 94

166. Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Alacak ve İşletme Kredisi Faizi, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2015, Hukuk Eki, Sayı: 95

167. Doğum Yapan Kadın İşçiye Süt İzni Verilmemesi, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 2015, Hukuk Eki, Sayı: 96

168. Feshin Geçersizliğine İlişkin Kararı Alt İşverenin Temyiz Etmemesi Nedeniyle Kesinleşmesinin Mali Sonuçlarından Asıl İşverenin Sorumlu Olmamaacağı, Tekstil İşveren Dergisi, Temmuz 2015, Hukuk Eki, Sayı: 97

169. Günlük 11 Saati Aşan Çalışmalarda Ara Dinlenmesi, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 2015, Hukuk Eki, Sayı: 98

170. Sendikal Tazminata Şarta Bağlı Hükmedilemeyeceği, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2015, Hukuk Eki, Sayı: 99,

171. İşverene Verdiği Zarar Otuz Günlük Ücretinden Fazla Olan Hafif Kusurlu İşçinin İş Akdinin Haklı Nedenle Değil; Geçerli Nedenle Feshedilebileceği, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 2015, Hukuk Eki, Sayı: 100.

172. İş Kolu Tespitinde Asıl İş Yardımcı İş İlişkisi ve Alt İşverenlerin İşyerleri, Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2015, Hukuk Eki, Sayı: 101.

173. Rekabet Yasağı Sözleşmelerinde Görevli Mahkeme, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak-Şubat 2016, Hukuk Eki, Sayı: 102.

174. Sendikal Nedenle Yapılan Feshe Karşı Açılan İşe İade Davası ve Sendikal Tazminat, Tekstil İşveren Dergisi, Mart 2016, Hukuk Eki, Sayı: 103.

175. Sendikaların Dava Ehliyeti Bağlamında Topluluk Davası, Tekstil İşveren Dergisi, Nisan 2016, Hukuk Eki, Sayı: 104.

176. İş Müfettişlerince Yapılan Denetim İle İlgili Tutanağa İtiraz Davası, Tekstil İşveren Dergisi, Mayıs 2016, Hukuk Eki, Sayı: 105.

177. Sendika İçi Demokrasi Açısından Şubelerin Önemi Ve Şube Genel Kurullarının İptali Davası, Tekstil İşveren Dergisi, Haziran-Temmuz 2016, Hukuk Eki, Sayı: 106.

ANILAR

HOCAM PROF. DR. FEVZİ ŞAHLANAN'A

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerimizden hocamız Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, birincilikle bitirdiği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde akademik yaşamını sürdürmüş, ülkemiz için çok değerli hukukçuların yetiştirilmesine katkıda bulunmuştur. Hocamızın Üniversite'deki çalışma süresinin yaklaşık 26 yıllık bir bölümünde beraber olmak şansını yaşayan bir kişi olarak söyleyebileceğim en önemli özellikleri işini çok sevmesi, dürüst ve adil kişiliğidir. Çalışma yaşamı süresince Hocamızın çalışma heyecanında hiç azalma olmamıştır. Her yeni yasal düzenleme, içtihat hocamız için bir heyecan kaynağıdır. Bunları alır, altını çizer, yanlarına notlarını alır ve büyük bir zevkle irdeler. Kuşkusuz adeta tutku biçimindeki bu sevgi, bir akademisyenin başarılı olması için şarttır ve hocamız bunu yetiştirdiği bizlere de aşılamıştır.

Hocamız derin hukuk bilgisiyile, hukuki sorunlara yaklaşımı ile iş hukuku doktrininde çok önemli bir yere sahipken, bu bilgilerini bizlerle paylaşmaktan kaçınmamış, yetişmemiz için her türlü desteği sağlamıştır. Tereddüt ettiğimiz her hukuki sorunda, hocamın kapısını çalarak kendisine danışma imkanı bulduğumuzu, bu tartışmaların demokratik ortamda gerçekleştiğini, son derece faydalı, zevkli ortamların yaşandığını belirtmeliyim. Derin hukuki bilgi, tecrübe, kuvvetli bir hukuk nosyonu hocamın tüm eserlerine yansımış ve bu eserler her daim başvuru eseri niteliğinde olmuştur. Böyle değerli bir hocamın daima yanında olarak engin hukuk bilgisinden yararlanabilmek kuşkusuz ayrıcalıktır. Hocamızın eserleri yanında, her daim danışabilme imkanımız, benim ve diğer kürsü arkadaşlarımızın akademik yaşamında sağlam bir bakış açısına sahip olmamız için yol gösterici olmuştur.

Hocam disiplinlidir. Çalışanı ve çalışmayı sever. Bu özellikleri gördüğü zaman desteğini esirgemediği gibi, kürsünün geleceği için mutluluk duyduğunu ifade etmekten çekinmez. Hocam tüm bilimsel toplantılara katılır, değerli görüşleri ile katkıda bulunur. Hocam bilimsel çalışmada titiz olmanın gerektiğine, bilimsel çalışmanın özgün eserler üretmek anlamına geldiğine, sabırla çalışmak gerektiğine, belirli unvanları elde etmenin çalışma ve araştırma hızını düşürmemesi gerektiğine inanmış ve bizlere bu şekilde örnek olmuştur. Bazen bir konuyu günlerce, saatlerce düşünmek, paylaşmak, tartışmak ve sonuca ulaşmak akademisyen için bir yaşam biçimi olmalıdır.

Hocam nazik ve kibardır. Bu özelliği dışarıdaki ilişkileri için geçerli olduğu gibi, bizlere karşı uyarıları dahi nezaket sınırları içinde olmuştur. Hocam objektiftir. İnsanlara yaklaşımında adil olmayı benimsemiştir. Aile hocam için çok önemlidir. Ailesine duyduğu sevgi ve verdiği değer örnek niteliktedir. Hocam'ın Zerrin hanıma duyduğu sevgi, bağlılık çocukları ve torunlarına sevgi dolu yaklaşımı her zaman dikkatimizi çekmiştir. Hocam gerek evlendiğim gerekse çocuk sahibi olduğumda manevi desteği ile hep güç vermiştir. Tüm bunlar zorlu bir süreç olan akademik yaşamda son derece önemlidir.

Şahlanan hocamın yanında her daim asistan olarak hissetmenin, Fevzi Şahlanan hocanın çırağı olmanın benim için bir onur olduğunu belirtmeliyim. Hocalarımıza saygı kuşkusuz olması gerektir. Ancak hocayı sevmek zorunluluk değildir. Hocam sizi hem çok seviyor hem de çok saygı duyuyoruz. Siz değerli hocalarımızın emaneti olan kürsümüzü sizlere layık şekilde korumaya, yüceltmeye çalışıyoruz. İyi ki hocamız oldunuz diyor; Size Zerrin Hanım, çocuklarınız ve torunlarınızla nice mutlu yıllar diliyorum.

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN:
Yarım Yüzyıllık Dostluğun Solmayan Işığı !...

Montaigne, insanoğlunun benzerleriyle ilişkisinin en uç ve en önemli noktasının “*dostluk*” olduğunu; zevk, çıkar, kamusal ya da özel gereksinimlerin oluşturduğu ilişkiler ağının, dostluğa başka bir amaç ve başka bir çıkar katacağını söyler. Yaşamın doğal ilişkileri ağında beliren dostluk, sosyal ilişkilerdeki dostluk, konuklar arası dostluk ve hatta aile içindeki dostluklar birbirleriyle veya bir bütün olarak uyum göstermezler. Belirtilen dış faktörlerin etkisiyle oluşan dostluklarla, özgür iradeye bağlı dostluklar arasında çok önemli fark vardır; bu sonuncusunda, genel ve evrensel bir sıcaklık, eşit ve anlamlı, fakat sürekli bir sıcaklık ve dinginlik, hiç acı vermeyen, sözcüklere yansıtılamayan hep sevgi dolu derin duyguların sesi yürekleri okşar, diye ekler. *Bacon*, “dostluk, sevinçleri çoğaltır, acıları paylaşır” der. *Aristo*, “insanlar dost olduğu zaman, adalete hiç gerek olmaz, fakat insanlar adil olduklarında da yine dostluğa gereksinimleri olur” diye vurgular.

İşte, Fevzi ŞAHLANAN ile 1966 yılının Kasım ayında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin birer öğrencisi olarak başlayan arkadaşlığımız, çok kısa süre sonra ünlü düşünürlerin çok güzel ifade ettikleri anlam ve boyutuyla dostluğa dönüşür, aradan yarım yüzyıllık bir zaman geçmiş olmasına karşın, dostluğun sıcaklık ve dinginliği, ortak sevinçlerimizi çoğaltan, acılarımızı paylaşan etki ve ışığıyla yüreklerimize hep canlılık ve parlıltı vermeye devam etmiştir!... 1966-1970 yılları arasında, Hukuk Fakültesi öğrenciliğimiz süresince; öğrenmek, tartışmak ve tüm güçlülklerle karşın, ne pahasına olursa olsun, başarmak ve “iyi bir hukukçu” olarak mesleki yaşama ilk adımları atmak, arzu, heyecan ve hedefi içinde olan çok geniş bir arkadaş grubumuzla (bu grup, daha sonra Hukuk-70 adını alacak ve Av. Osman Şentürk dostumuzun önderliğinde, yarım yüzyıl sonra da çocuk ve torunlarla bütünlereşerek, geniş bir aileye dönüşecektir) sürekli derslere devam etmek, birbirimizin notlarından yararlanmak, gece yarılarna kadar okuma odalarında çalışmak (bu yüzden, 1970 mezunları yıllığında, okuma odasındaki grup halinde çalıştığımız masada çekilen fotoğrafın altına, “İnekler Otlarken” notu yazılacaktır) koridorlarda ve Üniversite bahçesinde hukuki sorunları yüksek sesle tartışmak, bu vesileyle özlem ve rahmetle anmayı görev bildiğim Sevgili Cemal Cemaligil’in güzel sesinde klasik müzik şarkılarını dinleyerek yorgunluğumuzu üzerimizde atarak rahatlamak, Süleymaniye’deki ünü hala devam eden “Ali Baba Bol Kepçe Kuru fasulye” lokantasında kuru fasulye ve pilavı, kahkakalarla birlikte kaşıklamak, Üniversite dışında, Bayazıt’taki “Küllük Kahvede” yine grup halinde ders çalışmak, harçlığımızın bol olduğu günlerde, İstanbul’un en yeni güzide mekanları kebabçılarda kebab yemek, haftada ya da ayda bir Beyoğlu’nda Çiçek Pasajında fıçı bira kadehlerimizi tokuşturmak, sinema ve tiyatroya gitmek, zaten çok az olan harçlık veya burslarımızı paylaşarak keyifli öğrencilik yaşamımıza binbir renk katıyordul!...

Kalabalık grubumuz içinde, hepimizin hayranlığını kazanmış, olağanüstü çalışma kapasitesine, üstün bir zeka ve muhakeme gücüne sahip olan ve bu nedenle de sinsi sinsi kendilerini kıskandığımız, iki kişiden biri Sevgili Cemal Cemaligil idiyse, diğeri mutlaka Fevzi Şahlanan'dı. Her iki arkadaşımız, en zor sınavlarda dahi "pekiyi" almak için üstün çaba içinde olurlar ve istedikleri sonucu da elde ederlerdi. Bu parlak notların verdiği heyecan ve coşkuyla, her iki arkadaşımız da akademisyen olmaya karar verdiler. Bu hedef ve iddialarında o denli ileri gittiler ki, Medeni Usul Hukuku Asistanı olmak isteyen Cemal Cemaligil, rahmetle andığımız kıymetli Hocamız İlhan Postacıoğlu'nun kitabı dışında, Ankara Hukuk Fakültesinden Baki Kuru Hocanın kitabını da yutarak, 3. Sınıf anfisinde kalabalık bir öğrenci grubuna ders vererek, daha öğrencilik yıllarında, asistan mertebesine alkışlarımızla ulaşma başarısını göstermiştir. Fevzi ise, Cemal kadar kendini meşhur etmek istemediyse de, özellikle Medeni Hukuk derslerinde, karşılaştığımız ve çözemediğimiz konularda bize ders verme zahmetini hiç esirgemedi. Fakültenin son sınıfında, bu iki arkadaşımız, hukuk fakültelerinde çok istisnai olan ve kimsenin cesaret bile edemediği "pekiyi" ile mezun olma yönünde, bizleri de sarmalayan iddia ve heyecana kapıldılar. Cemal'in bu heyecanı, çok iddialı olduğu ve asistan olmayı hedeflediği medeni usul hukukunda, "iyi" almasıyla, hepimizi göz yaşarımıza boğan büyük bir hayal kırıklığına dönüştü. Fevzi'nin böyle bir sonuçla karşılaşmaması için, en son sınav olan askeri ceza hukukunda "pekiyi" alması gerekiyordu. Ceza Hukuku pratik çalışmaları vesilesiyle yakından tanışma olanağı bulduğum, o zaman Ceza Hukuku Asistanı olarak, şimdi ise çok ünlü bir Ceza Hukuku Profesörü olarak her zaman çok sevdiğim hocamız Köksal Bayraktar'a Fevzi'nin durumunu açıklamak ve bu derste pekiyi almasını rica etme görevi bana düşmüştü; Köksal Hoca, her zaman ki, sempatik gülümsemesiyle, merak etmemem gerektiğini söylediye de ikna olmadım ve kapısının önünde nöbet tutmaya başladığımı, ancak her gördüğümde aynı sözcüğü yineleyerek, sınav sonucu hakkında herhangi bir bilgi almayı başaramamanın üzüntüsü çok uzun sürmedi, sonuçların resmen ilan edilmesiyle, Fevzi'nin pekiyi aldığını ve o yıl binlerce öğrenci arasında pekiyi ile mezun olan tek arkadaşımız olduğunu öğrenince, kendim pekiyi ile mezun olmuşum gibi göz yaşarımı tutamadığımı gün gibi anımsıyorum.

Mezuniyet sevinç ve coşkusu sürerken, akademisyen olma hevesinin bana da aşılınmış olduğunu hissetmeye başladım ve Fevzi ile aynı yönde arayışa girmeye ve olası seçenekleri araştırmaya birlikte başladık. Bu süreçte, Milli Eğitim Bakanlığı'nın öğretim üyesi yetiştirmek üzere yurt dışına burslu üç doktora öğrencisi göndereceğini öğrendik. Cemal, Fevzi ve benim de dahil olduğum çok sayıda aday, bu sınava girdik ve bu sınavda üçümüz dışında, başka bir aday da sınavda başarılı olunca, Fevzi ile ikimizin bir tercih yapması, yurt dışına gitmeyecek birimizin asistan yapılacağını, İ.Ü Hukuk Fakültesinde yapılan bu sınavda, Jüri üyesi çok değerli Hocamız Prof. Dr. Kenan Tunçomağ tarafından bize bildirilmesi üzerine, Fevzi ile birlikte sabaha kadar düşünerek tercihimizi ne yönde yapacağımızı konuştuğumuzu anımsıyor ve sonuçta benim yurt dışına, Fevzi'nin ise İş Hukukunda Tunçomağ Hocanın asistanı olma kararına vardık. Her ikimizin yazgısını değiştiren bu önemli kararda, hiç kuşkusuz, Fakülte'deki arkadaş grubumuza iki yıl gecikmeyle katılan; sempatik gülümsemeleri, zerafeti ve nezaketi ile grubumuzu renklendiren Sevgili Zerrin Sezgin'in büyük katkısı olduğunu sonradan öğrenecektim. Meğer biz son sınıfta iken

ikinci sınıf öğrencisi olan sevgili Zerrin her zamanki tatlı gülümsemesi ve güzelliği ile Fevzi'nin kalbini çalmış...

Ve nihayet Fevzi ile yeni bir yolun başlangıcına gelmiş, nereye gideceğimizi çok iyi kavramış oluyorduk. Ben ve bu arada sınavda başarılı olan Sevgili Cemal, bütün arkadaş grubumuzla, yeni bir dünyaya doğru (ben Fransa'ya, Cemal İsviçre'ye) çıkacağımız yolculuğun heyecanı ve coşkusunu yaşarken, Fevzi ise, bir yandan Sevgili Zerrin'in mezuniyetini bekleyerek yaşam yolculuğunun yoğun hazırlıklarını, öbür yandan, dış kapısının önünde durup, "Ah bir gün buraya asistan olarak girebilecek miyim?" dediği İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine asistan olma hazırlıklarının inanılmaz heyecanını yaşıyordu ve nihayet 7 Temmuz 1971 tarihinde, İ.Ü. Hukuk Fakültesine İş Hukuku Asistanı olarak ataması yapıyordu. Bu tarih, Fevzi'nin yaşamında, yepyeni bir sayfa açarken, belki de en çetin sorunları da karşısına çıkarıyordu: Öğrenciliği süresince kaldığı Nevşehir yurdundan ayrılmak ve yakın gelecekte Sevgili Zerrin ile kuracağı yuvanın ilk temellerini de atmak zorundaydı. İlk önce Fevzi için bir ev aramaya başladığımızı ve benim de mezun olduğum Aksaray'daki Pertevniyal Lisesinin arka sokağında bir apartmanın birinci katında daire kiraladığımızı, bu daireye bazı mutfak eşyası almak için, karşımıza çıkan mali krizi, özlemle ve rahmetle andığım kıymetli ağabeyim Halit Güzel'in desteği ve taksitler için kefil olmasıyla kolay aştığımızı, anımsamam olanaksız. Bu arada benim Fransa'ya yolculuğum kesinleşmiş, Bakanlık tarafından toplu olarak ödenen üç aylık bursumu da alınca aniden zengin olduğumu hissetmeye başlamıştım. Ben, bu yolculuğun hazırlıklarını sürdürürken, Fevzi tüm gün Fakülte'deki yeni görevinin başında oluyordu. Ben ise kendimi artık turist olarak kabul etmeye başladığım için sık sık -ancak Tunçomağ Hocamızdan gizli olarak- Fakülte'de Fevzi'nin ziyaretine gidiyor, anılarda kalmaya başlayan geçmişimiz ve yeni başladığımız geleceğimiz ve bu arada artık akademik yaşam ve bilimsel çalışmalar hakkında da konuşmaya başlıyor; akşamları ise, çoğu kez, Fevzi'nin yeni bekar evinde buluşuyor, imce usulü yaptığımız yemeklerimizi yiyor ve gece yarısına kadar sohbetlerimizi sürdürüyorduk. Böyle akıp giden yaşamımız, 21 Ekim 1971 günü Fransa'ya gitmek üzere uçağa binmemle birlikte bir virgül ile kopuyor, belirsiz bir yaşama doğru yol almanın korku ve heyecanını yaşıyordum. Fransa'da, kısa süre içinde korku ve heyecanlarım silinmeye, amaç ve hedeflerim netlik kazanmaya başlamış, İstanbul'da bıraktığım arkadaşlarıma ve bu arada Fevzi'ye çok neşeli mektuplar göndermeye başlamıştım bile. Fevzi'den aldığım müjdeli haberlerden ilki, Sevgili Zerrin'in de 1972 yılında Fakülte'de mezun olduğu, ikincisi ise, doğumlarının 1973 yılının Ağustos ayında gerçekleştiğiydi. Şahlanan dostlarımdan aldığım diğer bir mutlu haberin tarihi ise, Sevgili Özgür'ün 6 Temmuz 1974 olan doğum tarihiydi. Sevgili Zerrin, artık Özgür'ün bakım ve beslenmesi görevini üstlenmiş, yaptığı araştırmalarda, en iyi çocuk mamasının, "Guigoz" ve "eledon" olduğunu öğrenmiş, İstanbul'da bunları bulamayınca büyük bir moral bozukluğu içinde benden bunları Fransa'dan gönderip, gönderemeyeceğimi sormuştu. Ben de çeşitli yolları deneyerek istenilen bu mamaları göndermiştim. Fevzi ise, artık bilimsel çalışmalarına başlamış, doktora tez konusu belli olmuş, "sendikaların işleyişinin demokratik ilkelere uygunluğu" başlıklı tezi için benden Fransızca kaynaklar talep ediyordu. Şahlanan ailesi cephesinde alacağım diğer sevindirici bir haber de, bu kez ben çok uzaklardayken değil, İstanbul'da iken gelen Sevgili Özge'nin 1983'teki doğum haberi idi. Yıllar sonra Zerrin, Özge ve ben, Bodrum'daki bir tatil köyünde şarap kadehlerimizi, o günlerin anısına kaldıracaktık!...

Fransa'da İş Hukuku alanında yaptığım doktora öğrenimimi Haziran 1976'da tamamlayıp döndükten kısa bir süre sonra ben de, daha sonra Marmara Üniversitesine dönüşecek İTİA'da akademisyen yaşamıma ve öğretim görevlisi olarak çok değerli Hocam Prof. Dr. Nuri Çelik'in öncülüğünde, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında ders vermeye, bilimsel çalışmalar yapmaya başlamıştım. Fevzi Şahlanan ile olan dostluğumuza bu kez "meslektaş" sıfatı eklenmiş oldu. Öğrencilik yıllarımızdaki, endişelerimiz, heyecan ve coşkumuz, bu kez akademik kariyer ve bilimin çileli ve çetin yollarında birleşmiş oldu. Böylece, iki dost ve meslektaş olarak, akademik unvanlarımızı almak, ciddi bilimsel araştırmalar yapmak yönündeki ortak amaç ve hedeflerimize doğru yürüyorduk. Zamanın olağan akışı içinde, aşama aşama akademik unvanlarımızı (doç., prof.) elde etmenin zevk ve mutluluğunu birlikte yaşıyorduk. İşte, o günlerden bu yana adımlarımızı ilk attığımız günlerdeki coşku ve heyecanla, öğretim üyesi olarak üstlendiğimiz görev ve sorumluluklarımızı, elimizde geldiğince yerine getirmeye, İş Hukuku bilim alanına da karınca karınca bilimsel kitap ve makalelerimizle katkı sağlamağa çaba gösterdik ve göstermeye de devam ediyoruz.

Yarım yüzyıllık dostluğumuz boyunca, kimi zaman acı, çoğu zaman tatlı sayısız anıları paylaştığım Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, öğrenciliği dönemindeki çalışkanlık ve ciddiyetini akademisyenlik yaşamında da sürdürmeyi başarmış, öğrencileri ve meslektaşlarıyla olan ilişkilerinde, özel yaşamındaki gibi hoşgörülü, mütevazı bir insan örneğini göstermiştir. Örnek bir eş, örnek bir baba, örnek bir öğretim üyesi ve örnek bir bilim insanı, unvanlarının tümünü kişiliğinde birleştirme ve bütünleştirme onurunu fazlasıyla hak etmiştir. İş Hukuku bilim alanına, "*Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelerine Uygunluğu*", "*Sendikalar hukuku*", "*Toplu İş Sözleşmesi*", adlı kitapları ve sürekli yazdığı çok sayıda makaleleri, bilimsel toplantılara sunduğu bilimsel tebliğleriyle, büyük katkı sağlamış; karmaşık hukuki konularda çözüm üretme beceri ve başarısını göstermiş, özgün görüş ve değerlendirmeleriyle, meslektaşlarında ve ilgili çevrelerde hayranlık uyandırmış, genç kuşakların yolunu aydınlatmış, bilimsel çalışmalarını aralıksız sürdürme başarısını göstermiştir.

Sevgili dostum ve meslektaşım Prof. Dr. Fevzi Şahlanan ile olan yarım yüzyıllık dostluk ışığımızın parıldamaya devam edeceğine olan inancımı ifade ederken, Sevgili Zerrin, Sevgili evlatları Özge, Özgür ve sevgili torunlarıyla, sağlıklı, başarılı ve mutlu nice uzun bir yaşam diliyorum...

Prof. Dr. Ali GÜZEL

ÖĞRENCİSİ OLDUĞUM PROF.DR. FEVZİ ŞAHLANAN

Öğrencisi olmaktan onur duyduğum hocam Prof.Dr. Fevzi Şahlanan sadece lisans eğitiminde değil akademik çalışmalarımın hemen her kademesinde yer alarak bugünlere ulaşmamda büyük emeği vardır.

Hocamı ilk olarak İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki öğrenciliğim sırasında tanıdım. Fakültede tüm hocalarımız kıymetli ve güzel ders anlattırlardı. Ancak Fevzi Şahlanan hocamızın yeri hep ayrı olmuştur. Hocam derslerde teorik bilgileri çarpıcı örneklerle ve keyifle anlatır, pratik çalışmaları da asistanlarla birlikte bizzat kendisi yapardı. Genellikle en önde oturur, hocam soruyu sorduktan sonra, parmağımı ısrarla kaldırırdım. Hocam bazen “yeter parmağınızı gözüme sokacaksınız” diye takılırdı. Bazen olaya ilişkin “şu konuda dava açabilir mi” şeklindeki sorulara “Evet” yanıtı verdiğimde, hocamın yüzünden yanlış cevap olduğunu anlardım ve hemen arkasından “hocam dava açabilir ancak o davayı kazanamaz” diyerek doğru cevabı verirdim. Hocam benim bu davranışımı tebessümle karşılar bazen bana takılırdı.

Birçok arkadaşımınla birlikte hocamızın derslerine hiç kaçırmadan katılır, derslerde en önde yer tutabilmek için birbirimizle yarışırırdık. Bu arkadaşlarımdan birisi de şu an eşim olan Av.Emine Canbolat’tı. Hangimiz erken gelirse diğerine de yer tutardık. Bir gün ben memlekete gitmek zorunda olduğumdan okula gelememiştim. Hocam derse başladıktan bir müddet sonra, Emine’ye “Talat niye gelmedi” diye sormuş. Ardından da “Sizi hep yan yana görmeye alıştığımından gözüm yanında Talat’ı aradı” demiş. Ben hocamın bu sözlerinden ileriye yönelik mesajlar çıkardım, okul bittikten sonra da Emine ile evlendik. Diyebilirim ki, mutlu bir evlilik kurmamda da hocamın payı büyüktür.

Prof.Dr. Fevzi Şahlanan hocam benim için birçok konuda örnek aldığım kişidir. Hocamın etkisiyle akademisyen olmak istiyordum. Fakültede hiçbir dersten bütünlemeye kalmadan doğrudan mezun olmuştum. Kısa bir süre sonra gazetede Marmara Üniversitesinde araştırma görevlisi alım ilanlarını görünce, fikrini almak için soluğu yine hocamın yanında almıştım. Hocam çok memnun olduğunu mutlaka başvurmam gerektiğini belirtti ve kendi kürsülerine geçen yıl alım yaptıklarından yakında kadro açılmayacağını da belirtti.

Araştırma Görevlisi mülakat sınavında, Prof.Dr. Nuri Çelik hocam “iş hukukunu kimden okudun” diye sorduğunda “Fevzi şahlanan hocadan” cevabını verince, hocamın yüzünde memnuniyet ifadesiyle birlikte “çok iyi” demişti. Anladım ki sadece öğrenciler arasında değil, İş Hukukunun duayeni hocalarımız arasında da Fevzi Hocaların öğrencisi olmak kıymetli ve ayrıcalıklı bir durum olarak değerlendiriliyordu. Böylece Marmara Üniversitesinde iş hukuku araştırma görevlisi olarak kabul edildim. Aynı yıl yüksek lisans eğitimine başladım.

Yüksek Lisans tez jürimde yine Prof.Dr.Fevzi Şahlanan hocam vardı. Ardından doktora yeterlilik ve doktora tez jürilerimde de Fevzi hocam yer aldı. Akademisyenler için en son ve en zor basamak kabul edilen doçentlik sınav jürisinde de Prof.Dr. Nuri Çelik hocamın yanı sıra sayın Prof.Dr. Fevzi Şahlanan hocam da vardı. Prof.Dr.Fevzi Şahlanan hocam, adayların en çok çekindiği jüri üyelerinin başında yer alır. Sınavlarda oldukça teknik sorular sorardı. Benim endişem ise sınav heyecanı ile hocalarıma karşı mahcup olmaktı. Sınavın sonunda sayın hocamın “beklediğim gibi oldukça başarılı ve son zamanlarda oldukça keyif aldığım bir sınav oldu, inşallah profesörlük jürinde de yer alırım” sözlerini duyduğum zamanki mutluluğumu tarif etmem mümkün değildir.

Prof.Dr. Fevzi Şahlanan hocamın profesörlük jürimde de yer almasını çok istedim. Nitekim başvurumu yaptıktan sonra hocamı arayarak bilgi verdim. Ancak hocamın yaş haddi nedeniyle emekli olduğunu, henüz bir vakıf üniversitesine de geçmediği için jüride yer alamayacağını öğrendiğimde çok üzülmüştüm. Halen akademik çalışmalarımı, hocamın, jüri üyesi gibi ciddiyetle inceleyeceği düşüncesiyle ve sorumluluğuyla yapmaya çalışmaktayım.

Hocam Prof.Dr. Fevzi Şahlanan’dan çok şey öğrendim, halen de öğrenmeye devam ediyorum. Hocama, değerli eşleri ve çocuklarıyla birlikte sağlıklı ve mutlu bir yaşam diliyorum.

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

HOCAMIZ PROF. DR. FEVZİ ŞAHLANAN'A

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan Hocamıza yazdığımız bu armağan yazısında elbette tüm anılarımızı ve Hocamızın niteliklerini birkaç cümlede yazmak mümkün olmayacaktır. Ancak Hocamızın İstanbul Üniversitesi'ndeki son asistanları olarak bu satırları yazmak bile bizim için bir onur kaynağıdır.

Hocamız, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne asistan olarak atandığımız ilk gün, bize bu zorlu yolda durmaksızın çalışmamızı, bir yaprak gibi kendimizi zamana bırakmak yerine, sürekli ve azimli bir çalışma ile meslekte ilerlememizi öğütlemiştir. Başarılı olmak için çalışmanın yanı sıra, kendimize inanmanın da ne denli önemli olduğunu, daha kendisi bir asistanken bir gün profesör olarak atanacağına dair inancını örnek göstererek çarpıcı bir şekilde açıklamıştır. Bu ilk gün konuşmasının belki de en duygusal kısmı, emeklilik sebebiyle akademik hayatımızın her anında bizimle olmasa da mutlaka başarılarımızı takip edeceğini belirtmesidir. İşte meslek hayatımızın ilk gününün özeti...

Hocamızdan ders dinlemek her zaman bir ayrıcalık olmuştur. Özellikle Hocamız mevzuat değişikliklerini anlatırken, dönemin sosyal olayları ile ilgi çekici bağlantılar kurmuş ve böylelikle ders kitaplarında rastlanılamayacak türden bir tarihçe kısmı ile desteklenen derslerde, kanun maddelerinin arka planına farklı bir biçimde göz atılması imkânı doğmuştur. Böyle bir tecrübeden yararlanabilmek ise bu alanda yetişmeye çalışan asistanlar için kuşkusuz paha biçilemez bir değerdedir. Ayrıca Hocamızın, sabah 08:30 dersine neredeyse bir buçuk saat önceden gelerek hazırlanmasına tanık olmamız aslında bizlere verdiği en büyük ders olmuştur. Bu küçücük ayrıntı dahi bir akademisyenin üzerinden kaç yıl geçerse geçsin ilk derse girdiği günkü heyecanını taşımasının ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Hocamız, sadece çalışma saatleri içinde değil, kürsü olarak birlikte gittiğimiz öğle yemeklerindeki sohbetlerde aktardığı "yaşam kesitlerinde" dahi satır aralarında verdiği öğütlerle aslında gelecek kuşak akademisyenler olarak bizleri akademinin özveri gerektiren dünyasına hazırlamaya çalışmıştır.

Hocamızın, İş Hukuku alanında son yıllarda artan kadın akademisyen sayısının kendisini ne kadar memnun ettiğini anlattığı bir sohbetinde ise kendi asistanlık yıllarına dair aktardığı anılar, kürsümüzün dört kadın asistanı olarak tebessümle dinlememize neden olmuştur. Fevzi Hocamız Hukuk Fakültesi'ne asistan alındığı yıllarda bir asistanın çalışkanlığının yanı sıra erkek olması tercih sebebi olmuştur. Hocamız, o yıllara ilişkin bu tercihin, kadınların çalışkanlığı ve olaylara farklı yönden bakabilmeleri ile nasıl aşıldığının kanıtının kürsümüzdeki kadın sayısı olduğuna dikkat çekerek hem bizi gururlandırmış hem de kendi çalışma hayatımızın yanı sıra kürsümüzün geleceği için de çalışmamız gerektiğini bir kez daha bizlere hatırlatmıştır.

Hocamız, kürsümüzden emekli olduktan sonra da Fakültemizi her ziyaretinde asistan odasına uğrayarak akademik aşamalarımız hakkında bizlerle görüşmüş ve bizimle tecrübelerini paylaşmaya devam etmiştir. Böylelikle kendisi, bizlerle irtibatını hiç koparmamış, bilimsel ve kişisel hayatımıza dair gelişmelerde maddi ve manevi olarak hep yanımızda olmuştur.

Hocamız, emekli olduktan sonra bile durmaksızın çalışmaya devam etmesi, İş Hukuku alanında yazdığı ve halen yazmaya devam ettiği sayısız eseri, çalışma azmi ve özverisi yanında ailesine olan sevgisi ile bizlere örnek teşkil etmektedir. Biz de bilimsel başarıya giden bu zorlu yolda, ondan öğrendiğimiz her zaman titiz ve azimli bir şekilde çalışma ilkesiyle zorluklardan korkmadan ilerleyeceğimize söz veriyor ve Hocamızın bundan sonraki yaşantısında da daima yanında olabilmeyi, her daim desteğini hissedebilmeyi ve hayat dersi veren sohbetlerini dinleyebilmeyi umarak kendisine sonsuz saygılarımızı sunuyoruz.

Araş. Gör. Ayşe KÖME AKPULAT
Araş. Gör. Özge YILDIZ-HAKKAKUL
Araş. Gör. Ayşe Ledün AKDENİZ
Araş. Gör. İrem YAYVAK NAMLI

BİREYSEL İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN YAZILAR

5521 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNU'NDA YAPILAN SON DEĞİŞİKLİKLER

(THE LAST AMENDMENTS APPLIED TO LABOUR COURTS LAW NO.5521)

Araş. Gör. Ayşe Ledün Akdeniz*

ÖZ

5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yenilenmesi ihtiyacı öğretilen uzun zamandır dile getirilen bir husustur. Söz konusu Kanun'un yenilenmesi amacıyla çeşitli çalışmalar yapıldığı bilinmekteyse de, bu ihtiyaç şimdiye kadar Kanun'un çeşitli maddelerinde yapılan değişiklikler yoluyla giderilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızda 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda yakın geçmişte yapılan değişikliklerin incelenmesi amaçlanmıştır. Şüphesiz, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin de iş yargılaması üzerinde önemli etkisi olmuştur. Bu nedenle çalışmamızda, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile iş mahkemelerinde uygulanması öngörülen basit yargılama usulünün özelliklerine de yer verilmiştir. İş yargılamalarında basit yargılama usulünün uygulanacağını öngörülmesi ile adaletin mümkün olduğunca hızlı bir biçimde gerçekleştirilmesi amaçlanmakta ise de; iş davaları ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 316'da sayılan basit yargılama usulünün uygulanacağı diğer dava ve işler karşılaştırılacak olursa, iş davalarının genellikle daha karmaşık bir nitelik taşıdığı da gözlemlenebilecektir. Bu nedenle hukukumuz bakımından, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanının özelliklerinin dikkate alındığı usul hukukuna ilişkin özel hükümler getirilmesinin önemli bir ihtiyaç olduğu açıktır.

Anahtar Kelimeler: İş Mahkemeleri Kanunu, basit yargılama usulü, iş davaları, iş yargılaması, iş yargılamasında kanun yolları.

ABSTRACT

The need to renew the Labour Courts Law No.5521 has been spoken out for a long time. Although it is known that there have been some studies concerning renewing the given Law, this need has been tried to be resolved by some changes applied to some clauses of the Law until today. In our study, it is aimed to research into the amendments applied to Labour Courts Law No.5521 in recent history. Inarguably, the Code of Civil Procedure No.6100 had affected the labour judgment greatly. This is why the qualities of the simple trial procedure of labour courts after coming into force of the Code No.6100 have been mentioned in our study. Although it is aimed to execute justice as quickly as possible by foreseeing the simple trial procedure at labour trials; if the other cases and actions on which the method of simple trial procedure at the article 316 of the Code of Civil Procedure will be applied, are compared; it will be observed that labour cases has more complex quality in general. Therefore, undoubtedly it is a considerable requ-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

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

irement to submit special clauses in which the qualities of labour and social security law branch are taken into consideration.

Keywords: *Labour Courts Law, simple trial procedure, labour cases, labour judgment, appeal process regarding labour judgment.*

Giriş

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu¹ iş yargılamasına ilişkin özel kurallar içermesine karşılık, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu² bu alanda da önemli ölçüde uygulama alanı bulmaktadır. Bu bakımdan HMK'nun yürürlüğe girmesinin iş yargılamasında esasında pek çok konuda etkisi görülmektedir. Çalışmamızda iş mahkemelerinin yeni yargılama usulü olan basit yargılama usulünün getirdiği iş yargılamasında yol açtığı yenilikler ve son çıkarılan torba kanunlar ile İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılmış olan değişikliklerin incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamızda öncelikle 6100 sayılı HMK ile İMK'ndaki düzenlemeler çerçevesinde *basit yargılama usulü* ele alınmaya çalışılmıştır. HMK'nun basit yargılama usulüne ilişkin düzenlemeleri incelenirken karşılaştırma yapılabilmesi amacıyla, ilgili olduğu ölçüde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun³ yürürlüğünde iş davalarında uygulama alanı bulmuş olan sözlü yargılama usulü, seri yargılama usulü ve (1086 sayılı Kanun'un) basit yargılama usulüne de değinilmiştir. İMK'nda yapılan son değişikliklerin bir kısmının fer'i müdahale gibi usul hukuku kurumları ile bağlantılı olması nedeniyle bu değişikliklerin ayrı bir başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür. Son olarak iş yargılamasında kanun yolları ve bu aşamada yapılmış olan mevzuat değişikliklerine de yer verilmiştir. Çalışmamızda Adalet Bakanlığınca görüş alınmak üzere ilgili kurum ve kuruluşlara gönderilen İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı⁴ ile gerçekleştirilmesi öngörülen değişikliklere ise yalnızca 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda son dönemde gerçekleştirilen değişikliklerle ilgili olduğu ölçüde kısaca değinilmektedir.

1. Genel Olarak İş Mahkemeleri

İş mahkemeleri, 1950 yılında İMK'nun yürürlüğe girmesiyle kurulmuş olan özel mahkemelerdir ve bu mahkemelerin teşkilâtı, görevleri ve yargılama usulüne ilişkin esaslar genel olarak İMK'nda düzenlenmektedir. İş mahkemeleri başlangıçta bir hâkimin başkanlığında bir işveren temsilcisi ile bir işçi temsilcisinden oluşarak toplu mahkeme olarak görev yapmışsa da, ilgili düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından mahkemelerin bağımsızlığına aykırı düştüşü gerekçesiyle iptal edilmiştir⁵. Günümüzde iş mahkemeleri halen tek hâkimli mahkemeler olarak göreve devam etmektedir.

¹ RG.: 30.01.1950, S. 7424.

² RG.: 04.02.2011, S. 27836.

³ RG.: 02/03/04.07.1927, S. 622-623-624.

⁴ (Çevrimiçi), http://www.adalet.gov.tr/tasarilar/20160323-isMahkemeleriKanunuTasarisi_Duzmetin_Gerekce.pdf, 30.04.2016.

⁵ AYM, T. 13.04.1971, E. 1970/63, K. 1971/38, RG.: 16.11.1971, S.14077. Söz konusu düzenlemenin iptali öğretide olumlu karşılanmıştır, bkz. Fevzi Şahlanan, "İş Yargıla-

İMK m. 1'de iş mahkemelerinin *lüzum görülen yerlerde* kurulacağı öngörüldüğünden, iş mahkemesi bulunmayan yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir asliye hukuk mahkemesi görevlendirilmektedir⁶. Sulh hukuk mahkemeleri ise iş davaları için görevli değildir⁷. Görevlendirilecek asliye hukuk mahkemesinin, iş davalarına İMK'ndaki usul ve esaslara göre ve iş mahkemesi sıfatı ile⁸ bakması gerekmektedir (İMK m. 1/III). 2012 yapılan yılında değişiklik ile⁹ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaları görmek üzere iş mahkemeleri belirleme imkânı tanınması üzerine (İMK m. 1/son) ¹⁰ uygulamada iş mahkemeleri dairelerinden bir kısmı sosyal güvenlik hukuku uyuşmazlıklarına bakmak üzere görev yapmaya başlamışlardır ¹¹.

2. İş Davalarında Yargılama Usulleri

İş hukuku öğretisinde, bu dalın işçiyi koruyucu felsefesine uygun olarak genel yargılama usulünden (yazılı yargılama usulü) farklı bir yargılama usulünün benimsenmesinin olumlu karşılandığı görülmektedir¹². Her ne kadar İMK m. 7'de halen iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulünün uygulanacağı ifade

ması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası - Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch'e Armağan, C. XLII, S. 1-4, İstanbul, 1977, s. 380.

⁶ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, 6. Baskı, Demir Demir, 2001, s. 5591; Mustafa Çenberci, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1968, s. 12; Şahlanan, İş Yargılaması, s. 380; Evren Koç, "İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat, 2004, s. 181. 188 sayılı ve 24.03.2005 tarihli Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı için ayrıca bkz. Abdurrahim Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif, 2014, s. 104.

⁷ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, s. 5591, 5622.

⁸ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, s. 5591, 5594; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara, Yetkin, 2013, s. 121; Karşlı, a.g.e., s. 100; Koç, a.g.m., s. 181.

⁹ Bkz. 6352 sayılı Kanun m. 39, RG.: 05.07.2012, S. 28344.

¹⁰ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin değişik 5. fıkrasında "İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır." düzenlemesi yer almaktadır.

¹¹ Öğretide, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların görüleceği iş mahkemelerinin belirlenmesine ilişkin düzenlemenin mesnedinin Kanun hükmü olması nedeniyle (İMK m. 1/son), görevin kanunla düzenleneceğine ilişkin kuralın (AY m. 149) ihlal edilmediği ifade olunmaktadır, bkz. Karşlı, a.g.e., s. 101.

¹² Şahlanan, İş Yargılaması, s. 377; Can Tuncay, "İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi Üzerinde Düşünceler", İstanbul Barosu Dergisi, S. 4-5-6, 1988, s. 221; Cevdet İlhan Günay, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2000, s. 21; Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2015, s. 111-112; H. Argun Bozkurt, İş Yargılaması Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012, s. 28; Erhan Birben/Sezgin Öktem, "İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.1, İstanbul, Beta, 2001, s. 1077; Ejder Yılmaz, "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı", Sicil, S. 8, 2007, s. 5; Koç, a.g.m., s. 177.

olunmakta ise de¹³, 6100 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile¹⁴ iş mahkemelerinde uygulanan yargılama usulü değişmiş bulunmaktadır. 6100 sayılı HMK'nda sözlü yargılama usulü muhafaza edilmemiş ve diğer kanunların sözlü yahut seri yargılama usulüne atf yaptığı hâllerde bu Kanun'un basit yargılama usulü ile ilgili hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. HMK m. 447 gereğince, 1086 sayılı HUMK'na yapılan atıfların HMK'nun karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacağı kabul edilmektedir.

2.1. İş Davalarında 6100 Sayılı HMK Yürürlüğe Girmeden Önce Uygulanmış Olan Yargılama Usulleri

2.1.1. Sözlü Yargılama Usulü

Sözlü yargılama usulü, 1086 sayılı mülga HUMK'nun 473-511 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sözlü yargılama, yazılı yargılamadan farklı olarak sözlülük ilkesinin ön plana çıkarıldığı yargılama usulünü ifade etmektedir¹⁵. Layihalar teatisinin olmaması, tarafların iddia ve savunmalarını mahkemeye sözlü olarak bildirmeleri ve hâkimin tarafların sözlü açıklamalarından edindiği kanaat doğrultusunda hüküm kurması gibi özellikler, bu usulün sözlü yargılama usulü olarak anılmasına yol açmıştır¹⁶. Ekleme gerekir ki, 1086 sayılı Kanun'un yürürlüğünde sözlü yargılama usulü, yalnızca iş mahkemelerinde uygulama alanı bulmuş ise de¹⁷, iş mahkemelerinde uygulanan yargılama usulü yalnızca sözlü yargılama usulü olmamıştır.

2.1.2. Seri Yargılama Usulü

Seri yargılama usulü, mülga HUMK m. 501-506 arasında düzenlenmiştir. Seri yargılama usulünün, yazılı yargılama usulünün serileştirilmiş bir modeline benzetilmesi mümkündür. Zira bu usulde sözlü yargılamadan farklı olarak ikinci dilekçelerin verilme aşaması bulunmakta ise de, davaya cevap verme süresi ile ikinci dilekçelerin verilme süreleri kısa tutulmuştur. HUMK yürürlükte iken, İş Kanunu m. 20/III uyarınca, iş güvencesi kapsamında olan ve iş sözleşmesi feshedilen işçinin açabildiği işe iade davası ile mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu¹⁸ m. 30/I uyarınca işyeri sendika temsilcisinin açtığı işe iade davasında seri yargılama usulü uygulanmıştır.

¹³ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nda açıkça (m. 7/1) iş mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanacağı öngörülmektedir.

¹⁴ HMK geçici m. 1/1'de, yargı yolu ve göreve ilişkin hükümlerin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmayacağı; m. 1/2'de ise HMK'nun senetle ispat, istinaf ve temyiz ile temyizde duruşma yapılmasına ilişkin parasal sınırlarla ilgili hükümlerinin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan dava ve işlerde uygulanmayacağı öngörülmüştür.

¹⁵ Gülümden Ürcan, Sözlü Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2002, s. 11.

¹⁶ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, s. 3179.

¹⁷ Başlangıçta sulh hukuk mahkemelerinde de sözlü yargılama usulü uygulanması öngörülmüşse de, HUMK m. 507/1'de yapılan değişiklik sonucunda HUMK m. 473 hükmü zmnen yürürlükten kaldırılmış ve sulh hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanmaya başlanmıştır. Bu konuda, bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, s. 3177-3178.

¹⁸ 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 81 ile yürürlükten kaldırılmıştır. (6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Ka-

2.1.3. Basit Yargılama Usulü

HUMK yürürlükte iken, m. 507/I'nin m. 176'ya atfı nedeniyle, İş Kanunu m. 4'te belirtilen istisna iş ve iş ilişkileri kapsamında iş gören işçilerin hizmet sözleşmesinden doğan davalarında HUMK m. 507-511'de düzenlenen basit yargılama usulü uygulanmıştır. İMK'nun 1. maddesine göre; iş mahkemeleri, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kişilerle (o Kanunun değiştirilen ikinci maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) ¹⁹ işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli mahkemeler olarak belirlendikleri için, İş Kanunu'nun kapsamında olmayanların iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarında iş mahkemeleri değil, genel mahkemeler (asliye hukuk mahkemeleri) görevlidir²⁰. Diğer bir ifadeyle bir uyuşmazlığın hizmet sözleşmesinden kaynaklanması, yürürlükteki hukuka göre²¹ ilgili uyuşmazlığa istinaden açılacak davanın doğrudan iş mahkemesinde görüleceği sonucunu doğurmamaktadır. Ekleyelim ki, 1086 sayılı HUMK'nun yürürlüğünde genel mahkemelerde görülen hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda basit yargılama usulünün uygulanması nedeniyle, 6100 sayılı HMK'nun yürürlüğe girmesi bu davalar bakımından uygulanacak yargılama usulünü değiştirmemiştir.

nu, RG.: 07.11.2012, S. 28460). 6356 sayılı Kanun m. 24/2'de, 6100 sayılı HMK hükümlerine uygun olarak işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshi nedeniyle açılacak davanın basit yargılama usulüne göre sonuçlandırılacağı düzenlenmesine yer verilmişse de, esasında böyle bir hükme hiç yer verilmeseydi de bu davalarda basit yargılama usulü uygulanacağı açıktır.

- ¹⁹ İMK m. 1'de söz edilen istisna işlere ilişkin atfı yapılan Kanun, 3008 sayılı İş Kanunu'dur. Mülga 3008 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine yapılan atfın, yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu'nun aynı konuyu düzenleyen 4. maddesine yapıldığının kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte iken bu atfın 1475 sayılı İş Kanunu'nun ilgili 5. maddesine yapıldığı kabul edilmekte idi, bkz. Çenberci, a.g.e., s. 25; Şahlanan, İş Yargılaması, s. 388.
- ²⁰ İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan bazı iş ve iş ilişkilerine olanların hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarında ise özel hüküm bulunması nedeniyle iş mahkemeleri görevlidir. Örneğin deniz taşıma işleri İş Kanunu'nun uygulanmayacağı iş ve iş ilişkileri arasında sayılmaktaysa da (bkz. İş Kanunu m. 4) Deniz İş Kanunu m. 46/I'de, bu Kanun kapsamındaki gemi adamları ile bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet akdinden doğan davalarda 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun uygulanacağı özel olarak öngörülmüştür. İş mahkemelerinin görevli kılınmadığı hallerde hizmet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar Anayasa m. 142 hükmü karşısında iş mahkemelerinde görülmemektedir. İş mahkemelerinin görevi belirlenirken dava konusunun değerine veya miktarına değil, yalnızca uyuşmazlığın İMK kapsamında görüleceği kabul edilen bir uyuşmazlık olup olmadığına bakılmaktadır, bkz. Şahlanan, İş Yargılaması, s. 383. Öğretide isabetli olarak iş mahkemelerinde görülecek davalar bakımından ölçünün «hizmet akdi» olması gerektiği görüşü savunulmuştur, bu yönde bkz., Baki Kuru, «İş Mahkemeleri», Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s. 15.
- ²¹ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nda bu konuda bir değişiklik öngörülerek, Borçlar Kanunu'na tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında da iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hak iddialarına ilişkin hukuk uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğuna yer verilmektedir (Tasarı Taslak m. 5/1 (a)).

2.2. 6100 Sayılı HMK'na Göre İş Davalarının Yargılama Usulü

6100 sayılı HMK'nun yürürlüğe girmesiyle, yazılı yargılama usulü dışında kalan tüm yargılama usulleri (seri, sözlü ve basit) tek bir yargılama usulünde (basit yargılama usulü) birleştirilmiş ve iş davalarında uygulanacak yargılama usulü bakımından yeknesaklık sağlanmıştır (HMK m. 316/1- g, m. 447/1). Zira basit yargılama usulü yalnızca iş mahkemelerinde görülen davalarda değil, genel mahkemelerde görülen hizmet akdinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda da uygulanmaktadır. Ancak HUMK'nun basit yargılama usulü hükümleri HMK'nda aynı şekilde muhafaza edilmemiştir. Yeni Kanun'da tek bir özel yargılama usulü öngörüldüğünden, bu usulün özel yargılamayı gerektiren tüm dava ve işlerde uygulanmaya elverişli olabilmesi için, HMK'nun basit yargılama usulü hükümleri HUMK'ndaki basit yargılama usulü hükümlerine göre daha ayrıntılı bir biçimde kaleme alınmıştır.

3. İş Uyuşmazlıklarında Çözüm Yolları

3.1. İşçi Tarafından İş Mahkemeleri Kanunu m. 10'da Öngörülen Yola Başvurulması

İMK m. 10'da, işçinin adli yargıya gitmesine gerek olmaksızın uyuşmazlığının çözümü için başvurabileceği seçimsel bir yol öngörülmektedir. Diğer bir ifadeyle davacı işçinin iş sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak iş mahkemelerinde dava açmaksızın, doğrudan İMK m. 10'da öngörülen yola başvurabilmesi mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla idari makama başvurulabilmesi imkânı, yalnızca işçi taraf için getirilmiş bir imkândır. Hükümün konuluş amacı, ekonomik bakımdan güçsüz olduğu kabul edilen işçinin mahkeme masraflarını ödemediği uyuşmazlığının çözülmesini sağlayabilmesidir. Bununla birlikte söz konusu alternatif yolun İMK'nda öngörülmesi sebebiyle, *hizmet akdinden doğan davaların genel mahkemelerde görülecek işçilerin iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıkları için idari makama başvurabilme imkânları bulunmamaktadır.*

Söz konusu düzenlemeye göre başvurunun, İş Kanunu'nun uygulanması ile görevli olan idari makama yapılması gerekmektedir. Öğretide, İş Kanunu'nun uygulanması ile görevli idari makam olarak; vali, kaymakam ve Çalışma Bakanlığının bütün örgütü, özellikle de Bölge Çalışma Müdürlüklerinin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir²². Belirtelim ki, 6111 sayılı Kanun²³ ile İş Kanunu m. 91'e yeni bir fıkra eklenmiş ve İMK'nun 10. maddesine istinaden iş sözleşmesi fiilen sona eren işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin şikâyetlerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüklerince inceleneceği öngörülmüştür²⁴.

²² Şahlanan, İş Yargılaması, s.412; Çenberci, a.g.e., s. 99.

²³ RG.: 25.02.2011, S. 27857 (1. Mükerrer)

²⁴ Bu noktada ayrıca ifade etmek gerekir ki, 665 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname (RG.: 02.11.2011, S. 28103 (Mükerrer)) ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nda da bazı değişiklikler yapılmış ve bu Kanun'a eklenen geçici 2. madde ile diğer mevzuatta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğüne yapılan atıfların Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne yapılmış sayılacağı belirtilmiştir. Böylelikle söz konusu yeni düzenlemeler çerçevesinde İş Mahkemeleri Kanunu'nun 10. maddesine istinaden yapı-

M. 10 uyarınca idari makamın kendisine yapılan müracaatı 15 gün içinde idari yoldan çözemeyip iş mahkemesinin görevi içinde görmesi halinde, bu hususa dair evrak ve belgeleri yetkili iş mahkemesine göndermesi ve mahkemenin de müracaat sahibinin davacı olduğunu tespit etmek suretiyle bu Kanundaki esas ve usullere göre davayı göreceği öngörülmektedir. Söz konusu maddede, idari makamın iş mahkemesine bu şekilde evrak ve belge göndermesi mahkemenin görevli olup olmadığı konusundaki değerlendirmesini etkilemeyeceği ifade edilmektedir²⁵.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu uyuşmazlığa ilişkin dava, idari makamın gerekli evrakı iş mahkemesine göndermesi ile açılmamaktadır²⁶. İdari makam burada yalnızca bir gönderme işleminin yapılması rolünü üstlenmektedir²⁷. Nitekim İMK m. 10'da da, kendisine evrak ve belge gönderilmiş olan mahkemenin re'sen gün tayin ederek tarafları davet etmesinden²⁸, müracaat sahibinin "davacı" olduğunun tespit edilmesinden ve tutanağa imzasının alınmasından söz edilmektedir. Mahkeme, ancak müracaat sahibinin davacı olduğunu tespit edip tutanağa imzasını aldıktan sonra kanundaki usul ve esaslara göre davayı görecektir. Öğretide, İMK m. 10'da öngörülen yöneme başvurulma-

lacak şikâyetlerde görevli makam Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

²⁵ Görüşümüze göre, İş Mahkemeleri Kanunu'nda bu hükme hiç verilmeseydi de aynı sonuca varılması mümkün olacak idi, zira her mahkemede olduğu gibi iş mahkemelerinde de görev kamu düzenindedir. Öte yandan, maddede yalnızca göreve ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi, yetki itirazının ileri sürülmesini engellemeyecektir. İdari merciin yetkili olmayan iş mahkemesine belge ve evrak göndermesi halinde tarafların yetki ilk itirazında bulunma hakları olduğuna göre, kendisine belge ve evrak gönderilen mahkemenin idari merciin yetkiye ilişkin değerlendirmesiyle de bağlı olmayacağı kabulü gerekir. Kaldı ki, öğretide ağırlıklı olarak taraftar bulan görüşe göre, iş mahkemelerinde yetki kuralları kamu düzenine ilişkindir ve taraflar her zaman yetki itirazında bulunabilecekleri gibi mahkemenin de yetkisizliğini re'sen gözetebilmesi mümkündür, bu görüşte bkz. Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, Legal, 2015, s. 679; Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz, *Medenî Usul Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, 2016, s. 727; Şahlanan, *İş Yargılaması*, s. 404; Levent Akın, "İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni", *Sicil*, S. 13, 2009, s. 42.

²⁶ Şahlanan, *İş Yargılaması*, s. 413.

²⁷ 9. HD., T. 12.12.1983, E. 1983/8198, K. 1983/10535, (Çevrimiçi), www.hukukturk.com, 21.12.2012.

²⁸ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, bölge müdürlüklerinin görevleri hakkında yayımlanan 2011/3 sayılı Genelge'nin 6. maddesinde, "Bölge müdürlükleri tarafından yapılan inceleme sonucu neticelenen müracaatlar bir tutanağa bağlanacaktır. İşverenin davetini gerektirmeyen işçi şikâyetlerine ilişkin müracaatlar ise yazışma ile sonuçlandırılacaktır. İnceleme ve yazışma ile sonuçlandırılmayan başvurularla ilgili olarak şikâyetçiye istediği takdirde iş mahkemesine müracaat edebileceği bildirilecektir." ifadesine yer verilmiştir. Görüşümüze göre bu ifade İş Mahkemeleri Kanunu'nun 10. maddesi ile çelişir niteliktedir. İş Mahkemeleri Kanunu m. 10'da, öngörülen süre içinde neticelendirilemeyen başvuruların iş mahkemesine gönderilmesi hususunda idari makama bir takdir hakkı tanınmamaktadır. İdari makam uyuşmazlığı neticelendirmediği takdirde ilgili evrakı iş mahkemesine göndermekle yükümlüdür. Bu durumda dava açmak niyetinde olmayan işçinin tek imkânı, mahkeme huzurunda davacı olduğunun anlaşılmasıdır. Bu bakımdan, inceleme ile sonuçlandırılmayan başvurularla ilgili olarak "şikâyetçiye istediği takdirde iş mahkemesine müracaat edebileceğinin bildirilmesi"ne ilişkin genelgedeki ifadenin İş Mahkemeleri Kanunu'na aykırılık arz ettiği görüşündeyiz.

sı halinde davanın açılabilmesi için müracaat sahibinin davacı olduğunun tespit edilmesi gerektiği görüş birliği içinde kabul ediliyor ise de, asıl tartışma, bu yönetime başvurulduğu hallerde davanın hangi tarihte açılmış sayılması gerektiğine ilişkin yaşanmaktadır. Davanın başvuru sahibinin davacı olduğunu bildirip tutanağı imzaladığı tarihte açılmış sayılması gerektiğini savunanlar olduğu gibi²⁹, hükmün amacının davaların zamanaşımına uğramasının engellenmesi ve işçinin korunması olduğu gerekçesiyle, davanın açılış tarihinin geriye doğru yürütülmesi ve idari makama başvuru tarihinin dava tarihi olarak esas alınması gerektiği de ileri sürülmüştür³⁰. Yargıtay'ın idari makamın başvurusu üzerine açılan davalarda, davanın açılma tarihi olarak harcın yatırıldığı tarihi esas aldığı görülmektedir³¹. Bu yönde karar verilmesi, 06.02.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı³² ile de uyumludur, zira iş mahkemelerinde açılan davaların her türlü resim ve harçtan muaf olduklarının öngörüldüğü İMK'nun 11. maddesi, 21.11.1980 gün ve 2345 Kanun ile ilga edilmiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, m. 10'da öngörülen yola başvurulduğu hallerde davanın, genel hükümlere göre harçların ödenmesi ve başvuru sahibi işçinin davacı olduğunun tespit edilip tutanağı imzalaması ile açıldığının kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak hükmün getiriliş amacı gözetilerek, bu yola başvurulmasının zamanaşımının durduracağı gibi özel hükümler getirilmesi şüphesiz isabetli olacaktır.

Öte yandan, İMK m. 10'da öngörülen yola ilişkin olarak iddianın hangi andan itibaren genişletilme ve değiştirilme yasağına tabi olacağı da önem taşımaktadır. Öğretide isabetli olarak, İMK m. 10'a göre idari yoldan çözülemeyen uyuşmazlıkların mahkemeye intikal ettirilmesi halinde açılan davalar bakımından, davacının davacı olduğunu bildirdiği ilk duruşmada idari makam önünde bildirmediği olguları ileri sürmesinin iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir³³. Nitekim 6100 sayılı HMK'nun sisteminde, doğrudan mahkemede açılan davalarda da iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, başvuru sahibinin ilk duruşmada ileri sürdüğü olgularla değil; başvuru sahibinin mahkeme önünde davacı olduğunun tespitinden sonra dava dilekçesi vermesi ile başlamaktadır.

Bu noktada son olarak değinilmesi gereken bir diğer düzenleme de, iş mahkemelerinin yargılama usulünü düzenleyen İMK'nun 7. maddesine 6552 sayılı Kanun ile eklenen yeni fıkradadır³⁴. Söz konusu ek fıkroda, *yalnızca*

²⁹ Şahlanan, İş Yargılaması, s. 413; İsmet Sarıözen, "İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, Olgaç Matbaası, 1981, s. 222; Ürcan, a.g.e., s. 51; Birben/Öktem, a.g.m., s. 1085.

³⁰ Çenberci, a.g.e., s. 101-102.

³¹ 9. HD., T. 18.12.2000, E. 2000/19567, K. 2000/19068, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012;; 9. HD., T. 02.10.2001, E. 2001/11400, K. 2001/15317, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012. Ayrıca bkz. Günay, a.g.e., s. 295.

³² İBK, T. 06.02.1984, E. 7, K. 3, RG.: 19.03.1984, S. 18346.

³³ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, s. 5637.

³⁴ İMK m. 7/III şu şekildedir: "31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edilmesi zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan müracaata altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda uygulanmak üzere dava açılmadan önce tüketilmesi gereken zorunlu bir yol öngörülmüştür. Buna göre Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edilmesi zorunlu hale gelmiştir. Ancak maddede, hizmet akdine tabi çalışmalar nedeniyle zorunlu sigortalılık talepleri bu düzenlemeden hariç tutulmuştur. Diğer bir ifadeyle zorunlu sigortalılık süresinin tespit edilmesini talep eden işçinin, -öncesinde Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat etmeksizin- doğrudan iş mahkemesinde dava açma imkânı bulunmaktadır. Sigortalılığın tespiti talebi bakımından (sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanmayan uyumsuzluklarda olduğu gibi) m. 10'da öngörülen usulün izlenmesi *seçimlik yol* olarak devam etmekte ise de, İMK m. 7'ye eklenen fıkra sonucunda, esasında uygulamada pek başvurulmaması nedeniyle Kanun'dan çıkarılması gereği dile getirilen³⁵ 10. maddenin uygulama alanının daha da daraldığı sonucuna varılabilir. Nitekim İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nın genel gerekçesinde, 5521 sayılı Kanun'un 10. maddesinin uygulamasının kalmadığı belirtilmekte ve taslak metinde karşılık bir hükme yer verilmediği görülmektedir.

3.2. Taraflarca Doğrudan Mahkemede Dava Açılması

İş mahkemelerinde davanın açılması, basit yargılama usulündeki esaslara göre bir dilekçenin verilmesi suretiyle gerçekleşmektedir. 6100 sayılı HMK'nda, HUMK m. 474'ten farklı olarak³⁶, mahkemeye dava açılabilmesi için sözlü başvuru yapılabileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. HMK m. 118'de davanın, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılacağı öngörülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği³⁷ m. 36/5'te de, davanın dava dilekçesinin tevzi edilerek kaydedildiği tarihte açılmış sayılacağı ifade olunmuştur. Yönetmeliğe göre; dava dilekçesi, dava harca tabi ise harç ve gider avansı; harca tabi değil ise yalnızca gider avansı tahsil edildikten sonra tevzi edilecektir. İş Mahkemeleri Kanunu m. 11'in³⁸ isabetsiz olarak yürürlükten kaldırılması nedeniyle, bu mahkemelerde görülecek davalar da harca tabi davalar arasında olduğundan iş mahkemelerinde davanın açılmış sayılması için

sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.”

³⁵ Hükümün konuluş gerekçesinde, Kanun'un kabul edildiği dönemde işçilerin iş mahkemesinde dava açma alışkanlığının bulunmaması olarak ifade edildiği ve günümüzde ilgili hükümün Kanun'dan çıkartılması gerektiği yönünde bkz., E. Yılmaz, a.g.m., s. 9 ve s. 11, dn. 1.

³⁶ HUMK m. 474'te sözlü başvuru ile dava açılabilmesi düzenlenmiştir. Bununla birlikte öğretide, HUMK m. 474'te sözlü başvurmadan söz ediliyor olsa da, yine davacı tarafından bir zapt verilmesine ilişkin şart gerekçe gösterilerek, sözlü yargılama usulünde de davanın yazılı olarak açılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır, bu yönde bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, s. 3180; Günay, a.g.e., s. 231-232; Şahlanan, İş Yargılaması, s. 412; Birben/Öktem, a.g.m., s. 1113-1114.

³⁷ RG.: 03.04.2012, S. 28253.

³⁸ Mülga fıkroda “İş mahkemelerinde açılan davalar her türlü resim ve harçtan muaftır.” şeklinde bir düzenleme yer almakta idi, bu konuda bkz. Şahlanan, İş Yargılaması, s. 413.

harcının yatırılması gerekmektedir^{39,40}. Yine, HMK'nda yer verilen yeni düzenleme uyarınca, iş mahkemelerinde de davanın açılmış sayılması için gider avansının tahsil edilmiş olması aranacaktır (HMK m. 120). Ekleme gerekir ki, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 3. maddesinde; bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebi ile açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması zorunluluğu öngörülmektedir. Aksi halde dava şartı noksanlığı karşı tarafça ileri sürülebilecek ya da hâkim tarafından tespit edilebilecektir⁴¹.

4. İş Mahkemelerinde Yargılama Aşamaları

4.1. Dilekçelerin Teatisi

Basit yargılama usulünde, davanın açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olmaktadır (HMK m. 317/1, HMK Yön. m. 37/1). Dava ve cevap dilekçelerinin UYAP Bilgi Sistemlerinde yer alan dava ve cevap dilekçesi formlarının doldurulması suretiyle verilebilmesi mümkündür (HMK m. 327/4, HMK Yön. m. 37/2). Bu form, tevzi bürosundan veya ön bürodan temin edilerek doldurulabilmektedir (HMK Yön. m. 37/5). Dava veya cevap dilekçesi formlarının elektronik ortamda gönderilmesi de mümkün olmakla birlikte, bunun için elektronik imza sahibi olunması gerekmektedir. Aksi halde elektronik ortamda doldurulmuş bu formların çıktısının alınarak elle imzalanması gerekmektedir (HMK Yön. m. 37/6). Dava açmanın ve davaya cevap vermenin ilgili formların doldurulması ve imzalanması suretiyle yapılabilmesine yönelik bu düzenleme ile amaçlanan, basit yargılama usulünde hak arama imkânlarının kolaylaştırılmasıdır⁴².

Basit yargılama usulünde cevap süresi, yazılı yargılama usulünde olduğu gibi (HMK m. 127) dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır (HMK m. 317/2, c. 1)⁴³. Bununla birlikte, mahkeme durum ve koşullara

³⁹ Harçlar Kanunu m. 123/II'de yer alan özel düzenleme gereğince; İş Kanunu'na tabi işçilerin ve çırakların iş mahkemelerindeki dava ve bu mahkemelerden almış oldukları ilamların takiplerinde, harçtan muafiyet esası, gündelikleri veya aylık ücretleri 16 yaşını doldurmuş işçiler için belirlenen asgari ücreti geçmeyen işçiler ve çıraklar için uygulanmaya devam edecektir. Ekleme gerekir ki, asgari ücret bakımından 16 yaş ayrımı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından 01.01.2014'ten geçerli olmak üzere kaldırılmış ve tek asgari ücret uygulamasına geçilmiştir.

⁴⁰ Almanya'da ise iş mahkemelerinde görülen yargılamalarda, özellikle de işçi tarafının yüksek mahkeme masrafları nedeniyle mahkeme önünde haklarının talep etmesinden çekinmesini önlemek amacıyla, mahkeme masrafları bakımından genel hükümlerden farklı düzenlemeler getirildiği görülmektedir, bkz. Wilhelm Dütz/Gregor Thüsing, Arbeitsrecht, 20. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2015, s. 489, Rn. 1052; Wolfgang Zöllner/Karl-Georg Loritz/Curt Wolfgang Hergenröder, Arbeitsrecht, 7. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2015, s. 757, Rn. 27.

⁴¹ Söz konusu düzenlemede HMK'nun yalnızca 115. maddesinin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre işlem yapılacağı belirtildiğinden, bu noksanlığın giderilmesi için hâkim tarafından kesin süre verilmemesi öngörülmektedir (Tasarı Taslak m. 3/1). 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde öngörülen değişikliğe göre ise, işe iade talebiyle açılan davada arabuluculuğa başvurulmamış ve dava usulden reddedilmiş ise, kesinleşen kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabuluculuğa başvurulabileceği belirtilmektedir (Tasarı Taslak m. 13).

⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 861-862; Karılı, a.g.e., s. 660.

⁴³ İş mahkemelerinde sözlü yargılama usulünün uygulandığı dönemde davaya cevap için bir süre öngörülmemiştir. Ancak mülga HUMK m. 479 uyarınca davalı ilk itiraz ileri

göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor veya imkânsız olduğu durumlarda, davalıya bir defaya mahsus olmak üzere ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verilebilmektedir. Ancak ek süre verilebilmesi için, davalının dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki hafta içinde mahkemeye başvurması gerektiği öngörülmüştür (HMK m. 317/2, c. 2). Bu düzenleme sonucunda, ek süre talebi için öngörülen süre içinde mahkemeye başvurmayan davalı tarafın ilk duruşmada mazeret bildirerek ek süre talep etmesi engellenmiş olmaktadır⁴⁴.

Basit yargılama usulünde tarafların, tıpkı yazılı yargılama usulünde öngörüldüğü gibi, dilekçeleriyle birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmeleri gerekmektedir (HMK m. 318/I). Taraflar, şayet deliller ellerindeyse dilekçelerine eklemek; eğer dosya ve belgeler başka yerlerden getirilecek ise, bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadırlar (HMK m. 318/1). Basit yargılama usulünde dilekçelerin verilmesi aşaması; iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı bakımından da önem taşımaktadır. Basit yargılama usulünde bu yasak, yazılı yargılama usulünden farklı olarak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinin verilmemesi nedeniyle, iddia makamı için davanın açılmasıyla, savunma makamı ise cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlamaktadır (HMK m. 319) ⁴⁵. Basit yargılamada söz konusu yasak yazılı yargılama usulüne göre önce başladığından, tarafların talep ve savunmaları konusunda daha dikkatli olmaları gerekmektedir⁴⁶. Belirtmek gerekir ki, HMK m. 317'de yer alan tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremeyeceklerine ilişkin ifadenin Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuran Bakırköy 13. İş Mahkemesi'nin istemi, hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde oy çokluğuyla reddedilmiştir⁴⁷. Bakırköy 13. İş Mahkemesi itiraz başvurusunda birer haftalık replik ve düplik süresi verilmesinin davaların uzamasına fazla bir etkisi olmayacağını ifade etmiş ise de⁴⁸, çoğunluk görüşüne göre

sürmüşse mahkemenin ilk itirazın reddine karar verdiği oturumda; davalı ilk itirazda bulunmamış ise en geç ilk oturumda cevap vermesi gerekmiştir.

⁴⁴ Halil Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Ne Değişti?", Sicil, S. 24, 2011, s. 190.

⁴⁵ 1086 sayılı HUMK'nun yürürlüğünde iş mahkemelerinde sözlü yargılama uygulandıktan, iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının iddiaların ilk oturumda tutanağa geçirildiği tarihte başladığı kabul edilmekte idi.

⁴⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 862; Karşlı, a.g.e., s. 660-661.

⁴⁷ AYM, T. 22.03.2012, E. 2011/125, K. 2012/46, RG.: 13.02.2013, S. 28558.

⁴⁸ "...6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 317/3 maddesi ile cevap dilekçesine karşı cevap dilekçesi (REPLİK) verilmesi basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerde yasaklanmıştır. Yazılı yargılama usulüne tabi dava ve işlerde ise yasak yoktur. Her iki usulde de dava davadır. Adaletin gerçekleştirilmesi açısından davaların küçük-büyük, önemli-önemsiz olmasında bir fark yoktur...Anayasa'nın 36. maddesine göre de herkes yargı mercileri önünde iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Adil yargılanma hakkı doğru ve güvenli yargılanma hakkı demektir. Bir davada sizin iddialarınıza cevap verilirken yeni birşey ileri sürülmesi halinde buna cevap verebilmeniz doğru ve güvenli yargılanma hakkı ile çok yakından alakalıdır. Cevap dilekçesinde ileri sürülen yeni iddialara karşı cevap verme hakkının tanınmaması adil yargılanma hakkının ihlalidir...1086 sayılı Yasa'nın yürürlük zamanında cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verilmesine ilişkin bir kısıtlama yoktu. Diğer taraftan cevap süresi duruşma gününe kadardı. Mahkemelerdeki iş yoğunluğu nedeniyle duruşma günü 3-5 ay hatta daha fazla ileri bir tarihe veriliyordu. Dolayısıyla uzunca bir cevap süresi oluyordu. 6100 sayılı Yasa ile getirilen yeni düzenlemede cevap süresi iki hafta ile sınırlandırıldığından

“...basit yargılama usulüne tabi davaların basit ve hızlı bir şekilde sonuçlanmasını sağlayarak adil yargılanma hakkına ve bireyin menfaatine hizmet ettiği açıkça anlaşılan bu sınırlandırmanın hakkın özüne dokunduğu ve hakkı anlamsız kılacak dereceye vardığı” sonucuna varılmaması gerekmektedir. Buna karşılık, bize göre muhalefet şerhinde yer verilen “kısa bir usul yargılması ile de adil bir sonuca ulaşmak mümkün ise de, itiraz konusu yasaklayıcı kuralın doğurduğu sakıncalar, davaların sadece çabuk bitmesi neticesini verebilmek faydasından daha fazladır”⁴⁹ ifadesi daha isabetlidir. Gerçekten her ne kadar HMK m. 317/3’te yer alan tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremeyeceklerine ilişkin düzenleme basit yargılama usulünün özüne uygun düşer nitelikte ise de, hüküm bu haliyle iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği ile bağdaşmaması yönüyle eleştiriye açıktır. Bize göre bu sorunun HMK’nın basit yargılama usulüne ilişkin hükümlerinin iptali suretiyle değil, İş Mahkemeleri Kanunu’nda bu yargılamanın özüne uygun özel düzenlemelere yer verilerek aşılması gerekmektedir.

6100 sayılı HMK’da dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra, 1086 sayılı HUMK’tan farklı olarak tahkikat aşamasına değil, ön inceleme aşamasına geçilmektedir (HMK Yön. m. 41).

4.2. Ön İnceleme

Ön inceleme kurumu usul hukukumuzda ilk kez 6100 sayılı HMK ile girmiştir. Dilekçelerin teatisinden sonra ve tahkikattan önce gerçekleştirilmesi öngörülen bu yargılama aşamasının en önemli amacı, tahkikata doğru ve hazırlıklı bir başlangıç yapılabilmesini sağlamaktır⁵⁰. Ön inceleme aşaması zorunlu olup, HMK m. 137/2’nin gerekçesinde de, ön inceleme işlemleri tamamlanma-

davaların önceki duruma göre hızlanacağı muhakkaktır. Birer haftalık replik ve düplik için süre verilmesinin davaların uzamasına fazla bir etkisi olmayacaktır. Cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verilmesi yasaklanmış ama sözlü cevap verilmesi yasaklanmamış olduğundan sözlü olarak cevap verilecek yasağın sakıncaları ortadan kaldırılabilir denilebilir. Ancak ön inceleme aşamasında duruşma yapılmamaktadır. Duruşma tanıkların dinlenmesi ile delillerin tartışılması için yapıldığından duruşmalar 1086 sayılı Yasa zamanından daha geç başlayabilmektedir. Bu yüzden cevap dilekçesinde ileri sürülen iddialara cevap vermek ve bu konudaki delilleri bildirmek ve toplamak için geç kalılabileceği gibi cevap dilekçesinde ileri sürülen yeni iddialar duruşmada sözlü olarak cevaplandırılmayacak kadar çok kapsamlı ve yazılı olarak cevap verilmesini gerektirecek nitelikte olduğu taktirde sözlü cevabın replik dilekçesinin yerini tutmayacağı açıktır...”

⁴⁹ “İtiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğu iddiası ile iptali için başvuran mahkeme, İş Kanunu’ndan kaynaklanan her türlü ihtilafı halletmek ile görevli bir ihtisas mahkemesi olan iş mahkemesidir. Diğer iş davalarına göre özellik arz eden hizmet akdinden kaynaklanan davalar da dahil olmak üzere haftada üç gün ortalama 40’ar dava dosyası ile duruşma yapan hâkimin, yazılı yargılama usulüne nazaran henüz tahkikat safahatı tamamlanmamış bir dava dosyasında tarafların yazılı replik ve düplik hakkını sözlü olarak tamamlamak durumunda olması, kanun koyucunun taraflara yazılı olarak cevaba cevap ve karşı cevap hakkı vermemiş olması adil yargılama hakkını kısıtlar niteliktedir. Diğer yandan adilane bir sonuca varabilmek tahkikatın iyi bir şekilde yapılmasına bağlıdır. İtiraz konusu kural ile getirilen yasak, tahkikatın daha iyi yapılmasına engel olduğundan daha adil bir sonucun da elde edilmesine engeldir. Kaldı ki replik ve düplik safahatının ne kadar süre içerisinde yapılabileceğini, basit yargılama usulünün genel mantığına uygun olarak düzenlemek mümkündür.”, AYM, T. 22.03.2012, E. 2011/125, K. 2012/46, RG.: 13.02.2013, S. 28558.

⁵⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 564-566; Karşlı, a.g.e., s. 448. Ön inceleme kurumuna yönelik bazı eleştiriler için ayrıca bkz. Karşlı, a.e., s. 449-450.

dan ve bu konuda gerekli kararlar verilmeden tahkikata başlanamayacağı ve tahkikat için duruşma günü tespit edilemeyeceği ifade edilmektedir. Basit yargılama usulünde ön inceleme aşamasında; dosya üzerinden karar verilememişse ilk duruşmada tarafların dava şartları, ilk itirazlar, hak düşürücü süre ve zamanasını hakkında dinlenilmesi ve daha sonra iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tespit edilmesi gerekmektedir (HMK m. 320/2, c.1). Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, basit yargılama usulünde ön inceleme aşaması için ayrı bir duruşma açılması şartı öngörülmemektedir. Ön inceleme aşamasının duruşmalı gerçekleştirilmesi, mahkemenin ön inceleme konuları hakkında dosya üzerinden karar vermediği hallerde söz konusu olmaktadır. Ancak bu ilk duruşma, yazılı yargılama usulünde olduğu gibi ön incelemeye tahsis edilmiş bir duruşma niteliğinde değildir.

HMK m. 322'de basit yargılama usulünde hüküm bulunmayan hallerde yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörülmesi nedeniyle, bu usulde de ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmez ise, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilecek yahut değiştirebilecektir (HMK m. 141). Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilmesi veya değiştirilmesi kural olarak yasaktır, ancak iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnaları (ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati) basit yargılama usulünde de geçerlidir.

Ön inceleme aşamasında öncelikle dava şartlarının (HMK m. 114) bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Mahkemenin görevli olması (HMK m. 114/1-c) bir dava şartıdır ve iş mahkemesinin görevi İMK'nda özel olarak düzenlenmektedir⁵¹. Görev kuralları kamu düzeninden olduğundan, ön inceleme tutanağında mahkemenin göreve ilişkin hatalı bir değerlendirme yapması durumunda, ön inceleme aşamasında düzenlenen tutanağın görev dava şartının sonradan gözetilmesini engelleyecek mahiyette bir belge olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Yine dava şartları hakkında ön inceleme aşamasında karar verilmemiş olması da, daha sonraki aşamalarda bu konuda karar verilmesine engel olmayacaktır⁵². Nitekim HMK m. 115/1 gereğince, mahkeme dava şartlarının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracaktır.

⁵¹ İş mahkemelerinde, yalnızca İMK m. 1'de sayılan uyumsuzlıklara değil, iş mahkemelerinin görevli olduklarının ayrıca belirtildiği uyumsuzlıklara da bakılmaktadırlar. İş Mahkemeleri Kanunu'nun m. 1/A bendi, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 81. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 79. maddesinde; "Bu Kanunun uygulanmasından doğan uyumsuzlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür. Ancak yedinci ila on birinci bölümlerin uygulanmasından doğan uyumsuzlıklar için, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir." düzenlenmesine yer verilmiştir. İMK m. 1/B'de, bu mahkemelerin İşçi Sigortaları Kurumu ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyumsuzlıklardan doğan itiraz ve davalara da bakacakları düzenlenmiştir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde bu Kanun'dan doğan uyumsuzlıklarda aksine düzenleme olmadıkça iş mahkemelerinin görevli olduklarına ilişkin esas aynen korunmuştur. Öte yandan, Deniz İş Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştaranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a tabi çalışanların hizmet ilişkisinden doğan davalarda da, ilgili Kanunlarda özel hüküm bulunması nedeniyle (Deniz İş Kanunu m. 46 ve Basın İş Kanunu Ek m. 4) görevli mahkeme iş mahkemesidir.

⁵² H. Yılmaz, a.g.m., s. 194.

Ön inceleme aşamasında değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise ilk itirazlardır. HMK m. 116'da üç adet ilk itiraza yer verilmiştir. HMK 117/1'de ilk itirazların hepsinin cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği⁵³ belirtilmektedir. İlk itirazlardan birincisi; kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazıdır (HMK m. 116/1-a). İş mahkemelerinin yetkisi de İMK m. 5'te özel olarak düzenlenmiştir. Bu yetki kuralına göre; iş mahkemelerinde açılacak davalara, davalının ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde veya işçinin işini yaptığı işyeri mahkemesinde bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşmeler geçersizdir. İMK'nda yer alan bu düzenleme yetkinin kamu düzeninden olduğunu göstermektedir, bu nedenle iş mahkemelerinde yetki meselesi mahkemece yargılamanın her aşamasında dikkate alınabileceği gibi, tarafların da bunu her zaman ileri sürebilmeleri mümkündür⁵⁴. Bu durum, iş mahkemesinde ileri sürülecek yetki itirazının ilk itiraz niteliğinde olmadığı sonucunu ortaya koymaktadır⁵⁵. Belirtmek gerekir ki, iş mahkemelerinde yetki itirazının ilk itiraz yönünde olmadığı yönünde kararı bulunduğu gibi⁵⁶, ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiği yönünde de Yargıtay kararı bulunmaktadır⁵⁷. İlk itirazlardan ikincisi, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazıdır (HMK m. 116/1-b). İş mahkemelerinde tahkim çok sınırlı olarak uygulanmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmeleri geçersiz sayılmaktadır⁵⁸. Ancak iş hukuku mevzuatında tahkim yolunun uygulanabilmesine ilişkin bazı özel düzenlemeler de bulunmaktadır. İş Kanunu m. 20/I'e göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile işe iade davasını fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde aç-

⁵³ HUMK'nun yürürlüğü sırasında iş mahkemelerinde uygulanan sözlü yargılama usulünde ilk itirazların hepsi esasa girilmeden önce beyan edilmeli idi (HUMK m. 478). Bununla birlikte bu hüküm, davalının ilk itirazlarını ve esasa cevabını yazılı olarak vermesini engellememiştir, bkz. Birben/Öktem, a.g.m., s. 1116. Yine eklemek gerekir ki, HUMK ile HMK'nda sayılan ilk itirazlar arasında farklılıklar bulunmaktadır, bkz. HUMK m. 187.

⁵⁴ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, s. 5632; Kuru, Medeni Usul Hukuku, s. 679; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 727; Şahlanan, İş Yargılaması, s. 404; Koç, a.g.m., s. 193.; Akın, a.g.m., s. 42-43.

⁵⁵ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 727; Şahlanan, İş Yargılaması, s. 404; E. Yılmaz, a.g.m., s. 7; Koç, a.g.m., s. 193; H. Yılmaz, a.g.m., s. 195.

⁵⁶ "5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca "İş mahkemelerinde açılacak her dava açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz." Öngörülen bu düzenleme kamu düzenine ait bir yetki kuralı olup, emredici kural olduğundan bu iki mahkeme dışında başka bir mahkemenin sözleşme ile yetkili bulunması imkanı yoktur." Bkz. 9. HD., T. 23.06.2003, E. 2003/11088, K. 2003/11779, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 03.06.2015.

⁵⁷ "Yetkinin kamu düzenine ilişkin olmadığı hallerde yetki itirazı ancak ilk itiraz olarak ve en geç ilk oturumda davanın esasına girilinceye kadar ileri sürülebilir. (H.U.M.K. 187/2) Kesin yetki kuralı bulunmadığı durumlarda, hakim doğrudan (resen) yetkisizlik kararı veremez. Hal böyle olunca, davalının yetki itirazında bulunmadığı gözetilerek davanın esasının incelenmesi yerine evrak üzerinden doğrudan yetkisizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir." Bkz., 21. HD., T. 16.10.2008, E. 2008/16773, K. 2008/15984, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012.

⁵⁸ 9. HD., T. 20.01.2009, E. 2008/44630, K. 2009/537, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012; 9. HD., T. 10.12.2007 E. 2007/20796, K. 2007/37365, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012

bileceği gibi, taraflar anlaşılırsa uyuşmazlığın aynı süre içinde özel hakeme götürülmesi mümkündür. Yine, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun⁵⁹ 52. maddesine göre de toplu iş sözleşmesine tahkim şartı konulabilmesi imkânı bulunmaktadır⁶⁰. HMK m. 116'da yer verilen ilk itirazların sonuncusu ise iş bölümü itirazı olmakla birlikte, 6335 sayılı Kanun ile asliye ticaret mahkemeleri ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi haline getirilmesi neticesinde⁶¹, iş bölümü itirazının bir ilk itiraz olarak uygulanma imkânı ortadan kalmıştır⁶².

Ön incelemede değerlendirilmesi öngörülen son hususlar ise hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleridir. İş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatında pek çok hak düşürücü süre öngörüldüğü gibi, sözgelimi ücret alacağı bakımından genel zamanaşımı süresi (BK m. 146) değil, beş yıllık zamanaşımı süresi (BK m. 147, İş Kanunu m. 32/son) uygulanmaktadır.

HMK m. 320/2'de, mahkeme tarafından tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların neler olduğunun tespit edileceği ve uyuşmazlık konularının sabit olmasından sonra hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik edeceği öngörülmektedir. Tarafların ilk oturumda sulhe teşvik edilmesi iş yargılamasında zaten uygulandığından⁶³ (İMK m. 7), ön inceleme aşamasında öngörülen sulhe teşvik diğer mahkemelerde gerçekleşen yargılamalar bakımından bir yeniliktir. Ön incelemede tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa yazılmakta ve tutanak hazır bulunan taraflarca imzalanmaktadır (HMK m. 320/2, c. 3). Böylelikle, söz konusu tutanağın imzalanması ile ön inceleme aşaması tamamlanmakta ve tahkikat aşamasına geçilmektedir.

4.3. Tahkikat

HMK sistematığında tahkikatın, sadece uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama olması amaçlanmıştır (HMK m. 143 vd.). Tahkikat işlemleri; tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, keşif yapma ve yemin teklif etme gibi işlemlerden oluşmaktadır. Basit yargılama usulünde de tahkikat, kural olarak yazılı yargılama usulüne göre yapılmaktadır⁶⁴. Basit yargılama usulünde de tahkikatın ön inceleme aşamasında hazırlanan tutanak esas alınarak yürütülmesi öngörülmüştür (HMK m. 320/2, c. 4). Ayrıca basit yargılama usulünde ön inceleme ve tahkikat aşama-

⁵⁹ RG.: 07.11.2012, S. 28460.

⁶⁰ 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 58. maddesine göre de, taraflar anlaşarak toplu hak veya menfaat uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilmekte idiler.

⁶¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 192; Karşlı, a.g.e., s. 405.

⁶² Karşlı, a.g.e., s. 405. Bununla birlikte, iş bölümü itirazı 01.07.2012 tarihinden önce açılan davalar bakımından söz konusu olacaktır, bu konuda bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 192, 542.

⁶³ İş yargılamasında tarafların sulhe teşvik edilebilmesi için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir davanın söz konusu olması gerekmektedir (HMK m. 137/1). Bu nedenle özellikle sigortalılık hakkına ilişkin davalarda tarafların sulhe teşvikî söz konusu olmamaktadır, bkz. H. Yılmaz, a.g.m., s. 196.

⁶⁴ Karşlı, a.g.e., 662; Gülcan Sunar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Basit Yargılama Usulüne İlişkin Hükümleri üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, Alkım, 2007, s. 276.

ları arasında, yargılamanın daha kısa sürede bitirilebilmesi amacıyla uygun olarak bağlantı kurulmuştur⁶⁵. Ancak bu yargılama usulünde ön inceleme ve tahkikat aşamasında yapılacak olan işlemlerin yazılı yargılama usulündekiler ile aynı olması, bu usulde yargılamanın daha çabuk tamamlanabilmesi amacının gerçekleşmesini güçleştirecektir⁶⁶. Bununla birlikte, basit yargılama usulünde tahkikat aşamasının, yazılı yargılama usulünün uygulandığı yargılamalara göre daha kısa sürede tamamlanabilmesini sağlamak üzere başkaca düzenlemeler getirilmiştir: Basit yargılamada tahkikat; -şayet ön inceleme dosya üzerinden yapılmamış ve taraflar ön incelemeye konu olan hususlar hakkında dinlenmiş iseler, bu duruşma hariç olmak üzere- iki duruşmada tamamlanacaktır (HMK m. 320/3, c. 1). Ayrıca bu duruşmalar arasında süre de en fazla bir ay olabilecektir (HMK m. 320/3, c. 2). Ancak HMK m. 320/3'te, işin niteliği gereği bilirkişi incelemesinin uzaması, istinabe yoluyla tahkikat işlemlerinin yürütülmesi gibi zorunlu hâllerde, hâkimin gerekçesini belirterek bir aydan sonrası için de duruşma günü belirleyebileceği ve ikiden fazla duruşma yapabileceği öngörülmüştür (HMK m. 320/3, c. 3). Öğretide, sürelerin bu şekilde uzatılmasının HMK'nın amacına ulaşabilmesi için çok sınırlı hâllerde uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷. Yine, basit yargılama usulünde duruşmaların bu şekilde uzatılması halinde yazılacak gerekçenin somut ve olaya uygun vakıalara dayandırılması gerektiği de ifade olunmaktadır⁶⁸.

HMK m. 320/4'te, basit yargılama usulüne tabi davalarda, işlemden kaldırılmasına karar verilmiş olan dosyanın yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılması halinde davanın açılmamış sayılacağı öngörülmüştür ki bu düzenleme de basit yargılama usulüne tabi davaların kısa sürede tamamlanması amacı ile örtüşmektedir⁶⁹.

4.4. Hüküm

Basit yargılama usulünde tahkikatın tamamlanması ile mahkeme tarafların son beyanlarını almakta ve yargılamanın son erdiğini bildirerek kararını tefhim etmektedir. HMK m. 321/1 uyarınca taraflara beyanda bulunabilmeleri için ayrıca süre verilmemektedir. Basit yargılama usulünde tahkikat işlemlerinin ardı ardına yapılması nedeniyle son duruşmada karar verilmesinin zor olmayacağı ifade edilmektedir⁷⁰.

Kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşmektedir. Bununla birlikte zorunlu hâllerde, hâkimin bu durumun sebebini de tutanağa geçirmek suretiyle, sadece hüküm

⁶⁵ Karşlı, a.g.e., s. 661; H. Yılmaz, a.g.m., s. 190. Duruşmaların kısa aralıklarla yapılmasının amacının hâkimin dosyadan uzaklaşmasının engellenmesi ve böylelikle daha kısa sürede ve daha sağlıklı karar alınabilmesi olduğu yönünde bkz. Karşlı, a.g.e., s. 662.

⁶⁶ Sunar, a.g.m., s. 276

⁶⁷ Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 715; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 864-865.

⁶⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 864-865; Karşlı, a.g.e., s. 662.

⁶⁹ Karşlı, a.g.e., s. 662. Yazılı yargılama usulünde ise, işlemten kaldırılmış ve yenilenmiş olan dosyanın yeniden işlemten kaldırılması halinde bir kere daha yenilenebilmesine imkân tanınmaktadır (HMK m. 150/6).

⁷⁰ Karşlı, a.g.e., s. 663. Kararın hemen beyanlardan sonra verilmesinin güç olabileceği ve bu durumda duruşmaya arar vererek ikinci celsede kararını açıklayabileceği görüşü için bkz., Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 865.

özetini tutanağa yazdırarak kararı tefhim edebilmesine imkân tanınmıştır. Fakat bu durumda gerekçeli kararın en geç bir ay içinde yazılarak tebliğe çıkarılması gerekmektedir (HMK m. 321/2). Kısa kararın tefhiminin ve gerekçeli kararın sonradan yazılmasının zorunlu hallerde başvurulabilecek bir yol olduğunu gösteren bu hükümlerle, gerekçeli kararın tebliği için zaman kaybının engellenmesi amaçlanmaktadır⁷¹. Son olarak ekleyelim ki HMK'nda, hizmet akdi veya iş sözleşmesi sebebiyle işçilerin açtıkları davalar dâhil olmak üzere (m. 103/1 -ç) basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerin pek çoğu, adli tatilde de görülecek dava ve işler arasında sayılmaktadır. Bu düzenlemenin de, basit yargılama usulünde yargılamanın hızlı bir biçimde tamamlanması amacına hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

5. İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki Son Değişikler ve Usul Hukuku Kurumları ile İlişkileri

5.1. Davaların Yığılması Bakımından

İş mahkemelerinde açılan davalarda davaların yığılması sıklıkla söz konusu olan durumlardan biridir. Davaların yığılması; birden fazla dava sebebine ilişkin tek bir dava açılması halinde gerçekleşmektedir. Objektif dava birleşmesi olarak da anılan bu durumun gerçekleşmesi için birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır (HMK m. 110). İş mahkemelerinde de genellikle işçinin işverene karşı aynı anda ileri sürebileceği birden fazla talebi bulunmaktadır. Söz gelimi; kıdem ve ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti ile yıllık ücretli izin alacakları aynı dava içinde talep edilebilmektedir⁷².

İşçilik alacakları ile hizmet tespitine ilişkin davanın birlikte görülüp görülemeyeceğine ilişkin olarak ise öğretide fikir birliği bulunmadığı gibi⁷³, Yargıtay kararları da zaman içerisinde farklılık göstermiştir. Son dönem verilen kararlarda hizmet tespiti ve işçilik alacaklarına ilişkin *davaların ayrılması gerektiği* yönündeki kararların ağırlık kazandığını söylemek mümkündür⁷⁴. Hizmet tespitine ilişkin talep ile işçilik alacağı taleplerinin aynı davada görülmeyeceği konusunda Yargıtay kararlarında, gerekçe olarak özellikle davaların inceleme

⁷¹ Karşlı, a.g.e., s. 662.

⁷² 9. HD., 09.12.2010, E. 2009/636, K. 2010/36856, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012; 9. HD, T. 19.03.2012, E. 2010/379, K. 2012/8886, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012; 9. HD, T. 4.7.2012, E. 2010/1342, K. 2012/26217, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012.

⁷³ Bu konu öğretide de ihtilafıdır. Hizmet tespiti ve işçilik alacakları taleplerinin aynı davada ileri sürülebileceği yönünde, Muhammet Özekes, "Karar İncelemesi - Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespit ve İşçilik Haklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması", Legal İHSGHD, S. 4, 2004, s. 1392; H. Yılmaz, a.g.m., s. 192. Davaların tefrik edilmesi gerektiği yönünde bkz., Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul, Beta, 2015, s. 264.

⁷⁴ Davaların tefrik edilmesi gerektiği yönünde bkz. HGK T. 10.04.2013, E. 2013/21-447, K. 2013/492; 21. HD., T. 06.03.2014, E. 2013/22220, K. 2014/4100; HGK T. 02.10.2013, E. 2013/21-500, K. 2013/1436; HGK. T. 07.02.2007, E. 2007/21-69, K. 2007/55. Davaların birlikte görülebileceği yönündeki kararlar için bkz. HGK T. 14.04.2004, E. 2004/21-226, K. 2004/223; HGK. T. 15.10.2003, E. 2003/21-571, K. 2003/575.

ve araştırma yöntemlerinde farklılık bulunması⁷⁵ gösterilmektedir⁷⁶. Yargıtay'ın son zamanlarda davaların ayrılması gerektiği yönündeki görüşünün bir gerekçesini de İMK m.1'e eklenen ek fıkra oluşturmaktadır⁷⁷. Bu fıkroda; birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların görüleceği iş mahkemelerinin, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebileceği düzenlenmektedir. Ancak dikkat edileceği üzere, söz konusu düzenleme uyarınca bir iş mahkemesinin *sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaları görmek üzere belirlenmesi için*; birden fazla iş mahkemesi bulunması ve ayrıca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bu yönde karar alması gereklidir. Dolayısıyla böyle bir kararın bulunmaması halinde veya tek iş mahkemesinin bulunduğu ya da hiç iş mahkemesinin bulunmadığı yerler bakımından, İMK m. 1/son dayanak noktası yapılmaya elverişli olmayacaktır.

5.2. Dava Arkadaşlığı Bakımından

HMK m. 57'de birden çok kişinin maddede yer verilen hallerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açabileceği ifade edilmektedir. Bu düzenleme uyarınca ihtiyari dava arkadaşlığı Kanun'da yer verilen şu hallerde söz konusu olmaktadır. a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması. b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri. c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması. İhtiyari dava arkadaşlığı iş ve sosyal güvenlik hukuku alanındaki davalarda da sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Söz gelimi, bir iş kazası neticesinde ölüm meydana gelmesi halinde, murisin eşi, çocukları ve kardeşlerinin manevi tazminat taleplerine ilişkin davayı birlikte açmaları halinde aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmaktadır ve bu kurumun doğal bir sonucu olarak her bir davacı için farklı yönde karar tesis edilebilmektedir⁷⁸.

⁷⁵ Hizmet tespitine ilişkin davaların kamu düzenine ilişkin ve re'sen araştırma ilkesine tabi iken, işçilik hak ve alacakları talebine ilişkin davaların taraflarca hazırlama ilkesine tabidir.

⁷⁶ HGK, T. 06.02.2013, E. 2012/21-746, K. 2013/215, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 03.06.2015; 21. HD., T. 16.12.2013, E. 2013/17005, K. 2013/24000, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 03.06.2015.

⁷⁷ "...Öte yandan, 6352 sayılı Kanunun 39. maddesi ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine son fıkra olarak, "Birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların görüleceği iş mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir." Hükmü eklenmiştir. Bu düzenleme ile yasa koyucu da, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların, özellik arzeden davalar olduğuna vurgu yaparak, bu özellikleri nedeniyle nitelikli ve uzmanlaşmış mahkemelerde görülmesi gerektiğini kabul etmiştir..." Bu yönde bkz. HGK. T. 10.04.2013, E. 2013/21-447, K. 2013/492; HGK T. 02.10.2013, E. 2013/21-500, K. 2013/1436, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 22.04.2015.

⁷⁸ Bkz. 21. HD., T. 24.10.2011. E. 2011/4493, K. 2011/8480 sayılı kararın karşı oy yazısı. "Davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmakta olup, ayrı ayrı dava açabilecekleri gibi somut olayda olduğu gibi birlikte de dava açabilirler. İhtiyari dava arkadaşlığında, arkadaşı sayısı kadar dava vardır ve bu davalar birarada görülür. Mahkemece her ihtiyari dava arkadaşı hakkında haklılık oranına göre ayrı ayrı karar verilir.", (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 09.06.2013.

HMK m. 59'da ise mecburi dava arkadaşlığı düzenlenmektedir. Mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde söz konusu olmaktadır. Öğretide mecburi dava arkadaşlığının, maddi veya şekli (usuli) bakımdan ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir⁷⁹. Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında, maddi bir zorunluluk olmadığı halde kanundan doğan şekli zorunluluktan dolayı birden fazla kişiye dava açılması zorunluluğu söz konusu olmaktadır⁸⁰. Yine maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığından farklı olarak, dava arkadaşlarından her biri hakkında farklı hükümlerin tesis edilmesi de mümkündür⁸¹.

İş hukuku uygulamasında işe iade davalarına özgü olarak sıklıkla karşılaşılan durum, asıl işveren- alt işveren arasında şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu kabul edilmesidir⁸². Gerçekten uygulamada, alt işveren işçisi tarafından feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadesine ilişkin dava bazı hallerde yalnızca alt işverenine karşı, bazı hallerde ise asıl işveren ve alt işveren arasında muvazaa bulunduğu iddiasıyla yalnızca asıl işverene karşı dava açılabilir. Asıl işveren – alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığı mahkemece tespit olduğunda ise, davalı olarak gösterilen tarafın işçinin gerçek işvereni olmaması ihtimali bulunmaktadır⁸³. Bu durumda ise büyük olasılıkla, işe iade davasının açılması için öngörülmüş olan fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre geçirilmiş olacaktır⁸⁴.

1086 sayılı Kanun yürürlükte iken yargı kararlarında bu durumdaki davacının temsilcide yanıldığı veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilmek suretiyle çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır⁸⁵. Bununla birlikte 22. Hukuk Dairesi'ne göre (1086 sayılı Kanun yürürlükte iken sürdürülen) davalı olarak gösterilen kişinin işçinin gerçek işvereni olmaması halinde, davacının temsilcide yanıldığı veya taraf sıfatında yanılığa düştüğü yönündeki içtihadın değişikliğe uğraması gerekmektedir, zira HMK m. 124'te taraf değişikliği *talep şartına*⁸⁶ bağlanmıştır⁸⁷. 22. Hukuk Dairesi'ne göre; 6100 sayılı HMK'nun yü-

⁷⁹ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, s. 3287-3313; Kuru, Medeni Usul Hukuku, s. 368-371; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 483.; Pekcanitez/Atalay/ Özkes, a.g.e., s. 331; Karlı, a.g.e., s. 312.

⁸⁰ Kuru, Medeni Usul Hukuku, s. 370; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 485.

⁸¹ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, s. 3310; Kuru, Medeni Usul Hukuku, s. 370; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 485,487; Karlı, a.g.e., s. 312.

⁸² 22. HD., T. 13.02.2012, E. 2011/8467, K. 2012/1744, Söz konusu karar metni için bkz. Tekstil İşveren, S. 390, Kasım-Aralık 2012, Hukuk 75, s. 2-4.

⁸³ Fevzi Şahlanan, "Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı- Karar İncelemesi" Tekstil İşveren, S. 390, Kasım-Aralık 2012, Hukuk 75, s. 5.

⁸⁴ Şahlanan, Karar İncelemesi, s. 5.

⁸⁵ 9. HD., T. 26.11.2007, E. 2007/36945, K. 2007/35404, (Çevrimiçi), www.kazanci.com,17.06.2015.

⁸⁶ HMK m. 124/4 gereğince hâkim, dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilecektir.

⁸⁷ "Öte yandan, 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Kanun'un 124. Maddesinde kabul edilebilir yanılığa dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi yönünde düzenleme yapmıştır Ancak sözü edilen düzenlemede taraf değişikliğinin talep şartına bağlanması karşısında, hakim tarafından bu hususta taraf-

rürlüğe girmesiyle benimsenmesi gereken çözüm tarzı, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının olduğunun kabul edilmesidir⁸⁸. Bu durumda işe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması halinde, davacı tarafa davalı gösterilmeyen asıl veya alt işverene davanın teşmili için süre verilmeli⁸⁹ ve ancak verilen sürede davanın teşmil edilmemesi halinde dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir⁹⁰. Öğretide Yargıtay'ın bu yaklaşımı isabetli bulunmaktadır⁹¹.

5.3. Davanın İhbarı ve Fer'i Müdahale Bakımından

İş davalarında, özellikle asıl işveren-alt işveren ilişkileri nedeniyle veya meydana gelen kazadan üçüncü kişinin sorumluluğunun doğabilmesi ihtimali nedeniyle sıklıkla gündeme gelen bir diğeri husus da davaların ihbar edilmesidir⁹². HMK m. 61'deki düzenlemeye göre; taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilecektir. HMK m. 63 uyarınca dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmakta hukuki yararının olduğu taraf yanında davaya katılabilecektir. Davanın ihbarı ile

lara hatırlatmada bulunulması mümkün değildir. Bu nedenle talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düşüldüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesinin, kanunun belirtilen açık düzenlemesi karşısında, mümkün olmadığı görülmektedir." 22. HD., T. 13.02.2012, E. 2011/8467, K. 2012/1744, bkz. Tekstil İşveren, S. 390, Kasım-Aralık 2012, Hukuk 75, s. 2-4; 22. HD., T. 13.12.2011, E. 2011/4205, K. 2011/7310, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 06.03.2015; 22. HD., T. 27.01.2014, E. 2014/431, K. 2014/944, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 06.03.2015.

⁸⁸ "4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. Maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik resen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usüli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir." Bkz. 22. HD., T. 13.02.2012, E. 2011/8467, K. 2012/1744, bkz. Tekstil İşveren, S. 390, Kasım-Aralık 2012, Hukuk 75, s. 2-4; 22. HD., T. 13.12.2011, E. 2011/4205, K. 2011/7310, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 06.03.2015.

⁸⁹ Davalı tarafın eksik gösterilmesi durumunda bunun tamamlanabilmesi için ihtiyari ya da zorunlu dava arkadaşlığının ortaya çıkacağı ve bu şekilde bir tamamlanma halinde taraf değişikliğinin değil, taraf katılımı ile bir taraf değişiminin söz konusu olacağı yönünde, bkz. Levent Börü, "Tarafta (İradi) Değişim (HMK m. 124)", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.1, Yetkin, 2014, s. 622.

⁹⁰ 22. HD., T. 13.12.2011, E. 2011/4205, K. 2011/7310, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 06.03.2015; 22. HD., T. 27.01.2014, E. 2014/431, K. 2014/944, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 06.03.2015.

⁹¹ Şahlanan, Karar İncelemesi, s. 6; İştar (Urhanoglu) Cengiz, "Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı", Sicil, S. 29, 2013, s. 120.

⁹² H. Yılmaz, a.g.m., s. 200.

yakından ilgili bir diğer madde olan HMK m. 66'da ise⁹³, üçüncü kişinin davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabileceği düzenlenmiştir.

Konumuz bakımından özellikle İMK m. 7'ye eklenen sigortalılığın tespiti talebiyle işveren aleyhine açılan davanın Kuruma resen ihbar edilmesi gerektiğine yönelik son fıkra⁹⁴ önem taşımaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre; "Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında fer'i müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.". Buna göre işverene açılan hizmet tespiti davaları Kuruma re'sen ihbar edildikten sonra, Kurum davaya *davalı yanında fer'i müdahil* olarak katılacaktır ve *yanında katıldığı taraf başvurmasa da* kanun yoluna başvurabilecektir. İMK'da yapılan bu değişiklik nedeniyle artık Kurum ile işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu kabulüne yönelik içtihadın da⁹⁵ değişmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun'da yapılan bu değişiklik çeşitli bakımlardan eleştiriye açık gözükmemektedir⁹⁶. Esasında Anayasa Mahkemesi de söz konusu fıkrada yapılan değişikliğin 6100 sayılı Kanun'da yer alan fer'i müdahaleye ilişkin hükümlerle bağdaşmadığını ifade etmiş, ancak hükmün iptali istemini çeşitli gerekçelerle reddetmiştir⁹⁷. Gerçekten her şeyden önce vurgulanması gerek nokta, getirilen düzenleme ile fer'i müdahale kurumunun özellikleriyle çelişen bir esasın benimsenmiş olduğudur. Bilindiği üzere fer'i müdahale, üçüncü kişiye görülmekte olan bir davaya, *davayı kazanmasında yararı bulunan taraf yanın-*

⁹³ Davanın ihbar edilmesi ile fer'i müdahil olarak davada yer alma imkânlarının tahkikatın sonuna kadar kullanılabilmesinin kurumlar arasındaki yakın ilişkiden kaynaklandığı yönünde bkz. Karşlı, a.g.e., s. 298.

⁹⁴ RG.: 11.09.2014, S. 29116 (1. Mükerrer).

⁹⁵ Yargıtay kararlarında da hizmet tespiti davalarının hem Kuruma hem de işverene yöneltilmesi gerektiği, aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmekteydi, bkz. 10. HD., T. 17.03.2014, E. 2013/23823, K. 2014/5954, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 06.03.2015. Ayrıca bkz. Baki Kuru/Ali Cem Budak, Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2010, s. 243-244. Keza öğretilerde de (İMK m. 7'deki değişiklikten önce) hizmet tespiti davalarında Kurum ve işveren arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunduğu ifade edilmiştir, bkz. Bozkurt, a.g.e., s. 229; Özekes, a.g.m., s. 1390.

⁹⁶ Murat Atalı, "Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı", Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 649.

⁹⁷ "...Hizmet tespit davalarında fer'i müdahil olarak işveren yanında katılan SGK'nın, işverenin başvurmaması durumunda dâhi kanun yoluna başvurabilmesinin, 6100 sayılı Kanun'da yer alan fer'i müdahaleye ilişkin hükümlerle uyumlu olmadığı açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesince yapılan anayasallık denetiminde ölçü norm Anayasa hükümleri olup 6100 sayılı Kanun hükümlerinin esas alınması mümkün değildir. Öte yandan fer'i müdahale bir usul hukuku müessesesi olup yukarıda açıklandığı üzere hukuk devletinde kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve Anayasa'da öngörülen güvence kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu itibarla, kimlerin, hangi davalarda ve ne tür koşullarda fer'i müdahil olabileceği ile fer'i müdahilin yetkilerinin belirlenmesi, anayasal ilke ve güvenceye aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir..." , karar metni için bkz. RG.: 11.06.2015, S. 29383.

da katılma olanağı veren bir kurumdur (HMK m. 66). Üçüncü kişi fer'i müdahale yolu ile davaya katıldığı tarafın davayı kazanmasını sağlayarak hukuki durumunun olumsuz etkilenmesini önlemeye veya olumlu biçimde etkilenmesine çalışmaktadır⁹⁸. Fer'i müdahilin katıldığı tarafa rağmen işlem yapabilmesi mümkün deđildir⁹⁹. HMK m. 68/1'de, müdahilin, *yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebileceği, onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemleri yapabileceği* düzenlenmektedir.

İMK m. 7'de, Kurum'un davaya *davalı yanında* fer'i müdahil olarak katılacağı öngörölmüş ve böylelikle adeta Kurum'un davaya *işveren yanında* katılmasında yararı bulunduğu *varsayılmıştır*. Oysa Kurum'un hizmet tespiti davalarında zorunlu olarak işveren tarafının taraf yardımcısı (fer'i müdahil) olmaması gerekirdi. *Taraf yardımcısı* olan¹⁰⁰ fer'i müdahil, yukarıda da yer verildiği üzere asıl tarafın işlemlerine aykırı ve o işlemlerle çelişkili işlemler yapamamaktadır (HMK 68/1). Öğretide, çalışanların sosyal güvenlik haklarını korumak amacıyla kurulan Kurum'un işveren yanında yer alması haklı olarak eleştirilmektedir¹⁰¹. Sosyal güvenlik uygulamasında *gerçekte var olmayan (hayali) hizmetlerin* tespit davaları açıldıđı¹⁰² ya da Kurum'un asli görevlerinden birinin kayıtdışı istihdamı önlemek olduđu¹⁰³ da göz önüne alındığında bu düzenlemenin amaca uygun düşmediği anlaşılmış olacaktır. Nitekim bu düzenlemenin ortaya çıkarabileceği olumsuzlukların giderilmesi amacına yönelik olarak, davalı yanında fer'i müdahil olduğunun kabul edilen Kurum'un *yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilmesine* imkân tanınmıştır. Bu durumun ise usul hukuku kurumları çerçevesinde açıklanma imkânı bulunmamaktadır¹⁰⁴. Sonuç olarak, Kurum'un lehine veya aleyhine yargılama giderlerine hükmolunmaması gerekçesi ile¹⁰⁵, HMK sistemimizle ilgili bağdaşmayan ayrıkısı bir durum yaratılmış olduğunun belirtilmesi gerekmektedir¹⁰⁶. Görüşümüze göre, Kurum ve işveren arasında şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı bulunduğuna yönelik bir düzenlemenin kabulü daha isabetli olur idi. Zira şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşları aynı şekilde hareket etmek zorunda olmadıkları gibi haklarında tek bir hüküm kurulması da

⁹⁸ Hakan Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992, s. 21; İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul, Vedat, 2015, s. 335-336; Pekcanitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 333.

⁹⁹ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV, s. 3467-3469; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 338; Pekcanitez, a.g.e., s. 24-25; Karlı, a.g.e., s. 298.

¹⁰⁰ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV, s. 3467; Postacıoğlu/Altay, a.g.e., s. 338; Karlı, a.g.e., s. 298.

¹⁰¹ Atalı, a.g.m., s. 647.

¹⁰² Tuncay/Ekmekçi, a.g.e., s. 261. İşçi ve işverenin danışıklı bir şekilde hizmet tespiti davasının kabulünü veya reddini sağladıkları durumlarda, Kurum'un HMK m. 376 gereğince hükmün iptalini isteyebileceği yönünde bkz. Atalı, a.g.m., s. 649.

¹⁰³ Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı'nın görevleri arasında; kayıtdışı istihdamı önlemek ve sosyal sigorta suiistimalleri ile mücadele etmek sayılmaktadır, bkz. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu m. 17/1-b.

¹⁰⁴ Atalı, a.g.m., s. 648.

¹⁰⁵ Bkz. İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nın Gerekçesi, (Çevrimiçi), <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0931.pdf>, 25.03.2015.

¹⁰⁶ Atalı, a.g.m., s. 650.

şart değildir¹⁰⁷. Eklemek gerekir ki, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nda ilgili hükme (İMK m. 7/son) herhangi bir değişiklik yapılmaksızın yer verildiği (bkz. Tasarı Taslak m. 4/2) görülmektedir.

Son olarak belirtelim ki, Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşik içtihadına göre, sigortalının farklı işverenler yanında farklı işyerlerinde ve farklı dönemlerde geçen çalışmaların tespiti için işverenlerini birlikte dava etmesi halinde, hizmet tespiti davalarının tefrik edilmesi gerekmektedir¹⁰⁸. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, birden fazla işveren nezdinde gerçekleştirilmiş olan hizmetin tespiti için açılan davalarda işverenler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmadığı gibi, bu durum ihtiyari dava arkadaşlığı için Kanun'da öngörülen haller kapsamına da girmektedir¹⁰⁹.

6. İş Yargılamasında Kanun Yolları

6.1. Bölge Adliye Mahkemelerinin Göreve Başlamasından Önce

İş Mahkemeleri Kanunu geçici m. 1'de, 5235 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesine paralel olarak, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar verilen kararlar hakkında temyiz başvurularının Yargıtay tarafından sonuçlandırılacağı öngörülmüştür. Anılan maddede, bölge adliye mahkemeleri fiilen göreve başlayıncaya kadar iş mahkemelerince verilecek kararlar hakkında İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5308 sayılı Kanunla¹¹⁰ öngörülen değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtilmesi nedeniyle, bölge adliye mahkemeleri fiilen çalışmaya başlayıncaya kadar iş mahkemesinin nihai kararlarına karşı temyiz süresi sekiz gündür ve bu süre kararın tefhimi ile işlemeye başlamaktadır¹¹¹. HMK geçici m. 3'te, 5235 sayılı Kanun'un geçici 2.

¹⁰⁷ Şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı için bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, s. 3310-3313; Kuru, Medeni Usul Hukuku, s. 370-371; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayzaz, a.g.e., s. 485,487; Pekcanitez/Atalay/ Özkes, a.g.e., s. 328-330; Karşlı, a.g.e., s. 312.

¹⁰⁸ ... Öte yandan her işveren kendi işyerinde çalışılan dönemden sorumlu olacağından talepler arasında da hukuki veya fiili bir irtibat bulunmamaktadır. Açıklanan durum karşısında, aralarında zorunlu ya da ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmayan davalıların, aralarında hukuki ve fiili irtibat bulunmayan farklı taleplerle, birlikte dava edilmesini haklı kılabilecek açık bir yasal düzenleme ve geçerli hukuksal bir nedenin varlığından söz edilemez..." HGK T. 08.07.2009, E. 2009/21-286, K. 2009/328, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012; aynı yönde bkz. HGK T. 09.05.2007, E. 2007/21-255, K. 2007/260, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 21.12.2012.

¹⁰⁹ HGK, T. 08.07.2009, E. 2009/21-286, K. 2009/328, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 09.06.2013. 21 HD, T. 9.10.2008E. 2007/19549 K. 2008/15464, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 09.06.2013. 21. HD., T. 16.5.2002, E. 2002/1741, K. 2002/4558, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 09.06.2013.

¹¹⁰ Bkz. 5308 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG.: 18.03.2005, S. 25759.

¹¹¹ Karşlı, a.g.e., s. 102-103. HMK'nun yürürlüğe girmesi ile iş mahkemelerinde uygulanan temyiz kanun yoluna başvuru süresinin değişikliğe uğradığına ilişkin bir görüş de savunulmuştur. Bu görüşe göre, istinaf mahkemeleri henüz göreve başlamadıklarından, temyiz kanun yolu ile ilgili olarak HMK'nun temyize ilişkin hükümleri (HMK m. 361 vd.) uygulanmalıdır, zira İMK m. 8/II'de öngörülen temyize ilişkin düzenlemeler bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı öngörülmüştür. HMK m. 366'da, bu Kanunun istinaf yolu ile ilgili 343 ilâ 349 ve 352 nci maddeleri hükümlerinin, temyizde de kıyas yoluyla uygulanacağını ifade edilmesi gerekçesiyle iş mahkemelerinde uygula-

maddesinde öngörülen bölge adliye mahkemelerinin göreve başlaması tarihine kadar (20.07.2016), 1086 sayılı HUMK'un 5235 sayılı Kanun¹¹² değişikliğinden önceki temyize ilişkin hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlendiğine göre, iş mahkemelerinde uygulanmış olan temyize ilişkin tefhimden itibaren sekiz günlük başvuru süresinin uygulanmaya devam edilmesi isabetlidir.

Ancak belirtmek gerekir ki, temyiz süresinin tefhim ile işlemeye başlaması hâkimin kararını gerekçesi ile birlikte imzaladıktan sonra tefhim ettiği haller bakımından geçerlidir; uygulamada olduğu gibi hâkimin sonradan gerekçeli kararını yazdırması halinde, temyiz süresi sonradan yazılan gerekçeli kararın taraflardan her birine tebliğinden itibaren başlayacaktır¹¹³. Bu noktada "Hüküm" başlığına ilişkin HMK m. 294 ve m. 297 maddelerinin dikkate alınması gereklidir. HMK m. 294/3'te; "Hükümün tefhimi, her hâlde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur." düzenlemesi yer almaktadır. HMK m. 297/2'de ise; "Hükümün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir." düzenlemesi yer almaktadır. Bu iki madde birlikte değerlendirildiğinde, kanun yoluna başvuru için öngörülen sekiz günlük sürenin (gerekçesiz kararın imzalanması ile tefhim tamamlanmış olmayacağından) gerekçeli kararın imzalanarak taraflara tefhiminden itibaren başlaması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte uygulamada, sekiz günlük sürenin, hüküm özetinin tutanağı yazıldığı kararın tefhiminden başladığı kabul görmekte, kısa kararın tefhimi ve gerekçeli kararın tebliğı arasındaki sürede hak kaybına uğranılmaması adına, süre tutum dilekçesi olarak anılan dilekçenin verildiği görülmektedir¹¹⁴. Oysa tefhim hüküm özetinin tutanağı yazdırılması suretiyle tamamlanmış sayılmayacağından¹¹⁵, öğretide de isabetle belirtildiği gibi süre tutum dilekçesi verilmesine gerek olmaksızın sekiz günlük sürenin gerekenin ortaya çıkmasından sonra başlayacağı kabulü daha isabetli olacaktır¹¹⁶.

Ayrıca eklemek gerekir ki, 6352 sayılı Kanun ile iş mahkemelerinde kanun yolu bakımından hukukumuzda daha önce hiç uygulanmamış bir prosedür öngörülmüştür. İş Mahkemeleri Kanunu geçici madde 2'ye göre, *bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar olmak üzere*, Yargıtayın bozma kararına karşı verilen direnme kararının temyizi halinde dava dosyası, incelenmek üzere öncelikle kararı veren daireye gönderilmelidir. Bu durumda direnme kararı, bozma kararını veren daire tarafından yerinde görülürse karar düzeltilecek ve ancak yerinde görülmediği takdirde on gün içinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na iletacaktır. 6352 sayılı Kanun'un bu hükümle ilgili gerekçesinde bu değişiklik şu şekilde izah edilmektedir: "... Diğer daire kararları bakımından direnme öncesi taraflar karar düzeltme yoluna gidebildiği için mahkemelerin direnmelerine gerek kalmaksızın karar düzeltme isteği üzerine yanlış olduğu

nacak temyiz başvuru süresinin tebliğden itibaren iki hafta olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. H. Yılmaz, a.g.m., s. 202-203.

¹¹² RG.: 07.11.2004, S. 25606.

¹¹³ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, s. 5642-5643.

¹¹⁴ Muhemmet Özekes, "Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet Yaynevi, Ankara, 2009, s. 392.

¹¹⁵ Özekes, a.g.m., s. 384,392.

¹¹⁶ Özekes, a.g.m., s. 384, 392.

değerlendirilen daire kararları düzeltilebilmektedir. İş mahkemelerinin kararları bakımından ise belirtilen nedenle bu mümkün olmamaktadır. Kararlardaki maddi hata dışındaki hususlar için tek yol Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda yapılacak incelemedir. İş davalarının sayısı da dikkate alındığında bu durum, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun iş yükünü aşırı derecede artırmakta ve yargılamanın uzamasına neden olabilmektedir...”¹¹⁷. Adalet komisyonunun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, iş mahkemelerinde bu yönde özel bir düzenleme tesis edilmiş olmasının nedeni, bu alanda Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamamasıdır (bkz. İMK m. 8/V). Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yolunun kapalı olmasının çabukluk ilkesine hizmet ettiği ifade edilmekte ise de¹¹⁸, hızlı bir şekilde sonuca ulaşılabilmesi uğruna bir güvence niteliği taşıyan karar düzeltme yolunun kapalı tutulması öğretide de isabetli olarak eleştirilmiştir¹¹⁹.

6.2. Bölge Adliye Mahkemelerinin Göreve Başlamasından Sonra

Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlayacakları tarihin 20.07.2016 olarak belirlendiğine ilişkin karar Resmi Gazete’de yayımlanmıştır¹²⁰. İstinaf kanun yoluna ilişkin düzenlemeler HMK m. 341 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. İstinafa ilişkin düzenlemeler iş mahkemelerinde de uygulama alanı bulacak olmakla birlikte (İMK m. 15), İş Mahkemeleri Kanunu’nda istinaf kanun yoluna başvuru süresi HMK m. 345’ten farklı bir şekilde belirlenmiştir. HMK m. 345’te, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle başlayacak iki haftalık istinaf kanun yoluna başvuru süresi öngörülmüş ve istinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur. İMK m. 8/II de bu özel hükümlerden birini oluşturmaktadır. İş mahkemelerinde verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhiminden; yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gün olarak düzenlenmiştir. İş mahkemelerinde istinaf yoluna başvuru süresinin kısa olması basit yargılama usulünün uygulanması bakımından da isabetlidir. Buna karşılık, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı’nda genel gerekçesinde, İMK m. 8’de yer alan kanun yoluna başvuruya ilişkin hükümün HMK’nun hükümleri ile uyumsuz olduğuna dikkat çekilmektedir. Tasarı Taslak’ta, kanun yoluna başvuru süresinin ilamın taraflara tebliğinden itibaren başlayacağı ve HMK’nun kanun yolu hükümlerinin iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanacağı öngörülmektedir (bkz. Tasarı Taslak m. 8/1 ve 2). Taslak metinde HMK’nun kanun yollarına ilişkin hükümlere atıf yapılması nedeniyle, iş mahkemelerince verilen kararlarda katılma yolu ile temyiz de mümkün hale gelecektir¹²¹.

İMK m. 8/I’de; iş mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı kural olarak istinaf yoluna başvurulması öngörülmüş ise de, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihai kararların kesin olduğu belirtilmiştir. İMK m. 8/III’de ise, bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve

¹¹⁷ Söz konusu hükümle ilgili 6352 sayılı Kanun TBMM Adalet komisyonu gerekçesi için bkz., Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, a.g.e., s. 637-638 dn. 25.

¹¹⁸ Çenberci, a.g.e., s. 6.

¹¹⁹ Şahlanan, İş Yargılaması, s. 420.

¹²⁰ RG.: 07.11.2015, S. 29525.

¹²¹ Bkz. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı m. 8’in gerekçesi.

işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihai kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Söz konusu fıkralara İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nda yer verilmediği dikkat çekmektedir. Tasarı Taslağın 9. maddesinde, diğer kanunlardaki hükümler saklı tutularak belirli dava ve işlerde sadece istinaf kanun yoluna başvuru yapılması öngörülmektedir. Yine madde gerekçesinde belirtildiği üzere, HMK m. 362 gereğince miktar veya değeri yirmibeşbin Türk Lirasını (bu tutar dhिल) geçmeyen davalarda iş mahkemesince verilen kararlar istinaf merciinde kesinleşecektir.

SONUÇ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile İş Mahkemeleri Kanunu'nda öngörülen yargılama usulünün değiştirilmesi bu Kanun üzerinde etki doğuran yakın tarihli en önemli değişikliklerden biridir. İş mahkemelerinde basit yargılama usulünün uygulanmasının nedenlerinden biri, bu yargılamalarda adaletin mümkün olduğunca hızlı bir biçimde gerçekleştirilmesinin amaçlanmasıdır. Ancak HMK m. 316'da sayılan basit yargılama usulünün uygulanacağı diğer dava ve işler ile karşılaştırılır ise, iş davalarının sayılan diğer dava ve işlerden genellikle daha karmaşık bir nitelik taşıdığı da gözlemlenebilecektir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda ayrıntılı usul hükümlerinin bulunmaması ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin bu alanda da uygulanacağının öngörülmesi, iş yargılamasının ortaya çıkışındaki işçiyi koruyucu amaın zorunlu olarak genel hükümlerle sağlanmasına yol açmaktadır. İş Mahkemeleri Kanunu'nun yenilenmesi gerektiği öğretide uzun zamandan beri ifade edilmekle birlikte, bu alanda duyulan ihtiyaç bugüne kadar 5521 sayılı Kanun'da değişiklikler yapılması yoluyla giderilmiştir. Çalışmamızda bu değişikliklerin bir kısmının yeni sorunlara yol açtığı ortaya konulmuştur. Adalet Bakanlığı tarafından ilgili kurum ve kuruluşların görüşüne sunulan İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğunun öngörülmesi gibi önemli değişiklikler içermekte ise de, yürürlükteki hukuk bakımından eleştiriye açık bazı düzenlemelerin bu metinde de muhafaza edildiği görülmektedir. Sonuç olarak, iş ve sosyal güvenlik hukuku dalının prensiplerini gözetten daha fazla hükmün uygulamaya geçirilmesinin (iş mahkemelerinde açılan davaların her türlü resim ve harçtan muaf olduklarına ilişkin hükmün yeniden getirilmesi gibi) bu alanın özünde korunmak istenen amaca hizmet edeceği düşünülmektedir.

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi

HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMK Yön.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Hk.	: Hakkında
K.	: Karar
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
m.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SSGSSK	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
T.	: Karar Tarihi
Tasarı Taslak	: Adalet Bakanlığı tarafından 23/03/2016 tarihinde ilgili kurum ve kuruluşların görüşüne sunulan metin
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- Akın, Levent: “İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni”, Sicil, S. 13, 2009.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, 2016.
- Atalı, Murat: “Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014.
- Birben, Erhan/Öktem, Sezgin: “İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.1, İstanbul, Beta, 2001.
- Bozkurt, H. Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012.
- Börü, Levent: “Tarafta (İradi) Değişim (HMK m. 124)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.1, Yetkin, 2014.
- Çenberci, Mustafa: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1968.
- Dütz, Wilhelm/Thüsing, Gregor: Arbeitsrecht, 20. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2015.
- Günay, Cevdet İlhan: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin, 2000.
- Karşlı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif, 2014.
- Koç, Evren: “İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi”, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat, 2004.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Demir Demir, 2001. (Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.)

Kuru, Baki: "İş Mahkemeleri", Birinci Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğler, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971. (Kuru, "İş Mahkemeleri").

Kuru, Baki: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Legal, 2015 (Kuru, Medenî Usul Hukuku, s.)

Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baskı, İstanbul, XII Levha, 2010.

Özekes, Muhammet: "Karar İncelemesi - Medeni Usul Hukuku Bakımından Hizmet Tespiti ve İşçilik Alacaklarına İlişkin Davaların Birlikte Açılması", Legal İHSGHD, S.4, 2004.

Özekes, Muhammet: "Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara, Dokuz Eylöl Üniversitesi Hukuk Faköltesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1992.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara, Yetkin, 2013.

Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer: Medenî Usöl Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul, Vedat, 2015.

Sarıözen, İsmet: "İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü Konusunda Karşılaştırılmalı Bir İnceleme", Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, Olgaç Matbaası, 1981.

Sunar, Gülcan: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Basit Yargılama Usulüne İlişkin Hükümleri üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, Alkım, 2007.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2015.

Şahlanan, Fevzi: "İş Yargılaması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Faköltesi Mecmuası - Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch'e Armağan, C. XLII, S. 1-4, İstanbul, 1977 (İş Yargılaması).

Şahlanan, Fevzi: Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı- Karar İncelemesi", Tekstil İşveren, S. 390, Kasım-Aralık 2012, Hukuk 75 (Karar İncelemesi).

Tuncay, Can: "İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi Üzerinde Düşünceler", İstanbul Barosu Dergisi, S. 4-5-6, 1988.

Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. Bası, İstanbul, Beta, 2015.

Urhanoglu Cengiz, İştar: "Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı", Sicil, S. 29, 2013.

Ürcan, Gülümden: Sözlü Yargılama Usulü, Yayım lanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2002.

Yılmaz, Ejder: "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı", Sicil, S. 8, 2007.

Yılmaz, Halil: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Ne Değişti?", Sicil, S.24, 2011.

Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang: Arbeitsrecht, 7. Aufl., München, C.H. Beck, 2015.

İŞVERENE BAĞLI OLARAK ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN EV HİZMETLERİNDE ÇALIŞMA

Karar İncelemesi

Prof. Dr. Erol Akı

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/15140

Karar No : 2014/19775

Karar Tarihi : 30.10.2014

Karar Özeti :

“Davacı ve benzer konumdaki diğer çalışanların davalı şirketin görevlendirmesiyle askeri personele hizmet verdiği, askeri personelin tayini vb. durumlarda oluşan boşluklarda işçilerin, hizmet sunmaya hazır şekilde işverenin talimatını beklediği değerlendirilmiştir. Şu hale göre iş sözleşmesinin bağımlılık ve devamlılık unsurlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Keza davacı ve diğer çalışanlara ücretlerinin askeri personel tarafından ödendiği ileri sürülmüşse de ücretin üçüncü kişi tarafından ödenmesi taraflar arasında iş sözleşmesini ortadan kaldırmayacağı gibi tanıkların da askeri personelin işçilerin ücretlerini davalı şirketten alarak işçilere ödediği yolunda anlatımları bulunmaktadır. Dolayısıyla davacı ile davalı şirket arasında 4857 sayılı İş Kanunu’na göre belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle işin esasına girilerek bilirkişiden rapor alınıp dava konusu isteklerle ilgili bir karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.

İlgili mevzuat: 4857 S. İşK/2,8 Dava: Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay’ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

Karar: Davacı vekili, davalı şirketin İncirlik Üssünde görev yapan askeri personele hizmet sunan işveren olduğunu, davacının uzun yıllardır ev hizmetleri ve çocuk bakıcısı vb. işlerde davalı işverene bağlı olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin davalı tarafça haklı bir nedene dayanmaksızın feshedildiğini belirterek bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili, davalı şirket ile davacı arasında iş sözleşmesi bulunmadığını, davacının İncirlik Üssünde çalışan askeri personellerle yaptığı sözleşmeler ile çalıştığını beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacı ile davalı şirket arasında iş ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasında iş sözleşmesi bulunup bulunmadığı uyuşmazlık konusudur.

Dosya kapsamına göre; davacının ve aynı gün yada daha önceki tarihlerde temiz incelemesine tabi tutulan (Dairemizin 2014/15141-15142-15143-15144-15161-15373-15135 Esas sayılı dosyaları) dosyalarda davacı konumunda bulunan diğer işçilerin, İncirlik Üssünde görev yapan askeri personellerin evlerinde ev işleri, çocuk bakıcılığı yine askeri personelin kaldığı otel vb. yerlerde temizlik işleri ve bahçıvanlık işlerinde çalıştıkları bu bağlamda davacı ve arkadaşlarına askeri üsse giriş yapabilmeleri için kimlik kartları çıkartıldığı, çeşitli konularda (örneğin yangın emniyeti gibi) eğitim verilip eğitime katılım belgeleri düzenlendiği görülmüştür. Davacı tanıkları anlatımlarında davacı ve arkadaşlarının davalı şirket tarafından işe alındığı ve iş ilişkisinin devamındaki tüm süreç boyunca işçilerin muhatabının davalı şirket olduğunu beyan ettikleri tespit edilmiştir.

Tüm bu tespitler ışığında; davacı ve benzer konumdaki diğer çalışanların davalı şirketin görevlendirmesiyle askeri personele hizmet verdiği, askeri personelin tayini vb. durumlarda oluşan boşluklarda işçilerin, hizmet sunmaya hazır şekilde işverenin talimatını beklediği değerlendirilmiştir. Şu hale göre iş sözleşmesinin bağımlılık ve devamlılık unsurlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Keza davacı ve diğer çalışanlara ücretlerinin askeri personel tarafından ödendiği ileri sürülmüşse de ücretin 3. kişi tarafından ödenmesi taraflar arasında iş sözleşmesini ortadan kaldırmayacağı gibi tanıkların da askeri personelin işçilerin ücretlerini davalı şirketten alarak işçilere ödediği yolunda anlatımları bulunmaktadır. Dolayısıyla davacı ile davalı şirket arasında 4857 sayılı İş Kanunu'na göre belirsiz süreli iş sözleşmesinin kurulduğunun kabulü gerekir. (Emsal mahiyetteki Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 19.3.2013 tarih ve 2013/5397-9368 E-K, 19.3.2013 tarih ve 2013/5398-9369 E-K, 13.10.2014 tarih ve 2014/26617 E. sayılı kararları da aynı doğrultudadır.) Bu nedenle işin esasına girilerek bilirkişiden rapor alınıp dava konusu isteklerle ilgili bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerle BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 30.10.2014 tarihinde oyçokluğu ile, karar verildi.

KARŞI OY

Davacının talebi davalı şirkette hizmet akdine bağlı çalıştığı gerekçesi ile kıdem ihbar tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarına yöneliktir.

Dosya içerisinde bulunan ve mahkemece de tespit olunan olgular aşağıdaki gibidir.

Dosya içerisinde mevcut TC. Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı'nın 15/11/2011 tarih, 121006/İNC/03 sayılı Adana İncirlik Hava Üssünde, Üs çalışanı ABD vatandaşlarının Konutlarında, Ev hizmetlerinde sigortasız (TC Vatandaşı) İşçi çalıştırıldığı iddiaları ile ilgili Araştırma ve İnceleme konulu raporda; İncirlik Hava Üssünde ABD Vatandaşlarının yanında ev hizmetlerinde çalışan Türk vatandaşlarının ABD vatandaşı olan ev sahiplerine bağımlı olarak çalıştıkları, emir ve talimatları ABD vatandaşı olan Üs çalışanlarından aldıkları, işin yapım şeklinin, zamanının.., vs ABD vatandaşı tarafından belirlendiği, çalışanların ücretlerini yanlarında çalıştıkları ABD vatandaşlarından aldıkları, gönderilen bilgi ve belgelerde Üsde ev hizmetlerinde çalışan kişilerin yanlarında çalıştıkları kişilerin sponsor (hizmet bedelinin yüklenicisi) olarak kaydedildiğinin saptandığı, İncirlik Hava Üssünde faaliyet gösteren VBR

isimli firmanın İncirlik Hava Üssünde Üs bakım müteahhidi olarak faaliyet gösterdiğinin Üsde bulunan konutlardaki ev hizmetlerine ilişkin herhangi bir faaliyetinin olmadığını sadece ev hizmetleri için üsse giriş çıkış yapan çalışanların Üsse giriş çıkış, izin belgeleri ve giriş kartlarının düzenlenmesi işlerini yaptığının, VBR firmasının İncirlik Hava Üssünde faaliyet gösteren işyerinin kayıt ve belgelerinin incelenmesinde, ev hizmetleri ile ilgili herhangi bir çalışmanın yürütüldüğüne dair bir tespit yapılamadığı, alınan ifadelerden ve beyanlardan Üsde ev hizmetlerinde çalışanların ücretlerinin 2008 yılı Temmuz ayına kadar Üsde çalışan ABD vatandaşları tarafından ödendiği, ev hizmetlerinde çalışacak olan kişiye ev sahibi olan (Üsde çalışan ABD vatandaşı) bir kişinin sponsor olması durumunda Üsse giriş izni verildiği, ev hizmetlerinde çalışan kişiler ile VBR arasında herhangi bir hizmet akdi ve dolayısıyla emir talimat ilişkisinin olmadığını, işveren konumunda olmadığını saptandığı görülmüştür.

Davalı vekilinin cevap dilekçesi ekinde, davacının üsse giriş çıkış kayıtlarının ve yanında çalıştığı Üsde çalışan ABD vatandaşı kişi ile düzenlenen taahhütname ve kefalet mektubu başlıklı belgelerin sunulduğu görülmüştür.

Tüm dosya kapsamında; davacının İncirlik Hava Üssünde görev yapan ABD vatandaşlarının kaldığı otel gibi yerde temizlik işlerinde çalıştığı, ücretini de temizlik yaptığı bu ABD askerlerinden aldığı, çalışma saatlerinin, günlerinin, çalışma prensiplerinin Amerikalı askerler tarafından belirlendiği, emir ve talimatların Amerikalı askerler tarafından verildiği, davacının Üsse giriş çıkış kartlarının yanında çalıştığı ABD vatandaşı olan Üs çalışmasının düzenlediği taahhütname ve kefalet mektubu ile Türk Hava Kuvvetleri 10. Tanker Üs Komutanlığı'na yazılı başvuruda bulunması ve uygun görülmesi halinde Türk Hava Kuvvetleri 10. Tanker Üs Komutanlığı tarafından düzenlenerek verildiği, dolayısıyla Üsse giriş çıkışlarına ilişkin düzenlenen tüm belgelerde, yanında çalıştığı ailelerin sponsorluğunun bulunduğu anlaşılmıştır.

Davalı VBR şirketinin Amerika Birleşik Devletleri, Kontrat Subaylığı ile arasında düzenlenen Türkiye Üs Bakım Anlaşması kapsamında, İncirlik Hava Üssünde Üs Bakım Müteahhidi olarak faaliyet gösterdiği, sözleşme kapsamında mühendislik hizmetleri, bakım, onarım, tamir hizmetleri, hizmet araçlarıyla taşıma hizmetleri, yemekhane hizmetleri, konaklama yer hizmetleri ve diğer bazı idari hizmetleri yaptığı ve bu hizmetler kapsamında işçi çalıştırdığı, bu faaliyetler arasında Amerikan askerleri ile ev hizmetinde çalışan kişiler arasında iletişim sağlayıp işçi temin etmek şeklinde aracılık faaliyetinde bulunmaya yönelik bir düzenlemenin olmadığı, dolayısıyla bu tür bir aracılık faaliyeti yönünden sözleşme kapsamında elde ettiği bir kazancın da olmadığı, sözleşme kapsamında tanımlanmadığı halde davalı şirketin Amerikalı ailelere bu şekilde çocuk bakım, temizlik işi vs., nedenlerle işçi temin etmesi şeklinde aracılık faaliyeti yapması durumu dahi şirketin bu faaliyet dolayısıyla kimden ne şekilde kazanç sağlayıp gelir elde ettiğinin de açıklanamadığı, ispatlanamadığı görülmüş, dolayısıyla davacı ile davalı şirket arasında herhangi bir hizmet ilişkisinin bulunmadığı anlaşılmıştır.

Yukarıdaki tespitlerden de anlaşılacağı gibi davacı, Üsde görevli personelin ev işlerinde çalışmıştır. Ev işleri 4857 sayılı İş Kanununun 4/e maddesi gereğince iş kanunu kapsamı dışındadır. Üsdeki güvenlik vs. hizmetlerini görmekte olan firmanın davacıya kimlik kartı vermesi davacı ile davalı arasında hizmet akdi bulunduğunu göstermediği gibi, ihtiyacı olan üs personeline daha

önce başka personelin ev hizmetinde çalışan işçiyi tavsiyesi de davacı işçiyi davalı firmanın çalışanı yapmaz.

İş Mahkemesinin bu davaya bakmakta görevsiz olduğunu düşündüğüm için Sayın Çoğunluğun görüşüne katılmıyorum”¹.

Kararın İncelenmesi

Ülkemizde kadınların istihdamı gerek sanayide gerekse hizmet sektöründe giderek artmaktadır. Çalışan kadınların özellikle evlendikten sonra, hem çalıştıkları iş yerlerinde hem de kendi evlerinde iş görmeleri onları bir hayli zorlamaktadır. Belirli bir yaşa kadar her iki görevi yardımcısız yerine getirmekte olmalarına rağmen, aile bütçesine katkı sağlamak veya ekonomik açıdan daha özgür olmak isteği ile çalışan kadının, yıllar ilerledikçe her iki açıdan (halk diliyle) sırtındaki yük giderek ağırlaşmaktadır. Hele çocuk sahibi olmaları ve yaşlarının ilerlemesi gibi doğal nedenlerle, ev işlerinde, çocuk bakımında kendilerine yardım edecek kişilere ihtiyaç duymaktadırlar. Özellikle kent yaşamında çalışan kadınların, büyük bir çoğunlukla kendileri işyerinde çalışır iken, evlerinde temizlik yemek mutfak alışverişi vd. işlerini görecekt, çocuklarına bakacak, bazen de aynı evde yaşayan ve bakmakla yükümlü olduğu yaşlı veya hasta aile bireylerine bakacak kişi ve kişilere giderek daha çok ihtiyaç duydukları bilinmektedir.

Evlerde, yukarıda belirtilen işlerde ücretle çalışan kişiler ile onları bu işlerde çalıştıranlar arasındaki hukuki ilişkinin hizmet akdine dayandığında kuşku bulunmamaktadır. Esas itibarıyla bedenen çalışan bu kişiler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/e maddesi ile İş Kanunu kapsamı dışında tutulmuşlardır. Fakat 04.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 'nun "Ev Düzeni İçinde Çalışma" başlığı altında yer alan 418. maddesi, ev düzeni içinde çalışanlar için, onları çalıştıran kişilere yönelik olmak üzere belirli ölçüde bir koruma getirmiş bulunmaktadır. Ancak TBK'nun bu maddesinde yer alan ve özellikle işverene ilişkin bu hükümler; İş Kanunu'nun işçi ve işverenlere ilişkin hükümlerine kıyasla çok daha yetersiz kalmaktadır. Bu konuda Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Art. 319-346a) maddelerine atıfla; İsviçre BK.da hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinden ayrı ve farklı olarak, ev hizmetlerinde çalışanlar için yapılan özel düzenlemelerden söz edilmektedir. Bu düzenlemelerde "hizmet sözleşmesinin yapılması, şekli, işçinin ve işverenin borçları ile sözleşmenin sona ermesi hükümlerinin" yer aldığını, TBK'nda da bu konuda yeni düzenlemelere bu çerçevede ihtiyaç bulunduğunu bildirmişlerdir ².

¹ Çalışma ve Toplum D, S.47, 2015/4, s.398-401.

² Nuri Çelik./Nurşen Canıklıoğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s.106,107.

TBK. md.418: İşçi işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür.

İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır.

İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi bozma gerekçesinde; davacı ile davalı arasında iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığının uyumsuzluk konusu olduğu belirtile- rek, davacının aynı gün ve daha önceki tarihlerde temyiz incelemesine tabi tutulan dosyalarda, davacı konumunda bulunan işçilerin, İncirlik Üssünde görev yapan askeri personellerin evlerinde ev işleri, çocuk bakıcılığı, temizlik vb. işlerde çalıştıkları, bunlara askeri üsse giriş yapabilmeleri için kimlik kart- ları çıkarıldığı, çeşitli konularda eğitim verildiğinin görüldüğü bildirilmiştir. Diğer yandan davacı tanıklarının anlatımlarında, davacı ve arkadaşlarının da- valı şirket tarafından işe alındığı ve iş ilişkisinin devamında işçilerin muhatabı- nın davalı şirket olduğunu beyan ettikleri tespit edilmiştir. Askeri personelin tayini gibi durumlar nedeniyle oluşan boşluklarda işçilerin, hizmet sunmaya hazır şekilde işverenin talimatını bekledikleri; bu durum karşısında taraflar arasındaki iş sözleşmesinin devamlılık unsurlarının gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği, dolayısı ile davacı ile davalı şirket arasında 4857 sayılı İş Kanunu'na göre belirsiz süreli iş sözleşmesinin bulunduğu sonucuna varılmak- tadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesine göre iş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden olu- şan bir sözleşme olup ayrıca bu sözleşme, Kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle bağlı tutulmamıştır.

Yine Yargıtay kararının gerekçesinden anlaşıldığına göre; davacıya veri- len ücretin doğrudan hizmet yaptıkları askeri personel tarafından ya da askeri personelin önce davalı şirketten alarak sonra da işçilere ödedikleri ileri sürül- müştür. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesine göre genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığı işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen bir tutardır. Bu nedenle davacının ücretinin işveren şirket tara- fından ya da doğrudan askeri personel tarafından ödenmiş olması, iş sözleşme- sinin varlığını etkilememektedir.

Söz konusu bozma kararına, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin bir üyesi şu gerekçelerle katılmamıştır. Yargıtay Üyesi karşı oy yazısında; dava dosyası için- deki TC. Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı tarafından düzenlenen araştırma ve inceleme raporundan anlaşıldığına göre; davacının İncirlik Hava Üssünde görev yapan ABD vatandaşlarının kaldığı otel gibi yerde temizlik işlerinde çalıştığı, ücretini de işlerini yaptığı Amerikalı askerlerden aldığı, çalışma saatlerinin, günlerinin, çalışma prensiplerinin Amerikalı asker- ler tarafından belirlendiği, emir ve talimatların Amerikalı askerler tarafından verildiği, davacının Üsse giriş çıkış kartlarının yanında çalıştığı Üs çalışanı ta- rafından düzenlenen taahhütname ve kefalet mektubu ile birlikte, Türk Hava Kuvvetleri 10. Tanker Üs Komutanlığı'na yazılı başvuruda bulunması ve başvu- runun uygun görülmesi üzerine Üsse giriş - çıkış kartlarının, 10. Tanker Üs Komutanlığı tarafından düzenlenerek verildiği, dolayısıyla Üsse giriş çıkışlarına ilişkin düzenlenen tüm belgelerde yanında çalıştığı ailelerin desteğinin bulun- duğunun anlaşıldığı tespitinde bulunmuştur.

Ayrıca davalı VBR şirketinin ABD Kontrat Subaylığı ile arasında düzen- lenen Türkiye Üs Bakım Anlaşması kapsamında, Amerikan askerleri ile ev hiz- metlerinde çalışan kişiler arasında iletişim sağlayıp işçi temin etmek şeklinde aracılık faaliyetinde bulunmaya yönelik bir düzenlemenin yer almadığı, kaldı ki işçi teminine aracılık faaliyeti yapmış olması halinde şirketin, bu faaliyeti dola- yısı ile bir kazanç sağlayıp gelir elde etmiş olduğunun ispatlanmadığı, bu du- rum nedeniyle davacı ile davalı şirket arasında hizmet ilişkisinin bulunmadığı,

ev işlerinin İş Kanunu kapsamı içinde bulunmadığından İş Mahkemesinin bu davaya bakmakta görevsiz olduğunu düşündüğü için çoğunluk görüşüne katılmadığını bildirmiştir.

Yine karşı oy yazısında, VBR şirketinin Türkiye Üs Bakım Anlaşması kapsamında, İncirlik Hava Üssünde Üs Bakım Müteahhidi olarak faaliyet gösterdiği, sözleşme kapsamında mühendislik hizmetleri, bakım, onarım, tamir hizmetleri, hizmet araçlarıyla taşıma hizmetleri, yemekhane hizmetleri, konaklama yer hizmetleri ve diğer bazı idari hizmetleri yaptığı ve bu hizmetler kapsamında işçi çalıştırdığı belirtilmektedir. O halde davalı VBR şirketinin İncirlik Hava Üssünde, Üs Bakım müteahhidi olarak faaliyet gösterdiği ve bağtlanan sözleşme kapsamına göre mühendislik, bakım, onarım, tamir hizmetleri, taşıma hizmetleri, yemekhane hizmetleri, konaklama yer hizmetleri ve diğer bir kısım idari hizmetler yaptığı ve bu hizmetler için işçi çalıştırdığı konusunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesine daha önce intikal etmiş olan dava dosyalarında, davacı ile aynı konumda olan diğer işçilerin İncirlik Üssünde görev yapan askeri personelin evlerinde ev işleri, çocuk bakıcılığı, yine askeri personelin kaldığı otel vb. yerlerde temizlik ve bahçıvanlık işlerinde de çalıştıkları, bu işçilere yangın emniyeti vb. çeşitli konularda eğitim verildiği ve bu eğitimlere katıldı belgeleri düzenlendiği Yargıtay kararı gerekçesinde yer almıştır.

İncirlik Hava Üssünde belirli sürelerle kendilerine tahsis edilen evlerde kalan ABD vatandaşı askerlerin, yabancıları oldukları ülkenin koşullarını bilmedikleri için buldukları çevrede bu hizmetleri yapacak işçi arayıp bularak onlarla iş sözleşmesi yapmaları, beğenmedikleri kişileri işten çıkarıp yerlerine başka işçi almaları ve onları çalıştırmaları; içinde buldukları koşullar itibarıyla fiilen çok zor hatta belki de güvenlik açısından uygun da bulunmadığı için, ihtiyaç duyulan konularda gereken işçilerin, bu konuda güvenilen ve sorumluluk üstlenen bir firma tarafından sağlanmış olması doğaldır. Ancak gerek derdest davanın konusu olan ve diğer benzer davaların konusu olan olaylarda VBR'nin haricinde işe aracılık eden başka bir firmanın yer almadığı anlaşılmaktadır. Davacının her gün çalışmak için Üsse girip çıkabilmesi, giriş belgesi almasını gerektiriyorsa, hizmet sunacağı ailenin buna sponsor (yardımcı) olması, ABD vatandaşı olan bu askeri, doğrudan işveren konumuna getirmez.

Diğer yandan davacının ücretinin, ev hizmetlerini gördüğü kişi tarafından ödenmiş olması ihtimali de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesi hükümleri (ücretin üçüncü kişiler tarafından sağlanması) karşısında, İş Sözleşmesinin davacı işçi ile ABD vatandaşı asker arasında yapılmış olduğu sonucunu doğurmaz. Öte yandan işçilerin yapmakta oldukları işlerinin geçici olarak sona ermesi, iş akitlerinin feshi sonucunu doğurmaz. İşçiler bir süre sonra tekrar çalışmaya başlayacakları güne kadar iş sözleşmeleri askıda kalmaktadır. Yeni askeri personel Üsse gelip evlerine veya otele yerleştiğinde askı süresi sona erer, işçiler de kendilerine verilen yeni görevlerinde çalışmaya başlarlar. Yapmakta oldukları İşleri sona ermiş olan işçilere, İncirlik Askeri Üssünde ev hizmetleri haricinde başka işler de verildiği bozma gerekçesinden anlaşılmaktadır.

Davalı VBR şirketinin İncirlik Hava Üssünde ABD vatandaşı askerlere çeşitli ev hizmeti ve ihtiyaç duyulan diğer konularda çalışacak işçileri sağlama-sı, aslında bir tür mesleki amaçlı işe aracılık faaliyeti ya da ödünç iş ilişkisi

olarak da değerlendirilebilir³. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesine göre geçici iş ilişkisi: İşverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçisinin onayını alarak başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesidir. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren bu ilişki içinde ödünç aldığı işçiye talimat verme hakkına da sahip olmaktadır. Yargılama sırasında bu konu gerektiği gibi incelenememiştir. Ev hizmetlerinde çalışan davacının ev temizliği dışında çocuk bakımı, bahçivanlık, arıza tamiri, bekçilik, hasta bakımı vb. gibi işlerde çalışmış olması halinde Yargıtay, bu tür çalışmaların tümünün; ev hizmeti kapsamında nitelendirilmesini doğru bulmamıştır⁴.

Diğer yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 90. maddesine göre, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçilerin bulunmasına aracılık görevi, Türkiye İş Kurumu ve bu hususta izin verilen özel istihdam büroları tarafından yerine getirilmektedir. Ancak söz konusu yasal düzenleme dışında uygulamada, Türkiye İş Kurumu'ndan gerekli izinler alınmadan mesleki amaçlı geçici işçi temini faaliyeti sürdürülmektedir⁵. Dava konusu uyuşmazlıkta, davacının geçici olarak evinde hizmet sunduğu ABD vatan-dışı askerinin, görev süresinin dolması veya ABD Hava Kuvvetleri tarafından herhangi bir nedenle görevinden alınması durumunda çalışanın iş sözleşmesi sona ermekte midir? Yargıtay, yukarıda özetlenen bozma kararının gerekçesinde; "askeri personelin tayini vb. durumlarda oluşan boşluklarda işçilerin, hizmet sunmaya hazır şekilde işverenin talimatını beklediğini" belirterek "Şu hale göre iş sözleşmesinin bağımlılık ve devamlılık unsurlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir" hükmüne varmıştır.

Ev hizmetleri, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/e maddesi ile kapsam dışında bırakılmıştır. Günümüzde ev hizmetlerinde işçi istihdamı özellikle kentlerde yaygın olarak uygulanmaktadır. Söz konusu hizmetler genellikle kadın işçiler tarafından ev ortamında temizlik, çamaşır yıkama, ütü, yemek pişirme, çocuk bakma, çarşı alışverişi vd. işlerin yapılmasını kapsamaktadır. Fakat bu işlerin tümünün bir günde yapılması mümkün olmadığında, işçinin haftanın birkaç günü hatta tüm hafta boyunca aynı yerde çalışmasını gerektirmektedir. Hasta ve yaşlı kimselerin bakımını, çocuk bakımını yapan işçilerin bu hizmetleri sürrekli olarak her gün yerine getirmeleri söz konusudur. Ayrıca bu tür hizmetler uzmanlık gerektirdiğinden hemşire, hasta bakıcı gibi özel eğitim görmüş kişiler tarafından yerine getirilir. Ancak bu hizmetler evlerde yerine getirilmekle birlikte halkın bu nitelikte işçi ihtiyacı, bakıcı temini amacı ile kurulan firmalar tarafından sağlandığı da görülmektedir. Söz konusu firmalar, bir tür işe aracılık faaliyeti yapmakta ve kendilerinden hizmet talep eden kişilere, uygun olan işçileri göndermektedirler.

Günümüzde İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan ev hizmetlerinde, çoğunlukla çocuk yaşta, sigortasız ve düşük ücretlerle işçi çalıştırıldığı bilinmektedir. Bu durumda çalışanlar, işten çıkarılma korkusu nedeniyle işvereni Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına şikâyet etmekten çekinmektedirler. 04.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer

³ Bak Sarper Süzek, İş Hukuku 11. Baskı, İstanbul 2015, s.850 vd.

⁴ Bak Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 4. Bası, s.85/dpn 42.

Süzek, her olayın özelliğine göre durumun değerlendirilmesini, ev hizmetlerinin bu ilişkide baskın nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Süzek, s.233

⁵ Bak Süzek, s.875 - 878

alan hakların elde edilebilmesi için de yargıya başvurmaları gerekmektedir. Pratikte bu durum, işçilerin ancak işten çıkarıldıkları zaman veya çalışamayacak duruma düşmelerinden sonra başvurdukları bir hukuki yol olarak varlığını sürdürmektedir.

Sonuç:

Somut olay, işçi temini ve işe aracılık faaliyeti gizlenerek, İş Kanunu'nun 4/e maddesindeki ev hizmetleri istisnasından da yararlanmak suretiyle yasal sorumluluklar açısından, Türk vatandaşı olmayan ABD askeri ile davacıyı karşı karşıya getiren ve sonuçta işçi istismarına yol açan bir uygulamadır. Kaldı ki Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı da, 15.11.2011 tarih, 121006/İNC/03 sayılı Adana İncirlik Hava Üssünde, görev yapan ABD vatandaşlarının Konutlarında, ev hizmetlerinde sigortasız (TC Vatandaşı) İşçi çalıştırıldığı iddiaları ile ilgili olarak düzenlenen araştırma ve inceleme konulu raporda; İncirlik Hava Üssünde ABD Vatandaşlarının yanında ev hizmetlerinde çalışan Türk vatandaşlarının ABD vatandaşı olan ev sahiplerine bağımlı olarak çalıştıklarını, emir ve talimatları ABD vatandaşı olan Üs çalışanlarından aldıklarını, İncirlik Hava Üssünde faaliyet gösteren VBR isimli firmanın İncirlik Hava Üssünde Üs bakım müteahhidi olarak faaliyet gösterdiğini, Üsde bulunan konutlardaki ev hizmetlerine ilişkin herhangi bir faaliyetinin olmadığını sadece ev hizmetleri için üsse giriş çıkış yapan çalışanların Üsse giriş çıkış, izin belgeleri ve giriş kartlarının düzenlenmesi işlerini yaptığını belirtmiştir. İş Mahkemesi ise yargılama sırasında aldığı bilirkişi raporuna dayanarak davacı ile davalı şirket arasında iş ilişkisi bulunmadığı kanaatine vararak davanın reddine karar vermiştir.

Fakat Yargıtay, inceleme konusu kararında isabetli olarak, İş Mahkemesinde yapılan yargılamayı eksik bularak, davanın tarafları arasında iş sözleşmesi bulunup bulunmadığı noktasındaki uyuşmazlığı, işin esasına girilerek bilirkişiden tekrar rapor alınıp dava konusu isteklerle ilgili bir karar verilmesi gerekir demek suretiyle ve aynı konuda daha önce Yargıtay'ca karara bağlanmış olan emsal davaları da işaret ederek, uyuşmazlığın yeniden hukuki süzgeçten geçirilerek buna göre karara bağlanmasını istemiş bulunmaktadır.

İŞ YARGILAMASINDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI

Prof. Dr. Mustafa Alp*
Araş. Gör. Duygu Çelebi**

ÖZ

Bazı durumlarda talep sonucunun yargılama öncesinde belirlenebilmesi mümkün olamamaktadır. Bu durumun yarattığı sorunları gidermek amacıyla hukukumuzda yeni bir dava türü olarak “belirsiz alacak davası” düzenlenmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 107 inci maddesine göre davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirlenmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklı hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilmektedir. Uygulamada sorun yaratan işçilik alacakları için belirsiz alacak davası önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda işçilik alacakları için belirsiz alacak davası açılıp açılmayacağı konusu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Belirsiz Alacak Davası, Talep Sonucu, İşçilik Alacakları.

ABSTRACT

In some situations, it is impossible to determine final claim before the hearing stage. In Turkish law, “unestimable action of debt” is adopted as a new case type to solve that kinds of problems. According to the article 107 of Civil Procedure Code Act no. 6100, if it is impossible to expect the exact and precise determination of the worth or amount of debt in the case date by the creditor or if it is impossible to accomplish that; the creditor is allowed to sue an unestimable action of debt with determining the legal affair and minimum worth or amount. Unestimable action of debt is important for credits of employees which create problems in practice. Therefore, in our article, it will be discussed, if it is possible to sue an unesmitamble action of debt for credits of employees.

Keywords: Unestimable Action of Debt, Final Claim, Credits of Employees.

Hakem denetiminden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

01.20.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105 ve devamı maddelerinde dava çeşitlerine yer verilmiştir. Kanunda davalar değişik şekillerde ayrımlara tabi tutulmuş ve her bir dava çeşidine ilişkin hükümler tek tek belirtilmiştir. Talep edilen hukuki korumaya göre davalar, tespit davası, eda davası ve inşai dava olarak sınıflandırılmıştır. Bu dava türleri birbirlerinden farklı özellikler taşımaktadır.

6100 sayılı HMK ile hukukumuzda "belirsiz alacak davası" olarak isimlendirilen yeni bir dava türüne yer verilmiştir. Hükümet tasarısında yer aldığı halde Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında kanuna eklenen reform niteliğindeki bu müessese uygulamada tereddütlere yol açmıştır. Özellikle işçi alacakları yönünden belirsiz alacak davası açılıp açılmayacağı hususunda gerek doktrinde gerekse Yargıtay daireleri arasında farklı görüşler ortaya konmuştur. Buna bağlı olarak söz konusu dava türünün işçi alacakları bakımından uygulama bulup bulamayacağı hususunda bazı tereddütler hâsıl olmuştur. Bu nedenle özellikle işçi alacakları yönünden açılacak davaların belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda konunun daha iyi ortaya konması bakımından dava türlerine kısaca yer verilerek; sonrasında işçi alacakları yönünden belirsiz alacak davasının uygulanabilirliği gerek doktrindeki görüşler gerekse Yargıtay dairelerinin bu konudaki görüşleri belirtilerek ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. DAVA TÜRLERİ VE BELİRSİZ ALACAK DAVASI

A. Eda Davası

Eda davası, davacının, talebinde davalının bir şeyi yapmaya, vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkûm edilmesini istediği dava türüdür¹. Eda davalarında şahsi ve aynı haklara ilişkin taleplerde bulunulabileceği gibi, davalının olumlu veya olumsuz bir edaya mahkûm edilmesinin talep edilmesi de mümkündür².

Davacının eda davası açabilmesi için hukuki yararının bulunması gerekmektedir. Davalı, davacının hakkını tanımıyor veya tanımakla birlikte bu konudaki edimini yerine getirmiyor olabileceği gibi davacının hakkını tehlikeye düşüren bir durum da söz konusu olabilir. Belirtilen bu durumlarda davacı eda davası açabilecektir³.

Eda davasında mahkeme öncelikle dava konusu hakkın mevcut olup olmadığını tespit eder. Mahkeme hakkın varlığını tespit ettikten sonra, davalıyı o

¹ FİDAN, Nurten: "Belirsiz Alacak Davasındaki Belirsizlikler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, s. 180; MUŞUL, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 127; ÇİL, Şahin/KAR, Bektaş: 6100 Sayılı Hmk'ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası Ve Kısmi Dava, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 19; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013, s. 157; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 250; UĞUR, Aynaz: "Belirsiz Alacak Davası (Hmk M. 107) ve Temel İşçilik Alacakları Bakımından İncelenmesi", FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Yıl. 2014, s. 331

² MUŞUL, s. 128; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 250.

³ ÇİL/KAR, s. 19; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 250.

hakka ilişkin edimi yerine getirmeye veya bir şeyden kaçınmaya mahkûm eder. Eda davası sonunda mahkeme talebin kabulü veya reddi yönünde bir karar verecektir. Talebin reddi durumunda, davacının talep ettiği hakkın mevcut olmadığı tespit edildiğinden bu ret kararı bir tespit hükmü niteliği taşıyacaktır. Talebin kabulü halinde ise, verilen hüküm bir emri içermekle beraber davacının hakkının varlığını da tespit edecektir. Eda davasının kabulü halinde, davalının ilamın gereğini gönüllü olarak yerine getirmemesi durumunda, İcra İflas Kanunu'nun 24 ve devamı hükümleri uyarınca, ilamlı icra yoluyla hüküm icra edilebilecektir⁴.

B. Tespit Davası

Bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin belirlenmesi hakkında tespit hükmü elde etmek için açılan dava tespit davasıdır. Tespit davasında davalı bir şeyi yapmaya veya bir şeyden kaçınmaya mahkûm edilmez; bu davada taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu ya da tereddütlü olan içeriğine yönelik tespit hükmü verilir⁵.

Tespit davası Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106 ncı maddesinde düzenleme bulmuştur. Kanun ifadesine göre; “(1) *Tespit davası yoluyla, mahkemenin, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. (2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. (3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.*”. Kanun ifadesinde de belirtildiği üzere tespit davası açılabilmesi için, iki koşul öngörülmüştür. Bunlar; varlığı, yokluğu veya içeriği belirlenecek bir hak veya hukuki ilişkinin bulunması ile hak ve hukuki ilişkinin hemen tespitinde hukuki yarar olmasıdır. Bu iki şart, dava şartı niteliğinde olduğundan, bu şartlar yerine getirilmediğinde davanın esasına girilmeden reddi gerekecektir⁶. Kanunda belirtilen durumlar dışında tespit davası açan davacı, eda davası ile inşai davalardan farklı olarak, dava açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunduğunu ortaya koyarak hukuki yararını ispatlamak zorundadır⁷.

C. Kısmi Dava

Kısmi dava doktrinde, davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünün değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı dava olarak tanımlanmaktadır⁸. Bu dava türü niteliği itibariyle bölünebilir ta-

⁴ MUŞUL, s. 128; ÇİL/KAR, s. 19; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 250-251.

⁵ MUŞUL, s. 131; ÇİL/KAR, s. 20; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 158; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 251; UĞUR, s. 332.

⁶ ÇİL/KAR, s. 21; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 159; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 252-253.

⁷ MUŞUL, s. 132; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 252.

⁸ “...Alacağın yalnızca bir bölümü için açılan davaya kısmi dava denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, bir alacak hakkında daha fazla bir miktar için tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen, alacağın bir kesimi için açılan davaya, kısmi dava denir...” YHGK, 17.10.2012, E. 2012/9-838, K. 2012/715, www.kazanci.com. Ayrıca bkz. ÇİL/KAR, s. 27; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 169; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 264; TOPAK,

lepler için söz konusu olabilmektedir⁹. Kısmi dava ile bölünebilir talebin bir bölümü dava edilip diğer kısmı dava dışında bırakılmaktadır. Ancak şu noktaya da açıklık getirmek gerekir ki; davacının aynı davalıdan farklı hukuki ilişkilere dayanarak birden fazla talebi bulunması durumunda, bunlardan sadece birini veya birkaçını talep ederek açtığı dava kısmi dava olmayacaktır¹⁰.

Talep sonucunu belirleyemeyen davacı, bu dava türü ile talep sonucunun belirleyebildiği kısmı için kısmi dava açtıktan sonra, talep sonucu belirle- nebilir hale geldiğinde alacağının bakiye kısmı için ayrı bir eda davası açabile- ceği gibi aynı davada talep sonucunu artırabilir. Karşı tarafın muvafakatinin olmaması durumunda talep sonucunu ıslah yoluyla artırmak zorunda kalan davacı, ıslah yoluyla geçersiz kalan işlemler için yapılan yargılama giderleri ile karşı tarafın uğradığı zararlara karşılık olmak üzere hâkimin takdir edeceği bir teminatı HMK md. 178 gereği bir hafta içinde mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Aksi durumda ıslah yapılmamış sayılıp; davacı yargılama sonunda haklı bile çıksa, ıslah nedeniyle yaptığı masraflara kendisi katlanacaktır¹¹.

Kısmi dava 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109 uncu maddesinde düzenleme bulmuştur. Maddenin ikinci fıkrası, 6644 sayılı "Yargı- tay Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hak- kında Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması durumunda kısmi dava- nın açılmayacağını hüküm altına almaktaydı. Söz konusu hüküm neticesinde, davadaki talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız ise veya taraf- lar arasında miktar veya parasal tutar bakımından bir tartışma olmakla berab- er, tarafların anlaşmasına gerek kalmaksızın objektif olarak talep konusunun miktarı herkesçe anlaşılabilir şekilde belirli ise o talep konusunun sadece bir kısmı dava edilememekteydi¹². Söz konusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, iptali istenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesiyle itirazı reddetmiştir¹³.

Diğer dava türlerinde olduğu gibi kısmi davanın açılmasında da davacı- nın hukuki yararının bulunması gerekir. Doktrindeki bazı yazarlara göre, dava konusu alacağın yüksek olması sebebiyle davanın reddi halinde yüksek yargı- lama giderlerine mahkûm edilecek olma kısmi dava açmada hukuki yarar ola-

Süleyman: "Yargıtay Kararları Işığında İşçi Alacakları Bakımından Belirsiz Alacak Davası ve Islah Zamanlaşımı Problemi", [http://hukuk.meliksah.edu.tr/kullanici_images/ file/merged_document_10.pdf](http://hukuk.meliksah.edu.tr/kullanici_images/file/merged_document_10.pdf). (E.T. 01.10.2015); ERCAN, İbrahim: "Hukuk Muhake- meleri Kanunu Çerçevesinde Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak ve Tespit Davası", Konya Barosu Dergisi, S. 7, 2011, s. 22.

⁹ RÜZGÂR, s. 214.

¹⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 264-265.

¹¹ FİDAN, s. 181.

¹² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 265. YAVAŞ bu durumu eleştirmiştir. Yazara göre hakkın tamamı için hukuki himayeden istifade hakkı olanın, bu hakkın sadece belirdi bir bölümü için de aynı himayeye sahip olduğundan şüphe edilmemesi gerekir. Tasaruf ilkesi ile hiç kimsenin kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı ilişkin prensipler dikkate alındığında, yazar aksi halin kabulünü mümkün görmemektedir. Bu sebeple yazar, HMK 109/2 hükmünü bu açılardan tartışmaya açık bulmaktaydı. Bkz. YAVAŞ, Murat: "Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Seminer- Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, Kasım 2012, s. 57.

¹³ Resmi Gazete, 13.02.2013, S. 28558.

rak kabul edilmemektedir. Yüksek harç ve giderlerden dolayı, uygulamada pilot dava olarak adlandırılan, alacağın belirli bir kesiminin dava edilmesi, kazanıldığı takdirde diğer kısmın dava edilmesinde hukuki yarar değil, ekonomik yarar bulunmaktadır¹⁴. Ancak ekonomik menfaatler de davacılar için önem arz etmektedir. Bu sebeple bu ekonomik yarar aynı zamanda korunmaya değer meşru bir hukuki yarar olarak değerlendirilebilir¹⁵. Davacı açısından önemli olan bir ekonomik menfaatin yok sayılması uygulayıcılar tarafından eleştirilmiş ve bu durum kanun koyucuyu HMK m. 109/2'yi yürürlükten kaldırmaya sevk etmiştir. Söz konusu değişiklik neticesinde dava konusunun taraflar arasında tartışmasız veya dava konusunun açıkça belli olması halinde de kısmi dava açılabilmesinin yolu açılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre, dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hali dışında, kısmi dava açılması talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamı taşımayacağından, kısmi dava açılması halinde davaya konu edilmeyen kısmın ayrı bir dava ile talep edilmesi veya ıslah yoluyla aynı dava konusuna dâhil edilmesi mümkün olacaktır¹⁶.

D. Belirsiz Alacak Davası

1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119 uncu maddesinin 3. bendi uyarınca talep sonucunun açık bir şekilde dava dilekçesinde bulunması zorunludur. Talep sonucunun dava dilekçesinde eksik olması halinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Eksikliğin tamamlanmaması halinde ise dava açılmamış sayılır¹⁷.

Maddi hukukta davacı genellikle dava açarken alacağın miktarını bilmekte veya bilebilecek konumdadır¹⁸. Ancak bu her durumda söz konusu olamamaktadır. Alacaklının bazı hallerde alacağının miktarını tam olarak belirleyebilmesi mümkün değildir. Haksız fiil, iş kazaları veya meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat davaları belirtilen bu hallerden bazılarıdır¹⁹. Alacağının miktarını tam olarak belirleyemeyen davacının dilekçesinde talep sonucunu tam olarak belirtmesinin kendisinden beklenmesi gerçekçi olmayacaktır. Bu noktada talep sonucunu belirleyemeyen davacının karşılaşacağı riskleri ortadan kaldırmak için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 nci maddesinde yapılan düzenleme ile talep sonucunun belirlenemediği hallerde belirsiz alacak davası açma imkânı getirilmiştir. Bu dava öncelikle bir eda davası olup; eda davasının farkı talep sonucunda istenilen alacağın dava açıldığı anda tam olarak belirlenmemesi olmaktadır²⁰. Dava açılırken belirsiz olan alacağın, delil-

¹⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 265.

¹⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 273.

¹⁶ FİDAN, s. 181.

¹⁷ PEKCANITEZ, Hakan: "Belirsiz Alacak Davası", DEÜHFD, C. 11, Özel S. 2009, s. 511.

¹⁸ PEKCANITEZ, Hakan: Belirsiz Alacak Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 11; FİDAN, s. 177; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 253; PEKCANITEZ, Hakan: "Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması", Prof. Dr. Polat SOYER'e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı 2, s. 934; UĞUR, s. 324.

¹⁹ FİDAN, s. 177.

²⁰ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 12; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 254; ÇİL/KAR, s. 21; UĞUR, s. 327.

lerin toplanması veya bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da hâkimin takdiri ile belirlenebilir hale gelmesinin ardından, belirsiz alacak davası eda davasına dönüşecektir²¹.

Belirsiz alacak davası, Almanya ve İsviçre Usul Hukuku uygulamasından esinlenilerek HMK'da kabul edilmiş bir dava türüdür. Söz konusu düzenleme ile davacı, alacağının belirlenebilir kısmını talep ederken aynı zamanda geri kalan kısmı ya da tüm alacağı için tespit davası açabilme imkânına kavuşmaktadır²².

Belirsiz alacak davası ile davacının dava dilekçesinde alacağını belirleyemediği durumlarda, talep sonucunu belirlemeye çalışması halinde karşılaşacağı riskler giderilmeye çalışılmıştır. Bu risklerin başında, dava açarken talep sonucunu belirleyemeyen davacının yüksek yargılama giderine mahkûm olma riski gelmektedir. Dava açarken alacak miktarını tam olarak bilmeyen ve bu nedenle talep sonucunu tam olarak yazamayan davacı, talep sonucunu yüksek tutması durumunda, alacağın kabul edilmeyen bölümü için haksız çıkmış olacak ve bu miktar için yüksek yargılama giderine mahkûm edilebilecektir²³. Belirsiz alacak davası ise davacıya, alacağını tahkikat aşamasında belirlenmesinden sonra, belirleme ve talep etme imkânı sağlayarak bu riski ortadan kaldırmaktadır²⁴. Kısmi davada, bakiye alacağı talep etme hakkı saklı tutulmuş olsa bile zamanaşımı sadece dava edilen kısım için kesilecek, dava edilmeyen kısmın zamanaşımına uğrama tehlikesi söz konusu olacaktır²⁵. Oysa belirsiz alacak davasının açılması ile zamanaşımı süresi tüm alacak için kesildiğinden, davacının belirleyemediği alacağının zamanaşımına uğrama riski de bertaraf

²¹ FİDAN, s. 178; UĞUR, s. 327.

²² PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 934-935; FİDAN, s. 181.

²³ AKIN, Levent: "İşçi Alacakları ve Belirsiz Alacak Davası", <http://www.ceis.org.tr/dergi/2012kasim/kararincelemesi.pdf>, s. 27; PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak Davası, s. 512; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 254; FİDAN, s. 180; RÜZGÂR, s. 208; UĞUR, s. 324.

²⁴ MEİER, Isaak: "Die Unbezifferte Forderungsklage Und Waffengleichheit Der Parteien", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- X Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ekim 2012, s. 70.

²⁵ Bazı durumlarda, davacının istenilen alacağın türü ve hukuki niteliği belli olmasına rağmen, miktarını dava açarken tam olarak belirleyebilmesi mümkün olmayabilir. Davacı hesap raporu alınmasını, yargılama yapılmasını gerektiren durumlarda fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava açabilir. Kısmi dava olarak açılan bu davada yargılama sırasında belirlenen bakiye alacağı için davalının muvafakat etmemesi halinde, davacı ayrı bir dava açabileceği gibi aynı anda ıslah yoluna da başvurabilecektir. Ancak söz konusu durumlarda davacı bakiye alacak miktarı yönünden zamanaşımı itirazı ile karşılaşabilir. Bkz. ÇİL/KAR, s. 28-29. ERCAN, İbrahim: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- X Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ekim 2012, s. 102-103; BUDAK, Ali Cem: "Belirsiz Alacak Davası", Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Yıl. 24; Ocak 2013, s. 84; PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 59; ÇİL/KAR, s. 26; FİDAN, s. 181; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 254; ÖZKAYA-FERENDECİ, H. Özden: "Alman ve İsviçre Hukukları'ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) İle 6100 Sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davasının Karşılaştırılması", MÜHFHAD, C. 18, S. 1, s. 355; RÜZGÂR, s. 214-215; OLGAC, Samet Can: "İş Hukukunda Şua İzin Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-117-1468>, s. 352. (E.T: 01.10.2015).

edilmektedir²⁶. Ayrıca belirsiz alacak davası, davacının gereksiz masraf yapmasına, ikinci bir dava açmasına ve çelişik hüküm verilmesine engel olduğundan usul ekonomisine de uygundur²⁷. Tüm bunların yanında belirsiz alacak davasında faiz başlangıcı, alacağın tümü için dava tarihi olmaktadır²⁸. Oysa kısmi dava açıldığında faiz başlangıcı ıslah ya da ek dava konusu yapılan miktarlar için ıslah veya ek dava tarihi olmaktadır²⁹.

2. Belirsiz Alacak Davasının Koşulları

a. Talep Sonucunun Miktarının Belirlenmesinin İmkânsız veya Davacıdan Beklenemeyecek Olması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 nci maddesine göre; *“(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.*

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.”³⁰. Söz konusu

²⁶ KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 5, C. 85, 2011, s. 13; BUDAK, s. 84; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 254; PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 45; ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 355; RÜZGÂR, s. 208.

²⁷ PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 936.

²⁸ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 72-73; ÇİL/KAR, s. 26; FİDAN, s. 182; RÜZGÂR, s. 213. Budak'a göre, temerrüt faizi bakımından, sözleşme (ve borçlunun iyi niyetli olduğu hâllerde sebezsiz zenginleşme) hukuki sebebine dayanan alacaklarda, davanın sadece dava dilekçesinde belirtilen asgari tutar bakımından temerrüt faizi işlemesine sebep olur. Yargılamanın devam ettiği sırada artırılan talep kısmına ilişkin temerrüt faizi ise ancak talebin artırıldığı tarihten itibaren işler. BUDAK, s. 85.

²⁹ RÜZGÂR, s. 215.

³⁰ Adalet Komisyonu Gerekçesi'nde: “Hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukuki ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir. Özellikle zararın baştan belirlenemediği, ancak bir incelemeden sonra tam olarak tespiti mümkün olan tazminat taleplerinde böyle bir durumla karşılaşabilmesi söz konusudur. Hukuk sistemimiz içinde, böyle bir durumla karşılaşan kişinin hak araması bakımından birçok güçlük söz konusudur. Öncelikle kendisinden aslında tam olarak bilmediği bir alacak için dava açması istenmekte, ayrıca, daha sonra kendi talebinden daha fazla bir miktar alacağının olduğu ortaya çıktığında da bunu davayı genişletme yasağı çerçevesinde ileri sürmesi mümkün olabilmekteydi. Böyle bir durumda, gerçekten bilinmeyen bir alacak için dava açmaya zorlamak gibi, hak aramanın özülüyle izah edilemeyecek bir yol ve aslında tarafın kendi ihmali ya da kusuru olmadığı halde bir yasakla karşılaşması gibi de bir engel söz konusuydu. Oysa, hak arama özgürlüğü, böyle bir sınırlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlâl edilen veya ihlâl tehlikesi altında olan kişiyi, mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamalıdır. Son dönemde, gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek “etkin hukukî koruma”nın gündeme gelmiş olması da bunu gerektirir.

Kaldı ki, miktar ya da değeri belirsiz bir alacak için dava açılması gerektiğinde birtakım sınırlamalar getirmek, dava içinde yeni taleplere veya o davanın dışında yeni davalara yol açarak, usûl ekonomisine aykırı bir durum da meydana getirecektir. Ayrıca, miktarı veya değeri bilinmeyen bir alacak için klasik kısmî davanın da tam bir çözüm üretmediği gerçektir.

Belirsiz alacak ve tespit davalarına ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağı miktarının yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde, alacaklının, hukuki ilişki ile asgari bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez. Belirsiz alacak davası veya tespit davası açılması hâlinde, alacaklı, tüm miktarı belirtme dahi, davanın başında hukukî ilişkiyi somut olarak belirtmek ve tespit edebildiği ölçüde de asgari miktarı göstermek durumundadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, belirsiz alacak veya tespit davası açılabilen durumlarda, miktar ya da değer tespit edildiği anda, alacaklının iddianın genişletilmesi yasağınan etkilenmeksizin talebini artırabileceği belirtilmiştir. Kural olarak, bir davada başlangıçta belirtilen miktar veya değer artırılması, iddianın genişletilmesi yasağına tâbidir. Bunun amacı, davacının dava açarken hakkını kötüye kullanmaması, daha özenli davranması, yargılamayı gereksiz yere uzatmamasıdır. Oysa, baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacak için, davacının böyle bir ihmal ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Davacı, sınırlama ve yasağına tâbi olmadan, sadece talepte bulunmak suretiyle yeni miktar üzerinden yargılamaya devam edilmesini isteyebilecektir. Şüphesiz, alacağın belirli hâle gelmesini müteakip ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilmişse, bundan sonra yeni bir artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır. Çünkü, bu hâlde belirsizlik değil, davacının kendi ihmalden kaynaklanan bir durum söz konusudur.

“Edâ davasının açılabilmediği hallerde tespit davası açılmaz” yollu önermenin hak-arama özgürlüğünün ulaştığı kapasite ve hukukî yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerliği yoktur.

Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin var olduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmi edâ ile birlikte tespit davasının açılabilmediği genel olarak kabul edilmektedir. Davacı, söz gelimi bir tazminatın tahsili yerine alacağın miktarının ve borçlunun sorumlu olduğunu tespitini hedefleyen bir dava açabilir, açabilebilir. Bu dava, zamanaşımını kesecek, davada istihsal olunan ilam genel haciz yoluyla takibe konabilecek, itiraz halinde borçlunun göze alamayabileceği icra-inkâr tazminatı yaptırımı devreye girebilecektir. Öte yandan tespit davası, dava ekonomisi yönünden edâ davasına nazaran taraflar için daha avantajlıdır. Tespit davasının taraf barışını kolaylaştıran bir karakteri de vardır.

Alacaklı, yalnızca edâ davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi edâ ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahiptir. Hak-arama özgürlüğünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde varolan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamaz. Model, belirtilen seçenekleri alacaklıya usûlî bir hak olarak tanımaktadır.

hüküm gereği davacı, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde belirsiz alacak davası açabilecektir. Ancak kanun ifadesinde hangi hallerin imkânsız ya da davacıdan beklenmeyecek olduğu hususuna açıklık getirilmemiş, bu durum öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır.

Belirsiz alacak davası açılabilmesi için, davacının talep miktarını belirleyememesinin ya bir imkânsızlığa ya da kendisinden beklenmeyecek bir duruma dayanması gerekmektedir. Davacı, gerek dava konusu hakkındaki bilgisi ve gerekse eğitim düzeyi nedeniyle, dava konusu alacak veya zarar miktarını tam ve kesin olarak hesaplayabilecek durumda değil ve bu belirleme ve hesaplama kendisinden beklenmeyecek durumda ise, belirsiz alacak davası açma hakkına sahip olacaktır³¹. Davacı belirsiz alacak davası sayesinde imkânsızlık ve beklenememe durumunu ortadan kaldıran, talebini belirlemeyi sağlayacak gerekli bilgi ve belgeleri elde edebilecektir³².

Talep sonucunun belirlenmesinin imkânsız olması³³, davacının talep sonucunu hiçbir şekilde belirleyemediği hallerde söz konusu olabilecektir. Talep sonucunun belirlenmesindeki imkânsızlık biyolojik nedenlerle olabileceği gibi hukuki anlamda da gerçekleşebilir³⁴. Zor ve karmaşık bir teknik bilgiyi gerektiren hesaplama yapılmasının gerekli olduğu hallerde, davacıdan zararın yüksekliğini tam ve objektif olarak belirlenmesi için pahalı bir uzman görüşü olarak dava açması da beklenemez³⁵. Yine dava sonunda hükmedilecek olan miktarın tamamen hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda da hukuki anlamda belirsizlik söz konusu olacaktır³⁶. Manevi tazminat talebinde durum böyledir.

Esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her edâ davasının temelinde bir külli tespit unsuru vardır. Başka deyimle edâ hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur.

Tasarıda öngörülen modelde, tespit davasının hukuki ilişkilerin tespiti yanında hakkın tespitinin de istenebilmesi, edâ davasının açılabilirdiği hallerde hukuki menfaat koşulunun gerçekleşmiş sayılması kabulü çözümünü (paradigmayı) güçlendirmektedir.

Bir davanın açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuk sonuçlarının (zaman aşımının kesilmesi ve diğerleri) tespit davalarında aynen geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Önerge ile varılması gereken bir usulî imkân hukukumuza kazandırılmış olacaktır.” ifade edilmiştir.

³¹ RÜZGÂR, s. 208.

³² SİMİL, Cemil: Belirsiz Alacak Davası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 209

³³ Talep sonucunun kesin olarak belirlenmesinin imkânsız olması alacaklı bakımından söz konusu olmalıdır. Doktrinde belirsiz alacak davası açılabilmesi için hangi hallerde belirsizlikten söz edilebileceği noktasında YILMAZ, icra inkâr tazminatına hükmedilmesi için başvurulan bir ölçüt olan likit alacak ölçütüne başvurulması gerektiğini ifade etmektedir. YILMAZ, Ejder: “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri”, Makaleler (1973-2013), C. 2, Ankara 2014, s. 1989.

³⁴ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 43-44; YAVAŞ, Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, s. 65; ŞİŞMAN, Hasan: “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Gider Avansı”, Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 3, Y. 2012, s. 206; PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 938; FİDAN, s. 178 vd..

³⁵ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 43-44; PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 939; ÇİL/KAR, s. 25; FİDAN, s. 179; OCAK, Uğur: İŞÇİLİK ALACAKLARI Ortak Konular, 3. Kitap, Ankara 2015, s. 3076.

³⁶ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 44; FİDAN, s. 179; UĞUR, s. 328; ASLAN, Kudret/ AKYOL ASLAN, Leyla/ KIRAZ, Taylan Özgür: “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz

Manevi tazminat talebinde, tazminat miktarının belirlenmesi hususunda hâkime çok geniş bir takdir yetkisi tanındığı için hukuki imkânsızlık söz konusudur. Bununla birlikte öğretilerde ve yargı kararlarında iş kazalarında manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası olup olmadığı tartışmalıdır³⁷.

Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan I, s. 977.

³⁷ Yargıtay iş kazasında zarar gören davacının, davanın açıldığı tarihte manevi tazminat alacağı miktarını kendisi belirlediğinden bahisle manevi tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağına hükmetmektedir. “...İş kazasında zarar gören davacı, davanın açıldığı tarihte manevi tazminat alacağının miktarını kendisi belirlediğinden, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu söylenemez. O halde manevi tazminat istemi manevi tazminatın bölünmezliği kuralına aykırı bir biçimde kısmi veya belirsiz alacak davası olarak açılmaz ve manevi zararın HMK’nın 107.maddesine göre dava yoluyla tespiti de istenemez...” Yarg. 21. HD., 06.03.2013, E. 2013/3004, K. 2013/4066, www.kazanci.com.

Bu durum öğretilerde eleştirilmektedir. Nomer’e göre, manevi tazminat alacağı da, bir para alacağına ilişkin edimi içeren maddi tazminat alacağı gibi bölünebilir niteliktedir. Bir edimin bölünebilir nitelikte olması, o edimin niteliklerinde ve değerinde bir azalma olmaksızın kısmen ifa edilebilir olmasını ifade eder ve para alacaklarındaki edim bölünebilir bir edimdir. Fakat para borcunun tutarı, maddi ve manevi tazminat davalarında olduğu gibi önceden belirlenebilir nitelikte değildir. Maddi tazminat davalarında olduğu gibi manevi tazminat davasında da davaya konu edilen borcun amacı bellidir ama tutarı bu amaca göre yargılama sırasında ortaya çıkacaktır. NOMER, Haluk N.: “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün müdür?”, İÜHF M. C. LVIII, S. 1-2, s. 224 vd..

Pekcanitez’de “...belirsiz alacak davası kısmi dava olmayıp bir eda davası olduğundan, manevi tazminat talebinin belirsiz alacak davası olarak açılması, manevi tazminat talebinin bölünebileceği anlamına gelmemektedir. Ayrıca maddi tazminat talebini davacının belirleyemeyeceğini ve bu nedenle belirsiz alacak davası açılabileceğini kabul ederken, manevi tazminat talebinin belirlenebileceğini söylemek çelişki oluşturur. Davacı ne kadar talep ederse etsin tazminat miktarını hâkim takdir edeceğine göre, dava açarken bu talebin belirlenebilir olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Manevi tazminat talebinin belirsiz alacak davası olarak talep edilmesi acı ve elemnin bölünmesi de değildir. Çünkü belirsiz alacak davasında bölünen bir talep yoktur. Aksine talep sonucunun davanın başında geçici olarak belirlenmesi ve sonradan tahkikat aşamasında kesinleştirilmesi söz konusudur...” ifadeleriyle Yargıtay’ın görüşünü eleştirmektedir. Simil ve Fidan da Pekcanitez’in görüşünü paylaşmaktadır. Bkz. SİMİL, s. 377-378; FİDAN, s. 184.

Budak ise doktrinde ifade edildiğinin aksine manevi tazminat alacakları için kural olarak belirsiz alacak davası açılmayacağını savunarak Yargıtay’ın içtihadına katılmaktadır. Yazara göre sadece hâkimin tazminat miktarıyla ilgili kanaatinin ne şekilde oluşacağını tam olarak tahmin edememek belirsiz alacak davası açmaya hak veren bir hukuki menfaat sayılmamalıdır. BUDAK, s. 85.

Yargıtay iş kazasında maddi tazminat isteminde ise manevi zararın aksine belirsiz alacak davası açmanın mümkün olduğuna karar vermiştir. “...Manevi tazminatın aksine maddi zararın miktarı yalnızca zarar görenin iradesi ile belirlenmez. Maddi tazminatın miktarı; tarafların kusur oranı, sorumluluk koşulları, zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, işgörebilirlik çağı, işgöremezlik oranı, Kurumca bağlanan gelirin peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesine bağlıdır. Öte yandan maddi tazminat davasında kusur oranlarının belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği gibi tazminatın hesaplanması için ayrı bir bilirkişi incelemesi de yaptırılması gerekir. O halde iş kazası sonucu zarar gören davacının, davanın açıldığı tarihte tazminat alacağının mik-

Alacaklının dava açtığı sırada alacağının miktarını tam ve kesin olarak belirleyebilmesi, ancak bunu belirlemeyi mümkün kılacak bilgi ve belgelerin kendisinde bulunması veya en azından bunlara ulaşmasının mümkün olduğu durumlarda söz konusu olabilecektir. Alacağın miktarının belirlenmesini sağlayan veya yardımcı olan bilgi ve belgelerin alacaklının elinde bulunmaması durumunda, alacaklının alacak miktarını belirlemesi imkânsızdır. Davacının talep sonucunu belirleyebilmek için ihtiyaç duyduğu bilgilerin üçüncü kişide ya da davalıda olması halinde hukuki anlamda imkânsızlık söz konusudur³⁸. Davacının, dava açıldığı tarihte, talep sonucunu miktar olarak tespit edecek bilgisinin olmadığı ve bu bilgiyi ancak karşı tarafın vereceği bilgi ya da tahkikat sonucunda elde edebileceği durumlarda alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin imkânsız olduğunun kabulü gerekmektedir³⁹. Bu sebeple alacaklının, alacağının miktarını tam ve kesin olarak belirledikten sonra dava açabileceğini şart koşmak, alacaklının bu bilgi ve belgelere ulaşana kadar dava açmamasına neden olabilecektir⁴⁰.

Talep sonucunun belirlenmesi halinde, yüksek bir yargılama gideri tehlikesinin bulunduğu durumlarda, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemez olduğunun kabulü gerekir⁴¹.

Bazı durumlarda ise alacaklının, alacağının üst sınırını belirleyebilmesi delillerin incelenmesinden sonra mümkün olabilmektedir. Özellikle zararın miktarının belirlenmesinde bilirkişi incelemesinin gerekli olduğu durumlarda, alacaklıdan dava açmadan önce alacağın miktarını belirlemeye yönelik uzman kişilerden rapor alması beklenemez. Bu sebeple uzman kişilerden rapor alınması gereken durumlarda alacağın miktarı ancak yargılama sırasında delillerin incelenmesinden sonra belirlenebileceğinden, alacaklıdan, davanın açıldığı anda talebinin miktarının üst sınırını kesin olarak belirlemesi istenemez⁴². Davacının belirsiz alacak davası açabilmesi için, dürüstlük kuralının gerektirdiği tüm özeni göstermesine rağmen, talebini imkânsızlık ve beklenmeyen bir durumun varlığı nedeniyle belirleyememesi yeterli sayılmalıdır. Alacaklının diğer dava imkânlarını kullanma hakkının mevcut olması veya dava açmadan önce alacağın belirleyebileceği bir takım olanakların bulunması belirsiz alacak davası açma imkânının sınırlandırılması veya açılmasının zorlaştırılması sonucunu doğurmamalıdır⁴³.

tarını tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği anlaşıl-makla davacının hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabileceği gibi maddi zararının belirlenmesi için HMK'nın 107.maddesine göre tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuksal olgular çerçevesinde davacının iş kazası sonucu oluşan maddi zararının tespitini HMK'nın 107.maddesine göre dava yoluyla istemesin-de hukuki yararını bulunduğu gözetilerek...". Yarg. 21. HD., 06.03.2013, E. 2013/3004, K. 2013/4066, www.kazanci.com.

³⁸ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 44; ÇİL/KAR, s. 25; UĞUR, s. 329; ASLAN/AKYOL ASLAN/KİRAZ, s. 977.

³⁹ KILIÇOĞLU, Mustafa: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayın- nevi, İstanbul, 2012, s. 580.

⁴⁰ SİMİL, s. 213.

⁴¹ KARACA, Aybüke/YAĞCI, Uğur: "Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Davanın İşçilik Ala- cakları Bakımından Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi)", İÜHF, C. LXXII, S. 2, s. 186.

⁴² SİMİL, s. 213- 214.

⁴³ SİMİL, s. 215.

b. Dava Dilekçesinde Geçici Talep Sonucunun Belirtilmesi

Doktrinde belirsiz alacak davasında davacının, dava konusunun miktarını veya değerini davanın açıldığı anda tam olarak belirleyemese de; dava açtığı ana kadar belirleyebildiği alacağının miktarını dava konusunun geçici miktarı veya değeri olarak dava dilekçesinde göstermek zorunda olduğu ifade edilmektedir⁴⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 nci maddesinde alacaklının asgari bir miktar veya değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabileceği düzenlenmiştir. Dava dilekçesinde belirtilmesi gereken "asgari miktar" istenildiği kadar gösterilebilecek bir miktar olmayıp; dürüstlük kuralına uygun belirlenmelidir⁴⁵. Belirsiz alacak davasında, davacı keyfi bir geçici değer belirlemeyecek; belirsiz alacak davası açtığı ana kadar tespit ettiği alacağının miktarını ve değerini tam olarak dava konusunun geçici değeri olarak gösterecektir⁴⁶. Davacı talep sonucunu belirleyebilecek duruma geldikten sonra, talep sonucunu kesin talep olarak belirleyip mahkemeye bildirecektir. Mahkemenin yargılama giderlerine hükmedebilmesi ve hükme karşı kanun yollarına başvuru için talep sonucunun kesin olarak belirtilmesi gerekmektedir⁴⁷.

Belirsiz alacak davası açan davacının dava dilekçesinde belirttiği talep sonucu geçici talep sonucu olacak; bu geçici talep sonucu daha sonra kesin talep sonucuna dönüştürülebilecek, arttırılabilecektir⁴⁸. Dava açılırken tahsili gereken harç da geçici talep sonucu üzerinden tahsil edilecek, daha sonra kesin talep sonucu bildirildiğinde, eksik olan harç tamamlanacaktır. Eksik harcın tamamlanmasını hâkim kendiliğinden sağlayacak ve alacak belirli hale geldikten sonra eksik olan harç varsa bu tamamlanmadan sonraki işlemleri yapmayacaktır⁴⁹.

c. Belirsiz Alacak Davası Açan Davacının Talep Sonucunu Dayandığı Tüm Vakıaları Eksiksiz Olarak Bildirmesi

Belirsiz alacak davasında, davacının dava dilekçesinde belirtmesi imkânsız olan veya kendisinden belirtmesi beklenemeyecek olan sadece talep sonucudur. Her ne kadar talep sonucu belirsiz alacak davasında tam olarak belirtilmese de; davacı, talep sonucunun dayandığı tüm vakıaları eksiksiz bir şekilde bildirmek zorundadır. Çünkü dava ve talebe esas olan vakıalar talepte bulunan açıısından bellidir⁵⁰.

⁴⁴ SİMİL, s. 260; PEKCANİTEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 944; FİDAN, s. 180.

⁴⁵ PEKCANİTEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 944-945. UĞUR, s. 329. Aksi görüşteki FİDAN'A göre yasada asgari miktar için belirlenmiş bir sınır öngörülmediği ve talep sonucu ispat aşaması ile kesin olarak belirlenebilir düzeye geldiğinde, kesin talep sonucunu mahkemeye bildiren davacının, dava açarken eksik ödediği harcı tamamlayacağı düşünüldüğünde, asgari miktar için böyle bir sınır getirmek belirsiz alacak davasının amacına uygun düşmez. FİDAN, s. 180.

⁴⁶ SİMİL, s. 261.

⁴⁷ PEKCANİTEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 944; FİDAN, s. 177.

⁴⁸ PEKCANİTEZ, Belirsiz Alacak, s. 42; PEKCANİTEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 938.

⁴⁹ PEKCANİTEZ, Belirsiz Alacak, s. 42; PEKCANİTEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 938; FİDAN, s. 180.

⁵⁰ PEKCANİTEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 945; FİDAN, s. 180; UĞUR, s. 330.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 nci maddesi gereği davacı sonradan sadece talep sonucunu iddianın genişletilmesi yasağı ile karşılaşmadan bildirebilmektedir. Davacı, davanın başında belirlemediği talebini belirsiz alacak davası olarak açıp; ileride bir yasak ve engelle karşılaşmadan talebini belirli hale getirebilir. Ancak davacı, başlangıçta geçici olan talebini belirli hale getirirken, yeni vakıalar ileri sürer ise bu durumda iddianın değiştirilmesi yasağı ile karşılaşır⁵¹.

Belirsiz alacak davasında, talep sonucunun belirli hale gelmesi üç ayrı süre içinde söz konusu olabilmektedir. İlk ihtimalde, alacağın belirlenmesi davanın açılmasından sonra davalı tarafın açıklaması ve mahkemeye bilgi ve delil sunmasından sonra mümkün olabilmektedir. Talep sonucunun belirlenebileceği ikinci ihtimal, davacının alacağını ispat aşamasının sonunda belirleyebilmesidir. Alacak miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği üçüncü ihtimalde ise, belirsiz alacak davası açan davacı en geç tahkikatın sonunda talep sonucunu belirleyip talepte bulunmak zorundadır⁵². Söz konusu üç ihtimalde de davacı dava dilekçesi ile belirttiği geçici talep sonucunu tahkikat aşamasında kesin talebe dönüştürüp asıl talebini ileri sürmek zorundadır. Bu talep sonucunun belirlenmesi veya çoğu kez artırılması iddianın genişletilmesi yasağı kapsamında olmayacaktır. Ancak talep sonucunun kesin olarak belirlenmesi tahkikat sırasında bir kez yapılabildiğinden; davacının talep sonucunu belirledikten sonra tekrar artırmaya kalkışması iddianın genişletilmesi yasağına tabi olacaktır⁵³.

II. İŞÇİ ALACAKLARINDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI KONUSUNDA GÖRÜŞLER

A. Belirsiz Alacak Davası Olamaz Görüşü

Pekcanitez: "...uygulamada sorun çıkarabilecek alanlardan birisi iş hukukundaki taleplerdir. Örneğin davacı (veya vekili) kıdem, ihbar, fazla çalışma, yıllık ücretli izin alacağı gibi alacaklarını tam olarak belirlemeden pilot dava adı altında (hakkını saklı tutarak) kısmi dava açmakta, sonra bilirkişi raporları alındıktan sonra, ona göre saklı tuttuğu kısmi ıslahla artırmaktaydı. Bugün için artık bu tür taleplerin tam dava olarak açılması gerekir, belirsiz alacak davası açmak kural olarak mümkün değildir. Çünkü davacı örneğin bu tür durumlarda, kaç yıldır çalıştığını, son ücretinin ne olduğunu, kaç yıldır izin kullanmadığını, ne kadar fazla çalıştığını dilekçesinde yazmaktadır veya en azından yazmalıdır. Çünkü bunlar olmadan zaten hesaplama yapılamaz. Bu veriler belirli veya belirlenebilir verilerdir. Bu veriler belli olduğundan da hesap yapılabilir ve talep ortaya konulabilir. Bu sebeple. Ne kısmi dava ne de belirsiz alacak davası bu tür durumlarda açılmaz. ... Kısaca söylemek gerekirse, dava açmadan önce davacı düşünmeli hesabını iyi yapmalı ona göre dava açmalıdır. Eski alışkanlıklarla artık salt dava dilekçesine vakıaları sıralayarak hakkı da saklı tutup kısmi bir dava açma dönemi bitmiştir. Ancak şüphesiz bir iş kazasından veya bunun gibi alacağın tam belirlenmediği özel durumlarda belirsiz alacak davası açma imkânı mevcuttur. ... Bundan sonra iş hukuku ve buna benzer durumlarda pilot dava, ön dava şeklinde açılan aslında kısmi dava nite-

⁵¹ PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 946; FİDAN, s. 180.

⁵² PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 947.

⁵³ PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 948; FİDAN, s. 182.

liğindeki davalar bakımından, önemli ölçüde ne kısmi dava açma imkânı mevcuttur ne de belirsiz alacak davası açma imkânı mevcuttur. ...”⁵⁴.

Simil: “...işçilerin ekonomik bakımdan zayıf olduğu gerekçe gösterilerek belirsiz alacak davasının şartları göz ardı edilemez... Aynı şekilde basit hesap işlemlerinin yapılması nedeniyle, hesap bilirkişisine gidilmesi de belirsiz alacak davasının açılmasını haklı kılmaz... Önemle belirtmek gerekir ki, iş hukukunda kabul edilen işçi lehine yorum ilkesi sadece maddi hukuk hükümlerinin uygulanması sırasında söz konusu olabilir... Usul hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından ise, işçi lehine yorumun yapılması mümkündür...”⁵⁵.

Aslan/Akyol Aslan/Kiraz: “...alacağın salt iş hukukundan kaynaklanması, belirsiz alacak davası açılabilmesinin bir gerekçesi olamaz. Önemli olan HMK 107 hükmünde öngörülen belirsiz alacak davası açılabilmesinin koşullarının gerçekleşmiş olmasıdır. Bir başka deyişle iş hukukuna ilişkin bir talep, eğer davacının alacağın tutarını dava açarken belirlemesi imkânsız ise ya da bunu belirlemesi davacıdan beklenemeyecek ise, belirsiz alacak davasına konu olabilir. İşçi lehine yorum ilkesi kanımızca da iş hukukunda geçerli olup, usul hukukunda uygulanması zorunlu bir ilke olarak kabul edilemez. Alacağın belirlenmesi için hesap raporu alınması yoluna gidilmesi, belirli belgelerin işverenin elinde olması, bilirkişi incelemesi yapılması, alacağın her zaman belirsiz olduğu anlamına gelmez ve salt bu gerekçelerle belirsiz alacak davası açılmaz. O nedenle işçinin ücret alacağı, kıdem ve ihbar tazminatı alacağı, fazla çalışma ücreti alacağının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı kanaatindeyiz...”⁵⁶.

B. Belirsiz Alacak Davası Olabilir Görüşü

Süzek: “...Hukukumuzda iş ilişkilerinde incelemelerde ve hesaplamalarda esas alınacak kayıtlar işveren tarafından tutulduğundan, alacağın miktar olarak belirlenmesi karşı tarafın elindeki belgelerle vereceği bilgi sonucunda mümkün olduğundan, birçok olayda davanın açıldığı tarihte alacağını tam ve kesin olarak belirleyebilmesi (HMK107/I) işçiden beklenemez...”⁵⁷.

Şahlanan: “...işçinin açtığı iş davalarının da söz konusu kurallara bağlı olarak, belirsiz alacak davası veya kısmi dava olarak açılmayacağını söylemek; ülkemizde, işçi-işveren ilişkilerinin yapısı fiili gerçekleri dikkate alındığında mümkün olmadığı gibi hak arama özgürlüğüne getirilen önemli bir engel olarak değerlendirilecektir. İşçinin aldığı ücreti ve çalışma süresini bilmesi gerektiği varsayımına dayanılarak işçilik alacaklarına ilişkin davaların belirli alacak olduğu şeklindeki bir yorum farkı özellikle de sendikası, kayıt dışı çalıştırılanlarda dikkate alınır ise ülke gerçekleri ile de bağdaştırılamaz. Bu konuda sonuçta giderken hesaplamalara esas olan kayıtların işveren tarafından tutulduğu bir işçiden elinde bulunmayan kayıtlarla ilgili olarak tazminat ve işçilik alacaklarının hepsini belirleyerek dava açması beklenmemelidir. Kaldı ki işçilik haklarının belirsiz alacak davası ile talep edilebilecek olması ek dava, ıslah gibi ku-

⁵⁴ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 47; PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 951.

⁵⁵ SİMİL, s. 412-415.

⁵⁶ ASLAN/AKYOL ASLAN/KİRAZ, s. 981-982, dn. 24.

⁵⁷ SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 119.

rumları devreden çıkaracak ve daha hızlı bir şekilde adaletin gerçekleşmesi sağlanmış olacaktır...”⁵⁸.

Sungurtekin Özkan: “...iş mahkemelerinde görülen işçinin kıdem, ihbar tazminatları, bakiye ücret, fazla mesai ücret alacakları ve yıllık ücretli izin haklarının toplam değerini tespit bakımından işveren kayıtlarının işçi tarafından incelenebilmesindeki güçlük hatta imkânsızlık dolayısıyla belirsiz alacak davası olarak açılabilirliğini düşünmek mümkündür. Bu gibi işçi alacakları tespit ve talep edilirken işveren kayıtlarını incelemek mümkün olmadığından da ne kısmi dava ne de belirsiz alacak davası formüllerinden yararlanılabilir demek, uygulamada ciddi sıkıntılara yol açacaktır. İsviçre Usûl Kanunu bakımından da benzer sıkıntılarının olduğundan söz edilemez. Zira değiştirme genişletme yasağı İsviçre’de bulunmamaktadır...”⁵⁹.

Kar: “...İşçi alacağını belirlemeyebilir...Diğer taraftan kayıt dışılığın yaygın olduğu ülkemizde işçinin uyumsuzluk içinde olduğu işverene başvurarak işçilik alacaklarını belirleyebileceğinin tavsiye edilmesi, tutarlı olmadığı gibi hayatın olağan akışına aykırıdır...Yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacak belirsiz kabul edilmelidir...Dava konusu alacak miktarının veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun (ki bu işçilik alacakların çalışma olgusu, tazminat ve alacaklara esas süre ve ücret yönünden kendini gösterir) tespitini gerektirdiği durumlarda alacak belirsiz ve tartışmalı kabul edilmelidir...Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecekse, alacak belirsiz kabul edilmelidir...İşverene belge düzenleme zorunluluğu getiren düzenlemeler...Bu düzenlemelerle işveren için bir takım yükümlülükler getirilmiştir. İşveren bu yükümlülükleri yerine getirmediği sürece, işçinin açtığı davada talep konularının genellikle belirsiz olacağı açıktır. Alacağın belirli ve tartışmasız olması ancak bu belgelerin düzenlenmesi, işverenin söz konusu yükümlülükleri yerine getirmesi ile mümkün olacaktır. Kısaca kayıt dışılığın son bulması gerekir...”. Bu bağlamda Kar, Kılıçoğlu’na da atıf yapmaktadır: “...Davacının alacağının miktar olarak tespiti, mahkeme tarafından yapılacak delil tespitine veya hesap verme ve bilgi vermeye yönelik müstakil bir davanın açılmasına gerek olduğu durumlarda, HMK madde 107 anlamında "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği" bir durum söz konusudur...”⁶⁰.

Çil/Kar: “...İşçinin aldığı ücreti ve çalışma süresini bilmesi gerektiği var sayımı ile işçilik alacaklarına ilişkin davaların belirli olduğu şeklinde bir düşünce tarzı, TÜİK verilerine göre çalışanların %41’inin kayıt dışı olduğu, kayıtlı olanlarının önemli bir kısmının gerçek ücretinin Sosyal Güvenlik Kurumu’na bildirilmediği, kamu ya da özel sektörde faaliyet gösteren alt işverenlik ilişkilerinde yaygın olarak muvazaalı uygulamalara gidildiği, çalışma hayatı ya da sigorta denetimlerinin istenen düzeyde olmadığı ülkemiz gerçekleri ile tam olarak örtüşmemektedir...İşçilerle bireysel iş sözleşmesi imzalanması, aksi halde çalışma belgesi ile ücret hesap pusulası verilmesi, günlük ve haftalık iş sürelerinin bildirilmesi şeklinde yasal düzenlemelere işverence genelde uyulmamak-

⁵⁸ ŞAHLANAN, Fevzi: “İşçi Alacaklarında Kısmi Dava-Belirsiz Alacak Davası (Karar İncelemesi)”, *Tekstil İşveren Hukuk Dergisi*, S. 387, Temmuz 2012, s. 6.

⁵⁹ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 161-162.

⁶⁰ KAR, Bektaş: “6100 Sayılı HMK’ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava”, *İzmir Barosu Bülten*, Y. 22, İş Hukuku Komisyonu Özel Sayısı, Mayıs 2012, s. 14.

tadır. İşçilerden yaygın olarak ibranameler alınmakta, iş güvencesi bozma sözleşmeleri (ikale) ile bertaraf edilmektedir. Bütün bunlar üzerine işçilerin yasal yollardan hak aramalarının zorlaştırılması, dengeleri işçi aleyhine bozabilmektedir. Tüm bu maddi veri ve olgulara göre ülkemizde işçilik alacakları ile ilgili davaların belirsiz alacak veya kısmi dava türünde açılmayacağını ileri sürmek, adil sonuçlar doğurmayacağı gibi iş hukukuna hâkim olan ilkelerden, işçinin korunması ilkesinin de ihlaline yol açabilir. Ayrıca hesaplamalara esas kayıtların işveren tarafından tutulduğu da gözden kaçırılmamalı ve bir işçiden elinde bulunmayan kayıtlarla ilgili olarak tazminat ve işçilik alacaklarının hepsini belirleyerek dava açması beklenmemelidir...Hesabın tüm unsurlarının tartışmasız olması halinde dahi işçinin eğitim durumu ve bilgisi doğrultusunda işçilik alacaklarını doğru şekilde belirlemesi oldukça zordur...Aynı durumda olan bir işçinin hesap noktasında ciddi bir masraf yaparak özel bir hesap raporu aldırması da beklenmemelidir. İşçinin işverene başvurusu ile alacak miktarının belirlenmesini istemesi ve bu başvurudan sonuç alınması da abesle iştigaldir. İş ilişkisinin devamı sırasında yasal yükümlülüklere uymayan bir işverenin, iş sözleşmesinin feshinden sonra işçinin talebi üzerine hiçbir yasal yükümlülüğü olmadığı halde alacaklarının miktarını bildiren bir hesap raporu sunması beklenmemelidir..."⁶¹.

Budak: "...Uygulamada çok tartışılmış olan işçi alacakları bakımından Çil/Kar tarafından önerilen ölçütün uygun olduğu kanısındayım. İşçi alacaklarının (örneğin fazla çalışma ücretinin alacağının) miktarının belirlenmesinin borçlu işverenin tutumu sebebiyle güç veya imkânsız hale gelmiş olduğu olaylarda davanın belirsiz alacak davası olarak açılabileceğinde tereddüt etmemek gerekir..."⁶².

Fidan: "...Uygulamada işçilik alacaklarının dayanağı olan veriler, özellikle işçinin ücreti ve çalışma süresi çoğu kez kayıt dışı olduğundan ya da işverendeki kayıtlar gerçeği yansıtmadığından ispat aşamasında belirli hale gelmektedir. Öte yandan işçilik alacaklarının hesaplanmasının uzmanlık gerektirdiği düşünülürse, ki mahkemeler bu hesabı şimdiye kadar bilirkişilere yaptırmaktaydı, işveren karşısında ekonomik olarak güçsüz durumda olan işçiyi dava açarken masrafını ödeyerek uzman görüşü almak zorunda bırakmak hakkaniyetle örtüşmeyecektir. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararlılık gösteren içtihatlarında fazla çalışma ücreti kayıtlara dayanmıyorsa, hakkaniyet indrimi adı altında bir indirim uygulandığı görülmektedir. Yazılı belgelere, işveren kayıtlarına dayanmayan fazla mesai alacağından hakkaniyet indrimi yapılması da işçinin böyle bir alacağı için dava açarken talep sonucunu belirlemesinin kendisinden beklenmeyecek olmasını gerektiren hallerden biridir. Ayrıca işçilik alacaklarına ilişkin davalarda talep sonucunun taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu kabul edildiğinde HMK md. 109/2 gereğince kısmi dava da açılmayacak ve eda davası açmak zorunda bırakılan işçi, ispat aşamasında, alacağı daha düşük çıkarsa yüksek bir yargılama gideri ödemek tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır..."⁶³.

Yılmaz: "...işçilik alacaklarına ilişkin davalar bakımından uygulanması oldukça zor olacaktır. Çünkü en basit haliyle kıdem tazminatı alacağında dahi hizmetin süresi, ücret ve ücrete dâhil unsurların varlığı ve miktarı tartışmalı-

⁶¹ ÇİL/KAR, s. 188-190.

⁶² BUDAK, s. 85.

⁶³ FİDAN, s. 179.

dır. Belirtilen hususlar tahkikat yoluyla belirlenebilmektedir. Özellikle hiçbir şekilde düzenli olarak kayıt altına alınmayan fazla çalışma ve sürelerinin tespiti tamamen tanık beyanları ile ortaya çıkmaktadır. Taraflardan hiçbiri önceden fazla çalışmanın varlığı ve ücreti ile ilgili bir belirlemede bulunamamaktadır. Yargılamaya muhtaç olan bu alacakları önceden belirli saymaya imkân yoktur. Bu alacakların belirli sayılması halinde, iş mahkemelerinde alışlagelen bilirkişi raporu aldırma uygulamasına karşı, davacı tarafın bu alacakların miktarlarını dava dilekçesinde belirli hale getirmesi ve hâkimin rapor aldırmadan vereceği karar taraflar için sürprizlere açık olacaktır...”⁶⁴.

Rüzgâr: “...kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti ve diğer işçilik alacaklarının hesaplanması, daha doğrusu yasanın de-yimiyle “tam ve kesin olarak belirlenmesi” uzmanlık isteyen bir konudur. Bu hesaplamaları 25-30 yıllık meslek deneyimi olan hâkim ve avukatlar bile zaman zaman yapamamaktadır. Böyle bir hesaplamanın yapılmasını ve tazminat ve alacağının belirlenmesini bu konuda hiçbir eğitim ve bilgisi olmayan bir işçi-den nasıl bekleyebiliriz? İşçi kıdem ve ihbar tazminatının hesabında son ücretinin ve çalışma süresinin esas alınacağını bilebilir. Bu genel ve asgari bir bilgi-dir. Bu bilgilerle ancak asgari bir miktarın tespiti mümkün olabilir. Madde gerekçesinde bile “...Talep edeceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen...” denilerek bu durum açıklanmıştır. Ancak, bu ücrete eklenmesi gereken sosyal yardımların neler olduğu ve bunlardan hangilerinin asıl ücrete nasıl yansıtılacağını bilmesini beklememiz mümkün değildir. Bu konular da Yargıtay içtihatları bile sık sık değişmekte ve hatta bu konularla ilgilenen avukat, hâkim ve bilirkişiler bile bu değişiklikleri zorlukla takip edebilmektedirler. Eğer bu hesaplamalar bu kadar kolay olsaydı bu tür dava dosyalarının hiç birinin tazminat ve alacakların hesaplanması için bilirkişilere gönderilmemesi gerekirdi. Hâlbuki, hepimizin bildiği gibi bu davalarda ancak bilirkişi hesaplamasından sonra gerçek miktar veya değer ortaya çıkmakta ve bundan sonra karar verilebilmektedir. İşçi, bu konularda uzman bir avukat tutması için zorlanamaz ya da tazminat ve alacaklarının uzman bir kişiye hesaplattırılması ve özel bir rapor alması istenemez. Zira, bu hesaplama da ücret karşılığı yapılacak ve üstelik bu ücret yargılama gideri olarak değerlendirilemeyecektir. Böyle bir özel rapor alınsa bile, bu raporu düzenleyen bilirkişi ya da uzman kişi de, işçinin vereceği bilgilere göre hesaplama yapacağından tam olarak gerçeği yansıtması da mümkün değildir. Esasen, alacaklının alacağını belirlemek için bilirkişi ya da uzmana başvurması, alacağın tam ve kesin miktarını belirleyemediğinin en güzel göstergesidir. Hele ülkemizde işyerlerinin büyük çoğunluğunda düzenli kayıt tutulmadığı da dikkate alındığında, işçiden böyle bir hesaplama beklemenin ne kadar yanlış olacağı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır...Bu durum-daki işçiyi belirsiz alacak davası veya kısmi dava açamazsın, illa ki tam dava açacaksın diye zorlamak, her şeyden önce onun hak arama özgürlüğünü kısıtlamaktır (Anayasa m. 36) ...”⁶⁵.

Savaş: “...iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinin feshinden kaynaklanan alacakların belirli ya da belirlenebilir olduğunu, dolayısıyla sadece tam eda davasına konu edilebileceğini kabul etmek; işçilerin hak arama özgürlüklerinin ellerinden alınması sonucunu doğuracaktır. Zira ülkemizde mevcut yargılama

⁶⁴ YILMAZ, Halil: “Hukuk Mahkemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Neler Değişti?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, s. 191.

⁶⁵ RÜZGÂR, s. 208.

yasal gereklere uygun işlememekte ve işverenlerin çoğu, öngörülen idari para cezalarına rağmen, yasal yükümlülüklerini yerine getirmemektedir. Dolayısıyla işçilerin ne gerçek çalışma süreleri ne de gerçek ücretleri kayıtlı ve bellidir. Bir an için uygulamanın olması gerektiği gibi işlediği farz edilse bile, işçi alacaklarının hesabının uzmanlık gerektirdiği ve yargılama sırasında uzman kişilerle yapıldığı gözden kaçırılmamalıdır. Belirtilen bu hususlar, kural olarak, basit bir ispat sorununun değil, hem hukuki imkânsızlığın hem de işçiden beklenemezliğin söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Bir diğer deyişle, söz konusu işçi alacakları için, kural olarak, kısmi dava açılabilmesi gibi belirsiz alacak davası da açılabilir...”⁶⁶.

Yavaş: “...ülkemizdeki işçi alacaklarına yönelik açılan davalarda ortaya çıkan ispat sorununun kayıt dışılığın istikrar kazanmış olması karşısında artık sübjektif bir nedene dayanmaktan çıkmış ve objektif neden haline dönüşmüş olduğudur. Tartıştığımız mesele bakımından “Objektif neden”den ise anlaşılması gereken, aynı durumda olan herkesin aynı belirsizlik içinde bulunması durumudur.

Kuşkusuz teorik olarak bakıldığında işçi, alacaklarını hesap edebilecek tüm verilere sahip olduğu kabul edilmektedir. Oysa gerçek böyle değildir. Dolayısıyla aynı durumda olan tüm işçiler yönünden alacağın tam olarak ispatı meselesi artık yaygın, herkes bakımından aynı kapsama sahip bir sorun haline gelmiş bulunmaktadır. Bu olumsuzluğun ve dolayısıyla kayıt dışılığın faturasının işçi alacakları yönünden açılacak olan davalara menfi etki yaratmak biçiminde çıkarmanın isabetli olduğunu söylemeye imkân bulunmamaktadır.

Dava konusu edilen alacağın tam olarak belirlenebilmesi yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektirecek nitelikte ise ya da miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise bu alacağın tartışmalı ya da açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmelidir. Gerçekten de bazen kıdem tazminatının tam olarak belirlenebilmesi için öncelikle davacı işçinin ne kadar çalışmış olduğunun açık olarak belirlenmesi gerekebilir. Bunun dışında, alacak miktarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesi bir bilirkişi raporunu zorunlu kılmakta ise alacağın belirsiz olduğu sonucuna varılmak gerekir...”⁶⁷.

Uğur: “...İş hukukunun temel amacı olan zayıf tarafı koruma ilkesinin hayata geçirilmesi adına hukukumuzda yasa yapımından öteye pek gidilememektedir. İş yargılaması usulünün temel ilkelerinden olan ucuzluk ilkesinin gerçekleştirilmesi için işçilere ucuz dava açma hususunda hiçbir muafiyet ya da ayrıcalık tanınmamıştır...işçilerin çalışma yaşamında karşı karşıya kaldıkları hukuka aykırı uygulamalar da cabasıdır. Tüm bu şartlar altında, belirsiz alacak davası gibi bir imkân getirilmişken, işçileri bundan mahrum bırakmak ve haksız zamanaşımı ve faiz uygulamaları sebebiyle hak kaybına uğramalarına izin vermek hakkaniyete aykırıdır...”⁶⁸.

⁶⁶ SAVAŞ, Burcu: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İşçi Alacakları Hangi Dava Türü ile Talep Edilebilir? (Karar İncelemesi)”, *Legal İSGHD*, C. 9, S. 34, Y. 2012, s. 202-203.

⁶⁷ YAVAŞ, Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, s. 70 vd.; YAVAŞ, Murat: “İşçi Alacakları Yönünden Belirsiz Alacak Davasının Uygulanabilirliği (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum*, 2013/1, s. 373.

⁶⁸ UĞUR, s. 338

Ercan: "...dava konusu edilen alacak, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını veya miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyorsa, talep konusunun tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmelidir.

İşçinin tazminat ve alacaklarının hesaplanmasında hizmet süresi ile işçinin aldığı gerçek ücret önemli ölçütlerdir. Tazminat ve alacaklara hak kazanma ve hesap yönlerinden hizmet süresi pek çok etkene göre değişkenlik göstermektedir. En başta işçinin işe giriş ve fesih tarihlerinin taraflar arasında uyuşmazlık konusu olması halinde tazminata ve alacağa esas süre daima tartışmalı olacaktır. Bu belirsizlik ancak yargılama ile giderilebilir.

Yargıtay uygulamasına göre, işçinin iddia ettiği temel ücret miktarı işverence kabul edilmediğinde meslek kuruluşlarından emsal olan ücret yönünden araştırmaya gidilmektedir. Çoğunlukla meslek odasının bildirdiği durumlarda da alacak belirsizdir.

Alacak miktarı veya değerinin hâkimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir.

Dava konusu alacağın miktarı karşı tarafın vereceği bilgi sonucu mümkün ise alacağın tartışmalı ve belirli olmadığı sonucuna varılmalıdır. Ücretle ilgili tüm deliller işveren uhdesindedir ve işçinin çoğu kez bu delillere ulaşmasına imkân tanınmamaktadır..."⁶⁹.

Baskan: "...Kanımızca iş davalarının konusunu oluşturan paraya ilişkin davaların belirsiz alacak davası şeklinde açılması mümkündür. Zira özellikle miktarı ücretin esas alınması suretiyle belirlenen tazminat davalarında, işçi çoğunlukla dava açarken, alacağın miktarını tam olarak tayin edememektedir. Bunun nedeni uygulamada genellikle işçinin gerçek ücreti ile bordroda gösterilen ücretin birbirinden farklı olmasıdır. Bu itibarla kıdem tazminatının belirsiz alacak şeklinde açılması mümkündür. Zira işçi çalışma süresini biliyor olsa da, ücret miktarını doğru olarak tespit edememiş olabilir..."⁷⁰.

Sayış/Tuna/Kar: "...Bir alacağı belirli veya likit olması için, hesaplama ilişkili hesabın unsurlarının bilinmesi veya bilinmesinin gerekli olması gerekir. Kısaca davacının yalnız başına ne kadar alacaklı olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir (HGK. 14.07.2010 gün ve 2010/19-376 E, 2010/397 K). Bu koşullar yoksa, likit bir alaktan söz edilemez...hizmet süresi ve ücret işçilik alacaklarında hesabın unsurlarıdır. Bu unsurların tartışmalı veya belirlenmesinin davacıdan beklenmemesi, alacağı belirsiz kılar.

Bu anlamda dava konusu alacak miktarının veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun (ki bu işçilik alacakların çalışma olgusu, tazminat ve alacaklara esas süre ve ücret yönünden kendini gösterir) tespitini gerektirdiği durumlarda alacak belirsiz ve tartışmalı kabul edilmelidir. Zira alacakların belirlenmesine esas süre ve ücret özü itibarıyla tespit içermekte ve başlı başına tespit davasının konusu olup, alacak ve tazminatın belirlenmesinin önemli unsurlarıdır. Alacağın belirlenebilmesi için de süre ve ücretin tam olarak bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması gerekir. Bu unsurlar tartışmalı ise ve davacı tarafından HMK'un 107 nci maddesindeki gerekçede

⁶⁹ ERCAN, Belirsiz Alacak Davası, s. 166-167.

⁷⁰ BASKAN, Esra: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İş Davalarındaki Yargılama Usulüne Etkisi", TAAD, Yıl: 4, Sayı: 12, Ocak 2013, s. 333.

belirtildiği gibi tam ve kesin olarak belirlenemiyor ise alacak belirsizdir ve bu alacak kısmı dava veya belirsiz alacak davasına konu edilebilecektir.

Kural olarak kişinin alacağını belirleyebilmesi için, aynı zamanda belgeye bağlama yetkisinin olması gerekir. Oysa iş ve sosyal güvenlik hukukunda belgeye bağlama görev ve yetkisi işçide değil, işverendedir. Uyuşmazlık konusu yapılmayan ve olağan bir yaşamda belgeye bağlama görev ve yetkisi olmayan işçiye, sen dava açarken alacağını belirleyebilirsin demek, yasayla verilmeyen yükümlülüğün verilmesi anlamına gelir ki bu bir çelişkidir...⁷¹.

Çelik: "... İşçi alacaklarının (ticari ve adi alacaklar gibi) başlangıçta kesin belirlenebilen (likit) alacaklardan olmadığını; işçi alacaklarının her zaman ve her durumda "tartışmalı" ve "belirsiz" olduğunu...işçilerden tazminat ve alacaklarının kesin miktarını bilmesinin istenemeyeceğini, bunun asla mümkün olmadığını; 6100 sayılı yeni Hukuk Yargılama Yasası'nın 107. maddesinde denildiği gibi "alacağının miktarını tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin işçiden beklenemeyeceğini ve istenemeyeceğini"; bunu işçiden istemenin haksızlık ve insafsızlık olacağını..⁷².

Özkaya Ferendeci: "...Belirsiz alacak davası daha çok tazminat davaları için öngörülen bir dava çeşididir, zira bu tür davalarda davalının ödemesi gereken tazminat miktarı gerçekten ancak tahkikat aşamasında hâkim tarafından takdir edilerek ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle dava açılırken tazminat miktarı tam olarak belli değildir (taraflar açısından objektif bir belirsizlik söz konusudur). Oysa işçi alacağında durum farklıdır. İşçinin elinde veriler olmasa dahi, aslında alacağı dava açılırken de bellidir, ancak davacı işçi kendisinden kaynaklanmayan nedenlerden dolayı bu miktarı dava açarken isimlendirememektedir. Ancak işveren teorik olarak bu bilgiye sahiptir, yani işveren bu alacağı net bir şekilde ifade edebilmekte, ama büyük bir ihtimalle bundan kaçınmaktadır. Dolayısıyla işçi de (aslen belirli olan) alacağını belirleyebilmesi için işverenin sahip olduğu bilgilere ihtiyaç duymaktadır. Bu bilgileri kendisine verildiği an, alacağını net bir şekilde dermeyer edebilecektir. Dolayısıyla Alman Hukuku'nda kademeli dava bu talepler için çok uygundur. İşçi davasını açarken, öncelikle işverenden bilgileri istemektedir bu talebine cevap verilen davacı işçi bundan sonra alacağını hesaplayarak, davalı işverenden alacağını (belirli olarak) talep edebilecektir. Bu bağlamda Türk Hukuku'ndaki ikinci görüşü de isabetlidir, zira işverenin bilgiyi vermesi gerektiği konusunda haklıdır. İşveren, işçisini bilgilendirme yükümlülüğüne uymuyorsa, işvereni bilgileri vermeye mecbur tutmak gerekir. İşte bu bağlamda kademeli davanın önemi ortaya çıkmaktadır, zira bu dava ile işçiye öncelikle bilgiler temin edilmekte, akabinde işçiden alacağını belirlemesi beklenmektedir. Kar'ın da bu sonuca varmak istediğini anlamaktayız. Türk Hukuku'nda kademeli davanın (henüz) kabul edilmiş olmasından dolayı, belirsiz alacak davası ile sadece bu eksiklik giderilmeye çalışılmaktadır..⁷³.

⁷¹ YHGK, 17.10.2012 tarih, 2015/22-1052 nolu Esas, 2015/1612 nolu Kararının karşı oy yazısı.

⁷² ÇELİK, Çelik Ahmet: "6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Ne Tür Davalar Açılabilir", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/6100-sayili-hukuk-yargilama-yasasina-gore-isci-alacaklari-icin-ne-tur-davalar-acilabilir.htm>.

⁷³ ÖZKAYA FERENDECİ, H. Özden: "Alman Ve İsviçre Hukukları'ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) İle 6100 Sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davası'nın Karşılaştırılması",

C. Öğretideki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere işçi alacaklarının belirsiz alacak davasına konu edilip edilemeyeceği hususunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Öğretide bir görüşe göre iş hukukundan doğan kıdem, ihbar, fazla çalışma, yıllık ücretli izin alacağı gibi alacaklar bakımından tam dava açılması gerekir. Söz konusu alacaklar için kural olarak belirsiz alacak davası açmak mümkün değildir. Süreler veya ücretin miktarı hakkında taraflar arasında uyuşmazlık bulunması belirsiz alacak davası açılabilmesi için yeterli değildir. Bu görüşe göre, davacı bu tür durumlarda kaç yıldır çalıştığını, son ücretinin ne olduğunu, kaç yıldır izin kullanmadığını, ne kadar fazla çalıştığını dilekçesinde belirtmek zorundadır. Söz konusu veriler belirli veya belirlenebilir veriler olduğundan hesap yapılabilir ve talep ortaya konabilir. Açıklanan sebeplerle bu durumlarda belirsiz alacak davası açılmayacaktır⁷⁴. Bu görüşü savunan yazarlar, işçinin ekonomik bakımdan zayıf olması, hesap bilirkişisine gidilmesi, kayıt dışılığın veya resmi süreçlere sadık olmayan yaklaşımların ülkemizde yaygın olması gibi gerekçelerle işçi alacaklarının kural olarak belirsiz alacak davasına konu olacağını kabul etmemektedir. İşçinin kayıtlarının tutulmamış ya da eksik veya yanlış tutulmuş olması belirsiz alacak davası açılabilmesini gerektirmez. Kayıt dışı olma durumu ispat sorununu ilgilendirmektedir. Bu görüşe göre, alacağın ispatına yönelik sorular belirsiz alacak davası açılmasıyla ilgili değildir.

Bu görüşteki bir yazara göre, aile hukukunda mal rejimi nedeniyle açılan davalar ise belirsiz alacak davasına konu olabilir. Buna gerekçe olarak eşlerin evlilik birliği içinde birbirlerinin tüm varlık unsurlarını bilemeyecek durumda olmaları gösterilmiştir. Belirtilen görüşe göre, söz konusu belirsizlik önemli ölçüde eşlerin kendi malvarlığı haklarına ilişkin vereceği bilgi ve belge sonucunda giderilebilecektir. Bu sebeple mal rejiminin sona ermesine ilişkin açılan alacak davası, belirsiz alacak davasıdır⁷⁵. Bu noktada kişiden, evlilik birliği içerisinde aynı evi paylaştığı, ortak bir hayatı sürdürdüğü eşinin malvarlığını bilmesi beklenmeyip karşı tarafın vereceği bilgi ve belgeler ile alacağın belirli hale geleceği kabul edilmektedir. Buna karşın işveren karşısında zayıf konumda olan, ekonomik anlamda işverene bağımlılık gösteren işçinin işverenin tutması gereken bilgi ve belgelere hâkim olması beklenmiş, kayıt dışılığın belirsiz alacak davası açılmasında dikkate alınmaması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

İşçi alacaklarının kural olarak belirsiz alacak davasına konu olamayacağını savunan görüşün dayandığı diğer bir argüman ise, usul hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından işçi lehine yorum yapılmasının mümkün olmamasıdır⁷⁶. Usul hukuku herkese eşit uygulanır ve uyuşmazlığın taraflardan birinin ekonomik olarak daha zayıf olması, usul kurallarının o taraf lehine yorumlanmasına imkân vermez⁷⁷. Yine aynı görüşe göre, yüksek yargılama giderine mahkûm edilme tehlikesi her dava için geçerli olduğundan sırf böyle bir riske dayanarak belirsiz alacak davası açılmaz.

<http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/2012C.18S.1/353-3822012C18S1.pdf>, s. 377.

⁷⁴ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak, s. 47; SİMİL, s. 412 vd..

⁷⁵ SİMİL, s. 358-364.

⁷⁶ PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 951; SİMİL, s. 413-414.

⁷⁷ SİMİL, s. 414.

Karşı görüş ise, iş mahkemelerinde görülen işçinin kıdem, ihbar tazminatları, bakiye ücret, fazla mesai ücret alacakları ve yıllık ücretli izin gibi işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasının konusu olabileceğini savunmaktadır⁷⁸. Bu görüşü savunan yazarlar çeşitli argümanlar ortaya koymaktadır. Bu görüşe göre her şeyden önce bir alacağın belirli veya likit olması için hesaplamaya ilişkin unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekli olması gerekir. Başka bir ifadeyle davacının yalnız başına ne kadar alacaklı olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Söz konusu koşulların bulunmaması durumunda likit bir alacaktan söz edilemez. İşçi alacaklarında hesabın unsurları hizmet süresi ve ücrettir. Bu unsurların tartışmalı veya belirlenmesinin davacıdan beklene-memesi durumunda alacak belirsiz olacaktır.

Belirtilen görüş kayıt dışılığın ve resmi sürece sadık olmayan yaklaşımların yaygın olduğu ülkemiz şartlarında ücret bordrolarının gerçeği yansıtmadığı, gerçek ücretlerin kayıt dışı ödendiği, yasanın emredici hükmüne rağmen ayrıntılı ücret pusulasının verilmediği, hizmet sürelerinin tamamının kayıtlara yansıtılmayıp gizli girdi-çıkıntılarla ya da farklı yerlerde çalışmış gibi göstermelerle belirsiz hale getirildiği bir sistemde işçi alacaklarının belirsiz alacak davası olarak açılması gerektiğini ortaya koymaktadır⁷⁹. Kayıt dışılığın yaygın olduğu ülkemizde işçinin uyuşmazlık içinde olduğu işverene başvurarak işçilik alacaklarını belirleyebileceğinin kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır⁸⁰.

HMK 107/2 hükmü dava konusu alacak miktarının veya değerinin karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlendiği durumlarda alacak davası açılabilceğini belirtmiştir. Bu noktada maddi hukuk kuralları içinde yer alan ve işverene yükümlülük getiren düzenlemelerden de söz etmek gerekmektedir. Bilindiği üzere gerek 4857 sayılı İş Kanunu gerekse ilgili diğer kanunlar işverene belge düzenleme, kayıt tutma gibi bir takım yükümlülükler öngörmüştür. İş Kanunu'nun 8/3, 32/2, 37, 67/1, 75 hükümleri işçi alacaklarının dayanağını oluşturan verilerin kayıtlı ve belirli olmasını sağlamak amacıyla getirilmiş düzenlemelerden bazılarıdır.

Kanun koyucu söz konusu düzenlemeler ile çalışanların temel haklarından haberdar olmalarını, çalışma koşullarının açıklığa kavuşturulmasını ve ispat kolaylığı yaratmayı amaçlamıştır⁸¹. Belirtilen düzenlemeler esas alındığında, işçinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, fazla sürelerle çalışma ve fazla çalışma ücreti, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile yıllık izin alacakları gibi işçi alacakları için tam eda davası açılabilceği sonucu çıkmaktadır. Nitekim, ücreti, çalışma süresi, günlük çalışma saatleri, ara dinlenmesi ile haftalık çalışma süresi, fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma süresi, çalıştığı hafta tatili veya ulusal bayram, genel tatil günleri, hak kazandığı ve

⁷⁸ SÜZEK, s. 119; ŞAHLANAN, s. 6; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 161-162; ÖZEL, Kayhan: "Kısmi Belirsiz Alacak Davası Ayrımı Üstüne Bir İnceleme", İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 4, Y. 2012, s. 116; BUDAK, s. 85; YAŞAR, Halis: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İş Aktinin Feshi Sebebi İle Açılacak Davalara Etkisi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 2012/5, Eylül-Ekim 2012, s. 275; OCAK, s. 3075 vd..

⁷⁹ FİDAN, s. 179; YAVAŞ, Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, s. 70-71; KAR, s. 14; AYDEMİR, Murteza: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İş Yargısına Etkileri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 10, S. 39, 2013, s. 40-41.

⁸⁰ KAR, s. 14.

⁸¹ ÖZDEMİR, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s. 119-120; SAVAŞ, s. 192.

kullandığı yıllık ücretli izin günleri gerçeğe uygun olarak kaydedilip özlük dosyasına konmuş ve bilgisine sunulmuş bir işçi yapacağı bir hesaplama ile talep konusunu belirleyebilecektir⁸². Ancak bu görüş mevcut uygulamaya ile değil, olması gereken uygulamaya ile örtüşmektedir. İşçinin açmış olduğu davada alacağının belirli ve tartışmasız olarak dava dilekçesinde gösterilebilmesi, işverenin söz konusu yükümlülüklerini yerine getirdiği ölçüde gerçekleşebilecek bir olgudur⁸³. Kayıt dışılığın istikrar kazanmış olduğu bir sistemde bu olgunun gerçekleşebilme ihtimali söz konusu olamamaktadır⁸⁴. Kaldı ki işverenin kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirdiği kabul edilse dahi, işveren kayıtlarının işçi tarafından incelenebilmesindeki güçlük hatta imkânsızlık dolayısıyla belirtilen alacakların belirsiz alacak davası olarak açılması gerekmektedir.

İşçi alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı noktasında dikkat edilmesi gereken başka bir husus ise, kıdem ve ihbar tazminatının, fazla çalışma ücretinin, hafta tatili ve diğer işçilik alacaklarının hesaplanmasının uzmanlık gerektirmesidir⁸⁵. Uygulamada, bilindiği üzere 25-30 yıllık meslek deneyimleri olan hâkim ve avukatlar dahi zaman zaman bu hesaplamayı bilirkişiye yaptırmaktadır⁸⁶. Söz konusu hesaplamaların yapılmasını, tazminat ve alacağın belirlenmesini bu konuda hiçbir eğitim ve bilgisi olmayan işçiden beklemek adil olmayacaktır. HMK'nın 107 inci maddesinin açık olarak talep sonucunun miktarının ya da değerinin belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması kriteri karşısında bu tür alacaklara yönelik kesin hesapların yapılmasını işçiden beklemek mümkün görünmemektedir⁸⁷. İşveren karşısında ekonomik olarak güçsüz konumda olan işçinin dava açarken masrafını ödeyerek uzman görüşü almak zorunda bırakmak ise hakkaniyetle örtüşmeyecektir⁸⁸. İşçinin alacaklarını uzman bir kişiye hesaplattığı düşünülse dahi, işçinin bu hesaplama karşılığında ödemiş olduğu ücret yargılama gideri olarak değerlendirilmeyecektir. Kaldı ki böyle bir özel raporun alındığı durumda, uzman bu raporu işçinin vereceği bilgilere göre hesaplayacaktır. Ülkemizde işyerlerinin büyük çoğunluğunda düzenli kayıt tutulmadığı, işçinin bilgi ve belgelerindeki zorlukları göz önünde bulundurulduğunda söz konusu hesaplamaların gerçeği ne kadar yansıtılabileceği tartışmaya açıktır. Buna rağmen işçiyi tam dava açmaya zorlamak, Anayasa'nın 36 ncı maddesinde öngörülen hak arama özgürlüğünü kısıtlamayı ifade etmektedir⁸⁹.

⁸² SAVAŞ, s. 194.

⁸³ SİMİL'e göre, borçlunun maddi hukuktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi, tuttuğu defterler veya düzenlediği belgelerin gerçeği yansıtması yahut alacaklının dava açmadan önce alacağını talep etmesi durumunda borçlunun inkâr etmesi veya ikrar etmekle beraber yerine getirmemesi kural olarak davacıya belirsiz alacak davası imkânı tanımaz. SİMİL, s. 412.

⁸⁴ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 161-162.

⁸⁵ SÜZEK, s. 120; ŞAHLANAN, s. 6; RÜZGÂR, s. 208; YAVAŞ, Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, s. 71; YAVAŞ, Karar İncelemesi, s. 373; YAŞAR, s. 275; ÇELİK, Çelik Ahmet: "Belirsiz Alacak ve Tespit Davası", [http://www.tazminathukuku.com/ aras-tirma-yazilari/belirsiz-alacak-ve-tespit-davasi.htm](http://www.tazminathukuku.com/aras-tirma-yazilari/belirsiz-alacak-ve-tespit-davasi.htm), s. 5.

⁸⁶ RÜZGAR, s. 208; YAVAŞ, Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, s. 71.

⁸⁷ YILMAZ, s. 191; YAVAŞ, Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, s. 71; YAVAŞ, Karar İncelemesi, s. 373.

⁸⁸ FİDAN, s. 179; YAVAŞ, Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri, s. 71.

⁸⁹ RÜZGAR, s. 208

İşçinin dava açarken talep sonucunu belirlemesinin kendisinden beklenmeyeceği diğer bir hal, kayıtlara dayanmayan fazla çalışma ücretine ilişkindir. İşçinin fazla çalışmalarının düzenli olarak kayıt altına alınmadığı durumda işçinin bu yöndeki iddiası yeterli olmayıp, işçiden bu iddiasını ispat etmesi beklenmektedir. İşçinin fazla çalışması ise uygulamada çoğunlukla tanık dinletme yoluna başvurularak, tanık beyanları doğrultusunda belirlenmektedir. Tanık beyanının dikkate alınabilmesi için işçinin dinlettiği tanığın kendisi ile aynı dönemlerde işyerinde çalışıyor olması aranmaktadır. Ancak tanıkların çoğu zaman gerçek duruma uymayan, aşırı fazla çalışma iddialarını desteklemeleri karşısında Yargıtay hayatın olağan akışına uygunluk kriteri getirmiştir. Yargıtay bu kriterle uygun olarak fazla çalışma ücretinde, hakkaniyet indirimi adı altında takdiri bir indirim uygulamaktadır⁹⁰. Yazılı belgeler, işveren kayıtlarına dayanmayan fazla mesai alacağından yapılacak hakkaniyet indirimini işçinin önceden öngörerek dava açarken talep sonucunu belirlemesini beklemek mümkün değildir⁹¹.

Doktrinde, sendikal tazminat gibi miktarın alt sınırının kanunla belirlendiği alacakların talep edildiği davaların da belirsiz alacak davası şeklinde açılması gerektiği ifade edilmektedir⁹². Nitekim söz konusu davalarda hâkim tarafından kanundaki alt sınırın üzerinde bir tazminata hükmedilmesi mümkündür. Bu sebeple işçinin davanın açıldığı tarihte alacak miktarını kesin olarak belirleyebilmesi mümkün olamamaktadır.

Doktrinde başka bir görüş ise işçi alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olmayacağı noktasında her iki görüşün de haklı yanları olduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple Alman Hukuku'ndaki basamaklı/kademeli dava kurumunun bu talepler için uygun olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, Türk Hukuku'nda bu noktada bir boşluk bulunmaktadır. Bu sebeple bu boşluk belirsiz alacak davasıyla giderilmeye çalışılmaktadır⁹³.

İlke olarak belirsiz alacak davası açılabileceği fakat somut olayın özelliklerine göre tam dava açılması da düşünülebileceği kabul edildiği takdirde başlıca işçi alacakları bakımından aşağıdaki tespitler yapılabilir:

⁹⁰ SÜZEK, s. 120; ŞAHLANAN, s. 6; SAVAŞ, s. 201. Yarg. 9. HD., 16.11.2006, E. 2006/9130, K. 2006/30311, www.kazanci.com; Yarg. 9. HD., 19.11.2007, E. 2007/7689, K. 2007/34372, www.kazanci.com; Yarg. 9. HD., E. 2010/16710; K. 2012/23903, www.kazanci.com.

⁹¹ SÜZEK, s. 120; FİDAN, s. 179; ERCAN, Belirsiz Alacak Davası, s. 166-167.

⁹² BASKAN, s. 334.

⁹³ ÖZKAYA FERENDECİ, s. 377. Pekcanitez, Özkaya Ferendeci'nin bu görüşünü isabetli bulmamaktadır. Pekcanitez, "...belirsiz alacak davası hukukun hangi alanına ilişkin olarak açılmak istenirse istensin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki koşullara göre açılacaktır. İşçi alacakları için açılacak belirsiz alacak davasının, koşulları değerlendirilmeden açılabilmesi mümkün değildir. Basamaklı dava olarak açılması da sadece talep sonucunun belirlenmesi için gerekli bilgilerin karşı tarafın elinde olması hali için geçerlidir. Bu anlamda basamaklı dava, belirsiz alacak davasına nazaran daha sınırlı bir uygulamaya sahiptir. Belirsiz alacak davası bunun dışında kalan hallerde de açılabilir. İsviçre Hukukundaki gibi Hukukumuzda da basamaklı dava, belirsiz alacak davasının bir türü olarak kabul edilmektedir. O halde bu davanın düzenlenmemiş olmasının bir boşluk olarak değerlendiremeyiz. Bu dava Hukukumuzda da İsviçre Hukukundaki gibi belirsiz alacak davasının bir türüdür. İşçi alacakları bu davanın koşulları esas alınarak değerlendirilmelidir..." ifadeleriyle belirtilen görüşü eleştirmiştir. PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 958.

i. Ücret alacağı

İş sözleşmesinin tarafları asgari ücretin altında kalmamak şartıyla sözleşme özgürlüğü gereği ücret miktarını serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Uygulamada esas ücretin yanında işçiye değişik isimler altında aynı ve nakdi çeşitli ödemelerin de yapıldığı bilinmektedir. Bu durum ise geniş anlamda ücret ve dar anlamda ücret ayırımında önem taşımaktadır.

Ücretin belirlenmesi noktasında İş Kanunu işverene birtakım yasal yükümlülükler öngörmüştür. Ancak ülkemizde yaygın olarak görülen kayıt dışılığı dikkate aldığımızda ya işçi sigorta primi ödenmeksizin çalıştırılmakta ya da işçinin gerçek ücreti kayıtlara yansıtılmamaktadır. Kamu kurumları dışında ve toplu iş sözleşmesi düzeninin geçerli olmadığı yerlerde genel uygulama, işçi ücretlerinin bir kısmının banka aracılığıyla, kalan kısmının ise elden ödeme yoluyla gerçekleştirilmesidir. Bunun sonucu olarak işveren sigorta primi ve vergisel yükümlülüklerden avantaj sağlarken; işçi için ücrete bağlı olan diğer tüm işçilik alacakları bakımından dezavantajlı bir durum ortaya çıkmaktadır. Söz konusu uygulama neticesinde temel ücretin taraflar arasında tartışmalı olduğu bir durumda işçinin ücret alacağını tam olarak belirlenmesi mümkün olamamaktadır. Aynı yardımların parasal değerini belirlemek de ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Taraflar arasında ücretin açıkça belli olmadığı veya tartışmalı olduğu durumlarda belirsiz alacak davası açılabilmesi gerekmektedir.

ii. Kıdem tazminatı alacağı

Kıdem tazminatının hesabında işçinin son brüt ücreti esas alınmaktadır. Son brüt ücretin tespitinde İş Kanunu'nun 32 nci maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler dikkate alınmaktadır. Kıdem süresinin başlangıcında işçinin fiili olarak işe başlaması veya işverenin buyruğunda hazır halde beklemeye başladığı tarih esas alınmaktadır. Çeşitli durumlarda işçinin kıdem süresinin hesaplanması mümkün olmayabilir. Örneğin, işçinin işe giriş veya iş sözleşmesinin feshedildiği tarihinin tartışmalı olduğu; işçinin aralıklı çalışmaları var ise, aralıklı çalışmaların her birinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sonlanıp sonlanmadığının tartışmalı olduğu; işçinin işverene ait işyerinde çıraklık sözleşmesi ile çalıştığı veya iş akdinin askıda olmasını gerektiren dönemlerin mevcut olduğu durumlarda; kıdem tazminatına esas ücretin tartışmalı olduğu durumlarda davanın belirsiz alacak davası olarak açılması gerekmektedir. Buna karşılık çalışma süresinin kesin ve tartışmasız olduğu bunun yanında tavan uygulaması nedeni ile kıdem tazminatına esas ücretin de bilindiği durumlarda davanın belirsiz alacak niteliğinde olmayacağı söylenebilir.

iii. İhbar tazminatı alacağı

İhbar tazminatının hesabında da işçinin aldığı son brüt ücret esas alınır. Kıdem tazminatında olduğu gibi ihbar tazminatının hesaplanmasında da hizmet süresi ve ücret önemli unsurlardır. Bu durumda yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere ücretin ve kıdem süresinin belirsiz olduğu durumlarda ihbar tazminatı alacağı da belirsiz olacaktır.

iv. Fazla çalışma ücret alacağı

İşçinin fazla çalışma alacağına ilişkin açacağı davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi mümkün olmalıdır. Her şeyden önce fazla çalışma ücretinin hesaplanabilmesi için fazla çalışma dönemi temel ücretinin bilinmesi gerekir. Gerçek ücretin kayıtlara yansımadağı durumda bunun tespiti mümkün olmayacaktır. Fazla çalışma ücretinin hesabında ait olduğu dönem esas alınır. Bu sebeple fazla çalışma ücretlerinin hesabında işçinin son ücretinin belirli olması yetmez; işçinin fazla çalışma yaptığı dönemin ücretinin de bilinmesi gerekir. Fazla çalışmanın işveren tarafından kayıt altına alınmadığı durumlarda takdiri indirime gidilmesinin Yargıtay'ın yerleşik uygulaması haline geldiği düşünüldüğünde dava açarken fazla çalışma alacağının belirlenmesi söz konusu olamayacaktır. Ayrıca fazla çalışma alacağının tespitinin teknik bir konu olması, hesap bilgisi ve tecrübesi gerektirdiği düşünüldüğünde belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi gerekmektedir.

v. Ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatil ücret alacakları

Ulusal bayram ve genel tatil sınırlı sayıda olup herkesçe bilinebilir niteliktedir. Bu nedenle işçi bu günlerde çalışıp çalışmadığını bilebilecek durumdadır. Ancak işçinin bu günlerde çalışmasının olması durumunda, fazla çalışmada olduğu gibi, çalışılan döneme ilişkin ücretten hesaplama yapılması gerekmektedir. Söz konusu hesaplamanın yapılabilmesi için de işçinin dönemsel ücretini bilmesi gerekir. Bunun yanında bu günlere ilişkin talep edilen ücret, zamlı ücret hesabı gerektirdiğinden söz konusu teknik bilgiye sahip olmayan işçinin alacağını belirlemesi mümkün olmayabilecektir. Hafta tatili bakımından, yoğun çalışma dönemlerinde işçinin geçmişe dönük tam tarih belirlemesi de özel olarak güçleşebilir. Bu durumlarda bu alacakların belirsiz alacak davası olarak açılması gerekmektedir.

vi. Yıllık izin ücret alacağı

İş sözleşmesinin feshi ile yıllık izin hakları paraya dönüşür. Hesaplama da son ücret dikkate alınır. Buna bağlı olarak ücretin tartışmalı ve belirsiz olduğu durumlarda yıllık ücretli izin alacağı da belirsiz olacaktır. Ayrıca işçinin çalışma süresinin tartışmalı olduğu ve bu tartışmanın hizmet yılını etkilediği durumlar ile işverence kullanılan izin sürelerinin tartışmalı olduğu durumlarda da yıllık ücretli izin alacağı belirsiz olacaktır.

III.YARGITAY İÇTİHADI

A. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadı, işçilik alacaklarının ilke olarak belirsiz alacak davasına konu olabileceği yönündedir. 9. Daire kararlarında öncelikle hak arama özgürlüğünün korunması gereğine, HMK 107'nin gerekçesinde de bu hususa belirtilmesine, gerekçede yer alan "keşif ve bilirkişi raporu gerektirme" örneklerinin işçi alacaklarında mevcut olduğuna, alacağını tam olarak tespit edemeyecek durumda olmanın belirsiz alacak davası için neden olarak gösterilmesine vurgu yapmaktadır. Bunun yanında 9. Hukuk Dairesi, belirsiz alacak davası açılabilmesi için biri objektif biri sübjektif olan iki unsurdan söz etmektedir. Buna göre; alacağın veya dava değerinin belirlenmesinin objektif olarak imkânsız olması objektif unsuru oluştururken; alacaklının talep

konusu miktarı belirlenmesinin alacaklıdan beklenememesi sübjektif unsur olarak belirtilmiştir. Daire hukuki ve pratik gerekçeler ile neden alacağını belirlemesinin işçiden beklenemeyeceğini açıklamaktadır. İş mevzuatında işverene kayıt tutma ve belge düzenleme yükümlülüğünün getirilmiş olması karşısında bu yükümlülükler uyulmadığında yani “Çalışma süresine ve ücreti ile eklerine dair yasal yükümlülüğe rağmen işverence belge verilmemiş bir işçinin, işverende mevcut işyeri şahsi sicil dosyasına ulaşmadan ve işverence bilgi ve belge sunulmadan önce henüz dava açma aşamasında bu tür tazminatların tamamını ve tam olarak hesaplamasını beklemek ve bunu bir dava şartı olarak kabul etmek” doğru olmayacaktır. Hakimin takdirine bağlı işçilik alacaklarında baştan belirleme imkanı yoktur. Kıdem-ihbar tazminatı gibi alacakların dahi hesabı, çalışma süresi ve hesaplamadaki bazı incelikler nedeni ile belirsiz ve tartışmalı olabilir. Özellikle de “İşyerinde sendikasız çalışan ve yasal işçilik alacakları konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olması beklenmeyen bir işçinin, alacakları doğru şekilde adlandırması dahi mümkün olmazken doğru hesap yöntemiyle birlikte ve tam olarak belirlenmesi mümkün görülmemelidir”. Bir uzmandan hesap raporu aldırılarak dava açmasının işçiden beklenmesi ise hem belge eksiklikleri nedeni ile anlamsız hem de masrafı nedeni ile işçi için güçtür.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi sonuç itibarı ile tamamı puantaj kayıtlarına dayandırılmadıkça hakimin takdiri indirimi söz konusu olan fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil çalışmaları cezai şart ve bakiye süre ücretleri ile cezai şart tutarının ilke olarak belirsiz alacak davasına konu edilebileceğini kabul etmektedir. Hesap unsurları bakımından ücret ve ücret ekleri ile çalışma süresine dair tartışma yaşanan durumlarda diğer işçilik alacaklarında da ilke olarak belirsiz alacak davası kabul edilmektedir. Ancak istisnai durumlarda, örneğin kıdem tazminatı tavanı nedeni ile ücret ve eklerine dair tartışma sonuca etkili değil ise kıdem tazminatı alacağında belirsiz alacak davası söz konusu olmayabilir. Aynı şekilde çalışma süresi ve ücretin işçiye verilmiş veya ulaşılabileceği belge ve kayıtlarla kesin olarak saptanabildiği hallerde yıllık izin ücretinin belirli olduğu da söylenebilir⁹⁴.

⁹⁴ Yarg. 9. HD., 12.01.2016, E. 2015/33537, K. 2016/336. “...Belirsiz alacak davasını düzenleyen HMK'nın 107 nci maddesinin gerekçesinde, birçok kez hak arama özgürlüğüne vurgu yapılmıştır. Yine alacaklının hukuki ilişkiyi, muhatabını ve talep edebileceği asgari tutarı bilmesine rağmen "alacağın tamamını tam olarak" tespit edemeyecek durumda olması da belirsiz alacak davasının nedenleri arasında sayılmıştır. Bu itibarla belirsiz alacak davasıyla ilgili yoruma gidildiğinde, alacaklının hak arama özgürlüğünün değerlendirilmesi gerekir. Bunun aksine ilgili hükmün, alacaklının hakkına ulaşmasını kısıtlayan şekilde ele alınması doğru olmaz.

Konuyu iş mevzuatı açısından ele aldığımızda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3, 8, 22, 28, 32, 37, 67. maddelerinde işverene çalışan her bir işçi yönünden kayıt tutma ve işçiye belge verme yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Bütün yasal yükümlülükler uyan işveren bakımından kural olarak işçi alacaklarının belirsiz olduğundan söz edilemeyecektir. Zira işçinin çalışma süresinin tam olarak kayda geçirildiği, iş sözleşmesi ile ücreti, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlendiği, işçiye her ay ücret hesap pusulası verildiği, günlük ve haftalık iş sürelerinin işçiye önceden bildirildiği, işçinin yaptığı olağanüstü çalışmalar için kendisine belge verildiği durumlarda, işçinin birçok alacağı belirli ya da belirlenebilir durumdadır. Sadece hâkimin takdirine kalan bazı alacaklar bakımından yine de başlangıçta bir belirsizlikten söz edilebilecektir.

İşçilik alacaklarının hesabı genelde iki kritere tabidir. İşçinin işyerinde geçen çalışma süresi ve ücreti ile ekleri bilindiğinde işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır. Bu yüzden özellikle kamu kurumlarında işçinin çalışmalarının tam olarak Sosyal Güvenlik

Kurumuna bildirilmesi ve işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçinin ücreti ile eklerinin toplu iş sözleşmesinde yer alması sebebiyle işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır. Yine de hâkimin takdir alanına giren manevi tazminat, takdiri indirime tabi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti, cezai şart, sözleşmenin kalan süresine ait ücret gibi alacakların başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün değildir. Nitekim 107 nci maddenin Adalet Komisyonu gerekçesinde de, alacaklının "talep edebileceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağın tamamını tam olarak tespit" edememesi halinde belirsiz alacak davası açılabileceği ifade edilmiştir.

Gerekçede örnek olarak "keşif ve bilirkişi raporu" ile alacağın miktarının tespit olunmasından söz edilmiştir ki, iş yargısında bilirkişi hesap raporu alınması çok yaygın bir uygulamadır. Yine 107 nci maddenin ikinci fıkrasında "karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu" alacak miktarının belirlenmesinden söz edilmiştir ki, yukarıda sözü edilen yasal yükümlülükler sebebiyle işçiye çalışırken belge vermekle yükümlü olan işveren bunu yerine getirmediğinde, işçinin alacağın miktarını tam olarak belirlemesini beklemek doğru olmaz.

Belirsiz alacak davasını öngören hükümde biri subjektif, diğeri objektif iki unsur karşımıza çıkmaktadır. Alacağın veya dava değerinin belirlenmesinin objektif olarak imkânsız olması halinde belirsiz alacak davası açılabilecektir. Örneğin iş kazası geçiren işçinin açacağı davada işveren ve işçinin karşılıklı kusur oranları, kusursuz sorumluluk olup olmadığı ve varsa kaçınılmazlık durumu ile maluliyet oranlarının dava açma aşamasında belirlenmesi imkânsızdır.

Sübjektif unsur ise alacaklının talep konusu miktarı belirlemesinin alacaklıdan beklememesidir. İşçinin yasal hakları ödenmeksizin işten çıkarıldığı bir durumda yukarıda belirtilen masraflara ek olarak uzman hesap raporu aldirarak olası işçilik alacaklarını belirlemesi de hak arama özgürlüğü önünde engel olarak değerlendirilebilir.

İşyerinde sendikası çalışan ve yasal işçilik alacakları konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olması beklenmeyen bir işçinin, alacakları doğru şekilde adlandırması dahi mümkün olmazken doğru hesap yöntemiyle birlikte ve tam olarak belirlemesi mümkün görülmemelidir...Kıdem tazminatı hesabı için, işçinin çalıştığı süre, fasilalı çalışma olup olmadığı, bu süre içinde ihbar önelini altı hafta aşan istirahat raporu alınıp alınmadığı, ücretsiz izin uygulaması olup olmadığı, grevde geçen sürenin varlığı, işçinin son ücreti, ücretin eki niteliğindeki ödemelerin son bir yıllık toplamı, işçiye sağlanan aynı hakların parasal değeri ve son bir yıllık ortalaması, ücretin eki mahiyetindeki ödemelerin devamlılık arz edip etmediği gibi konuların net olarak bilinebilmesi gerekir. Bu yüzden hesabın unsurlarına dair sözü edilen bir veya birkaç konuda belirsizlik halinde kıdem tazminatının başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün olmaz. HMK'nun 107 nci maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere alacaklının "alacağının tamamını tam olarak" tespiti mümkün değildir. Bu nedenle hesabın unsurlarındaki tartışma ve belirsizlik, alacağın da belirsiz olması sonucunu doğurur. Ancak ücret ve eklerine dair tartışma kıdem tazminatı tavan sınırlaması sebebiyle sonuca etkili değilse, kıdem tazminatının belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği düşünülmelidir.

İhbar tazminatı hesabı noktasında kıdem tazminatı için sözü edilen tavan sınırlaması hariç, benzer verilere ihtiyaç vardır. İşçinin çalışma süresindeki tartışmanın ihbar süresine dair dilimi etkilemesi veya işçinin ücreti ve eklerindeki herhangi bir tartışma halinde ihbar tazminatı hesabı da belirsizdir.

İşçinin ücretini ve çalışma süresini bilmesi gerektiği varsayımı ile ihbar ve kıdem tazminatının her durumda belirli olduğunu söylemek isabetli bir yaklaşım olmaz. Çalışma süresine ve ücreti ile eklerine dair yasal yükümlülüğe rağmen işverence belge verilmiş bir işçinin, işverende mevcut işyeri şahsi sicil dosyasına ulaşmadan ve işverence bilgi ve belge sunulmadan önce henüz dava açma aşamasında bu tür tazminatların tamamını ve tam olarak hesaplamasını beklemek ve bunu bir dava şartı olarak kabul etmek, hak arama özgürlüğünü zedeler. Bu konuda alınacak olan uzman raporu da hesap noktasında aynı belge eksiklikleri sebebiyle yeterli olmayacağı gibi, iş sözleşmesi yasal hakları ödenmeksizin feshedilen işçiden dava öncesinde alacaklarını belirleyebil-

mek için hesap raporu almak yönünde bir masraf yapmasını beklemek de doğru olmaz.

Yıllık izin ücreti hesabının unsurları, işçinin çalışma süresi ve ücretin miktarıdır. İşverence yasal düzenlemelere rağmen bu yönlerden belge düzenleme ve işçiye verme yükümlülüklerinin yerine getirilmemiş olması halinde işçinin yıllık izin ücretini dava öncesinde tam olarak belirlemesi mümkün olmayabilir. Bu açıdan çalışma süresi ve ücretin tartışmalı olması durumunda yıllık izin ücreti belirsiz alacak davasına konu edilebilir. Ancak çalışma süresi ve ücretin işçiye verilmiş veya ulaşılabileceği belge ve kayıtlarla kesin olarak saptanabildiği hallerde yıllık izin ücretinin belirli olduğu ve belirsiz alacak davasına konu olamayacağı söylenebilecektir.

Fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücretler için ise çalışmalarının tamamının puantaj kayıtlarına dayandırıldığı istisnai durumlar dışında hâkimin takdiri indirimi söz konusu olduğundan, alacakların davanın açıldığı aşamada tam olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bu itibarla bahsi geçen alacakların belirsiz alacak davasına konu edilebileceği ilke olarak kabul edilmektedir.

Hâkimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak alacak miktarı veya değerinin belirlenmesi halinde alacak belirsizdir (Yargıtay 9.HD.27.02.2012 gün ve 2012/1757 E.2012/5742 K.).

Dairemizin kısmi dava ile ilgili verdiği bu ölçütleri kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K sayılı kararında "İşçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru olmayacağını, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesinin daha doğru olacağını" açıkça belirtmiştir.

Davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmının ya da bazılarının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirlendiği taktirde, hakim hemen davayı reddetmemeli, HMK'nun 115/2 maddesi uyarınca eksikliği tamamlaması yani alacağını belirleyerek buna göre talepte bulunması için davacıya kesin süre vermeli, gereğinin yerine getirilmemesi halinde dava şartı eksikliğinden dava reddedilmelidir. Dairemiz kararları ile Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin kararları bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 26.01.2014 gün, 2014/1962 E, 2014/6034 K.; Yargıtay 9.HD. 27.02.2012 gün ve 2012/1757 E, 2012/5742 K.; Yargıtay 19. HD. 16.01.2014 gün, 2013/17491 E, 2014/1332 K. Yargıtay 19. HD, 16.01.2014 gün, 2013/17366 E, 2014/1329 K.).

Alacağın belirsiz olması halinde alacaklı, belirsiz alacak davası açabileceği gibi kısmi dava olarak da alacağın tahsilini talep edebilir.

Dava dilekçesinde alacağın belirsiz olduğundan söz edilmiş olsa da, kısmi dava açıldığının ifade edilmesi halinde davanın türünün kısmi dava olarak kabulü gerekir. Zira alacak belirsiz ise kısmi dava yoluyla alacağın istenmesine engel bir durum yoktur. Bu ihtimalde kısmi dava ancak talep edilen kısım itibarıyla zamanaşımını keser. Yargılama ile alacağın belirlenen kalan kısmı ıslah veya ek dava ile talep edildiğinde arttırılan miktarlar bakımından faiz başlangıcı kural olarak talep tarihidir. Bu nedenle davanın türünün belirsiz alacak davası veya kısmi dava oluşunun sonuçları farklı olup, tereddüt halinde hakim tarafından bu husus davacıya açıklanmalı ve davanın türü ön inceleme tutanağına yazılarak tahkikat aşamasına geçilmelidir.

Belirsiz alacak davası ise mevcut yasal düzenleme çerçevesinde üç değişik şekilde açılabilir. Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davasının açılabilmesi HMK'nun 107. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında öngörülmüştür. Tespit niteliğinde belirsiz alacağı tespit davası ise aynı maddenin 3. fıkrasına dayanmaktadır. Maddenin gerekçesine göre ise alacaklı kısmi eda külli tespit davası da açabilir. Her bir dava türünün farklı özellikleri bulunmaktadır.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, alacaklı belirleyebildiği miktarı davaya konu etmelidir. Bu konuda rastgele bir miktarı talep etmesi doğru olmaz. Örneğin, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında 10 yıl ve asgari ücretten hizmeti görünen bir işçi,

çalışma süresini 12 yıl ve ücretini net 2.000,00 TL olarak açıklamak suretiyle kıdem tazminatıyla ilgili belirsiz alacak tahsil davası açabilir. Bu davada, kayıtlarda geçen süre ve asgari ücrete göre belirlenebilen miktar talep edilmelidir. Başka bir anlatımla tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında alacaklı belirleyebildiği kadarıyla bir hesaplama yapmalı ve bu miktarı talep etmelidir. Dava dilekçesinde şimdilik kaydıyla farazi bir miktar (100,00 TL) gösterilmesi halinde, davanın, tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak kabulü doğru olmaz.

Tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında, işverenin vereceği cevap, ön inceleme aşamasında bu yönde uzlaşma veya tahkikat aşamasında belirsizlik ortadan kalktığı anda, 107/2. maddeye göre davacı miktarı arttırabilir ve alacağın tümünün tahsilini talep edebilir. Bu aşamada iddianın genişletilmesi yasağı devreye girmez.

HMK'nun 107. maddesinin gerekçesine göre, alacak belirli hale geldiğinde artırım, sadece bir kez yapılabilir. İkinci kez artırım yapılmak istenirse, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalınır.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, dava tarihinde alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 157. maddesi uyarınca, dava süresince tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden veya hâkimin her kararından sonra zamanaşımı yeniden işlemeye başlar. Bu nedenle yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemeyeceğinden, davacının talep artırım dilekçesi üzerine ileri sürülen zamanaşımı definin de sonuca bir etkisi olmaz.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında faiz başlangıcı, davadan önce temerrüt söz konusu değilse dava tarihi olmalıdır. Alacak belirlendikten sonra arttırılan kısım için faiz başlangıcı temerrüt ya da dava tarihidir. Belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davasının alacaklıya sağladığı bütün imkânlar bir tek tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında ortaya çıkar.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılabilmesi HMK'nun 107/3. maddesinde kabul edilmiş olmakla, davanın miktar belirtmeden açılması da imkân dahilindedir. Bu halde hukuki yarar yokluğu ile ilgili tartışmalara mahal vermemek için, 107. maddenin son cümlesinde, belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasında hukuki yararın bulunduğu ifade edilmiştir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılabilmesinin en önemli sonucu, belirsiz alacak tespit davasının da alacağın tamamı için zamanaşımını kesmesidir. Bu husus, 107. maddenin gerekçesinde açıklanmıştır.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasının ardından, alacağın yargılama sırasında belirlenmesi üzerine HMK'nun 107/2. maddesine göre miktarın arttırılması mümkün değildir. Zira sözü edilen hüküm, belirsiz alacak davasının miktar belirtilmesi yoluyla eda davası biçiminde açılması halinde uygulama alanı bulabilir. Ancak belirsiz alacak tespit davasında yapılan yargılama ile alacak belirlendikten sonra, davanın tamamen ıslahı suretiyle alacağın tahsili talep edilebilir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılması ve ardından ıslahla eda davasına dönüştürülmesinin, davanın belirli bir miktar üzerinden açılmasından farkı, faiz başlangıcı noktasında kendisini gösterir. Belirsiz alacak davası tespit davası olarak açıldığında faiz başlangıcı, alacakların rakam olarak talep edildiği ıslah tarihi olmalıdır. Belirsiz alacak davası ile kesilmiş olan zamanaşımı yargılama sırasındaki işlemler ve hakim her kararı ile kesileceğinden ıslaha karşı ileri sürülen zamanaşımı defi sonuca etkili değildir.

HMK 107. maddesinin gerekçesine göre belirsiz alacak davasının, kısmen eda davasıyla birlikte külli tespit davası olarak da açılabilmesi imkân dahilindedir. O halde belirsiz alacak davasında bir miktarın tahsili yanında, kalan tutarın tespiti istenebilecek ve yargılama sırasında belirlendiğinde kalan miktar da talep edilebilecektir.

Bunun tam eda davasından farkı, belirlenebilen miktarın talebi yerine, kısmi bir miktarın istenebilmesidir. Örneğin belirsiz bir alacak için alacaklı tarafından belirsiz alacak davası açıldığında ve 100,00 TL için tahsil, kalan miktar için ise alacağın tespiti istendiğinde kısmi eda külli tespit davasından söz edilir. Zira alacaklı işveren veya resmi ku-

rum kayıtlarında geçen belirleyebildiği miktarı davaya konu etmek yerine, farazi bir miktar için talepte bulunmuştur. Sözü edilen davanın kısmi davadan farkı ise, alacaklının kısmi dava açtığını belirtmeksizin belirsiz alacak davasından söz ederek taleplerde bulunmasına dayanır. Yukarıda açıklandığı üzere belirsiz bir alacak için alacaklının açıkça kısmi dava açtığını belirterek talepte bulunması veya belirsiz alaktan söz edilmeksizin kısmi taleplerde bulunulması halinde davanın kısmi dava olarak açıldığı kabul edilir.

Kısmi eda külli tespit davasının açıldığı anda alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. Yargılama sırasındaki işleminden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlayacağından yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemez. Bu nedenle yargılama sırasında arttırılan taleplere karşı yapılan zamanaşımı defii sonuca etkili değildir. Ancak faiz başlangıcı açısından tahsil amaçlı belirsiz alacak davasından farklı bir durum vardır. Davaya konu edilen miktar bakımından faiz başlangıcı olarak dava tarihi kabul edilmelidir. Alacağın kalan kısmının sadece tespiti istenmiş olmakla, belirlenen bakiye alacak miktarının ilerde talep edildiği tarihten itibaren faize karar verilmelidir.

6100 sayılı HMK.'un 114. Maddesinde davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, dava şartı olarak belirtilmiştir. Belirsiz alacak ve tespit davasında, kanun açıkça alacak miktarının veya değerinin belirlenememesi veya olanaksız olması halinde, davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının varsayılacağını öngörmüştür. Kısaca dava açıldığında alacak belirli değil veya tartışmalı ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılması için hukuki yarar vardır. Takip eden 115/2 maddedeki kurala göre ise "Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder". Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir. Dairemiz kararlılıkla hukuki yarar şartının tamamlanabilir dava şartı olduğunu kabul etmektedir (27.12.2012 gün ve 2012/1756 E., 2012/5741 K). Bu nedenle belirsiz alacak davası veya kısmi dava açıldığında, dava konusu edilen alacak açık ve tam olarak belirli ise davacıya tam eda davası açması, tamamlanabilir hukuki yarar şartını yerine getirmesi için öncelikle süre verilmeli, süre sonunda yerine getirmediği takdirde davanın hukuki yarar şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verilmelidir.

Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslilik-ferilik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir (HMK. Mad.110). Birden fazla istemin yer aldığı ve işçi-işveren uyumsuzluklarında işçinin işçilik alacakları için açtığı davanın örnek teşkil ettiği bir dava türüdür. Davacı birçok talebini, tek bir dava dilekçesi ile talep etmektedir. Aslında kural olarak talep sayısınınca dava mevcuttur. Davacı her bir talebi için dava dilekçesinde olguları (vakıaları) ayrı ayrı belirtmek ve ispat yükü kendisinde ise ispat etmek zorundadır. Yapılan yargılamada her bir talep hakkında ayrı ayrı inceleme yapılır. Yargılama sonunda da her biri hakkında olumlu veya olumsuz karar verilir. İşte davaların yığılması halinde, davacının isteklerinin bir kısmı belirli bir kısmı belirsiz alacak davası konusu olabilir. Bu durumda talep edilen alacaklardan açıkça belirli olan ve tartışmalı olmayanlar için belirsiz alacak davası veya kısmi dava ile talepte bulunulamaz. Bu nedenle dava şartlarının da her talep açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bir talep için dava şartının yokluğu, dava şartı olan ve gerçekleşen talepler içinde davanın usulden reddini gerektirmez. ..."

Aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararları için bkz. Yarg. 9. HD., 15.09.2014, E. 2014/21141, K. 2014/26665, www.kazanci.com; Yarg.9. HD., 18.06.2014, E. 2014/31734, K. 2014/35646, www.calismatoplum.org.; Yarg. 9. HD., 08.05.2014, E. 2012/9912, K. 2014/14947, www.kazanci.com; Yarg. 9.HD., 06.11.2013, E. 2013/10344, K. 2013/28364, www.kazanci.com; Yarg. 9. HD., 23.01.2012, E. 2011/51613, K.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi aynı zamanda belirsiz alacak davasının eda (tahsil talebi) davası niteliğinde belirsiz alacak davası, tespit niteliğinde belirsiz alacak davası ve kısmi eda külli tespit davası olmak üzere üç değişik şekilde açılabileceğini ve buna göre faiz başlangıcının da farklı olabileceği kabul etmektedir. Belirtilen üç dava türünde de davanın açıldığı tarihte alacağın tamamı için zamanaşımı kesilmektedir. Faiz başlangıcı ise dava türüne göre farklılık göstermektedir. Tahsil talepli belirsiz alacak davasında faiz başlangıcı temerrüt ya da dava tarihi iken, tespit niteliğinde belirsiz alacak davasında faiz başlangıcı alacakların rakam olarak talep edildiği ıslah tarihi olacaktır. Kısmi eda külli tespit davasında ise faiz başlangıcı davaya konu edilen miktar bakımından dava tarihi, kalan kısım bakımından ise talep edildiği tarih olacaktır.

B. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de belirsiz alacak davasını ilke olarak kabul etmiştir⁹⁵. Daire alacağın likit olması ölçütünü, hesap raporu alınması gerek-

2012/1076, www.kazanci.com; Yarg. 9. HD., 24.10.2011, E. 2011/47206, K. 2011/39092, www.kazanci.com; Yarg. 9. HD., 27.02.2012, E. 2012/1757, K. 2012/5742, www.calismatoplum.org, Yarg. 9. HD., 03.12.2015, E. 2015/30322, K. 2015/34334.

⁹⁵ Yarg. 7. HD., 22.6.2015, E. 2015/21771 K. 2015/12671; Yarg. 7. HD., 12.2.2015, E. 2014/16191 K. 2015/1386, "...Davacı vekili, iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı sebeple feshedildiğini beyanla bazı işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir. Davalı vekili; davacının davalı işverenden herhangi bir alacağı bulunmadığını ayrıca davacının davaya konu ettiği alacakların belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceğini beyanla davanın reddini savunmuştur. Mahkemece davaya konu edilen alacakların belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri gerekçesiyle davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmiştir. ...

Davacı tahsil amaçlı belirsiz alacak davası açtığı anda, davanın başında belirleyebildiği miktarı belirterek dava açmak zorundadır. Bu dava eda davası olmakla birlikte yargılama sırasında belirlenecek kalan miktar için tespit niteliğindedir. Yargılama sırasında davacı belirlenen bakiye miktarı davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabi olmadan harcını tamamlayarak hüküm altına alınmasını talep edebilecektir. Bu durumda alacağın tamamı hüküm altına alınacağından ilama dayalı icra takibi yapılabilecektir. Kısmi eda ve külli tespit davası olarak açıldığında, davacının başlangıçta belirleyebildiği miktarı dava dilekçesinde belirtmesine gerek yoktur. Kısmi davada olduğu gibi istediği miktarda açabilir ve alacağın belirleyemediği kalan kısmının tespitini isteyebilir. Bu durumda mahkeme kısmi olarak talep edileni tahsil, kalan kısmı ise tespit hükmü olarak hüküm altına alacaktır. Madde içeriğinden, belirsiz alacak veya tespit davası açılması için, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin; davacının kendisinden beklenememeli (gerçekten belirleyememeli) veya bu (objektif olarak) olanaksız olmalıdır. Açılacak davanın değeri veya miktarı bilinmiyor yahut belirlenebiliyor ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılmaz. Zira madde gereği bu durumda davacının hukuki yararı yoktur. Maddenin 2. fıkrasında açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirlemiş olduğu talebini artırabileceği belirtilmiştir. 6100 Sayılı HMK'nun 107/2. maddesiyle ilgili olarak gerekçe de şunlara yer verilmiştir. "... Baştan miktar veya değeri tam olarak tespit edilemeyen bir alacak için, davacının böyle bir ihmal ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılanan ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hale gelmişse, başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir." Buradan hareketle davaya konu alacağın değeri veya miktarı karşı tarafın (iş-

verenin) vereceği bilgi veya tahkikat aşamasında belirlenecek (bilirkişiden hesap raporu alınması gibi) ise alacağın dava açıldığında davacı tarafından objektif olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği kabul edilmelidir. Bu sebeple maddenin 1. ve 2. fıkrasının birlikte değerlendirilmesi gerekir. Her ne kadar 107. madde de belirtilmemiş ise de belirsiz alacak ve tespit davası açılabilmesi için kısmi dava başlığı altında düzenlenen HMK'nun 109/2. maddesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Zira hükme göre 'Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz'. Burada talep konusunun taraflar arasında belirli olması halinde kısmi dava açılmayacağı vurgulanmıştır. Kısaca davacı alacağı belirli değil ise belirsiz alacak ve tespit davası açabileceği gibi fazlaya dair haklarını saklı tutarak kısmi dava da açabilecektir. Alacak miktarı belirli ise kısmi dava veya belirsiz alacak ve tespit davası açılmaz. Ancak madde de ayrıca talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız olması halinde kısmi dava açılmayacağı belirtilmiştir. O halde talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmalı ise davacı kısmi dava açabilir. Davacı, alacak miktarı tartışmalı olduğunda kısmi dava yerine belirsiz alacak davasına da başvurabilmelidir. Bir alacağın davanın açıldığı anda belirli mi belirsiz mi, tartışmalı mı tartışmasız mı olduğu konusunda yukarıda belirtilen hükümlerden hareketle uygulamada bazı ölçütler getirilmiştir. Bunların başında gelen en önemli kriter alacağın likit olup olmadığı ölçütüdür. Yargıtay H.G.K. likit alacak kavramını açıklamıştır. Yargıtay'a göre; "... Likit bir alaktan söz edilebilmesi için ise; ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusunu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alaktan söz edilemez. Diğer bir anlatımla, icra inkar tazminatı, alacaklının genel mahkemede açtığı itirazın iptali davası sonucunda borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesi durumunda alacaklı yararına hükümlenen icra hukukuna özgü bir tazminattır. Borçlunun ne kadar borçlu olduğunu saptanması ve itirazında haklı olup olmadığının belirlenmesi ön koşuldur. Borçlunun ödeme emrine karşı itirazın yapıldığı andaki durumu itibarıyla haksızlığı saptanacak ancak haklı çıkma durumuna uygun alacak miktarı esas alınarak alacaklı yararına icra inkar tazminata hükmedilmesi gerekecektir (HGK. 14.7.2010 gün ve 2010/19-376 E, 2010/397 K, HGK)." Görüldüğü gibi likit olma ölçütünde Yargıtay; Alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olmasını ya da belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi olmasını aramaktadır. Kısaca davacının yalnız başına ne kadar alacaklı olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alaktan söz edilemez. Diğer taraftan yargılama (tahkikat aşamasında) sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacak belirsiz kabul edilmelidir. Davacının talep ettiği davaya konu alacağın miktarı veya değeri belirli ise hesap raporu alınmasına da gerek yoktur. Zira bu durumda hak kazanma veya ispat olgusu ayrı olmak üzere tartışmalı bir alaktan söz edilemez. Zaten kanunun 107/2 maddesinde bu olgu "tahkikat sonucu belirlenme" olarak vurgulanmıştır. İş uyuşmazlıklarında genel olarak alacağın kesin ve net tutarı, ancak bir yargılama sürecinden ve bilirkişi incelemesinden sonra tam olarak tespit edilebilmektedir. Bu anlamda kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanır. Giydirilmiş ücrete işçinin çıplak ücreti yanında, ücret eklentileri ve sosyal yardımlar dahil edilir. Dava konusu alacak miktarının veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun (ki bu işçilik alacaklarında çalışma olgusu, tazminat ve alacaklara esas süre ve ücret yönünden kendini gösterir) tespitini gerektirdiği durumlarda alacak belirsiz ve tartışmalı kabul edilmelidir. Hakimin takdiri veya yasal sebeplerle indirim yapılarak alacak miktarı veya değerinin belirlenmesi halinde alacak belirsizdir. Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecekse, alacak belirsiz kabul edilmelidir. Karşılaştırmalı hukukta geçerli olan bu kriter 107. maddenin 2. fıkrasının başlangıcında 'karşı tarafın vereceği bilgi sonucu' yargılama sırasında belirlenme olarak kabul edilmiştir. Yıllık ücretli izin alacağı, izin defterinin; fazla mesai ve tatil çalışmalarını kayda dayandığında puantaj (işe devam çizelgeleri) kayıtlarının işveren ta-

rafından sunulması ile belirlenebilecektir. İş Hukukunda maddi hukuk kuralları içinde işverene kayıt tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu belgelerle ilgili yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenin açılacak davada alacağın belirlenebilir olduğu savunması yerinde olmayacaktır. İşçinin alacağının belirlenmesi kayda dayandığında, kayıtlı belgeleri sunmayan veya işçiye vermeyen işveren, belirsiz alacak davası açılmasının sonuçlarına katlanmak zorundadır. Yargıtay H.G.K. 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 Esas, 2012/715 Karar sayılı kararında "... İşçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru olmayacağını, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesinin daha doğru olduğunu"... açıkça belirtmiştir. 6100 Sayılı HMK'nun 114. maddesinde davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, dava şartı olarak belirtilmiştir. Belirsiz alacak ve tespit davasında, kanun açıkça alacak miktarının veya değerinin belirlenememesi veya olanaksız olması halinde, davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının varsayılacağını öngörmüştür. Kısaca dava açıldığında alacak belirli değil veya tartışmalı ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılması için hukuki yarar vardır. Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslilik-ferilik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir (HMK. Mad.110). Birden fazla istemin yer aldığı ve işçi-işveren uyumsuzluklarında işçinin işçilik alacakları için açtığı davanın örnek teşkil ettiği bir dava türüdür. Davacı birçok talebini, tek bir dava dilekçesi ile talep etmektedir. Aslında kural olarak talep sayısınca dava mevcuttur. Davacı her bir talebi için dava dilekçesinde olguları (vakıaları) ayrı ayrı belirtmek ve ispat yükü kendisinde ise ispat etmek zorundadır. Yapılan yargılamada her bir talep hakkında ayrı ayrı inceleme yapılır. Yargılama sonunda da her biri hakkında olumlu veya olumsuz karar verilir. İşte davaların yığılması halinde, davacının isteklerinin bir kısmı belirli bir kısmı belirsiz alacak davası konusu olabilir. Bu durumda talep edilen alacaklardan açıkça belirli olan ve tartışmalı olmayanlar için belirsiz alacak davası veya kısmi dava ile talepte bulunulamaz. Bu sebeple dava şartlarının da her talep açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bir talep için dava şartının yokluğu, dava şartı olan ve gerçekleşen talepler içinde davanın usulden reddini gerektirmez. Dosya içeriğine göre; davacı işçilik alacaklarının ödenmemesi sebebiyle iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini belirterek, kıdem tazminatı ile işçilik ücreti ve yıllık izin ücreti alacağını, dava dilekçesinde belirtilen miktarlarda tahsili ve bakiyelerinin külliyen tespiti için belirsiz alacak davası açmıştır. Mahkemece taleplerinin belirli olduğu, bu sebeple belirsiz alacak davası olarak açılmayacağı belirtilerek, hukuki yarar bulunmaması nedeni ile davanın reddine karar verilmiştir. Dava dilekçesinde ve cevap dilekçesinde davacının ücreti ve kıdem süresine dair herhangi bir açıklama yer almadığı gibi yargılama aşamasında da bu hususlarda tarafların beyanları bulunmamaktadır. Dosya içerisine alınan icra takip dosyası içeriklerinden davacının kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti ve işçilik ücreti alacakları bakımından işveren aleyhine iki ayrı icra takibi yaptığı ve kıdem tazminatına dair takibe yapılan itiraz sonucu takibin durduğu, işçilik ücreti bakımından yapılan takipte ise borca kısmen itiraz edildiği ve bir miktar ödemede bulunduğu anlaşılmaktadır. Belirli bir alacaktan söz edilebilmesi için ya alacağın gerçek miktarının belirli veya sabit olması ya da alacaklısı tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmemesi; böylece alacaklının alacak tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, alacaklının yalnız başına ne kadar alacaklı olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir.

Somut olayda davacının ücretleri davalı işverence banka hesabına değişik tarihlerde kısmi olarak ödenmiş olup davacının 2013 yılı Haziran ayı itibariyle ödenmemiş ücret alacağının miktarı ancak bir yargılama sürecinden ve bilirkişi incelemesinden sonra tam olarak tespit edilebilecektir. Aynı şekilde kıdem tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanacağından ve giydirilmiş ücrete işçinin çıplak ücreti yanında ücret eklentileri ve sosyal yardımlar ekleneceğinden bu alacağın miktarı da bir yargılama sürecinden son-

mesini, hakimın takdirine göre alacağın belirlenmesi ve işverenin belge verme yükümlülüklerine aykırılıklarını da belirsiz alacak davasına gerekçe olarak kabul etmektedir. Daire'ye göre, "Yıllık ücretli izin alacağı, izin defterinin; fazla mesai ve tatil çalışmaları kayda dayandığında puantaj (işe devam çizelgeleri) kayıtlarının işveren tarafından sunulması ile belirlenebilecektir. İş Hukukunda maddi hukuk kuralları içinde işverene kayıt tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu belgelerle ilgili yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenin açılacak davada alacağın belirlenebilir olduğu savunması yerinde olmayacaktır. İşçinin alacağının belirlenmesi kayda dayandığında, kayıtlı belgeleri sunmayan veya işçiye veremeyen işveren, belirsiz alacak davası açılmasının sonuçlarına katlanmak zorundadır."

7. Hukuk Dairesi bir kararında da, belirsiz alacak davasının açılması ile zamaşaşımının kesilmesi hususuna vurgu yapılmıştır. Karara göre, geçici talep sonucuyula açılan belirsiz alacak davasında, kısmi alacak davasından farklı olarak, dava sırasında belirli hale gelen alacağın davaya sokulmasına izin verildiğinden, ileride belirli hale gelecek olan alacağın tamamı için zamaşaşımı kesilmesi sonucu ortaya çıkar. Asgari miktar belirtilerek açılan belirsiz alacak davasında mahkemece yapılan araştırma esnasında alacağın miktarının veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına (m.141, 319) tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilir ve yapılan bu artırım zamaşaşımına tabi değildir. Kararda belirsiz alacak davasının zamaşaşımına etkisi belirtildikten sonra; somut olayda davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı belirtilmiş ve zamaşaşımı iddialarının yerinde olmadığına karar verilmiştir⁹⁶.

C. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, belirsiz alacak davasını diğer dairelere oranla çok daha sınırlı bir alanda kabul etmektedir. Diğer dairelerin belirsiz alacak davası için gösterdiği gerekçeler, 22. Daire tarafından genellikle reddedilmektedir. Daire, taraflar arasında çalışma süresinin ve ücret miktarının tartışmalı olmasını, işverenin maddi hukuktan doğan yükümlülüklerini (belge ve bordro

ra ortaya çıkacaktır. Yıllık izin alacağına gelince; bu alacak izin defterinin işverence sunulması ile karşı tarafın vereceği bilgi sonucu belirleneceğinden bu alacağında belirli olduğundan söz edilemez. Mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme sonucu davaya konu alacakların belirli alacaklar olduğu gerekçesiyle davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmiş olması bozma nedenidir. Kabul şekli bakımından da HMK.'nun 114/İ-h maddesinde hukuki yarar dava şartları arasında sayılmış, 115/2. maddesinde mahkemenin dava şartı noksanlığını tespit etmesi halinde davanın usulden reddine karar verileceği, ancak dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre vereceği, bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemiş ise davayı dava şartı yokluğundan usulden reddedeceği bildirilmiştir. Mahkemece alacağın miktarının belirlenebilir olduğu, belirsiz alacak davası açılmayacağı kabul edildiği halde davacıya talep ettiği alacaklarının miktarını tam olarak açıklayıp eksik harcı tamamlaması için kesin önel verilmeksizin davanın hukuki yarar yokluğundan usulden reddine karar verilmiş olması da doğru olmamıştır. SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarda yazılı sebeple BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde davacıya iadesine, 12.02.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi." www.kazanci.com.

⁹⁶ Yarg. 7. HD., 18.05.2015, E. 2015/4773 K. 2015/9246.

düzenleme gibi) yerine getirmemesini, tuttuğu belgelerin gerçeği yansıtmasını belirsiz alacak davası açmak için yeterli kabul etmemektedir⁹⁷.

22. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili görüşünü yansıtan bir kararına göre; "...iş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına bağlıdır. Eğer bu şartlar varsa, iş hukukunda da belirsiz alacak davası açılabilir, yoksa açılmaz (C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, I. Bası, İstanbul 2013, s. 414). Keza aynı şey kısmi dava için söz konusudur...Öncelikle, taraflar arasında çalışma süresi ve ücret miktarı tartışmalı ise de, salt söz konusu tartışmanın varlığı alacağı belirsiz hale getirmez. Keza davacı, çalışma süresini ve ücretini belirleyebilmektedir. Davacının ne zamandan beri çalıştığını veya ücretinin ne kadar olduğunu bilmemesi aynı zamanda hayatın olağan akışına da aykırıdır. Davacı işçinin kendisinin bilmediği çalışma süresini, tanıkların bildiğini veya bilirkişinin bileceğini farzetmek ispat kurallarına da hayatın olağan akışına da aykırıdır. Keza tarafın yeterli şekilde somutlaştırıp kendisinin bilgisinde dahi olmadığını belirttiği bir hususu mahkemece bilinmesini beklemek de mümkün değildir.

Diğer taraftan davacı, dava konusu alacakların miktarlarının belirlenmesinde, işverenin elinde bulunan bilgi ve belgelere dayanmamakta, aksine işverence tutulan kayıtların muvazaalı olduğu gerekçesiyle nazara alınamayacağını iddia etmektedir. İşverenin maddi hukuktan doğan yükümlülüklerini (belge ve bordro düzenleme gibi) yerine getirmemesi, tuttuğu belgelerin gerçeği yansıtması, davadan önce işçinin alacaklarını inkâr etmesi ya da ikrar etmekle beraber yerine getirmemesi davacıya kural olarak belirsiz alacak davası açma imkânını vermez. İşçi bu durumlarda dahi, alacağının miktarını veya değerini belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz (Simil, s. 412). Ayrıca, yukarıda da belirtildiği gibi, salt bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir..."⁹⁸.

Bununla birlikte Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin de belirsiz alacak davasını kabul eden kararları bulunmaktadır. Bir olayda, taşeron işçisi olarak çalıştırılan bir hemzemin geçit bekçisi adına TCDD Genel Müdürlüğü aleyhine muvazaa ve belirsiz alacak davası açılmış, yerel mahkeme belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin kararını bozarak, davacının gerçek ücretinin ve dava konusu diğer alacakların gerçek ücret üzerinden miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale gelecek olması nedeni ile davanın belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yarar bulunduğunu yönünde karar vermiştir⁹⁹.

⁹⁷ Yarg. 22. HD., 11.02.2014, E. 2014/442, K. 2014/2051, www.kazanci.com. Aynı yönde, Yarg. 22. HD., 18.11.2014, E. 2013/21949, K. 2014/32355, www.kazanci.com; Yarg. 22. HD., 16.06.2014, E. 2013/15167, K. 2014/17279, www.kazanci.com; Yarg. 22. HD., 31.12.2012, E. 2012/30463, K. 2012/30091, www.kazanci.com.

⁹⁸ Yarg. 22. HD., 11.02.2014, E. 2014/442, K. 2014/2051, www.kazanci.com.

⁹⁹ Yarg. 22. HD., 22.06.2015, E. 2015/18278, K. 2015/21417. "...davacı, davalıya ait aynı iş yerinde çalışan emsal işçinin ücretine göre gerçek ücretinin belirlenmesini talep etmiş ve kayıtlar işverenin elinde bulunduğundan emsal işçi ücretini tam olarak bilmelerinin mümkün olmadığını beyan ederek, fark ücret, ilave tediye, Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanan sosyal yardım ve ek ödeme alacaklarının hüküm altına alınmasını ta-

D. Hukuk Genel Kurulu Kararları

Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararları incelendiğinde, Genel Kurulda bu konuda farklı görüşlerin ortaya çıktığı gözlenmektedir. Hukuk Genel Kurulu, 2012 yılında vermiş olduğu kararında 9. Hukuk Dairesinin görüşüne paralel bir karar verirken¹⁰⁰; 2015 yılında aynı gün verdiği farklı kararlarında hem 22. Hukuk Dairesinin¹⁰¹ hem de 7. ve 9. Hukuk Dairelerinin görüşleri doğrultusunda kararlar vermiştir¹⁰². Fakat sonuç itibarı ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu işçi alacaklarının belirsiz alacak davası olarak açılabilmesine hükmetmiş görülmektedir. Somut olayda davacı vekili, davanın belirsiz alacak davası olduğunu belirterek, fark aylık ücret ve fark ikramiye alacakları-

lep etmiştir. Dosya içeriğine göre, talebin haklı görülmesi halinde davacının gerçek ücretinin ve dava konusu diğer alacakların gerçek ücret üzerinden miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale gelecek olması nedeni ile, davanın belirsiz alacak davası açmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Bu nedenle işin esasına girilerek oluşacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken...”.

¹⁰⁰ YHGK, 17.10.2012, E. 2012/9-838, K. 2012/715, www.kazanci.com: “...Yargıtay uygulamasına göre işçinin iddia ettiği temel ücret miktarı işverence kabul edilmediğinde meslek kuruluşlarından olası (adet-emsal olan) ücret yönünden araştırmaya gidilmekte ve çoğunlukla meslek odasının bildirdiği ücret hesaplamaya esas alınmaktadır. Bu ihtimalde işçi iddia ettiği ücreti kanıtlayamamış olmaktadır. Zira ücretle ilgili tüm deliller işveren uhdesindedir ve işçinin çoğu kez bu delillere ulaşmasına imkân tanınmamaktadır. Bu yönüyle temel ücretin tespitindeki ve ispatındaki ülkemize has güçlükler sebebiyle kısmi davanın açılmasında işçinin hukuki menfaatinin olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca kıdem tazminatı giydirilmiş ücretten, fazla mesai alacağı da muaccel olduğu tarihteki ücret üzerinden hesaplanacak, fazla mesai alacağı kayda dayanmadığı takdirde indirim tabii tutulacaktır.

Tazminat ve alacaklar tartışmalı ve açıkça belirli değildir. Yargılama sırasında hesap raporu alınmasını, tazminat ve alacağı esas ücretin tespit edilmesini gerektirmektedir...işçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru değildir. Bu nedenle, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.

Kıdem tazminatı alacağı ve fazla mesai ücreti alacağının hesaplanmasında, hizmet süresi ile işçinin aldığı gerçek ücret önemli kriterlerdir. Kıdem tazminatı, giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer işçilik alacakları çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Giydirilmiş ücrette, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun 67. maddesi uyarınca, “Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur”. Aynı Kanunun 8/3 maddesinde de: “Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür.” hükmüne yer verilmiş olup, özellikle fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının belirlenmesi için işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi şarttır...Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında dava konusu fazla mesai ve kıdem tazminatı istemi için de HMK m.109/2 anlamında talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğundan söz edilmesi mümkün değildir...”.

¹⁰¹ YHGK, 17.06.2015, E. 2015/22-1052, K. 2015/1612, www.kazanci.com.

¹⁰² YHGK, 17.06.2015, E. 2015/22-1156, K. 2015/1598, www.kazanci.com.

nın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Talebi kabul eden yerel mahkeme kararının 22. Hukuk Dairesi tarafından bozulmasına rağmen, yerel mahkeme kararında direnmiş; konu Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir.

Hukuk Genel Kurulu kararında usul hukukunun amaç değil maddi hukuk için araç olma özelliğini, yargılamada iş hukukunun ilkelerine uyulması gerektiğini vurgulayarak, işçi alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olabileceğini kabul etmiş, yerel mahkemenin kararını onamıştır. İşçinin eğitim ve sosyal durumu dikkate alınarak alacaklarını belirlemesinin beklenemeyeceği de kararda yer almaktadır. Büyük ölçüde 7 ve 9. Hukuk Dairesi kararlarına yaklaşan karar gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: *"...Belirsiz alacak davasının getirdiği en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma ve dava konusu hakkın zamanaşımına uğrama riskini azaltmasıdır. Usul hukukunun maddi hukuk içinde gerçekleşen hakkın talep edilebilirliğini, tespitini belirli kuralara bağlayan hukuk dalı olması nedeniyle maddi hukuk için araç olduğu unutulmamalıdır. O nedenle iş yargılaması kuralları ve bu anlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu kurallarının iş ve sosyal güvenlik hukukuna hizmet ederken, bu hukukun ilkelerini de gözardı etmemesi gerekecektir...İşçilik alacakları bakımından dava konusu edilen alacağın belirli olup olmadığı ile ilgili olarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacının beklenememesi kriteri ile açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması kriterini birlikte değerlendirip sonuca gidilmesi İş Hukukunda geçerli zayıf olan işçiyi koruma ilkesi ile işçi lehine yorum ilkesi gereği daha isabetli olacaktır. Kural olarak kişinin alacağını belirleyebilmesi için, aynı zamanda belgeye bağlama yetkisinin olması veya bu konuda belge düzenlenip kendisine verilmesi gerekir...Söz konusu düzenlemelere bakıldığında, işçi işveren arasındaki iş ilişkisinde belgeye bağlama görev ve yetkisinin işçide değil, işverende olduğu görülmektedir.*

İş sözleşmesinde iş görme edimini yerine getiren ve belge düzenleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunmayan işçinin alacaklarını belirleyebilmesi için işveren tarafından düzenlenen yasmaya uygun belgelere ihtiyaç duyulmaktadır. Diğer yandan iş ilişkisindeki alacak kalemlerinin hesaplanmasında çıplak ücret ya da giydirilmiş ücrete göre hesaplanan farklı alacak türleri bulunmaktadır. Örneğin kıdem tazminatı, giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer işçilik alacakları (fazla mesai, hafta tatili, yıllık ücretli izin alacakları gibi) çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Giydirilmiş ücrete, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Özellikle ücrete dâhil edilecek menfaatlerin iş yerinde süreklilik arz edip arz etmediği de çoğunlukla taraflar arasında tartışma konusu edilmektedir. Bu nedenle eğitim düzeyi ve sosyal durumları birbirinden farklı olan işçilerin alacağını tam ve kesin olarak belirleyebilmelerini beklemek mümkün değildir. Bunun için yukarıda bahsedilen iki kriter birlikte değerlendirilerek, dava konusu edilen işçilik alacağının belirli olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir...Davacının talep ettiği fark işçilik alacaklarının hesaplanabilmesi için yasada öngörülen kayıt ve belgeleri tutma ve işçinin bilgisine sunmakla yükümlü olan işverenin sunacağı bordrolara ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü fark ücret ve ikramiye alacaklarının belirlenmesi için, muhasebe işlemini gerektirmektedir. Zira işverenin yaptığı girdi çıktı işleminin geçersiz sayılması halinde davacının alacağı gerçek ücrete TİS ile belirlenen zam oranları uygulanarak bulunacak miktardan işverence düzenlenen bordrolardaki

ödenen ücret mahsup edilerek fark alacak bulunacaktır. Bunun için de işyerinde kayıt tutma dolayısı ile belgeleme yükümlüsü olan işverenin sunacağı bordrolara ve kayıtlara ihtiyaç duyulmaktadır. Dosya içerisinde bulunan ücret bordrolarında davacının imzası bulunmadığı gibi işveren tarafından 4857 sayılı Kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirerek gerekli belgeleri işçiye teslim ettiğine dair delil de sunmamıştır. Bu nedenle işçinin alacağını belirleyecek veriler elinde bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle, yaklaşık 6 yıla yakın bir süreye ilişkin TİS artışlarından kaynaklanan alacaklarını belirlemesi davacı işçinin eğitim ve sosyal durumu dikkate alındığında kendisinden beklenemeyeceği gibi söz konusu alacakların belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgelerin verilmesi ve tahkikata ihtiyaç duyulduğundan Mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak görülmesi ve davanın kabulüne karar verilmesi yerindedir...¹⁰³.

IV. ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI

A. Alman Hukukunda

Alman usul yasasında belirsiz alacak davası, Türk/İsviçre hukukundan farklı olarak açıkça düzenlenmemiştir. Buna rağmen Alman hukukunda ilk olarak 1879 yılında İmparatorluk Mahkemesi tarafından belirsiz alacak davası imkânı kabul edilmiştir ve halen mahkeme kararları ile bazı davaların belirsiz alacak davası olarak açılmasına imkân tanınmaktadır. Cezai şartın tenkisi davası ile manevi tazminatın hakkaniyete göre belirlendiği davalar belirsiz alacak davasının tipik uygulama alanı olarak kabul görür. Bunun yanında, alacak tutarının delil toplanmasının sonucuna, bir bilirkişi raporu alınmasına veya mahkemenin takdirine bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılması mümkündür¹⁰⁴.

Öğretilerde de çoğunluk görüşü belirsiz alacak davasının mümkün olduğu yönündedir¹⁰⁵. Özellikle alacak tutarının belirlenmesi hâkimin takdirine bağlı olduğunda belirsiz alacak davası açılabileceği kabul görmektedir¹⁰⁶. Ancak konunun tartışma ve uygulama alanı daha çok manevi tazminat davası ile sınırlı kalmıştır. Fakat bunun nedeni belirsiz alacak davasını reddetmekten ziyade aşağıda açıklanacak usul hukuku kuralları nedeni ile masrafsız ve kolay iş davası açma hakkının tanınmasıdır. Bununla birlikte Alman usul hukukunda sadece manevi tazminat davası ile sınırlı olarak belirsiz alacak davasının kabul edildiği düşünülmelidir. Gerek Rosenberg/Schwab/Gottwald'ın Medeni Usul Hukuku şerhinde gerek Usul Hukuku Münih Şerhi'nde, özellikle bilirkişi incelemesi veya hâkimin takdiri sonucu alacak tutarının belirlenebildiği durumlarda belirsiz alacak davasının uygulanacağına işaret edilmektedir¹⁰⁷. Rosen-

¹⁰³ YHGK, 17.06.2015, E. 2015/22-1156, K. 2015/1598, Çalışma ve Toplum Dergisi, 47, 2015/4, s. 301-320.

¹⁰⁴ GOTTWALD, Peter: "Die unbezifferte Forderungsklage", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, İzmir, 1-2 Ekim 2012, s. 20, 21 ve 29

¹⁰⁵ Belirsiz alacak davası lehinde ve aleyhinde görüşler için bkz. MENGES, Volker: "Die Zulaessigkeit des unbezifferten Klageantrags", s. 12 vd.

¹⁰⁶ MüKoZPO/MUSIELAK, ZPO, 4. Auflage 2013, Beckonline.de, § 308 Rn. 16

¹⁰⁷ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, ZIVILPROZESSRECHT, 17. Auflage 2010, §95, Beckonline.de, Rn. 38: "Weitere Ausnahmen werden in den Fällen anerkannt, in denen die geschuldete Leistung erst durch ein Rechtsgestaltungsurteil bestimmt wird (s. o. §

berg/Schwab/Gottwald bir adım daha ileri giderek belirsiz alacak davasına örnek olarak açıkça şu davayı da saymaktadırlar: „ iş sözleşmesinde emsal ücret (BGB 612)¹⁰⁸.

Bu durumda Alman hukukunda belirsiz alacak davasının kabul gördüğü açıktır. Özellikle iş sözleşmesinde ücretin tartışmalı olup emsal ücretin dava edilmesi ile başlamak üzere, sonucun bilirkişi incelemesi veya hâkimin takdirine bağlı olduğu her durumda belirsiz alacak davası açmak mümkün görülmektedir. Gene de belirsiz alacak davasına ülkemizdeki kadar başvurma ihtiyacı olmadığı için konu Almanya'da fazla tartışılmamaktadır. Belirsiz alacak davasına Almanya'da pek gerek duyulmamasının dört sebebi bulunmaktadır:

1. Aşağıda açıklanacağı üzere kademeli/basamaklı dava açma imkânı sağlanarak, belirsiz alacak davası ile aynı sonuçlara ulaşılmaktadır.

2. Gene aşağıda açıklanacağı üzere işçi alacaklarında masrafsız ve kolay dava açmak için gereken yasal imkânlar öngörülmüştür.

3. Ayrıca işyeri kurulları ile yönetime katılma ve diğer kontroller yanında toplum kültürünün de yardımı ile her şey kayıt altındadır; belirsizlik ülkemize kıyasla çok daha azdır.

4. Hukuk sigortaları ve gelir düzeyindeki yükseklik sayesinde işçilerin dava açmalarının maddi koşulları ülkemize kıyasla çok daha rahattır.

Alman hukukunda işçilerin dava açarken başvurabilecekleri, belirsiz alacak davasının tüm yararlarını içeren başka bir usul hukuku imkânı da yasa ile sağlanmıştır ve uygulamada geniş bir yer tutmaktadır: Basamaklı veya kademeli dava (Stufenklage §254 ZPO)¹⁰⁹. İşçinin alacağını tam belirleyemediği, gereken bilgi ve verilere sahip olamadığı, hâkimin takdirine bağlı olarak sonucun değişebileceği durumlarda aşamalı olarak davasını genişletmesi ve belirsiz alacak davası ile tamamen aynı sonuçlara ulaşması basamaklı dava sayesinde mümkündür. Basamaklı davada işçi önce sınırlı bir tutar için (asıl tutarın %10'u gibi) dava açarken işverende olan belgelerin getirilmesini veya tartışmalı-takdire bağlı hususların aydınlatılmasını talep eder ve ileriye dönük haklarını saklı tutar. Gereken belgeler sağlandıktan sonra ikinci aşamada gereğinde ek başka deliller sunulur, işveren tarafına yemin teklif edilir veya bilirkişi incelemesi yapılır. Üçüncü aşamada yani ancak işçi alacağını öngörebilir hale geldiğinde tam tutarı belirli hale getirir ve talep eder. İşçinin talep tutarını bu şekilde düzeltmesine karşı davanın genişletilmesi itirazı ileri sürülemez. Aynen belirsiz alacak davasında olduğu gibi, basamaklı dava da zamanaşımını keser; dava ne kadar sürerse sürsün işçi alacağı zamanaşımına uğramaz¹¹⁰. Üstelik

91 Rn. 12), oder bei Geldansprüchen, da deren Höhe nicht exakt feststeht, sondern erst durch Beweisaufnahme, insbesondere Sachverständigenvernehmung oder Schätzung nach richterlichem Ermessen (§ 287) ermittelt wird.“; MÜKO, ZPO/BECKER-EBERHARD ZPO § 253, Rn. 122, Beckonline.de

¹⁰⁸ Rn. 40: “Vertragsstrafe (OLG Karlsruhe WRP 1975, 306), die übliche Vergütung aus Dienst-, Werk- oder Mäklervertrag (§§ 612, 632, 653 BGB), die angemessene Entschädigung im Falle von § 642 BGB, die Erhöhung des Pachtzinses nach Ermessen des Gerichts (BGH JZ 1973, 61), die Provision nach Maßgabe des Umsatzes, die Vergütung des Testamentsvollstreckers (§ 2221 BGB), sowie die angemessene Entschädigung nach § 15 IV 1 AGG (ArbG Berlin NJW 2008, 1401).“; karşı görüşte: MÜKO, ZPO/BECKER-EBERHARD ZPO § 253, Rn. 126

¹⁰⁹ Basamaklı/Kademeli dava hakkında: GOTTWALD, s. 22 vd., 30 vd.

¹¹⁰ GOTTWALD, s. 22, 31

aşağıda açıklanacak kanundaki özel düzenleme nedeni ile işçi dava açarken yargulama masrafı, harcı vb. ödemek zorunda değildir. Türk öğretisinde de basamaklı/kademeli davanın, belirsiz alacak davasının bir türü olduğu kabul edilmektedir¹¹¹. Bir görüş uyarınca bu dava türünün HMK'na alınmaması nedeni ile yasada bir boşluk oluşmuş ve bu boşluk Yargıtay'ın işçi alacaklarında belirsiz alacak davasını kabul etmesi ile giderilmeye çalışılmaktadır¹¹².

B. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda ise belirsiz alacak davası kanunda açıkça düzenlenmiş ve bu düzenleme neredeyse aynı kelimeler ile Türk hukukuna iktibas edilmiştir. İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 85 ile HMK 107 aynı içeriktedir¹¹³.

İsviçre hukukunda belirsiz alacak davası hukukumuzda olduğu gibi ciddi bir tartışma konusudur; taraftarları bulunduğu gibi karşısında yer alanlar da bulunmaktadır. Temel görüş, belirsiz alacak davasının istisnai bir dava olduğudur. Fakat bu istisnaların kapsamına nelerin girdiği konusunda da özellikle iş hukukçuları ile usul hukukçuları arasında bir tartışma yaşanmaktadır. Alacağın miktarını tam belirleyebilmenin alacaklıdan beklenemeyeceği durumların neler olduğu sonuçta hukuk uygulayıcısının takdirine kalmaktadır. Özellikle üç durumda belirsiz alacak davası açılabileceği genel kabul görmektedir: Birincisi, alacağın ancak davalı tarafından sunulacak bilgiler ile belirlenebilecek olması durumudur. Bu durumda davalı taraf vermesi gereken bilgileri paylaşmadığı için alacak tutarını belirlemek mümkün değildir. İkinci durum ise davacının delillere ulaşamaması nedeni ile alacak tutarını belirleme güçlüğüdür. Üçüncü ve tartışmalı durum ise hâkimin takdirine göre alacak durumunun belirlenebilecek olduğu davalardır. Bu durumda alacak tutarını hâkim takdir yetkisini kullanarak belirleyeceği için, baştan kesin bir tutar belirlenmesi beklenemez¹¹⁴.

İsviçre hukukunda belirsiz alacak davasının tipik uygulama alanı olarak hâkimin hüküm bakımından takdir hakkının olduğu davalar gösterilmektedir (Tatbestand/Sachverhaltermessen). Fakat bunun yanında hâkimin sadece hükmün kendisini örneğin alacağın varlığını değil de hukuki sonuç, örneğin tazminatın tutarı bakımından takdir hakkına sahip olduğu (Rechtsfolgeermessen) davaların da belirsiz alacak davası olarak açılabileceği öğretide kabul görmektedir. Hâkimin maddi hukuktan kaynaklanan bir hakka dayanarak alacak tutarını takdir hakkı ile belirleyebileceği durumlarda belirsiz alacak davası açılması mümkündür¹¹⁵. Federal Mahkeme içtihadında belirsiz alacak davası daha sınırlı olarak görülmektedir¹¹⁶. Fakat Federal Mahkeme'nin BGE 131 III, 243, 246 kararında, E. 5.1 altında, belirsiz alacak davasını sınırlamadığı, sade-

¹¹¹ PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 958.

¹¹² ÖZKAYA FERENDECİ, s. 377. Aksi Görüş: PEKCANITEZ, İş Hukukunda Uygulama, s. 958.

¹¹³ "ZPO Art. 85 Unbezifferte Forderungsklage

Ist es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar, ihre Forderung bereits zu Beginn des Prozesses zu beziffern, so kann sie eine unbezifferte Forderungsklage erheben. Sie muss jedoch einen Mindestwert angeben, der als vorläufiger Streitwert gilt."

¹¹⁴ MEIER, s. 40, 74.

¹¹⁵ GUT, Nicholas, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel, 2014, Rn. s. 402, 404 ve 405 ve Dipnot 1237'de atf yapılan yazarılar; MEIER, s. 44, 48, 78, 81.

¹¹⁶ GUT, Rn. s. 400 vd.

ce kanton mahkemelerine bir davanın belirli alacak davası olarak açılmasını talep etme yetkisini tanıdığı kabul edilmektedir¹¹⁷.

Bu gerekçeler ile İsviçre hukukunda hâkimin hukuki sonucu veya alacak tutarını takdir hakkına sahip olduğu veya davalının vereceği bilgiler olmadan alacağın belirlenemeyeceği her durumda belirsiz alacak davasının açılabilmesi kabul görmektedir¹¹⁸. Hâkimin takdir hakkına sahip olduğu davalar da sadece manevi tazminat davası ile sınırlı tutulmamaktadır. Dürüstlük kuralına göre davacının yargılamada delil toplanması ve tespiti süreci tamamlanmadan alacak tutarını kesinleştiremeyeceği her durumda belirsiz alacak davası açılabilmesi kabul edilir. Bu durumda davacıdan belirsiz alacak davası yerine kısmi dava açması da beklenmez¹¹⁹. İsviçre Federal Mahkeme kararlarına ve öğreti görüşüne göre, fazla çalışma ücreti, kötüniet tazminatı, ayırmıcılık tazminatı ve haksız fesh tazminatı tutarları da hâkimin takdirine göre belirlenmektedir¹²⁰. Bu nedenle işçinin bu davaları belirsiz alacak davası olarak açabileceği kabul görmektedir. Özellikle fazla çalışma ücreti talebinde yasadaki kaynaklanan bir takdir hakkı olmamasına rağmen, işçinin fazla çalışma süresini ispat güçlüğü yaşaması nedeni ile hâkime takdir hakkı tanındığı kabul edilerek bu sonuca ulaşılmaktadır. Zira fazla çalışmanın kaç saati bulunduğunu belirlemenin işçiden “beklenemez veya imkânsız” olduğu hem öğreti hem de yargı tarafından kabul edilmektedir¹²¹.

İsviçre öğretisinde belirsiz alacak davasına temelde karşı olan, ülkemizde Medeni Usul Hukukçuları toplantısında konu hakkında bir tebliğ sunmuş olan Meier’in görüşleri esas alındığında dahi, belirsiz alacak davasını Türkiye’de savunulduğu ölçüde yasaklayacak bir sonuca ulaşamaz. Meier’in görüşüne göre belirsiz alacak davası usul hukukundaki silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Bu nedenle yazar, belirsiz alacak davası yerine basamaklı/kademeli dava veya mahkeme masraflarının hâkimin takdirine göre taraflara paylaşılmasına dair İsviçre Medeni Usul Kanunu hükmünün uygulanması gibi çözümler önermektedir. Bununla birlikte Meier, belirsiz alacak davasının yasadaki düzenleme şekli ile halen İsviçre’de uygulanandan daha geniş bir uygulanma imkânı bulunduğunu da kabul etmektedir. Hâkimin takdirine göre dava sonucunun ve alacağın tespit edilebildiği her durumda belirsiz alacak davası açılabilir. Meier sadece İsviçre hukukundaki harçlar düzenlemesi nedeni ile belirsiz alacak davasının umut edilen yararı sağlamayacağını belirtmektedir. Bu neden-

¹¹⁷ GUT, Rn. s. 404; MEIER, s. 45, 48, 78, 82.

¹¹⁸ GUT, Rn. s. 421; MEIER, s. 40, 74 ve 45, 48, 78, 82, Meier çoğunluğun görüşünün hâkimin sonuç bakımından takdir hakkı olan durumlarda belirsiz alacak davası açılmayacağı yönünde olduğunu belirtmekle birlikte, bu görüşte olan yazarların İsviçre Borçlar Kanunu 336a (iş akdinin feshinde kötüniet tazminatı) uyarınca açılan davaların belirsiz alacak davası olacağını kabul ettiği çelişkesine işaret etmektedir (dipnot 19).

¹¹⁹ STAEHELIN, Adrian/STAEHELIN, Daniel/GROLIMUND, Pascal, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich, 2013, § 14 Klage, Rn. 5.

¹²⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, s. 55 DN 294’deki kararlar; GUT, Rn. 437 vd.; İsviçre hukukunda kötüniet tazminatı Türk hukukunda olduğu gibi sabit bir tutar olarak değil azami tutar olarak (6 aylık ücret) yasadaki öngörülme, kesin tutarın belirlenmesi hâkime bırakılmaktadır. Ayırmıcılık tazminatı ise İş Kanunu m. 5’de olduğu gibi azami bir tutar olarak belirlenip hâkimin takdirine bırakılmaktadır.

¹²¹ STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zürich, 2012 s. 55; STREIF/KAENEL, OR 321c, s. 169, www.swisslex.ch; BGE 4A_42/2011, 15.7.2011; GUT, Rn. 437.

le basamaklı/kademeli davaya daha fazla taraftar olmaktadır¹²². Ki basamaklı/kademeli dava da yukarıda açıklandığı üzere belirsiz alacak davasının bir türüdür. Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da belirsiz alacak davasının diğer bir türü olan basamaklı/kademeli davanın açılabilmesi kabul görmektedir. Basamaklı/kademeli dava belirsiz alacak davasının diğer bir görünümü olup, dava açarken işçinin asgari bir miktar belirlemesi yeterlidir¹²³.

Her durumda, belirsiz alacak davasının iktibas edildiği İsviçre hukuku bakımından da varılan sonuç, bu davanın işçilik alacakları bakımından yasaklanmadığı, aksine özellikle delillere ulaşamayan durumlarda ve hâkimin takdirine bağlı tazminatlar bakımından genel kabul gördüğüdür. Fazla çalışma ücretinin belirsiz alacak davasına konu edilebileceği açıkça belirtilmektedir. Almanya için tespit ettiğimiz, belirsiz alacak davasının ülkemizdeki kadar bir uygulama ve tartışma alanı bulmaması durumu İsviçre için de geçerlidir. Fakat bunun nedenleri Almanya'dakiler ile hemen hemen aynıdır. İşçilik alacaklarının kayıt altına alınması, düzenlilik nedeni ile belirsizliklerin çok daha az olması ve işçilerin dava açmaları için gereken maddi imkânlarla daha fazla sahip olmaları. Fakat daha da önemlisi, aşağıda açıklanacağı üzere, İsviçre hukukunda iş davalarının masrafsız açılabilmesi için gereken yasal düzenlemelerin yapılmış olmasıdır. Tüm bu farklı koşullara rağmen, dava sonucunun hâkimin takdirine bağlı olduğu tüm durumlarda ve buna bağlı olarak iş hukukuna özgü feshe bağlı tazminatlarda, ayrıca alacağın belirlenmesinin güç olduğu fazla çalışma ücreti gibi alacaklarda belirsiz alacak davası açılabilmesi kabul edilmektedir.

C. Alman ve İsviçre Hukukunda Masrafsız ve Kolay İş Davası Açma Hakkı

Alman ve İsviçre hukukunda ilke olarak belirsiz alacak davasının uygulanırılığı kabul görmekle birlikte, iş davaları ve işçilik alacakları bakımından ülkemizdeki aksine pek tartışma konusu yapılmadığı tespit edilmektedir. Fakat bunun nedeni, belirsiz alacak davasının hukuken reddedilmesi değil, özellikle iş hukuku davalarında pek gerekli olmamasıdır.

Çünkü Almanya'da hem koşullar farklı olduğu için belirsiz alacak davası Türkiye'deki kadar mecbur kalınan bir yol değildir ama hem de usul hukuku işçi lehine başka çözümler getirmiştir. Her şeyden önce Almanya'da iş davalarının yargılama giderleri bakımından farklı bir kural benimsenmiştir: İş davası açılırken yargılama giderleri peşin ödenmez, ancak dava bitince ödenir (§ 11 Gerichtskostengesetz [Mahkeme Masrafları Yasası])¹²⁴. Böylece özellikle işçinin yargılama gideri ile karşılaşmış fiilen dava açma hakkının zorlaşmasının önüne geçilmiştir. İşçiyi dava açarken yargılama giderlerini ödemekten kurtaran bu düzenlemenin sosyal yarar düşüncesine dayandığı, bu hali ile iş yargulamasının

¹²² MEIER, s. 63, 95.

¹²³ STERIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, 55-56.

¹²⁴ § 11 Verfahren nach dem Arbeitsgerichtsgesetz: "In Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen sind die Vorschriften dieses Abschnitts nicht anzuwenden". ZIEMANN, Werner: "Teil 2: Kosten und Kostenerstattung", A. Urteilsverfahren", Rn. 9, in: TSCHÖPE/ZIEMANN/ALTENBURG/PASCHKE, Streitwert und Kosten im Arbeitsrecht, München, 2013.

medeni usul hukukunun diğer alanlarından ayrıldığı özellikle vurgulanmaktadır¹²⁵.

Sadece yargılama giderleri değil, mahkemenin yapacağı diğer yargılama işlemlerinin masrafları da bu kural kapsamındadır. Mahkemenin bilirkişi ataması, tercüman ataması, tanıkları davet etmesi, ihtiyati tedbir uygulaması gibi işlemlerin masraflarını da davacının başlangıçta peşin ödemesi gerekmez. Davacının bu işlemleri mahkmeden talep etmiş olması dahi peşin ödeme yükümlülüğü doğurmaz¹²⁶.

Avukatlık ücreti konusunda da Alman İş Mahkemeleri Kanunu özel bir düzenleme öngörmüştür: Buna göre ilk yargılama aşamasında kazanan taraf karşı taraftan vekâlet ücreti talep edemez; taraflar vekâlet ücretlerini kendileri üstlenirler (§ 12a Arbeitsgerichtsgesetz)¹²⁷. Bu durum davayı kaybetse dahi işçinin işverene vekâlet ücreti ödememesi sonucunu doğurmaktadır.

İsviçre’de de yasa koyucu konuyu belirsiz alacak davası tartışmasına gerek bırakmayacak şekilde özel olarak düzenlemiş, işçiye masrafsız dava açma hakkı özel olarak sağlamıştır. Bu hakkı tam olarak anlamak için İsviçre hukukunda yargılama giderleriyle ilgili çok önemli iki kural vurgulanmalıdır:

Birincisi, değeri 30.000 İsviçre Frangını aşmayan iş davalarında (ve arabuluculukta) yargılama gideri alınmaz (Art. 114 ZPO)¹²⁸. Böylece işçinin açtığı dava değerini 30.000 Frank olarak belirlemesi halinde hiçbir yargılama gideri ödemesi beklenmemektedir¹²⁹. İşçiye yaklaşık 90.000 TL tutarına kadar alacağı için açtığı davada yargılama giderlerini ödememe imkânı sağlayan bu düzenleme hukukumuzda alınmış olsaydı, belirsiz alacak davasını Türkiye’de de pek tartışmanın gerekmeyeceği açıktır.

İkincisi, bu tutarı aşan davalarda da hâkim, davası tamamen veya kısmen reddedilen işçinin, yasada öngörülenden daha az yargılama gideri ödemesine hükmetme hakkına sahiptir. Konuyla ilgili Art. 107/1-a ZPO uyarınca hâkim, “davanın temel olarak kabul edilip alacak tutarı bakımından kabul edilmediği ve alacak tutarının hâkimin takdirine göre belirlendiği veya tutarı belirlemenin güç olduğu durumlarda” yasadaki hükümlerden ayrılabilir ve mahkeme masraflarını takdirine göre taraflara paylaşabilir¹³⁰. Bu şekilde tam

¹²⁵ GERMELMANN, Claas-Hinrich: ArbGG § 12 Kosten, Rn. 74, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2013, Beckonline.de.

¹²⁶ GERMELMANN: ArbGG § 12 Kosten, Rn. 74, in: GERMELMANN/MATTHES/ PRÜTTING, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2013.

¹²⁷ “In Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs besteht kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozeßbevollmächtigten oder Beistands”.

¹²⁸ “Art. 114 Entscheidverfahren Im Entscheidverfahren werden keine Gerichtskosten gesprochen bei Streitigkeiten: c. aus dem Arbeitsverhältnis sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989 bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken”.

¹²⁹ Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger,63

¹³⁰ “Art. 107 Verteilung nach Ermessen.

1 Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen:

a. wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war;”

yani belirli alacak davası açan ama davası kısmen reddedilen işçinin mahkeme masraflarını tek başına üstlenmemesi için de yasal bir imkân sağlanmaktadır¹³¹.

D. Karşılaştırma ve Değerlendirme

Bu açıklama ve tespitler karşısında iki temel husus vurgulanmalıdır:

1. Alman ve İsviçre hukukunda belirsiz alacak davası zannedildiği kadar istisnai bir uygulama alanına sahip değildir. Özellikle belgelere, delillere erişimde güçlük yaşanan veya bilirkişi incelemesi gerektiren ya da sonucun hâkimin takdirine bağlı olduğu davaların belirsiz alacak davası olarak açılabilceği genel kabul görmektedir. Aksi yönde bazı görüşler de bulunmakla birlikte, emsal ücretten fazla çalışma ücretine kadar çeşitli davaların belirsiz alacak davasına konu edilebileceği öğretide açıkça dile getirilmektedir. Belirsiz alacak davasına doğrudan başvurulmadığı durumlarda dahi uygulamada yaygın olarak onun bir başka türü olan basamaklı/kademeli alacak davasına başvurulmakta, alacağın bir kısmı örneğin %10'u için dava açılıp, sonra inceleme tamamlanınca kalan kısım belirlenmektedir.

Alman hukukunda dahi emsal ücret talebinin belirsiz alacak davasına konu olması kabul edilirken, Türk hukukunda gerçek ücret tutarının taraflar arasında tartışmalı olduğu, emsal ücret araştırılan durumlarda belirsiz alacak davasını reddetmek hukuki dayanaktan yoksun kalmaktadır. İsviçre'de dahi işçinin fazla çalışma saatlerini belirlemesinin güç olduğu kabul edilip belirsiz alacak davası açılmasına imkân verilirken, Türkiye'de sanki işçi İsviçre'den daha kolay fazla çalışmalarını belirler ve kanıtlayabilir gibi düşünüp belirsiz alacak davasını reddetmek de makul değildir. Bunun da ötesinde Alman/İsviçre hukukuna göre alacak tutarının ancak bilirkişi raporu ile veya hâkimin takdiri ile belirlenebildiği durumlarda da belirsiz alacak davasının mümkün olmasından hareketle, Türkiye'deki iş davalarının çoğunu belirsiz alacak davası olarak kabul etmek mümkündür. Çalışma süresinin ve gerçek ücret ile ücret eklerinin belirlenemediği, işverenin yasal yükümlülük altında olduğu belgeleri düzenlemediği veya sunmadığı koşulların Alman/İsviçre uygulamasında pek rastlanmayan koşullar olduğu ve tartışmaların bunlar üzerinden yürütülmediği de ayrıca dikkate alınmalıdır. Bu koşullar altında Alman/İsviçre hukukçularının getirdiği ilkelerden hareketle Türkiye'de kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi pek çok davanın da, kıdem süresi ve ücret ekleri tartışmalı olduğunda belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi mümkün olmalıdır. Alman/İsviçre hukukundan aynen alınan belirsiz alacak davasının uygulama alanını Türk hukukunda bu hukuk sistemlerindekiinden daha dar kabul etmenin bir dayanağı yoktur. Aksine Türkiye'deki koşullar belirsizliğe daha açıktır ve belirsiz alacak davası Türkiye'de daha büyük bir gerekliliktir. En azından belirsiz alacak davasının bir diğer görünümü olan basamaklı/kademeli dava bu koşullarda Alman/İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda uygulanabilmelidir. Basamaklı/kademeli davada da başlangıçta alacağın az bir kısmı belirtilerek dava açılmakta, kalan kısım ancak delil toplanması tamamlandıktan, gereğinde bilirkişi incelemesi yapıldıktan sonra belirli hale getirilmekte, sonuçta belirsiz alacak davası ile aynı hukuki sonuçlara ulaşılmaktadır. Özellikle Alman hukukunda belirsiz alacak davasının bir görünümü-

¹³¹ Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, 54, 55.

mü olan ve yasa ile açıkça düzenlenen basamaklı/kademeli dava işçi alacaklarında geniş bir uygulama alanına sahiptir.

2. Belirsiz alacak davasının çok önemli bir yararı, işçiye daha ucuz dava açma imkânı sağlamasıdır. Yargılama giderleri bakımından yapılan bir karşılaştırma, Alman/İsviçre hukukunda işçilere Türk hukukuna kıyasla daha masrafsız ve kolay dava açma hakkı tanındığını göstermektedir. Bu nedenle de konu Alman/İsviçre hukukunda daha az tartışmalıdır. Alman/İsviçre hukukundaki düzenlemeler, konunun sadece bir adli yardım sorunundan ibaret olmadığını da göstermektedir. Sorun işçinin maddi durumu araştırılıp hâkimin takdiline bağlı bir yardım sağlamak ile çözümlenseydi, Almanya ve İsviçre’de de aynı yola başvurulur, belirsiz alacak davası da tamamen tarihe karışır. Oysa birincisi, yukarıda açıklandığı üzere, işçi alacaklarında belirsiz alacak davası bu ülkelerde hala kabul edilmektedir. İkincisi, Alman/İsviçre hukukunda sosyal devlet ilkesine uygun olarak genel bir “masrafsız ve kolay iş davası açma hakkı” yasa ile somutlaştırılmakta ve sağlanmaktadır. Almanya’da işçi dava açarken hiç yargılama gideri ödememek imkânına sahiptir. İsviçre’de ise değeri 30.000 Frank tutarını aşmayan davalarda işçi dava sonunda dahi yargılama gideri ödemez.

Ülkemizde ise Alman/İsviçre usul hukukunun başka hükümleri hukumuza aktarılırken iş davalarını kolay açmayı sağlayacak tüm hükümleri ihmal edilmiş, belirsiz alacak davasına dahi karşı çıkılarak sorun bir adli yardım sorununa indirgenmeye çalışılmıştır. Genel olarak sosyal devlet ile sosyal amaçlı yardım etme arasındaki temel çelişki, Alman/İsviçre usul hukuku ile Türk usul hukuku arasında da kendini göstermektedir: Alman/İsviçre usul hukuklarında işçilerin masrafsız ve kolay dava açma imkânı yasa ile korunmakta, ama buna rağmen belirsiz alacak davası da mümkün görülmektedir. Türk usul hukukunda ise işçilere hak sağlayan bir usuli yasal düzenleme getirilmemekte, hatta hiç tartışılmamaktadır. Buna ek olarak belirsiz alacak davası açma hakkı dahi sınırlanmak istenmektedir. İşçinin masrafsız ve kolay dava açabilmesi bir hak olarak görülmemekte, adli yardıma bağlı bir ihsan düzeyine indirgenmektedir.

Kısaca sorun şu şekilde de ifade edilebilir: Usul hukukçularının iş yargılaması bakımından hep dile getirilen itirazı, “işçi lehine yorum” ilkesinin sadece maddi hukukta olduğu, usul hukukunda tarafların eşitliği ilkesinin geçerli olduğu yönündedir. Yapılan tüm usul hukuku düzenlemeleri ile belirsiz alacak davasına karşı getirilen tüm yorumların da temelinde bu düşünce yatmaktadır. Fakat bu itiraz dile getirilirken kaynak Alman ve İsviçre usul hukuklarının işçi lehine düzenleme ve ilkeleri gözden kaçırılmaktadır. Oysa kaynak Alman/İsviçre usul hukukunda tarafların eşitliği ancak zayıf tarafın kolay dava açabilmesi ve ispat için gereken tüm belgelere sahip olması aşamaları güveneye alındıktan sonra sağlanmaktadır. Bu bakımdan özellikle iş yargılamasında mutlak bir tarafların eşitliği ilkesi söz konusu değildir. Ülkemizde ise dava açmanın maddi altyapısı ve ispat araçlarına sahip olmama koşulları göz ardı edilerek tarafların eşitliği ilkesi mutlak şekilde uygulanmaya çalışılmaktadır. Bu durumun ne kadar hatalı, kaynak alınan Alman/İsviçre hukukuna ne kadar ters düştüğü birkaç örnek ile açıklanabilir.

Öncelikle Alman usul hukukunda tüm iş davalarında dava açarken, İsviçre hukukunda ise değeri 30.000 Frank tutarını aşmayan iş davaları için yargılama giderinden muafiyet sağlandığı tekrar vurgulanmalıdır. Alman hukukunda davayı kaybetmesi halinde işçi işverene vekâlet ücreti de ödemez. Ayrıca

İsviçre hukukunda hâkim, belirli alacak davası açan ama davası kısmen reddedilen işçinin yargılama giderlerini tek başına üstlenmemesi için mahkeme masraflarını takdirine göre taraflara paylaştırabilir yani işçiyi yargılama giderlerinden kurtarabilir. Hukukumuzda bu yöndeki hükümler maalesef alınmamıştır.

Fakat yargılama giderleri dışında da özellikle kaynak İsviçre usul yasasında iş davalarına özgü işçiyi koruyucu bazı hükümler olduğuna dikkat çekilmelidir: İsviçre hukukunda hâkim, değeri 30.000 Frangı aşmayan iş davalarında “resen araştırma” ile yükümlüdür (Art. 247 ZPO)¹³². Sosyal koruma amaçlı İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 247/II ile sadece iş davalarında değil, kira davalarında da hâkim resen araştırma ile yükümlü kılınmaktadır. Böylece sosyal yönden zayıf olan işçi veya kiracının taraf olduğu davalarda hâkimin tarafların ileri sürmediği vakia ve delilleri dahi karar verirken dikkate alması sonucu doğmaktadır¹³³. Hâkim, resen araştırma geçerli olduğunda karar aşamasına kadar sonradan ortaya çıkan vakia ve delilleri de dikkate almakla yükümlüdür¹³⁴. İsviçre’de usul hukuku böylece tarafların gerçekte eşit olmadıkları durumları dikkate almakta, mutlak eşitliğe değil sosyal adalete hizmet etmeye öncelik vermektedir.

Görüldüğü üzere, İsviçre gibi refah düzeyinin yüksek, buna karşılık kayıt dışılık ve belirsizlik ile ispat güçlüklerinin ise asgari düzeyde olduğu bir ülkede dahi iş yargulamasında tarafların eşitliği ilkesi sınırlı uygulanmaktadır. Ülkemiz koşullarında iş davalarında da silahların eşitliği ilkesini ödünsüz uygulamanın yerinde olmadığı böylece daha açık ortaya çıkmaktadır. İsviçre usul hukukunun zayıf tarafı koruyan sosyal amaçlı düzenlemeleri karşısında kanımızca şu görüş daha doğrudur: İşçi lehine hiçbir koruma içermeyen, sadece tarafların mutlak ve formal eşitliği ilkesine dayanan bir usul hukuku yaklaşımı eksik ve hatalıdır.

SONUÇ

Usul hukukçuları ve Yargıtay daireleri, belirsiz alacak davası konusunda tek bir yorumda anlaşmaya varamamakta, konu tartışılmaya devam etmekte, belki bir içtihadı birleştirme kararına da konu olacak gibi görünmektedir. Gerek belirsiz alacak davası gerek diğer düzenlemeleri ile 6100 sayılı HMK takdir edilecek başarılı bir yasa yapma örneğidir. Ancak bir yasanın yorumlanması ve uygulanmasında sadece onu hazırlayanların verdiği anlamın değil, uygulamanın ihtiyaç ve koşullarının da dikkate alınması gerekir. Bilhassa usulle ilgili hükümlere anlam verilirken, bu hükümlerin hizmet ettiği maddi hakkın ve uygulandığı maddi hukuk alanının özellikleri dikkate alınmak zorundadır. Tüm

¹³² Art. 247 Feststellung des Sachverhaltes.

2 Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest:

a. in den Angelegenheiten nach Artikel 243 Absatz 2;

b. bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken:

1. in den übrigen Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht;

2. in den übrigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.

¹³³ Resen dikkate almanın tarafların tüm yükümlülüklerini üzerinden almak anlamına gelmediği, fakat hâkimin tarafların doğrudan dayanmadığı vakiaları dikkate almak ve önemli görülen delilleri resen getirtmek ile yükümlü olduğu ve diğer açıklamalar için: Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, 45, 46.

¹³⁴ Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, 59.

bu unsurlar dikkate alındığında işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası şeklinde talep edilmesi mümkün olmalıdır.

Bunun nedeni öncelikle, işçinin masrafsız ve kolay dava açma hakkının korunması gereğidir. Belirsiz alacak davası, işçiye sınırlı bir yargılamaya gideri ödeyerek dava açma, davası kabul edilmediği takdirde de yüksek masraf ve vekâlet ücreti ödemekten kurtulma imkânı sağlamaktadır. Aynı yararı sağlayan kısmi davadan farklı olarak, belirsiz alacak davasında işçi ayrıca alacağının zamanaşımına uğraması riskinden de kurtulmaktadır. Davaların uzun sürdüğü, ücret zamanaşımı süresinin ise kısa olduğu ve iş ilişkisi devam ederken kesilmediği ülkemizde belirsiz alacak davasının sağladığı bu yarar küçümsememez. Faiz başlangıç tarihi bakımından da belirsiz alacak davası kısmi davaya kıyasla önemli bir kazanım sağlamaktadır. Diğer önemli neden ise ülkemizdeki gerçekleri karşısında işçi alacaklarını tam olarak belirlemenin çok güç olmasıdır. Kayıt dışılık, ücretin bir kısmını elden ödeme, çalışma sürelerinin kayıtlarının tutulmaması, işverenin hukuken düzenlemekle yükümlü olduğu belgeleri düzenlememesi ve işçinin işveren elindeki kayıtlara ulaşamaması gibi olumsuz etkenler iş hukuku uygulamasının gerçekleridir. İşçiden alacağını tam olarak hesaplayıp belirlemesini beklemek, iş ilişkisinin tamamen kayıt içinde götürüldüğü, sendikalaşma oranı yüksek olduğundan işçilerin sendikalardan destek aldığı, işyeri kurulları ile işyerinde yönetime katılmanın gerçekleştirildiği, eğitim ve gelir düzeyinin yüksek olduğu bir ülkede biraz daha anlamlı olabilir. Ülkemizde ise böyle bir beklenti gerçeğe aykırıdır. Bunun yanında işçilik alacaklarını hesaplamamanın bilirkişi atanmadan yapılamayan ayrı bir uzmanlık da gerektirdiği, bazı hesaplama ilkelerinin hala tartışmalı olduğu, ücret eklerini ve aynı yardımların değerini belirlemenin ve bunları hangi durumda hesaba katacağını bilmenin güçlüğü karşısında belirli alacak davasında ısrarcı olmak zaten doğru değildir.

Alacağın belirlenmesinin işçiden değil de avukatından beklenebileceği gibi bir itiraz da kanımızca yerinde değildir. Her şeyden önce hukuk fakültesinde haftada 3-4 saat iş hukuku dersi ile sınırlı bir öğrenimden geçen, staj sırasında da iş hukukuna yönelik özel bir eğitim almayan avukatların işçilik alacaklarına tam anlamı ile hakim olup hesaplama yapabilmeleri söz konusu olmaz. Tecrübeli iş avukatlarının dahi, özellikle ücret ve çalışma süresi tartışmalı olduğunda veya hakimın takdirine göre sonuç değiştiğinde kesin hesap yapmaları beklenebilir. Ayrıca işçilik alacaklarının hesabını tam ve kesin olarak belirlemek iş hakiminden de beklenmemekte, hesap bilirkişisine başvurulması çok doğal karşılanmaktadır. Kaldı ki bilirkişilerin dahi her birinin farklı hesaplama yaptığı, çelişkilerin giderilmesi için ek rapor veya yeni rapor alınmasının mutad olduğu bir ortamda alacağın avukat tarafından belirlenebileceğinden de söz edilemez.

Belirsiz alacak davasının iktibas edildiği Alman/İsviçre hukukunda dahi işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olabileceği kabul görmektedir. Özellikle alacakların bilirkişi incelemesi sonucu veya hâkimin takdirine bağlı olarak belirlendiği ya da karşı tarafın elindeki deliller sağlandıktan sonra belirlenebildiği taleplerin belirsiz alacak davasına konu olabileceği Alman/İsviçre hukukçuları tarafından açıkça ifade edilmektedir. Ülkemizde işçi alacaklarının genelde sadece işverenin elinde olan belgelere göre belirlenebildiği, hemen her zaman bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulduğu ve hâkimin takdirinin ciddi bir rol oynadığı dikkate alındığında, belirsiz alacak davasının Alman/İsviçre hukukunda kabul gören tüm koşulları mevcut bulunmaktadır.

Fakat Alman/İsviçre hukukunda sadece bu genel ilkeler ile de yetinilmemekte, açıkça emsal ücret ve fazla çalışma ücreti davalarının belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi ifade edilmektedir. Delillerin işverenin elinde olması ve delil toplamanın gerekmesi hali için ise genelde basamaklı/kademeli dava açılmaktadır ki başlangıçta tüm alacak tutarının dava ve talep edilmediği bu dava da belirsiz alacak davasının bir türünden ibarettir. Belirsiz alacak davasını bu dava türünün kaynağı olan ülkelerdekinden daha dar anlamak ve uygulamak, hukuki dayanaktan yoksundur.

Kaldı ki Alman/İsviçre hukukunda belirsiz alacak davası ülkemizdeki kadar gerekli olmamasına rağmen mümkün görülmektedir. Zira Alman/İsviçre hukukunda işçinin masrafsız ve kolay dava açma hakkı yasal düzenlemeler ile güvenceye alınmıştır. Tarafların eşitliği ilkesi iş yargılamasında geçerli kabul edilmemiş, sosyal yönden zayıf olan tarafın masrafsız dava açmasına, yargılama giderini ödememesine imkân sağlanmıştır. Özellikle İsviçre hukukunda iş davalarında hâkime işçi lehine müdahale etme olanağı yasa ile açıkça tanınmıştır. Tarafların usul hukukundaki eşitliği ilkesi, iş davalarında işçinin korunması ilkesi ile dengelenmektedir. Ancak maddi duruma bağlı dava açabilme imkânı ve ispat araçları bakımından işçiye gereken kolaylıklar sağlandıktan sonra eşitlik ilkesi devreye girmektedir. Üstelik Almanya ve İsviçre’de gerek hukuk sigortalarının varlığı, gerek refah ve kazanç düzeyinin yüksekliği, gerek kayıt dışılığın asgari düzeyde olması karşısında ülkemize kıyasla belirsiz alacak davasına ve işçiyi koruyucu düzenlemelere daha az ihtiyaç bulunmasına rağmen, yargılama hukukundaki durum ülkemizdekine kıyasla daha işçi lehinedir.

Kanımızca salt silahların eşitliği ilkesi ile konuya yaklaşan, sosyal amaçlı iş yargılaması hükümlerini reddeden bir usul hukuku anlayışı eksik ve hatalıdır. Yukarıda Alman ve özellikle İsviçre usul hukukunun iş yargılamasına dair hükümleri ile yaptığımız karşılaştırma, iş yargılamasında tek dayanak noktasının silahların eşitliği olmadığını ortaya koymaktadır. Sorun sadece hâkimin takdirine bağlı ve riskli bir adli yardım sağlamak ile de sınırlı değildir ve bu şekilde aşılamaz. Zira sorun aslında bir hak ve bakış açısı sorunudur; yardım sorunu değildir. Alman/İsviçre hukukunda olduğu üzere bir sosyal hak olarak iş yargılamasında işçinin masrafsız ve kolay dava açma hakkının korunması, buna dair hükümlerin hukukumuzda da alınması gerekir. Hatta ülkemizin farklı sosyal koşulları ve kayıt dışılık nedeni ile bu ülkelere göre ülkemizde işçinin masrafsız ve kolay dava açma hakkının korunmasını sağlayan hukuki araçlar daha da önemlidir. Bu hukuklarda olduğu gibi işçinin belirsiz alacak davası açma imkânının da korunması zorunludur. Usul hukukçusu konuyu kendi alanının özelliği gereği eşitlik ve adli yardıma indirgemeye eğilimli olabilir. Ancak iş hukukçusu ve iş hâkimi, iş davasının açılabilirliği söz konusu olduğunda sosyal hak ve işçinin korunması boyutunda konuya yaklaşmalıdır.

Ayrıca konuya davalının hakları ve korunması bakımından veya usul ekonomisi bakımından yaklaşıldığında dahi belirsiz alacak davasını reddetmek makul değildir. Gerçekten, davalının dava değerini baştan bilmekte ve durumunu buna göre ayarlamakta, savunmasını buna göre yapmakta korunmaya değer bir menfaati olabilir. Aynı şekilde bir dayanağı olmayan davaların önlenmesi de haklı olarak istenebilir. Ancak tüm bu itirazlar kısmi davanın HMK’daki değişiklik ile mümkün kılınması karşısında anlamını kaybetmiştir. Artık davacı, alacağının bir kısmını dava edip fazlaya ilişkin hakkını saklı tutabilmekte özgürdür. Mutlak ve kesin belirli bir alacak davası açma zorunluluğu kalmadığından, davalı her zaman fazlaya ilişkin hakların tekrar dava edilebile-

ceğini, açılan davadaki tutarla sınırlı bir riski olmadığını bilmektedir. Bu durumda belirsiz alacak davası ile önce alacağın bir kısmını belirleyip sonra dava değerini arttıranın davalıya ek bir zarar verdiği söylenemez. Usul ekonomisi açısından ise kısmi dava yerine belirsiz alacak davası yeğlenmelidir. Bu şekilde fazlaya dair hakların ikinci bir dava ile görülmesi veya ıslah ile mahkemelerin tekrar uğraştırılması yerine aynı ve tek bir davada sonuca ulaşılması mümkün olmaktadır. İş davalarında genel ilke bu gerekçeler üzerinden düşünülmelidir: Kısmi dava açması hukuken mümkün olan işçinin, belirsiz alacak davası açması neden mümkün olmamalıdır? Kısmi davanın rahatça açılabilirdiği bir sistemde, belirsiz alacak davasına engel olmak, ne davalının menfaatlerine ne de usul ekonomisine hizmet eder. İşçinin menfaati bakımından ise belirsiz alacak davası, kısmi davadan daha yararlıdır.

Tüm bu gerekçeler dışında ayrıca işçi alacaklarında belirsiz alacak davasını kabul etmenin “beklenilmezlik” ölçütü ve dürüstlük kuralı gereği açık bir hukuki dayanağı da bulunmaktadır. HMK 107’deki davacının “alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği” ifadesi içeriği boş, hâkimin takdirine bağlı bir ifadedir. Hangi durumlarda alacak değerini belirlemenin “beklenebilir” veya “beklenemez” (Zumutbarkeit/Unzumutbarkeit) olduğuna önceden kesin ölçütler ile karar veremeye çalışmak yerinde olmadığı gibi mümkün de değildir. İş davaları söz konusu olduğunda “beklenilmezlik” kavramının içeriği, iş hukukunun ilke ve amacına, ülke koşulları ve gerçeklerine, somut durumun özelliklerine göre somutlaştırılmaktadır. Kaynak hukuk sistemlerindeki görüşlerin, Türkiye ve Türk iş hukukunun koşul ve gerçeklerinden kopmadan aktarılması “beklenilmezlik” kavramını somutlaştırmak için önemli bir yöntemdir. Esasen Alman/İsviçre usul hukukunda, genel olarak bilirkişi incelemesi gerektiren ve/veya hâkimin takdirine bağlı alacaklarda, özel olarak da emsal ücret belirlenmesi gerektiğinde ve fazla çalışma ücreti davasında “beklenilmezlik” kriterinin gerçekleştiği ve belirsiz alacak davası açılacağı kabul edilmektedir. Ülkemizde taraflar arasında ücretten kıdem süresine, çalışma saatlerinden ücret eklerine kadar pek çok konunun tartışmalı olduğu, belge ve delillerin işçinin elinde olmadığı ve bazen de doğru içerikte olmadığı, kesin hesabın ancak bilirkişi yardımı ile yapılabildiği, hâkimin takdirinin önemli rol oynadığı iş davalarında, alacağın tam değerini belirlemek beklenilmezlik hale gelmektedir. Aksi görüş, “beklenilmezlik” kavramını, dürüstlük kuralı ve somut gerçekleri dikkate almadan, formal bir anlayış ile aşırı ve haksız şekilde sınırlamak sonucunu doğurduğundan kabul edilemez.

*“Usul ilkeleri değerlendirilirken özellikle usul hukukunun maddi hukuka hizmet ettiği ve tek başına bir amacının olmadığı da unutulmamalıdır”*¹³⁵. Usul hukukunun amacı maddi hukuka hizmet etmek olup kendi başına bir amacı olmadığına göre, iş davalarında alacağın belirlenmesindeki “beklenilmezlik” kavramının içeriği de iş hukukunun amaç ve ilkelerine göre belirlenmelidir. İş yargılaması sosyal yönden zayıf taraf olan işçinin dava açmasını kolaylaştırmak ilkesi üzerine kuruludur. Az sayıda hükmü ayakta kalmış olan İş Mahkemeleri Kanunu da bu ilkeyi vurgulayan bazı hükümlere sahiptir: Öncelikle genel yetki kuralı olan davalının yerleşim yeri mahkemesi kuralı iş yargılamasında mutlak bir geçerliliğe sahip değildir. İş davası işçinin işini yaptığı işyeri mahkemesinde yani genellikle işçinin yerleşim yerinde de açılabilir ve bunun aksini öngören sözleşme hükümleri geçersizdir (İş Mahkemeleri Kanunu m. 5). Aynı yönde bir

¹³⁵ PEKCANITEZ, Belirsiz Alacak Davası, DEÜHFD, s. 511, dn. 7.

diğer hüküm ise İş Kanunu'nun uygulanması ile görevli idari mercilerin, işçilerin başvurularını iş mahkemelerine tevdi etmesidir (İş Mahkemeleri Kanunu m. 10). Özel hukukta başka bir örneği olmayan bu kural ile işçilerin mahkemeye önünde hak araması kolaylaştırılmaktadır. Bu hükümler iş yargılamasının, işçiyi koruma ilkesinden bağımsız bir yeri ve anlamı olmadığını vurgulamakta ve iş yargılamasının olmazsa olmaz ilkesinin görünümü olmaktadırlar: İşçinin zayıf taraf olması nedeni ile işverene karşı hak araması, dava açması imkânları özel olarak korunmalı ve desteklenmelidir. Bunun için de iş davasının açılması kolay ve ucuz olmalıdır.

İşçinin yargılama hukukunda da korunması hem iş hukukunun amacı-na uygundur hem de işçi-işveren ilişkisindeki fiili dengesizliğin gereğidir. İşveren tarafı bir davada hem maddi imkânlarla hem de bilgi üstünlüğüne sahiptir. Buna karşılık işçi genellikle hakkını aramak için gereken maddi imkânlardan ve bilgilendirme olanaklarından yoksundur. Özellikle işten çıkarılma halinde geleceği belirsizleşen, daha fazla hukuki korumaya muhtaç olan işçi, avukatlık ücreti ve yargılama masraflarını ödemekte büyük güçlük çeker. Asgari ücretle çalışan bir işçi için gereken hukuki yardımı almak imkânsız hale de gelebilir. Eğitim düzeyinin yeterli olmadığı, eğitilmiş kişilerin dahi hukukun girift alanlarına hâkim olmasının beklenemeyeceği ülkemizde işçinin kendi hakkını kendisinin başarı ile arayabileceğini savunmak da mümkün değildir. Bu fiili durum nedeni ile işçinin işyerinin olduğu yerde dava açabilmesi, idari merciler üzerinden iş mahkemesine ulaşabilmesi mümkün kılınmıştır. Zira işçi, iş hukukundan doğan hakları için kolay ve ucuz şekilde dava açamazsa, maddi hukuka dair hakların bir anlamı kalmaz. İşçinin dava açması, çeşitli formaliteler getirmek, alacağını tam belirleyip hesaplamasını talep etmek veya yüksek harç ve masraflar ödetmek ile güçleştiriliyor ise maddi hukukun sağladığı güvencelerin hiçbir anlamı kalmaz; iş mevzuatı ile sağlanan güvenceler kâğıt üzerinde kalır, uygulama alanı daralır. Özellikle düşük ücretli işçiler bakımından, ki en çok korunmaya muhtaç olanlar da bunlardır, hak arama özgürlüğü ve iş hukuku güvenceleri sadece sözden ibaret kalır. Sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerine de aykırı böyle bir durum ne iş hukukunun ne de usul hukukunun amaç ve ilkeleri ile bağdaşabilir.

Ancak iş davasının açılması kolaylaştırıldıktan, işçinin delillere ulaşamaması telafi edildikten sonraki yargılama işlem ve aşamalarında silahların eşitliği ilkesi uygulanabilir. Tarafların iddia ve savunmalarının eşit değerlendirilmesi, onlara eşit söz hakkı tanınması ve diğer yargılama faaliyetlerinde de eşitlik ilkesine uygun davranılması mümkün ve gereklidir. Bu bakımdan usul hukukunun silahların eşitliği ilkesi gene uygulanacaktır. İşçinin korunması, tüm ispat faaliyetinin onun lehine mahkeme tarafından üstlenilmesi, her belirsizliğin işveren aleyhine yorumlanması ve her durumda mutlaka işçi lehine bir sonuca ulaşmak gayreti de değildir. Sadece işçinin mahkemeye erişiminin kolaylaştırılması, dava hakkını kullanması önündeki engellerin kaldırılması ve delillerin işveren elinde olması nedeni ile yaşadığı ispat güçlüklerinin aşılması için gereken yardımın sağlanması zorunludur.

Bu açılardan konuya yaklaşıldığında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi içtihadı ile temeli atılıp 7. Hukuk Dairesi tarafından paylaşılan ve HGK içtihadı haline gelen, işçi alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olabileceği içtihadı isabetlidir. Belirsiz alacak davası, kanunun tanıdığı bir haktır. Kanunda bu düzenleme hiç olmasaydı, belirsiz alacak davası açmaya belki daha mesafeli bakılabilirdi. Fakat kanun koyucu bu hakkı tanımış iken, uygulamanın bu hakkı

fazla daraltması yerinde olmaz. Alacağın belirlenmesindeki “beklenilmezlik” ölçütüne, hak arayan işçi lehine, onun karşılaştığı güçlükleri dikkate alan, iş hukukunun amaç ve ilkelerine uygun bir anlam kazandırılmalıdır. Hukuken bunun aksini kabul etmenin ve beklenilmezlik ölçütüne dar bir anlam vermenin herhangi bir dayanağı yoktur.

Alman/İsviçre hukukundan usul hükümleri alınırken, işçiyi koruyucu düzenlemelerin alınmamış olması önemli bir eksikliklerdir. Şüphesiz usul hukukçularının kendi alanlarında düzenleme yaparken özellik taşıyan alanları son noktaya kadar düşünmemiş olmaları kısmen hoş görülebilir. Ancak en geç İş Mahkemeleri Kanunu yeniden ele alındığında Alman/İsviçre usul kanunlarındaki işçiyi koruyucu hükümler mutlaka hukukumuzda kazandırılmalı, konu sadece silahların eşitliği ilkesi kapsamında düşünülmemelidir. Bu hükümler hukukumuzda kazandırılmadığı ve kayıt dışılık ortadan kaldırılamadığı sürece belirsiz alacak davası, sosyal yani masrafsız ve kolay dava açma hakkının karşılığı ve yegâne aracı olarak hukukumuzda önemini koruyacaktır.

İlke olarak belirsiz alacak davası imkânı kabul edildiğinde, tartışılması gereken iki husus kalmaktadır: Birincisi, belirsiz alacak davasında belirlenmesi ve harca esas alınması gereken ilk tutarın ne olacağıdır. Usul hukukçularının yapması gereken bu tartışmada iş hukukçusunun kesin görüş belirtmesi güç olmakla birlikte, Alman hukukunda olduğu gibi asıl alacağın %10'u yeterli görülebilir. İkinci husus ise, Yargıtay kararlarında yer alan, işçinin eğitim düzeyi ve sosyal durumuna, sendika üyesi olup olmadığına, somut olayın özelliklerine göre ayırım yaparak alacağın belirli mi belirsiz mi olacağına hâkimin karar vermesi görüşüdür. Kanımızca zaten ağır iş yükü olan hâkimlere bir de böyle bir belirleme görevi yüklenmesi ve yeni tartışmalara yol açılması tartışmaya açıktır. Şüphesiz gelir ve eğitim düzeyi düşük olan işçi için belirsiz alacak davası daha hayattır. Ancak işçilik alacaklarının belirlenmesindeki bazı özellikler, kayıt dışılık ve mahkemelerin de bilirkişi incelemesi olmadan sonuca varmaması gerçeği karşısında gelir ve eğitim düzeyi yüksek olan işçiden de belirli alacak davası açmasını beklemek her durumda doğru olmaz.

Kanımızca hâkimin takdirine ve belirsiz olgulara bağlı olan durumlarda, özellikle fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti, bakiye süre ücreti, ayırmacılık tazminatı ve cezai şart davalarında her zaman belirsiz alacak davası kabul edilmelidir. Ücret ve hizmet süresi tartışmalı olduğunda, ücret, kıdem ve ihbar tazminatı gibi diğer alacaklarda da belirsiz alacak davası mümkün olmalıdır. Şüphesiz işçi alacaklarının belirli alacak davası olarak açılacağı durumlar da mevcuttur. Somut olayın özelliklerine göre bir ayırım yapılabilir ve bu bakımdan Yargıtay içtihadı doğrudur. Fakat kanımızca hâkimlere yeni bir iş yükü yüklemek, yargılamayı uzatmak ve her davada yeni tartışmalara neden olmak yerine, ülkemizin gerçekleri karşısında tüm iş davalarını, işçinin ve alacağın niteliğine göre bir ayırım da yapmadan belirsiz alacak davası olarak kabul etmek daha yerinde ve pratik olur. Bu görüşümüz, iş davalarında ayrı bir inceleme safhası daha doğurmamak için pratik gerekçelere dayanmaktadır. Belirsiz alacak davasına işçi alacaklarında mümkün olduğunca geniş bir uygulama alanı tanımak esas olmakla birlikte bu alanın sınırları konusunda Yargıtay'ın görüşünü kabul etmek de mümkündür. Bu durumda yukarıda “C. Öğretideki Görüşlerin Değerlendirilmesi” başlığı altında başlıca işçilik alacakları için yaptığımız değerlendirmelere uygun olarak ayırım yapılabilir.

KAYNAKÇA

AKIN, Levent: “İşçi Alacakları ve Belirsiz Alacak Davası”, <http://www.ceis.org.tr/dergi/2012kasim/kararincelemesi.pdf>, 22-30.

ASLAN, Kudret/AKYOL ASLAN, Leyla/KİRAZ, Taylan Özgür: “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan I, 975-1024.

AYDEMİR, Murteza: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İş Yargısına Etkileri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 10, S. 39, 2013, 25-55.

BASKAN, Esra: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İş Davalarındaki Yargılama Usulüne Etkisi”, TAAD, Yıl: 4, Sayı: 12, Ocak 2013, 315-341.

BECKER-EBERHARD, in: Münchener Kommentar (MüKo) ZPO § 253, 4. Auflage, Beckonline.de

BUDAK, Ali Cem: “Belirsiz Alacak Davası”, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Yıl. 24, Ocak 2013, 82-86.

ÇELİK, Çelik Ahmet: “6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Ne Tür Davalar Açılabilir”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/6100-sayili-hukuk-yargilama-yasasina-gore-isci-alacaklari-icin-ne-tur-davalar-acilabilir.htm>, 1-11.

ÇELİK, Çelik Ahmet: “Belirsiz Alacak ve Tespit Davası”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/belirsiz-alacak-ve-tespit-davasi.htm>, 1-28.

ÇİL, Şahin/KAR, Bektaş: 6100 SAYILI HMK'YE GÖRE İŞ YARGISINDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI VE KISMİ DAVA, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

ERCAN, İbrahim: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak ve Tespit Davası”, Konya Barosu Dergisi, S. 7, 2011, 22-27.

ERCAN, İbrahim: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- X Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ekim 2012, 102-183. (Belirsiz Alacak Davası)

FİDAN, Nurten: “Belirsiz Alacak Davasındaki Belirsizlikler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, 177-185.

GERMELMANN, Claas-Hinrich: in: GERMELMANN/MATTHES/ PRÜTTING, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Auflage 2013, Beckonline.de

GOTTWALD, Peter: “Die unbezifferte Forderungsklage”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- X Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ekim 2012,

GUT, Nicholas, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel, 2014

KAR, Bektaş: “6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava”, İzmir Barosu Bülten, Y. 22, İş Hukuku Komisyonu Özel Sayısı, Mayıs 2012, 14-26.

KARACA, Aybüke/YAĞCI, Uğur: “Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Davanın İşçilik Alacakları Bakımından Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi)”, İÜHFİM, C. LXXII, S. 2, 177-208.

KILIÇOĞLU, Mustafa: 6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU EL ŞERHİ, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012.

KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, S. 5, C. 85, 2011, 3-43.

MEIER, Isaak: “Die Unbezifferte Forderungsklage Und Waffengleichheit Der Parteien”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- X Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ekim 2012, 35-67.

MUSIELAK, in: Münchener Kommentar (MÜKO) zu ZPO, 4. Auflage 2013, Beckonline.

MUŞUL, Timuçin: MEDENİ USUL HUKUKU, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

NOMER, Haluk N.: “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür?”, İÜHFİM C. LVIII, S. 1-2, 221-229.

OCAK, Uğur: İŞÇİLİK ALACAKLARI Ortak Konular, 3. Kitap, Ankara 2015.

OLGAÇ, Samet Can: “İş Hukukunda Şua İzin Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-117-1468>.

ÖZDEMİR, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.

ÖZEL, Kayhan: “Kısmi Belirsiz Alacak Davası Ayrımı Üstüne Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 4, Y. 2012, 114-118.

ÖZKAYA-FERENDEÇİ, H. Özden: “Alman ve İsviçre Hukukları’ndaki Kademeli Dava (Stufenklage) İle 6100 Sayılı HMK’ya Göre Belirsiz Alacak Davasının Karşılaştırılması”, MÜHF-HAD, C. 18, S. 1, 353-382.

PEKCANİTEZ, Hakan: “Belirsiz Alacak Davası”, DEÜHFD, C. 11, Özel S. 2009, 509-552. (Belirsiz Alacak Davası)

PEKCANİTEZ, Hakan: BELİRSİZ ALACAK DAVASI, Yetkin Yayınları, Ankara 2011. (Belirsiz Alacak)

PEKCANİTEZ, Hakan: “Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması”, Prof. Dr. Polat SOYER’e Armağan, DEÜHFD Özel Sayı 2, 2013, 933-968. (İş Hukukunda Uygulama)

PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, ZIVILPROZESSRECHT, 17. Auflage 2010, §95, Beckonline.de

RÜZGÂR, Orhan: “Belirsiz Alacak Davası, Kısmi Dava ve Tespit Davaları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, 207-216.

SAVAŞ, Burcu: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İşçi Alacakları Hangi Dava Türü ile Talep Edilebilir? (Karar İncelemesi)”, Legal İSGHD, C. 9, S. 34, Y. 2012, 177-204.

SİMİL, Cemil: Belirsiz Alacak Davası, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

STAEHELIN, Adrian/STAEHELIN, Daniel/GROLIMUND, Pascal, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich, 2013.

STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zürich, 2012.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2015.

ŞAHLANAN, Fevzi: “İşçi Alacaklarında Kısmi Dava-Belirsiz Alacak Davası” (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 387, Temmuz 2012, s. 2-8.

ŞİŞMAN, Hasan: “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Gider Avansı, Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 3, Y. 2012, 201-209.

TOPAK, Süleyman: “Yargıtay Kararları Işığında İşçi Alacakları Bakımından Belirsiz Alacak Davası ve Islah Zamanaşımı Problemi”, http://hukuk.meliksah.edu.tr/kullanic_i_images/file/merged_document_10.pdf

UĞUR, Aynaz: “Belirsiz Alacak Davası (HMK M. 107) ve Temel İşçilik Alacakları Bakımından İncelenmesi”, FSM İlimi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Yıl. 2014, 323-340.

YAŞAR, Halis: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İş Aktinin Feshi Sebebi İle Açılacak Davalara Etkisi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 2012/5, Eylül-Ekim 2012, 267-288.

YAVAŞ, Murat: “Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Seminer-Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, Kasım 2012, 55-81.

YAVAŞ, Murat: “İşçi Alacakları Yönünden Belirsiz Alacak Davasının Uygulanabilirliği (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum, 2013/1, 365-376.

YILMAZ, Halil: “Hukuk Mahkemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Neler Değişti?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, 189-205.

YILMAZ, Ejder: “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Dava Çeşitleri”, Makaleler (1973-2013), C. 2, Ankara 2014.

ZIEMANN, Werner: “Teil 2: Kosten und Kostenerstattung”, in: TSCHÖPE/ZIEMANN/ALTENBURG/PASCHKE, Streitwert und Kosten im Arbeitsrecht, München, 2013.

ÖDÜNC İŞ İLİŞKİSİ

Araş. Gör. Yasemin Başmanav*

GİRİŞ

Küreselleşme ve rekabetin tesiriyle ortaya çıkan iş hukukunda esnekleşme ihtiyacı¹, yeni istihdam modellerinin doğmasına sebep olmuştur. Bu istihdam modellerinden biri olan ödünç iş ilişkisi hakkında, esnekleşme ile birlikte daha sık söz edilse de esasında kurumun geçmişi eski tarihlere dayanmaktadır. Ülkemizde 1960'lı yılların başından itibaren uygulanmaya başlanmasına ve şirketlerin holdingleşmelerine paralel olarak biraz daha yaygınlaşmasına rağmen ödünç iş ilişkisi, 4857 sayılı İş Kanunu² (İK) ile 2003 yılında çalışma mevzuatımıza dahil edilmiş olup Kanunun 7. maddesinde "geçici iş ilişkisi" başlığı altında düzenlenmiştir³.

1475 sayılı İş Kanununda ödünç iş ilişkisine ilişkin bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte konu, 818 sayılı Borçlar Kanununun⁴ 320. maddesinden⁵ yola çıkılarak öğretide ele alınmış ve Yargıtay kararlarında yer almıştır⁶.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Esneklik kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet Anıl Arslanoğlu, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, s. 17 vd.

² RG. 10.6.2003, 25134.

³ Nurşen Caniklioğlu, "Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları", Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul: Legal Yayıncılık, Mart 2008, s. 122; Ödünç iş ilişkisi ile ilk örneğin, kesin bir tarih olmamakla birlikte, 1837 yılında Almanya'da görüldüğü ifade edilmektedir, Ercan Akyiğit, "İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi", Ankara: Kamu-İş Yayınları, 1995, s. 13; Uşen'e göre kanun koyucu mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi ile gerçek anlamdaki ödünç iş ilişkisi arasındaki farkı göz önüne almayarak İK m. 7'de, AB üyesi ülkelerde mesleki anlamda ödünç iş ilişkisine getirilen şekil şartlarını ve sınırlamaları, gerçek anlamdaki ödünç iş ilişkisine getirmiştir, Şelale Uşen, "2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkinine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2010/3, s. 180.

⁴ RG. 8.5.1926, 366.

⁵ "Hilafî mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir." şeklindeki BK m. 320'ye göre işveren sözleşmeyle, iş görme ediminin ifasını isteme hakkını, üçüncü kişilere devredebilir. Dolayısıyla 4857 sayılı İK'den önce doktrinde BK m. 320'den yola çıkılarak, işçinin de rızasının alınmasıyla, işçinin iş görme borcunu başka bir işverenin işyerinde yerine getirebileceği ve ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği yorumu yapılmaktaydı, Sarper Süzek, "İş Akdinin Türleri", Mercek Dergisi, Nisan 2001, s. 31; Abdurrahman Benli ve Yusuf Yiğit, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", Kamu-İş, C. 8, S. 4, 2006, s. 4.

Ödünç iş ilişkisi iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk gerçek anlamdaki ödünç iş ilişkisi olup İK m. 7'de kural altına alınmıştır ve kısaca bir işverenin işçisini, işçinin de rızasını alarak, başka bir işveren yanına belirli ve geçici bir süre çalışmak üzere göndermesi olarak tanımlanabilir. Ödünç iş ilişkisinin ikinci türü olan ve Türk hukukunda düzenlenmeyen mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi başka işverenlere işçi ödünç temin etmeyi meslek edinmiş bir işveren tarafından işçinin sadece ödünç verilmek üzere işe alınmasıdır⁷.

Kanunda geçici iş ilişkisi terimi kullanılmasının sebebi, Kanun Tasarısının Meclisteki görüşmeleri sırasında “ödünç” kelimesinin işçinin kişiliğini zedeleyici vasıfta olduğuna yönelik eleştirilerdir⁸. Ancak doktrinindeki geçici iş ilişkisi teriminin isabetli olmadığına ilişkin görüşe⁹ katılmakta ve bu sebeple de çalışmamızda ödünç iş ilişkisi terimini tercih etmekteyiz. Ayrıca çalışmamızda geçici olarak bir başka işveren yanında çalışmaya gönderilen kişi için “işçi”, işçisini bir başka işveren yanına gönderen işveren için “ödünç veren işveren” ve bu işçiyi geçici bir süre için alan işveren için “ödünç alan işveren” terimleri kullanılmıştır¹⁰.

I. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİ

İş Kanunu m. 7/1' e göre işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde¹¹ ödünç iş ilişkisi gerçekleşmiş olur¹².

⁶ Ömer Ekmekçi, “Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul: Legal Yayıncılık, Mart 2008, s. 100; Bkz. Yarg. 9.HD. 12.10.1998, 11704/14289, (Osman Güven Çankaya ve Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 305, dpn. 189.)

⁷ Uşen, Yönerge, s. 170.

⁸ Serkan Odaman, “Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi”, 1. Basım, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007, s. 15; Şelale Uşen, “Avrupa Birliği'nde Ödünç İş İlişkisi: İtalya Uygulaması ve Türkiye”, 1. Basım, İstanbul: Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2006, s. 301; Alpay Hekimler, “Avrupa Birliği'nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye İçin Değerlendirmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, Y. 8, Mart 2013, s. 253.

⁹ Geçici iş ibaresinin kapsamı daha geniştir. Örneğin, geçici süreli iş sözleşmelerini de kapsamaktadır. Geçici süreli iş sözleşmeleri ise terminolojik olarak benzerlik göstermekle birlikte ödünç iş ilişkisinden farklıdır. Geçici süreli iş sözleşmeleri belirli süreli sözleşme olup; bu sözleşmede ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi üç taraf (ödünç alan işveren-ödünç veren işveren-işçi) bulunmayıp, iş sözleşmesi geçici iş gücü ihtiyacı duyan işverenle işçi arasında yapılmaktadır, Akyığıt, Ödünç İş İlişkisi, s. 27-28; Hamdi Molamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, “İş Hukuku”, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 365, 466; Münir Ekonomi, “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 236; Ayrıca “ödünç” terimi ödünç iş ilişkisindeki üçlü ilişkiyi ve geçici bir zaman dilimi için işçinin başka bir işverene verilmesini daha net bir şekilde ifade etmektedir, Uşen, Yönerge, s. 170-171.

¹⁰ Ekmekçi, Kurulma ve Sona Erme, s. 101.

¹¹ Hükümdeki “devir” ibaresi teknik manada işçinin ya da iş sözleşmesinin devri anlamına gelmemektedir. Şöyle ki iş sözleşmesinin devri ile sözleşmeyi devreden işveren, iş sözleşmesinin tarafı olma durumunu kaybetmekte iken ödünç iş ilişkisinde iş sözleş-

Ödünç iş ilişkisi birden çok hukuki ilişkiden oluşan karmaşık bir yapıyı ifade etmektedir. Zira ödünç iş ilişkisinde bir işveren, aralarında iş sözleşmesi bulunduğu işçisini, çeşitli sebeplerle sürekli olarak veya belli bir süreliğine, kendi yanında çalıştırmayıp onun başka bir işveren yanında çalışmasını istemektedir. İşçinin bu teklifi kabul zorunluluğu olmamakla birlikte, eğer işçi başka işverenin yanında çalışmayı kabul ederse, ortaya bir ödünç iş ilişkisi çıkmaktadır¹³. Bir başka deyişle ödünç iş ilişkisi bir iş sözleşmesine taraf olan işçi ve işveren ile işçinin iş gücünden geçici olarak faydalanan bir kişi arasında oluşturulan üçlü ilişki olarak meydana gelmektedir¹⁴. İşçi iş görme borcunu normal şartlarda işverene karşı yerine getirmekle mükellef iken ödünç iş ilişkisinde işçi, iş görme borcunu, geçici bir süre için başka bir işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olmaktadır. Ancak iki işveren arasındaki eser sözleşmesine istinaden işçi, kendi işverenin nam ve hesabına bir başka işverene ait işyerinde çalışmakta ise burada ödünç ilişkisi değil, alt işverenlik ilişkisi söz konusudur; çünkü ödünç iş ilişkisinde işçi, belirli ve geçici bir süre için bir başka işveren nam ve hesabına çalışmaktadır¹⁵.

Ödünç iş ilişkisinde üç ayrı hukuksal ilişki bir arada bulunur. Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki hukuki ilişki, işçinin geçici olarak verilmesini içeren ödünç iş sözleşmesi, bir başka ifade ile işçi temin sözleşmesidir¹⁶. İşçi ile ödünç veren işveren arasındaki hukuki ilişki aralarındaki

mesinin taraflarında herhangi bir değişiklik gerçekleşmemektedir. Hükümdeki “devir” ibaresi işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan işi talep etme hakkının temlikine dayanan bir devri anlatmaktadır, Caniklioğlu, s. 126.

¹² “... Geçici İş İlişkisi (Ödünç İş İlişkisi), 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen yeni bir sözleşme türüdür. Üçlü bir şekilde ortaya çıkar, şirket topluluklarında veya holdinglerde vasıflı işgücü ihtiyacının karşılanmasına yöneliktir. Buna göre, işveren devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur...” Yarg. 9. HD. 11.7.2005, 18996/24710, Kazancı İçtihat Bankası.

¹³ Akyiğit, *Ödünç İş İlişkisi*, s. 12; Mehmet Günay, “İş Hukuku’nda Ödünç İş İlişkisi”, 1. Basım, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s. 25.

¹⁴ Ünal Narmanlioğlu, “İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 23, Y. 6, Eylül 2011, s. 16; *Ekonomi*, s. 232; Benli ve Yiğit, s. 5.

¹⁵ Ekmeççi, *Kurulma ve Sona Erme*, s. 101.

¹⁶ Arslanoğlu, s. 56-57; “İşveren devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Somut olayda, Ankara H.O İ.G.M. ile B. B U D Hizmetleri Proje Taahhüt Sanayi ve Ticaret AŞ. arasında Hizmet Alım Sözleşmesi yapılmıştır. Anılan sözleşme ile EGO Genel Müdürlüğü bünyesinde araçlarla 1500 şoför personel çalıştırılmıştır. Davacı da bu işçilerdendir. Bu durumda uyumsuzluğun 4857 sayılı İş Kanununun yedinci maddesinde sözü edilen geçici iş ilişkisi bağlamında çözümü gerekir. Aynı Kanunun 2/VI. maddesinde sözü edilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bu uyumsuzlukta uygulama yeri yoktur. Hizmet alım sözleşmesini karşılayan sözleşme tipi geçici iş ilişkisidir. Mahkemece uyumsuzluğun geçici iş ilişkisi kapsamında, çözümlenmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.” Yarg. 9. HD. 26.9.2005, 27068/31187; Aynı yönde Yarg. 9. HD. 28.11.2005, 32439/37317, Kazancı İçtihat Bankası.

iş sözleşmesine dayanırken, işçi ile ödünç alan işveren arasındaki hukuki ilişkinin temeli ise ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren arasındaki ödünç iş sözleşmesidir¹⁷. Bir başka ifade ile işçi ile ödünç alan işveren arasında iş sözleşmesi bulunmamakta ancak ikisi arasında iş ilişkisi benzeri bir hukuki ilişki doğmaktadır¹⁸.

Ödünç alan işverenin işçilerinin hastalık, analık gibi nedenlerle izinli olması, yaz döneminde ödünç alan işverenin işletmesinin ürünlerine talebin artması sebebiyle ek personele ihtiyaç duyulması, uzmanlık gerektiren geçici nitelikte işlerde çalıştırılmak üzere işçiye duyulması, güvenilen bir işçinin başka işveren nezdinde bulundurulmak istenilmesi ya da ödünç veren işverenin işyerinde işgücü fazlası ortaya çıktığında işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi yerine bir başka işverene ödünç verilmesi gibi durumlar ödünç iş ilişkisine baş-
vurulabilecek hallere örnek olarak verilebilir¹⁹.

II. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN KURULMASININ KOŞULLARI

İş Kanunu geçerli bir ödünç iş ilişkinden bahsedebilmek için tarafların güttükleri amaçla ilgilenmemiş ve ilgili maddede ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için bazı koşullar getirilmiştir²⁰.

A. İŞÇİNİN YAZILI ONAYI

Ödünç iş ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için her şeyden önce işçi ile işveren arasında geçerli bir iş sözleşmesi, iş ilişkisi bulunmalıdır ve İK m. 7/1'e göre ödünç iş ilişkisinin gerçekleşebilmesi için işçinin devir sırasında yazılı onayının alınması şarttır. Hükümde onayın devir sırasında alınması gerektiği açıkça düzenlendiğinden önceden alınmış onay geçersizdir²¹. Devir tari-

¹⁷ Odaman, *Ödünç İş İlişkisi*, s. 16.

¹⁸ İlhan Serin, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 7, 2005, s. 1059; Benli ve Yiğit, s. 5; İşçi ile ödünç alan işveren arasında iş ilişkisi benzeri bir hukuki ilişkinin kabul edilmesi, ödünç alan işverenle işçinin ödünç iş ilişkisinden doğan borçlarını yerine getirmemeleri durumunda sorumlu tutulmalarını mümkün hale getirmektedir, Süzek, *İş Akdi*, s. 32.

¹⁹ Uşen, *Ödünç İş İlişkisi*, s. 16; Ekmekçi, s. 369; Narmanlıoğlu, s. 16; Serin, s. 1058.

²⁰ Ekmekçi, *Kurulma ve Sona Erme*, s. 105; Ödünç iş ilişkisi modeliyle amaçlanan, işverenlerin geçici iş gücü ihtiyaçlarını karşılamanın ötesinde, istihdam yaratmak ve mümkün olduğu ölçüde sürekli bir istihdam ilişkisinin kurulmasına aracılık etmek hususlarına ulaşmanın 7. maddede getirilen şartlar ile mümkün olmadığı görüşü için bkz. Hekimler, *Değerlendirmeler*, s. 254.

²¹ Sarper Süzek, "İş Hukuku", *Yenilenmiş 10. Baskı*, İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 277; Odaman, *Ödünç İş İlişkisi*, s. 59-60; A. Nizamettin Aktay ve Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen-Kaplan, *İş Hukuku*, *Yenilenmiş 4. Baskı*, Ankara: Gazi Kitabevi, 2011, s. 66; Uşen, *Ödünç İş İlişkisi*, s. 303; Ömer Ekmekçi, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 2, 2004, s. 371; Ercan Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, C. I, 2. Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2006, s. 347; Doktrinde aksi yönde görüş olmakla birlikte işçinin yazılı onayına ilişkin yazılılık şartının geçerlilik şartı olduğu görüşü hakimdir, Benli ve Yiğit, s. 9; Arslanoğlu, s. 60; Yazılılık şartının geçerlilik şartı olmadığına ilişkin görüş için bkz. Şahin ve Çil, s. 306; "... Başka bir anlatımla, ödünç iş ilişkisi kurulması için davacı işçinin görevlendirme esnasında açıkça muvafakat şartı aranmalıdır..." Yarg. 9. HD 5.7.2006, 777/19958, Kazancı İçtihat Bankası.

hinde ve yazılı olarak verilmesi gereken onay ya işçinin kendisi ya da işçinin kanuni temsilcisi yahut bu konuda özel yetkiye sahip vekili tarafından verilmelidir. İşçinin üyesi olduğu sendikanın ödünç iş ilişkisine onaya ilişkin yetkisi olmamakla birlikte toplu iş sözleşmesine konulan ve bu konuda işçi iradesi yerine geçen düzenlemeler de geçersizdir²². Ayrıca İK m. 7/2' ye göre ödünç iş sözleşmesi yazılı olarak yapılır²³.

Belirtelim ki, İK m. 7'de işçinin yazılı onayının vermesinin ardından ödünç alan işverenin işyerinde çalışmayı istememesi durumunda hukuki sonuçun ne olacağı kural altına alınmamıştır. Burada işçinin, ödünç veren işverene karşı iş görme borcuna aykırılık oluşturarak sözleşmeye dayalı sorumluluk altına girmesi söz konusu olacaktır²⁴.

Yine işverenin ödünç iş ilişkisine razı olmayan işçisini bu konuda zorlamaması gerekirken aksi yönde hareket etmesi durumunda iş koşullarında esaslı değişiklik ortaya çıkacağından İK m. 22'de hüküm altına alınan "çalışma koşullarında esaslı değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi" müessesesi devreye sokulabilecektir. Ayrıca işçinin ödünç iş ilişkisine rıza vermemesinden dolayı iş sözleşmesini fesheden işveren, fesih sebebinin "geçerli neden"e dayandığını ileri süremeyecektir²⁵.

B. BENZER İŞLERDE ÇALIŞTIRILMA

Hüküm incelendiğinde, diğer bir koşul olarak benzer işlerde çalıştırılma koşulu söylenebilir. İK m. 7/1' e göre işveren işçisini; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna²⁶ bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene ödünç olarak verebilir. Buna göre, holding bünyesi dışında veya aynı şirketler topluluğuna bağlı olmayan işyerinde veya işçinin çalışmakta olduğu işle benzer olmayan işte çalıştırılmak üzere başka bir işverenle ödünç iş ilişkisi kurulamayacaktır. Söz konusu koşulun mefhumu muhalifinden, aynı holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı işyerinde çalıştırılması şartıyla ödünç iş ilişkisinin,

²² Çankaya ve Çil, s. 306.

²³ Ödünç işçi sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi olması ve işçinin rızasının yazılı olarak alınmasının geçerlilik şartı olup olmadığı hakkındaki tartışmalar için bkz. Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 59 vd.

²⁴ Benli ve Yiğit, s. 10.

²⁵ Benli ve Yiğit, s. 10; "... Dosya içeriğinden davacının davalıya ait gemide kaptan olarak çalıştığı sırada dava dışı başka bir şirkete ait gemide çalışmasının istendiği; davacının, çalışmasının istendiği geminin teknik şartlarının yerinde olmadığı ve başka şirkete ait gemide çalışmak istememesini gerekçe göstererek dava dışı şirkete ait gemide işbaşı yapmadığı için davalı tarafından hizmet akdinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davalı işverenin davacıyı dava dışı bir şirkete ait gemiye tek taraflı olarak nakletmesi mümkün değildir. Ancak bu nakil, üçlü bir ilişki ile hizmet akdinin devri veya ödünç iş ilişkisi kurulması ile mümkündür. Davacı, böyle bir ilişkinin kurulmasına rıza göstermediğinden çalıştırılmasının istendiği gemide işbaşı yapmamakta haklıdır, işveren buna dayanarak davacının hizmet akdini feshetmekte haksızdır. Bu nedenle davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken yazılı gerekçelerle reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 9. HD. 27.9.2007, 37441/28505, Kazancı İçtihat Bankası.

²⁶ Hükümde kullanılan "aynı şirketler topluluğu" terimi ile "hem yönetim ve işleyiş hem de sermayenin kullanılması açısından birbiriyle doğrudan bağlantılı ve her biri farklı tüzel kişiliklere sahip şirketler" kastedilmektedir, Arslanoğlu, s. 75.

işçinin çalışmakta olduğu işten farklı bir iş için kurulabileceği sonucu çıkmaktadır²⁷.

Benzer işlerde çalıştırılma koşulu işçinin, ödünç veren işverenin işyerinde fiilen bir iş görmüş olmasını ve ödünç alan işverenin işyerinde de buna benzer bir işle görevlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Böylelikle benzer işlerde çalışma koşulundan ve dolayısıyla ödünç iş ilişkisinden bahsedebilmek için ödünç veren işverenin kendisine ait mal veya hizmet üretimi yapan bir işyeri olması gerekmektedir²⁸.

Benzer işlerde çalıştırılma koşulu, ödünç iş ilişkisinin meslek olarak yürütülmesinin önüne geçmek ve işçinin salt başka işyerlerinin işçi gereksinimini karşılamak üzere işe alınmasını engellemek saiki ile getirilmiştir²⁹. Bu sebeple benzer iş kavramı belirtilen amaç doğrultusunda ele alınarak, somut olayın özelliklerine göre, ayrıca ödünç iş ilişkisinin bir süre çalıştırılmasına ihtiyaç duyulmayan işçinin başka bir işveren yanında çalıştırılması yoluyla feshi önleyici fonksiyonunun da bulunduğu dikkate alınarak geniş yorumlanmalıdır³⁰.

C. GEÇİCİLİK

Ödünç iş ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için gerekli son koşul ise kurulan ödünç iş ilişkisinin geçici nitelikte olmasıdır³¹. İşçinin ödünç alan işverenin işinde çalışmasının, ödünç iş ilişkisinin, geçici niteliğini etkileyerek, ona süreklilik kazandıracak şekilde uzun sürmemesi gerekir. Geçicilik niteliğine uygun olarak Kanunda ödünç iş ilişkisinin azami süresi belirtilmiştir. İK m. 7/2' ye göre ödünç iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir. İşçinin Kanunda belirtilen süreyi aşan şekilde çalışması halinde ödünç iş ilişkisinden bahsedilemeyecektir³². Böylece ödünç iş ilişkisinin süresine ilişkin olarak 18 aylık bir sınırlama getirilerek, ödünç işçi adı altında, ödünç iş ilişkisinin geçici niteliğine aykırı olarak, sürekli işçi çalıştırılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır³³. Ayrıca ödünç iş ilişkisine ilişkin sözleşmede, Kanunda öngörülen azami sürenin üzerinde bir sürenin kararlaştırılmış olması halinde, sözleşmedeki sürenin geçersizliği ve sözleşmedeki sürenin Kanundaki azami süre olarak kabul edilmesi uygun düşmektedir³⁴.

Ödünç veren işveren aynı ödünç alan işverenle makul bir süre geçtikten sonra tekrar veya başka bir işverenle, Kanunda belirlenen azami süreye uymak ve işçinin de yazılı rızasını almak şartıyla, aynı işçi için ödünç iş sözleşmesi yapabilir³⁵.

²⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 369; Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 20; Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s. 305; Ekmekçi, Geçici İş, s. 370.

²⁸ Çankaya ve Çil, s. 309-310.

²⁹ Ekmekçi, Kurulma ve Sona Erme, s. 106.

³⁰ Nuri Çelik, Nursen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 27. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014, s. 111; Ekmekçi, Kurulma ve Sona Erme, s. 106.

³¹ Süzek, İş Hukuku, s. 277.

³² Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s.371; Aktay ve Arıcı ve Senyen-Kaplan, s. 66; Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s. 303-304; Ekmekçi, Geçici İş, s. 371.

³³ Ekmekçi, Kurulma ve Sona Erme, s. 107.

³⁴ Benli ve Yiğit, s. 13.

³⁵ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 56; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 371; Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s.305; Ekmekçi, Geçici İş, s. 372; Aksi yöndeki görüşe göre 18 aylık

Ödünç iş ilişkisinin yenilenmesi, her seferinde işçinin yazılı rızası alınarak gerçekleştirilebilir; ancak ödünç alan işverenin ve işçinin çalışma durumlarını değiştirmeden devam etmeleri ve ödünç veren işverenin de sessiz kalması halinde ödünç iş ilişkisi yazılı rıza olmadan yenilenebilir. Ne var ki, işçinin ödünç iş ilişkisinin başında verdiği yazılı rızanın muhtevassından yenilemeler için de yazılı şekil şartına riayet edilmesi gerektiği sonucuna ulaşıyorsa, her yenileme için ayrı ayrı yazılı rızanın alınması gerekmektedir³⁶. Bu duruma örnek olarak işçinin ödünç iş ilişkisini yasal süreden daha az bir süre ile sınırlandırması halinde ödünç iş ilişkisinin yenilenebilmesi için işçiden yeni bir izin alınması gereği verilebilir³⁷.

Ödünç iş ilişkisine ilişkin sözleşmede, işçinin ödünç alan işverene karşı iş görme borcunu, kısmi süreli çalışma veya çağrı üzerine çalışma esasına dayalı olarak yerine getireceği kararlaştırılabilir. Söz konusu durumda ödünç iş ilişkisinin süresine veya azami 18 aylık sürenin aşılmadığına dair kurallar, tam süreli kurulan ödünç iş ilişkisinde olduğu gibi uygulanır³⁸.

III. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN HÜKÜMLERİ

Ödünç iş ilişkisi bireysel iş hukuku ve toplu iş hukuku açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır.

A. BİREYSEL İŞ HUKUKU BAKIMINDAN

1. İş Sözleşmesinin Devamı ve İş Görme Borcu

İK m. 7/1'de belirtildiği üzere ödünç iş ilişkisi, ödünç veren işverenin işçi arasındaki iş sözleşmesini sona erdirmez. Ancak İK m. 7/1'e göre işçi, ödünç iş sözleşmesine göre üstlendiği işin görülmesini, ödünç alan işverene karşı yerine getirmekle yükümlüdür³⁹. Bu durum ödünç alan işverenin de bazı sorumluluklar üstlenmesine neden olmaktadır. Nitekim İK m. 7/3'e göre ödünç alan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur. Söz konusu hükümlerle ödünç veren işverenin sorumluluğundaki ücret ve sosyal sigorta primlerinden ödünç alan işveren de müteselsil sorumlu tutulmak suretiyle belirtilen haklar güvence altına alınmıştır⁴⁰.

İşçinin iş görme borcunu ödünç alan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olması kuralı, işçinin bu borcuna aykırı davranması halinde, bu davranışının hangi işverene karşı borcun ihlali anlamına geleceği sorusunu akla getirmektedir ki belirtilen soru özellikle, iş görme borcuna aykırılık nedeniyle iş sözleşmesinin feshi açısından önem taşımaktadır. İşçi iş görme borcunu belirli bir süre için ödünç alan işverene karşı yerine getirse de bu borca aykırılık iş sözleşmesinin tarafı olan ödünç veren işverene karşı da gerçekleştirilmiş olur ve

süreye ilişkin hüküm mutlak emredici niteliktedir ve dolayısıyla bir işçi ile kurulabilecek ödünç iş ilişkisinin süresi en çok 18 aydır, Şahin ve Çil, s. 313.

³⁶ Odaman, *Ödünç İş İlişkisi*, s. 58-59; Çankaya ve Çil, s. 312.

³⁷ Çankaya ve Çil, s. 308.

³⁸ Ekmeççi, *Kurulma ve Sona Erme*, s. 108.

³⁹ Çelik, *Canıklıoğlu ve Canbolat*, s. 137; Günay, s. 79; Akyigit, *Ödünç İş İlişkisi*, s. 125; Akyigit, *Şerh*, s. 365.

⁴⁰ Canıklıoğlu, s. 127-128.

ödünç veren işveren iş görme borcuna aykırılık nedeniyle işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olur⁴¹.

2. Ücret Ödeme Borcu

İK m. 7/3'e göre ödünç veren işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam eder. Ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin devam etmesinin doğal bir sonucu olan bu durum Kanunda da hüküm altına alınmıştır. Bununla beraber İK m. 32/1'e göre ücret işveren dışındaki üçüncü kişiler tarafından da ödenebileceğinden, ücretin ödünç alan işveren tarafından ödenebileceği kararlaştırılabilir⁴². Ancak böyle bir karar, işçinin ödünç iş ilişkisi süresindeki ödenmeyen ücreti için her iki işverene de başvurmasını engellemeyecektir; çünkü İK m. 7/3'deki ücrete ilişkin ödünç alan ve ödünç veren işverenin müteselsil sorumluluklarına ilişkin hüküm mutlak emredici niteliktedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, ücret ödeme borcu esasen ödünç veren işverene ait olmakla birlikte, işçinin ödünç iş ilişkisi dönemindeki ücretinin güvence altına alınabilmesi amacıyla ödünç alan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, ödünç veren işveren ile müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Her iki işverenin müteselsil sorumluluğu temel ücrete ilişkin olmayıp, işçiye iş sözleşmesi gereğince ödenmesi gereken ve para ya da para ile ölçülebilen tüm menfaatleri, bir başka deyişle giydirilmiş ücreti, kapsar. Ücret ödeme yükümlülüğüne bağlı olarak, ücret hesap pusulası verme örneğinde olduğu üzere, ücrete ilişkin yan yükümlülükler de devam eder⁴³. Ayrıca ödünç iş ilişkisi süresi içerisinde, iş sözleşmesi ödünç veren işveren tarafından sona erdirilen işçiye ödenmesi gereken ve İK'de ödünç alan işverenin de yükümlülüğü açıkça kural altına alınmayan kıdem, ihbar ya da iş güvencesi tazminatı gibi işçinin feshe bağlı haklarından ödünç alan işverenin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁴⁴.

Ücret ödeme borcuna esasen fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri gibi ücretler de dahildir. Ancak Yargıtay, 1475 sayılı İK dönemindeki uygulamasını devam ettirerek, söz konusu ücretlerin hizmetin sunulduğu ödünç alan işveren tarafından ödenmesi doğrultusunda kararlar vermektedir. Katıldığımız görüş uyarınca İK'nin açık hükmü doğrultusunda, ödünç veren işverenin de bahsi geçen işçilik alacaklarından sorumluluğu kesindir⁴⁵.

⁴¹ Caniklioğlu, s. 131.

⁴² Süzek, İş Hukuku, s. 280; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 373; Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 150-151; Günay, s. 87; Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, s. 141-142.

⁴³ Caniklioğlu, s. 133; Serin, s. 1075; Ekmekçi, Geçici İş, s. 373.

⁴⁴ Ekmekçi, Geçici İş, s. 375; Caniklioğlu, s. 129-130; Şahin ve Çil, s. 325; Aksi yönde görüş için bkz. Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014, s. 116; "... Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre ödünç iş ilişkisinde ödünç alan işverenin feshe bağlı haklarının sorumluluğunun söz konusu bulunmadığı kabul edilmektedir..." Yarg. 9. HD. 24.4.2007, 1341/11798; Aynı yönde Yarg. 9. HD. 24.1.2006, 32539/1190, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁵ Çankaya ve Çil, s. 321; Serin, s. 1075; Ekonomi'ye göre fazla çalışma ücreti gibi ek ücretlerden kimin yükümlülüğünü kesin olarak taşıyacağı ve buna göre aralarında rücu yoluna gidilebileceği kararlaştırılabilir, Ekonomi, s. 242; "... Buna karşılık davacı tüm mesaisini ödünç işçi olarak G.P. Başkanlığının Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak geçirdiğinden fazla çalışma ücreti ve genel tatil ücret alacaklarından G.P. Başkanlığı sorumludur. Bu durum dikkate alınmaksızın gereksiz olarak davacının

3. İşverenin Talimat Verme Hakkı, İşçiyi Gözetme Borcu ve Eşit Davranma Borcu

İK m. 7/1'e göre ödünç alan işveren işçiyi talimat verme hakkına sahiptir. Maddede belirtilen talimat verme hakkı, disiplin cezası verme yetkisi dışında⁴⁶, işin görülmesine ilişkin olduğu kadar, işyeri düzenine ve güvenliğine ilişkin emir ve talimat verme hakkını da kapsamaktadır. Ödünç veren işverenin yönetim hakkının kullanım alanı daralmakla birlikte, yıllık izin hakkının kullanılmasında talimat verme örneğinde olduğu üzere, işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde yönetim hakkı devam etmektedir⁴⁷.

Ödünç alan işverenin talimat verme hakkı bulunmakla birlikte işçi, ödünç iş ilişkisi süresince iş görme borcunu ödünç alan işverene ifa edeceğinden; ödünç alan işverenin, İK 7/3'de belirtildiği üzere, işçiyi gözetme borcundan ödünç veren işverenle birlikte müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır. Anılan ifadeden ödünç iş ilişkisi süresi içinde işçiyi gözetme borcunun ödünç veren işverene ait olduğu, bunun yerine getirilmemesinden ödünç alan işverenin de müteselsil sorumlu olduğu gibi bir anlam çıkmakta ise de işçiyi gözetme borcu esas itibarıyla ödünç alan işverene ait olup, ödünç veren işverenin ödünç alan işverenle birlikte müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır⁴⁸. İşçiyi gözetme borcu ile ilgili olarak ödünç alan işverenin, işçiyi sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi verme yükümlülüğü 2012 yılından önce İK m. 7/1'de hüküm altına alınmıştı. Belirtilen düzenleme İK m. 7'den 2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun⁴⁹ 32. maddesi ile çıkarılmışsa da işverenin bu yükümlülüğünün kaldırılmış olduğundan söz edilemez. Zira 6331 sayılı Kanunda aynı yükümlülüğe yer verilmiştir. 6331 sayılı Kanun m. 17/6'ya göre geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlar⁵⁰.

Ödünç veren ve ödünç alan işverenlerin, farklı şekil ve konularda olmakla birlikte, ödünç iş ilişkisi içinde olan işçiyi karşı eşit davranma borçları bulunmaktadır. Şöyle ki, ödünç veren işveren, belirli şartlara bağlı ve sınırlı olarak uygulanabilir vasıfta olmakla beraber, ücret ile ikramiye ve sosyal yardımlar gibi prim dışında kalan ödemeler bakımından işçiyi aynı durumdaki diğer işçiler gibi eşit davranmak zorundadır⁵¹. Ödünç alan işveren de işin görülmesinde yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar ile ilgili olarak işçiyi aynı

tüm tazminat ve işçilik alacaklarından davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması hatalıdır..." Yarg. 9. HD. 29.12.2005, 37186/40672, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁶ Narmanlıoğlu'na göre ödünç alan işverenin geçici olarak çalıştırdığı işçiyi "işten çıkarma cezası" dışında kalan ve işyeri düzeniyle ilgili bulunan işyeri kurallarıyla ilgili olarak başka disiplin cezası vermesi işin gereği olarak kabul edilmelidir, Narmanlıoğlu, s. 18.

⁴⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 279-280; Süzek, İş Akdi, s. 32; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 138; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, s.375; Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, s. 137-138; Arslanoğlu, s. 85-86.

⁴⁸ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 138; Ekmekçi, Geçici İş, s. 376.

⁴⁹ RG. 30.6.2012, 28339.

⁵⁰ Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, s. 377; Ödünç iş ilişkisinde işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği alma yükümlülükleri ile bu önlemleri almamalarının sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Ertan İren, "Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 2, 2011, s. 288 vd.

⁵¹ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 138-139.

durumdaki diğer işçilerden farklı bir işlem yapamaz. Bu anlamda, örneğin, işe giriş ve çıkış kontrollerinde, işin dağıtımında, tatil ve gece çalışmalarında ödünç alan işveren eşit davranma borcu altındadır⁵².

4. İşçinin Diğer Hak ve Yükümlülükleri

İşçi işverene karşı olan diğer borç ve yükümlülüklerinden, özen borcu-itaat borcu-sadakat borcu gibi, ödünç alan işverene karşı da sorumludur. Bu sonuca İK m. 7/4' ten ulaşmak mümkündür. Zira hükme göre işçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan ödünç iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumludur. Belirtilen düzenlemeden özellikle işçinin iş görme borcu içinde yer alan ve onu tamamlayan özen borcuna ulaşmak mümkündür. Yine İK m. 7/4'deki işçinin ödünç sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler ödünç iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır düzenlemesiyle işçinin kendisi için belirlenen borç ve yükümlülüklerden, ödünç alan işverene karşı da sorumlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵³. Düzenlemeyi daha iyi anlamak adına ilk olarak "işçinin ödünç sözleşmesi" ile hangi sözleşmenin kastedildiği daha sonra da "işçinin diğer hak ve yükümlülüklerinin" kapsamının irdelenmesi gerekmektedir. Öncelikle "işçinin ödünç sözleşmesi" ibaresi ile işçinin ve ödünç veren işverenin taraf olduğu ve işçinin geçici olarak bir başka işverenin yanında çalıştırılmasına ilişkin şartların tespit edildiği sözleşme akla gelmekte ise de İK'de mesleki faaliyet olarak ödünç iş sözleşmesinin kural altına alınmamasından yola çıkılarak kanun koyucunun belirtilen sözleşmeyi esas aldığını düşünmek doğru olmaz. Sonuç olarak "işçinin ödünç sözleşmesi" ile ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında akdedilen ödünç iş sözleşmesi olduğunu söylemek isabetli olacaktır⁵⁴. İkinci olarak işçinin diğer hak ve yükümlülükleri ibaresi ile ilgili olarak doktrinde aksi yönde görüş olmakla birlikte, ödünç iş ilişkisinin geçicilik özelliği göz önünde tutularak, İK'de hüküm altına alınan ve işin görülmesiyle ilgili çalışma şartlarının tespit edilmesine ilişkin olan hak ve yükümlülüklerin kastedildiği sonucuna ulaşılmalıdır⁵⁵.

İK m. 7/4' deki, işçinin ödünç sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler ödünç alan işverenle olan ilişkisine de uygulanır düzenlemesinden, işverenler için İş Kanununda belirtilen borç ve yükümlülüklerin, ödünç iş ilişkisinin geçicilik niteliği ile bağdaştığı ölçüde, ödünç alan işverenler için de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁶. Bu bağlamda ödünç alan işverenin iş sözleşmesini sona erdirmeye yetkisini haiz olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Ödünç alan işveren, gerekli hal ve koşullar ortaya çıktığında, ödünç iş ilişkisini sona erdirebilirse de işçinin ödünç veren işveren ile olan iş sözleşmesinin sona erdiremez. Nitekim haklı nedenle ve süreli fesih yoluyla iş sözleşmesini fesih hakkı şüphesiz iş sözleşmesinin tarafı olan ödünç veren işverene aittir; ancak işçi iş görme edimini geçici bir süre de olsa ödünç alan işverene sunduğu için işçinin ödünç

⁵² Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 139.

⁵³ Süzek, İş Hukuku, s. 279; Aktay ve Arıcı ve Senyen-Kaplan, s. 67; Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s. 310-311; Ekmekçi, Geçici İş, s. 377; Serin, s. 1077.

⁵⁴ Caniklioğlu, s. 128.

⁵⁵ Caniklioğlu, s. 128-129; Narmanlioğlu, s. 19; Aksi yönde görüş için bkz. Serin, s. 1077; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 116.

⁵⁶ Süzek, 8. Bası, s. 300, 302.

alan işverene karşı haklı nedenle feshe yol açacak davranışlarının olması durumunda, ödünç alan işverenin bir başka işçisine sataşma örneğinde olduğu üzere, iş sözleşmesi işçinin ödünç alan işveren yanındaki davranışlarından dolayı ödünç veren işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilir⁵⁷.

B. TOPLU İŞ HUKUKU BAKIMINDAN

Ödünç iş ilişkisi toplu iş hukuku açısından da çözümlenmesi gereken sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki işçinin üye olacağı sendikanın tespit edilmesi, işçinin yararlanacağı toplu iş sözleşmesinin ve toplu iş uyuşmazlığı çıktığında greve katılabileceği işyerinin belirlenmesi gibi durumlar ortaya çıkan sorunlara örnek olarak verilebilir⁵⁸. Öncelikle ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi devam ettiği için işçi, iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverene ait işyerinin girdiği işkolundaki sendikaya üye olabilir. Toplu iş sözleşmesi yetkisinin saptanmasında da işçi, ödünç veren işverenin işyerindeki işçi sayısına dahil edilerek gerekli hesaplamalar yapılır. Aynı şekilde işçi ödünç veren işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesinden faydalanır, dolaısıyla ödünç alan işverenin işyerindeki toplu iş sözleşmesinden faydalanması mümkün değildir. Buna karşılık ödünç alan işverenin tabi olduğu toplu iş sözleşmesinde, işyerinde daha etkili iş güvenliği önlemleri alınmasının öngörülmesi örneğinde olduğu üzere, ödünç alan işverenin yönetim hakkı konusunda işçi aleyhine kurallar getirmeyen toplu iş sözleşmesi hükümlerinden işçi de yararlanır⁵⁹.

İşçinin grev hakkı irdelenecek olursa ilk olarak toplu iş uyuşmazlığının hangi işyerinde gerçekleştiğine bakılmalıdır. Şayet grev ödünç alan işverenin işyerinde ise İK m. 7/5 gereği, istisnai durum hariç olmak üzere⁶⁰, işçi grev ve lokavtın uygulanması sırasında çalıştırılmaz. Eğer grev ödünç veren işverenin işyerinde yapılıyor ise, işçinin ödünç veren işverenle iş sözleşmesi devam ettiği için, işçinin grev hakkını kullanmasında herhangi bir engel yoktur. Her ne kadar işçinin ödünç veren işverenin işyerindeki greve katılması nedeniyle, iş görme borcunu ihlal ettiği ileri sürülebilirse de işçi, anayasal hakkı olan greve katılma hakkını haizdir ve bu davranışı nedeniyle sorumlu tutulamaz⁶¹.

IV. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNE BAŞVURULAMAYACAK HALLER

İK m. 7' de ödünç iş ilişkisine başvurulamayacak haller de düzenlenmiştir. İK m. 7/5' e göre işçiyi geçici olarak devralan işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı ise, işçi grev ve lokavtın uygulanması sırasında çalıştırılmaz. Ancak, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun⁶² 39. maddesi hükümleri saklıdır.

⁵⁷ Süzek, 8. Bası, s. 302-303; Ekmekçi, Geçici İş, s. 374.

⁵⁸ Caniklioğlu, s. 143.

⁵⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 283-284; Süzek, İş Akdi, s. 33; Caniklioğlu, s. 143; Serkan Odaman, "Ödünç İş İlişkisinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor Mu?", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Y. 7, Mart 2012, s. 51-52; Benli ve Yiğit, s. 23-24.

⁶⁰ Bu konuda bkz. Bölüm IV.

⁶¹ Süzek, İş Hukuku, s. 284-285; Süzek, İş Akdi, s. 33-34; Caniklioğlu, s. 144; Arslanoğlu, s. 69-71.

⁶² RG. 7.5.1983, 18040.

Ödünç veren işveren, işçisini grev ve lokavt süresince kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır. Hükümde 2822 sayılı Kanununun 39. maddesi saklı tutulmuştur, ancak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun⁶³ 81. maddesi ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununu yürürlükten kaldırmıştır ve mevzuatta bu Kanuna yapılan atıfların 6356 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı ifade edilmiştir. 2822 sayılı Kanununun 39. maddesinde kanuni grev ve lokavta katılamayacak işçi kadrosunu düzenlenmekteydi. 6356 sayılı Kanununun 65. maddesinde de kanuni grev ve lokavta katılamayacak kişiler başlığı altında aynı düzenleme korunmuştur⁶⁴. İK m. 7/5 incelendiğinde, ödünç alan işverenin işyerinde grev ve lokavt aşamasına gelindiğinde, işçinin grev ve lokavta katılamayacak kişiler arasında olması durumu dışında, işçinin iş görme borcunu ödünç veren işveren yanında yerine getirmesi kurallı benimsenmiştir⁶⁵. Ancak düzenleme her ne kadar ödünç veren işverenin grev ve lokavt süresince işçiyi çalıştırma zorunluluğuna yönelik bir kural içermekte ise de ödünç veren işveren işçiyi çalıştırmayabilir. Bu durumda ödünç veren işveren işçiyi çalıştırmasa da o döneme ait ücretini ödemek zorundadır⁶⁶.

İK m. 7/6'ya göre toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde ödünç iş ilişkisi gerçekleşmez. Eğer hükme aykırı şekilde ödünç iş ilişkisi kurulursa, bu ilişkinin geçerliliği bulunmayacak ve işçiler en baştan itibaren ödünç alan işverenin işçisi sayılacaklardır⁶⁷.

V. ÖDÜNÇ İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

Ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve işçiden oluşan üç tarafı olan bir hukuki ilişki olan ödünç iş ilişkisinin kuruluşu ve tarafların hukuki sorumlulukları belli ölçüde Kanunda kural altına alınmakla birlikte sona erme nedenleri ve hukuki sonuçları açıklanmamıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki üç tarafı olan bu ilişkide İş Hukuku, işçi ile her iki işveren arasındaki hukuki ilişkiler bakımından uygulanır iken işverenler arasındaki hukuki ilişkiler İş Hukukunun kuralları dışında kalır⁶⁸. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere her iki işveren arasında ödünç işçi teminine yönelik belirli süreli bir sözleşme bulunmaktadır. Bu bakımdan ödünç iş ilişkisinin sona erme halleri, ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi ve her iki işveren arasındaki geçici işçi teminine yönelik sözleşme ayırımı dikkate alınarak, genel olarak iş sözleşmesinin sona erme halleri bağlamında aşağıdaki şekilde ele alınmalıdır⁶⁹.

⁶³ RG. 7.11.2012, 28460.

⁶⁴ 6356 sayılı Kanun m. 65'e göre "Hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi, kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır."

⁶⁵ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s. 140; Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, s. 170-171; Akyiğit, Şerh, s. 372; Aktay ve Arıcı ve Senyen-Kaplan, s. 68; Günay, s. 99-100.

⁶⁶ Caniklioğlu, s. 145.

⁶⁷ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 48; Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s. 316.

⁶⁸ Şahin ve Çil, s. 326.

⁶⁹ Benli ve Yiğit, s. 28.

A. TARAFLARIN ANLAŞMASI

Sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak sözleşmenin tarafları, özgür iradeleriyle, anlaşmak suretiyle sözleşmelerini sona erdirebilirler. Geçici işçi teminine yönelik sözleşme de, diğer sözleşmeler gibi, tarafların anlaşması (ikale) suretiyle sona erdirilebilir. Şüphesiz ödünç iş ilişkisinin kurulmasına ilişkin sözleşme İK m. 7/2 gereği, yazılı olarak akdedilebilen bir sözleşme olması hasebiyle sözleşmenin ortadan kaldırılması da yazılı şekilde gerçekleştirilmedir. Ayrıca tarafların anlaşarak ödünç iş ilişkisini sona erdirmeleri ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesini son erdirmez bu yüzden de işçi ödünç veren işverenin işyerine dönüp çalışmak, ödünç veren işveren de işçiye iş vermekle mükelleftir⁷⁰.

Ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi de tarafların aralarında anlaşması yoluyla sona erdirilebilir. Bu durum ödünç iş ilişkisinin de sona ermesine sebep olacaktır; zira ödünç iş ilişkisinin varlığının devam etmesi ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin devamı şartına bağlıdır. Nitekim üçlü bir ilişki olan ödünç iş ilişkisinin devamı her üç unsurun varlığına bağlıdır. İş sözleşmesinin sona ermesi üçlü ilişkiyi bitireceği için dolayısıyla ödünç iş ilişkisi de kendiliğinden sona erer. Eğer ödünç iş ilişkisinin bu şekilde sona ermesinden ödünç alan işveren zarar görürse ödünç veren işverene başvurabilecektir; ancak sözleşme işçinin kusuru ile sona ermiş ise ödünç alan işveren işçiye rücu etme hakkına şüphesiz sahip olacaktır. Ödünç işçi teminine yönelik sözleşmede böyle bir durumda, işçinin değiştirilebileceğine yönelik düzenleme yapılması durumunda tazminat yükümlülüğünden bertaraf edilebilecektir⁷¹.

B. SÜRENİN DOLMASI

Altı ayı geçmemek üzere kurulan ve gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilen, bir başka deyişle yenilemelerle birlikte en fazla 18 aylık süreye sahip olabilen ödünç iş ilişkisi belirtilen sürelerin tamamlanması ile kendiliğinden sona erer. Şüphesiz taraflar anlaşarak ödünç iş ilişkisini en fazla 18 aylık süre dolmadan önce de sona erdirebilirler. Aynı şekilde ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olması ve ödünç iş ilişki-

⁷⁰ Serkan Odaman, "Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Y. 3, Haziran 2008, s. 26.

⁷¹ Odaman, Sona Erme, s. 25-26; Akyiğit'e göre, ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi de tarafların anlaşması yoluyla sona erdirilebilir ve bu anlaşma ile ödünç alan işverenin rızası olmadıkça, ödünç iş ilişkisi ve dolayısıyla geçici işçi teminine yönelik sözleşme, ödünç iş ilişkisinin üçlü yapısına uygun düşmediği için geçerli bir şekilde sona ermeyecektir. İş sözleşmesi sona erdiği için işçi açısından ödünç iş ilişkisi de sona ermekte fakat geçici işçi teminine yönelik sözleşme sona ermediği için -ödünç alan işverenin sona ermeye ilişkin rızası olmazsa- ve işçi de ödünç iş ilişkisinin gereğini yerine getirmede ödünç veren işveren kusurlu imkansızlığa düşecek ve ödünç alan işverene karşı tazminat sorumluluğu altına girecektir. Ancak işçi teminine yönelik sözleşmede ödünç veren işverenin işçi değiştirme hakkı saklı tutulmuş olabilir. Bu durumda ödünç veren işveren, iş sözleşmesi sona eren işçi yerine aynı nitelikleri haiz işçi gönderdiği takdirde ödünç alan işverene karşı tazminat sorumluluğundan kurtulabilir fakat yine de iş sözleşmesi sona eren işçi bakımından ödünç iş ilişkisi sona ermiş, yeni işçi ile yeni bir ödünç iş ilişkisi kurulmuş olmaktadır, Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, s. 196.

si sırasında belirli sürenin dolması suretiyle iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda da yukarıda belirtildiği üzere ödünç iş ilişkisi de sona erecektir⁷².

Ödünç iş ilişkisinin süresinin dolmasıyla işçi ödünç veren işverenin işyerine dönmek ödünç alan işveren de işçiye iş vermekle yükümlüdür. Ancak sürenin dolmasına rağmen işçi ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam ederse, hukuki akıbetin ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Ödünç iş ilişkisinin süresinin dolmasına rağmen işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalışmasını, doktrinde iş sözleşmesinin devri olarak adlandıranlar olduğu gibi⁷³ işçi ile ödünç alan işveren arasında yeni bir iş ilişkisi kurulduğunu ileri sürenler de⁷⁴ mevcuttur. Katıldığımız görüş uyarınca ödünç iş ilişkisinin tarafları, süre bitiminde hiçbir açıklama yapmadan, işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmasına rıza gösterirlerse bir başka deyişle zımnî olarak bu durumu kabul ederlerse iş sözleşmesinin devir yoluyla ödünç alan işverene geçtiğini kabul etmek gerekir. Fakat süre bitiminde ödünç veren işverenin işçinin işe dönmesi konusunda iradesini açıklamasına rağmen, işçinin ödünç alan işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam etmesi, işçinin ödünç verenle olan iş sözleşmesini feshi anlamına gelmektedir. Bu durumda işçinin ödünç veren işverenden ihbar, kıdem tazminatı gibi feshe bağlı hakları talep edemeyeceği gibi ödünç alan işverenin de İK m. 23⁷⁵ uyarınca ödünç veren işverene karşı sorumluluğunun gündeme gelmesi gerekir⁷⁶.

C. ÖLÜM

Gerek ödünç veren işverenin gerek de ödünç alan işverenin ölümü halinde ödünç iş ilişkisinin sona erdiğini söylemek doğru olmayacaktır. Zira belirtilen kişilerin ölümü durumunda, sözleşmeler işverenlerin kişiliği dikkate alınarak yapılmadı ise, sözleşmeyi ölenin mirasçıları devam ettirebilecektir. Bu durum hem geçici işçi teminine yönelik sözleşme için hem de iş sözleşmesi için geçerlidir. İşçinin ölümü ise ödünç iş ilişkisini sona erdiren bir durum olmakla birlikte işverenler, geçici işçi teminine yönelik sözleşmede işçinin ifa imkansızlığının bulunduğu durumlarda yerine başka bir işçinin ikama edileceğine ilişkin

⁷² Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 381-382; Serin, s. 1082-1083; Arslanoğlu, s. 91.

⁷³ Ekonomi, s. 246.

⁷⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 286; Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, s. 104 vd; Ekmekçi, Geçici İş, s. 381; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan, s. 117.

⁷⁵ İK m. 23'e göre "Süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de aşağıdaki hallerde birlikte sorumludur: a) İşçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa. b) Yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa. c) Yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse."

⁷⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, s. 382; Odaman, Sona Erme, s. 28-29; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 9.Baskı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 123; Şahin ve Çil, s. 328-329; "Davacının davalıya ait işyerinde çalıştığı sırada başka bir işverene ait işyerinde ödünç işçi olarak görevlendirildiği; iki aylık süre sonunda eski işyerine dönmesi istendiği halde dönmeyerek hizmet aktını haklı bir neden olmadan sona erdirdiğine göre; ihbar ve kıdem tazminatına hükmedilemez." Yarg. 9. HD 22.9.2003, 2572/1520, Kazancı İçtihat Bankası.

anlaşmada bulunmuşlarsa, işçinin ölümü ödünç iş ilişkisini sona erdiren bir durum olarak sayılamaz⁷⁷.

D. SÖZLEŞMENİN FESHİ

İş sözleşmesinin feshi, sözleşmenin, taraflardan birisince diğer tarafın kabulü gerekmeksizin tek taraflı olarak sona erdirilmesini anlatmaktadır ve iş sözleşmesinin feshinin olağan-önelli fesih ve olağanüstü-haklı nedenle fesih olmak üzere iki türü mevcuttur. Belirtilen fesih türleri ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesine uygulanabileceği gibi sözleşmenin devamını çekilmez kılan haklı bir nedenin varlığı halinde olağanüstü fesih ve -tarafların düzenleme yapmaları şartıyla- olağan fesih geçici işçi teminine yönelik sözleşme için de uygulanabilecektir⁷⁸.

İK m. 17'de hüküm altına alınan önelli fesih yoluna ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi için başvurulması durumunda, ihbar öneli tanınmasıyla önel sonuna kadar ödünç iş ilişkisi varlığını sürdürür, önel süresinin sona ermesi ile ödünç iş ilişkisi sona erer. İş arama izinleri, iş görme ediminin sunulduğu ödünç alan işveren tarafından verilme zorundadır. İş arama izinlerinin verilmemesi durumundaki yasal sorumluluktan ise her iki işveren sorumlu olacaktır. İşçinin iş sözleşmesi için önelli fesih yoluna, iş sözleşmesinin tarafı olmayan ödünç alan işveren başvuramaz⁷⁹. İşçinin iş sözleşmesini önelli fesih yolu ile sona erdirmesi durumunda da önelin ödünç veren işverene yöneltilmesi gerekmektedir; ancak işçi, önel süresi içinde ödünç alan işverenin işyerinde iş görme edimini ifa etmeye devam edecek ise ödünç alan işverene de bildirim yapılması uygun düşmektedir⁸⁰.

Haklı nedenle fesih yoluyla da ödünç veren işveren iş sözleşmesini sona erdirebilecektir. Ancak haklı nedenle fesih yoluna başvurulmasına neden olan davranışın ödünç alan işverene karşı gerçekleştirilmesi durumunda ödünç alan işveren iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin ödünç veren işverenden talep edebilecektir. Öte yandan ödünç alan işveren ya da ödünç veren işverenin davranışlarıyla haklı fesih nedenleri doğarsa, işçi de iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkını haizdir⁸¹.

İş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkilerinde -ki iş güvencesi kapsamına girebilmek için işyerinde 30 işçi bulunmasına ilişkin şartın gerçekleşmesi için 30 işçinin hesabında ödünç olarak verilen işçi, ödünç veren işverenin işyerindeki işçiler arasında hesaba katılır- iş sözleşmesinin İK m. 18 vd. hükümleri doğrultusunda geçerli nedenle fesihinde, "... işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan..." geçerli nedenlerin ödünç veren işverenin işyerinde gerçekleşmesi gerekir. Buna karşılık işçinin "... yeterliliğinden veya davranışla-

⁷⁷ Benli ve Yiğit, s. 28-29.

⁷⁸ Serin, s. 1083-1084; Benli ve Yiğit, s. 32.

⁷⁹ Odaman, Sona Erme, s. 34; Şahin ve Çil, s. 326-327; Ödünç alan işverenin ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin feshindeki yetkisizliği için bkz. III. A. 4.

⁸⁰ Şahin ve Çil, s. 329.

⁸¹ Benli ve Yiğit, s. 33; Serin, s. 1078; Odaman'a göre ödünç alan işverenin haklı nedenle feshe sebep olacak bir davranışın öznesi olması durumunda işçi ilk olarak, ödünç veren işverenden değiştirilmesini, gerekçesini belirterek ve yazılı olarak talep etmelidir. Ödünç veren işverenin belirtilen talebe olumlu cevap vermemesiyle işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme yoluna gidebilecektir, Odaman, Sona Erme, s. 37.

rından...” dolay› ortaya çıkan nedenlerin ödünç alan işvereninde meydana gelmesi yeterlidir⁸².

Ödünç iş ilişkisi kapsamındaki iş sözleşmesinin ödünç veren işveren tarafından feshedilmesi ve iş güvencesine tabi olan işçinin işe iade davası açması durumunda davanın ödünç verene işverene yöneltilmesi icap etmektedir. Dava sonucunda feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmesi halinde işçinin başvurusu ödünç veren işverene yapılmalıdır ve ödünç veren işverenin işçiyi işe başlatması kendi işyerinde olmalıdır. Işinin işe iade sonrasında ödünç alan işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması yeniden ödünç iş ilişkisinin kurulmasıyla mümkündür. Geçersiz fesih halinde hükmedilen işe başlatmama tazminat› ile boşta geçen süreye ait en çok dört aylık ücretten ödünç alan işverenin sorumluluğunun bulunmadığı, özellikle boşta geçen süreye ait ücretin çalışma karşılığ› olmamas› nedeniyle ödünç alan işverenin sorumlu olmayacağı görüşü bulunmakla beraber⁸³; doktrinde katıldığımız görüş uyarınca ödünç iş ilişkisi dönemine karşılık geldiği oranda boşta geçen süreye ait ücretten ödünç alan işverenin müteselsilen sorumlu olacağı görüşü de ifade edilmiştir. Zira kanaatimizce İK m.7’deki ücret kavramını işçi lehine geniş yorumlamak daha uygun dřmektedir⁸⁴.

E. GEÇERSİZLİK

Ödünç iş ilişkisini sona erdiren bir diğer neden de iş sözleşmesinin ve/veya geçici işçi teminine yönelik sözleşmenin geersizliğidir. Genel olarak iş sözleşmesinin geçersizliğine yönelik yaş küçüklüğü, emredici hukuk kurallarına aykırılık vb. gibi nedenler ödünç veren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin de geçersizliğine neden olacaktır. Aynı şekilde hukukumuzda geçici işçi teminine yönelik sözleşme için özel geçersizlik nedenleri kural altına alınmadığı için bu konuda da sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin genel kurallar uygulama alan› bulacaktır⁸⁵.

VI. ÖDÜNÇ İş İLİşKİSİNİN TÜRLERİ

Ödünç iş ilişkisinin iki türü mevcuttur. Bunlardan ilki şimdiye kadar anlattığımız İK m. 7’ de düzenlenen yal›n biçimiyle (gerçek) dn iş ilişkisidir. Ödünç iş ilişkisinin ikinci türü ise mesleki anlamda (gerçek olmayan) dn iş ilişkisidir ve bu ayırımın temel düşüncesi işçinin ödünç veren işveren tarafından istisnai olarak mı yoksa kural olarak mı bir başka işverene ödünç verilmek üzere işe alınmasında yatmaktadır⁸⁶.

A. MESLEKİ ANLAMDA ÖDÜNÇ İş İLİşKİSİ

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinde işveren, işçiyi üçüncü kişilere ödünç vermek amacıyla, işçiyle iş sözleşmesi yapar. Işverenin işçiyi çalıştırabileceği kendine ait bir işyeri yoktur⁸⁷. Nitekim meslek olarak ödünç işçi veren

⁸² Süzek, İş Hukuku, s. 282-283; Ekmekçi, Geçici İş, s. 374.

⁸³ şahin ve il, s. 330-331.

⁸⁴ Ekmekçi, Geçici İş, s. 375-376; Odaman, Sona Erme, s. 37.

⁸⁵ Akyiğit, dn İş İlişkisi, s. 205, 207.

⁸⁶ Gülsevil Alpagut, “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul: Legal Yayıncılık, Mayıs 2005, s. 262; Benli ve Yiğit, s. 7.

⁸⁷ Akyiğit, dn İş İlişkisi, s. 34; Uşen, dn İş İlişkisi, s. 16.

işverenler genellikle bir büroda faaliyette bulunmaktadırlar ve işçileri sadece başka işverenlere ödünç vermek üzere işe alırlar⁸⁸. Söz konusu ayırım Alman Hukukunda gerçek olan-olmayan ödünç iş ilişkisi olarak addedilmektedir⁸⁹.

Mesleki faaliyet olarak ödünç iş sözleşmesinin en önemli unsuru, işverenlere işçi temin etmenin meslek edinilmiş olmasıdır ve mesleki faaliyet kazanılma elde etme amacıyla yapılmalıdır. “Kazanç” kavramı ile kastedilen ise mutlaka para değildir, kazanç kavramını “ekonomik menfaat” olarak geniş kapsamlı değerlendirmek gerekir. Ayrıca ortada bir mesleki faaliyetin olduğunun anlaşılması için ödünç veren işverenin ödünç verme faaliyeti süreklilik taşımalıdır⁹⁰.

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi faaliyeti genellikle küçük bir ofiste veya büroda sürdürüldüğü için bu anlamda ödünç işçi veren yerlere “ödünç çalışma büroları”, “ödünç emek büroları” veya “geçici istihdam büroları” denilmektedir⁹¹.

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi özel istihdam bürolarının esas işlevini oluşturan iş aracılığından farklıdır. İş aracılığında aracı (büro) ile işçi arasında iş ilişkisi gerçekleşmez. Aracının faaliyeti sonucunda işçi arayan işveren ile işçi arasında iş ilişkisi gerçekleşir ve iş ilişkisi gerçekleştiikten sonra, aracını bu ilişki bakımından herhangi bir fonksiyonu kalmaz. Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinde ise büro ile işçi arasında iş ilişkisi kurulur ve işçi başka işveren yanında çalıştığında yasal işveren ödünç işçi veren bürodur. Ödünç iş ilişkisi sona erdiğinde işçi büroya geri döner⁹².

1. Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisinin Türk Hukukundaki Süreci

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisine Türk hukukunda izin verilmemiştir⁹³. Ancak uygulamada danışmanlık adı altında çeşitli kuruluşlar mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi faaliyetini yürütmektedirler⁹⁴. Doktrinde haklı olarak yasal dayanaktan yoksun olarak ve çalışanlara gerekli hukuki güvence sağlanmadan mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi faaliyetinin uygulanması ve yaygınlaşması nedeniyle bu faaliyetin yasal düzenleme altına alınmasının gerekli olduğu vurgulanmaktadır⁹⁵.

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin uluslararası hukuk boyutunda yasal dayanağı ILO'nun 1997 tarihli Özel İstihdam Bürolarına İlişkin 181 sayılı Sözleşme olup; Türkiye 181 sayılı Sözleşmenin oylamasında “evet” oyu kullanmış, ancak henüz sözleşme iç hukukumuzda onaylanmamıştır⁹⁶.

⁸⁸ Odaman, *Ödünç İş İlişkisi* s. 25; *Ekonomi*, s. 235; Günay, s. 43; Akyiğit, *İş Hukuku*, s. 123.

⁸⁹ Ekmekçi, *Kurulma ve Sona Erme*, s. 102.

⁹⁰ Odaman, s. 25.

⁹¹ Günay, s. 43.

⁹² Süzek, *İş Hukuku*, s. 850-851; Alpogut, *Sınırlamadan Teşvike*, s. 263.

⁹³ Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin Türk hukukunda yasaklanmamış olduğu görüşü ve gerekçeleri için bkz. *Ekonomi*, s. 251 vd.

⁹⁴ Uşen, *Ödünç İş İlişkisi*, s. 288; Savaş Taşkent ve Dilek Kurt, “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, *Kamu-İş*, C. 13, S. 1, 2013, s. 1; Dünyada da yaygın bir uygulama alanına sahip olan mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi birçok ülkede yasal düzenleme altına alınmıştır. Şöyle ki İrlanda’da 1971 tarihli kanun, Hollanda’da 1988, Portekiz’de 1989, İspanya’da 1994, Avusturya’da 1988, Almanya’da 1994, Belçika’da 1987, İsviçre’de 1989, Birleşik Krallık’ta 1973, İtalya’da 1997 tarihli kanunlar örnek olarak sıralanabilir, Benli ve Yiğit, s. 8.

⁹⁵ Süzek, *İş Hukuku*, s. 852.

⁹⁶ Uşen, *Ödünç İş İlişkisi*, s. 290-291; 181 sayılı Sözleşmede 15 ayrı özel istihdam bürosundan bahsedilmektedir. Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisini sağlayan “Ödünç Emek

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin yasal süreci ile ilgili olarak ilk değeri- nilmesi gereken nokta, istihdam faaliyetinde kamu tekelinin kaldırılıp özel istihdam bürolarının yasalaşmasıdır. Yasal düzenlemeler incelendiğinde⁹⁷, Türkiye’de özel istihdam bürolarına mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi faaliyetinde bulunma yetkisi verilmediği görülmektedir. Özel istihdam büroları sadece iş aracılığı faaliyetinde bulunabileceklerdir⁹⁸. Yine 4857 sayılı İK için Bilim Komisyonunun hazırlanmış olduğu İş Kanunu Tasarısının 93. maddesinde özel istihdam bürolarına işçi temini faaliyetinde bulunma yetkisi verilmiş ancak bu yetki İK’ye alınmamıştır⁹⁹.

Büroları” da özel istihdam bürosu olarak değerlendirilmiş ve özel istihdam bürolar üç ana başlık altında toplanmıştır: Aracı kurumlar – vasıf sağlayanlar – dolaysız hizmet sağlayanlar. Ödünç emek büroları “belirli nitelikte eleman sağlayan bürolar” kategorisinde yer almış iken İK’de kural altına alınan özel istihdam büroları “ücret karşılığı hizmet veren aracı kurumlar” kategorisinde yer almıştır. 181 sayılı sözleşmede ödünç emek büroları açıkça tanımlanmış (Geçici istihdam büroları ulusal kanunlara uygun olarak işçi istihdam eden ve bu işçilere karşı sorumlulukları olan, ayrıca bu kişileri kullanıcı olan üçüncü bir taraf için elverişli hale getiren ve kullanıcı işletme ile de sözleşme imzalayan özel istihdam müesseseleridir.) olup, sözleşmeyi onaylayan ülkelere sözleşmedeki kurumları yasalarla düzenleme zorunluluğu getirilmiştir, Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s. 290; Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin Avrupa Birliği’nde yasalaşma süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Uşen, Yönerge, s. 171-173.

⁹⁷ Özel istihdam bürolarının yasalaşma süreci ilk olarak 2000 tarihli 617 s. KHK ile başlamıştır, ancak söz konusu KHK’nın yetki yasası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Daha sonra 2003 tarihli 4857 s. İK kabul edilerek İK’nin 90. maddesinde özel istihdam büroları düzenlenmiştir. Yine aynı yıl 4094 s. Türkiye İş Kurumu Yasası yürürlüğe girmiş olup Şubat 2004 tarihinde de Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Anılan yasal düzenlemeler şunlardır: İK’nin 90. maddesi, “İş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık görevi, Türkiye İş Kurumu bu hususta izin verilen özel istihdam bürolarınca yerine getirilir.” şeklinde iken özel istihdam bürolarının faaliyet alanının kural altına alındığı Türkiye İş Kurumu Kanununun 17. maddesi de “... iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmeleri ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık etme görevi, Kurum ve bu amaçla gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan özel istihdam bürolarınca yapılır. Özel istihdam büroları, Kurumca iş piyasasının ihtiyaçları dikkate alınarak belirlenecek sayıda ve aranacak koşullar çerçevesinde seçilmek ve izin verilmek kaydıyla, kamu kurum ve kuruluşları dışında iş ve işçi bulma faaliyetlerinde bulunabilirler. Yurt dışı hizmet akitlerinin Kuruma onaylatılması zorunludur.” şeklindedir, Günay, s. 49; Özel istihdam büroları hakkında detaylı bilgi için bkz. Tamer Bozkurt, “Özel İstihdam Büroları (İş ve İşçi Tellallığı)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. II, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, s. 1519 vd.

⁹⁸ Günay, s. 49; Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s. 292.

⁹⁹ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 77; Ekonomi, s. 236; Alpagut, Sınırlamadan Teşviğe, s. 276; Taşkent ve Kurt, s. 2; Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s. 302; Günay, s. 49; Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarının 93. maddesinde ödünç iş ilişkisinin mesleki faaliyet olarak yürütülmesine ilişkin esaslar belirlenmişti. Söz konusu düzenleme “a) Başkasına işçisini ödünç vermek suretiyle gelir getirci mesleki faaliyet gösterilmesi Türkiye İş Kurumunun iznine bağlıdır. İzin verilebilmesi için işçilerin rızalarını alarak başkalarına ödünç verecek gerçek veya tüzel kişi işverene ya da bu alanda da faaliyet gösterecek özel istihdam bürosuna, amaca uygun bir işyerinin tüm unsurlarıyla kurulmuş ve yetkili mercilere bildirimlerin zamanında yapılmış olması gerekir. Diğer şartlar çıkarılacak tüzükte gösterilir. b) Belirli ve belirsiz süre için verilen izin: 1-İznin verilmesinde ödünç veren işverenin gerçeğe aykırı veya yanıltıcı beyanlarının ya da gerçek olguları açıklamamış bulunmasının etkili olduğu anlaşılırsa, 2-İşçinin korunmasına yönelik emredici kanun hükümlerinin ağır bir şekilde veya üst üste ihlal edildiği tespit edilirse,

Tasarının 93. maddesinin İK'ye alınmamasında sonra 2009 yılında 5920 sayılı İş Kanunu, İşsizlik Sigortası Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (5920 sayılı Kanun) İK'ye 7/A eklenerek mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi düzenlenmiştir¹⁰⁰. Buna göre,

“Mesleki anlamda geçici iş ilişkisi; özel istihdam bürosunun, geçici işgücü talebini karşılamak amacıyla iş sözleşmesi düzenlediği işçisini, iş görme edimini yerine getirmek üzere ücret karşılığında bir başka işverene devrini ifade eder ve bu faaliyet Türkiye İş Kurumu tarafından izin verilmiş özel istihdam büroları tarafından yerine getirilir.

Özel istihdam büroları devredeceği işçi ile iş sözleşmesini, işçinin devredileceği işverenle geçici iş ilişkisi sözleşmesini yazılı olarak yapmak zorundadır. Bu sözleşmelerde yer alması gereken hususlar Türkiye İş Kurumunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Geçici iş ilişkisi sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan işçi sayısı, işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemez. Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür.

3- İzin şartlarının yerine getirilmediği belirlenirse, her zaman kaldırılabilir veya yenilenebilir. Gerekirse, izin koşullarının yerine getirilmesi için uygun bir süre tanınabilir. c) Aşağıda belirtilen işlerde çalıştırılmak üzere işçiler ödünç iş ilişkisine dayalı olarak başkasına verilemez: 1. Son iki ay içinde toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işler için, 2. Kanuni bir grev devam ederken greve katılan işçilerin işleri için, 3. İş sağlığı ve güvenliği açısından özel tehlike taşıyan işler için. d) Ödünç iş ilişkisi sözleşmesi yazılı olarak yapılır. Ödünç veren işverenin işçiyle yaptığı iş sözleşmesi ve ödünç iş ilişkisi sözleşmesinde yer alması gereken hususlar ve özel şartlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak tüzükte gösterilir. e) Bu madde hükümlerine göre ödünç veren işveren belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırdığı işçinin sözleşmesini ödünç verme süresinin sona ermesinden itibaren üç ay içinde süreli fesih yoluyla sona erdiremez. Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi ödünç iş ilişkisi uyarınca başka işveren verilmemesi sürecinde çalıştırılmasa dahi asgari ücretten az olmamak üzere ücretinin yarısı bir ücrete hak kazanır. f) Ödünç alan işveren işçisinin kendisine çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur.” şeklindedir, Ekonomi, s. 253-254 (naklen); Tasarının hazırlandığı dönemde örneğin İtalya’da mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi faaliyetini sadece yasadaki belirlenen tüzel kişiler gerçekleştirebiliyorken, Tasarıda gerçek ve tüzel kişilerin yanında özel istihdam bürolarının da bu faaliyeti gerçekleştirebilmelerine imkan verilmiştir. Ayrıca işçiye “gelir güvencesi” sağlanmasının amaçlandığı fıkra, AB üyesi ülkelerin mevzuatıyla karşılaştırıldığında daha ileri bir güvence sağlamaktadır. Şöyle ki; örneğin, İtalya’da işçinin, ödünç alan işverenin yanında çalışmadığı sürelerde ücrete hak kazanabilmesi için ödünç veren işveren ile belirsiz süreli iş sözleşmesinin olması gerekmektedir. Tasarı da ise belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların da söz konusu ücrete hak kazanacakları düzenlenmiştir, Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s. 297, 299; Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi ile ilgili ihdas edilecek düzenlemeye, halen faaliyet gösteren özel istihdam bürolarının mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi faaliyetini de yürütmek istediklerinde, gerekli yeterlilikleri göstermeleri koşuluyla ayrı bir izin verileceği yönünde hüküm getirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Hekimler, Değerlendirmeler, s. 261.

¹⁰⁰ Toker Dereli, “Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Y. 7, Mart 2012, s. 10; Taşkent ve Kurt, s. 3.

Aynı işçi için, aynı işverenle yapılacak geçici iş ilişkisi sözleşmelerinin toplam süresi on sekiz ayı geçemez¹⁰¹. Bu süreyi geçen çalıştırma, geçici iş ilişkisi sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması veya sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen devam eden çalıştırma durumlarında, devredilen işverenle işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş olur.

Özel istihdam bürolarının bu faaliyet için istihdam edecekleri işçilerle yapacakları belirli süreli iş sözleşmeleri, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmesi niteliğini taşırlar.

Devredilen işyerinde grev ve lokavt olması ve özel istihdam bürosunun işçiyi bu süre içerisinde başka bir işyerinde istihdam edememesi halinde, özel istihdam bürosu işçinin asgari ücretten az olmamak üzere sözleşmede belirtilen ücretinin yarısını ödemek zorundadır.

Geçici iş ilişkisi sözleşmesine dayalı olarak çalıştırılan işçiler, 30. maddenin uygulanmasında işçi sayısına dahil edilmez.

Mesleki anlamda geçici iş ilişkisinde, bu madde hükümleri ile 7. maddenin 2. fıkrası hariç diğer hükümleri uygulanır.

21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 30. maddesinin 2. fıkrası kapsamına giren kurum ve kuruluşlara ait işyerlerinde bu madde hükümleri uygulanmaz.”

5920 sayılı Kanun cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiş olup, vetonun ardından düzenlenen 5921 sayılı Kanunda mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi hükümlerine yer verilmemiştir¹⁰². Veto gerekçesi¹⁰³ incelendiğinde; vetonun temel sebebi, ilgili hükmün gerekçesinde Avrupa Parlamentosunun 2008/104/EC sayılı Yönergesi'nin esas alındığı ifade edilmekte, ancak Yönergenin temelini

¹⁰¹ Kabakçı'ya göre; süre ve sayı sınırının ödünç alan işverenin iş gücü ihtiyacının geçici olmadığını ispatlayan, aksi ispatlanabilir bir karine olarak kabul edilmesi daha uygundur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmut Kabakçı, “5920 Sayılı Kanununun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C:4, S. 31, 2011, s. 97.

¹⁰² Uşen, Yönerge, 182-183.

¹⁰³ “...İncelenen Kanun ile hüküm altına alınan mesleki anlamda geçici iş ilişkisi, esnek bir istihdam müessesesi olarak iş hukukumuzda girerken, gerekçesinde de ifade edildiği üzere, Avrupa Parlamentosunun 2008/104/EC sayılı Direktifi esas alınmıştır. Esasen esnek çalışma modellerinin ve istihdamın artırılması amacıyla hazırlanan bu Direktifin eşit muamele ilkesini temel alarak genel kurallar koyduğu görülmektedir. Ancak yapılan düzenlemede, söz konusu Direktifin temelini oluşturan istihdam ve çalışma şartlarında eşitlik esasının sağlanması ve dolayısıyla bu eşitliği bozacak uygulamaların yasaklanması yönünde hükümlere yer verilmemiştir. Böylece, düzenlemenin gerekçesi ile içeriği arasında bir çelişki doğmuştur... Diğer taraftan, mezkûr 7/A maddesinin ikinci fıkrasında "Özel istihdam büroları devredeceği işçi ile iş sözleşmesini, işçinin devredileceği işverenle geçici iş ilişkisi sözleşmesini yazılı olarak yapmak zorundadır. Bu sözleşmelerde yer alması gereken hususlar Türkiye İş Kurumunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir" hükmüne yer verilerek, maddede yer almayan hususların anılan Kurumca düzenlenmesine imkân sağlanmış ise de, mesleki anlamda geçici iş ilişkisi müessesesinin yapısı sebebiyle işçinin korunmasına yönelik kurallara Kanunda yer verilmesi, uygulamaya ilişkin ayrıntı ve teknik hususların ise yönetmeliğe bırakılması gerekmektedir. Aksi takdirde, yapılan düzenleme gerçek amacının dışında sonuçlar doğurabilecek ve madde kapsamındaki işçilerin emeğinin istismarı, insan onuruna yakışmayan durumların doğması gibi Kanunun amaçlamadığı olumsuz uygulamalara ve çalışma barışının bozulmasına yol açılabilecektir...” www.tccb.gov.tr (30.10.2012).

oluşturan eşitlik ilkesi ve bu ilkeyi bozacak hükümlerin yasaklanmasına yönelik hükümlerin ilgili maddede düzenlenmemesi nedeniyle maddenin gerekçesi ile içeriği arasında çelişkinin olmasıdır¹⁰⁴.

Veto edilen hükme daha sonra veto gerekçesi kapsamında eklemeler¹⁰⁵ yapıp, 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı Torba Kanununun¹⁰⁶ TBMM görüşmelerinde, bu hükmün de yasalaşması gündeme gelmiştir. Ancak daha sonra Çalışma Bakanı bu düzenlemenin tasarıdan çıkarıldığını açıklamıştır¹⁰⁷.

5920 sayılı Kanundan iki yıl sonra 2011 yılında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanıp sosyal tarafların görüşüne sunulan ve mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin özel istihdam büroları vasıtasıyla kurulmasına yönelik düzenlemeler barındıran “İş Kanunu ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’nda değişiklik yapan Tasarı Taslağı” tartışmaya açılmış ancak günümüze kadar bu konuda herhangi bir kanun değişikliği gerçekleşmemiştir¹⁰⁸.

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin kanun ile kural altına alınmaması işçi aleyhinedir, çünkü mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi kanun ile sınırlandırılmazsa bu iş ilişkisinin “düşük ücretle, iş güvencesiz ve sendikasız işçi çalıştırma aracı” haline gelmesi kaçınılmazdır¹⁰⁹. Gerçekten mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin en büyük tehlikesi, belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin işsiz kalmasına ve ödünç işçilerin de düşük ücret ve iş güvencesiz bir şekilde çalışmalarına neden olabileceği durumudur¹¹⁰. Her ne kadar işçi sendikaları tarafından ödünç iş ilişkisi “modern kölelik”¹¹¹ olarak vurgulansa da, fiili olarak 1960’dan itibaren uygulanan mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi, hukukten sınırlandırılmayıp, bu konuda işçi lehine düzenlemeler yapılmazsa emek sömürsünün önüne geçilemeyecektir¹¹². Uygulamada konu hakkında yasal düzenleme olmaması sebebiyle, “İnsan Kaynakları ve Yönetim Danışmanlığı

¹⁰⁴ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, s.142.

¹⁰⁵ İlgili hükme ikinci fıkra eklenerek ödünç iş ilişkisinde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Eklenen madde şöyledir: “Bu madde kapsamında çalıştırılan işçi ile özel istihdam bürosu ve işçi devri yapılan işveren arasındaki iş ilişkisinde de, bu Kanunun beşinci maddesi uygulanır. İşçinin ücret, iş sağlığı ve güvenliği, mesleki eğitim ile diğer temel çalışma ve istihdam koşulları, aynı veya eşit değerdeki iş için işyerine yeni alınan işçilerinkinden az olamaz.” Özdemir’e göre, bu düzenleme eşitlik ilkesinin kapsamı bakımından sevindirici olmakla birlikte eşitlikte kıstas olarak “aynı veya eşit değerdeki iş için iş yerine alınan” işçinin belirlenmesi tartışmaya açıktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem Özdemir, “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”, *Sivil İş Hukuku Dergisi*, S. 18, Y. 5, 2010, s. 27.

¹⁰⁶ Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. 25.2.2011, 27857 M.

¹⁰⁷ Kabakçı, s. 77.

¹⁰⁸ Dereli, s. 11; Odaman, Değişiklik, s. 47; Taslak hakkında detaylı bilgi, öneri ve eleştiriler için bkz. Dereli, s. 11 vd.; Odaman, Değişiklik, s. 47 vd.

¹⁰⁹ Kabakçı, s. 73.

¹¹⁰ Özdemir, s. 23.

¹¹¹ Örneğin Almanya’da da mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin fiili olarak ortaya çıktığı dönemlerde ödünç iş ilişkisi “modern köle ticareti” olarak nitelendirilip yasal düzenlemelerle sınırlandırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Alpay Hekimler, “Federal Almanya’da Profesyonel Ödünç İş İlişkisinin Yasal Çerçevesi”, *TİSK-İşveren Dergisi*, 2004, <http://www.tisk.org.tr/isveren> (23.10.2012), s.1.

¹¹² Kabakçı, s. 74-75.

Firmaları” adı altında ödünç işçi temini faaliyetinde bulunan firmaların denetimsiz, hiçbir bir şekilde müeyyideye tabi olmadan varlıklarını sürdürmelerinin önüne geçilememektedir¹¹³. Yasal düzenleme yapılması kayıt dışı sektörün engellenmesi adına bir adım olacağı gibi¹¹⁴; ayrıca mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin, AB üyesi ülke deneyimlerinde görüldüğü üzere, işsizliği azaltma, işsiz kalınan süreyi kısaltma gibi sonuçlarından da faydalanılabilir¹¹⁵. Ancak yapılacak düzenlemenin hem işçi haklarını temin eden hem de iş dünyasının ihtiyaçlarına cevap veren bir düzenleme olması icap etmektedir. Bu anlamda yapılacak düzenlemeyle; ödünç iş ilişkisi aracılığıyla elde edilen işçilerin, İK’nin temelini oluşturan belirsiz ve tam süreli tipik iş ilişkisinin işçilerinin yerini almasının, ucuz iş gücüne başvuru ihtimalinin¹¹⁶ ve bu uygulamaya sınırsız başvurularla İK sistematığının bozulma olasılığının önüne geçilmesi gerekmektedir¹¹⁷. Yine getirilecek düzenlemeyle ödünç iş ilişkisine başvurunun temelinde yatan sebep olan “geçici iş gücü ihtiyacı”ndan uzaklaşılmalı ve ödünç işçilerin çalışma koşulları ve elde ettikleri hakların belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışsalar elde edecekleri koşullardan ve haklardan farklı olmaması sağlanarak emek sömürsünün önüne geçilmelidir¹¹⁸.

2. Ödünç Büro Çalışma Yönergesi

5920 sayılı Kanunun veto gerekçesinde vurgulandığı üzere Avrupa Parlamentosu’nun 2008/104/EG sayılı Yönergesi mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi ile ilgili yapılacak yasal düzenleme için yol gösterici niteliktedir. Bu yüzden çalışmamızın bu bölümünde mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi hakkında, olması gereken yasal düzenleme için esas oluşturması gereken Ödünç Büro Çalışma Yönergesi incelenecektir.

20 Mart 2002 tarihinde Avrupa Komisyonu ödünç iş ilişkisi ile ilgili olarak Avrupa Parlamentosu’na bir tasarı sunmuştur ancak tasarı iade edilmiştir. Komisyon daha sonra yine tasarı çalışmalarında bulunmuş; fakat Bakanlar Konseyi’nden onay çıkmamıştır. İlk tasarıdan altı yıl sonra Avrupa Parlamentosu tarafından, 2 Ekim 2008 tarihinde 2008/104/EG sayılı Geçici Büro Çalışma Yönergesi kabul edilmiştir¹¹⁹.

Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin Avrupa Birliği ülkelerinin mevzuatlarında düzenlenmesiyle birlikte Ödünç Büro Çalışma Yönergesi (Yönerge), mesleki anlamda ödünç iş ilişkisine bakış açısı sağlaması bakımından önem taşımaktadır¹²⁰. Yönergenin amacı tipik iş ilişkisinden sapma gösteren mesleki anlamda ödünç iş ilişkisini düzenleyerek hem AB istihdam stratejisi açısından

¹¹³ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 79; Günay, s. 49.

¹¹⁴ Özdemir, s. 24; Dereli, s. 11.

¹¹⁵ Uşen, Ödünç İş İlişkisi, s. 329.

¹¹⁶ Ödünç işçilerin düşük ücretle çalışma dışında iş kazasına maruz kalma, sendikal haklardan yararlanamama gibi sorunları için bkz. Özdemir, s. 23.

¹¹⁷ Kabakçı, s. 77; Hekimler, Profesyonel Ödünç İş İlişkisi, s.2.

¹¹⁸ Kabakçı, s. 91-92; Konu ile ilgili düzenlemenin ayrı bir kanun ile olmasının gerektiği görüşü için bkz. Hekimler, Değerlendirmeler, s. 261.

¹¹⁹ Alpay Hekimler, “Avrupa Birliği’nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif İle Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, TİSK- İşveren Dergisi, 2009, <http://www.tisk.org.tr/isveren> (31.10.2012), s.1

¹²⁰ Gülsevil Alpagut, “Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi’nin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, 1. Basım, İstanbul: Beta, 2011, s. 353.

esnekliği hem de işçinin çalışma koşullarının korunması gereksinimi açısından güvenliği sağlamaktır. Bu anlamda Yönerge güvenceli esneklik düşüncesini yansıtmaktadır¹²¹.

Yönergenin giriş bölümünde yönergenin temel haklara saygılı olduğu ve Avrupa Sosyal Şartı'nın tanıdığı ilkelere uyumlu olduğu belirtilmiştir. Avrupa Sosyal Şartı'nın 31. maddesine değinilerek her işçinin çalışma şartlarında haklara sahip olduğu ifade edilmiştir ki bu şartlar işçi sağlığına ve güvenliğine saygıyı içerdiği gibi azami çalışma sürelerinin sınırlanmasını, günlük ve haftalık dinlenme saatlerini ve yıllık ücretli izinlerini de kapsamaktadır. Yine Yönergenin giriş bölümünde, Avrupa Topluluğundaki işçilerin çalışma ve yaşama şartlarında ilerlemeye sebep olmaktan ve bu sürecin çalışma şartlarındaki bağdaştırıcı ilerleme ile başarılabacağına değinilmiştir.

a) Yönergenin Kapsamı ve Amacı

Yönergenin giriş bölümü genel olarak irdelendikten sonra maddelerin incelenmesine geçilecek olursa, ilk olarak 1. maddede "Yönergenin Kapsamı"nın sınırları çizilmiştir. Buna göre "Bu yönerge; ödünç çalışma bürosu ile bir iş sözleşmesi veya işveren ilişkisi içinde olan, geçici olarak ödünç alan işverene devredilmiş olan ve onların yönlendirme ve direktifi altında çalışan işçiler için uygulanır." (md.1/1)

"Bu yönerge özel veya kamu sektöründeki kar elde etme amacı olan veya olmayan ve ekonomik aktiviteye sahip ödünç çalışma bürosu veya ödünç alan işverenlere uygulanır." (md.1/2)

"Sosyal taraflara danışma kaydı ile üye devletler; bu yönergenin özel, kamusal veya kamu tarafından desteklenen meslek eğitimi, entegrasyonu veya yeniden eğitim programları altında oluşan iş sözleşmesi veya ilişkisine uygulanmamasını sağlayabilir." (md.1/3)

Yönergede işveren sıfatı büroya tanınmış olup, bu durum işçilerin haklarının korunması bakımından önemlidir¹²². Yine 1. maddede "geçici"lik unsuru vurgulanmıştır. Peki geçicilik unsuru nasıl sağlanacaktır? Geçicilik unsurunun gerçekleştirilmesinde iki ihtimal vardır. Ya ödünç iş ilişkisi azami bir süre ile sınırlandırılacaktır ya da ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için "objektif neden" kıstası getirilecektir¹²³. Yönergede bu anlamda bir açıklık olmayıp bu durum üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır; ancak Kabakçı'ya göre, ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanımının önüne geçilmesi adına objektif neden kıstası getirilmesi çok daha uygundur. Objektif neden yaklaşımı ile işyerinin gerçekten geçici olarak işgücüne ihtiyacı olduğu hallerde mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi kurulacaktır¹²⁴. Örneğin, Fransız İş Kodu'nda ödünç iş ilişkisinin objektif nedenlerle

¹²¹ Alpagut, Yönerge, s. 356.

¹²² Alpagut, Yönerge, s. 357.

¹²³ Kabakçı, s. 79.

¹²⁴ Kabakçı, s. 80-81. Geçicilik unsurunun uygulanabilmesi bakımından 5920 s. Kanun değerlendirilecek olursa, Kanunda mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi için 18 aylık azami süre sınırlandırılması getirilmiştir. Hükmün ilk fıkrasında ise mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi tanımlanarak mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin geçici iş gücü talebini karşılama amacı ortaya konulmuştur. Kabakçı'ya göre hüküm bu anlamda kendi içinde tutarsızdır; çünkü geçici iş gücü ihtiyacı olmadan da 18 aylık süre sınırlamasına uyularak ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir ki bu imkanla, ödünç iş ilişkisiyle çalıştırılan işçilerin belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan, iş güvencesinden yararlanabilen

geçici işçi ihtiyacının bulunduğu hallerde kurulabileceği düzenlenmiştir. Bu anlamda bir işyerindeki işçinin hastalık, yıllık izin gibi nedenlerle işyerinden uzak kalması veya işyerindeki faaliyette geçici süreli artışın ortaya çıkması gibi sebepler objektif neden oluşturur ve o işyerinde ödünç iş ilişkisi kurulabilir. Ama Alpagut ödünç iş ilişkisinde azami süre sınırlaması ile ilgili olarak AB üyesi birçok ülkenin getirdiği düzenlemeleri örnek göstererek, Yönergede vurgulanan geçicilik unsuruna uyum bakımından azami sürenin öngörülmesi gerektiği fikrindedir¹²⁵, Kanaatimizce sınırlama bakımından iki şartın birlikte getirilmesi tartışılmalıdır ya da yukarıda da belirtildiği üzere objektif neden kıstasın yanında azami sürenin aşılması halinde geçicilik unsurunun kaybedildiği aksi ispatlanabilir bir karine olarak düzenlenebilir.

Yönergenin 2. maddesi "Amaç" başlığı altındadır. "Bu yönergenin amacı ödünç çalışma bürosunun çalışanlarının korunmasını sağlamak ve ödünç çalışma bürosunun çalışanlarına uygulanan 5. maddede düzenlenen eşit muamele prensibinin gelişmesini sağlamak, ödünç çalışma bürolarını birer işveren gibi tanımak ve bu arada ödünç çalışma işçilerine yeni çalışma dalları yaratmak ve esnek çalışma biçimlerine katkı sağlamak için uygun bir çalışma yapısı oluşturmaktır¹²⁶." (md. 2)

Yönergenin 3. maddesinde tanımlar verilmiştir. "Yönergenin amaçlarına göre; işçi, ilgili üye devlette ulusal iş hukuku kapsamında korunan kişidir." (md. 3/1-a)

"Ödünç çalışma bürosu, ulusal hukukun verdiği yetkiyle, ödünç alan işverenlerin yönetim ve direktifi altında, ödünç alan işverenin işyerinde geçici olarak çalışmaları için işçileri devreden ve bunun için işçilerle iş sözleşmesi kuran veya iş ilişkisine giren gerçek veya tüzel kişilerdir." (md. 3/1-b)

"Ödünç büro çalışanı; bir iş sözleşmesi ile veya iş ilişkisi ile ödünç alan işverenlere ödünç alan işverenin direktif ve yönlendirmesi altında geçici olarak çalışması için devredilen çalışanlara denir." (md.3/1-c)

"Ödünç alan işveren; kendi yönetim ve direktifi altında, geçici olarak, ödünç çalışma bürosu çalışanını çalıştıran gerçek veya tüzel kişidir." (md. 3/1-d)

b) Eşitlik İlkesi

Yönergenin en önemli düzenlemesi eşitlik ilkesidir ve Yönergenin ikinci bölümü bu ilkeye ayrılmıştır. Eşitlik ilkesine hemen hemen tüm AB üyesi ülkelerin, Yönerge öncesinde, yasal mevzuatlarında hükmedilmiştir¹²⁷.

"Ödünç alan işverende belirlenen çalışma süresi boyunca çalışan ödünç çalışma bürosu çalışanlarının temel çalışma ve istihdam koşulları, en azından

işçilerin yerini alması suretiyle emek sömürsünün ortaya çıkması yüksek derecede muhtemeldir. Ödünç iş gücü ihtiyacı doğdukça ödünç iş ilişkisine başvuru, azami süre sınırı koyarak değil, ödünç iş ilişkisine başvurunun geçici iş gücü ihtiyacı doğuran objektif nedenlerin varlığı şartına bağlanması ile mümkündür, Kabakçı, s. 97.

¹²⁵ Alpagut, Yönerge, s. 364-365.

¹²⁶ Uşen'e göre Yönergenin amacı, giriş kısmındaki gerekçelerle birlikte değerlendirildiğinde, ödünç iş ilişkisine dayalı çalışmanın yaygınlaştırılması ve hizmeti yürütecek istihdam bürolarının kurulmasının kolaylaştırılmasıdır. Ödünç iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin eşit işlem ilkesi doğrultusunda çalışma şartlarının iyileştirilmesi amacı geri planda kalmaktadır, Uşen, Yönerge, s. 177.

¹²⁷ Alpagut, Yönerge, s. 358.

aynı iş dalında çalışıyormuş ve iş sözleşmesi ile direkt olarak görevlendirilmiş gibi aynı olmak zorundadır.” (md.5/1)

Eşitlik ilkesiyle ilgili olarak, Yönergede belirtilen “temel çalışma ve istihdam koşulları” kıstasına ilişkin muhtemel tartışmaların önüne geçilmesi için tanımların düzenlendiği 3. maddede, temel çalışma ve istihdam koşullarının ne olduğu sınırlı sayı prensibine tabi olarak sayılmıştır¹²⁸. Buna göre “Temel çalışma ve istihdam koşulları ödünç alan işveren tarafından uygulanması gereken; yasa, düzenlemeler, yönetsel kararlar ve kolektif anlaşmalar ve/veya diğer bağlayıcı genel düzenlemeler ve aşağıdaki belirtilen maddelerle bağlantılı olan çalışma koşulları anlamına gelir.

i) Çalışma süresi, fazla çalışma, molalar, dinlenme periyotları, gece çalışmaları, izinler ve resmi tatiller

ii) Ücret” (md.3/1-f)

5. madde ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer konu ise eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için tespit edilmesi gereken emsal çalışma koşullarıdır. Emsal çalışma koşullarının tespitinde iki model söz konusudur: Ödünç alan işverenin işyerini esas alan model (Fransız modeli olarak da isimlendirilir) ve ödünç veren işyerini esas alan model. Yönergenin 5. maddesinde bu konu açıkça düzenlenmiştir ve “ödünç alanın işyerinde aynı iş için işe alınmış olsaydı” denilerek Fransız Modeli benimsenmiştir ki ödünç veren işveren olan özel istihdam bürosunun ödünç işçiyi çalıştırabileceği bir işyeri yoktur. Ayrıca Yönergede esaslı çalışma koşullarının belirlenmesinde şahıs değil “iş” kıstas olarak alınmıştır¹²⁹. Belirli süreli ve kısmi süreli çalışma ilişkilerini düzenleyen Diğer yönergelerden farklı olarak “emsal işçi” kavramı kullanılmamıştır. Ancak AB üyesi ülkelerin hukuk düzenlemelerinde “emsal işçi” kavramına yer verilmiştir¹³⁰.

Yönergenin 5. maddesinin ikinci cümlesinde ayrımcılık yasağı kural altına alınmıştır. Buna göre, “Birinci alt paragraftaki uygulamanın amacı doğrultusunda ödünç alan işverenlerde uygulanan kurallarda:

a) hamile ve emziren kadınların, çocuk ve gençlerin korunması; ve

b) Yargı organları, yönetsel kararlar, kolektif anlaşmalar ve diğer genel hükümlerle düzenlenmiş erkek ve kadınlara eşit muamele ve cinsiyet, ırk, etnik köken, inanç, din, özürlülük, yaş ve cinsel seçime göre ayrımcılıkla savaşmak için önlemler alınması hususuna uyulmak zorundadır.”

Yönergenin 5. maddesinin ikinci cümlesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile ilgili olan bir madde Yönergenin 6. maddesinin 4. fıkrasıdır. “5/1’ deki düzenlemeye halel getirmeksizin, ödünç alan işveren ödünç işçiyi, kendi işçilerine sağladığı yemek, ulaşım, kantin, kreş ve benzeri ortak hizmetlerden yararlandırmak zorundadır. Bu yükümlülüğe, ayrımı haklı gösteren objektif nedenler olmaksızın uyulmaması, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği anlamına gelir.” (md. 6/4)

Yönerge’ nin 5. maddesinin devamı fıkralarında eşitlik ilkesine getirilen istisnalar düzenlenmiştir.

¹²⁸ Kabakçı, s. 84.

¹²⁹ Kabakçı, s. 84.

¹³⁰ Alpagut, Yönerge, s. 360.

“Üye Devletler sosyal taraflara danıştıktan sonra, paragraf 1’de düzenlenen prensiplerden; belirsiz süreli iş sözleşmesine sahip ödünç çalışma bürosu çalışanlarına, ödünç çalışma bürosu tarafından, görevlendirmeler arasında ödeme yapmaya devam edilmesi kararlaştırılırsa, muaf tutulabilir.” (md. 5/2)

“Üye devletler sosyal taraflara danıştıktan sonra, ödünç çalışma bürosuna, uygun seviyede ve üye devletlerce konmuş olan şartlara uygun olmak koşuluyla, toplu iş sözleşmeleri yerine getirmek veya sona erdirmek seçeneğini verebilirler. Bu toplu iş sözleşmeleri, ödünç işçilerin korunmasına önem vermek şartıyla, ödünç işçilerin çalışma ve istihdamına ilişkin birinci paragrafta belirtilenden farklı düzenlemeler içerebilir.” (Md.5/3)

“Hukuk düzenlerinde uluslararası uygulaması olan toplu sözleşmelerinin deklaresine cevaz veren bir sistemleri olmayan veya mevzuat yahut uygulamada toplu sözleşme hükümlerini belirli bir sektör veya coğrafî alanda yer alan benzer taahhütleri kapsayacak şekilde genişletilmesine dair düzenlemeleri olmayan üye devletler, sosyal taraflara danıştıktan sonra birinci paragrafta yer alan ilkeden ayrılan temel çalışma ve istihdam koşullarına ilişkin düzenlemeler getirebilirler. Bahsi geçen düzenlemeler eşit muamele için deneme süresi içermelidir.” (md. 5/4) Örneğin Alman öğretisinde bu hüküm ile eşitlik ilkesinin, sadece belirli süreden fazla devam eden devirlerde uygulanabilmesinin mümkün olduğu bildirilmiřtir¹³¹. İngiliz Hukukunda da, eşit davranma ilkesinden yararlanabilme koşulu 12 haftalık çalışma süresine sahip olma olarak tespit edilmiřtir¹³².

“Üye devletler ulusal hukuk ve/veya pratikleri ile uygun olarak, bu maddeye başvuruda kötüye kullanımı önlemek ve özellikle Yönergenin hükümlerini dolanmak için ardı ardına yapılan devirleri önlemek için uygun tedbirler almaldır.” (md. 5/5)

Bu istisnaların bireysel iş sözleşmeleriyle uygulanabilmesi mümkün değildir. Örneğin, ödünç iş ilişkisinde daha düşük ücret, iş sözleşmesi ile belirlenmiş olup bu konuda toplu iş sözleşmesi yoksa, düşük ücrete ilişkin iş sözleşmesindeki düzenleme geçerli olmaz¹³³.

Toplu iş sözleşmesi ile eşit davranma ilkesinin aksinin kararlaştırılabileceğine ilişkin düzenleme sayesinde ödünç işçilerin daha lehine imkanlar yaratılma imkanı varken, bu hükümlerle ödünç işçilerin aleyhine durumlar (düşük ücret vs.) yaratılmıştır. Örneğin, Almanya’da toplu iş sözleşmelerin uygulanması ile daha düşük ücret ödenmesi yaygın olarak görülmüş ve bu durumun önüne geçilmesi adına kanun değişikliği ile asgari ücret tespiti halinde, toplu iş sözleşmeleri ile bu ücret seviyesinin altına inilemeyeceği hükme bağlanmıřtır¹³⁴.

¹³¹ Kabakçı, s. 84.

¹³² Alpagut, Yönerge, s. 359.

¹³³ Hekimler, Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif, s. 3.

¹³⁴ Alpagut, Yönerge, s. 360-361; Özdemir’e göre, ödünç işçilerin toplu iş sözleşmesi düzeninden faydalanamayacakları aşıkardır. Çünkü ödünç işçilerin işvereni ödünç veren işveren olup, ödünç veren işverenin işyeri, yani kolektif hakların kullanılacağı yer, genellikle bir bürodan ibarettir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, s. 30; Kabakçı’ya göre de ülkemizin toplu iş hukuku sistematiği bu maddenin Türkiye’de uygulanmasına olanak vermemektedir. Bu nedenle mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi hakkında yapılacak yasal düzenleme bu istisna göz ardı edilerek hazırlanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kabakçı s. 94-95.

c) Sınırlama ve Yasaklar

Yönergenin 4. maddesinde sınırlama ve yasaklamalara hükmedilmiştir. Buna göre; “Ödünç iş ilişkisinin kullanımında yasaklama veya sınırlamalar kamu yararı durumunda mümkündür. Özellikle ödünç işçilerin korunması, işte sağlık ve güvenlik gerekleri veya iş piyasasının uygun bir şekilde işlemesi ve istismarın önlenmesi halleri kamu yararı halleridir.” (md. 4/1)

“Üye ülkeler, 5 Aralık 2011 tarihine kadar, ödünç çalışma bürolarının kullanımı ile ilgili olarak getirilen yasaklama ve sınırlamaların, birinci fıkrada belirtilen zeminde olup olmadığını kanıtlamak için inceleme yapmalıdırlar. Bu inceleme yapılırken ulusal mevzuatlarına, toplu sözleşmelerine ve teamüllerine uygun olarak sosyal taraflara danışılmalıdır.” (md. 4/2)

d) Boş Görevler İçin Bilgilendirme Yükümlülüğü

Yönerge'nin 6. maddesine göre; “Ödünç büro çalışanlarına, ödünç alan işverende kalıcı iş bulabilmeleri için diğer işçiler gibi aynı fırsat verilmeli ve bu anlamda ödünç büro çalışanları, geçici işyerindeki boş görevler için bilgilendirilmelidirler ve bu bilgilendirme geçici işyerinde uygun bir yerde genel bir ilanla yapılmalıdır” (md.6/1)¹³⁵.

“Üye devletler, ödünç büro çalışanı ile ödünç alan işveren arasında iş ilişkisinin bitiminden sonra iş ilişkisinin veya iş sözleşmesinin kurulmasını batıl veya geçersiz sayan hükümlerin yasaklanmasını sağlamalıdır” (md.6/2)¹³⁶.

e) Yaptırımlar

Yönergenin 10. maddesinin başlığı ise “Yaptırımlar”dır. Buna göre,

1. “Üye devletler, işbu Yönergeye ödünç çalışma bürosu ve ödünç alan işverenlerce uyulmaması haline karşı, uygun önlemleri sağlayacaktır.

2. Üye devletler, işbu Yönergeyi uygulayan yasal hükümlerin ihlali halinde uygulanacak cezalara ilişkin kuralları koyacak ve bu cezaların uygulanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alacaktır. Bahsi geçen cezalar etkili, oransal ve caydırıcı olmalıdır. Üye devletler bu yasal hükümleri 5.12.2012'ye kadar Komisyon'a bildirecektir. Ayrıca üye devletlerin, ilgili hükümlerde sonradan yapılan değişiklikleri de uygun süre içinde Komisyon'a bildirmesi gerekir. Üye devletler, özellikle, işçi ve/veya temsilcilerinin işbu Yönerge uyarınca düzenlenen yükümlülüklerin icrası için yeterli olanaklara sahip olmalarını temin edecektir¹³⁷.”

¹³⁵ Boş görevler için bilgilendirme yükümlülüğü ile işçilerin daha hızlı olarak klasik şekilde istihdam edilmelerini sağlamaktadır. Ancak bununla birlikte boş olan iş için aranan nitelik seviyesinin işçi ile uyumlu olması gerekmektedir. Bu durumda da işçilerin nitelikleri ve eğitimleri hakkında ayrı bir alan karşımıza çıkmaktadır, Hekimler, Değerlendirmeler, s. 256.

¹³⁶ Kanaatimizce Yönergenin önemli hükümlerden biri olan bu düzenleme 5920 sayılı Kanunda düzenlenmemiş olup, bundan sonra yapılacak düzenlemelerde bu yönde bir hüküm getirilmelidir.

¹³⁷ 5920 sayılı Kanunda sadece azami sürenin aşılması ve ödünç işçinin iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması (vetodan sonra düzenlenen hükümde sözleşmenin yazılı yapılmaması yaptırma tabi tutulmamış, eklenen eşitlik ilkesinin ihlali yaptırma bağlanmıştır.) hakkında bir yaptırım öngörülmüştür ki bu yaptırma göre devredilen işverenle işçi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş olur. Bu yaptırımın mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasının önüne geçmede yeterli olduğu söylenemeye-

Yönerge ile ilgili son olarak değinilmesi gereken konu ödünç alan işverenin işyerinde grev olması durumudur. Yönergenin giriş bölümünde bu durum düzenlenmiştir: “Ödünç çalışma bürosuna ilişkin bu Yönergenin hükümlerinden biri de, ulusal mevzuat ve teamüle hâle gelmeksizin, ödünç işçilerin grevdeki işçilerin yerini almasının yasaklanmasıdır¹³⁸.”

VII. SONUÇ

Yeni istihdam modellerinden biri olan ödünç iş ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu ile mevzuatımıza dahil edilmiş ve Kanununun 7. maddesinde “geçici iş ilişkisi” başlığı altında düzenlenmiştir.

İki türü olan ödünç iş ilişkisinin ilki gerçek anlamdaki ödünç iş ilişkisi olup İK m. 7’de kural altına alınmıştır ve kısaca işçinin onayının alınması suretiyle bir işverenin işçisini, başka bir işveren yanına belirli ve geçici bir süre çalışmak üzere göndermesi olarak tanımlanabilir. Ödünç iş ilişkisinin ikinci türü olan ve İş Kanununda düzenlenmemiş olan mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi ise başka işverenlere, ödünç işçi bulmayı meslek edinmiş bir işveren tarafından işçinin sadece ödünç verilmek amacıyla işe alınmasıdır.

İK m. 7’ye göre ödünç iş ilişkisinden bahsedilebilmesi için her şeyden önce işçi holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı olarak ödünç verilmeyecek ise benzer işlerde çalıştırılmak koşuluyla ödünç verilebilir. Yine işçinin ödünç iş ilişkisi için yazılı onayı alınmalı ve işçinin teminine yönelik ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasındaki iş sözleşmesi yazılı olmalıdır. Ayrıca ödünç iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere kurulabilir ve en fazla iki defa yenilenebilir.

Ödünç iş ilişkisinin gerçekleştirilmesi işçi ile ödünç veren işveren arasındaki iş sözleşmesini sona erdirmez, zira asıl işveren ödünç veren işverendir. Yine aynı şekilde asıl işveren olan ödünç veren işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam eder ve fakat iş sözleşmesinin ödünç veren işverenle devam etmesiyle beraber, işçi iş sözleşmesine göre üstlendiği iş görme borcunu ödünç alan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Aynı şekilde ödünç alan işveren de işçiye talimat verme hakkına sahip olduğu gibi işçinin kendisinde çalıştığı süre boyunca ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur.

Ödünç iş ilişkisi kararlaştırılan sürenin dolması, tarafların anlaşması, işçinin ölümü, işverenin kişiliği dikkate alınmış ise şayet ödünç veren işverenin ölümü, ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin feshedilmesi ve iş sözleşmesinin geçersizliği durumlarında sona erer.

ceği gibi özel istihdam büroları için de bir yaptırım öngörülmemesi düzenlemenin göze çarpan önemli bir eksikliğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kabakçı, s. 108.

¹³⁸ 5920 sayılı Kanunda da, İK’nin 7. maddesine atıfla, ödünç alan işverenin işyerinde grev olması halinde ödünç işçinin çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca hükmün 6. fıkrasında devredilen işyerinde grev ve lokavt olması ve özel istihdam bürosunun işçiyi bu süre içerisinde başka bir işyerinde istihdam edememesi halinde, özel istihdam bürosunun işçinin asgari ücretten az olmamak üzere sözleşmede belirtilen ücretinin yarısını ödemek zorunda olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce bu hüküm, İK 7’deki “İşveren işçisini grev ve lokavt süresince kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır” düzenlemesine karşılık olarak getirilmiştir. Zira ödünç çalışma bürosunun ödünç işçiyi çalıştırabileceği bir işyeri yoktur.

Türk hukukunda henüz kural altına alınmamış olan mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin Avrupa Birliği ülkelerinde de kanunlaştırılması çabuk olmuştur. Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin Türk hukukunda da kanunlaştırma çabaları olmuş fakat henüz bir sonuca ulaşılammıştır. Mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi özellikle işçi kesimi tarafından modern köle ticareti olarak nitelendirilse de fiili olarak uygulandığı da bir gerçektir. Bu yüzden kanaatimizce, emek sömürsünün önüne geçilmesi adına, yasal düzenleme yapılarak gerekli sınırlandırmalar hayata geçirilmelidir. Ayrıca yapılacak düzenlemeyle, iş hukukunda esneklik ilkesinin uygulanması adına da ödünç işçiye gerçekten ihtiyacı olan işverenlerin iktisadi teşebbüslerinin darbe almaması da sağlanacaktır. Bu anlamda çalışmamızda mesleki anlamda ödünç iş ilişkisinin yasalaştırılmasında yol gösterici özelliği sahip olan ve Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen Geçici Büro Çalışma Yönergesi de irdelenmiştir.

KAYNAKÇA

Aktay, Nizamettin, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen-Kaplan. İş Hukuku. Yenilenmiş 4. Baskı. Ankara: Gazi Kitabevi, 2011.

Akyiğit, Ercan. İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi C. I. 2. Baskı. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2006. (Şerh)

Akyiğit, Ercan. "İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi". 1. Basım, Ankara: Kamu-İş Yayınları, 1995. (Ödünç İş İlişkisi)

Akyiğit, Ercan. İş Hukuku. 9.Baskı. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2013. (İş Hukuku)

Alpagut, Gülsevil. "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike". A. Can Tuncay'a Armağan. İstanbul: Legal Yayıncılık, Mayıs 2005, ss. 261-277. (Sınırlamadan Teşvike)

Alpagut, Gülsevil. "Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi'nin Değerlendirilmesi". Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, s. 353, ss. 353-369. (Yönerge)

Arslanoğlu, Mehmet Anıl. İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşme İlişkiler. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.

Benli, Abdurrahman ve Yusuf Yiğit. "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları". Kamu-İş. C. 8, S. 4, 2006, ss. 1-40.

Bozkurt, Tamer. "Özel İstihdam Büroları (İş ve İşçi Tellallığı)". Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan. C. II. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, ss. 1519-1537.

Caniklioğlu, Nurşen. "Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları". Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler. İstanbul: Legal Yayıncılık, Mart 2008, ss. 121-155.

Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat. İş Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 27. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.

Çankaya, Osman Güven ve Şahin Çil. İş Hukukunda Üçlü İlişkiler. Genişletilmiş 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Dereli, Toker. "Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenleme Önerileri". Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 25, Y. 7, Mart 2012, ss. 10-14.

Ekmekçi, Ömer. “Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi”. *Legal Vefa Toplantıları II Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*. İstanbul: Legal Yayıncılık, Mart 2008, ss. 100-119. (Kurulma ve Sona Erme)

Ekmekçi, Ömer. “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”. *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. S. 2, 2004, ss. 367-382. (Geçici İş)

Ekonomi, Münir. “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”. Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. *Bireysel İş Hukuku*. Yenilenmiş 5. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.

Günay, Mehmet. “İş Hukuku’nda Ödünç İş İlişkisi”. Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.

Hekimler, Alpay. “Federal Almanya’da Profesyonel Ödünç İş İlişkinin Yasal Çerçevesi”. *TİSK-İşveren Dergisi*. 2004, <http://www.tisk.org.tr/isveren> (23.10.2012), ss. 1-8. (Profesyonel Ödünç İş İlişkisi)

Hekimler, Alpay. “Avrupa Birliği’nin Kabul Ettiği Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif İle Getirdiği Yeni Düzenlemeler”. *TİSK- İşveren Dergisi*. 2009, <http://www.tisk.org.tr/isveren> (31.10.2012), ss. 1-5. (Ödünç Çalışmaya İlişkin Direktif)

Alpay Hekimler, “Avrupa Birliği’nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye İçin Değerlendirmeler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 29, Y. 8, Mart 2013, ss. 253-265. (Değerlendirmeler)

İren, Ertan. “Geçici İş İlişkinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 60, S. 2, 2011, ss. 281-307.

Kabakçı, Mahmut. “5920 Sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Veto Edilen Hükmün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi”. *Çalışma ve Toplum Dergisi*. C:4, S. 31, 2011, ss. 73-112.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku*. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal. “İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. S. 23, Y. 6, Eylül 2011, ss. 15-21.

Odaman, Serkan. “Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi”. 1. Basım. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007. (Ödünç İş İlişkisi)

Odaman, Serkan. “Ödünç İş İlişkinde Değişiklik Bu Defa Gerçekleşiyor Mu?”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. S. 25, Y. 7, Mart 2012, ss. 44-53. (Değişiklik)

Odaman, Serkan. “Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkinin Sona Ermesi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. S. 10, Y. 3, Haziran 2008, ss. 25-51. (Sona Erme)

Özdemir, Erdem. “Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. C. 18, S: 81, 2009, ss. 20-33.

Serin, İlhan. “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi”. *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*. S. 7, 2005, ss. 1055-1090.

Süzek, Sarper. “İş Hukuku”. Yenilenmiş 8. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012. (8. Baskı)

Süzek, Sarper. "İş Hukuku". Yenilenmiş 10. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014. (İş Hukuku)

Süzek, Sarper. "İş Akdinin Türleri". Mercek Dergisi. Nisan 2001, ss. 17-35. (İş Akdi)

Taşkent, Savaş ve Dilek Kurt. "Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi". Kamu-İş. C. 13, S. 1, 2013, ss. 1-8.

Uşen, Şelale. "Avrupa Birliği'nde Ödünç İş İlişkisi: İtalya Uygulaması ve Türkiye". İstanbul: Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayınları, 2006. (Ödünç İş İlişkisi)

Uşen, Şelale. "2008/104/Ec Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi". Çalışma ve Toplum. 2010/3, ss. 169-189. (Yönerge)

Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. www.kazanci.com (çevrimiçi).
www.tccb.gov.tr (30.10.2012)

ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDEN DOĞAN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Demet Belverenli*

GİRİŞ

Çalışma yaşamında işverenler gerek uzmanlığa dayalı gerekse teknolojik sebeplerle işyerlerindeki yardımcı işleri ya da asıl işin bir bölümünü alt işverene verebilmektedirler. Ancak 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki şartları taşıyan geçerli bir alt işveren ilişkisinin kurulduğu hallerde, bu ilişkide iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin ne şekilde yerine getirileceği ve bu yükümlülüklerin kime ait olduğu önem arz etmektedir. Bunu göz önüne alan kanun koyucu 6331 sayılı Kanun'da birtakım özel düzenlemelere yer vermiş, ayrıca bu Kanuna dayanılarak çıkarılan birçok yönetmelik ile söz konusu ilişkiye yönelik ayrıntılı hükümler getirilmiştir. Gerek Kanundaki gerekse yönetmeliklerdeki düzenlemelere bakıldığında asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı bu ilişkinin niteliğinden kaynaklı birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler; bilgilendirme, eğitim durumunun denetlenmesi, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma, risk değerlendirmesinde koordinasyonu sağlama, iş sağlığı ve güvenliği koordinasyonunu sağlama, acil durum planlaması ve çalışanların patlayıcı ortamların tehlikelerinden korunması başlıkları altında toplanabilir. Mevzuattan kaynaklanan bu yükümlülükler dışında alt işveren şartnamelerinde de ayrıntılı birtakım yükümlülükler yer verilmesi mümkün ve geçerlidir.

Yükümlülükleri mevzuattan kaynaklananlar ve sözleşmeden kaynaklanan olarak iki başlık altında toplamak mümkünse de, her iki işverenin çoğu durumda aynı mekânı paylaşması ve tehlike sınıfı farklılıklarının farklı olması ihtimali yükümlülüklerin ve özellikle iş sağlığı ve güvenliğinden sorumluluğun kime ait olacağı konusunda birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Ayrıca Kanun ve yönetmelik hükümlerinde kimi zaman birbirini tamamlamayan ve hatta çelişen hükümlere yer verilmesi de "Alt İşveren İlişkisinde Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri" konusunu incelenmeye değer hale getirmektedir. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle genel olarak alt işveren ilişkisinin sınırları olan asıl işveren ile alt işveren ve bu ilişkinin unsurları açıklandıktan sonra asıl konumuzun oluşturan alt işveren ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri ile bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğinden bahsedilecektir.

Hakem denetiminden geçmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

I. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN SÜJELERİ VE UNSURLARI

A. Genel Olarak

İş hukukunda asıl olan tipik istihdam ilişkisi ile ortaya çıkan işçi işveren ilişkileri olup, kanuni düzenlemelerin izin verdiği ölçüde atipik istihdam da istisnai olarak kendini göstermektedir¹. Çalışma hayatında görülen bu atipik istihdam biçimlerinden biri de asıl işveren-alt işveren ilişkisi içerisinde yapılan çalışmadır. Bir işverenin işyerindeki bazı işleri alt işverene vermesinin altında yatan nedenleri uzmanlık² ve ekonomik olarak iki ana başlık altında toplayabiliriz³.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında tanımlanmıştır. Bahsi geçen fıkraya göre alt işveren ilişkisi, bir işverenden işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini yalnızca bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkidir.

Öğretideki bir tanıma göre bu ilişki, “*asıl işverenle alt işveren arasında alt işverenlik sözleşmesiyle kurulan hukuki ilişki*”⁴ iken, benzer bir diğer tanıma göre, “*iş hukuku anlamında alt işveren ilişkisi iki işveren arasındaki nitelikli bir sözleşme ilişkisidir*”⁵. Söz konusu ilişkide, her alt işveren ve asıl işveren, işçilerine karşı bütün hak ve sorumluluklarıyla bir işveren konumundadır⁶.

B. Alt İşveren İlişkisinin Süjeleri: Alt İşveren ve Asıl İşveren

İş mevzuatının tarihsel gelişimi incelendiğinde 3008 sayılı İş Kanunu'ndan 1475 sayılı İş Kanunu'na kadar olan tüm İş Kanunlarında teknik anlamda bir alt işveren tanımı yapılmadığı görülmekte ve yalnızca asıl işverenin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerle karşılaşılmaktadır. Bu dönemde öğretilde alt işveren, bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve kendi işçilerini sadece o işyerinde veya eklentilerinde çalıştıran kişi olarak tanımlanmıştır⁷.

4857 sayılı Kanun özellikle alt işveren ilişkisinin unsurlarını belirginleştirmiş olduğundan, daha kapsamlı alt işveren tanımları öğretide yerini almıştır. Böylece alt işveren, diğer işverenden işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üreti-

¹ İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 174-175.

² Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 6. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 206.

³ Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 7. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 31; Aydın, Muvazaa Sorunu, s. 175; Osman Güven Çankaya/Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 15-16.

⁴ Ercan Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 23.

⁵ Kadir Arıcı, “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, İÜİFM, Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, İstanbul, 2006, s. 488.

⁶ Hande Bahar Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 3.

⁷ Münir Ekonomi, İş Hukuku (Ferdî İş Hukuku), C. 1, İstanbul, 1984, s. 53; M. Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, 4. bs., C. 1, İstanbul, 1987, s. 10; Benzer bir tanım için bkz. Talat Canpolat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, s. 19.

mine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini yalnızca bu işyerinde aldığı işte çalıştıran işveren olarak öğretide tanımlanmıştır⁸.

Kanunun lafzına yakın bu tanımın dışında öğretide alt işveren, sermayesi yeterli olmadığı için kendi adına işyeri kuramayan, bir asıl işverenin teminatı ile ve onunla yaptığı alt işverenlik sözleşmesi ile asıl işverenden iş alan, iş aldığı işyerinde çalıştırmak için iş sözleşmesi yaptığı işçilerini sadece bu işte ve iş aldığı işverenin de birlikte sorumluluğu altında çalıştıran kimse olarak da tarif edilmiştir⁹.

Son olarak alt işveren için kendi adına işçi çalıştıran ayrı bir işveren olup, başka işverenden iş aldığı dahi aldığı işi bağımsız bir şekilde kendi iş organizasyonu içerisinde yürüten ve asıl işverenin bu anlamda ne vekili ne aracısı olan işveren şeklinde yapılan bir tanım öğretide yerini almıştır¹⁰. Belirtmek gerekir ki, alt işveren, gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluş da olabilir¹¹. Ancak sonuçta, işveren kavramından ayrı bir süje söz konusu olmayıp, asıl işveren ile alt işveren olarak ifade edilen işverenler arasında işveren kavramının hukuki mahiyeti açısından bir fark bulunmamaktadır¹². Kanunun alt işverenden “diğer işveren”, asıl işverenden de “iş aldığı işveren” olarak bahsetmesi de bu düşüncüyü desteklemektedir¹³.

Öğretide asıl işveren tanımı çok fazla yapılmamakla birlikte, yapılan bir tanıma göre asıl işveren, kendisine ait bir işyeri olup burada yürüttüğü yardımcı işlerde veya belirli gerekçelerle asıl işin bir bölümünde başka bir işverene bu işverenin işçileriyle yapması şartıyla iş işveren işverendir¹⁴.

6331 sayılı Kanun açısından belirtilmesi gereken nokta ise, bu kanunun tanımlar maddesinde işveren, işyeri hekimi, teknik eleman gibi birçok kavra-

⁸ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s. 210; Çankaya/Çil, a.g.e., s. 18.

⁹ Erdoğan Çubukcu, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Tanım ve Kavramlar”, TÜHİS Dergisi, C. 21, Sa. 2-3 Kasım 2007-Şubat 2008, s. 2, Kanaatimizce, bu şekilde bir tanım her alt işveren ilişkisi için geçerli bir tanım değildir. Genellikle alt işverenler, kendine ait bağımsız bir işyeri sahibi işveren olma niteliğini haizdir ve bir asıl işverenin teminatına da ihtiyaç duymamaktadır. Yapılan bu tanım alt işveren ilişkisinin unsurlarından hareket etmekten ziyade, asıl işverenin gerek ekonomik gerekse teknolojik nedenlerle başvurduğu bu ilişki tipini alt işverenin sermaye yetersizliği sebebine indirgemektedir. Nitekim öğretide Gerek de, ekonomik yönden güçlü olup olmama bakımından bütün asıl işverenlerin ve bütün alt işverenlerin kendi aralarında tek ve homojen bir grup olmadığını belirterek, asıl işverenler arasında da ekonomik gücü yerinde olmayanlar veya zaman zaman bu güçlerini kaybedenlere rastlanabileceğine vurgu yapmıştır, Nüvit Gerek, “Alt İşverenlerin İdari Para Cezalarından Asıl İşverenlerin Sorumluluğu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 19, Eylül 2010, s. 181.

¹⁰ Aydın, Muvazaa Sorunu, s. 180.

¹¹ Aydın, Muvazaa Sorunu, s. 181.

¹² Fevzi Şahlanan, “Alt İşveren Kavramı”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1997, s. 192.

¹³ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s. 207.

¹⁴ Akyiğit, Alt İşverenlik, s. 30.

mın tanımına yer verilirken, alt işveren tanımına yer verilmediğidir¹⁵. Özellikle Kanunun 16. ve 17. maddelerinde “başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar”a ve 22. maddesinde “alt işveren”e ilişkin düzenlemelere yer verilmişken, bu kavramlara ilişkin tanımlara yer verilmemesinin eksiklik olduğu öğretide haklı ifade edilmiştir¹⁶. Ancak belirtmeliyiz ki her ne kadar kanunda yer verilmemişse de, Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği’nin¹⁷ 4. maddesinde 4857 sayılı Kanun’dakine benzer bir alt işveren tanımına yer verilmiştir.

C. Alt İşveren İlişkisinin Unsurları

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin alt işveren ilişkisinde gösterdiği özelliği açıklamak adına öncelikle bu ilişkinin unsurlarından bahsetmek faydalı olacaktır. İki kişi arasındaki iş ilişkisinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi için ilk olarak bu ilişkinin taraflarının işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yani “işveren” olması gerekmektedir¹⁸. Bu unsurun dışında alt işveren ilişkisindeki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini kimin alacağı ve bu yükümlülüğe aykırı davranış halinde sorumluluğun belirlenmesi açısından hangi işlerde bu ilişkinin kurulabileceği hususu önem arz etmektedir. 4857 sayılı Kanun’a göre, alt işveren ilişkisi ancak asıl işverenin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde kurulabilecektir (İş K. m. 2/6).

¹⁵ Oysa İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarı Taslağı’nın 3. maddesinde yapılan alt işveren tanımı öğretide eleştirilmisti. Zira taslak, doğrudan kendi alanı ile olmayan bir alanda radikal bir değişiklik yaparak alt işveren tanımını değiştirmekte, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için işin gereği ve teknolojik gerekler koşullarını birbirinden bağımsız olarak aramaktaydı, Fuat Bayram, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı’nın Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 19, Eylül 2010, s. 61.

¹⁶ İbrahim Aydınlı, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı’nda ve/veya Kanunu’nda Alt İşveren-“... Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar...” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 26, Haziran 2012, s. 20; Murat Demircioğlu/Hasan Ali Kaplan, Sorularla İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016, s. 35.

¹⁷ RG. 05.10.2013, Sa. 28786.

¹⁸ İhale makamı olan kamu kurumunun ihale ettiği iş dolayısıyla işveren sıfatını taşıdığı hallerde de alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir, Aydınli, Muvazaa Sorunu, s. 183; Sarper Süzek, İş Hukuku, 11. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s. 159-160; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canpolat, İş Hukuku Dersleri, 28. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2015, s. 59; Kamu kurumlarının asıl işverenlik sıfatını işçi çalıştırmaları dahi kamu personeli çalıştırmakla da kazanabileceği görüşü için bkz. Akyiğit, Alt İşverenlik, s. 34; Aynı görüşte, Çankaya/Çil, a.g.e., s. 21-22; “Davalılardan Ankara Ticaret Odası Başkanlığı’nın faaliyet alanı ile hizmet binasının temizlenmesi işinin birbirinden bağımsız ve ayrı işler olması ve temizlik işinin bütünüyle diğer davalı A... Tem. Güv. Hiz. Tur. ve İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti.’ne verilmesi nedeniyle davalılardan Ankara Ticaret Odası Başkanlığı ile temizlik işini üstlenen A... Tem. Güv. Hiz. Tur. ve İnş. Taah. Tic. Ltd. Şti. arasında alt üst işveren ilişkisinin bulunmadığı ortadadır. İşin tamamı devrolduğunda devreden kişinin işverenlik sıfatı devam etmediğinden, 1475 sayılı İş Kanunu’nun 1/son maddesi gereğince sorumluluğu bulunmamaktadır”, Yar. HGK., T. 02.02.2011, E. 2010/21-739, K. 2011/5, Aynı yönde, Yar. HGK., T. 02.06.2004, E. 2004/21-326, K. 2004/328, Yar. HGK., T. 05.05.2004, E. 2004/10-233, K. 2004/262, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.03.2016.

Kanunda hangi işlerde bu ilişkinin kurulabileceği belirtilmekle birlikte, “yardımcı iş” veya “asıl iş” kavramları tanımlanmış değildir. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 3. maddesinde asıl iş, mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş olarak, yardımcı iş ise, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş olarak ifade edilmiştir. Tanımlar bu şekilde yapılırsa da uygulamada hangi işlerin yardımcı iş, hangi işlerin uzmanlık gerektiren asıl iş olduğunu ayırmak o kadar kolay olmamış, bu durum öğretiyi daha ayrıntılı tanımlar yapmaya iterken, yargı kararlarında da çeşitli ölçütler ortaya atılmıştır.

Öğretideki bir tanıma göre asıl iş, işyerinin teknik amacının gerçekleşmesi ile, yani işyerinde amaçlanan mal ve hizmet üretimi ile doğrudan ilgili olan, o teknik amacın gerçekleşmesine yönelik sürece doğrudan dahil olan ve bu süreç için olmazsa olmaz faaliyetleri ifade eder¹⁹. Bir diğer tanıma göre ise, işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretimi asıl iştir²⁰. Ancak şirketin ana sözleşmesinde yazılı hususların doğrudan “asıl iş” olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığı belirtilmiştir²¹. Üretimin aşamalı olarak yapıldığı işlerde, bu aşamaların bir bütün olarak asıl işi oluşturduğu kabul edilmektedir.²²

¹⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, a.g.e., s. 216; Yargıtay da verdiği kararlarda, “üretimin zorunlu aşaması olup olmaması” ve alt işverene verilen işin “ağırlıklı olarak neden ibaret olduğunun tespiti” ölçütünü kullanmıştır, Aykaç, Alt İşveren, s. 91, Yar. 9. HD., T. 26.06.2006, E. 2006/13231, E. 2006/18825, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sa. 12, 2007/1, s. 305-308.

²⁰ Münir Ekonomi, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Mart 2008, s. 37; Benzer bir tanım için bkz. Akyığıt, Alt İşverenlik, s. 42; Bu kavramın endüstriyel ve ekonomik bir kavram olduğu, bu nedenle yargı organı tarafından değerlendirilmesinde güçlükler bulunduğu, hangi işlerin asıl iş olduğu sorusunun cevabının herkese göre farklı olabileceği de öğretide haklı olarak ifade edilmiştir, Ömer Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları”, Mercek Dergisi, Temmuz 2003, s. 134.

²¹ Hande Bahar Aykaç, “Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş-Yardımcı İş Ayrımı”, Çalışma ve Toplum, Sa. 46, 2015/3, s. 98; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir olayda, çimento üretimi yapılan bir işyerinde şirket ana sözleşmesinde “fabrika kurma” işi de sayıldığından, “...çimento fabrikası klinker sevk hattı v.b. yapımı “iş” asıl işin bir bölümü kabul edilmiştir, Yar. HGK., T. 06.02.2013, E. 2012/21-732, K. 2013/207, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com.tr/>, 10.03.16, Burada mal ve hizmet üretiminin esasını teşkil eden işin, çimento üretimi olduğu, olaydaki gibi “inşaat, bakım onarım” olarak adlandırılabilir işlerin somut olaya göre “yardımcı iş” veya “anahtar teslimi iş” olarak değerlendirilebileceği şeklindeki değerlendirme için bkz. Hande Bahar Aykaç, “Alt İşverenlik-Anahtar Teslimi İş Ayrımı” (Karar İncelemesi), Çimento İşveren, C. 29, Sa. 3, Mayıs 2015, s. 46-55; Yargıtay'a göre, “İşyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir”, Yar., 9. HD., T. 19.10.2010, E. 2010/28347, K. 2010/29733, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 23.03.2016.

²² Örneğin, yoğurt üretiminin yapıldığı bir işyerinde, yoğurt sütü hazırlama, pastörizasyon, homejenizasyon, kültürlleme, mayalama paketleme, inkübasyon, ve hızlı soğutma aşamalarının tamamı asıl işin bölümleridir, Ekonomi, Üçlü İlişkiler, s. 37; Aynı yönde, Fevzi Şahlanan, “4857 sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri”, 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Değerlendirme Konferans Notları, 12-13 Temmuz 2003, s. 71.

Kanunda yardımcı iş kavramı da tanımlanmış olmayıp, öğretilen yapılan bir tanıma göre yardımcı iş, temizlik, yemek taşıma, güvenlik, makinelerin bakımı, odacılık ve çay hizmetleri²³ gibi asıl işin yerine getirilebilmesi için tamamlayıcı nitelikte işlerdir²⁴. Bu noktada belirtilmesi gereken, bir işin asıl iş mi yoksa yardımcı iş mi olduğunun her bir işyeri için ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiğidir²⁵. Örneğin, temizlik işi normalde yardımcı işlerden sayılırken, bir otellerde veya hastanelerde bu iş asıl işlerden sayılır²⁶.

Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için “işletmenin ve işin gereği” ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” koşullarının bulunması gerekir. Öğretilen bir görüş, bu iki koşulun birlikte bulunmasını ararken²⁷, diğer görüş, hükümdeki “ile” bağlacını “veya” olarak değerlendirerek koşulun bölünebileceğini savunmaktadır²⁸. Yargıtay ise son yıllarda verdiği birçok kararında, her iki koşulun birlikte bulunmasını ararken²⁹, “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş” olma koşulunu baskın koşul adanmaktadır³⁰.

Alt işverenlik ilişkisinin son unsuru ise, asıl işveren işi için görevlendirilen alt işveren işçilerinin işi asıl işverene ait işyerinde yapmaları ve o dönemde sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılmalarıdır³¹. İşçilerin asıl işverenin işyerinde çalıştıkları dönemde, başka işverenlere ait işyerlerinde veya bizzat alt işverenin kendi işyerinde çalıştırılmaları halinde alt işveren ilişkisinden söz

²³ Süzek, İş Hukuku, s. 162; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 37.

²⁴ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 37; Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, a.g.e., s. 65; Gülsevil Alpagut, “4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşverenlik Kurumundaki Yeni Yapılanma”, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, Ankara, İntes Yayınları, 2010, s. 16; İşyerindeki mal ve hizmet üretimi dışında, işyerindeki unsurların işlevlerini görmeleri ve devam ettirebilmeleri için gerekli olan örneğin, makine, sondaj kulesi veya baz istasyonlarının bakımı, onarımı ve temizlenmesi gibi işler de yardımcı iş olarak değerlendirilmektedir, Ekonomi, Üçlü İlişkiler, s. 49.

²⁵ Bu noktada doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer alıp almadığının belirleyici bir ölçüt olacağı belirtilmiştir, Ali Güzel, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sa. 1, 2004, s. 45; Akyiğit, Alt İşverenlik, s. 42; Murat Şen/Aslı Naneci, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 15, Eylül 2009, s. 28.

²⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 163; Aykaç, Alt İşveren, s. 97; Aksi yönde, hastane işyerinde ihale ile verilen temizlik işinin yardımcı iş sayıldığı bir karar için bkz. Yar. 9. HD., T. 12.02.2007, E. 2007/1358, K. 2007/3081; Öğrenci yurdundaki temizlik, kalorifer, çamaşır hizmetlerinin asıl iş kapsamında sayıldığı bir karar için bkz. Yar. 9. HD., T. 07.05.2007, E. 2007/1469, K. 2007/14248.

²⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 164-165, Belirtmek gerekir ki yazar kitabının önceki basılarında koşulun bölünebilir nitelikte olduğunu savunurken, görüşünü koşulun bölünmeden uygulanması yönünde değiştirmiştir; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 35; Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, a.g.e., s. 61; Çankaya/Çil, a.g.e., s. 28; Güzel, a.g.m., s. 49.

²⁸ Şahlanan, Konferans Notları, s. 70-71; A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı, E. Tunçay Senyen Kaplan, İş Hukuku, 4. bs., Ankara, Gazi Kitabevi, 2011, s. 34; Ekonomi, Üçlü İlişkiler, s. 42.

²⁹ Yar. 7. HD., T. 07.03.2013, E. 2013/2572, K. 2013/2349, Yar. 9. HD., T. 01.11.2010, E. 2010/36161, K. 2010/31045, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.03.2016.

³⁰ Yar. 9. HD., T. 18.02.2010, E. 16803, K. 3977, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sa. 26, 2010/3; Yar. 22. HD., T. 24.10.2011, E. 2011/7730, K. 2011/2970, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.03.2016.

³¹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 34; Akyiğit, Alt İşverenlik, s. 52; Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, a.g.e., s. 59-60.

edilemez³². Ancak işin asıl işverene ait işyerinde yapılmasından kasıt işin mutlaka asıl işverenin işyerinin coğrafi sınırları içerisinde yerine getirilmesi olmayıp, nakliyat işinde olduğu gibi işin niteliği gereği asıl işverenin işyerinde yerine getirilmeyen işlerde de alt işveren ilişkisi kurulabilecektir³³.

II. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

İşverenler işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmamak, işçiler ise iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymak zorundadır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunmak zorunda olduğu esas muhatap kendi işçileridir. Alt işveren ilişkisinde de her işveren kendi işçilerine karşı işveren konumunda olup, iş sağlığı güvenliği önlemlerini almak zorundadır³⁴. İşverenin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü, 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümlerine göre daha geniş ve mutlak bir nitelik taşımakta olup, işveren yalnızca mevzuatta öngörülen önlemleri değil; bilimin, teknolojinin, tecrübenin vardığı noktaya göre alınması işverenden beklenen tüm iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır³⁵.

³² Akyiğit, Alt İşverenlik, s. 60-69; Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, a.g.e., s. 60; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, a.g.e., s. 34; Çankaya/Çil, a.g.e., s. 30; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 34; Yar. 9. HD., T. 25.01.2010, E. 2009/32292, K. 2010/1149, Karar metni ve değerlendirmesi için bkz. Fevzi Şahlanan, "Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları" (Karar İncelemesi), *Tekstil İşveren Dergisi*, Sa. 370, Ocak 2011, Hukuk 55, s. 2-5.

³³ Süzek, İş Hukuku, s. 160; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 34; Ekonomi, Üçlü İlişkiler, s. 30-31.

³⁴ "Mahkemece davalı Şahin Güney'in 506 sayılı Kanununun 87. maddesine göre alt işveren olduğu kabul edildiği halde, anılan madde gereğince alt işverenin iş güvenliği tedbirlerini almak konusunda çalıştırdığı işçiler yönünden öncelikle sorumlu bulunduğu gözletilmeden, bu kişi yönünden davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.", Yar. 10. HD., T. 08.04.2004, E. 2004/1429, K. 2004/2999, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 02.05.16.

³⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 907; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 348; Sarper Süzek, "İşverenlerin İş Sağlığı Ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*, Ankara, Tşof Plaka Matbaacılık, s. 508-509; İştar Urhanoğlu Cengiz, "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 1966-1967; Levent Akan, "İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırılık Ve Kaçınılmazlık" (Karar İncelemesi), *Çimento İşveren Dergisi*, C. 27, Sa. 4, s. 55; Leyla Kılıç, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı ve 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 22, 2012, s. 95; İşverenin her türlü önlemi almakla yükümlü olduğuna ilişkin yasal düzenlemenin eleştirilebileceği hakkında bkz. Gülsevil Alpagut, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi", *İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri*, TİSK No: 322, Hilton Otel-Ankara, 25 Nisan 2012, s. 27; Yar. 21. HD, T. 22.04.2014, E. 2014/1282, K. 2014/8662, *Çalışma ve Toplum*, Sa. 44, 2015/1, s. 513-518; Yar. 21. HD., T. 13.11.2014, E. 22264, K. 23786, Yar. 21. HD., T. 26.11.2015, E. 2015/5398, K. 2015/21113, Yar. 21. HD., T. 13.11.2014, E. 2014/22264, K.

Alt işveren ilişkisinde bağımsız bir işveren olan alt işveren, işçiyi gözetme borcunun bir gereği olarak, gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlü olup, asıl işverenin doğrudan alt işveren işçilerine karşı böyle bir yükümlülüğü yoktur. Alt işveren işçilerine karşı yönetim hakkı, sözleşmenin tarafı ve işgörme ediminin alacaklısı sıfatıyla alt işverene aittir³⁶. Ancak iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bazı durumlarda asıl işverenin tüm çalışanlara yönelik talimatlar verebilmesi mümkün olup, alt işveren işçileri de bu talimatlara uymak zorundadır³⁷. Nitekim Yargıtay da bir kararında, patlayıcı yani tehlikeli maddeler üretilen bir işyerinde, davalı işverenin bu yönleri dikkate alarak işyeri disiplinini sağlamak amacıyla çok sıkı kayıtlar koymasının ve emniyet tedbirleri ile ilgili olarak hassas davranıp, işyerinin tehlikeden uzak kalması için kimi yetkileri elinde bulundurmasının doğal karşılanabileceğini belirtmiştir³⁸.

Kural olarak gerek asıl işverenin gerekse alt işverenin kendi işçilerine karşı bu yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekirken, alt işverenlik ilişkisi bu işveren işçilerini asıl işverenin işyerinde kesiştirmekte, iki farklı işverenin işçilerinin ya asıl işin bir bölümü ya da yardımcı işler nedeniyle bir araya gelmesine neden olmaktadır. Alt işveren işçilerinin çalıştığı bölümdeki bir riskin asıl işveren işçilerini etkilemesi çok muhtemel olduğu gibi, alt işveren işçilerinin de asıl işverene has risklerden etkilenabilmeleri mümkündür³⁹. Her iki işverenin işçileri aynı kalmakla birlikte bir mekânı paylaşan işçi sayısının artması ve alt işveren işçilerinin kendilerine yabancı yeni bir işyerinde çalışmaya başlamaları işverenlere bu ilişkinin niteliğinden kaynaklı bazı yükümlülükler yüklemektedir.

2014/23786, (Çevrimiçi), www.sinerjimevzuat.com.tr, 01.05.16, Yar. 10. HD., T. 28.06.2013, E. 2012/24352, K. 2013/14697, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 01.05.16.

³⁶ Savaş Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981, s. 62; Can Tuncay, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Bolu-Abant 16-19 Mayıs 1991, s. 67; Osman Güven Çankaya, "Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Sorunlar", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, 2002/4, s. 5, (Çevrimiçi), <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf>, 01.05.16.

³⁷ Taşkent, a.g.e., s. 63; Ömer Ekmekçi, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları", Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyum Tebliği Kitabı, Ankara, ÇEİS Yayınları, 2008, s. 61; Sami Narter, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezaî ve Hukukî Sorumluluk, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 132; Akyiğit, Alt İşverenlik, s. 71; Çankaya, a.g.m., s. 5; Asıl işverenin alt işveren işçisine talimat vermesinin muvazaa sorunu da doğurmayacağı hakkında bkz. Levent Akin, "İş Sağlığı Ve Güvenliğine İlişkin Bazı Öneriler", İşveren Dergisi, C. 46, Sa. 8, Mayıs 2008, s. 60, aynı yönde, Akin, Alt İşverenlik, s. 165-166, Bu yöndeki kararlar için bkz. Yar. 9. HD., T. 21.03.2013, E. 2013/1450, K. 2013/9838, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 01.05.16. Böyle bir durumda işçiler de hem asıl işverenin hem de alt işverenin talimatlarına uygun davranmak zorundadırlar. Aksi halde, iş sözleşmesinin eylemin ağırlığına göre geçerli ya da haklı sebeple feshi gündeme gelebilir: "...Davacı daha önce kendisine bildirilen güvenlik tedbirlerini yeterince uymayarak, dolun ve boşaltım kurallarına uymayarak iş disiplinini ve güvenliğini bozucu, işyerinde olumsuzluklara neden olan davranışlara sebep olmuştur. Bu nedenle davacının geçmiş çalışma şekli taraflar arasındaki iş sözleşmesinin yürütülmesini sağlamasına engel olduğundan iş akışını bozmaya neden olmuştur. Davacının bu eylemleri haklı fesih ağırlığında olmayıp geçerli fesih ağırlığında olduğundan fesih geçerli nedene dayanmaktadır...", Yar. 9. HD., T. 01.06.2011, E. 2010/3363, K. 2011/1670.

³⁸ Yar. 9. HD., T. 08.11.1997, E. 16673, K. 19164, Çankaya, a.g.m., s. 5.

³⁹ Narter, a.g.e., s. 132.

dir. Ayrıca alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi, kendi işçilerini etkileyeceği gibi, alt işveren işçilerini ya da üçüncü kişileri de etkileyebilir ve aynı kabul alt işverenin yükümlülükleri için de geçerlidir. Yine alt işveren işyerindeki bir patlamadan, asıl işveren işçileri kadar, işyerine gelen ziyaretçiler ve müşteriler de zarar görebilir⁴⁰. Bu nedenle, her işveren kendi işçilerine karşı mevzuatta öngörülen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirecekse de, bu ilişkiye özgü yükümlülüklerin ortaya konması önem arz etmektedir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda ve ilgili yönetmeliklerde alt işveren işçilerini korumak için getirilen birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar, çalışanların bilgilendirilmesi (İSGK. m. 6/1, d; m. 16), risk değerlendirmesi (İSGK. m. 10; İSGRDY. m. 15/1), çalışanların eğitimi (İSGK. m. 17/5), iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma (İSGK. m. 22), iş sağlığı ve güvenliği koordinasyonunu sağlama (İSGK. m. 23), acil durum planlaması ve çalışanların patlayıcı ortamların tehlikelerinden korunmaları (İADHY. m. 5, 18; ÇPOTKHY. m. 8) gibi düzenlemelerdir. Kanun ve yönetmeliklerde alt işverenlik ilişkisinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin neler olduğu genel hatlarıyla düzenlenmişse de, bu düzenlemelerin içinin doldurulması ve yükümlülüklerin gerek kime ait olduğunun gerekse kapsamının ayrıntılı olarak açıklanması gerekmektedir.

Bu ilişkide alt işverenin kanun ve yönetmeliklerde öngörülen yani mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin dışında, sözleşmelerle belirlenebilecek birtakım yükümlülükleri de bulunmaktadır⁴¹. Yine alt işverenin asıl işverenle olan ilişkisinin hukuki dayanağı İş Kanunu ve diğer iş mevzuatı olsa da, aynı coğrafi alanı paylaşan diğer alt işverenlerle aralarında bir hukuki bağlantı olmayabilir⁴². Aynı coğrafi alanı farklı alt işverenlerin paylaşması iş sağlığı ve güvenliği bakımından birtakım problemlere yol açabilir. Bu nedenlerle, birden fazla işverenin bulunduğu iş sahalarındaki koordinasyonun sağlanması gerekmekte olup, bu yükümlülük asıl işverenedir⁴³. Yaptığımız bu genel açıklamalar ışığında, çalışmamızın esasını işverenin genel olarak mevzuatta belirtilen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri değil de, bu yükümlülüklerin alt işverenlik ilişkisinde gösterdiği özellik teşkil etmekte olup, açıklamalarımız, aynı coğrafi alanı paylaşan işverenlerin işçilere karşı yükümlülükleri ve sorumlulukları üzerinde yoğunlaşacaktır.

B. Mevzuattan Doğan Yükümlülükler

1. Çalışanların Bilgilendirilmesi

İşyerinde işin ve işyerinin şartları, üretim metodları ve kullanılan araç ve gereçlerden kaynaklanan birtakım işyerine özel ya da genel nitelikte riskler mevcuttur. Söz konusu riskler hakkında işçilere bilgi verilmesi onların işyerine

⁴⁰ Levent Akın, İş Sağlığı Güvenliği Ve Alt İşverenlik, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2013, s. 85.

⁴¹ Narter, a.g.e., s. 139; Akın, Alt İşverenlik, s. 126, 162.

⁴² Narter, a.g.e., s. 138.

⁴³ Narter, a.g.e., s. 138-139.

uyumunu kolaylaştırmanın yanısıra işçilerin bu risklerle karşılaşma riskini de azaltır⁴⁴. Bu nedenle işverenin işçileri bilgilendirmesi önem taşımaktadır.

AB hukukunda çalışanların iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilgilendirme yükümlülüğüne 12 Haziran 1989 tarih ve 89/391 EEC sayılı İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Çerçeve Yönergesinin 10. maddesinde yer verilmiştir. 6331 sayılı Kanun'un örnek aldığı bu düzenleme başka işyerlerinden gelen işçilerin ve bunların işverenlerinin de aynı bilgilendirmeden faydalanmalarını sağlamaktadır (Yön. m. 10/2) ⁴⁵.

6331 sayılı Kanun'un 16. maddesi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işverenin çalışanları, işyerinde karşılaşabilecekleri sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar, ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlemektedir (f. 1). Yine işveren, ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında bilgilendirecektir (f. 2).

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, işverenin, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların bu belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri vereceği belirtilmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin⁴⁶ 16. maddesine göre ise, *"İşyerinde çalışanlar, çalışan temsilcileri ve başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar ve bunların işverenleri; işyerinde karşılaşabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile düzeltici ve önleyici tedbirler hakkında bilgilendirilir"*. Benzer düzenleme İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin⁴⁷ 5. maddesinin 6. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, *"İşveren çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında; görevlendirdiği kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşları, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bu çalışanların işverenlerini bilgilendirir"*. Yine, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin⁴⁸ 6. maddesinin c bendinde *"İşveren; çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında; görevlendirdiği kişi veya hizmet aldığı OSGB'yi, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine çalışmak üzere gelen çalışanları ve bunların işverenlerini bilgilendirir"* şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Gerek 6331 sayılı Kanun'daki gerekse bahsi geçen yönetmeliklerdeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, "başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar" yer verildiği görülmektedir. Öğretide söz konusu ifadenin içerisine

⁴⁴ Kadir Arıcı, İşçi Sağlığı Ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara, Tes-İş Eğitim Yayınları, 1999, s. 112.

⁴⁵ İbrahim Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 285.

⁴⁶ RG. 29.12.2012, Sa. 28512.

⁴⁷ RG. 29.12.2012, Sa. 28512.

⁴⁸ RG. 29.12.2012, Sa. 28512.

alt işveren işçileri ile ödünç işveren işçilerinin dahil olduğu ifade edilmiştir⁴⁹. Bununla birlikte, eser sözleşmesiyle çalışan müteahhit işçileri de bu kapsamda kabul edilmektedir⁵⁰. Kanaatimizce, Kanunun bazı maddelerinde yalnızca “başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelenlerin işverenleri” ifadesi yerine “geçici iş ilişkisi kurulan işveren” (m. 32), diğer bazı maddelerinde ise yalnızca “alt işveren” (m. 22) deyimleri kullanılmışsa da, ifadelerin bu şekilde kullanılışı başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar kapsamına alt işveren işçilerinin dahil olmayacağı şeklinde yorumlanamaz. Kanunun bazı maddelerinde özellikle yalnızca alt işveren ilişkisiyle ya da geçici iş ilişkisiyle ilgili açıklamada bulunulması gerektiğinde yalnızca bu ifadeler kullanılmıştır. Her iki ilişkiye veya buna benzer ilişkilere dayanarak çalışanlar ifade edilmek istendiğinde ise “başka işyerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar” ifadesi tercih edilmiştir.

Yine söz konusu hükümler karşılaştırıldığında dikkat çeken diğer nokta ise, 6331 sayılı Kanun’un 16. maddesinin ikinci fıkrasında asıl işverene yalnızca alt işvereni bilgilendirme yükümlülüğü getirilirken, Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği başta olmak üzere bahsi geçen yönetmeliklerde alt işveren işçilerinin de bilgilendirilmesi gerektiğinin düzenlenmesidir. Öğretide bir görüş, kanun ve yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu, asıl işverenin bilgilendirme yükümlülüğünü hem alt işverene hem de işyerindeki sağlık ve güvenlik riskleri bakımından doğrudan alt işveren işçisine karşı yerine getirmesi gerektiğini belirtmektedir⁵¹. Örneğin, asıl işverenin forkliftinin, alt işveren işçisinin yürümemesi gereken bir yerde ona çarpması ihtimalinde, alt işveren işçisini bilgilendirmeyen asıl işverenin doğrudan kusurundan söz edilebilir⁵². Ayrıca bu görüş uyarınca, bugün kurumsal, iş sağlığı ve güvenliği kültürünü benimsemiş işyerlerinde işyerine gelen her ziyaretçi bile belirli bir oranda bilgilendirmeye tabi tutulurken, genel çerçevede başka işyerlerinden gelen çalışanların özel çerçevede ise alt işveren işçilerinin de bilgilendirilmesi gerekir⁵³. Yine, her işyerinin farklı özellikler göstermesi nedeniyle dolaylı bilgilendirme yerine

⁴⁹ Aydın, Başka İşyerlerinden Gelenler, s. 21; Gizem Sarıbay Öztürk, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezaî Sonuçları, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s. 29; Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Aralık 2014, s. 279; Saim Ocağ, “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Taraflara Getirdiği Yükümlülükler”, Öz-İplik Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliğine Hukuki Bakış Paneli 12 Ekim 2012, İstanbul, Öz İplik-İş Eğitim Yayınları, Mart 2013, s. 123.

⁵⁰ Gülsevil Alpagut, “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, İÜHFİM, C. 72, Sa. 2, s. 41; Alpagut, İSGK Tasarısı Semineri, s. 38; Tedarikçi firma çalışanlarının işyerine gelmesi halinde de aynı yükümlülüğün geçerli olacağı görüşü için bkz. Nursen Caniklioğlu, “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşveren Yükümlülükleri”, Çalışma Mevzuatı Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Antalya, 26-30 Eylül 2012, s. 66; Sarıbay Öztürk, a.g.e., s. 29; Su dağıtıcısı, kargo teslimi için gelen kargo işyerinin çalışanının bu kapsama girmeyeceği hakkında bkz. Ocağ, a.g.e., s. 123.

⁵¹ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 279, 317; Benzer şekilde, İlnur Kılış, İş Sağlığı ve Güvenliği, Bursa, Dora Yayıncılık, 2014, s. 109, 371.

⁵² Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 385.

⁵³ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 280.

asıl işverenlerin alt işveren işçilerine doğrudan doğruya gerekli bilgileri vermelerinin hem daha kolay hem de daha etkili olacağı belirtilmiştir⁵⁴.

Öğretideki diğer görüş ise, 6331 sayılı Kanun çalışanların bilgilendirilmesi konusunda işyerindeki çalışanları ikiye ayırdığını ifade etmektedir⁵⁵. Söz konusu görüş uyarınca ister kendi işçisi olsun isterse başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen alt işveren işçisi olsun, Kanunun 12. maddesinde belirtilen ciddi ve yakın bir tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında asıl işverenin derhal bilgilendirmesi gerekir⁵⁶. Ancak asıl işverenin başka işyerlerinden gelen ancak kendi işyerinde ciddi ve yakın tehlike ortamında çalışmayan alt işveren işçilerini doğrudan bilgilendirmekle yükümlü olmayıp, yalnızca onların işvereni (alt işvereni) bilgilendirmesi yeterlidir⁵⁷. Bu bahisteki son görüş ise, Kanun hükmünden hareketle, işverenin bilgilendirme yükümlülüğünün başka işyerinden gelen çalışanlara karşı değil, bunların işverenlerine karşı olduğunu belirtmektedir⁵⁸.

Kanaatimizce, kanun ve yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, asıl işverenin, alt işveren işçilerini de iş sağlığı ve güvenliğini etkilediği bilinen ya da etkilemesi muhtemel konular hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekir. Burada ciddi ve yakın tehlike ortamında çalışan ya da çalışmayan alt işveren işçisi ayrımı yapılması bizce uygun değildir. Zira, asıl işveren işçileriyle çalışma alanları farklı olsa dahi, ciddi ve yakın tehlike ortamında çalışmayan alt işveren işçileri de çoğu zaman farklı sebeplerle bu ortamlara girebilmektedir. Ayrıca, asıl işverenin kendi işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği risklerini en iyi bilebilecek durumda olan kişi olmasından bahisle, bu bilgilendirmeyi araya alt işvereni sokarak yalnızca ona karşı değil de bizzat alt işveren işçisine karşı yerine getirmesi beklenir. Yine, bilgilendirme yükümlülüğünün eğitim yükümlülüğüne göre daha kolay olması da bu yükümlülüğün alt işveren işçilerine karşı da yerine getirilmesini asıl işveren açısından katlanılabilir kılmaktadır.

Bilgilendirmenin mutlaka yazılı yapılmasının gerekip gerekmediği, bir diğer deyişle sözlü yapılmasının yeterli olup olmadığı hususuna Kanunda değinilmemiştir. Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik⁵⁹ (m. 9) haricinde ilgili yönetmeliklerde de bu hususa değinilmediğinden, bu düzenleme dışında bilgilendirmenin yazılı yapılmasının geçerlilik şartı olmadığı söylenebilir. Ancak, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında verilecek iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bilgilerin yer aldığı belgenin bir örneğinin alt işverene yahut işçiye yazılı olarak imza karşılığında verilmesi özellikle asıl işverenin sorumluluktan kurtulması açısından faydalı

⁵⁴ Nüvit Gerek, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Düşündürdükleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 28, Aralık 2012, s. 17.

⁵⁵ Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 286.

⁵⁶ Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 286-287; İbrahim Aydın, "6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 30, 2013, s. 38-39.

⁵⁷ Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 286; Aydın, Alt İşveren İlişkisi, s. 38; Demircioğlu/Kaplan, İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, s. 75.

⁵⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 911.

⁵⁹ RG. 20.08.2013, Sa. 28741.

olacaktır⁶⁰. İşyerinin iş sağlığı ve güvenliği iç yönergesine bilgilendirme esaslarının yansıtılması ve bu yönergenin alt işverenlere tebliğ edilmesi ya da yapılan sözleşmeye eklenmesi isabetli olacaktır⁶¹.

6331 sayılı Kanun'da dikkat çeken noktalardan biri de eğitim yükümlülüğünde eğitimin tekrarlanması bahsedilmesine rağmen, bilgilendirme yükümlülüğünün tekrarlanması bahsedilmemiştir. Ancak öğretilen haklı olarak ifade edildiği üzere, yapılan işin niteliğinin değiştiği ya da bazı yeni tehlikelerin ortaya çıktığı durumlarda, hem alt işveren işçilerinin hem de işverenlerinin bilgilendirilmesi gerekmektedir⁶².

2. Çalışanların Eğitimi

İşverenin yukarıda bahsettiğimiz bilgilendirme yükümlülüğü ile eğitim yükümlülüğü karıştırılabilmektedir⁶³. Bilgilendirmenin eğitimle ortak yönleri olmasına rağmen, bilgilendirme eğitimden farklı olarak tek taraflı olup, ölçme ve değerlendirme içermez⁶⁴. Eğitimde ise, verilen bilgilerin gerek eğitimin başlangıcında gerekse belirli aralıklarla ölçülüp değerlendirilmesi söz konusudur.

İş sağlığı ve güvenliği açısından eğitim yükümlülüğüne ilişkin uluslararası düzenleme ülkemizin onayladığı ILO'nun 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşmesi m. 5/c ve 19/d'de yer almaktadır. Yine Avrupa Birliği'nin temel düzenlemelerinden biri olan ve kaza ve hastalıkların önlenmesi için risklerin tespiti ve ortadan kaldırılması, işçilerin ve temsilcilerinin katılımının sağlanması, onların bilgilendirilmeleri ve eğitimleri konusunda genel ilke ve yöntemleri belirleyen 89/391 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Çerçeve Direktifinin 12. maddesinde çalışanların eğitimine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Türkiye'nin hem ILO'ya üye olması hem de AB'ye üyelik sürecini başlatmış bulunması, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında benzer düzenlemelere yer vermesini kaçınılmaz hale getirmiştir⁶⁵.

Hukukumuz açısından ise, 6331 sayılı Kanun'un 4. maddesinde işverenlerin genel yükümlülükleri arasında belirtilen eğitim yükümlülüğüne ilişkin özel düzenleme Kanununun 17. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hükümden işverenin işçilerin iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlayacağı düzenlenmiş olup, bu eğitim özellikle; işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi hâlinde veya yeni teknoloji uygulanması hâlinde verilecektir⁶⁶. Verilen bu eğitimler, değişen ve ortaya çıkan yeni

⁶⁰ Alpagut, İSGK'nin Genel Esasları, s. 41; Demircioğlu/Kaplan, İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, s. 75; Caniklioğlu, a.g.e., s. 66; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 280; Öcal Kemal Evren, İş Sağlığı ve Güvenliği El Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 279.

⁶¹ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 281.

⁶² Caniklioğlu, a.g.e., s. 67.

⁶³ Nitekim, Kanunda da bilgi verme yükümlülüğü ile eğitim verme yükümlülüğünün sınırlarının yeterince çizilemediği, ayrıntı ve farkların yönetmeliklerle belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir, Ocak, a.g.e., s. 122, 130.

⁶⁴ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 278.

⁶⁵ İlknur Kalkış/Seçil Demir, "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme", Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 3, Sa. 1, Ocak 2012, s. 24.

⁶⁶ "...işçilerinin çalışacağı alanda risk değerlendirmesi yapmak ve yine çalışanlarını riskler ve buna karşı alınması gereken tedbirler hususunda bilgilendirmekle yükümlü olduğu hususları belirtilmiş, devamla somut olay irdelenerek kazalı işçiye davalı şirket tarafından iş güvenlik eğitimi verildiğine dair bir delil bulunmadığı belirtilmiş, üzere be-

risklere uygun olarak yenilenir, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanacaktır. Söz konusu eğitimin süresi, konuları, belgelendirilmesi ve yöntemine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te⁶⁷ yer verilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, çalışanların eğitimine ilişkin söz konusu düzenleme öncelikle her işverenin kendi işçisine karşı yükümlülüğünü ifade eder.

Alt işveren ilişkisi bakımından eğitim verme yükümlülüğünün kime ait olduğu konusunda ise ilk olarak, bu yükümlülüğün alt işverende olduğu söylenebilir⁶⁸. Zira Kanunun 17. maddesinde, asıl işverenin gerek başka işyerlerinden gelen çalışanlara gerekse alt işveren işçilerine karşı böyle bir yükümlülüğü olduğundan bahsedilmemiştir. Oysa 17. maddenin 6. fıkrasında, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı, çalışanlara gerekli eğitimin verilmesini sağlayacağı açıkça düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin kimin tarafından verileceği açıkça gösterilmesine rağmen, alt işveren işçisinin eğitiminin kimin tarafından verileceğine ilişkin açık bir hükme yer verilmeyişi öğretide eleştirilmiştir⁶⁹.

Geçici iş ilişkisinde işçi, holding veya şirketler grubu bünyesinde ya da benzeri işlerde çalışmak üzere farklı bir işverenin işyerine görevlendirilmekteyken, alt işveren ilişkisinde asıl işin bir bölümünde ya da yardımcı işlerde çalışmaktadır. Her iki iş ilişkisinde de işçilerin kendi işverenleri değişmemekte yalnızca iş görme borcu başka bir işverene karşı yerine getirilmektedir. Yine her iki iş ilişkisinde yapılan işlerin asıl işverenin işine benzerliği arasında da eğitimin geçici iş ilişkisinde asıl işveren tarafından verilmesini haklı gösterecek bir farklılık yoktur. Bu iki ilişkinin ortak yönlerinden belki de en önemlisi, asıl işverene ait işyerinde işin yerine getirilmesidir. Geçici iş ilişkisindeki farklılık yalnızca ilişkinin geçiciliğinden ve belirli iş ya da işletmelerle sınırlandırılmasından kaynaklanmaktadır. Bu şekilde düşünüldüğünde, genellikle alt işveren ilişkisinden daha geçici nitelikte olan bu ilişkide iş sağlığı ve güvenliği eğitimi alınmasının geçici işveren tarafından sağlanacağı düzenlenmişken, alt işveren ilişkisinde açık bir hükme yer verilmemesi kanaatimizce isabetli olmamıştır.

6331 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 5. fıkrasına göre, "*Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılamaz*". Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasında da aynı hükme yer verilmiştir. Söz konusu hükümdeki "başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar" ifadesinin kapsamına alt işveren işçilerinin de gireceğinden daha önce

ton dökülecek inşaatta davalı işverenlikçe öncesinde risk değerlendirmesi yapıldığına dair bir irdelemeye ise hiç bilirkişi tarafından hiç yer verilmemiştir. Halbuki belirtilen bu hususlardan tek başına kazalı işçiye iş güvenlik eğitimi verilmemesi dahi meydana gelen neticeye etkili olup yine risk değerlendirmesi konusundaki davalı işveren eksikliğinin önemi izahtan varestedir bir durumdur. O halde mevcut hali ile 13.05.2015 tarihli kusur raporun hükme esas alınabilecek içerikte olmadığı ortadadır", Yar. 21. HD., T. 21.03.16, E. 2015/17839, K. 2016/4837, (Çevrimiçi), www.sinerjimevzuat.com.tr, 01.05.16; Ayrıca bu eğitimin belgelendirilmesi gerektiği hakkında bir karar için bkz. Yar. 10. HD., T. 09.06.2011, E. 2010/1709, K. 2011/8498, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 01.05.16.

⁶⁷ RG. 15.05.2013, Sa. 28648.

⁶⁸ Aydınli, Alt İşveren İlişkisi, s. 38.

⁶⁹ Aydınli, Başka İşyerlerinden Gelenler, s. 21.

bahsettik. Böylece asıl işverenin, yapacakları işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimleri aldıklarına dair belgeleri bulunmayan alt işveren işçilerini işe başlatmaması öngörülmektedir⁷⁰. Böylece asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı eğitim verme yükümlülüğünden değil, eğitimi denetleme yükümlülüğünden bahsedilebilir. Dikkat edilecek olursa, 6331 sayılı Kanun m. 17/5'te “yeterli eğitim” ifadesi kullanılmıştır. Öğretide bu ifadeden hareketle söz konusu eğitimde ileri derecede bilgi ve talimatların mevcut olmasının aranmayacağı ifade edilmiştir⁷¹. Kanaatimizce de, uzmanlığa dayanan alt işveren ilişkisi düşünüldüğünde, alt işveren işçisinin tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan asıl işveren işyerinde yapılacak işlere özgü iş sağlığı ve güvenliği riskleriyle ilgili yeterli eğitime sahip olmaları gerektiğini kabul etmek gerekmektedir. Zira, söz konusu yasa hükmüyle belirtilmek istenen, alt işveren işçisinin, çalışma ortamlarının aynı ya da yakın olması nedeniyle asıl işverene ait işe ilişkin risklerle karşılaştığında buna karşı nasıl davranacağına ilişkin yeterli bilgi ve eğitime sahip olması olup, yoksa asıl işveren işçisi kadar o işe ilişkin bilgi ve eğitime sahip olması gerekmez.

Alt işveren işçilerinin eğitim alıp almadıklarını kanıtlayan belgenin varlığı konusunda asıl işverene verilen denetleme yükümlülüğü tüm işyerlerine değil, yalnızca tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta⁷² yer alan işyerlerinde yapılacak işlere hasredilmiştir. Bu sınıfta yer alan işyerleri İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'nde⁷³ gösterilmiştir. Tehlike sınıfının belirlenmesinde o işyerinde yapılan asıl iş dikkate alınmaktadır (İSGK m. 9/2). Böylece işyerinde yürütülen yemek, temizlik, güvenlik gibi yardımcı işler bakımından da asıl işin tabii olduğu tehlike sınıfı esas alınacaktır⁷⁴. Asıl işverenin alt işveren işçilerinin eğitim alıp almadıklarına ilişkin denetim yükümlülüğü bakımından işin

⁷⁰ Söz konusu hükmün yerinde olduğu hakkında bkz. Şükran Ertürk, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, Sa. 27, Eylül 2012, s. 21; Söz konusu yükümlülüğün nasıl yetine getirileceğinin, eğitim alındığına dair belgenin kim tarafından düzenleneceğinin ve verileceğinin ve bu eğitim yeterliğinin belirsizlik taşıdığı ifade edilmiştir, Alpagut, İSGK Tasarısı Semineri, s. 38-39; Gülsevil Alpagut, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İşveren Dergisi, C. 50, Sa. 3, Mayıs-Haziran 2012, s. 103.

⁷¹ Seda Arslan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHFHAD, c. 20, Sa. 1 (Özel Sayı), 2014, s. 784.

⁷² “Tehlike sınıfı: İş sağlığı ve güvenliği açısından, yapılan işin özelliği, işin her safhasında kullanılan veya ortaya çıkan maddeler, iş ekipmanı, üretim yöntem ve şekilleri, çalışma ortam ve şartları ile ilgili diğer hususlar dikkate alınarak işyeri için belirlenen tehlike grubunu ifade eder” (İSGK m. 3/1, r).

⁷³ RG. 26.12.2012, Sa. 28509, Son Değ. RG. 20.02.2016, Sa. 29630.

⁷⁴ İşyerindeki asıl işin mahiyeti itibarıyla o işyerinde yapılan işler arasında en tehlikeli olması durumunda bu yaklaşımın isabetli olduğu ifade edilmekle beraber, söz konusu yaklaşımın her zaman doğru sonuç vermeyeceği de söylenmektedir. Örneğin, üniversitelerin ana faaliyet konusu eğitim-öğretim olmakla birlikte, çoğunda değişik konularda üretim yapan birimler bulunmaktadır. Bu birimlerden bazıları tehlikeli sınıfta yer alan işletmelerin yaptığı üretimleri yaparlar. Dolayısıyla, işyerindeki farklı birimlerin üretim konularına göre ayrı ayrı değerlendirilmesinin 6331 sayılı Kanun'un amacı açısından daha uygun olacağı ifade edilmiştir. Gerek, Kanunun Düşündürdükleri, s. 17; Şampuan imalatı gibi kimyasal kullanımının yoğun olduğu bir işyeri ile kuafor ve berber işletmeleri ve yine çağrı merkezi faaliyetlerinin hepsinin aynı kefeye konularak tehlikeli sınıfta değerlendirilmesi de öğretide eleştiri noktası olmuştur. Cem Kılıç/Okan Güray Bülbül, “İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Gelinek Nokta Ve Devam Eden Aksaklıklar”, Çimento İşveren Dergisi, C. 27, Sa. 6, Kasım 2013, s. 19.

tehlikeli olup olmadığı değil, işyerinin tehlike sınıfı dikkate alınmaktadır. Örneğin, plastik poşet ve çöp torbası imalatı yapan ve tehlikeli sınıfta yer alan bir işyerinde, bu torbaların paketlenmesi işini üstlenen alt işveren işçisi işyerindeki sağlık ve güvenlik riskleri konusunda eğitim aldığına dair belge olmadan işe başlatılamayacağı gibi, aynı işyerinde yemek yapan alt işveren işçisinin işe başlaması bakımından da bu belgenin varlığı aranacaktır.

Kanaatimizce, alt işveren işçilerinin eğitim aldıklarına dair denetim bakımından bu işçinin yapacağı işin tehlikesinin değil, asıl işverenin işyerinin tehlike sınıfının esas alınması isabetlidir. Zira, alt işveren işçileri yapmakta oldukları işlerde karşılaşacakları risklerle ilgili zaten iş sağlığı ve güvenliği eğitimi almaktayken, iş görme borcunu yerine getirecekleri asıl işveren işyerinde karşılaşacakları sağlık ve güvenlik risklerini bilemeyeceklerdir. Ayrıca alt işveren işçilerinin bir asıl işveren yanında yapılan iş bittikten sonra başka bir asıl işveren içinde çalışmaya başlayacakları ve tehlike sınıfı değişen bir çalışma ortamı ile karşılaşacakları düşünüldüğünde, tehlikeli ve çok tehlikeli işyerlerinde maruz kalabilecekleri iş sağlığı ve güvenliği riskleriyle ilgili eğitim alınmasının denetiminin asıl işverene ait olması yerindedir.

Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasında, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, alt işverenin çalışanlarının eğitimlerinden, asıl işveren alt işverenle birlikte sorumlu olacağı düzenlenmiştir⁷⁵. Yine 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, Asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur. Ancak 6331 sayılı Kanun'da doğrudan asıl işverene alt işveren işçilerine eğitim verme yükümlülüğüne ilişkin bir hükme yer verilmeyişi, asıl işverenin böyle bir yükümlülüğünün olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Öğretide 4857 sayılı Kanun'daki alt işverenlik ilişkisindeki genel hükmü ve Yönetmelik hükmünü esas alan bir görüş, alt işveren işçisinin asıl işverenin işini yaptığından hareketle asıl işverenin eğitim verme yükümlülüğünü bulunduğunu savunmaktadır⁷⁶. Ancak bu yükümlülük kendi işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini bizzat yürütmek zorunda olan alt işverenin eğitim verme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Diğer görüşe göre ise, asıl işverenin, alt işveren işçileri üzerinde doğrudan emir ve talimat verme yetkisi bulunmadığı için, doğrudan eğitim verme yükümlülüğü de bulunmamaktadır⁷⁷. Bu görüş, Yönetmelikte, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı doğrudan eğitim verme yükümlülüğünden söz edilmediğini, fakat alt işveren işçilerinin eğitiminden asıl işverenin de alt işverenle sorumlu olduğunun öngörüldü-

⁷⁵ Söz konusu düzenlemenin oldukça isabetli olduğu ifade edilmiştir. Zira, uygulamada faaliyet gösteren alt işverenlerin çoğu, düşük maliyetli hizmet sundukları için tercih edilmektedir. Bu nitelikteki işyerlerinin büyük çoğunluğu, iş sağlığı güvenliği hizmetlerini masraf olarak gördüğü gibi, eğitimi de masraf olarak görmektedir. Ancak, iş kazaları ve meslek hastalıklarının çoğu en son örneği, Manisa-Soma'da bulunan kömür madenindeki kazada görüldüğü gibi alt işveren ilişkilerinde meydana gelmektedir, Narter, a.g.e., s. 141.

⁷⁶ Akın, Alt İşverenlik, s. 160.

⁷⁷ Ömer Ekmekçi, "İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları", Mercek Dergisi, Sa. 41, 2006, s. 102; Aynı yönde, Kalkış/Demir, a.g.m., s. 34; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 290, 371; Ömer Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayıncılık, 2005, s. 51.

günü ifade etmektedir. Bir başka görüş ise, asıl işverene yalnızca alt işveren işçilerinin eğitilip eğitilmediğinin kontrolünün yüklendiğini savunmaktadır⁷⁸. Bahsedilen bu son görüş, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işini gördüğünden ve işçilerin çalıştığı mekânda fiziken ve hukuken yetkili olanın asıl işveren olmasından hareketle asıl işverenin bu tür bir sorumluluk altına sokulmasının hakkaniyet gereği olduğunu ifade etmektedir⁷⁹.

Kanaatimizce, söz konusu Kanun ve Yönetmelik hükümleri değerlendirildiğinde, asıl işverenin doğrudan alt işveren işçilerini eğitim yükümlülüğünün olmadığına ilişkin görüşe katılmak daha uygundur. Alt işveren işçilerinin eğitimi konusunda alt işverenin yükümlü olduğunu, ancak asıl işverenin de alt işveren işçilerine bu eğitimin verilip verilmediğini denetleme yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ile çalışanlarda iş sağlığı ve güvenliğine yönelik davranış değişikliği sağlanması ve aktarılan bilgilerin önemini çalışanlarca kavranması amaçlanmaktadır⁸⁰. Asıl işverenin işyerine yabancı alt işverenin kendi işçilerine karşı bu eğitimi verdikten sonra, gerek eğitimin verilip verilmediğini, gerekse eğitimin içeriğini oluşturan bilgilerin alt işveren işçilerince etkin bir şekilde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi görevinin alt işveren yanında asıl işverene ait olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca madem ki Yargıtay kararlarında⁸¹ belirtildiği üzere alt işveren ilişkisinin bulunmadığı hallerde bile işverenin eğitim vermekle yetinmeyeceği, denetim görevini de yerine getireceği kabul ediliyorsa, bir alt işveren işçisinin de tüm çalışma ortamını tehlikeye sokabileceği düşünüldüğünde asıl işverenin bu şekilde bir sınırlı yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek icap eder. Bu bağlamda, asıl işverenlerin alt işverenlerle yapacakları şartnamelere alt işverenlerin kendi işçilerine belirli aralıklarla eğitim vereceklerine ve bu eğitimlerin gerçekleştirip gerçekleştirilmediğinin asıl işverence kontrol edileceğine ilişkin hükümler koymaları maliyet sebebiyle alt işverenlerin bu eğitimlerden kaçınmaları bakımından caydırıcı olacaktır. Öğretide tam aksine, bu şartnamelere alt işveren işçilerinin asıl işveren tarafından düzenlenecek eğitime katılmalarını zorunlu kılan hükümler koymalarının isabetli olacağı belirtilmişse de⁸², kanaatimizce, asıl işverenin yürüttüğü işe yönelik ayrıntılar taşıyan bu eğitimin alt işveren işçileri bakımından faydalı olacağı her zaman söylenemez. Zira, asıl işverenin yürüttüğü işin kendine has bir uzmanlığı bulunmakta ve orada çalış-

⁷⁸ Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 289.

⁷⁹ İbrahim Aydın, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004, s. 180, 190; Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 290.

⁸⁰ Resul Kurt, Herkes İçin İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, Haziran 2015, s. 90.

⁸¹ "İşçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuatı hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesini değil, eylemli olarak, bu bilgilerin aktarımı ve önemini kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir", Yar. HGK., T. 16.06.2004, E. 2004/21-365, K. 2004/369, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 12.04.2016; "Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal öneme sahip bulunan araç ve gereçlerin sigortalılar tarafından kullanılması sağlandığında, kazalanma ihtimalinin tamamen ortadan kaldırılabilmesi de yadsınamaz bir gerçektir", Yar. 10. HD., T. 19.01.2016, E. 2014/20097, K. 2016/217, (Çevrimiçi), www.sinerjimevzuat.com.tr, 01.05.16.

⁸² Akın, Alt İşverenlik, s. 162.

şan işçiler o işi yaptıkları için bu ayrıntıları daha fazla öğrenmeye ihtiyaç duymaktadırlar. Bu nedenle, alt işveren işçilerinin de asıl işveren işçileriyle birlikte asıl işverence verilen eğitime tabi tutulması isabetli değildir. Asıl işverenin denetim yükümlülüğü bulunduğu görüşümüzden hareketle ayrıca belirtmek gerekir ki, asıl işverenlerin eğitimin verilir verilmemesini denetlemelerini çeşitli şekillerde ispat etmeleri de onların kusurlu kabul edilmelerine engel oluşturacaktır.

Yönetmelikte asıl işverenin alt işveren ile birlikte sorumlu olduğuna ilişkin düzenleme, asıl işverenin alt işveren işçilerine eğitim verme yükümlülüğünün bulunduğu şeklinde değil, alt işveren işçisinin eğitim almadan işe başlatıldığı ya da verilen eğitimin yetersiz olduğu durumlarda ve bu yüzden de işçinin kazaya uğradığı ya da hastalığa yakalandığı hallerde alt işveren yanında asıl işverenin de sorumlu tutulmasına imkân veren İK. m. 2'nin tekrarı niteliğinde bir düzenleme olarak yorumlanmalıdır.

3. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Oluşturma

a. Genel Olarak

İş sağlığı ve güvenliği kurulları, iş sağlığı ve güvenliği literatüründeki “Önleme işyerinden başlar” deyişinin uygulamaya geçirilmesine aracılık ederek, işyerinin örgütlenmesinin belki de en önemli unsurunu oluştururlar⁸³. Bilgilendirme ve eğitim yükümlülüğü tek bir işçi çalıştırsalar dahi tüm işverenler için düzenlenmesine rağmen, organizasyon yükümlülüğü içerisinde yer alan kurul kurma yükümlülüğü elli ya da daha fazla işçi çalıştıran işverenler için öngörülmüş nitelikli bir yükümlülüktür⁸⁴.

6331 sayılı Kanun ile birlikte iş sağlığı ve güvenliği kurulları alt işverenleri de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmiştir⁸⁵. 6331 sayılı Kanun'un “İş sağlığı ve güvenliği kurulu”⁸⁶ kenar başlıklı 22. maddesinde, elli ve daha fazla çalışan bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işverenin, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturmakla yükümlü olduğu düzenlenmiş olup, bu kurulların oluşturulması ve işleyişine ilişkin olarak “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik”⁸⁷ çıkarılmıştır.

6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinde, kurul oluşturma yükümlülüğü tüm işyerleri için öngörülmemiş olup, sadece belli koşulları yerine getirecek işyerleri bakımından kurul oluşturmak zorunludur. Bu koşullar; işyerinde elli ve daha fazla çalışan bulunması⁸⁸ ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin⁸⁹

⁸³ Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, s. 65; Kurt, a.g.e., s. 109; Süzek, İSG Yükümlülükleri, s. 513; Serkan Odaman, “Fransa’da Ve Türkiye’de İş Sağlığı Ve Güvenliği Kurullarının Yapıları Ve İşlevleri”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 599.

⁸⁴ Arıcı, İşçi Sağlığı, s. 113.

⁸⁵ Z. Gönül Balkır, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 28, Aralık 2012, s. 25.

⁸⁶ Fransız Hukukunda uzun zamandan beri faaliyet gösteren bu kurulların kanun değişikliği sonrası yeni adı “Le comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)” (Hijyen, Güvenlik ve Çalışma Koşulları Kurulu) olmuştur, Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 313.

⁸⁷ RG. 18.01.2013, Sa. 28532.

⁸⁸ Bu koşulun elli işçi sayısının fazlalığından ötürü kurulların faaliyet alanını daralttığı söylenebilir. Bu nedenle ülkemizde de örneğin, Kanada İş Kanunu’nun 135. maddesinin

yapılmasıdır. 4857 sayılı Kanun'un 80. maddesindeki "sanayiden sayılan işlerin yapılması" koşuluna 6331 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Yani artık yalnızca sınav işyerlerinde değil⁹⁰, sanayiden sayılan işlerin dışındaki işlerin yapıldığı tüm işyerlerinde, adı geçen kurulun oluşturulması söz konusudur⁹¹.

Elli çalışanın aynı işverene ait işyerleri bakımından neye göre hesaplanacağına ilişkin 6331 sayılı Kanun'da hüküm bulunmamaktadır. Ancak konuya Yönetmelikte açıklık getirilerek işverene bağlı, fabrika, müessese, işletme veya işletmeler grubu gibi birden çok işyeri bulunduğu hallerde elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu her bir işyerinde ayrı ayrı kurul kurulacağı düzenlenmiştir (İSGKY. m. 5/1)⁹². Yani elli çalışan sayısı her bir işyeri için ayrı ayrı belirlenecektir⁹³.

de olduğu gibi yirmi ya da daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kurulmasına ilişkin bir düzenleme getirilmesi bu yükümlülüğü daha uygulanabilir kılmamanın yanısıra, küçük işletmelerde de iş sağlığı ve güvenliğinin etkin bir şekilde sağlanmasına hizmet edecektir. Kanada İş Kanunu m. 135/1 (Canada Labour Code art. 135/1), (Çevrimiçi), <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/L-2/20160103/P1TT3xt3.html>, 24.04.2016.

⁸⁹ Buradaki sürekli iş bakımından, 4857 sayılı Kanun'un 10. maddesindeki, niteliği gereği otuz günden fazla süren işlerin sürekli iş kabul edileceğine ilişkin tanımın referans alınmasının isabetli olacağı belirtilmiştir, Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 316; Leyla Kılıç, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2006, s. 72.

⁹⁰ Belirmek gerekir ki, Fransız Hukukundaki "Hijyen, Güvenlik ve Çalışma Koşulları Kurullarının" da en az 50 işçi çalıştıran, gerek sınav gerekse ticari ve zirai işletmelerde kurulması zorunludur, Ayrıntılı bilgi için bkz. Odaman, a.g.m., s. 611.

⁹¹ Tankut Centel, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 8, Sa. 29, Mart 2013, s. 14; Sützek, İş Hukuku, s. 919; Fevzi Demir, "İş Sağlığı Ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHFAD, c. 20, Sa. 1 (Özel Sayı), 2014, s. 687; Alpogut, İSGK'nin Genel Esasları, s. 39; Kılış, a.g.e., s. 113; Sarıbay Öztürk, a.g.e., s. 36; Fatih Yılmaz, "6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu'nda Önleyici Yaklaşım Ve İşverenlerin Yükümlülükleri", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, Sa. 6/C. 25, Sa. 1-2, Mayıs-Ağustos-Kasım 2013, s. 64; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağı'na ilişkin de aynı şekilde, Ömer Ekmekçi, "Anahatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağı", Çimento İşveren Dergisi, C. 22, Sa. 3, 2008, s. 12; Kurulu etkinleştirmeye yönelik bu düzenlemenin isabetli olduğu görüşü için bkz. Ufuk Aydın, "İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarısı Üzerine", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 26, Haziran 2012, s. 16; Bununla birlikte en az elli çalışan koşulunun değiştirilmemesi öğretide eleştirilmiştir. Bahsedilen eleştirinin gerekçesi ise, büyük işyerlerinin daha fazla organize olması, iş kazası ve meslek hastalıklarının çoğunun küçük işyerlerine meydana gelmesi olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle, dünyadaki birçok mevzuatta olduğu gibi küçük işyerlerinin organize sanayi bölgelerinde birleşerek ortak iş sağlığı ve güvenliği kurulları oluşturmasının zorunlu olması gerektiği belirtilmiştir, Sarper Sützek, Genel Görüşme, Çalışma Mevzuatı Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Antalya, 26-30 Eylül 2012, s. 89, Aynı yönde, Sarper Sützek, "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri" Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s. 313; Sützek, İSG Yükümlülükleri, s. 514; Akin, Alt İşverenlik, s. 147; Gaye Burcu Seratlı, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", AÜHFD, Sa. 2, 2004, s. 217-218; Gaye Burcu Seratlı, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", LİSGHD, Sa. 7, 2005, s. 1147-1148; Kılıç, İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama, s. 70.

⁹² Örneğin, bay A'nın kereste fabrikası, tütün fabrikası ve bir de oteli varsa; bu işyerlerinin yasal koşullara sahip olması halinde işçi sağlığı ve iş güvenliği kurulları ayrı ayrı

Kurulun kimlerden oluşacağı Yönetmeliğin 6. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre kurul, işveren veya işveren vekili, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi, bulunması halinde sivil savunma uzmanı, bulunması halinde formen, ustabaşı veya usta, çalışan temsilcisi, işyerinde birden çok çalışan temsilcisi olması halinde baş temsilciden oluşur⁹⁴. Kurul üyelerinin esasen işçilerden oluşmasının görevlerini icra ederken iş akitleriyle karşı karşıya kalmasına sebep olabileceği ve bu durumun çalışma alanlarında gereken cesareti göstermelerini engelleyici bir etken olduğu açıktır. Bu nedenle öğretilerde özel bir düzenleme ile kurul üyelerine iş güvencesi sağlanması gerektiği savunulmaktadır⁹⁵.

b. Alt İşveren İlişkisinde Kurul Oluşturma Yükümlülüğü

i. Genel Olarak

155 sayılı ILO Sözleşmesinin 18. maddesinde iki veya daha fazla işletmenin aynı işyerinde aynı anda faaliyette bulunmaları halinde, söz konusu işletmelerin bu sözleşmenin gereklerini yerine getirmek için işbirliği yapacakları düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, iş sağlığı ve güvenliği kurulu konusundaki alt işveren ilişkisinde de koordinasyonu sağlamaya ilişkin 6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinin uluslararası dayanağı olarak gösterilebilir⁹⁶.

6331 sayılı Kanun'da "başka işyerinden gelen çalışanlar" kavramı yerine "alt işveren" ve "asıl işveren-alt ilişkisi" kavramlarının kullanıldığı tek düzenleme 22. maddedir⁹⁷. Kanımızca böyle bir seçim, kurul kurma yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin ayrıntılı olarak kaleme alınmasına ve söz konusu ilişkide bu yükümlülüğün taraflarının açıkça belirlenememesi endişesini gidermede "başka işyerinden gelen çalışanlar" şeklinde kapsayıcı bir ifadenin yetersiz olacağı düşüncesine dayandırılabilir.

kurulacaktır. Benzer bir örnek için bkz. Abdurrahman Ayhan, "Çalışma Hayatımız Bakımından İşyerlerinde İşçi Sağlığı Ve İş Güvenliği Kurullarının Oluşturulması Ve Önemi", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, Sa. 2 (Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan), s. 7, (Çevrimiçi), <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/727.pdf>, 27.03.2016.

⁹³ Centel, a.g.m., s. 14; Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, s. 67.

⁹⁴ İş sağlığı ve güvenliği mevzuatımızda yer verilmemiş olsa da, Fransız ve Belçika hukukunda olduğu gibi kurulların toplantılarına iş güvenliği müfettişlerinin katılımının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir, Levent Akın, "İş Sağlığı Ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi", AÜHFD, C. 54, Sa. 1, s. 13; Katılımın geniş tutulmasının bu alandaki tüm sorunların saptanarak ortadan kaldırılması amacıyla hizmet ettiği söylenebilir de, bu geniş katılımın karar mekanizmasını zorlayacağı da haklı olarak ifade edilmiştir, Gülsevil Alpagut, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı", İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, 8 Aralık 2007-Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cibali Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 54.

⁹⁵ Süzek, Çözüm Önerileri, s. 313; Akın, Alt İşverenlik, s. 128-129; Akın, İşyerinin Örgütlenmesi, s. 9; Serath, İş Sağlığı ve Güvenliği I, s. 218; Serath, İş Sağlığı ve Güvenliği II, s. 1148.

⁹⁶ Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 290.

⁹⁷ Hatta öyle ki, söz konusu maddede "başka işyerlerinden gelen çalışanların işverenleri" yerine doğrudan alt işveren kavramının kullanılması ile geçici iş ilişkisine tabi olarak çalışan işçilerin bu konuda kapsam dışı bırakılması, öğretilerde eleştirilmiş, burada "en az altı aylığına başka işyerlerinden çalışmaya gelen işçiler" denilerek düzenlemenin daha geniş bir uygulama alanı bulması tavsiye edilmiştir, Aydın, Başka İşyerlerinden Gelenler, s. 22-23.

6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinin ikinci fıkrasında, işyerindeki aynı coğrafi alanı paylaşan asıl işveren ve alt işveren dikkate alınarak, altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde oluşturulacak kurullar bir bütün olarak değerlendirilmiş ve her halükarda birinden birinin ya da her ikisinin birlikte oluşturduğu bir kurul bulunması düzenlenmiştir (İSGKY. m. 4) ⁹⁸. Ancak söz konusu hükme göre, alt işveren faaliyetinin altı aydan kısa sürmesi ve asıl işveren ile alt işverenin çalışanlarının toplamının elliden az olması halinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulmaması mümkündür.

6331 sayılı Kanun'da alt işveren ilişkisinden doğan kurul oluşturma yükümlülüğü yalnızca altı aydan uzun süren alt işveren ilişkilerine hasredilmiştir. Ancak altı ay ölçütünün aranmasının ne kadar isabetli olduğu öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüşe göre, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulması yükümlülüğünün asıl işveren alt işveren ilişkisinin altı aydan az ya da çok sürmesine bağlanmasının haklı gerekçesi bulunmamaktadır⁹⁹. Bu nedenle söz konusu görüşe göre, bu yükümlülüğün, ayırım yapılmaksızın Kanunun koyduğu elli ve daha fazla işçi çalıştırılması sınırlamasına uygun olarak, tüm asıl-alt işveren ilişkilerinde aranması yerinde olurdu. Ancak öğretilerde aksi görüşe göre ise, altı aydan uzun süreli alt işveren ilişkilerinde kurul oluşturma yükümlülüğü getirilmesi, kanunun kendi mantığı ve düzenleme biçimiyle uyumludur¹⁰⁰. Alt işverenin de neticede bir işveren olduğundan Kanunun 22. maddesinin ikinci fıkrasının birinci fıkra ile birlikte ele alınması zorunlu olup altı aydan daha kısa süreyle ortaya çıkacak alt işveren ilişkilerinde kurul oluşturma yükümlülüğünün bulunmayışını olağan karşılamak gerekir¹⁰¹. Öğretilerdeki bir diğer görüş ise, altı aylık sürenin bir yıllık zaman dilimi içerisinde değerlendirilmesinin, bir başka deyişle, bir yıllık süre içerisinde altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmesinin isabetli olacağını belirtmektedir¹⁰².

Kanaatimizce, kurul oluşturma yükümlülüğü genel olarak tüm işverenler için altı aydan fazla süreli işlerin yapıldığı işyerlerinde öngörüldüğünden, alt işveren ilişkisinde de paralel bir düzenlemenin getirilmesi isabetlidir. Ayrıca çok kısa süreli alt işveren ilişkilerinde işverenleri iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmaya zorlamamak için yasal düzenlemede olduğu gibi altı ay ya da sekiz ay gibi bir süre ölçütü getirilmesi uygundur. Zira kısa süreli alt işveren ilişkilerinde özellikle işverenlerin birlikte elli sayısını sağladıkları her alt işveren ilişkisin-

⁹⁸ Centel, a.g.m., s. 14; Düzenlemenin isabetli olduğu görüşü için bkz. Alpogut, İSGK Tasarısı Semineri, s. 34-35; Öğretilerde, asıl işverenin alt işverenin işçilerinin iş kanunlarından doğan haklarından sorumlu olduğuna dair genel sorumluluk hükümleri varken, alt işveren ilişkisinde kurul kurma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı hükümlere gerek olmadığı belirtilmiştir, Şeyda Aytekin, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Dünden Bugüne", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 25, Mart 2012, s. 101; Ancak kanımızca, her ne kadar müteselsil sorumluluğa ilişkin genel bir hüküm varsa da, özellikle asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisi bakımından asıl işverenin yükümlülüklerinin belirlenmesi gerekliliği yadsınamaz.

⁹⁹ Ertürk, İşverene Getirilen Yükümlülükler, s. 23; Sanbay Öztürk, a.g.e., s. 37; Benzer şekilde, Gaye Baycık, "Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülükleri", AÜHFD, C. 60, Sa. 2, 2011, s. 242.

¹⁰⁰ Centel, a.g.m., s. 14.

¹⁰¹ Centel, a.g.m., s. 14.

¹⁰² Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, s. 66; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 316.

de kurul oluşturulmasını beklemek işverenlere fazlaca külfet yükleyecektir. Ayrıca kısa zaman dilimi içerisinde bürokratik işlemlerin tamamlanamaması, kurulun toplanması gibi durumlarda birtakım problemlerle karşılaşılabilmesi ihtimali de kurul kurulmasının en az altı ay süren alt işveren ilişkilerinde ön-görülmesini haklı gösterebilecek niteliktedir.

4857 sayılı Kanun'un mülga 80. maddesinde "sanayiden sayılan, devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran"¹⁰³ işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurulacağı düzenlenmişken, 6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinde en az elli çalışan sayısının devamlı olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Öğretide bir görüş, elli ve daha fazla çalışan sayısının bulunmasının 6331 sayılı Kanun döneminde de devamlı olarak aranacağını savunmaktadır¹⁰⁴. Ancak bu görüş uyarınca, yılın büyük bölümünde elli çalışana bulunan işyerlerinde, dönemsel ya da kısa süreli olarak elli sayısının altına düşülmesi halinde işverenin bu yükümlülüğünün kalkacağından söz edilemez. Böyle bir ihtimalde, muvazaalı işlemlere mahal vermemek adına işin niteliğinden hareketle kurul kurma yükümlülüğünün işin gereği olup olmadığı ve işyerinde sürekli bulunması gereken çalışan sayısının elliden fazla olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer görüşe göre, Kanunda elli çalışan sayısının devamlı nitelik taşıdığı aranmadığından, bu koşulun genel olarak işin ve işyerinin niteliği bakımından elli ve daha fazla çalışan bulunması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır¹⁰⁵. Öğretideki bir başka görüşe göre ise, ihlali halinde idari para cezaları öngörülen bu kanuni düzenlemenin yoruma açık olmasının isabetli değildir¹⁰⁶. Bu görüşü savunan Özdemir, Fransız Hukukundaki gibi örneğin, geriye doğru üç yıl içinde dokuz ay boyunca elli işçi çalıştırıldığı takdirde kurul kurma yükümlülüğünün olduğu şeklinde somut bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu belirtmektedir.

Aynı işverene ait birden fazla işyeri bulunması halinde elli çalışan sayısının her işçi sayısının ayrı ayrı hesaplanacağına ilişkin yönetmelik hükmünden yukarıda bahsetmiştik. Ancak elli çalışanın hesabında alt işveren ilişkisi ve geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin bu sayıya dahil edilip edilmeyeceği konusunda öğretide bir görüş birliği olduğu söylenemez. Öğretide bir görüş, alt işveren işçilerinin ve geçici işçilerin sayıya dahil edilmeyeceğini savunmaktadır¹⁰⁷. Zira alt işverenin işçilerinin çalıştığı asıl işverene ait işyeri alt işverene göre bağımsız ve ayrı bir işyeridir. Bu noktada, gerek alt işveren ilişkisinde gerekse geçici iş ilişkisinde "bağlılık" ölçütünün kabul edilmesi gerektiği ifade

¹⁰³ Benzer şekilde, 4857 sayılı Kanun'un mülga 81. maddesinde de, "işverenler, devamlı olarak en az işçi çalıştırdıkları işyerlerinde" ifadesine yer verilmiştir.

¹⁰⁴ Akin, Alt İşverenlik, s. 133.

¹⁰⁵ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 359; Süzek, İş Hukuku, s. 919; Demircioğlu/Kaplan, a.g.e., s. 94.

¹⁰⁶ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 315.

¹⁰⁷ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, s. 25-26; Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, s. 46-47; Murat Demircioğlu/Hasan Ali Kaplan, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 30, 2013, s. 9; Kılış, a.g.e., s. 114; Murat Demircioğlu, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, İstanbul, 2006, s. 112; Ancak aksi bir kabul için yasada açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu hakkında bkz. Aykaç, Alt İşveren, s. 234.

edilmiştir¹⁰⁸. Diğer görüş ise, işyerinde çalışan işçi sayısının hesabında alt işveren işçilerinin de dikkate alınacağını ileri sürmektedir¹⁰⁹.

Öğretide konuya işçi lehine yaklaşan bir diğer görüş ise, 6331 sayılı Kanun'daki elli işçi sayısına ilişkin düzenlemenin 4857 sayılı Kanun'dakinden farklı olduğunu savunmakta ve kurulun oluşması için gerekli elli sayısının sağlanması için mutlaka işverenin istihdam ettiği kişilerin olmasının gerekmediğini belirtmektedir¹¹⁰. Ancak asıl işverenin işini yürüttüğü işyerinde bulunmayan ve aynı coğrafi alanı paylaşmayan alt işveren işçileri, asıl işveren işçileri ile bir arada değerlendirilmemelidir¹¹¹.

Belirtmek gerekir ki, sanayiden sayılma koşulunun kaldırılması sonucu, bir sanayi işletmesi ile sadece büro personeli istihdam eden kamu kuruluşunun iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurarken aynı sayıya tabi tutulması mümkün hale gelmiştir. Ancak uygulanabilirlik bakımından farklı statülerin dikkate alınmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir¹¹². Kanımızca, aynı eleştiri alt işveren ilişkisinde kurul kurma yükümlülüğü bakımından alt işveren işyeri için de yapılabilir. Alt işverenlerin genellikle teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde çalışmalarından ötürü, onların sanayiden sayılan bir işyerine sahip asıl işverene göre kurul kurma yükümlü tutulma ihtimali daha azdır. Bu nedenle, aşağıda açıklayacağımız üzere ya asıl işverenle birlikte kurul oluşturması ya da asıl işverenin oluşturduğu kurula vekaleten bir temsilci ataması gündeme gelecek, alt işveren işçilerinin asıl işveren işyerinde çalıştığı coğrafi alan için, ayrı kurul kurma yükümlülüğü çoğu zaman kağıt üzerinde kalacaktır.

ii. Asıl İşveren ve Alt İşverenin Ayrı Ayrı Kurul Oluşturması

Hem asıl işveren hem de alt işverene ait işyerindeki çalışan sayısının eliden fazla olması halinde, her iki işverenin de aynı coğrafi alan üzerindeki işyeri için ayrı ayrı iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturması gerekir. İşte asıl işveren ile alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluşturması halinde, faaliyetlerin

¹⁰⁸ Ekmekçi, İşyeri Örgütlenmesi, s. 46-47; Demircioğlu/Kaplan, İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi, s. 9.

¹⁰⁹ Baycık, İnşaat İşvereni, s. 240; Şeref Özcan, "Tersane İşyerlerinde Mevcut Olan İş İlişkileri Bağlamında İş Sağlığı ve Güvenliği", İş Müfettişleri Derneği, 2. Çalışma Yaşamı Kongresi, Nisan 2008, s. 99; Aydın Başbuğ, "İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü", Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Ankara, 2003, s. 77; Aydın Başbuğ, "İşyeri Hekimi İle Hizmet Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu", Kamu-İş, C. 4, Sa. 4, Ocak 1999, s. 130; Öğretide Akyiğit, geçici işçilerin ödünç alanın işyerinde çalıştıkları ve fiilen oradaki risklerle karşı karşıya buldukları, ayrıca eğitimlerinin de ödünç alan işverence sağlanacağından bahisle, bunların ödünç alanın işyerindeki sayıya dahil edilmesinin uygun olacağını ifade etmektedir. Ancak bunun sonucunda, ödünç verenin sayıyı azaltıp kurul kurma yükümlülüğünden kurtulabileceğini belirten yazar, geçici işçilerin her iki işyerindeki sayıya dahil edilmeleri şeklinde bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağını belirtmektedir, Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 377.

¹¹⁰ Akın, Alt İşverenlik, s. 135-137; Akın, İşyerinin Örgütlenmesi, s. 6-7.

¹¹¹ Akın, İşyerinin Örgütlenmesi, s. 7.

¹¹² Alpagut, Tasarı Taslağı, s. 53; Sarıbay Öztürk, a.g.e., s. 36.

yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda gerekli işbirliği ve koordinasyon¹¹³ asıl işverence sağlanacaktır (İSGK m. 22/2, a; İSGKY m. 4/2, a).

Aynı coğrafi alan üzerinde kurulan iki kurulun birbirinden habersiz ve kopuk bir şekilde faaliyet göstermesi ve karar alıp uygulamasını önleyerek, etkin olmalarını sağlama söz konusu düzenlemenin amaçları arasında gösterilmiştir¹¹⁴. Gerekli işbirliği ve koordinasyon görevinin asıl işverene verilmesi ise, coğrafi alan bakımından işyeriyle ilgili sağlık ve güvenlik konularını en iyi bilebilecek durumda olan o olduğu için, yerinde bir düzenleme olmuştur¹¹⁵. Bu noktada asıl işverenin kurullar arasında koordinasyonu sağlama açısından hukuki sorumluluğu karşımıza çıkmaktadır¹¹⁶. Yani, koordinasyonu yerine getirmeyen asıl işverenin, alt işveren işçisinin bu nedenle örneğin, kazaya uğraması ya da hastalanmasından dolayı alt işverenle birlikte sorumluluğu gündeme gelecektir¹¹⁷. Öğretide, asıl işverenin işbirliği ve koordinasyon görevine ilişkin düzenlemeyi İş Kanunu'ndaki birlikte sorumluluğa ilişkin 2. madde ile birlikte değerlendiren bir görüş, asıl işverenin iş güvenliği tedbirleri konusunda alt işvereni yönlendireceği ve alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alıp almadığını takip ederek alınmayan önlemleri bizzat alma sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varmaktadır¹¹⁸.

Yine öğretilde, işyerinde birden fazla kurul oluşturulması halinde, bu kurulların birbiriyle çelişir nitelikte iç yönetmelik uygulaması ihtimali bulunduğundan, tek bir kurul oluşturulmasının ve asıl işverenin bu kurulu kurmakla sorumlu tutulmasının yerinde olacağını ifade edilmiştir¹¹⁹. Ancak kanaatimizce, birden fazla kurul bulunmasında sorun olmayıp, alt işverenin coğrafi alana sonradan katılan ve nispeten yabancı bir işveren olduğu düşünüldüğünde işbirliği ve koordinasyonu sağlama görevinin asıl işverene yüklenmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Kurulların birbiriyle çelişir nitelikte iç yönetmelik uygulaması endişesine karşı da, asıl işverenin işbirliği ve koordinasyon yükümlülüğünün bu farklı iç yönetmelik uygulamalarını önceden kontrol görevini de içerdiği kabul edilmelidir.

Kanundaki şartları taşımayan işyerleri için iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma mecburiyeti olmaksızın bu kurulların oluşturulması her zaman mümkündür. Öğretilde tartışma konusu olan husus ise, kanuni bir yükümlü-

¹¹³ Öğretilde “koordinasyon” yerine “eşgüdüm” gibi Türkçe bir kelimenin kullanılmasının kanun yapma tekniğine daha uygun olacağı ifade edilmiştir, Murat Engin, “İş Sağlığı Ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağına Göre İstihdamında Zorunluluk Bulunan Personelin Hukuki Durumu”, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, 8 Aralık 2007, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cibali Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 97.

¹¹⁴ Centel, a.g.m., s. 15; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 323, 367; Erol Akı, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri”, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı (M. Polat Soyer’e Armağan), 2013, s. 16.

¹¹⁵ Centel, a.g.m., s. 15; Aynı yönde, Sarıbay Öztürk, a.g.e., s. 37.

¹¹⁶ Aydın, Alt İşveren İlişkisi, s. 39; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 323; Ancak öğretilde, kanuni düzenlemede sadece bir alt işveren olması halinde ele alındığı, birden çok işveren olması halinde durumun ne olacağı hakkında bir düzenleme eksikliği bulunduğu belirtilmiştir, Aydın Başbuğ, İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara, Şeker İş Yayınları, 2013, s. 86 vd.

¹¹⁷ Aydın, Alt İşveren İlişkisi, s. 39.

¹¹⁸ Engin, a.g.e., s. 98.

¹¹⁹ Başbuğ, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 88.

lük olmamasına rağmen iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturan işverenin bu kurulu dilediği zaman kaldırma keyfiyetinin bulunup bulunmadığıdır. Denilebilir ki, işveren yükümlü olmadığı halde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmuşsa bu kurul yasadaki yetkilerini kullanabileceği gibi, bu durum “işyeri uygulaması” olarak kabul edilebiliyorsa işveren tek taraflı iradesi ile bu kurulu ortadan kaldıramayacaktır¹²⁰.

iii. Sadece Asıl İşverence Kurul Oluşturulması

Asıl işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulmuş ise, kurul oluşturma yükümlülüğü bulunmayan alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atayacaktır (İSGK. m. 22/2, b; İSGKY. m. 4/2, b). Öğretide, asıl işveren tarafından kurul oluşturulduğu takdirde, vekâleten temsilci atanmasına gerek olmadığını belirten bir görüş, söz konusu temsilcinin neyin koordinasyonunu sağlayacağını belirsiz olduğunu ifade etmektedir¹²¹. Zira bu görüşe göre, iki kurulun bulunmadığı bir yerde koordinasyondan söz etmemek gerekir. Alt işveren işçilerinin korunması düşüncesinden hareket eden aksi görüşe göre ise, asıl işveren işçileri ile aynı coğrafi alanı paylaşan alt işveren işçilerinin korunması ancak asıl işverenin karar ve uygulamaları ile sağlanabilir¹²². Gerektiğinde bu kararların uygulanması sürecinde alt işveren işçilerinin isteklerini asıl işverene iletebilmesi adına alt işverenin temsilcisinin kurulda bulunması yerinde bir düzenlemedir. Özel bir hastanenin güvenlik hizmetinin kurul oluşturmaya gerek olmayan alt işverene verilmesi örneğinde, günümüzde sağlık çalışanlarına yönelik saldırılarda güvenlik görevlilerinin de hayatı tehlikeye girmektedir. Bu konuda güvenlik görevlilerinin hastane ortamındaki güvenliklerinin sağlanması da iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bir sorun teşkil edebilecektir. Bu noktada, alt işverenin temsilci aracılığıyla hastane yönetimine örneğin, güvenlik görevlilerinin korunmasına yönelik bir oda ya da bariyer sağlanması hakkındaki görüş ve önerilerini iletmesi mümkündür¹²³.

Alt işveren işçilerinin çalıştığı coğrafi alanın her zaman asıl işveren işçilerinkinden bağımsız olduğu ve onları etkilemeyeceği söylenemez. Bu nedenle, kanaatimizce, iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürecek durumlardan ve bunları gidermeye yönelik tedbirlerden haberdar olması adına alt işverenin kurula temsilcisini göndermesi faydalı olacaktır. Örneğin, bir tıp laboratuvarında temizlik işini üstlenen alt işveren işçilerinin kullandığı temizlik malzemesinin, laboratuvarın kullandığı yeni test tüplerine zarar verebilecek nitelikte olduğu tespit edilmişse, bu durumun giderilmesi yönünde kurulda karar alınmış ve alt işverene temsilcisi aracılığıyla iletilmiş olabilir. Böylece iş sağlığı ve güvenliği süreci hızlanacağı gibi, alt işverenin asıl işveren işyerindeki değişikliklere ve sonradan ortaya çıkan risk faktörlerine karşı yeni bir sistem kurması da kolaylaşır.

¹²⁰ Demircioğlu/Kaplan, İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, s. 95; Demircioğlu/Kaplan, İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi, s. 10.

¹²¹ Centel, a.g.m., s. 15; Öğretide, bu temsilcinin yetkisinin ne olduğu ve kurulun diğer üyeleriyle eşit söz hakkı bulunup bulunmadığının belirsiz olduğu, yalnızca izleyici olarak toplantıya katılması söz konusu olduğu takdirde herhangi bir etkinliğinin olmayacağı ifade edilmiştir, Gerek, Kanunun Düşündürdükleri, s. 18.

¹²² Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 324.

¹²³ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 324, 368.

Kanundaki “vekaleten yetkili bir temsilci atar” ifadesinden hareketle burada akıllara şu soru takılabilir: Acaba alt işverenin temsilci ataması isteğe mi bağlıdır, ya da bu temsilcinin her toplantıya katılması zorunlu mudur? Kanımızca, koordinasyon sağlanması sebebiyle iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin öngörülen bu düzenleme emredici olup, alt işverenin temsilci atamasının zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde, yani temsilci atanmamışsa, burada artık asıl işverenle alt işveren sorumluluğu paylaşmayacak, temsilci atamaktan kaçınan alt işveren kişisel kusuru nedeniyle bu duruma tek başına katlanacaktır. Ancak alt işveren temsilcisinin her toplantıya katılması bizce gereklidir. Bir başka deyişle, alt işverenin, temsilcisinin toplantıya katılmamasını isteme hakkı yoktur. Örneğin, kurulun gündemi alt işveren temsilcisinin katılmasını gerçekten gereksiz kılrsa dahi temsilcinin toplantıya katılması gerekir. Zira, yine örnek vermek gerekirse, işyerinin güvenliğinin sağlanması ilgili bir tehlikeye ilişkin kurul gündeminin, paketleme bölümünde çalışan alt işveren işçilerini de etkileyeceği belirginken, alt işveren işçilerinin çalıştıkları coğrafi alan dışında, üretilen malların saklandığı depodaki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bir tehlikenin alt işveren işçilerini etkilemeyeceği de kesin bir şekilde söylenemez.

Ayrıca, kurulun önceden belirlenmiş gündeme göre çalışması ve toplantının gündemi, yeri, günü ve saatinin toplantıdan en az kırksekiz saat önce kurul üyelerine bildirilmesi esassa da (İSGKY. m. 9/1, b) kurul üyeleri gündemde değişiklik isteyebileceklerdir. Bu nedenle de kurul gündeminin alt işveren işçilerini ilgilendirmeyeceği savı her zaman geçerli olmayacaktır. Ayrıca alt işveren temsilcisinin katılmasını kurul gündeminin gereksiz olup olmadığına ilişkin değerlendirmeye tabi tutmak, bu konudaki kararı kimin vereceğine ilişkin uygulamada birtakım sorunları da beraberinde getirecektir. Kurul gündeminin alt işveren işçileriyle ilgili olmadığı ya da ilgi derecesinin daha düşük olduğu durumlarda bile, alt işveren temsilcisinin görüş ve öneriyle kurula katkı sağlayabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, alt işverenin temsilci atamasına ilişkin düzenlemeyi kurul gündemine bağlı olmayan emredici bir düzenleme kabul etmek isabetli olacaktır.

Alt işverenin sadece kurula temsilci göndermekle sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı sorusuna menfi cevap vermek gerekir. Zira kurul kararlarıyla bağlılık hem asıl işveren hem de alt işveren açısından geçerli olup, alt işverenin kararlara uyma yükümlülüğünden, asıl işverenin ise kararın uygulanmasını sağlama ve denetimini yapma yükümlülüğünden söz edilir¹²⁴. Sonuç olarak, yönetmelikte yer alan “Kurulca işyerinde ilân edilen kararlar işverenleri ve çalışanları bağlar” hükmünün de bu şekilde yorumlanması gerekir (İSGKY. m. 9/2) ¹²⁵. Ancak bahsettiğimiz bu son hüküm, akıllara alt işverenin, asıl işveren tarafından oluşturulan kurul kararlarına itiraz etmesinin mümkün olup olmadığını sorunu getirmektedir. Kanaatimizce, hükümdeki “bağlar” ifadesi “uygulanır” olarak anlaşılmalıdır. Böylece alt işveren kurul kararlarını uygulayacaksa da itiraz etme hakkının da var olduğu kabul edilmelidir. Zira, bazı durumlarda, alt işverenin uygulaması istenen kurul kararları, o kararın alındığı sırada var olmayan ancak daha sonradan ortaya çıkan ya da etkileri öngörü-

¹²⁴ Gaye Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 3-4, 2013, s. 115; Aynı yönde, Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 322.

¹²⁵ Zira söz konusu kurullar danışman kurul olmayıp, yaptırım gücüyle donatılmış, bağlayıcı karar veren kurullardır, Süzek, İş Hukuku, s. 922.

lemeyen konulara ilişkin olabilir. Bu nedenle, alt işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin haklı bir sebebe dayandığı hallerde itiraz etme hakkının saklı olduğunu kabul etmek uygun olacaktır.

iv. Sadece Alt İşverence Kurul Oluşturulması

6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinin 2. fıkrasına göre, "İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar". Söz konusu hüküm uyarınca, yalnızca alt işverenin kurul oluşturma yükümlülüğü bulunmaktaysa, asıl işveren işbirliği ve koordinasyonu sağlamak üzere temsilci atayacaktır. Ancak yukarıda "sadece asıl işverence kurul oluşturulması" başlığı altında temsilci atanmasına ilişkin düzenlemeyi eleştirenler, aynı eleştirileri bu hüküm için de ileri sürmüşlerdir¹²⁶. Buna karşılık, kanaatimiz, kurula temsilci gönderilmesinin isabetli olduğuna ilişkin olup, tekrara girmemek adına yukarıdaki başlık altında belirttiğimiz görüşlerimizin bu hüküm açısından da geçerli olabileceğini belirtmekle yetiniyoruz.

v. Asıl İşveren ve Alt İşverenin Birlikte Kurul Oluşturulması

6331 sayılı Kanun'un 22. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, kurul oluşturulması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyon asıl işverence sağlanmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren birlikte kurul oluşturacaktır. Söz konusu düzenleme ile asıl işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla olmasına rağmen, işi alt işverenlere devretme suretiyle çalışan sayısını elliden az tutarak bir takım yükümlülüklerden kurtulmaları engellenmiştir¹²⁷. Çalışan sayısının elliden az olduğu işyerlerinde ve alt işverence yapılan işlerde iş kazalarının fazla yaşanması nedeniyle, birlikte kurul oluşturma zorunluluğunun getirilmesinin olumlu bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir¹²⁸.

Ancak bahsi geçen yasal düzenleme bir kısım yazarlar tarafından öğretilde eleştirilmiştir. Şöyle ki, bu düzenlemenin ne işyeri temelinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturulması (m. 22/1) ne de taşeron çalışanlarının işyerinin asıl işveren işyeri olmaması esasıyla bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Zira, bu düzenleme kanun koyucunun salt aynı coğrafi alan üzerinde faaliyet gösterilmesi olgusuna bakarak, bir yerdeki toplam çalışan sayısını esas almaktadır. Bunun da iş hukukunun esaslarına uygun olmadığı ifade edilmiştir¹²⁹.

¹²⁶ Centel, a.g.m., s. 15; Düzenlemenin isabetli olduğu görüşünde, Akı, a.g.m., s. 17.

¹²⁷ Kılış, a.g.e., s. 115; Akın, Alt İşverenlik, s. 138-139.

¹²⁸ Alpagut, İSGK'nin Genel Esasları, s. 40; Kılış, a.g.e., s. 115; Ancak örneğin, alt işverenin işyerinde 48 çalışanı varken, asıl işverenin 2-3 çalışanın olduğu bir ihtimalde; iş sağlığı ve güvenliği kurulu birlikte oluşturulmuş olsa dahi bu kurulun mali yükünün kimde olacağı, koordinasyonun nasıl sağlanacağına ilişkin sorunların çözümünde belirsizliklerin hükümde mevcut olduğu ifade edilmiştir, Akı, a.g.m., s. 17.

¹²⁹ Centel, alt işveren çalışanlarının işyerinin gerçek anlamdaki alt işveren uygulamaları bakımından, hukuken asıl işverenin işyeri olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, asıl işverenin işyeri için yapılmış toplu iş sözleşmesinden alt işveren işçisinin yararlanmaması esas kabul edilmekteyken, belirtilen esastan ayrılmayı gerektiren hukuken haklı bir sebep yoktur, Centel, a.g.m., s. 16, Aynı yönde, Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 325.

Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, iş sağlığı ve güvenliği gereklerinin yerine getirilmesi çalışan sayısının toplanması ile olmaz¹³⁰. Bahsi geçen görüşe göre, alt işveren ilişkisinde gerçekten etkin bir şekilde sağlık ve güvenliğin sağlanması, iki işverenin ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden birlikte yararlanması ile olur. Diğer türlü, her iki işverenin birlikte kurul oluşturması halinde işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanını kimin istihdam edeceği sorun teşkil edecektir.

Kanaatimizce, söz konusu düzenlemenin elliden az işçi çalıştıran işyerleri için olumlu bir düzenleme olduğu söylenebilirse de, bu yükümlülüğün belirli bir alandaki işçi sayısının toplanması yoluyla gerçekleştirilmesi beklenemez. Ayrıca tıpkı engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünde olduğu gibi işverenler, birlikte elli sayısını gerçekleştiremeyecekleri bir çalışma alanı oluşturup söz konusu yükümlülükten yine kaçma imkânına sahiptirler.

Belirtmek gerekir ki, bu kurula seçilecek ya da atanacak kişilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli eğitimi almamış olmaları ihtimaline karşı Kanun, alt işveren ilişkisinde ortak kurul oluşturulması halinde, eğitimden her iki işverenin birlikte sorumlu olacağını düzenlemiştir (İSGKY. m. 7/2). Söz konusu eğitimin içeriği yönetmelikte ayrıntılı olarak belirtilmiştir (İSGKY. m. 7/1).

4. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Koordinasyonunu Sağlama

Yukarıda bahsettiğimiz 155 sayılı ILO Sözleşmesinin 18. maddesinde yer alan, birden fazla işverenin aynı işyerini paylaşması halindeki koordinasyon yükümlülüğü, 6331 sayılı Kanun'un 23. maddesinin de uluslararası dayanağını teşkil etmektedir. 6331 sayılı Kanun'un "iş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonu" başlığını taşıyan 23. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda işverenler; iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında iş birliği yapar, yapılan işin yapısı göz önüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulması çalışmalarını koordinasyon içinde yapar, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini bu riskler konusunda bilgilendirir*". Söz konusu hükümde aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşmasının yaratabileceği koordinasyon problemleri göz önüne alınarak, iş hijyeni ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında bu işverenlerin işbirliği yapmaları ve mesleki risklerin önlenmesi ile bu risklerden korunulmasına ilişkin olarak birbirlerini bilgilendirmeleri düzenlenmiştir.

Bu koordinasyon yükümlülüğü üzerinde yeterince durulmamişsa da, bunun bir anlamda bilgi ve tecrübe paylaşımı sağlayarak ve tedbirlerin alınmasında katkısı olacağı belirtilmiştir¹³¹. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nın 18. maddesinde de benzer şekilde yer verilen bu hüküm, alt işveren ile asıl işveren arasındaki ilişkide söz konusu olabileceği gibi, müteahhit ile alt işveren veya müteahhit ile asıl işveren bulunması durumunda da söz konusu

¹³⁰ Ekmekçi, İSG Uygulamaları, s. 63.

¹³¹ Alpogut, İSGK'nin Genel Esasları, s. 43; Arıcı, İşçi Sağlığı, s. 149; Tasarı Taslağı'nın 10. maddesinde yer alan benzer düzenleme için aynı görüşte, Alpogut, Tasarı Taslağı, s. 46, Kemal Özdemir, "Uygulama Açısından İş Sağlığı Ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı", İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu 8 Aralık 2007, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cibali Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 105.

olabilecektir¹³². Belirtmek gerekir ki, iki ya da daha fazla işverenin aynı işyerinde faaliyet göstermesi durumunda iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmek için işbirliği içerisinde olacaklarına ve birbirlerini bilgilendireceklerine dair hüküm İngiliz Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetimi Kanunu'nun (The Management of Health and Safety at Work Regulations 1999) 11. maddesinde yer almaktadır¹³³.

6331 sayılı Kanun'un 23. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen koordinasyon yükümlülüğünün kimin önderliğinde yürütüleceğinin belirtilmemesi noktasında bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Bu nedenle öğretilerde, söz konusu hükmü her işvereni yükümlülük altına sokacak şekilde yorumlamanın uygun olduğu ifade edilmiştir¹³⁴. Yani, söz konusu hükümdeki koordinasyon yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle bir sorumluluk doğduğunda her işveren, koordinasyon yükümlülüğünü yerine getirdiğine ilişkin girişimlerini ispatla mükelleftir¹³⁵.

Kanunun 23. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, “*Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki koordinasyon yönetim tarafından sağlanır. Yönetim, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirir*”.

Her ne kadar 23. maddenin iki fıkrasında da doğrudan alt işveren kavramı kullanılmamışsa da, alt işverenlerin çalıştığı yerlerin de ayrı işyeri sayıldığından bahisle alt işveren ilişkileri bakımından da, bu düzenlemenin kıyasen uygulanabileceği öğretilerde ifade edilmiştir¹³⁶. Biz de, söz konusu düzenlemenin bir alt işverenin gerek asıl işverenle arasındaki ilişki bakımından gerekse, aynı çalışma ortamını paylaşan farklı alt işverenlerle olan ilişkisi bakımından uygulanabileceği kanaatindeyiz. Böylece aynı ya da yakın çalışma ortamını paylaşan birden fazla alt işverenin söz konusu olduğu hallerde, bu alt işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda işbirliği yapmaları, riskler konusunda birbirlerini bilgilendirmeleri gerekmektedir. Ancak bu alt işverenlerin çalıştığı coğrafi alan, hükümde sayılan iş merkezi, iş hanı, sanayi bölgeleri ya da siteleri gibi yerlerde ise, han, site ya da iş merkezi yönetiminin koordinasyonu sağlaması¹³⁷

¹³² Alpagut, İşveren Dergisi, s. 103.

¹³³ (Çevrimiçi), <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/3242/regulation/11/made>, 27.03.2016.

¹³⁴ Levent Akin, “İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHFHAD, c. 20, Sa. 1 (Özel Sayı), 2014, s. 672.

¹³⁵ Akin, İSGK'nin İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi, s. 672.

¹³⁶ Alpagut, İSGK'nin Genel Esasları, s. 43; Alpagut, İSGK Tasarısı Semineri, s. 40; Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 293; Aydın, Alt İşveren İlişkisi, s. 40; Aydın, Başka İşyerlerinden Gelenler, s. 22; Sarıbay Öztürk, a.g.e., s. 47; Kanun koyucu, 6331 sayılı Kanun'da kural olarak her iki işverene ait işyerinin ayrı olduğunu ve buna göre yükümlülüklerin belirlenmesini kabul etmekte, ancak işverenlerce aynı mekanın paylaşılması halinde, aynı mekanı kullanan işverenler arasında iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından istisnai durumlarda paylaşılan mekanın tek bir işyeri gibi kabul edilmesini istemektedir, Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 297.

¹³⁷ Ancak hükümde yer alan koordinasyonun hangi konuları kapsadığının ve sınırının ne olduğunun tam olarak belirli olmadığı haklı olarak ifade edilmiştir, Aydın, Başka İşyerlerinden Gelenler, s. 22. Kanaatimizce, söz konusu koordinasyon sağlama yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenliği konularında han, site ya da iş merkezindeki işyerlerini pay-

ve bu işverenleri bilgilendirmesi gerekmektedir. Öğretide isabetli olarak belirtildiği gibi, yönetime verilen bu yetki, bu yapı içerisinde bulunan işverenlerin münferit yükümlülüklerini hafifletmeyecek ya da ortadan kaldırmayacak olup, zarar görenler karşısında işverenin yönetimden uyarı almadığını ileri sürmesi onu sorumluluktan kurtarmayacaktır¹³⁸.

Öğretide, yönetimin, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyaracağına ve bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildireceğine ilişkin düzenlemenin gerçekçi bir düzenleme olmadığı belirtilmiştir¹³⁹. Bu görüşe göre, yönetimler aıdat toplama konusunda bile sıkıntı çekerken, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki uyarılarına derhal uyulmasını beklemek pek de realist bir yaklaşım değildir. Kanaatimizce, özellikle iş hanları ve iş merkezlerinin çeşitli büyüklükte ve farklı alanlarda faaliyet gösteren işyerlerini barındırması ve bu işyerlerinin coğrafi olarak birbirini etkileyecek uzaklıkta bulunmalarından ötürü iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikeler konusunda işverenlerin yönetimin uyarısını daha fazla dikkate almaları gerekmektedir. Ancak aıdat toplamaya ilişkin sorunlarla ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin uyarıların aynı kefeye koyulmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu noktada Bakanlığın oluşturacağı şikâyet üzerine denetim ve yaptırım mekanizması ile söz konusu sorunun aşılabileceğine ilişkin ümidimizi korumaktayız.

İş sağlığı ve güvenliğinde birden fazla işverenin bulunduğu bir çalışma ortamında koordinasyona işaret eden bir başka düzenleme ise 22. maddenin son fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, “*Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir*”. Her ne kadar alt işveren ilişkisinde birden fazla kurul oluşturulduğu takdirde koordinasyonun asıl işverence sağlanacağı düzenlenmişse de (İSGK. m. 22/2, a), m. 22/son düzenlemesi ile de aynı çalışma ortamında birden fazla alt işveren ya da müteahhidin kurul oluşturduğu durumlarda, bunların birbirlerini etkileyecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendireceği hüküm alınmıştır. Dolayısıyla, m. 22/son düzenlemesi yalnızca asıl işveren-alt işveren ilişkisinde değil, kurul kuran alt işverenler ve hatta müteahhitler arasındaki ilişkide de uygulanacaktır¹⁴⁰.

Ayrıca Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin işverenin yükümlülüklerini düzenleyen 5. maddesinde, yapı işlerinde alt işveren ile asıl işveren arasındaki iş sağlığı ve güvenliği koordinasyonun sağlanmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; asıl işveren, alt işverenler ve kendi nam ve hesabına çalışanlar arasındaki işbirliğini sağlamakla yükümlüdür. Yönetmeliğin 8. maddesine göre ise, aynı yapı alanında birden fazla işveren veya alt işverenin bulunması durumunda, işveren veya proje sorumlusu, sağlık ve güvenlik konularında bir veya daha fazla sağlık ve güvenlik koordinatörü görevlendirir. Bu sağlık ve güvenlik koordinatörleri aynı yapı alanında, işe sonradan katılanlarda dâhil olmak üzere, işveren veya alt işverenler arasında organizas-

laşan işverenlerden birini ya da birkaçını ilgilendiren ancak ileride diğerlerine de sırayet edebilecek iş sağlığı ve güvenliği risklerine ilişkin olabileceği gibi, tüm işverenleri ilgilendiren risklere karşı da olabilir.

¹³⁸ Akın, İSGK'nin İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi, s. 672.

¹³⁹ Gerek, Kanunun Düşündürdükleri, s. 18.

¹⁴⁰ Akın, İSGK'nin İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi, s. 671-672.

yonu sağlar, iş kazaları ve meslek hastalıklarından çalışanları korumak üzere işverenlerce yapılan çalışmalarını koordine eder, Kanununun 23. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen işverenler arası bilgi alış verişinin sağlanmasına katkıda bulunur (YİİSGY. m. 11/1, ç).

5. Risk Değerlendirmesinde Koordinasyonu Sağlama

Türkiye'nin onaylamış olduğu ILO'nun 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşmesinin "görevler" başlıklı 5/a maddesinin ilk fıkrasında, "*Her işverenin istihdam ettiği işçilerin sağlık ve güvenliği için sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla ve işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda katılımının gerekliliği göz önüne alınarak, iş sağlığı hizmetleri, işletmedeki iş risklerine uygun ve yeterli olacak şekilde aşağıdaki görevleri kapsayacaktır*" düzenlemesine yer verilmiş, devamında ise, "*İşyerlerinde sağlığa zararlı risklerin tanımlanması ve değerlendirilmesi*" ilk sırada sayılmıştır. Yine 89/391 sayılı Yönergenin 9. maddesinin birinci fıkrasında risk değerlendirmesinin koşulları ve kapsamına genişçe yer verilmiştir. Ülkemizde de 6331 sayılı Kanun ile birlikte ilk kez risk değerlendirmesi yükümlülüğü bahsettiğimiz yönergelere paralel olarak hükme bağlanmıştır.

6331 sayılı Kanun'da yapılan tanıma göre risk değerlendirmesi, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmaları ifade eder (İSGK. m. 2/2, ö) ¹⁴¹. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin ¹⁴² 4. maddesinde de benzer bir tanıma yer verilmiştir. Kanun'un 10. maddesinde, her işverenin, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Alt işveren ilişkisinde risk değerlendirmesi ise İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin "Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde risk değerlendirmesi" başlıklı 15. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, bir işyerinde bir veya daha fazla alt işveren bulunması halinde; her alt işveren yürüttükleri işlerle ilgili olarak, bu Yönetmelik hükümleri uyarınca gerekli risk değerlendirmesi çalışmalarını yapacak veya yaptıracaktır. Risk değerlendirmesi çalışmalarını yapacak ya da yaptıracak ¹⁴³ alt işverenlerin bu çalışmaları yaparken asıl işverenin sorumluluk alanları ile ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanacaktır (İSGRDY. m. 15/1, a-b). Bu noktada, asıl işverene alt işverenlerce yürütülen risk değerlendirmesi çalışmalarını denetleme ve bu konudaki çalışmaları koordine etme yükümlülüğü yüklenmiştir (İSGRDY. m. 15/1, c) ¹⁴⁴. Asıl işverene risk değerlendirmesinde bu şekilde koordinasyon yükümlülüğü getirilmesinin sebebi, alt

¹⁴¹ Söz konusu kavramın hukuk sistemimize dahil edilmesinin önemi hakkında bkz. Alpagut, İşveren Dergisi, s. 101.

¹⁴² RG. 29.12.2012, Sa. 28512.

¹⁴³ Yönetmelikteki "yaptırır" ifadesinin bilinçli bir tercih mi olduğu, bir başka deyişle dışarıdan bu konuda hizmet alımına izin mi verildiği açık değildir, Alpagut, İSGK'nin Genel Esasları, s. 35.

¹⁴⁴ Bu konudaki örnekler için bkz. Teoman Akpınar/Baki Yiğit Çakmakkaya, "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenlerin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sa. 40, 2014, s. 290.

işverenlerden birinin risk değerlendirmesi yapmadığı için tehlikelerin farkında olmamasının tüm çalışanları tehlikeye atabilmesi ihtimalidir.

Ayrıca Yönetmeliğe göre, alt işverenler hazırladıkları risk değerlendirmesinin bir nüshasını asıl işverene verecek olup, asıl işveren; bu risk değerlendirmesi çalışmalarını kendi çalışmasıyla bütünleştirerek, risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izleyecek, denetleyecek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlayacaktır (İSGRDY. m. 15/2). Asıl işverenin hukuki sorumluluğu, bu yükümlülüklerini yerine getirmediğinden dolayı alt işveren işçilerinin iş kazasına uğramış ya da meslek hastalığına maruz kalmış olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, asıl işveren risk değerlendirmesine ilişkin yönetmelikle getirilen yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, alt işveren işçilerinin gördüğü zararlardan kusuru oranında sorumlu tutulacaktır¹⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, Yönetmeliğin 15. maddesindeki işyeri kavramı 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesindekinden farklıdır. 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime denir. Yine aynı hükme göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. Yani işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür (İK. m. 2/3). Görüldüğü üzere, 4857 sayılı Kanun'daki işyeri tanımları geniş kapsamlı olup, özellikle ortak bir mekânı şart koşmamaktadır. Bu nedenle, işverenin iş organizasyonu kapsamında olmakla birlikte, kapalı bir mekânda bulunmayan, nakliye ya da servis işini yürüten alt işveren işçileri gibi dışarıda görev yapan kişiler de işyerinde çalışıyor kabul edilmektedir¹⁴⁶.

Ancak risk değerlendirmesinde koordinasyonun sağlanmasına ilişkin Yönetmeliğin 15. maddesindeki düzenleme, aynı ortamı paylaşan ve yarattıkları riskler birbirlerini etkileyebilecek nitelikteki alt işveren ilişkileri bakımından uygulanabilir nitelikte olduğundan, söz konusu düzenleme ile geniş kapsamlı işyeri tanımından burada ayrılma görmekteyiz. Aslında risk değerlendirmesi açısından "işyeri" kavramının daha dar anlamda kullanılması isabetlidir. Zira, örneğin, servis ya da nakliye işini yürüten alt işverenin bulunduğu durumlarda, asıl işverenin alt işverenle ortak risk değerlendirmesi çalışmasını yapması pek de mümkün değildir¹⁴⁷. Bu nedenle Yönetmelik'teki söz konusu düzenlemeyi, aynı ortak alanı paylaşan asıl ve alt işverenlerin olduğu durumlarda geçerli bir düzenleme olarak değerlendirebiliriz.

Yönetmeliğin 15. maddesinin 2. fıkrasındaki, "Asıl işveren; bu risk değerlendirmesi çalışmalarını kendi çalışmasıyla bütünleştirerek, risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar" düzenlemesi de öğretilde haklı olarak eleştiri konusu olmuştur. Zira, bu düzenleme ile asıl işveren adeta alt işverenin risk değerlendirme sürecine dahil edilmekte olup, bunun da alt işveren ilişkisini uzmanlığa bağlayan sistem ile

¹⁴⁵ Aydın, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 294.

¹⁴⁶ Levent Akın, "Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 25, Mart 2012, s. 42-43.

¹⁴⁷ Akın, Risk Değerlendirme Yönetmeliği, s. 43; Akın, Alt İşverenlik, s. 126.

bağdaştırılması mümkün değildir¹⁴⁸. Yine risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığının izlenmesi ve denetlenmesi ile uygunsuzlukların giderilmesini sağlamak, ucu açık, belirsiz ve hukuk güvenliğini ortadan kaldıracabilecek nitelikte yükümlülüklerdir¹⁴⁹.

Alt işverenin risk değerlendirmesi süreci, asıl işverenin uzman olmadığı bir süreci ifade etmektedir. Bu bağlamda, asıl işverenin sürece müdahalesi, alt işverenin hangi aleti kullandığı, hangi koruyucu donanımı tercih edeceği şeklinde değil de, yalnızca ortam kullanım alanları ile ilgili olabilir. Asıl işverenden, alt işverenin yapacağı işlerin bizzat başında durarak tüm süreci denetlemesini beklemek isabetli bir yaklaşım değildir. Ancak, şüphesiz alt işverenin risk değerlendirme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği gerek yazışmalar yoluyla gerekse birlikte oluşturdukları kurullarda sorgulanmalı ve karar altına alınmalıdır¹⁵⁰.

Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, alt işverenlerin risk değerlendirmesi çalışmaları konusunda, asıl işverenin sorumluluk alanları ile ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgelerin asıl işverence sağlanacağına ilişkin düzenleme asıl işverene önemli bir işlev yükleyen¹⁵¹ isabetli bir düzenleme ise de; asıl işverene risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izleme, denetleme ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlama görevinin verilmesi, uzman olmadığı bir yükümlülüğü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi halinde kusurlu sayılacağı sonucunu doğuracağından kanaatimizce de isabetli değildir.

Son olarak, aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda risk değerlendirme çalışmaları Yönetmeliğin 14. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, 15. madde düzenlemesi, madde kenar başlığında “Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde risk değerlendirmesi” denilmesinden de anlaşılacağı üzere, yalnızca alt işveren ile asıl işveren arasındaki ilişkide uygulanacak bir maddedir. Oysaki 14. madde, “Birden fazla işveren olması durumunda risk değerlendirmesi çalışmaları” kenar başlığını taşımakta olup, bu düzenlemeye göre, aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda, yürütülen işler için diğer işverenlerin yürüttüğü işler de göz önünde bulundurularak ayrı ayrı risk değerlendirmesi gerçekleştirilir. İşverenler, risk değerlendirmesi çalışmalarını, koordinasyon içinde yürüterek birbirlerini ve çalışan temsilcilerini tespit edilen riskler konusunda bilgilendirir. Ancak bu noktada öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, birden fazla işverenin aynı işyerinde bulunduğu hallerde, koordinasyonun kim tarafından (örneğin, iş sahibi...) sağlanacağı açıkça belirtilmelidir¹⁵².

14. ve 15. madde düzenlemeleri karşılaştırıldığında, 14. madde düzenlemesinin, aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda ve fakat bu işverenlerin yalnızca alt işveren ilişkisi içerisinde bulunmadığı hallerde geçerli ve 15. maddeye göre daha genel nitelikte bir düzenleme olduğu söylenebilir. Ayrıca 15. madde düzenlemesi yalnızca asıl işveren-alt işveren arasındaki risk değerlendirmesine ve bunun koordinasyonuna vurgu yaparken,

¹⁴⁸ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 372-373.

¹⁴⁹ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 373.

¹⁵⁰ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 373.

¹⁵¹ Akın, Alt İşverenlik, s. 124.

¹⁵² Akın, Alt İşverenlik, s. 123.

14. madde düzenlemesi birden fazla alt işverenin bulunduğu veya iş sahibi-müteahhit ilişkisinin¹⁵³ mevcut olduğu hallerde uygulama alanı bulacaktır.

Yine 14. maddenin ikinci fıkrasına göre, “*Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, işyerlerinde ayrı ayrı gerçekleştirilen risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonu yönetim tarafından yürütülür. Yönetim; bu koordinasyonun yürütümünde, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için ilgili işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirir.*” Bu düzenleme aralarında alt işveren ilişkisi olsun ya da olmasın birden fazla işverenin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, işyerlerinde ayrı ayrı gerçekleştirilen risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonun yönetim tarafından yürütüleceğine ilişkindir¹⁵⁴. Örneğin, bir iş merkezindeki iki işyerinde telefon üretimi yapan bir asıl işverenin, teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren telefonlara yazılım yüklenmesi işini alt işverenlere vermesi ihtimalinde alt işverenlik ilişkisinin süjesi her iki işveren de bu hüküm kapsamına girecektir.

6. Acil Durum Planlaması ve Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunmaları

6331 sayılı Kanun’un 11. maddesine göre her işveren; çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları¹⁵⁵ önceden değerlendirerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirlemek ve bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri almak zorundadır. Yine her işverenin acil durumların olumsuz etkilerinden korunmak üzere gerekli ölçüm ve değerlendirmeleri yaparak, acil durum planlarını hazırlama yükümlülüğü bulunmaktadır (İSGK. m. 11/1, b).

6331 sayılı Kanun’da genel bir yükümlülük olarak belirtilen acil durumlara ilişkin yükümlülüğün alt işveren ilişkisinde gösterdiği özellik ise, “İşyerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik”te somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin “işverenin yükümlülükleri” başlıklı 5. maddesine göre, işveren, “*varsa alt işveren ve geçici iş ilişkisi kurulan işverenin çalışanları ile müşteri ve ziyaretçi gibi işyerinde bulunan diğer kişileri acil durumlar konusunda bilgilendirir*”. Bu hükümde aslında bilgilendirme yükümlülüğüne yer veren iş sağlığı ve güvenliği alanındaki tüm diğer yönetmeliklerde olduğu gibi, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı acil durumlara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmiştir.

Ancak ilgili yönetmeliğin ilerideki hükümlerine gidildiğinde, 18. madde-de, madde kenar başlığı “Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde acil durum planları” olan bir düzenleme ile karşılaşılmaktadır. Bu hükme göre, “*Bir işyerinde bir veya daha fazla alt işveren bulunması halinde*

¹⁵³ Akın, Alt İşverenlik, s. 122.

¹⁵⁴ Bir asıl işverenin alt işvereni ile bu hükme muhatap olabileceği hakkında bkz. Akın, Alt İşverenlik, s. 148.

¹⁵⁵ İşyerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmeliğin (RG. 18.06.2013, Sa. 28681) 4. maddesine göre acil durum, “İşyerinin tamamında veya bir kısmında meydana gelebilecek yangın, patlama, tehlikeli kimyasal maddelerden kaynaklanan yayılım, doğal afet gibi acil müdahale, mücadele, ilkyardım veya tahliye gerektiren olayları ifade eder”.

*acil durum planlarının*¹⁵⁶ hazırlanması konusunda işyerinin bütünü için asıl işveren, kendi çalışma alanı ve yaptıkları işler ile sınırlı olmak üzere alt işverenler sorumludur". Söz konusu madde tek fıkradan oluşmakla birlikte aslında iki önemli hususun düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan birincisi, alt işverenin "kendi çalışma alanı ve yaptıkları işler" ile sınırlı olmak üzere acil durum planı hazırlanmasından sorum tutulmasıyken, ikincisi, asıl işverenin "işyerinin bütünü" için bundan sorumlu olmasıdır. Söz konusu düzenleme ilk bakıldığında isabetli gibi görünse de kanaatimizce, özellikle iki ya da daha çok alt işverenin bulunduğu hallerde, her bir işvereniğin acil durum planı hazırlamasının pek amaca hizmet edecek bir yükümlülük olmayacağı söylenebilir. Yine örneğin, risk değerlendirmesinde koordinasyon yükümlülüğünde, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde asıl işverene ait bilgi ve belgelerin ve bu konudaki koordinasyonun asıl işverence sağlanacağına ilişkin açık hükümlere (İSGRDY. m. 15) yer verilmişken, acil durum planlarına ilişkin yönetmelikte böyle ayrıntılı bir hükme yer verilmeyişinin bir eksiklik olduğu ve uygulamada sorunlar yaratacağı belirtilebilir.

Çalışanları sağlık ve güvenlik yönünden işyerlerinde oluşabilecek patlayıcı ortamların tehlikelerinden korumak için alınması gereken önlemlere ilişkin usul ve esasları düzenleyen "Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik"¹⁵⁷ de alt işveren ilişkisine ilişkin özel düzenlemelere yer vermiştir. Yönetmeliğin "koordinasyon görevi" başlıklı 8. maddesine göre, öncelikle bir işyerinde birden fazla işverene ait çalışan bulunması halinde, her işveren kendi kontrol alanına giren tüm hususlardan sorumlu olacaktır. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde ise, işverenlerin 6331 sayılı Kanun'da ve diğer kanunlarda belirtilen sorumlulukları saklı kalmak kaydı ile asıl işveren, çalışanların sağlık ve güvenliklerine ilişkin tedbirlerin uygulanmasını koordine edecek ve Yönetmeliğin 10. maddesinde belirtilen "Patlamadan Korunma Dokümanı"nda bu koordinasyonun amacı ve uygulanması için gerekli usul ve tedbirleri belirtecektir (ÇPOTKHY. m. 8/2).

Bu hükümde dikkat çeken nokta, asıl işverene koordinasyon görevi dışında, alt işverenlerin faaliyet alanını da kapsayacak şekilde "Patlamadan Korunma Dokümanı" hazırlama yükümlülüğü getirilmesidir. Esasında bu düzenleme ile asıl işverene koordinasyonu aşan bir yükümlülük yüklendiğini söylemek yanlış olmaz. Zira aynı yönetmeliğin 10. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "Patlamadan korunma dokümanı, işin başlamasından önce hazırlanır ve işyerinde, iş ekipmanında veya iş organizasyonunda önemli değişiklik, genişleme veya tadilat yapıldığı hallerde yeniden gözden geçirilerek güncellenir". Sırf bu şekilde düşünüldüğünde bile, asıl işverenin, alt işverene ait işyerinde, iş ekipmanında veya iş organizasyonunda bir değişiklik meydana gelmesi halinde bunları gözden geçirmek ve güncellemek zorunda olması gibi bir sonuç doğacaktır ki, asıl işvereni alt işverene ait bir yükümlülüğün içerisine çekmenin isabetliliği bir yana dursun, bu durumun bir takım sakıncaları beraberinde getireceğini düşünmekteyiz.

Son olarak belirtilmesi gereken husus, Yönetmeliğin 8. maddesinin 3. fıkrasına göre, birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sana-

¹⁵⁶ Yönetmeliğin 4. maddesine göre acil durum planı, "İşyerlerinde meydana gelebilecek acil durumlarda yapılacak iş ve işlemler dahil bilgilerin ve uygulamaya yönelik eylemlerin yer aldığı planı ifade eder".

¹⁵⁷ RG. 30.04.2013, Sa. 28633.

yi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, işyerlerinin bu Yönetmeliğin uygulanması ile ilgili koordinasyonu yönetim tarafından sağlanacaktır. Yönetime bu hususta, işyerlerinde patlayıcı ortamlarla ilgili diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için işverenleri uyarma ve bu uyarılara uymayan işverenleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Belirtmek gerekir ki, alt işverenin asıl işverene ait işi yerine getirdiği işyerinin de coğrafi alan olarak iş merkezi, iş hanı gibi belirtilen yerlerde bulunması halinde bu hüküm uygulama alanı bulacaktır.

C. Sözleşmeden Doğan Yükümlülükler

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin büyük çoğunluğu gerek 6331 sayılı Kanun gerekse bu kanuna dayanılarak çıkarılan ilgili yönetmeliklerle belirlenmiştir. Ancak ilgili düzenlemelerin genel nitelikte ve daha soyut düzenlemeler oldukları, tüm işyerlerini kapsayıcı nitelikte kaleme alındıkları düşünüldüğünde, iş sağlığı ve güvenliği konusunda daha somut çözümler getirebilecek düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu açıktır. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği konusundaki çağdaş gelişmeleri takip etme çabamız şimdilik Avrupa Birliği direktiflerinin Türkçeye çevrilmesinden ve o direktiflerdeki kurumların konuya yabancı işletmelerde hayata geçirilmesinden öteye gidememektedir¹⁵⁸. İşte bu noktada, iş sağlığı ve güvenliğinin yaşam hakkı bakımından da vazgeçilmez olduğu gerçeği karşısında, işverenler kendi işyerlerine uygun sağlık ve güvenlik koşullarına ancak sözleşmelerde verdikleri hükümlerle ulaşabileceklerdir. İş sağlığı ve güvenliği risklerinin somutlaştırılması, taraf yükümlülüklerinin de açıkça belirlenmesi ancak yapılacak sözleşmelerle mümkün olabileceğinden, alt işveren şartnamelerine bu noktada önemli bir işlev yüklenmektedir¹⁵⁹.

Alt işveren ilişkisinde alt işveren şartnamelerine konulan özel yükümlülüklerin ve sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin mevzuatta öngörülenlerden daha koruyucu ve hem işçileri hem de işverenleri iş sağlığı ve güvenliğinden taviz vermeyecek şekilde davranmaya yönlendirir nitelikte olması gerekirken, uygulamada genellikle sözleşmelere sorumluluğu bir başkasına yıkmaya yönelik kayıtlar konulmaktadır. Bunların en tipik örneği, asıl işverenlerin, alt işveren işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden alt işverenin sorumlu olacağına ilişkin olarak sözleşmelere ekledikleri sorumsuzluk kayıtlarıdır¹⁶⁰. Bu tür İş Kanunu m. 2/6'daki müteselsil sorumluluğu ortadan kaldıran kayıtlar asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta, yalnızca her iki işveren arasında rücu aşamasında hüküm doğurmaktadır¹⁶¹. Zira tarafların sözleşmeyle birbirlerine sorumluluk yüklemeleri ancak mevzuatın izin verdiği düzeyde, yasal yükümlülükleri dışındaki kalan alanlarda olabilir.

Yine alt işveren şartnamelerinde rastlanan bir başka konu, asıl işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemek isteyen asıl işverenlerin bu şartnamelere kontrol denetim kayıtları koymalarıdır¹⁶². Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliğine

¹⁵⁸ Akın, Alt İşverenlik, s. 162-163.

¹⁵⁹ Akın, Alt İşverenlik, s. 164.

¹⁶⁰ Akın, Alt İşverenlik, s. 165, 219.

¹⁶¹ Akın, Alt İşverenlik, s. 165, 219.

¹⁶² Akın, Alt İşverenlik, s. 165-166.

ilişkin talimat verme yetkisinin bulunduğundan ve bu durumun da muvazaa belirtisi olarak değerlendirilemeyeceğinden daha önce bahsetmiştik¹⁶³. Bu nedenle tekrara girmek adına bu husustaki Yargıtay kararlarından bahsetmeyi gerekli ve yeterli görüyoruz.

Yargıtay 9. HD., davalı belediyenin yardımcı işlerinden olan güvenlik işinin alt işverene verildiği bir olayda, davalı belediye tarafından performansından memnun kalınmadığı gerekçesiyle güvenlik görevlisinin değiştirilmesinin istenmesinin, iş güvenliği ve denetim yetkisi kapsamında olağan karşılanması gerektiği sonucuna varmış¹⁶⁴ve bu karar öğretide de isabetli görülmüştür. Bu görüşün gerekçelerini, alt işverenin işinin sağlıklı yürümesinin sonuç olarak asıl işverenin menfaatine olması, alt işverenin ayrı bir işveren olarak iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bağımsız kararlar olsa da, onun da dahil olduğu iş sahası içerisindeki iş sağlığı ve güvenliği politikasının belirlenmesinde ve uygulanmasında asıl işverenin önemli ölçüde insiyatifi bulunması, alt işverenin yalnızca kendi iş sahasını idare ederken asıl işverenin tüm iş sahasını yönlendirmek zorunda kalması şeklinde özetlemek mümkündür¹⁶⁵.

III. ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SINIRLARI

Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliğinden sorumluluğunun hukuki dayanaklarını açıklamak adına öncelikle alt işveren ilişkisinin kimler arasında ve hangi temele dayandığından kısaca bahsetmemizin uygun olacağını düşünüyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, asıl işveren-alt işveren ilişkisi üçlü bir ilişki olup, bu ilişkide asıl işveren ve alt işveren olarak adlandırılan iki ayrı işveren ve alt işveren işçileri bulunmaktadır. Diğer yandan, bu ilişkiden bağımsız olarak çalışan asıl işveren işçileri de mevcuttur¹⁶⁶. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşme iş sözleşmesi değil, eser, kira, taşıma gibi bir sözleşmedir¹⁶⁷. Ancak asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Alt işverenin kendi işçileri üzerinde gözetme borcu bulunduğu tereddüt yoksa da, asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında iş sözleşmesi bulunmaması nedeniyle, asıl işverenin alt işveren işçileri üzerinde gözetme borcunun bulunup bulunmadığı konusunda öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır. Yani asıl işverenin alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğinden sorumluluğu farklı hukuki temellere dayandırılmıştır.

Öğretideki bir görüşe göre, asıl işverenin sorumluluğu “*edimden bağımsız borç ilişkisi*”ne dayanmaktadır. Borç ilişkisinin nispiyeti olarak ifade edilen sözleşmenin yalnızca taraflar arasında hüküm doğuracağına ilişkin olan temel borçlar hukuku ilkesi olmakla birlikte, bugün artık sadece edim ilişkisi içeri-

¹⁶³ Bkz. dn. 37.

¹⁶⁴ Yar. 9. HD., T. 12.04.2010, E. 2010/7476, K. 2010/10029, (Çevrimiçi), www.legalbank.net, 30.04.16, Aynı yönde, 9. HD., T. 01.06.2011, E. 2010/3363, K. 2011/16270, İşveren Dergisi Özel Eki, Eylül-Ekim 2011, s. 19-20.

¹⁶⁵ Akın, Alt İşverenlik, s. 166-167.

¹⁶⁶ Sarıbay Öztürk, a.g.e., s. 113.

¹⁶⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 158; Akyiğit, Alt İşverenlik, s. 70; Aykaç, Alt İşveren, s. 31-42; Aydın, Muvazaa Sorunu, s. 181.

sinde olanlar üzerinde etkili bir borç ilişkisi kabul görmemektedir¹⁶⁸. Bu nedenle geliştirilen ve kaynağını dürüstlük kuralında bulan¹⁶⁹ edimden bağımsız borç ilişkisi görüşü özetle, bir kimsenin bir diğer kimseyle kurduğu sosyal temasın somut bir zarardan koruma yükümlülüğü doğurduğunu ve bu sosyal temasın hukuki işlem kurma amacı gütmeksizin de hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre, işte kurulan bu güven ilişkisi edimden bağımsız borç ilişkisi meydana getirmekte ve böylece edim ilişkisi dışında da sözleşmesel sorumluluk hukuku ilkelerine başvurmak mümkün hale gelmektedir¹⁷⁰.

İş hukuku öğretisinde *Başbuğ*, alt işveren ilişkileri bakımından da söz konusu teoriyi uygulanabilir görmüştür¹⁷¹: Yazara göre, sosyal temas yalnızca hukuki ilişki kurmak amacına yönelmekle kurulmamakta olup, tarafların hukuken korunmaya değer bir amaca yönelmiş olması yeterlidir. Alt işveren işçileri asıl işverenin işyerinde çalışarak onun işyerine dahil olmakta ve asıl işverenle bir sosyal temasa girmektedir. İşte bu sosyal temas, asıl işverenin işyerindeki alt işveren işçilerini koruma yükümlülüğünü içeren bir güven ilişkisi ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu görüşün pratik sonucu ise, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırı hareket sebebiyle meydana gelen zarardan dolayı sorumluluğun TBK. m. 49 (EBK. m. 41) hükümlerine göre değil, hizmet akdinden doğan sorumluluk çerçevesinde ele alınacak olmasıdır.

Öğretide *Aydın* da edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisini desteklemektedir¹⁷²: Yazara göre, alt işverenin çalıştıkları işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasına ilişkin hukuken yetkili ve fiziken etkili kişi asıl işverendir. Alt işverenin ise bu işyerindeki yetkisizliği karşısında ona kendi işçilerine karşı mutlak bir koruma yükümlülüğü yüklemek hakkaniyete dayalı yetki sorumluluk ilkesine aykırıdır. Bu nedenle alt işveren işçisinin asıl işverenle girdiği sosyal temasın doğurduğu borç ilişkisine dayanarak asıl işverenden talepte bulunması yerindedir. Ancak gerek 4857 sayılı İş Kanunu m. 2'nin gerekse 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 12/6'nın (SSK. m. 87) birlikte sorumluluğa ilişkin düzenlemeleri özellikle iş kazası sonucu ölüm ve yaralanmalarda yetersiz ve eksik kalmaktadır. Yazara göre olması gereken, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu değil de, alt işveren işçisi ile girdiği sosyal temas sonucu oluşan borç ilişkisi gereği, borç ilişkisinin işveren tarafı olarak sorumlu tutulmasıdır.

¹⁶⁸ Yeşim Atamer, "Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1996, s. 102 vd.; Başbuğ, Sempozyum, s. 69-70.

¹⁶⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014, s. 42; Başbuğ, Sempozyum, s. 72; İbrahim Aydın, "İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 8, Sa. 2, 2005, s. 3, (Çevrimiçi), <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/811.pdf>, 01.04.2016.

¹⁷⁰ Eren, a.g.e., s. 42; Aydın Başbuğ, "Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 4, Sa. 3, Ocak 1998, s. 70.

¹⁷¹ Başbuğ, *Borç İlişkisi*, s. 65 vd.; Başbuğ, *İşyeri Hekimi*, s. 129; Başbuğ, Sempozyum, s. 71-72, 75.

¹⁷² Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, s. 299-305; Aydın, *Sosyal Temas*, s. 162 vd.; Aydın, *Normun Koruma Amacı*, s. 7 vd.; Aydın, *Alt İşveren İlişkisi*, s. 41.

Öğretide Sarıbay Öztürk de¹⁷³, alt işverenin asıl işverenin işyerinde hukuken ve fiziken yetkisz olduğu yönündeki görüşe katılmamakla birlikte; asıl işverenle alt işveren işçileri arasında bir sözleşme bulunmasa da aralarındaki sosyal temas sebebiyle asıl işverenin, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmesi ve herhangi bir zarar halinde müteselsilen sorumlu tutulmasının isabetli olduğunu belirtmektedir. Zira yazara göre, neticede yapılan işten yarar sağlayacak kişi asıl işverendir.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin alt işveren ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliğinden sorumluluk konusunda uygulanmasına çekinceyle yaklaşan ve eleştiren görüşler de bulunmaktadır. Öğretide Narmanlıoğlu¹⁷⁴, İş Kanunu'nun düzenlediği asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, asıl işverenin sorumluluğunun bağımsız ve sınırsız sorumluluk olmayıp aksine, alt işverenin sorumluluğuna bağlı sınırlı bir sorumluluk olduğunu belirtmektedir. Asıl işverenle alt işveren işçileri arasında bir borç ilişkisinin varlığının kabul edilmesi bir iş ilişkisinin bütün yönleriyle bu varsayımsal ilişkiye uygulanması sonucunu doğuracaktır ki, bu da İş Kanunu'nun öngördüğü sınırlı sorumluluk yanında sınırı ve kapsamı belli olmayan, önceden kestirilemeyen ikinci bir katmerli sorumluluğun asıl işverene yüklenmesini gerektirecektir. Ancak bu görüşe göre böyle bir sonucun İş Kanunu'ndaki düzenleme ile bağdaştırılması mümkün değildir.

Öğretide Aykaç da¹⁷⁵, bu son görüşe katılmakla birlikte birkaç hususa dikkat çekmektedir. Yazara göre, asıl işverenin alt işveren işçisi karşısında dürüstlük kuralları gereğince işçinin yaşamı ve sağlığının korunması amacıyla bazı hak ve yükümlülüklerinden söz edilebilirse de, bu durum taraflar arasında geniş ölçüde bir borç ilişkisi bulunduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksi bir kabul bu ilişkinin doğumunda herhangi bir iradesi ve onayı olmayan alt işveren işçisinin, asıl işverenin disiplin cezası uygulama yetkisini içeren bir borç ilişki içerisinde olması sonucunu doğuracaktır ki, böyle bir sonuç hakkaniyete uygun görünmemektedir.

Akın'a göre ise¹⁷⁶, alt işveren ilişkisi iş hukukuna özgü bir ilişki olup, bu ilişkinin sebep olduğu sorunlar ile yaratacağı sonuçların iş hukukunun kendi dinamikleri içerisinde açıklanması gerekir. Yazara göre, bu ilişkide asıl işverenin alt işveren işçilerini koruma yükümlülüğü için edimden bağımsız bir borç yaratmaya gerek yoktur. Zira, bireysel ve toplu iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler, işyeri uygulamaları ve iş mevzuatı alt işveren ilişkisine de temel oluşturan bir içeriğe sahiptir. Mevzuatta asıl işveren ile alt işverenin koordinasyonu farklı başlıklarda birçok kez düzenlenmiş olup, bu düzenlemelerin her iki işverenin işçilerini de konu aldığı açıktır. Yine, hem asıl işverenin işyerinde gereken her türlü önlemi almak zorunda olması hem de alt işverenin işini yaparken gerekli özeni göstermesi söz konusu yükümlülüklerin kaynağını teşkil etmektedir.

Öğretide Özdemir ise¹⁷⁷, asıl işveren işçilerinin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaya fiziken etkili ve hukuken yetkili kişinin asıl işveren

¹⁷³ Sarıbay Öztürk, a.g.e., s. 116-117.

¹⁷⁴ Ünal Narmanlıoğlu, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Mart 2008, s. 64.

¹⁷⁵ Aykaç, Alt İşveren, s. 222-223.

¹⁷⁶ Akın, Alt İşverenlik, s. 175-176.

¹⁷⁷ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 378-379.

olduğuna ilişkin tespitlerin sakıncalı sonuçları beraberinde getireceğini belirtmektedir. Yazara göre, bir işletmenin her konuda uzman olmayacağı açık olup, alt işverenin uzmanlığı esasına dayanan bir ilişkide, örneğin, bir güvenlik görevlisi olan alt işveren işçinin silahının nasıl temizleneceği asıl işverenin uzmanlık alanından çıkmıştır. Kanuna uygun bir Şekilde kurulan alt işveren ilişkisinde alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirecek bilgi ve deneyime sahip olması asıl olup, asıl işverenin yalnızca coğrafi alanın sahibi olması onu bu yükümlülüklerin esas muhatabı yapmamalıdır. Ancak yazarın da belirttiği gibi bu demek değildir ki asıl işveren sorumsuzdur. Asıl işverene doğrudan kanunla yüklenen bilgilendirme ve koordinasyon gibi yükümlülüklerin ihlali halinde, kendisine kişisel olarak izafe edilecek olup, bu kusur hukuki planda rücu ilişkisine, cezai planda ise asıl işverenin mahkmiyetine tesir edecektir.

Asıl işverene ait coğrafi alan içerisinde çalışan alt işveren işçilerinin çalıştığı coğrafi alanın tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Örneğin, beyaz eşya üretip satan asıl işverenin nakliye işini alan alt işverenin işyerini tespit etmek mümkün iken, fabrikadaki bakım onarım işini üstlenen alt işverenin işyerini bağımsız olarak tarif edebilmek gtr¹⁷⁸. Alt işveren işçilerinin çalıştığı kısmın tespiti bazı durumlarda güç olmakla birlikte, öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, alt işveren işyerinin ayrı bir işyeri olarak ele alınması kaza analizi bakımından zorunluluktur¹⁷⁹. Kazaya etki eden nedenin belirginleştirilmesi, coğrafi alan ve araçlardan oluşan işyerlerinin ayrıştırılmasına muhtatır¹⁸⁰. Kendi alanındaki tedbirlerin alınmasının isabetli olup olmadığına karar verecek kişinin alt işveren olduğundan bahisle, alt işverene ait alanda sorumluluğun kural olarak alt işverene geçeceği kabul edilmelidir¹⁸¹.

Kanaatimizce, asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden sorumluluğunu edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi kurumu ile açıklamak isabetli olmadığı gibi gerekli de değildir. Zira, bu kurumun asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında uygulanabilir kabul edilmesi söz konusu kurumun adeta kesilerek yalnızca bu ilişkideki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinden sorumluluğa uygulanması sonucunu doğuracaktır. Ancak bu yaklaşımın sakıncası da, öğretide de belirtildiği üzere, buna bağlı olarak alt işveren işçisi asıl işverenin disiplin cezası uygulaması yetkisini içeren bir ilişki içerisine sokulmasıdır. Ayrıca asıl işverenin sorumluluğuna ilişkin mevzuatta öngörülen yükümlülükler bu sorumluluğun sınırlarını oluşurmaktadır. Asıl işverenin bu bağlamda örneğin, bilgilendirme, alt işveren ilişkisinde koordinasyon ya da eğitim alınmaksızın işe başlatmama gibi ykmllklere aykırı davranması halinde kendisine kusur izafe edildiği ölçüde sorumluluğuna gidilecektir. Ancak, asıl işverenin bu sorumluluğunun hukuki nitelendirmesini edimden bağımsız borç ilişkisi olarak yapmamak yine iş hukukunun kendi kurum ve kavramları ile çözmek isabetli olacaktır.

¹⁷⁸ Akın, Alt İşverenlik, s. 213; Hatta çoğu durumda, "Alt işverenin işyeri, matematikteki sınır değer problemlerinin çözümüne ilişkin modellemelerde kullanılan operandlarda olduğu gibi, adeta zihinlerde yaratılmış bulunmaktadır", Şeref zcan, "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Alt İşverenlik", İş ve Makine Dergisi, C. 55, Sa. 655, s. 38.

¹⁷⁹ zdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 381-382.

¹⁸⁰ zdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 382-383.

¹⁸¹ zdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 385.

Yine belirtmek gerekir ki, alt işverene iş verilmesinin uzmanlığa dayandığı sistemimizde, geçerli bir alt işveren ilişkisi içerisinde, alt işverenin çalıştığı coğrafi alandaki kendi işçilerine yönelik iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirleri alma yükümlülüğünün bulunduğu belirten görüşe katılmak isabetlidir. Ancak asıl işverene ait ortak alanlarda meydana gelen ve asıl işverene ait araçlardan kaynaklanan iş kazalarında da asıl işverene kişisel kusur atfedilmesi ve sorumlu tutulması gerektiği unutulmamalıdır¹⁸². Sorumluluğa ilişkin alt işveren ilişkisinde çalışma alanlarının belirsizliğinden bahsederek işin içerisinden sıyrılmak yerine, alt işverenin çalışma alanı, asıl işverene ya da alt işverene ait araçları kullanması gibi birtakım kriterlerin benimsenmesi daha doğru bir yaklaşımdır. Mevzuatta örneğin, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde, İşyerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik'te ve Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik'te öngörülen ve asıl işveren işyeri ile alt işveren işyerini birlikte ele alarak asıl işverene yükümlülükler getiren düzenlemeler dışında eklettik bir yaklaşımın benimsenmesi zaruridir. Aksi halde, yargı önüne gelen benzer olaylarda farklı şekilde sonuca varılması hukuktaki şeffaflığa ve belirliliğe zarar vereceği gibi, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki düzenlemeler sorumluluğun başkasına atılmasından öteye gidemeyecek bu da iş sağlığı ve güvenliğinin de etkin bir şekilde sağlanmasına engel oluşturmaktadır. Bu noktada, asıl işverenin alt işveren şartnamesine alt işveren verilen işe ilişkin araç ve gereçlerin alt işveren tarafından sağlanacağına ilişkin hükümler koymaları, asıl işverenlerin kişisel kusurlarını ortadan kaldıracığı gibi, alt işverenleri de bu hususta daha dikkatli davranmaya özellikle kendi araç ve gereçlerinin bakımını yapma konusunda ihmalkâr davranmamaya itecektir.

Cezai sorumluluk bakımından ise, mevzuatta öngörülen koordinasyon, bilgilendirme, alt işverenin risk değerlendirme sürecinin takip edilmemiş olması, eğitim belgesi olmayan işçilerin asıl işverenin işyerinde çalıştırılması halinde kanunda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmediğinden bahisle asıl işverene kusur atfedilebilecektir¹⁸³. Ancak mevzuatta öngörülen yükümlülükler dışında asıl işverenin bu ilişkide operasyonel anlamda genel bir denetim yükümlülüğünden söz edilmemelidir¹⁸⁴. 6331 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre, bu kanunda yer alan yükümlülüklerine uymayan işveren hakkında idari para cezasına hükmolunur¹⁸⁵. İdari para cezaları bakımından belirtilmesi gereken husus alt işverenin suç teşkil eden fiili sonucu tayin edilen idari para cezasından onunla birlikte asıl işverenin sorumlu tutulamayacağıdır. Nitekim bu husus Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de bir kararında, "*Aracı (taşeron) işverenin cezai yönden sorumluluğu kişisel olup, bu cezadan asıl işverenin sorumlu tutulamayacağı ortadadır. Bu konuda açık bir yasa hükmü bulunmadıkça aracı (taşeron) işverenin suç teşkil eden fiili sonucu tayin edilen idari para cezasından onunla birlikte bir başkasının, örneğin asıl işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Böyle bir durumun ceza hukuku ilkesi ile bağdaşmadığı açık seçiktir*"

¹⁸² Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 382; Benzer şekilde, Akın, Alt İşverenlik, s. 213.

¹⁸³ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 386.

¹⁸⁴ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 386.

¹⁸⁵ İdari para cezaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ufuk Aydın/Burcu Ezer, "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezalarına İlişkin Sorunlar", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sa. 43, 2014/4, s. 11-32; Gerek, İdari Para Cezaları, s. 179-183.

şeklinde hüküm kurarak bu hususu vurgulamıştır¹⁸⁶. Yine, Türk Ceza Kanunu'nun çeşitli hükümleri uyarınca da işverene ceza verilmesi söz konusu olabilecektir¹⁸⁷.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre, "Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan¹⁸⁸, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur". Yine 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinin son fıkrasına göre, "Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur". Yargı önüne gelen olaylarda bu hükümlere dayanarak asıl işverenin, alt işveren işçisinin uğradığı zarardan sorumluluğu gündeme gelmektedir¹⁸⁹. Taraflar arasında sonuç doğurmakta olup, alt işveren işçisinin birlikte sorumluluk hükümlerine dayanmasına engel olmamaktadır¹⁹⁰. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin kararında

¹⁸⁶ Yar. 10. HD., T. 23.09.2002, E. 2002/5424, K. 2002/6573, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 01.05.16.

¹⁸⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. S. Özgür Memişoğlu/Çağatay Çınar, "İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", LİSGHD, Sa. 33, 2012, s. 31-70.

¹⁸⁸ Belirtmek gerekir ki, her ne kadar İş Kanunu'nun 77 vd. hükümleri 6331 sayılı Kanun ile mülga edilmişse de, 6331 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasında yer verilen, "Çalışanların tabi oldukları kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4857 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır" hükmü dolayısıyla müteselsil sorumluluğun devam ettiği söylenebilir.

¹⁸⁹ D... Çimento şirketine ait çimento fabrikasının hasara uğramış stok hol çatısı ve klinker transport konveyör sisteminin sökülümü, yeniden imali ve montajı işlerinin yapımını üstlenen E... Makine San. Tic. Ltd. Şti'de çelik konstrüksiyon montaj ustası olarak çalışmaya başlayan davacının, bu işin yapımı sırasında 18.3.2004 günü E... şirketi tarafından üretilen klinker bantının üzerinde hareket edeceği platforma sac döşemesi yaparken, dengesini kaybederek 8-10 m. yüksekten zemine düşerek %10,30 oranında sürekliliği görmeye uğradığı bir olayda Yargıtay da bu yönde karar vermiştir: "D... Çimento San. taş ile E... Makine San. Tic. Ltd. Şti. arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetine göre D... Çimento San. taş 'nin işverenlik sıfatı ortadan kalkmadığından aralarındaki ilişkiyi üst-alt işveren ilişkisi olarak değerlendirmek gerekir. Bunun sonucunda da İş Kanununun 2/6 maddesi gereğince hüküm altına alınacak tazminattan, üst işveren olarak D... Çimento San. taş 'nin kusuru bulunmasa bile sorumluluğu yoluna gitmek gerekirken, sözleşme ve ekleriyle fiili durum yanlış yorumlanarak, işin anahtar teslimi verildiğinden ve kusurunun bulunmadığından bahisle davalı D... Çimento San. taş 'ne yönelik davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olmuştur.", Yar. HGK., T. 06.02.2013, E. 2012/21732, K. 2013/207, Benzer şekilde, Yar. 21. HD., T. 14.05.2002, E. 2002/2638, K. 2002/4373, Yar. 10. HD., T. 29.03.2005, E. 2004/13151, K. 2005/3348, Yar. 10. HD., T. 21.03.2002, E. 2002/1546, K. 2002/2484, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 01.05.16.

¹⁹⁰ "Davacı asıl işveren anılan madde hükmüne dayalı sorumluluğu sebebiyle dava dışı işçiye tazminat ödemiş ise de, davacının bu tazminattan sorumluluğu, anılan yasa maddesine göre işçilere karşı olan bir sorumluluk olup, taşeronlu asıl işveren arasındaki birbirlerine karşı olan sorumluluğu içermeyen anılan düzenlemenin davaya konu olaya uygulanması mümkün değildir. Bu bakımdan mahkemece, uyuşmazlığın davacıyla davalı şirketler arasındaki temizlik hizmet alım sözleşmeleri hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği ve mahkemenin görevli olduğu gözönünde bulundurularak, uyuşmazlığın esasını incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken...", Yar. 23. HD., T. 23.01.2014, E. 2013/7279, K. 2014/386, Benzer sonuca varan bir başka karar için bkz. Yar. 11. HD., T. 16.09.2012, E. 2002/4835, K. 2002/7702, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 01.05.16.

da belirtildiği üzere, "Asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu "müteselsil sorumluluktur. Asıl işveren, doğrudan bir hizmet sözleşmesi bulunmamakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrası gereğince alt işverenin işçilerinin iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle uğrayacakları maddi ve manevi zarardan alt işverenle birlikte müteselsilen sorumludur. Bu sebeple meslek hastalığına veya iş kazasına uğrayan alt işverenin işçisi veya ölümü halinde mirasçıları tazminat davasını müteselsil sorumlu olan asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açabilecekleri gibi yalnızca asıl işverene veya alt işverene karşı da açabilirler. Öte yandan asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşme ile iş kazası veya meslek hastalığına bağlı maddi ve manevi tazminat sorumluluğunun alt işverene ait olduğunun kararlaştırılması; bu sözleşmenin tarafı olmayan işçi veya mirasçıları da bağlamaz"¹⁹¹.

Müteselsil sorumluluğa ilişkin hükme açıklık getirildikten sonra bir başka temel sorunu, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen asıl işverenin alt işverene rücu edip edemeyeceği teşkil etmektedir. Kanaatimizce, özellikle mevzuatta belirtilen, bu ilişkinin niteliğinden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmeyen kusurlu asıl işveren, eğer aralarındaki sözleşmede farklı bir sorumluluk paylaşımı öngörmemişlerse, alt işverene rücu edememelidir. Ancak rücu etmesine engel bu durumu yalnızca asıl işverenin alt işverenlik ilişkisindeki yükümlülükleriyle sınırlı tutmak, müteselsil sorumluluğun doğduğu diğer tüm hallerde ise asıl işverenin rücu imkânının olduğun kabul etmek gerekir.

Gerek 4857 gerekse 5510 sayılı Kanun'daki müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler asıl işverenin sorumluluğu bakımından uygulanabilirse de, alt işverenin sebep olduğu ve asıl işveren işçisinin zarar gördüğü olaylarda uygulanabilir değildir. Gerçekten de bir alt işveren ilişkisinde her zaman alt işveren işçisi asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğüne aykırı hareketi ile zarar görmemekte, bazen de alt işveren faaliyeti sebebiyle asıl işveren işçileri kazaya uğrayabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, alt işverene bağlı olarak çalışan bir güvenlik personelinin silahını temizlerken ateş etmesi sonucu ya da yemek hizmeti veren bir alt işverenin yemekhanesinde çıkan patlama sonucu asıl işveren işçileri de zarar görebilirler. İşte bu gibi hallerde İK. m. 2'deki müteselsil sorumluluk düzenlemesi uygulama alanı bulmaz. Zira, söz konusu hüküm asıl işverenin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Asıl

¹⁹¹ Kararın devamında ise şu hususlara vurgu yapılmıştır: "davalı Y... Sunta madde Orman Ürünleri Sanayi Tesizat İthalat İhracat A.Ş., Uzunçiftlik/Kocaeli adresine yeni kurulan Yonga levha üretim hattına ait imalat ve montaj işlerini bir sözleşmeyle diğer davalı G...-B... Makine İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketine vermişse de bu davalının yapılması gereken işlerden tamamen elini çekmediği, bilakis bu işlerin yapımı için gereken malzeme, enerji, ekipman ve yer temini gibi hususlarla imalat ve montaj projelerinin hazırlanması aşamasında aktif olarak rol aldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda somut olayda, davalılar arasında anahtar teslimi bir işten yada bir eser sözleşmesinin varlığından bahsetme imkanı bulunmamaktadır. Davalı taraflar arasındaki ilişki mevcut haliyle müteahhitliği üstlenilen bir işin bazı bölümlerinin, yapım aşamasında başka alt işverene devrinin söz konusu olduğu asıl işveren-alt işveren ilişkisidir. Hal böyle olunca, davalı Y... Sunta madde Orman Ürünleri Sanayi Tesizat İthalat İhracat A.Ş.'nin asıl işveren olarak kusursuz sorumluluğu kapsamında hüküm altına alınacak tazminatlardan diğer davalı alt işverenle birlikte sorumlu tutulması gerektiği gözetmeden hatalı değerlendirmeye yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir", Yar. 21. HD., T. 23.02.15, E. 2014/19645, K. 2015/3107, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 01.05.16.

işveren işçisi ile alt işveren arasında yasal ya da sözleşmeye dayalı bir bağın bulunmadığı düşünüldüğünde, buradaki iş sağlığı ve güvenliği sorununun Türk Borçlar Kanunu m. 49'daki haksız fiil hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerektiği belirtilmiştir¹⁹².

SONUÇ

Günümüzde artık birçok işyerinde asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğu görülmektedir. Her işverenin kendi işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmedikçe de, bu ilişkide özellikli durumlar olduğu gözden kaçırılmamalıdır. 6331 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelikler yardımıyla bu ilişkiye özel yükümlülüklerin belirlenmesi ve iş sağlığı ve güvenliğinden sorumluluğun hukuki niteliğinden belirlenmesi zorunludur.

Bu kapsamda, incelememiz sonucunda vardığımız sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

* Öncelikle 6331 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerde doğrudan “alt işveren işçileri” ifadesinin kullanılmadığı bunun yerine “başka işyerlerinden gelen çalışanlar” ifadesine yer verildiği görülmektedir. Ancak bu ifadenin kapsamına alt işveren işçilerinin de gireceğinden kuşku duyulmamalıdır.

* Alt işveren ilişkisinde 6331 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı bilgilendirme yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir.

* Bilgilendirme yükümlülüğünden daha ağır nitelikte olan eğitim yükümlülüğü bakımından ise Kanunda tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinden eğitim alındığına dair belgeleri olmayan alt işveren işçilerinin çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Bu noktada, asıl işverenin yalnızca eğitim alındığını denetleme yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir. Ancak kanaatimizce, alt işveren kendi işçilerine karşı eğitim verdikten sonra, asıl işverenin yalnızca eğitime ilişkin belgeyi değil, verilen eğitimdeki bilgilerin alt işveren işçilerince etkin bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını da denetlemesi icap eder. Asıl işverenlerin alt işverenlerle yapacakları şartnamelere alt işverenlerin kendi işçilerine belirli aralıklarla eğitim vereceğine ve bu eğitimlerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin asıl işverence kontrol edileceğine ilişkin hükümler koymaları söz konusu eğitim yükümlülüğünü kâğıt üzerinde kalmaktan kurtaracak ve yalnızca başlangıçta bu husustaki bir belgenin kontrolünden öteye taşıyacaktır. Özellikle cezaî şart düzenlemeleri bu hususta caydırıcı olacaktır.

* Alt işveren ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunun sağlanmasına ilişkin iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmaya ya da kurula temsilci göndermeye ilişkin düzenlemeler yerinde olmakla birlikte, kurul kurulmasının elli çalışan koşuluna bağlanması isabetli olmamıştır. Kurul oluşturması gerekmeyen işverenin oluşturulan kurula temsilci göndermesine ilişkin hükümlerin ise emredici olduğu ve kurul gündeminin alt işveren işiyle ilgili olmamasının bu yükümlülüğü etkilemeyeceği kabul edilmelidir.

*Her işveren risk değerlendirme çalışmalarını yapacaksa da, Yönetmelikte alt işveren ilişkisinde asıl işverenin bu çalışmaları koordinasyon edeceğine ilişkin hükümlere yer verilmesi yerinde bir düzenlemedir.

¹⁹² Akın, Alt İşverenlik, s. 224.

*Alt işveren ilişkisinde genel anlamda aynı çalışma alanını paylaşan işverenlerin iş hijyeni, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanması gibi konularda işbirliği yapacaklarına ilişkin hüküm de isabetli ise de, bu noktada asıl işverene doğrudan bir koordinasyon görevi verilmeyişinin bir eksiklik olduğu ifade edilebilir.

* Yine ilgili yönetmelikler ile asıl işverene alt işveren işçilerini acil durumlar hakkında bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi ve patlayıcı ortamlarda çalışan işveren işçileri bakımından alt işveren ile koordinasyon görevi yüklenmesi isabetli düzenlemelerdir. Ancak burada asıl işverene koordinasyonu aşacak şekilde patlamadan korunma dokümanı hazırlama yükümlülüğü yüklenmesi yerinde değildir.

* Son olarak belirtebiliriz ki, alt işveren ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden sorumluluğun hukuki dayanaklarını İş Hukukunun kendi dinamikleri içerisinde aramak gerekir. Bu bağlamda, asıl işverenin sorumluluğunun sınırını mevzuatta öngörülen yükümlülükleri teşkil etmek olup, yalnızca bahsettiğimiz bu yükümlülüklerine aykırı davranan asıl işverenin kişisel kusurundan söz edilebilir. İş Kanunu'ndaki alt işveren ilişkisinde müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranış nedeniyle meydana gelen bir iş kazasında işçinin her iki işvereni birlikte sorumlu tutmasına yarayacakken; alt işverenin kişisel kusuru ve sözleşmede öngörülen kayıtlar rücu ilişkisinin dayanağını oluşturacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: Aynı geçen eser
a.g.m.	: Aynı geçen makale
AÜHFĐ	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇPOTKHY.	: Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik
DEÜHFĐ	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EBK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İADHY.	: İşyerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik
İK.	: 4857 Sayılı İş Kanunu
İSGHY.	: İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği
İSGK.	: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İSGKY.	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik
İSGRDY.	: İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirme Yönetmeliği
İÜHFĐ	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİFM	: İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar

Karş.	: Karşılaştırınız
LİSGHD	: Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: Madde
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
vd.	: Ve devamı
Yar.	: Yargıtay
YİİSGY.	: Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği
Yön.	: Yönetmelik

KAYNAKÇA

Akı, Erol; "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri", DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı (M. Polat Soyer'e Armağan), 2013, s. 3-24.

Akın, Levent; "İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHFAD, c. 20, Sa. 1 (Özel Sayı), 2014, s. 657-673 (İSGK'nin İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi).

Akın, Levent; "İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırılık Ve Kaçınılmazlık" (Karar İncelemesi), Çimento İşveren Dergisi, C. 27, Sa. 4, s. 49-56.

Akın, Levent; "İş Sağlığı Ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi", AÜHFD, C. 54, Sa. 1, s. 1-60 (İşyerinin Örgütlenmesi).

Akın, Levent; "İş Sağlığı Ve Güvenliğine İlişkin Bazı Öneriler", İşveren Dergisi, C. 46, Sa. 8, Mayıs 2008, s. 59-61.

Akın, Levent; "Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 25, Mart 2012, s. 33-44 (Risk Değerlendirme Yönetmeliği).

Akın, Levent; İş Sağlığı Güvenliği Ve Alt İşverenlik, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2013 (Alt İşverenlik).

Akpınar, Teoman/Çakmakkaya, Baki Yiğit; "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenlerin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sa. 40, 2014, s. 273-304.

Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay; İş Hukuku, 4. bs., Ankara, Gazi Kitabevi, 2011.

Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Akyiğit, Ercan; İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013 (Alt İşverenlik).

Alpagut, Gülsevil; "4857 Sayılı İş Yasası ile Alt İşverenlik Kurumundaki Yeni Yapılanma", Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı-Sorunların Değerlendirilmesi ve Çözümleri, Ankara, İntes Yayınları, 2004, s. 16-23.

Alpagut, Gülsevil; "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", İÜHFM, C. 72, Sa. 2, s. 31-46 (İSGK'nin Genel Esasları).

Alpagut, Gülsevil; “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı”, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, 8 Aralık 2007, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cibali Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 32-65 (Tasarı Taslağı).

Alpagut, Gülsevil; “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, TİSK No: 322, Hilton Oteli-Ankara, 25 Nisan 2012, s. 23-40 (İSGK Tasarısı Semineri).

Alpagut, Gülsevil; “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İşveren Dergisi, C. 50, Sa. 3, Mayıs-Haziran 2012, s. 100-103 (İşveren Dergisi).

Arıcı, Kadir; “Yeni İş Kanunu ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırlandırılması Sorunu”, İÜİFM, Prof. Dr. Toker Dereli’ye Armağan, İstanbul, 2006, s. 485-509.

Arıcı, Kadir; İşçi Sağlığı Ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara, Tes-İş Eğitim Yayınları, 1999 (İşçi Sağlığı).

Arslan, Seda; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHFHAD, c. 20, Sa. 1 (Özel Sayı), 2014, s. 767-807.

Atamer, Yeşim; “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1996, s. 99-132.

Aydın, Ufuk/Ezer, Burcu; “İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezalarına İlişkin Sorunlar”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sa. 43, 2014/4, s.11-32.

Aydın, Ufuk; “İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarısı Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 26, Haziran 2012, s. 10-18.

Aydınlı, İbrahim; “6331 Sayılı Kanun’da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 30, 2013, s. 37-43 (Alt İşveren İlişkisi).

Aydınlı, İbrahim; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısında ve/veya Kanunu’nda Alt İşveren-“... Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar...” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 26, 2012, s. 19-23 (Başka İşyerlerinden Gelenler).

Aydınlı, İbrahim; “İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım”, Kamu-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 8, Sa. 2, 2005, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/811.pdf> (Normun Koruma Amacı).

Aydınlı, İbrahim; İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015 (İş Sağlığı ve Güvenliği).

Aydınlı, İbrahim; İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara, 2004 (Sosyal Temas).

Aydınlı, İbrahim; Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012 (Muvazaa Sorunu).

Ayhan, Abdurrahman; “Çalışma Hayatımız Bakımından İşyerlerinde İşçi Sağlığı Ve İş Güvenliği Kurullarının Oluşturulması Ve Önemi”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, Sa. 2 (Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan), <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/727.pdf>.

Aykaç, Hande Bahar; “Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş-Yardımcı İş Ayrımı”, Çalışma ve Toplum, Sa. 46, 2015/3, s. 95-122.

Aykaç, Hande Bahar; “Alt İşverenlik-Anahtar Teslimi İş Ayrımı” (Karar İncelemesi), Çimento İşveren, C. 29, Sa. 3, Mayıs 2015, s. 46-55.

Aykaç, Hande Bahar; İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011 (Alt İşveren).

Aytekin, Şeyda; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağında Düünden Bugüne”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 25, Mart 2012, s. 93-105.

Balkır, Z. Gönül; “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 28, Aralık 2012, s. 20-42.

Başbuğ, Aydın; “Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 4, Sa. 3, Ocak 1998, s. 61-78 (Borç İlişkisi).

Başbuğ, Aydın; “İşyeri Hekimi İle Hizmet Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 4, Sa. 4, Ocak 1999, s. 127-135 (İşyeri Hekimi).

Başbuğ, Aydın; “İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü”, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Ankara, 2003, s. 65-97 (Sempozyum).

Başbuğ, Aydın; İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara, Şeker İş Yayınları, 2013 (İş Sağlığı ve Güvenliği).

Baycık, Gaye; “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, Sa. 3-4, 2013, s. 103-170.

Baycık, Gaye; “Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, AÜHFD, C. 60, Sa. 2, 2011, s. 227-253 (İnşaat İşvereni).

Bayram, Fuat; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı’nın Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 19, Eylül 2010, s. 48-88.

Caniklioğlu, Nurşen; “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşveren Yükümlülükleri”, Çalışma Mevzuatı Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Antalya, 26-30 Eylül 2012.

Canpolat, Talat; Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992.

Cengiz Urhanoğlu, İhtar; “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 1957-1983.

Centel, Tankut; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 8, Sa. 29, Mart 2013, s. 13-24.

Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin; İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Osman Güven Çankaya, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Sorunlar”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, 2002/4, (Çevrimiçi), <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/642.pdf>.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canpolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 28. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, Eylül 2015.

Çubukcu, Erdoğan; “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Tanım ve Kavramlar”, TÜHİS Dergisi, C. 21, Sa. 2-3 Kasım 2007-Şubat 2008, s. 19-31.

Demir, Fevzi; “İş Sağlığı Ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHFHAD, c. 20, Sa. 1 (Özel Sayı), 2014, s. 675-703.

Demircioğlu, Murat/Kaplan, Hasan Ali; “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 30, 2013, s. 5-24 (İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi).

Demircioğlu, Murat/Kaplan, Hasan Ali; Sorularla İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016 (İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku).

Demircioğlu, Murat; Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2006.

Ekmekçi, Ömer; “Anahatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağı”, Çimento İşveren Dergisi, C. 22, Sa. 3, 2008, s. 4-18.

Ekmekçi, Ömer; “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları”, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyum Tebliği Kitabı, Ankara, ÇEİS Yayınları, 2008 (İSG Uygulamaları).

Ekmekçi, Ömer; “İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları”, Mercek Dergisi, Sa. 41, 2006, s. 100-107.

Ekmekçi, Ömer; “Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları”, Mercek Dergisi, Temmuz 2003, s. 132-139.

Ekmekçi, Ömer; 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayıncılık, 2005 (İşyeri Örgütlenmesi).

Ekonomi, Münir; “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Mart 2008, s. 21-52 (Üçlü İlişkiler).

Ekonomi, Münir; İş Hukuku (Ferdî İş Hukuku), C. 1, İstanbul, 1984.

Engin, Murat; “İş Sağlığı Ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağına Göre İstihdamında Zorunluluk Bulunan Personelin Hukuki Durumu”, İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu, 8 Aralık 2007-Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cibali Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 87-98.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014.

Ertürk, Şükran; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, Sa. 27, Eylül 2012, s. 13-24.

Evren, Öcal Kemal; İş Sağlığı ve Güvenliği El Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 7. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.

Gerek, Nüvit; “Alt İşverenlerin İdari Para Cezalarından Asıl İşverenlerin Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 19, Eylül 2010, s. 179-183 (İdari Para Cezaları).

Gerek, Nüvit; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Düşündürdükleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 28, Aralık 2012, s. 10-20 (Kanunun Düşündürdükleri).

Güzel, Ali; “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sa. 1, 2004, s. 31-66.

Kılıç, Cem/Bülbül, Okan Güray; “İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Geline Nökte Ve Devam Eden Aksaklıklar”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 27, Sa. 6, Kasım 2013, s. 6-23.

Kılıç, Leyla; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı ve 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 22, 2012, s. 91-121.

Kılıç, Leyla; İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2006 (İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama).

Kılış, İlknur/Demir, Seçil; “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 3, Sa. 1, Ocak 2012, s. 23-47.

Kılış, İlknur; İş Sağlığı ve Güvenliği, Bursa, Dora Yayıncılık, 2014.

Kurt, Resul; Herkes İçin İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, Haziran 2015.

Memişoğlu, S. Özgür/Çınar, Çağatay; “İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, *LİSGHD*, Sa. 33, 2012, s. 31-70.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal,Ulaş; İş Hukuku, 6. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal; “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Sorumluluklar”, *Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II*, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Mart 2008, s. 53-72.

Narter, Sami; İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

Ocak, Saim; “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Taraplara Getirdiği Yükümlülükler”, *Öz-İplik Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliğine Hukuki Bakış Paneli 12 Ekim 2012, İstanbul, Öz İplik-İş Eğitim Yayınları*, Mart 2013, s. 109-171.

Odaman, Serkan; “Fransa’da Ve Türkiye’de İş Sağlığı Ve Güvenliği Kurullarının Yapıları Ve İşlevleri”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 595-621.

Oğuzman, M. Kemal; Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, 4. bs., C. 1, İstanbul, 1987.

Özcan, Şeref; “Tersane İşyerlerinde Mevcut Olan İş İlişkileri Bağlamında İş Sağlığı ve Güvenliği”, *İş Müfettişleri Derneği, 2. Çalışma Yaşamı Kongresi, İş Müfettişleri Derneği, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Sosyal Politika Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 26-27 Nisan 2008*, s. 95-122.

Özcan, Şeref; “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Alt İşverenlik”, *İş ve Makine Dergisi*, C. 55, Sa. 655, s. 37-44.

Özdemir, Erdem; İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Aralık, 2014 (İş Sağlığı ve Güvenliği).

Özdemir, Kemal; “Uygulama Açısından İş Sağlığı Ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı”, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağı Sempozyumu*, 8 Aralık 2007-Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cibali Salonu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 99-112.

Sarıbay Öztürk, Gizem; İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015.

Seratlı, Gaye Burcu; “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, AÜHFHD, Sa. 2, 2004, s. 197-245 (İş Sağlığı ve Güvenliği I).

Seratlı, Gaye Burcu; “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, LİSGHD, Sa. 7, 2005, s. 1129-1172 (İş Sağlığı ve Güvenliği II).

Süzek, Sarper; “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri” Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, 2000, s. 305-324 (Çözüm Önerileri).

Süzek, Sarper; “İşverenlerin İş Sağlığı Ve Güvenliği Konusundaki Yükümlülükleri”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, Tşof Plaka Matbaacılık, s. 507-529 (İSG Yükümlülükleri).

Süzek, Sarper; Genel Görüşme, Çalışma Mevzuatı Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Antalya, 26-30 Eylül 2012.

Süzek, Sarper; İş Hukuku, 11. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015 (İş Hukuku).

Şahlanan, Fevzi; “4857 sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri”, 4857 sayılı Yeni İş Kanununun Değerlendirme Konferans Notları, 12-13 Temmuz 2003, s. 66-94 (Konferans Notları).

Şahlanan, Fevzi; “Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Mütessesil Sorumluluğunun Sınırları” (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, Sa. 370, Ocak 2011, Hukuk 55, s. 2-5.

Şahlanan, Fevzi; “Alt İşveren Kavramı”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1997 Yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1997, s. 191-200.

Şen, Murat/Naneci, Aslı; “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa. 15, Eylül 2009, s. 24-53.

Taşkent, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 1981.

Tuncay, Can; “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Bolu-Abant 16-19 Mayıs 1991, s. 63-74.

Yılmaz, Fatih; “6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu’nda Önleyici Yaklaşım Ve İşverenlerin Yükümlülükleri”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, Sa. 6/C. 25, Sa. 1-2, Mayıs-Ağustos-Kasım 2013, s. 44-69.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

www.kazanci.com

www.sinerjimevzuat.com.tr

www.legalbank.net

<http://www.kamu-is.org.tr/>

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/L-2/20160103/P1TT3xt3.html>

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/3242/regulation/11/made>

**№ 5580 SAYILI ÖZEL ÖĞRETİM KURUMLARI KANUNU
KAPSAMINDA YAPILAN ZİNCİRLEME İŞ
SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE KIDEM TAZMİNATI**

Karar İncelemesi

Yard. Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu*

T.C.

Yargıtay

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Esas Numarası: 2013/22-1443

Karar Numarası: 2014/958

Karar Tarihi: 26.11.2014

Dava: Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kütahya İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 10.05.2012 gün ve 2011/500 E.-2012/269 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 22.Hukuk Dairesi’nin 21.01.2013 gün ve 2012/9934 E.-2013/29 K. sayılı ilamı ile; (...Davacı vekili, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin davalı işverence haksız olarak feshedildiğini belirterek kıdem tazminatının hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Davalı vekili, iş sözleşmesinin davalı tarafından feshinin söz konusu olmadığını, taraflar arasındaki sözleşmenin süreli sözleşme olması sebebiyle süre sonunda sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğini, bu nedenle davanın kıdem tazminatına hak kazanamayacağını beyanla davanın reddini savunmuştur. Mahkemece taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi bulunduğu, sözleşmenin takip eden dönemde haklı bir neden olmaksızın yenilenmediği bu nedenle davacının kıdem tazminatına hak kazanacağı gerekçesiyle kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı taraf temyiz etmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 120. maddesi gereği halen yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde işçiye hangi hallerde kıdem tazminatı ödeneceği sayılmıştır. Bu hüküm, mutlak emredici olup, yorum yoluyla genişletilemez. Somut olayda, davacı, taraflar arasında imzalanan sözleşme içeriğine göre davalı bünyesinde belirli süreli sözleşmesi ile çalışmıştır. Süre sonunda işverence herhangi bir bildirim yapılmaksızın iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olmakla davacı kıdem tazminatına hak kazanamaz. Mahkemece davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* İstanbul Kültür Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü. Dava, kıdem tazminatı alacağının tahsili istemine ilişkindir. Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkete ait özel okulda 01/09/2006 tarihi itibarıyla fen ve teknoloji öğretmeni olarak çalışmaya başladığını, iş sözleşmesinin 05/09/2011 tarihinde ihbar önellerine uyulmaksızın; haklı ya da geçerli bir neden gösterilmeksizin kıdem tazminatı da ödenmeden fesih edildiğini belirterek, kıdem tazminatı alacağının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı şirket vekili, davacının belirli süreli hizmet akdi ile davalı işyerinde çalıştığını ve sözleşme süresinin sona ermesi nedeniyle iş akdinin fesih olduğunu, belirli süreli hizmet akitlerinin kendiliğinden sona ermesi nedeni ile kıdem tazminatı talep koşullarının oluşmayacağını, belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; davacının davalı işyerinde belirli süreli hizmet akdi ile çalışmakta iken iş akdinin yeni dönem için haklı bir neden olmaksızın davalı yanca yenilenmediği ve akdi yenilememede davalı yanın haklı nedenlerinin varlığı kanıtlanmadığından belirli süreli hizmet akdinin işverence sona erdirildiği gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı vekillerinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıya metni aynen alınan gerekçe ile bozulmuştur. Yerel Mahkemece, davacının en az 1 yıl süreli sözleşme ile 2006 yılından bu yana fen ve teknoloji öğretmeni olarak çalışmaya devam ettiği ve her yıl sözleşmesinin yenilendiği, 2011 yılında ise davacının sözleşmesinin yenilenmesini beklemesine rağmen, davalı işveren tarafından herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin sözleşmenin yenilenmemesi nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesinin süre sonunda işveren tarafından yenilenmeyerek feshedildiği gerekçesiyle önceki kararda direnmiştir. Direnme kararını temyize davalı vekili getirmiştir. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, belirli süreli hizmet sözleşmesi ile öğretmen olarak çalışan ve süre sonunda sözleşmesi yenilenmeyen davacının kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (mülga) 338. maddesinde, "Hizmet akdi, muayyen bir müddet için yapılmış yahut böyle bir müddet için maksut olan gayesinden anlaşılmakta bulunmuş ise, hilafı mukavele edilmiş olmadıkça feshi ihbara hacet olmaksızın bu müddetin müruriyle, akit nihayet bulur" kuralı mevcuttur. Anılan hükme göre, belirli süreli hizmet sözleşmesinin kurulması için, tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapma konusunda iradelerinin birleşmesi yeterlidir. Belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemenin bulunduğu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11.maddesindeki, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılması halinde sözleşme belirsiz süreli sayılır. 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. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar" şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir. Borçlar Kanunundaki düzenlemenin aksine, iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak, ana kuralın belirsiz süreli sözleşme olduğu kabul edilmiştir. İş sözleşmesinin süresinin kanunla belirlenmiş olması halinde, Kanunda belirtilen süreye uygun olarak yapılan sözleşmelerin

belirli süreli olmasının yasal bir zorunluluk olması nedeniyle bu sözleşmelerde objektif nedenin varlığı aranmayıp, sözleşmenin zincirleme olarak birden fazla yapılması halinde de belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi söz konusu değildir. Bilindiği üzere, özel öğretim kurumları, 08.06.1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununu yürürlükten kaldıran 08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile düzenlenmektedir.

5580 sayılı Kanunun 9.maddesi uyarınca özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmelerinin en az bir takvim yılı süreli ve yazılı olması gerekmektedir. Yapılan iş sözleşmesinde görevin, türü, süresi, ders sayısı, aylık ücret veya ders saati başına verilecek ücret miktarı, terfi süreleri, zam oranları, sözleşmenin uzatılması, feshi şartlarının belirtilmesi gerektiği gibi mevzuata aykırı olmamak kaydıyla sözleşmeye isteğe bağlı özel şart ve hükümler konulması da mümkündür.

Halen yürürlükte olan ve kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14.maddesinde "Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin..." cümlesi ile iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının kıdem tazminatına hak kazanma açısından önemli olmadığı belirtilmiştir. Burada önemli olan fesih iradesinin kim tarafından ortaya konulduğu ve kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Örneğin belirli süreli iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24.maddesi uyarınca haklı nedenle fesheden işçi bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Elbette kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi kararlaştırılmış ve süre sonunda taraflardan herhangi biri fesih iradesini ortaya koymamış ise iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği açıktır. Ancak belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinden önce taraflardan biri yenilememe iradesini ortaya koymuş ise burada yenilemeyen tarafın iradesine göre kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılamayacağı araştırılmalıdır, işveren yenilememe iradesini göstermiş ve haklı nedene dayanmıyor ise bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatı ödenmelidir.

Hizmet ilişkisine işveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesine göre; bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınması gerektiği vurgulanmıştır (m 2/3). Bu nedenle gerek 158 sayılı ILO Sözleşmesi, gerekse iş hukukuna egemen olan "işçi lehine yorum" ilkesi gözetildiğinde, kanun gereği belirli süreli kabul edilen sözleşmeyi, haklı bir neden olmaksızın yenilememe iradesini gösteren işverenin koşulların var olması halinde sona eren sözleşme nedeniyle kıdem tazminatından sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, davacının çalıştığı iş yerinde halen görev yapan müdür yardımcısının, henüz sözleşme devam ederken 2011 yılı Ağustos ayında davacının sözleşmesinin yenilenmeyeceğini beyan ettiği ve 2011 Eylül döneminde okula yeni bir fen bilgisi öğretmeni alındığı konusundaki tanık beyanları, davacının davalıya çekmiş olduğu ihtarname ve Kütahya Bölge Çalışma Müdürlüğüne yapmış olduğu başvuru birlikte değerlendirildiğinde davacının 1 er yıllık belirli süreli sözleşmeler ile 2006 yılından bu yana fen ve teknoloji öğretmeni olarak çalışmaya devam ettiği ve her yıl sözleşmesinin yenilediği, 2011 yılında ise davacının, sözleşmesinin yenilenmesini beklemesine rağmen davalı işveren tarafından herhangi bir gerekçe gös-

terilmeksizin sözleşmenin yenilenmemiş olması nedeniyle sona eren sözleşme nedeniyle davacının kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmelidir.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, davacının iş sözleşmesinin sürenin sonunda işveren haklı bir neden gösterilmeksizin yenilenmemesi nedeniyle kıdem tazminatı taleplerinin kabulü gerekir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları, dosyadaki tutanak ve kanıtlar, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenler gözetildiğinde, yerel mahkemenin yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle direnme kararının onanması gerekir.

Sonuç: Açıklanan gerekçeyle; davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile temyiz olunan direnme kararının ONANMASINA, aşağıda dökümü yazılı (493,59 TL) harcın temyiz edenden alınmasına, 26.11.2014 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

Muhalefet Şerhi:

Somut olayda, davalıya ait özel öğretim kurumunda öğretmen olarak çalışan davacının süresi belirli iş sözleşmesi ile çalıştığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Özel Daire ile mahkeme arasındaki uyuşmazlık belirli süreli sözleşmenin süre bitimi ile sona ermesi nedeniyle davacının kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitimi ile işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı konusuna geçmeden önce belirli süreli iş sözleşmesinin şartlarına, belirsiz süreli sözleşmeye göre avantajlı veya dezavantajlı yönlerine değinmekte yarar vardır.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddelerinde öngörülen iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı ve sözleşmenin süresinden önce işverenin haksız feshi halinde ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Keza belirli süreli iş sözleşmesi, süre bitimi ile kendiliğinden sona erdiği için işçinin kıdem tazminatı hakkı da yoktur (ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 3.Bası, Ankara 1976, s.338-339;ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 25.Bası, Eylül 2012, İstanbul, s.319;SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 2006, s.553; NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 3.Bası, İzmir 1998, s.428; ALPAGUT, Gülsevil: Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, s.200-201; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, 5.Bası, Ankara 2012, s.961;AKYİĞİT, Ercan: Kıdem Tazminatı, Ankara 2010, s.272-273;SÜMER, Haluk Hadi: İş Kanunu, 16.Baskı, Konya 2011, s.] 18; GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Ankara 2009, s.3011; GÜMRÜKÇÜOĞLU BOZKURT, Yeliz: Türk İş Hukukunda Belirli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012,s.298;Yarg. 9 HD.16.2.1996, 26332-2570;Yarg. 9.HD. 22.2.2001, 18588-3147). Buna karşılık, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi halinde işçi bakiye süre ücreti tutarında tazminata hak kazanmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, belirli süreli iş sözleşmesi genellikle işçi aleyhine olduğundan işverenin belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. İşçi lehine olduğu için iş hukukunda belirsiz süreli iş sözleşmesi asıl, belirli süreli iş sözleşmesi ise istisna olarak kabul edilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmesi: "iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme", belirsiz süreli iş sözleşmesi ise "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" olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı; aksi halde iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edileceği, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli olma özelliğini koruyacağı belirtilmiştir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması kanunda örnekleme yoluyla belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için objektif koşullar bulunmasına rağmen taraflar isterlerse sözleşmeyi belirsiz süreli yapabilir. Bu açıdan objektif koşulların varlığı halinde, kural olarak, sözleşmenin belirli süreli olup olmayacağı tarafların iradelerine bağlıdır. Sözleşme bazen tarafların iradesi dışında, kanun hükmü gereğince belirli süreli yapılmak zorundadır. Kanuni düzenlenmeden kaynaklandığında objektif koşulların bulunup bulunmadığına bakılmayacağı; zincirleme yapılan sözleşmelerin belirli süreli olma özelliklerini korudukları kabul edilmektedir. Yerleşik Yargıtay uygulaması 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9.maddesinde yer alan düzenlemenin belirli süreli sözleşme yapma zorunluluğunu öngördüğü yönündedir. Anılan hükme göre "Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılır. Mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre için de iş sözleşmesi yapılabilir...". Hemen belirtelim: 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9.maddesinde yer alan "en az bir yıllık" ifadesi ile amaçlananın asgari süreli sözleşme olduğu; süre bitiminin fesih mahiyetinde değerlendirilmesi gerektiği, bu durumda kıdem tazminatı hakkının doğacağı şeklinde ifade edilen saygın görüş, daire ile mahkeme arasında sözleşmenin belirli süreli olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmaması nedeniyle değerlendirmemizin dışında kalmıştır. Kuşkusuz sözleşmenin belirsiz süreli olarak nitelendirilmesi durumunda kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekecektir. Somut olayda sözleşme belirli süreli kabul edildiğine göre belirli süreli sözleşmenin niteliği göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmamıştır.

Tarafların serbest iradeleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapmakla, sözleşmenin süre bitimi ile sona ermesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanılmayacağı hukuki sonucunu öngördükleri/istedikleri varsayılabilir. Ancak, sözleşmenin tarafların iradesi dışında belirli süreli yapılmak zorunda kaldığı durumda tarafların sözü edilen sonucu istedikleri varsayılmaz. Ne var ki, Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120.maddesi gereğince yürürlükte bulunan 14.maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleri tahdidi olarak sayılmış olup, bunların arasında "belirli süreli sözleşmenin süresinin bitimi" yer almamaktadır. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, sözleşmenin yenilenmeyeceğinin önceden bir ihbar şartına bağlanması durumunda işverenin yenilememe ihbarında bulunmasını fesih bildiri olarak değerlendirek kıdem tazminatına hükmedilmesi gerektiğine ilişkin başlattığı uygulama (05.04.1994, 5717-5181) istikrar kazanmış, böylece bu hususta ortaya çıkan sorun kısmen çözüme kavuşturulmuştur. Öğretide yenilememe beyanının süre bitiminin hatırlatılması olduğu, fesih bildiri olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığı (EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim,

Bireysel İş Hukuk, İstanbul 2006, s. 199) haklı olarak ifade edilmekle birlikte, Yargıtay'ın bu güne kadar işverenin yenilememe beyanını bir fesih olarak değerlendirmesi dahi 1475 sayılı İş Kanununun 14.maddesinin emredici hükmüne hassasiyet gösterdiği şeklinde yorumlanabilir.

Somut olayda, davacı davalıya ait özel öğretim kurumunda öğretmen olarak çalışmış olup, taraflar arasında ardarda yapılan dört adet belirli süreli sözleşmelerde yenilememe önceden ihbar şartına bağlanmışsa da, beşinci kez yapılan dava konusu süreli sözleşmede anılan düzenlemeye yer verilmemiştir. Beşinci sözleşme sürenin bitimi ile kendiliğinden sona ermiştir. Sözleşme sona ermeden önce davalı işverence sözleşmenin yenilenmeyeceği yönünde herhangi bir beyanda bulunulmamıştır.

Sözleşmenin bitimini takip eden gün başka bir öğretmenin istihdam edilmesi sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği şeklinde değerlendirilemez. Kaldı ki, muhatabına yönelik yapılmayan bir irade beyanına değer verilemez. Süre bitiminde başka bir öğretmenin istihdamı sözleşmenin işverence yenilenmediği şeklinde yorumlansa bile yenilememe bir fesih bildirimidir. Yukarıda belirtildiği gibi, mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14.maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran ve tahdidi olarak sayılan sona erme halleri arasında "belirli süreli sözleşmenin süresinin bitimi" belirtilmemiştir.

Kanun koyucu tarafından belirli süreli sözleşmelerin sözleşme süresince işçiye nisbi bir iş güvencesi sağladığı düşüncesi ile kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme sebepleri arasında "süre bitimi" ne bilinçli olarak yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle burada bir boşluktan söz edilemez. 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihinden önce 1475 sayılı İş Kanunu'nun 98.maddesinde 14.maddede belirtilen esaslara aykırı olarak kıdem tazminatı ödeyen işverenler için hapis ve para cezası öngörüldüğü için kıdem tazminatına ilişkin hükümler mutlak emredici nitelikte kabul edilmekteydi. 4857 sayılı İş Kanunu'nda benzer bir cezai hükme yer verilmemiş olması 14.madde esaslarını mutlak emredici olmaktan çıkarsa bile maddede belirtilmeyen bir sona erme sebebine dayanılarak kıdem tazminatı talep edilmesi mümkün değildir.

Hükmün mutlak emredici olmaktan çıkması karşısında tarafların süre bitimi halinde kıdem tazminatı ödeneceğini kararlaştırabilmeleri mümkün ise de, somut olayda bu yönde bir sözleşme hükmü bulunmamaktadır. Hukuk Genel Kurulunun 30.05.2014 tarih ve 2014/22-391-710 sayılı kararında da belirtildiği üzere "belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitimi ile sona ermesi durumunda; sözleşmenin sürenin bitimi ile kendiliğinden sona ermesi hali 14.maddede sayılan sona erme biçimlerinden olmadığından, diğer bir ifade ile belirli süreli iş sözleşmesi sürenin sonunda herhangi bir fesih bildirimine gerek olmaksızın kendiliğinden sona ereceğinden; işveren tarafından yapılmış bir fesih söz konusu olmadığı için, işçinin kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir". Hukuk Genel Kurulunun 18.09.1996 gün ve 1996/9-489-594 sayılı kararı da aynı doğrultudadır. Sayın çoğunluğun görüşü doğrultusunda verilen onama kararı ile 1475 sayılı Kanun'un 14.maddesinde tahdidi olarak belirtilen sona erme halleri arasına "belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitimi" de eklenmiş olmaktadır ki, bu sonucun kanun koyucunun iradesine aykırı olduğu açıktır. Belirtilmelidir ki, hukukta yorum yoluyla istisnalar üretilemez, istisnalar da geniş yorumlanamaz.

Belirttiğimiz nedenlerle direnme kararının bozulması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun onama yönündeki görüşüne katılamıyoruz.

Mesut BALCI Seracettin GÖKTAŞ Ahmet TAŞKIN Ahmet YENER Adem ALBAYRAK

KARARIN İNCELENMESİ

1. Karara Konu Olayın Özeti

1.1. Davacı 01.09.2006 tarihinden itibaren davalıya ait özel okulda fen ve teknoloji öğretmeni olarak çalışmaya başlamış, yenilenen birer yıllık iş sözleşmeleri ile çalışmayı sürdürmüş, 05.09.2011 tarihinde iş sözleşmesinin ihbar önelerine uyulmaksızın ve haklı/geçerli bir sebep olmaksızın feshedildiği iddiası ile kıdem tazminatı alacağına davalıdan tahsilini talep etmiştir.

1.2. Davalı ise taraflar arasındaki belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sona ermesi ile kendiliğinden sona erdiğini, kıdem tazminatı talep koşullarının oluşmayacağını belirterek davanın reddini savunmuştur.

1.3. Yerel mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

1.4. Hüküm davalı vekilince temyiz edilmiş Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin emredici hüküm olup yorumla genişletilmesinin mümkün olmadığı, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli ve sürenin sona ermesiyle kendiliğinden sona ermiş olduğu ve bu sebeple kıdem tazminatına hak kazanılamayacağı gerekçesi ile kararı bozmuştur.

1.5. Yerel mahkemece yeniden yapılan yargılamada yerel mahkeme kararında direnmiştir.

1.6. Direnme kararı davalı vekilince temyiz edilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'na davacının her yıl sözleşmesinin yenilendiği, 2011 yılında davacının yenileme beklemesine rağmen sözleşmesinin yenilenmediği, "işçi lehine yorum" ilkesi gözetildiğinde, kanun gereği belirli süreli kabul edilen sözleşmeyi, haklı bir neden olmaksızın yenilememe iradesini gösteren işverenin koşulların var olması halinde sona eren sözleşme nedeniyle kıdem tazminatından sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerektiği gerekçeleri ile direnme kararının onanmasına karar verilmiştir.

2. Hukuki Problem

Uyuşmazlık özel okulda belirli süreli iş sözleşmesi ile öğretmen olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin uzun yıllar yenilendikten sonra yenilenmesinin kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden olup olmadığına ilişkindir. Kararda asli olarak tartışmalı olan husus sözleşmenin yenilenmemesi neticesinde 5580 sayılı Kanun kapsamında çalışan kimselerin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı noktasında toplanmaktadır. Bilindiği üzere kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılmayacağını belirlemesi, sözleşmenin sona erme biçiminin tespitine bağlıdır. Bu ise öncelikle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin türünün belirlenmesini gerektirmektedir. İnceleme konusu kararda tartışma konusu yapılmamakla birlikte, Yargıtay'ın son dönem vermiş olduğu kararlarda sözleşmenin türünün tespiti bakımından bir içtihat birliği olmadığı görülmektedir. Bu açıdan öncelikle özel okul öğretmenleri ile yapılan iş sözleşmelerine uygulanacak mevzuat çerçevesinde iş sözleşmesinin türü tespit edilmeye çalışılacaktır. Ardından buradaki tespitlerimize bağlı olarak kıdem tazminatı hak kazanma halleri açısından Hukuk Genel Kurulu'nun karardaki tespitleri tartışılacaktır.

3. Özel Okul Öğretmenlerinin İş Sözleşmeleri

3.1. Uygulanacak Mevzuat

Özel okul öğretmenleri ile yapılan sözleşmeler, hukuken iş sözleşmesi niteliğinde olduğundan buralarda çalışanlara özlük hakları yönünden 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanmaktadır ve bu kimseler işçi statüsündedir¹. Özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerle yapılacak iş sözleşmelerine ilişkin olarak, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda özel düzenlemeler yapılmıştır². Özel okul öğretmenleri ve yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmeleri, 5580 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, 625 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

3.2. Genel Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi

İş sözleşmelerinde belirli-belirsiz süreli ayırımı, taraflarca sözleşmede süre kararlaştırılmış olup olmadığına dayanmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmeleri, sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca sözleşmenin sona ereceği anın kararlaştırıldığı ve daha sözleşmenin başlangıcında sona erme zamanının bilindiği sözleşmelerdir³. Bir iş sözleşmesinin belirli süreli olduğundan söz edebilmek için, sözleşme süresinin belirlenmiş yahut belirlenebilir olması, özellikle de işçi tarafından sözleşmenin belirli süreli olduğunun anlaşılabilir olması gerekir. Aksi halde, sözleşmenin belirli süreli olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca sözleşmede süre kararlaştırılmış olması tek başına belirli süreli iş sözleşmesinin varlığı ve geçerli olarak kurulması açısından yeterli değildir. Belirli süreli iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan tanıma göre, "*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...*"dir (m. 11/1). Bu tanım doğrultusunda sözleşmenin belirli süreli kabul edilebilmesi için "*objektif koşul*"ların⁴ varlığı aranmaktadır⁵. Bununla birlikte, objektif koşulların varlığı iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılmasını bir zorunluluk haline getirmemektedir. Taraflar objektif koşulların varlığına rağmen sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu kararlaştırabilirler. Süreye ilişkin bir anlaşma bulunmadığında sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilmektedir.

¹ Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 42. maddesine göre, "Kurumlarda görev yapan eğitim personeli ile diğer personel, Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, sosyal güvenlik ve özlük hakları yönünden, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanununun hükümlerine tabidir."

² 08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, 08.06.1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır (5580 sayılı ÖÖKK m. 14/1).

³ Öğretide yapılan farklı tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1998, 8 vd.; ALPAGUT, Gülsevil, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi", MERCEK, Ocak, S. 33, Yıl. 9, 2004, 73-91; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, 12-16 ve orada anılan yazarlar; ESENER, Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, 134; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2015, 259 vd.

⁴ Objektif koşul kavramına ilişkin olarak bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 159 vd.

⁵ Sözleşmenin ilk defa yapılmasında objektif koşulların aranıp aranmayacağına yönelik tartışmalar için bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 164-169 ve orada anılan yazarlar.

Böylece, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde belirli süreli iş sözleşmesi, objektif koşulların varlığı halinde, sözleşmenin sona erme anının sözleşme kurulduğu esnada taraflarca takvime göre veya amaca dayalı olarak belirlendiği ve önceden öngörülebilir olduğu iş sözleşmesi olarak tanımlanabilir⁶.

3.3. Zincirleme İş Sözleşmesi Kavramı

Belirli süreli iş sözleşmelerinin birbirini takip eder biçimde ardı ardına yapılması veya yenilenmesine zincirleme iş sözleşmesi denilmektedir⁷. Zincirleme iş sözleşmesinin kabulü için sözleşmeler arasında süre kesintisi olmaması şart olmayıp, birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri arasındaki sürenin hukuki ilişkinin bütünlüğünü bozacak uzunlukta olmaması gerekmektedir. Aksi halde, zincirleme iş sözleşmesinin kabulü mümkün değildir⁸. Mevsimlik işler dışında Yargıtay kararlarında da kısa aralıklarla yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme iş sözleşmesi olarak kabul edildiği görülmektedir⁹. Ayrıca, yapılan işin türü, ücret gibi unsurları birlikte değerlendirilerek somut olay bakımından sözleşmelerin bir bütün oluşturup oluşturmadığı tespit edilmeli ve zincirleme iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir¹⁰. İş Kanunu'nun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.*" Buna göre zincirleme iş sözleşmesinin belirli süreli olma niteliğini koruyabilmesi için, esaslı bir nedenin varlığına ihtiyaç vardır¹¹. Esaslı bir nedenin varlığı halinde ard arda yapılmış olsalar da sözleşmeler belirli süreli olma özelliğini koruyacaktır¹².

⁶ 99/70 sayılı AB Yönergesi ve Alman Hukuku'ndaki durum için bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 134 vd.; GÜZEL, Ali/ÖZKARACA, Ercüment/UGAN, Deniz, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 475-567.

⁷ Zincirleme iş sözleşmelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 17-19.

⁸ ALPAGUT, Gülsevil, "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, 92; ALPAGUT, Belirli Süreli, 58; GÜLER, Mikdat, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", LEGAL İHSGHD, 2005, S. 5, 52; GÜZEL/ÖZKARACA/UGAN, 557-558; NARMANLIOĞLU, Ünal, "Aralıklarla Kurulmuş İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Kıdem/Hizmet Süresinin Belirlenmesine İlişkin Kanuni Esaslar ve Yargıtay'ın Tutumu", Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, 319; SUR, Melda, "Belirli Süreli Hizmet Akidlerinin Sona Ermesine İlişkin Bazı Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XL, Ocak-Aralık 1985, No: 1-4", 274.

⁹ Yarg. 9. HD., 30.6.2003, E. 2003/1553, K. 2003/12237; Yarg. 9. HD., 7.2.2001, E. 2000/8506 K. 2001/1892; Yarg. 9. HD., 13.11.2002, E. 2002/23829, K. 2002/21243 (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası). Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ise, 12. Juni 2008 tarihli Vassilakis/Dimos Kerkyraion kararında, sözleşmeler arasındaki sürenin üç aydan kısa olması halinde zincirleme iş sözleşmesinden bahsedileceğini kabul etmiştir. BeckRS 2009, 71326.

¹⁰ ALPAGUT, Belirli Süreli, 58.

¹¹ Esaslı neden kavramına ilişkin olarak bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 174 vd.

¹² AB Yönergesi ve Alman İş Hukuku'nda zincirleme iş sözleşmelerine getirilen sınırlamalar için bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 135 vd. Ayrıca bkz. BAŞTERZİ, Süleyman, "Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Öngördüğü Sistem", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 119-190; GÜZEL, Ali/ERTAN, Emre, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları

Aksi halde, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecektir. Zincirleme iş sözleşmeleri bakımından aranan esaslı nedenin ilk defa kurulan belirli süreli iş sözleşmesindeki veya bir önceki belirli süreli iş sözleşmesindeki objektif koşulla aynı olması aranmaz¹³.

Birbiri ardına yapılan sözleşmelerin zincirleme iş sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığı, sürelendirilmenin geçerliliğinin denetlenmesi bakımından önemlidir. Şöyle ki: esaslı nedenin bulunmadığı hallerde zincirleme iş sözleşmesi söz konusu olduğunda, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşür. Sözleşmeler arasındaki bütünlük kesildiğinde ise, sadece son yapılan belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşula dayanıp dayanmadığı denetlenebilecektir. Hukukumuzda esaslı neden mevcut olduğu sürece yapılabilecek zincirleme iş sözleşmesinin süresi ve sayısına ilişkin yasal bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁴. Bu çerçevede özel okul öğretmenleri ile yapılacak belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da sayı ve süre sınırlaması söz konusu olmamak gerekir.

3.5. Özel Okul Öğretmenleri İle Yapılacak Sözleşmenin Türü

3.5.1. Genel Olarak

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun "özlük hakları ve sorumlulukları" başlıklı 9. maddesine göre, "*Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılır. Mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre için de iş sözleşmesi yapılabilir.*"¹⁵. Kural olarak 5580 sayılı Kanun gereğince sözleşmenin sü-

Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılma Ve Yenilenme Koşulları", Legal İHSGHD, 2008/18, 404 vd.

¹³ ALPAGUT, 4857 Sayılı Yasa, 85; GÜLER, 52 vd.; AYAN, Serkan, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", AÜHFD C. 54, S. 4, 2005, 460; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 175. Yargı HGK, 03.12.2008, E. 2008/9-716, K. 2008/726. (Kazancı Mevzuat ve İhtihat Bankası).

¹⁴ Görüş ve tartışmalar, AB Hukuku ve Alman Hukuku'ndaki durum için bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 174-179 ve orada anılan yazarlar. Yargıtay, 2005 yılında vermiş olduğu bir kararda, "Özel Kanunlar haricinde altı yıl gibi bir süre de ard arda yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri 4857 sayılı Kanunun 11. maddesi amacı dışına çıkacağından işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilmelidir." ifadesine yer vererek özel kanunlardan doğan sözleşmeler haricinde yasadaki olmayan bir süre sınırı getirmeye çalışmıştır. Kararda ard arda uzun süre sözleşme yapılmasının Kanun'un amacının dışına çıkmasına dayanılmıştır. Yarg. 9. HD., 5.5.2005, E. 2005/12170, K. 2005/15792 (Çalışma ve Toplum, 2005/I, S. 4, 231-233). GÜZEL tarafından yapılan değerlendirme için bkz. GÜZEL, Ali, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, 31-32. Ayrıca bkz. GÜZEL/ÖZKARACA/UGAN, 559. Aynı yönde Yarg. 9. HD., 21.4.2009, E. 2008/9422, K. 2009/11563

¹⁵ 5580 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte olan 625 sayılı Kanun'un 32. maddesinde, "Özel öğretim kurumlarında grev yapılamaz, bu kurumlarda çalışan öğretmenler, sendika kuramazlar ve sendikalara üye olamazlar. Özel öğretim kurumlarında çalışan müdür, diğer yönetici ve öğretmenler ile kurumların kurucuları veya kurucular temsilcisi arasında hizmet akdi en az bir yıl süreli olmak kaydıyla yazılı olarak yapılır. Yazılı sözleşmede görevin türü, süresi, ders sayısı, aylık ücret veya ders saati başına verilecek ücret miktarı, terfi süreleri, zam oranları, sözleşmenin uzatılması, fes-

resi bir yıldan daha kısa olamayacaktır. Ancak mazeretleri sebebiyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine işe alınacaklarla yapılacak sözleşmeler ve devredilen kurumların öğretmen ve öğreticileri ile yapılacak sözleşmeler bir yıldan kısa süreli olabilecektir (ÖÖKK m. 9/1 c. 2). Buna karşılık sözleşmenin azami süresine ilişkin yasal bir sınırlama getirilmediğinden, bir yıldan daha uzun süreli sözleşme yapılmasının da mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Madde metninde yer verilen “*en az bir takvim yılı süreli*” ifadesi, sözleşmenin asgari süreli olduğu ya da belirli süreli olduğu ancak sözleşme süresinin en az bir yıl olması gerektiği şeklinde yorumlanabilir. Öğretimde çoğunluk görüşü, 5580 sayılı Kanun’un, özel okul öğretmenleriyle belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını yasal bir zorunluluk olarak öngördüğü yönündedir¹⁶. Eğitimin ak-

hi şartları belirtilir. Milli Eğitim Bakanlığınca uygun görülecek geçici mazeretleri nedeniyle okuldan ayrılmak zorunda bulunan öğretmenlerin yerine alınacak olan öğretmenlerle, bir yıldan daha az bir süre için de sözleşme yapılabilir.” hükmü yer almaktaydı. Öğretimde çoğunluk tarafından bu hükmün eğitimin öğrenciler yararına en az bir yıl kesintisiz olarak sağlanması amacıyla hizmet ettiği ve belirli süreli iş sözleşmesi öngörüldüğü kabul edilmekteydi. ALPAGUT, Belirli Süreli, 114; BAŞTERZİ, 173; CENTEL, Tankut, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 90; EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, 83; EKONOMİ, Münir, “Zincirleme Hizmet Akitlerinin Belirsiz Süreli Hizmet Akdine Dönüşmeyeceği Haller ve Sonuçları”, İHU İşK 9, No:4; ERTÜRK, Şükran, “Türk ve Alman Hukuku’nda Belirli Süreli İş Akidlerine Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. Turhan ESENER’e Armağan, Ankara 2000, 235; GÜLER, 45; LAÇİNER, Vedat, Befristete Arbeitsverträge im türkischen und deutschen Arbeitsrecht, Hamburg 2005, 115; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, 182; TUNCAY, A. Can, “Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi-Özel Okul Öğretmeniyle Yapılan Hizmet Sözleşmesi-İhbar Tazminatı”, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi, C. II, 1992, 579; TUNCAY, A. Can, “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı, İstanbul 2003, 130. Bkz. krş. ULUCAN, Devrim, “4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri”, 25-29 Haziran 2003 Çeşme, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2003, 44; ALPAGUT, 4857 Sayılı Yasa, 84. Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği’nin 43. maddesine göre, “4857 sayılı İş Kanununun hükümlerine göre kurucu veya kurucu temsilcileri ile eğitim personeli arasındaki iş sözleşmeleri, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan sözleşme formu (EK-5) esas alınarak en az bir yıl süreli olmak üzere üç nüsha düzenlenir ve taraflarca imzalanır. Bu sözleşmelerin bir nüshası, çalışma izni düzenlenmek üzere ilgili mercide, bir nüshası kurucu veya kurucu temsilcisinde kalır, diğer nüshası ise sözleşmeye taraf olan personele verilir. Ancak;

- a) Mazeretleri nedeniyle dönem içerisinde görevlerinden ayrılanların yerine görevlendirilecek eğitim personeli,
- b) Devredilen kurumlarda devredilmeden önce görev yapan eğitim personeli,
- c) Ders saati ücretli olarak görevlendirilecek eğitim personeli ile bir yıldan daha az süreli de iş sözleşmesi yapılabilir”.

¹⁶ AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN SENYEN, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2009, 87; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Ankara 2010, 106; CAMKURT, Mehmet Zülfi, “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.21, S.4, Mayıs 2008, 70; CENTEL, Tankut, “Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması”, Sicil, S. 6, Haziran 2007, 22; GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2010, 80, dn. 192; MANAV, A. Eda, İş Hukukunda Geçersiz Feshin ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, 50; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, 4. Bası, Ankara 2011, 380; SÜZEK, 266; TAŞKIN, Pelin, “5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, Anka-

samamı açıısından belirli süreli iş sözleşmesi yapılması bir zorunluluk olup, bu durum bir objektif koşul teşkil eder. Aksi yöndeki bir fikre göre ise, yasal düzenlemede sözleşme süresinin bir yıldan az olamayacağı belirtilmiş olup, bunu aşar biçimde belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılmasına engel teşkil etmez¹⁷. Bu görüşe göre, kanun metni sözleşmenin sona erme tarihinin belirlenmesine yönelik değildir. Bu sebeple de taraflar objektif koşulların varlığı halinde belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecek, objektif koşulların bulunmadığı halde ise, sözleşme belirsiz süreli olarak kurulacaktır¹⁸. Sözleşmenin en az bir takvim yılı süreli olması belirli süreli değil asgari süreli bir iş sözleşmesi olduğunu göstermektedir¹⁹.

Öğretide ileri sürülen bir fikre göre, iş güvencesi hükümlerinin getirilmesinden sonra eğitimin aksamaması amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılması gerekmemektedir²⁰. Eğitimin aksamaması amacının asgari süreli iş sözleşmeleri ile gerçekleştirilmesi de mümkün olabilir. Ancak bunun için sözleşmenin eğitim yılı içerisinde her iki tarafça da feshini önleyecek yasal bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir²¹. Aksi halde belirsiz süreli iş sözleşmelerine sağlanan iş güvencesinin tek başına eğitimin aksamaması amacını gerçekleştirmede yeterli olmayacağını düşünmekteyiz. Kaldı ki, iş güvencesi sisteminin uygulamada işçiyeye beklenen güvenciyi sağlayamadığı da dile getirilmektedir. Mevcut uygulamamız bakımından işe iade davalarının oldukça uzun sürdüğü, sistemimizde ihtiyati tedbir niteliğinde bir işe iadenin mümkün olmadığı, işe iade kararı verildiği takdirde de işverenin iade yerine tazminat ödeme imkânına sahip olduğu da bu açıdan dikkate alınmak gerekir. Ayrıca eğitimin aksamaması amacı sadece işveren tarafından gerçekleştirilecek fesihlerin önlenmesiyle sağlanamayacak olup, işçinin de sözleşmesini eğitim dönemi içerisinde feshedememesi ile bu amaca ulaşılması mümkün olacaktır. Bilindiği üzere sözleşmenin işçi tarafının fesih açısından geçerli yahut haklı bir sebebe ihtiyacı bulunmamaktadır. İhbar süresine uyarak süreli fesih hakkına getirilmiş özel bir sınırlama olmadıkça her zaman işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshi mümkündür. Aksi halde sözleşme asgari süreli iş sözleşmesi olarak kabul edildiğinde, asgari süre sona erdikten sonra her iki tarafça da süreli fesih mümkün hale gelir. Bu bakımdan eğitim dönemi içerisinde olunması da önem arz etme-

ra Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı: 2010/4, 168. 625 sayılı Kanun döneminde aynı görüşü savunan yazarlar için bkz. yukarıda dn. 16.

¹⁷ AKYİĞİT, Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara 2008, 461.

¹⁸ CANBOLAT, Talat, "Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi", LEGAL İHSGHD, S. 13, 2007, 203-204; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul 2014, 120.

¹⁹ CANBOLAT, 207. Sözleşmenin belirli süreli yapılabileceği gibi, asgari süreli olarak yapılmasının da mümkün olduğu yönünde bkz. AKYİĞİT, "İşveren Vekilinin İş Güvencesi", <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/743.pdf>. E.T. 01.09.2015 Asgari süreli iş sözleşmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, "İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart", SİCİL, Aralık, 2007, S.8, 21 vd.; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 21- 28; SÜZEK, 275. 5580 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen iş sözleşmelerinin asgari ve en az üç yıl süreli olarak yapılabilmesi yönündeki 20.07.2015 tarihli kanun teklifi için bkz. <https://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/009242.pdf> E.T. 20.09.2015

²⁰ ALPAGUT, 4857 Sayılı Yasa, 84.

²¹ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 238.

yecektir ki, bu durum söz konusu kurumlarda verilen eğitimin kalitesini ciddi ölçüde tehlikeye düşürebilir. Kanaatimizce, sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi ancak sözleşme dönemi sona erdikten sonra, işverenin belirli koşulların varlığı halinde sözleşmeyi yenileme yükümlülüğü altında olacağına ilişkin bir yasal düzenleme yapılması ve son olarak da yasa gereği belirli süreli iş sözleşmesi olduğu kabul edilen bu sözleşmelerin sürenin sonunda kendiliğinden sona ermesi halinde de kıdem tazminatına hak kazanılacağına düzenlenmesi isabetli olacaktır. Ancak bu çözüm yolu sadece olması gereken hukuk açısından bir öneri niteliği taşımaktadır.

Mevcut yasal düzenleme açısından değerlendirmek gerekirse, 625 sayılı Kanun dönemindeki eleştirilere ve Yargıtay'ın bu dönemdeki yeknesak yorumuna rağmen, 5580 sayılı Kanun'da da aynı hükmün değişiklik yapılmaksızın muhafaza edilmesi karşısında, kanun koyucunun açıkça belirli süreli iş sözleşmesini amaçladığını ve hükmün sözleşmenin asgari süreli olması şeklinde yorumlanamayacağını düşünmekteyiz. Kanaatimizce burada normun koruma amacı işçinin işinin güvence altına alınmasından öte bu kurumlarda eğitim gören öğrencilerin eğitimlerinin aksamaya uğramadan devam ettirilebilmesidir. Bu sebeple kanun metninde geçen "en az bir yıl süreli" ifadesi, belirli süreli iş sözleşmesinin en az bir yıl süreli olabileceği ancak taraflar istediği takdirde daha uzun süre kararlaştırabilecekleri biçiminde anlaşılacak gerekmektedir. Bilindiği üzere 5580 sayılı Kanun kapsamında yapılan sözleşmeler Milli Eğitim Müdürlüğü'nün onayına tabi olup, söz konusu onaylar onay tarihinden itibaren bir yıl/uzatma tarihinden itibaren bir yıl olmak üzere verilmektedir. Bu da göstermektedir ki, onaya sunulan sözleşmeler her seferinde yenilenmektedir. Sözleşmenin bu şekilde yenilenmesi asgari süreli iş sözleşmesi tanımı ile uyuşmamaktadır. Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz üzere tek başına iş güvencesi sağlanması (çalışan sayısına bağlı olarak bu güvenceden yoksun yerler de söz konusu olabilecektir) eğitimin aksamaması amacını sağlamak açısından yetersiz kalabilecektir. Mevcut yasal düzenleme karşısında bu amaca ancak belirli süreli sözleşmeler vasıtasıyla sözleşme süresince her iki tarafında süreli fesih hakkının ortadan kaldırılması ile ulaşılabilecektir. Buna karşılık sözleşmeli öğretmenlik 5580 sayılı Kanun'un kapsamına girmediği için sözleşmeli öğretmenlik durumunda sözleşmenin belirli süreli olması objektif koşulların varlığına bağlı olarak mümkün olabilecektir²².

Yukarıda değinildiği üzere, İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı neden olmaksızın üst üste yenilenmesi sözleşmenin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi yaptırımına bağlanmıştır. Özel okul öğretmenleri açısından belirli süreli iş sözleşmesinin yasadan kaynaklandığı kabul edildiği takdirde, zincirleme iş sözleşmelerinde de esaslı nedenin var olduğu kabul edilecektir²³. İnceleme konusu kararda da aynı prensiplere yer verilmiştir.

²² Yarg. 9. HD., 24.5.2007, E. 2006/30752, K. 2007/16441 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

²³ AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, 85; ALPAGUT, 4857 Sayılı Yasa, 84; BAŞTERZİ, 173; CENTEL, Özel Okul Öğretmeni, 24; EKONOMİ, Münir, "4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenileme", Legal İHSGHD, 2006, S. 9, 25; ERTÜRK, Belirli Süreli, 235; GÜLER, 45; GÜVEN/AYDIN, 80, dn. 182; MANAV, 51; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 380 SÜZEK, 271; TUNCA, İş Sözleşmesi Türleri, 130; ULUCAN, 44. Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. HGK, 02.02.2011, E. 2010/9-666, K. 2011/18; Yarg. 9. HD., 26.5.2008, E.

3.5.2. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay'ın önceki kararlarında, yeknesak olarak 5580 sayılı Kanuna göre yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olduğu ve sözleşme süresinin bir yıldan az olmaması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir²⁴. İnceleme konusu kararda da gerek Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğunu kabul ettiğini ve burada objektif koşulun varlığının tartışılmadığını görmekteyiz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yeni tarihli başka bir kararında da aynı şekilde 5580 sayılı Kanun kapsamında yapılan iş sözleşmelerinin belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten Hukuk Genel Kurulu'nun 01.04.2015 tarihli kararına göre, "İş sözleşmesinin süresinin kanunla belirlenmiş olması halinde ise kanunda belirtilen süreye uygun olarak yapılan sözleşmelerin belirli süreli olmasının yasal bir zorunluluk olması nedeniyle bu sözleşmelerde objektif nedenin varlığı aranmayıp, sözleşmenin zincirleme olarak birden fazla yapılması halinde de belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi söz konusu değildir" (YHGK E. 2013/22-1943, K.2015/1131). Bu karardan da anlaşılacağı üzere, Hukuk Genel Kurulu sözleşmenin belirli süreli olmasının yasal zorunluluk olduğunu kabul etmiş, zincirleme sözleşmeler söz konusu olduğunda sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşmeyeceğini kabul etmiş, kıdem tazminatı yönünden ise inceleme konusu karar ile aynı yönde hüküm kurmuştur.

2007/37495, K. 2008/12518; Yarg. 9. HD., 29.04.1993, E. 1992/13027, K. 1993/7332; Yarg. 9. HD., 26.01.1993, E. 1992/12253, K. 1993/949; Yarg. 9. HD., 10.02.2005, E. 2004/30357, K. 2005/3950; Yarg. 9. HD., 20.10.1992, E. 1992/6571, K. 1992/11557; Yarg. 9. HD., 14.04.2009, E. 2008/14510, K. 2009/10568; Yarg. 9. HD., 26.12.2007, E. 2007/40105, K. 2007/39251; Yarg. 9. HD., 23.01.2007, E. 2006/16698, K. 2007/409; Yarg. 9. HD., 24.01.2005, E. 2004/28341, K. 2005/1165; Yarg. 9. HD., 01.02.2005, E. 2004/7467, K. 2005/2747; Yarg. 9. HD., 09.11.2000, E. 2000/11065, K. 2000/16069 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu dönemde belirli süreli iş sözleşmesinin feshinde ihbar tazminatının söz konusu olmayacağını kabul eden Yargıtay, ihbar tazminatı ödenen hallerde bu ödemenin hataen yapılmış olduğunu kabul ederek, bakiye süreye ilişkin ücretten indirilmesi gerektiğini kabul etmekteydi. Yarg. 9. HD., 26.4.2005, E. 2004/16908, K. 2005/14606 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası). HGK, 01.07.1992, E. 1992/9335, K. 1992/448 (Kararın incelenmesi için bkz. TUNCAY, A. Can, "Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi-Özel Okul Öğretmeniyle Yapılan Hizmet Sözleşmesi-İhbar Tazminatı", Karar İncelemesi, Kazancı İş Hukuku Dergisi, C. II, S. 4, Ekim- Aralık 1992, 593).

²⁴ Yarg. 9. HD., 17.3.2008, E. 2007/27679, K. 2008/5301; Yarg. 9. HD., 26.5.2008, E. 2007/37495, K. 2008/12518; Yarg. 9. HD., 18.2.2008, E. 2007/24530, K. 2008/171; Yarg. 9. HD., 28.4.2008, E. 2007/30736, K. 2008/10339; Yarg. 9. HD., 4.4.2008, E. 2007/29759, K. 2008/7455; Yarg. 9. HD., 12.5.2008, E. 2007/35913, K. 2008/12011; Yarg. 9. HD., 07.12.2009, E. 2009/10191, K. 2009/33822 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay 22. HD. 08.06.2012 T., 2011/10535 E., 2012/12767 K. sayılı kararına göre, "Türk Hukuk mevzuatında, belirli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkan sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre, Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, özel okul öğretmenleri, müdürü ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur." (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası)

Buna karşılık, Yargıtay'ın yeni tarihli bazı kararlarında daireler arasında içtihat birliği olmadığı ve 5580 sayılı Kanun'a tabi iş sözleşmelerinin asgari süreli sözleşmeler olduğu yönünde kararlar da verildiği görülmektedir. Gerçekten Yargıtay 7. H.D. E. 2014/22023, K. 2015/4628, T. 16.3.2015 kararına göre, "Mahkemenin gerekçesi yönünde Yargıtay uygulaması olmakla birlikte, eğitim ve öğretimin süreklilik arz etmesi, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin gerek ilk kurulmasında ve gerekse yenilenmesinde esaslı unsur aranması karşısında 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na göre çalışan yöneticiler ile öğretmenlerin, kısaca eğitim personelinin sözleşmelerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bir eğitim personeli bu kapsamda eğitim faaliyeti devam ettiği sürece çalıştırılmakta ve emekli olsa da iş sözleşmesi devam etmektedir. Bu çalışma 10 yılı aşan bir süreyi de kapsamaktadır. Yasadan kaynaklanan belirli süreli olma özelliği eğitim personelinin iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmaması eleştiri konusu yapılmaktadır.

Gerçekten eğitim personeli ile ilgili yazılı sözleşme yapılması hükmü değerlendirildiğinde bu sözleşmenin belirli süreli olmaktan çok asgari süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira Kanunun 9. maddesine göre "Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile özel eğitim kurumunu temsil eden kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikteki esaslara göre yazılı olarak yapılmalıdır." Buradaki en az bir takvim yılı ibaresinden açıkça bir asgari süre öngörüldüğü açıktır. Eğitim ve öğretim devam eden bir faaliyet olduğuna göre asgari süre iki yılda, üç yılda olabilir. O halde eğitim personeli ile yapılan sözleşmenin yasadan kaynaklanan asgari süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.²⁵ Böylece Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin eğitim faaliyetinin süreklilik arz etmesi, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmanın iş güvencesinden yararlanmamasına yol açması ve en az bir takvim yılı ibaresinden açıkça asgari süreli iş sözleşmesi öngörüldüğü gerekçelerine dayanmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2015/9173, K. 2015/16798 sayılı ve 07.05.2015 tarihli kararına göre, "Mahkemece uyuşmazlığın esası hakkında davacının davalı işyerinde 5580 sayılı Kanun kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırıldığından iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve bu konuda Yargıtay uygulaması da bulunmakla birlikte, yasadan kaynaklanan belirli süreli olma özelliği eğitim personelinin iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmaması eleştiri konusu yapılmaktadır.

Gerçekten eğitim personeli ile ilgili yazılı sözleşme yapılması hükmü değerlendirildiğinde bu sözleşmenin belirli süreli olmaktan çok asgari süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira kanunun 9. maddesine göre "Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile özel eğitim kurumunu temsil eden kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikteki esaslara göre yazılı olarak yapılmalıdır". Buradaki en az bir takvim yılı ibaresinden açıkça bir asgari süre öngörüldüğü açıktır. Eğitim ve öğretim devam eden bir faaliyet olduğuna göre asgari süre iki yılda, üç yılda olabilir. O halde eğitim personeli ile yapılan sözleşmenin yasadan kaynaklanan asgari süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.

Asgari süreli sözleşmeler, tarafların bildirimli fesih haklarını asgari bir süre için ortadan kaldırdıkları belirsiz süreli sözleşmelerdir. Tarafların öngördükleri

²⁵ Çalışma ve Toplum, 2015/4, 366-368.

asgari sürenin bitimi ile sözleşme kendiliğinden sona ermemekte, sözleşme belirsiz süreli olarak devam etmektedir. Bu özelliği nedeniyle asgari süreli sözleşmeler belirli süreli olarak kabul edilmemektedir. Belirsiz süreli olarak kabul edilmelerinin nedeni tarafların sözleşmenin sona erme zamanını belirlememiş olmalarıdır. Belirsiz süreli kabul edildikleri için asgari süreli sözleşmenin işveren tarafından sona erdirilmesi halinde işçi şartları varsa iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir (MOLLAMAHMUTOĞLU, H; İş Hukuku, 3.Bası, Ankara, 2008, s.318).

Bu durumda, Dairemizin hâlihazırdaki kabulüne göre özel eğitim kurumunda sınıf öğretmeni olarak çalışan davacının iş sözleşmesi asgari süreli olduğundan iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerekmele Mahkemece uyuşmazlığın esası bakımından verilen kararda yerinde değildir.²⁶ Karar metninden 9. Hukuk Dairesinin de 7. Hukuk Dairesi ile aynı gerekçelere dayandığı ve asgari süreli iş sözleşmelerinin belirli süreli sayılmamasına ilişkin temel prensibini tekrar ettiği anlaşılmaktadır. Bu kararlardan her iki dairenin de önceki içtihatlarının aksine ve Hukuk Genel Kurulu kararlarından farklı olarak 5580 sayılı Kanun kapsamında yapılan iş sözleşmelerini asgari süreli iş sözleşmesi olarak yorumlamaya başladığı anlaşılmaktadır²⁷. Her iki daire de kararlarında mahkemenin gerekçesi yönünde Yargıtay uygulaması bulunduğunu da belirtmişlerdir. Yeni bir yasal düzenleme yahut bir kanun değişikliği olmadığı halde bir içtihat değişikliği söz konusudur.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin ise istikrarlı bir biçimde bu tür sözleşmeleri belirli süreli iş sözleşmesi olarak yorumladığı görülmektedir. Örneğin, 22. H.D. E. 2015/10818, K. 2015/13309 sayılı ve 13.04.2015 tarihli kararına göre, "Dosya içeriğine göre, davalıya ait işyerinde anaokulu öğretmeni olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, zorunlu bir yeniden yapılanma sonucunda alanında ihtiyaç fazlalığının doğduğu, nitelikleri ve eğitimine uygun olarak başkaca değerlendirilme olanağının kalmadığı gerekçeleriyle davalı tarafından feshedilmiştir. Davacı, 5580 sayılı Kanun kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmiştir. İş sözleşmesinin yenilenmiş olması, sözleşmenin belirli süreli niteliğini değiştirmez. Davacı belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığından iş güvencesi hü-

²⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin E. 2007/31272, K. 2008/10447, T. 28.4.2008 kararında ise bu sözleşmelerin belirli süreli olması gerektiğinden şöyle bahsedilmektedir: "Türk hukuk mevzuatında, belirli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan veya buna imkân sağlayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinin 1 'nci fıkrasına göre, Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olmak üzere belirli süreli yapılır. Böylece, iş sözleşmesinin özel okul öğretmenler, müdür ve diğer yöneticileri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli olması ve bir yıldan az süreli olmaması zorunludur."

²⁷ Buna karşılık, Yargıtay 7. H.D. nin 2013 tarihli bir kararına göre, "Somut olayda davacının davalıya ait özel eğitim kurumunda 5580 Sayılı Kanun uyarınca öğretim elemanı olarak çalıştığı, 5580 Sayılı Kanunun 9/1 maddesi uyarınca aradaki iş ilişkisinin belirli süreli olduğu açık olup, belirli süreli iş sözleşmesinde ihbar tazminatına hak kazanılması mümkün olamaz. Davacı işçinin ihbar tazminatına yönelik isteğinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." (E. 2013/4076, K. 2013/11586, T. 20.6.2013, Kazancı). Bu karardan 2013 yılında Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 5580 sayılı Kanun kapsamında yapılan iş sözleşmelerini belirli süreli olarak yorumladığı anlaşılmaktadır.

kümlerinden yararlanamaz. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”.

Kanaatimizce Yargıtay dairelerinin bu şekilde birbirinden farklı kararlar vermesi hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Sözleşmesi herhangi bir şekilde sona eren işçinin veya işçinin feshi sebebiyle işverenin dava açma aşamasında sözleşmenin türünü dahi tespit etmeleri imkânsız hale gelmektedir. Hukuk Genel Kurulu kararlarında sözleşme belirli süreli olarak yorumlanmışken, aynı Kanun hükmüne dayanan sözleşmeyi iki Yargıtay dairesi asgari süreli bir Yargıtay dairesi ise belirli süreli iş sözleşmesi olarak yorumlamaktadır. Sözleşmenin türüne dayalı olarak tarafların açacağı davanın türü ve talepleri değişiklik göstermektedir ki bu aşamada yapılacak yanlış bir tespit telafisi imkânsız sonuçlara da yol açabilecektir. Örneğin, fesih karşısında iş güvencesi hükümlerine dayanarak işe iade davası açmak yerine, sözleşmeyi belirli süreli olarak nitelendirip bakiye süreye ilişkin ücret talebinde bulunarak dava açan işçi işe iade davası açmak için öngörülen bir aylık hak düşürücü süreyi de kaçırabilecektir. Bu sebeple daireler arasında söz konusu olan farklılığın giderilmesi büyük önem arz etmektedir.

Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinin 2. fıkrasına göre, hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında içtihat uyumsuzlukları bulması veya Yargıtay dairelerinden birinin yerleşmiş içtihadından dönmek ister, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa, bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak, Hukuk ve Ceza Genel Kurulları'nın görevleri arasındadır²⁸. Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda bahsedilen iki kararında da sözleşme belirli süreli olarak değerlendirilmesine karşılık, 7. ve 9. Hukuk Dairelerinin asgari süreli sözleşme değerlendirmesinde bulunuyor olması hususu da dikkate alınarak içtihadın birleştirilmesi ihtiyacı vardır²⁹. Hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi hukuk devleti ilkesinin temel prensiplerindedir. Yargı kararları arasında mevcut farklılıkların uzun süre mevcudiyeye

²⁸ KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C.V, İstanbul, 2001, 4947.

²⁹ Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesine göre, “İçtihadların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurması halinde, ilgili kuruldan ister. Bu istemlerin gerekçeli olması zorunludur.

Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesindir.

İçtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de yukarıdaki usule bağlıdır. İçtihadı birleştirme görüşmeleri, alınmış olan ilke kararları çerçevesinde yürütülür ve kararları yazılır.

İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.

İçtihadı birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığına bildirilir. Adalet Bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına bu kararları gecikmeksizin duyurur.

İçtihadı Birleştirme Kurulları, genel kurulları veya dairelerin kararlarındaki gerekçe ve görüşlerle bağlı olmaksızın sorunu başka bir görüşle karara bağlayabilirler.”. Ayrıca bkz. KUNTMAN, A. Osman, Yargıtayın Çelişkili Karar Vermesini Önlemenin Yolları, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1974-2/9.pdf>. E.T. 18.10.2015

tini koruması bireylerin mahkeme kararlarına olan güvenini sarsacaktır³⁰. Yargıtay 7., 9. ve 22. Hukuk Daireleri arasında içtihat farklılığının söz konusu olduğu başka bir olayda Anayasa Mahkemesine başvuru bulunan başvuru, Yargıtay 22. Hukuk Dairesince davasının reddedilmesinin, benzer nitelikteki davalarda verilen onama kararlarıyla çelişki oluşturduğunu ve Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ve kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu davada Anayasa Mahkemesi'nin 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir³¹. Ayrıca belirte-

³⁰ Öğretide de isabetli olarak Yargıtay kararları arasındaki farklılıkların ve aynı dairenin farklı yönlerde kararlar verebilmesine yönelik eleştiriler mevcuttur. Örneğin ÜSTÜNDAĞ'a göre, "Halihazır şekli ile Yargıtay, bir hukuk prensibi hakkında mahkemeleri bağlayıcı nitelikte bir içtihadı birleştirme kararı çıkmadığı ölçüde, aynı hukuk prensibini farklı farklı uygulayabilmekte ve böylece yeknesak hukuk uygulaması yerine tam aksine bir uygulama ortaya çıkmakta, daha açık söylenirse bizi mazur görsünler, her daire kendi bildiğini okumaktadır. Bu durumun dairelerin ağır iş yükü altında bulunması nedeni ile, diğer dairelerin aynı konudaki kararlarını takip edemelerinden ileriye geldiği söylenebilir bile; bir çok olayda daire, verdiği kararında diğer dairelerin kararlarına da değinerek onlar gibi düşünmediğini ifade edebilmekte ve böylece, âdeta her daire diğer dairenin kararına, neden uymadığını belirterek veya belirtmeksizin farklı kararlar verebilmektedir. Hatta, bir daire, Hukuk Genel Kurulunun o konuda mevcut kararından bilerek dahi ayrılabilir. Halbuki bir dairenin gerek diğer dairelerin ve gerekse Hukuk Genel Kurulunun bir kararından ayrılabilmesi, bir başka prosedüre bağlanmak gerekirdi. Hiç olmazsa bu konuda bir başka kurul mevcut uygulamadan ayrılmayı gerektirecek haklı sebeplerin mevcut olup olmadığını inceleyerek bir karar verebilmeli ve o karar artık geçerli bulunmalı idi. Bu yapılamamıştır. Bu nedenle de, bir dairenin elde ettiğiniz herhangi, bir kararının Yargıtay uygulamasının böyle olduğundan hareketle davanızı inşa etmiş olduğunuz hallerde, işin temyizen incelenmesi ayrı bir daireye gittiği takdirde, evvelki içtihadı uyulacağı hususunda hiç bir güvence bulunmadığı gibi; bu kararın incelenmesinin aynı daireye gitmesi halinde de, bu dairenin ihtilâfi evvelki içtihadı çerçevesinde çözeceği hususunda da herhangi bir güvence yoktur. Zira her daire kısa zaman aralıkları ile aynı konuda farklı kararlar verebilmektedirler. Gerçi, bir dairenin yerleşmiş içtihadından dönmesi için, Hukuk Genel Kurulunun karar vermesi gerekir ise de (YK. m. 15, 2b); yerleşmiş içtihadattan ne anlaşılacak gerektiği de açıklanmaya muhtaçtır. Ayrıca dairenin kararı yerleşmiş nitelikte değilse, o daire önceki kararını bilse bile, bu kararının çözüm tarzından hiçbir engel ile karşılaşmaksızın dönebilecektir (YK. m. 15, 2b). Zira, Yargıtay K. m. 15, 2b «Yargıtay dairelerinden biri... benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa», hükmüne yer verilemiştir. Sonuçta, bu tezatlar içtihadı birleştirme müessesesi sayesinde düzeltilebilecek ise de; bu aşamaya gelinceye kadar da Yargıtay'ın tesisinde esas alınması gereken hukuk tatbikatındaki birliği sağlama fikri geniş ölçüde zedelenmiş olacaktır. Bu bakımdan denilebilir ki, bugün Yargıtay açısından hukuk tatbikatında birliği sağlama fonksiyonunun gerçekleştirilmesine ancak ve en çok Yargıtay içtihadı birleştirme kararları sayesinde ulaşılabilir. ÜSTÜNDAĞ, Saim, Mukayeseli Hukukta Yargıtay Örnekleri ve Türk Yargıtayı, Yargıtay Dergisi (Özel Sayı), Kuruluş-Ocak 1975, Yıl:2015, Sıra Sayı: 57-60, 88-89.

³¹ Benzer bir duruma ilişkin olması sebebiyle kararın önemli gördüğümüz kısımlarına yer vermek gerektiğini düşünmekteyiz. Gerçekten Anayasa Mahkemesi'nin 6/1/2015 tarihli kararına göre, "Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol tam da yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir. Bununla birlikte, yeni kabul edilmiş bir yasanın yorumlanmasında olduğu gibi, bazı hallerde içtihadın müstekar hale gelmesinin belirli bir zamana ihtiyaç duyacağı açıktır (Aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. Zielinski and Pradal and Gonzalez ve Diğerleri/Fransa [BD], B. No:

lim: 7. ve 9. Hukuk Dairelerinin önceki yerleşik içtihatlarından dönmeleri sürpriz karar yasağı bağlamında da değerlendirilebilir³².

Kanaatimizce meselenin bir içtihadı birleştirme ile çözüme kavuşturması isabetli olacaktır. Ancak bu kararda Hukuk Genel Kurulu'nun yakın tarihte verdiği sözleşmenin belirli süreli olduğuna ilişkin kararları göz ardı edilmemelidir. Mevcut yasal düzenleme çerçevesinde olası bir içtihadı birleştirme kararının 5580 sayılı Kanun kapsamında yapılan iş sözleşmelerinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu yönünde olması gerektiğini düşünmekteyiz.

İnceleme konusu kararda sözleşmenin türü bakımından yerel mahkeme, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu kararında tartışma olma-

24846/94 ... 34173/96, 28/10/1999, § 59; ve Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008).

İhtilaf konusu davalardaki uyumsuzlukların veya olayların birbirinden farklılık göstermesi, iki karardaki farklılaşan değerlendirmeleri haklı gösterir ve aynı konuda verilmiş çelişen hükümlerden bahsedilemez (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. Erol Uçar/Türkiye (k.k.), B. No: 12960/05, 29/9/2009).

Yüksek mahkemelerin ya da nihai merci olarak bir uyumsuzluğu çözüme bağlayan mahkemelerin aynı konuya ilişkin kararlarında, davaların içeriğinden kaynaklanmayan farklı kabullerin bulunması halinde ise, hareket noktası, derece mahkemelerinin değerlendirme veya yorumlarından hangisinin doğru olduğunun ve tercih edilmesi gerektiğinin tespit edilmesi olmayacaktır (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. Stefanica ve Diğerleri/Romanya, B. No: 38155/02, 2/11/2010, § 34). Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararlarında yaşanan değişimin hukuki bir belirsizliğe yol açıp açmadığına ve başvuru bakımından öngörülebilir olup olmadığına yönelik bir inceleme yapılabilir.

...

Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaya yönüyle olumludur. Ancak, uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerçekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir. ...

Dolayısıyla, 2797 sayılı Kanun'un 15. maddesinin ikinci fıkrasının (b) veya (c) bendi uyarınca Yargıtay'ın ilgili dairesinin konuyu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulundan ziyade, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne getirmesi ve yeknesak bir uygulamanın sağlanması mümkün olabilirdi. Bununla birlikte, Yargıtay daireleri bu gibi durumlarda kendiliğinden içtihatlarını değiştirme yoluna gittiğinden, yasada belirtilen yolun teoride kaldığı ve etkili bir çözüm sunmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuç

Açıklanan nedenlerle, mevcut yapısal mekanizmanın işletilmesindeki eksiklikle birlikte ele alındığında, Yargıtay dairelerinin ilamlarında yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıkların bulunmasının, başvurunun açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvuru açısından öngörülemez bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Bu kapsamda, başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." (Karar Tarihi: 6/1/2015 R.G. Tarih-Sayı: 9/5/2015-29350).

³² Sürpriz karar yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, 186.

dığından sözleşmenin türüne ilişkin bu tartışma üzerinde daha fazla durmayacağız³³.

4. 5580 sayılı Kanun Kapsamındaki Çalışmalarda Kıdem Tazminatı

4.1. Sürenin Dolması İle Kendiliğinden Sona Erme Halinde Kıdem Tazminatı

Genel olarak kıdem tazminatı kanunda düzenlenen asgari çalışma süresi olan bir yılı doldurmuş işçinin iş sözleşmesi kanunda sayılan sebeplerle son bulduğu takdirde, işverence ödenmesi gereken bir miktar para olarak tanımlanmaktadır³⁴. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesine göre, "25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14 üncü maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır". 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici 6. maddesinde kıdem tazminatı fonu kurulması ve bu fon kurulana kadar 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenen kıdem tazminatına ilişkin işçi haklarının saklı tutulmasını öngördüğü için bu hüküm yürürlükten kaldırılmamıştır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran haller, yasa ile tespit edilmiş olmakla birlikte, taraflarca burada sayılmayan sebeplerin de kıdem tazminatına hak kazandıran bir neden teşkil edeceği kararlaştırılabilir³⁵. Sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması arasında da fark gözetilmemiştir. Belirli süreli iş sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazandıran bir sebeple sona erdiği ve kanunda düzenlenen asgari çalışma süresi dolduğu takdirde işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Fesih işveren tarafından gerçekleştirildiğinde İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası dışındaki sebeplere dayanan tüm fesih hallerinde işçi kıdem tazminatına hak kazanır. İşçi tarafından yapılacak fesihlerde ise feshin İş Kanunu'nun 24. maddesinde (haklı nedenle derhal feshe imkân veren haller) düzenlenen hallere dayanması ya da kanunda düzenlenen muvazzaf askerlik, yaşlılık aylığı (emeklilik) veya toptan ödeme almak amacı ya da kadın işçinin evlenmesi (kanunda öngörülen süre içinde) sebeplerinden birine dayanması gerekir.

Bilindiği üzere, belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin dolmasıyla birlikte sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi olağan sona erme halidir. Belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin dolması ile kendiliğinden sona ermesi bir fesih hali olmadığından, feshe bağlı hukuki sonuçlar da doğmayacaktır³⁶. 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde sayılan hallerden biri olmadığı için, bu halde işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır³⁷. Bununla birlikte taraflar isterse

³³ Asgari süreli iş sözleşmelerine ilişkin olarak ayrıca bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 21-27.

³⁴ AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, 25; AKYİĞİT, İş Hukuku, 191; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 371; NARMANLIOĞLU, Ünal, Türk Hukuku'nda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, 4; SÜZEK, 754.

³⁵ SÜZEK, 755.

³⁶ ALPAGUT, 4857 Sayılı Yasa, 88; ALPAGUT, Belirli Süreli, 160; AYAN, 463; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 380; GÜVEN/AYDIN, 169; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 944; SÜZEK, İş Hukuku, 757.

³⁷ ALPAGUT, Belirli Süreli, 36; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 380; EKONOMİ, İş Hukuku, 232; ERTÜRK, 226; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, 232; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya, 2010, 112; ŞAHLANAN, Fevzi, 4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri (Tebliğ Metni) 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferansı Notları 12-13

belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sona ermesi ile kendiliğinden sona ermesi halinde de işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını kararlaştırabilirler.

Öğretide isabetli olarak belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesinin de kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden biri olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür³⁸. Aynı şekilde öğretide ileri sürülen bir fikre göre, 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde yer alan düzenleme 4857 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile ayırım yasağı öngörülmesi karşısında olması gereken hukuk bakımından tartışmalı hale gelmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona ermesi kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme halleri arasında sayılmalıdır³⁹. Kanaatimizce de bu yönde yapılacak yasal bir değişiklik isabetli olacaktır.

4.2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sürenin Sonunda Sona Ermesinin Bildirim Şartına Bağlanması ve Kıdem Tazminatı

Daha öncede ifade ettiğimiz üzere, belirli süreli iş sözleşmelerinin olağan sona erme hali sözleşme süresinin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden sona ermez. Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.*". Böylece tarafların aksini kararlaştırmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Taraflar sözleşmenin sona ermesini belirli bir süre öncesinden bildirimde bulunma şartına bağlayabilirler⁴⁰. Bu durumda taraflar bildirimde bulunmama halinde aralarındaki iş ilişkisinin devam edeceğini kararlaştırmışlardır. Bu sebeple de buradaki bildirim fesih olarak nitelendirilmemelidir⁴¹. Fesih tek taraflı irade beyanında bulunulması ile iş sözleşmesini sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran

Temmuz 2003 Bolu, Türk İş Yayını, Ankara 2003, 79; TUNCAY, A. Can, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararın İncelenmesi", Legal İHSGHD, C. 8, S. 31, 2011, 903.

³⁸ CANIKLIOĞLU, Nurşen, İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi ve Çelik-İş Sendikası Tarafından 26-27.04.2013 Tarihinde Ankara'da Düzenlenen "10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözümleri Önerileri Sempozyumu"na Sunulan Yayınlanmamış Tebliğ, Aktaran: ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 380; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, 361.

³⁹ BAŞTERZİ, 139; BAŞTERZİ, Süleyman, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011 80.

⁴⁰ AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, 175; ALPAGUT, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHSGHD, C. 8, S. 31, 2011, 928; CENTEL, Tankut, Belirli Süreli İş Sözleşmesi ve İhbar Tazminatı (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, S. 280, Nisan 2003; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 258; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 153; SOYER, Polat, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 22, Haziran 2011, 12; SÜZEK, 533.

⁴¹ ALPAGUT, Belirli Süreli, 170; ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, 928; BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 312; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, 71; SOYER, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 12; SÜZEK, 533; ULUCAN, Devrim, "Türk İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi", Rehbindir/Ekonomi, Türk İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979, 110.

haktır. Bu açıdan karşı tarafın kabulüne de ihtiyaç bulunmamaktadır⁴². Oysa ki burada kararlaştırılan bildirim bir sözleşmenin sona erdirilmesi iradesini açıklamaktan öte mevcut sözleşmenin yeniden yapılmayacağını ve sürenin sonunda sona ereceğini açıklamaktan ibarettir.

Taraflar bildirimde bulunmadığı takdirde sözleşme kararlaştırılan sürenin tamamlanmasıyla birlikte sona erecektir. Bildirim yolu ile sözleşmenin süresinden önce feshi söz konusu değildir. Dolayısıyla da bildirimde bulunmama halinde feshe bağlı sonuçların gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır. Öğretide ileri sürülen bir diğer fikre göre, İş Kanunu'na tabi zincirleme iş sözleşmelerinin geçerliliği esaslı nedenin varlığına bağlanmış olduğundan, sözleşmenin sona ermesi açısından bildirim şartı kararlaştırılması mümkün değildir⁴³.

Kanaatimizce, belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sonunda sona ermesinin bildirim şartına bağlanması mümkün olup, burada kararlaştırılan bildirim şartı fesih niteliğinde değildir. Taraflara bildirim şartı ile bir bilgilendirme yükümlülüğü getirmektedir. Bildirim şartı kararlaştırılmış olması işçinin objektif nedenin devam etmesine bağlı olarak sözleşme süresinin uzatılmasına yönelik bir beklentiye girmemesini, işveren bakımından da işçinin iş ilişkisine devam etmek isteyip istemediğinin öğrenilmesini sağlayacaktır.

İş Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin sonunda susarak devam ettirilmesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce bu konuda özel bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır⁴⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 4. fıkrasına göre, "Sözleşmenin fesih bildirimiyile sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamaşa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür."⁴⁵ Kanaatimizce fesih bildirimini ifadesi yerine, "sözleşmenin uzatılmayacağını bildirilmesi" ifadesine yer verilmesi daha isabetli olacaktır⁴⁶. Böylece, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi bildirim şartına bağlanmış olsun veya olmasın, tarafların iradesi aranmaksızın sözleşme süresinin sona ermesine rağmen iş ilişkisi sürdürülmüşse sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşecektir⁴⁷. Sözleşmenin sona ermesi bir bildirim şartına bağlanmış olsa da sürelere uyulmaması durumunda ihbar tazminatı ödenmesi gündeme gelmeyecek olup, bildirim süresine uyulmamasının yaptırımı sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi olacaktır⁴⁸. İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde bildirim

⁴² Feshe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BAYCIK, Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, 25 vd.; SÜZEK, 536 vd.

⁴³ TUNÇOMAĞ/CENTEL, 183. Sözleşmede bildirim şartı kararlaştırılması halinde belirsiz süreli iş sözleşmesinin söz konusu olacağı görüşü için bkz. ŞEN, Murat, "Belirli Süreli Hizmet Aklının Süresinin Sonunda Yenilenmeyerek Sona Ermesi Halinde Kıdem Tazminatı", İÜHFİM, C. LVIII, S. 1-2, 2000, s. 260-261. Sözleşmenin sona ermesinin fesih bildirim şartına bağlanması halinde sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabulünün mümkün olmadığı, ancak buradaki bildirim "ademi tecdit" (sözleşmenin yenilenmeyeceği) hususunda bir bildirim olarak değerlendirilmesi yönündeki görüş için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 366-369.

⁴⁴ Ayrıca bkz. BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 315.

⁴⁵ Hükmün eleştirisi için bkz. GÜNEŞ/MUTLAY, 272.

⁴⁶ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 315.

⁴⁷ Belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı nedenin bulunmaması durumunda belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği yönünde bkz. ALPAGUT, Türk Borçlar Kanunu, 929.

⁴⁸ ALPAGUT, 4857 sayılı Yasa, 89; ALPAGUT, Değerlendirme, 90; CENTEL, İhbar Tazminatı, 35; GÜLER, 63.

sürelerine uyulmaması halinde talep edilebilecek bir tazminattır. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi halinde veya sona erme bildirim şartına bağlandığı halde bildirimde bulunulmadığında söz konusu olamayacaktır⁴⁹.

İnceleme konusu kararın muhalefet şerhinden anlaşıldığı üzere davacı ile davalı arasındaki sözleşmelerden ard arda yapılan ilk dört belirli süreli iş sözleşmesinde yenilememe önceden ihbar şartına bağlanmış olmasına karşılık, beşinci defa yapılan sonuncu sözleşmede ihbar şartı kararlaştırılmamıştır. Davacı ile davalı arasındaki iş sözleşmesinin yasa gereği belirli süreli olduğu kabul edildiğinden, sözleşmenin sona ermesi ihbar şartına bağlanmış olsaydı dahi TBK m. 430 hükmü gereği bildirimde bulunulmaması neticesinde sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği kabul edilemeyecekti. Sözleşmenin sona ermesi açısından bir bildirim şartı da kararlaştırılmamış olduğundan, sürenin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden sona erecek bir iş sözleşmesi söz konusudur.

4.3. Sözleşmenin Yenilenmemesinin Kıdem Tazminatına Hak Kazandırıp Kazandırmayacağı Sorunu

Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen davada yerel mahkeme "*davacının davalı işyerinde belirli süreli hizmet akdi ile çalışmakta iken iş akdinin yeni dönem için haklı bir neden olmaksızın davalı yanca yenilenmediği ve akdi yenilememede davalı yanın haklı nedenlerin varlığını kanıtlanmadığından belirli süreli hizmet akdinin işverence sona erdirildiği gerekçesi ile davanın kabulüne*" karar vermiştir. Davacının iş sözleşmesinin 2006 yılından 2011 yılına kadar yenilenmiş olması, 2011 yılında ise davacı tarafından sözleşmenin yenilenmesi beklenmesine rağmen, gerekçe gösterilmeksizin yenilenmeyerek feshedildiği kabul edilmiştir. Böylece yerel mahkemenin belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenmesini bir fesih olarak yorumladığı anlaşılmaktadır.

Buna karşılık, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi sözleşmenin sürenin sonunda kendiliğinden sona erdiğini, kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin yorum yolu ile genişletilemeyeceği ve bu sebeplerle davacının kıdem tazminatına hak kazanamayacağına hükmetmiştir.

Hukuk Genel Kurulu ise taraflar arasındaki iş sözleşmesini belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirmiş, sözleşmenin belirli süreli olmasının bir yasal zorunluluk olması sebebiyle belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmeyeceğini tespit etmiştir. Bununla birlikte, "*kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi kararlaştırılmış ve süre sonunda taraflardan herhangi biri fesih iradesini ortaya koymamış ise iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği açıktır ... işveren yenilememe iradesini göstermiş ve haklı nedene dayanmıyor ise bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatı ödenmelidir.*" ve "*gerek 158 sayılı İLO Sözleşmesi, gerekse iş hukukuna egemen olan "işçi lehine yorum" ilkesi gözetildiğinde, kanun gereği belirli süreli kabul edilen sözleşmeyi, haklı bir neden olmaksızın yenilememe iradesini gösteren işverenin koşulların var olması halinde*

⁴⁹ ALPAGUT, Belirli Süreli, 189; AYAN, 477; CENTEL, İhbar Tazminatı, 34; GÜLER, 72; GÜVEN/AYDIN, 171; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, 776; Aynı yönde: Yarg. 9. HD., 27.3.2003, E. 2002/12598, K. 2003/5085; Yarg. 9. HD., 30.5.2003, E. 2002/26600, K. 2003/9651; Yarg. 9. HD., 10.11.2003, E. 2003/6681, K. 2003/18988; Yarg. 9. HD., 23.9.2004, E. 2004/5852, K. 2004/19909; Yarg. 9. HD., 4.11.2004, E. 2004/8152, K. 2004/24860; Yarg. 9. HD., 8.2.2005, E. 2004/9243, K. 2005/3625 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası).

sona eren sözleşme nedeniyle kıdem tazminatının kabulü gerekir.” açıklamalarıyla davacının kıdem tazminatına hak kazanacağına hükmetmiştir.

İnceleme konusu karardan önceki Yargıtay uygulamasına bakacak olursak; Yargıtay’ın 5580 sayılı Kanun’un kabulünden önceki dönemde vermiş olduğu kararlarda, 625 sayılı Kanun gereğince belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi ile zincirleme olarak iş sözleşmesi yapılması halinde sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmeyeceğine hükmettiği görülmektedir. 5580 sayılı Kanun’un kabulünden sonra da sözleşmenin asgari süreli iş sözleşmesi sayılmasına ilişkin içtihat değişikliğine kadar bu yönde karar verildiği anlaşılmaktadır⁵⁰. Bununla birlikte, sözleşmenin süresinin dolmasıyla işveren tarafından sözleşmenin yenilenmeyeceğinin bildirilmesi, işverence yapılan bir fesih olarak nitelendirilmiştir. Buna bağlı olarak da işverence gerçekleştirilen bir feshe dayalı olarak işçinin kıdem tazminatına hak kazandığına hükmedilmiştir. Buna karşılık, işçi tarafından yenileme bildiriminde bulunmadığı hallerde, kıdem tazminatı talebi reddedilmiştir⁵¹. Bu durumda da işçi tarafından gerçekleştirilmiş bir feshin söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Öğretide Yargıtay’ın işverence sözleşmenin yenilenmeyeceği bildirimini bir fesih olarak nitelendirdiği ve kıdem tazminatına hükmettiği kararları isabetli olarak, buradaki yenileme bildiriminin bir fesih beyanı niteliğinde olmadığı ve sürenin dolmasıyla sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği için eleştirilmiştir⁵². Daha önce de belirttiğimiz üzere burada yapılan bildirim sözleşmenin yenilenmeyeceğinin karşı tarafa bildirilmesinden ibaret olup fesih niteliği taşımaz. Sözleşmenin sona ermesi yine bildirimden bağımsız olarak kendiliğinden sona erme biçiminde gerçekleşir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, bu kararların Kanun’un ortaya çıkardığı adaletsiz durumu kısmen gidermeye yönelik olduğu da savunulmuştur⁵³.

⁵⁰ Yarg. 9 HD., 03.06.1980 tarih ve E. 1980/998, K. 1980/6689 (bkz. EKONOMİ, İHU, İşK m. 9, No:4). Yarg. 9 HD., 05.06.1980 tarih ve E. 1980/6911, K. 1980/6578 (bkz. TAŞKENT, Savaş, “Belirli Süreli Hizmet Akdi ve Kıdem Tazminatına Hak Kazanma”, İHU, İşK m. 9, No:5). Yarg. 9 HD., 27.06.1984 tarih ve E. 1984/6226, K. 1984/7119 (İşveren Dergisi, Şubat 1985, 19-20). Yarg. 9 HD., 05.04.1994, E. 1994/5717, K. 1994/5181 (Tekstil İşveren, Eylül-Ekim 1994). HGK 21.12.1994, E. 1994/768 K. 1994/869 sayılı kararı ve kararın incelemesi için bkz. TUNCAY, A. Can, Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1996, 48 vd. Ayrıca bkz. GÜLER, Belirli Süreli, 60, dn. 69. Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 9 HD., 21.09.1999, E. 1999/8655, K. 1999/14010; Yarg. 9 HD., 17.06.2008, E. 2008/13489, K. 2008/16388; HGK, 21.02.1994, E. 1994/9-768, K. 1994/869; Yarg. 9 HD., 13.05.2003, E. 2002/26613, K. 2003/8198 (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası).

⁵¹ Yarg. 9 HD., 13.11.2001, E. 2001/11695, K. 2001/17615 (Kazancı Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası).

⁵² EKONOMİ, İşK 9 No:4; EKONOMİ, Hukuka Uygunluk, 6; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, 202; GÜLER, 60; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler, Kamu-İş, C:7, S:4, 2004, 10; NARMANLIOĞLU, Ünal, “Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, 71; SUR, Melda, “Belirli Süreli Hizmet Akidlerinin Sona Ermesine İlişkin Bazı Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XL, Ocak-Aralık 1985, No: 1-4., 272; SÜZEK, 757; TAŞKENT, İHU, İşK m. 9, No:5; TUNCAY, Değerlendirme 1994, 47.

⁵³ ALPAGUT, Belirli Süreli, 203; GÜLER, Belirli Süreli, 60; SÜZEK, 758; ŞAHLANAN, 116; ŞAHLANAN, Fevzi, Genel Görüşme, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, 68.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin ise yeni tarihli bir kararına göre, “Dosya içeriğinden, davalı özel öğretim kurumunda matematik öğretmeni olarak çalışan davacının, davalı yanında, takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalıştığı ve iş sözleşmesinin belirli sürenin son bulması üzerine 30.06.2011 tarihinde kendiliğinden son bulduğu anlaşılmaktadır. Şu halde, kıdem tazminatına hak kazanma yönünden halen uygulanmasına devam olunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde sayılan şartlar oluşmadığından davacı kıdem tazminatına hak kazanamaz. Anılan gerekçelerle, kıdem tazminatı isteminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.” (E. 2014/3400, K. 2014/3804, T. 25.2.2014). Aynı şekilde 22. Hukuk Dairesinin bir başka kararına göre, “Dosya içeriğine göre, davalıya ait işyerinde anaokulu öğretmeni olarak çalışan davacının iş sözleşmesi, zorunlu bir yeniden yapılanma sonucunda alanında ihtiyaç fazlalığının doğduğu, nitelikleri ve eğitimine uygun olarak başkaca değerlendirilme olanağının kalmadığı gerekçeleriyle davalı tarafından feshedilmiştir. Davacı, 5580 sayılı Kanun kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmiştir. İş sözleşmesinin yenilenmiş olması, sözleşmenin belirli süreli niteliğini değiştirmez. Davacı belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığından iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.” (E. 2015/10818, K. 2015/13309 T. 13.04.2015) ⁵⁴.

Hukuk Genel Kurulu inceleme konusu kararında 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi çerçevesinde kıdem tazminatına hak kazanma açısından sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasının önemli olmadığını, önemli

⁵⁴ Buna karşılık Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise E.2015/9173, K.2015/16798 07.05.2015 tarihli kararında, “Ayrıca, Mahkemece uyumsuzluğun esas hakkında davacının davalı işyerinde 5580 sayılı Kanun kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırıldığından iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve bu konuda Yargıtay uygulaması da bulunmakla birlikte, yasadan kaynaklanan belirli süreli olma özelliği eğitim personelinin iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılmaması eleştiri konusu yapılmaktadır.

Gerçekten eğitim personeli ile ilgili yazılı sözleşme yapılması hükmü değerlendirildiğinde bu sözleşmenin belirli süreli olmaktan çok asgari süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira kanunun 9. maddesine göre “Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile özel öğretim kurumunu temsil eden kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikteki esaslara göre yazılı olarak yapılmalıdır”. Buradaki en az bir takvim yılı ibaresinden açıkça bir asgari süre öngörüldüğü açıktır. Eğitim ve öğretim devam eden bir faaliyet olduğuna göre asgari süre iki yılda, üç yılda olabilir. O halde eğitim personeli ile yapılan sözleşmenin yasadan kaynaklanan asgari süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.

Asgari süreli sözleşmeler, tarafların bildirimli fesih haklarını asgari bir süre için ortadan kaldırdıkları belirsiz süreli sözleşmelerdir. Tarafların öngördükleri asgari sürenin bitimi ile sözleşme kendiliğinden sona ermemekte, sözleşme belirsiz süreli olarak devam etmektedir. Bu özelliği nedeniyle asgari süreli sözleşmeler belirli süreli olarak kabul edilmemektedir. Belirsiz süreli olarak kabul edilmelerinin nedeni tarafların sözleşmenin sona erme zamanını belirlememiş olmalarıdır. Belirsiz süreli kabul edildikleri için asgari süreli sözleşmenin işveren tarafından sona erdirilmesi halinde işçi şartları varsa iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir (MOLLAMAHMUTOĞLU, H; İş Hukuku, 3.Bası, Ankara, 2008, s.318).

Bu durumda, Dairemizin halihazırdaki kabulüne göre özel eğitim kurumunda sınıf öğretmeni olarak çalışan davacının iş sözleşmesi asgari süreli olduğundan iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerekmele Mahkemece uyumsuzluğun esas bakımından verilen kararda yerinde değildir.”.

olanın fesih iradesinin kim tarafından ortaya koyulduğu ve kıdem tazminatına hak kazanma şartlarının gerçekleşmesi olduğunu isabetli bir biçimde vurgulamıştır. Belirli süreli iş sözleşmesinin süre sonunda taraflardan herhangi biri fesih iradesini ortaya koymadığı takdirde kendiliğinden sona ereceğine de değinilmiştir. Buraya kadar zikredilen prensipler bakımından tartışmalı bir husus bulunmamaktadır. Ancak bu ilkelerin ardından Hukuk Genel Kurulu belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinden önce taraflardan biri yenilememe iradesini ortaya koymuş ise yenilemeyen tarafın iradesine göre kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılamayacağını araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. Oysa ki, daha önce de ifade ettiğimiz üzere sözleşmede bildirim şartı kararlaştırılmış olsun veya olmasın yenilememe bildirimini sadece açıklayıcı nitelik taşıyan bir bildirim olup, fesih niteliği taşımaz. Bu sebeple kanaatimizce, Hukuk Genel Kurulu'nun işveren yenilememe iradesini göstermiş ve haklı nedene dayanıyor ise bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatı ödenmelidir gerekçesine katılabilmek mümkün değildir.

Hukuk Genel Kurulu'nun bu husustaki bir diğer gerekçesi de gerek 158 sayılı ILO Sözleşmesi gerekse iş hukukuna egemen "işçi lehine yorum" ilkesine dayalı olarak kanun gereği belirli süreli kabul edilen sözleşmeyi haklı bir neden olmaksızın yenilememe iradesini gösteren işverenin koşullar gerçekleştiği takdirde kıdem tazminatından sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerektiğidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 158 sayılı ILO Sözleşmesi sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvence alınması gerektiği hükmüne yer vermiştir (m.2/III). Hukukumuzda da belirli süreli iş sözleşmesinin işverence işçinin haklarını sınırlama amaçlı olarak yapılmasına karşı gerekli önlemler alınmış ve sözleşmenin kurulması objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Fakat daha önce de ifade ettiğimiz üzere, burada işverenin sözleşmeyi işçinin haklarını sınırlamak için belirli süreli olarak akdetmesinden ziyade kanun gereği belirli süreli bir iş sözleşmesinin var olduğu kabul edilmelidir. Hukuk Genel Kurulu kararında da bu prensibe yer verilmiştir. 158 sayılı Sözleşme'nin kıdem tazminatına ilişkin koruma sağlayan 12. maddesi ve sözleşmenin asli koruma alanı iş sözleşmesinin işverence feshedildiği hallerdir ki, burada bir fesih söz konusu değildir. İşçi lehine yorum ilkesi ise ancak amaçsal yorum ile sonuca ulaşamadığı ve iş hukukuna ilişkin yasa hükmünün anlamı şüpheli kaldığı hallerde başvurulacak yorum yöntemidir⁵⁵. Ancak burada yorumda tereddüde düşülen bir husus da söz konusu değildir. 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin saydığı sona erme sebeplerinin yoruma muhtaç olmadığı açıktır. Hukuk Genel Kurulu kararında her yıl sözleşmesi yenilenen davacının sözleşmesinin yenilenmesini beklediği halde sözleşmenin işverence gerekçe gösterilmeksizin yenilenmediği ifade edilmiştir ki, bu gerekçeye de kanaatimizce katılabilmek mümkün değildir. Şöyle ki, 5580 sayılı Kanun işverene belirli süreli iş sözleşmesini yenileme borcu yüklememektedir. Belirli süreli iş sözleşmesinin doğasından kaynaklanan bir yenileme borcu da bulunmamaktadır. Eğer kanunda belirli koşulların varlığına bağlı olarak sözleşmenin yenilenmesi getirilmiş olsa idi bu gerekçeye katılmak mümkün olabilirdi. Fakat böyle bir yükümlülük söz konusu olmadığı halde, Hukuk Genel Kurulu kararında haklı gerekçe olmaksızın yenilememe sonucuna bağlı olarak kıdem tazminatı öngörülmesi kanunda olmayan bir "yenileme yükümlülüğü" ihdas etmek anlamına gelecektir. Ayrıca ifade etmek ge-

⁵⁵ Ayrıca bkz. SÜZEK, 22 vd.

reker ki, yenilememe iradesinin “haklı nedene dayanmaması” ifadesinden de ne kastedildiği yeterince açık değildir. Haklı nedene dayanmamaktan kasıt sözleşmenin haklı nedenle derhal feshine imkân veren İş Kanunu’nda düzenlenen sebeplere mi yoksa geçerli fesih sebepleri mi olmalıdır? Yenileme iradesinin haklı ya da geçerli sebeplere dayanması gerektiği yasal bir zorunluluk olmaksızın kabul edildiği takdirde belirli süreli iş sözleşmesinin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Belirli süreli iş sözleşmesinin en tipik örneği haklı-geçerli neden aranmaksızın sürenin sonunda kendiliğinden sona ermez. Hukuk Genel Kurulu’nun burada hem belirli süreli iş sözleşmesinin varlığını kabul edip hem de yenilememe iradesi açısından haklı sebep araması çelişki teşkil etmektedir. Olması gereken hukuk açısından 5580 sayılı Kanun kapsamında çalışıp kanun gereği belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara özel bazı güvenceler sağlanması gerektiği düşünülebilirse de, bunun “işçi lehine yorum” ilkesi işletilerek sağlanması mümkün değildir. Bu sonuca ulaşılması ancak bir yasa değişikliği ile mümkün olabilecektir. Aksi halde çeşitli sebeplerle kıdem tazminatından mahrum edilen tüm işçiler için yorum yolu ile bu sonuca ulaşmak gerekecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın geçmiş kararlarında da sözleşmenin sona ermesinin ihbar şartına bağlandığı hallerde yenilememe ihbarı fesih olarak kabul edilmekle birlikte burada bu kararların da bir adım ötesine geçilmiştir. Somut olayda ihbar şartına bağlanmayan bir sözleşmede de işverenin yenilememe iradesinin fesih olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. Oysaki kararın muhalefet şerhinde de açıklandığı üzere fesih olarak nitelendirilen bir irade beyanı dahi bulunmamaktadır. Sözleşme süresinin sonunda kendiliğinden sona ermiştir. Bunun üzerine sözleşme süresinin bitimini takip eden gün bir başka öğretmenin istihdam edilmesini bir fesih olarak nitelendirmek kanaatimizce mümkün değildir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde bu halleri eylemli fesih olarak nitelenecek mümkün olmakla birlikte Hukuk Genel Kurulu kararında da kabul edildiği üzere burada belirli süreli iş sözleşmesi vardır. Tarafların iradeleri dışında kanunda bulunmayan bir sebebi yorum yolu ile kıdem tazminatına hak kazandıran bir sebep haline getirmek mümkün değildir. Kararın muhalefet şerhinde de isabetli olarak bu hususlara değinildiği anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Sonuç olarak yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle Hukuk Genel Kurulu’nun 5580 sayılı Kanuna tabi iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirmesi ve bu sözleşmenin zincirleme yapılsa dahi belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmeyeceği yönündeki görüşüne katılmaktayız. Buna karşılık, sözleşmenin yenilenmemesinin bir fesih olarak nitelendirilmesi, yenilememe açısından haklı sebeplerin varlığının aranması ve yenilememenin kıdem tazminatına hak kazandıracığı yönündeki tespitlere ise katılamamaktayız.

BİLİRKİŞİLİK KANUN TASARI TASLAĞININ İŞ YARGISI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Talat Canbolat*

I- GİRİŞ

Yargının tarafsız, bağımsız, etkin, verimli ve hızlı çalışması büyük önem sahiptir. Türkiye’de yargılamadan kaynaklanan sorunlara çözüm bulunmasına yönelik çalışmalarda, uzun zamandan beri devam eden Avrupa Birliği’ne üyelik süreci önemli rol oynamıştır. Brüksel’de 17 Aralık 2004 tarihinde gerçekleştirilen Avrupa Birliği Zirvesinde Türkiye ile katılım müzakerelerine başlanması kararı alınmıştır. Bu kapsamda başlatılan katılım müzakerelerinde Yargı ve Temel Haklar başlıklı 23 üncü Fesil özel bir öneme sahip bulunmaktadır. Buna uygun olarak 2009 yılında Yargı Reformu Stratejisi hazırlanmış 2011 ve 2015 yıllarında güncellenmiştir¹.

Yargıya tahsis edilen bütçede önemli artılar yapılmış, fiziki ortamların iyileştirilmesine yönelik apartmandan bozma binalar yerine yeni adliye binaları yapılmış, hâkim, savcı ve adliye çalışanı sayısında önemli artışlar yapılmış olmasına rağmen dava sayısındaki hızlı artış ve diğer nedenlerle beklenen yarar tam olarak sağlanamamıştır. Bu süreçte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu², 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu³, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁵, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu⁶ gibi birçok temel kanun değiştirilmiştir. Anayasada önemli değişiklikler yapılmış, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı kabul edilmiştir⁷. Ayrıca Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu getirilmiştir⁸. 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanunu⁹ kabul edilmiş,

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Yargı Reformu Stratejisi Nisan 2015, Adalet bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı yayını 2015.

² RG, 04.02.2011, 27836.

³ RG, 14.02.2011, 27846.

⁴ RG, 04.02.2011, 27836.

⁵ RG, 12.10.2004, 25611.

⁶ RG, 17.12.2004, 25673.

⁷ 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, RG, 22.05.2004, 25469.

⁸ 5982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG, 13.05.2010, 27580.

⁹ 19.01.2013, 28533.

İnsan Hakları Tazminat Komisyonu kurulmuştur. Adalete hızlı ve etkili ulaşım için Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi Projesi (UYAP) hizmete girmiştir¹⁰.

Bütün bu olumlu gelişmelere rağmen, bugün, yargının etkin, verimli ve hızlı çalıştığını söylemek mümkün değildir. Bunun birçok nedeni olmakla birlikte eğitim, iş yükü ve bilirkişilikten kaynaklanan sorunların giderilememiş olması temel neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan bu sorunların kısa vadede çözümünü de mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, yeni hukuk fakülteleri açmak yerine mevcut hukuk fakültelerindeki eğitimin iyileştirilmesi, avukat, hâkim ve savcıların mesleğe kabul koşullarının gözden geçirilmesi, bunların staj eğitimleri ve meslek içi eğitimleri öncelikli sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yargının iş yükünün azaltılması için alternatif uyuşmazlık çözüm yolları etkin şekilde uygulanmalıdır. 6325 sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu¹¹ çıkarılmış olmasına rağmen halen etkin şekilde işlememektedir. Gelişmiş ülkelerle kıyaslanamayacak şekilde, her geçen yıl bir önceki yıla göre açılan dava sayısı giderek artmaktadır. Bunun nedenleri araştırılmalı ve iş yükünü azaltacak çözümler geliştirilmelidir. Zira adli istatistiklerdeki mevcut dava artış oranlarının bu şekilde devam etmesi halinde, yeni adliye binaları yapmak ve personel sayısını artırmak çözüm olmayacaktır. İstatistikler göstermektedir ki, bir önceki yıla göre hukuk davalarındaki artış oranı 2013 yılında %6,4 iken 2014 yılında %9,7 olmuştur¹². Diğer yandan son on yılda hukuk davalarında çıkan davanın gelen davayı karşılama oranı ortalama %62,63 tür. Ceza mahkemelerinde ise bu oran 59,31'dir. Bu da yıl içinde açılan hukuk davaların ortalama % 37,37'sinin, ceza davalarının ise ortalama %40,69'unun bir sonraki yıla devrettiği anlamına gelmektedir. Yargıtay'ın iş yükü de benzerlik göstermektedir. Gerek iş mahkemelerinde gerekse Yargıtay'ın iş davalarına bakan dairelerdeki dosya sayıları diğerlerinden belirgin bir artış göstermektedir. Yargıtay'ın hukuk dairelerinin 2014 yılındaki devreden ve yıl içerisinde gelen toplam dosya sayısı 725.665 iken, iş ve sosyal güvenlik dairelerinin dosya sayısı 221.970 olmuştur. Buna göre Yargıtay'ın iş yükünün %30,58'i iş ve sosyal güvenlik davalarından oluşmaktadır.

Dava sayılarının artması ve yargılamanın uzun sürmesinin nedenleri arasında mevcut bilirkişilik uygulaması önemli bir yer tutmaktadır. Anayasanın 141 inci maddesine göre "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*". Hukuki-teknik konu ayırımı yapılmaksızın davaların % 90'ından fazlası bilirkişiye gönderilmektedir. Bir dosyada tek bir bilirkişi raporu ile yetinilmemekte, birden fazla rapor alınmaktadır. Bilirkişi raporlarına sık itiraz edilmektedir. Bunun temel nedeni hâkimin takdir yetkisine giren hukuki konularda bilirkişi raporu alınmasıdır. Mevcut bilirkişilik uygulaması, çözümünü hukuk dışında özel veya teknik uzmanlığı gerektiren konulardan daha çok hukuki konulara ilişkin olduğundan fiilen hâkim yardımcılığı

¹⁰ UYAP Bilişim Sistemi 2000 yılında iki aşamalı olarak başlatılmış bir proje olup, 2001 yılında Adalet Bakanlığı Merkez Birimlerinin otomasyonunu sağlayan UYAP I projesi tamamlanmış, 2005 yılında adli ve idari yargı birimleri, adli tıplar, ceza tevkif evlerinin otomasyonunu kapsayan UYAP II tamamlanarak faaliyete geçirilmiştir. Yargıtay'da UYAP yazılımlarını kendisine uyarlayarak UYAP Bilişim Sistemi içerisinde yer almıştır.

¹¹ RG, 22.06.2012, 28331.

¹² Adli İstatistikler 2014, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara 2015.

fonksiyonu görmektedir. Hâkim yardımcılığı önemli bir kurum olup bunun bilirkişilere yaptırılması yerine ayrı bir düzenleme ile getirilmesi gerekir. Özellikle adalet akademisinden sonra doğrudan hâkim olarak atanmak yerine, belirli bir süre hâkim yardımcılığı görevi yapılarak tecrübe kazandıktan sonra hâkim olarak atanmanın düşünülmesi gerekir.

Hâkim, savcı ve avukatlar dâhil olmak üzere yargının tüm aktörleri ve taraflar bilirkişilik uygulamasından şikâyet etmektedir. Mevcut bilirkişi uygulamasının yargılamaya alternatif ayrı bir adli sistem görüntüsü verdiği, yargının hızlı ve verimli çalışmasını engellediği, yargılamayı uzattığı, pahalı hale getirdiği, hukuka aykırı ve adaletsiz kararların verilmesine neden olduğu gibi eleştiriler giderek artmaktadır.

Bilirkişilikten kaynaklanan sorunların tespiti ve çözüm önerileri amacıyla Avrupa Birliği ile Adalet Bakanlığı tarafından ‘Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi’ yürütülmüştür. Projede bilirkişilerin eğitimi, bilirkişilerin hazırlayacakları raporların kalitesinin yükseltilmesi, raporlara ilişkin standart kıstas oluşturulması, bilirkişilerin uyacakları davranış ilkelerinin belirlenmesi, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının konu hakkındaki farkındalıklarının artırılması hedeflenmiştir. Beş pilot bölge seçilmiş, uygulamada en çok bilirkişi raporu alınan konular olarak, trafik kazalarından doğan davalar, iş davaları, tıbbi hatalardan kaynaklanan davalar ve imar davalarında bilirkişilik uygulaması diğer ülke uygulamalarıyla karşılaştırmalı olarak geniş katılımı tartışılmış ve toplantılardan sonra sonuç bildirisi yayınlanmıştır¹³. Ülkemizde bilirkişilik kurumsal bir yapıya kavuşturulmadığından bilirkişilerin seçimi, atanması, eğitimi ve denetimi, bu niteliklerin kaybedilip kaybedilmediği konularında etkin bir kurumsal değişikliğe ihtiyaç olduğu tespit edilmiştir. Bu ihtiyacı karşılamak üzere Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağı hazırlanarak kamuoyu ile paylaşılmış, Adalet Bakanlığının internet sitesinden görüşe açılmıştır¹⁴. Bu çalışmamızda taslağın iş yargısına muhtemel etkileri üzerinde durmaya çalışacağız.

II- BİLİRKİŞİLİK KANUN TASARI TASLAĞI

1. Amaç ve Kapsamı

Taslağın 1 inci maddesinde amaç ve kapsam belirlenmiştir. Amacı, bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulmasıdır. Bu amaçla adli, idarî ve askerî yargı dâhil olmak üzere yargının tüm alanlarını kapsamak üzere her türlü bilirkişilik faaliyeti kapsama alınmıştır (m.1/2). Ancak Kanunlarda Adli Tıp Kurumu, Tübitak gibi bilirkişilik yapabileceği öngörülen kurumlar ile bilirkişilik hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşları isabetli şekilde kapsamı dışında bırakılmıştır.

Taslağın bilirkişi “Çözümü, uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin” ifade eder şekilde tanımlanmıştır. Buna göre gerçek kişilerin yanı sıra özel hukuk tüzel kişilerine de bilirkişilik yolu açılmış olmaktadır. Taslağın diğer hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde, tüzel kişi

¹³ Sempozyum Sonuç Bildirisi, İş Hukuku Uyuşmazlıkları ve İş Kazalarından Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, 26-28 Kasım 2014, İstanbul 2015, Adalet Bakanlığı Yayını, 194 vd.

¹⁴ http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/bilirkisilik_tasarisi.pdf

adına rapor tanzim edecek kişinin sertifika almış olması ve gerekli nitelikleri sağlamış olması koşulu aranmaktadır. Tüzel kişilere bilirkişilik yolunun açılmasını isabetli bulmadığımızı ve belirtmek isteriz.

2. Temel İlkeler

Bilirkişiliğe ilişkin temel ilkeler Taslağın 3 üncü maddesinde on bent halinde sayılmıştır. Önce bilirkişinin, görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız, tarafsız ve objektif olarak yerine getireceği belirtilmiştir (m.3/1).

Daha sonra “*Bilirkişi taraflarla görüşemez; taraflardan ihtiyaç duyduğu bilgiyi hâkim veya Cumhuriyet savcısı vasıtasıyla temin edebilir; zorunluluk bulunması halinde hâkim veya Cumhuriyet savcısının uygun görmesi şartıyla ve iki tarafın da hazır olduğu bir ortamda taraflarla görüşebilir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme kaleme alınış şekli itibarıyla yanlış anlaşılmalara neden olabilecek niteliktedir.

Öncelikle madde metninde yer alan bilirkişinin “taraflarla görüşemez” ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Bununla kastedilen dava dosyasına ilişkin görüşme yapmaması olsa gerekir. Yoksa bilirkişi ile taraflardan birinin adliye koridorunda karşılaşmaları halinde selamlaşp hal hatır sormaları bu kapsamda değildir. Diğer yünden madde metninde “taraflarla” ibaresine yer verilmiş, taraf vekillerinden söz edilmemiştir. Bu nedenle bilirkişinin doğrudan taraflarla görüşmesinin yasaklandığı, taraf vekilleriyle ya da diğer araçlarla görüşebileceği gibi anlam çıkarılmamalıdır. Madde metni amacına uygun yorumlanmalı, farklı anlamlara gelecek tartışmalara yol açmayacak şekilde kaleme alınmalıdır. Bu nedenle madde metni, taraf vekillerini de kapsayacak şekilde, bilirkişinin hâkim veya Cumhuriyet savcısının izni olmadan taraflarla doğrudan ya da dolaylı (araçlar=temsilciler) vasıtasıyla görüşemeyeceği şekilde düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Diğer taraftan bilirkişinin taraflarla görüşmesi hem “zorunluluk bulunması” hem de ayrıca hâkim veya Cumhuriyet savcısının “uygun görmesi” şartına bağlanmış olması da isabetli değildir. Burada hâkim veya Cumhuriyet savcısının uygun görmesi yeterli olmalıdır. Madde metninde buna ilave olarak ayrıca “zorunluluk bulunması” ibaresinin eklenmesi, uygun bulmanın ancak zorunluluk bulunması koşuluna bağlı olarak verilebileceği, zorunluluk bulunmadığı durumlarda verilen kararın Kanuna uygun olmayacağı gibi anlamlar çıkarılabilir.

Bunlara ilave olarak, madde metninde, bilirkişinin “iki tarafın da hazır olduğu bir ortamda” taraflarla görüşebileceği hükme bağlanmıştır. Bunu isabetli bulmak güçtür. Zira örneğin, yetkilendirmeye yapılacak keşfin taraflardan birinin gelmemesi nedeniyle yapılamaması ya da yerinde belge incelemesi yapılması gerektiği durumlarda da taraflardan birinin gelmemesi halinde işlemlerin yapılamaması gibi bir sonuca götürebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 218 inci maddesi, mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgelerin, hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde inceleneyeceği hükmünü içermektedir. Bu yönde ortaya çıkabilecek tartışmaları önlemek için madde metni amaca uygun kaleme alınmalıdır. Bilirkişinin, hâkim veya Cumhuriyet savcısının bilgisi dışında taraflarla görüşemeyeceği şeklindeki bir düzenleme yeterli olacaktır.

Devam eden fıkralarda, bilirkişiye ilişkin önemli ölçüde Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, bilirkişi, rapo-

runda çözümü, uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz, hukukî nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz, uyuşmazlığın esasını çözecek nitelikte hukukî sonuçlar çıkaramaz (m.3/3). Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz (m.3/4). Bilirkişi, kendisine tevdi olunan görevi bizzat yerine getirmekle yükümlü olup, görevinin icrasını kısmen yahut tamamen başka bir kimseye bırakamaz (m.3/5). Bilirkişi görevi sebebiyle kendisine tevdi edilen bilgi ve belgelerin veya öğrendiği sırların gizliliğini sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, görevi sona erdikten sonra da devam eder (3/6). Bilirkişi olarak, yalnızca bir kişi görevlendirilebilir. Ancak, gerekçesi açıkça gösterilmek suretiyle, tek sayıda, birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun bilirkişi olarak görevlendirilmesi de mümkündür (m.3/7). Çözümü, uzmanlığı veya özel ya da teknik bilgiyi gerektiren sorun açıkça belirtilmeden bilirkişi görevlendirilemez (m.3/8). Aynı konuda bir kez rapor alınması esastır (m.3/9). Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) veya bu sisteme entegre bilişim sistemleri ya da yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen sorunlar için bilirkişiye başvurulamaz (m.3/10).

Anılan ilkeler bütün olarak incelendiğinde, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının ancak çözümü hukuk dışında özel ya da teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi görüşüne başvurabileceği, görevlendirme kararında özel ya da teknik konunun ne olduğunun açıkça belirtileceği, bilirkişilerin görevlendirme konusu olan teknik konu dışında görüş bildiremeyeceği hükme bağlanmıştır. Esasen bu hükümler 6100 sayılı HMK'nın 266 vd, 5271 sayılı CMK'nın 62 vd maddelerinde yer almasına rağmen, farklı nedenlerle önemli ölçüde uygulanmamıştır. Bunun temel nedeni uygulamada hâkim, savcı ve avukatlar tarafından hukukî-teknik konu ayırımının tam olarak bilinmemesi, eski alışkanlıkların aynı şekilde devam ettirilmesi, yapanla yapmayan arasında ayırımın olmaması ve iş yükünün fazla olması söylenebilir. Bunlardan bir kısmına aşağıda iş yargılaması bölümünde değinilecektir.

3. Bilirkişilik Kurulları

Taslağın en önemli özelliklerinden biri bilirkişiliği kurumsal bir yapıya kavuşturacak Bilirkişilik Üst Kurulu ve Bilirkişilik Bölge Kurullarının oluşturulmasıdır. Böylece Kanunlarda bulunmasına rağmen uygulanmadığı söylenen hükümler yönünden önemli farkındalık meydana gelmiş olacaktır. Kurullara verilen görevler doğrultusunda bilirkişilerin seçimi, eğitimi, görevlendirilmesi gibi konular uygulamadaki ihtiyaçlara ve amacına göre belirlenecektir.

a) Bilirkişilik Üst Kurulu

Taslaqla Bilirkişilik Üst Kurulu kurulmuştur. Kurul üyeleri; Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Hukuk İşleri Genel Müdürü, Bilirkişilik Daire Başkanı, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından Yargıtay üyeleri arasından seçilecek bir kişi, Danıştay Başkanlık Kurulu tarafından Danıştay üyeleri arasından seçilecek bir kişi, Askerî Yargıtay Başkanlar Kurulu tarafından Askerî Yargıtay üyeleri arasından seçilecek bir kişi, Yükseköğretim Kurulu tarafından üniversitelerin özel hukuk, ceza hukuku ve idare hukuku alanlarında görev yapan öğretim üyeleri arasından seçilecek birer kişi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi tarafından istekleri bulunan birinci sınıf adli ve idarî yargı hâkimleri ile Cumhuriyet savcıları arasından seçilecek toplam dört kişi, Adalet

Bakanlığı tarafından Adli Tıp Kurumunda görev yapanlar arasından seçilecek bir kişi, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Yönetim Kurulu tarafından mühendis veya mimarlar arasından seçilecek bir kişi, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği Yönetim Kurulu tarafından muhasebeci veya mali müşavirler arasından seçilecek bir kişi, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu tarafından avukatlar arasından seçilecek bir kişi olmak üzere 17 kişiden oluşur (m.4/1).

Üst Kurulun Başkanı Adalet Bakanlığı Müsteşarıdır. Müsteşar gerekli gördüğünde yardımcılarında birini Kurula Başkanlık etmek üzere görevlendirilebilir.

Üst Kurulun Bakanlık dışından görevlendirilen üyelerinin görev süresi üç yıldır. Görev süresi dolan üyeler yeniden görevlendirilebilir. Üst Kurulun üyeliklerinin ölüm, emeklilik, istifa, atama ve benzeri nedenlerle boşalması hâlinde, boşalmayı takip eden onbeş gün içinde, kalan süreyi tamamlamak üzere, yeni üyelerin seçimi yapılır.

Kurulun sekretarya hizmetlerini Bilirkişilik Daire Başkanlığı yürütür. Kurul, iki ayda bir toplanır. Başkan, ihtiyaç olması durumunda Kurulu her zaman toplantıya çağırabilir. Kurul toplantılarına, uzman kişiler ile resmi veya özel kurumların temsilcileri davet edilerek görüşleri alınabilir. Davet edilen uzman kişi ile resmi veya özel kurum temsilcilerinin oy hakkı yoktur. Kurul, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve katılanların salt çoğunluğuyla karar alır.

Üst Kurulun en önemli görevi bilirkişilik hizmetlerine ilişkin temel ve alt uzmanlık alanlarını tespit etmek ve bu alanlara göre bilirkişilerde aranacak nitelikleri, bilirkişilerin uyacağı rehber ilkeleri ve hazırlanacak raporların standartlarını belirlemektir (m.5). Yine bilirkişilik temel eğitimi ile bu eğitim sonunda yapılacak olan sınava ilişkin esas ve usulleri belirlemek, eğitimi verecek kurumlara izin vermek de üst kurulun görevleri arasındadır. Üst kurul alanlarındaki uzmanlık ve bilimsel yeterliliklerini dikkate alarak bilirkişilik temel eğitimi ile bu eğitim sonunda yapılacak sınavdan muaf tutulacaklara ilişkin esas ve usulleri belirlemekle de görevlidir. Ayrıca bilirkişilerin, görevlerini yürütürken uymaları gereken etik ilkeleri belirlemek, görev alanına giren konularda bilim komisyonları veya çalışma grupları kurmak, bilirkişilerin denetimine ve performansına ilişkin esas ve usulleri belirlemek, bilirkişilik yetki belgesinin verilmesine ve yenilenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek, Bilirkişilik Asgari Ücret Tarifesini belirlemek, temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bilirkişilerin aylık olarak bakacağı iş sayısını ve bir bölgede görev alacak bilirkişi sayısını belirlemek, bilirkişi olarak hizmet verecek özel hukuk tüzel kişilik bünyesinde bilirkişi olarak çalışacak kişilerin niteliklerini belirlemek ve özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişilik faaliyetinde bulunmalarına izin vermek, temel ve alt uzmanlık alanlarına göre kurulan bilirkişilik kurum, kuruluş ve derneklerle işbirliği yapmak, yıllık faaliyet raporunu ve izleyen yıl faaliyet planını hazırlamak ve Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak üst kurulun görevleri arasında sayılmıştır.

b) Bilirkişilik Bölge Kurulu

Bölge adliye mahkemeleri esas alınarak her bölge adliyesinin bulunduğu yerde bilirkişilik bölge kurulu kurulmaktadır (m.6).

Bölge kurulunun üyeleri; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi tarafından istekleri bulunan ve bölge kurulunun bulunduğu yer bölge adliye mahkemesi üyeleri arasından seçilecek bir kişi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi tarafından bölge kurulunun bulunduğu il merkezi adli yargı ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkim veya Cumhuriyet savcılar arasında iki ve idarî yargı ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkimler arasında bir olmak üzere seçilecek toplam üç kişi, Bölge kurulunun bulunduğu il barosu yönetim kurulunca o il barosuna kayıtlı avukatlar arasından seçilecek bir kişi, Yükseköğretim Kurulu tarafından bölge kurulunun bulunduğu il üniversitelerinin hukuk fakültelerinde, bulunmaması halinde diğer fakültelerde görev yapan öğretim üyeleri arasından seçilecek bir kişi, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Yönetim Kurulu tarafından bölge kurulunun bulunduğu ilde görev yapan mühendis veya mimarlar arasından seçilecek bir kişi, Bölge adliye mahkemesi üyeleri arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından seçilen üyeden oluşur.

Bölge adliye mahkemesi üyeleri arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından seçilen üye Bölge Kurulunun başkanı olarak görev yapar. Taslağın önemli düzenlemelerinden birisi de başkan olarak atanan hâkim veya Cumhuriyet savcısına bilirkişiliğe ilişkin bu düzenlemeler dışında başka bir iş verilmemesidir. Kurul başkanı, kurulun verimli ve düzenli çalışmasından sorumludur. Başkanın toplantılara katılmaması halinde, en kıdemli hâkim veya Cumhuriyet savcısı toplantılara başkanlık eder (m.6/3).

Bölge kurulunun Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından seçilen üyeleri hariç, diğer üyelerin görev süresi üç yıldır. Görev süresi dolan üyeler yeniden görevlendirilebilir (m.6/4). Bölge kurulu üyeliklerinin ölüm, emeklilik, istifa, atama ve benzeri nedenlerle boşalması hâlinde, boşalmayı takip eden onbeş gün içinde, kalan süreyi tamamlamak üzere, yeni üyelerin seçimi yapılır (m.6/5).

Kurulun sekreteryaya hizmetlerini yerine getirmek üzere bölge adliye mahkemesinde bir yazı işleri müdürlüğü kurulur. Bu müdürlükte bölge adliye mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilen bir müdür ile yeteri kadar memur bulunur (m.6/6).

Bölge kurulu, onbeş günde bir toplanır. Kurul başkanı, kurulu her zaman toplantıya çağırabilir. Bölge kurulu üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve katılanların salt çoğunluğuyla karar alır (m.6/7).

Bölge kurullarının denetimi, adalet başmüfettişlerince yapılır (m.6/8).

Bilirkişilik Bölge Kurullarının görevleri; üst kurul tarafından belirlenen ilkeler çerçevesinde bilirkişilik yetki belgesi vermek, bilirkişilik listelerini oluşturmak, bilirkişileri sicile kaydetmek ve sicilden silinmelerine karar vermek, bilirkişilerin denetimini yapmak ve performanslarını ölçmek, bilirkişi raporlarını arşivlemek, yıllık faaliyet raporu hazırlayarak üst kurula göndermektir.

Taslağın temel hedeflerinden birisi, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki konularda bilirkişi görüşüne başvurulmaması, çözümü uzmanlık isteyen teknik konularda liyakatlı ve alanında kendisini kabul ettirmiş bilirkişilerden yararlanmaktır. Bu amaçla alanındaki uzmanlık ve bilimsel yeterliliklerini dikate alarak, bazı kişilerin bilirkişilik temel eğitimi ile yapılacak sınavdan muaf tutulmasına ilişkin esas ve usulleri belirleme görevi üst kurula verilmiş ancak bu ilkeler doğrultusunda sınavdan muaf tutulacak kişileri belirleme yetkisi

bölge kurulunun görevleri arasında sayılmamıştır. Bunun Kanunda belirtilmesi faydalı olacaktır.

Bilirkişilerin denetimi ve performansına ilişkin esas ve usulleri belirlemek üst kurulun görevleri arasında sayılmış, üst Kurulun belirlediği ilkeler çerçevesinde bilirkişilerin denetimini yapmak ve performansını ölçme görevi de bölge kuruluna verilmiştir. Hemen belirtelim ki, bilirkişinin görevi hâkim veya Cumhuriyet savcısının çözemeyeceği hukuk dışında teknik bir konuya ilişkin olacağına göre, bilirkişilerin performans ölçümünün ne şekilde yapılacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır. Böyle bir rapordaki teknik bilgileri ancak alanında uzman başka birisi değerlendirebilir. Burada bilirkişinin denetimi ancak Kanunda belirtilen hususlara uyuluş uyulmadığı ile sınırlı olacaktır. Performans ölçümü ise Bölge Kurulunun yapması uygun olmayacaktır. Öyle ki raporun kısa sürede verilmesi, ya da az zamanda çok rapor yazılması tek başına bir performans ölçümü olmayacaktır. Zira bu husus tamamen teknik konunun niteliğinden veya karmaşıklığından kaynaklanabilir. Örneğin 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında son yapılan düzenlemelerle bir bölgenin sit ilan edilmesi ya da mevcut sit statüsünün değişmesi o bölgede uzmanlarınca ardışık dört mevsim kesintisiz saha çalışmasının yapılmasını gerektirir. Böyle bir karara karşı açılan davada, o bölgenin tür, genetik, habitat ve ekosistem açısından biyolojik çeşitlilik değerine sahip olup olmadığı, bölgesel, ulusal veya dünya ölçeğinde nesli tehdit ve tehlike altındaki endemik türleri barındıran habitat içerip içermediği veya hidrolojik-hidrojeolojik açıdan ekolojik önemi bulunan yer üstü ve yeraltı su kaynaklarına sahip olup olmadığı ya da göçmen kuş türlerine ait bir habitatı temsil edip etmediğinin belirlenmesi ardışık dört mevsim kesintisiz inceleme gerektireceği açıktır. Böyle bir raporun bir yıl sonra rapor verilmiş olması, niteliği gereği bir yıldan önce hazırlanması mümkün olmadığından geciktirildiği veya süresinde verilmediği gerekçesiyle performans değerlendirmesinde olumsuz etkisinin olmaması gerekir. Diğer yandan taslağa göre de bilirkişilik profesyonel bir meslek olmayıp, bilirkişi çalışma hayatında kendi mesleğini ifa eden kişidir. Çalışmış olduğu kurum veya işyerindeki çalışmaları dikkate alınarak sürenin belirlenmesi gerekir.

Taslağın 9 uncu maddesinde, Bölge Kurulu kararlarına itiraz ve dava hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, bölge kurulu kararlarına karşı, kararın tebliğ veya ilan tarihinden itibaren onbeş gün içinde kararı veren kurula itiraz edilir. İtiraz üzerine verilen karara karşı onbeş gün içinde yetkili idare mahkemesine dava açılabilir. Dava sonucu verilen kararlar kesindir. Böylece idare mahkemesince verilen kararlara karşı temyiz yolu kapatılmıştır.

4. Bilirkişiliğe Kabul Şartları

Bilirkişi listesine yazılacak gerçek kişilerde aranan şartlar Taslağın 11 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ilk şart belirli suçlardan mahkûm olmamaktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreye hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, 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, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercüman-

lık yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak gereklidir.

Bilirkişiler diledikleri zaman kendi istekleriyle sicilden çıkarılmayı talep edebilirler. Aşağıda belirtilen bazı durumlarda ise kurul bilirkişilik sicilinden çıkarılmasına karar vermektedir. Bölge Kurulu tarafından, kendi isteği dışında bilirkişilik sicilinden çıkarılmasına karar verilen kişiler bilirkişi siciline kabul edilmezler (m.11/1-b).

Bilirkişi siciline yazılabilmek için belirtilen uzmanlık alanlarında en az beş yıldan beri fiilen faaliyette bulunmak gerekir. Bilirkişinin disiplin yönünden meslekten ya da memuriyetten çıkarılmamış olması ya da meslek veya sanatın icrasından yasaklı durumda olmamak gereklidir (11/1-c).

Bilirkişi temel eğitimini tamamlayarak eğitim sonunda yapılacak sınavda başarılı olanlar bölge kurulu listesine yazılabilirler. Bilirkişilik siciline yazılmak için bölge kurulu listesinde kayıtlı olma şartı aranmaktadır (m.11/1-ç). Kişiler ancak bir bölge kurulu listesine kayıtlı olabilirler.

Bilirkişilik için yapılacak uzmanlık alanında en az beş yıl fiilen çalışmış olmak gereklidir. Burada herhangi bir uzmanlık alanına ilişkin diploma veya sertifika yeteli olmayıp o alanda fiilen çalışmış olma koşulu aranmaktadır. Listeye yazılabilmek için hem uzmanlık belgelerine hem de mesleğin fiilen en az beş yıldan beri yapıldığına ilişkin faaliyet belgesine ihtiyaç vardır (11/1-e). Ayrıca o meslek mensubu olarak görev yapabilmesi için mevzuatın aradığı diğer şartlara da sahip olması gereklidir. Hemen belirtelim ki, kişinin o alanda daha önceden beş yıllık faaliyette bulunmuş olması yeterli olmayacak, başvuru tarihinden geriye doğru en az beş yıllık sürede, o mesleğin kesintisiz ve fiili olarak yapıyor olması aranacaktır. Zira amaç o alandaki en son teknolojik gelişmeleri takip eden ve diğerlerine göre en nitelikli olanların bilirkişilik yapmasıdır.

Bilirkişinin üst kurul tarafından belirlenecek uzmanlık alanlarına ilişkin yeterlilik koşullarına sahip olması gerekir. Bu koşullara sahip olmayan kişilerin başvuruları kabul edilmeyecektir. Başvurusu meslekî olarak yeterli nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle reddedilenler, bir yıl geçmedikçe yeniden bilirkişilik yapmak için başvuruda bulunamazlar (m.11/2).

Taslağın 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre “*Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün konularda hukuk öğrenimi görmüş kişiler bilirkişi olarak görev yapamazlar. Ancak, hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirdiği takdirde bilirkişi olarak sicile kayıt edilebilirler*”. Bu fıkranın kaleme alınmış şekli isabetli değildir. Fıkranın ilk cümlesinin ters anlamından hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün konularda hukuk öğrenimi görmemiş kişilerin bilirkişilik yapacağı gibi anlam çıkmaktadır. Elbette ifade edilmek istenen şey bu değildir. Uygulamada hukukî konularda bilirkişiye başvurulduğu, hukukçuların ve özellikle avukatların bu konularda bilirkişilik yaptıkları gibi eleştiriler yaygın olarak ifade edilmektedir. Her ne kadar HMK’da hukukî konularda bilirkişiye başvurulamayacağı, hukuk dışında teknik konularda bilirkişiye başvurulabileceği, bilirkişinin hukukî görüş belirtemeyeceği gibi hükümler olsa da uygulamada buna çoğunlukla riayet edilmemektedir. Bu nedenle anılan hükümlerle hukukçuluk alanındaki uzmanlık bilirkişilik listesine yazılmak için yeterli olmayacak, ancak hukukçunun başka bir uzmanlık alanına daha sahip olması halinde bu alanda bilirkişilik yapmak üzere listeye yazılabilecektir. Örneğin hu-

kukçu aynı zamanda makine mühendisi ise ve en az beş yıldan beri makine mühendisliğini fiili olarak icra etmekteyse, makine mühendisliğine ilişkin uzmanlık alanında bilirkişilik yapması mümkün olacaktır. Bu durumda da mühendislik dışında hukuki konularda görüş bildiremeyecektir. Aşağıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere bir trafik kazasında teknik arıza olup olmadığı, ya da lastik izleri ve darbe izlerinden çarpışma anındaki araçların hızları konusunda görüş bildirebilecek ancak kazaya karışanlardan kimlerin kusurlu olup olmadığı ya da ne oranda kusurlu olduğu teknik bir konu olmadığından buna ilişkin görüş bildiremeyecektir.

Bilirkişiliğe başvuru, ilgilinin yerleşim yeri veya meslekî faaliyetlerini yürüttüğü yerin bağlı olduğu bölge kuruluna yazılı olarak yapılacaktır (m.12/1). Bölge kurulu başvuruda eksik belgeler bulunduğunu tespit etmesi halinde ilgiliye tamamlaması için süre verecek eksik belgelerin tamamlanması halinde başvuru işleme konulacak aksi takdirde işleme konulmayacaktır (m.12/2).

Bölge kurulu, sicile kayıt bakımından öncelikle başvuranın 11 inci maddedeki koşulları taşıyıp taşımadığını değerlendirir. Kurul, bu koşulları taşıyanlar arasından meslekî olarak nitelikli olanları seçer ve listeye kaydeder. Kurul meslekî niteliği değerlendirirken, başvuranın meslekî tecrübesini, katıldığı meslek içi eğitimleri veya uzmanlığı gösteren belgeleri de dikkate alır (m.12/3). Burada daha önceden uzmanlık veya alt uzmanlık alanlarında belirli sayıda kişinin bilirkişi listesine yazılabileceği ilan edilmişse, bu alana ilan edilenden daha fazla sayıda başvuru olması halinde, bölge kurulu bunlar arasından nitelikli olanları seçecektir. İlan edilen sayıdan daha az sayıda başvuru olsa dahi Bölge Kurulu başvuranları doğrudan kabul etmeyecek, yeterli nitelikte görmediği kişilerin listeye yazılmasını kabul etmeyebilecektir. Bölge kurulu başvuruda bulunanların sicile kaydedilmesini belirtilen esaslara göre yeterli gördüğü takdirde, beş yıl süreyle geçerli olmak üzere bilirkişilik yetki belgesi düzenleyerek sicile kaydedecektir (m.12/5). Beş yılın sonunda kişinin yeniden başvurması gerekecek ve o dönemde başvuranlar arasında niteliğine göre listeye ve sicile kaydedilmesine karar verilebilecek ya da başvuru reddedilebilecektir. Bununla bilirkişilerin sicile bir defa kaydılduktan sonra zaman içerisinde niteliklerini kaybetmesi veya gelişen teknolojinin gerisinde kalması halinde o uzmanlık alanındaki en iyi kişilerin bilirkişilik yapmalarını sağlamaktır.

Bilirkişilik sicili, Üst Kurul ve bölge kurulları ile hâkim ve Cumhuriyet savcılarının erişimine açık olacaktır (m.13/2). Ayrıca bilirkişilik siciline kayıtlı kişilerin ad ve soyadları, temel ve alt uzmanlık alanları ve meslekleri gösterilmek suretiyle listelenir. Bu listeler aleni olup, herkesin erişimine açıktır. Bilirkişi, sicile kayıt tarihinden itibaren göreve başlar.

Adli, idarî ve askerî yargıda görev alacak tüm bilirkişiler, bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerden görevlendirilecektir. Ancak, kendi bölge listesinde ilgili uzmanlık alanında bilirkişi olmasına rağmen, diğer bir bölgedeki bilirkişinin, görevlendirme yapılan yere daha yakın bir mesafede bulunması durumunda, bu listeden de görevlendirme yapılabilir (m.13/5). Ayrıca bölge kurulunun listesinde başvurulacak uzmanlık alanında bilirkişi bulunmaması halinde, diğer bölge kurullarının listelerinden, burada da bulunmaması halinde listelerin dışından da bilirkişi görevlendirilebilir. Listelerin dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilir (m.13/6). Bölge dışındaki sicilden bilirkişi seçilmesinin hâkim veya Cumhuriyet savcısının takdirine bırakılmayıp, bilirkişinin mesafe olarak daha yakın olması ya da o uzmanlık alanında bilirkişinin bulunmaması koşuluna bağlanmasını isabetli bulmuyoruz. Mesafenin

yakınlığı bilirkişinin kendisini ilgilendiren bir husustur. Hemen belirtmek isterim ki, bilirkişinin ikametgâhı veya faaliyet alanındaki bölge listesine kaydolma zorunluluğunun da geçerli bir nedeni yoktur. Bu zorunluluk yerine kişinin takdirine bırakılmalıdır. Öyle ki bilirkişi, az sayıda bulunan özel bir meslek alanındaki uzmanlığına bağlı olarak, o bölgedeki diğer meslektaşlarıyla yakın ilişki içerisinde olması nedeniyle bu alana yönelik dosyalarda bilirkişilik yapmak istemeyip, farklı bölgelerde bilirkişilik yapmak isteyebilir. Bunun haklı görülebilir bir tarafı vardır. Ayrıca başka bölge listesinden bilirkişi görevlendirmenin listede o uzmanlık alanında bilirkişi bulunmamasıyla sınırlandırılmasını da isabetli bulmuyoruz. Aynı şekilde listede o uzmanlık alanında bilirkişi bulunmamasına rağmen dosyanın özelliğine göre hâkim veya savcı başka bölge siciline kayıtlı ya da liste dışından bilirkişi görevlendirmek isteyebilir. Buna ilişkin gerekçesini belirterek bölge listesi dışından bilirkişi görevlendirme yetkisinin hâkim ve Cumhuriyet savcılarının ait olması gerekir. Ancak hukuki durum yönünden bu gerekçe haklı olmakla birlikte, bu zamana kadarki uygulamalar dikkate alındığında, HMK ve CMK'daki açık, kesin ve net düzenlemelere rağmen hukuki konularda bilirkişi raporu alınması alışkanlığından vazgeçilmemiş olması nedeniyle, böyle durumda liste dışındaki hukukçulara bilirkişilik yapma yolunun açılacağı söylenebilir. Ancak bunun hukuki bir gerekçe olmaktan çok fiili duruma yönelik olacağı ve katılmadığımızı ifade etmeliyiz.

5. Bilirkişilik Sicili ve Listesinden Silinme

Bilirkişilik sicilinden ve listesinden silinmeye ilişkin esaslar Taslağın 14 üncü maddesinde yedi bent olarak sayılmıştır. Buna göre bilirkişiler aşağıdaki hallerde bilirkişilik sicilinden ve listesinden silinir.

- a) Bilirkişiliğe kabul şartlarını kaybetmesi veya sicile kabul tarihinde gerekli şartları haiz olmadığına tespit edilmesi.
- b) Kanunî bir sebep olmaksızın bilirkişilik yapmaktan kaçınması veya raporunu belirlenen süre içinde mazeretsiz olarak vermemesi.
- c) Bilirkişilik görevi ile bu görevin gerektirdiği etik ilkelerle bağdaşmayan, güven sarsıcı tutum ve davranışlarda bulunması.
- ç) 3 üncü maddede belirtilen bilirkişilerin uyması gereken ilkelere aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulunulması.
- d) Bölge kurulu tarafından yapılacak performans değerlendirmeleri sonucunda yeterli bulunulmaması.
- e) Bilirkişilik yetki belgesinin süresi dolmasına rağmen süresi içerisinde yenileme talebinde bulunmaması.
- f) Bilirkişinin sicilden çıkarılmayı talep etmesi.

Bilirkişilik listesi ve sicilden silinmeye ilişkin sayılan nedenlerden, raporun belirlenen süre içerisinde mazeretsiz olarak verilmemesi, 3 üncü maddede belirtilen temel ilkelere aykırı faaliyetinde bulunmak, performans değerlendirmesinde yeterli bulunmama uygulamada en çok tartışılacak nedenler olarak gözükmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, özellikle bilirkişilik faaliyetine ilişkin teknik konulardaki performans ölçümünün ne şekilde olacağına ilişkin tartışmaları şimdiden görmek mümkündür. Bu ancak teknik konulara ilişkin uzman görüşleriyle bilirkişinin o alandaki bilgisinin yetersiz olduğunun anla-

şılması halinde mümkün olacaktır. Yani bu hususu kurulun tespiti zor gözük-
mektedir. Bu nedenle Kurulun da bu konuda bilirkişi raporu alması gerekecektir.

6. Bilirkişilerin Denetimi

Taslağın 15 inci maddesinin birinci fıkrasına göre “*Bilirkişiler, göreviyle ilgili tutum ve davranışlarının veya hazırlanan raporların mevzuata uygunluğu bakımından bölge kurulları tarafından resen veya şikâyet üzerine denetlenir*”. Burada bilirkişilerin Bölge Kurulları tarafından denetlenmesi iki temel konuda mümkündür. Bunlardan birincisi bilirkişinin göreviyle ilgili tutum ve davranış-
ları, diğeri ise raporun mevzuata uygunluğudur. Bilirkişinin tutum ve davranış-
ları nedeniyle denetlenmesi, Taslağın 3 üncü maddesinde belirtilen ve yukarıda
açıklanan, bilirkişilik faaliyetlerine ilişkin gelen esaslar ile etik ilkelere uyulup
uyulmadığı önemli olacaktır. Raporların mevzuata uygunluğu yönünden denet-
lenmesi ise, bilirkişilere yönelik mevzuatın yanında özellikle görev kapsamı
dışına çıkması, sorulmadığı halde hukuki konularda görüş bildirmesi önemli
olacaktır.

Hâkim veya Cumhuriyet savcılarını görevlendirdiği bilirkişinin göreviyle il-
gili tutum ve davranışları veya hazırladığı raporun mevzuata uygun olmadığına
ilişkin kanaat edinmesi durumunda, bu hususu bölge kuruluna bildirecektir
(m.15/2).

Bölge kurulu resen veya şikâyet üzerine yaptığı inceleme sırasında yargı
mercilerinden, tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, meslek odalarından, özel
hukuk tüzel kişilerinden ve gerçek kişilerden bilgi ve belge alabilir (15/3).

Bilirkişilik sicili ve listesinde kayıtlı olmayıp da yukarıda belirtilen esas-
lara göre liste dışından görevlendirilen bilirkişilerin liste ve sicilden silinmeleri
mümkün olmayacağından, bunlar bölge kurulu kararıyla bilirkişilik yapmaktan
yasaklanabilir (15/4). Bu karar, yargı mercilerine bildirilerek bunların bilirkişi
olarak görevlendirilmeleri engellenecektir.

III. BİLİRKİŞİLİK TASARISININ İŞ YARGISINA ETKİSİ

1. Genel Olarak

İş yargılaması ayrı bir uzmanlık gerektirdiğinden isabetli bir şekilde 1950
yılında genel yargılama mevzuatından ayrı olarak İş Mahkemeleri Kanunu çıkarıl-
mıştır¹⁵. Alman İş Mahkemeleri Kanunu örnek alınarak hazırlanan metnin
ilk halinde mahkeme hâkiminin başkanlığında bir işveren temsilcisi ve bir işçi
temsilcisinden oluşmakta idi. Anayasa Mahkemesi hâkim sınıfından olmayan
kişilerin yargılama sürecinde yer almasını Anayasa'ya aykırı bularak Kanunun
2 inci maddesinde yer alan "bir işveren temsilcisi ile bir işçi temsilcisinden"
ibaresi ile bazı maddelerini iptal etti¹⁶. Alman Anayasasında, iş yargısı ayrı bir
yargı alanı olarak düzenlenmiştir. Türk Anayasasında böyle bir düzenleme ol-
madığından meslek dışı kişilerin hâkimlik yapmaları mümkün gözükmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra İş Mahkemeleri Kanunu
özellikliğini kaybetmiştir. İptal kararının yürürlüğe girdiği 1971 yılından bu za-
mana kadar bu alanda yeni düzenleme yapılmamıştır. Bugün adeta yetki ve

¹⁵ RG, 04.02.1950, 7424.

¹⁶ Anayasa Mahkemesinin 13.4.1971 tarih ve E. 1970/63, K. 1971/38 sayılı kararı, RG,
16.11.1971, 14077.

göreve ilişkin hükümleri dışında Kanunun diğer hükümleri uygulanmamaktadır. Geçen süreçte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmiş, buna uygun olarak İş Mahkemeleri Kanununda gerekli değişiklikler de yapılmıştır. İş Mahkemeleri Kanununun 7 inci maddesinde “İş mahkemelerinde şifahi yargılama usulü uygulanır” hükmü yer almasına rağmen, Yargıtay tarafından fiilen HMK’daki basit yargılamaya ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Yargıtay’a göre¹⁷;

“5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanun’un 7. maddesine göre İş Mahkemelerinde uygulanan şifahi yargılama usulünü düzenleyen H.U.M.K.un 473 vd. maddeleri 6100 Sayılı H.M.K.nın 450. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunun 316/d bendine göre "hizmet ilişkisinden doğan davalara", 316/g maddesine göre de "Diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işlere" basit yargılama usulünün uygulanması gerektiğinden eldeki uyumsuzluğa basit yargılama usulünün uygulanması gerektiği açıktır.

Basit yargılama usulüne dair kurallar H.M.K.nın 316-322. maddelerinde düzenlenmiş olup Kanunun 320/4 maddesine göre basit yargılama usulüne tabi davalarda, işlem den kaldırılmasına karar verilmiş olan dosya, yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılırsa, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve Kanunun 322/1 maddesine göre bu Kanun ve diğer kanunlarda basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde, yazılı yargılama usulüne dair hükümler uygulanır”.

İş Mahkemeleri Kanununun birçok hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması, diğer bazı hükümlerinin HMK’ya aykırılık teşkil etmesi nedeniyle adeta içi boşalmış sadece görünüşte iş yargılamasına ilişkin ayrı bir Kanun görüntüsüne sahiptir. Bu durum zaman zaman uygulayıcıların, “her mahkemenin ayrı bir iş yargılama usulü ve Kanunu var” gibi şikâyetlerine neden olmaktadır.

Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağının yasalaşması halinde iş mahkemelerindeki bilirkişilik görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar da bu düzenlemeye tabi olacaktır. Bu nedenle en başta hukuki konularda bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağı için hukuki-teknik konu ayırımının iyi bilinmesi gerekir. Zira bu güne kadar iş mahkemelerinde ağırlıklı olarak hukuki konularda bilirkişi raporu alınmaktadır. Öyle ki uygulamada hiçbir bilimsel karşılığı olmayan, kusur bilirkişisi, hesap bilirkişisi, sendika uzmanı, sosyal güvenlik uzmanı, iş kazası uzmanı gibi dosyanın özelliğine göre bilirkişi unvanları kullanılmaktadır. Aynı bilirkişi belirtilen unvanları her bir dosyada dosyanın özelliğine göre ayrı ayrı kullanabilmektedir. Bilirkişilik Kanun Tasarıyla oluşturulacak Bölge Kurulları ihtiyaç duyulan teknik konulardaki uzmanlık alanları ile alt uzmanlık dallarını belirleyeceğinden, bilirkişiler bu alanlardaki uzmanlıklarını belgelemek suretiyle listeye yazılabilecektir. Bütün bunlar iş mahkemelerindeki mevcut uygulamayı büyük ölçüde değiştirecektir.

İş Mahkemeleri Kanununun 1 inci maddesine, 2012 yılında 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun¹⁸ 39 uncu maddesiyle eklenen “Birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan dava-

¹⁷ Y.21.HD, 6.6.2013 tarih ve E.2013/9340, K.2013/12056.

¹⁸ RG, 05.07.2012, 28344.

ların görüleceği iş mahkemeleri, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir” hükmü eklenmiştir. Böylece HSYK tarafından belirlenecek bazı iş mahkemelerinin sosyal güvenlik daireleri şeklinde faaliyette bulunmasının önü açılmıştır. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesi 20.11.2012 tarih 2783 sayılı kararıyla 15 ilde sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davalara bakmakla görevli iş dairelerini belirlemiştir. Burada söyleyeceklerimiz iş dairelerinin tamamı için geçerlidir.

2. İş Mahkemelerinde Bilirkişi Raporu Alınan Konular

İş mahkemelerinde görülen dava çeşitliliği oldukça geniş olup Hukuk Muhakemeleri Kanununda belirtilen tüm dava çeşitleri ile karşılaşmaktadır. Hatta sıklıkla aynı davalıya karşı, birbirinden bağımsız birden fazla talebi içeren davaların yığılması türünden davalarla karşılaşmaktadır¹⁹. Eda davalarının yanı sıra tespit davaları, itiraz ve iptal davalarıyla da karşılaşmaktadır.

Davaların yığılması şeklindeki eda davalarında ücret, fazla çalışma ücreti, prim, ikramiye, yakacak, çocuk yardımı gibi sosyal hakları, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti, bakiye süre ücreti, çalıştırılmayan süre ücreti, eğitim giderleri, ceza koşulu, yıllık izin ücreti alacakları sayılabilir. Ayrıca bunlardan biri veya birkaçının yanında farklı hak ediş ve hesaplama koşullarına bağlı tazminat talepleri olabilir. Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, sendikal tazminat, rekabet yasağına aykırılık nedeniyle tazminat, eşitsizlik tazminatı, sürekli işgöremezlik tazminatı, destekten yoksun kalma tazminatı, manevi tazminat bunlara örnek olarak sayılabilir. Alacak çeşitleri kanundan, iş sözleşmesinden, toplu iş sözleşmesinden, personel yönetmeliğinden ya da işyeri uygulamaları gibi farklı hukuki nedenlere dayanabilmektedir. Ayrıca yasal faiz, mevduata uygulanan en yüksek faiz, işletme kredilerine uygulanan faiz gibi farklı alacak türüne göre uygulanacak faiz türü ve başlangıcı da farklıdır.

Bunların dışında farklı tespit ve itiraza ilişkin dava türleriyle de karşılaşmaktadır. Feshin geçerli nedene dayanmadığının tespiti (işe iade), disiplin cezasının iptali, müfettiş raporuna itiraz/iptal, ödeme emrine itiraz/iptal, menfi tespit, yetkili sendikanın tespiti, işkoluna itiraz, sendika veya konfederasyonların yönetim veya genel kurul kararlarının iptali, aylığa veya ödeneğe hak kazandığının tespiti, sigortalı hizmet süresinin tespiti, prime esas kazancın tespiti, kurum işleminin iptali, iş kazası olduğunun tespiti, maluliyet oranının tespiti gibi davalar bunlara örnek olarak sayılabilir. Bunların sayıları çoğaltılabilir.

Eda davaları yönünden bakıldığında dava konusu alacağın bir kısmı fiili çalışmaya dayalı bir kısmı ise feshe bağlı alacak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ücret, fazla çalışma, hafta tatili gibi alacaklar fiili çalışmaya dayalı alacak, kıdem ve ihbar tazminatı da feshe bağlı alacak türüne örnek gösterilebilir. Ayrıca tarafların tutumundan kaynaklanan alacak türleri de yaygındır. Kötüniyet tazminatı, rekabet yasağına aykırılık nedeniyle tazminat, eşitsizlik tazminatı veya sendikal tazminat taleplerindeki hak ediş koşulları işçi/işverenin tutum ve davranışlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Alacak miktarının belirlenmesi

¹⁹ Davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) hakkında geniş bilgi için bkz. KURU Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, 142 vd.; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, 476 vd.; ULUKAPI Ömer, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Konya 2015, 229 vd.

çoğunlukla ücret, hizmet süresi veya tarafların kusuruna bağlıdır. Özellikle ücret ihtilafının çözümü mahkemeleri oldukça uğraştırmaktadır. Bazen tarafların ücretle ilişkin beyanları konusunda uçurum denecek kadar farklılık olmaktadır, imzalı bordrolar gerçeği yansıtmamakta, taraf tanıkları da oldukça farklı beyanlarda bulunmaktadır.

Uygulamada dava konusu alacakların hesaplanması uzmanlık gerektiren teknik bir konu olarak algılandığından bilirkişilere hesaplatılmaktadır. Öyle ki tamamen hâkimlik mesleğinin gereği olan takdiri konularda dahi doğrudan bilirkişi raporları alınmaktadır. Taraflar arasında ihtilaf konusu olan yukarıda belirtilen herhangi bir alacağa ilişkin hesaplamasının unsurlarından ücret ve hizmet süresi de bilirkişilerce belirlendiğinden konuya ilişkin delilleri takdir yetkisi de bilirkişiler tarafından kullanılmaktadır. Örneğin fiilen 01.01.2010 tarihinde çalışmaya başladım ancak sigorta girişim 1 yıl sonra 01.01.2011 tarihinde yapıldı, 01.01.2013 tarihinde iş sözleşmesi işverence feshedildi iddiasıyla açılan kıdem tazminatı talepli davada, davacının çalışması kayıtlarda 01.01.2011 tarihi gözükmektedir. Tanıkların bir kısmı davacıyı doğrularken, bir kısmı genel mahiyette “sigortası geç yapıldı” şeklindeki beyanlardan, bir kısmı da “çalışmaya başlayınca sigortası da yapıldı” şeklinde olabilmektedir. Davacı işçinin fiilen hangi tarihte çalışmaya başladığı hukuki bir ihtilaf olup dosyadaki delillere göre bunu belirlemek hâkimin takdirinde olmasına rağmen, bu konuda hiçbir ara kararı oluşturulmadan dosya doğrudan bilirkişiye gönderilmektedir. Hâkimlik mesleğinin gereği olarak tanıklar hâkim tarafından dinlenmekte ancak dinlenen tanıkların beyanı bilirkişi tarafından değerlendirilerek ve takdir edilerek önce hizmet süresi belirlenerek kaç yıllık kıdem tazminatı alacağına hak kazanacağı tespit edilmekte sonra da alacak miktarı hesaplanmaktadır. Hesaplamının diğer unsuru olan ücret ihtilafı da aynı şekilde bilirkişi tarafından karara bağlanarak dosya kapsamına göre ücret miktarı takdir edildikten sonra talep konusu alacaklar hesaplanmaktadır. Esasen zor olan ve zaman alan husus takdire dayalı olan hizmet süresi ve çıplak ücret veya para ve parayla ölçülebilir menfaatler ilave edilerek giydirilmiş ücretin belirlenmesidir. Bunlar belirlendikten sonra alacak miktarını hesaplamak basit dört işlemden öteye gitmemekte, herhangi bir uzmanlığı da gerektirmemektedir. Öyle ki, bilgisayar teknolojisinin bu kadar geliştiği ortamda, buna ilişkin programlarda birkaç dakika içinde hesaplanmaktadır. Bu programlar rahatlıkla UYAP'a konularak hâkimlerin kullanımına açılabilir. Bilirkişi raporlarına itirazlar sıklıkla kullanılan hesaplama yöntemine değil, hesaplama esas alınan ücret, hizmet süresi veya haftalık çalışma saatine ilişkin olmaktadır. Bunlar hukuki ihtilaf olup dosyadaki delil durumuna göre hâkimin takdir yetkisini kullanarak çözmesi gerekmesine rağmen bilirkişilerce yapılmış olması ve tarafların buna itirazları nedeniyle birden fazla rapor alınmaktadır. Bu durum yargılamayı uzatmakta ve daha pahalı hale getirmektedir. Bu durum yargılamayı bilirkişilerin yaptığı, hâkimlerin bilirkişi raporlarını karar haline dönüştürdükleri gibi eleştirilerini beraberinde getirmektedir. Bu da kaçınılmaz olarak yargıya duyulan güveni zedelenmektedir.

Hizmet tespiti gibi davalarda, uyumsuzluk davacının fiilen sigortalı olmayı gerektiren bir işte çalışıp çalışmadığının tespitidir. Bu durum tamamen maddi olayın tespitinden ibarettir. Bu hususun hiçbir teknik yönü yoktur. Buna rağmen tamamen hukuki bir konu olan hizmet tespit davalarında da davacının çalışıp çalışmadığına ilişkin bilirkişi raporları alınarak karar verilmektedir.

HMK'nın 266 ıncı maddesindeki “*Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz*” şeklindeki hükme rağmen yaygın olarak hukuki konularda bilirkişi başvurulmaktadır. Bunun temel nedenleri arasında hâkimlerin iş yükünün yanı sıra, hukuki-teknik konu ayırımının iyi bilinmemesi ve eski alışkanlıkların kolay terkedilmemesi, bilirkişilerin kanunda olmamasına rağmen hâkim yardımcılığı gibi görev ifa ederek hâkimin işini kolaylaştırmaları gelmektedir. Yargıtay'ın birçok hukuki konuda bilirkişilerden rapor alınması gerektiği yönündeki bozma ilamları mevcut uygulama yönünden özellikle etkili olmuştur. Bugün bilirkişilik kurumu yargılamayı uzatan, daha pahalı hale getiren, hâkimlerin dosyadan soğumalarına ve dosya üzerindeki hâkimiyeti kaybetmelerine neden olan, yetersiz bilirkişi raporları nedeniyle tarafların yanı sıra hâkimlerin de şikâyet ettikleri bir kurum haline gelmiştir.

HMK'nın 273 üncü maddesinde bilirkişilerin görevlendirilmesine ilişkin kararda, inceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi gerektiğine ilişkin hükme rağmen uygulamada sıklıkla dosya bilirkişiye gönderilirken görev tanımı belirlenmemektedir. Ara kararlarında; dosyanın bilirkişiye gönderilmesine, hesap için bilirkişiye gönderilmesi, kusur tespiti için bilirkişiye gönderilmesi şeklinde kararlar verilmektedir.

Bilirkişi raporlarına sık itiraz edilmesi ve tek raporla sonuca gidilememesinin temel nedeni hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki (takdiri) konularda bilirkişi raporu alınmasıdır. Yukarıda belirtilenlerin yanında tarafların kusur oranına ilişkin alınan raporlar da önemli yer tutmaktadır. Taraflardan birinin kusurunun olup olmadığı ya da bunun matematiksel olarak oranlanması bilimsel hiçbir veriye dayanmamaktadır. Olayın gerçekleşme şekline göre tamamen takdir hakkının kullanılmasından ibarettir. Esasen bu da hâkimlik mesleğinin gereğidir. Nitekim kusur raporlarında taraflardan birine atfedilen kusuru matematiksel miktarı örneğin % 70 rakamına hangi teknik verilere göre ulaşıldığı bilgisi yer almamaktadır. Olaya ilişkin hukuki düzenlemeler belirtildikten sonra doğrudan % 70 oranında kusurlu olduğu belirtilmektedir ki bunun dünyada başka bir örneği de yoktur. Kusur raporu alınması iş mahkemelerinde iş kazası sonrası tazminat ile rücuu davalarında olduğu gibi ülkemizde ceza davalarında dahi halen bilirkişi raporlarındaki kusura göre karar verilmektedir. Bir olayda bilirkişinin kusurlu olduğunu belirttiği kişilere ceza verilmekte kusursuz olduğunu belirttiklerine ise ceza verilmemektedir. Bu da hâkimin cezalandırma yetkisine doğrudan müdahale anlamına gelmektedir. Oysa hakim olayın ne şekilde gerçekleştiğini anlamak için ihtiyaç duyduğu teknik konularda bilirkişiden yararlanması gerekirken, hiçbir teknik hususa ihtiyaç duyulmayan örneğin olayın gerçekleşme şekline ilişkin ayrıntılı video görüntülerinin olduğu durumlarda dahi, kimlerin kusurlu olduğu ve kusurun oranı bilirkişiye sorularak karar verilmektedir.

Bilirkişilikten kaynaklanan sorunları “*kanayan yara*” olarak belirten Yargıtay onursa üyesi Çetin Aşçıoğlu, vefatından önce yayınlamış olduğu birçok eserinde sorunun bilirkişilerden çok yargılamanın üç ögesi olan hâkim, savcı ve avukatlardan kaynaklandığını, çözümün yasalardan kaynaklanmadığını tersine yasaların buyurucu kurallarının uygulanmamasından kaynaklandığını belirt-

mektedir²⁰. Yazara göre kusurun belirlenmesini bilirkişiye bırakan yanlış uygulamanın nedeni, uygulanacak hukuk normuna ilişkin teorik bilgi eksikliği, bilginin kullanılmasında izlenecek yöntem bilinememesi ve uyuşmazlık konusu yaşam olayının bilgisine ulaşmada usul kurallarının dışlanmasıdır. Bu nedenle kusur, aklın, bilimin dışlandığı ve bilirkişilerin kendince oluşturdukları bir yöntemle belirlenmekte ve yargıçlar da bilirkişi öyle dediği için karar vermektedirler²¹. Oysa hâkimin kanıtları değerlendirerek vicdani kanaatine göre somut olayı belirlemesi özel veya teknik bir bilgiyi gerektirdiği durumlarda bilirkişi görüşünden yararlanarak maddi gerçeği saptaması gerekir. Bilirkişinin görevi sorunla ilgili özel veya teknik bilgiyi vermek ya da bu bilgilerden saptamalar yapmakla sınırlı olmalıdır.

Hâkimlerin yanı sıra avukatların tutumu da bilirkişilik kurumunun yozlaşmasında önemli ölçüde etkilidir. Avukatlar, tamamen hukuki konularda dosyanın bilirkişiye gönderilmesine itiraz etmemekte tersine kendileri dosyanın bilirkişiye gönderilmesini talep etmektedir. Bu da sorunun temelinde hukukçuların eğitiminin yattığını göstermektedir. Hukuk fakültelerindeki eğitimden başlayarak, avukat, hâkim ve savcıların mesleğe kabul, staj ve meslek içi eğitimleri ile diğer tüm nedenlerin ayrıntılı irdelenmesi bu çalışmanın konusunu aşmaktadır. Burada sorunun önemini vurgulamakla yetiniyoruz. Zira HMK ve CMK'nın bilirkişiye ilişkin hükümleri incelendiğinde Bilirkişilik Tasarı Taslağından farklı olmadığı, hukuki konularda bilirkişi görüşüne başvurulamayacağı, ancak çözümü hukuk dışında hâkimlik mesleği ile çözülemeyecek özel ve teknik konularda bilirkişiye başvurulabileceği açık, anlaşılır ve kesin olarak düzenlenmiş olmasına rağmen uygulamada herhangi bir değişiklik olmamıştır. Bu da sorunun hukuk metinlerinde aranmaması hukukçularda aranması gerektiğini göstermektedir. Nitekim HMK'daki bilirkişiye ilişkin düzenlemelerle Alman Usul Kanunundaki düzenlemeler arasında önemli bir fark olmamasına rağmen, aynı konularda Almanya'da bilirkişiye başvuru dosya sayısı çok az (%10 dan az) iken, Türkiye'de çok fazla (%90'ın üzerinde) olduğu görülmektedir.

IV. SONUÇ

Hukuk devleti açısından yargının tarafsız, bağımsız, etkin, verimli ve hızlı çalışması büyük öneme sahiptir. Mevcut bilirkişilik uygulaması diğer alanlarda olduğu gibi iş yargılamasında da çoğunlukla hukuki konulara ilişkindir. Hukuki konularda bilirkişi görüşüne başvurulamayacağına ilişkin HMK ve CMK'da açık düzenleme yapılmış olmasına rağmen uygulamada önemli değişiklik meydana gelmemiştir. Bu da göstermektedir ki, ülkemizde yargının içinde bulunduğu durumun temel sebebi hukuki düzenlemelerdeki eksikliklerden çok hukukçuların uygulamalarından kaynaklanmaktadır.

Taslağın yasalaşması halinde konuya ilişkin ayrı bir düzenleme olması nedeniyle önemli farkındalık oluşturacağını kabul etmek gerekir. Ayrıca Taslak hazırlanmadan önce bilirkişilikten kaynaklanan sorunların tespit ve çözüm önerileri amacıyla Avrupa Birliği ile Adalet Bakanlığı tarafından 'Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi' yürütülmüştür. Proje kapsamında farklı bölgelerde tüm aktörlerin katılımıyla bilirkişilik sempozyumları düzenlenmiş,

²⁰ AŞÇIOĞLU Çetin, Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik, Ankara 2010, 7 vd.

²¹ AŞÇIOĞLU (2010), 439.

konuya ilişkin sonuç bildirimleri yayınlanmış olup bunlar önemli ölçüde taslağın hazırlanmasında değerlendirilmiştir.

İş yükünün artması ve yargılamanın uzun sürmesinin nedenleri arasında mevcut bilirkişilik uygulaması önemli bir yer tutmaktadır. Bir dosyada tek bir bilirkişi raporu ile yetinilmemekte, birden fazla rapor alınmaktadır. Bilirkişi raporlarına sık itiraz edilmektedir. Bunun temel nedeni hâkimin takdir yetkisine giren hukuki konularda bilirkişi raporu alınmasıdır. Mevcut bilirkişilik uygulaması, çözümü hukuk dışında özel veya teknik uzmanlığı gerektiren konulardan daha çok hukuki konulara ilişkin olduğundan fiilen hâkim yardımcılığı fonksiyonu görmektedir. Hâkim yardımcılığı önemli bir kurum olup bunun bilirkişilere yaptırılması yerine ayrı bir düzenleme ile getirilmesi gerekir.

Mevcut bilirkişi uygulamasının yargılamaya alternatif ayrı bir adli sistem görüntüsü verdiği, yargının hızlı ve verimli çalışmasını engellediği, yargılamayı uzattığı, pahalı hale getirdiği, hukuka aykırı ve adaletsiz kararların verilmesine neden olduğu gibi eleştiriler giderek artmaktadır. Ülkemizde bilirkişilik kurumsal bir yapıya kavuşturulmadığından bilirkişilerin seçimi, atanması, eğitimi ve denetimi, bu niteliklerin kaybedilip kaybedilmediği konularında etkin bir kurumsal değişikliğe ihtiyaç vardır. Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağı bu konudaki önemli ihtiyaçlara cevap verebilecek niteliktedir.

Bilirkişinin, görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız, tarafsız ve objektif olarak yerine getirmesini temin edecek önemli hükümler getirilmiştir. Çözümü hukuk dışında özel ya da teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişi görüşüne başvurabileceği, görevlendirme kararında özel ya da teknik konunun ne olduğunun açıkça belirtileceği, bilirkişilerin görevlendirme konusu olan teknik konu dışında görüş bildiremeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemelere uymayan hâkim, savcı, avukat ile bilirkişilere çeşitli yaptırımlar getirilmiştir.

Taslağın en önemli özelliklerinden biri bilirkişiliği kurumsal bir yapıya kavuşturacak Bilirkişilik Üst Kurulu ve Bilirkişilik Bölge Kurullarının oluşturulmasıdır. Böylece Kanunlarda bulunmasına rağmen uygulanmadığı söylenen hükümler yönünden önemli farkındalık meydana gelmiş olacaktır. Kurullara verilen görevler doğrultusunda bilirkişilerin seçimi, eğitimi, görevlendirilmesi gibi konular uygulamadaki ihtiyaçlara ve amacına göre belirlenecektir. Bilirkişilerin denetimi ve performansına ilişkin esas ve usulleri belirlemek üst kurulun görevleri arasında sayılmış, üst Kurulun belirlediği ilkeler çerçevesinde bilirkişilerin denetimini yapmak ve performansını ölçme görevi de bölge kuruluna verilmiştir. Bölge adliye mahkemeleri esas alınarak her bölge adliyesinin bulunduğu yerde bilirkişilik bölge kurulu kurulmaktadır.

Taslağın yasalaşması halinde iş mahkemelerinde görülen davalarda ihtilaf konusu olan ücret, hizmet süresi, alacağa hak kazanıp kazanmama, tarafların kusuru gibi hukuki konularda bilirkişi görüşüne başvurulamayacak, bu hususları hâkim kendisi belirleyecektir. Özel bir uzmanlığı gerektirmeyen basit hesaplamalar için de bilirkişi raporu alınmayacaktır.

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN TEMEL ÜCRET İÇİNDE ÖDENMESİ UYGULAMASI

Şahin Çil*

A. AMAÇ

Bu çalışmanın amacı, fazla çalışma ücretinin aylık temel ücret içinde ödenmesine dair kuralların geçerli sayılmasının nedenleri ile sonuçlarını tartışmaya açmak ve hukuki altyapı eksikliğine vurgu yapmaktır. Makalenin, anlatım tarzına hayran olduğum ve kendisinden çok şey öğrendiğim, Türk İş Hukukuna büyük katkıları olan değerli hocam Prof Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan'da yayınlanması, daha çok akademisyen, araştırmacı ve uygulamacıya ulaşacağı anlamına gelmektedir. Bu açıdan daha fazla heyecan ve sorumluluk duygusu içinde olduğumu belirtmek isterim.

B. KAVRAMLAR

a. Ücret Kavramı:

Ücret ödeme borcu, işçinin iş görme borcu karşısında yer alan ve işverenin iş sözleşmesinden doğan başlıca borcudur¹.

Ücret, işçi için en esaslı haktır. İşçi kendisinin ve ailesinin geçimini işveren tarafından aldığı ücretle karşılamaktadır. Konunun insan haklarını da ilgilendiren sosyal bir yanının olduğu açıktır.

İslam Hukukunda ise insanın bir iş için kiralanmasına "icar" adını verilmiş ve bu işten gelir elde eden çalışan da "ecir" yani "ücretli" kelimesiyle ifade edilmiştir. Zamanla köleliğin kaldırılması ve insanla eşya arasında kesin bir ayrımın yapılmasını ardından "icar" fikrinden uzaklaşmış ve "iş aktı" kavramı geliştirilmiştir². İslam Hukukçuları da ücretli (işçi) terimini, "ister özel ister müşterek olsun, ücretle başkasının işinde çalışan kişi" için kullanmışlardır³.

Öte yandan ücret, üretimin maliyet unsurudur. Bu yönleriyle ücret aynı zamanda bir iktisat kavramıdır. Liberal iktisat düşüncesi, döneminde ücretin kaynağını oluşturan emek bir meta olarak görülmüştür. Günümüzde ise, emeğin meta olmaktan çıktığı kabul edilip, insanın kişiliğine ve insan haklarına bağlanmakta ve ücretin sosyal yanının bulunduğu benimsenmektedir⁴.

¹ Hakem denetiminden geçmiştir.

* Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Daire Başkanlığı

¹ Çelik/Canıklioğlu/Canbolat: İş Hukuku Dersleri,27. Bası, s.182.

² Dr. Şeref Bin Ali Eş-Şerif: İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku,Çeviren, Mehmet Keskin, İstanbul 1986, s.12.

³ Dr. Şeref Bin Ali Eş-Şerif: İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku, Çeviren, Mehmet Keskin, İstanbul 1986, s.49.

⁴ Centel,Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986, s. 45.

Yargıtay ilke kararlarında ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır⁵. Yargıtay kararlarında yasa da yer alan “*genel anlamda ücret*” sözcüklerine yer verildiği gibi, “*temel ücret*” ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir⁶.

Öğretide ücretin dar anlamda ve geniş anlamda ücret olmak üzere ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Dar anlamda ücret Yargıtay kararlarında “*temel ücret*”, “*asıl ücret*”, “*kök ücret*”, “*çıplak ücret*” olarak ifade edilmektedir. Dar anlamda ücret yerine öğretide 1475 sayılı İş Kanununun 26. maddesindeki tabire uygun olarak “*genel anlamda ücret*” sözcüklerinin kullanıldığı da görülmektedir⁷.

Geniş anlamda ücret ise, asıl ücretle birlikte fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayrak ve genel tatil ücreti, prim, provizyon, ikramiye, yeme-içme, giyim, barındırma, ısıtma ve aydınlatma şeklinde çeşitli görüşler gösteren aynı ödemeler gibi asıl ücrete ilaveleri kapsar⁸.

Ücret, işçinin en temel hakkı olunca başta İş Hukuku olmak üzere çeşitli hukuk dallarının koruması altındadır⁹. Yasal asgari ücret uygulaması, devir ve temlik yasağı, haciz yasağı, takas ve mahsup yasağı, ücret kesme cezasının sınırlandırılması, ücretten indirim yasağı, iflas alacaklılarında önceliği, senetle ödeme yasağı, kamu makamlarının ödeme yükümü, banka kanalıyla ödenmesi zorunluluğu, işverenin ödeme aczine düşmesi halinde İşsizlik Sigortası Fonundan ödenebilmesi, gününde ödenmemesinin özel faizle karşılanması ve çalışmaktan kaçınma hakkı gibi yasal korumaların tamamı temel ücrete yöneliktir.

b. Fazla Çalışma Kavramı

Fazla çalışma, çalışma süresi kavramının ortaya çıkışı ve işçinin korunması bakımından sınırlandırılması gereğinin sonucu olarak İş Hukukunda söze konu olan bir kavramdır. 1475 sayılı İş Kanununda fazla çalışmanın tanımı yapılmamıştı. Fazla mesai, üretimin arttırılması, üretim faaliyetlerindeki aksamaların önlenmesi, işletme ve toplumun bazı ivedi ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla normal iş süreleri üzerinde yapılan çalışmalardır.

1475 sayılı İş Kanunun yürürlükte olduğu dönemde çoğunlukla günlük iş süresinin üzerindeki çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilmekte ve ayrıca haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılmasının gerekmediği görüşü benimsenmekteydi. Ancak, günlük iş süresinin aşılmasının yeterli olmadığı, haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Yargıtay da, istikrarlı biçimde haftalık 45 saati aşan çalışmaları fazla çalışma olarak kabul etmiş, günlük iş süresinin aşılmış olmasını yeterli görmemiştir. Yargıtay bu kabul şekliyle 4857 sayılı İş Kanunu öncesinde de haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde bölünebileceğini kabul etmiş durumdaydı.

4857 sayılı İş Kanunu bu tartışmaya son noktayı koymuş ve fazla çalışmayı haftalık 45 saati aşan çalışma olarak tanımlamış, ayrıca bu bir haftalık ölçüyü de yeterli görmeyip, 2 aylık süre için denkleştirme esası getirilmiştir.

⁵ Yargıtay 9. HD., 13.4.2009 gün, 2007/42510 E., 2009/10516 K.

⁶ Yargıtay 9. HD., 05.06.2008 gün, 2007/13670 E., 2008/14250 K.

⁷ Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B.6, Ankara, 1986, s. 462.

⁸ Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B.6, Ankara, 1986, s. 463.

⁹ Bkz. Ücretin Güvenceleri ve Yargıtay kararları için Çil,Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010, s. 803 vd.

Yargıtay kararlarına¹⁰ göre, günlük yasal çalışma sınırı olan 11 saati aşan çalışmalar, gece çalışmalarında 7.5 saati aşan süreler, günde 7.5 saatten az çalıştırılması gereken işlerde 7.5 saati aşan süreler, haftalık çalışma süreleri 45 saati aşmasa dahi doğrudan fazla çalışma sayılır.

İş Kanunu'nun 41/8. maddesinde fazla çalışmaların yıllık 270 saatten fazla olamayacağı açıklanmıştır¹¹. Yargıtay kararlarında¹² da açıklandığı üzere bu kural işçiyi koruma amacını taşımaktadır. İşçinin sözü edilen sınırlamaya rağmen yılda 270 saatten fazla çalıştırılması halinde zamlı ücrete göre karşılığını alması gerekir.

Yargıtay'ın bir kararında, işçinin yılda 270 saati aşar şekilde fazla çalıştırılmasını işçi açısından haklı fesih nedeni saymıştır¹³.

¹⁰ Yargıtay 9.HD. 04.06.2014 gün, 2012/12211 E, 2014/18174 K. "Günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir. Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez (İş Kanunu, Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 23.6.2009 gün 2007/40862 E, 2009/17766 K).

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü maddesine göre, günde yedibuçuk saat çalışması gereken işlerde çalışan işçinin, yedibuçuk saati aşan çalışma süreleri ile yedibuçuk saatten az çalışması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5 inci maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar, doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırkbeş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur".

¹¹ 4857 sayılı İş Kanunu'nda yılda 90 gün sınırlaması yoktur. Buna rağmen sözü geçen yasa hükümlerini ele alan bir Yargıtay kararında yılda 90 gün ve 270 saat sınırlamalarından bir arada söz edilmiştir. Yargıtay 9. HD. 01.04.2008 gün, 2007/38044 E, 2008/713 K. "İş sözleşmelerinde işçinin görev tanımı ve unvanı, ücretinin yüksekliği ve çalışma düzeni nedeni ile fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde düzenlemelere yer verilmektedir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir".

¹² Yargıtay 9.HD. 04.0.2014 gün, 2012/12211 E, 2014/18174 K. "Fazla çalışma yönünden diğer bir sayılı sınırlama da, İş Kanununun 41 inci maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir (Yargıtay 9.HD. 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.).

¹³ Yargıtay 7. HD. 2.11.2014 gün, 2014/17807 E, 2014/21555 K. "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacının fazla mesai yapmak istemediğine dair işverene yazılı bir başvuruda bulunmadığı, ancak işverenin de yasa gereği her yıl alması gereken işçiyeye fazla mesai yaptırılması için gerekli olan muvafakati almadığı, davalının yasa gereği yıllık 270 saat fazla mesai yaptırması gerekirken dosyaya sunulan ücret bordrolarından davacının 270 saatin çok üzerinde fazla mesai yaptığının anlaşılmasına göre davalının yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA ...karar verildi".

C. UYGULAMANIN NEDENLERİ

İşçilik alacakları, HMK 110. maddede sözü edilen davaların yığılması ilkesine uygun olarak çoğu kez birden fazla tazminat ve alacak talebiyle açılır. İşçinin açtığı davalarda genelde kıdem ve ihbar tazminatları yanında yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, hafta tatili çalışma ücreti, bayram ve genel tatil ücretleri, ikramiye ve benzeri alacaklar bir arada talep edilmektedir. Ülkemizdeki çalışma hayatında fazla çalışma ödenmesi şeklindeki uygulama yeterince gelişmediği için zamanaşımıyla sınırlı kalsa dahi salt fazla çalışma ücreti hesabı, diğer tüm tazminat ve alacakların toplamı kadar olabilmektedir. Bu durumun işverenleri ödeme güclüğü içine itebileceği ve işyeri veya işletmenin mahvına neden olabileceği yönünde temyiz itirazlarını değerlendiren Yargıtay, bazılarının yeterli hukuki altyapısı olmasa da fazla çalışma ücretlerini azaltan çeşitli uygulamalar geliştirmiştir. İşyerinden ayrılmış ve işverenle davası olan ya da dava açma ihtimali olan tanık beyanlarının ispat açısından yetersiz sayılması, kamu kurumları ile kamu kurumlarından iş alan alt işverenler bakımından fazla çalışmanın yazılı delille ispatının aranması buna örnek olarak verilebilir. Yine hiçbir yasal dayanağı olmadığı halde fazla çalışma ücretinden taktiri indirim yapılmasının zorunlu tutulması, fazla çalışma ücretini miktar olarak kabul edilebilir bir seviyeye çekme çabası olarak açıklanabilir. Üst düzey yönetici ile mesaisini kendisi belirleyebilen çalışanların (satış temsilcisi, uluslararası tur şoförü ve avukatlar gibi) fazla çalışma ücreti isteyememesi, ödenen satış primlerinin fazla çalışma ücretinden mahsubuna dair uygulamalar da aynı amaca yöneliktir.

Fazla çalışmaların temel ücret içinde ödenmesi yönünde sözleşme veya yönetmelik hükümlerinin geçerli sayılması da fazla çalışma ücretini azaltmaya yönelik bir niyetin sonucu ortaya çıkmıştır. Bu yöndeki sözleşme hükümlerine bir yandan değer verilirken¹⁴, diğer yandan geçerlilik noktasında bir sınır getirilmesi ihtiyacı hissedilmiş ve tamamen işçiyi koruma amaçlı getirilmiş bir hüküm olan fazla çalışmanın yıllık üst sınırı (270 saat) devreye sokulmuştur. O halde Yargıtay, fazla çalışmaların ücrete dahil edilerek ödenmesi yönündeki kurallara değer vermenin adaletsiz sonuçlara yol açacağını görmüş olmalı ki, konuyla ilgisiz bir üst sınır getirerek işçiyi yine de korumaya çalışmıştır.

Fazla çalışma uygulaması yaygın olmasına rağmen karşılığını ödememe şeklindeki direncin kırılması yerine, hukuki olmayan gerekçelerle fazla çalışma ücretini azaltmaya çalışmanın yerinde olmadığı görüşünde olduğumuzu belirtmek isteriz. Bu konuda ideal olan, ve yasaya uyan, işçinin yaptığı fazla çalışmaların işverence kayıt altına alınması ve takip eden dönem bordrosunda tahakkuku yapılarak zamlı karşılığının ödenmesidir.

D. UYGULAMANIN HUKUKİ YÖNDEN DAYANAKSIZLIĞI

İşçinin temel ücreti İş Kanunu'nun 32. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Yasada "genel anlamda ücret" ibaresi yer almakta olup, bellilikte bankalarla ödeme, senetle ödeneme yasağı, en geç ayda bir ödenmesi, gününde ödenmemesi halinde işçinin çalışmakta kaçınma hakkı ve bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz hakkı, haciz iledevir ve temlik yasak-

¹⁴ Yargıtay uygulamasının bu tür sözleşme hükümlerine değer vermek ile vermemek arasında ortalama bir çözüm olduğu görüşü için bkz. Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 3. Cilt. 2. Baskı, s. 2495.

ları, kamu makamlarınca ücret ödeme yükümü ve zorlayıcı sebeplerde yarım ücret ödenmesi gibi yasal korumalar getirilmiştir. Aynı Kanun'un 24/I e bendine göre ücreti ödenmeyen işçinin haklı fesih imkanı vardır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile de takas yasağı ve işveren lehine kullanılmaması¹⁵, işveren temerrüdü veya işin geçici durdurulmasında ücret hakları ile haciz, devir ve rehin yasağı öngörülmüştür¹⁶.

2004 sayılı İcra İflas Kanunu da genel olarak maaşlarla ilgili haciz esasları belirlenerek çeşitli koruma hükümlerine yer verilmiştir.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile de belli durumlarda ücret garantisi fonundan ödeme¹⁷ veya işsizlik sigortası fonundan¹⁸ ödeme imkanı sağlanmıştır.

Fazla çalışma ücreti ise yukarıda sözü edilen bütün yasal korumaların dışındadır. Ancak Yargıtay içtihatlarında, İş Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenen fazla çalışma ücreti için temel ücrete ilişkin faizi düzenleyen 34. maddedeki faizin uygulanacağı kabul edilmiş ve yine fazla çalışmaları ödenmeyen işçinin haklı fesih imkanını kullanabileceği benimsenmiştir. Bunun dışındaki yasal korumalar salt temel ücret için geçerli olup fazla çalışma bakımından söz konusu değildir. Bu durum dahi, temel ücret ve fazla çalışma ücretinin birbirinden farklı olduğunu ve her iki işçilik alacağının tek bir rakam olarak telaffuz edilmesinin güçlüklerini ortaya koymaktadır. Örneğin fazla çalışma ücreti dahil aylık olarak kararlaştırılan ücretin ne kadarının haciz, devir, temlik yasağı kapsamında olduğu, ücret garantisi fonundan ne kadarının ödeneceği, kısa çalışma uygulamasında hangi ücretin esas alınacağı, ücretin bir kısmının bankaya ödendiği kalan miktarın elden verildiği uygulamalarda bankaya ödeme yükümünün ihlal edilip edilmediği, kamu makamları tarafından ödenmesi gereken ücretin miktarı, ücret kesme cezasının hangi ücret üzerinden uygulanacağı ve benzeri konular yasal açıdan da sorunlu hale gelmektedir.

Düşüncemize göre fazla çalışmaların ücrete dahil edilmesi uygulaması, fazla çalışma ücretlerinin azaltılmasına yönelik bir gereksinimden ortaya çıkmıştır ve hukuki bir dayanağı yoktur. Bu yolla temel ücret daha düşük tutulmuş olmakta ve içinde bir miktar fazla çalışma da ödenmek suretiyle işçilik maliyetleri azaltılmaktadır. Üstelik temel ücret daha düşük olduğunda kıdem ihbar ve izin de dahil olmak üzere diğer işçilik alacaklarının işverene maliyeti de azalmış olmaktadır.

İşçinin ücretinin aynı sektörde benzer iş ve işyerlerinde çalışanlara göre düşük gösterilmesi ve fazla çalışma ücrete dahil edilerek emsal ücret seviyesine getirilmesi ile işveren önemli bir avantaj elde etmiş olmaktadır. Bu yolla büyük ölçüde ileride fazla çalışma ücreti ödemek zorunda kalmamakta ve çalışma normlarına bütünüyle uyan işverenlerle arasında rekabet eşitsizliği doğmaktadır.

Yargıtay bir kararında¹⁹, fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu yönünde sözleşme hükmünün geçerli olabilmesi için emsal ücret araştırması ya-

¹⁵ Madde 407.

¹⁶ Madde 408,409,410.

¹⁷ Ek Madde 1.

¹⁸ Ek Madde 2.

¹⁹ Yargıtay 7. HD. 09.07.2014 gün, 2014/9985 E, 2014/15694 K. "Davacının ücretinin asgari ücretten yüksek miktarda ödenmiş olduğunun mahkemece kabul edilmesi nedeniyle bu sözleşme maddesinin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenlerle yapıl-

pılması gerektiğini kabul etmiştir. Yapılacak araştırmaya göre ücretin asgari ücret olarak belirlenmesi halinde sözleşme hükmünün geçersiz sayılması gerektiği belirtilmiş, daha yüksek ücret tespit edildiği takdirde kuralın geçerli olacağı hükmüne bağlanmıştır. Bize göre kararın eksik olan yönü şudur; emsal ücret araştırmasının ardından belirlenen temel ücrete ilave olarak fazla çalışmaları da karşılayabilecek bir ücretin kararlaştırılmış olması aranmalıdır.

Fazla çalışmanın ücret içinde ödenmesini öngören sözleşme veya personel yönetmeliği ile benzeri kaynaklarda yer alan kuralların genel işlem koşulu²⁰ halini alması halinde de Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ve devamı maddeleri hükümleri uyarınca yazılmamış sayılması ihtimali bulunmaktadır. Bu açıdan Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasının uygulanma imkanı olabilir. İlgili hükmeye göre, “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır” ki, fazla çalışmanın aylık ücrete dahil edilmesi yukarıda açıklandığı üzere “ücret” ve “fazla çalışma” kurumlarına aykırıdır.

Öte yandan soruna içerik denetimi açısından baktığımızda Türk Borçlar Kanunu'nun 25. maddesi devreye girer ki, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz”.

İş Kanunu'nun 71. maddesinin 7. fıkrası ile Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 9. maddesine göre fazla çalışma için işçinin her yıl onayının alınması gerekir. İş sözleşmesinde bir kez alınabilecek onay bile yeterli görülmemiş ve her yıl alınması öngörülmüştür. Sözü edilen mevzuat çerçevesinde de, işçinin işe girerken imzaladığı sözleşme ile fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin kabulü isabetli değildir.

Yargıtay karına karşı yazılan karşı oy yazısında²¹, iş sözleşmesinde fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu belirtilmiş olsa da her yıl için fazla çalışma onayı alınmadığı sürece sözleşme hükmünün geçersiz olduğu belirtilmiştir. Bizim görüşümüz ise fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesi kuralının baştan itibaren geçersiz olduğu yönündedir. Yoksa iş sözleşmesi ile öngörülen ve geçerli olduğu kabul edilen uygulamanın, daha sonra fazla çalışma onayı alınmaması sebebiyle yürürlükten kalkması söz konusu olmaz. Ancak yukarıda açıklandığı üzere işçiden her yıl fazla çalışma onayı alınması gerekirken ve iş sözleşmesi ile tek seferde onayın yeterli olmadığı²² dikkate alındığında, fazla

ması gereken, davacının ücretinin yaptırılacak emsal ücret araştırması ile tespit edilmesinden sonra, haftalık çalışma çizelgeleri dikkate alınmak suretiyle ücretin asgari ücret olarak kabulü halinde hizmet sözleşmesindeki fazla mesainin ücret dahil olduğu yönündeki hüküm dikkate alınmadan, ücretin asgari ücretten fazla olduğunun kabulü halinde hizmet sözleşmesindeki fazla mesainin ücrete dahil olduğu yönündeki hüküm dikkate alınmak suretiyle yıllık 270 saatlik sınırı aşan fazla mesai alacağının olup olmadığını tespit etmek, eğer varsa bunu hüküm altına almaktır”.

²⁰ Bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 59 vd.

²¹ Bu yönde karşı oy yazısı için bkz. Yargıtay 9. HD. 12.05.2015 gün, 2014/3662 E, 2015/17389 K. Karşı Oy, Kar, Bektaş: “Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler için düşünüldüğünde, 4857 sayılı İş Kanunu ve buna ilişkin yönetmelik hükmü uyarınca yıl başında işçinin fazla mesai yaptırılması için açık muvafakatı alınmamış ise sözleşmede kararlaştırılan fazla çalışmanın ücretin içinde kuralının bir anlamı da olmayacaktır”.

çalışmaların aylık ücrete eklenmesi yönünde bir sözleşme hükmü geçerli sayılmamalıdır.

Fazla çalışmanın aylık ücret içinde ödenemeyeceğini destekleyen yasal dayanaklardan biri de İş Kanunu'nun 37. maddesi hükmüdür. İlgili maddeye göre işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulasında temel ücretin yanı sıra, ücretin ekleri ve fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretleri gibi her tür ödemeler ayrı ayrı gösterilmelidir. Aksine uygulama İş Kanunu'nun 102. maddesinde idari para cezası ile karşılanmıştır. O halde aylık ücret içinde fazla çalışma ücreti olduğu belirtilerek hiçbir ayırtırma yapılmaksızın ücretle beraber fazla çalışma ücreti ödendiği varsayımı sözü edilen yasal düzenlemelere aykırıdır.

Bu bölümde son olarak belirtmek gerekir ki, fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenebileceğinin kabulü yasal dayanaktan yoksun olmakla birlikte, halde hafta tatili ücreti ve dini –milli bayram ve genel tatil ücretlerinin çalışma karşılığı olan zamlı kısmının aylık ücret içinde ödenemeyeceği yönündeki uygulama açısından ayrımı haklı kılan bir neden de bulunmamaktadır. Yıl içindeki 52 hafta tatili günü ile 14,5 gün olan bayram ve genel tatil günlerinin zamlı karşılığının ne kadar olduğu belli olup, bu rakamların da 12 aya bölünerek aylık temel ücrete eklenmesi ile aylık 22.5 saat fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesi arasında bir fark yoktur.

E. UYGULAMA BİÇİMİ

a. İş Sözleşmesinde Kararlaştırılması:

Fazla çalışmaların karşılığının aylık ücret içinde ödeneceği şeklinde kurallar genel olarak iş sözleşmelerinde yer almaktadır. İşsizliğin yoğun olduğu ülkemizde işe girerken işçiye imzalatılan iş sözleşmesinde bu tür kurala karşı çıkamayabileceği bir varsayım olarak ileri sürülebilir. İş ilişkisi devam ederken işçi ile yapılan yeni bir sözleşme veya imzalatılan bir belgede fazla çalışmaların aylık ücrete dahil edildiği şartının getirilmesi de, etkin bir iş güvencesi olmayışı sebebiyle pek mümkündür. Başka bir anlatımla işçinin fazla çalışmaların aylık temel ücreti içinde ödeneceği şeklindeki kurallara ihtirazi kayıt ileri sürmesi hemen hemen imkansızdır. Nitekim Yargıtay önüne gelen örneklerde işçinin ihtirazi kaydını içeren bir uygulamaya rastlanmamıştır.

Uygulamada genelde iş sözleşmesinin ücreti düzenleyen maddesinde "*İşçinin yaptığı fazla çalışmaların karşılığı da aylık ücrete dahildir*" şeklinde kuralların yer aldığı görülmektedir. Fazla çalışılan üst sınırı olan yıllık 270 saatin de sözleşme hükmünde gösterildiği örneklerle rastlanmıştır. Bazen de sözleşmede günlük mesai belli bir saatler arasında açıkça belirlenmekte ve kararlaştırılan ücretin bu mesainin tamamını kapsadığı belirtilmektedir. Örneğin taraflarca, işçinin 08:00- 20:00 saatleri arasında günde 12 saat çalışacağı ve bu çalışmaya göre ücretin belirlendiği ayrıca fazla çalışma ücreti istenemeyece-

²² Toplu iş sözleşmesi ile verilen fazla çalışma onayının, yıllık 270 saati kapsadığı ve yıllık 270 saatin üzerinde fazla çalışma yapılması halinde işçinin muvafakatinin gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 22. HD. 2012/5983 E, 2012/18641 K. "Davacı işçinin üyesi bulunduğu sendika ile davalı işveren arasında geçerli bulunan Toplu İş Sözleşmesinin 26. maddesinde, yılda 270 saat fazla mesai yapılmasını tüm üyelerin önceden kabul ettiği-ne ilişkin hüküm bulunmaktadır. Yıllık fazla mesai süresinin 270 saati aşması halinde işçinin fazla çalışmaya muvafakat etmesi gerekir. Mahkemece öncelikle davacının yıllık fazla çalışma süresinin 270 saati aşıp aşmadığı belirlenmelidir".

ği, belirtilen saatler arasındaki çalışma şekline oluşan fazla çalışma ücretlerinin aylık ücret içinde ödeneceği açıkça kararlaştırılmış olabilir. Hemen belirtelim ki bu örnekte işçinin haftada 6 gün çalıştığını varsaydığımızda, günlük 1.5 saat ara dinlenmeleri düşülerek haftalık fazla çalışma 18 saat olarak belirlenir. Ancak tarafların açıkça haftada 18 saatlik fazla çalışmayı aylık ücret içine eklemeleri iradelerine rağmen Yargıtay, yıllık 270 saatlik sınırı uygulamaktadır. Bu durumda örnekteki işçi yıllık 270 saati (haftalık 5.19 saat) aşan fazla çalışmaları talep edebilecektir. Başka bir anlatımla, fazla çalışmanın ücrete dahil edildiği şeklindeki sözleşme hükümleri, her durumda yıllık 270 saatlik üst sınıra tabidir.

İş sözleşmesinde fazla çalışmayı ücrete dahil eden kuralların örtülü şekilde konulduğu örneklere de rastlanmıştır. Sözleşmede işçinin görevleri tanımlandıktan sonra belirtilen işler için işçiye “*ücret dışında başkaca ödeme yapılmayacağı*” şeklindeki açıklamanın fazla çalışmaların ücrete dahil olduğu şekilde yorumlanması mümkün olabilir. Yine de görüşümüz, işçinin hakkını kısıtlayan bu tür kuralların açıkça düzenlenmesi gerektiği yönündedir.

Başlangıçta iş sözleşmesinde yer almasa da çalışan işçiler bakımından fazla çalışmaların aylık ücrete eklendiği şeklinde yeni bir sözleşme yapılması kural olarak mümkündür²³. Değişikliğin irade fesadına dayandığı ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece değişikliğe dair kural ileriye dönük²⁴ olarak geçerlidir.

Yargıtay, işyerinde çalışmakta olan bir işçiye imzalatılan sözleşme ile fazla çalışmanın aylık ücrete eklenmesi halinde, öngörülen kuralın ileriye etkili olduğunu ve geçmişe etkili olarak geçerli olmadığını kabul etmiştir²⁵.

Çalışmakta olan işçi yönünden fazla çalışmaların temel ücrete eklenmesi ve buna rağmen ücretin aynı kaldığı örneklerde ise irade fesadı ihtimali artar. Zira enflasyonun etkin olduğu ülkemizde, emeği ile geçimini sağlayan işçinin temel ücretin ücretinin düşürülmesi anlamına gelen değişikliği kabul etmesi hayatın olağan akışına aykırıdır.

²³ Bu yönde Yargıtay 9.HD. 15.11.2012 gün, 2010/27473 E, 2012/37872 K. “Somut olayda, taraflar arasında 01.04.2008 tarihinde hizmet akdinin imzalandığı ve sözleşmenin 3. maddesinde fazla çalışmanın aylık ücrete dahil olduğu kararlaştırılmıştır. Ancak bilirkişi tarafından hesaplama yapılırken bu hususun dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir”.

²⁴ İş sözleşmesi hükümünün geriye etkili olmadığı yönünde bkz. Yargıtay 9. HD. 09.02.2015 gün, 2013/8148 E, 2015/4634 K. “Öncelikle davacı davalı işyerinde 16.05.2005 tarihinde işe girmiş, fazla mesainin ücretin içinde olduğuna dair sözleşme ise 01.06.2006 tarihinde imzalanmıştır. Bu nedenle bu sözleşme hükümünün 01.06.2006 tarihinde önceki dönem için uygulanması mümkün olmadığından 16.05.2005-01.06.2006 dönemi için yılda 270 saat fazla mesainin mahsubu doğru değildir”.

²⁵ Yargıtay 7. HD. 14.11.2013 gün, 2013/11741 E, 2013/19204 K. “...taraflar arasında akdedilen fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna dair sözleşmenin tarihi 30.11.2007 olup, bu tarihten sonraki dönem için yıllık 270 saatin üzerinde yapılan fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerektiği, bu tarihten önceki dönem için ise söz konusu sözleşmedeki fazla çalışmanın ücrete dahil olacağı kuralının geçerli olmayacağı düşünülmeyen tüm dönem için yıllık 270 saat çıkartılarak hesaplama yapan bilirkişi raporundaki miktara göre fazla çalışma ücretinin eksik olarak hüküm altına alınması hatalı olmuştur”.

Fazla çalışmaların karşılığının temel aylık ücret içinde ödenmesi uygulaması, çoğunlukla yazılı bir sözleşme ile karşımıza çıksa da, sözlü bir anlaşma ile de hayata geçirilmesi mümkün görülmelidir. Yazılı bir sözleşme olmasa dahi fazla çalışmanın aylık ücrete dahil olduğu yönünde her iki taraf iradeleri birleştiğinde de uygulama geçerlilik kazanır. Ancak iş sözleşmesinin feshi aşamasında işçiden alınan bir ibranamede, “...çalıştığı dönem içinde fazla çalışmaların karşılığının da aylık ücrete dahil edilerek ödendiği” şeklinde bir ifadeye geçerlilik tanınmamalıdır.

İş sözleşmesinde fazla çalışmaların aylık ücret içinde olduğu kararlaştırılmadığı halde, salt işçinin ücretinin yüksek olması, fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği anlamına gelmez²⁶.

b. Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülmesi:

Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödeneceği yönünde kuralların toplu iş sözleşmeleri veya eki mahiyetindeki protokollerle konulması da imkan dahilindedir. Ancak Yargıtay önüne gelen örneklerde toplu iş sözleşmesi ile fazla çalışmanın ücrete dahil edildiği bir uygulamaya rastlanmamıştır. İşçinin fazla çalıştırılması, özel yaşamından bir miktar zamanın işverene hasredilmesi anlamına gelmekte olup, sözü edilen çalışma dahi bir üst sınıra tabidir. Karşılığının da ayrıca ve yasalarla güvence altına alınmış zamlı ücret üzerinden ödenmeyecek oluşu işçi açısından önemli bir hak kaybıdır. Böylesine işçi aleyhine bir hükmün toplu iş sözleşmesinde yer alması sendikaların amaçları ile de bağdaşmamaktadır. Bu açıdan fazla çalışmaların temel ücret içinde ödenmesi uygulamasının, toplu iş sözleşmeleri ile daha da yaygınlaştırılmamış oluşu isabetlidir.

c. Personel Yönetmeliği ve Benzeri Kaynaklarda Öngörülmesi:

İşyeri personel yönetmeliği, iç sirküler gibi işyeri uygulama esaslarının yer aldığı belgelerde de fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği şeklinde hükümlerin öngörülmesi kural olarak mümkündür²⁷. İşçinin işe başladığı anda yürürlükte olan iç yönetmelik ve benzeri kaynakların işçiye imzalatılması halinde işçi açısından bağlayıcı olduğu kabul edilir. İş sözleşmesinin eki niteliğinde olan iç yönetmelik hükümlerinin işçiye bildirilmemesi durumunda işçinin sözü edilen kurallarla bağlı olduğundan söz edilemez.

Fazla çalışmaların ücrete dahil olduğunu öngören kuralları içeren iç yönetmeliğin kurumsal internet sitesinde yer alması veya işyerinde ilan edilmiş olması yeterli görülmemelidir. En azından iş sözleşmesinde iç yönetmelik hü-

²⁶ Yargıtay 9.HD. 04.06.2013 gün, 2011/12175 E, 2013/17024 K. “Somut olayda taraflar arasında yazılı bir iş sözleşmesi sunulmamış ve fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği yönünde taraflar arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamamıştır. Salt davacı işçinin ücretinin yüksek olması fazla çalışmaların bu ücret içinde ödendiğinin kabulünü gerektirmez. Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesi istisnai bir durum olup bu husus yazılı delille kanıtlanmalıdır. Davalı işveren bu yönde bir delil sunmadığına göre aylık 22.5 saat düşülerek hesaplanan fazla çalışmanın kabulü hatalıdır”.

²⁷ Yargıtay 9. HD. 27.02.2007 gün, 2006/34673 E, 2007/5351 K. “Buna göre hesaplama yapılmalı ve davacının müdür olarak çalıştığı dönem için personel yönetmeliğinin 24. maddesi uyarınca yılda 270 saat fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödendiği kabul edilerek istek konusu dönem için hak kazanabileceği fazla çalışma ücreti belirlenmelidir”.

kümlerinin iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğu yönünde bir açıklamanın sözleşme metninde yer alması gereklidir.

Fazla çalışmanın aylık ücret içinde ödenmesinin personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarda öngörülmesi, genel işlem koşulu olarak düzenlendiği sonucunu ortaya koyabilir²⁸. Genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 20/1. maddesine göre, "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir".

Yine aynı Kanun'un 21. maddesinde, "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır" şeklinde hükme yer verilerek kuralın geçersiz olduğu durumlar açıklanmıştır. Sözü edilen yasal düzenlemeye göre Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğünden sonraki uygulama bakımından, işçinin, iş sözleşmesinin yapıldığı anda personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklarda yazılı olan fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğini öngören kuraldan açıkça haberdar edilmiş olması ve içeriği hakkında bilgi verilmesi gerekir.

İşyerinde çalışmakta olan işçiler yönünden fazla çalışmaların aylık ücretin içine alınmasını öngören iç yönetmelik değişikliği ise İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında geçerlilik kazanabilir. Fazla çalışmaların ilerleyen dönem için temel aylık ücret içinde ödeneceği kuralı, çalışma koşullarında işçi aleyhine değişiklik anlamına gelir. Aylık 22.5 saatlik olası fazla çalışma ücretinin zamlı karşılığı temel ücrete doğrudan eklenmiş olsa dahi aşağıda incelenen uygulama sorunları değerlendirildiğinde sonuç yine de işçi aleyhinedir. Bu itibarla işverenin tek taraflı uygulaması ile fazla çalışmaları ileriye dönük olarak aylık temel ücret içinde ödemeye başlaması ancak işçinin yazılı kabulü ile geçerlilik kazanabilir.

Yargıtay kararına²⁹ konu bir olayda, işyeri yönetmeliğinde değişiklik yapılarak fazla çalışmaların ücrete eklendiği ve işçilere yazılı olarak tebliğ edildiği

²⁸ Bu yönde karşı oy yazısı için bkz. Yargıtay 9. HD. 12.05.2015 gün, 2014/3662 E, 2015/17389 K. Karşı Oy, Kar, Bektaş: "İş Sözleşmesinde fazla çalışmalar karşılığı ücretin, kararlaştırılan ücret içinde olduğunda dair hükmün genel işlem koşul olduğu ve bunun işçi aleyhine ve işveren menfaatine olduğu da açıktır. Bu şekildeki hüküm iş sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine de yabacı ve işçinin durumunu ağırlaştırıcı bir hükümdür. Genel olarak iş sözleşmesinde fazla çalışmanın ücretin içinde olduğunda dair hükümler açıkça TBK.'un 20 ve devamı maddelerine aykırı olduğundan, geçersizdir".

²⁹ Yargıtay 9.HD. 20.09.2010 gün, 2008/33854 E, 2010/24415 K. "Somut olayda davacının imzası bulunan 26.02.2004 tarihli yazı ile davacıya tebliğ edilen şirket çalışma yönetmeliğine göre, yasal sınırlar içindeki fazla çalışma ücretleri Mart 2004 ayından itibaren ücrete dahil edilmiştir. Davacının bu uygulamaya çalıştığı süre boyunca bir itirazı olmamıştır...Ayrıca 2004 yılı öncesi aynı işi yapan ve fazla çalışma ücretleri ödenen davacının, yıllık 270 saat civarında fazla çalışma yaptığı da, dosya içeriğindeki belgelerden anlaşılmaktadır. Bütün bu olgularla ve yukarıdaki ilkeler doğrultusunda davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". Aynı yönde, Yargıtay 9. HD. 12.11.2009 gün, 2008/10941 E, 2009/31518 K. "davacının 12.04.2002 tarihli imzalamış olduğu iç yönetmeliğe göre fazla çalışma ücretinin aylık ücret içerisine dahil edildiği belirtilmiştir. Davacının 270 saatin üzerinde çalışması varsa, iç yönetmeliğin 25.07.2003 tarihli sözleşmeye kadar da-

anlaşılmaktadır. Yargıtay, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmediği dönemde verdiği kararında, sözü edilen hükme geçerlilik tanımı ve işçinin fazla çalışma ücreti alamayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay'ın başka bir kararında, fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu yönündeki personel yönetmeliği hükmüne değer verilmiştir³⁰. Kararın içeriğine göre işyeri personel yönetmeliği müdür konumunda çalışanlar için fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğunu düzenlemekte olup, kararda da davacının müdür olduğu dönem sonrası için ilgili hükme göre hesaplama yapılması gereğine işaret edilmiştir.

Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğü öncesinde, işverence tek taraflı hazırlanan genelgede³¹ ve hatta yönetim talimatıyla³² fazla çalışmaların aylık ücret içine alındığı şeklindeki kurallara da değer vermiştir.

F. UYGULAMAYA DAİR ÖĞETİ GÖRÜŞLERİ

Yıllık 270 saat sınırlamasıyla fazla çalışma ücretlerinin aylık ücretin ödenebileceği şeklindeki Yargıtay uygulamasına dair bir karar inceleme konusu yapılmış ve yazar, Yargıtay kararını isabetli bulduğunu belirtmiştir³³.

Öğretide, işçinin ücretine fazla çalışma ücretlerinin de dahil olduğunu kararlaştırmalarının mümkün olduğu şeklinde görüşlere yer verilmiş ve ne kadar süre ile fazla çalışmayı kapsadığının kararlaştırılmaması halinde yasal 270 saatlik sınıra tabi olduğu açıklanmıştır³⁴. Yine kuralın geçerli olabilmesi için işçinin ücretinin "*belirli bir yükseklikte*" olması gerektiği ifade edilmiştir³⁵.

Öğretide, asıl ücret miktarının işçiye yatırılacak fazla saatlerle çalışmalarla orantılı olarak yüksek ücret şeklinde belirlenmemesi halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrası anlamında ahlaka aykırılıktan söz

vacıyı bağlayacağı ve bu ilkeler doğrultusunda hesaplama yapılması gerekeceği dikkate alınmalıdır".

³⁰ Yargıtay 9.HD. 27.02.2007 gün, 2006/34673 E, 2007/5351 K. "...davacının müdür olarak çalıştığı dönem için personel yönetmeliğinin 24. Maddesi uyarınca yılda 270 saat fazla çalışma ücretinin aylık ücret içinde ödendiği kabul edilerek istek konusu dönem için hak kazanabileceği fazla çalışma ücreti belirlenmelidir".

³¹ Yargıtay 9.HD. 22.12.2011 gün, 2011/51003 E, 2011/49158 K. "İşverenin 08.04.2003 tarihli genelgede ' mesai hakları ' kavramına yer verilip mesai yapsın yapmasın asgari ücretin üzerinde ödeme yapılacağı düzenlenmiş olup buna göre yıllık 270 saatin üzerinde ki fazla çalışmanın mahsubu gerekecektir".

³² Yargıtay 9.HD. 31.05.2012 gün, 2010/13088 E, 2012/19095 K. "Bu durumda mahkemece davacının mesaisini kendisinin belirlemediği fazla çalışma ücreti alacağını hak ettiği kabul edilerek hesaplama yapılmalı, yönetim talimatı gereği fazla çalışma alacağının ücretine dahil olduğu kabul edilerek yıllık 270 saat mesai alacağının tenzili ile bakiye fazla çalışma alacağı hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde anılan talebin reddi isabetsizdir".

³³ Bkz. Şahlanan, Fevzi: Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücretin İçerisinde Olduğunun Kararlaştırılması, Ağustos 2008 – Sayı: 341.

³⁴ Bkz. Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Cilt 1,3. Bası, İstanbul 1984, s. 308; Eyrenci/ Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2010, s. 231; Mollamahmutğlu/Astarlı: İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 1089.; Çelik, Nuri: Bireysel İş Hukuku, 25. Bası, İstanbul 2012, s. 365 vd.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 809.; Aksi yönde, Çil, Şahin; Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum, sayı 14, 2007/3, s. 67. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 813.

³⁵ Süzek, Sarper: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 809.

edileceği belirtilmiştir³⁶. Aynı yazara göre öncelikle o iş kolunda mutad olan ücretin belirlenmesine ihtiyaç vardır. Daha sonra fazla çalışma dahil kararlaştırılan ücretin mutad ücrete göre önemli oranda yüksek olması gerekir. Yazar, Alman hukukunda olduğu gibi bu noktada ülkemizde de gabin ve ahlaka aykırılık denetimi yapılabileceği görüşündedir³⁷.

Emsal ücreti referans alan diğer bir görüşe göre de, işçinin aynı işkolunda çalışan emsal işçilere göre aldığı ücrete, fazla çalışmaların da dahil olduğu izlenimi vermesi gerekir³⁸.

Bize göre, işçinin ücreti asgari ücretin üzerinde olsa da, emsal işçiler seviyesinde kararlaştırılması halinde fazla çalışmanın ücret içinde yer almadığı kabul edilmelidir. Belki emsal ücreti *"belirli bir yükseklikte"* aşan ücret kararlaştırıldığında, hükme geçerlilik tanınabilir.

Öngörülen ücretin, ne kadar fazla çalışmayı karşıladığının kararlaştırılabileceği (270 saat sınırını aşar şekilde) görüşü ise çok daha olumsuz sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin işçinin ücretinin günde 16 saat çalışmayı kapsadığının açıkça öngörülmesi halinde yasal çalışma sürelerini aşan süreler ait zamlı ücretlerin ödendiği kabul edilebilecek midir? Bu durumda yasal -yıllık 270 saatlik - sınırın da devre dışı kalması, işçi aleyhine çok ağır sonuçlar doğurur. Bu yolla yasal ve hatta yasak çalışma sürelerini çok fazla aşan günlük çalışma süreleri kararlaştırılabilecek ve tamamı için kararlaştırılan ücret yeterli sayılabilecektir. Üstelik aynı işçinin diğer işçilik alacakları hesaplanırken, fazla çalışma sürelerine ait zamlı ücret ödemeleri dışlanarak temel ücrete ulaşılması gerektiğinden, son derece düşük bir ücret üzerinden diğer işçilik haklarının ödenmesi riski vardır.

Öğretide, yıllık 270 saati aşan yasak fazla çalışmaların aylık ücrete dahil edilmesinin mümkün olmadığı görüşü açıklanmıştır³⁹. Yazara göre tarafların sözleşme özgürlüğü bağlamında fazla saatlerde çalışma ücretlerinin asıl ücret içinde ödenmiş olduğunun kararlaştırılabilmesi, ancak yasal fazla saatlerde çalışmalar bakımından mümkündür. Bu da günlük 11 saat ve yıllık 270 saatle sınırlıdır⁴⁰.

Düşüncemize göre fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesi uygulaması yerinde olmamakla birlikte, en azından yıllık 270 saat sınırı belli bir korumayı getirmektedir. Bu sınırı da bertaraf edecek şekilde tarafların çalışma sürelerini kararlaştırabilmeleri kabul görmemelidir. Hemen belirtelim ki Yargıtay, yıllık 270 saatlik sınırı her zaman uygulamaktadır.

Yargıtay'ın bir kararını inceleme konusu yapan bir yazar da, fazla çalışmaların ücrete dahil edilebileceği şeklindeki Yargıtay uygulaması eleştiri konusu yapmamış ancak incelemeye konu örnekte, işçinin kararlaştırılan yüksek

³⁶ Bkz. Astarlı, Muhittin: Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerde Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş Cilt 9, Sayı 4, 2008, s. 55.

³⁷ Bkz. Astarlı, Muhittin: Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerde Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş Cilt 9, Sayı 4, 2008, s. 56.

³⁸ Topçuoğlu, İlyas: Türk Hukukunda Fazla Saatlerde Çalışma, Ankara 2009, s. 110.

³⁹ Astarlı, Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, s. 219.

⁴⁰ Bkz. Astarlı, Muhittin: Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerde Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş Cilt 9, Sayı 4, 2008, s. 59.

ücretinin haftalık 48 saat çalışmaları karşılayacağı yönündeki karara katılmadığını bildirmiştir⁴¹. Yargıtay kararında belirtildiği üzere iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresi 48 saat olarak kararlaştırılmıştır. Aylık ücreti yüksek ücret olarak (1500 USD) belirlenmiştir. İş sözleşmesinde haftalık 45 saati aşan 3 saatlik sürenin karşılığının aylık ücret içinde yer aldığı açıkça öngörülmemiştir. Bize göre de, salt sözleşmede çalışma saatlerinin yasal süreleri aşan şekilde belirlenmiş olması ve ücretin yüksekliği, fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu sonucunu doğurmamalıdır.

Buna karşın öğretide, günlük çalışma sürelerinin kanundakinden daha uzun süreli olarak kararlaştırılması ve ücreti de buna göre belirledikleri sözleşme hükümlerinin de geçerli olduğu ifade edilmiştir⁴².

Konuyu Alman hukuku yönünden ele alan bir yazar⁴³ da Alman hukukunda fazla çalışmanın karşılığının yasal olarak düzenlenmediğini, karşılığının belirlenmesinin taraflara bırakıldığı halde, asıl ücret içinde fazla saatlerde çalışmaların karşılığının ödenmesinin geçerliliğinin tartışıldığını belirtmiştir. Fazla çalışmaların asıl ücrete dahil edildiği hükümlerin, ahlaka aykırılığı ve iş gücünün istismarına yol açıp açmadığı yönünden denetimi yapılmakta ve belli durumlarda genel işlem şartlarına ilişkin içerik denetimine tabi olduğu kabul edilmektedir.

G. KONUYLA İLGİLİ YARGITAY UYGULAMASI

a. Fazla Çalışmanın Aylık Ücret İçinde Ödenmesi

Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğunun kabul edildiği Yargıtay emsal kararların 2007 yılı ve sonrasında yaygınlaşmaya başladığı söylenebilir⁴⁴. Yargıtay sözü edilen kararında 270 saat ve indirimde dair sıralamayı da ortaya koymuş, önce 270 saatin karşılığının düşüleceğini, ardından kalan miktardan taktiri indirim yapılacağını açıklamıştır.

Yargıtay'ın iş davalarına bakan her üç Dairesi kararları da genel olarak aynı doğrultudadır⁴⁵.

⁴¹ Şen, Murat: Hizmet Sözleşmesi İle Haftalık 48 Saatlik Çalışma Süresi Kararlaştırılması Durumunda Fazla Çalışma, <http://www.meliksah.edu.tr/msen/wp-content/uploads/2014/06/Fazla-%C3%87al%C4%B1C5%9Fma.pdf>.

⁴² Şahlanan, Fevzi: Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücretin İçerisinde Olduğunun Kararlaştırılması, Ağustos 2008 – Sayı: 341.

⁴³ Bkz. Ayrıntılı bilgi için, Astarlı, Muhittin: Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerde Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş Cilt 9, Sayı 4, 2008, s. 46 vd.

⁴⁴ Yargıtay 9.HD. 7.5.2007 gün, 2006/27218 E, 2007/14469 K. "...yılıda 270 saat karşılığının ücretle birlikte ödendiği kabul edilmeli, bakiye miktardan izin rapor ve sair nedenlerle fazla mesai yapmadığı günler dikkate alınarak taktiri indirim yapılarak sonuca gidilmelidir".

⁴⁵ Yargıtay 22. HD. 15.05.2014 gün, 2013/10860 E, 2014/12941 K. "Dairemizin kararlık kazanmış içtihatlarına göre, fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna dair kural, 1475 sayılı Kanun'un 35/a ve b maddesinde düzenlenen yılda 270 saatle sınırlı olarak geçerlidir. Yılda 270 saati aşan çalışmaların kanıtlanması durumunda karşılığının ödenmesi gerekir"; Yargıtay 7. HD. 14.04.2014 gün, 2014/1069 E, 2014/7998 K. "Taraflar arasında imzalanmış İş Sözleşmesi'nin 4. maddesinde fazla çalışmanın zamlı ücretinin davacının aylık ücretine dahil olduğu kararlaştırılmıştır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda yasal süreleri içeren yılda 270 saat fazla çalışmaların ücrete dahil oldu-

Yargıtay'ın 2007 tarihli başka bir kararında, iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin dışında fazla çalışmalar için ücret istenemeyeceği şeklindeki hükme değer verilerek aylık 90, yıllık 270 saatin ücretin içinde yer aldığı açıklanmıştır⁴⁶. Kararın yazım tarzı tereddüde sevk etse de, 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde fazla çalışma sınırı günde 3 saat ve yılda 90 gün olup, toplamda yılda 270 saat olarak bir üst sınır ortaya çıkmaktaydı. Karara konu davanın 2004 yılında açıldığı anlaşılmalı muhtemelen uyuşmazlık konusu dönem, tamamen 1475 sayılı İş Kanunu'nu kapsamında kalmaktadır. Bu nedenle kararda geçen "90" ibaresi yılda 90 gün sınırlamasını göstermek için olabileceği gibi, günde 3 saat sınırlaması sebebiyle aylık 90 saati karşılamak için yazılmış de olabilir. Kararın dikkati çeken bir diğer yönü de, tarafların fazla çalışmaların karşılığının aylık ücret içinde ödeneceğini açıkça kararlaştırmamış olmalarıdır. "*Kararlaştırılan ücretin dışında fazla çalışma ücreti istenemeyeceği*" sözcükleri yasal fazla çalışma ücretinin ödenmeyeceği, başka bir anlamla karşılıkla anlaşma ile bertaraf edildiği sonucunu da doğurabilir. Oysa İş Kanunu'nun fazla çalışmayı düzenleyen hükümlerinin ortadan kaldırılması hatta işçi aleyhine değiştirilmesi, düşünülemez. Verilen örnekteki iş sözleşmesi hükmünün yasal fazla çalışmaları da kapsadığı sonucunu çıkarmanın mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

Yargıtay'ın bir kararında⁴⁷, işçinin işinin gereği olarak bayram ve genel tatil günleri ile hafta sonlarında çalışmaları, eğitim, değerlendirme ve bütçe toplantıları yapmasını kabul ettiği ve bu süreler için ilave ücret ödenmeyeceği şeklindeki genel ifadeler değer verilmiş ve hüküm, fazla çalışma ücretine dahildir şeklinde yorumlanmıştır.

Yargıtay'ın fazla çalışmaların karşılığının temel ücret içinde ödenmesi uygulaması kendi içinde tamamen tartışmasız olmayıp, 2013 yılında verilen bir kararda, iş sözleşmesi hükmüne göre yılda 270 saatlik fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği kabul edilmiş ancak bir üye yıllık 270 saatin mahsubunun yerinde olmadığına dair karşı oy yazısı kaleme almıştır⁴⁸.

ğu gözetilmeden hesaplama yapıldığı gibi davacının günde 9 saat çalıştığı kabul edildiği halde ara dinlenme de düşünülmüştür".

⁴⁶ Yargıtay 9.HD. 26.12.2007 gün, 2007/7566 E, 2007/39661 K. "Taraflar arasında imzalanan 16.02.2001 tarihli iş sözleşmesi ile kararlaştırılan ücretin dışında fazla çalışma ücreti istenemeyeceğinin belirtildiği, dolayısıyla söz konusu ücretin fazla çalışma ücretini de kapsadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda hükme esas alınan bilirkişi raporunda, aylık 90, yıllık 270 saat fazla çalışmanın bu ücret kapsamında kaldığı dikkate alınıp, bu sürelerin mahsubu yapılmadan fazla çalışma ücreti alınacağına hesaplanmış olması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir".

⁴⁷ Yargıtay 9.HD. 29.12.2009 gün, 2008/13338 E, 2009/38127 K. "Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin 8/a maddesinde özetle haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğu, bu sürenin günlere dağılımı, işin başlangıç ve bitiş saatleri ile ara dinlenmelerinin işveren tarafından belirleneceği ve işin gereği halinde esneklik gösterebileceği, iş görenin işinin gereği ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatili günlerinde ilave eğitim, değerlendirme, bütçe toplantısı veya benzeri gibi normal çalışma dışındaki toplantılara katılmayı ve bu toplantılar için ilave ücret ödenmeyeceğini peşinen kabul ettiği düzenlenmiştir. Sözleşmenin bu maddesini yorumladığımız zaman fazla çalışmanın aylık ücrette dahil olduğu ve yıllık 270 saatin üzerinde olan çalışmalar için fark fazla çalışma alacağının kabulü gerekecektir".

⁴⁸ Yargıtay 22. HD. 20.06.2013 gün, 2012/24488 E, 2013/15003 K. karara karşı yazılan F.E. Kabasakal karşı oyu: "Fazla mesai yönünden karar doğrudur. Davacının fazla me-

b. Fazla Sürelerle Çalışmanın Aylık Ücret İçinde Ödenmesi

İşçinin haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlendiği durumlarda, 45 saate kadar olan çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak adlandırılır. Düzenleme İş Kanunu'nun 41. maddesinde, "Fazla Çalışma" başlığı altında yapılmış olsa da kavram olarak fazla sürelerle çalışma, fazla çalışmadan farklıdır. Bu itibarla iş sözleşmesinde fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu yönündeki hükmün fazla sürelerle çalışmaları kapsayıp kapsamadığı tartışma konusu olabilir. Fazla sürelerle çalışma karşılığı olan % 25 zamlı ücretlerin de temel ücret içinde ödendiğinin ayrıca ve özel olarak kararlaştırılması gerektiği söylenebileceği gibi, fazla çalışmaların ücrete dahil eden sözleşme hükmünün fazla sürelerle çalışmayı içerdiği de bir görüş olarak ileri sürülebilir.

Konuya dair açık bir Yargıtay kararı bulunmamaktadır. Yargıtay önüne gelen bir örnekte, tarafların iş sözleşmesinde haftalık çalışma sürelerini 40 saat olarak kararlaştırdıkları, aynı zamanda fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu kuralına yer verdikleri görülmektedir. İşçi haftalık 45 saati aşan çalışmalarından söz ederek fazla çalışma ücreti ve diğer işçilik alacaklarını talep etmiştir. Yargıtay araştırmaya yönelik bozma kararı vermiş ancak kararda iş sözleşmesi hükmünün fazla sürelerle çalışmaları kapsayıp kapsamadığı yönünde bir açıklama yapılmamıştır.

Temel ücret içinde fazla çalışmaların karşılığının ödenmesine tümüyle karşı olduğumuz görüşünü saklı tutmak suretiyle, düşüncemize göre iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresi yasal çalışma süresinin altında (40 saat) belirlenmiş ve hemen devamında fazla çalışmaların temel ücret içinde ödendiği belirtilmişse bu durumda tarafların iradesinin kararlaştırılan sürenin üzerinde çalışmaların karşılığının aylık ücret içinde ödendiği şeklinde değerlendirilmelidir. Zira uygulamada fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri iç içe geçebilmekte, örneğin sadece fazla çalışma ücreti istendiği durumlarda 45 saate kadar olan çalışmalar için fazla sürelerle çalışma ücreti de hesaplanmakta ve fazla çalışma talebi içinde kabul edilebilmektedir.

Buna göre fazla sürelerle çalışma ücretinin de aylık ücret içinde ödendiği kabul edildiğinde, bu defa % 25 zamlı kısmı çıkarılarak temel ücrete ulaşılmıştır. Yine 270 saatlik yasal sınırın fazla sürelerle çalışmalar bakımından da geçerli olduğunu söylemek gerekir.

c. Hafta Tatili İle Bayram Genel Tatil Ücretlerinin Ücret İçinde Ödenmesi

Uygulamada, fazla çalışma ücreti yanında hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretlerinin de kararlaştırılan ücret içinde yer aldığı belirtilen sözleşmelere rastlanmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi belirtildiği şekliyle bir sözleşme hükmünün sadece fazla çalışma ücreti bakımından ve yılda 270 saatle sınırlı olarak geçerli olduğunu kabul etmiştir⁴⁹. Bu durumda Yargıtay'ın ilgili Dairesi

sai alacağının yıllık yasal 270 saatlik fazla mesai mahsup edildikten sonra hesaplanmasına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum".

⁴⁹Yargıtay 9. HD. 11.03.2008 gün, 2007/3231 E, 2008/4525 K. "Davalı işveren ile davacı işçi arasında imzalanan sözleşmenin 5. maddesinde, "Çalışan işin gereği olarak fazla çalışma yapması gerekli olduğu takdirde, ücreti her türlü fazla çalışmanın karşılığını da kapsayacak şekilde tespit edilmiş olduğundan, gerek işyeri yönetim kararı gereği, gerekse kendisine verilmiş olan görevi sonuçlandırmak amacıyla kendi kararı ile işgününde, hafta tatilinde, ulusal bayram ve genel tatillerde fazla çalışma yapmak mecbu-

hafta tatili ücreti ile dini-millî bayram tatilleri ve genel tatil ücretlerinin karşılığının temel ücret içinde ödenmesini kabul etmediği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay'ın başka bir kararında⁵⁰, bayram ve genel tatil, hafta tatili ile fazla çalışmanın aylık ücret içinde ödendiğinin kararlaştırıldığı bir örnek için "hükümlerin yılda 270 saatle sınırlı geçerli olduğu" açıklanmıştır. Kararda bir yazım eksikliği olduğu düşünülmektedir. Zira yukarıda da söz edildiği gibi Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararları, sadece fazla çalışma yönünden aylık ücret içinde ödemenin kararlaştırılabileceği şeklindedir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 2014 yılında verdiği bir kararında⁵¹ ise, yıllık 270 saat sınırlaması içinde olmak kaydıyla ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının da aylık ücret içinde ödenebileceğini kabul etmiştir. En azından fazla çalışmanın yasal yıllık üst sınırının bayram ve genel tatiller için de geçerli kabul edilmesinin isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

Yargıtay uygulamasında ayrıca hafta tatili ücreti istenmeyerek haftalık 45 saati aşan çalışmaların karşılığının fazla çalışma ücreti olarak talep edilerek kabul gördüğü örneklerle rastlanmıştır. Örneğin işçi günde 9 saat ve haftada 7 gün çalıştığını ileri sürerek hafta tatili ücreti talep etmeksizin fazla çalışma ücreti istediğinde, 1 saat ara dinlenmesi düşülerek 8 gün x 7 saat = 56 saat - 45 saat = 11 saat fazla çalışma hesaplanır. Sözü edilen işçinin fazla çalışmasının aylık ücret içinde ödendiği varsayıldığında 11 saat - 5,19 saat = 5,81 saat fazla çalışma ücreti hesaplanacaktır.

Aynı işçi, fazla çalışma ücreti yanında ayrıca hafta tatili ücretini istemiş olsaydı, hafta tatili ücreti ayrıca hesaplanacak ve -bu defa mükerrerlik olmaması bakımından- fazla çalışma ücreti hesabında hafta tatili günü karşılığı olarak 7,5 saat çıkarılarak haftalık 3,5 saat fazla çalışma ücreti hesaplanacaktır. Aylık ücret içinde ödenebilecek olan sadece fazla çalışma ücreti olmakla verilen örnekteki hesap yönteminde haftalık fazla çalışma süresi 5,19 saatlik ücret içinde ödenenin altında kaldığından, fark fazla çalışma ücreti istenemeyecektir. Oysa aynı işçi haftalık 7,5 saatin zamlı karşılığı olarak hafta tatili ücretine hak kazanacaktır.

riyetinde olduğu takdirde bu sürelerde çalışmaya peşin muvafakatini vermiş olup, çalışan tatil günündeki çalışma ve fazla çalışmaların karşılığının ücretin içinde olduğunu kabul etmiştir" kuralına yer verilmiş ve mahkemece de Dairemizin yerleşik içtihadı gereği bu düzenlemenin yılda 270 saati kapsadığı ve sözleşme hükmü gereği ücretin yılda 270 saatlik fazla çalışmayı da kapsadığı kabul edilmiştir".

⁵⁰ Yargıtay 9.HD. 23.02.2012 gün, 2011/4331 E, 2012/5607 K. "Davacı fazla çalışma yaptığını iddia etmekte, davalı ise sözleşmede fazla çalışmanın ücretin içinde kararlaştırıldığını savunmaktadır. İş sözleşmesinin 8.maddesine göre ödenmesi gereken hafta tatili, ulusal bayram genel tatil günü ve fazla çalışma ücretlerinin alınan aylık ücretin içerisinde olduğunun kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır".

⁵¹ Yargıtay 7.HD. 13.11.2014 gün, 2014/8404 E, 2014/20869 K. "Davalının fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil ücretlerine yönelik temyizi yönünden; Dosyada bulunan taraflar arasında imzalanmış 23.4.2005 tarihli iş sözleşmesinde ücrete fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil ücretlerinin dahil olduğu belirtilmiştir. Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda iş sözleşmesindeki bu hüküm gözetilmeksizin tanık beyanlarına göre fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil ücretleri hesaplanmıştır. Şu haliyle taraflar arasındaki iş sözleşmesi gözetilerek davacının yıllık 270 saat karşılığı fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil ücretlerinin aylık ücrete dahil olduğu kabul edilmeli; ulusal bayram genel tatil ücret talebi reddedilmeli, yıllık 270 saatin üzerindeki fazla çalışma ücretine hükmedilmelidir".

Haftada 7 gün ve 56 saat çalışan işçinin fazla çalışma ücreti isteğinin yanında hafta tatili ücreti talep edip etmemesine göre farklı sonuçların ortaya çıkması adalet duygusunu zedeleyebilecek bir durumdur. Düşüncemize göre gerçekte hafta tatili çalışmasının karşılığı olan bölümün fazla çalışma ücreti olarak hesabı ve daha sonra aylık ücret içinde ödenen fazla çalışma kapsamında değerlendirilmesi doğru bir hesap yöntemi olmasa gerekir⁵². Başka bir anlamıyla Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin uygulamasına göre hafta tatili ücreti aylık ücret içinde ödenemeyeceğinden, fazla çalışma ücreti hesabı ile hafta tatili ücreti hesabı her zaman ayrıştırılarak yapılmalıdır. Hafta tatilinde geçen çalışma süresi, haftalık çalışma süresi hesabına eklenmeden fazla çalışma ücreti hesabı yapılmalıdır.

Yargıtay uygulaması, ücret içinde sadece fazla çalışmaların ödenebileceği şeklinde olsa da, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2012 yılında verdiği bir kararında, hafta tatili ile genel tatil ücretlerinin de temel ücret içinde ödenebileceği anlamına gelen ifadeler yer almaktadır⁵³.

H. GAZETECİLER YÖNÜNDEN FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN ÜCRET İÇİNDE ÖDENMESİ

Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Kanun'da günlük iş süresi, gece ve gündüz çalışılan işyerlerinde sekiz saat olarak belirlenmiştir. O halde bu sekiz saatin üzerinde yapılan çalışma fazla mesai olarak kabul edilmelidir⁵⁴. Basın İş Kanunu'nda⁵⁵ günlük iş süresi belirlenmiş oluşu ve ayrıca haftalık iş süresinden söz edilmemesi nedeniyle İş Kanunu yönünden tartışma konusu olan bazı durumlar gazeteciler için söz konusu değildir⁵⁶.

Fazla mesainin günlük üç saati geçemeyeceği Basın İş Kanunu'nun Ek madde 1/son maddesinde düzenlenmiş olup, sözü edilen hüküm gazeteciyi korumaya yöneliktir. Gerçekten anılan hükme rağmen gazeteciye günde üç saatin üzerinde fazla çalışma yaptırılmışsa, gazeteci yaptığı günde üç saati aşan fazla çalışmalar için fazla mesai ücretine hak kazanabilecektir.

Yargıtay önüne gelen bazı örneklerde gazeteci ile yapılan sözleşmede “*yıllık 270 saatlik fazla çalışmaların ücret içinde*” yer aldığı şeklinde hükümlere yer

⁵² Hafta tatili ücreti fazla çalışma ücreti ilişkisi için bkz. Şen ,Murat: Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma, Sicil, Haziran 2010, Sayı 18, s. 8. vd.

⁵³ Yargıtay 9.HD. 27.12.2012 gün, 2010/34458 E, 2012/44526 K. “Somut uyuşmazlıkta davacının uzak sefer yapan gemide çalıştığı anlaşıldığından, ilk sözleşme dönemi için hafta ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücretin, asıl ücret içinde kabul edilmesi, daha önceki dönemler için ise fazla mesai ile ilgili bozma nedeninde açıklandığı gibi sözleşmeler araştırılmalı, hüküm var ise tüm süre için tatil ücretleri istemi reddedilmeli, sözleşme ibraz edilmediği takdirde bu dönemler için tatil çalışmaları karşılığı ücret hesaplanmalıdır”.

⁵⁴ Yargıtay'ın çeşitli kararlarında günlük iş süresinin 8 saat olduğu ve bunun üzerinde çalışmanın fazla mesai sayılacağı kabul edilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 9.2.1999-1998/19675 1999/1806 K.

⁵⁵ Kanun 5953 sayılı Basın Çalışanları ile Çalıştıranlar Arasında Münasebetlerin Tanzimi Hakkın Kanun olup, yaygın kullanıldığı şekilde “Basın İş Kanunu” ibaresine yer verilmiştir.

⁵⁶ Bu konuda ayrıntı için bkz, Göktaş/Çil: Açıklamalı Basın İş Kanunu, Ankara 2003, s. 307 vd.

verildiği görülmektedir. Bu durumda gazeteci bakımında da kararlaştırılan üst sınıra riayet olunur.

Yargıtay'ın bir kararında⁵⁷ da gazeteci ile yapılan ve üst sınırın kararlaştırılmadığı bir sözleşmede, fazla çalışmaların ücrete dahil olduğu belirtildiği için yılda 270 saatlik fazla çalışmanın ücretin içinde ödendiği sonucuna varılmıştır. Kararda, taraflarca kararlaştırılmadığı halde 270 saatten söz edilmesinin maddi hataya dayandığını düşünmekteyiz.

Basın İş Kanunu'nda fazla çalışma üst sınırının günde üç saat olarak belirlenmesi, fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesi kuralının etkileri bakımından çok daha işçi aleyhe sonuç vermiştir. Zira haftada altı gün çalışılan bir işyerinde günde üç saat ve haftada 18 saat fazla çalışma aylık ücret içinde ödenebilecektir. Ücret içinde ödenebilecek yıllık fazla çalışma tutarı ise 936 saat (18 saat x 52 hafta) olabilecektir. Hatta işyerinde haftada 7 gün çalışılması durumunda yıllık 1092 saat fazla çalışma ücreti aylık ücretler içinde ödenmiş sayılabilecektir.

Basın çalışanlarının ispatlanabilen günlük fazla çalışmaları da genelde üç saate kadar olduğundan, iş sözleşmesine konulan bir kural ile bir anlamda gazetecinin fazla çalışma ücreti hakkının ortadan kaldırılması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Gazetecinin günlük 8 saat olan yasal çalışması üzerine 3 saat fazla çalışması ile günlük 11 saatlik çalışmanın üzerinde bir çalışması kanıtlaması zor görünmektedir. Çok sayıda Yargıtay kararında⁵⁸ belirtildiği üzere fazla çalışmanın ücret içinde ödendiği kararlaştırıldığında, gazetecinin ispatlanan günlük fazla çalışması günlük 3 saati aşmadığından fazla çalışma talebi reddedilmektedir.

Gazetecinin fazla çalışma alacağını elde edememesi, aynı zamanda günlük yüzde beş fazla ödeme hakkından da mahrum olması anlamına gelmektedir.

Basın çalışanları bakımından bir başka sorun, günde üç saatlik yasal sınıra kadar olan fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği varsayıldığında tazminata ve diğer işçilik alacaklarına esas alınacak temel ücretin son derece düşük kalmasıdır. Örneğin 2000,00TL olarak belirlenen bir ücret içinde fazla çalışma ücreti yer aldığı kabul edildiğinde, aylık 78 saat fazla çalışmanın % 50 zamlı kısmı çıkarıldıktan sonra kalan kısmı temel ücreti oluşturur. Bu durumda kıdem ve ihbar tazminatı ve diğer tüm işçilik alacaklarının emsallerinin çok altında kalan bir ücretle hesabı sorunu ortaya çıkar.

⁵⁷ Yargıtay 9. HD. 31.0.2012 gün, 2012/15955 E, 2012/19154 K. "Kararlaştırılan ücret de o tarihte yürürlükte olan asgari ücretin yaklaşık iki katıdır. Buna göre bu sözleşme döneminde ücretin fazla çalışmayı da kapsadığı anlaşılmış olup yılda 270 saatin üzeri fazla çalışmaların hesaplanması gerektiğinin gözetilmemesi hatalıdır. Ayrıca 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun Ek 1 inci maddesinde, günlük iş süresi gece ve gündüz devrelerinde sekiz saat olarak açıklanmıştır. Günlük sekiz saati aşan çalışmalarla, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerle yapılan çalışmaların "fazla saatlerde çalışma" olduğu aynı maddenin ikinci fıkrasında açıklanmıştır".

⁵⁸ Yargıtay 9. HD. 02.04.2013 gün, 2011/117 E, 2913/10802 K. "5953 sayılı Yasada günlük fazla çalışma sınırı 3 saat olarak belirlenmiş ve yılda 90 gün olarak ikinci bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir. Bu durumda iş sözleşmesi kapsamında kalan fazla çalışma süresinin yılda 270 saat ile sınırlandırılması doğru olmaz. Günde 3 saatin üzerinde fazla çalışma yapıldığının kanıtlanması durumunda aşan süre için hesaplamaya gidilmelidir ki somut olayda belirtilen şekilde günde 3 saati aşan fazla çalışma da bulunmamaktadır".

Basın çalışanları bakımından Yargıtay kararına⁵⁹ ekli karşı oy yazısında, genel Kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi hükmü uyarınca fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu kuralının geçersiz olduğu görüşü ileri sürülmüştür⁶⁰.

İ. GEMİADAMLARI YÖNÜNDE FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN ÜCRET İÇİNDE ÖDENMESİ

Deniz İş Kanunu'nda fazla çalışma hükümlerine yer verilmiş olmasına rağmen fazla çalışmanın üst sınırı öngörülmemiştir. Bu nedenle fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu kuralının geçerliliğinin üst sınır olmaması yönünden de tartışılması gerekir.

Yargıtay, gemi adamları ile yapılan sözleşme ile fazla çalışmanın ücrete dahil edilebileceğini kabul etmiştir⁶¹. Deniz İş Kanunu'nda fazla çalışma üst sınırının olmayışı sözü edilen Yargıtay kararında da konu olmuş, 180 sayılı İLO Sözleşmesi ile 1999/63/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi ve Gemiadamları Yönetmeliğinin 84. maddesindeki sınırlamalar tartışılmıştır. Yargıtay sonuç olarak, İLO Sözleşmesinin öngördüğü günde 14, haftada 72 saat olan azami çalışma süresini sınır olarak belirlemiş, haftalık 72 saate kadar olan çalışmada 48 saatten 72 saate kadar olan fazla çalışma ücretinin, asıl ücrete dahil olduğu sonucuna varılmıştır. Yargıtay'ın vardığı sonuca göre de haftalık 24 saat ve yıllık 1248 saat fazla çalışma ücreti aylık ücret içinde ödenebilmektedir⁶².

Günde 3 saati aşan fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesi ile gemiadamının belirtilen süreyi aşan fazla çalışmayı kanıtlaması çok nadir ola-

⁵⁹ Yargıtay 9. HD. 12.05.201 gün, 2014/3662 E, 2015/17389 K. "Taraflar arasında imzalanan 29.09.2006 ve 01.12.2008 tarihli iş sözleşmelerinin ikinci maddesinde fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu açıkça belirtilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının günde 10,5 saat çalıştığı kabul edilerek günlük 8 saati aşan 2,5 saatlik kısım fazla çalışma alacağı olarak hesaplanmıştır. 5953 sayılı Yasanın ek 1. maddesinde fazla çalışmanın günde 3 saati aşamayacağı yönünde kurala yer verilmiş olup iş sözleşmesi hükmünün günde 3 saate kadar fazla çalışmayı kapsadığı kabul edilmelidir".

⁶⁰ Yargıtay 9. HD. 12.05.2015 gün, 2014/3662 E, 2015/17389 K. Karşı Oy, Kar, Bektaş: "5953 sayılı Kanun'da fazla çalışmaların ücretin içinde olduğuna dair kural yoktur. 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki gibi yıllık sınırlama da bulunmamaktadır. Sözleşmedeki bu kural 5953 sayılı kanun hükümleri ile genel kanun olan TBK.'un 20 ve devamı maddeleri gereği geçersizdir".

⁶¹ Yargıtay 9. HD. 06.05.2013 gün, 2011/8944 E, 2013/13553 K.;Yargıtay 9.HD. 27.12.2012 gün, 2010/3448 E, 2012/44526 K. "Burada temel sınır olarak Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesinin öngördüğü, azami çalışma süresi günde 14, haftada 72 saati geçemez esası kabul edilmeli, 7 günü dahil 72 saate kadar olan çalışmada 48 saat fazla çalışma ücretinin, asıl ücrete dahil olduğu kabul edilmelidir. Davacı gemiadamının sözleşme dönemindeki çalışmasında haftalık 72 saati geçen kısmı var ise fazla mesai ücreti ayrıca hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır".

⁶² Aynı yönde Yargıtay 22.HD. 10.02.2014 gün, 2013/2444 E, 2014/1795 K. "Somut olayda; taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, 4857 sayılı Kanundaki 270 saat sınırlamasının Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan davacı gemi adamına uygulanma imkanı bulunmamakla birlikte, bu durumda Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesinin öngördüğü azami çalışma süresi günde 14, haftada 72 saati geçemez esası kabul edilmeli, 7 günü dahil 72 saate kadar olan çalışmada 48 saat fazla çalışma ücretinin, asıl ücrete dahil olduğu kabul edilmelidir".

çağından, sözü edilen kuralın geçerliliği ile gemi adamları yönünden de fazla çalışma ücreti alma hakları bir anlamda ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Gemi adamlarını korumak için öngörülen İLO Sözleşmesi hükmü gemi adamı için son derece aleyh sonuçlar doğuran bir şekilde yorumlanarak, gemi adamının diğer işçilik alacakları hesabının da -fazla çalışma ücreti çıkarılarak belirlenecek olan- temel ücrete göre yapılacağı da dikkate alındığında işverenin avantajı ve işçinin mağduriyeti, daha da artmaktadır.

J. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN AYLIK ÜCRET İÇİNDE ÖDENMESİNİN SONUÇLARI

a. Fazla Çalışma Ücreti Talep Edilememesi

Yargıtay uygulaması sonucu fazla çalışmaların aylık temel ücret içinde ödendiği kabul edildiğinden, işçinin aylık 22.5 saate kadar olan fazla çalışmalarının karşılığı da ücret içinde ödenmiş olmaktadır. Bu durumda işçinin aylık 22.5 saate kadar olan (haftalık 5.19 saat) fazla çalışma ücreti ödenmiş olduğundan belirtilen sürelerle sınırlı olmak kaydıyla işçinin ayrıca fazla çalışma ücreti talep etmesi mümkün olamayacaktır⁶³.

İşçinin sınırlamayı aşan çalışma sürelerini ispatlaması kaydıyla fazlasını talep hakkı vardır. Örneğin işçi o ay için 30 saat fazla çalışma yaptığını kanıtlandığında 7.5 saat (30-22.5) saat için fazla çalışma ücreti talep edilebilecektir. İşçinin haftalık bazda 5.19 saati (270 saat/52 hafta) aşan çalışma ücretleri talep edilebilecektir. Ancak bu defa da sözü edilen fazla çalışmaların hangi ücret esas alınarak ödeneceği sorunu ortaya çıkacaktır. Zira işçiye ödenen ücret kısmen fazla çalışmayı da içerdiğinden fazla çalışmaya ait olan kısmına ait zamlı tutar çıkarıldıktan sonra kalan kısmı ayrıştırılmalı ve hesaplamalar gerçek temel ücrete göre yapılmalıdır. Aksi halde yıllık 270 saati aşan fazla çalışmaların hesabında aylık temel ücret içinde ödenen fazla çalışma ücreti dahil saat ücretinin dikkate alınması gibi bir durumla karşı karşıya kalınır.

Diğer yandan hem iş sözleşmesinde fazla çalışmanın temel ücrete elendiği hem de ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti tahakkukunun yer aldığı durumlarda hesap daha da karmaşık hale gelmektedir. Zira bordroda gösterilmek suretiyle ödenen fazla çalışma ücretinin yıllık 270 saati (aylık 22.5 saat, haftalık 5.19 saat) aşan çalışmalar için olduğu kabul edilir. Bu defa işçinin yazılı delille kanıtlandığı daha fazla çalışmalar için yeniden hesaplama gereği ortaya çıkabilecektir. Aylık 22.5 saat karşılığı fazla çalışma kararlaştırılan ücret içinde ödenmiş olup, bunun haricinde bordroda örneğin aylık 10 saatlik fazla çalışma tahakkuku varsa, işçinin toplamda o ay için 32.5 saat fazla çalışmasının karşılığı ödenmiş olur. Aynı işçi imzalı bordroya rağmen yazılı delille sözü

⁶³ Yargıtay 9. HD. 14.05.2014 gün, 2012/10473 E, 2014/15663 K. "Somut olayda davacının iş sözleşmesinin 8. Maddesinde fazla çalışmanın ücrete tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Davacının haftada 2 ayda 8 saat fazla çalışma yaptığı sabittir. Davacının aylık fazla çalışması yukarıda belirtilen ve ücrete tabi olan 22,5 saati aşmamaktadır. Mahkemece davacının fazla çalışma alacağının reddi gerekirken kabulü hatalıdır". Aynı yönde, Yargıtay 9. HD. 11.09.2014 gün, 2012/26207 E, 2014/26305 K. "Somut olayda, hizmet akdine göre, işçinin aylık ücretine, İş Kanunu'nun sınırladığı kadar yapılacak fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu ve bilirkişi raporuna göre yıllık fazla çalışmanın 255 saat olarak hesaplandığı anlaşılmalı, bu durumda, davacı işçi tarafından yapılan fazla çalışmanın yıllık 270 saatin altında kalması sebebiyle fazla çalışma ücreti isteminin reddi gerekirken kabulü hatalıdır".

edilen ay için 40 saat toplam fazla çalışmayı kanıtlanması durumunda, kalan 7.5 saat için fazla çalışma ücreti hakkı olur. Belirtilen aylık 7.5 saat fazla çalışma ücretinin, iş sözleşmesinde kararlaştırılan fazla çalışma eklenmiş ücret üzerinden değil, ücret içinde ödenen aylık 22.5. saatlik fazla çalışmanın zamlı kısmı çıkarıldıktan sonra kalan miktarın üzerinden hesaplanması gerekir. Bu arada örnekteki işçiye bordro ile ödenmiş olan 10 saatlik fazla çalışma ücretinin hangi ücret (fazla çalışma ücreti eklenmiş ücret veya fazla çalışma ücreti ayrıştırılmış temel ücret) üzerinden ödendiğine de bakılmalı ve işveren bakımından fazla çalışma ücreti hesabı yönünden işçi lehine iş işyeri şartı oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir.

Öte yandan yıllık 270 saat olan yasal sınıırn takvim esasına göre mi yoksa işçinin geriye dönük son bir yıllık çalışma süresine göre mi hesaplanması gerektiği ayrı bir sorun olarak karşımızdadır. Genel uygulama takvim esası olsa da⁶⁴, yılın Temmuz ayında işe giren bir işçinin takip eden yıl Temmuz ayında 270 saatlik yasal fazla çalışma sınırını doldurduğu da bir gerçektir. Takvim esası kabul edildiğinde aynı işçi her iki yıla bölünen çalışmalar sebebiyle 270 saatlik yasal korumadan mahrum kalabilecektir.

b. İşçinin Haklı Fesih İmkanını Kullanamaması

İşçiye ödenen temel ücret içinde fazla çalışma ücretinin de bulunduğu varsayıldığında aylık 22.5 saat (haftalık 5.19 saat) fazla çalışma ödenmiş olduğundan, fazla çalışma ücreti talep hakkı bulunmayacaktır. Bu durumda işçinin ödenmeyen fazla çalışma ücretleri sebebiyle haklı fesih imkanını kullanması da mümkün değildir. Esasen kararlaştırılan ücretin ne kadarının temel ücret ne kadarının fazla çalışma ücreti olduğunu işçinin bilmesi de her zaman mümkün olmayabilecektir. Bu nedenle faiz hakkı, çalışmaktan kaçınma hakkı, sosyal güvenlik hakları ve vergi yükümlülükleri açısından da belirsizlikler söz konusudur.

c. İspat Yükü Sorunları

Fazla çalışma ücretinin temel ücret içinde ödenmesi uygulamasının kabul görmesi ispat noktasında da bazı sorunları beraberinde getirir. Kural olarak fazla çalışmaların ispatı işçiye aittir⁶⁵. Ancak taraflar fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğini kabul ettiklerinde ve Yargıtay uygulaması ile aylık 22.5 saatlik fazla çalışmaların ücret içinde yer aldığı benimsendiğinde, işçinin aylık 22.5 saatlik fazla çalışmayı ispat etmesinin gerekip gerekmediği tartışmaya açılmalıdır. Tarafların düzenlemesinin işçi o ay içinde 22.5 saat fazla çalışma yapısı da yapmasın 22,5 saate kadar olan fazla çalışmaları kapsadığı şeklinde değerlendirilmesi halinde, fazla çalışmayı ispatın gerekmediği söylenebilir.

⁶⁴ Bu konuda öğreti görüşleri ve tartışmalar için bkz. A. C. Köseoğlu, A.C./- Kabul S.:İÜHFMC LXXII, S. 2, 242 s. 233-268, 2014. s.242.

⁶⁵ Fazla çalışmanın işçi tarafından ispat edilmesi gerektiği, farazi ve tahmini olarak yıllık 270 saatlik hesaplama yapılmasının hatalı olduğu yönünde bkz. Yargıtay 7. HD. 2013/12650 E, 2013/22548 K. "Hükme esas alınan bilirkişi raporunda da tanık anlatımlarının hesap yapmaya elverişli olmadığı belirtildikten sonra tahmini ve varsayım dayalı olarak davacı yararına yıllık 270 saat üzerinden fazla mesai ücreti hesap edilmiştir. Yukarıda özetlenen delil durumuna, maddi ve hukuki olgulara göre davacı fazla mesai yaptığını usulünce ispat edemediği ve talebin reddi gerektiği halde, tahmine dayalı olarak hesap edilen fazla mesai ücretinin hüküm altına alınması hatalı olmuştur".

Ancak bu defa da işçinin ay içinde örneğin 5 saat fazla çalışma yapması halinde işçiye yapılmış fazla ödemenin (22.5 saat-5 saat =17.5 saat karşılığı) iadesinin gerekir gerekmediği bir sorun olarak karşımıza çıkar.

Kararlaşdırılan ücretin fazla çalışmayı kapsamı halinin işçinin ispat yükünü etkilemediği ve her durumda işçinin fazla çalışma yaptığını ispatlaması gerektiği de bir görüş olarak ileri sürülebilir. Bu durumda işçinin fazla çalışmayı ispat edememesi halinde işverence ödenen ücretten bir kısmının iadesi sorunu ortaya çıkabilecektir. Başka bir anlatımla işçinin fazla çalışma iddiasını ispat edememesi durumunda, işveren tarafından ücret içinde ödenmiş olan fazla çalışma ücretlerini geri isteyebilmesi gündeme gelebilecektir.

Yargıtay'ın bir kararında, işçi fazla çalışma yapsın ya da yapmasın sözleşmede fazla çalışma ücreti dahil edilerek belirlenen ücreti alabileceği vurgulanmıştır⁶⁶.

Yargıtay başka bir kararında da, ücret içinde ödendiği kararlaşdırılan yılda 270 saati aşan fazla çalışmalar için ispatın gerektiğini açıklamıştır⁶⁷.

Öte yandan fazla çalışmanın ücret içinde ödeneceği kararlaşdırıldığında, aylık 22.5 saat fazla çalışma olgusu taraflarca peşinen olarak kabul gördüğünde, aylık 22.5 saati aşan fazla çalışmaların yazılı delille ispatlanması gerekir gerekmediği tartışılmalıdır. Zira Yargıtay, imzalı ücret bordrolarında fazla çalışma tahakkuku bulunması halinde tahakkukta geçen süreyi aşan fazla çalışmaların yazılı delille ispatını aramaktadır. Temel ücret içinde fazla çalışma ücretlerinin ödeneceğinin kararlaşdırılması durumunda da imzalı bordro bir miktar fazla çalışmayı karşıladığı için kalan fazla çalışmaların ispatının yazılı delille mümkün olabileceği bir görüş olarak ileri sürülebilir. Ancak Yargıtay, temel ücret içinde fazla çalışmaların ödenmesi halinde kalan kısmının ispatının her türlü delille yapılabileceğini kabul etmektedir. Başka bir anlatımla bu noktada yazılı delil şartı aranmamaktadır.

d. Bordrolarda Fazla Çalışma Tahakkukunun Olması

Fazla çalışmaların temel ücret içinde ödendiğinin kararlaşdırıldığı hallerde ayrıca bordrolarda fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmesinin anlamı üzerinde durulmalıdır. Esasen işçiye aylık ücretle birlikte fazla çalışmaların karşılığının da ödeneceği öngörüldüğüne göre ayrıca fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmesi, işverenin çelişkisini ortaya koyar. Üstelik tarafların yılda 270 saat gibi bir sınırlama öngörmedikleri ve bu sınırın Yargıtay içtihatları ile geliştirildiği dikkate alındığında, işveren fazla çalışmayı işçinin ücreti içinde ödediğine göre ayrıca bordroda yer alan fazla çalışma tahakkukunun, kararlaşdırılan ücretin fazla çalışmayı içermediği, sadece temel ücreti gösterdiği şeklinde değerlendirilmesi olasıdır.

⁶⁶ Yargıtay 9. HD. 01.04.2008 gün, 2007/33244 E, 2008/7133 K. "Dosya içeriğine göre, davacının işyerinde idari kadro olan reyon şefi olarak çalıştığı, kendisi ile imzalanan iş sözleşmesinde, açıkça yılda 270 saat fazla mesainin, kararlaşdırılan ücretin içinde olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme yukarıda açıklandığı gibi geçerlidir. Davacı fazla mesai yapsa da yapmasa da sözleşmedeki ücrete hak kazanacaktır".

⁶⁷ Yargıtay 9.HD. 01.04.2008 gün, 2007/38044 E, 2008/7136 K. "Davacı işyerinde ücretin içinde kabul edilen 270 saat dışında fazla çalışma yaptığını kanıtlamış değildir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır".

İkinci ihtimal, iş ilişkisinin taraflarının Yargıtay uygulamasını bilerek sözleşmeye fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kuralını eklediklerinin varsayımı ile ayrıca bordroda yer alan tahakkukların yıllık 270 saati (aylık 22.5 saat, haftalık 5.19 saat) aşan çalışmaları kapsadığı şeklinde değerlendirmeyi gerektirir. Yargıtay uygulaması da fazla çalışmanın temel ücret içinde ödenmesine rağmen bordrolarda ayrıca fazla çalışma tahakkukunun aylık 22.5 saati aşan fazla çalışmaların karşılığı olduğu yönündedir. Bu defa da bordrolarda yer alan tahakkukun hangi ücret üzerinden yapıldığının değerlendirilmesi gerekir. Zira kararlaştırılan ücretin fazla çalışmaları da kapsadığı (yılılık 270 saat sınırı ile) dikkate alındığında belirtilen sınırı aşan fazla çalışmaların, fazla çalışma ücreti çıkarılmış temel ücretin % 50 zamlısı ile ödenmesi gerekir. Buna rağmen işverence bordro tahakkuklarının fazla çalışma dahil edilmiş toplam ücretin %50 zamlı kısmı üzerinden yapılması da çelişkili davranışı ortaya koyar. Örneğin fazla çalışma ücretleri dahil ücretin 3000,00TL olarak kararlaştırılmasına rağmen aylık 22.5 saati aşan fazla çalışmaların karşılığının 13,33TL/saat (3000,00TL:225 saat) üzerinden % 50 fazlasıyla hesaplanması yerinde değildir. Olması gereken 3000,00TL ücretten aylık 22.5 saat karşılığı fazla çalışma tutarı çıkarılarak belirlenen temel ücret üzerinden saat ücretinin bulunması şeklindedir.

Yukarıdaki örnekte olduğu gibi fazla çalışma ücretinin bordro tahakkuklarında fazla çalışma ücretleri dahil edilmiş olan 3000,00TL ücretin esas alınması, kararlaştırılan ücretin temel ücretten ibaret olduğu, başka bir anlatımla fazla çalışmayı kapsamadığı şeklinde bir değerlendirmeyi beraberinde getirebilir. Gerçekten fazla çalışma ücreti eklenmiş bir ücretin mükerrer yaralanmaya yol açacak şekilde fazla çalışma ücreti hesabında dikkate alınması ve bu işlemin genel muhasebe tekniklerini haiz olan işverenin yapmış olması düşündürücüdür.

Aynı örnek üzerinde durulduğunda aylık 22.5 saati aşan fazla çalışmaların bordro tahakkuklarının 3.000,00TL üzerinden yapılmış olması halinde, fazla çalışma ücretlerinin temel ücreti aşan bir ücretten yapılmasının işyeri uygulamasını oluşturduğu da düşünülebilir. Bu ihtimalde imzalı bordro tahakkukunu da aşan fazla çalışmaların bu defa temel ücret yerine fazla çalışma ücreti dahil edilmiş olan 3000,00 TL üzerinden yapılması gerekecektir. Örneğin işçinin aylık 30 saat fazla çalışmayı ispatlaması halinde 22.5 saati temel ücret içinde ödenmiş olacak, o ay için 5 saat fazla çalışma ücretinin de 3000,00 TL üzerinden bordroda tahakkuk ettirildiği varsayıldığında kalan 2.5 saatin karşılığının da fazla çalışma dahil edilmiş ücretten hesabının gerektiği söylenebilecektir.

Yargıtay bir kararında⁶⁸, işçinin ücret + prim + fazla çalışma esasına göre çalışması halinde asgari ücretin içinde fazla çalışmanın gösterilmesinin müm-

⁶⁸ Yargıtay 9.HD. 31.01.2011 gün, 2009/3491 E, 2011/1509 K. "Dosya içinde bulunan davalı işveren tarafından ibraz edilen ücret bordrolarının bir kısmında davacı lehine prim alacağı yanında fazla mesai ücreti tahakkuk ettirildiği görülmektedir. Bu husus tarafların ve mahkemenin de kabulündedir. Bu nedenle davacının asgari ücret+prim mi yoksa asgari ücret+prim+fazla mesai esasına göre mi çalıştığı konusu açıklığa kavuşturulmamıştır. Sadece asgari ücret+prim usulüne göre çalışıyorsa değerlendirmenin buna göre yapılması asgari ücret+prim+fazla mesai esasına göre çalışması varsa asgari ücretin içerisinde fazla mesainin gösterilmesi mümkün değildir".

kün olmadığını belirterek, işyerindeki ücret sisteminin araştırılması ile sonuca gidilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 2015 yılında verdiği bir kararında⁶⁹, işçiye ödenen satış priminin fazla çalışmalarını kapsadığının kabulünün hatalı olduğu belirtilmiş ve fazla çalışmaların prim ödemesi olmaksızın hesaplanması gerektiği ifade edilmiştir. Karar, fazla çalışmaların primle karşılanması yönündeki -bizim de katılmadığımız⁷⁰- yakın zamanlar Yargıtay uygulamasından dönüş sinyalleri vermektedir. Ancak Yargıtay'ın daha sonra verdiği bir kararında⁷¹ yine ücret içinde ödenen 270 saat mahsup edildikten sonra kalan fazla çalışmaların primlerle karşılanıp karşılanmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Karşı oy yazısında ise, satış priminin fazla çalışmayla karşılanmasının mümkün olmadığı açıklanmıştır.

⁶⁹ Yargıtay 9.HD. 09.02.2015 gün, 2013/8148 E, 2015/434 K. “Diğer taraftan davacı satış şefi olup, satışlar üzerinden belirli bir prim almaktadır. Bu prim mesai yapılıp veya yapılmaması alınmaktadır. Davacı dışarda pazarlamacılık usulü ile gezip satış temsilcisi konumunda değildir. Prim, çalışana özendirici ve ödüllendirici bir ücret ödemesi olup işverence işçiye garanti edilmiş bir temel ücretin üzerine belirli bir usule bağlı olarak ödenen ek bir ücrettir. İşverenin istek ve değerlendirmesine bağlı olabileceği gibi, sözleşme gereği olarak da verilebilir. Fazla mesai ise kural olarak 4857 sayılı İş Kanunu'na göre, kanunda yazılı şartlar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. İşçi fazla mesai yapmasın yapmasın prim ödemesi var ise bu ek ücret hak kazanır. İşçinin fazla mesai yapması halinde ödenen primin fazla mesai ücretini de kapsadığı ve bu nedenle mahsubu gerektiği gerekçesi isabetli değildir. Davacının 16.05.2005-01.06.2006 tarihleri arası haftada 9 saat fazla mesai ücreti, 01.06.2006 tarihinden sonra ise yılda 270 saat fazla mesai ücretin içinde olması nedeni ile mahsup edilerek bakiye kalan fazla mesai ücreti prim ödemesi dikkate alınmadan hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır. Yazılı gerekçe ile fazla mesai ücret alınmasının reddi hatalıdır”.

⁷⁰ Bkz. Çil,Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 2013, 2014 yılları, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 813 vd.

⁷¹ Yargıtay 9.HD. 12.05.2015 gün, 2015/9934 E, 2015/17414 K. “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda bazı dosyalarda tanık olarak bile dinletilmemiş olan Yavuz Bozbey'in beyanları nazara alınarak haftanın 3 günü günde 3 saat olmak üzere haftada 9 saat fazla çalışma yapıldığı kabul edilerek ücrete dahil olan haftalık 5,19 saatlik kısım düşülmek suretiyle haftalık 3,81 saat üzerinden davaya karşı yapılan zamanasını savunması nazara alınarak hesaplama yapılmıştır. Yine davalı işverence bu dönemde yapılan prim ve ikramiye ödemelerinin fazla çalışma ücretini karşılayıp karşılamadığı nazara alınarak hesaplama yapılarak ödenen prim ve ikramiyelerin fazla çalışmayı kısmen karşıladığı belirtilerek davacının fazla çalışma alacağı kısmen kabul edilmiştir”. B. Kar karşı oy yazısı: “Prim, çalışana özendirici ve ödüllendirici bir ücret ödemesi olup işverence işçiye garanti edilmiş bir temel ücretin üzerine belirli bir usule bağlı olarak ödenen ek bir ücrettir. İşverenin istek ve değerlendirmesine bağlı olabileceği gibi, sözleşme gereği olarak da verilebilir. Genel olarak pazarlamacılık sureti ile satışlarda çalışanların ücret yanında satış bedelinden belirli oranda prim (komisyon) aldıkları bilinen bir olgudur. Fazla mesai ise kural olarak 4857 sayılı İş Kanunu'na göre, kanunda yazılı şartlar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. İşçi fazla mesai yapmasın yapmasın prim ödemesi var ise bu ek ücrete hak kazanır. İşçinin fazla mesai yapması halinde ödenen primin fazla mesai ücretini de kapsadığı ve bu nedenle mahsubu gerektiği gerekçesi isabetli değildir. Ancak bu şekilde çalışan işçi fazla mesai yaptıkça buna bağlı olarak prime de fazladan hak kazanacağından, bir anlamda yüzde usulü çalıştığı kabulü gerekecektir. Bu durumda ise davacının fazla mesai ücretinin sadece % 50 zamlı kısmının hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirdi”.

e. Yıllık İzinde ve İşvence Verilen Diğer Ücretli ve Ücretsiz İzinde Uygulama

İşçinin izinde olduğu dönemlerde fazla çalışmaların aylık ücret içinde ne şekilde ödeneceği konusu tereddüt uyandırabilir. Zira işçiye temel ücret içinde verilen fazla çalışma ücreti, sosyal ücret kapsamında olmayıp yapılan/yapılacak olan fazla çalışmanın bir karşılığıdır. Bu nedenle kural olarak fiilen çalışmanın olmadığı dönemlerde fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekmez.

Yıllık izne ayrılan işçiye yasa gereği avans olarak ödenmesi gereken peşin ücret, fazla çalışma ücreti dahil edilmeksizin temel ücret olarak ödenmelidir. İşverence yıllık izine ayrılan işçiye fazla çalışma ücreti dahil kararlaştırılan ücreti peşin olarak ödenmişse, bu durum işçiye fazladan yapılan ödeme anlamına gelir. İşverence çalışma karşılığı olmaksızın bu tür ödemeler işçiye yapılabileceğinden açıkça hataya dayalı ödemenin varlığı kanıtlanamadığı sürece iyiniyetli sebepsiz zenginleşen işçiden geri alınmasının mümkün olmadığı düşüncesindedir. Ancak hemen belirtelim ki, bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararı bulunmamaktadır.

Yıllık izin harici işçiye verilen diğer ücretli izin günleri için de fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmesi gerekmez. Ancak işveren fazla çalışmaların dahil edildiği ücreti ödemeye devam etmişse, uygulamanın işçi lehine işyeri şartı haline geldiği söylenebilir.

Ücretsiz izin dönemlerinde ise işçinin ücret hakkı olmadığından, temel ücret ve aylık ücret içinde kararlaştırılan fazla çalışma ücreti ödenmez. Ancak bu defa da ücretsiz izinde geçen günlerin yıllık 270 saat hesabında dikkate alınıp alınmayacağı sorunu ortaya çıkar. Örneğin işçinin iş sözleşmesinin yılda 4 ay askıya alınması durumunda yıllık 270 saatlik üst sınırı 12 ay yerine 8 aya bölünüp bölünemeyeceği tartışılabilir. 270 saat hesabı yönünden bazı Yargıtay kararlarında geçen karşı oy yazısının⁷² da temel çıkış noktası budur. İlgili görüşe göre, işçinin takvim yılı başlangıcı itibarıyla yıllık 270 saati bulan fazla çalışmaları aylık ücret içinde ödendiğinden 270 saatlik limitin dolduğu günden itibaren yılın sonuna kadar fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir. Örneğin haftada 27 saat fazla çalışma yapan bir işçi yılın çalışılan ilk 10 haftasında 270 saati doldurduğundan geriye kalan 42 haftada çalışması durumunda fazla çalışma ücreti alabilecektir. İşçinin kullandığı ücretsiz izinler ise 270 saat limitinde değerlendirilmeyecektir. Yukarıdaki örnekteki işçi Şubat ayında 3 hafta ücretsiz izin almışsa, 270 saat limiti yılın 10. haftası yerine 13. haftasının bitiminde dolacaktır.

Kişisel görüşüm ise Yargıtay'ın çoğunluk görüşünün yerinde olduğu yönündedir. İş sözleşmesinin hükmüne göre işçiye her ay ödenen ücret içinde o aya ait fazla çalışmalar yer almaktadır. O halde yıllık 270 saat limitinin yılın bir bölümüne yığılması doğru olmaz. Yıllık 270 saatin aylık karşılığı 22.5 saat olup, işçinin çalıştığı aylarda 22.5 saat fazla çalışma ücreti içinde ödenmektedir. İşçinin çalışmadığı ücretsiz izinde geçen dönemler için işverenin ücret ödeme yükümü olmadığından fazla çalışma ücreti de ödenmemiş olacaktır. Ancak ücretsiz izinde geçen süreye isabet eden 22.5 saat başka bir süreye eklenmeyecektir. Örneğin iş sözleşmesinin yılda 4 ay askıya alınması durumunda kalan 8 ay için aylık 22.5 saat fazla çalışma ücreti içinde ödenmiş olacaktır. Bu durum-

⁷² Bkz. Aşağıda "270 Saat Sınırlamasının Hesap Yöntemi" bölümündeki kararlar ve açıklamalar.

da o takvim yılı için 270 saat yerine 180 saat (22.5 saat x 8 ay) fazla çalışma ücreti aylık ücret içinde ödenmiş olmaktadır. Yıllık 270 saat üst sınırının örnekte olduğu gibi yıl içinde fiilen çalışılan 8 aya bölünerek aylık 33,75 saat fazla çalışmanın aylık ücret içinde ödendiği gibi bir sonuca varılması doğru olmaz.

f. Ücret Araştırmasının Etkileri

İşçinin ücreti yasal asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla (kısmi çalışmalar hariç) sözleşme serbestisi kurallarına göre belirlenir. Ülkemizde meslek veya sektör bazında önceden belirlenmiş ve uyulması zorunlu genel bir işçi ücret tarifesi bulunmamaktadır. Bu itibarla işçi ücretinin olması gerekenden daha düşük göstererek içinde bir miktar fazla çalışma ücretinin de ödenmesi uygulaması giderek yaygınlaşmaktadır.

Fazla çalışmaların aylık ücreti içinde ödendiğinin kabulü için tarafların bu yönde iradelerin birleşmesi gerekir. İşsizliğin yüksek olduğu ülkemizde işe ihtiyacı olan kişinin sözleşmenin bu yöndeki hükmüne karşı çıkması mümkün olmayabilir. Bu itibarla işçi olarak işçinin iradesinin fesada uğradığı ileri sürülebilirse de, Yargıtay uygulamasında işçinin sözleşmenin ilgili hükmüyle bağlı olduğu kabul edilmektedir.

Bu noktada irade fesadı iddiasının yanında işçinin gerçek ücretinin tespiti de önem arz edebilir. Örneğin yurt dışı inşaat işlerinde sıva işi yapan bir işçinin ücretinin aylık 1200,00USD olduğu belirlendiğinde, işçinin fazla çalışma ücreti dahil aylık ücretinin de aynı ücret olarak kabulü mümkün görülmebilir. İşçinin fazla çalışmaların aylık ücrete dahil edildiği şeklindeki sözleşme hükmünün hata veya hileye dayandığını ileri sürmesi halinde gerçek ücretin de araştırılması ile bu yöndeki uyuşmazlığın daha isabetli şekilde çözümü mümkün olabilir.

Yargıtay'ın bir kararında işçinin ücretinin 1.500,00TL oluşuna dikkat çekilmiş, fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kuralının değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştır⁷³. Kararın araştırmaya yönelik oluşu önemlidir. Yargıtay, fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği şeklinde kesin kabulle sonuca gitmemiş, ücreti miktarına dikkati çekerek, kararlaştırılan ücretin gerçek ücreti ne kadar aştığı ve fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığının araştırılmasını istemiştir.

Yargıtay bir başka kararında⁷⁴ ise, asgari ücretin iki katına yakın ücret alan su dağıtım işçisi bakımından fazla çalışmanın ücrete dahil olduğunu kabul etmiş başkaca araştırmaya gerek görmemiştir.

⁷³ Yargıtay 9. H.D. 15.05.2014 gün, 2012/8814 E, 2014/15891 K. "Somut olayda, davacının iş sözleşmesinde maktu ücret içinde yapılan fazla çalışma karşılığının da bulunduğu kararlaştırılmış olup, davacının ücreti fesih tarihi itibarıyla 1.500 TL civarındadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda yukarıdaki ilkeler doğrultusunda bu hususun değerlendirilmemesi yerinde değildir".

⁷⁴ Yargıtay 9.HD. 01.10.2014 gün, 2012/39237 E, 2014/28923 K. "Somut olayda; davacının 01.02.2008 tarihli iş akdinin 5. bendinde yasal fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu belirtilmiş ve aylık brüt 1.100 TL ücret belirlenmiştir. Belirlenen ücret o tarihteki asgari ücretin 2 katına yakın olup sözleşmenin bu hükmü gereğince yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kabul edilerek buna göre bilirkişiden ek rapor alınıp sonuca gidilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir".

Yine Yargıtay, işçinin ücretinin iş sözleşmesinin yapıldığı tarihte asgari ücretin iki katına yakın olduğunu açıklayarak, fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu şeklindeki sözleşme hükmüne değer vermiş, ücretin asgari ücrete oranının fesih tarihine kadar korunmuş olmasının da önemine dikkati çekmiştir⁷⁵. Gerçekten fazla çalışmanın ücrete dahil edildiği sözleşmedeki yüksek ücretin zaman içinde artan asgari ücretlere göre güncellenmediği durumlarda, hükmün ileriye dönük etkisi tartışılmalıdır.

Yargıtay'ın dikkati çeken bir kararında⁷⁶ da, işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği Nisan 2012 ayındaki ücretinin net 1000,00TL olduğunun yapılan ücret araştırması ile belirlendiği ve bu durumda iş sözleşmesinde aynı ücretin fazla çalışmaları da kapsadığı şeklindeki hükmüne değer verilemeyeceği ifade edilmiştir. Karara konu olayda iş sözleşmesinde asgari ücret kararlaştırılmış ve aynı zamanda fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu belirtilmiştir. Yargıtay hükmün bu yönden geçersizliğini açıklamış ancak aynı zamanda işçinin iddia ettiği ve kanıtlanan ücreti asgari ücreti aştığı saptandığı halde, yine de fazla çalışmaların ücretin içinde olduğunu kabul etmemiştir. Başka bir anlamla, işçinin iddia ettiği ücretin doğruluğu emsal araştırması sonucu belirlenmiş olup, saptanan ücretin, emsal ücretin üzerinde olmaması sebebiyle sözleşmedeki fazla çalışmaların ücrete dahil olduğu kuralına değer verilmemiştir.

g. Üst Düzey Yönetici Kavramı

Yargıtay'a göre, işyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan ve yüksek ücret alan işçi, fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Fazla çalışma ücreti bakımından işçiler arasında yasal anlamda ayırım olmadığı ve bazı işçiler istisna tutulmadığı halde üst düzey yöneticiler için fazla çalışma ücretine hak kazanılmayacağı kabulü tartışılmaya değer bir konudur. Yargıtay, genel müdür, bölge müdürü, şantiye şefi, mağaza müdürü, banka müdürü gibi konumlarda çalışanları üst düzey yönetici sayabilmektedir. Yargıtay'ın üç İş Dairesi

⁷⁵ Yargıtay 9.HD. 02.12.2013 gün, 2011/44223 E, 2013/31621 K. "Somut olayda; taraflarca imzalanan hizmet akdinin 5. maddesinde fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu belirtilmiş olup, sözleşmenin imzalandığı tarihte net 670 TL ücretin, o tarihteki net asgari ücretin 2 katına yakın olduğu, aynı oranın fesih tarihi itibarı ile de korunduğu anlaşılmaktadır. Fazla mesai hesabında yukarıdaki ilkeler doğrultusunda, 270 saat yıllık çalışmanın ücrete dahil olduğu gözetilmeksizin yapılan hesaplama itibarıyla hüküm kurulması hatalıdır".

⁷⁶ Yargıtay 9.HD. 04.03.2014 gün, 2013/26141 E, 2014/5116 K. "...iş sözleşmesinde hem haftalık çalışma süresinin 60 saat olduğu ve aşan sürenin fazla çalışma sayılacağı ve yıllık 270 saat fazla çalışmanın fazla çalışma sayılmayacağı konusundaki düzenleme, hem de davacının ücretinin asgari ücret olarak kararlaştırılması karşısında fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu savunmasının geçerliliği bulunmamaktadır. Mahkeme gerekçesinde, davacının fesih tarihindeki aylık net ücretinin 1000,00 TL olması gerekçe gösterilerek fazla çalışmanın da ücrete dahil olduğu kabul edilmiş ise de emsal dosyalarda yapılan emsal ücret araştırmasında davacı vasfında çalışanların aylık net ücretinin davacının iddiasından daha fazla olması karşısında ve bu ücretlere de fazla çalışmanın dahil olmadığı gözönünde bulundurulduğunda fesih tarihinde davacının fazla çalışma hariç net ücretinin 1000,00 TL olduğu kabul edilerek davacı tanık beyanları doğrultusunda fazla çalışma ücreti isteğinin kabulüne karar vermek gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

içtihatları arasında kimlerin üst düzey yönetici olduğu noktasında tam bir uyum olduğu da söylenemez⁷⁷.

Mesaisini kendisi belirleyen üst düzey çalışanların fazla çalışma ücreti istemeyeceği şeklindeki Yargıtay uygulaması ile fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesine dair uygulamanın kesişen yönlerinin değerlendirilmesi gerekir. Üst düzey yöneticinin iş sözleşmesinde fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu yönünde açıklamaya yer verildiğinde, kuralın geçerli olup olmadığı te-reddüt konusu olabilir. İşçinin mesaisini kendisinin belirlediği ve bu nedenle fazla çalışma ücreti istemeyeceği savunması yanında fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğuna dayanılması da bir çelişki oluşturur. Zira olmayan bir alacağın aylık ücret içinde ödendiğinden söz edilemez. Şu hale göre taraflarca fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödeneceği kararlaştırılmışsa, işçinin mesai-sini kendisi belirleyen üst düzey yönetici olmadığı, fazla çalışma yaptığı ve kar-şılığında ücrete hak kazandığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin işyerinde genel müdür olarak çalışan işçinin iş sözleşmesinde fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödeneceği kuralı öngörüldüğünde, yıllık 270 saat (aylık 22.5, haftalık 5.19) sınırlaması ile birlikte öngörülen hüküm geçerli olur. Verilen örnekte işçinin yılda 270 saati aşan fazla çalışmaları kanıtlandığında bakiyesinin ödenmesi gerekir. Bu noktada işçinin mesaisini kendisinin belirlediği şeklinde savunma geçerli değildir.

h. Asgari Ücretli Çalışma

İşçinin asgari ücretle çalışması halinde fazla çalışmaların aylık ücrete dahil edildiği şekilde kuralın geçersiz olduğunu tartışmaya gerek yoktur. Aksi halde işçinin ücretinin asgari ücretin altında belirlendiği sonucu ortaya çıkar ki ücretin asgari ücretten az olarak kararlaştırılması mümkün olmaz.

Ücretin asgari ücretin çok az üzerinde belirlenmesi halinde, fazla çalış-maların ücrete dahil olduğu kuralının geçerliliği tartışma konusu yapılabilir. Kural, Yargıtay uygulaması gereği yıllık 270 saate kadar olan fazla çalışmaların ücretle birlikte ödeneceğini öngördüğünden asgari ücretin çok az üzerinde olan ödemenin de daha az -diyelim ki yıllık bazda 10 saatlik- fazla çalışma ücretini kapsadığı düşünülebilir midir? Örneğin asgari ücreti 50,00TL aşan bir ücret içinde o aya ait 5 saatlik fazla çalışmanın yer aldığı varsayılabilir midir? Böyle bir ihtimalde, işçiye yapılan fazla ödeme tutarlarının her aylık temel asga-ri ücretten ayrıştırılması, karşıladığı fazla çalışma tutarlarının belirlenmesi ve buna göre aylara göre değişen miktarlarda fazla çalışmanın ödendiğinin düşü-nülmesi gerekir. Bu noktada fazla çalışma ücreti hesabının son derece zor yapı-labileceğini belirtmek gerekir. İşçinin ayda 20 saat fazla çalışmayı kanıtlaması ancak aylık ücret ödemelerinin asgari ücretin çok az üzerinde olması sebebiyle bazı aylar 3,5,7,12,15 saat karşılığı fazla çalışmayı karşılaması halinde, aylara göre sırasıyla 17,15,13,8,5 saat için bakiye fazla çalışma hesabı yapılması gere-ği ortaya çıkacaktır. Belirtilen noktada açık bir Yargıtay kararı olmasa da, dü-şüncemize göre kararlaştırılan ücretin asgari ücrete ilaveten aylık bazda 22.5 saatlik fazla çalışmayı zamlı ücret üzerinden karşılamaması durumunda, fazla çalışmanın aylık ücrete dahil olduğundan söz edilemez.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi ve kararlar için bkz. Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 6. baskı Ankara, 2014. s. 811 vd.

Bazı meslekler için asgari ücretin meslek kuruluşları tarafından belirlendiği ve iş sözleşmesinde bu ücretin geçerli olduğu belirtildiği hallerde de kararlaştırılan ücretin meslek kuruluşunun öngördüğünün üzerinde olması gerekir. Örneğin tam zamanlı çalışan işyeri hekimi ile yapılan sözleşmede Türk Tabipler Birliğinin belirlediği asgari ücret tarifesinin geçerli olduğu belirtilmişse, aynı ücretin fazla çalışmayı kapsadığından da söz edilemez.

Yargıtay bir kararında, iş sözleşmesinde haftalık 15 saat fazla çalışmaların ücrete dahil edilmiş olmasına rağmen asgari ücretin kararlaştırılması sebebiyle fazla çalışmaların ücret içinde ödenmediği sonucuna varılmıştır⁷⁸. Kararın dikkati çeken yönü, işçinin iddia ettiği ve kanıtlanan ücretin asgari ücretten yüksek olmasına ve Yargıtay tarafından da bu yüksek ücret kabul görmesine rağmen, salt iş sözleşmesinde asgari ücret öngörüldüğü için fazla çalışmaların ücrete dahil olduğunun kabul edilmemiş oluşudur.

Yargıtay'ın başka bir kararında⁷⁹ ise, asgari ücretin üzerinde ücret olması halinde fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu yönünde sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığının araştırılması gerektiğini kabul edilmiştir. Ancak Yargıtay'ın hastane işyerinde doktor asistanı olarak çalışan bir işçinin asgari ücreti % 40 oranında aşan ücret aldığını belirterek, yıllık 270 saatin ücrete eklendiği şeklindeki hükme değer verilmesi gerektiği yönünde bir kararı⁸⁰ da vardır.

i. Ücret Artışı Uygulaması

İşçinin temel ücreti içinde fazla çalışmaların varlığı kabul edildiğinde işçiye yapılabilecek ücret artışlarının uygulanması bir sorunu oluşturabilir. Örneğin işçinin ücreti fazla çalışma ücreti dahil olarak 3000,00TL olarak belirlenmişse, % 10 oranında ücret artışının fazla çalışma eklenmiş ücrete mi yoksa 22.5 saatlik fazla çalışmanın zamlı ücreti ayrıştırılarak kalan kısmına mı uygulanacağı tereddüt uyandırmaktadır. Temel ücretteki % 10 oranda artış 3000,00TL üzerinden yapılarak 3300,00TL ücrete ulaşıldığında, aylık 22.5 saatlik fazla çalışmanın zamlı kısmına da artış uygulanmış olmaktadır.

Ücret artışı, aylık ücret içinde ödenen fazla çalışma ayrıştırıldıktan sonra kalan temel ücrete uygulandığında ise kök ücretteki artışa bağlı olarak 22.5

⁷⁸ Yargıtay 7. HD. 01.04.2014 gün, 2013/25234 E, 2014/7127 K. "Yine iş sözleşmesinde davacının aylık ücretinin asgari ücret olduğu belirtildiğine göre yılda 270 saat fazla çalışmaya ilişkin 8.maddesindeki düzenlemeye itibar edilmesi mümkün değildir. Yani davacının yılda 270 saate kadar fazla çalışma yapması halinde ücretinin aylık ücreti içerisinde kabulü de mümkün değildir. Bu tespitlerden sonra mahkemece yapılacak iş, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırarak aylık net 1.100,00 TL ücret alan davacının varsa haftalık 45 saati aşan çalışmaları tespit edilerek fazla çalışma alacağının hesaplanması ve sonucuna göre karar vermektir".

⁷⁹ Yargıtay 9.HD. 09.06.2011 gün, 2009/15427 E, 2011/17248 K. "fazla çalışma ücretlerinin aylık ücrete dahil olduğu iş akdinde düzenlenmiş olup davacının aylık ücreti de asgari ücretin üzerindedir. Yukarıda ki ilke kararı doğrultusunda yıllık 270 saatin üzerindeki fazla çalışmaların mahsubunun gerekip gerekmediğinin düşünülmemesi hatalıdır".

⁸⁰ Yargıtay 9.HD. 10.03.2014 gün, 2012/3307 E, 2014/753 K. "Davacının iş sözleşmesinde yılda 270 saat ile sınırlı olarak yapılacak fazla mesailerin karşılığının maktu ücretin içinde olduğu kararlaştırılmış olup işçinin aldığı ücret asgari ücretten yaklaşık % 40 oranında yüksektir. Bu durumda yukarıdaki ilkeler doğrultusunda yılda 270 saatle sınırlı olmak üzere yapılan fazla mesailerin hesaplama dışı bırakılması gerektiğinin düşünülmemesi hatalı olup bozma nedenidir".

saatin zamlı kısmı yeniden belirlenerek bu kısım ilavesiyle fazla çalışma dahil ücretin yeniden saptanması gerekecektir.

İşyerinde sadece bazı çalışanlarla yapılan sözleşmelerde fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kuralına yer verildiği taktirde, uygulanan aynı zam oranının çalışanlara farklı şekilde yansımaları söz konusu olabilecektir. Bu durumda da işverenin işçilere eşit davranma borcu sorgulanabilecektir.

Yine işçinin ücretinin avans olarak ödenmesi sırasında fazla çalışma ücreti dahil edilmiş kararlaştırılan ücrete göre mi ödeme yapılacağı veya fazla çalışma ücretinden ayrıştırılmış temel ücretin mi esas alınacağı birer sorun olarak karşımızdadır.

İş Kanunu'nun 40. maddesine göre bekleme süresi içinde bir haftaya göre ödenmesi gereken ücretin de, temel ücret mi yoksa fazla çalışma ücreti dahil edilmiş ücret mi olacağı yine tartışılabilir.

j. Parça Başı veya Yüzde Usulü Çalışmada Uygulama

İşçinin ücretinin tamamının veya bir kısmının parça başı veya yüzde usulü çalışmalardan oluşması durumunda fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesi uygulamasını hayata geçirmek çok daha zordur. Örneğin deri dikim atölyesinde çalışan bir işçinin aylık ücreti, ay içinde ürettiği ürün sayısına göre değişecektir. İşçinin normal çalışma süresini aşan çalışmaları ile üretim miktarı artacağından ve fazla çalışma ücretinin zamsız kısmı normal ücret içinde ödendiğinden, saat ücreti %50 oranında azaltılarak fazla çalışma ücretleri hesaplanır. Bu durumda işçinin fazla çalışma eklenmemiş temel ücretini (tazminata esas) belirlemek için de parça başı ücret içinde ödenen kısmı ile % 50 zam kısmının kararlaştırılan ücretten çıkarılması gerekir.

Öte yandan parça başı ücrette sabit bir ücret belirlenmediğinden, fazla çalışmanın aylık ücrete dahil edildiği şeklindeki kuralın geçerliliğinin bir kez daha sorgulanması gerekir. Örneğin deri sektöründe parça başı ücretle çalışan bir makinecinin ürettiği iş başına 10,00TL aldığı varsayıldığında işçi ve işveren arasındaki sözleşmede parça başı ücretin 25,00TL olarak kararlaştırılması ve fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğunun belirtilmesi geçerli kabul edilebilecek midir? Yargıtay önüne gelen örneklerde aylık sabit ücretin kararlaştırıldığı ve fazla çalışmaların söz konusu ücret içinde ödeneceğinin öngörüldüğü görülmektedir. Bu itibarla parça başı ve yüzde usulü ücretin geçerli olduğu işlerde fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesini açıkça mümkün kılan Yargıtay kararı bulunmamaktadır.

k. Fazla Çalışmanın Serbest Zamanla Karşılanması

İşçinin fazla çalışma yaptığı sürenin % 50 fazlasını serbest zaman olarak kullanma hakkı bulunmaktadır⁸¹. Serbest zaman kullanma veya zamlı ücretini alma yönünde seçim hakkı işçiye aittir. İşçinin serbest zaman kullanma hakkından önceden vazgeçmesi de mümkün görülmelidir. Bu nedenle fazla çalışmanın aylık ücret içinde ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda dahi işçinin serbest zaman kullanma hakkının varlığının kabulü gerekir.

Fazla çalışma ücretinin aylık ücret içinde ödendiği işçinin serbest zaman kullanması halinde ödenecek ücretten fazla çalışmayı karşılayan tutarının çı-

⁸¹ İş K. m. 41/4.

karılması gerekir. Örneğin işçinin ay içinde 7.5 saat serbest zaman kullanması halinde 5 saatlik fazla çalışma ücretinin zamlı tutarı kararlaştırılan ücretten indirilir. İşçinin ücretinin peşin ödenmesi halinde kesinti bir sonraki ay ücretinden yapılır. Ancak fazla çalışmanın temel aylık ücret içinde ödendiği kabul edildiğinde, serbest zaman kullanan işçinin ücret içinde ödenmiş olan fazla çalışmayı iade yükümünün varlığı, serbest zaman kullanma hakkının kullanımını olumsuz yönde etkileyebilecektir.

Öte yandan işçinin serbest zaman kullanımını 6 ay içinde gerçekleştirebileceği yasada öngörüldüğüne göre, aylık ücret içinde peşin olarak ödenen fazla çalışmaların karşılığının 6 ay içinde kullanılması halinde peşin ödenen fazla çalışma ücretlerinin faiziyle iadesinin gerekip gerekmediği de ayrı bir sorun olarak karşımızdadır.

İş sözleşmesi ile fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğunun kabulü ve işçinin aylık 22.5 saati aşan fazla çalışmaları kanıtlaması aynı zamanda o ay içinde bazı serbest zaman kullanımlarının varlığı halinde de, her bir ay bakımından fazla çalışma karşılığı kullanılan serbest zamanın zamsız kısmı düşülmeli ve buna göre ücret içinde ödenen sürenin aşan kısmı hesaplanmalıdır. Örneğin aylık 35 saat fazla çalışma yapılması ve 7.5 saat serbest zaman kullanımını halinde 5 saat indirilecek ve 22.5 saat de ücret içinde ödendiğinden o ay için 7.5 saat fazla çalışma ücreti hesaplanacaktır. İşçinin fazla çalışmalarının denkleştirilmesi esası da kabul edilmişse hesabın ne kadar sorunlu olacağını tartışmaya dahi gerek yoktur.

Yargıtay'ın bir kararında⁸² fazla çalışmanın serbest zamanla karşılanan kısmı düşülerek kalan kısmının yıllık 270 saati aşip aşmadığının belirlenmesi gerektiği açıklanmıştır.

1. Çalışmaların Denkleştirilmesi

Fazla çalışmaların aylık ücrete dahil edilmesi yanında taraflarca fazla çalışmaların denkleştirilmesi esası kabul edilmiş olabilir. Bu noktada birbiriyle çatışan her iki hükmün geçerliliği üzerinde durulmalıdır.

Fazla çalışmaların karşılığı ücret olarak ödenmekte ise ücreti ödenen fazla çalışmaların denkleştirmeye esas alınması düşünülemez. Yıllık 270 saat sınırlaması sebebiyle haftalık 5.19 saati aşan fazla çalışmaların denkleştirmeye tabi olacağı bir görüş olarak ileri sürülebilir. Bu durumda denkleştirme süresi içinde haftalık 45 saatin altında çalışma yapılan sürelerle 45 saat + ücret içinde ödenen 5.19 saat = 50,19 saati aşan çalışmalar denkleştirilecektir. Ancak çalışmaların haftalık 45 saatin altında kaldığı dönemler için dahi ödenen ücret, fazla çalışma dahil edilmiş ücret olmakla, ücretten bir miktarın iadesinin gerekip gerekmeceği tartışılabilir.

⁸² Yargıtay 9. HD. 11.12.2013 gün, 2013/5890 E, 2013/32792 K. "Davacının 630 saatlik fazla mesai yaptığı dönemin serbest zaman kullandırılarak karşılanabilmesi için İş Kanunu 41. maddesine göre fazla çalışılan her saat karşılığında 1 saat 30 dakika serbest zaman kullandırılması gerekir. Mahkemece bu esastan hareketle davacının fazla çalışma süreleri belirlenip, kullandırılan serbest zaman ve iş sözleşmesinde öngörülen maktu ücrete dahil 270 saat ile sınırlı sürenin düşülmesi ile bakiye fazla çalışma ücret alacağı bulunup bulunmadığı ve davacının feshinin haklılığı buna göre değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır".

Görüldüğü üzere fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesi uygulaması, diğer hukuki kurum ve kavramlarla da uyuşmamaktadır.

m. Fazla Çalışma Yapılamayacak İşler Yönünden Uygulama

Sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat veya daha az çalışması gereken işlerde, gece çalışmalarında, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılan işlerde, işçinin fazla çalışması yasaktır. Bu nedenle düşüncemiz fazla çalışma yapılması yasak olan işyerlerinde çalışanlar bakımından fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu sözleşme hükümleri geçersizdir. Zira sözleşme serbestisi ancak yasak kapsamında olmayan fazla çalışmalar bakımından geçerli olabilir. Bu durum, işçinin yasak çalışmalarda zamlı ücrete hak kazanamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır⁸³. İşçinin gece çalışmalarında 7.5 saati aşan çalışmaları, ağır ve tehlikeli işlerde 7.5 saati aşan çalışmaları ve her durumda günde 11 saati aşan çalışmaları- haftalık 45 saatlik süre aşılmamış olsa bile- doğrudan fazla çalışmadır. İşçinin zamlı ücret hakkı mevcuttur ve bu kısım denkleştirmeye esas alınmaz. Ancak tarafların iş sözleşmesinde kararlaştırdıkları fazla çalışmayı ücrete dahil eden kuralın yasak çalışmaları kapsamadığı kabul edilmeli ve aylık ücret içinde sözü edilen çalışmaların karşılığının yer almadığı düşünülmelidir.

Yargıtay'ın bir kararında da⁸⁴,günlük 11 saatin üzerindeki ve gece çalışmalarında 7.5 saati aşan çalışmaların ücretin içinde kabul edilen 270 saat hesabında dikkate alınmayacağı açıklanmıştır.

n. Fazla Çalışma Yaptırılmayacak İşçiler Bakımında Uygulama

Onsekiz yaşını doldurmamış küçük yada genç işçiler⁸⁵, sağlıklarının fazla çalışmaya elvermediğini belgeleyen işçiler⁸⁶,gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler⁸⁷ ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler⁸⁸ fazla çalışma yapamazlar. Şu hale göre sözü edilen işçiler bakımından da fazla çalışma ücrete dahil edilemez. Başka bir anlatımla sözleşmede bu nedenle hüküm olsa dahi, fazla çalışma yaptırılan işçi fazla çalışma ücretine hak kazanır.

Asıl sorun, işçinin sözleşme kapsamındayken 18 yaşını doldurması halinde hükmün geçerli olup olmayacağı noktasında karşımıza çıkar. Yine iş sözleşmesinde hüküm olmasına rağmen, kadın işçinin gebe veya çocuk emzirdiği dönemde hükmün geçerliliği ve hatta 270 saatlik yıllık sınırın nasıl belirlenece-

⁸³ Bkz. Narmanhoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2014, s. 660.

⁸⁴ Yargıtay 7. HD. 10.03.2015 gün, 2014/20685 E, 2015/4075 K. "“Aylık Ücretli Personel Yönetmeliği”nin 4.02.maddesinde vardiya düzeni dışında çalışan formenler ile makam şoförleri hariç vardiya düzeni dışında çalışan personelin yaptığı fazla çalışmaların yasal sınırlar içinde kalmak kaydı ile aylık ücrete dahil olduğu yazılıdır. Bu nedenle istek dönemini (2009 Ağustos-2012 Şubat) kapsayan Aylık Ücretli Personel Yönetmelikleri getirilmeli, hepsinde aynı hükmün bulunduğu ve davacıya tebliğ edilerek davacının kabul ettiğinin, ihtirazi kaydının olmadığına anlaşılması halinde davacı işçinin ücret seviyesi de dikkate alındığında yıllık 270 saatlik fazla mesainin aylık ücrete dahil olduğu kabul edilmeli ve günde 11 saati aşan süreler ile gece çalışmasında 7.5 saati aşan çalışmalar hariç 270 saatin tamamlandığı dönem sonrası hesaplama yapılmalıdır”.

⁸⁵ Fazla Çalışma Y. m.8/I-a.

⁸⁶ Fazla Çalışma Y. m.8/I-b.

⁸⁷ Fazla Çalışma Y. m.8/I-c.

⁸⁸ Fazla Çalışma Y. m.8/I-d.

gi tartışılabilir. Sözü edilen sorunların çözümü kolay olmayıp, fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi uygulamasının olumsuz yansımaları olarak ortaya çıkabilecektir.

o. İş Sözleşmesinde Çalışma Saatlerinin Açıkça Belirlenmesi veya Yıllık Başkaca Sınır Konulmasında Uygulama

Tarafların sadece fazla çalışmayı ücrete dahil ettikleri ve kendilerince bir sınır getirmedikleri hallerde yasal yıllık 270 saatlik üst sınır geçerlidir. Ancak tarafların yasal sınırın altında bir fazla çalışma sınırı tayin etmeleri olasıdır. Örneğin yıllık fazla çalışma süresinin en fazla 200 saatle sınırlandırılması halinde aylık ücret içinde ödenen fazla çalışmaların da yıllık 200 saatle sınırlı olduğu söylenebilecektir. Bu durumda yıllık 200 saati aşan fazla çalışmaların ispatı halinde, 270 saatin üzeri yerine 200 saati aşan fazla çalışmaların ödenmesi gerekir.

Taraflarca açıkça ücretin kapsadığı çalışma sürelerinin gösterilmesi halinde sorunun çözümü daha da karmaşıktır. Örneğin taraflar güvenlik görevlisi olan işçinin ücretini 2000,00TL olarak belirledikten sonra 08:00- 20:00 saatleri arasında haftada 6 gün çalışacağını da kararlaştırmış olduklarında, belirlenen ücretin haftada 18 saat (12saat-1.5 saat ara dinlenme = 10,5 saat x 6 gün=63 saat- 45 saat = 18 saat) olan fazla çalışmaların tamamını kapsadığı söylenebilecek midir?

Yargıtay'ın görüşü, çalışma gün ve saatleri açıkça belirlenerek fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği durumlarda dahi 270 saatlik yıllık sınırın geçerli olduğu yönündedir. Bu durumda yukarıdaki örnekte işçi haftalık 18 saat -5.19 saat= 12,81 saat fazla çalışma ücreti isteyebilecektir.

Emsalleri asgari ücretin biraz üzerinde ücretle çalıştığı halde güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin ücretinin çok daha yüksek tutulması (8000,00 TL gibi) halinde, öngörülen ücretin sözleşme ile kararlaştırıldığı şekilde günlük 08:00- 20:00 saatleri arasında çalışmaların tamamını kapsayıp kapsamadığı tereddüt konusu olabilir. Kişisel görüşüm, fazla çalışmaların ücrete dahil olduğu şeklindeki uygulamanın bütünüyle terk edilmesi yönündedir.

Yargıtay'ın bir kararına konu olayda taraflar iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresini 60 saat olarak belirlemişlerdir. Konuyla ilgili Yargıtay kararında⁸⁹, düzenlemenin İş Kanunu'nun 41. maddesine aykırı olduğu açıklanmış, hükmün nispi emrediciliğine dikkat çekilmiştir.

Buna karşın Yargıtay'ın başka bir kararına⁹⁰ konu olayda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra imzalanan iş sözleşmesinde günde 3

⁸⁹ Yargıtay 7.HD. 01.04.2014 gün, 2013/25234 E, 2014/7127 K. "Somut olayda taraflarca imzalanan iş sözleşmesinin 7 ve 8.maddelerindeki haftalık çalışma süresi ve fazla çalışma sınırı olarak belirlenen 60 saat çalışma, 4857 sayılı Yasanın 41 vd maddelerinde düzenlenen hükümlere açıkça aykırıdır. Kaldı ki söz konusu düzenleme nisbi emredici nitelikte olup taraflarca kararlaştırılması halinde her zaman işçi lehine olacak şekilde düzenlenebilirken işçi aleyhine ve yasal sınırın üstünde belirlenmesi mümkün değildir.O halde iş sözleşmesinin 7 ve 8.maddelerindeki haftalık 60 saat şeklindeki düzenlemenin 4857 sayılı Yasa uyarınca haftalık 45 saat olarak kabulü gerekmektedir."

⁹⁰ Yargıtay 9.HD. 29.12.2009 gün, 2008/9960 E, 2009/38167 K. "Somut olayda taraflar arasında yapılan 23.04.2004 tarihli hizmet akdinde belirlenen ücretin günde 3, yılda 270 saat fazla çalışmayı da kapsayacağı kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmeye geçerlilik tanınması gerekir. Bilirkişiden günde 3, yılda 270 saat fazla çalışmanın ücretin içinde

yılda 270 saatlik fazla çalışmanın aylık ücret içinde ödendiği belirtilmiş ve Yargıtay sözleşmeyi tümüyle geçerli saymıştır. Yargıtay kararında günde 3 saat ve yılda 270 saati aşan fazla çalışmaların ücretin içinde yer aldığı belirtilmiştir. Düşüncemize göre günde 3 saatlik sınırlama yasada yer almadığından, sözleşme ile günde 3 saatlik fazla çalışmaların aylık ücrete eklenmesi mümkün görülmemelidir.

Yargıtay'ın başka bir kararında⁹¹, işçiye her ay 22 saatlik fazla çalışma ücretinin bordroda ayrıca tahakkuku yapılarak ödenmesi halinde, yılda 270 saatin aylık ücret içinde ödendiğinin kabulünün gerektiği belirtilmiştir. Karara konu hukuki olayda işçiye ücret dışında fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilerek ödenmiş olup, konunun ücretin içinde ödenen fazla çalışma ile ilgisi yoktur.

p. Diğer Alacakların Hesabı

Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödenmesi uygulamasının önemli sonuçlarından biri, diğer işçilik alacakları hesabına esas temel ücreti tespittir. Zira fazla çalışma ücreti tazminata esas ücrete eklenmez. Kıdem ve ihbar tazminatı için son temel ücret belirlenmelidir. Kararlaştırılan ücretten aylık 22.5 saat fazla çalışmanın zamlı kısmı düşülmeli ve parasal değeri olan aynı ve sosyal haklar eklenmelidir.

İşyeri uygulamasında fazla çalışma ücreti dahil edilmiş olan ücretten ihbar ve kıdem tazminatı hesabı yapılmakta ise, kararlaştırılan ücretin tazminata esas alınabileceği düşüncesindeyiz. Ancak bir defaya mahsus ve maddi hataya dayanan uygulamalar ayrı tutulmalıdır.

İş sözleşmesinin feshinde ödenmesi gereken yıllık izin ücreti hesabı yönünden de fazla çalışmanın karşılığı olan ücret çıkarıldıktan sonra kalan miktar üzerinden hesaplama yapılmalıdır.

Aylık ücret içinde ödenen 22.5 saati aşan fazla çalışma ücretlerinin hesabında da fazla çalışma ücretinden arındırılmış temel dönemsel ücretler esas alınmalıdır. Aksi halde fazla çalışma ücreti eklenmiş bir ücret üzerinden fazla çalışma ücreti hesaplanmış olur.

Hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri de fazla çalışmadan arındırılmış temel ücretten hesaplanmalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinde sözleşmenin kalan süresine ait ücret hesabında da kararlaştırılan ücret içinde ödenen fazla çalışmalar dikkate alınmaz. Fesihden sonraya ait olan ve sözleşmenin kalan süresi içinde işçinin fazla çalışma yapması mümkün olmadığından temel ücret belirlenerek hesaplamaya gidilmelidir. İşveren feshi olmasaydı işçinin çalışmasına devam edebileceği ve

olduğundan, bunun dışındaki fazla çalışmaların hesaplanması yönünden ek rapor alınmalıdır”.

⁹¹ Yargıtay 9.HD. 09.02.2015 gün, 2013/10180 E, 2015/5182 K. “Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının haftalık 15 saat fazla çalışma yaptığı belirtilmiş ve fazla çalışma ücreti 15 saat üzerinden hesap edilmiştir. Dosya kapsamından fazla çalışma süresinin tanık beyanlarına itibarla belirlendiği anlaşılmaktadır. Banka yoluyla davacı işçiye ödemesi yapılan bordrolarda fazla çalışma tahakkuklarının bulunduğu, işçi çalışın ya da çalışmasın 22 saatlik fazla çalışma ücretinin tahakkuk ettirilerek davacı işçiye ödendiği, bu ödeme şekline göre yılda 270 saat fazla çalışmanın ücretin içinde kabul edildiği, buna göre davacının hizmet süresine göre hesaplanan fazla çalışma ücretinden yıllık 270 saat fazla çalışma karşılığı miktarın mahsup edilerek sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır”.

fazla çalışma dahil edilmiş ücreti alabileceği varsayımı ile sonuca gidilmesi doğru olmaz.

İşe başlatmama tazminatı hesabı da fazla çalışmanın eklenmeksizin işe başlatmama anındaki son ücret olmalıdır.

İşe iade hükmüne bağlı dört aya kadar boşa geçen süre ücretinin de - kararlaştırılan ücret içinde ödenen 22.5 saat- fazla çalışma ücreti eklenmeksizin hesabı gerekir. Yargıtay kararlarına göre işçinin feshi izleyen dört aya kadar dönemde adeta çalışıyormuş gibi değerlendirilmesi bu sonucu değiştirmemelidir.

Ücretin fazla çalışma ücreti ile birlikte ödendiğinin kararlaştırıldığı her durumda, fazla çalışma ücreti alacakları yanında, ücret ve işçinin temel ücreti ile hesap yapılması gereken diğer tüm alacakları belirsiz alacak davasına⁹² konu edilebilmelidir.

Yargıtay'ın bir kararında⁹³ fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olması halinde işçinin saat ücretinin hesap yöntemi gösterilmiş ve aylık olağan çalışma süresi olan 225 saat üzerine 22.5 saatin % 50 fazlası olan 33.75 saat eklenerek 258,75 saate bölünmesi yoluyla saat ücretinin belirleneceği açıklanmıştır. Belirtilen hesap yöntemine göre aylık ücreti fazla çalışma dahil 3000,00TL olarak kararlaştırılan bir örnek üzerinden hesaplamaya geçtiğimizde, 3000,00TL: 258,75 saat= 11,59 TL saat ücreti elde edilir. Bu saat ücreti üzerinden temel aylık ücret 11,59x 225= 2607,75TL olarak belirlenir. İşçinin fazla çalışması dahil tüm diğer işçilik alacaklarının kural olarak bu temel ücret üzerinden hesaplanması gerekir. Yargıtay'ın başka bir kararında da hesap yöntemine yer verilmemiş olsa da, yine kararlaştırılan ücretten fazla çalışma ücreti dışlanarak temel ücretin belirlenmesi gerektiği açıklanmıştır⁹⁴.

r. Ücretin Devir Temlik Yasağı İle Haczedilmezliğinde Uygulama

Ücrete dair yasal korumalar temel ücreti ilgilendirmektedir. Bu itibarla fazla çalışmaların aylık ücretin içinde yer aldığı örneklerde, devir ve temlik ya-

⁹² İşçilik alacaklarında belirsiz alacak davasına dair kriterler için bkz. Çil/Kar: İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı Ankara, 2012, s. 53. vd.

⁹³ Yargıtay 7. HD. 21.01.2014 gün, 2013/2024 E, 2014/704 K. "Bilirkişi sözleşme gereği 270 saatlik çalışmanın ücrete dahil olduğu gerekçesiyle mükerrer hesaba sebebiyet vermemek için 270 saatin 12 aya bölünmesi sonucu bulunan 22,5 saati aylık 225 saate eklemek suretiyle çıplak ücreti 247,5 saate bölmek suretiyle ayırıştırma yaparak hesaplama yoluna gitmiş ise de, 22,5 saatlik ücret %50 artırılmamış ücret olup saat ücretinin %50 artırılması halinde 33,75 saat olarak kabulü ve aylık ücretin 258,75 e bölünmesiyle saat ücretine ulaşılmaması gerekir. 247,5 saat üzerinden hatalı hesaplama itibar edilmesi bozma sebebidir. Diğer yandan 270 saatin ücrete dahil edildiği kabul edilmesine rağmen yıllık çalışmadan 270 saat indirilmeden mükerrer ödemeye sebebiyet verilmesi de hatalıdır".

⁹⁴ Yargıtay 7. HD. 11.12.2013 gün, 2013/15351 E, 2013/21799 K. "Böyle olunca, davacının son ücreti olan aylık net 800,00 TL ücretin içinde yıllık 270 saatlik fazla çalışma ücretinin de olduğu açıktır. Bu nedenle, yukarıda açıklanan ilke kararı gereğince öncelikle davacının 09.10.2009 tarihinden sonraki fazla çalışma ücretlerinin hesabında yıllık 270 saatle sınırlı olarak iş sözleşmesinin geçerli kabul edilmesi, varsa 270 saatin üzerinde kalan çalışmalarının hesaplanması gerekirken söz konusu iş sözleşmesi hükmü dikkate alınmadan yapılan hesaplamaya itibarla sonuca varılması ve ayrıca kıdem ve ihbar tazminatına esas ücret belirlenirken fazla çalışma ücretinin dışlanması gerekirken fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu ücret üzerinden yapılan hesaplama ya itibarla hüküm kurulmuş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir".

sağının ve haciz kısıtlamasının uygulanabilmesi için işçinin fazla çalışma ücreti ayrıştırılmış temel ücretinin belirlenmesi gerekir. Hacizle ilgili kısmının iş hukuku uzmanı olması beklenmeyen icra müdürleri ya da icra mahkemeleri tarafında çözüme kavuşturulması zor görünmektedir.

s. Kısmi Ödemede Ne Kadarının Temel Ücreti Ne Kadarının Fazla Çalışmayı İlgilendirdiğinin Belirlenememesi

İşçi ücretlerinin fazla çalışmalar dahil edilerek ödeneceğinin kararlaştırılması halinde eksik ödemenin sonuçları işçi açısından belirsizlik doğurabilir. Yapılan ödemenin ücreti veya fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığını işçinin belirleyebilmesi son derece zordur. Bu itibarla işçi alacağını işverenden, talep ederken (ihtarname, icra takibi veya dava yoluyla) ne şekilde adlandıracağı bilemeyebilir. Bu belirsizlik sebebiyle karşı taraf yararına avukatlık ücreti ödemek zorunda kalabilir.

t. Fazla Çalışmaların Ücret İçinde Ödenmesi ve Fazla Çalışma Ücretinden İndirim

Yargıtay uygulamasında tanık deliline dayalı olarak hesaplanan fazla çalışmalardan indirimle gidilmesi genel olarak zorunluluk şeklindedir. Çok kısa (birkaç ay) ve haftalık fazla çalışma sürelerinin çok az (birkaç saat) olduğu örnekler dışında indirim genel uygulama halini almıştır.

Öğretide bu durum eleştirilmiş ve gerçeklerle bağdaşmayan fazla çalışma iddialarının denetlenmesi yerine, indirim uygulamasının yerinde olmadığı ileri sürülmüştür⁹⁵.

Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği uygulamalarda indirimin nasıl uygulanacağı, özellikle aylık 22.5 saate kadar olan çalışmalar bakımından indirim yapıp yapılmayacağı tereddüt konusudur. Örneğin işçinin tanık beyanlarına göre aylık 32 saat fazla çalışması belirlendiğinde bundan % 30 indirim yapıldığında yaklaşık 22.5 saat olan fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği mi kabul edilecektir? Yoksa indirim yapılmadan önce, aylık 32 saatten ücret içinde ödenen 22.5 saat çıkarılarak kalan süreden bir hakkaniyet indirimi mi yapılmalıdır?

Yargıtay uygulamasında, aylık ücret içinde ödenenin dışında kalan fazla çalışma saatleri belirlendikten sonra bunun zamlı kısmı hesaplanmakta ve en son indirim yolu benimsenmektedir⁹⁶. Ancak indirimle dair ilke kararında, yapılan indirimin ücretten indirim yerine, fazla çalışma süresinden indirim olduğu

⁹⁵ Bkz. Ekonomi, Münir: Milli Komite 2002, s. 47; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2014, s. 661. Diğer bir görüşe göre de, tanık beyanlarının değerlendirilmesinde daha da karmaşa yaratacak arayışlara gidilmemesi ve tanıkların çalışma süresini hesaplamada değil, indirim sürecinde dikkate alınması isabetli olacaktır. Bkz. Özdemir, Erdem: Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi, Sicil, Aralık 2008, Sayı 12, s. 86.

⁹⁶ Yargıtay 9. HD. 15.02.2010 gün, 2008/172 E, 2010/3575 K. "Somut olayda taraflar arasında aktedilen 01.07.1995 tarihli iş sözleşmesinin 10. maddesinde "... İş Kanununda belirtilen fazla çalışma süreleri içindeki fazla çalışma sürelerinin aylık ücrete dahil olduğu..." açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda, davacının yapmış olduğu yıllık 270 saat fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu gözönünde bulundurulurken bilirkişiden yeniden rapor alınmalı, varsa aşan çalışmalar için fazla çalışma ücretine hüküm kurulmalıdır".

açıklanmakta ve esasen işçinin hesaplamaya konu saatler kadar fazla çalışma yapmış olamayacağı vurgusu yapılmaktadır.

Yargıtay'ın bir kararına konu olayda, yerel mahkemece işçinin fazla çalışma süresi belirlendikten sonra ücret içinde ödenen yıllık 270 saat düşülmüş kalan tutardan % 20 indirim yapılmıştır. Yargıtay mahsup ve indirimdeki sıra üzerinde durmaksızın indirimin yetersiz olduğu noktasında kararı bozmuştur⁹⁷.

u. Fazla Çalışma Dahil Temel Ücretin Ödenmemesi Halinde İdari Para Cezalarının Nasıl Uygulanacağı

İşçinin fazla çalışmasının aylık ücret içinde ödendiği varsayıldığında kararlaştırılan ücretin ödenmesi ile ücret ve belli bir sınıra kadar fazla çalışma borcu sona ermiş olmaktadır.

Sözü edilen ücret ödenmediğinde ise hem temel ücret hem de aylık 22.5 saat karşılığındaki fazla çalışma ücreti ödenmemiş olmaktadır. Bu durumda İş Kanunu'nun 102. maddesinin (a) bendi uyarında ücretin ödenmemesine bağlı olarak idari para cezası ve aynı maddenin (c) beninde göre de fazla çalışmaların ödenmemesine dayalı olarak idari para cezası uygulanabilecektir.

Kararlaştırılan ücretin sadece bir kısmı ödendiğinde ise ödenen rakam içinde ücretin veya fazla çalışmanın ne kadarının yer aldığını belirlemek son derece zordur. Yapılan ödemenin ücreti veya fazla çalışmayı karşılaması durumunda bu alacak için idari para cezası uygulanmayabilecek ancak her ikisi de eksik ödenmişse ayrı ayrı idari para cezası gündeme gelebilecektir.

v. İşyerinde Fazla Çalışmanın % 100 Zamlı Ödenmesi Uygulaması

İş ilişkisinin taraflarınca fazla çalışma ücretinin yasal % 50 oranının üzerinde belirlenmesi mümkündür. Bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile hatta işyeri koşulu şeklinde fazla çalışma ücretinin % 50 oranını aşan şekilde uygulanması geçerlidir. Örneğin fazla çalışma ücretlerinin % 100 zamlı ücret üzerinden ödenmesi işçinin menfaatinedir. Ancak aynı işyeri uygulanmasında fazla çalışmaların aylık ücrete dahil edildiği şekilde kurala da geçerlilik tanınması halinde menfaat dengesi işçi aleyhine olabilecektir. İşçinin aylık 22.5 saate kadar fazla çalışma ücreti aylık ücret içinde ödendiğinden % 100 zamlı tutarı belirlenecek ve kararlaştırılan ücretten çıkarılarak temel ücret tespit olunacaktır. Fazla çalışmanın yasal zamlı ücrete göre ödendiği uygulamada 22.5 saatin %50 zamlı kısmı düşülerek temel ücrete ulaşılırken, fazla çalışmanın % 100 zamlı ödendiği durumda iki kat ücretten hesaplama yapılacak ve belirlenen rakam kararlaştırılan ücretten indirilecektir. Bu ihtimalde işçinin ihbar ve kıdem tazminatı ve diğer işçilik hakların hesabında dikkate alınan temel ücreti daha düşük olarak belirlenecektir. Bu tür bir örnekte diğer işçilik haklarına esas temel saat ücreti bulmak için kararlaştırılan ücret 270 (22.5x2= 45 saat + 225 saat= 270 saat) saate bölünmelidir. Oysa aylık maktu ücrete saat ücreti 225' e bölünerek belirlenmektedir.

⁹⁷ Yargıtay 7. HD. 16.01.2014 gün, 2013/15388 E, 2014/516 K. "Mahkemece, davacının sözleşmesinde fazla mesai alacağının ücretine dahil olduğu yönündeki hüküm göz önüne alınarak yıllık 270 saate kadar olan fazla çalışmanın ücretin içinde olmasından dolayı yıllık 270 saatin üzerindeki fazla mesai alacağının hüküm altına alınmasına ve taktiren %20 oranında hakkaniyet indirimi yapılmasına karar verilmiştir".

y. Yılda 270 Saat Sınırlamasının Hesap Yöntemi

Fazla çalışmaların yıllık 270 saat kadarının ücret içinde ödenmesi uygulaması, yıllık 270 saatin ne şekilde belirleneceğine dair tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay'ın genel uygulaması, işçiye her ay ödenen ücret içinde bir miktar fazla çalışma ücreti yer aldığına göre yıllık 270 saatin 1/12 si olan 22.5 saat fazla çalışmanın zamlı kısmı ödenmiştir⁹⁸. Yargıtay'ın sözü edilen uygulamasına karşı yazılan karşı oy yazılarında⁹⁹ ise, 270 saatlik yıllık sınır tamam-

⁹⁸ Yargıtay 9. HD. 15.11.2012 gün, 2010/27473 E, 2012/37872 K. "Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir. İşçiye her ay ödenen ücret içinde fazla çalışmaların bir kısmının yer aldığı taraflarca kabul edildiğine göre 270 saatin 12 aya bölünmesi sonucunda belirlenen 22.5 saat, her ay için kanıtlanan fazla çalışma süresinden indirilmelidir". Aynı yönde Yargıtay 22. HD. 24.11.2014 gün, 2014/25992 E, 2014/33032 K. "Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir. İşçiye her ay ödenen ücret içinde fazla çalışmaların bir kısmının yer aldığı taraflarca kabul edildiğine göre 270 saatin 12 aya bölünmesi sonucu belirlenen 22.5 saat, her ay için ispatlanan fazla çalışma süresinden indirilmelidir".

⁹⁹ Yargıtay 9. HD. 10.14.2014 gün, 2012/32674 E, 2014/29612 K., Ö. H. Tuna karşı oy yazısı: "...Çalışma süreleri ve fazla mesai ile ilgili sınırlamalar yasada belirli olup, 270 saatlik sınır -yıl bazında- getirilmiştir. Günlük azami 11 saatlik sınırı aşmadığı ve diğer yasal esaslara uyulduğu müddetçe 270 saatin yılın herhangi bir evresinde tamamlanması mümkündür. Bir yılın 12 ay, yıllık fazla mesai sınırının da 270 saat olduğundan hareketle ayda $270/12 = 22,5$ saat yahut bir adım daha ileri gidip haftada $22,5/4 = 5,625$ saat şeklinde bir sınırlamanın yasal dayanağı bulunmamaktadır. Yönetmelik 5. madde de farklı bir nitelermeye elverişli değildir. Esasen hükümler sarih ve dolayısıyla yoruma kapalı olmakla birlikte gerek İş Kanunu'nun 41. maddesi gerekse FÇY 5. maddenin lafzına bakıldığında "Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz" denilerek, bu sürenin pekala haftadan haftaya, aydan aya değişiklik gösterebileceği ve fakat bunların (yıllık) toplamının 270 saati aşamayacağı düzenlenmektedir. Yoksa yasakoyucu, -bunların toplamı- ibaresini kullanmak yerine fazla çalışmanın aylık sınırının 22,5, haftalık 5 saat olduğunu yahut 270 saatin aylara eşit şekilde dağıtılacağını zikretmeyi, düzenlemeyi tercih etmemiştir. Esasen bu, iş sürelerinde esnekleşmeyi, yoğunlaştırılmış iş haftalarını ve denkleştirme süresini benimseyen kanun sistemi açısından da doğal bir sonuçtur. Yıllık sınırın dağıtılması hakkında yorum metoduna başvurulacaksa dahi, bunun kanunun diğer hükümleri, ifade şekilleri de göz önünde tutularak yapılması gerekir. Öyle ki, örneğin İş Kanunu'nun 63. maddesinde görüldüğü haliyle, kanun koyucu haftalık 45 saatlik yasal normal çalışma süresinin iş günlerine eşit şekilde dağılımını "aksi kararlaştırılabilir" bir esas olarak getirmiştir ve prensibin eşit dağılım olduğunu belirtirken aksinin kararlaştırılmasına cevaz vermiştir. Oysa 270 saat bakımından tamamlayıcı/yedek bir kural olarak bile bunun aylara eşit şekilde dağılımını esas almamıştır.

Kanun hangi periyotta ne sürede sınırlama öngördüğünü açıkça düzenlemiştir. "...bir yılda 270 saatten fazla olamaz" (m. 41); "günde on bir saati aşmamak koşulu ile..." (m. 63) gibi. Kanunun 41. maddesi, fazla mesai süresinin toplamı "bir ayda 22,5 saatten ya da haftada 5 saatten fazla olamaz" yönünde hiçbir hüküm içermemektedir. Aylık ücrete fazla mesai ücretlerinin dahil olduğunun kararlaştırıldığı hallerde işçi yıl içinde ne zaman 270 saatlik fazla mesai süresini doldurursa, ardından yaptığı her fazla saatlerle çalışma için ücrete hak kazanacaktır. Bunun aksine yıl içinde henüz 30 saat dahi fazla çalışması bulunmayan işçi, bir aylık sürede örneğin 23 saat fazla çalışma yaptığı için fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. 270 saat, yıllık ölçüttür. Sözleşmelerle bunun yıl içinde dağıtımı başka şekilde kararlaştırılabileceği gibi işyerinin, işin gerekleri, so-

lanıncaya kadar işçiye fazla çalışma ücreti ödenmeyeceği, yıl içinde 270 saati aşan fazla çalışmaların başladığı dönem sonrasında fazla çalışmaların tamamının ödeneceği ifade edilmektedir.

Hemen belirtelim ki Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin de istikrarlı uygulamasının aksine, yıl içinde 270 saatin doluncaya kadar fazla çalışma ücreti istenebileceği şeklinde bir kararı¹⁰⁰ da bulunmaktadır.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin kararları da- ağırlıklı olarak- yıllık 270 saatin 12 aya bölünmesi suretiyle aylık 22.5 saat olarak hesabının gerektiği yönündedir¹⁰¹. Ancak aynı Dairenin 2013 yılında verdiği bir kararında¹⁰², 270 saatlik fazla çalışmayı işverenin bir yıl içinde istediği tarih aralığında yaptırabileceği belirtilmiştir. Bu görüş yukarıda açıklanan karşı oy yazısı ile bazı benzerlikler taşımaktadır.

mut olay özellikleri nedeniyle de fazla çalışma sürelerinin toplamı aydan ayda farklılık arz edebilecektir.

Benzer şekilde, işçinin fazla çalışmaya onayı yılda 270 saatlik sınıra kadar verilmiş kabul edildiğinden, yıl içinde bu sınırın daha üçte ikisine ulaşmamış bir örnekte ayda 22,5 saat fazla mesai yaptığı için artık ay sonuna kadar işçinin fazla mesai onayı bulunmadığı, izleyen ay yeniden onaylı dönemin başladığı gibi bir faraziyeden söz edilemeyecektir. Nitekim Dairemizin de işçi onaylarının ayda ancak 22,5 saat için verildiğine dair içtihadı bulunmamaktadır.

Üstelik, aylık ücrete fazla çalışma ücretlerinin dahil olduğuna dair kararlaştırmaları yılda 270 saatlik fazla mesai sınırına kadar geçerli kabul eden yerleşik içtihadın anlamı, bu süredeki fazla çalışma karşılıklarının işçiye, fiilen fazla çalışma yap-sın/yapmasın, ödendiğidir. Aksine bir hukuk kuralı ve akdi şart bulunmadığı halde ayda 22,5 saat ya da haftada 5 saat yönünde ayrı bir sınırlama da içtihat yoluyla ihdas edildiğinde henüz 270 saatin aşılmadığı süreç bakımından mükerrer ödeme ortaya çıkacaktır.

Tüm bu gerekçelerle, yerel mahkeme kararının fazla çalışma ücreti hesabı yönünden bozulması gerektiğinden, onama yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum”.

¹⁰⁰ Yargıtay 9.HD. 01.11.2011 gün, 2009/22815 E, 2011/42060 K. “Bilirkişi sözleşmede 270 saat fazla çalışmanın ücrete dahil olması nedeniyle davacının ara dinlenme düşüldükten sonra fiilen günde 10 saat olmak üzere haftanın 6 gününde toplam 60 saat çalıştığı ve haftada 45 saati aşan 15 saatlik sürenin fazla mesai teşkil edeceği haftalık 5 saatlik sürenin de tenzili ile davacının ortalama haftada 10 saat fazla mesai yaptığını kabul ederek hesaplama yapmış, mahkemece bu hesaba itibar edilerek hüküm tesis edilmiştir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının fazla çalışmaları 270 saati dolduruncaya kadar çalışmaları toplanarak tespit edilip, bundan sonraki çalışmaları fazla çalışma sayılarak ve ücreti de 270 saati doldurduktan sonraki ücreti ne ise o ücret esas alınarak hesap yapılmalıdır”.

¹⁰¹ Yargıtay 7. HD. 22.04.2013 gün, 2013/2752 E, 2013/7158 K. “...yıllık 270 saatin 12 aya bölünmesi ile belirlenen 22.5 saat, her ay için davacı tarafca kanıtlanan fazla çalışma süresinden indirilmelidir”. Aynı yönde, Yargıtay 7. HD. 28.0.2013 gün, 2013/10911 E, 2013/12200 K.

¹⁰² Yargıtay 7.HD. 14.11.2013 gün, 2013/12853 E, 2013/19278 K. “Fazla çalışma yaptırılması durumunun işçi yönünden haklı fesih nedeni oluşturabilmesi için fesih tarihinde 270 saatin üzerinde fazla çalışma yaptırıldığının ispatı gerekir. Ayrıca işveren 270 saatlik çalışmayı 1 yıl içerisinde istediği tarih aralığında yaptırabileceğinden, 1 yıl içinde işçinin 270 saatlik çalışmayı aşacak şekilde fazla çalışma yapip yapmadığının tespiti gerekir. Mahkemece, 01.01.2012 ile 14.05.2012 tarihleri arasında işverence davacıya yaptırılan fazla çalışma süresinin 270 saatin üzerine çıkıp çıkmadığının araştırılmamış olması hatalıdır”.

Bu konuda tarafların açık iradelerine üstünlük tanındığında Yargıtay'ın çoğunluk görüşünün isabetli olduğunu söylemek gerekir. Zira taraflar her ay ödenen ücret içinde bir miktar fazla çalışma olduğunu açıkladıklarına ve işçiye sabit bir ücret ödendiğine göre 270 saatin 12 aya bölünmesi yöntemi ile aylık 22.5 saatin ödendiği varsayımı doğru sayılmalıdır.

Yine de çoğunluk görüşünün sakıncası işçinin yıl içinde aralıklı çalışmalarında ortaya çıkabilir. Örneğin işçi mevsimlik işçi olarak yılda 9 ay çalışmakta ise 270 saatin 9 aya bölünerek aylık 30 saatin ücret içinde ödenip ödenmediği sorunu ile karşılaşılır. Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında¹⁰³, 270 saatlik yasal sınırın işçinin yıl içinde çalıştığı süreler kistelyevm usulü oranlanarak belirlenmesi gerektiğini kabul ederek, işçinin son derece aleyhine olan bu uygulamaya imkan tanımış görünmektedir. Örneğin işçi yılın 6 ayında çalışmakta ise aylık 45 saat fazla çalışma ücret içinde ödenmiş kabul edilecektir. Yasal yıllık 270 saat olan koruma sınırının bu şekilde esnetilmesinin doğru olmadığını düşünmekteyiz. Bizim görüşümüz, işçinin yıl içinde kaç ay çalıştığına bakılmaksızın fiilen çalışılan aylar için 22,5 saat ve haftalar için ise 5.19 saat sınırına uyulması yönündedir. Aksi halde yılın tamamı yerine bir kısmında çalıştırılan işçi, fazla çalışmaların ücrete dahil edildiği kural ve sözü edilen hesap yöntemi nedeniyle de mağdur edilmiş olmaktadır.

Yargıtay'ın bir başka kararı, yılın tamamında çalışılmadığı hallerde, yıl içinde çalışılan her ay için 22.5 saatlik üst sınırın uygulanması gerektiğine ışık tutmaktadır¹⁰⁴.

Yargıtay'ın başka bir kararında da, 270 saatin, sözleşmenin imzalandığı tarih ile takip eden yılbaşı arasında geçen ay sayısına bölünerek hesaplama yapılmasının hatalı olduğunu belirtilmiş, sözleşmenin imzalandığı tarihten ileriye doğru tam bir yılın esas alınması gerektiği açıklanmıştır¹⁰⁵. Ancak Yargı-

¹⁰³ Yargıtay 9.HD. 27.04.2012 gün, 2011/5633 E, 2012/14688 K. "Somut uyumsuzlukta davacı işçi tarafından imzalanan, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki yönetmelik hükmünde yılda 270 saat fazla mesai karşılığı ücretin, kararlaştırılan ücretin içinde olduğu kabul edilmiştir. Bu yönetmelik hükmü tarafları bağlayacağından, davacının yılda 270 saatlik çalışması karşılığı fazla mesai ücretinin, ücretin içinde olduğu kabul edilmeli ve 270 saati aşan kısmı için fazla mesai ücreti kabul edilmelidir. Bu nedenle davacının aralıklı çalışmaları dikkate alınarak ve çalıştığı yıllarda çalışma süresi bir yıldan az olduğundan, 270 saatlik kısım bu süreye kistelyevm esasına göre oranlanarak bulunan çalışma saatini aşan saatler fazla mesai kabul edilmeli ve bu çalışma karşılığı ücret hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Yazılı şekilde yönetmelik hükmü dikkate alınmadan fazla mesai ücretinin kabulü hatalıdır".

¹⁰⁴ Yargıtay 9.HD. 03.07.2012 gün, 2012/1078 E, 2012/25911 K. "İş sözleşmesinde yazılı olan fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu yönündeki kural gereğince yıllık 270 saat fazla çalışma hesabından düşülmüş olmakla birlikte, hesap yöntemi bilirkişi raporunda denetime elverişli değildir. Her ay işçiye ödenen ücret içinde fazla çalışmaların bir kısmı yer aldığından aylık 22.5 saat fazla çalışma ücreti aylık ücret içinde kabul edilmeli ve çalışılan dönemle ilgili olarak yılın tamamında bu şekilde indirim gidilmelidir".

¹⁰⁵ Yargıtay 22. HD. 21.02.2013 gün, 2012/14064 E, 2013/3517 K. "Dosya içerisinde mevcut davacı tarafından imzalı 08.07.2005 tarihli iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin ücrete dahil olduğuna yönelik ibare yer almaktadır. Bu ibare yıllık ikiyüzyetmiş saatlik fazla çalışma ücretinin ödenmesi anlamına gelmektedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, sözleşmenin bulunmadığı, 01.01.2005-08.07.2005 tarihleri arasında haftalık dokuz saat için fazla çalışma hesaplanacağı, 08.07.2005-01.01.2006 tarihleri arasındaki hafta sayısı ve haftalık dokuz saat nazara alındığında 270 saatin dolmadığı göz önünde bulundurularak bu dönem için hesaplama yapılmayacağı, 2006 ve 2007

tay'ın ¹⁰⁶ sözleşmenin imza tarihi ile fesih tarihi arasında geçen 9 aylık süre için de toplam 270 saatin mahsubu gerektiği yönünde bir kararı da vardır.

Başka bir kararda¹⁰⁷ ise, 270 saatin 1/12'sinin aylık fazla çalışmalardan indirilmesi yerine yıllık toplamından 270 saatin mahsubu gerektiği ifade edilmiştir.

Yıllık 270 saatin aylığa düşen kısmı 22.5 saat olup, yılın 52 haftaya bölümüyle haftalık yaklaşık 5.19 saate ulaşılır. Yargıtay önüne gelen örneklerde haftalık 5.20 saat veya 5 saat mahsubunun yapıldığı örneklerle rastlanmıştır. Yargıtay bir kararında¹⁰⁸, yıllık 270 saatin haftalık karşılığı 5,25 saat olarak açıklanmıştır.

Yargıtay'ın bir kararında¹⁰⁹ fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olması halinde, işçinin saat ücretinin hesap yöntemi gösterilmiş ve aylık olağan çalışma süresi olan 225 saat üzerine 22.5 saatin % 50 fazlası olan 33.75 saat eklenerek, kararlaştırılan ücret 258,75 saate bölünerek temel saat ücretinin belirleneceği açıklanmıştır.

Bu bölümde yapılan açıklamalar da göstermektedir ki, yıllık 270 saatin mahsubu noktasında Yargıtay kararları arasında tam bir uyum olduğu söylenebilir.

yılları için ikiyüzyetmiş saat dokuz saatten otuz hafta yaptığından 1 Ağustos-31 Aralık dönemleri için hesaplama yapılacağı, 2008 yılı için 01.07.2008 tarihine kadar dokuz saatten ikiyüzyetmiş saat olup ikiyüzyetmiş saatten farkı otuzaltı saat olduğu, 01.07.2008 tarihinden itibaren üç saat fazla çalışma yaptığı kabul edildiğinden otuzaltı saate oranlandığında oniki hafta yani üç ay olduğu, bu sebeple 01.10.2008 tarihinden sonraki dönem için hesaplama yapılacağı, 2009 yılında üç saatten ikiyüzyetmiş saatlik kısım dolmadığından hiçbir hesaplama yapılmayacağı, belirtilerek hesaplama yapılmış ise de davacı tarafından imzalı iş sözleşmesinin imzalandığı tarih olan 08.07.2005 tarihinden itibaren fazla çalışma ücretinin bir yıllık süreye göre (08.07.2005-08.07.2006) hesaplanması gerekirken 08.07.2005-01.01.2006 tarihlerinin esas alınması hatalı olup bu husus bozmayı gerektirmiştir”.

¹⁰⁶ Yargıtay 9.HD. 05.02.2014 gün, 2013/1738 E, 2014/2397 K. “Bu durumda iş sözleşmesinin imzalandığı tarih olan 1.1.2010 ile iş akdinin sona erdiği 21.09.2010 tarihleri arasında (324 saat-270 saat) =54 saat fazla çalışma saati üzerinden hesaplama yapılarak sonuca varılması gerekirken sözleşmedeki bu madde gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”.

¹⁰⁷ Yargıtay 7. HD. 05.11.2014 gün, 2014/12212 E, 2014/20203 K. “...taraf arasında imzalanmış iş akdinde fazla mesai ücretinin aylık ücrete dahil olduğuna dair düzenleme bulunduğu bahisle yıllık 270 saat fazla çalışma süresi, haftalık fazla çalışma süresi olarak hesaplanan 12 saate bölünmek suretiyle çıkan hafta sayısı tüm yıl hafta sayısından mahsup edilmek suretiyle hesaplama yapılmıştır. Oysa davacının tüm yıl boyunca yapmış olduğu fazla çalışma süresi saat olarak hesaplanmalı, çıkacak sonuçtan 270 saat mahsup edilmek suretiyle hesaplama yapılmalıdır”.

¹⁰⁸ Yargıtay 9. HD. 20.01.2015 gün, 2013/7967 E, 2015/1437 K. “Ancak davacının son ücreti Mahkemece aylık brüt 2040 TL. kabul edilmiş olup, bu ücret aynı tarihteki asgari brüt ücretin yaklaşık 2,4 katı olduğundan, iş aktinin yıllık 270 saate kadar olan fazla mesainin ücrete dahil olması yönündeki hükmünün uygulanmasına engel bir durum yoktur. Yıllık 270 saat bir hafta için yaklaşık 5,25 saate karşılık gelmektedir. Davacının sübut bulan haftalık fazla mesaisi 4 saat olup, haftalık 5,25 saatlik fazla mesainin altında kaldığından, fazla mesai ücreti talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır”.

¹⁰⁹ Karar ve hesap detayı için bkz yukarıda “Diğer Alacakların Hesabı” bölümü.

K. SONUÇ

Fazla çalışma ücretlerinin hatta birkaç Yargıtay kararına göre hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretlerinin temel ücret içinde ödenmesinin yasal hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Aksine hukuk sistemimizde, ücret, fazla çalışma ve tatil çalışmaları ayrı ayrı kurum ve kavramlar olarak düzenlenmiş olup, tamamının temel ücret içinde toplanması çeşitli hukuki ve uygulama sorunlarını beraberinde getirmektedir.

Yargıtay'ın yılda 270 saatle sınırlı olarak bu yöndeki düzenlemeleri geçerli sayan görüşü öğretilerde genel olarak kabul görse de, uygulamanın ortaya çıkardığı sorunlar üzerinde yeterince durulmuş değildir.

Yargıtay İş Daireleri'nin konuyla ilgili kararlarında tam bir uyum olduğu söylenemez. Yargıtay'ın ücret içinde ödemenin fazla çalışmalarla sınırlı olup olmayacağı, hafta tatili ile bayram genel tatil alacaklarının da ödenip ödenemeyeceği, 270 saatlik yıllık sınırın ne şekilde mahsup edileceği, temel ücretin nasıl hesaplanacağı, diğer işçilik alacaklarının hesabının ne şekilde yapılacağı, uygulamanın fazla sürelerle çalışmaları kapsayıp kapsamadığı, serbest zaman kullanımını ve denkleştirme ile birlikte nasıl uygulanacağı, ispat yükü gibi konularda birbirleriyle çelişen kararları mevcuttur.

İşverence işçinin konumu ve meslek kıdemine göre ödenmesi gereken gerçek ücretin içinde fazla çalışmaların da bulunduğu kabul edildiğinde, fazla çalışmaya dair temel bir kurum rafa kaldırılmış olmaktadır. 270 saat sınırlanması olsa da, haftalık 5.19 saat neredeyse günde 1 saat karşılık gelmekte ve işçi her gün bir saate yakın süreyle zamlı karşılığı olmaksızın çalıştırılabilmektedir.

Basın çalışanları bakımından günde 3 saat ve gemiadamları yönünde ise günde 3 saatten fazla süreyle çalışmaların aylık ücret içinde ödenebildiği kabul edildiğinde durumun vahameti daha da çarpıcı bir hal almaktadır.

İşçiye ödenmesi gereken diğer tazminat ve işçilik alacakları hesabı bakımından fazla çalışmadan arındırılmış temel ücretin belirlenmesi ile işçilik maliyetleri düşürülmekte ve işveren bu yolla ikinci bir avantaj elde etmiş olmaktadır.

Bu noktada işçinin fazla çalışmalarının ücret içinde ödendiği savunması getirebilirse de, Yargıtay önüne gelen örneklerden anlaşıldığı üzere, genelde işçinin ücretinin unvanı ve meslek kıdemine göre alması gereken emsal ücret seviyesinde belirlendiği görülmektedir. Düşüncemize göre, nasıl ki işçiye ödenen asgari ücretin içinde fazla çalışmanın bulunmadığı sonucuna varılıyorsa, işçiye ödenmesi gereken emsal ücretin içinde de fazla çalışmaların karşılığının olduğunun kabulü mümkün olmaz. Örneğin yurt dışında görev yapan bir inşaat forameninin emsal aylık ücreti 2000,00USD ise bu işçi ile aynı rakam olarak yapılan sözleşmede fazla çalışmanın ücret içinde olduğu kabul edilemez. Salt asgari ücretin üzerinde ücret tayin edilmiş olması, fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiği şeklindeki kuralın geçerliliği sonucunu doğurmamalıdır. Verilen örnekte işçinin ücretinin, emsal ücreti + en az aylık 22.5 saat fazla çalışmaların zamlı kısmını da içerir şekilde belirlenmesi ve yaklaşık 2300,00USD olarak kararlaştırılması gereklidir. Aksi halde işçinin yerine getirdiği iş görme edimi ile işverenin ödediği ücret karşılaştırıldığında aşırı yararlanmanın varlığından söz edilebileceği gibi, işverenin ahlaka aykırı bir sözleşme imzaladığı söylenebilecektir. Yine kuralın personel yönetmeliği veya benzeri kaynaklarda öngörülmesi halinde genel işlem koşullarının geçersizliği tartışılabilecektir.

Alman Hukukunda fazla çalışmaların karşılığının yasalarda düzenlenmemiş oluşu¹¹⁰ sebebiyle bu yönde tarafların iradelerine ihtiyaç olup, fazla çalışmaların karşılığının taraflarca kararlaştırılması ve hatta ücretin içinde ödenmesi haklı görülebilir. Buna rağmen konunun Almanya'da tartışıldığı ve gabin, ahlaka aykırılık ile genel işlem koşullarına aykırılık denetimlerinin uygulandığı görülmektedir.

Hukukumuzda ise, fazla çalışma ücreti temel ücretten ayrı olarak kanunda açıkça düzenlendiği ve tarafların iradesine bırakılmadığı halde, aşırı yararlanma¹¹¹, ahlaka aykırılık¹¹² ve genel işlem koşullarına aykırılık¹¹³ denetime tabi tutulmadan fazla çalışmanın ücretin içinde ödenmesine imkan tanınmasının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Bu konuda hukuken işçinin korunmaya değer menfaatinin olduğu kabul edilmeli ve İş Hukukunun ortaya çıkış amaçlarına uygun bir çözüm tarzı benimsenmelidir. Zira işçinin fazla çalışma yapması, sağlığını ve yaşayışını doğrudan etkilediği gibi, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini, işçinin ailesine ve kişisel gelişimine ayırdığı zamanı doğrudan ilgilendirmektedir¹¹⁴. Bu nedenle fazla çalışmanın karşılığının - serbest zaman uygulamasının yaygınlaşmadığı da dikkate alındığında- sadece zamlı ücret olmaması gerekirken, sözleşmeye konulan bir hükümlerle sözü edilen ücrette de ulaşamaması, kabul edilebilir bir durum değildir.

Yargıtay'ın, kararlaştırılan ücretin işçiye ödenmesi gereken emsal ücret olması sebebiyle fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olmadığı yönündeki kararı¹¹⁵ ile gazeteciler yönünden kuralın adaletsiz sonuçlara yol açtığını açıklayan karşı oy yazısı¹¹⁶ bu yönde umut vericidir.

KAYNAKÇA

A. C. Köseoğlu, A.C./- Kabul S.:ÜHFM C. LXXII, S. 2, 242 s. 233-268, 2014. s.242.

Arıcı, Kadir: Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri, Ankara 1991.

Astarlı, Muhittin: Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerde Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş Cilt 9, Sayı 4, 2008.

Centel, Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986.

Çelik, Nuri: Bireysel İş Hukuku, 25. Bası, İstanbul 2012.

Çelik/Caniklioğlu/Canbolat: İş Hukuku Dersleri, 27. Bası.

Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B.6, Ankara, 1986.

¹¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, Muhittin: Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerde Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş Cilt 9, Sayı 4, 2008, s. 46. vd.

¹¹¹ TBK m. 28.

¹¹² TBK m. 27.

¹¹³ TBK m. 20,21.

¹¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arıcı, Kadir: Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri, Ankara 1991, s. 10 vd.

¹¹⁵ Yargıtay 9.HD. 04.03.2014 gün, 2013/26141 E, 2014/5116 K. Bkz. Dipnot 76.

¹¹⁶ Yargıtay 9. HD. 12.05.201 gün, 2014/3662 E, 2015/17389 K. Karşı Oy, Kar, Bektaş, Bkz. Dipnot 28.

- Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 3. Cilt. 2. Baskı. Ankara 2008.
- Çil, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 2013, 2014 yılları, 6. Baskı, Ankara 2014.
- Çil, Şahin; Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum, Sayı 14, 2007/3.
- Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010.
- Çil/Kar: İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı Ankara, 2012, s. 53. vd.
- Dr. Şeref Bin Ali Eş-Şerif: İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku, Çeviren, Mehmet Keskin, İstanbul 1986.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Cilt 1,3. Bası, İstanbul 1984.
- Ekonomi, Münir: Milli Komite 2002, s. 47.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2010.
- Göktaş/Çil: Açıklamalı Basın İş Kanunu, Ankara 2003.
- Mollamahmutğlu/Astarlı: İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2011.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2014.
- Özdemir, Erdem: Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi, Sicil, Aralık 2008, Sayı 12.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014.
- Şahlanan, Fevzi: Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücretin İçerisinde Olduğunun Kararlaştırılması, Ağustos 2008 – Sayı: 341.
- Şen, Murat: Hizmet Sözleşmesi İle Haftalık 48 Saatlik Çalışma Süresi Kararlaştırılması Durumunda Fazla Çalışma, <http://www.meliksah.edu.tr/msen/wp-content/uploads/2014/06/Fazla-%C3%87al%C4%B1%C5%9Fma.pdf>.
- Şen, Murat: Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma, Sicil, Haziran 2010, Sayı 18.
- Topçuoğlu, İlyas: Türk Hukukunda Fazla Saatlerde Çalışma, Ankara 2009.

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ VE İŞ SÖZLEŞMESİ

Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey*

Şirket organlarında görev alan kişilerle şirket arasındaki hukuki ilişki, ticaret hukuku ile iş hukukunun kesişim noktasında, her iki hukuk dalının kendi ilke ve ihtiyaçları çerçevesinde ele aldığı, dolayısıyla çok farklı bakış açıları ışığında incelenen bir konudur. Sermaye şirketlerinin profesyonel yöneticiler tarafından yönetiminin yaygınlaşması, tüzel kişinin organında iş sözleşmesi ile çalışan yönetici sayısının artmasına yol açmıştır. İş hukuku açısından konu, yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda işçi sıfatı taşıyıp taşıyamayacağı açısından tartışılmaktadır. Sorun yalnızca teorik olmayıp, yapılacak saptamanın pratik açıdan da önemli sonuçları vardır: İş ilişkisinin varlığı halinde işyeri devri veya şirket birleşme ve bölünmelerinde bu ilişkinin devamı esastır (İŞK m. 6, TTK m. 178). Yine organ ilişkisi her zaman bir neden göstermeye gerek duymaksızın sona erdirilebilirken, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde uyulması gerekli kurallar vardır. İlişkinin sona ermesi halinde hak kazanılacak tazminatlar da birbirinden farklıdır. Kişiye yapılan ödeme iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ise ücretin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanılabilecektir¹.

Yönetim kurulu üyeliğinin iş ilişkisiyle birlikte yürütüldüğü hallerde ortaya çıkan sorunların ele alındığı bu çalışmada Yargıtay kararlarında ortaya çıkan tablo tespit edildikten sonra (I), yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki hukuki ilişki ele alınacak (II) ve her iki ilişkinin birlikte hangi hallerde yürütülebileceği (III) ve çift statünün karşımıza çıkardığı çeşitli sorunlar (IV) incelenecektir.

I. Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyesinin İşçi Sıfatı

İş hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin aynı zamanda iş sözleşmesiyle çalışıp çalışmayacağı uzun zamandır tartışılmaktadır: Konuya ilişkin olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2002 tarihli bir kararında, işveren şirketle arasında hizmet ilişkisi kurulan bir kişinin sonradan vekalet ilişkisi öngören yönetim kurulu üyeliğine seçilmesinin kurulan hizmet ilişkisini ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir². Ancak sonrasında Yargıtay Hukuk Genel

* Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

Bu çalışmanın özünde yatan çift hukuki statü görüşünün oluşmasında ve bu çalışmanın ortaya çıkmasında kıymetli yorumlarıyla büyük katkıda bulunan değerli meslektaşım Prof. Dr. Veliye Yanlı'ya teşekkürü bir borç bilirim.

¹ R. Müller/L. Lipp/A. Plüss, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auf., 2014, s. 44.

² Yarg. 9. HD., 11.3.2002, 5004/3532, Tekstil İşv. Mart 2003, s. 40-41; kararı yerinde bulan M. Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004, s. 27.

Kurulu ilke olarak yönetim kurulu üyeleri ile banka tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişkisine vekalet akdine dayandığı, şirketin genel müdürü iken yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişinin hizmet akdinin sona erdiğine hükmetmiştir³.

2010 yılındaki bir diğer kararında 9. Hukuk Dairesi, genel müdürün kişi-organ sıfatını haiz olup olmadığının araştırılması gerektiği; genel müdürün organ sıfatı kazanmaksızın yönetim kurulu üyesi olması halinde yürütmekte olduğu genel müdürlük görevi nedeniyle iş ilişkisinin devam ettiği; buna karşılık şirketi temsil ve ilzama yetkili kişi-organ sıfatını kazanmışsa işçi ve işveren sıfatı aynı kişide birleşmeyeceğinden iş ilişkisinin sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği görüşüne varmış⁴ ve bugün de görebildiğimiz kadarıyla içtihadını sürdürmektedir. Daire, bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığı konusunda şüphe duyduğu olaylarda somut gerçeklikten hareketle hukuki ilişkiyi nitelen-dirmeye çalışmaktadır. Örneğin anonim şirketin yönetim kurulu başkanı ile anonim şirket arasında iş sözleşmesi adı altında bir sözleşme yapıldığı ve başkan tarafından iş akdinin haksız feshine dayanarak tazminat talep edildiği bir olayda 9. Hukuk Dairesi, anonim şirketin yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin vekalet akdine dayandığından hareketle yönetim kurulu başkanı ile şirket arasındaki uyumsuzlukta ticaret mahkemesinin görevli olduğu yolunda karar vermiştir⁵. Davacının genel müdür olarak iş sözleşmesiyle, davalı şirketin ise prim karşılığı kardan pay almak suretiyle çalışıldığını iddia ettikleri bir başka uyumsuzlukta Daire, konuya ilişkin temel esasları belirttiğinden sonra, “*Davacı her ne kadar kar payında yüzde usulü ile ücret almakta ise hukuki ve kişisel olarak işveren bağımlı çalışıyor ise arada iş ilişkisinin, bağımsız çalışıyor ise vekalet ilişkisinin olduğu, yönetim kurulu murahhas üyesi veya ortak ise kişi organ sıfatı ile ortaklık ilişkisi kapsamında çalıştığı kabulü gerekir*” diyerek eksik inceleme nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁶.

7. Hukuk Dairesinin içtihadının 9. Hukuk Dairesininkine paralel olduğu görülüp⁷, yakın tarihli bir kararı murahhaslık konusundaki yaklaşımını teyit etmektedir: “*Somut olayda, davacının 16.5.1992 tarih ve 45 nolu yönetim kurulu kararı ile Genel Müdür ve yönetim kurulu üyesi (Murahhas üye) seçilmesine karar verildiği ve bu kararın 17.8.1992 tarih ve 3093 sayılı Ticaret Sicil Gazetesinde yayımlandığı, 2006 ve 2008 yılları arası hariç murahhas üyelik görevini yürüttüğü, 4.7.2010 tarihli genel kurulda ise yönetim kurulu üyeliğinin son bulduğu anlaşılmaktadır. Hukuksal nitelikçe aynı zamanda yönetim kurulu başkanı sıfatı bulunan murahhas müdürler ile ortaklık arasında vekalet ilişkisi bulunmasına göre davayı Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde ele almak gerekir*”⁸.

³ Yarg. HGK., 5.2.2003, E. 9-82, K. 65; İBD, C. 78, S. 2004/4, s. 1612-1618; Ö. Ekmekçi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara 2005, s. 11-12.

⁴ Yarg. 9. HD., 12.10.2010, E. 2008/35169, K. 2010/28779, Kazancı İçtihat Bankası, G. Alpagut, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, s. 12 vd.

⁵ Yarg. 9. HD., 4.4.2013, E. 2011/991, K. 2013/11127, Çalışma ve Toplum Der., 2013/3, S. 38, s. 522-523; K. Doğan Yenisey, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, Ankara 2015, s. 22 vd.

⁶ Yarg. 9. HD., 19.2.2015, E. 2015/603, K. 2015/7529, Kazancı İçtihat Bankası.

⁷ Yarg. 7. HD., 14.1.2014, E. 2013/25282, K. 2014/231, Çalışma ve Toplum Der., 2014/2, s. 237 vd.

⁸ Yarg. 7. HD., 27.5.2014, E. 2014/6636, K. 2014/11422, Kazancı İçtihat Bankası.

22. Hukuk Dairesinin 21.5.2013 tarihli kararına⁹ konu olayda davacı işçi, her iki davalı şirketin genel müdürü olarak 23.3.2009-30.6.2009 tarihleri arasında çalıştığı, iş sözleşmesinin deneme süresi sonunda haksız olarak feshedildiğinden hareketle cezai şart talebi ile ilamsız icra takibinde bulunmuş, davalı tarafça da davacının haklı bir sebebe dayanmadan ve mazeretsiz olarak işyerini terkettiği, bu sebeple işverenler lehine cezai şart alacağı doğduğunu ileri sürerek itirazın iptali davasının reddi ile cezai şart ve kötüniyet tazminatının tahsili talep ve dava edilmiştir. Taraflar arasındaki ilişkinin 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde çözülüp çözülemeyeceği ve iş mahkemelerinin görevine ilişkin uyumsuzlukta, 22. Hukuk Dairesi iş sözleşmesinin tanımını yaptıktan sonra, taraflar arasındaki sözleşmede davacının davalı şirketlerin genel müdürü olarak görev yapacağının belirlendiğini tespit etmiş, mülga Ticaret Kanununun 342. maddesi hükmünden hareketle, “... anonim şirket genel müdürlerinin iş görme edimini yerine getirmemiş olması halinde, şirket yönetim kurulu üyeleri ile aynı hükümlere tabi tutularak sorumlu olacağı kabul edildiği görülmektedir” sonucuna varmıştır. Sonrasında Daire, Hukuk Genel Kurulunun 7.7.2010 tarih 201079-328 E. 2010/370 K. sayılı kararı uyarınca da şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında bir vekalet akdi bulunduğundan üyelerin şirkete karşı vekil gibi sorumlu olmasının doğal olduğunu belirterek, anonim şirket genel müdürlerinin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere tabi olduğu, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan da Türk Ticaret Kanununda özel olarak düzenlendiği ve uyumsuzlukların TTK 4/1 uyarınca mutlak ticari davalar arasında değerlendirildiği, bu davalara ticaret mahkemelerinin bakmasının yasa buyruğu olduğu sonucuna varmış; “Görevi nedeni ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere tabi olan davacının şirkete karşı açtığı ve şirket tarafından aleyhine açılan davalar yönünden Ticaret Mahkemesi görevli olacağı dikkate alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken...” için esasına girilmesini hatalı görerek bozma kararı vermiştir. Karara konu uyumsuzlukta genel müdür sıfatıyla işe alınan kişinin yönetim kurulu üyesi olduğuna ilişkin hiçbir bilgi yer almamaktadır.

Hukuki ilişki sona erdikten sonra ortaya çıkan pek çok uyumsuzlukta sorun; taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi mi vekalet sözleşmesi mi olduğunun tespiti, dolayısıyla görevli yargı yerinin iş mahkemeleri mi ticaret mahkemeleri mi olduğu noktasında düğümlenmiştir. Bir bütün olarak bakıldığında iş yargısının şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki hukuki ilişkileri tek bir sözleşme ilişki çerçevesinde incelemeye çalıştığı ve kişi-organ statüsünün bağımlılığın bulunmasına engel olarak nitelendirdiği görülmektedir.

II. Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Statüsü

Yönetim kurulu anonim şirketin zorunlu yasal organlarından (TTK m. 359/I). Yönetim kurulu üyelerinin organ niteliği taşıyıp taşımadığı ise ticaret hukukunda tartışmalıdır: Yönetim kurulu üyelerinin organ değil yalnızca organ görevlisi sıfatını taşıdığı görüşüne karşın, kurul üyelerinin organ sıfatı taşıdığı görüşü hakimdir¹⁰. Dolayısıyla yönetim kurulu üyesinin yapmış olduğu işlem-

⁹ Yarg. 22. HD., 21.5.2013, E. 2012/16979, K. 2013/118856, Çalışma ve Toplum Der., 2013/4, S. 39, s. 619 vd.; Doğan Yenisey, Değerlendirme 2013, s. 24 vd.

¹⁰ Bu tartışmalar için bkz. M. Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1995, s. 22 vd.

ler kendisini değil, anonim şirketi bağlar ve haksız fiillerinden kaynaklanan sorumluluk şartları varsa doğrudan anonim şirkete aittir¹¹ (TTK m. 371/5).

Ticaret hukukunda her bir yönetim kurulu üyesi organ olarak nitelendirilebilirken, iş hukukunda organ statüsünün bağımlılık ilişkisiyle bağdaşmaya-çağı esasından hareket edilmektedir. O halde öncelikle “organ” kavramının her iki hukuk dalında anlaşılma biçimi, sonrasında yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişkinin ticaret hukukunda görünüm biçimi açığa kavuşturulmalıdır.

1. Organ kavramı

Tüzel kişi iradesini organları aracılığıyla açıklar (MK. m. 50). Medeni Kanunda organ tanımlanmamış olup, Medeni Kanun 49. maddesinde tüzel kişilerin fiil ehliyetlerini kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla kazanacağını belirtmekle yetinmiştir. Organ kavramı kanunda tanımlanmamış olup, medeni hukuk ve ticaret hukuku öğreti ve içtihatında genel eğilim organ kavramının geniş yorumlanması yolundadır. Modern görüşlerde organın kanun, ortaklık ana sözleşmesi, varsa tüzüğü veya bunlara dayanılarak çıkartılan iç yönetmeliğe göre tespit edilmesi kriterini arayan şekli görüşü aşılmış; organın tüzel kişinin iç iradesinin oluşumunda rolünün bulunması veya temsil yetkisinin zorunlu bulunması hususları da terk edilmiştir. Organ dar ve geniş olarak ikiye ayrılmakta, tüzel kişinin iradesinin oluşmasında ve ifade edilmesinde kesin rol oynayan herkes geniş anlamda organ olarak kabul edilmektedir¹². Bu çerçevede ticari mümessil (TTK m. 547 vd.), ticari vekiller (TTK m. 551) de organ olarak nitelendirilebilmektedir. Bu durum üçüncü kişilerin korunması ihtiyacından kaynaklanıp, kavramının geniş yorumlanması suretiyle adam çalıştırmanın veya yardımcı kişinin sorumluluğu kuralları dışında organın her türlü fiilinden, haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık esasları çerçevesinde tüzel kişinin sorumluluğuna gidilebilmektedir¹³.

İş hukukunun ilke ve amaçları doğrultusunda konu ele alındığında, organ kavramının geniş yorumlanmasını gerektiren bir korunması gereken menfaatten söz edilemez. Tüzel kişinin üçüncü kişilere karşı hukuki sorumluluğunu genişletmek ve güçlendirmek üçüncü kişilerin korunması açısından önemlidir. Oysa iş hukukunda bağımlı çalışma ilişkisi bulunan herkesin iş hukukunun koruyucu şemsiyesinden yararlandırılması esastır. Organ üyeleri kural olarak somut işveren olarak nitelendirilir. İşçi sıfatı bulunmayan bir kişi, iş kanunları ve toplu iş sözleşmesi düzenlemelerinin dışında kalır. Bu nedenle iş hukuku açısından organ kavramı, en dar anlamıyla tüzel kişinin yasa veya esas sözleşme uyarınca organ adı altında görev ifa eden kişilerle sınırlı olarak

¹¹ Helvacı, Yönetim Kurulu Üyesi, s. 23-24.

¹² B. Öztan, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluk, Ankara 1970, s. 81-82; Helvacı, Yönetim Kurulu Üyesi, s. 3-4; E. Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 32-33; Ü. Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, N. 11-02; H. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011, § 28, N. 26; R. Wylér, “La r sponsabilit  personelle de l’organe en droit du travail”, Panorama en droit du travail, Bern 2009, s. 7; H. Yılmaz, Türk İş Hukukunda Bireysel İş İlişkileri Açısından İşveren Vekilliği, 2012, s. 162.

¹³ Öztan, Organ, s. 81; Helvacı, Yönetim Kurulu Üyesi, s. 4-5, 7; Çamoğlu, Hukuki Sorumluluk, s. 33.

anlaşılması gerekir¹⁴. Kişinin ticaret hukukunda organ olarak nitelendirilmesi iş hukuku açısından da mutlaka organın parçası olarak nitelendirileceği anlamına gelmez.

2. Yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki hukuki ilişki

a) Yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliği

Ticaret Kanunu hükümlerine bakıldığında yönetim kurulu üyeliğinin atama veya seçilmeye kazanıldığı görülmektedir (TTK. m. 359/1). Anonim şirketin kuruluş aşamasında ilk yönetim kurulu şirket esas sözleşmesi ile atanır (TTK m. 339/3). Sonrasındaki dönemler, yönetim kurulu genel kurul tarafından seçilir. Ticaret Kanunu yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması için genel kurul tarafından seçim dışında bir şart aramamıştır. Her ne kadar yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması ve kaybedilmesinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekirse (TTK m. 354/1-g) de tescil ve ilanın kurucu nitelik taşımadığı belirtilmektedir¹⁵.

Ticaret hukukunda hakim olan görüş uyarınca anonim şirketle yönetim kurulu üyesi arasındaki hukuki ilişki temelde bir sözleşme ilişkisine dayanır. Genel kurulun üyenin seçimine ilişkin kararı icap, görevin üstlenilmesi ise kabul iradesi; dolayısıyla anonim şirketle yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişki bir sözleşmedir. Üyenin esas sözleşmeyle atanması halinde de hukuki ilişkinin niteliği değişmez¹⁶. Göreve başlama zımni bir kabul olarak yorumlanmaktadır¹⁷. Yine genel kurulda hazır bulunup seçime itiraz etmemek veya elden dolaştırma yoluyla alınan bir kararı imzalamak üyeliğin zımnen kabulü olarak yorumlanmıştır¹⁸. Doktrinde bu sözleşmenin, vekalet veya hizmet sözleşmesi niteliği taşıyabileceği yahut kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olabileceği belirtilmektedir¹⁹. Yönetim kurulu üyesinin şirketle olan ilişkisinin vekalet sözleşmesi olup olmadığı çalışmamız dışında kalmaktadır. Ancak yönetim kurulu üyesinin hizmet sözleşmesi ile çalışabileceği yolundaki görüşler incelememiz açısından önem taşımaktadır.

¹⁴ M. Engin, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, Ankara 1993, s. 144-146; V. Yanlı, "Der arbeitsrechtliche Status des Fremdgeschäftsführers der GmbH im türkischen Recht", ZIAS, Juli-September 2000, 14. Jahrgang, s. 223-225; işverenin sorumluluğuna ilişkin kurallar açısından aynı kanaate varan Wyler, "La responsabilité personnelle de l'organe", s. 3 vd.

¹⁵ E. Çamoğlu (R. Poroy-Ü. Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku, I, 13. Bası, İstanbul 2014, N. 557; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30, N. 90; S. Karahan/İ. Arslan, Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 410; Ö. Ayan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013, s. 16.

¹⁶ T. Ansay, Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s. 98; Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), Ortaklıklar, N. 543; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30, N. 66; Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 407; N. Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 15, 74; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 9.

¹⁷ Konuya ilişkin görüşler için bkz. E. Homburger, ZK-Der Verwaltungsrat, 2. Auf., 1997, Art. 707, N. 28.

¹⁸ Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), Ortaklıklar, N. 544.

¹⁹ Ansay, Anonim Şirketler, s. 98-99; Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), Ortaklıklar, N. 543; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30, N. 66; Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 407; Anonim şirket ile yönetim kurulu üyesi arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu görüşü için Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 407; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 11.

Konuyla ilişkin açıklamalara baktığımızda yönetim kurulu üyesinin şirketle arasında hizmet sözleşmesi bulunduğu görüşünün gerekçesi olarak şirket işleri kendilerine tevdi edilen idarecilerin devamlı iş ve muameleleri uzun süre ile ifa ile yükümlü olmaları²⁰ gösterilmiştir. Öte yandan ücret başta olmak üzere yönetim kurulu üyelerinin mali hakları; görevden alınınca TTK m. 364/2 de tanınan tazminat hakkının varlığı ve üyenin ediminin içeriği, karakteri ve bağlı olması gereken kurallar açısından hizmet sözleşmesinin özelliklerine sahip olduğu düşünülmüştür²¹. Şirket işlerini sürekli biçimde yerine getirme yükümlülüğünden söz edilmesi, yönetim kurulu üyeliği sıfatının kazanılmasından ziyade yönetim kurulu üyesi olarak şirket işlerinin yürütümünün üstlenilmesi halinin dikkate alındığını göstermektedir²². Oysa sorguladığımız nokta; kişinin Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yönetim kurulunun üyesi olabilmesi için kurulacak sözleşmenin hizmet sözleşmesi niteliği taşıyabilip taşıyamayacağına ilişkindir.

Bilindiği üzere Borçlar Kanunu m. 393'de düzenlenen "hizmet sözleşmesi"nin unsurları işgörmeye, ücret ve bağımlılık olup, Alman hukukunda yer alan hizmet sözleşmesi (Dienstvertrag) ve iş sözleşmesi (Arbeitsvertrag) ayrımı hukukumuzda bulunmamaktadır. Yapısı itibarıyla İşK. m. 8'de düzenlenen iş sözleşmesiyle Borçlar Kanununda düzenlenen hizmet sözleşmesi (TBK m. 393) arasında hiç bir fark bulunmayıp, iki kanun arasındaki ilişki genel kanun özel kanun ilişkisi çerçevesinde ele alınmaktadır. Öte yandan "çalışmanın" en tipik hukuki çerçevesi iş sözleşmesi olsa da iş sözleşmesi dışındaki iş görme borcu doğuran sözleşmeler çerçevesinde de çalışmak mümkündür. Diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden farklı olarak iş sözleşmesi bağımlı iş görme ilişkisini düzenler.

İş sözleşmesi, yapısı itibarıyla işçi ile işvereni arasında organ ilişkisi kurulan bir sözleşme değildir. Anonim şirket yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında yönetim kurulu üyeliğine dair hukuki ilişki çerçevesinde belirli hizmetleri görmesi beklenebilir. Ancak bu hizmetlerden hareketle aradaki ilişkinin bir hizmet sözleşmesi/iş sözleşmesi olduğu söylenemez. Özellikle şahıs şirketlerinde ortaklık sözleşmesi çerçevesinde ortak, belirli hizmetleri yerine getirmekle yükümlü kılınabilir. Bu hallerde dahi taraflar arasında bir iş sözleşmesi bulunduğu söylenemez²³. Organ ilişkisi çerçevesinde Ticaret Kanunundan kaynaklanan bir takım yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olması tek başına o kişiyi işçi yapmaz²⁴. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeliğinin doğurduğu organ ilişkisi temelde bir hizmet sözleşmesine dayanamaz²⁵. Bu durum hizmet/iş sözleşmesinin yapısına ters olduğu gibi, yönetim kurulu üyeliğinin gereklerine de terstir. Hizmet/iş sözleşmesi bağımlılık esası üzerine kurulmuşken, yönetim

²⁰ Ansay, Anonim Şirketler, s. 98.

²¹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-112; İsviçre hukukunda da bu konu tartışılmış olup hizmet sözleşmesinin lehinde ve aleyhindeki çeşitli argümanlar için bkz. R. Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", Staad/SG 1996, s. 3-5 (http://www.advocat.ch/fileadmin/user_upload/publikationen/roland_mueller/Der_Verwaltungsrat_im_Arbeitsrecht.pdf).

²² Karş. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-112.

²³ Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/U. Preis, 16. Aufl., 2016, BGB § 611, N. 17; R. Ascheid/U. Preis/I. Schmidt, Kündigungsgesetz, 4. Aufl., 2012, Grundlagen, N. 54.

²⁴ Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, 4. Aufl., 2012, Grundlagen, N. 54

²⁵ Benzer Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30, N. 66.

kurulu üyelerinin bağımsız hareket etmesi esastır. Hakimiyet sözleşmelerinden kaynaklanan özel durum bir kenara bırakılırsa, yönetim kurulu üyesine emir ve talimat verecek bir diğer organ bulunmamaktadır.

Yine yönetim kurulu üyesinin mali haklarının varlığı taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesine yeterli değildir. Diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerde de ücret söz konusu olabilmektedir. TTK m. 364 yönetim kurulu üyelerinin her zaman azlını mümkün kılmış; buna karşılık şartları gerçekleşmişse bir tazminat öngörmüştür. İlişkinin sona ermesi halinde getirilen tazminat yükümlülüğü pek çok sözleşme ilişkisinde karşımıza çıkabilir.

Sonuç olarak yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki organ ilişkisi bir sözleşme ilişkisiyse de bu sözleşme bir hizmet/iş sözleşmesi değildir. Ancak bu durum yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında organ ilişkisine ek bir iş ilişkisi kurulmasına engel oluşturmaz.

b) Tek bir hukuki ilişki mi iki farklı hukuki ilişki mi ?

Tüzel kişinin organını oluşturan kişilerle tüzel kişi arasında genellikle tek bir organ ilişkisi mevcuttur. Hakim doktrin tarafından sözleşme temeline yerleştirilen bu ilişki çerçevesinde kişi yönetim kurulu üyesi olarak haklar ve yükümlülükler altına girer. Ancak bizim açımızdan temel soru organ ilişkisi, yönetim kurulu üyesi ile yapılan iş sözleşmelerinin varlığını kapsayan ve bütününde eriten bir ilişki midir? Bir başka deyişle kişiyi yönetim kurulu üyesi kılan, yetki ve sorumluluklar altına sokan ilişki ile iş ilişkisi birbirinden ayrılabilir mi?

Bu açıdan Yargıtay kararları ele alındığında “.....*hukuki ve kişisel olarak işveren bağımlı çalışıyor ise arada iş ilişkisinin, bağımsız çalışıyor ise vekalet ilişkisinin olduğu, yönetim kurulu Murahhas üyesi veya ortak ise kişi organ sıfatı ile ortaklık ilişkisi kapsamında çalıştığı kabulü gerekir*”²⁶ veya “*Hukuksal nitelikçe aynı zamanda yönetim kurulu başkanı sıfatı bulunan Murahhas müdürler ile ortaklık arasında vekalet ilişkisi bulunmasına göre....*”²⁷ biçimindeki ifadeler taraflar arasındaki ilişkinin tek bir hukuki ilişkiye indirgenerek ele alındığını izlenimi vermektedir. Bu yaklaşım iş dairelerine özgü değildir. Banka genel müdürü ve yönetim kurulu üyesi olan davalıya bankayı zarara uğrattığı iddiasıyla Ticaret Kanunu hükümlerine göre açılan sorumluluk davasında uyuşmazlık, davaya bakma görevinin iş mahkemesinde mi ticaret mahkemesinde mi olduğu noktasında toplanmıştır. Hukuk Genel Kurulu, şirketin genel müdürü iken yönetim kurulu üyeliğine seçilen kişinin hizmet akdinin sona erdiğine, ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir²⁸. Oysa yönetim kurulu üyeliğinden doğan sorumluluğun ticaret mahkemelerinde görüleceğine karar verilmesi için genel müdürün iş sözleşmesinin sona erdiğine karar vermek şart değildir.

Türk Ticaret Kanunu hükümleri önemli ölçüde İsviçre’den etkilenmiş olup, İsviçre’de de yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliği zaman içerisinde farklı şekillerde nitelendirilmiş, her durumda bu ilişkinin kanunun emredici hükümleriyle şekillendiği vurgulanmıştır²⁹. Yazarların

²⁶ Yarg. 9. HD., 19.2.2015, E. 2015/603, K. 2015/7529, Kazancı İçtihat Bankası.

²⁷ Yarg. 7. HD., 27.5.2014, E. 2014/6636, K. 2014/11422, Kazancı İçtihat Bankası.

²⁸ Dn. 3’de belirtilen karar.

²⁹ Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 40.

görüşleri arasında nüanslar bulunsa da şirket organını oluşturan kişilerle şirket arasındaki organ ilişkisinin temelde şirketler hukukundan ve sözleşmeler hukukundan oluşan iki farklı bileşenden oluştuğu kabul görmektedir³⁰. Yönetim kurulu üyesinin genel kurul tarafından seçilmesi şirketler hukuku çerçevesinde incelenirken, yönetim kurulu üyeliğinin kabulüyle sözleşmeler hukuku çerçevesinde yönetim kurulu üyesi sıfatı kazanılır.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki hukuki ilişki şirketler ve sözleşmeler hukuku bileşenlerinden oluşan tek bir organ ilişkisidir. Bu sonuç diğerleri yanısıra dolaylı olarak TTK m. 334 (İBK m. 762) hükmünden kaynaklanmaktadır. Söz konusu düzenleme uyarınca, konusu kamu hizmeti olan anonim şirketler esas sözleşmelerine bu yolda hüküm koyarak, ilgili kamu tüzel kişilerine pay sahibi olmasalar dahi (devlet, il özel idaresi, belediye ve köy) yönetim kuruluna temsilci gönderme hakkı tanıyabilir. Görülmektedir ki bazı hallerde genel kurulun katılımı olmaksızın yönetim kurulu üyesi belirlenebilmekte ve organ ilişkisi kurulabilmektedir³¹. Ticaret Kanunundan doğan organ ilişkisini bütün yönleriyle ortaya koyan bu görüş uyarınca, yönetim kurulu üyesine yönetim yetkisi devredilse yahut üye yönetim kurulu başkanı seçilse dahi ayrıca bir sözleşme ilişkisi kurulmasına ihtiyaç duyulmaksızın, konuya ilişkin hak ve yükümlülükler çerçevesinde organ ilişkisi genişlemiştir. Yönetim kurulu üyesi başkan seçildiğinde yahut kendisine yönetim yetkisi devredildiğinde yeni bir sözleşme ilişkisi kurulması yalnızca yönetim kurulu üyeliğinden kaynaklanan yükümlülüklerine yenileri eklenir³².

Buna karşılık yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında organ ilişkisinden bağımsız bir vekalet sözleşmesi yahut hizmet sözleşmesi kurulmasına bir engel yoktur. Bu halde organ ilişkisiyle sözleşme ilişkisi arasında karşılıklı etkileşim bulunabilir veya sözleşme ile bu yönde hükümler kararlaştırılabilir. Ancak taraflar bu iki ilişkinin karşılıklı etkileşimine ilişkin özel düzenlemeler getirmemişse ilke olarak organ ilişkisiyle ek sözleşme ilişkisinin kaderleri birbirinden bağımsızdır³³. İsviçre Federal Mahkemesinin de son kararlarında sözleşme ve şirketler hukuku bileşenlerinden oluşan organ ilişkisi yanısıra ayrıca bir vekalet veya iş sözleşmesinin varlığının araştırıldığı görülmektedir³⁴.

İş hukuku açısından konunun önem taşıyan yönü gerek İsviçre ve gerekse Alman hukukunda hakim hukuki yaklaşım olan ayrılık teorisi (Tren-

³⁰ U. Hüffer/J. Koch, Aktiengesetz, 11. Auf., 2014, § 84 N. 2; J.-Ph. Durand, Commentaire Staempfli, Bern 2013, Art. 319, N. 79; R. Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", Staad/SG 1996, s. 3, (http://www.advocat.ch/fileadmin/user_upload/publikationen/roland_mueller/Der_Verwaltungsrat_im_Arbeitsrecht.pdf); Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 39-40; A. Staehelin, ZK-Der Arbeitsvertrag, 4. Auf., 2006, Art. 319, N. 44; U. Streiff/A. von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Auf., 2005, Art. 319, N. 14; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, N. 54; J. Holthausen, "Die janusköpfige Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers im Arbeitsrecht", NZA-RR 2002, s. 281-282; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-112; Akdağ Yüksel, Yönetim Kurulu, s. 179-180; aynı yazar, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 86-87; Bu görüşe yönelik eleştiriler için bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30 N. 62.

³¹ Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 39-40.

³² Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 39.

³³ Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 39-40; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 14.

³⁴ ATF 125 III 81, ATF 128 III 129, 130 III 213; Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 40.

nungtheori) uyarınca³⁵; organ ilişkisiyle kişinin istihdam ilişkisine temel teşkil eden sözleşme ilişkisinin birbirinden kesin biçimde ayrılması noktasındadır. Farklı bir deyişle yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi şirkette arastındaki tüm hak ve borçlar tek bir hukuki ilişki çerçevesinde değerlendirilmemekte, farklı hukuki ilişkilerin aynı anda ve birbirine paralel biçimde varlığını koruduğu bir hukuki yapı incelenmektedir.

III. Yönetim Kurulu Üyeliği ve Bağımlılık

Ticaret Kanunu açısından iş sözleşmesi ile çalışan bir kişinin yönetim kuruluna seçilmesine bir engel yoktur. Yasa koyucu bunu engellemek isteseydi bu yönde bir düzenlemeye yer verebilirdi. Nitekim TTK m. 400/1-b denetçi olabileceklerin niteliklerini belirlerken denetlenecek şirketin yöneticisi veya çalışanıysa veya denetçi olarak atanmasından önceki üç yıl içinde bu sıfatı taşıyışsa denetçi olamayacağını belirtmiştir³⁶. Ancak organ üyesi olan bir kişinin iş sözleşmesiyle çalışması bağımlılık ilişkisi açısından bazı soruların yanıtlanmasını gerektirmektedir.

1. Yönetim kurulu üyeliği ve bağımlılık

Şirket yönetimlerinin giderek artan ölçüde profesyonel yöneticilere bırakılması ve holding tipi şirket modellerinin gelişmesi işçi olduğunda tereddüt edilmeyen üst düzey yöneticilerin ticaret hukukundan kaynaklanan pek çok yetkiyle donatılmasına yol açmıştır. Türk Borçlar Kanununun 393. maddesinde ve İş Kanununun 8. maddesinde iş/hizmet sözleşmesinin unsurları arasında belirtilmiş olan bağımlılık, en geniş anlamıyla işverenin emir ve talimatları altında iş görme ediminin ifası anlamına gelir. Bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı bir hukuki ilişkiyi iş sözleşmesi olarak nitelendirebilmek mümkün değildir. Bağımlılık özü itibariyle hiyerarşik bir ilişkiye işaret edip, bir emir ve talimat ilişkisini gerektirir. Dolayısıyla hiyerarşik bir üst, kavramın içinde mündemiçtir.

Emir ve talimat altında çalışma; hukuki ilişkiyi iş ilişkisine çevirirken, en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisi de işveren olmanın bir karakteristiğidir. İşverenin iki temel özelliği vardır: İş sözleşmesinin tarafı olmak ve sözleşmeden kaynaklanan emir ve talimat verme yetkisini, bir başka deyişle yönetim hakkını, kullanmak. Bu nitelikler sorumluluk açısından büyük önem taşıyıp, tüzel kişi işverenlerde tüzel kişi iş sözleşmesinin tarafı olarak hukuki sorumluluğu taşırken; işverenin sahip olması gereken yönetim hakkı tüzel kişinin organı tarafından kullanılır. Organı oluşturan kişiler en üst düzeyde yönetim hakkına sahip olup, somut işveren olarak adlandırılır, bu sıfatlarıyla da cezai sorumluluğu taşır³⁷.

³⁵ Hüffer/Koch, AktG, § 84 Rn. 2; Durand, Commentaire Staempfli, Art. 319, N. 79; Müller, "Der Verwaltungsrat", s. 7; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, N. 54; J. Holthausen, "Die janusköpfige Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers im Arbeitsrecht", NZA-RR 2002, s. 281-282; Akdağ Yüksel, Yönetim Kurulu, s. 179-180; aynı yazar, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 86-87.

³⁶ Müller, "Der Verwaltungsrat", s. 7.

³⁷ Süzek, İş Hukuku, s. 147-148; karş. H. Mollamahmutoğlu/M. Astarlı/U. Baysal, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s. 196.

Yönetim kurulu; şirketin iç işlerinin yürütülmesinde, şirket çalışanlarının tayin ve görevlendirilmesinde, karara dayanan ve dayanmayan emir ve talimatlarının gereğinin yerine getirilme sürecinin denetlenmesinde en üst düzeyde tek yetkili kurumdur. Yönetim kurulu altındaki en tepedeki yöneticinin kişisel bağımlılığı son derece zayıf olsa da bu kişiler de faaliyetlerini işveren tüzel kişinin organlarının yönetim ve kontrolündeki iş organizasyonu çerçevesinde yerine getirmektedir. Bağımlılığın çeşitli dereceleri bulunup, yöneticilik görevini sürdüren işçiler oldukça geniş bir takdir hakkından yararlanabilip, bu hallerde bağımlılık fonksiyonel olmaktan çıkıp organizasyonel hale dönüşmektedir³⁸. Üst düzey yöneticilerin işçi sıfatına ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu nedenle anonim şirket genel müdürünün mülga TTK m. 342 uyarınca müdürlerle aynı sorumluluk hükümlerine tabi olmasından hareketle vekalet sözleşmesiyle çalıştığı kabul edilemez³⁹.

Yukarıda açıkladığımız üzere iş sözleşmesi organ ilişkisinin kurulmasına yol açmaz. Buna karşılık üst düzey yönetici, yönetim kuruluna seçilince diğer yönetim kurulu üyeleri gibi şirketi yönetim ve temsil yetkisine sahip olur. Hukuken bu kişi, işçi sıfatıyla emir ve talimatlarına uymak zorunda olduğu yönetim kurulunun bir parçasıdır. Ancak yönetim kurulunun bir parçası dahi olsa kurul organ varlığını sürdürdükçe iş görme edimi bu organın emir ve talimatlarını doğrultusunda yerine getirilecektir. Kurulda oy hakkı bulursa da kararların alınmasında tek başına yetkili değildir. İş sözleşmesiyle çalışan bir genel müdürün yönetim kurulu üyesi seçilmesi ve aynı zamanda genel müdürlük görevini sürdürmesi halinde; iş sözleşmesinden kaynaklanan görevlerini yerine getiren organın emir ve talimatlarına uygun çalışmak zorunda olduğu için kural olarak iş sözleşmesi devam eder⁴⁰.

Bağımlılık göreceli bir kavram olup, bağımlılığın bulunup bulunmadığının belirlenmesinde maddi olayın bütün yönleriyle çok çeşitli unsurlar ışığında ele alınması gerekir⁴¹. Bu nedenle bağımlılık ilişkisinin varlığını koruyup korumadığı somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir⁴². Bazı hallerde kişinin ticaret hukukundan kaynaklanan yetkileri bağımlılığın varlığına engel bir düzeye ulaşabilir: Örneğin organı oluşturan kişi ile şirket tüzel kişiliği ara-

³⁸ ATF, 3.9.2015, 4A_200/2015, consid. 4.2.3; Durand, Commentaire Staempfli, Art. 319, N. 17; Witzig, "La subordination dans le contrat de travail", s. 45; Doğan Yenisey, Değerlendirme 2013, s. 25.

³⁹ Yarg. 22. HD., 21.5.2013, E. 2012/16979, K. 2013/118856, Çalışma ve Toplum Der., 2013/4, S. 39, s. 619 vd.; Doğan Yenisey, Değerlendirme 2013, s. 24 vd.

⁴⁰ ATF 75 II 149 consid. 2a; ATF 128 III 129, consid. 1 a aa; ATF 130 III 213; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 14; Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 45; Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", s. 8; Ekonomi, Değerlendirme 2002, s. 28; Süzek, İş Hukuku, s. 150; Ekmekçi, Değerlendirme 2003, s. 12; Alpogut, Değerlendirme 2010, s. 13; Yılmaz, İşveren Vekili, s. 172-173; Doğan Yenisey, Değerlendirme 2013, s. 21-22.

⁴¹ A. Güzel, "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 96 vd.; S. Başterzi, "Avukatla Bağlıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", Sicil, 17, Mart 2010, s. 175 vd.; A. Witzig, "La subordination dans le contrat de travail", SJ 2015., s. 39 vd.

⁴² ATF 128 III 129; ATF, 3.9.2015, 4A_200/2015, consid. 4.2.4; Staehelin, ZK-Der Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 44; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 14.

sında ekonomik aynılık olduğu takdirde bağımlılık ilişkisinin bulunduğu söyle-nemez⁴³. Yine yönetim kurulu tek kişiden oluşuyorsa yönetim kurulu üyesinin veya çoğunluk hisse sahibinin kural olarak iş sözleşmesi sona erer⁴⁴, meğer ki bir şirketler grubunda yönetim hakkı ana şirkete delege edilmiş olsun⁴⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de yönetim kurulunun tek başına imza yetkisini haiz üyesi ve başkanı genel müdürün, içinde bulunduğu organ ilişkisi nedeniyle bağımlılık ilişkisinin varlığını koruyamayacağına karar verilmiştir⁴⁶. Yine kardeşi ile birlikte şirketin % 50'şer hissesine sahip, çift imza suretiyle temsil ve yönetim yetkisini kullandıkları bir şirkette işçi olarak bağımlılık ilişkisinin bulunamayacağı⁴⁷ kabul edilmişken, azınlık hissesi olarak payların % 20'sine sahip, şirketin genel müdürü olan bir kişinin açtığı pay sahibi olarak durumu ve yönetim kurulu üyesi olarak statüsünün her iki açıdan da kişiye özel bir yetki vermediği ve kişinin bağımlılık ilişkisini sona erdirmediği yolunda karar verilmiştir⁴⁸.

O halde yönetim kurulu üyesi seçilen kişiyle yapılmış olan iş ilişkisi bağımlılık ilişkisi varlığını koruduğu sürece varlığını devam ettirir. Taraflar arasında yapılan iş sözleşmesi temeldeki organ ilişkisinde bir değişiklik yapmadığı gibi yönetim kuruluna üye seçilmek, dolayısıyla organ ilişkisi de, iş sözleşmesini etkilemez, birbirine paralel iki ilişki varlığını sürdürür⁴⁹. Ancak somut olayda bu kişinin Ticaret Hukukundan kaynaklanan başka yetkilerle donatılması halinde hukuki tablo değişebilir. Buna karşılık "İşçi-yönetim kurulu üyesi" (Arbeitnehmer-Verwaltungsrat) olarak adlandırılan bir diğer grup vardır ki burada iş sözleşmesiyle çalışan işçi, bu şirketlerden hiçbirisiyle doğrudan bir iş ilişkisinde bulunmaksızın şirket grubu içindeki bir veya birden fazla şirketin yönetim kurulunda üyelik yapar. Kişinin iş sözleşmesi bulunmayan bir şirketin yönetim kurulu üyeliğini yapması halinde iki farklı hukuki statüsü olduğu söylenemez. İki farklı hukuki statü aynı anonim şirketle kişi arasında yönetim kurulu üyeliği ve iş sözleşmesi olarak iki farklı ilişkinin bulunması halinde söz konusu olur⁵⁰. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeliğine seçilen bir genel müdürün Ticaret Kanunundan kaynaklanan yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna gidilebilmesi için iş ilişkisinin sona erip ermediğinin sorgulanmasına gerek yoktur.

Uygulamada yönetim kurulu üyeleriyle temeldeki çalışma ilişkisinden bağımsız iş sözleşmeleri imzalandığı görülmektedir. Bu sözleşmelerde parasal alacaklar için ücret imtiyazlarından yararlandırılması, işçilere sağlanan sağlık sigortası gibi ek menfaatlerden faydalanılması amaçlanabilir⁵¹. 5510 sayılı kanunda anonim şirketin yönetim kurulu üyesi olan ortakları 4/I-b statüsünde sigortalı sayılmıştır. 4/I-a kapsamında sigortalı olmak için temelde geçerli bir hizmet ilişkisinin bulunması gerektiği için yönetim kurulu üyeleriyle iş sözleş-

⁴³ ATF 125 III 81, consid. 4.

⁴⁴ Staehelin, ZK-Der Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 44; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 14; Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 47.

⁴⁵ Witzig, "La subordination dans le contrat de travail", s. 47; Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 47.

⁴⁶ ATF 118 III 46, consid. 3 b.

⁴⁷ TC JU in RJJ 1996 S. 149'ne atfen Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 14.

⁴⁸ CA, 2.2.1979, G. Aubert, Quatre Cents Arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984, N. 6.

⁴⁹ Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 45-46; Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", s. 8; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 14.

⁵⁰ Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 46.

⁵¹ Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", s. 8.

meleri yapıldığı görülmektedir. Yargıtayın sosyal güvenlik dairelerinin bu hallerle ilişkin pek çok kararı bulunmaktadır⁵². Kişinin yönetim kurulu üyeliğinden bağımsız bir iş görme yükümlülüğünün bulunmadığı hallerde ne iş görmenin ne de bağımlılık unsurlarının varlığından söz edilebilir. Üye ile şirket arasında organ ilişkisi mevcuttur, ancak taraflar arasında geçerli bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır⁵³. Danışıklı sözleşme üçüncü kişilere karşı bir görünüm yaratmak amacıyla yapılmıştır. Bu halde muvazaalı iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren kesin hükümsüzdür.

2. Yönetim yetkisi mi temsil yetkisi mi?

Yönetim kurulu üyelerinin her biri şirketi yönetim ve temsile yetkilidir. İş sözleşmesi devam eden kişiye, yönetim kurulu üyesi sıfatıyla şirketin temsil veya yönetim yetkilerinden bir bölümü devredilmiş olabilir. Bu yetkilere sahip olmanın bağımlılık ilişkisi üzerindeki etkisi sorgulanmalıdır. Ancak öncelikle sahip olunan yönetim yetkisinin mi yoksa temsil yetkisinin mi kurul üyesinin bağımlılığının sorgulanmasına yol açtığı hususu açığa kavuşturulmalıdır.

Temsil yetkisi, şirketi üçüncü kişilerle hukuki ilişkilerinde temsile ilişkin olup, şirketin işçilerden oluşan iç yapılanmasıyla ilgili bir kavram değildir. Yargıtayın, işçinin İş Kanunu m. 18/son çerçevesinde işletmenin tamamını yöneten işveren vekilli sıfatıyla iş güvencesinden yararlanıp yararlanmayacağına karar verirken dahi temsil yetkisini incelediği görülmektedir: “... işyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütünüün yönetim yönetmediğidir”⁵⁴. Hatta bazı kararlarında Yüksek Mahkeme, imza sirküleriindeki yetkilerden hareketle kişinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanmayacağına karar vermektedir⁵⁵. Oysa temsil yetkisi şirketin üçüncü kişilerle olan ilişkilerini ilgilendirip, “işletmenin tamamını yönetme” işveren vekilinin yönetim yetkisiyle, iç ilişkiyle ilgili bir kavramdır. İşçinin pozisyonunun organizasyon şemasındaki yeri ve ancak iç ilişkide kullandığı yetkiler İşK. m. 18/son açısından önem taşır. İşletmenin tamamını yöneten bir genel müdürün dış ilişkide temsil yetkisinin bulunmaması pekala mümkündür. İmza sirküleriindeki imza yetkisi ancak kişinin yönetimdeki gücünü destekleyici bir olgu olarak dikkate alınabilir.

Temsil yetkisi temsil edilen tarafından kapsama ve sınırları belirlenebilen bir yetki olup, emir ve talimat altında çalışma fikriyle çatışan bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim ticari vekil (TBK. m. 551), ticari temsilci (TBK m. 547) ve diğer tacir yardımcılarının iş sözleşmesiyle çalışabileceği tartışmasızdır⁵⁶.

Buna karşılık anonim şirketlerde yönetim yetkisi, bir yandan şirket işlerinin yürütülmesi diğer yandan şirketin amacına ulaşabilmesi açısından gerekli kararların alınabilmesini ifade eder. Yönetim organına tanınan hem yürütme

⁵² Konuya ilişkin sorunlar ve kararlar için bkz. A. Güzel/A. R. Okur/N. Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2014, s. 118-120.

⁵³ Müller, “Der Verwaltungsrat”, s. 8

⁵⁴ Yarg. 9. HD., 22.5.2014, E. 2014/2692, K. 2014/16499, Ş. Çil, Yargıtayın İlke Kararları (2013-2014 Yılları), 6. Baskı, Ankara 2014, s. 395 vd.; 22. HD., 20.6.2013, E. 2013/13514, K. 2013/14918, Çil, İlke Kararları, s. 308-399.

⁵⁵ Yarg. 7. HD., 12.6.2013, E. 2013/12003, K. 2013/11077, Çil, İlke Kararları, s. 399-401.

⁵⁶ Bu kavramlar hakkında bkz. V. Yanlı/G. Okutan Nilsson, “Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, BATİDER, C. XXX, S. 4’den ayrı bası, s. 14 vd.

hem de gözetim görevlerini kapsayan bu yetkiler, temsil yetkisinden farklı olarak iç ilişkide etkilerini doğurur⁵⁷. Bazı işlemlerin yapılması doğrudan doğruya yönetim kuruluna yüklenmiş olup, yasadan ve ana sözleşmeden kaynaklanan bir kısım işlerin yapılması için yönetim kurulunun ayrıca bir kararına ihtiyaç yoktur. Örneğin şirketin günlük işlerinin yürütümü yönetim kurulu açısından hem bir görev hem de bir yetki olarak kabul edilmiş olup, bu yetkinin kullanılması için ayrı bir karar alınmasına gerek yoktur⁵⁸.

Kişinin dış ilişkide tüzel kişi işvereni üçüncü kişilere karşı temsil yetkisinin bulunması kural olarak bağımlılık ilişkisinin varlığına engel değildir. Bağımlılık yapısı itibariyle işçinin iş görme borcunu ifa ederken içinde bulunduğu hukuki çerçeveyi ilgilendirip, iç ilişkideki yönetim yetkisiyle ilgilidir.

3. Kişi-organ yönetim kurulu üyeleri ve bağımlılık ilişkisi

İş yargısı ve iş hukuku doktrini kişi organ statüsündeki murahhas üyeler dışında anonim şirket yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olabileceğini kabul etmiş, murahhas azaların ise kişi organ niteliği taşımaları nedeniyle kişi organ niteliğini kazanan bir kişinin iş sözleşmesiyle çalışmasının mümkün olmadığını belirtmiştir⁵⁹. Ancak bağımlılığın sınırlarında yer alan bu ilişkilerin hukuki niteliğinin tespiti bu kişilerin ticaret hukukunda üstlendikleri görev ve yetkilerin yapısını daha yakından bilmeyi gerektirmektedir.

a) “Murahhas” terimine ilişkin tartışmalar

Öncelikle iş hukukunda yaygın biçimde kullandığımız “murahhas”lık kavramının ticaret hukukçuları tarafından farklı anlamlarda kullanıldığını tespit etmek gerekir. Bazı yazarlar kendisine yönetim veya temsil işlevinin bir kısmı veya tamamen devredilen üyelere murahhas üye, üçüncü kişilere murahhas müdür denileceğini belirtmektedir. Burada TTK m. 367/1 uyarınca yönetim yetkisinin devri veya 370/2 uyarınca temsil yetkisinin devri söz konusudur⁶⁰. Dolayısıyla murahhaslık, yönetim veya temsil yetkisinin devri halinde kullanılabilen bir kavramdır. Öte yandan, murahhaslık sıfatının kazanılması için görev devrinin yeterli olmayıp her durumda temsil yetkisinin devrinin de gerekli olduğu görüşleri mevcuttur⁶¹.

Buna karşılık 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 370/2 hükmünden hareket eden diğer yazarlar, yeni kanun çerçevesinde “murahhaslık”ın yalnızca temsil yetkisinin devri haliyle sınırlı anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁶².

⁵⁷ S. A. Altay, Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, İstanbul 2011, s. 93.

⁵⁸ Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), Ortaklıklar, N. 522-523; Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 389.

⁵⁹ S. Süzek, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 149-151; Alpagut, Değerlendirme 2010, s. 13; Doğan Yenisey, Değerlendirme 2013, s. 21-22.

⁶⁰ Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), Ortaklıklar, N. 536, N. 540; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30, N. 170; Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 403, 406; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 23; Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 77; B. F. Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 223.

⁶¹ Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 23.

⁶² Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N.12-68 ve 12-69; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 57.

TTK m. 370/2 uyarınca, “Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir”. Hükümlerle murahhaslık temsil yetkisine sahip üye veya üçüncü kişi açısından kullanılmış olup; murahhas olan kişinin yönetim yetkisine sahip olması gerekli değildir.

Konunun ticaret hukuku açısından tartışılması uzmanlık alanımız dışındadır. İş hukuku doktrininde murahhas kavramı, yönetim veya temsil yetkisinin devri hallerini ifade etmek için kullanıldığı için biz de murahhas kavramını kullanmaya devam edeceğiz. Ancak yukarıda incelediğimiz üzere iş yargısının soyut “murahhas” nitelendirmesinden bağımsız bir biçimde kişiye yönetim yetkisinin mi temsil yetkisinin mi devredildiğini incelemesi gerekir. Temsil yetkisine sahip murahhas üyenin iş sözleşmesi ile çalışmasına engel yokken, yönetim yetkisine sahip murahhas üyenin durumu çok daha tartışmalıdır.

b) Temsil yetkisi devredilen murahhas üye

Yönetim kurulu anonim şirketin kanuni temsilcisi olup, anonim şirket yönetim kurulu tarafından temsil edilir (TTK m. 365). Temsil yetkisi kanundan doğduğu için kişi, yönetim kurulu üyesi seçilmekle temsil yetkisini kazanır, ticaret siciline tescil veya imza sirküleri çıkartılması kurucu değil, açıklayıcı nitelik taşır⁶³. Bu yetki yönetim kurulu birden fazla kişiden oluşuyorsa ve esas sözleşmede aksi öngörülmemişse iki üye tarafından birlikte imza atılmak suretiyle kullanılır. Buna ticaret hukukunda çifte imza kuralı denilmektedir⁶⁴.

Türk Ticaret Kanunu 370/2 uyarınca yönetim kurulu, en az bir yönetim kurulu üyesinde temsil yetkisi bulunmak kaydıyla bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. Bu halde temsil yetkisi bırakılan yönetim kurulu üyesine murahhas üye denilir. Temsil yetkisinin yönetim kurulunun bazı üyelerine bırakılması halinde, kendisinde tam temsil yetkisi bırakılan üyeler birlikte imza ile kullanılmak suretiyle şirketi her türlü iş ve işlemlerde temsil yetkisine sahiptir⁶⁵. Benzer bir yetki ticari vekil veya tacir yardımcıları tarafından da kullanılabilir. Ancak ticari vekil veya tacir yardımcılarının TTK m. 371 f. 7 çerçevesinde temsil yetkisi verilmesi bir devir işlemi değildir. Bu hallerde yönetim kurulu temsil yetkisini korurken, ayrıca şirketin ticari faaliyetlerini yürütecek kişilere temsil yetkisi verir⁶⁶. Buna karşılık yönetim kurulunun temsil yetkisinin TTK m. 370/2 uyarınca murahhas üyeye devri halinde şirketin üçüncü kişilerle işlemleri ancak bu kişiler aracılığıyla gerçekleşecektir.

Yukarıda incelediğimiz üzere bağımlılık ilişkisinin kurulmasına engel olan yönetim yetkisi olup, temsil yetkisi işverenin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde önem taşır. Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin murahhas sıfatı temsil yetkisinin devrinden kaynaklanıyorsa, bu kişinin iş sözleşmesi ile çalışmasına bir engel görülmemelidir.

⁶³ Yanlı/Okutan Nilsson, “Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, s. 10.

⁶⁴ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-82; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 30, N. 421; Yanlı/Okutan Nilsson, “Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, s. 11.

⁶⁵ Yanlı/Okutan Nilsson, “Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, s. 31.

⁶⁶ Yanlı/Okutan Nilsson, “Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini”, s. 33.

c) Temsil yetkisi devredilen murahhas müdür

Türk Ticaret Kanunu 370/2 uyarınca yönetim kurulu, şirketi temsil yetkisini yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçına özgüleyebileceği gibi üçüncü kişilere dahi devredebilir⁶⁷. Bu halde yetki yönetim kurulunun bazı üyelerinden alınarak müdürlere bırakılır⁶⁸. Temsil yetkisi devredilmiş murahhas müdürler de tam yetkili temsilci olup, bunların yetkilerinin sınırlandırılması TTK m. 371/3 hükümleri çerçevesinde mümkündür. Ancak temsil yetkisi merkezin veya şubenin işlerine özgülenebilir veya birlikte kullanılması tescil ve ilan edilebilir.

Temsil yetkisi devredilen üçüncü kişi ile şirket arasındaki hukuki ilişki temelde vekalet veya iş sözleşmesine dayanır. Örneğin şirketin finans müdürünün yönetim kurulu üyesi seçilmeksizin murahhas müdür olarak atanması halinde bağımlılık ilişkisinin ortadan kalktığı söylenemez. Hatta murahhaslık sıfatı ile iş sözleşmesi hükümleri arasında ilişki dahi kurulabilir⁶⁹.

d) Yönetim yetkisi devredilen yönetim kurulu üyesi

Anonim şirketin yönetimi devredilmediği takdirde şirket yönetimi, kurulun tüm üyelerine aittir (TTK m. 367/2). Ancak yönetim kurulu, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle ve düzenleyeceği bir iç yönergeye göre yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler (TTK. m. 367/1). Dolayısıyla yönetim kurulunun bazı üyeleri tamamen veya bazı konularda, şirketi yönetim yetkisiyle yetkilendirilebilir. Esas sözleşme ile yönetim yetkisi devredilecek yönetim kurulu üyelerini atama yetkisi genel kurulda kalabilir veya yönetim kuruluna bırakılabilir. Yönetim kurulu tarafından atanmış murahhas üyeyi azil yetkisi bazı yazarlarca genel kurulda görülürken⁷⁰, diğerleri yönetim kurulunu yetkili bulmaktadır⁷¹. Yönetim yetkisi kendilerine bırakılan yönetim kurulu üyeleri alanlardaki tüm yetki ve sorumluluğu üstlenmiş olup, diğer yönetim kurulu üyelerinin konuya ilişkin yetki ve sorumluluğu bulunmaz⁷². Ancak her durumda yönetim kurulu, devri mümkün olmayan yetki ve görevlerinden ötürü sorumludur⁷³.

Yönetim yetkisi çeşitli biçimlerde sınıflandırılıp, devre konu olan yetkiler, icra yetkileri veya yürütme yetkileri olarak adlandırılmaktadır. Bu yetkiler şirketin, yönetim kurulunun belirlediği temel ticari politikalar doğrultusunda işletilmesini, anonim şirketin işlerinin yürütülebilmesi için gerekli idari kararların alınması ve eylemlerin gerçekleştirilmesini kapsar⁷⁴. Şirketin operasyonel ola-

⁶⁷ Yanlı/Okutan Nilsson, "Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini", s. 13.

⁶⁸ Yanlı/Okutan Nilsson, "Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini", s. 32-33.

⁶⁹ Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, 1.5.2.1.

⁷⁰ Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 403; Pulaşlı, 30, nr. 658; karş. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 90-91.

⁷¹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 90-91.

⁷² Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), Ortaklıklar, N. 536; Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 403-404 dn. 4; Doğan, Yönetim Kurulunun Organizasyonu, s. 238-239.

⁷³ Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), Ortaklıklar, N. 536; Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 403-404 dn. 4; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 61.

⁷⁴ Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 97.

rak amacına ulaşmak için gerekli faaliyetlerinin yürütülmesi veya günlük faaliyetlerin şirket menfaatleri doğrultusunda gerçekleştirilmesi de yönetim görevi içindedir⁷⁵. Yönetim kurulu şirketin üst düzey yöneticilerine yazılı veya sözlü emir ve talimatlar vermeye yetkilidir.

Ancak yönetim yetkisi kurul üyelerinden birine devredilmişse yönetim kurulu ile yönetim yetkisi devredilen murahhas üye arasında bir emir ve talimat ilişkisinin varlığından bahsedilebilir mi? Bir başka deyişle genel müdür olarak iş sözleşmesiyle çalışmakta olan bir kişi yönetim kuruluna seçilmiş ve kurulun kararı ile de murahhas olarak kendisine yönetim yetkisi devredilmişse iş sözleşmesi sona erer mi? Bu soru, yönetim yetkisi devredilen üyeler karşısında yönetim kurulunun yetkileri incelenerek yanıtlanabilir.

Eski Ticaret Kanunu döneminde yetki devredilen yönetim kurulu üyesi veya müdürlere bağımsız karar alma yetkisi verilebildiği için, yönetim kurulunun talimatlarına uyma şartı getirilmemiş ise bu kişiler de şekli organ olarak kabul edilmekteydi⁷⁶. Yeni Ticaret Kanununda ise yönetim kurulunun bazı yetkilerinin devredilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır⁷⁷ (TTK m. 375).

Yeni Türk Ticaret Kanununun 375. maddesi uyarınca yönetim kurulunun vazgeçilmez görev ve yetkileri arasında; şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatlar, şirketin yönetim teşkilatının belirlenmesi, yöneticiler arasındaki hiyerarşik zincir, görev ve yetki tanımlarının belirlenmesi, müdürlerin ve imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları veya görevden alınmaları, yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerine ilişkin üst gözetim yer almaktadır⁷⁸.

Yönetim kurulunun devredilmez yetkilerinin başında şirketin üst düzeyde yönetimi gelmektedir (TTK m. 375/1-a). Hatta 375. maddede sayılan diğer görevlerin üst yönetimin somut biçimleri olduğu belirtilmektedir⁷⁹. Üst düzey yönetim, şirketin amaçlarının ve şirket politikalarının belirlenmesi, amaçlar doğrultusunda kaynakların ve araçların seçimi, şirketin üst düzey yöneticilerine amaçlara ulaşılması ve araçların kullanımı konusunda gerekli talimatların verilmesi ve gerekli olduğunda müdahalede bulunulması olarak açıklanmaktadır. Stratejik düzeyde anonim şirketin başarıya ulaşması için planlamanın, finansmanın, üretimin birarada uyumlu bulunması sağlayıcı yönetim ve buna ilişkin politikaların belirlenmesi; uygulama, azaltma, güçlendirme, artırma azaltma gibi talimatların verilmesi üst düzey yönetim arasındadır⁸⁰.

Devredilemeyen yetkiler arasında yer alan gözetim yetkisine bakıldığında, yönetim kurulunun yönetim yetkisini devrettiği üyeler veya müdürler üzerinde genel bir gözetim yükümü bulunduğu kabul edilmektedir. Yönetim kuru-

⁷⁵ K. R. Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates, Zürich/St. Gallen 2007, N. 469.

⁷⁶ Öztan, Organ, 74; H. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 127; Doğan, Yönetim Kurulunun Organizasyonu, s. 11.

⁷⁷ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-37.

⁷⁸ Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), Ortaklıklar, N. 522a.

⁷⁹ P. Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, 2011, § 8 N. 20; Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 111.

⁸⁰ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-38; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30, N. 226; Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 111-113; Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates, N. 452 vd.; Doğan, Yönetim Kurulunun Organizasyonu, s. 175 vd.; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 108.

lu, murahhasların kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun davranıp davranmadıklarını gözetmekle yükümlüdür (TTK m. 375/1-e) ⁸¹. Madde gerekçesinde üst gözetim, kuramsal ve işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimi olarak belirtilmiştir. Burada bir yandan uyumluluk politikaları diğer yandan yönetim yetkilerinin ne şekilde yürütüldüğünün gözetimi söz konusudur⁸². Üst gözetim yetkisi yalnızca bir hukukilik gözetimi değil, aynı zamanda bir yerindelik gözetimidir. Zamana yayılmış ve sürekli bu gözetim, yalnızca geçmişe dönük değil, eş zamanlı yahut ileriye dönüktür⁸³. Burada yalnızca şirket yönetiminin maddi içeriği değil, murahhaslar tarafından yürütülen yönetim faaliyetinin izlenmesi ve yönlendirilmesi de söz konusudur⁸⁴. Üst gözetim sorumluluğunun temelinde yürütmenin gözetimi yatıp, murahhaslar dahil olmak üzere yönetim yetkisini kullananların takibini gerektirdiği, yürütmenin gözetimini gerçekleştiren yönetim kurulunun talimatlar marifetiyle yürütmeye müdahale edebileceği belirtilmektedir⁸⁵.

O halde yönetim yetkisi murahhaslara devredilse dahi yönetim kurulu üst yönetim ve üst gözetim yetkilerini korumaktadır. Murahhasların hangi araçları nasıl kullanacağı, şirket hedeflerine ulaşma konusunda yönlendirilmesi yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulunun murahhaslar karşısındaki bu yetkileri, yönetim yetkisi devredilmiş örneğin genel müdür murahhasın bağımlılık ilişkisinin varlığı için yeterli midir sorusunu akla getirmektedir.

İş hukukunda kişi organ murahhas yönetim kurulu üyesinin işçi olarak nitelendirilmemesinin gerisinde bağımlılık ilişkisinin bulunamayacağı kabulü yatmaktadır. Yönetim kurulunun üst yönetim ve üst gözetim yetkileri dikkate alındığında yönetim yetkisinin bir üyeye devri, murahhas üyenin bu yetkileri tamamen kendi iradesi doğrultusunda kullanabileceği anlamına gelmemektedir. Ancak yönetim kurulunun murahhas üyeye talimat verip veremeyeceği hususu ticaret hukuku doktrininde tartışmalıdır. Aksi görüşler bulunmasına rağmen⁸⁶, TTK m. 375/1-a ve e bentlerinin birlikte incelenmesinden yönetim kurulunun her zaman talimatlarıyla yönetim yetkisini devralanları yönlendirebileceği ve icraya müdahale edebileceği, yazılı veya sözlü talimatların murahhasların ne şekilde hareket etmesi gerektiği yolunda bir uyarı içerdiği, hatta genel ve soyut talimatların yönetim kurulunun gözetme yetki ve yükümlülüğünü yeterince iyi biçimde yürütmediği konusunda şüphe yaratacağı belirtilmektedir⁸⁷. Bu talimatların genel ve soyut yahut bireysel ve somut olabilmesi

⁸¹ Çamoğlu (Poroy-Tekinalp), Ortaklıklar, N. 536; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-46; Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 403-404 dn. 4; Doğan, Yönetim Kurulunun Organizasyonu, s. 194-196.

⁸² Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 115-116; karş. Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 112-116.

⁸³ Forstmoser, Organisation, § 8 N. 68; Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates, N. 476.

⁸⁴ Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates, N. 474-475; Altay, Yönetim Yetkisinin Devri, s. 118 vd.

⁸⁵ Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 132-133, 134; Pulaşlı, Ticaret Kanunu Şerhi, § 58 N. 16.

⁸⁶ Doğan, Yönetim Kurulunun Organizasyonu, s. 233; tartışmalar ve farklı görüşteki yazarlar için bkz. Doğan, Yönetim Kurulunun Organizasyonu, s. 239, dn. 681 ve 682.

⁸⁷ Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 138-139.

mümkündür⁸⁸. Bu talimatlar üst yönetim yanı sıra üst gözetim yetkilerinin de bir gereğidir.

Yönetim kurulunun kalan üyelerinin murahhas üyeye talimat verebileceği anlaşılrsa da bu talimatların bağımlılık ilişkisinin varlığı için yeterli olup olmadığı tartışılabilir. Yönetim kurulu yönetim yetkisinin tamamını tam yetkili bir murahhasa devrettiğinde özünde bir “devir”, delagasyon işlemi söz konusudur. Bir başka deyişle şirketin iç işlerinde yönetim yetkisi murahhasa aittir. Yönetim kurulu murahhasın bilgi isteyebilir, yahut talimatlar çerçevesinde davranmadığı için uyarabilir, görevden alabilir. Gerekçede yer alan “işler raydan çıktığında müdahale etmeye hazır olmak” ifadesinden, yönetim kurulunun murahhasları yönlendirmesi ve gerektiğinde bu kişilerin elinden yönetim yetkilerinin geri alınarak duruma müdahale etme yetkilerinin yönetim kuruluna ait olduğu sonucuna varılmaktadır⁸⁹. Ancak bizim gördüğümüz kadarıyla şirketin günlük işlerinin yürütülmesi konusunda murahhas, bağımsız karar alma ve şirketi yönetme yetkisini kullanmaktadır. Yönetim yetkisinin devri, belirlenen stratejik hedefler doğrultusunda günlük işlerde takdir yetkisinin murahhasa bırakıldığı anlamına gelmektedir. Bu açıdan ele alındığında iş sözleşmesi ile çalışan genel müdürün yönetim kurulu üyesi seçilmesi ve yönetim kurulu üyesi olarak da tam yetkili murahhas olması halinde, genel müdür olarak emir ve talimat alacağı muhatabı tam yetkili murahhas olarak yine kendisi olduğundan ve yönetim kurulunun genel gözetim ve denetim yetkileri varlığını korusa da bağımlılık ilişkisi için yeterli bulunmadığından murahhas seçilmeyle iş ilişkisinin sona erdiği kanaatindeyiz⁹⁰.

Öte yandan yönetim yetkisi, temsil yetkisinden farklı olarak kısmen veya tamamen devredilebilir (TTK m. 367/1). Yönetim kurulu üyelerinden birisine yönetim yetkilerinin bir parçası devredilebilir. Örneğin şirket yönetiminin sadece pazarlama yahut pazarlama ve finansman konularındaki yönetimi yahut iştiraklerle bankalarla ilişkiler yönetim kurulu üyesi genel müdüre bırakılmış olabilir⁹¹. Yetkinin kapsamı önemli olmakla beraber, verdiğimiz örneklerdeki tip bir yetkilendirme konusu itibariyle genel müdürün iş sözleşmesi ile çalışmasına engel görülmemelidir⁹².

e) Yönetim yetkisi devredilen üçüncü kişi

Yönetim yetkisi yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü kişilere de devredilebilir. Yönetim kurulunun devredilmez ve vazgeçilmez yetkileri varlığını korumaktadır. Üstelik bu kişiler murahhas yönetim kurulu üyelerinden farklı olarak yönetim kuruluna katılarak oy kullanamayacakları gibi, herhangi bir üst gözetim görevleri de bulunmamaktadır⁹³. İş sözleşmesi ile çalışan bir genel müdürün yönetim kurulunun bir kısım yetkilerinin devri suretiyle murahhas

⁸⁸ Forstmoser, Organisation, § 8 N. 25.

⁸⁹ Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 112.

⁹⁰ Karş. Staehelin, ZK-Der Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 44; Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 42-43.

⁹¹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-62, 63.

⁹² Müller, “Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht”, s. 8 ve dn. 21’de atf yapılan Reinhard Keusch, “Arbeitsrechtliche Stellung der Vertretungsorganmitglieder juristischer Personen in Deutschland und in der Schweiz, 1976.

⁹³ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-66; Doğan, Yönetim Kurulunun Organizasyonu, s. 233-234; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 61.

müdür olarak atanması halinde de bağımlılık ilişkisinin sona erdiği kanaatindeyiz⁹⁴.

f) İş ilişkisi ve yönetim kurulu başkanlığı

Yargıtay yönetim kurulu üyeliğinin iş sözleşmesini sona erdirmeyeceğini kabul etmekle birlikte yönetim kurulu başkanlığı açısından farklı bir görüştür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararına⁹⁵ konu olayda, anonim şirketin yönetim kurulu başkanı ile anonim şirket arasında iş sözleşmesi yapılmış ve başkan tarafından iş akdinin haksız feshine dayanarak tazminat talep edilmiştir. 9. Hukuk Dairesi, anonim şirketin yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin vekalet akdine dayandığından hareketle yönetim kurulu başkanı ile şirket arasındaki uyumsuzlukta ticaret mahkemesinin görevli olduğu yolunda karar vermiştir. Uygulamada bağımlılık ilişkisi bulunmamasına rağmen yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olarak adlandırılabilirliği görülmektedir. Türk Borçlar Kanununun 19. maddesi uyarınca yargıç tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşme iş sözleşmesi olarak adlandırılrsa da bağımlılık ilişkisinin kurulmadığı bir olayda hukuki ilişki vekalet akdi olarak nitelendirilecektir.

Ancak kişinin yönetim kurulu başkanı olmasının tek başına iş sözleşmesi ile çalışmasına engel olarak nitelendirilmemelidir. Türk Ticaret Kanunu hükümleri incelendiğinde anonim şirket yönetim kurulu başkanının yönetim kurulu üyelerinden hukuki statü itibarıyla bir farklılığı olmadığı görülecektir. Yönetim kurulu bir kurul organ olduğu için doğası itibarıyla bu organın toplanabilmesi için bir kişi tarafından toplantıya çağırılması, toplantının yürütülmesi vs. gereklidir. Bu nedenle her sene yönetim kurulu üyelerinin aralarından bir başkan seçmesi zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu idari işlevleri dışında başkanın statü itibarıyla üyelerden bir farkı bulunmayıp, oyların eşitliği halinde başkanın üstünlüğü de söz konusu değildir (TTK m. 390/3). Hatta hukuken bakıldığında hisse sahibi olunmasının da yönetim kurulu üyesinin hak ve yetkilerini değiştirmediğini belirtmek gerekir. Ancak fiilen büyük hissedarın genel kurulda yönetim kurulu üyelerini belirlemeye yetecek gücü bulunabilir⁹⁶.

Bu açıdan ele alındığında kişinin yönetim kurulu başkanı olması tek başına şirketle arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği anlamına gelmez. Yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyeliği dışında başkanlıktan önceki dönemde başlayıp sürdürdüğü veya mesleği gereği yerine getirdiği bir iş görmekle yükümlüyse iş sözleşmesi varlığını sürdürür. Örneğin şirketteki hukuk işlerinden sorumlu müdürün de yaşına hürmeten yönetim kurulu başkanı saçılması mümkündür. Bu halde yönetim kurulu üyesi/başkanı olması iş sözleşmesini sona erdirmez. Olayların büyük bir bölümünde ise yönetim kurulu başkanının aynı zamanda murahhas üye olduğu, hakim pay sahibi olduğu görülmektedir. Yönetim kurulu başkanı aynı zamanda murahhas ise bu takdirde yukarıda belirttiğimiz üzere iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez.

⁹⁴ Karş. Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s.42; Yılmaz, İşveren Vekili, s. 168-169; Murahhas müdürlerin sui generis bir sözleşme ile çalıştığı görüşü için Doğan, Yönetim Kurulunun Organizasyonu, s. 231.

⁹⁵ Yarg. 9. HD., 4.4.2013, E. 2011/991, K. 2013/11127, Çalışma ve Toplum Der., 2013/3, S. 38, s. 522-523.

⁹⁶ Doğan Yenisey, Değerlendirme 2013, s. 23-24.

g) Fiili organ ilişkisi ve bağımlılık

Ticaret hukukunda kanunda ve sözleşmede organ olarak nitelendirilmeyen, yönetim görevi bulunmayan, şirket kararlarının oluşumuna katılan ve kurul olarak icra edilen yetkileri tek başına kullanabilen gerçek veya tüzel kişiler fiili organ olarak adlandırılmaktadır⁹⁷. Daha çok organ sıfatını taşıyamamasına rağmen fiilen organın iradesini belirleyen hakim pay sahibi yahut yönetim yetkilerini geçerli biçimde devralmayan ve fakat fiilen bu yetkileri kullanan muhahhaslar bu çerçevede tartışılmaktadır⁹⁸. Görünürde bir iş sözleşmesi bulunmasına rağmen kişi fiili organ olarak nitelendirilmesini gerektiren güce sahipse bu takdirde taraflar arasında bağımlılık ilişkisi bulunduğundan söz edilemez.

IV. İki Farklı Hukuki Statü: İşçi ve Yönetim Kurulu Üyesi

Yönetim kurulu üyeliği ve işçi statüsünün birarada bulunduğu hallerde kişi iki farklı hukuki statü içindedir. Bu çift hukuki statü farklı biçimlerde karşımıza çıkabilir: Atanmış veya seçilmiş yönetim kurulu üyesi ile sonradan bir iş sözleşmesi bağlanabilir; iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi yönetim kuruluna seçilebilir veya fiilen yönetim kurulu üyesi işlevlerini üstlenebilir⁹⁹. Yukarıda belirtmeye çalıştığımız üzere bu halde her iki statü kendine özgü kurallara tabidir. Bu durum, her iki statü arasında hiç bir etkileşim bulunmadığı anlamına gelmez. Özellikle sadakat ve rekabet etme yasakları açısından bu farklı iki hukuki statünün karşılıklı etkileşimi üzerinde ayrıntılı biçimde düşünülmesi gerekir. Örneğin, organın üyesi işçinin şirketler hukukundan kaynaklanan sadakat yükümlülüğü ile iş sözleşmesinin sadakat yükümlülüğü toplanmıştır. Bundan kaynaklanan hukuki sonuçlar olması olağandır¹⁰⁰. Ancak temel ilke; bu iki statünün birbirinden farklı kurallara tabi olmasıdır.

1. Yönetim kurulu üyesi seçilmenin iş ilişkisine etkisi

İş sözleşmesiyle istihdam edilen bir kişinin örneğin genel müdürün yönetim kuruluna seçilmesi kişinin iş ilişkisini sona erdirebileceği gibi her iki ilişkinin paralel biçimde varlığını sürdürmesi de mümkündür. İş ilişkisine ek olarak bir de organ ilişkisi kurulmuştur¹⁰¹.

Kişinin yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi kendiliğinden iş sözleşmesini sona erdirmemekle birlikte somut olayın özellikleri çerçevesinde yönetim kurulu üyeliğinin kabulüyle karşılıklı anlaşma yoluyla iş sözleşmesinin sona erdirildiği kanaatine de varılabilir¹⁰². Yönetim kurulu üyeliğine seçilen örneğin genel müdürün iş sözleşmesinden kaynaklanan görev ve yetkilerinin sona ermesi, yeni bir genel müdür atanması ve kişinin görevinin yönetim kurulu üyeliğiyle sınırlanması halinde tarafların karşılıklı anlaşması yoluyla iş sözleşmesinin sona erdiği açıktır.

⁹⁷ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 11-12; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30, N. 187; Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 34-35; Doğan, Yönetim Kurulunun Organizasyonu, s. 12 vd.; Ayan, Sadakat Yükümlülüğü, s. 5-6 ve dn. 10'da belirtilen yazarlar.

⁹⁸ Helvacı, Yönetim Kurulu Üyesi, s. 7 vd.; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 11-12; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30, N. 187; Altay, Yönetim Yetkilerinin Devri, s. 35.

⁹⁹ Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 46.

¹⁰⁰ Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat, s. 48-49; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 319, N. 14; sadakat borcu açısından konuyu ele alan bir örnek karar ATF 130 III 213.

¹⁰¹ Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", s. 7.

¹⁰² Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", s. 7.

İş sözleşmesi ile çalışan bir kişiye yönetim kurulu üyeliği teklif edildiğinde işçinin bu teklifi kabul zorunluluğundan bahsedilemez. Yönetim kurulu üyeliği; yetkiler kadar sorumluluklardan da oluşan bir statü olup, işçinin iş ilişkisi dışında farklı bir hukuki ilişkiye zorlanması kabul edilemez. Yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki hukuki ilişki bir sözleşme olarak nitelendiriliyorsa, yönetim kurulu üyeliği için kişinin kabulü gerekir.

Buna karşılık genel müdür, kanun gereği yönetim kurulu üyesi kabul edilmiş olabilir. Bankacılık Kanununun 23. maddesi uyarınca bankaların yönetim kurulları genel müdürün dahil beş kişiden az olamaz. Genel müdürün yönetim kurulunun doğal üyesidir. İş sözleşmesiyle çalışan genel müdürün banka yönetim kurulu üyesi olması kanun gereği olup, genel müdürlük görevinin gerekleri arasında kanunla yönetim kurulu üyeliği de eklenmiştir. Her iki farklı statü kanunla birbirine bağlanmıştır. Bu halde genel müdür olan bir kişinin yönetim kurulu üyeliğini reddetmesi mümkün değildir.

Genel müdürün veya finans müdürünün yönetim kurulu üyesi olması şirket esas sözleşmesinde de kararlaştırılmış olabilir. Özellikle topluluk şirketlerinde bazı pozisyonlar kendiliğinden yönetim kurulu üyeliğine bağlanmış olabilmektedir. İş sözleşmesinin kurulması sırasında esas sözleşmedeki bu düzenlemeyi bilen veya bilmesi gereken genel müdürün sonradan yönetim kurulu üyeliğini kabul etmemesi halinde işveren tarafından şartları varsa iş sözleşmesinin İşK. m. 25/II-a uyarınca yanılma nedeniyle sona erdirilebileceği kanaatindeyiz¹⁰³. Ancak bu konuda bilgi sahibi olması beklenemeyecek bir yöneticinin bir diğer şirketin yönetim kurulu üyesi olmasına zorlanması söz konusu olamaz.

Öte yandan, yönetim kurulu üyeliği işçi açısından iş ilişkisinin temel kurulma nedeni olarak karşımıza çıkabilir. Kişi genel müdür olarak iş sözleşmesini ileride yönetim kurulu üyesi seçtirileceği vaadine güvenerek kabul etmiş olabilir. Acaba iş sözleşmesine bu yönde bir hüküm konursa bu hüküm geçerli midir? İşveren şirketin bu yöndeki bir taahhüdü genel kuruldaki pay sahiplerinin seçim hakkını sınırlandıramaz. Pay sahipleri diledikleri kişiyi yönetim kuruluna aday gösterip seçebilir. Bu nedenle böyle bir taahhüdün genel kurul açısından bağlayıcı olmayacağı açıktır. Ayrıca bu statüde yer alan bir kişinin bu tip bir vaadle genel kurulun bağlanamayacağını bilmesi gerektiği düşünülebilir. Şirketin genel kurulu bağlayıcı bir taahhütte bulunması mümkün değilse de hakim pay sahibi, kişiyi yönetim kurulu üyesi olarak önermeyi vaad edebilir. Yahut hakim pay sahibi olarak kendi oyuyla kişiyi yönetim kurulu üyesi olarak seçirme gücüne sahip taraf, işçiye yönetim kurulu üyeliğini vaad etmiş olabilir. Bu hallerde iş sözleşmesinin tarafı tüzel kişi şirket iken, vaadde bulunan taraf hakim pay sahibidir. Bu nedenle bu vaadin yerine getirilmemesi kural olarak iş sözleşmesinin feshi için bir haklı neden oluşturmaz. Buna karşılık ana şirket örneğin genel müdürüne iştiraklerinden birinin yönetim kurulu üyeliğini vaad etmişse ve bu yönetim kurulu üyeliği iş sözleşmesinin kurulmasında esaslı bir neden oluşturmuşsa, haklı nedenin varlığı düşünülebilir. İş Kanunu 24/II-a'da işverenin iş sözleşmesinin yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiye yanılma haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin esaslı noktaları objektif veya subjektif esaslı noktalar olabilir. Bu vaadin yerine getirilmemesi halinde iş sözleşmesinin yanılma nedeniyle fesih hakkı mümkün olmalıdır.

¹⁰³ Karş. Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", s. 9-10.

Yönetim kurulu üyeliği yalnızca işçinin çalıştığı işveren şirket nezdinde değil pekala bir başka şirket yönetim kurulu üyeliği biçiminde de karşımıza çıkabilir. Türk Borçlar Kanununun 396. maddesi uyarınca işçi, işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. Hizmet ilişkisi devam ettiği sürece işvereni ile rekabete girilemez. Bir başka şirket yönetim kurulu üyeliği işçinin sadakat borcuna aykırılık teşkil ediyorsa işçi üyelik teklifini reddetmekle yükümlüdür¹⁰⁴. Aksi takdirde, sadakat borcuna aykırılığın sonuçlarıyla karşılaşır.

2. Mali haklar ve Ücret alacağı

Ayrı ayrı ele alındığında yönetim kurulu üyeliği karşılığında kişiye bir takım mali haklar sağlanacağı gibi iş ilişkisinden kaynaklanan bir ücret alacağı vardır. Gerek yönetim kurulu üyeliği gerek işçi sıfatı farklı maddi edimler karşılığı yapılabilir. Uygulamada kurumsal şirketlerde profesyonel yöneticilere ücret ödendiği buna karşılık aile şirketlerinde şirketi büyütme adına ortaklar ve yöneticilerin ayrıca bir ödeme almadıkları belirtilmektedir¹⁰⁵.

Hukuki nitelikleri farklı olsa da yapılan ödemenin “ücret” adı altında yatırılması ödemenin niteliği açısından karışıklık yaratacak niteliktedir. Sorun teorik olmayıp, ücretin korunmasına ilişkin hükümler dikkate alındığında önemli pratik sonuçları vardır. Yapılan ödeme hukuken iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret niteliği taşıyorsa ücretin korunmasına ilişkin hükümler uygulanma alanı bulacaktır. Ücretin ayrıcalıklı olacak olması bu açıdan öne çıkmaktadır. İşçi alacakları İcra İflas Kanununda ayrıcalıklı alacaklar arasında sayılır. İcra İflas Kanununun 206. maddesi uyarınca işverenin iflası halinde işçilerin ücretleri ve diğer alacakları devlet alacakları ve rehinle temin olunan alacaklardan sonra birinci sırada gelir. Haciz halinde de işçi alacakları aynı düzeyde ayrıcalıklı sayılır (İİK m. 140/2). Yönetim kurulu üyeliği sıfatından kaynaklanan bir ödeme ücret adı taşısa dahi ücrete ilişkin güvencelerden yararlanamaz.

Ücret iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri iken yönetim kurulu üyeliği için şart değildir. Türk Ticaret Kanununun 394. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kardan pay ödenebilir. Bu hüküm uyarınca yönetim kurulu üyelerine ödenecek mali hakların tutarının esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olması gerekir. Huzur hakkından farklı olarak veya onun yerine yönetim kurulu üyelerine belirli dönemlerde veya aylık ücret ödenmesi kararlaştırılabilir. Bu halde toplantıda hazır bulunmanın karşılığında farklı toplantı sayısı ile ilgili olmayan bir hizmet bedeli ödenmektedir¹⁰⁶.

Şirket yönetim kurulu üyesi olan bir kişi ile sonradan bir iş sözleşmesi imzalanması halinde, iş sözleşmesinde ücrete ilişkin herhangi bir düzenleme yer almasa da iş sözleşmesi nedeniyle yönetim kurulu üyesi yönetici ücrete hak kazanır¹⁰⁷. Borçlar Kanununun 401. maddesi uyarınca işveren sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık iş sözleşmesi ile çalışan bir kişinin sonradan yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi halinde, özel olarak kendisine bir

¹⁰⁴ Müller, “Der Verwaltungsrat”, s. 9.

¹⁰⁵ Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 416.

¹⁰⁶ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-113; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30, N. 483; Karahan/Arslan, Şirketler Hukuku, s. 416.

¹⁰⁷ Müller, “Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht”, s. 12.

ödeme yapılacağı taahhüt edilmedikçe, iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağına ek bir ücret alacağından bahsedilemez. İş sözleşmesinin aksine, yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin esas sözleşmede yahut genel kurul kararında açık bir düzenleme bulunması gerekir¹⁰⁸.

3. Yönetim kurulu üyesinin azli ve İş sözleşmesinin sona ermesi

Ticaret Kanununun 364. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler. Gündemde ilgili bir maddenin bulunması halinde yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabilmesi için herhangi bir neden gösterme zorunluluğu dahi bulunmamaktadır. Genel kurulun yönetim kurulu üyelerini görevden alma konusundaki takdir hakkı mutlak-
tır¹⁰⁹.

Buna karşılık iş sözleşmesi açısından ele alındığında yönetim kurulu üyesi olan işçi ile işveren arasında belirsiz süreli bir iş sözleşmesi bulunabilir. Genellikle işletmenin tamamını yöneten işveren vekili ve yardımcısı olarak tanımlanan bu işçiler iş güvencesinden yararlanmayacaktır. Ancak bu kişinin iş güvencesinden yararlanması da bir engel bulunmamaktadır.

Ayrılık teorisi uyarınca organ ilişkisiyle sözleşme ilişkisinin birbirinden iki farklı ilişki olduğu hatırlanmalıdır. Dolayısıyla kural olarak yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi iş ilişkisini, iş ilişkisinin sona ermesi de yönetim kurulu üyeliğini etkilemeyecektir. Yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl süreyle görev yapmak üzere seçilir (TTK m. 362/1). Üç yıllık görev süresinin dolmasıyla yönetim kurulu üyeliği kendiliğinden sona erer. Sürenin dolması, azil veya çekilme yoluyla yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesine rağmen kişinin iş ilişkisi devam edebilir¹¹⁰. Benzer biçimde kişinin iş ilişkisi sona ermesi yönetim kurulu üyeliğini etkilemez. İş Kanunu hükümleri çerçevesinde iş sözleşmesi sona erdirilip tazminatları ödenen bir kişi yönetim kurulu üyeliğine devam edebilir.

Yönetim kurulu üyeliğinden azledilen bir kişinin şirketle olan iş ilişkisinin de sona erdirilmesi arzu edilebilir. Bu halde her iki ilişkinin sona erdirilmesine ilişkin iradenin bulunması gerekir. Her iki ilişkinin sona erdirilmesinde yetkinin farklı kişilerde olması da pekala mümkündür¹¹¹. Bu açıdan ele alındığında yönetim kurulu üyeliğinden azil kendiliğinden iş sözleşmesinin sona erdiği anlamı taşımamaktadır. Ticaret Kanunu açısından yönetim kurulu üyesinin azli açısından herhangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle sırf yönetim kurulu üyeliğinden azil, iş ilişkisinin feshi için bir haklı neden bulunduğu anlamına gelmez¹¹². Öte yandan yönetim kurulu üyesinin azline neden olan sebep, iş sözleşmesinin derhal feshi için bir haklı neden oluşturmayabilir¹¹³. Olayın özelliklerine göre konunun İş Kanunu açısından ayrıca incelenmesi gerekir.

¹⁰⁸ Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", s. 12.

¹⁰⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku, N. 549; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-25; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, § 30 N. 155.

¹¹⁰ ATF 128 III 129 consid. 1; Müller, "Der Verwaltungsrat", s. 12.

¹¹¹ ATF 128 III 129 consid. 1; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, Grundlagen, N. 54; Müller, "Der Verwaltungsrat im Arbeitsrecht", s. 12.

¹¹² Müller, "Der Verwaltungsrat", s. 12.

¹¹³ Müller, "Der Verwaltungsrat", s. 12; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsgesetz, Grundlagen, N. 54.

Her iki hukuki ilişkinin sona ermesi halinde ödenecek tazminatlar da birbirinden farklıdır. İş ilişkisinin sona ermesi halinde şartları gerçekleşmişse ödenecek kıdem veya ihbar tazminatları ile Ticaret Kanunu çerçevesinde ödenecek tazminatlar birbirinden farklıdır.

4. Görevli mahkeme

İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca, İş Kanununa göre işçi sayılan kimse-lerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden ya da İş Kanuna dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıklara iş mahkemeleri bakar (İMK m. 1). Yönetim kurulu üyesiyle şirket arasında iş ilişkisi bulunduğu iddiasıyla ve bu iş ilişkisinden kaynaklanan hak ve sorumluluklar çerçevesinde bir dava açılmışsa; taraflar arasında bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığı, bağımlılık varsa da sonuçları konusunda karar vermeye iş mahkemeleri görevlidir. Bağımlılık ilişkisinin bulunduğunu iddia eden yönetim kurulu üyesi işçi, iddiasını ispatla yükümlüdür¹¹⁴. Kişinin işçi ve yönetim kurulu üyesi sıfatlarını birlikte taşıyabileceğinin kabulü halinde sırf şirketin yönetim kurulu üyeliğinin bulunması görevsizlik kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Her somut olayda işçi sıfatının korunup korunmadığı ve talep konusu alacağı iş sözleşmesi veya İş Kanunundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı incelendikten sonra ticaret mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmelidir.

Sonuç

İş sözleşmesiyle çalışan bir kişinin yönetim kuruluna üye seçilmesi halinde kişi ile şirket arasında iki farklı hukuki ilişki ortaya çıkar: Ticaret Kanununa tabi organ ilişkisi ve iş ilişkisi. Bir yandan iş sözleşmesi varlığını korurken diğer yandan organın bir üyesi olma sıfatından kaynaklanan yönetim kurulu üyeliği söz konusudur. Her iki hukuki statü arasında karşılıklı etkileşim bulunabilse de ilişkinin kurulması, etkileri ve sona ermesi söz konusu olduğunda her iki ilişki de titizlikle birbirinden ayrılmalıdır.

Bir uyuşmazlık karşısında öncelikli sorun bağımlılık ilişkisinin varlığını koruyup korumadığı dolayısıyla kişinin işçi sıfatını taşıyıp taşımadığıdır. Bağımlılık ilişkisinin varlığını koruduğu ve iş ilişkisinden kaynaklanan hakların talep edildiği bir uyuşmazlık, iş mevzuatı hükümleri ışığında incelenecektir. Aynı kişiyle şirket arasında yönetim kurulu üyesi sıfatıyla Ticaret Kanunu hükümlerinden kaynaklanan bir uyuşmazlık da çıkmış olabilir. Metodolojik olarak bu hallerde Ticaret Kanunu ve İş Kanunu hükümleri arasında yarışma veya birinin diğerine önceliği biçiminde tanımlanabilecek bir ilişki söz konusu değildir. Her iki kanun, iki farklı hukuki ilişkinin kendi kapsamına giren bölümüne uygulanma alanı bulacaktır.

¹¹⁴ Müller, "Der Verwaltungsrat", s. 13.

İŞ HUKUKU UYGULAMASINDA FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

Yard. Doç. Dr. Ali Ekin*

ÖZ

İş Hukuku konuları içerisinde uygulama açısından en çok karşılaşılan konulardan birisi de fazla çalışmadır. Bu nedenle çalışmamızda fazla çalışma konusu değerlendirmeye alınmış olup gerek bilimsel gerekse de uygulamada ortaya çıkan sorunlar açısından konu incelenmiş ve gerekli yerlere yönelik eleştirilere yer verilmiştir. Öte yandan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramları uygulamada oldukça fazla karıştırıldığından çalışma içerisinde fazla çalışma ile fazla sürelerle çalışma kavramlarına yer verilerek aralarındaki farklılığa dikkat çekilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Fazla çalışma, Zamanaşımı, Ara dinlenmesi, Çalışma Süresi, İspat

ABSTRACT

Extra work is one of the most encountered matters among Labour Law in terms of implementation. So in our study, extra work matter is evaluated and examined with regards to problems generated in both scientifically and in practical terms and criticisms aimed at necessary parts are included. On the other hand, because the concepts of extra work and additional work (reach up to 45 hours per week) are confused a lot in practice, the difference between these concepts is emphasised by mentioning them in this study.

Keywords: Extra Work, Lapse Of Time, Break, Working Hours, Demonstration

I. GİRİŞ

Fazla çalışma, iş hukuku uygulaması içerisinde, işçilik alacakları kapsamında uyuşmazlıklara neden olmaktadır. Bu konuda işçilik alacaklarında oldukça sorun yaşanmakta olup, Yargıtay'ın zaman zaman görüş değiştirdiği tespit edilmekle beraber fazla çalışmaya ilişkin uyuşmazlıkların sürekli olarak yargılamayı meşgul ettiği ve yerine göre daha önce hiç üzerinde düşünülmemiş konuların dahi uyuşmazlık olarak mahkemelere taşındığı görülmektedir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi AFB. Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Fazla çalışma konusunda çalışma yapmamızdaki amaç fazla çalışmaya ilişkin Yargıtay'ın ilke kararları da göz önünde tutularak son dönemde verilen kararların ve özellikle uyumsuzluklara etki eden konuların ayrı ayrı değerlendirilmesinin sağlanmasıdır. Böylelikle fazla çalışmaya ilişkin uyumsuzluklarda Yargıtay'ın son kararları da dikkate alınarak, fazla çalışma konusunda gelinecek noktaya dikkat çekilmiş olunacaktır. Öte yandan çalışma içerisinde yer verilen konular günlük hayatta en çok karşılaşılan uyumsuzluklara ilişkin olsa dahi yine de tüm konulara yer verilmesi olanaklı olmadığından konu bakımından belirli oranda sınırlandırma yapılmıştır. Yine çalışma içerisinde doktrinde yer alan bilimsel tartışmalara ve bunlara ilişkin Yargıtay'ın görüşlerine de yer verilecektir.

Ayrıca belirtmelidir ki, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramları uygulamada oldukça karıştırılan konulardandır. Bunun esas nedeni gerek her iki kavramın ismen benzer nitelik taşıması gerekse de uygulamada ağırlıklı olarak fazla çalışmanın uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Esasen her iki kavram da ayrı ayrı düzenlenmiş olup çalışma hayatında yer alan haftalık çalışma saatlerine göre her ikisi de kullanılabilir niteliktedir. Bu nedenle çalışmamızda fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramlarına çok detaylandırmadan kısaca yer verildikten sonra fazla çalışmaya ilişkin uygulamadaki uyumsuzluk konularına değinilecektir.

II. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma

A. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Kavramı

İş Hukukunda işçiyi koruyan düzenlemelerin en önemlilerinden birisi de işçinin çalışma sürelerinin sınırlandırılmasıdır. Bunun gerekçesi de işçinin ihtiyaçlarını karşılaması ve sosyal hayattan kopmaması için onun belirli saatin üzerinde çalışmasının sınırlandırılmasıdır. İş Kanununda da çalışma sürelerine ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra detaylı olarak uygulanma şekillerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çıkarılacak bir yönetmelikte¹ düzenleneceği öngörülmüştür (İK. m.63). İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 3.maddesine göre çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir². Belirtmelidir ki, çalışma süresi içerisinde sadece işçinin fiilen çalıştığı süreler dikkate alınmaz. Nitekim işçinin fiilen çalışıp çalışmamasının önemi yoktur. Önemli olan işçinin işverenin emir ve talimat verme yetkisi kapsamında hazır olarak bulunmasıdır³.

İş Kanununa göre haftalık çalışma süresi en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmıyorsa bu süre işyerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır (İK. m.63/1). Toplam çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine bölünmesine ilişkin kural önceki İş Kanunu döneminde olduğu gibi korunmuştur. Ayrıca mevcut düzenleme ile ekonomik, sosyal ve teknolojik ge-

¹ İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği. RG., 06.04.2004, 25425.

² RG.,06.04.2004, 25425.

³ SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 5.B., Konya 2015, s. 345; SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku, 20.B., Konya 2015, s.129; KÖSEOĞLU Ali Cengiz/KABÜL Sibel, Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011, s.965 vd.

lişmeler sonucu ortaya çıkan çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi ihtiyacının giderilmesi hedeflenmiştir⁴.

Fazla çalışma, çeşitleri İş Kanunu ile belirlenmek kaydıyla yine İş Kanunu'nda gösterilen haftalık çalışma saatinin aşılması ile yapılan çalışma olarak adlandırılır. Yani haftalık 45 saati aşan çalışmalar İK. m.41'de belirtildiği üzere fazla çalışmadır. Fazla sürelerle çalışma ise İş Kanunu m.41/3'e göre, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalardır⁵. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.3'de de fazla çalışma, İş Kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışma, fazla sürelerle çalışma ise, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda bu çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışma olarak tanımlanmıştır. Ancak iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde normal çalışma süresini aşan tüm çalışmaların fazla çalışma olarak değerlendirileceği yönünde konulan hüküm de geçerli olacaktır. Bu durumda haftalık çalışma süresi 45 saatin altında kararlaştırılmış olsa da, 45 saate kadar yapılan çalışmalar da fazla çalışmanın hüküm ve sonuçlarına tabi olacaktır⁶.

Fazla sürelerle çalışmalar da fazla çalışma gibi haftalık çalışmaya göre düzenlenmiştir. Fazla çalışmadan tek farkı birinde haftalık 45 saati aşan ça-

⁴ CANIKLIOĞLU Nursen, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na Düzenlenen "III.Yılında İş Yasası" Semineri, İstanbul 2005, 151 vd.; SUBAŞI İbrahim, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Prof.Dr. A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 317 vd.; SÜRAL Nurhan, 4857 Sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları, İşveren Dergisi, Eylül 2007, Özel Ek.; EYRENCİ Öner, İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Münir Ekonomi, 60.Yaş Armağanı, Ankara 1993, s.238 vd.; GÜNAY Cevdet İlhan, Çalışma Sürelerinde Esneklik, Kamu-İş C.7, S.3, 2004, s.174 vd.; ULUCAN Devrim, Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi ile İlgili Bazı Düşünceler, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/7, s.5 vd.

⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, İş Hukuku, 6.B., Ankara 2014, s.987; AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/SENYEN-KAPLAN Emine, İş Hukuku, 6. B., Ankara 2013 s.253; SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 10. B., İstanbul 2014, s.799; EKONOMİ Münir, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004, s.159 vd.; AKYİĞİT Ercan, İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2008, s.1667; TOPÇUOĞLU İlyas, 4857 Sayılı İş Kanunu Işığında Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, Ankara Ocak 2009, s.7; KANDEMİR Murat, Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları, Legal İSGHD., 2011/29, s.14; ENGİN Murat, Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, DEÜHFD., C. 5, S. 1, İzmir 2003, s.75; EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, 6. B., İstanbul 2015, s.27; ÇİL Şahin, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum, 2007/3, s.57 vd.; ASTARLI Muhittin, Alman ve Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücret Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş C.9, S.4 2008, s.39 vd.; SOYER Polat, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İSGHD., 2004/3, s.797; ÖZDEMİR Erdem, Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2008/12, S.80 vd.; NARMANLIOĞLU Ünal, İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010/17, s.27 vd.; GÜNAY Cevdet İlhan, Hukuki Yönden Fazla Çalışma, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013/30, s.27.

⁶ EYRENCİ Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD., 2004/1, s.44; ASTARLI Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, s.180; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1006.

İşmalardan bahsedilirken, diğerinde iş sözleşmesinde çalışma süresinin 45 saatin altında belirlenmesi durumunda 45 saate kadar olan çalışmalara yönelik düzenlemelere yer verilmesidir. Fazla çalışma oluşturacak tüm koşullar çalışma koşullarına göre aynı zamanda da fazla sürelerle çalışma olabilir.

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir (İK. m.63/II). Denkleştirme süresi kapsamında bazı haftalarda normal haftalık çalışma süresi aşılmış olsa da Kanunun gerekçesinde ve Yönetmelikte de yer aldığı gibi bu durum yoğunlaştırılmış iş haftası⁷ olarak kabul edilebilecektir⁸.

Denkleştirme uygulanan işyerlerinde ise işçinin haftalık ortalama çalışma süresi haftalık 45 saati aşmamak koşuluyla bazı haftalarda 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma olarak nitelendirilmeyecektir (İK. m.41) ⁹. Ancak işyerinde yapılan çalışmanın ortalama süresi haftalık 45 saati aşarsa, 45 saatin üzerindeki süreler fazla çalışma kabul edilecektir. Yani denkleştirme süresi uygulaması haftalık ortalamanın 45 saati aşması halinde bir anlam ifade etmeyecektir¹⁰. Yine denkleştirme süresi içerisinde bazı haftalarda genel çalışma ortalaması 45 saat içerisinde kalmış olsa da işçiye bazı günlerde 11 saati aşan çalışma yaptırılmışsa bunun da fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar İş Kanununda bu durum belirtilmemişse de Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.4/3'de günlük çalışma süresinin her ne şekilde

⁷ Haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılması durumunda, o işyerinde haftada 6 gün çalışılıyorsa bir işçi haftada en çok (11 X 6 =) 66 saat, 5 gün çalışılıyorsa en çok (11 X 5 =) 55 saat çalıştırılabilecektir. Böylece, çeşitli nedenlerle işyerlerinde "yoğunlaştırılmış iş haftası" uygulanabilecektir. Bu tür çalışmalarda işverene iki aylık bir denkleştirme süresi tanınmıştır. Bu süre toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. Bu şekilde, yoğunlaştırılmış iş haftasından sonraki haftalarda işveren işçiyi daha az sürelerle çalıştırması durumunda, işçiye fazla çalışma ücreti ödemek zorunda kalmayacaktır. Buna göre, örneğin haftanın 5 günü çalışılan bir işyerinde işçi üç hafta boyunca haftalık toplam 55 saat çalışmışsa, daha sonraki üç hafta boyunca haftada 35 saat çalıştırılmak suretiyle, haftalık ortalama çalışma süresi olan 45 saat aşılmamış olacaktır. http://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf (01.10.2015)

⁸ ALPAGUT Gülsevil, İş Süreleri ve Ücret, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma Semineri, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2006, s.18; ENGİN Murat, Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/5, s.69 vd.

⁹ Doktrinde bir görüş fazla çalışmayı haftalık 45 saati aşan çalışma olarak tanımlayan 41.maddeyi mutlak emredici olarak kabul etmiştir. Bu görüşe göre fazla çalışmaya ilişkin farklı bir esas fazla çalışma ölçütü olarak getirilemeyecektir. GÜNAY Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.55 vd; Diğer bir görüş de, belirtilen hükmün nispi emredici olduğu, bu nedenle tarafların haftalık çalışma ölçütünün kaldırılmadan başka bir ölçütün buraya eklenebileceğini savunmaktadır. Örneğin, günlük çalışma süresinin aşılması halinde de fazla çalışma kabul edileceğini ve işçiye zamlı ücret ödeneceğini öngören TİS hükmü Kanuna aykırı olmayacaktır. ŞAHLANAN Fevzi, Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerinde Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün 4857 Sayılı Kanun Karşısında Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.13, 2007, s.166 vd.;ASTARLI, s.175.

¹⁰ SÜZEK, s.782; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.987.

olursa olsun 11 saati aşamayacağı hükmü yer almaktadır. Madde sonunda ise belirtilen sürenin aşılması halinde fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma hükümlerinin uygulanacağı yönünde ilgili maddelere atıf yapılmıştır.

Doktrinde de isabetli olarak günlük 11 saati aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi olamayacağı, bunların fazla çalışma sayılacağı yahut fazla çalışma sayılmasa dahi parasal olarak karşılıklarının fazla çalışma ücreti olarak ödemesi gerektiği belirtilmiştir¹¹. Konuyla ilgili Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultuda olup aşağıda bu konuda, ilgili kararlara yer verilecektir.

Türk Borçlar Kanununun 398.maddesinde de özel kanunlar saklı kalmak kaydıyla, fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma olarak tanımlanmıştır. Ayrıca madde metnine göre, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçinin, karşılığı verilme koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

B. Fazla Çalışma Türleri

a. Olağan Nedenlerle Fazla Çalışma

Olağan nedenlerle fazla çalışma İş Kanunu 41.maddede belirtilen fazla çalışma durumudur. Ancak kanuni düzenlemede zorunlu nedenlerle fazla çalışma ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma gibi ayrımlara yer verildiği için 41.maddede yer alan fazla çalışmaya ilişkin açıklamalar da olağan nedenlerle fazla çalışma olarak açıklanmaktadır.

Fazla çalışma sürelerini olağan nedenle fazla çalışma olarak adlandırmanın pratikte çok önemi olmadığı, doğrudan fazla çalışma kavramının da bu başlığı kapsayacağı kanaatindeyiz. Nitekim olağan nedenlerle fazla çalışma normal işin gereği olarak ortaya çıkabilen, geçici nitelikte olan haftalık 45 saatin üzerinde yapılan çalışmalardır. Bu şekilde yapılan fazla çalışma tarafların anlaşması koşuluyla işin gereğinden kaynaklanan nedenlerle yahut da herhangi bir nedene dayanmadan her zaman yapılabilir¹². Uygulamada uyumsuzluk konusu olan fazla çalışmalar ağırlıklı olarak olağan nedenlerle fazla çalışmaya ilişkindir.

b. Genel Sebeplerle Fazla Çalışma

Fazla çalışmanın hangi hallerde yapılacağı, tespiti, uygulama koşulları ve fazla çalışmanın sonuçlarına ilişkin değerlendirmeler İş Kanunu'nun yanı sıra, İK. m.41/son hükmüne göre çıkarılan İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği¹³ hükümlerine göre belirlenmektedir.

aa. Genel Sebeplerin Varlığı

İş Kanunu m.41/1'e göre, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Burada belir-

¹¹ ÖZDEMİR, s.81 vd.; SOYER, Fazla Saatler, s.798 vd; ENGİN, s.75; NARMANLIOĞLU, s.37.

¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.990; TOPÇUOĞLU, s.17.

¹³ RG., 06.04.2004, 25425.

tilen “gibi” kelimesi fazla çalışma yapılacak nedenlerin sınırlı olmadığını, konunun amacına uygun düşecek nitelikte olan nedenlerle de fazla çalışma yapılacağını belirtmektedir. Ayrıca ülkenin genel yararı ifadesi de başlı başına fazla çalışma koşullarını genişleten bir durumdur¹⁴.

bb. İşçinin Onayı

İş Kanunu m.41/7’ye göre fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gereklidir. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.9’a göre de fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekmektedir. Fıkranın devamında ise fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onayın her yılbaşında işçilerden yazılı olarak alınacağı ve işçilerin özlük dosyasında saklanacağı belirtilmiştir. İş Kanunu’nda sadece işçinin onayının alınacağına yer verilmişken, Yönetmelikle getirilen düzenleme sonucunda fazla çalışma için işçiden yazılı onayın her yıl yeniden alınması gerekecektir¹⁵. Yargıtay da bu konuda Yönetmelik hükümlerini katı yorumlamıştır.

Yargıtay, işçiden sözleşme ile alınan fazla çalışma onayının sadece ilk yıl geçerli olduğu, daha sonraki yıllarda yaptırılan fazla çalışmaya işçinin rızası bulunmadığı için işçinin fazla çalışmaya zorlanamayacağı ve işçinin fazla çalışma yapmamasının bir geçerli neden oluşturmayacağı görüşündedir¹⁶. Öte

¹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.990; SENYEN/KAPLAN (AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN), s.253.

¹⁵ Burada ayrıca belirtilmelidir ki, Ekmekçi’ye göre, işçinin fazla çalışmaya ilişkin göstereceği rıza, sadece yasaya uygun fazla mesailer için geçerlidir. Dolayısıyla hafta tatili verilmesi gereken bir günde yaptırılan çalışma Kanuna aykırı olacağı için işçinin hafta tatilinde çalışacağına ilişkin göstereceği rıza kendisini bağlamayacaktır. EKMEKÇİ Ömer, Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara 2005, s.43 vd.

¹⁶ “Taraflar arasında yapılmış olan iş sözleşmesinin “Özel Şartlar” başlığını taşıyan 8.2.maddesinde “işveren, gerekli gördüğü takdirde, işçi, iş saatleri dışında veya tatil günlerinde (bayram, genel tatil ve hafta tatili) çalışmayı kabul eder.”kuralına yer verilmiş ise de, fesih tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu’nun 41.maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelik uyarınca fazla mesai için her yıl yeniden işçinin muvafakatinin alınması gerekir. Bu nedenle, sözleşmede fazla mesai yapmaya davacının rıza gösterdiğine ilişkin hükmün ancak ilk yıl için geçerli olduğu kabul edilebilir. Davacının yapmadığı iddia edilen fazla mesainin zorunlu olmadığı ve ayrıca davacının diğer işçileri bu yönde teşvik veya tehdit ettiğine dair dosyada inandırıcı delil de bulunmadığı anlaşıldığından feshin geçerli neden olmadan feshedildiği kabul edilmelidir” Y9HD., 08.05.2006, 2006/10028 E. – 2006/13006 K. www.kazancı.com.tr (20.07.2012).

“Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı işverenin normal mesai saatleri dışında davacının fazla mesai yapmasını istediği, davacının fazla mesai kalmaması üzerine, iş sözleşmesinin feshedildiği sabittir. Ancak işçinin fazla mesai yapması için öncelikle 41. Madde ve bu madde ile ilgili yönetmelik hükmü gereği davacının işçinin her yıl için yılbaşında onayının alınması gerekir, işverenin fazla mesai konusunda işçinin yılbaşında onayını alıp almadığı araştırılmış değildir. Yapılacak araştırma sonunda fazla mesai yapılırsa konusunda davacının onayı alınmış ise fazla mesai kalmadığı için iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayandığı kabul edilmeli ve davanın reddine karar verilmelidir. Aksi halde ise fesih geçerli nedene dayanmadığından, davanın kabulü gerekir”. Y9HD., 22.02.2010, 2010/2551 E. – 2010/4290 K. www.kazancı.com.tr (20.07.2012).

yandan Yargıtay'a göre işçiden fazla çalışma onayı alınmamış olsa da fazla çalışma yapan ve ücretini tam ve düzenli olarak alan işçinin fazla çalışmaya kalmak istememesi fesih için geçerli bir neden olarak kabul edilmektedir¹⁷.

Doktrinde de konuyla ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar, onay konusunun kamu hukukuna ilişkin bir yükümlülük olduğunu ve işyerilerindeki denetimle ilgili olduğunu, işçinin başlangıçta yazılı şekilde fazla çalışma yapmayı kabul etmesi halinde, artık her yıl yazılı bir onay vermesine gerek olmadığı görüşündedirler¹⁸. Bazı yazarlar da iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile işçinin önceden onay vermesi halinde daha sonra ayrıca onay verilmesi gerekmediği görüşündedirler¹⁹. Kanaatimizce İş Kanunu ve Yönetmelikte belirtilen hükümlerin birlikte değerlendirilerek, fazla çalışma için her ne kadar iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile başlangıçta onay alınmış olsa da, bu onayın yazılı olarak her yıl yeniden alınması gerekmektedir.

Belirtilmelidir ki, işçinin fazla çalışmaya onay vermiş olması her koşulda fazla çalışma yapmasını gerektirmeyecektir. İşçide oluşacak bir hastalık yahut da özel nedenlerin varlığı halinde işçi fazla çalışma yapmayabilecektir. Hastalık durumu sabit olsa da özel durumlar her olaya göre farklı olacağından somut olaydaki durumun değerlendirilmesi yapılmalıdır. İşçinin mazeretsiz olarak onay verdiği fazla çalışmayı yapmaktan kaçınması halinde işverenin İK. m.25/II-h bendi uyarınca haklı nedenle sözleşmeyi fesih hakkı olacaktır²⁰.

b. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışma

aa. Zorunlu Neden Oluşturacak Durumlar

İş Kanunu m.42/1'e göre, gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir. İş Kanunu'nda yer alan maddeden de anlaşılacağı üzere, zorunlu nedenle fazla çalışma yapılabilmesi işyerinin normal haline geri dönmesiyle sınırlıdır. Yani zorunlu sebep oluşturan durum ortadan kalktıktan sonra artık zorunlu nedenle fazla çalışmaya devam edilemeyecektir. Belirtilmelidir ki, zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmalar yıllık 270 saatlik fazla çalışma sınırlamasının hesaplanmasında dikkate alınmaz²¹.

bb. Zorunlu Nedenle Fazla Çalışmanın Hüküm ve Sonuçları

Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği m.9/1'de fazla çalışmalar için işçinin onayının alınması gerekliken maddenin devamında zorun-

¹⁷ Y9HD., 08.10.2007, 11936/29817, karar metni ve incelemesi için bkz. KARAÇÖP Eda, İşçiden Fazla Mesai İçin Önceden Onay Alınmamış Olsa da Daha Önce Fazla Çalışma Yapan ve Ücreti Tam ve Düzenli Olarak Ödenen İşçinin Fazla Mesaiye Kalmak İstememesinin Fesih İçin Haklı Neden Kabul Edilemeyeceği, Legal İSGHD., 2009/24, s.1443. vd.

¹⁸ EYRENCİ Öner, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, Tebliğe İlişkin Genel Görüşme, (III. Yılında İş Yasası), Eylül 2005, Bodrum Semineri, s.262.

¹⁹ SÜZEK, s.801; EYRENCİ (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN), s.260.

²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.992; SÜZEK, s.801; NARMANLIOĞLU, Fazla Çalışma, s.31; KARACAN, s.97; TOPÇUOĞLU, s.27; SENYEN/KAPLAN (AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN), s.253.

²¹ SÜZEK, s.802; SOYER, Fazla Saatler, s.806 vd.

lu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onayın aranmayacağı belirtilmiştir. Zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırılabilmesi işçilerin görev alanlarıyla da ilgilidir. Örneğin, işyerine çıg düşmesi, işyerinde yangın çıkması gibi durumlarda tüm işçilerin fazla çalışma yapması istenebilecekken, bilgi işlem ünitesindeki bir arıza için sadece teknisyenlerin fazla çalışma yapması da istenebilecektir. Zorunlu nedenle fazla çalışma işçinin sadakat borcu ile ilgili olduğundan, işçi tarafından sağlık sorunu gibi haklı bir nedene dayanmadan zorunlu fazla çalışmaya kalınmaması işverene haklı nedenle iş sözleşmesini fesih yetkisi verebilecek bir durumdur²².

İş Kanunu m.42/1'e göre, zorunlu nedenlerle fazla çalıştırılan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur. Bu işçilere postalar halinde çalıştırılan işçilere yönelik olarak çıkarılan Yönetmeliğin 9. maddesindeki ve İş Kanunu m.69/son da yer alan, posta değişimindeki işçilerin sürekli olarak en az 11 saat dinlendirilmesi gerektiğini belirtilen hükmün kıyasen uygulanması yerinde olacaktır²³.

c. Olağanüstü Nedenlerle Fazla Çalışma

aa. Olağanüstü Neden Oluşturacak Durumlar

İş Kanunu m.43/1'e göre, seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak koşuluyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilecektir. Olağanüstü nedenlerle fazla çalışma talebini işveren değil, Bakanlar Kurulu yapmaktadır. Olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yapılmasını gerektirecek ne olabileceği, ülkenin içerisinde bulunduğu durum ve ihtiyaca göre belirlenecektir.

bb.Olağanüstü Nedenlerle Fazla Çalışmanın Hüküm ve Sonuçları

İş Kanunu'nda çalışma süresinin günlük en çok çalışma gücüne çıkarılabileceği belirtilmiş olup bu ifade ile ne kadar çalışmanın anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Her ne kadar en çok çalışma gücünün ne olduğu bilinmese de zorunlu nedenlerle fazla çalışma kısmında da belirtildiği gibi işçilerin günlük en az 11 saat dinlendirilmesi gerektiği²⁴ kanaatindeyiz. Nitekim bu konuda çalışma süresinin belirli yönlerinin düzenlenmesine yönelik ilk olarak Avrupa Birliğinin 93/104 sayılı Yönergesinin 3.maddesi ile 24 saatlik çalışma diliminde en az 11 saatlik dinlenme öngörülmüştür²⁵.

²² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1001.

²³ Aynı yönde, SÜZEK, s.813; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1002.

²⁴ KANDEMİR Murat, s.24; SOYER, Fazla Saatler, s.806; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1268; SÜZEK, s.813.

²⁵ 2003/88 sayılı Yönergeden önce çalışma süresinin belirli yönlerinin düzenlenmesine yönelik ilk olarak 93/104 sayılı Yönerge 23 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yönergenin amacının aşırı ve uzun saatlerce çalışma, yetersiz dinlenme ve kötü çalışma koşullarından kaynaklanan zararlı etkilere karşı iş sağlığı ve güvenliğinin korunması olduğu söylenebilir. Buna göre; 1. Her işçiye 24 saatlik bir zaman dilimi için kesintisiz ve en az 11 saatlik dinlenme süresi; 2. Günlük çalışma süresinin 6 saatten fazla olması durumunda bir ara dinlenmesi; 3. Her yedi günlük dönem basına, kural olarak Pazar gününü içerecek, minimum kesintisiz 24 saat dinlenme süresi; 4. Her yedi günlük dönem basına, fazla mesai de dahil olmak üzere ortalama maksimum 48 saat çalışma süresi; 5. Gece işçileri için 24 saatlik bir zaman diliminde ortalama maksimum 8 saatlik çalışma süresi; 6. istisnasız bütün işçilere 4 haftalık yıllık ücretli izin süresi

C. Fazla Çalışmanın Karşılığı

İş Kanunu m.41/2'ye göre, fazla çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için işçiye verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesiyle ödenecektir. İK. m.41/3'e göre de fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir²⁶. İK. m.41/4'e göre de, fazla çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilecektir. Aynı şekilde yine İş Kanunu m.41/4'e göre fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilecektir. Bu süreler nispi emredici nitelikte olup sözleşmelerle işçi lehine artırılabilir²⁷.

İK. m.41/5'e göre işçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır.

İş Kanunu m.42/2 ve 43/2'ye göre, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalara, 41.maddede öngörülen esasların bazıları uygulanacaktır. Buna göre, genel sebeplerle fazla çalışmada olduğu gibi zorunlu nedenlerle fazla çalışma da haftalık 45 saati aşarsa işçiye yüzde elli zamlı ücret ödenecektir. İşçinin haftalık çalışması 45 saatin altında belirlenmişse de 45 saate kadar çalışmaya karşılık yüzde yirmibeş zamlı ücret, 45 saatin üzeri için de yüzde elli zamlı ücret ödenecektir. Ancak, zorunlu nedenle fazla çalışma yapan işçiler, zamlı ücret yerine serbest zaman kullanma talebinde bulunamayacaktır.

IV. FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMANIN HUKUKİ SONUÇLARI²⁸

A. İSPATA İLİŞKİN;

1. Fazla çalışma iddiası

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İşçi fazla çalışma yaptığını her türlü delilin yanı sıra tanık beyanları ile de is-

sağlanması için gerekli önlemleri alacaklardır. NEAL Alan C., European Labour Law and Social Policy, Cases and Material Volume II, Netherlands 2002, s.584.

²⁶ Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen hallerde, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu yolla bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin, yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmibeş fazlası fazla sürelerle çalışma ücretidir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı İş Kanununun yüzdelerin ödenmesi başlıklı 51 inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir. (FÇY. m.4/3-4)

²⁷ SÜZEK, s.811; SÜMER, Uygulama, s.340; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 425;

²⁸ Çalışmamızda bu başlık ve sonrasına ilişkin yararlanılan Yargıtay kararlarının tamamı www.legalbank.net ve www.kazanci.com.tr sitelerinden alınmıştır. Erişim tarihleri ise 01.09.2015-01.10.2015 tarihleri arasındır. Sayı olarak fazla Yargıtay kararı kullanıldığı için görsel açıdan daha iyi durması gerektiği düşünülerek her bir kararın sonuna kararın alındığı internet sitesi tek tek yazılmamıştır. Nadiren kullanılan farklı kaynaklara ait kararlar belirtilmiştir.

patlayabilmektedir²⁹. Uygulama açısından yazılı delil olmaması halinde fazla çalışma hususunun özellikle tanık beyanı ile ispatlandığı görülmektedir³⁰. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlamıyla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır³¹.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir³². Özellikle uygulamada mahkemelerde yazılı delil olmaması halinde fazla çalışma tespitlerinin çoğuna tanık beyanları ile hükmedildiği görülmektedir. Öte yandan bunun dışında herkeşçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır³³.

İşyerlerinde puantaj kaydının tutulması halinde Yargıtay'a göre tanık beyanlarına geçilmeden önce puantaj bilgilerinin detaylı olarak incelenmesi gerektiği, puantaj kayıtlarına göre bir sonuca varılmasının olanaklı olduğu durumlarda, tanık beyanlarına itibar edilerek yapılan fazla çalışma hesaplamasının doğru olmayacağı belirtilmelidir³⁴.

²⁹ EYRENCİ Öner, İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, İstanbul 1987, s.115; SÜMER, Uygulama, s.343.

³⁰ EYRENCİ Öner, Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011, s.459 vd.

³¹ SÜMER, Uygulama, s.343.

³² "Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. İmzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. İşçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenen daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir". Y7HD., 24.02.2014, 2013/23202 E.-2014/4379 K.; Aynı yönde, Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. İmzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. İşçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenen daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Y7HD., 24.02.2014, 2013/23202 E.-2014/4379 K.

³³ Y9HD., 23.01.2014, 2011/51470 E.-2014/1492 K.

³⁴ "„Mahkemece karara esas alınan bilirkişi raporunda fazla çalışma alacağı belirlenirken, işveren tarafta ibraz edilmiş olan imzalı puantaj kayıtlarında davacının çalıştığı günler ve çalışma şifti gösterilmiş ise de, çalışma saatlerinin gösterilmemesi olduğu belirtilerek, puantaj kayıtlarından çalışma saatlerinin anlaşılamadığı gerekçesi ile puantaj kayıtlarına itibar edilmeksizin tanık beyanlarına itibar edilerek fazla çalışma alacağı belirlenmiştir. İşveren tarafta ibraz edilmiş puantaj kayıtları incelendiğinde, kayıtların davacı tarafta imzalanmış olduğu, davacının çalışma günleri olarak haftalık 6 gün (A) şifti ile çalışması gözüktüğü, puantaj kaydının alt kısmında (A) şiftinin 08:00-16:00 saatleri arası olduğu dipnot olarak düşüldüğü, (B) ve (C) şiftlerinin ise diğer vardiyaları gösterdiği ve tablolarda çoğunluk çalışma vardiyasının (A) şiftinde gözükmekte olduğu anlaşılmaktadır. Bilirkişi raporunda anılan puantaj kayıtlarında çalışma saatlerinin anlaşılamadığı belirtilmiş ise de, (A) şiftindeki çalışmanın 08:00-16:00 saatleri arası ol-

2. Fazla çalışma konusunda tanıklık yapanların işyeri işçisi olması, davacı işçi ile aynı dönemde çalışmamış olması yahut da davalıya karşı davacı olması durumunda tanık beyanına itibar edilip edilmeyeceğine ilişkin;

Uygulamada oldukça fazla görülen durumlardan birisi de işçilerin fazla çalışma yaptığına yönelik tanıklık yapanların, daha doğrusu tanık olarak dinlenenler işyerinin çalışma koşullarını bilemeyen kişilerden oluşmasıdır. Bu durumda da çalışma koşullarını bilmeyen kişilerin tanıklıkları ile sağlıklı bir sonuca ulaşmak olanaksız bir hal almaktadır. Gerek hesaplanması gerekse de iş davalarında tuttuğu toplam alacak miktarı düşünüldüğünde fazla çalışma gibi bir konuda işyerinin işçisi olmayan işçilerin tanıklığına itibar edilmemesi, hatta bu konudaki beyanlarının da alınmaması gerektiği görüşündeyiz. Öte yandan Yargıtay da bu tarz uyumsuzluklarda benzer yönde kararlar vermiştir. Yargıtay'a göre de işyeri çalışanı olmayan kişilerin beyanlarına itibar edilerek hazırlanan raporlarda yer alan fazla çalışma hesaplamalarına itibar edilmemesi, bu gibi durumlarda davanın fazla çalışma açısından reddedilmesi gerekmektedir³⁵.

Yine uygulamada sık karşılan durumlardan birisi davacı tanıklarının davacıdan daha önce işyerinden ayrılmış olması yahut da aynı anda hiç çalışmamış olmalarıdır. Ayrıca davalı işverene karşı dava açan işçilerin birbirlerine tanıklık yaptıkları da bilinen bir durumdur. Yargıtay'ın bu gibi durumlara sıcak bakmadığı, buna göre davacı işçi ile aynı dönemde çalışmayan yahut da aynı işverene karşı davası olan işçilerin birbirleri lehine yapmış oldukları tanıklıkları kabul etmediği görülmektedir³⁶. Yargıtay'ın ilke niteliği kazanan bu yöndeki

duğu anlaşılmaktadır. Buna göre imzalı puantaj kayıtlarına itibar edilmeksizin, sadece tanık beyanlarına dayalı olarak çalışma saatlerinin belirlenmesi hatalı olmuştur. Yapılacak iş, imzalı puantaj kayıtlarına göre davacının fazla çalışmasının söz konusu olup olmadığı ve fazla çalışma alacağının bulunup bulunmadığı belirlenerek buna bağlı olarak davacı feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı açıklığa kavuşturularak çıkacak sonuca göre bir karar vermektir. Mahkemece imzalı belgelere rağmen tanık beyanlarına itibar edilerek sonuca gidilmiş olması hatalı olup bozma nedenidir" Y7HD., 16.01.2014, 2013/15259 E.-2014-415 K.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla çalışma alacağı belirlenirken, işveren tarafca ibraz edilmiş olan imzalı puantaj kayıtlarında davacının çalıştığı günler ve çalışma şifti gösterilmiş ise de, çalışma saatlerinin gösterilmemiş olduğu belirtilerek, puantaj kayıtlarından çalışma saatlerinin anlaşılacağı gerekçesi ile puantaj kayıtlarına itibar edilmeksizin tanık beyanlarına itibar edilerek fazla çalışma alacağı belirlenmiştir. Bilirkişi raporunda anılan puantaj kayıtlarında çalışma saatlerinin anlaşılacağı belirtilmiş ise de, (A) şiftindeki çalışmanın 08:00-16:00 saatlerinde olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre imzalı puantaj kayıtlarına itibar edilmeksizin, sadece tanık beyanlarına dayalı olarak çalışma saatlerinin belirlenmesi hatalı olmuştur. Y7HD., 16.01.2014, 2013/15259 E.-2014-415 K.

³⁵ "...fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Fazla çalışma alacağının tespitinde beyanları dikkate alınan davacı tanığı davalı iş yeri çalışanı olmadığından davacının çalışma saatlerini bilmesi mümkün olmayıp bu yöndeki beyanlarına itibar edilemez. Bu sebeple davacı tarafından fazla çalışma yapıldığı ispat edilemediğinden davacının fazla çalışma ücret alacağının reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup hükmün bozulması gerekmiştir". Y9HD., 20.01.2014; 2011/50894 E.-2014/496 K.

³⁶ "...dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Davacı davalı şirkete ait dershanede öğretmen olarak çalışmıştır. Dosyaya sunulan iş sözleşmelerine göre davacının ücreti aylık yirmi saat karşılığı olarak ücret kararlaştırılmıştır. Mahkemece tanıklar tarafından

kararlarının yerinde olduğunu beyan etmekle beraber belirtilmelidir ki, özellikle aynı anda haksız olarak toplu şekilde işten çıkarılan işçilerin birbirleri lehine yapmış oldukları tanıklıklara itibar edilmemesi halinde fazla çalışmaya yönelik yapılacak tespitin önüne geçileceği, bunun sonucunda da uygulamada bazı olumsuzluklara yol açacağı, bu nedenle mevcut kararlar yönünden her somut olayın ayrı ayrı incelenmesi, aksine her olaya bu kararın uygulanmaması gerektiği görüşündeyiz.

Çalıştıkları dönemlerin çok küçük bir kısmının örtüştüğü yahut da hiç örtüşmediği durumlarda çalışma koşullarına ilişkin yapılan tanıklıklarda yer alan beyanlara itibar edilmemesi yönünde Yargıtay'ın ilke kararının yerinde olduğu belirtilmelidir³⁷.

B. ARA DİNLENMESİNE İLİŞKİN;

İş sözleşmesinde işçinin işgörme borcu kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde sürekli olarak yapılan işin ifa edilmesi sonucunu doğurur. Sözleşmenin belirli süreli ya da işin süreksiz olması, iş ilişkisinin sürekliliğini etkilemez. Yapılan işin doğrudan işçinin emeği ile ilgili olması ve işveren ile aralarında kişisel ilişki kurması dikkate alındığında iş ilişkisinde işçinin gereke fiziksel gereke de ruhsal yönden korunması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Ancak işçinin korunması sadece bununla sınırlı değildir. Nitekim işçinin sürekli çalışması halinde doğabilecek risklere karşı çalışma sürelerinin de sınırlandırılması öngörülmüştür. Bunun için çalışma sürelerinin kanun ve yönetmeliklerle sınırlandırılması ve işçilere ihtiyaçlarına yönelik çeşitli zaman aralıklarının bırakılması dolayısıyla işçiye ara dinlenmesi verilmesi zorunludur³⁸.

doğrulanan davacının iddia ettiği çalışma saatlerine göre hesaplanan fazla çalışma ücreti hüküm altına alınmış ise de dinlenen davacı tanıklarından birinin davalı işveren hakkında davası bulunduğundan yeminsiz olarak beyanı alınmış diğer davacı tanığı ise davacının altı ay önce işyerinden ayrılmış olup davacının tüm çalışma döneminde davacı ile birlikte çalışmamıştır. Tanık beyanlarından başkaca davacının fazla çalışma iddiasını doğrulayan delil bulunmamaktadır. Davacının iş sözleşmesinde kararlaştırılan çalışma saati ve haftalık ders programındaki çalışma saati haricinde çalıştığı ispatlanamamıştır. Buna göre davacının fazla çalışma iddiası ispatlanamadığından fazla çalışma ücret alacağı isteğinin reddi gerekir".Y22HD.,28.01.2014, 2013/35535 E.-2014/970 K.

³⁷ "Davacı, fazla mesai yaptığıının ispatı konusunda tanık deliline dayanmıştır. Davacı tanığı davacının çalışma süresinin büyük bölümünde işyerinde çalışmamış olup, çalıştığı döneme ilişkin beyanı da fazla mesaiyi ispat eder nitelikte değildir. Davacı fazla mesai yaptığıını ispatlayamadığından, talebinin reddine karar verilmesi gerekir".Y22HD., 03.03.2014, 2014/3869 E.-2014/4570 K.Aynı yönde bkz. "Davacı fazla çalışma yaptığıını tanıkla ispat etmiştir. Ancak davacının dinlettiği tanıklar çalışma dönemindeki bazı yıllar arasında davalı işyerinde çalışmıştır. Buna karşın bilirkişi raporunda tüm çalışma dönemi için hesaplama yapılmıştır. Mahkemece gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davacının fazla çalışma yaptığıını ispatladığı yıllar arasındaki dönem için fazla çalışma alacağı hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken tüm çalışma dönemi için fazla çalışma alacağının hüküm altına alınması hatalıdır". Y9HD., 11.02.2014, 2011/54911 E.-2014-3976 K.; Y9HD., 20.01.2014; 2011/50894 E.-2014/496 K.

³⁸ Uygulamada ara dinlenmesine genellikle "öğlen tatili" veya "yemek paydosu" denilmektedir. TULLUKÇU Binnur, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012, s.180; ULUSOY Yasin, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Ara Dinlenmesi, s.404, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/ulusoy14.pdf> (ET.11.07.2012); SOYER M. Polat, "Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi

Ara dinlenmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere; a) Dört saat veya daha kısa süreli işlerde onbeş dakika, b) Dört saatten fazla ve yedibuçuk saate kadar (yedibuçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, ara dinlenmesi verilmektedir. Aksine bir durum olmadığında bu sürelerin kullanıldığı kabul edilmektedir. Öte yandan fazla çalışmaya ilişkin hesaplamalar yapılırken Yargıtay, İş Kanununda belirtilen ara dinlenmelerini biraz daha genişletmektedir. Buna göre, Yargıtay eski tarihli sayılabilecek kararlarında zaman zaman 10 saat ve üzeri çalışmalarda 1.5 saatlik ara dinlenmesi olduğunu³⁹, 14 saat ve üzeri çalışmalarda ise 2 saat ara dinlenmesi olduğunu belirtmekteyse de⁴⁰, gerekçesini tam olarak sunduğu görüşünde 11 saate kadar olan çalışmalarda 1 saat ara dinlenmesi, 11 saati aşan çalışmalarda ise 1.5 saat ara dinlenmesi çıkarılması gerektiğini belirtmektedir⁴¹. 14 saat üzeri çalışmalarda

Açısından Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s. 44; ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 5.B., Ankara, 1984, s. 677; YELEKÇİ Memduh/YELEKÇİ İlhami, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, s. 753.

³⁹ "...davacının yaptığı görevin niteliği, görev yapılan yer nazara alındığında dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saatte kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla süreli olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenmesi süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre ihtirazi kayıtsız fazla mesai ücreti ödenen aylar için fazla mesai alacağı hesaplanamaz" Y9HD., 19.09.2008, 2007/25935 E.-2008/24130 K. (<http://www.calismatoplum.org/sayi21/abc/16.pdf>) Aynı yönde, "..davacının davalıya ait bina ve santrallerde koruma güvenlik görevlisi olarak 10 saate kadar süren çalışmalarından yarım saat, 14 saatte kadar süren çalışmalarında bir saat ara dinlenme süresi mahsup edilmiştir. Davacının yaptığı görevin niteliği, görev yapılan yer nazara alındığında dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saatte kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla süreli olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır" Y9HD., 14.11.2007, 2007/5954 E.- 2007/34175 K. (<http://www.calismatoplum.org/sayi17/abc/38.pdf>)

⁴⁰ "...uygulamada 7,5 saatlik çalışma süresini çok fazla aşan çalışma sürelerine de rastlanıldığından, özellikle 10 saati aşan çalışmalar bakımından ara dinlenmesinin en az 1,5 saat olarak belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Günlük 14 saatlik fiili çalışma süresi belirleyen uygulamalarda ise ara dinlenme süresi en az 2 saat olmalıdır" Y9HD., 28.10.2009, 2008/11139 E.-2009/29544 K.

⁴¹ "...ara dinlenme 4857 sayılı İş Kanununun 68 inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedibuçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat ve günlük yedibuçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Uygulamada yedibuçuk saatlik çalışma süresinin çok fazla aşıldığı günlük çalışma sürelerine de rastlanılmaktadır. İş Kanununun 63 üncü maddesi hükmüne göre, günlük çalışma süresi onbir saati aşamayacağından, 68 inci maddenin belirlediği yedibuçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok onbir saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla günde onbir saate kadar olan (onbir saat dahil) çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, onbir saatten fazla çalışmalarda ise en az birbuçuk saat olarak verilmelidir. İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi ve bu süre içinde ça-

ise eskiden olduğu gibi Yargıtay'ın 2 saatlik ara dinlenmesini kabul ettiği görülmektedir⁴².

Yine Yargıtay 24 saatlik çalışma sisteminde doğrudan 10 saatlik ara dinlenmesi çıkararak hesaplama yapılmasının yerleşik uygulamaları olduğu görüşünü belirtmektedir⁴³. Bu şekildeki çalışma sistemine genellikle benzin istasyonlarında pompacı olarak çalışılan işlerde, güvenlik işlerinde yahut da nöbet usulü çalışılan işlerde rastlanmaktadır.

C. FAZLA ÇALIŞMANIN HESAPLANMASINA İLİŞKİN;

1. İmzalı bordrolarda fazla çalışma tahakkuku olması halinde karşılaşılan uyumsuzluklara ilişkin;

Fazla çalışma konusunda bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması halinde daha fazla fazla çalışma iddiasının ancak yazılı delil ile ispatlanabileceği bilinmektedir. Nitekim Yargıtay'a göre de imzalı bordrolarda tahakkuk ettirilen fazla çalışma dönemleri çıkartılarak hesaplama yapılmalı, bu dönemleri dışlamadan hesaplama yapan bilirkişi raporlarının hükme esas alınarak karar verilmesi hatalıdır⁴⁴.

Bununla birlikte uygulamada bazı uyumsuzluklarda bilirkişilerin dolayısıyla da mahkemelerin fazla çalışma sütununda belirtilen fazla çalışma tahakkukunun toplam hesaplanan fazla çalışma ücreti alacağından mahsup edilmesi ile sonuca gidildiği görülmektedir. Oysa Yargıtay'a göre imzalı ve ihtirazi kayıtsız yahut da banka aracılığı ile ödemesi yapılmış ücret bordrolarının olması durumunda, yazılı bir delil olmaması halinde bu aylara ilişkin fazla çalışma

ışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz. Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmamışsa, işçinin normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmını oluşturması halinde ise, zamlı ücret ödenmelidir. Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullanılır. Ara dinlenmesinin kullandırılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir". Y9HD., 16.01.2013; 2010/38644 E.- 2013/1604 K. Aynı Yönde; Y7HD., 19.01.2015, 2014/13525 E.-2015/74 K.

"..İş Kanununun 63 üncü maddesi hükmüne göre, günlük çalışma süresi onbir saati aşamayacağından, 68 inci maddenin belirlediği yedibuçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok onbir saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir.

Başka bir anlatımla günde onbir saate kadar olan çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, onbir saat ve daha fazla çalışmalarda ise en az birbuçuk saat olarak verilmelidir" Y9HD., 04.03.2013; 2010/51210 E.-2013/7378 K. Aynı yönde; Y9HD., 19.03.2012, 2012/379 E.- 2012/8886 K.; Y9HD., 01.03.2012, 2012/7306 E., 2012/6557 K.

⁴² Y7HD., 13.01.2014, 2013/16110 E.- 2014/94 K. (http://www.calismatoplum.org/sayi42/xyz/10_20.pdf) (01.10.2015).

⁴³ "..Dairemizin yerleşik kararlarında belirtildiği gibi, 24 saat çalışıp ertesi gün dinlenme şeklindeki çalışmalarda 24 saatlik mesaiden 10 saat ara dinlenmesi düşülerek 14 saatlik sürede 11 saati geçen 3 saatlik kısmın fazla çalışma olduğu kabul edilerek fazla çalışma alacağı hesaplanmalıdır" Y9HD., 02.12.2013, 2011/43648 E.-2013/31451 K.

⁴⁴ Y7HD., 15.01.2014, 2013/15756 E.-2014/311 K.

hesaplamasının hiç yapılmaması gerekmektedir. Aksi yönde bu aylarda yapılan fazla çalışma ödemelerinin toplam ücretten mahsup edilmesi ise olanaklı değildir⁴⁵.

Yargıtay tarafından bu konuda normalden daha yüksek ücret almasına rağmen asgari ücret üzerinden bordrosu düzenlenen işçinin bordrosunda belirtilen asgari ücrete ilişkin ödemelerin esas ücrete göre farkının hesaplanmasını da olumlu karşılamamıştır. Buna da yukarıda belirtildiği gibi imzalı ve ihtirazi kayıtsız bordrolar gerekçe gösterilmiş ve hesaplamanın yanlış olduğuna vurgu yapılmıştır⁴⁶.

Burada ayrıca belirtilmelidir ki, işçi ücretinin asgari ücretten fazla olduğunun tanık anlatımları veya yazılı belge ile tespit edilmesi halinde bilinen son dönem ücretinin bilinmeyen diğer dönem ücretlerine oranlanarak sonuca gidilmesi gerektiği ifade edilmiş, bilinmeyen dönem ücretleri için doğrudan asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması Yargıtay tarafından kabul edilmiştir⁴⁷. Dolayısıyla bu iki durum arasında çelişki olduğu ve çelişkili olan uygulamanın giderilmesi gerektiği görüşündeyiz. Kanaatimizce ilk durumda Yargıtay'ın asgari dönem üzerinden ödenen imzalı bordroların tespit edilen yeni ücrete uyarlanmasını kabul etmemesinin nedeni yapılacak hesaplamının oldukça zor olmasından kaynaklanmaktadır.

2. Fazla çalışma hesabında 52 hafta içerisinde hangi günlerin dikkate alınacağına ilişkin;

Fazla çalışma hesaplaması yapılırken haftalık olarak tespit yapıldıktan sonra yıllık 52 hafta için hesaplama yapılmaktadır. Ancak uyumsuzluk konusu olaylarda davacı taraf yıllık izinlerini kullanmadığını beyan etmiş ve bu durumun aksi işveren tarafından ispatlanamamış ise hesaplamalar yapılırken davacının kıdemine karşılık gelen yıllık izin süreleri haftalık olarak düşülerek sonu-

⁴⁵ "...Davacı işçi ispat yönünde işverenden sadır olan ve işverenin imzasını taşıyan yazılı bir delil bulunmadığından, hesaplama yazılı delillere göre yapılmamıştır. Bu durumda davacı işçiye fazla çalışma ücreti tahakkuku yapılarak imzalı bordro karşılığı ya da banka hesabına ödeme yapılan dönemlerin hesaplama dışı tutulması gerekir. Davacıya yapılmış olan fazla çalışma ödemelerinin miktar olarak düşülmesi yerinde değildir. Mahkemece gerekirse bu yönden bilirkişiden ek hesap raporu alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir". Y9HD., 04.03.2014; 2012/5696 E.-2014/6790 K.

⁴⁶ "Dava, işçi alacaklarının tazmini istemine ilişkindir. Davacı işçinin fazla çalışma yapmadığı konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlanması gerekir. Bilirkişi, bordroda tahakkuk bulunan aylar bulunduğunu belirterek bu aylardaki fazla çalışma alacaklarının asgari ücret üzerinden düzenlenmesi nedeniyle aradaki farkları hesaplamıştır. Davacının ücretlerin ödenmediğine ilişkin itirazı bulunmadığına ve bordroda gösterilen saatlerin üzerinde çalışıldığı yazılı belge ile de ispatlanamadığına göre fazla çalışma tahakkuku bulunan ayların dışlanması gerekir". Y9HD., 18.02.2014, 2013/22912 E.- 2014/4079 K.

⁴⁷ "Davacı, kıdem tazminatı, izin ücreti, milli bayram ücreti, ücret, fazla mesai ile hafta tatili günedelighinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davacının bilinen Nisan ayı bordrosunda aldığı ücretin asgari ücrete oranı tespit edilerek bilinmeyen dönemler için bu oran üzerinden ücret tespiti yapılmalıdır". Y9HD., 29.02.2008, 2007/8340-2008/2901.

ca gidilmelidir. Bu dönem içerisinde çalışılmayan resmi ve dini bayram günlerine ilişkin tespit yapılması halinde bu sürelerin de hesaplama dışı bırakılması gerekecektir. Bu konuda Yargıtay da gerekçe olarak bir karar da şu beyanlara yer vermiştir. “Fazla çalışma yılda 52 hafta üzerinden hesaplanmıştır. Mahkemece talep doğrultusunda ulusal bayram günlerinde çalıştığı, dini bayramlarda hiç çalışmadığı anlaşıldığından genel tatil ücretleri de kabul edilmiştir. Davacı yıllık izinlerini kullandığından bu talebinin reddine karar verilmiştir.

Kural olarak işçinin yıllık ve haftalık izin kullandığı yine bayram ve genel tatillerde çalışmasının olmadığı dönemler için fazla çalışma ücreti hesaplanması doğru değildir. Fazla çalışma ücreti, işçinin fiilen çalıştığı günler itibarıyla hesaplanmalı, her gün aynı şekilde fazla çalışma yapılması hayatın olağan akışına uygun düşmediğinden indirimle gidilmelidir. Ulusal bayram genel tatil günleri ile hafta tatili alacakları fazla çalışma alacağı ile birlikte talep edilmişse bu günlerdeki 7,5 saati aşan kısımlar fazla çalışma hesabına dahil edilmelidir”⁴⁸.

Burada son olarak belirtilmelidir ki, yıllık izin süreleri için en az iki haftalık hesaplamanın dışlanması gerektiği için bu süreler oldukça önemlidir. Ancak net tespiti yapılamayan tatil günü çalışması yahut da bazı dönemlerde tespiti yapılamayan bilinmeyen dönemlere ilişkin hakkaniyet indirimi uygulanmasının bu konudaki mağduriyeti giderebileceği görülmüştür.

3. Haftalık Çalışma Süresi ve Fazla Çalışmanın Ayrı Ayrı Veya Birlikte Talep Edilmesi Durumuna İlişkin;

Uygulamada fazla çalışma taleplerinde bazen haftanın 7 günü çalışıldığı beyan edilmekle birlikte ya sadece fazla çalışma talep edilmekte yahut da hem fazla çalışma hem de hafta tatili alacağı talep edilmektedir. Uyuşmazlıkta işçinin haftanın 7 günü çalıştığının tespit edilmesine rağmen hafta tatili ücreti alacağı talep edilmemişse davacının haftalık toplam fazla çalışması 7 gün üzerinden tespit edilerek bu sonuca göre hesaplama yapılacaktır. Ancak haftalık 7 günlük çalışmanın tespit edilmesi ile birlikte hem hafta tatili hem de fazla çalışma ücreti alacağı ayrı ayrı talep edilmişse bu konuda fazla çalışmanın ayrı hafta tatilinin ayrı hesaplanması gerekecektir. Aksi halde mükerrer hesaplamaya sebebiyet verilebileceği dikkate alınmalıdır.

Yargıtay da bu konuda aynı görüşleri beyan etmekle birlikte benzer uyuşmazlıklarda haftalık çalışmaların haftalara göre değişiklik göstermesi nedeniyle haftalık çalışmaların toplanarak aylık ortalama fazla çalışma hesaplanmasının da uygun olmadığını açıkça beyan etmektedir⁴⁹.

⁴⁸ “...Fazla çalışma yılda 52 hafta üzerinden hesaplanmıştır.Mahkemece talep doğrultusunda ulusal bayram günlerinde çalıştığı, dini bayramlarda hiç çalışmadığı anlaşıldığından genel tatil ücretleri de kabul edilmiştir.Davacı yıllık izinlerini kullandığından bu talebinin reddine karar verilmiştir.Kural olarak işçinin yıllık ve haftalık izin kullandığı yine bayram ve genel tatillerde çalışmasının olmadığı dönemler için fazla çalışma ücreti hesaplanması doğru değildir. Fazla çalışma ücreti, işçinin fiilen çalıştığı günler itibarıyla hesaplanmalı, her gün aynı şekilde fazla çalışma yapılması hayatın olağan akışına uygun düşmediğinden indirimle gidilmelidir. Ulusal bayram genel tatil günleri ile hafta tatili alacakları fazla çalışma alacağı ile birlikte talep edilmişse bu günlerdeki 7,5 saati aşan kısımlar fazla çalışma hesabına dahil edilmelidir”. Y7HD., 24.02.2014, 2013/23203 E.-2014/4275 K.

⁴⁹ “...dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Fazla çalışma alacakları kural olarak haftalık hesaplanıp bir ayın ortalamasının alınması hatalıdır. Diğer yandan Mahkeme

4. 24 saat çalışılıp 24 saat veya 48 dinlenme şeklinde yapılan çalışmalarda fazla çalışma tespitine ilişkin;

Uygulamada zaman zaman farklı çalışma yöntemleri ile karşılaşılmaktadır. Fazla çalışma hesaplamasında ise çalışıldığı iddia edilen farklı saatlere ilişkin özel olarak hesaplama yapılması gerekmektedir. Ancak çalışıldığı tespit edilen saatler her zaman standart olarak hesap yapmaya olanak vermemektedir. Bunların en tipik örneklerinden birisi 24 saat çalışılıp 24 saat veya 48 saat dinlenmeye ilişkin olanıdır. Bunun gibi bir çalışma dikkate alındığında çalışma sürelerin kesintisiz olarak uzun olmasından ve özellikle 11 saatlik süreyi yahut da gece çalışması için geçerli olan 7.5 saatlik süreyi aşması nedeniyle yüksek oranda fazla çalışma tespiti yapılacaktır. Dolayısıyla bu şekilde hesaplaması standart olmayan çalışma yöntemlerinde Yargıtay içtihatları yol gösterici olmaktadır.

Bu konudaki uyuşmazlıkların artması ve verilen hükümlerin tutarsız olmaya başlaması nedeniyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hem bu şekildeki çalışmalara hem de sağlık personeline ilişkin nöbetleşe çalışılan sistemlere yol gösterici nitelikte bir karar vermiştir. Kararda yer alan temel gerekçe dikkate alınarak Yargıtay tarafından da ilke kararı olarak uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. Buna göre, “.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda bir hafta 3 gün diğer hafta ise 4 gün çalışma yapıldığından, yukarıda bahsedilen 63 üncü madde hükmü gereğince, haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılması nedeniyle, bu çalışma sisteminde işçi ilk bir hafta (3×3=) 9 saat takip eden hafta ise (4×3=) 12 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır.

Çalışma şeklinin 24 saat çalışma 48 saat dinlenme şeklinde olduğu durumlarda ise, işçi birinci hafta 3 gün ikinci ve üçüncü haftalar 2 gün dördüncü hafta yine 3 gün çalışacağından, ilk hafta (3×3=) 9 saat, ikinci ve üçüncü haftalarda (2×3=) 6 saat, dördüncü hafta ise yine (3×3=) 9 saat fazla çalışmış sayılacaktır”⁵⁰.

ayda 2 hafta tatilini 7,5 saat olarak haftalık fazla çalışma saatine dahil ederken aynı zamanda ayda 2 hafta tatilinde çalıştığını kabul ederek hafta tatili alacağına da hükmetmiştir. Kural olarak davacının hafta tatili alacağı talep etmeden sadece fazla çalışma alacağı istemesi hallerinde haftalık çalışma süresi 7 günlük toplam çalışma süresi üzerinden hesaplanır. Ancak hem fazla çalışma ve hem de hafta tatili alacağı talep edilmiş ise hafta tatili günleri 7,5 saatlik kısım mükerrer hesaplamaya meydan vermemek için fazla çalışma hesabına dahil edilmeden sadece 7,5 saati aşan süreler eklenecek haftalık fazla çalışma saati hesaplanmalıdır. Mahkemenin hafta tatilinde geçen çalışmaların tamamını aynı zamanda haftalık fazla çalışma süresine eklemesi ve fazla çalışmaları haftalık yerine aylık ortalama çalışma süresi üzerinden hesaplaması hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir”. Y7HD., 24.02.2014, 2013/2305 E.-2014/4378 K.

⁵⁰ “.dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Somut olayda davacı, davalı Bakanlığa ait Diş Hastanesi'nde veri hazırlama göreviyle alt işveren işçisi olarak çalışmıştır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının, nöbete kalmadığı haftalarda 07.30-17.30 arasında bir saat ara dinlenmesi ile haftada 5 gün çalıştığı ve fazla çalışması olmadığı, ayda 2 sefer nöbet tutup ertesi günlerde dinlendiği haftalarda ise haftanın 3 gününde 1 saat ara dinlenmesinin düşülmesi ile günde 9 saatten 27 saat çalıştığı, 24 saat nöbet tuttuğu günlerde ise 4 saat ara dinlenmesi düşülmesi ile haftada 2 saat fazla çalışma yaptığı, başka bir dönemde ise haftada 5 gün 07.30-19.00 arasında

Fazla çalışma alacaklarına ilişkin belirtilen çalışma sistemini kapsar nitelikte uyumsuzluk çıkması halinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun belirtilen kararı emsal alınarak uyumsuzluk konusu olaya işlenirse genel sistematige uygun hesaplama yapılmış olunacaktır. Aksi halde yapılacak hesaplamanın doğru olmayacağı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile net olarak anlaşılmaktadır.

5. Sözleşmelerde ‘ücrete fazla çalışma alacakları dahildir’ şeklinde konulan hükme ilişkin;

İş sözleşmelerinde ücrete fazla çalışma alacaklarının dahil olduğu hükümün konulduğu uygulamada sıklıkla görülmektedir. Bu konuda Yargıtay da belirtilen şekilde konulan hükme sınırlı olarak itibar edileceği görüşündedir⁵¹. Burada belirtilen sınırlı olarak yer verme hükmü ise yasal olarak düzenlenen yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresini kapsamaktadır. İşçilerin sözleşmelerinde fazla çalışma ücreti alacakları esas ücrete dahildir hükmünün yer alması halinde bunun en fazla yıllık 270 saati kapsadığı anlaşılmaktadır⁵². Aksi halde sırf bu hükme yer verildiği ve sözleşmenin imzalandığı için araştırma yapılmaksızın fazla çalışma olmadığına hükmedilmesi yanlış olacaktır. Dolayısıyla ispat hükümleri dahilinde yıllık 270 saatten daha fazla fazla çalışma yapıldığının tespit edilmesi halinde işçiler 270 saatten arta kalan kısma ilişkin fazla çalışma alacaklarını alabileceklerdir⁵³.

İşçinin sözleşmesinde ücrete fazla çalışma alacakları dahildir hükmü ek-lense dahi işçinin maaşının asgari ücrete göre daha yüksek olması gerekmektedir⁵⁴. Asgari ücrete göre yüksek olması gerekmektedir birlikte ne kadar yüksek

ve ayda 2 cumartesi günü 09.00-17.00 arasında çalıştığı, 1 saat ara dinlenmesi ile haftada 8 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmiştir. Dairemizin yerleşik kararlarına göre, 24 saat çalışıp ertesi gün dinlenme şeklindeki çalışmalarda, 24 saat mesaiden 10 saatin ara dinlenmesi kabul edilerek kalan 14 saatten 11 saati geçen 3 saatlik kısmın fazla çalışma olduğu kabul edilip fazla çalışma alacağı hesaplanmalıdır. Mahkemece, 24 saatlik mesaiden 4 saat ara dinlenmesi düşülerek fazla çalışma alacağının hesaplanması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir⁵⁰. Y9HD., 13.01.2014; 2011/51145 E.-2014/34 K. Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, YHGK., 18.07.2006; 2006/3930 E.-2006/21091 K.

⁵¹ “İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, ikiyüzyetmiş saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir” Y22HD., 25.06.2014., 2013/10617 E.-2014/19175 K.

⁵² “...Dairemizin yerleşik kararlarında da belirtildiği gibi, fazla çalışma ücreti alacağı hesaplamasında yıllık 270 saatlik sınırlama, ancak iş sözleşmesinde fazla çalışmanın aylık ücrete dâhil olduğu durumlarda geçerlidir. Yine fazla çalışma ücreti hesabı yıllık veya aylık olarak değil haftalık olarak yapılmalıdır. Dosya içeriğinde davacının iş sözleşmesinde fazla çalışmaların aylık ücretin içinde olduğunda dair bir iddia ve delil olmasına rağmen mahkemece davacının fazla çalışma alacağının yıllık 270 saat ile sınırlandırılması ve fazla çalışma alacağının haftalık yerine yıllık olarak hesaplanması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...”, Y9HD., 23.09.2013, E. 2013/6379, K. 2013/23516.

⁵³ ŞAHLANAN Fevzi, Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücretinin İçerisinde Olduğunun Kararlaştırılması, Tekstil İşveren, Ağustos 2008, Hukuk Eki 26, s.2; GÜZEL Ali, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, s.67; SÜZEK, s.803; KANDEMİR, s.38.

⁵⁴ ASTARLI, Fazla Saatlerle, s.54; SÜZEK, s.809; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s.1253.

olmasına ilişkin net bir tespit yapılmasının olanaklı olmadığı anlaşılmaktadır. Burada Yargıtay'ın görüşü ile %20'lik bir oranda asgari ücrete göre fark aranmanın yerinde olacağı anlaşılmaktadır⁵⁵.

Yine konuya ilişkin Yargıtay'ın ilke görüşü niteliğinde olan hesaplama yöntemlerinden birisi de yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın 12 aya bölünerek elde edilen aylık 22.5 saatlik fazla çalışmanın tespit edilmesidir. Bu konuda hesaplama yapılırken yıllık 270 saatlik toplam sürenin değil de aylık 22.5 saatlik sürenin hesaplamada dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁵⁶. Bu şekilde yapılacak hesaplama sisteminin hakkaniyet açısından uygun olabileceği anlaşılmaktaysa da aylık fazla çalışma hesaplanmasının ortaya çıkardığı sonuç ve Yargıtay'ın da çoğu kararında fazla çalışma hesaplamalarının haftalık olarak tespit edilmesi gerektiği yönündeki kararları⁵⁷ dikkate alındığında beklenen şekilde net hesaplamaların ortaya çıkmayacağı görüşündeyiz.

Öte yandan sözleşmeye, ücrete fazla çalışmanın dahil olduğu yönünde hüküm konulmasının geçerli olabilmesi için bunun matbu sözleşmelerden ziyade düzenleme şeklinde özel olarak hazırlanmış iş sözleşmelerinde yer almasının gerçeğe daha uygun olacağı görüşündeyiz.

6. Gece çalışmalarında fazla çalışma hesaplamasına ilişkin;

Çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir (İK. m.69/1). İş Kanununa göre işyerinde gece çalışmaları yedi buçuk saati geçmeyecektir (İK. m.69/3). Ancak bazı işyerinde gece çalışması 7.5 saati aşmaktadır. Bu durumda öncelikle haftalık çalışmaya bakılması gerekmele birlikte haftalık çalışma süresi gece yapılan fazla çalışmaları da aşarsa hesaplama açısından bir sorun kalmayacaktır. Bununla birlikte bazı durumlarda haftalık çalışma süresi 45 saatin altında kalmakla beraber, gece çalışmalarının günlük 7.5 saati aştığı görülmektedir. Buna göre Yargıtay'ın ilke görüşleri doğrultusunda gece çalışmaları 7.5 saati aşamayacağından, 7.5 saati aşan gece çalışmaları haftalık çalışmaya bakılmaksızın doğrudan fazla çalışma sayılmaktadır⁵⁸. Örneğin, bir haftada 3 kere gece 10 saat çalışma yapılan işyerinde bir

⁵⁵ "Somut olayda, davacının iş sözleşmesinde fazla çalışmaların ücrete dahil olduğu kararlaştırılmış olup, fesih tarihinde ücreti asgari ücretin %20'sinden fazladır. Bu durumda yukarıdaki ilkeler doğrultusunda yıllık 270 saatlik çalışmanın hesaplanan fazla çalışma ücretinden düşülmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" Y9HD., 2010/7792 E.-2012/15535 K.

⁵⁶ "...öte yandan iş sözleşmesi hükmü gereği sabit ücret içinde ödendiği kabul edilen yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın indirilmesi yönünden de hesap hatalıdır. Hükme esas alınan raporda 270 saatlik fazla çalışma yılın ilk ayları fazla çalışmalarından düşülmüştür. Bu şekilde Ocak, şubat, Mart ayı için fazla çalışma hesabı yapılmamış, Nisan ayı bakımından ise kısmen hesaplama gidilmiştir. İş sözleşmesi hükmü gereği her ay ödenen ücretin içinde bir miktar fazla çalışma ücreti yer almakla hesaplamanın yılın 12 ayına dağıtılarak yapılması gerekir. 270 saat olan yıllık fazla çalışma 12 aya bölündüğünde aylık 22.5 saat fazla çalışma belirlenir ve davacının aylık fazla çalışma süresinden bu süre indirilerek bakiyesi yönünden hesaplama gidilmelidir" Y9HD., 03.04.2012, 2009/32074 E.-2012/11113 K.

⁵⁷ "...yine fazla çalışma ücreti hesabı yıllık veya aylık olarak değil haftalık olarak yapılmalıdır". Y9HD., 23.09.2013, E. 2013/6379, K. 2013/23516.

⁵⁸ "Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez (İş Kanunu, Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece ça-

günde 2.5 saatten haftalık 7.5 saat fazla çalışma yapıldığı tespit edilecektir. Oysa haftalık çalışma 30 saat kadar olmaktadır.

7. Hakkaniyet indirimine ilişkin;

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ın hakkaniyet indirimi yapılması yönündeki görüşü son yıllarda istikrarlı uygulama halini almıştır. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun görüşü de nettir⁵⁹. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir.

Öte yandan hakkaniyet indirimin miktarı ise tartışmalara neden olmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve dolayısıyla Yargıtay tarafından esaslı olarak genel kabul gören ve uygulanması beklenen indirim oranı %30'dur⁶⁰. Bu oran bazı kararlarda 1/3 olarak da belirtilmektedir⁶¹. Ancak her somut olaya göre bu miktarın artırılabilirdiği görülmekteyse de Yargıtay zaman zaman %30'dan ayrılan yerel mahkeme kararlarını bozmaktadır⁶².

lışmaları yönünden, haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir" YHGK.,20.02.2013, 2012/9-843 E.-2013/253 K.; Aynı yönde, Y9HD., 29.01.2013, 2013/1699 E.-2013/3484 K.; Y9HD., 23.6.2009, 2007/40862 E, 2009/17766 K.,

⁵⁹ Fazla çalışma iddiasının takdiri delil ile kanıtlanması durumunda hakkaniyet indirimi yapılması gerekeceği hususu YHGK.,04.02.2009, 2009/9-2 E.-2009/48 K.; YHGK.,04.11.2009, 2009/9-419 E.-2009/475 K.; YHGK.,05.05.2010, 2010/9-239 E.-2010/247 K.; YHGK.,06.04.2011, 2010/9-748 E.-2011/60 K.; YHGK., 27.04.2011, 2011/9-41E.-2011/237 K.; YHGK., 14.11.2012, 2012/9-844 E.-2012/794 K., YHGK.,19.06.2013, 2012/9-1685 E.-2013/852 K. ve YHGK, 14.05.2014, 2013/9-1643 E.-2014/649 K. sayılı kararlarında da aynen benimsenmiştir.

⁶⁰ "Uyuşmazlık, fazla mesai ücretinden %30 hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, işyeri puantaj kayıtlarında işe giriş ve çıkış saatleri belirtilmeden haftada 6 gün çalışıldığının kayıtlı olduğu dikkate alındığında, fazla çalışma olgusu, kesin delillerle değil, tanık beyanlarıyla kanıtlanmıştır. Bu durumda, bilirkişi raporunda belirlenen fazla çalışmadan, %30 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak, fazla çalışma ücreti alacağının tespit edilmesi gerekirken, puantajların saat kayıtlarını ihtiva etmemesi ve sadece çalışılan günler olarak tanzim edilmiş olmasının sonuca etkisi olmadığı gerekçesiyle kararda direnilmesi isabetlidir" YHGK, 14.05.2014, 2013/9-1643 E.-2014/649 K.

⁶¹ "Ayrıca davacı tarafından tutulan kayıtlar işveren tarafından reddedildiğinden ve her zaman düzenlenebilecek şahsi kayıtlar olduğundan alacakların belgeye dayandığından da söz edilemez. Davacı tarafından tutulan kayıtların sonradan işyerinde uygulamaya başlanan PDK (kart basma sistemi) ile oldukça farklı bilgiler içermesi ve tanık beyanları arasındaki çelişkilerde gözetilerek hükmedilen alacaklardan 1/3'ten az olmamak üzere hakkaniyet indirimi yapılması gerekir". Y22HD., 16.9.2013, 2012/26307 E.-2013/18846 K.

⁶² "Dava; ücret alacağı, fazla mesai ücreti alacağıyla ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarının tahsili istemine ilişkindir. Karara esas alınan bilirkişi raporunda fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil çalışması davacı tanığı beyanına göre belirlenmiştir. Mahkeme bilirkişi raporunda belirlenen alacak miktarları için %45 oranında hakkaniyet indirimi uygulanarak fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil alacak miktarları kabul edilmiştir. Kabul edilen çalışma düzeni ve dosya kapsamına göre %45 oranında hakkaniyet indirimi yüksek bir oran olup, alacak miktarı ve belirlenen çalışma düzenine göre %30 oranında hakkaniyet indirimi uygulanması dosya kapsamına ve hakkın özüne da-

Bazı uyuşmazlıklarda da hesaplanan fazla çalışma süresinin uzun olması ve somut koşullar da dikkate alınarak hakkaniyet indirimi hesabında %30'dan ayrılan ve daha yüksek oranda hakkaniyet indirimi yapılan hesaplamaların da kabul edildiği görülmektedir⁶³. Kanaatimizce hakkaniyet indirimi yönünden her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmeli, hakkın özünün kaybolmasına sebebiyet vermeyecek şekilde hakkaniyet indirimine gidilmeli bunun oranı da %30 ila % 50 oranında değişebilmektedir.

D. ÖZELLİK ARZ EDEN İŞLERE İLİŞKİN;

1. Tır şoförlerinin fazla çalışması;

Tır şoförlerinin çalışmaları uygulamada oldukça karışık nitelik taşımaktadır. Yargıtay kararları da şekillenirken işçilerin yurtiçi tır şoförü yahut da yurt dışı tır şoförü olup olmamasına göre farklı hüküm kurulduğu görülmektedir.

Bundan yurt içi tır şoförü olarak çalışanların fazla çalışma ücretlerinin daha hesaplanabilir nitelikte olduğu, hatta işverenler tarafından yurt içi tır şoförlerine verilen harcırahın da fazla çalışma ödemesi olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır⁶⁴. Yurt içi tır şoförlerinin fazla çalışmasını tanık beyan-

na uygun olacaktır. Mahkemece fazla oranda hakkaniyet indirimi uygulanmış olması hakkın özünü ortadan kaldıracak oranda olduğundan hatalı olup bozma nedenidir". Y7HD., 27.02.2014, 2013/19372 E.-2014/4795 K.

⁶³ "Dava; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, genel tatil ücreti, yıllık izin ve hafta tatili ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemine ilişkindir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, fazla çalışma süresi hesaplanırken davacının haftanın 7 gününü çalıştığı belirtilmiş ve günlük çalışma süresi ile 7 gün çarpılarak, haftalık çalışma süresi ve haftalık fazla çalışma süresi tespit edilmiştir. Davacının talep ettiği hafta tatili ücretinin ayrıca kabulüne karar verildiği halde, fazla çalışma ücretinin haftalık 6 gün üzerinden hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hesaplanması hatalıdır. Somut olayda, mahkemece verilen kararın gerekçe kısmında "davacının 07:00-16:00 saatleri arasında çalıştığı kabul edilerek fazla çalışma alacağının bilirkişi tarafından hesaplandığı, yine davacı haftada 7 gün çalıştığından hafta tatili alacağına hak kazanacağı, bilirkişi tarafından tüm hafta tatillerinde çalıştığı kabul edilerek hesaplama yapıldığı, bu hesaplama dikkate alınarak bir kişinin yılın tamamında uzun yıllar hiç hafta tatili kullanmadan bu şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olması, izinli, raporlu, mazeretli günler sebebiyle çalışamayabileceğinden hesaplama şekli de dikkate alınarak %40 oranında hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği" belirtildiği halde hüküm fıkrasında yaklaşık %30 oranında bir hakkaniyet indirimi ile fazla mesai ücretine hükmedilmesi doğru olmamıştır" Y9HD., 24.9.2013, 2013/6630 E.-2013/23908 K.

⁶⁴ "Dava, kıdem tazminatı ve izin ücreti ile diğer işçi alacaklarının ödetilmesi istemine ilişkindir. Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacı, yurtiçi TIR şoförü olarak aylık ücreti ve buna ilave olarak sefer başına ortalama 60,00 TL harcırah ile çalışmıştır.Yerel mahkemece, davacının ücrete ilave olarak makul oranda harcırah aldığı gerekçesi ile fazla çalışma ücreti talebi reddedilmiştir. Ancak, TIR şoförlerine ödenen yol harcırahı ücretin bir parçası olup, fazla çalışma karşılığı ödenen bir meblağ değildir. Mahkemenin anılan gerekçe ile fazla çalışma ücreti talebinin reddine yönelik kararı hatalıdır. Ayrıca, dosyadaki bilirkişi raporundan davacının fazla çalışma alacağının nasıl hesaplandığı da anlaşılmamaktadır. Mahkemece; davacının ayda kaç sefer yaptığı, günlük mesaisinin saat kaçta başlayıp kaçta bittiği, sefer dönüşünün saat kaçta olduğu, ara dinlenmesinin ne kadar verildiği, denetime elverişli şekilde belirlenerek, fazla çalışma alacağı çıkması hâlinde takdiri indirimi de yapıлып, davacının fazla çalışma ücreti alacağının hüküm altına alınması gerekir". Y9HD., 24.06.2013, 2011/19728 E.-2013/19424 K. Aynı yönde, "Uyuşmazlık, davacıya yapılan harcırah ödemelerinin fazla çalışma ücreti niteliğinde

larından ziyade, kullandığı araca ait takograf kayıtları ile ispatlayabileceği kabul görmektedir⁶⁵. Uygulamada takograf kayıtlarının trafikçi bilirkişiler tarafından çözülerek toplam çalışma sürelerinin bulunduğu ve buna göre fazla çalışma hesaplaması yapıldığı da bilinmektedir.

Yurt dışı tır şoförlerinin ise fazla çalışma yapıp yapmadığı daha farklı olarak değerlendirilmektedir. Bu konu her ne kadar uygulamayı oldukça meşgul etmekteyse de esasen Yargıtay tarafından yurt dışı tır şoförlerinin fazla çalışma yapamayacağı eski dönemlerde de kabul görmektedir⁶⁶. Yurt dışı tır şoförlerinin çalışma sistemleri gerçekten farklı olduğundan zaman zaman tartışmalar yaşandığı görülmekteyse de bu konuda Yargıtay eski dönemde olduğu gibi tır şoförlerinin fazla çalışması olmadığı görüşünü devam ettirmektedir⁶⁷. Kanaatimizce esası bilinmeyecek olan konularda ispat yükü tam olarak sağlanamayacağından Yargıtay'ın bu konudaki yerleşmiş görüşüne uyularak yurt dışı tır şoförlerinin fazla çalışması olmadığını kabulü gerekmektedir.

Yargıtay'ın benzer şekilde bir düzenlemesinin de eğitim amaçlı şehir dışına gönderilen işçiler için olduğu belirtilmelidir. Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında işveren tarafından eğitim amaçlı bir program için şehir dışına gönderi-

olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Davacı davalı işyerinde lpg taşıma işinde şoför olarak çalışmıştır. Davacı sefer primıyla çalışmış olması halinde yapılan ödemenin fazla çalışma alacağını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekir. Davacıya sefer başına gidilen mesafeye göre yolda yeme içmesini karşılamak için harcırah ödenmiştir. Yapılan bu ödeme fazla çalışmanın karşılığı değildir. Dosya içindeki bilirkişi raporu değerlendirmeye tabi tutularak davacının fazla çalışma alacağı konusunda yeniden karar verilmelidir". Y9HD., 24.06.2013, 2011/20752 E.-2013/19441 K.

⁶⁵ "...dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Somut olayda, davacı işçinin yurtiçi tır şoförü olarak görev yaptığı ve çalışmasını işveren tarafından kendisine teslim edilen araçta ile tek başına ifa ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar davacı tanıkları soyut olarak davacının fazla çalışma yaptığını ve hafta tatillerinde çalıştığını beyan etmişlerse de, yapılan işin niteliği itibari ile davacı tanıklarının hizmetin ifası sırasında davacı ile beraber olmadıkları bu nedenle günlük ve haftalık çalışma saatini bilebilecek konumda bulunmadıkları sabittir. Ayrıca, davacı tüm çalışma süresi için çalışma düzenini ispatlayacak şekilde yeterli bilgi içeren takograf kayıtları da ibraz etmemiştir. Bu durumda, davacının fazla çalışma ve hafta tatili çalışma iddiasını tereddüte yer vermeyecek şekilde ispatladığından söz edilemez. Saptanan bu durum karşısında fazla çalışma ve hafta tatili ücret alacakları talepleri yönünden davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir" Y22HD., 04.03.2014, 2014/14023 E.-2014/4593 K.

⁶⁶ "Davacının dosya içeriğine göre yurt dışında sefer yapan tır şoförü olduğu anlaşılmaktadır. Davacının yurt dışında çalışma saatlerini kendisinin serbestçe düzenleme yetkisi bulunduğu dikkate alınarak yurtdışı çalışma nedeniyle fazla mesai, hafta ve genel tatil ücretlerinin reddine karar verilmesi gerçek duruma daha uygun düşer. Ayrıca belirtmek gerekir ki davacı işçi yurtdışında fazla mesai yapılması ve hafta genel tatil günlerinde çalışması yolunda bir talimatın verildiğini de kanıtlamış değildir. Bu hususlar dikkate alınmaksızın ve yapılan işin niteliğine değer verilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması keza hatalıdır" Y9HD., 11.11.1996, 12159 E.-20768K.

⁶⁷ "Dava iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshi nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatı ücret fazla mesai hafta tatili ulusal bayram genel tatil ve yıllık izin ücreti talebidir. Davacı Uluslararası tır şoförüdür. Uluslararası tır şoförleri kendi mesailerini kendileri belirlemektedir. Sıkı kurallara tabi uluslararası trafik mevzuatına uymak zorundadırlar. Uluslararası tır şoförlerinin araç kullanma saat sınırlamasına tabi buldukları kendi çalışma saatlerini kendilerinin belirledikleri ve dolayısıyla fazla çalışma yapmadıklarının kabul edilmesi gerekir" Y9HD., 17.9.2013, 2011/26270 E.- 2013/22742 K.

len işçinin fazla çalışmasının olamayacağı görüşünde olduğu ilke kararları dahilinde uygulanmaktadır⁶⁸.

2. Kapıcıların fazla çalışması;

Kapıcı olarak apartmanlarda çalışan kişilerin çalışma saatlerinin esnek olduğu, boş vakitlerinin evlerinde geçirildiği bilinmektedir. Bu konuda kapıcıların fazla çalışma yapmadığına ilişkin zaman zaman uyumsuzluklar yaşanmaktadır. Yargıtay da bu konuda belirli bir görüş birliği sağlamış ve ilke kararı niteliğinde kararlara hükmedilmeye başlanmıştır. Yargıtay'a göre, kapıcıların fazla çalışma yapması genel sistematige aykırıdır. Buna göre de fazla çalışma alacağı talep edemezler. Ancak zaman zaman verdiği kararlarda yine de kapıcıların çalışma sistemlerinin incelenmesi gerektiği, inceleme yapılmadan verilen kararların eksik olduğu yönünde kararlar verilmektedir⁶⁹. Ayrıca kapıcıların tek apartmana hizmet verdiği dönemde fazla çalışmanın olmayacağı ancak aynı anda iki farklı apartmana hizmet vermesine yönelik karar alınması halinde fazla çalışma yaptığının kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşleri de vardır⁷⁰. Öte yandan Yargıtay tarafından kapıcının çalıştığı apartmanda yakıt olarak kömür kullanılması halinde sadece kış aylarında kalorifer yanan dönemlerle sınırlı olarak kapıcıların fazla çalışma yapabilecekleri kabul edilmektedir⁷¹. Yargıtay'ın bu kararı eski tarihli kabul edilebilirse de uygulama açısından ilke kararı haline gelmiştir.

⁶⁸ Y9HD., 15.05.2007, 6064 E.-15197 K. Kararın eleştirisi için bkz. KÖSEOĞLU Ali Cengiz, Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak Kabul Edilmemesi, Fazla Çalışma Süresinin Hesaplanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2009/13, s.117 vd.

⁶⁹ "Davacının görev yaptığı sitede kaç daireye hizmet verdiği, gün içerisinde fiilen hangi işleri yaptığı, yapması gereken işlerin ne kadar zaman alacağı, fazla çalışmayı gerektiren bir iş yoğunluğunun olup olmadığı, davalı işveren talimatlarına göre fazla çalışma gerekip gerekmediği araştırılarak alacak hakkında karar verilmesi gerekir" Y22HD., 18.03.2014, 2013/7401 E.-2014/6527 K.

⁷⁰ "...tüm dosya kapsamından anlaşıldığı üzere davacının mesaisinin 06.30-24.00 saatleri arası geçtiği, bakmış olduğu apartmandaki ev sayısının 18 olduğu, davacının iddiası gibi son 8 ay değil, sadece 5 ay da iki binanın kapıcılığını yaptığı, mesai saatinde ise temizlik, bahçe işleri, servis, kışın ısınma amaçlı doğalgazlı merkezi sistemin kaloriferini yaktığı, yaz kış ise sıcak su kazanı için kaloriferi yaktığı anlaşılmaktadır. Davacının baktığı daire sayısının az oluşu, yaptığı işin niteliği, aynı binada oturması sebebiyle de uzun mesai saatinin tamamını çalışarak geçirmediğinin ve bu sebeple davacının sadece tek binaya baktığı dönemde fazla mesai alacağının olmadığı mahkemece kabul edilmesi isabetli olmuştur. Ancak davacının yönetim kurulu kararı ile 12.10.2008 tarihinden itibaren Saygı Apartmanına da kapıcılık hizmeti verdiği düşünüldüğünde bu apartmandaki daire sayısının da 18 olması ve davacının toplamda 36 daireye bakıp aynı işleri yapması karşısında iş akdinin feshedildiği bu dönem ki çalışmasında fazla mesai alacağının çıkacağı kabul edilmesi gerekecektir" Y7HD.,27.06.2013, 2013/4916 E.-2013/12059 K.

⁷¹ "Davacının tüm hizmet süresince fazla çalışma yaptığı hafta tatili ve genel tatillerde çalıştığı kabul edilerek yapılan hesaplama değer verilerek sonuca gidilmesi doğru değildir. Kapıcılık hizmeti yapan davacının kaloriferlerin yandığı kış ayları dışında fazla mesai yapmasını gerektiren bir çalışması olmayacağı gibi tüm hafta ve genel tatillerde de çalıştığı kabul edilerek sonuca gidilmesi dairemiz uygulamalarına ve dosya içeriğine uygun düşmemektedir. Yalnız kaloriferlerin yandığı kış aylarında fazla mesai yapabileceği ve bazı hafta ve genel tatillerde çalıştığı kabul edilerek yeniden hesaplama yapılmalı, davalıların sorumlulukları belirlenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir" Y9HD., 17.10.2007, 2007/2624 E.-2007/30654 K.

3. Üst düzey yöneticinin fazla çalışması;

İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir (İK. m.2/4). İş hukuku kapsamında işveren vekili kavramı oldukça geniş olsa da işveren vekillerinin fazla çalışma ücreti alıp alamayacağına ilişkin uygulamada bazı sorunlar olduğu görülmektedir. Buna istinaden hangi işveren vekillerinin fazla çalışma talep edip hangilerinin edemeyeceğine ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda Yargıtay işveren vekillerinden üst düzey yönetici olarak çalışanların fazla çalışma talep edemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir⁷². Bu görüş için gerekli kriter de üst düzey yöneticilerin çalışma gün ve saatlerini kendilerinin belirlemesidir⁷³. Dolayısıyla taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda üst düzey personel iddiasının bulunması halinde öncelikle üst düzey olduğu iddia edilen kişinin kendi çalışma gün ve saatini tespit edip edemediğinin araştırılması gerekmektedir. Buna göre işyerinde kendisine emir ve talimat verebilecek nitelikte başka biri olup olmadığına da bakılmalı ve yapılacak tespite göre sonuca gidilmelidir⁷⁴.

4. Eczanelerde çalışanların fazla çalışması;

Fazla çalışma hesaplaması bazı işyerlerinde farklılık arz etmektedir. Özellikle eczane gibi saatli olarak çalışan ve nöbet sistemleri ilgili Odalara bağlı olarak işleyen işyerlerinde fazla çalışma iddiası olması halinde fazla çalışma tespitinin daha teknik olarak incelenmesi gerekmektedir. Bu konuda eczanelerin açılış-kapanış saatleri ile eczanenin nöbetçi olduğu günlerin ilgili Odadan

⁷² ASTARLI Muhittin, Üst Düzey Yöneticilerin Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma Ücreti Talepleri (Yargıtay Kararlarına Genel Bir Bakış), İÜHF. İş Dünyası ve Hukuk, Prof.Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s.53; ÖZER Duygu Hatice, Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak kazanır mı? Çalışma ve Toplum 2007/3, s.143 vd.

⁷³ "Taraflar arasında, davacı işçinin fazla çalışma ücreti alacağına hak kazanıp kazanmadığı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır. İşyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan işçi, çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz.

Davacının, davalıya ait işyerinde şantiye şefi olarak çalıştığı sabit olup, görev ve pozisyonu gereği günlük çalışma saatlerinin kendisi tarafından belirlendiğinin kabulü gereklidir. Fazla çalışma ücreti alacağının reddi gerekir" Y22HD., 04.03.2014, 2013/5165 E.-2014/4745 K.

⁷⁴ "Dava, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçi alacaklarının ödenmesi istemine ilişkindir. İşyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılmalıdır. Terminal müdürü olarak çalışan davacı işçiye başkaca bir amir, şirketin yöneticisi, yönetim kurulu üyesi vb. tarafından fazla çalışma yapması, tatil günlerinde çalışması yönünde bir talimatın verilip verilmediği, davacının mesai saatlerini ve günlerini kendisinin belirleyip belirlemediği tespit edilmelidir ve tanık ifadelerine de başvurularak davacının çalışma saatlerini ve günlerini kendisinin belirleyip belirlemediği şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konulmalıdır" Y7HD., 04.03.2014, 2014/851 E.-2014/5055 K.

getirilerek hesaplama yapılması gerekmektedir. Öte yandan bazen eczanelerin kapanış saatlerinden sonra reçete girişi için eczanelerde çalışmanın sürdüğü yönünde iddiaların olduğu görülmektedir. Yargıtay bu konuda da reçete girişlerinin resmi işlem olmasından kaynaklı olarak resmi verilerin dosyada toplanmadan sırf tanık beyanlarına göre fazla çalışma hesaplanmasına olumlu bakmamıştır⁷⁵. Yani eczanelerde yapılan çalışmaların kayıt altında olduğu düşünülerek tüm çalışmaların yasal verilere dayandırılarak hesaplama yapılması gerektiği eczanelere ilişkin Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü haline gelmiştir.

E. SERBEST ZAMAN KULLANIMINA İLİŞKİN;

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. Her ne kadar uygulamada çok fazla sorun olarak karşılansızlık da bazı uyuşmazlıklarda işçilerin fazla çalışma talep etmelerine karşılık, işveren tarafından fazla çalışmalar sonrası serbest zaman kullanıldığı belirtilmektedir. Esasen bu iddianın ispatı işverene aittir. Bu nedenle de işveren serbest zaman kullandığını kayıt altına almalıdır. Nitekim uygulamada bu yönde çıkan uyuşmazlıklarda davacı ve davalı tanıklarının fazla çalışma sonrası serbest zaman kullandıklarını beyan etmeleri halinde davacıya da bu durumun sorulması gerektiği yönünde karar vermiştir⁷⁶. Kanaatimizce serbest zaman kullanımının ispatı işverene aittir. Ancak davacı ve davalı tanık beyanları şüpheye yer vermeyecek şekilde fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman kullanıldığını beyan etmişler ise, bu durumda tanık beyanlarına itibar edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır.

⁷⁵ “Dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Dosya içeriğine göre, davacının fazla mesai ücretine hak kazanıp kazanmadığının tespiti yönünden Dairemizce araştırmaya yönelik olarak bozma kararı verildiği anlaşılmaktadır. Bozma ilamına uyan mahkemece belirtilen araştırmalar yapılmış, ancak davacının çalışma saatleri, özellikle akşam eczane kapandıktan sonra reçete giriş işlemleri nedeniyle ne kadar süre daha işyerinde çalıştığına dair hüküm vermeye elverişli nitelikte delil elde edilememiş, davacı tanık beyanları ile yetinilerek alacak hakkında aynı hüküm kurulmuştur. Yapılan işin niteliği dikkate alındığında, davacının tüm çalışma süresi boyunca her akşam reçete giriş işlemleri için saat 22.00'ye kadar çalıştığına sadece tanık beyanları ile kabul edilmesi hakkaniyete aykırıdır. Reçetelerin kaydı işlemi resmi mercie bilgisayar aracılığıyla yapıldığından, ilgili kurum nezdinde reçete giriş zamanlarının en son hangi saate denk geldiği belirlenmeli ve işten çıkış saati bu şekilde tespit edilmelidir. Bu araştırmadan sonuç alınmaması halinde, oluşa ve işin niteliğine daha uygun olan davalı tanıklarının beyanlarına göre fazla mesai ücretinin hesaplanması yoluna gidilmesi gereklidir” Y22HD., 06.03.2014, 2014/5855 E.-2014/4887 K.

⁷⁶ “Dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Davacının davalı işyerinden ayrılış tarihi konusunda davacının beyanı, bilirkişinin kabulü ve dosyadaki SGK kayıtları arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacının isticvap edilerek işten ayrıldığı tarihin sorulması, gerekirse davacı tanıkları bu konuda yeniden dinlenerek işten ayrılış tarihinin açıklığa kavuşturulması ve kıdem tazminatı ve diğer alacaklarının hesabına esas alınacak hizmet süresi belirlenerek davacı talebi de gözetilerek çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. Öte yandan, davacı ve davalı tanıkları fazla çalışma karşılığında işçilerin izin kullandıklarını beyan etmişlerdir. Mahkemece davacı isticvap edilip fazla çalışması karşılığında 4857 sayılı İş Kanununun 41. md.'si uyarınca serbest zaman verilip verilmediğinin sorulması gerekir” Y7HD., 06.03.2014, 2013/24774 E.-2014/5359 K.

F. YARGILAMAYA İLİŞKİN;

1. İslah Edilen Fazla Çalışma Ücretinden Mahkeme Tarafından İndirim Yapılması Halinde Reddine Karar Verilen Miktar Bakımından Kendisini Vekille Temsil Ettiren Davalı Yararına Avukatlık Ücretine Hükmedilemeyeceği

Tarafların iddia ve savunmalarını yargılamanın belli bir usul kesitine kadar ileri sürebilmeleri, medeni yargılama hukukuna hakim olan ilkelerden 'teksif ilkesi' ile açıklanır. Bu ilkenin kabul edildiği hukuk sistemlerinde taraflar iddia ve savunmalarını belli bir zamana kadar mahkemeye sunmak zorundadırlar. Teksif ilkesinin kabul edildiği hukukumuzda, tarafların iddia ve savunmalarını değiştirebilmesine ya da iddia ve savunmalarını arttırılabilesine imkan tanıyan ıslah kurumu da düzenlenmiştir⁷⁷.

Bir davada tarafların iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı nedeniyle yapamadıkları işlemleri yaparak verdikleri dilekçeleri tamamen veya kısmen düzeltmelerine ıslah denir⁷⁸.

Fazla çalışma alacaklarına ilişkin açılan işçilik alacakları davasında bilirkişi marifetiyle fazla çalışma ücreti hesaplanmakta ve gerek bilirkişi gerekse yerel mahkeme tarafından somut olayın durumuna göre bazı oranlarda hakkaniyet indirimi uygulanmaktadır. Çoğu zaman bilirkişilerce uygulanan hakkaniyet indirimi miktarına yerel mahkemeler tarafından uyulsa da, zaman zaman gerek bilirkişinin hakkaniyet indirimi uygulamayı ihmal ettiği gerekse de yerel mahkemenin raporla bağlı olmaksızın farklı bir hakkaniyet indirimi uyguladığı görülmektedir.

Bilirkişi raporunun sunulmasının ardından davacı vekili tarafından raporda yazılı olan miktara davanın ıslah edildiği yahut da bedel artırımına gidildiği görülmektedir. Bu gibi durumlarda uygulanan hakkaniyet indirimi ile ıslah yahut da bedel artırımını sonrasında artırılan miktar, hakkaniyet indirimi sonrası ortaya çıkan miktardan daha yüksek olmaktadır. Uygulamada bu şekilde bir sonuç ortaya çıktığında davalı taraf lehine vekalet ücreti uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışma olduğu ve konunun avukatlar arasında da tartışmalara sebebiyet verdiği görülmektedir. Öyle ki, ıslah veya bedel artırımına ilişkin sorunlar olması nedeniyle bilirkişilerin hakkaniyet indirimi konusunda terditli sunum yapılması istenmemektedir.

Oysa bu konuda eskiden farklı yönde kararlar mevcut olsaydı da son dönemde Yargıtay'ın görüşü net olup, bilirkişiler tarafından hesaplanan fazla çalışma ücretlerinden yerel mahkeme tarafından indirime gidilmesi halinde davalı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilemeyeceği belirtilmektedir. Yargıtay'ın konu ile ilgili gerekçesi ise şöyledir: "İşçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilinemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekalet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman

⁷⁷ PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni usul Hukuku, 14.B Ankara 2013, s. 369.

⁷⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 615.

zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekalet ücretine hükmedilmekle birlikte, 818 Sayılı Borçlar Kanununun 161/son, 325/son, 43 ve 44. maddelerine göre, yine 5953 Sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemektedir. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir⁷⁹.

2. Fazla çalışma alacaklarında zamanaşımı ve zamanaşımı defii

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder⁸⁰. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu “eksik bir borç” haline dönüştürür ve alacağın dava edilebilme özelliğini ortadan kaldırır⁸¹.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu incelemesi mümkün değildir. Defii esas itibarıyla bir haktır. Zamanaşımı defii de bir hakkın ileri sürülmesidir. Hakim zamanaşımına yönelik yapacağı inceleme davanın esasına ilişkin bir inceleme-

⁷⁹ “...dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Somut olayda, çekişmeli vakıalar hakkın-
da toplanan delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi sonucunda, davacı işçinin fazla
çalışma, genel tatil ve hafta tatili çalıştığı iddiası tanık beyanıyla ispatlanmıştır. Yerel
mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla çalışma ücret alacağının net
miktarı bildirilmiş ve takdiren 1/3 oranında hakkaniyet indirimi yapıldığı karar gerek-
çesinde açıklanmasına karşın bu oranda indirime gidilmemiş olması isabetsiz olup
bozmayı gerektirmiştir. Öte yandan, fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle
reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına
avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir. Yerel mahkemece, davacı-
nın istemlerinden hakkaniyet indirimi sebebiyle reddedilen ücret alacak miktarları har-
riç olmak üzere davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken ücreti vekaletin
eksi hesaplanması da hatalıdır. Diğer yandan, hükmedilen tazminat ve ücret miktar-
larının net mi brüt mü olduğunun belirtilmemesinin infazda tereddüde yol açacağından
düşünülmemesi hatalıdır”. Y9HD., 17.12.2014, 2012/508 E.-2014/4775 K.

⁸⁰ Zamanaşımı defii hakkın talep edilmesini ortadan kaldırır. Zamanaşımı definin dava
yoluyla ileri sürülmesi mümkün olmakla birlikte tek yol değildir. Söz gelimi kendisine
karşı icra takibi yapılan borçlu ödeme emrine itiraz ederken zamanaşımı definde bu-
lunmuş, alacaklı da itirazın iptali davası açmış ise, hakim zamanaşımı savunmasını
resen nazara alması gerekir. Zira artık dava dosyasının mevcuduna zamanaşımı sa-
vunması girmiş bulunmaktadır. Zamanaşımı hakkın talep imkanını tamamiyle ortadan
kaldıran etki yaratır. bu anlamda dava öncesinde kullanılan zamanaşımı definin dava
sirasında ileri sürülmesi itirazdır. Dava dosyasından anlaşılabilen itiraz hakim tarafın-
dan resen nazara alınır. PEKCANITEZ/ÖZEKES/ATALAY, s.535.

⁸¹ Bazı borçlar hukuk düzeninin öngördüğü bir kısım şartlar gerçekleşince sonradan
eksik hale gelirler. Bunların en belirgin örneği de zamanaşımına uğramış borçlardır.
Uygulamada bunlara sonradan eksikleşen borçlar da denilmektedir. AYAN Mehmet,
Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Tıpkı Baskı, Konya 2013, s.68.

dir. Zira usule ilişkin savunmalar dava şartları ve ilk itirazlar olup, davanın esasına girilmesine engel olur⁸². Halbuki bir hakkın talep hakkının zamanaşımına uğrayıp uğramadığının tespiti için davanın esasına girilmesi gerekir. Ancak hakim zamanaşımı definin ileri sürülmesi üzerine zamanaşımı incelemesi yaptıktan sonra hakkın talep imkanının zamanaşımı nedeniyle mümkün olmadığına kanaat getirirse, esasa ilişkin başkaca bir inceleme yapmaksızın davayı esastan reddedebilir.

Şöyle ki, ön inceleme aşamasında yargılamanın hazırlık aşamaları yapılır. Bu anlamda tahkikata konu işlemler ön inceleme aşamasında yapılamaz. Sürelerin incelenmesi tahkikat aşamasının konusudur. Ancak kanun koyucu HMK m. 142 ile buna bir istisna getirmiştir. Hükme göre ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra hakim tahkikata başlamadan önce hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve defileri inceleyerek karara bağlar. Şüphesiz bu hüküm uygulanırken hakimın yapması gereken daha tahkikata başlamadığı için tahkikat aşamasında yaptığı derinlikte bir inceleme değildir. Çok açık bir şekilde hak düşürücü sürenin geçtiği ya da zamanaşımına uğradığı anlaşılırsa uygulanır⁸³.

4857 sayılı Kanundan daha önce yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasada ücret alacaklarıyla ilgili olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği halde, 4857 Sayılı İş Kanununun 32/8 maddesinde, işçi ücretinin beş yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu Kanundan önce tazminat niteliğinde olmayan, ücret niteliği ağır basan işçilik alacakları, 818 sayılı Borçlar Kanununun 126/1 maddesi (6098 sayılı TBK. m.147) uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir. Uygulamada zamanaşımına ilişkin hesaplama yapılırken davanın açılma tarihinden itibaren geriye 5 yıllık sürenin düşülmesi sonrasında kalan zamanlara yönelik hesaplamalar yapılmaktadır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine göre, iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanır. Ancak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447. maddesiyle sözlü yargılama usulü kaldırılmış, dolayısıyla iş davaları için basit yargılama usulü benimsenmiştir (HMK. m. 316/1-g).

Sözlü yargılama usulünün uygulandığı dönemde zamanaşımı defi ilk oturuma kadar ve en geç ilk oturumda yapılabilir. Ancak 6100 sayılı Hukuk

⁸² PEKCANITEZ/ÖZEKES/ATALAY, s.540.

⁸³ KARSLI Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3.B, İstanbul 2012, s. 528. Hükümün gerekçesi ise şöyledir: Hak düşürücü süreler ve zamanaşımı konusundaki iddia ve savunmalar, aslında, işin esasıyla ilgili hususlardır. Bu sebeple, ön inceleme oturumu yapılmadan ve uyuşmazlık noktaları tam olarak belirlenmeden, uyuşmazlığın esası ile ilgili, maddi hukuka dahil olan bir konuda karar da verilemez. Ancak, uyuşmazlık noktaları açıklığa kavuşup belirli hâle geldikten sonra, uyuşmazlıkla ilgili süreler hakkında karar vermek de mümkün hâle gelmiş demektir. Bu sebeple, aslında doğrudan ön inceleminin içerisinde olmamakla birlikte, sürelerle ilişkin sorunların, tahkikata başlamadan önce çözümlenmesi açık bir hükümle düzenlenmiştir.

Uygulamada, birkaç yıl süren usul işlemlerinden ve delillerin toplanmasından sonra (hatta bazen taraflardan birinin o konudaki ısrarlı beyanlarına rağmen), sadece hak düşürücü süre veya zamanaşımı yönünden bir karar verildiği görülebilmektedir. Bu hükümle, hem gereksiz yargılama işlemleri yapılması, hem de adaleti zedeleyici böyle bir durumun önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Maddenin ön inceleme hükümlerinin sonunda, tahkikat hükümlerinden önce yer alması da, yukarıda belirtilen sebeplerle uygun görülmüştür.

Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde 319. madde hükmü uyarınca savunmanın değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin verilmesiyle başlayacağından, zamanaşımı defii cevap dilekçesiyle ileri sürülmelidir⁸⁴. 1.10.2011 tarihinden sonraki dönemde ilk oturuma kadar zamanaşımı definin ileri sürülmesi ve hatta ilk oturumda sözlü olarak bildirilmesi mümkün değildir.

Dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması durumunda, 1086 sayılı HUMK. hükümlerinin uygulandığı dönemde, ıslah dilekçesinin tebliğini izleyen ilk oturuma kadar ya da ilk oturumda yapılan zamanaşımı defii de ıslaha konu alacaklar yönünden hüküm ifade eder. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.10.2011 tarihinden sonraki uygulamada, 317/2 ve 319. maddeler uyarınca ıslah dilekçesinin davalı tarafa tebliği üzerine iki haftalık süre içinde ıslaha konu kısımlar için zamanaşımı define bulunulabileceği kabul edilmelidir. Bu sürele uygun olarak yapılan zamanaşımı itirazının yerel mahkeme tarafından kabul edilmemesi sonucu verilen karar, Yargıtay tarafından belirtilen gerekçe ile bozulmuştur⁸⁵.

Cevap dilekçesinde zamanaşımı defii ileri sürülmemiş ya da süresi içinde cevap dilekçesi verilmemişse ilerleyen aşamalarda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141/2 maddesi uyarınca zamanaşımı defii davacının açık muvafakatiyle, 1086 sayılı HUMK. yürürlükte iken süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı define davacı taraf süre yönünden hemen ve açıkça karşı çıkmamışsa (suskun kalınmışsa) zamanaşımı defii geçerli sayılmakta iken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulandığı dönemde süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı definin geçerli sayılabilmesi için davacının açıkça muvafakat etmesi gerekir. Başka bir anlatımla 1.10.2011 tarihinden sonraki uygulamalar bakımından süre geçtikten sonra ileri sürülen zamanaşımı define davacı taraf muvafakat etmez ise zamanaşımı defii dikkate alınmaz. Yine belirtilmelidir ki, zamanaşımı definin cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla ileri sürülmesi de mümkündür. Bu konuda Hukuk Genel Kurulunun net kararı mevcuttur⁸⁶.

⁸⁴ PEKCANITEZ/ÖZEKES/ATALAY, s. 862; KARSLI, s. 738.

⁸⁵ "...dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Davacının gece çalışmasının çalışma döneminin ilk 7 ayında gerçekleştiği belirtildiğine göre ve zamanaşımı savunması sebebiyle ilk 7 ay hesaplama dışı bırakıldığına göre davacının fazla çalışma alacağına hesabında davacının sadece gündüz çalışmaları dikkate alınarak hesaplama yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması durumunda, 1086 Sayılı H.U.M.K.hükümlerinin uygulandığı dönemde, ıslah dilekçesinin tebliğini izleyen ilk oturuma kadar ya da ilk oturumda yapılan zamanaşımı defii de ıslaha konu alacaklar yönünden hüküm ifade eder. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki uygulamada, 317/2 ve 319. maddeler uyarınca ıslah dilekçesinin davalı tarafa tebliği üzerine iki haftalık süre içinde ıslaha konu kısımlar için zamanaşımı define bulunulabileceği kabul edilmelidir. Somut olayda, davalı Belediye Başkanlığı vekili bilirkişi raporuna ve ıslaha karşı itiraz dilekçesinde süresi içinde ıslaha karşı zamanaşımı define bulunmuş olup Mahkemece, ıslah talebine karşı davalı tarafın zamanaşımı defii dikkate alınmamıştır. Mahkemece fazla çalışma, ulusal bayram-genel tatil ve hafta tatili alacakları yönünden ıslah tarihi itibarıyla zamanaşımı defii değerlendirilip hesaplama yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, zamanaşımı defii dikkate alınmadan karar verilmesi hatalıdır".Y7HD., 20.02.2014, 2013/13922 E.-2014/4206 K.

⁸⁶ YHGK. 04.06.2011, 2010/9-629 E.-; 2011/70 K.; doktrinde de zamanaşımı definin ıslah yoluyla ileri sürülebileceği ifade edilmiştir: PEKCANITEZ/ÖZEKES/ATALAY, s. 619; KARSLI, s. 707.

Sonuç olarak Yargıtay'ın zamanaşımına ilişkin son vermiş olduğu kararlar bu yönde olup, belirtilen gerekçelerle zamanaşımı açısından daha farklı bir tartışmanın kalmadığı görüşündeyiz. Yargıtay'ın bu yönde görüş ileri sürmesinin nedeni zamanaşımının hukuki niteliğini hatalı olarak "ilk itiraz" olarak görmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Kanun hazırlanırken bu husus gözönünde tutulmuş olsa gerek ki HMK. m. 176 gerekçesine açıkça bu husus yazıldığı görülmektedir. Gerekçede ilgili bölüm şöyledir: Uygulamada, zamanaşımının ıslah yolu ile ileri sürülüp sürülemeyeceğine dair bazı tereddütler var ise de zamanaşımı ilk itiraz olmayıp, ıslah yolu ile de ileri sürülebileceğinde tereddüt etmemek gerekir.

3. Faiz başlangıcı ve temerrüt

Fazla çalışma alacaklarına ilişkin davalı tarafın ne zaman temerrüde düşürüldüğü sorunu da uygulamada karşılaşılan sorunlardan birisidir. Genel olarak kabul gören uygulama davalı tarafa ihtarname gönderilmesi ile temerrüdün oluşacağı yönündedir. Ancak ihtarnamede miktar belirtilmesi gerekli midir? Yoksa sadece fazla çalışma alacağı talep edilmiş olması temerrüde düşürmek için yeterli midir? Yargıtay, bu konuda ihtarname gönderildikten sonra ihtarnamede belirtilen sürenin geçmesiyle davalı tarafın temerrüde düşmüş olacağı ve ayrıca temerrüde düşürmek için mutlaka fazla çalışma konusunda miktar belirtmeye gerek olmadığı, sadece fazla çalışma alacağından bahsedilmiş olmasının yeterli olacağı yönünde karar vermektedir⁸⁷.

V. SONUÇ

Fazla çalışmanın hukuki sonuçlarına yönelik yapılan çalışmada, uygulamada fazla çalışma sonrası karşılaşılan fazla çalışma sorunlarına ilişkin en çok karşılaşılan konulara yer vermeye çalışılmıştır. Tespit edilen konulara ilişkin Yargıtay'ın en son vermiş olduğu kararlar doğrultusunda değerlendirmeler yapılmıştır. Tespit edilen konulardan daha farklı konuların da uygulama açısından olabileceği ancak tarafımızca uygulama açısından önem arz eden konulara yer verildiği belirtilmelidir.

Fazla çalışmaya ilişkin Yargıtay'ın zaman zaman görüş değiştirdiği ayrıca her somut olaya ilişkin farklı içtihatlar oluşturduğu gözlemlenmiştir. Kanaatimizce de bu uygulama yerindedir. Aksi halde her hali ile çalışma sistemi farklı olan farklı meslek gruplarına aynı yöntem uygulanarak fazla çalışma hesaplanması yapılması çalışma hayatına uygun bir durum olmayacaktır. Bununla birlikte her bir başlık altında Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşlerine yönelik eleştirilerimizi yahut da katıldığımız durumları belirtmiş bulunmaktayız.

Yargıtay kararlarının çözümsüz kaldığı noktalar özellikle belirtilmiştir. Örneğin toplu olarak işten çıkarılan ve işverene karşı davası olan işçilerin işve-

⁸⁷ "...dava, fazla mesai ücreti alacağı istemine ilişkindir. Dairemizin yerleşik uygulamalarında temerrüdün oluşması için miktar belirtme şartı aranmamaktadır. Bu itibarla, davalının işverene gönderdiği ihtarname fazla çalışma alacağına yönelik olup, ihtarnamenin tebliğ tarihinden 3 gün sonra temerrüt oluşur. Bu nedenle, ihtarnamenin tebliğ serhli onaylı bir suretinin getirilerek hükmedilen alacağına, belirlenecek temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi hatalıdır" Y9HD., 07.07.2014, 2014/17602 E.-2014/23525 K.

rene karşı yapmış oldukları tanıklıklara itibar edilmeyeceği belirtilmiştir. Ancak tanıklık yapabilecek başka işçiler olmadığı dikkate alındığında Yargıtay görüşünün hukuki uyuşmazlığı çözümediği görülmektedir. Bu durumda her bir somut olaya ayrı ayrı inceleme yapılması gerektiği, çıkarılan işçi sayısı ve işin niteliği gibi konuların bir bütün olarak değerlendirilerek hüküm kurulmasına yönelik görüş bildirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde toplu işçi çıkarılan yerlerde fazla çalışma ücreti alacağına ilişkin talebin doğrudan önüne geçilmiş olunacaktır ki, bu durum da İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği ile bağdaşmamaktadır.

Aynı şekilde Yargıtay imzalı ve ihtirazi kayıtsız ücret bordrolarını imzalayan işçilerin daha fazla fazla çalışması olduğunu ancak yazılı delille ispatlayabileceği görüşünü belirtmiş olup bu görüş ilke kararı niteliğinde tüm olaylara uygulanmaktadır. Ancak işçilerin bordrolarını imzalarken ihtirazi kayıt düşmeleri halinde işveren nezdinde sorunlu olarak adlandırılacağı ve bu tarz işçilerin ileride sorun arz etme olasılığına ilişkin koruyucu bir tedbir alınmadığı görülmektedir. Öte yandan bu işçilerin ücretlerini banka aracılığı ile almaları halinde de aynı hükmün uygulandığı dikkate alındığında banka dekontuna yahut da banka ile ilgili herhangi bir kayda işçilerin ihtirazi kayıt düşmesi uygulama ile tamamen ters konulardan oluşmaktadır. Nitekim bunun sonucunda aylık 30 saat fazla çalışma yaptırılan işçinin bordrosuna 10 saat mesai gösterilerek imza atılması halinde işçinin kalan 20 saate ilişkin herhangi bir talep hakkı kalmamaktadır. Yargıtay'ın bu konuda hakkaniyete uygun bir çözüm üretmesi gerektiği aksi halde bu sistemin farkına varan işverenlerin fazla çalışma konusunu kötüniyetli olarak kullanabilecekleri belirtilmelidir.

Fazla çalışmaya ilişkin farklı konularda Yargıtay'ın en son tarihli görüşlerinin neler olduğu konusunda yapılan çalışma ile yirmi farklı konuda ayrı ayrı fazla çalışma uyuşmazlıkları incelenmiş olup fazla çalışmaya ilişkin uygulama sorunlarının giderilmesine katkı sağlanmaya çalışılmıştır. Sonuç olarak görülen odur ki, Yargıtay gerekçesinin tam olarak belirtilmesi koşuluyla fazla çalışmaya ilişkin çoğu konuda görüş değişikliğine gidebilmektedir. Bu nedenle fazla çalışma ücreti talep edilmesi durumunda fazla çalışmaya ilişkin yazılı delil olmaması halinde tanık delilinin yanı sıra yapılan işin niteliğinin ve çalışma sisteminin detaylı olarak belirtilmesi ile fazla çalışmaya ilişkin Yargıtay'ın farklı kararlar verebildiği, yani somut olaya göre görüş değiştirebildiği anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/SENYEN-KAPLAN Emine, İş Hukuku, 6. B., Ankara 2013

AKYİĞİT Ercan, İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2008

ALPAGUT Gülsevil, İş Süreleri ve Ücret, İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma Semineri, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2006

ASTARLI Muhittin, Alman ve Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş C.9, S.4 2008 (Fazla Saatlerle)

ASTARLI Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008

ASTARLI Muhittin, Üst Düzey Yöneticilerin Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma Ücreti Talepleri (Yargıtay Kararlarına Genel Bir Bakış), İÜHF. İş Dünyası ve Hukuk, Prof.Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011

AYAN Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Tıpkı B., Konya 2013

CANIKLIOĞLU Nurşen, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'na Düzenlenen "III.Yılında İş Yasası" Semineri, İstanbul 2005

ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 5.B., Ankara, 1984

ÇİL Şahin, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum, 2007/3

EKMEKÇİ Ömer, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara 2005

EKONOMİ Münir, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Kamu-İş, C.7, S.3, 2004

ENGİN Murat, Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/5

ENGİN Murat, Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, DEÜHFD., C. 5, S. 1, İzmir 2003

EYRENCİ Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD., 2004/1

EYRENCİ Öner, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, Tebliğe İlişkin Genel Görüşme, (III. Yılında İş Yasası), Eylül 2005, Bodrum Semineri

EYRENCİ Öner, İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Münir Ekonomi, 60.Yaş Armağanı, Ankara 1993

EYRENCİ Öner, İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, İstanbul 1987

EYRENCİ Öner, Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011

EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, 6. B., İstanbul 2015

GÜNAY Cevdet İlhan, Çalışma Sürelerinde Esneklik, Kamu-İş C.7, S.3, 2004

GÜNAY Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012

GÜNAY Cevdet İlhan, Hukuki Yönden Fazla Çalışma, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013/30

GÜZEL Ali, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007

KANDEMİR Murat, Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları, Legal İSGHD., 2011/29

KARAÇÖP Eda, İşçiden Fazla Mesai İçin Önceden Onay Alınmamış Olsa da Daha Önce Fazla Çalışma Yapan ve Ücreti Tam ve Düzenli Olarak Ödenen İşçinin Fazla Mesaiye Kalmak İstememesinin Fesih İçin Haklı Neden Kabul Edilemeyeceği, Legal İSGHD., 2009/24

KARSLI Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3.B, İstanbul 2012

KÖSEOĞLU Ali Cengiz, Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak Kabul Edilmemesi, Fazla Çalışma Süresinin Hesaplanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2009/13

KÖSEOĞLU Ali Cengiz/KABÜL Sibel, Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, İş Hukuku, 6. B., Ankara 2014

NARMANLIOĞLU Ünal, İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010/17

NEAL Alan C., European Labour Law and Social Policy, Cases and Material Volume II, Netherlands 2002

ÖZDEMİR Erdem, Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2008/12

ÖZER Duygu Hatice, Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak kazanır mı? Çalışma ve Toplum 2007/3

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni usul Hukuku, 14.B Ankara 2013

SOYER M. Polat, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999

SOYER Polat, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İSGHD., 2004/3 (Fazla Saatler)

SUBAŞI İbrahim, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Prof.Dr. A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005

SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 5.B., Konya 2015 (Uygulama)

SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku, 20.B., Konya 2015

SÜRAL Nurhan, 4857 Sayılı İş Kanunumuzda Esneklik Açılımları, İşveren Dergisi, Eylül 2007, Özel Ek

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 10. B., İstanbul 2014

ŞAHLANAN Fevzi, Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücretinin İçerisinde Olduğunun Kararlaştırılması, Tekstil İşveren, Ağustos 2008, Hukuk Eki 26

ŞAHLANAN Fevzi, Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerinde Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün 4857 Sayılı Kanun Karşısında Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.13, 2007

TOPÇUOĞLU İlyas, 4857 Sayılı İş Kanunu Işığında Türk Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, Ankara Ocak 2009

TULUKÇU Binnur, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012

ULUCAN Devrim, Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi ile İlgili Bazı Düşünceler, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/7

ULUSOY Yasin, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Ara Dinlenmesi, s.404,
<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-ozel/PDF/ulusoy14.pdf>
(ET.11.07.2012)

YELEKÇİ Memduh/YELEKÇİ İlhami, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001

HOCAYLA İŞ YARGISI ÜZERİNE SOHBET

Prof. Dr. Ömer Ekmekçi*

I. Başlangıç

Sayın Hocam;

1985 yılının bahar aylarıydı. Anfi A'da pratik çalışmaya girdiğinizde görmüştük ilk sizi. Genç bir doçent olarak. Mükemmel anlatımınız bize dersi sevdirmişti.

İlk okuduğum eseriniz de, aynen yazarsam, “**Asis. Fevzi ŞAHLANAN, İş Yargılaması, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt XLII, Sayı: 1 - 4 AYRI BASI, SULHİ GARAN MATBAASI KOLL. ŞTİ, İstanbul 1977**” idi. Enstitüye gidip Sezin hanımdan temin etmiştim. Mezun olduktan sonra Kürsünün sınav açtığını öğrenince sizin sevdirdiğiniz dersin kürsüsüne girmek için hiç tereddüt etmemiştim. Kenan bey emekli olduktan sonra derse birlikte girmeye başladık. Aradan 30 yılı aşkın süre geçmiş. Hocam bu sürede Dünya değişmiş. Telefonu olan asistan kavramından nerelere gelmişiz. Hatırlarsınız, evlerimizin yakın olması itibariyle sık sık evinize gelirdim. Çocuklar küçüktü. Beni aileden kabul ettiniz. Bu vesile ile öncelikle muhterem eşiniz Zerrin hanıma teşekkür ederim.

Geriye doğru baktığımda; akademik hayatta sizinle yaşadığım o kadar çok şey var ki. Eminim hatırlamadığım şeyler bunun çok daha fazlasıdır. Ders anlatımınızı ve hitabetinizi hayranlıkla izleyip sizi taklit etmeye çalışmam, yazdığımız tüm eserleri satır satır okumam, Toplu İş Sözleşmesi kitabınızın basım süreci, doktora tezimde önüme çıkarılan sorunları aşmaktaki unutulmaz desteğiniz, kürsü başkanlığınız sürecinde kürsü olmanın ne anlama geldiğini anlamamız, daha ne olsun doktora tezimde, doçentliğimde ve profesörlüğümde vardınız. Akademik hayatımın tüm aşamalarına ve bu süreçte tüm yaşadıklarına tanıklısınız. Eminim ki unuttuklarım bunun çok daha fazlasıdır.

Ama asla unutmayacağım bir kaç şey var: Okulda, yemekte, muhtelif ortamlarda, sizden bir şeyler öğrenmediğim hiç bir an olmadı. Siz hatırlıyor musunuz, hukuki bir tartışma yapmadan vakit geçirdiğimizi. Bunun için çok teşekkür ederim öncelikle, Hocalığımız için. Bu süreçte önüme çıkarılan bir takım güçlüklerle en yakın tanık sizsiniz. Bunları konuşmaya gerek yok. Herkes kendi vicdan aynasına baksın. Bu süreçte her zaman adıldınız, her zaman destektiniz. Çok teşekkür ederim adaletiniz ve desteğiniz için.

Sohbetinizden istifade ettiğim zamanlarda konuştuğumuz konulardan biri de iş mevzuatının mahkeme tatbikatındaki durumu idi. Siz de severdiniz yargılama hukukunu. İlk okuduğum eserinizin İş Yargılaması olmasından mühlhem, bu veda yazısında İş Mahkemeleri Kanunu'nda yapılmak istenilen değişikliklerden birini ele almak istedim.

* İ. Ü. Hukuk Fakültesi

II. Taslak hakkında

Son birkaç yıldır yürürlüğe giren önemli değişikliklerin yanında, bir o kadar önemli gündemde bekleyen değişiklikler vardır. Bunlardan biri de Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı”dır. Ancak Taslaktan sadece İş Mahkemeleri Kanunu’nda değil, 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki işe iade davaları ile zamanaşımı müessesesinde ve ayrıca 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nda da yapılmak istenilen değişikliklere ilişkin hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla esasen Taslağın adı ile içeriğinin uyumlu olduğundan söz etmek mümkün değildir. Bununla birlikte taslakta yer alan değişiklikleri, bundan önceki torba kanun uygulamalarında olduğu gibi, birbiriyle ilgisiz hükümler olarak nitelendirmek de haksızlık olur. Zira taslaktaki hemen hemen tüm hükümler yargılamaya ilişkin usuli sorunlar ve maddi hukuktan kaynaklanan sorunları çözmeye yöneliktir. Zira mahkemelerin dava yükü veya davaların uzun sürmesi sadece usul hukuku ile değil, belki büyük ölçüde maddi hukuktan kaynaklanan sorunlarla ilgilidir. Kuşkusuz getirilen hükümleri tamamen isabetli bulmak mümkün değildir. Bununla birlikte bunları birbiriyle ilgisiz ve bağlantısı olmayan hükümler olarak kabul etmek de kanımızca mümkün değildir.

III. İş yükü ve nedenlerine bakış

Taslağın Genel Gereğesinde, iş uyuşmazlıklarının giderek arttığı ve Yargıtay’daki iş yükünün aşağı yukarı üçte bir gibi yüksek bir oranının işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin bulunduğundan söz edilmektedir. Nitekim Gereğede “...Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının verilerine göre 2015 yılı sonu itibarıyla 15 milyona yakın işçinin ve 1 milyon 700 bini aşkın işyerinin bulunduğu Ülkemizde, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar, hem çalışma hayatının hem de yargının gündeminde önemli bir yer tutmaktadır. 2015 yılı sonu itibarıyla ilk derece mahkemelerindeki 3 milyon 400 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 18’i; Yargıtay’daki 750 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının ise yaklaşık yüzde 30’u iş hukukundan kaynaklanmaktadır. 2015 yılı sonu itibarıyla faaliyette olan 293 adet iş mahkemesinde 356 iş hâkimi görev yapmakta, 767 asliye hukuk mahkemesi, iş mahkemesi sıfatıyla iş uyuşmazlıklarını çözmektedir...” ifadelerine yer verilmiştir.

Kanımızca bunu çok anormal bir gelişme olarak nitelendirmek mümkün değildir. Gerçekten, ülkemizde sanayileşmenin daha yaygın hali gelmesi, azımsanamayacak nüfus artışı, hak arama özgürlüğünün giderek daha fazla kullanılması, bilgiye daha kolay erişme imkanları nedeniyle kişilerin hakları konusunda giderek artan şekilde bilgi sahibi olmaları, bilinç düzeyinin yükselmesi, pek çok mevzuatın yürürlüğe girmesi, tarafların birbirilerine güvensizlikleri, uzlaşma kültürünün giderek kaybolması, bir takım işverenlerin işçilerin haklarını ödemekte çekingen davranmaları kuşkusuz iş yargısındaki yükün daha da artmasında etken olmuştur. Bu, beklenmeyen veya öngörülemeyen bir durum değildir.

Bunun yanında belirtelim ki; konu hep bir usul hukuku sorunu gibi sunulmakla birlikte, dava sayılarının artmasında maddi hukuka ilişkin nedenlerin de daha etkili olduğu görüşündeyiz.

Gerçekten son 10 – 15 yıldır bu kadar çok iş mahkemesi kurulmasında ülkemizde iş güvencesi sistemi ile birlikte gelen işe iade davalarının önemli bir etkisi bulunduğu düşüncesindeyiz. Bunun öngörülerek o dönemde fesihlere

bakan tek daire olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yanında yeni daire/daireler oluşturulması gerekirken, 7. ve 22. Hukuk Dairelerinin ihdası ancak çok sonra olabilmış ancak iş yükü konusunda da iş isten çoktan geçmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu güya işe iade davaları ile uyuşmazlıkların artacağını öngörmüş ancak çözüm olarak toplu iş sözleşmesine hüküm koyarak veya tarafların anlaşması suretiyle özel hakeme başvurma yolunu getirmiştir. Toplu iş sözleşmesine hüküm konulması suretiyle özel hakeme gitmeye ilişkin hüküm çok isabetli olarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İşçi ve işverenin anlaşmasıyla özel hakeme gidilmesine ilişkin hükmün hiçbir işe yaramadığı ise izahatın varestedir.

Bu nedenle, 6356 sayılı Kanunun işe iade davası açmadan doğrudan sendikal tazminat talep edebilme olanağı tanınması son derece isabetli olduğu gibi, işe iade davası açıldığı takdirde de, yukarıda belirtilen, başvuru, işe başlama, başlamama gibi koşullar aranmadan, bağımsız olarak sendikal tazminata hak kazanma olanağı tanınması da son derece isabetli olmuştur. Bu ikinci olanak da esasen bir yönü ile doğrudan sendikal tazminat talep edebilmek anlamına gelmektedir.

İşe iade davası, yapısal sorunlarının yanında aynı konuda bir kaç dava daha açılmasına sebebiyet vermektedir. Gerçekten, işçinin işe iade davası sonunda işe başvurup başvurmadığı, çağrılıp çağrılmadığı, çağrı üzerine süresinde gelip gelmediği, Yargıtay'ın geriye doğru ücret ve tazminat hesabında farklı tarihlerdeki ücretleri esas alması yolundaki içtihatları nedeniyle bu konudaki yanlış hesaplamaya iddialarına ilişkin davalar gibi yeni ihtilaf konuları ortaya çıkmıştır. Yani işe iade sistemi sadece işe iade davasından ibaret kalmamış, çok farklı davalara sebebiyet vermiştir.

Bu nedenle 6356 sayılı Kanunda ihtiyaçlara uygun olarak sendikal tazminat talebine bağımsız nitelik kazandırılarak işe iade sisteminden kopartılması son derece doğru ve ihtiyaçlara uygun bir adım olmuştur. Bu aslında kanun koyucunun, işe iade sisteminin bir işe yaramadığının ikrarı niteliğindedir. Aynı ikrar İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısında işe iade davasına ilişkin yeni düzenlemede de yer almaktadır. Tasarıdaki hükmün çeşitli eleştirilebilir yönleri bulunmakla birlikte, bu adımları son derece isabetli bulmaktayız.

Zaten daha önce de belirttiğimiz gibi, bu hali ile işe iade sisteminin çalışma hayatımıza hiçbir olumlu katkısı olmamıştır. Büyük iddialarla sunulan iş güvencesi sistemi, kanun koyucunun işe iade davalarındaki hatalı kurgusu nedeniyle, yürürlüğe girdiğinden bu yana geçen 13 yılı aşkın süre içerisinde davaları artırmaktan başka bir işe yaramamıştır.

Kuşkusuz iş güvencesi sisteminin kurulması 158 sayılı ILO Sözleşmesinin bir gereğidir. Ancak 4857 sayılı Kanun'un benimsediği garabet işe iade sistemi 158 sayılı Sözleşmenin bir gereği değildir ve hiçbir ülkede de örneği bulunmamaktadır. Usul hukuku hükümlerinden bihaber olarak hazırlanmıştır. Diğer belli başlı ülke uygulamalarında en azından, mahkemenin işe iadenin faydalı olmayacağı kanaatinde olması halinde tazminata hükmetmesi mümkün iken, 4857 sayılı Kanundaki iade sistemi konunun bir oyun haline dönüşmesine yol açmıştır. Gerçekten iade sisteminde işçinin geçersiz feshin sonuçlarından yararlanmak için işverene başvurması zorunlu tutulmuş, tarafların gerçek niyetleri bu olmadığı halde, işçiler işe başlayacak durumda olmamasına rağmen "geliyorum" demeye, işverenler de işçiyi başlatmak istemediği halde "gel başla" demeye başlamıştır.

Ayrıca büyük umutlarla beklenen iş güvencesi sistemi; işe iade sisteminde mahkeme kararının bir tespit hükmü olarak düzenlenmesi, ilamlı icraya konu yapılamaması, Yargıtay'ın bu konuyu çözüme bağlaması mümkün iken maddenin lafzına takılarak bu davaların önünü açamaması, davada geriye doğru ücret ve ayrıca tazminat şeklinde iki ayrı yaptırım öngörülmüş olması, Kanunun geriye doğru ücret tercihinin SGK, vergi ve bordro sistemi konusunda önemli sorunlara yol açması, geriye doğru ücret hesaplanırken fesih tarihinden ileriye doğru olan ücretler esas alınırken, tazminatın hesabında işçinin işe başlatılmadığı tarihteki var sayılı ücretinin esas alınması, geriye doğru dört aylık sürenin kıdem süresine dahil edilmesi ve bunun fark kıdem ve ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi alacakları doğurması ve bu makalenin konusuna aşan daha bir yığın sorunlar içermesi, işe iade sisteminin sadece dava sayısının artmasına yol açması, gerçek iş güvencesini ve işe iadeyi sağlamak konusunda en ufak bir katkısının olmaması sonucunu doğurmuştur.

Türk çalışma hayatının, bu sanal iş güvencesi sisteminden bir an önce kurtarılması ve geçersiz fesih halinde işe iade talep hakkı verilmeyip, sadece tazminat öngören bir sistemin kurulması zorunludur. Hatta bu tazminat miktarının hakim takdirine bırakılmaması, ayrıca miktarın hakim tarafından rakam olarak belirlenmesi sisteminin benimsenmesi zorunludur. Mevcut işe iade sisteminin her iki taraf bakımından da bir yararı bulunmamaktadır. Geçersiz nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi, örneğin verimsizlik iddiasıyla çıkarılan işçi bu işyerine iade edilmeyi neden istesin? İş sözleşmesini işçinin verimsizliği nedeniyle fesheden işveren bu işçinin işe iadesini neden kabul etsin? Mahkeme bu işçiyi verimsiz bulmadığında, işveren fikrini mi değiştirecektir? Örneğin kendisine mobbing uygulanarak iş sözleşmesi feshedilen işçi bu işyerine dönmek istemediği veya dava sonundaki şartlarına göre, dönmek istemediği takdirde, mobbing yaptırımsız kalmış olmayacak mıdır? Türk çalışma hayatının ve yargının bu saçma sapan iade sistemini daha fazla taşıması mümkün değildir. Tazminat yaptırımına dayalı bir iş güvencesi sisteminin benimsenmesi zorunludur. İş davası sayısını azaltmak için ne işe yaradığı belirsiz işçi temsilciliği gibi müesseselerden medet umanların, sanki mevcut Kanunda hüküm yokmuş gibi mahkeme için uzlaşmadan söz edenlerin öncelikle işe iade sisteminin yarattığı dava sayısını değerlendirmeleri daha isabetli ve akılcı olurdu.

IV.İş Mahkemeleri Kanunu'nun değişme zorunluluğu ve Tasarı'da öngörülen zorunlu arabuluculuk sistemi

Görüşümüze göre de 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yeniden ele alınması gerektiğinde şüphe bulunmamaktadır. Ancak bunun nedeni salt yargılamada süratin sağlanması değildir. 1950 tarihli Kanun Anayasa Mahkemesi'nin verdiği yedi iptal kararı ile adeta delik deşik olmuştur. Bu haliyle, okunmasında dahi güçlük bulunan gayri ciddi bir kanun görünümündedir. Bu gayri ciddi durum esasen Kanunun içeriğine de yansımıştır. Zira Kanunda yürürlükten kalkmış ve uygulaması bulunmayan ibarelerin hala korunduğu görülmektedir.

Bu tespit isabetle Taslağın Genel Gereğesinde şu şekilde yapılmıştır. “
.....İş Mahkemeleri Kanununun 8 inci maddesinde yer alan, tefhim veya tebliğden itibaren sekiz gün içinde kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin hüküm, 2011 yılında kabul edilen ve yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun öngördüğü kanun yoluna başvuruya ilişkin hükümlerle uyumsuzluk arz etmektedir. Bunun gibi, İş Mahkemeleri Kanununun 2 nci maddesiyle kabul

edilen toplu mahkeme yaklaşımı, Anayasa Mahkemesince 1970 yılında iptal edildiği halde Kanunun 1 inci maddesinde iş mahkemelerinin görevini toplu olarak yapmasına ilişkin hükümler söz konusudur. Yine, İş Mahkemeleri Kanununun 9 uncu ve 10 uncu maddeleri yürürlükte olmalarına rağmen bu maddelerin uygulamaları kalmamıştır. 5521 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde yer alan şifahi yargılama usulü, 6100 sayılı Kanunun 447 nci maddesindeki genel atf sebebiyle basit yargılama usulüne dönüşmüş bulunmaktadır...” Bu tespitlerin tamamına katılmaktayız.

Öte yandan; görüşümüze göre, bir mahkemenin ihtisas mahkemesi olması için mutlaka yargılama usulünde farklılıklar bulunması, farklı süreler içermesi de gerekli değildir. Tüm hukuk muhakemesinde usulün, sürelerin, süre başlangıçlarının, kanun yollarının aynı olmasının hukuk güvenliği bakımından daha isabetli olacağı görüşünderiz. Bu yeknesaklık iş mahkemelerinin bir ihtisas mahkemesi olmasına da engel değildir. Bir mahkemenin ihtisas mahkemesi sayılmasını belirleyen, görevinin kapsamıdır.

Ayrıca belirtelim ki; işçinin korunması maddi hukuka ilişkin bir kavramdır, yargılama hukukuna değil. Bu çerçevede, işçinin korunması ve yargılamada çabukluğun bazı süreleri bir kaç gün/hafta kısaltmakla sağlanamayacağı artık anlaşılması ve bu sığ anlayışın artık terkedilmesi gerekir. İş mevzuatında sıklıkla rastlanan altı iş günlük dava açma süreleri olsa olsa kişileri dava açmaya teşvik eder, yargılamanın çabuk bitmesine kesinlikle hizmet etmez. 2822 sayılı Kanundaki, mahkemenin yetki itiraz sürecinde “maddi hata ve süreye ilişkin itirazları duruşma yapmaksızın kesin olarak karar bağlar” şeklindeki düzenlemeler yargılamanın hız kazanmasını sağlamaz. Olsa olsa ortada maddi hata veya süreye ilişkin bir itiraz bulunup bulunmadığı yönünden temiz edilerek konuyu daha da uzamasını sağlar. Aynı şekilde 6356 sayılı Kanuna ilişkin olarak Kanun koyucunun yetki itiraz sürecinde “dava dilekçesinde veya ekinde somut delillerin bulunmaması halinde ...” davayı reddedeceği yolundaki yaklaşım da bu süreci hızlandırmak konusunda ortaya konulan sığ ve çaresiz anlayışı göstermektedir. Geçmiş uygulamalar bu doğrultudaki görüşlerin haklı olduğunu defalarca göstermiştir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Bu nedenle, iş yargılamasında temel değişikliklere gidilmesi, ayrıca yargılamayı uzatan ve dava yükünü artıran maddi hukuk hükümlerinin gözden geçirilmesi konusundaki çalışmaları tamamen isabetli bulmaktayız. Kuşkusuz bu durum Taslağı tümünden isabetli bulduğumuz anlamına gelmemektedir. Örneğin iş yargılamasında zorunlu arabuluculuk sisteminin getirilmeye çalışılması gibi. Aşağıda değinildiği üzere, bu düzenleme arabuluculuk müessesesinin niteliğine aykırı olduğu gibi, Anayasa’ya da aykırıdır ve kanımızca dava yükünün azaltılması sürecinde bir işe yarayacağı da çok tartışma götürür.

Konunun daha iyi ifade olunabilmesi için iş yargılamasında zorunlu arabuluculuğa geliş sürecinin kısaca incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, sadece ülkemizde değil, benzer hukuk sistemlerine sahip diğer ülkelerde de uyuşmazlıkların çözümü için uzlaştırma, arabuluculuk ve sair alternatif yöntemler üzerinde çalışılmakta ve uygulamaya konulmaktadır.

Bu doğrultuda olmak üzere Ülkemizde de hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi konusunda 22.6.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” yürürlüğe konulmuştur. Kanunun esasa ilişkin hükümleri yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Daha sonra da Adalet Bakanlığı

tarafından hazırlanan “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği” uygulamaya konulmuştur (RG 26.1.2013 No: 28540).

Kanunun md.2/b bendine göre, arabuluculuk; Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir.

Arabuluculuk sisteminin temel nitelikleri ne şekildedir?

1) Arabulucu yoluyla çözümlenecek uyuşmazlıklar öncelikle hukuk uyuşmazlıklarıdır. Bu husus 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu’nun md.1/I. fıkrasında; “Bu Kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.” ifadesiyle ortaya konulmuştur.

2) İkincisi Arabulucuya götürülebilecek hukuk uyuşmazlıkları sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlere ilişkindir. 6325 sayılı Kanunun md.1/II. fıkrasında göre, “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.”

3) 6325 sayılı Kanunun getirdiği sistem Devlet yargısına alternatif bir sistem değildir. Kanunun yukarıda belirttiğimiz md.2/ b bendinde, arabuluculuğun ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu belirtilmiştir. Yine Kanunun “İradi olma ve eşitlik” başlıklı md.3/I. fıkrasında bu iradilik tekrar vurgulanmış ve “Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler...” hükmüne yer verilmiştir. Yani taraflar zorla bu sürecin içerisine dahil edilemezler ve her aşamada uyuşmazlığı arabulucu yoluyla çözdürmekten vazgeçebilirler. Nitekim arabuluculuk faaliyetinin sona ermesini düzenleyen 17’inci maddede, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiren haller arasında, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi ve tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi de sayılmıştır.

4) Hatta arabuluculuğa başvurmayı özendirmek ve tarafların diledikleri zaman bu süreçten rahatlıkla vazgeçebilmelerini kolaylaştırmak üzere 6325 sayılı Kanunun 5’inci maddesinde, konu ileride herhangi bir surette yargıya intikal ettiğinde, arabuluculuk sürecindeki beyan ve belgelerin kullanılmamasına ilişkin yasaklar getirilmiştir.

Maddeye göre;”(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler...”

Yukarıda belirtilen hususlardaki bilgiler olası bir hukuk davasında veya tahkimde delil olarak ileri sürülemez ve bu konularda tanıklık yapılamaz. Bu yasaklar beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır. Öyle ki; belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, yukarıdaki hükümde öngörülen aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

Bununla birlikte belirtelim ki, yukarıda belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.

Görüldüğü gibi 6325 sayılı Kanun arabuluculuk sürecinin iradiliğini teminat altına almış ve bu yola başvurulmasının konuya ilişkin olası bir hukuk davası veya tahkimde aleyhe durum yaratmasını yasaklamıştır.

5) Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Eğer dava açıldıktan sonra taraflar birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan ederlerse, yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir.

6) Arabulucu yargısal yetki kullanamaz. Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. Bu çerçevede, arabulucu keşif, bilirkişiye başvurma ve benzeri yargısal yetkileri kullanamaz.

7) Arabulucu sürecin yürütülmesi sırasında taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz, anlaşmaya varmaya zorlayamaz, çözüm önerisi empoze edemez.

8) 6325 sayılı Kanununun 16'ncı maddesine göre; arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Arabuluculuk sürecinin sürelerle etkisi bu müesseseyi Avukatlık Kanunu'ndaki uzlaştırma müessesesiyle çok önemli bir farkını oluşturmaktadır.

9) Arabuluculuk faaliyetinin uzlaştırmadan bir diğer önemli farkı, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varılması halinde, mahkemeden şerh alınmak suretiyle ortaya icra kabiliyeti olan bir karar çıkar. 6325 sayılı Kanunun 18'inci maddesine göre, “(1) Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. (2) Taraflar arabuluculuk

faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkmeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkmeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.

Devam edersek; tarafların aralarındaki uyuşmazlığın sulhen çözümüne ilişkin yegane yol 6325 sayılı Kanunla gelen arabuluculuk değildir. Mahkemelelerin iş yükünü azaltmak üzere Avukatlık Kanunu'nun md.35/A bendinde getirilen uzlaşma müessesesi, ceza yargılamasındaki uzlaşma müessesesi de mevcuttur. Ancak hukuk uyuşmazlıklarında Avukatlık Kanunu'na dayanan uzlaşma müessesesi uygulamada beklenen yararı sağlayamamıştır. Zira bu anlaşmanın bir kesin hüküm etkisi yoktur. Halbuki 6325 sayılı Kanundaki arabuluculuk sürecinin sonunda yapılan anlaşmaya mahkemece şerh verilmesi ile birlikte artık o konuda kesin hüküm etkisi söz konusu olacaktır. Öte yandan hukuk yargılamasında hakimin tarafları sulhe teşvikine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak bunca yıllık uygulamada bu da bir işe yaramamıştır. Bu nedenle zaman zaman savunulan "mahkeme bünyesinde anlaşma" gibi çözüm yolları, parlak gibi gözükse ancak içi boş çözüm yollarıdır. Bu, mevcut uygulamadan farklı olarak ne getirecektir, ne fayda sağlayacaktır? Bununla neyin kastedildiği bile belli değildir.

Ayrıca katılmadığımız bir başka husus da Almanya, Fransa gibi farklı kültürleri içeren ülkelerde uygulanan sistemlerin (sanki o ülkelerde yargı sorunları ülkemizden azmış gibi) mucize çözümler gibi sunulmasıdır. Kuşkusuz her görüş muhtemeldir.

Şu halde, 6325 sayılı Kanunda öngörülen arabuluculuk sistemi, işin niteliğine uygun olarak, tamamen ve tüm süreç boyunca ihtiyari niteliktedir. Ancak sonunda bir anlaşmaya varılması halinde icra edilebilir nitelikte bir karar ortaya çıkacaktır.

Gelelim tasarıdaki arabuluculuk düzenlemesine;

Arabulucuya başvurma olanağı şu anda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemler için vardır. Yani şu anda işçi – işveren arasındaki uyuşmazlıklarda da 6325 sayılı Kanunda öngörülen arabulucu süreci vasıtasıyla çözdürülebilir. Kuşkusuz bu olanağın alternatif bir çözüm yolu olarak işçi ve işveren taraflarına da tanınması isabetli olmuştur. En azından bir zararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte belirtelim ki, uyuşmazlıkların arabulucu vasıtasıyla sulhen çözümlenmesi bir gelenek sorunudur ve ülkemiz bu gelenekten uzaklaşalı çok olmuştur. Ancak ne olursa olsun elbette temenni edilen bu alternatif çözüm yolunun işe yaraması ve giderek yaygınlaşmasıdır. Bu temenninin amacı da sadece yargının yükünün azalması değildir.

Nitekim Taslağın Gerekçesinde Arabuluculuk Kanunu'nun en çok işçi – işveren uyuşmazlıklarında işe yaradığından dem vurulmuştur. Gerekçedeki ifadeye göre "...2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca iş uyuşmazlıkları ihtiyari olarak arabulucuya götürülebilmektedir. İki buçuk yıllık uygulama sonunda arabulucuya götürülen toplam hukuk uyuşmazlıklarının yüzde 72'sinin işçi-işveren uyuşmazlığı olduğu ve bunların yüzde 100'e yakın oranda anlaşmayla sonuçlandığı görülmüştür..."

Arabulucuya giden iş uyuşmazlıklarının yaklaşık yüzde 85'i bir gün veya bir günden daha az süren müzakerelerle sonuçlandırılmıştır. Bu ifadelerle arabuluculuk adeta mucize bir çözüm olarak sunulmuştur. Gerekçedeki bu rakamları ihtiyatla karşılıyoruz. Bu parlak rakamlara karşılık denilebilir ki; "uygulamada işçiye ödeme yapmak isteyen işverenler davada anlaşıp davayı kabul vs gibi işlemlerle uğraşmak yerine, ödeme yapmak için arabulucu önünde anlaşmayı şart koşmaktadır. Cımbızla alınarak sunulan mucize rakamların nedeni budur". Bu karşı iddia yine Genel Gerekçede yer alan ve arabuluculuk sürecinin sadece bir kaç gün sürdüğü yolundaki ifadeyle de uyumludur.

Ayrıca belirtelim ki, Genel Gerekçede yer alan bu veriler taslaktaki zorunlu arabuluculuk düzenlemesi ile bağdaşmamaktadır. Aşağıda değinileceği üzere, Tasarıda, 6325 sayılı Kanuna tamamen ters olarak, ihtiyari değil zorunlu arabuluculuk sistemi getirilmiştir. Bu noktada şu basit soruyu sormak gerekir: Madem 6325 sayılı Kanunla gelen arabuluculuk sistemi en çok işçi işveren arasındaki uyuşmazlıkları çözümünde işe yaramıştır, o halde neden İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısında arabuluculuk zorunlu hale getirilmeye çalışılmaktadır? Madem ihtiyari zeminde işçi ve işverenler bu çözüm şekline çok ilgi gösteriyorlar, bunu zorunlu hale getirmeye ne gerek vardı?

Tasarıda nasıl bir zorunlu arabuluculuk sistemi benimsenmektedir?

Tasarının zorunlu arabuluculuk başlıklı 3'üncü maddesine göre; "(1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacağı ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunludur. Aksi halde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre işlem yapılır."

Anılan hükümlerde davanın açılmamış sayılmasından söz edilmektedir. Yani ortada yeni bir dava şartı söz konusudur. Bu hususta maddenin gerekçesinin ilgili kısımlarını zikretmek gerekirse; "*Maddeyle, bir kısım iş uyuşmazlıkları için zorunlu arabuluculuk uygulaması getirilmektedir. Bu kapsamda kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacakları ile işe iade talebiyle açılacak davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu kabul edilmektedir. Düzenleme uyarınca, 4857 sayılı İş Kanunu ile diğer kanunlardan kaynaklanan işçi alacakları için öncelikle arabulucuya başvurma zorunluluğu söz konusu olacaktır. Bu kapsamda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Altıncı Bölümünde düzenlenen "Hizmet Sözleşmeleri" kapsamındaki işçi alacaklarının da zorunlu arabuluculuğa tabi olması öngörülmektedir. Arabulucuya başvurma zorunluluğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca dava şartı olarak kabul edilmektedir. Ancak, zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarında bu dava şartı noksanlığını tespit eden hâkimin, davayı usulden reddetmesi gerektiği; noksanlığı gidermesi için davacıya süre veremeyeceği hükme bağlanmaktadır...*"

Şimdi; diğer hukuk dallarında arabuluculuk kural olarak 6325 sayılı Kanun çerçevesinde ihtiyari nitelikte iken, neden iş uyuşmazlıklarında zorunlu nitelik kazandırıldığı anlamak mümkün değildir. Gerekçede de bu konuda hiçbir açıklamaya yer verilmemiştir. Amaç kanımızca işçinin dava açma sürecini uzatarak ve dava açılmasını zorlaştırarak dava sayısını azaltmaktır. Halbuki aynı sonuca dava masraflarının ödenemeyecek derecede artırılması suretiyle de varılabilirdi.

Öte yandan maddenin ikinci fıkrasına göre, arabuluculuk başvurusu "... karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Üçüncü fıkraya göre; "... Tarafların herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmamaları halinde görevlendirme, arabuluculuk bürosu tarafından yapılır."

İşçi ve işverenin anlaşma niyeti olduğu takdirde zaten 6325 sayılı Kanuna uygun olarak iradi surette arabulucuya başvurabilirler. Anlaşma niyeti olmayan tarafların ise belirli bir arabulucu üzerinde anlaşamayacaklarını tahmin etmek için kahin olmaya gerek yoktur. Taraflar anlaşamadığı takdirde arabulucuyu Arabuluculuk Bürosu tayin edecektir. Taraflar Büro tarafından tayin edilen arabulucuya neden güvensin de bu süreçte anlaşsın. Ayrıca 6325 sayılı Kanundaki arabuluculuk izah edilirken arabulucunun yargısal yetki kullanmayacağı belirtilmiştir. Kişiler üzerinde anlaşmadıkları ve yargısal işlem yetkiyle donatılmayan birinin yaptığı hesaba ve arabuluculuğa neden güvensin? En geç dört haftada ortaya çıkması gereken bir sürece neden güvensin?

Tasarının bu haliyle yasalaşması güç gözükmektedir. Yasalaşsa dahi Anayasaya aykırı sayılacağı kuvvetle muhtemeldir.

Son söz:

Neyse hocam bu konular aslında 30 yılı aşkın birlikteliğimizin konularını oluşturuyor. Konuşmakla, yazmakla bitmez. Ömrümüz izin verdiği müddetçe hep birlikte göreceğiz. Zaten bu ülkede yaşamak aynı filmi birkaç kez görmek anlamına gelmiyor mu?

Evet sayın Hocam. Veda zamanı geldi sanırım. Sizden bir şeyler öğrenmediğim hiç bir an olmadı. Tüm akademik hayatım boyunca Hocalığınızı, adaletinizi, desteğinizi hep yanımda hissettim. Size; eşiniz, çocuklarınız, torunlarınız ve tüm sevdiklerinizle birlikte sağlıklı, mutlu, huzurlu, uzun bir ömür diliyorum sayın Hocam. Hakkınızı helal edin.

İŞ HUKUKU AÇISINDAN ULUSLARARASI HUKUK – ULUSAL HUKUK İLİŞKİSİ VE YARGI KARARLARI

Prof. Dr. Öner Eyrenci*

I. GİRİŞ

Son yıllarda uluslararası iş hukukunun hem önemi artmış, hem de kapsamı oldukça genişlemiştir. Burada söz konusu olan, devletler kamu hukuku niteliğindeki “çok taraflı uluslararası sözleşme ve andlaşmalar”dır. “İki taraflı anlaşmalar” ise, daha çok sosyal güvenlik hukuku alanında yapılmaktadır. Devletler kamu hukukunda yaygın olan uluslararası gelenekler (örf ve adetler) ise uluslararası iş hukukunda önemli değildir.

Sözleşme olarak düzenlenen uluslararası iş hukuku kuralları, doğrudan iş hukukunun aktörlerine, yani işçi, işveren ve sendikalara değil, öncelikle doğrudan sözleşmeyi imzalayan devletlere yöneliktir. Devletler “onaylama” yoluyla bu kuralların kendileri için bağlayıcı olduğunu beyan ettikten sonra, anayasalarının öngördüğü usulde ve organlarında bu kuralları iç hukuka aktarmak durumundadırlar.

Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) gibi, uluslararası iş hukuku kurallarının bir bölümü genel niteliktedir. Buna karşılık, Avrupa Konseyi sözleşmeleri ise sadece Avrupa'nın üye ülkeleri için geçerli ve bölgesel niteliktedir. Bunların dışında, “uluslarüstü” niteliği nedeniyle “Avrupa Birliği Hukuku” ayrı bir kategori oluşturmaktadır.

Türkiye Avrupa Birliği üyesi olmadığı için, burada Birliğin “uluslarüstü” nitelikteki düzenlemelerinin Türk hukukuna etkisi ele alınmayacaktır. Buna karşılık, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi Sözleşmeleri tipik bir devletler hukuku sözleşmesi niteliğindedir.

ILO ve Avrupa Konseyi sözleşmelerinin Türk hukuku açısından bağlayıcı hukuk olabilmesi için AY m. 90 f.1 uyarınca onaylanması ve TBMM'nin onaylamayı bir kanun ile uygun bulmasına bağlıdır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş bu sözleşmeler kanun hükmündedir (AY m. 90 f. 6). Uluslararası bir sözleşmenin aynı konuyu düzenleyen ulusal yasa hükmü ile çatışması halinde hangi kuralın uygulanacağı ve onaylanan bir sözleşmenin doğrudan uygulanabilir (self executing) nitelikte olup olmadığı hukukumuzda tartışmalıdır.

Genel olarak uluslararası hukukun iç hukuka etkisi ve bunların birbirleri karşısındaki norm değerleri konusunda öğretide başlıca iki görüş bulunmaktadır: ikici (düalist) veya pluralizm (çoğulculuk) ve tekçi (monist) görüşler¹.

* Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

¹ Bu konuda ayrıntılı olarak bak. F.E. Çelik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması, İdare Hukuku ve Bilimleri Dergisi (İ. Duran'a Armağan), Özel Sayı, Yılı: 9, sayı. 1-3; 1988, 47 vd.; S. Toluner, Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İstanbul 1973, 399 vd.; S.L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş, C. I, Ankara 1975; H. Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 8. Bası, Ankara 2011, 18 vd.;

İkinci görüşe göre, uluslararası hukuk ile iç hukuk birbirinden farklıdır ve iki ayrı hukuk düzenini oluştururlar. Ayrıca, her iki hukuk düzeninin kaynakları da birbirinden farklıdır. İç hukukta yasanın iradesi mevcut iken, uluslararası hukukta ilgili devletlerin ortak iradesi söz konusudur. Dolayısıyla bu görüşe göre, bu iki ayrı hukuk düzeni kurallarından birinin diğer hukuk düzeninde doğrudan uygulanma olanağı (self executing) yoktur. Bir hukuk düzeninde (uluslararası hukukta) geçerli olan bir kuralın diğer hukuk düzenine (iç hukuka) atf veya aktarma yöntemiyle dahil edilmeden o hukuk düzeninde (iç hukukta) herhangi bir etkisi söz konusu olamaz. Bunun sonucu olarak, ikinci görüşe göre, uluslararası hukukla iç hukukun çatışması olasılığı da düşünülemez.

Tekçi görüşe göre, dünyada varolan hukuk düzeni tekdir ve uluslararası hukuk ile iç hukuk düzenleri bu bütünün parçalarıdır. Burada ortaya çıkan temel sorun, iki hukuk düzeninin hangisinin diğerine üstün olduğudur. İç hukukun uluslararası hukuka üstün olduğunu savunan az sayıdaki yazarları bir tarafa bırakırsak, bu görüşü savunanların büyük çoğunluğuna göre, uluslararası hukuk iç hukuka üstündür.

Görüldüğü gibi, gerek ikinci ve gerekse tekçi görüşler tamamen kuramsaldır. Hiçbir hukuk sisteminde bu iki görüşten biri tümüyle uygulanmamaktadır. Bu nedenle, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkilerde her devletin durumu, kendi düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirilerek bir sonuca varılması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

II. ULUSLARARASI HUKUK VE TÜRK HUKUKU ARASINDAKİ HİYERARŞİ

Uluslararası hukuk kurallarının iç hukuk kuralları arasındaki hiyerarşik ilişki genellikle anayasalar tarafından belirlenmektedir. Ülkemizde de bu konuda, 1961 Anayasasının 65. maddesinden aynen alınan 1982 Anayasasının 90. maddesinde “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” (son f.) hükmüne yer verilmişti. Bu fıkraya 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı kanun ile “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” cümlesi eklenmiştir. Anayasanın bu hükmü, uluslararası andlaşmaların Türk Hukuk düzenindeki yeri konusunda öğretilerde birbirinden farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur.

a) Anayasanın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikten önce yer alan, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” (AY m. 90 f. 6) hükmü dikkate alındığında, her ne kadar uluslararası hukukun iç hukukun bir parçası olduğu maddede açık olarak belirtilmese bile, andlaşmanın kanun niteliğini alması sonucu Türk mahkemeleri, her kanunu olduğu gibi andlaşmaları da uygulamak durumundadır. Bir kanunla andlaşmanın çatışması halinde *lex posterior vey a lex specialis* ku-

A. Güzel, ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi, 16-19; I. Özkan, Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkisi, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Özel Sayı (Aydın Zevkileri’ne Armağan), C. 8, 2013, 2128 -2138 ve orada gösterilen eserler.

rallarına göre hareket etmek gerekeceği² genel kural olarak söylenebilirse de andlaşmaların kendilerinden sonra çıkan yasalara aykırılığı nedeniyle uygulanmamasının Anayasal sisteme ters düşeceği kanısındayız. Andlaşmalar yasa ile de değiştirilemez. Dolayısıyla, uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk normlarından üstün olduğunun kabul edilmesi ve yargı yerlerince uygulanması gerekmektedir. Zira, Anayasanın 90. maddesindeki “bunlar hakkında Anayasa-ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı” hükmü buna bir dayanak teşkil edebilir³. Buna karşılık öğretide baskın görüş Anayasamızın uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesini kabul etmediği, dolayısıyla andlaşmaların yasalarla eşdeğer olduğunu kabul yönündedir⁴.

Belirtelim ki, öğretide uluslararası andlaşmaların doğrudan uygulanabilirliği (self-execution) konusunda da görüş ayrılığı mevcuttur. Nitelikleri bakımından doğrudan uygulanabilme kabiliyeti bulunmayan, ayrıca yasa çıkarılması gereken andlaşma hükümleri bir tarafa bırakılırsa, genellikle öğretide uluslararası andlaşma hükümlerinin doğrudan uygulanabileceği kabul edilmekle birlikte⁵, aksi görüşü savunanlar da mevcuttur⁶.

2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden önce de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ülkemizde yasalarla üstün tutulması gerektiği, AİHS hükmü ile yasa hükmü arasında bir çatışma halinde AİHS hükmünün uygulanması gerektiği öğretide savunulmuştur⁷.

² Özkan, (dn.1), 2149; S.Başterzi, Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk Kuralları Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Sorunu, TİSK Akademi, C. I, sayı:2, 2006, 32-33.

³ M.Turhan, Anayasal Devlet, Ankara 2003, 172-173; M. Gülmez, Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar, Çalışma ve Toplum, 2005/1 sayı:4, 36-37; Ayrıca bak. Ö. İ. Akipek, Devletler Hukuku, 1. Kitap: Başlangıç, 3. Bası., Ankara, 28; F. Şahlanan, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Milli Komitenin 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara 1997, 58.

⁴ Bak. E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, 411; R. Aybay, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, Türkiye Barolar Birliği D., Sayı: 70, Mayıs-Haziran 2007, 202-203. Başka gerekçelerle aynı şekilde T. B. Balta, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye”, Türkiye’de İnsan Hakları, Ankara 1970, 278; Toluner, (dn.1), 595 -596.

Türk İş Hukuku Öğretisi de genellikle uluslararası andlaşmaların yasalarla eşdeğer nitelikte olduğunu savunmaktadır. Bak. M. Sur, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İzmir 1995; 49-57; aynı yazar, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir 2000, 54-55; C. Tuncay, 87 Sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Milli Komitenin 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara 1997, 73-75; P. S. Kaya; Çalışma Mevzuatının Geliştirilmesinde ILO Normlarının Etkisi, M. Kutal'a Armağan, Ankara 1988, 137; Başterzi, (dn. 2), 32-33; S. Süzek, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, 102.

⁵ Bak. Özkan, (dn.1), 2152; M. Turhan, Anayasal Devlet, Ankara 2003, 172-173.

⁶ Bak. H. Can, “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”, Yasama Sayı: 12, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2009, 16.

⁷ E. Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukunda Yeri ve Uygulaması”, İdare Hukuk ve İlimleri Dergisi (Lütfü Duran'a Armağan), yıl:9, Sayı: 1-3, 1988, 51-52; N. Yüzbaşıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, İHMD, Mayıs 1994, s. 35-36; T. Akilloğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, SBF D, C.44, Sayı:3-4, 1989, 158; D.Tezcan/M. R. Erdem/O. Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Bası., Ankara, 2004. 127-128.

b) *Anayasa'nın 90. maddesinin 6. (son) fıkrasına 2004 yılında eklenen cümlenin kabulünden sonra* ülkemizin taraf olduğu uluslararası andlaşmaların Türk kanunları karşısında durumu açısından andlaşmalar açısından iki farklı andlaşma türü ortaya çıkmaktadır: (1) "temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar" ve (2) bunların dışında kalan uluslararası andlaşmalar.

İkinciler bakımından 2004 değişikliğinden önceki durumunda bir değişiklik bulunmamaktadır⁸. Birinciler bakımından tartışma, hangi andlaşmaların "temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşma" niteliğinde olduğu noktasında toplanmıştır. "Temel hak ve özgürlükler"den anlaşılması gereken geniş anlamı ile "insan hakları" olması gerektiği; dolayısıyla sadece Anayasa ile korunan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı kalmayıp, ülkemizin taraf olduğu andlaşmalarda yer alan klasik kişisel ve siyasal hakları ve üçüncü kuşak dayanışma haklarını kapsaması gerektiği öğretilerde belirtilmektedir⁹. İş Hukuku açısından öğretilerde "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"¹⁰ ve Protokollerinin bu niteliği tartışmasız kabul edilmekte; ayrıca, "Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi" ve "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi" ile "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi", "Çocuk Hakları Sözleşmesi" ve "İrk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi" temel hak ve özgürlüklere dair sözleşmelere örnek olarak gösterilmektedir.

"Sosyal haklar" açısından ise Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri bakımından Örgütün 1988 yılında aldığı karar ile 7 sözleşme çalışanların temel hakları kategorisine dahil edilmiştir. Öğretilerde bu sözleşmelerin sosyal haklar bakımından temel hak ve özgürlüklere dair sözleşme olarak kabul edilmektedir. Temel insan hakkı sayılan hususlar **sendika özgürlüğü, zorla çalıştırma ya-sağı, fırsat ve işlem eşitliği ve çocukların çalıştırılmasının yasaklanmasıdır**. Bu konulardaki başlıca sözleşmeler ise,

- 29 sayılı "Zorla Çalıştırma Sözleşmesi",
- 87 sayılı "Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi",
- 98 sayılı "Örgütlenme ve Toplu Görüşme Sözleşmesi",
- 105 sayılı "Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması Sözleşmesi",

Ayrıca bak. ve karşı. K. Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaya Üstünlüğü Sorunu", Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara, TODAİE, 2000, 38-39; Özkan, (dn. 1), 2153-2154.

⁸ Özkan, (dn. 1), 2154.

⁹ Özellikle bak. H. Pazarcı, Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması, MHB, Yıl: 2004, sayı: 1-4, S. Toluner'e Armağan, 2004, 650 vd.; M. Gülmez, Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu, Belediye-İş Yayını, Ankara 2006, 95-97; M. Sur, Sosyal Haklara İlişkin Andlaşmaların İç Hukukta Yeri, D.Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 50.

Belirtelim ki, Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrasında 2004 yılında yapılan değişiklik çalışmalarında, Türk hukukuna üstün kabul edilecek andlaşmaların hangileri olduğunun maddede belirtilmesi teklif edilmişse de, bunun fazla sınırlayıcı ve dinamik yaklaşımı engelleyeceği gerekçesi ile kabul edilmeyerek genel bir ifade ile yetinilmiştir (TBMM S. Sayısı: 430).

¹⁰ 2004 değişikliğinden önce de AİHS'nin Türkiye'de yasalara üstün tutulması gerektiği öğretilerde savunulmaktaydı (E. Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukunda Yeri ve Uygulaması", İdare Hukuk ve İlimleri D., L Duran'a Armağan, Yıl:9, Sayı: 1-3, 1988, 51-52; N. Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", İHMD, Mayıs 1994, 35-36; Akıllıoğlu, 158.

- 111 sayılı “İstihdam ve Meslekte Ayrımcılık Sözleşmesi”,
- 138 sayılı “İstihdama Kabulde Asgari Yaş Sözleşmesi” ve
- 182 sayılı “En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Kal-dırılması Sözleşmesi”dir.

Avrupa Konseyi belgelerinden “Avrupa Sosyal Şart” ve “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” ile “Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi”ni de temel hak özgürlüklere dair uluslararası Andlaşmalar arasında zikretmek gerekir¹¹.

Öte yandan, öğretide Anayasa’nın 90. maddesine eklenen “esas alınır” deyi mi de eleştirilmektedir. Madde gerekçesinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla maddeye eklendiği belirtilmek-teyse de bu amacı sağlayamadığı ve uygulamanın yorumuna bıraktığı ileri sü-rülmüştür¹². Öncelikle belirtelim ki, eklenen cümlede yar alan uluslararası andlaşmalar ile ulusal yasalar arasında aynı konuda farklı hükümler bulun-masından doğan “uyuşmazlıklar” sözcüğünün salt yargı yerlerinin önündeki uyuşmazlıklarda değil, idari makamlar önündeki gerek yasaları ve gerekse di-ğer düzenleyici hükümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda da ulusla-rarası andlaşmaların “esas” alınması gerekir¹³. “Esas almak” demek, uluslara-rası andlaşma hükümlerine göre “karar vermek” ya da “işlem yapmak” demektir.

İç Hukuk hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası norm arasında uyuşmazlık olduğunda uluslararası normun esas alınması asıl olmak-la birlikte, iç hukuk hükmü daha ileri bir düzenleme getiriyorsa elbette iç hu-kuk hükmü uygulanacaktır. Başka bir anlatımla, aynı konudaki iç hukuk normu ile uluslararası normu arasında farklılık bulunması durumunda daha ileri hak ve güvence getiren norm esas alınacaktır¹⁴.

III. ULUSLARARASI ANDLAŞMALARIN DOĞRUDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

Uluslararası hukuk kurallarının iç hukukta doğrudan uygulanması so-runu, bu hukuk kurallarının iç hukuktaki norm değeri ile yakından ilgilidir. Bu açıdan ikiçi (düalist) sistemi benimseyen ülkeler açısından uluslararası andlaşmaların iç hukukta doğrudan uygulanması (self executing) söz konusu ola-maz. Sorun tekci (monist) görüşü benimseyen hukuk sistemlerinde ise tartış-malıdır.

Uluslararası andlaşmaların doğrudan uygulanabilir (self executing) nite-likte olup olmadığı konusunda öğretide, sözleşme hükümlerinin “başka hiçbir hukuk düzenlemesine gerek bırakmayacak ölçüde somut olarak uygulanmaya olanak tanıyacak düzeyde açık, ayrıntılı ve kesin olması gerektiği”¹⁵, hükmün “yeterince açık ve dakik olması, yeterli bir bütünlük göstermesi, başka iç hukuk normu ile tamamlamaya gerek duyulmaksızın işletilmesi ile hak sahiplerine de bu hususta talep hakkı getirecek ölçüde kesinlik taşıması”¹⁶ gerektiği belirtildik-

¹¹ Sur, (dn. 9), 51; daha geniş bir kapsam için bak. M. Gülmez, Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar, Çalışma ve Top-lum D., Sayı: 4, 2005/1, 32 vd.

¹² R. Aybay, İnsan Hakları, Seçilmiş Makaleler, İstanbul 2010, 174.

¹³ Aynı şekilde Gülmez, (dn. 11), 37-38.

¹⁴ Gülmez, (dn. 11), 36; Sur, (dn. 9), 52.

¹⁵ A. Güzel, ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkı-sı, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Milli Komitenin 20. Kuruluş Yılı Semineri, Ankara 1997, 25.

¹⁶ Sur, (dn. 4), 49 vd.

ten sonra, böyle bir etkiye sahip Sözleşmeye örnek olarak varlık nedeni olarak kişilere hak ve özgürlükler getirmeyi amaçlayan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” gösterilmektedir.

Sosyal hakların doğrudan uygulanabilirliği açısından bazı zorluklar mevcuttur. Burada söz konusu olan sözleşmeler ILO Sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartıdır. Bu sözleşmeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında önemli farklılıklar vardır. Gerçekten, ILO sözleşmelerinin amacı, çalışma ilişkilerini evrensel düzeyde asgari normlara bağlamaktır. Bunun için doğrudan kişilere hak tanımaktan çok, üye devletlere normlar doğrultusunda iç hukukta gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü tutmaktadır. ILO Anayasasının 19. maddesinde de, sözleşmelerin iç hukukta doğrudan uygulanmasını değil, onaylanacak sözleşme hükümlerinin iç hukuk düzenlemeleri ile ulusal hukuka aktarılmasını amaçlamaktadır. Avrupa Sosyal Şartı’nda yer alan sosyal hakların çoğunluğu da bir program hüküm niteliğinde olup, bunların da iç hukukta doğrudan uygulanma olanağının bulunmadığı öğretide baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, ILO’da sözleşmelerin kabulünde üye ülkelerin farklı ekonomik ve sosyolojik gelişmişlik düzeylerine ve farklı hukuk sistemleri göz önünde tutulur. Bu nedenle, sözleşmelerin büyük bir bölümü, kesin bir hüküm içermekten çok, üye devletlere seçenekler sunan alternatifli hükümler içermektedir. Sözleşmeyi onaylayan ülke, bu seçeneklerden birini iç hukukuna aktarma yükümlülüğünü üstlenmektedir¹⁷.

Bununla birlikte, ender de olsa temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir ILO Sözleşmesi hükmü, halen yürürlükteki veya çıkarılacak bir iç hukuk düzenlemesinin sözleşme ile çelişen hükümleri yerine elbette ILO hükmü uygulanacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir ILO sözleşmesi kanun hükmünde olacağından, bu konuda bu sözleşmeye uygun iç hukuk düzenlemelerinin beklenmesine gerek yoktur¹⁸.

Öte yandan, doğrudan uygulanabilirlik kuşkusuz bazı koşullara bağlı ise de, bu koşulların çok katı bir şekilde aranmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, Uluslararası Sözleşme hükümleri, iç hukuk hükümlerine göre genellikle daha “soyut” ve “genel” kavramlar içermektedir. İlk bakışta, doğrudan hak özenelerine yönelik ileri sürebilecekleri özel haklar tanıyan bir hak niteliğinde olmayıp, devlete yönelik bir yükümlülük söz konusu olsa bile, doğrudan uygulanabilir nitelikte ILO Sözleşmelerinin bazı hükümler de mevcuttur. Örneğin, 87 sayılı sözleşmenin çalışanların ve işverenlerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptir oldukları hükmünü içeren 2. madde hükmü doğrudan uygulanabilir nitelikte bir hükümdür. Aynı şekilde, 98 sayılı Sözleşmenin 1. maddesi ile bu hükümden esinlenen 151 sayılı Sözleşmenin 4/1. maddesi de bir “koruma hükmü” olarak doğrudan uygulanmalıdır¹⁹.

Sur, daha sonraki bir makalesinde doğrudan uygulanabilme koşullarını andlaşmanın “somut, dakik, kendine yeterli bir düzenleme getirme” koşullarına bağlamıştır (dn. 9), 53); ayrıca bak. Süzek, (dn. 4), 102.

¹⁷ Bak. dn. 4, 15 ve 16’a gösterilen yazarlar.

¹⁸ M. Gülmez, İş Hukuku Öğretisi ve Anayasa Madde 90/Son Sorunu, A. Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, C. I, 338-39; Süzek, (dn. 4), 103.

¹⁹ Bak. Gülmez, (dn. 18), 341-342.

Devletler Hukuku bakımından doğrudan uygulanabilir nitelikte olmasa bile, usulüne göre iç hukuka aktarılmış uluslararası sözleşmede yer alan hükümlere ve uluslararası denetim organlarının kararlarına iç hukukta var olan boşlukların doldurulması ve iç hukuk hükümlerinin uygulanmasında bir yorum ölçüsü olarak başvurulması gerekir²⁰. Nitekim, aşağıda da görüleceği gibi, gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse diğer Yüksek Mahkemeler kararlarını zaman zaman uluslararası andlaşma hükümleri ile gerekçelendirmektedirler.

Nihayet, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin belli bir davadaki kararı *erga omnes* (herkese karşı ileri sürülebilir bir hak) etki göstermese de, yorumlarının bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir²¹.

IV. SOSYAL HAKLARA İLİŞKİN YARGI KARARLARI

1. Anayasa değişikliğinden önceki kararlar

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında 2004 yılında yapılan değişiklikten önce, uluslararası hukukun iç hukuktaki yeri ve usulüne göre iç hukuk ile bütünleştirilmiş uluslararası normların doğrudan uygulanabilirliği konusunda Türk yargı organları oldukça ihtiyatlı bir tutum içinde olmuşlardır.

a) Kamu görevlileri sendikalarının kurulmasına (tüzel kişilik kazanmasına) ilişkin

Yarg. 4. HD. devlet memurlarının “Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu”nun yürürlüğe girmesinden önce sendika kurma haklarına ilişkin verdiği kararında, usulüne göre onaylanan ILO’nun 87 ve 151 sayılı Sözleşmelerin Anayasanın 90. maddesi uyarınca yasa hükmünde olduğu ve bunların iç hukukumuzda bütünleşerek bağlayıcılık kazandığı, bu sözleşmeler onaylanmak suretiyle kural olarak devlet memurlarına sendika kurma hakkının verildiği ve memur sendikalarına tüzel kişilik tanınması gerektiği sonucuna vararak, iç hukukumuzda herhangi bir düzenleme yapılmadığından memur sendikalarının kurulamayacağına hükmeden yerel mahkeme kararını oy çokluğu ile bozmuştur²².

Buna karşılık, Yarg. HGK, 4. HD’nin aksine, 87 ve 151 sayılı sözleşmelerin onaylanmış olmasının memurların sendika kurmalarına olanak tanımadığı sonucuna varmıştır. Yarg. HGK’na göre, kamu görevlileri sendikası ile ilgili bir yasal düzenlemenin yapılması gereklidir. Böyle bir yasa yürürlüğe konulmadan kamu sendikalarının tüzel kişilik kazanması olanaklı değildir²³.

b) Belediye memurları sendikasının yaptığı toplu iş sözleşmesine ilişkin

Belediye memurlarının kurduğu bir sendika tarafından yapılan toplu iş sözleşmesinin geçerliliği konusunda da Yarg. 4. HD., şu andaki durum itibariy-

²⁰ Süzek, (dn. 4), 103.

²¹ Turhan, (dn. 3), 152-173; Özkan (d.1), 2152.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin sosyal haklara bakışı ile ilgili olarak bak. D. Köksal, AİHM’nin Sosyal haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri -5-, Ankara 2015, 55-70.

²² Yarg. 4. HD., 11.7.1994, E. 1993/8217, K. 1194/6585 (YKD. Ocak 1995, 24-26).

²³ Yarg. HGK., 24.5.1995, E.4-367, K.4-550, (TÜBA/İİÇB: 1029, 24.7.1995).

le memur sendikalarının toplu iş sözleşmesi yapabileceklerine dair bir yasal düzenleme henüz olmadığı için kamu kurum ve kuruluşları ile toplu iş sözleşmesi yapamayacaklarına hükmetmiştir²⁴.

Aynı şekilde Yargıtay HGK da belediye memurları tarafından kurulan sendikanın, tüzel kişilik kazanmadığı gerekçesiyle, bu sendikanın imzaladığı bir toplu iş sözleşmesine dayalı olarak açılan alacak davasını dava ehliyeti yönünden reddetmiştir²⁵.

c) Memurların sendikanın aldığı karara uyarak kısa süreli iş bırakma eylemine ilişkin

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2000 yılında verdiği bir kararında, kamu sendikasının aldığı karara uyarak kısa süreli işi bırakma eylemini "grev" niteliğinde kabul ederek, 87 ve 151 sayılı sözleşmelerde kamu görevlilerine sendika kurma hakkı tanımış olduğunu, fakat grev ve lokavt hakkından söz edilmediğini; Devlet Memurları Kanunu ve o sırada yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanununda memurların işi bırakmalarının yasaklandığını, dolayısıyla memurların işi bırakmalarının suç teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Kararın gerekçesinde ayrıca şu husus da vurgulanmıştır: *"kaldı ki, diğer çalışanların işi yavaşlatma veya greve başvuruları yasayla bazı koşullara bağlanmışken kamu görevlileri bakımından bu konularda hiçbir koşulun aranmayacağına kabulüne de olanak yoktur"*²⁶.

d) ILO'nun 94 sayılı sözleşmesinin uygulanabilirliğine ilişkin

Bir kamu kuruluşunda iş alan alt işveren işçisinin uğradığı iş kazası nedeniyle hesaplanan tazminatta, 94 sayılı Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca işçi ücretinin kamu kuruluşunun taraf olduğu toplu iş sözleşmesi esas alınarak uygulanması talebini inceleyen Yargıtay 21. HD., uluslararası andlaşmalar ile ulusal kanunu eşit düzeyde normlar kabul etmiş ve "önceki norm-sonraki norm" ilişkisini esas alarak "lex posterior derogate legi" kuralını uygulamıştır. Yargıtay'a göre, *"ILO sözleşmesinin mevzuatımızdaki düzenlemelerin üstüne çıkması ve öncelik taşıması anayasal ve yasal değişikliklerin yapılmasından önce mümkün değildir. gerçekten, sözü edilen sözleşme ile devlet bir yükümlülük altına girmiştir"*. Ancak *"devlet, bu alandaki tercihini belirlemiştir. Başka bir anlatımla, toplu iş sözleşmesi hükümlerinden aracı işçilerin yararlanacağı bir ayırımı kabul etmemiştir. Sözleşmeden sonra yapılan ulusal hukukun açık düzenleme ve kuralları karşısında, artık uluslararası bir sözleşme kuralına öncelik, geçerlilik tanınması anayasal sistemimize ters düşer ve kabul edilemez."*

Sonuç olarak Yarg. 21. HD.'ne göre, iç hukukta 94 sayılı Sözleşme hükümleri doğrultusunda yeni bir düzenleme getirilmedikçe, bu sözleşme hükümlerinin esas alınarak buna göre bir hüküm kurulamaz²⁷.

Görülüyor ki, Anayasadaki 2004 değişikliğinden önce yargı organlarımız uluslararası andlaşmaların doğrudan uygulanabilirliğini kabul etmemekte, bunun için iç hukukta hukuki bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu; ayrıca, ulus-

²⁴ Yarg. 4. HD., 13.12.1994, E. 5865, K.11183, (YKD., Nisan 1995, 553 vd.).

²⁵ Yarg. HGK., 16.12.1995, E.1995/4-493, K.1995/1075 (İstanbul Barosu D.) Ocak 1996, 83.

²⁶ Yarg. CGK., 7.3.2000, E.2000/4-25, K.2000/44 (Sur, (dn. 9), 57-58).

²⁷ Yarg. 21. HD., 18.10.1996, E. 1996/2261, K.1996/5790 (Sur, (dn. 9), 55 -56).

lararası sözleşmelerin yasalar karşısında üstün olmadıklarını, bunların eşit düzeyde olduğunu ve bir kanunla andlaşmanın çatışması halinde *lex posterior* veya *lex specialis* kurallarına göre hareket etmek gerektiğini kabul etmekteydi.

2. Anayasa değişikliğinden sonraki kararlar

a) Kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkına ilişkin

Danıştay Birinci Dairesi 17 Kasım 2005 tarihinde, kamu görevlileri sendikalarının toplu iş sözleşmesi hakkıyla ilgili olarak, 2004 Anayasa değişikliğinden önce verilen ve yukarıda belirttiğimiz yargı kararlarının aksine, bu konuda yeni bir açılım niteliğinde olan bir karar vermiştir²⁸. Karara konu olan uyuşmazlıkta, Yerel Yönetim Hizmetleri Emekçileri Sendikası ile bir Belediye arasında toplu iş sözleşmesi bağtlanarak memur statüsünde çalışan personele 657 sayılı Kanuna aykırı olarak sosyal paket, bayram, yılbaşı, öğrenim, giyecek ve yakacak yardımları gibi adlar altında ödemeler yapılmasının görevi kötüye kullanma suçu teşkil ettiği iddiası ile dönemim İçişleri Bakanının izni ile sorumlu yetkililer hakkında soruşturma izni verilmişti. Bu olayda Danıştay 1. Dairesi, ILO'nun 87, 98, 151 sayılı Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı hükümlerine atıf yaparak, oy çokluğu ile “sendika ile Belediye arasında varılan mutabakat uygulamasının suç teşkil eder bir yanın bulunmadığı, bu nedenlerle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında hazırlık soruşturması yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı” sonucuna varmıştır.

Danıştay'ın bu kısa kararı doğrudan uluslararası belgelere dayanarak hüküm oluşturması açısından önemli olmakla beraber, yollamada bulunulan uluslararası sözleşmelerin içeriği ve iç hukukumuzdaki yeri ve etkisi tartışılmadığı için, varılan olumlu sonuç hukuken açık bir şekilde temellendirilmemiştir²⁹.

b) Kamu görevlileri sendikalarının üyelerini temsilen dava açma hakkına ilişkin

Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 3.3.2006 tarih ve E. 2005/1, K.2006/1 sayılı kararında kamu görevlileri sendikasının üyelerinin bireysel hakları konusunda yasal bir temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı ele alınmıştır. Karara dayanak olarak, ulusal mevzuatımızın ilgili hükümleri yanında, ILO'nun 87 ve 151 sayılı Sözleşmeleri, özellikle 151 sayılı Sözleşmenin 1. ve 3. maddelerinin yanında İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı da zikredilmiştir. Sonuç olarak, kamu görevlileri sendikaları ile bunların üst kuruluşlarının üyeleri hakkında tesis edilen bireysel işlemlere karşı üyelerini temsilen dava açma ve açılan davalarda taraf olma hakkının bulunduğu hükmedilmiştir. Kararda 22 Mayıs 2004 yılında Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına 3. cümle olarak eklenen hükümle yasa koyucunun, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalara yasalar önünde önem ve öncelik verdiği konusundaki iradesini açık ve net bir şekilde ortaya koyduğu vurgulandıktan sonra, aynen “*Bu bağlamda, temel insan haklarından biri sayılan demokratik ve hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden biri olan örgütlenme özgürlüğüne ilişkin kurum ve kuralları düzenleyen 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun yukarıda*

²⁸ Dan. 1. D., 17.11.2005, E.2005/1067, K. 2006/1363, Çalışma ve Toplum D., 2006/2, sayı:4, 99 vd. ve M. Gülmez'in incelemesi. Ayrıca bak. Sur, (dn. 9), 58-60.

²⁹ Gülmez, aynı yer, 107.

aktarılan gelişim süreci çerçevesinde değerlendirilmesi Kanunun çıkarılış amacına uygun düşecektir” denmektedir³⁰.

Görüldüğü üzere, Danıştay bu kararı ile sendikal hakların “temel hak ve özgürlükler” kapsamında olduğunu, AY m. 90/son hükmünün sendikal haklar açısından uygulanması gerektiğini teyit etmektedir.

c) “Hizmet kolu” esasına göre değil, “meslek” temelli Yargıçlar ve Savcılar Sendikası’nın (Yargı-Sen) kapatılmasına ilişkin

4688 sayılı Kanunun “meslek” esasına dayalı sendika yasağına karşı çıkan bazı yargıç ve savcılar, yasaklı olmalarına rağmen kurdukları meslek sendikasının Ankara Valiliğince kapatılması istemiyle açılan davada Ankara 15. İş Mahkemesinin verdiği kapatma kararı Yarg. 9. HD’nin 21.02.2012, E. 2011/49782, K.2012/4945 sayılı kararı ile onanmıştır³¹. Yarg. 9. HD. kararında, uyuşmazlığın yargıç ve savcılarca 4688 sayılı Kanun kapsamında meslek esasına göre sendika kurulup kurulamayacağı noktasında toplanmakta olduğu belirtildikten sonra, bu konudaki uluslararası sözleşme hükümlerini irdelemeden ve AY m. 90/son düzenlemesi karşısında uluslararası norm-ulusal norm ilişkisine değinmeden öğretilen 2821 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde dile getirilen ve “baskın görüş olarak nitelediği görüşlere dayanarak Ankara 15. İş Mahkemesinin kapatma kararını onanmıştır³².

d) Hastalık sigortasının kapsamına ilişkin

Geçirdiği trafik kazasından sonra davacı işçinin çalışmadığı ve başkasının bakımına muhtaç olduğu, devlet hastahanesinden aldığı Sağlık Kurulu raporu ile “parapleji” teşhisi konulduğu ve “alt ve üst ekstremitte aktif, pasif ve simetri çalışma modlu, spasm giderme fonksiyonlu hareket terapisi cihazı” kullanması gerektiği yönünde görüş bildirilmesi üzerine, davacı Kuruma başvurarak bu cihazın alınmasını talep ettiği, Kurumun 3 ay herhangi bir cevap vermemesi üzerine, davacının söz konusu cihazı satın aldığı ve ücretinin Kurum tarafından kendisine ödenmesi istemiyle açtığı davayı temyizen inceleyen Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 09.04.2012 tarih ve E. 2010/10507, K. 2012/5567 sayılı kararında³³, uluslararası norm-ulusal norm ilişkisine değinerek aynen şöyle demiştir: “T.C. Anayasasının 90. maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş anlaşmalar kanun hükmündedir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır. Bu bağlamda onay kanunu ile yürürlüğe giren Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında 102 Nolu ILO Sözleşmesinin 10/3. maddesinde; yapılacak yardımların, korunan kimsenin sağlığını korumaya, çalışma gücünü iadeye ve şahsi ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetini artırmaya matuf olduğu açıklanmıştır”.

³⁰ Sur, (dn. 9), 61.

³¹ Kararın eleştirisi için bak. M. Gülmez, Uluslararası Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu: Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri, Çalışma ve Toplum D., 2013/3, sayı:38, 13-44.

³² Yargıtay kararını oy çokluğu ile vermiştir. Karşı oy yazıları ve bunların eleştirisi için bak. Gülmez, aynı yer.

³³ Çalışma ve Toplum D., 2012/4, sayı: 35, 463-468.

Ancak, Yüksek Mahkeme daha sonraki açıklamalarında hangi iç hukuk normunun 102 sayılı Sözleşmenin 10/3. maddesi hükmü ile çatıştığını açıklamamış, tam aksine, “506 sayılı Yasa’nın hastalık sigortası kolundan sağlanacak sağlık yardımlarının kapsamı başlıklı 33. maddesinin son fıkrasında da bu madde gereğince yapılacak sağlık yardımlarının; sigortalının sağlığını koruma, çalışma gücünü yeniden kazandırma ve kendi ihtiyaçlarını görme kabiliyetini artırma amacını güdeceği açıkça belirtilmiş, bir anlamda, onaylanması nedeniyle bağlayıcı hale gelen 102 Numaralı ILO Sözleşmesinin 10/3. maddesi hükmü tekrarlanmıştır” diyerek uluslararası normu gerekçesinde “destek norm” olarak kullanmıştır.

e) İş sözleşmesi ile çalışanın statü ilişkisine geçirilmesiyle kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkına ilişkin

5947 sayılı Kanun³⁴ ile 13 Aralık 1983 tarih ve 181 sayılı Kanun Hükümünde Kararnameye eklen 9. maddeye göre, “Personele, memur ve sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeleri nedeniyle, iş mevzuatına göre Bakanlık veya Kızılay tarafından herhangi bir tazminat ödenmez, kullanmamış oldukları yıllık ücretli izin süreleri için herhangi bir ödeme yapılmaz”.

Türkiye Kızılay Derneğinde çalışırken Sağlık Bakanlığı’na devredilen davacının, kullandırılmayan yıllık ücretli izin alacaklarının davalı kurum Türkiye Kızılay Derneği’nden tahsiline ilişkin açtığı dava ilk Mahkeme tarafından, kullandırılmayan yıllık ücretli iznin paraya dönüşmesi için iş sözleşmesinin sona ermesi gerektiği, davacının Bakanlığa devrinin “fesih” anlamına gelmeyeceği; ayrıca, 5947 sayılı Kanununun 16. maddesinin işçi statüsünden memur statüsüne geçirilen kişilere tazminat ödenmeyeceğini öngördüğü gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

Kararı temyizen inceleyen Yarg. 9. HD., uyuşmazlığın iş mevzuatına göre kullandırılmayan ücretli izin karşılığı ücrete hak kazanıp kazanılmayacağı noktasında toplandığını belirttiikten sonra, bu konudaki iç hukuk düzenlemeleri yanında Anayasa’nın 90. maddesinin öngördüğü “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” uluslararası sözleşme niteliğinde 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı’nın (Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı olması gerekir) ilgili uyuşmazlıkla ilgili gördüğü bazı düzenlemelerini de ele almıştır.

Yarg. 9. HD. 4857 sayılı İş Kanununun 59. maddesi ile 5947 sayılı Kanunun 16. maddesi arasında çatışma olduğunu belirtmiş, ancak bu normlarla uluslararası normlar arasında bir çatışma olup olmadığı irdelenmeksizin, “Dinlenme hakkına ilişkin Anayasanın 50, Avrupa Sosyal Şartının 2. maddeleri ile 3999 sayılı Kanun ile kabul edilen ve iç hukuk normu haline gelen, iş ilişkilerinin sona ermesi üzerine çalışanların yasalardan doğan haklarının ödenmesini öngören 158 no’lu uluslararası sözleşme hükümleri, üst norm olup, davacı işçiye iş sözleşmesi sonunda izinleri karşılığı ücretin ödenmesi gerekmektedir. Zira Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca İş Kanunu ile 5947 sayılı Kanunun aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde bu hükümler esas alınmadır” gerekçesiyle İş Mahkemesi kararını oy çokluğu ile bozmuştur³⁵.

³⁴ RG. 30.01.2010, sayı: 27478.

³⁵ Yarg. 9. HD., 04.02.2013, E. 2012/2770, K. 2013/4106, kararı olumlu bulan Gülmez’in incelemesi için bak. (dn. 32), 44-49.

Yarg. 9. HD.'nin bu kararında konumuz açısından önemli olan husus, Yüksek Mahkemenin iç hukukumuzda aktarılmış olan uluslararası normu AY m. 90 uyarınca "üst norm" olarak kabul ederek, "doğrudan" uygulamış olmasıdır.

f) Sendika kararına uyararak toplu eyleme katılmanın disiplin suçu olup olmadığına ilişkin

Bir öğretmenin, üyesi olduğu sendika ile bağlı olduğu konfederasyon kararı uyarınca, "kamu çalışanlarının sosyal ve ekonomik durumlarının iyileştirilmesi amacıyla yaptığı bir gün süre ile göreve gelmeme çağrısına katıl(ması)" nedeniyle çarptırıldığı aylıktan kesme cezasının iptali istemiyle açtığı davayı Samsun 1. İdare Mahkemesi reddetmiş; temyiz edilen bu karar Danıştay 12. Dairesi tarafından bozulmuş; ancak, İdare Mahkemesinin kararında ısrar etmesi üzerine dosya önüne gelen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) 22 Mayıs 2013 tarih ve E. 2009/1063; K.2013/1998 sayılı kararı ile bozma kararı ile iç hukuktaki yargı sürecini sonlandırmıştır³⁶.

İDDK incelemesini özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. maddesine ve yine aynı eyleme katılan Eğitim-Sen üyesi bir başka öğretmene verilen "uyarma cezası"nı 11. maddenin ihlali olarak değerlendiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 15.09.2009 tarihli "Kaya ve Seyhan – Türkiye" kararına dayandırmıştır. Bu şekilde Yüksek Mahkeme, uluslararası normu salt "destek norm" olarak almamış, onu "doğrudan" uygulamıştır. Ayrıca, uluslararası Sözleşmenin yargısal denetimini yapan AİHM'nin uyumsuzlukla ilgili bir kararını da hukuksal dayanak yapmıştır. Ancak, Mahkeme kararında önündeki uyumsuzluğa uygulanacak ulusal ve uluslararası normlar arasındaki çatışmanın neler olduğu ve hangisinin hangi nedenle uygulanması gerektiği hususuna açıkça değinmemiştir³⁷.

g) Toplu eylem niteliğindeki protesto eylemlerinin yasa dışı grev sayılıp sayılmayacağına ilişkin

aa) THY yönetimi ile Hava-İş Sendikası arasında başlayan toplu iş sözleşmeleri uyumsuzlukla sonuçlandıktan bir süre sonra, hükümet havacılık sektöründe grevi yasaklayan bir yasayı TBMM'nden geçirmek istemesi üzerine, sendika üyeleri önce THY Genel Müdürlüğü önünde protesto gösterisinde bulunmuşlar; ancak bu eylem sonuçsuz kalması üzerine, yasağı protesto etmek amacıyla, işçiler işbaşı yapmayarak Genel Müdürlük önünde gösteri yapmışlardır. Bu eylem sonucunda 305 Hava-İş üyesi işçinin iş sözleşmeleri yasadışı grev yaptıkları gerekçesi ile derhal, tazminatsız feshedildi. İşçilerin İstanbul'un farklı iş mahkemelerinde açtıkları "işe iade davaları" Yargıtay'ın iş davalarına bakan daireleri arasındaki işbölümü nedeniyle, temyiz edilen kararların bir kısmı Yargıtay 7. HD.'ne bir kısmı da 22. HD.'ne düşmüş; aynı hukuki uyumsuzlukta Yargıtay'ın iki Dairesi farklı sonuçlara varmıştır.

³⁶ Tüm yargı sürecinin geniş bir özetiyle İDDK'nun kararını olumlu bulan karar incelemesi için bak. M. Gülmez, Sendika Kararına Uyararak Toplu Eyleme Katılma, "Disiplin Suçu" Değil "Mazerettir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum D., 2014/2, sayı: 41,194-203.

³⁷ Aynı şekilde, Gülmez, aynı yer, 200.

Yarg. 7. HD.'ne düşenlerin önemli bir bölümü ilk derece mahkemelerinin işe iadeye ilişkin kararlarının onanması yönünde karara bağlanmıştır³⁸.

Bu karşılık Yarg. 22. HD. uyuşmazlıkla ilgili yerel mahkemelerin verdikleri işe iade kararlarını farklı gerekçelerle oy çokluğu ile bozmuştur³⁹. Kararda 2822 ve 6356 sayılı Kanunlardaki hükümler sayıldıktan sonra, konun AY m. 90/son gereğince uluslararası sözleşmeler açısından da değerlendirilmesi gerektiği belirtildikten sonra, bu bağlamda önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi hükmü (hiçbir yorum yapılmadan) karara yazılmış; ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesinin 3. maddesinden alıntı yapıldıktan sonra, ILO denetim organı Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin grevin, salt işçilerin ve sendikaların bizzat taraf olduğu toplu iş uyuşmazlıkları çerçevesi ile sınırlı tutulamayacağına ilişkin 292 No.lu Raporu ile işçilerin kendilerini doğrudan etkileyecek ekonomik ve sosyal politika tedbirleri hakkındaki görüşlerini desteklemek üzere greve başurabileceklerine dair 295 No.lu raporları zikredilmiştir. Kararda ayrıca, ILO'nun 98 sayılı Sözleşmesinin 1. maddesi ile Avrupa Sosyal Şartı'nın ülkemiz tarafından çekince konulmuş 5. ve 6. maddelerine de değinildikten sonra, aynen şu ifadelere yer verilmiştir: “*Dairemizce uluslararası hukuk çerçevesinde işçilerin, ortak ekonomik ve sosyal menfaatlerini ilgilendiren konularda tepkilerini toplu eylem yoluyla ifade etme haklarının bulunduğu kabul edilmiştir.*”

Kararda başta ILO Sendika Özgürlükleri Komitesi olmak üzere Avrupa Sosyal Şartı'nın denetim organı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında oluşturdukları toplu eylemlerin barışçı olması, salt siyasal bir nitelik taşıması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği vurgulandıktan sonra, bu koşulların varlığı uluslararası denetim organlarının inceledikleri olaylar ve karar gerekçeleri irdelenmeksizin, daha ziyade iç hukuk kurallarının ifadeleri ve konuluş amaçları dikkate alınarak işçilerin bir gün işe gelmeyerek Genel Müdürlük önünde protesto eyleminde bulunmalarını siyasi nitelikte, ölçüsüz ve son çare ilkesine uygun olmadan yalın ve siyasi bir grev olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁰. Şu kadarını belirtelim ki, AİHM Türkiye aleyhine verdiği ve yukarıda (f) paragrafında değindiğimiz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun kararında dayanak olarak gösterdiği 15.09.2009 tarihli “Kaya ve Seyhan – Türkiye” kararı ile 27.03.2007 tarihli Karaçay - Türkiye kararında bir günlük işe gelmeme sonucu verilen disiplin cezası uygulamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğunu kabul etmiştir.

³⁸ Örnek olarak bak. Yarg. 7. HD., 26.6.2013, E.13468, K. 7728.

³⁹ Bak. Yarg. 22. HD., 14.5. 2013, E.7515, K.10949, Çalışma ve Toplum D., 2013/3, sayı: 38, 611-620.

Dairenin bu kararı S. Doğan, tarafından toplu eylem hakkının Türk ve Uluslararası Hukuk bağlamında incelenmiş ve haklı olarak eleştirilmiştir. (Toplu Eylem Hakkı ve Siyasi Grev Bağlamında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi, Çalışma ve Toplum D., 2014/1, sayı: 40, 307 vd.).

Aynı yönde Yarg. 22. HD., 01.10.2013, E. 2013/20697, K. 2013/20460, Çalışma ve Toplum D., 2014/3, sayı: 42,265-275;

Dairenin bu kararı da C. Tuncay, tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. (Karar İncelemesi, aynı yer, 274-283.

⁴⁰ Yarg.22. HD.'nin kararını tüm bu yönleri ile ayrıntılı olarak inceleyen eleştiriler için bak. Doğan ve Tuncay'ın dn. 39'daki yazıları.

bb) Yarg. 7. HD.'nin 11.06.2014 tarih ve E. 2014/7358, K.2014/13055 sayılı kararına⁴¹ konu olan olayda davacının da aralarında bulunduğu 100 civarında işçinin davalı işverene ait Mersin Limanındaki A, B, C, D ve E giriş kapılarını iş makinaları ile ve konteynır ile kapatarak işyerine girişi 5 saat boyunca engellemeleri üzerine işçinin iş sözleşmesi İŞK m.25/II-b ve 6356 sayılı Kanununun 70. maddesi uyarınca haklı nedenle derhal feshedilmiştir.

Davacı işçinin açtığı işe iade davasının yerel mahkeme tarafından reddedilmesi üzerine uyuşmazlığı temyizen inceleyen Yüksek Mahkeme, önce 07.05.2010 tarihli Anayasa değişiklikleri kapsamında AY m. 54/7'de yer alan grev ve lokavt yasaklarının kaldırılmasını gerekçesi itibariyle anayasa koyucunun bu yasakların uluslararası düzenlemelere aykırılığından hareket etmesinin önem taşıdığını vurguladıktan hemen sonra dava konusu eyleme ilişkin kararının uluslararası dayanakları olarak gerek ILO gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve AIHM ve Avrupa Sosyal Şartı hükümlerini zikretmiş, başta SÖK kararları olmak üzere, ülkemizce onay dışında tutulmasına rağmen Avrupa Sosyal Şartının 6. maddesine ilişkin Avrupa Sosyal Haklar Komitesi kararlarına yollamalar yaparak beş saatlik iş durdurmayı "barışçıl bir protesto eylemi" olarak nitelmiş ve ayrıca tanık ifadeleri ve işverenin dava devam ederken 22 işçinin sözleşmesini feshetdiğini, ancak daha sonra 18'ini yeniden işe aldığı, bunlar arasında sendika işyeri temsilcileri olan davacı ve 3 arkadaşının bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozarak, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermiştir.

h) İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal güvencele- rine ilişkin

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25/5. maddesinde yapılan düzenleme ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin maddede öngörülen sendikal tazminattan yararlandırılmamış olması nedeniyle, iş güvencesi kapsamı dışında olan davacının (işçinin) bu hüküm uyarınca açtığı tazminat davasının iş mahkemesince reddedilmesi üzerine uyuşmazlığı inceleyen Yarg. 9. HD., 25.03 2014 tarih ve E. 2013/13993, K. 2014/10049 sayılı kararında⁴², sendika özgürlüğünü düzenleyen AY m. 51 hükmünün bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünü güvence altına aldığını, bireysel sendika özgürlüğünün korunması ile kolektif sendika özgürlüğünün de güvence altına alınacağı vurgulandıktan sonra, Türkiye'nin çekince koyduğu Genişletilmiş Avrupa Sosyal Şartının 5. maddesi ile ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesinin 11. ve 98 sayılı Sözleşmenin 1. maddeleri zikredilmiş; yasal düzenleme ile iş güvencesi kapsamında olmayan feshe karşı sendikal tazminattan yararlandırılmamasının uluslararası sözleşmelere ve ILO denetim organlarının (Uzmanlar Komitesi ve Sendika

⁴¹ Karar ve kararı isabetli bulan Gülmez'in ayrıntılı incelemesi için bak. Çalışma ve Toplum D., 2014/4, sayı: 43, 239-261.

Yarg. 7. HD.'nin aynı olayla ilgili ve aynı yöndeki diğer bir kararı için bak. 04.06.2014, E. 2014/7643, K. 2014/12368, Çalışma ve Toplum D., 2014/4, sayı: 43, 273-279.

⁴² Çalışma ve Toplum D., 2014/3, sayı: 42, 393 – 398.

Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi 22.10.2014 tarihli oturumunda, henüz yayımlanmadığı için gerekçesi bilinmeyen kararı ile m. 25/5'deki 4857 sayılı Kanuna ait "18" ibaresini iptal etmiştir. Bu durumda, işe iade davası açmak için işçinin iş güvencesi kapsamında bir işçi olması şartı aranmayacaktır.

özgürlüğü Komitesi) raporlarındaki konu ile ilgili değerlendirmelerine aykırılık teşkil ettiğini, bu nedenle iş mahkemesinin aksi yöndeki kararının isabetsiz olduğu sonucuna varmıştır.

9. HD. 6356 sayılı Kanunun 25/5 hükmünün yorumlanmasına ilişkin şu tespiti de ilginçtir: “(...) Aslında düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18 ve devamı maddelerinde düzenlenen kuralın aynısıdır. Kurala başkaca bir anlam ve özellikle iş güvencesi kapsamında olmayanların sendikal tazminat güvencesinden yoksun olacağı anlamı yüklenmemelidir. Zira aynı maddede işe alınırken ve iş sözleşmesi devam ederken sendikal ayrımcılığa bağlanan yaptırımın, fesih gibi daha ağır sonuçlar doğuran bir haksız fiile (ki sendikal nedenle fesih) uygulanmayacağını düşünmek yukarıda sayılan uluslararası sözleşmelere, insan haklarına, Anayasa’daki temel hak ve hürriyetlere, eşitlik ilkesine ve sosyal hukuk devletinin gereklerine aykırıdır. Kanun koyucunun hangi gerekçeyle olursa olsun, hele insan hakları konusunda farklı davranabileceği, onları daha etkin bir güvenceden mahrum bırakabileceği düşünülmemelidir. Bir iş hukuku kuralının, bu hukuk alanına ait ilkelerden bağımsız yorumlanması da söz konusu olamaz. Kaldı ki maddede ve maddenin gerekçesinde açıkça iş güvencesi kapsamında olmayanların sendikal tazminat isteyemeyecekleri yönünde bir ifade de yoktur.”

Bir çok yüksek mahkeme kararında görüldüğü gibi, 9. HD.’nin bu kararında da kanun hükmünün uluslararası normlara aykırı olduğu tespit edilmiş olmasına rağmen, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal tazminattan yararlanmaması sonucuna hükmün yorumu ile varılabileceğini kabul edilmiştir. Dolayısıyla, iç hukuk normu ile çelişen temel hak ve özgürlüklerine ilişkin uluslararası normları esas alarak uygulamak yerine, uluslararası normları kanun hükmünün yorumunda gerekçelerini güçlendiren “destek norm” olarak ele almaktadır.

V. SONUÇ

2004 yılında AY m. 90/son’a eklenen cümleden sonra sosyal temel haklarda uluslararası normların iç hukuka etkisi konusu iş hukuku öğretisinde daha fazla incelenmiş; yüksek mahkeme kararlarında da uluslararası normlar daha fazla ölçü norm olarak kullanmıştır. Ancak, mahkemeler uluslararası insan hakları hukukunun önemini artık kabul etmekle birlikte, kararlarında uluslararası belgeleri kullanırken herhangi bir yöntem disiplini içinde olmamaları nedeniyle, kimi zaman benzer, kimi zaman farklı sonuçlara varmaktadırlar. Bu da hukuk güvenliği açısından sorun yaratmaktadır⁴³.

Yüksek Mahkemeler insan haklarına ilişkin uluslararası normları kullanırken zaman zaman kendi içinde çelişkiye düşmekte; genellikle sözleşme hükümleri kararlarda metin olarak aynen verilmekte, ancak bu düzenlemelerin hangi nedenle iç hukuk normu ile çeliştiği irdelenmemektedir. Zaman zaman uluslararası denetim organlarının kararlarına yollamalar yapılmakta, ancak bazı kararlarda ise denetim organı kararları görmezden gelinmektedir. Nihayet, Yargıtay insan hakları sözleşmelerinin doğrudan uygulanması konusunda çekişen davranmaktadır. Ayrıca bu konuda istikrarlı bir içtihat oluşturduğu da söylenemez.

⁴³ O. Akbulut, AİHS İle AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri -5-, Ankara 2015, 25-26.

İdare ve yerel mahkemeler ise genellikle AY m. 90/son hükmü sanki yokmuş gibi işlem yapmakta, karar oluşturmaktadırlar.

İş Hukuku öğretisi konuya genel olarak yaklaşımdan ziyade, bundan böyle konu bazında sistematik incelemeler yapılması; bu konuda daha fazla bilimsel toplantılar düzenlenmesi, uluslararası denetim organlarının ilgili kararları dilimize çevrilerek uygulayıcılara yardımcı olunması gerekmektedir⁴⁴.

⁴⁴ Özellikle Sayın Mesut Gülmez ve Melda Sur'un bugüne kadarki çalışmaları burada takdirle anılmalıdır.

İK İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŐŐİNİN SAVUNMASI
ALINMAKSIZIN SAĞLIK SEBEPLERİNE DAYANILARAK
İŞVERENCE DERHÂL FESHİ VE İŞE İADE

Karar İncelemesi

Yard. Doç. Dr. Ender Gülver*

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

Esas No: 2015/23385

Karar No: 2015/33398

Tarih: 24.11.2015

KARAR ÖZETİ

Maddenin açık düzenlemesi gereği, işçinin savunmasının aranmadığı tek durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde işveren feshi olarak düzenlenen nedenlerdir. O halde, işverenin 25/I. maddesinde sağlık nedenleri olarak belirtilen fesihden dolayı verimiyle ilgili olduğu için savunmasının alınması gerekir. Dosya içeriğine göre, 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresi ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazladır. İşveren açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşmuştur. Ancak, işveren davacının verimliliğine dayanan bu nedenle fesihden dolayı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca savunmasını almamıştır. Savunmasını almaması feshi geçersiz kılar. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.

İLGİLİ MEVZUAT

4857 sayılı İş Kanunu m. 18-21, 25

YARGITAY KARARI

DAVA: A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacının davalı işyerinde 12/04/2012 - 27/01/2014 tarihleri arasında aralıksız şoför olarak çalıştığını, fesih bildiriminin yapıldığını, ihtarnamede bahsi geçen rahatsızlığın aslında iş kazası olduğunu, davacının araçta bulunan ürünlerin teslimatını yaparken iş kazası geçirdiğini, iş kazasının sonucunda da parmaklarını kaybettiğini, işverenin kendi sorumluluğundaki bu durumun sonuçlarına katlanmasının gerektiğini, davacıdan kaynaklı bir kusurun ise bulunmadığını beyan ederek; davacının işe iadesine, fesihden itibaren boşta geçen süreler için 4 aylık brüt ücret tutarında tazminata ve işe iadesi kararı sonucunda davacının işe başlatılma-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

ması durumunda 4 aylık tazminata hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; davalı firmaya ait işyerinde 12/04/2012 - 27/01/2014 tarihleri arasında belirsiz süreli ve zamana göre ücretli iş sözleşmesi ile şoför olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/1-2 maddesi uyarınca feshedildiğini, ilgili maddede yer alan kaza ifadesinin olayın işyerinde meydana gelmiş olup olmamasına bakılmaksızın maddenin uygulandığını, davacının çalışmasına göre bildirim süresinin 6 hafta olduğunu, bu süreye 6 hafta eklenerek bulunan devamsızlığının 12 hafta sürmesi halinde fesih nedeni olduğunu, davacının devamsızlığının ise 12 haftayı geçtiğini, davacının 10/01/2014 tarihinde işbaşı yapması gerektiğini ancak işbaşı yapmadığını, bu durumun ücretsiz izin olarak kabul edildiğini, yapılan feshin sağlık nedenlerine dayandığını, olayın iş kazası olmasının bir öneminin bulunmadığını, olayın meydana gelmesinde davalı şirketin kusurunun olmadığını beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak, iş kazasından kaynaklanan devamsızlığın bekleme süresi içerisinde değerlendirilemeyeceği, yasada olayın iş kazasından veya başka bir nedenden kaynaklanmış olup olmadığına bakılmaksızın kaza ifadesine yer verildiği, davacının belirtilen bekleme süresini aştığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

4857 İş Kanunu'nun 19 uncu maddesine göre: "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır". Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, süreli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir.

Maddenin açık düzenlemesi gereği, işçinin savunmasının aranmadığı tek durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde işveren feshi olarak düzenlenen nedenlerdir. O halde, işverenin 25/I. maddesinde sağlık nedenleri olarak belirtilen fesihten dolayı verimi ile ilgili olduğu için savunmasının alınması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde işverenin iş sözleşmesini bildirim süresini beklemeksizin fesih hakkı düzenlenmiştir. Bu maddenin (I) maddesinin (2.) fıkrasında aynı maddenin (a) bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirim süresini beklemeksizin fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı kabul edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresi ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazladır. İşveren açısından 4857

sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşmuştur. Ancak, işveren davacının verimliliğine dayanan bu nedenle fesihten dolayı 4857 sayılı Yasa'nın 19. maddesi uyarınca savunmasını almamıştır. Savunmasını almaması feshi geçersiz kılar. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
 2. Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının İŞE İADESİNE,
 3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak taktiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,
 4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin GEREKTİĞİNE,
 5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
 6. Davacının yaptığı harçlar dâhil toplam 230,20 TL. yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine,
 7. Davalı tarafından yapılan yargılama gideri olmadığından bu konuda hüküm kurulmasına yer olmadığına, gider avansından kullanılmayan kısmın karar kesinleştiğinde davacıya iadesine,
 8. Davacı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.500,00 TL. maktu vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,
 9. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine,
- Kesin olarak 24.11.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MUHALEFET ŞERHİ

Davacı vekili, davalı işyerinde iş kazası geçiren davacının, geçirdiği kaza nedeniyle kullanmak zorunda kaldığı istirahat raporu gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen işveren feshinin haklı olamayacağını belirterek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davacının iş akdinin davalı işveren tarafından 4857 sayılı Yasa'nın 25/1-b maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda; 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresinin ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazla olması karşısında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrası gereğince gerçekleştirilen işveren feshinin haklı olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dairemiz çoğunluğu ile aramızda, kullanılan raporun ihbar süresine ilave altı haftadan fazla olduğu ve bu durumun işverene 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye istinaden haklı nedenle fesih imkânı verdiği hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Anlaşmazlık, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasına

dayanılarak gerçekleştirilecek olan fesih öncesi savunma alma zorunluluğu bulunup bulunmadığı ve savunma alınmamışsa feshin sırf bu nedenle geçersiz sayılıp sayılamayacağına ilişkindir.

Sayın çoğunluk, İş Kanunu'nun 19 uncu maddesindeki "Hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun feshi hakkı saklıdır." hükmünden yola çıkarak savunma almaksızın fesih imkânının sadece İş Kanunu'nun 25/2 nci maddesi uyarınca yapılan fesihler için geçerli olduğunu kabul etmekte olup, kanaatimizce bu kabul hatalıdır.

Şöyle ki;

İş Kanunu'nun 25/son maddesindeki "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri (Fesih öncesi savunma almayı düzenleyen ve sayın çoğunluğun dayandığı 19 uncu madde hariç tutulmuştur.) çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." şeklindeki hüküm ile yukarıya alınan aynı kanunun 19 uncu maddesi birlikte değerlendirildiğinde; kanun koyucunun işçinin feshin haklı nedene dayanmadığına ilişkin olarak açacağı davanın usulünü düzenlerken kanunun 18, 20 ve 21. maddelerine atıf yaparken 19. maddeye atıf yapmamasının bir anlamının olmasının gerekmesi,

19. maddenin gerekçesinde yer verilen "Belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenle feshediliyor ise, ona önce hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilecektir. Ancak, işçinin zihinsel veya bedensel yetersizliği, arkadaşları veya amirleri ile sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmiş olması gibi durumlarda savunmasının alınması işverenden beklenemeyecektir" şeklindeki açıklama,

TBMM tarafından onaylanarak yürürlüğe giren ve anayasanın 90 ncı maddesi hükmüne göre iç mevzuatımızın da üstünde olup doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunan 158 sayılı ILO sözleşmesinin konuyla ilgili "İşverenden makul ölçülere göre beklenemeyecek haller hariç, hakkındaki iddialara karşı savunma fırsatı verilmeden bir işçinin hizmet ilişkisi, o işçinin tutumu ve verimi ile ilgili nedenlerle sona erdirilemez." şeklindeki hükmü,

İş Kanunu'nun 19 uncu maddesindeki açık düzenleme nedeniyle işletme veya işin gereklerine dayanılarak yapılan geçerli fesihlerde savunma almaya gerek olmadığına ilişkin doktrin ve uygulamadaki görüş birliğine nazaran geçerli fesihle dahi tanınan bir imkânın haklı fesihle tanınmış olmadığını kabulündeki açık çelişki,

Savunma alınarak aydınlatılacak şüpheli bir hâlin olmadığı (Rahatsızlığın var olmadığı, istirahat raporunun sahteliği iddia olunmuyor.) durumlarda, (Olayımızda, ihbar süresine ilaveten altı haftayı aşar şekilde kesintisiz istirahat raporu alıp kullanmak) savunma istemenin ve almanın bir şekil şartını yerine getirmekten öte anlam taşımaması,

Hep birlikte değerlendirildiğinde;

İş Kanunu'nun 25/II nci maddesi dışında I, III ve IV. maddelerden yapılan haklı fesihlerde de savunma alınması zorunluluğunun bulunmadığının kabulü daha isabetlidir.

Nitekim dairemizin 17.04.2006 tarih ve 2006/5460 Esas 2006/9949 Karar sayılı içtihadında özetle "Yasanın 25/son maddesine göre, İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21

inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir.’ Görüldüğü gibi, iş sözleşmesinin işveren tarafından 25 inci madde gereğince feshi hâllerinde aynı maddenin son fıkrası gereği yasanın 19 uncu maddesindeki koşullara uyma zorunluluğu yoktur.” denilmiş, aynı görüş dairemizin 01.06.2009 tarih ve 2008/34018 Esas 2009/14968 Karar sayılı içtihadında “Yazılı fesih bildirim ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18 inci maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Buna karşılık, aynı Kanun’un 25 inci maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhâl feshinde yazılı şekil ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi şartları aranmamaktadır. Zira maddenin son fıkrasında haklı nedenlerle işverenin feshi hallerinde, işçinin 18, 20 ve 21. madde hükümleri uyarınca yargı yoluna başvurabileceği belirtilmiştir. Haklı nedenle fesihte, bu düzenlemeler karşısında, 19. maddedeki yazılı bildirim, fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi ile savunma alınması koşulu aranmamalıdır. Dairemizin uygulaması da bu yöndedir.” denilerek ve dairenin yerleşik içtihadı hâline geldiği de vurgulanarak devam ettirilmiştir. Keza dairemizin 28.05.2007 tarih 16979 Karar, 14.04.2008 tarih 8683 Karar ve 14.12.2009 tarih 34616 Karar sayılı içtihatları ile tarih ve numarası buraya alınmayan başka içtihatları da aynı mahiyettedir ki sayın çoğunluk görüşü aynı zamanda dairenin yerleşik uygulamasından dönüş mahiyetindedir.

Konu doktrinde de tartışılmış ve örneğin Sayın Prof. Dr. Sarper Süzek “İş Hukuku” adlı kitabının yenilenmiş 8 inci baskısının 723 üncü sahifesinde İş Kanunu’nun 25/son maddesindeki düzenlemeyi isabetli bulmadığını ve değiştirilmesi gerektiğini ifade etmekle birlikte “İş Kanunu 25’e göre yapılan fesihlerde işveren işçinin savunmasını almak yükümlülüğü altında değildir. Çünkü İş Kanunu 25/son’da derhâl feshlere uygulanacak iş güvencesi hükümleri arasında işçinin savunmasının alınmasını düzenleyen İş Kanunu 19 sayılmamıştır.” demek suretiyle olaya ilişkin kanaatimizin doğruluğunu teyit etmiştir. Hiç kuşkusuz yasal düzenlemenin eleştirilip değiştirilmesinin talep edilmiş olmasının yeni bir yasal düzenleme yapılincaya kadar uygulamaya devam olunmasına etkisi olmayacaktır.

Yukarıdaki izahata göre, İş Kanunu’nun 25/1-b maddesi hükmüne göre gerçekleştirilen haklı fesihte de savunma alınması şart olmadığından, sayın çoğunluğun bu hakkın 25/II nci maddeyle sınırlı bulunduğu ve bu kapsamda olmayan somut olayda sırf savunma alınmamış olması nedeniyle feshin geçersiz olduğu kanaatine iştirak etmek mümkün değildir. Usul ve yasaya uygun olan mahkeme kararı onanmalıdır şeklindeki düşüncem sebebiyle aksi yöndeki sayın çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

KARARIN İNCELENMESİ

Yargıtay kararına konu olan olayda, davalı firmaya ait işyerinde şoför olarak belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmakta olan davacı işçi, araçta bulunan ürünlerin teslimatının yapılması esnasında kaza geçirmiştir. İşçi, uğradığı kaza sebebiyle, 28.06.2013 – 10.01.2014 tarihleri arasında yaklaşık 6,5 ay süreyle kesintisiz istirahat raporu kullanarak işe devam etmemiştir. İstirahat raporlarının bitiminin ardından davacı işçi, işbaşı yapması gerektiği halde işe başlamamış ve bu durum 27.01.2014 tarihine kadar devam etmiştir. Bu tarihte, işveren iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme gereğince, haklı nedenle (derhâl) feshetmiştir.

Bunun üzerine, davacı işçi vekili aracılığıyla, haklı feshe ilişkin bir neden bulunmadığını ileri sürerek, feshin geçersizliğinin tespiti amacıyla işe iade davası açmıştır.

Davacı vekili, işçinin uğradığı kazanın alelade bir kaza olmadığını, işin yapılması sırasında meydana gelen bir iş kazası olduğunu, meydana gelen iş kazasında işçinin kusurunun bulunmadığını, işverenin bu durumun sonuçlarına katlanmak zorunda olduğunu, bu nedenle davalı firmaya ait işyerinde iş kazası geçirerek istirahat raporu kullanmak zorunda kalan işçinin iş sözleşmesinin işverence feshinde haklı bir fesih sebebinin bulunmadığını belirterek, feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye uygun olarak feshedildiğini, madde metninde geçen "kaza" ifadesinin iş kazasını da kapsadığını, davacı işçinin kademine göre 6 haftalık ihbar süresinin üzerinden Kanun'da aranan 6 haftalık ilave sürenin geçtiğini, bunun üzerine işverence sağlık sebepleri ileri sürülerek iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Yerel mahkemece yapılan yargılama sonucunda, davacı işçinin 28.06.2013 – 10.01.2014 tarihleri arasında geçirmiş olduğu iş kazası nedeniyle istirahat raporu kullandığı tespit edilmiştir. Mahkeme, yapmış olduğu inceleme ve değerlendirmede, meydana gelen kazanın iş kazası niteliğinde olup olmamasının sonuca etkili olmadığını, madde metninde herhangi bir ayırım yapılmaksızın kaza ifadesine yer verildiğini, istirahat raporu süresinin ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazla olması sebebiyle işverenin iş sözleşmesini feshinin haklı nedene dayandığı sonucuna ulaşarak davanın reddine karar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kararında "Dosya içeriğine göre, 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresi ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazladır. İşveren açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşmuştur." anlatımına yer vererek, yerel mahkemenin bu hususa ilişkin tespitini paylaşmıştır. Buna karşın Özel Daire, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2. maddesinde yer alan "Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır." hükmünden yola çıkarak, işverenin sağlık sebeplerine dayanarak iş sözleşmesini derhâl feshinde savunma alma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmiştir. Yargıtay'a göre, "Maddenin açık düzenlemesi gereği, işçinin savunmasının aranmadığı tek durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde işveren feshi olarak düzenlenen nedenlerdir. O halde, işverenin 25/I. maddesinde sağlık nedenleri olarak belirtilen fesihten dolayı verimi ile ilgili olduğu için savunmasının alınması gerekir." Bu kabul çerçevesinde Yargıtay, iş sözleşmesinin işverence sağlık sebeplerine dayanılarak feshinde, savunma alma yükümlülüğü yerine getirilmediği için yerel mahkemece davanın reddinin isabetli olmadığını belirleyerek, feshin geçersiz olduğuna ve işçinin işe iadesine karar vermiştir.

İşçi ve işveren arasında kurulmuş olan iş sözleşmesinin pek çok sona erme biçimi bulunmaktadır. İş sözleşmesini sona erdiren hallerden biri, tarafların anlaşmasıdır. İş sözleşmesi, tarafların anlaşmasıyla her zaman sona erdirilebilir. İş sözleşmesi, taraf iradelerinin uyuşmasıyla kurulabildiği gibi, taraf iradelerinin uyuşmasıyla da sona erdirilebilir. İş sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik bu anlaşmaya *ikale* adı verilmektedir. Kanundaki şartlara uygun

olarak kurulmuş belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin bitimi de iş sözleşmesini sona erdiren bir diğer hâldir. Böyle bir durumda, başka bir işlemin yapılmasına gerek kalmadan iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. İşçinin ölümü, iş sözleşmesinin sonlanmasına neden olur. İşverenin kişiliği önemsenerek yapılan iş sözleşmelerinde de işverenin ölümü, iş sözleşmesini sona erdirir. Söz gelimi, yaşlı bir kimsenin bakılması hususunda bir bakıcıyla akdettiği iş sözleşmesi, bu kimsenin ölümü üzerine kendiliğinden sona erer. Böyle bir durumda, iş sözleşmesinin varlığı, bakılacak kişinin hayatta kalmasına bağlıdır. Bu kişinin ölmesi halinde, iş sözleşmesi devam etmez, kendiliğinden sona erer (İş sözleşmesini fesih dışında sona erdiren haller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2015, 529 – 535; Nuri Çelik/Nurşen Canıklıoğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, 295 – 304; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2015, 188 – 192; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016, 166 – 169; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, 334 – 348; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Ankara 2014, 784 – 793, 1084 – 1088).

İş sözleşmesi fesih bildiriminde bulunulmak suretiyle de sona erdirilebilir. İş sözleşmesi taraflarından birinin, işçinin veya işverenin sözleşmenin diğer tarafına, işçiye veya işverene yönelttiği tek taraflı ve karşı tarafın kabulüne ihtiyaç duyulmaksızın iş sözleşmesini sona erdirebildiği irade açıklamasına *fesih bildirimini* denilir. İş Kanunu'na göre, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde taraflardan biri diğer tarafa bir süre (önel) vererek fesih bildiriminde bulunabileceği gibi, ister belirsiz süreli isterse de belirli süreli bir iş sözleşmesinde taraflardan biri diğer tarafa haklı bir nedenin varlığı halinde süre vermeksizin fesih bildiriminde de bulunabilir. İlk durumda, *süreli (bildirimli, olağan, öneli) fesih*ten, ikinci durumda ise *süresiz (bildirimsiz, olağanüstü, önelsiz, derhâl) fesih*ten söz edilir. Süreli fesih, iş sözleşmesi, fesih bildiriminde bulunulmasının üzerinden sözleşmenin diğer tarafına verilmek zorunda olunan ihbar süresinin geçmesinden sonra ortadan kalkar. Süresiz fesih ise, belirsiz süreli veya belirli süreli bir iş sözleşmesinin devamını çekilmez kılan bir haklı fesih sebebi mevcuttur ve bu sebebe dayanılarak fesih bildiriminde bulunulduğunda, iş sözleşmesi belirli bir ihbar süresinin sonu beklenmeksizin fesih bildiriminde bulunulan anda derhâl sona erer. Süreli fesih farklı olarak, süresiz fesih sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde değil, belirli süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinde de kullanılabilen bir fesih biçimidir. Süresiz fesih, belirli süreli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin devamını sözleşme taraflarından biri için çekilmez hale getiren haklı bir neden ortaya çıktığı halde, objektif iyi niyet kuralları gereğince kendisinden iş sözleşmesini sürdürmesi beklenemeyecek olan tarafa herhangi bir bildirim süresine uyma zorunluluğu bulunmaksızın, bu sebebe dayanarak sözleşmeyi derhâl sona erdirebilme olanağı tanımaktadır. İş Kanunu, işçi bakımından haklı fesih sebeplerini üç grup altında, işveren bakımından haklı fesih sebeplerini ise dört grup altında toplamıştır. Buna göre, işçi veya işveren Kanunda; sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı sebepler başlıkları altında haklı sebep olduğu belirtilen sebeplerden birine dayanarak iş sözleşmesini herhangi bir bildirim süresine uymadan feshedebilir. İşveren bakımından haklı fesih sebeplerine işçinin gözetilmesine alınması veya tutuklanması hâli de eklenmiştir. Böyle bir fesih, iş sözleşmesi belirli bir sürenin sonunda değil, haklı sebebin iş sözleşmesinin diğer tarafına bildirildiği anda sona erer. Haklı

bir fesih sebebinin ortaya çıktığı hallerde, iş sözleşmesini derhâl feshedebilme hakkına sahip olan taraf, iş sözleşmesini feshetmek zorunda değildir. Dilerse, iş sözleşmesini feshetmeyebilir (İş sözleşmesinin fesih yoluyla sona erdirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 536 – 753; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 305 – 424; Tunçomağ/Centel, 196 – 231; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 170 – 235; Narmanlıoğlu, 349 – 482; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 793 - 1084).

İşverenin haklı nedenle derhâl fesih hakkı ve haklı fesih nedenlerinin neler olduğu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; süresi belirli olsun veya olmasın işveren, madde metninde yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde sağlık sebepleri başlığı altında işverene iş sözleşmesini haklı nedenle (derhâl) feshedebilme yetkisi veren birbirinden bağımsız üç durum hüküm altına alınmıştır. İlk durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-a maddesinde belirtilen “*işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi*” durumudur. Diğer bir durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ilk fıkrasında belirtilen “*İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması*” durumudur. Üçüncü durum, Yargıtay kararına konu olan olayda uygulama alanı bulan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen “*4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-a maddesinde sayılan sebepler dışında işçinin devamsızlığının hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşması*” durumudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, “*(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimden önce fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.*” Düzenleme gereğince, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-a maddesinde zikredilen işçinin kastı, derli toplu olmayan yaşayışı ve içkiye düşkünlüğü dışında kalan işçinin kusuru olsun olmasın tüm kaza hallerinde madde metninde öngörülen bekleme süresinin geçmesiyle işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle (derhâl) fesih yetkisi doğacaktır (Süzek, 707; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 399; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 225; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 838).

Kaza halleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre, iş kazası niteliğinde olan durumlarda dâhi maddedeki düzenleme uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay da bu sonuca ulaşmaktadır. Yargıtay'a göre, işçinin geçirmiş olduğu kazanın iş kazası olması sonuca etkili değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde iş kazası niteliğinde bir olay sebebiyle istirahat raporu alınarak işe devamsızlıkta bulunulsa dâhi işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle (derhâl) fesih yetkisi doğar (Y9HD., 21.11.2005, 2005/32884 E., 2005/36570 K., Çalışma ve Toplum, 2006/2, 222, 223; aksi yönde, Hediye Ergin, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2009, 125, 126). İşveren tarafından yürütülmekte

olan iş dolayısıyla meydana gelen kazalar, iş kazası niteliğindedir. İşçi, araçta bulunan ürünlerin teslimatı sırasında kaza geçirdiği için somut uyuşmazlıkta meydana gelen kaza, iş kazası sayılır. Davacı vekilinin dava dilekçesinde ileri sürdüğü davalı firmaya ait işyerinde kaza geçiren işçinin geçirdiği kaza nedeniyle kullanmak zorunda kaldığı istirahat raporu gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen işveren feshinin haklı nedene dayanmayacağına ilişkin iddiası yerinde değildir. Yargıtay, inceleme konusu kararında Kanun'da yer alan düzenleme ve Yargıtay'ın geçmiş dönemdeki uygulaması doğrultusunda iş kazası dâhi olsa Kanun'da öngörülen şartlarla işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle (derhâl) sona erdirebileceği sonucuna isabetli bir biçimde ulaşmıştır.

İşverenin haklı nedenle fesih yetkisi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan işçinin kıdem süresine göre belirlenen ihbar sürelerinin altı hafta aşılmasından sonra doğar. Yollama yapılan hükümde ihbar sürelerinin sözleşmelerle arttırılması da öngörülmüştür. İhbar sürelerinin sözleşmelerle arttırıldığı durumlarda, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle (derhâl) feshedebilme yetkisinin doğabilmesi için arttırılmış süreler dikkate alınacaktır (Süzek, 708; Narmanlıoğlu, 438, dn. 348; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 839; Ercan Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2008, 1131; Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.2, 319; F. Burcu Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, 53; aksi yönde, Şahin Çil, İş Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 2007, 1829).

Kanunun tanıdığı bu sebebe dayanılarak iş sözleşmesi işverence derhâl feshedildiğinde, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi gereğince işverenin kıdem tazminatını ödeme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Sebep, haklı bir fesih sebebidir. Ancak, tazminatsız işten çıkışı mümkün kılan bir sebep değildir. İşverene bu sebebe dayanarak iş sözleşmesini derhâl feshedebilme imkânının tanınması, karşılıklı menfaatleri dengeleme amacına dayanır. İşveren geçirdiği hastalık ve kaza sebebiyle işe devam edemeyen işçisini, tâbi olduğu ihbar süresinin üzerinden altı hafta geçinceye kadar beklemek zorunda bırakılarak işçinin menfaati korunmaya çalışılmıştır. Bekleme süresi geçtikten sonra iyileşemeyip hâlâ işe geri dönemeyen işçiyi işverenin daha fazla geri dönmelerini beklemek zorunda kalmaksızın haklı nedenle işten çıkarabilmesi mümkün kılınarak işverenin menfaati korunmuştur. Bu arada, menfaatler dengelenirken söz konusu fesih nedeniyle işçiye kıdem tazminatı ödenmesi de öngörülmüştür.

Yargıtay kararına konu olan olayda, işçi davalı firmaya ait işyerinde 12.04.2012 – 27.01.2014 tarihleri arasında çalışmıştır. İşçinin kıdem süresinin uzunluğu 1,5 yılın üzerinde olduğu için Kanun'da öngörülen ihbar süresi altı haftadır. Altı haftalık ihbar süresine altı haftalık sabit sürenin eklenmesiyle işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle (derhâl) fesih yetkisini kazanabilmesi için geçmesi gereken bekleme süresi 12 haftadır. Olayda, işçinin kesintisiz raporlu olduğu süre 6 ayın üzerindedir. İşverenin iş sözleşmesini haklı nedenle (derhâl) feshedebilmesi için aranan şartlar gerçekleşmiştir. İşverenin iş sözleşmesinin feshedilmesinde haklı sebebinin bulunduğu, gerek yerel mahkeme kararında gerekse de Yargıtay kararında isabetle tespit edilmiştir. Gerçekten Yargıtay kararında, *“Dosya içeriğine göre, 28.06.2013 ile 10.01.2014 tarihleri arasında istirahat raporu kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen davacı işçinin kullandığı rapor süresi ihbar süresine ilaveten altı haftadan fazladır. İşveren açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesi uyarınca haklı fesih nedeni oluşmuştur.”* anlatımına yer verilerek, bu husus açıklığa kavuşturulmuştur.

İşverene iş sözleşmesini sona erdirebilme yetkisi tanıyan haklı sebebin gerçekleşmesiyle birlikte iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermez. İşveren ortaya çıkan fesih sebebine dayanarak fesih iradesini açıkça ortaya koymalıdır. İşveren elindeki haklı fesih sebebini ileri sürerek iş sözleşmesini sona erdirip erdirmemekte serbesttir. Yasal esaslar çerçevesinde bekleme süresinin bitimi tarihinde iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermez, bu tarihten sonra işverenin bir müddet daha bekleyerek iş sözleşmesini daha sonraki bir tarihte sona erdirebilmesi de mümkündür. Dava konusu olayda, davacı işçi 28.06.2013 – 10.01.2014 tarihleri arasında yaklaşık 6,5 ay süreyle kesintisiz istirahat raporu kullanarak işe devam etmemiştir. İstirahat raporlarının bitiminin ardından davacı işçi, işbaşı yapması gerektiği halde işe başlamamış ve bu durum 27.01.2014 tarihine kadar devam etmiştir. İstirahat raporunun bitimi ile iş sözleşmesinin işverence feshedildiği tarih arasındaki süre ücretsiz izin olarak kabul edilmiştir. Gerek, davacı işçinin tâbi olduğu 12 haftalık bekleme süresinin ardından istirahat raporu alınarak işe devam edilmeyen dönemde gerekse de istirahat raporlarının bitiminden sonra ücretsiz izin olarak kabul edilen dönemde işverenin fesih iradesini ortaya koymayıp bir müddet daha beklemesi, yasal esaslara aykırı değildir.

Bundan başka, mazeretsiz işe devam etmeme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-g maddesi gereğince haklı fesih sebebidir. İşçinin istirahat raporlarının bitiminden sonra mazeretsiz işe devam etmemesi de işverene iş sözleşmesini derhâl feshedebilme yetkisi tanıyan bir başka haklı sebeptir. İşverenin iş sözleşmesini derhâl feshedebilmesini mümkün kılan birden fazla haklı fesih sebebinin bir arada bulunması halinde, bunlardan birini tercih edebilmesi de mümkündür. Somut uyuşmazlıkta, işveren mazeretsiz işe devam etmeyen işçiyi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-g maddesi gereğince işten çıkarmayı tercih etmeyerek, bu dönemi ücretsiz izin olarak değerlendirmiştir. Bu nedenle, işverenin mevcut haklı fesih sebeplerinden birini tercih etmesinde de yasal esaslara aykırılık bulunmamaktadır.

İş güvencesi hükümlerinin uygulandığı hallerde, işveren belirsiz süreli iş sözleşmesini sadece ihbar süresine uyarak sona erdiremez, ihbar süresine riayet etmekten ayrı olarak işçiye bir de geçerli fesih sebebi bildirmek zorundadır. İş güvencesi hükümlerinin uygulandığı hallerde; işveren, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İşverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshederken dayanmak zorunda olduğu geçerli sebepler, haklı fesih sebepleri kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığı kabul edilecektir.

İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde dayanabileceği geçerli bir sebebi olan işveren iş sözleşmesinin feshinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen usule de uymak zorundadır. Buna göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimiyle ilgili nedenlerle fesh-

dilemez. İşverenin fesih öncesinde işçinin savunmasını alma zorunluluğu; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplere dayandığı hallerde mevcut değildir. Savunma, işçinin davranışı veya verimiyle ilgili nedenlere dayanılarak iş sözleşmesinin sona erdirilmek istendiği hallerde alınmalıdır. İş sözleşmesinin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplere dayanılarak feshedildiği hallerde olduğu gibi iş sözleşmesi, “verimsizliği” dışındaki diğer yetersizlik nedenlerine dayanılarak feshedildiğinde de işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur (Münir Ekonomi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi I, İstanbul Mart 2005, 53). Buna karşın, öğretilerde madde metninde geçen “verim” anlatımının “yeterlilik” olarak anlaşılması gerektiği dile getirilmektedir (Süzek, 631; Ali Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, 85; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 362; Mollamahmut oğlu/Astarlı/Baysal, 1029; Tankut Centel, İş Güvencesi, İstanbul 2012, 84). Maddede “yetersizlik” anlatımı yerine “verim” anlatımına yer verilmiş olması kanımca bilinçli bir tercihe dayanmaktadır. Savunma almanın gerekli olmadığı durumlar, kapsam dışında bırakılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 19/2. maddesinde fesih işlemi öncesinde işverene savunma alma zorunluluğunun getirilmesi, işçinin davranışları veya veriminin düşmesi sebebine dayanılarak yapılacak geçerli fesihlerde, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebilmesini mümkün kılan işçi davranışlarının yahut verimdeki düşüşün geri planındaki sebeplerin işverence öğrenilebilmesi ve savunmayla elde edilen bilgiler çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak fesih işleminin yapılıp yapılmayacağına karar verilebilmesi amacına dayanır. İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, bütünüyle işverenin hâkimiyet alanında meydana geldiği, işçinin sebebin oluşumunda herhangi bir katkısı olmadığı için bu sebepler ileri sürülerek yapılacak fesihlerde, işçinin savunmasının alınması anlamlı değildir. Aynı durum, işçinin mesleki yetersizliği bir başka anlatımla verimi dışındaki fiziki yetersizlik hallerinde de söz konusudur. Bu nedenle, savunma alma zorunluluğu getirilmesiyle ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmeyeceği durumlar, özellikle kapsam dışında bırakılmıştır.

İnceleme konusu kararında Yargıtay, iş sözleşmesinin geçerli sebebe dayanılarak feshinde öngörülen fesih işlemi öncesinde işçinin savunmasının alınması zorunluluğunun, haklı sebeple iş sözleşmesinin feshinde uygulanmayacağına ilişkin yerleşik görüşünden ayrılmış ve savunma alma zorunluluğunun sadece 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/II. maddesinde bulunmadığını kabul ederek farklı bir sonuca ulaşmıştır. Karara sunulan Muhalefet Şerhi’nde de zikredildiği gibi Yargıtay 9. Hukuk Dairesi geçmiş dönemde verdiği kararlarında, iş sözleşmesinin sadece 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/II. maddesine göre işverence haklı nedenle sona erdirildiği durumlarda değil, iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle sona erdirildiği tüm durumlarda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesinin uygulama alanı bulmayacağını kabul etmekteydi. Yargıtay’a göre, “...4857 sayılı İş Kanununun 19. maddesi uyarınca, ‘işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. İşverenin sözü edilen kanunun, 25. maddesinin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklı olmak şartı ile hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez’. Aynı yasanın 25/son maddesine göre, ‘İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadı-

*ğı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvuru-
bilir.’ Görüldüğü gibi, iş sözleşmesinin işveren tarafından 25. madde gereğince
feshi hallerinde aynı maddenin son fıkrası gereği Yasanın 19. maddesindeki
koşullara uyma zorunluluğu yoktur. Bir başka anlatımla, işverenin iş sözleşme-
sini haklı nedenle feshettiği durumlarda, fesih bildirimini yazılı, fesih sebebinin
açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi şekli koşulları...” aranmaz (Y9HD.,
17.04.2006, 2006/5460 E., 2006/9949 K.). Aynı yönde görüş belirttiği bir baş-
ka kararda Yargıtay, “...Belirtmek gerekir ki, yazılı fesih bildirim ve fesih sebe-
binin açık ve kesin olarak belirtilmesi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18’inci madde-
si uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Buna
karşılık, aynı Kanun’un 25’inci maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle
derhâl feshinde yazılı şekil ve fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmesi
şartları aranmamaktadır. Zira maddenin son fıkrasında haklı nedenlerle işvere-
nin feshi hallerinde, işçinin 18, 20 ve 21. madde hükümleri uyarınca yargı yolu-
na başvurabileceği belirtilmiştir. Haklı nedenle fesihte, bu düzenlemeler karşı-
sında, 19. maddedeki yazılı bildirim, fesih sebebinin açık ve kesin olarak belir-
tilmesi ile savunma alınması koşulu aranmamalıdır. Dairemizin uygulaması da
bu yöndedir...” sonucuna ulaşmıştır (Y9HD., 01.06.2009, 2008/34018 E.,
2009/14968 K.; aynı yöndeki kararlar, Y9HD., 24.04.2006, 2006/5461 E.,
2006/11253 K., Çil, 1849; Y9HD., 06.02.2006, 2006/1129 E., 2006/2424 K.,
Çil, 1872, 1873; Y9HD., 20.03.2006, 2006/4303 E., 2006/7132 K., Kılıçoğlu/
Şenocak, 407).*

Hiç kuşkusuz, iş sözleşmesinin işverence geçerli nedenle feshinde uyul-
ması gereken fesih usulüyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde uyulması
gereken fesih usulü arasında ortak kuralların olmaması adaletli değildir. İş
güvencesi hükümlerine tâbi olan işçinin iş ilişkisi işverence işçinin davranışı
veya verimiyle ilgili nedenler ileri sürülerek sona erdirilirken savunma alma
zorunluluğu getirilmesine karşın işçi bakımından daha olumsuz sonuçlar doğ-
uran haklı nedenle fesihlerde işçinin savunmasının alınmamasını isabetli
bulmak mümkün değildir. Bu nedenle, geçerli nedenle süreli fesih usulü ile
haklı nedene dayanarak süresiz fesih usulü arasındaki farkın kaldırılarak, fe-
sih usulünün tek biçimde düzenlenmesi gerektiği isabetli bir biçimde savunul-
maktadır (K. Ahmet Sevimli, 4857 sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesi-
nin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü
Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar, Çimento İşveren, Kasım 2004, 19
vd.). Fesih türleri arasında uyulacak usule ilişkin kuralların farklı olması, öğre-
tide eleştirilmektedir. Buna karşın, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/son madde-
sinde, iş sözleşmesinin feshinde uyulacak usulü düzenleyen 4857 sayılı İş Ka-
nunu’nun 19. maddesinin dışlanması sebebiyle Yargıtay’ın geçmiş dönemde
verdiği kararlardaki görüşe uygun olarak öğretilde de haklı nedenle iş sözleşme-
sinin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25/I, II, III ve IV. bentlerindeki sebeplere da-
yanılarak feshinde savunma alma zorunluluğunun bulunmadığı kanımca da
isabetli bir biçimde kabul edilmektedir (Süzek, 733, 734; Eyrenci/
Taşkent/Ulucan, 233; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1031).

Metinlerine yer verilen Yargıtay kararlarında, iş sözleşmesinin işverence
haklı nedenle feshinde savunma alınması koşulunun aranmaması gerektiğine
ilişkin görüş yerinde olmakla birlikte, iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle
feshinde fesih bildirimini yazılı şekilde yapılması ve fesih sebebinin açık ve
kesin olarak belirtilmesi şartlarının da aranmayacağına ilişkin görüşe, Türk
Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonraki dönem

bakımından kanımca katılabilmek mümkün değildir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde, sözleşmeyi fesheden tarafın fesih sebebinin yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Kanun koyucunun geçerli ve haklı fesihler bakımından farklı fesih usulü öngörmüş olması, adalet duygusunu rencide eden sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle, sözleşmeyi fesheden tarafın, fesih sebebinin yazılı olarak bildirmek zorunda olduğunu belirten ve yazılı şekli geçerlik koşulu olarak niteleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde yer alan hükmün, iş yasalarına tâbi iş ilişkileri bakımından da uygulanması kanımca ihtiyaçlara daha uygundur (bkz. Polat Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil, Haziran 2011, Y. 6, S. 22, 14; Süzek, 735, 736; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 233; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 799, 800; Ender Gülver, Türk Borçlar Kanunu'nda İş Sözleşmesinin Derhâl Feshi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2011, C. 8, S. 31, 1010, 1011; aksi yönde, Çelik/Caniklioglu/Canbolat, 388, dn. 423; Gülsevil Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2011, C. 8, S. 31, 917, 918; Savaş, 173).

Yargıtay, daha önceki kararlarının aksine son kararında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesinde yer alan "*İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurulabilir.*" şeklindeki düzenlemede 19. maddeye yer verilmeyişini dikkate almamıştır. İş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde savunma alınması gerektiği sonucuna ulaşılrken bütünüyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde yer alan "*Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır.*" şeklindeki düzenleme göz önünde bulundurulmuştur.

Yargıtay, "*Maddenin açık düzenlemesi gereği, işçinin savunmasının aranmadığı tek durum, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde işveren feshi olarak düzenlenen nedenlerdir. O halde, işverenin 25/I. maddesinde sağlık nedenleri olarak belirtilen fesihten dolayı verimi ile ilgili olduğu için savunmasının alınması...*" gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu sonuca ulaşılrken, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son hükmünde yollama yapılan maddeler arasında savunma alma zorunluluğuna ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinin yer almaması bütünüyle göz ardı edilmiştir. Oysa birbiriyle bağlantılı olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son hükmü ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi arasındaki bağlantı koparılmaksızın her iki maddedeki düzenlemelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, bağlantılı iki maddeden sadece 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2. maddesinin son cümlesinde yer alan düzenleme dikkate alınarak, salt hükmün karşıt anlamından çıkan sonuca üstünlük tanınmıştır. Hükmün karşıt anlamından ulaşılan sonuç, hiçbir zaman hükmün getirilmesiyle güdülen amaca aykırı olamaz (M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar, İstanbul 2015, 64). Yargıtay'ın ulaştığı sonuç, hükmün getirilmesiyle hedeflenen amaca da uygun değildir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan haklı fesih sebepleri arasında savunma alınmasını gerektiren haller, sadece 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde

yer alan durumlarla sınırlıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I, III ve IV. maddelerinde yer alan haklı fesih sebeplerinde savunma alınmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Kanun koyucu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2. maddesinde yer alan düzenlemede, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I, III ve IV. maddelerinde yer alan sebeplerde savunma alınmasını gerektiren bir durum olmadığı için salt 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesini zikrederek, savunma alınmasının gerekli olmadığını hükme bağlamıştır. Bu yapılırken, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi dışındaki haklı fesih sebeplerinde savunma alma zorunluluğunun mevcut olduğunu hükme bağlamak hedeflenmemektedir. Hükümün amacı buyken, amaçla bağdaşmayacak bir biçimde hükümün karşıt anlamından yola çıkılarak aksi sonuca ulaşılması isabetli değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasında, işçinin kıdem süresine göre tâbi olduğu ihbar süresine eklenecek altı haftalık bir bekleme süresi boyunca istirahat raporu alarak işe devam etmemesi, başlı başına iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedebilmesine imkân tanıyan bir sebep oluşturmaktadır. Bu sürenin geçmesinin ardından sağlığındaki sorunları gerekçe göstererek işe devam edemeyen işçinin iş sözleşmesi işverence haklı nedenle sona erdirilebilecektir. Yargıtay tarafından benimsenen görüş çerçevesinde, işverenin bu durumda işçiden alacağı savunma, her hangi bir sonuca ulaşmaya yönelik olmayacaktır. Tıbbi açıdan alınan istirahat raporları, sağlık sorununun varlığını kanıtlamaktadır. İstirahat raporlarının varlığına rağmen buna ilave olarak işçinin savunması alınarak elde edilebilecek başkaca bir bilgi de bulunmamaktadır. Kanun, salt istirahat raporu alınarak bekleme süresi bitimine kadar işe devam etmemeyi haklı sebebin oluşumu bakımından yeterli görmektedir. Bu nedenle, Yargıtay kararında işverenin bu durumda dâhi savunma almakla yükümlü olduğunun kabul edilmesi, şekli bir gereklilikten öte gitmeyecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde fesih için geçerli sebepler belirtildikten sonra özellikle fesih için geçerli olmayan sebepler de ayrıca düzenlenmiştir. Maddede geçerli fesih sebebi oluşturmayacağı öngörülen durumlardan biri, 18/3-f maddesinde yer alan "*Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık*" hâlidir. Şu halde, işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasında yer alan bekleme süresi tamamlanıncaya kadar iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilmesi mümkün olmaz. Düzenleme gereğince, işverenin belirtilen sebebi ileri sürerek geçerli nedenle iş sözleşmesini feshedebilmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen bekleme süresinin geçmesine bağlıdır. Bu durumda, haklı fesih sebebinin oluşumuyla geçerli fesih sebebinin oluşumu örtüşmektedir. Kanunda öngörülen bekleme süresi geçmeden işveren ne haklı sebeple ne de geçerli sebeple iş sözleşmesini sona erdirebilmektedir. Bekleme süresinin bitimiyle birlikte işveren iş sözleşmesini sona erdirmede hem geçerli bir neden hem de haklı bir neden elde etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3-f maddesinde yer alan hükümün isabet derecesi tartışmaya açıktır. İşverenin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshederken dayanmak zorunda olduğu geçerli sebepler, haklı fesih sebepleri kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, bekleme süresi bitinceye kadar istirahat raporu alınarak işe devam edilmemesinin, geçerli sebep olarak düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

Mevcut düzenleme çerçevesinde, aynı durumun geçerli ve haklı sebep yaratması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. İşveren sağlık sebebiyle işe devam edilmemesi olgusunu, bekleme süresinin sona ermesinden sonra geçerli bir fesih sebebi olarak yahut haklı bir fesih sebebi olarak ileri sürmekte serbesttir. Yargıtay kararına konu olan somut olayda, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmeyi tercih etmiştir. İşveren haklı nedenle fesih yolunu değil de geçerli nedenle fesih yolunu kullanarak iş sözleşmesini sona erdirseydi dâhi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19/2. maddesinde yer alan düzenleme gereğince, işverenin savunma alma zorunluluğu olmayacaktı. Savunma almanın gerekli olduğu durumlar, sadece işçinin davranışları yahut verimine ilişkin nedenlerle sınırlandırılmıştır. Her ne kadar Yargıtay kararında söz konusu fesih sebebinin verimle ilgili olduğu belirtilse de, bahsedilen durum işçinin davranışlarıyla ilgili olmadığı gibi verimiyle ilgili de değildir. Söz konusu durum, işçinin verimi dışındaki fiziksel yetersizliğiyle ilgilidir. Geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği durumlarda dâhi savunma alma zorunluluğu yokken haklı nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği durumlarda savunma alınması zorunluluğunun mevcut olduğunun kabul edilmesi isabetli olmaz.

İşverence iş sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirildiği durumlarda da işçinin feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davası açabilmesi mümkündür. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesinde buna ilişkin düzenleme getirilmiştir. Bu sayede, iş güvencesiyle getirilen ilave yüklerden kurtulmak amacıyla kötü niyetle iş sözleşmesini geçerli neden göstererek feshetmek yerine gerçekte haklı bir fesih nedeni olmamasına karşın haklı bir neden oluşturarak sona erdirmeyi tercih eden işverenlere karşı işçi korunmuş olacaktır. İşçi, sadece iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedildiğinde değil haklı fesih iddiasıyla işten çıkarıldığında da işverence ileri sürülen fesih sebebinin yargı yoluyla denetlenebilmesi mümkün kılınmıştır.

Konuyu düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesine göre, *"İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir."* Maddede işçinin işverence haklı nedene dayanılarak işten çıkarılması halinde feshin geçersizliği talebiyle işe iade davası açabilmesini mümkün kılan tek bir durum vardır. İşverenin ileri sürdüğü haklı sebebin gerçekte mevcut olmaması yahut haklı sebep mevcut olmasına rağmen bu durumun kanıtlanamamasıdır. Aslında bu düzenlemeye, İş Kanunu'nda hiç yer verilmemiş olsaydı dâhi işverenin kötü niyetli davranışı karşısında hükmün öngördüğü sonuca yine ulaşılabilirdi. İşveren iş sözleşmesini sona erdirirken gerçekte olmayan bir sebebi, haklı sebep varmış gibi ileri sürüyor, bu sayede iş güvencesi hükümlerinden kurtulmayı hedefliyorsa, işçinin bu durumda da feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davası açabileceği, konuya ilişkin açık bir düzenleme olmasa da kabul edilirdi. Kanun koyucunun salt hüküm olmadığında da ulaşılacak bir sonucu düzenleme iradesine sahip olduğu düşünülemez. Kanun koyucu hüküm olmasaydı da ulaşılacak bir sonucu hüküm koyarak düzenlediğine göre, düzenlemeyle ulaşılmak istenen bir başka amacın daha olduğunun belirlenmesi gerekir. Düzenlemede haklı sebeple fesihle iş güvencesi hükümleri arasında bağlantı kurulurken 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi özellikle zikredilmemiştir. İşveren haklı nedenle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen fesih usulüne uymak zorunda değildir. İş sözleşmesinin haksız feshedildiği tüm durumlarda değil, sadece fesih sebebinin haklı neden niteliğinde olmadığı yahut bu durumun

kanıtlanmadığı durumlarda işçinin feshin geçersizliğini ve işe iadeyi talep edebilme hakkı bulunmaktadır. Bu durum karşısında, gerçekte haklı nedenin mevcut olduğu hallerde, bu nedene dayanılarak yapılan işveren fesihlerinde, fesih işleminin yazılı yapılmadığı, fesih sebebinin kesin ve açık bir biçimde belirtilmediği ve savunma alınmadığı yahut 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinde ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında belirtilen sebeplere dayanılarak yapılan fesihlerde altı iş günlük sürenin geçirildiği iddiasıyla feshin geçersizliği ve işe iade talebinde bulunulabilmesi mümkün olmaz. İşte, kanun koyucunun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesinde yer alan düzenlemeyle ulaşmak istediği bir diğer amaç da, iş sözleşmesinin yazılı şekle uygun olarak feshedilmediği, fesih sebebinin kesin ve açık bir biçimde ileri sürülmediği, savunma alınmadığı yahut altı iş günlük süreye uyulmadığı durumlarda, feshin geçersizliği ile işe iadenin talep edilemeyeceğini belirtmektir.

Öğretide aksi yönde görüşler ileri sürülse de (bkz. Savaş Taşkent, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2006, 73 – 78; Sarper Süzek, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Ankara 2006, 102 – 104; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 870) Yargıtay'ın konu hakkında bugüne kadar sürdürdüğü uygulaması bu doğrultuydu. Yargıtay'a göre, "İşveren tarafından davacının hizmet akdinin feshi İş Yasasının 25/2. maddesine dayandırılmış, ancak 26. maddedeki altı iş günlük hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesi ile işverenin haklı sebeple feshi kabul edilmemiştir. Bu gibi durumlarda, ihbar ve kıdem tazminatı talepleri kabul edilebilir ise de, işçinin feshin geçersizliği ve işe iade isteği değerlendirilirken 4857 sayılı Yasanın 25/son maddesi gereği aynı yasanın 19. maddesi koşulları aranmaz. 18, 20 ve 21. madde hükümleri gereği değerlendirme yapılması gerekir. Bu nedenle mahkemenin 19. maddedeki usule uyulmadığı gerekçesine dayanarak davayı kabul etmesi yasal bulunmamıştır. Mahkemece, 25/2 maddesi gereğince akdın sona erdirilmesi hallerinde isnat edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26. maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı neden olarak feshe neden gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin reddedilmesi..." gerekir (Y9HD., 24.02.2004, 2003/22581 E., 2004/3229 K.; aynı yöndeki kararlar, Y9HD., 10.07.2006, 2006/16181 E., 2006/20350, Çalışma ve Toplum, 2006/4, 173 – 175; Y9HD., 13.12.2006, 2006/13951 E., 2006/32795, Çalışma ve Toplum, 2007/2, 181, 182).

Yargıtay, söz konusu kararlarında, işverence 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesine dayanılarak yapılan bir fesihte, iş güvencesi kapsamındaki işçinin derhâl feshe neden olarak gösterilen davranışı haklı fesih sebebi sayılacak ağırlıkta bulunmama ile birlikte geçerli neden olarak kabul edilebilecek nitelikteyse, feshin geçerli olduğuna hükmetmekte ve işçinin işe iade talebini reddetmekte, sadece ihbar ve kıdem tazminatının ödenmesini karara bağlamaktadır (Süzek, 743). Yargıtay'a göre, bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinde yer alan altı iş günlük hak düşürücü süresi geçirilmiş olsa da işe iade kararı verilemez. Bunun nedeni, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan geçerli fesih nedenleri doğmuşsa işveren "makul" süre içerisinde süreli fesih hakkını kullanabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son mad-

desi gereği işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesindeki usule de uymasına gerek yoktur (Süzek, 743). Yargıtay kararlarında kabul edilen görüş, kanımca da isabetlidir.

Metnine yer verilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, 24.02.2004 tarih ve 2003/22581 E., 2004/3229 K. sayılı Özel Daire kararını inceleyen Şahlanan, kararda iş sözleşmesinin feshinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesiyle getirilen feshin geçerli bir nedene dayandırılması zorunluluğu ile işverenin haklı bir nedenle iş sözleşmesini feshetmesi arasındaki ilişkinin isabetli bir şekilde ortaya konulduğu sonucuna ulaşmıştır. Şahlanan'a göre; "...Yargıtay kararında da isabetle belirtildiği gibi İşK.md.25/II'ye göre yapılmış bir fesihte işverenin 19. maddede belirtilen usule uyma mecburiyeti yoktur. Esasen yasal düzenleme de bu şekildedir. 25. maddenin son fıkrasında Kanun'un iş güvencesi hükümlerine yollama yapılırken 19. madde zikredilmemiştir. Aynı şekilde 19. maddenin son fıkrasında da işverenin 25. maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır hükmü yer almaktadır. Bu nedenle, işverenin Kanun'un 25/II. maddesine dayanarak ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan bir haklı neden iddiasıyla yaptığı feshi karşı açılan, feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davasında 19. maddedeki usule uyulmamış olması durumunda – örneğin fesih bildirimimin yazılı yapılmamış olması, işçinin savunmasının alınmamış olması gibi – işverence ileri sürülen fesih nedeninin geçerli bir neden olup olmadığı araştırılmadan, iş güvencesine ilişkin feshin usule ilişkin şartları yerine getirilmediği gerekçesiyle işe iade kararı verilemez. Öte yandan Kanun'un 25/II. maddesindeki nedenlere dayanılarak yapılmış bir fesihte 26. maddedeki 6 iş günlük hak düşürücü süre geçtiği gerekçesiyle de işe iade kararı verilemez, söz konusu sürenin geçmiş olması yapılan fesihte işçiye ihbar – kıdem tazminatı hakkını doğurur idiye de, salt bu durum, aynı zamanda feshin geçersizliği ve işe iade sonucunu doğurmaz. Feshe neden olarak gösterilen eylem haklı fesih nedeni sayılabilecek ağırlıkta bulunmasa da geçerli neden olarak kabul edilebilecek nitelikte işe iade talebi..." reddedilmelidir (Fevzi Şahlanan, İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı Neden – Geçerli Neden İlişkisi, İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları, Karar İncelemeleri (Aralık 2004 – Ocak 2011), İstanbul Mart 2011, 7, 8; aynı yönde, Münir Ekonomi, Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Genel Görüşme, Ankara 2006, 106, 107; kararı isabetli bulan bir diğer görüş için bkz. Gülsevil Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Bodrum 21 – 25 Eylül 2005, 238, 239).

İnceleme konusu kararında Yargıtay, işverenin iş sözleşmesini sona erdirirken kullanabileceği bir haklı fesih sebebinin oluştuğunu tespit etmekle beraber isabetli olmayan bir yorumla iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I, III ve IV. maddelerine dayanılarak haklı nedenle feshinde dâhi işverenin savunma almakla yükümlü olduğunu kabul etmiş, savunma alma yükümlülüğü yerine getirilmediği için salt bu sebeple feshin geçersizliğine ve işe iadeye hükmetmiştir. Kararda, savunma alınmaması gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmiş olması, Yargıtay'ın konu hakkında bugüne kadar sürdürdüğü uygulamasıyla da uyumlu değildir. İş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedildiği durumlarda, feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilebilmesi için işverenin ileri sürdüğü haklı sebebin gerçekte mevcut olmadığının mahkemece tespit edilmesi yahut ileri sürülen haklı fesih sebebinin kanıtlanamaması gerekir. Bir an için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi di-

şında kalan diğer haklı fesih sebeplerinde kararda kabul edildiği gibi savunma alma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilse dâhi haklı sebebin mevcut olduğu tespit edildikten sonra kararda belirtildiği gibi savunma alma yükümlülüğüne uyulmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi mümkün olmaz. Karar, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi kapsamında dışında kalan fesihlerde savunma alma yükümlülüğünün kabul edilmesi sebebiyle isabetli olmadığı gibi bu yönüyle de isabetli değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesine göre, "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurulabilir." Düzenlemede, feshin haksız olduğu tüm durumlarda değil, sadece maddede belirtilen haklı fesih sebeplerine uygun olmayan bir fesih işleminin bulunduğu durumlarda işçiye fesih işleminin geçersizliğini ve işe iadeyi talep edebilme hakkı tanınmıştır. İş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen haklı nedenlere dayanılarak feshedildiği ileri sürülmesine karşın gerçekte böyle bir neden mevcut değilse veya ileri sürülen nedenin varlığı ispatlanamıyorsa ya da fesih altı iş günlük hak düşümü süresi geçtikten sonra gerçekleştirilmişse yahut fesih işlemi usulüne uygun yapılmamışsa haksız sayılır (Süzek, 737). 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/son maddesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 20 ve 21. maddelere göre yargı yoluna sadece "feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile" başvurulabileceğini öngördüğüne göre, işverence yapılan fesih işleminin haksız olduğu tüm durumlarda feshin geçersizliği ile işe iadenin talep edilebilmesi mümkün olmaz (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 871, 872). Bu durum karşısında, işverenin iş sözleşmesini feshedebileceği bir haklı fesih sebebinin mevcut olduğunun tespit edildiği hallerde, yasal hak düşümü süresi geçtikten sonra fesih işleminin yapılması, feshin yazılı olarak yapılmaması, fesih sebebinin açık ve kesin bir biçimde bildirilmemiş olması yahut savunmanın alınmaması gerekçesine dayanılarak, bu gerekçeler feshi haksız hale getirirse dâhi işçi feshin geçersizliği ile işe iade talep edemeyecek, yasal hak düşümü süresi geçtikten sonra yahut savunma alınmadan yapılan fesihte işçi sadece ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilme hakkına sahip olacaktır.

Sonuç olarak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2015 tarih ve 2015/23385 E., 2015/33398 K. sayılı kararında, Özel Daire'ce geçmiş dönemde kabul edilen esaslardan farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Kararda kabul edilen iş sözleşmesinin sağlık sebeplerine dayanılarak işverence derhâl feshinde işçinin savunmasının alınması gerektiğine dair görüş, yukarıda belirtilen gerekçelerle yasal esaslar çerçevesinde kanımca isabetli değildir. Aynı şekilde, iş sözleşmesinin sağlık sebeplerine dayanılarak derhâl feshi öncesinde işverenin savunma alma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilse dâhi işverenin iş sözleşmesinin feshinde dayanabileceği haklı bir fesih sebebinin varlığı tespit edildikten sonra salt savunma alma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması sebebiyle feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi de yasal düzenlemele- re uygun değildir.

ÇALIŞAN ÇOCUK VE GENÇLERİN KORUNMASI

(PROTECTION OF CHILD AND YOUNG LABOURERS)

Araş. Gör. İlke Gürsel*

ÖZ

Çocuğun erken yaşta çalışmaya başlamasına izin verilmesi onun hem fiziksel, ruhsal yapısı üzerinde çoğunlukla olumsuz etki yaratmakta, hem de eğitim olanaklarından yeterince faydalanamaması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, çocuğun çalıştırılmasının çocuk ve toplum üzerinde önemli izleri bulunmaktadır. Çalışmamızda çalışan çocuk ve gençler hakkındaki uluslararası metinler, yabancı devlet uygulamaları ve Türk hukukundaki düzenlemeler dikkate alınarak çalışan çocuk ve gençlerin ne şekilde korunmakta olduğu incelenmektedir. Bu doğrultuda, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerinde, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında, 94/33/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özellikle çocuğun çalıştırılması ile mücadeleyle yönelik düzenlemeler dikkate alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Çalışan çocuk ve gençler, 138 ve 182 sayılı ILO Sözleşmeleri, 94/33/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 4, Türk iş hukuku, çalışma koşulları

ABSTRACT

Allowing the child to start working in early childhood mostly causes negative impact on his physical/psychological nature as well as preventing him from adequately enjoying education opportunities as a consequence. Therefore, child labour produces substantial effects on the child and the society. In this article, it is aimed to examine how child and young labourers are being protected by taking into account of the related international documents, the applications of foreign countries and the regulations in the Turkish law. Accordingly, the regulations struggling against especially child labour in the Conventions of United Nations and International Labour Organization, the European Social Charter (revised), the European Union Directive no. 94/33/EC and the European Convention on Human Rights have all been taken into consideration.

Keywords: *Child and young labourers, ILO Convention no. 138 and 182, European Union Directive no. 94/33/EC, European Social Charter (revised), European Convention on Human Rights article 4, Turkish labour law, working conditions.*

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

I. GİRİŞ

İçinde yaşadığımız toplumların gelecekteki yüzünü şekillendirecek olanlar bugünün çocukları ve gençleridir. Onların sağlıklı bir sosyal çevrede büyümeleri ve iyi eğitim almaları ileride yetişkin birer birey olarak katılacakları toplumlar bakımından daha iyi bir gelecek anlamına gelmektedir. Çocukların ve gençlerin fiziksel/ruhsal olarak hassas bir yapıya sahip olmaları, dıştan gelen etkiler karşısında onların yetişkinlere nazaran daha kolay incinmesine neden olur. Bu nedenle, çocuk ve gençleri özel olarak koruma altına alan politikaların oluşturulması büyük ölçüde önem taşır. Koruma politikaları hazırlanırken üzerinde düşünülmesi gerekli olan alanlardan biri de çalışma yaşamıdır. Nitekim, aksine bir düşünce, bu bireylerin emeğinin sömürülmesinden fiziksel/ruhsal travmalara, yetersiz eğitimden niteliksiz toplumlara kadar birçok olumsuz neticeyi beraberinde getirecektir.

Bir ülkedeki fakirlik seviyesi, çocuğun çalışmasının hem nedeni hem de sonucudur. Bunun dışında, zor aile durumları (örneğin, bekar anne baba durumu, ebeveynin çalışamayacak durumda olması, destek sağlamayan aileler vb.), ailede düşük eğitim seviyesi, düşük ebeveyn yetenekleri ya da sosyoekonomik bozulmalar (ekonomik kriz, politik ve sosyal geçişler) gibi faktörlerin de çocukların çalışması üzerinde etkisi bulunur¹. Ayrıca, bazı toplum kültürlerinde çocukların çalıştırılması, yetişkinliğe geçiş sürecinde sıradan bir aşama olarak görülmektedir². Fakat, çocuğun çalışmasına neden olan faktörlerin bunlarla sınırlı olduğu düşünülmemelidir. Bu noktada işverenlerin çocuk işçiliğine yönelik bakış açısı da önemlidir. Bazı işverenlerde çocukların düşük ücretlerle işe alınıp kolay şekilde işten çıkarılabilecekleri, karşı koyma güçlerinin az olduğu, greve katılmayacakları veya işyerinde üretimi aksatmayacakları yönünde bir kanaat oluşmuş olduğundan, bu tip işverenler açısından çocuk istihdamı değişmez bir çalışma şekli olarak görülmektedir. Kahire'deki deri tabaklama endüstrisinin konu edildiği bir araştırma, bu bakış açısına iyi bir örnek teşkil eder. Şöyle ki, işverenlere çocuk işçiliğine karşı hukuki anlamda etkili bir yasaklama getirilse buna gösterecekleri tepkinin ne olacağı sorulduğunda, %72 oranında işveren ne olursa olsun çocukları istihdam etmeye devam edeceği, %78 oranında işveren ise çocuk işçilerin ücret seviyesi yetişkin işçilerin ücret seviyesine gelse bile çocukları işe almaya devam edeceği yönünde görüş beyan etmiştir. Dolayısıyla, çocukların uysallığı işverenler açısından çocuk işçiliğinde itici bir unsur olarak görülebilir³.

Çocuk işçiliği günümüzde aşına olduğumuz bir kavram olmakla birlikte, mevcut sorun rakamlarla ortaya konulduğunda daha dikkat çekici hale gelmektedir. Örneğin, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 2012 verilerine göre, dünya çapında 168 milyon (toplam çocuk nüfusunun neredeyse %11'i oranında) çocuk işçi tespit edilmiştir. Bu çocukların yarısından fazlası ise (85 milyon

¹ Child Labour, A Textbook for University Students, International Labour Office, 2004, s. 83-87; Anılan kitapçık için bkz. <http://www.ilo.org/ipcinfo/product/viewProduct.do?productId=174>.

² Soo Nam, "Child Labor in Latin America", Law and Business Review of the Americas, Vol. 19, 2013, s. 528.

³ Conditions of Work Digest, Child Labour: Law and Practice, Vol. 10, No. 1, ILO, Geneva, 1991, s. 9; Çocukların iş disiplini altına alınmasının yetişkinlere nazaran daha kolay olduğu yönünde bkz. Tankut Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 2.

çocuk) tehlikeli işlerde çalıştırılmaktadır. Çocuk işçinin sayıca en fazla olduğu yer Asya Pasifik bölgesi iken, oran bazında en yüksek olduğu bölge, her beş çocukta en az birinin çocuk işçi olduğu, Sahraaltı Afrika bölgesidir. Yaş grupları açısından bakıldığında, 5-11 yaş grubundaki çocukların 73 milyonluk bir sayıyla çocuk işçiliğinde en geniş paya sahip yaş grubu olduğu görülmektedir. Yine anılan verilere göre, orta gelir seviyesinde yer alan ülkeler de çocuk işçiliğine ev sahipliği yapmaktadır. Şöyle ki, orta gelir düzeyindeki ülkelerde toplam 93.6 milyon çocuk işçi tespit edilmişken, düşük gelir seviyesindeki ülkelerde bu sayı 74.4 milyon olarak hesaplanmıştır. O halde, çocuk işçiliği ile mücadelenin sadece fakir ülkelerle sınırlandırılmaması gerekir. Sektörel bazda ise tüm sektörlerdeki çocuk işçiliği dikkate alındığında, tarımın %59'luk bir yüzdeyle başı çeken sektör olduğu anlaşılmaktadır⁴. Anılan rakamlar ve yüzdeler, çocuk işçiliğinin üstesinden kolaylıkla gelinebilecek bir sorun olmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

II. ÇALIŞAN ÇOCUK VE GENÇLERE YÖNELİK ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Çalışan çocuk ve gençlere yönelik uluslararası düzenlemeler bakımından dünya çapında etki gösteren belgeler denildiğinde ilk akla gelen metinler, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile ILO Sözleşmeleridir. Bu Sözleşmeler çalışan çocuk ve gençlere yönelik hukuki düzenlemelerde devletlere örnek teşkil etmektedir. Bu nedenle, bu bölümde öncelikle Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve hemen ardından 138 ve 182 sayılı ILO Sözleşmeleri ana hatlarıyla incelenecektir.

A. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Uluslararası düzeyde çocukların hak ve yetkilerinin yer aldığı kapsamlı bir metnin hazırlanma çabaları esasen 1924 yılına dek geriye gitmektedir. Milletler Cemiyeti, Cenevre Bildirisi olarak da bilinen 1924 tarihli Çocuk Hakları Bildirisinde *“insanoğlu sahip olduğunun en iyisini çocuğa vermeye mecburdur.”* şeklindeki mesajını tüm dünyaya duyurmuş ve çocuk haklarını sağlamaya yönelik 5 ilke belirlemiştir⁵. Çocukların haklarını korumak için atılan bir başka önemli adım, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirisidir. Bu Bildiri, noksanlıklarına rağmen, çocuk haklarını makul surette ayrıntıya girerek tanımlamaya yönelik ilk ciddi adım olarak kabul edilir. Örneğin, bu Bildiri çocuğun *“özel bir korumayı”* hak ettiğine ve bu korumanın *“çocuğun yüksek yararı”* dikkate alınarak sağlanması gerektiğine yönelik ilkeyi kabul eden ilk uluslararası belgedir⁶. Bu nedenle, 1959 tarihli Bildirideki ilkelerin daha sonra kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde de yerini almış olması doğal karşılanmaktadır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989'da kabul edilmiş ve 02.09.1990'da yürürlüğe

⁴ Bu veriler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Marking Progress Against Child Labour, Global Estimates and Trends 2000-2012, International Labour Office, 2013, s. 3-7, http://www.ilo.org/ipecc/Informationresources/WCMS_221513/lang--en/index.htm.

⁵ Thoko Kaime, The Convention on the Rights of the Child, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, s. 13.

⁶ Kaime, s. 15.

girmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi, imzaya açıldığı gün imzalayan devlet sayısı bakımından en yüksek sayıya sahip olması ve diğer insan hakları sözleşmeleri ile karşılaştırıldığında daha hızlı bir şekilde yürürlüğe girmesi nedeniyle dikkat çekmektedir⁷. Bunun da ötesinde, bu Sözleşme özel olarak çocuk haklarına tam bir tanıma sağlayan, kapsamlı nitelikte ve çocuk haklarında uluslararası alanda bağlayıcılığı olan ilk sözleşme olarak kabul edilir⁸. Günümüzde, dünya çapında 194 devlet Çocuk Hakları Sözleşmesine taraftır, sadece Somali ve Amerika Birleşik Devletleri⁹ bu Sözleşmeyi kabul etmemiştir¹⁰.

Uluslararası hukukta çocuk haklarının özünü oluşturduğu kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesinin temel kişilik haklarından ekonomik ve sosyal haklara kadar birçok hakkı kapsamına aldığı görülür. Bu doğrultuda, ayrımcılık yasağı, yaşama hakkı, işkence yasağı, isim ve vatandaşlık hakkı, çocuğun kimliğini koruma hakkı, ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, dernek ve toplanma özgürlüğü, özel yaşamın korunması hakkı, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı, sömürüye karşı korunma, oyun ve dinlenme hakkı gibi esasen birçok insan hakları belgesinde rastlanan hak ve özgürlükler yanında, çocukların özel durumları dikkate alınarak getirilmiş spesifik hükümlere de bu Sözleşmede yer verilmiştir¹¹.

Sözleşmenin 1. maddesi gereğince, çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılır. Dolayısıyla, maddede belirtilen istisnai durum dışında, 18 yaşına ulaşmayan her birey Sözleşmenin kapsamına girer. Çalışan çocuk ve gençlere yönelik olarak Sözleşmede göze çarpan en önemli hüküm ise, madde 32'dir¹².

⁷ Christopher M. Kern, "Child Labor: International Law and Corporate Impact", Syracuse J. Int'l L. & Com., 27 (177), s. 187; Kaime, s. 17.

⁸ Ursula Kilkelly, "Using the Convention on the Rights of the Child in Law and Policy: Two Ways to Improve Compliance", The Human Rights of Children: From Visions to Implementation, (Ed. Antonella Invernizzi/Jane Williams), Ashgate Publishing, England, 2011, s. 180; Bilgin Tiryakioğlu, Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, s. 53.

⁹ Amerika Birleşik Devletleri'nde Çocuk Hakları Sözleşmesinin kabulüne karşı var olan muhalefetin özellikle egemenlik sorununa ve ebeveynlik haklarına yönelik olduğu görülmektedir, bkz. Jonathan Todres, "At the Crossroads: Children's Rights and the U.S. Government", Human Rights in the United States Beyond Exceptionalism, (Ed. Sharen Hertel/Kathryn Libal), Cambridge University Press, USA, 2011, s. 144.

¹⁰ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanmış ve 09.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanunla (11.12.1994 tarih, 22138 sayılı Resmî Gazete) onaylanması uygun bulunmuştur. Bu Sözleşmenin iç hukukta yürürlüğe girmesi, Bakanlar Kurulu tarafından 23.12.1994 tarihinde alınan 94/6423 sayılı kararla (27.01.1995 tarih, 22184 sayılı Resmî Gazete) gerçekleştirilmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesinin Türkçe metni ile Türkiye tarafından Sözleşmeye konulan ihtirazi kayıt için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>; Akit devletlerin Çocuk Hakları Sözleşmesini imzalama ve yürürlüğe koyma tarihleri ile ihtirazi kayıt koydukları maddeler hakkında bilgi almak için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec.

¹¹ Çocuk Hakları Sözleşmesinde yer alan genel kurallar ile başlıca haklar bakımından daha ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin Akulloğlu, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Zirve Ofset, Ankara 1995, s. 4-13; Tiryakioğlu, s. 53-58.

¹² Anılan maddenin oluşturulmasında Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin çocuk ve gençlerin çalıştırılması halinde alınması gereken önlemlere yer verilen 10. madde hükmü ile ILO'nun çalışmaya kabulde asgari yaşa ilişkin

Madde 32/1'de *ekonomik sömürüye, her türlü tehlikeli işe, çocuğun eğitimine, sağlığına ya da fiziksel, ruhsal, ahlaki, sosyal gelişimine engel olabilecek nitelikteki işlere karşı çocuğun korunması için* devletlere yükümlülük getirilmiştir. Bu yükümlülük gereğince devletler tarafından alınması beklenen önlemlere de ayrıca yer verilmiştir (m. 31/2 (a-c)). Buna göre, iç hukukta öncelikle *asgari çalışma yaşı bakımından bir ya da birden çok sınır* belirlenmelidir. İkinci olarak, *çalışma saatleri ve koşulları açısından uygun düzenlemelerin* getirilmesi beklenmektedir¹³. Son olarak, 32. madde hükmünün *iç hukukta etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere uygun ceza ve yaptırımların* getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, çocuğun dinlenme hakkını güvence altına alan m. 31/1 hükmünün de çocuk ve genç çalışanların çalışma koşulları ile bağlantılı olduğu kabul edilir¹⁴.

Çocuk Hakları Sözleşmesinde bireysel ya da kolektif şikâyet hakkı tanınmamıştır. Sözleşmede öngörülen tek denetim yöntemi, uzman bir komite olan Çocuk Hakları Komitesinin incelemesine sunulan periyodik devlet raporları aracılığıyla gerçekleşir¹⁵. Yüksek seviyedeki kabul oranına rağmen, Sözleşmenin iç hukukta uygulanmasının sağlanması bakımından bazı güçlükler yaşanmaktadır. Taraf devletlerin Sözleşmeye koydukları ihtirazi kayıtların sayıca fazla olması, birçok devletin düzenli olarak sunması gereken raporunu vermekte gecikmesi, Komitenin yaptığı incelemelerde devletler arasındaki kültürel farklılıkları yeterince dikkate almaması, esnek olmaması gibi nedenler bu sonuca gerekçe olarak gösterilir¹⁶. Bununla birlikte, kanımızca, özel bir şikâyet mekanizmasının öngörülmemiş olması, Sözleşmenin pratikte uygulanma etkinliğini azaltan daha esaslı bir neden olarak kabul edilebilir. Fakat, var olan icra ve denetim eksikliklerine rağmen, Sözleşmenin çocuk hakları bakımından uluslararası alanda etki gücü tartışılmazdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, Amerika Birleşik Devletleri henüz Çocuk Hakları Sözleşmesini onaylamamış olsa da¹⁷, Amerikan Temyiz Mahkemesi tarafından *Roper/Simons* davası (No. 03-633) için 2005 tarihinde verilen kararda Sözleşme hükümlerine bağlı kalınması yönünde Yüksek Mahkemeye büyük bir destek verilmiştir. Sözleşmenin dünya genelinde kabul görmüş olmasından etkilenen Amerikan Yüksek Mah-

138 sayılı Sözleşmesinden yararlanıldığı kabul edilmektedir, bkz. Holly Cullen, *The Role of International Law in the Elimination of Child Labor, The Procedural Aspects of International Law Monograph Series Volume 28*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, s. 3; 138 sayılı Sözleşmenin ön planda tutulduğu yönünde bkz. Tankut Centel, "Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, s. 183-185.

¹³ Centel'e göre, Sözleşmenin ayrıntılı bir hükme yer vermeyip "uygun" düzenlemelerden söz etmesi, bu konunun taraf devlet iradesine bırakıldığı anlamına gelmemektedir. Çalıştırma koşulları belirlenirken uluslararası çalışma sözleşmelerindeki esaslar dikkate alınmalıdır, Centel, *Çalışan Çocuklar*, s. 186.

¹⁴ Centel, *Çalışan Çocuklar*, s. 186.

¹⁵ Cullen, s. 173.

¹⁶ Cullen, s. 176.

¹⁷ Bununla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri tarafından henüz onaylanmayan bir diğer Birleşmiş Milletler Sözleşmesi olan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) bakımından atılacak adımların Çocuk Hakları Sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin beklentileri ve zamanlamayı da etkileyeceği düşünülmektedir, bkz. Todres, s. 148-149.

kemesi anılan davada 18 yaş altındakiler için ölüm cezasının uygulanmasının Birleşik Devletler Anayasasına uygun olmadığına hükmetmiştir¹⁸.

B. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ SÖZLEŞMELERİ

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulmuş ve alanında uzman bir kuruluş olup, temel insan haklarının, sosyal adaletin ve çalışma haklarının iyileştirilmesi için çalışmaktadır. Kuruluş tarihi olan 1919 yılından bu yana, çocuk işçiliğini ortadan kaldırmak ILO'nun öncelikli amaçlarından biri olmuştur. Nitekim, 1919 yılında yapılan ilk konferansında çocuk işçiliğinin tasfiyesini amaçlayan uluslararası standartların (endüstride asgari çalışma yaşını düzenleyen 5 nolu Sözleşmenin) kabul edilmesi, ILO'nun bu konuya verdiği önemi kanıtlamaktadır¹⁹.

ILO'nun çocuk ve genç işçilerin korunmasını amaçlayan sözleşmeleri 4 grup içinde toplanabilir. Bunlar; en az çalışma yaşı, gece döneminde çalışma, sağlık yoklaması ile çocuk işçiliğinin yasaklanması ve ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşmelerdir²⁰. Bu sözleşmelerden 138 ve 182 sayılı Sözleşmeler çalışma hayatındaki çocuk ve gençlerin korunması bakımından temel ILO Sözleşmeleri olarak kabul edilir. Bu nedenle, çalışmamızın bu bölümünde anılan Sözleşmeler üzerinde durulacaktır.

1919 yılından beri çeşitli tarihlerde belirli çalışma alanları (örneğin, sanayi, tarım, denizcilik, sanayi dışı işler, yeraltı maden işleri vb.) için kabul edilmiş olan asgari yaş sözleşmeleri de dikkate alınarak, 06.06.1973 tarihinde *138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi* kabul edilmiştir. 138 sayılı Sözleşme, genel olarak, çocukların istihdam edilmesinin temelde kabul edilemez olduğu esasına dayanır. Bu amaç doğrultusunda, asgari yaş standartları bakımından Sözleşmede 3 temel kategori belirlenmiştir. Buna göre, birinci kategoride asgari çalışma yaşının zorunlu eğitimin sona erdiği yaşın altında belirlenemeyeceği ve *her hâlükârda bu yaşın 15'ten az olamayacağı* şart koşulmuştur (m. 2/3). Ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan ülkelerde asgari çalışma yaşının 14 olarak belirlenmesi imkânı da tanınmaktadır (m. 2/4). İkinci kategoride hafif işler yer alır. *13-15 yaş arası* çocukların (ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan ülkelerde 12-14 yaş arası çocukların) belirli saatler içinde eğitimlerinin yanı sıra hafif işlerde çalıştırılabilecekleri kabul edilmiştir (m. 7/1, m. 7/4). Son kategoride ise tehlikeli işler bulunur. *Tehlikeli kabul edilen işlerde asgari çalışma yaşı 18'dir* (m. 3/1). Bununla birlikte, sıkı şartların yerine gerilmesi halinde 16 yaş sınırının benimsenmesi de mümkündür (m. 3/3)²¹. Görüldüğü üzere, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m.

¹⁸ Kilkelly, s. 193-194.

¹⁹ Jane Colombini, "Combating Child Labour and Promoting Youth Empowerment", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 27, No. 4, 2008, s. 75.

²⁰ 5, 7, 10, 15, 33, 58, 59, 60, 112, 123 ve 138 sayılı Sözleşmeler, en az çalışma yaşı; 6,79, 90 sayılı Sözleşmeler, genç işçilerin gece döneminde çalışmaları; 16, 77, 78 ve 124 sayılı Sözleşmeler, sağlık yoklamaları ve 182 sayılı Sözleşme, çocuk işçiliğinin yasaklanması ve ortadan kaldırılması ile ilgilidir. Bu gruplandırma ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Baştürk, "Avrupa Sosyal Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Türk Hukuku", *Hukuk ve Adalet*, Nisan-Haziran 2004, s. 238-240.

²¹ Asgari yaş kategorileri hakkında daha fazla bilgi için bkz. Cullen, s. 2; Colombini, s. 75-76.

32'den farklı olarak, 138 sayılı Sözleşmede asgari çalışma yaşını belirleme bakımından taraf devletlere daha spesifik yaş sınırları verilmiştir.

138 sayılı Sözleşmenin uygulanması ve çocuk işçiliğinin azaltılması için gösterilen çabaya rağmen, piyasa baskısı, toplumlar arasındaki ahlâki farklılıklar ve yerleşmiş kültürel davranışlar nedeniyle, bu konuda birçok güçlükle karşılaşmıştır. Bu nedenle, 1992 yılında anılan zorlukların üstesinden gelme konusunda devletlere yardımcı olmak için ILO tarafından “Uluslararası Çocuk İşçiliğinin Sona Erdirilmesi Programı” (IPEC) oluşturulmuştur. IPEC ile çocuk işçiliğine karşı adımlar atmak isteyen devletlere bir dizi teknik yardım ve politika desteği sağlanmıştır²². Aynı şekilde, yine ILO tarafından 2002 yılında “Çocuklara Ait Hakların Eğitim, Sanat ve Medya Yoluyla Desteklenmesi Programı” (SCREAM) uygulanmaya başlanmıştır. Eğitim ve halk seferberliği girişimi olan bu programın temelinde çocuk işçiliğine karşı uluslararası harekette çocuk ve gençlerin de aktif birer paydaş olarak görülmesi düşüncesi yatar²³.

IPEC ile birlikte, ILO çocuk işçiliğine karşı yeni bir sözleşme için çalışmalarına başlamış ve bunun sonucunda da 182 sayılı *Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi* ortaya çıkmıştır. Özünde çocuk işçiliğine karşı olan 138 sayılı Sözleşmeden farklı olarak, 17.06.1999 tarihinde kabul edilen bu Sözleşmede çocuk işçiliğinin en kötü türlerinin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır²⁴.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu Sözleşmenin hükümleri 18 yaş altındaki her birey için geçerlidir. Sözleşmede çocuk işçiliğinin en kötü türlerine madde 3’de dört başlık altında yer verilmiştir²⁵. Anılan düzenleme incelendiğinde, ilk üç başlık altında sayılanlar tamamen yasadışı ve kabul edilemez türlerdir. Örneğin, çocuk fahişeliği, silahlı çatışmalarda veya uyuşturucu madde ticareti gibi yasal olmayan işlerde çocukların kullanılması, zorla çalıştırma gibi durumlar açısından taraf devletlere kendi iç hukuklarında farklı yönde düzenleme getirme hakkı tanınmamıştır. Çünkü, bu tür işlerdeki çalışma şartlarının iyileştirilmesi bu işleri hiçbir şekilde kabul edilebilir hale getirmez²⁶. Buna karşılık, maddenin son bölümünde yer alan tehlikeli işler bakımından durum farklılık arz eder. Esasen bu tür işler tabiatı gereği yasal işlerdir; ancak bunların

²² Nam, s. 526.

²³ Colombini, s. 79.

²⁴ Cullen, s. 4; Centel tarafından da vurgulandığı üzere, 182 sayılı Sözleşmenin yasaklamak ve ortadan kaldırmak istediği husus, sadece “kötü şartlardaki çocuk işçiliği”dir. Bu açıdan, söz konusu metnin, dünyadaki “çocuk çalıştırma olgusu”nu, bir gerçeklik olarak kabul ettiği söylenebilir, bkz. Tankut Centel, “182 Sayılı ILO - Sözleşmesi’nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi”, TÜHİS, 17 (3), 2002, s. 10.

²⁵ “En kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği” ifadesi, (a) çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburi çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; (b) çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; (c) çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; (d) doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibarıyla çocukların sağlık, güvenlik veya ahlâki gelişimleri açısından zararlı olan işi kapsamaktadır.

²⁶ Colombini, s. 77; Nam, s. 527.

tehlikeli olan yönü içerdiği çalışma şartlarıdır²⁷. Bu nedenle, yukarıda açıklanan ilk üç türden farklı olarak, “*tehlikeli iş*” kapsamına giren türlerin belirlenmesi, taraf devletin iç hukukuna bırakılmıştır (m. 4). Bu yönde ulusal mevzuatta düzenleme yapılırken ilgili uluslararası standartlar dikkate alınmalı ve iç hukuktaki yetkili makam tarafından ilgili işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra faaliyete geçilmelidir.

ILO tarafından çocuk işçiliğinin sona erdirilmesi konusunda hazırlanan 2006 tarihli *Global Raporda* 138 ve 182 sayılı Sözleşmelerin önemini vurgulamak üzere, bu Sözleşmelerin uluslararası standartlar gereğince kabulü mümkün olmayan iş türlerinin sınırlarını ortaya koyan metinler oldukları ifade edilmiştir²⁸. Bunun gibi, ILO’nun 1998 tarihli *Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesinde* ifade edilen dört temel haktan ikisi olan “*çocuk işçiliğinin etkin şekilde ortadan kaldırılması*” ve “*zorla çalıştırmanın tüm biçimlerinin bertaraf edilmesi*” amacının yine bu Sözleşmelerin temelinde yer alan fikirler olduğu görülür. Bu nedendir ki, ILO’nun yaptığı sınıflandırmada anılan Sözleşmeler temel 8 Sözleşme sıralamasında yerlerini almışlardır.

Günümüzde 138 sayılı Sözleşme dünya genelinde 167 devlet, 182 sayılı Sözleşme ise 179 devlet tarafından onaylanmıştır²⁹. Çocuk işçiliğine karşı mücadelede dünya genelinde bir mutabakat sağlandığını gösteren bu rakamlara rağmen, çocuk işçiliği hâlen uluslararası bir sorun olarak karşımızdadır. Örneğin, Latin Amerika ülkeleri açısından 138 ve 182 sayılı Sözleşmeler çocuk işçiliğini kısıtlayan iki ana hukuksal düzenleme olarak kabul edilir³⁰. Buna rağmen, ILO’nun 2012 verilerinde, Latin Amerika ve Karayip’te 12.5 milyon çocuk işçinin var olduğu, 9.6 milyon çocuğun da tehlikeli işlerde çalıştırıldığı belirtilmiştir. Çocuk işçiliği bakımından Asya ve Pasifik bölgesi için 77.7 milyon, Orta Doğu ve Kuzey Afrika bölgesi için 9.2 milyon ve Sahraaltı Afrika bölgesi için 59 milyon gibi yüksek rakamlar tespit edilmiştir³¹.

ILO verilerine yansımamakla birlikte, dünyanın her alanında süper güç olarak tanımlanan Amerika Birleşik Devletleri’nde bile çocuk işçiliği üzerine hararetli tartışmalar yapılmakta ve mevcut kanunlar eleştirilmektedir. Ulusal İş Güvenliği ve Sağlık Enstitüsü tarafından hazırlanan raporda, 2000 yılı bakımından 16-17 yaş grubunda 2.8 milyon ve 15 yaş grubunda 450.000 olmak üzere toplamda 3.2 milyon genç işçinin çalıştırıldığı bilgisi yer almaktadır. Anılan raporda 15 yaş altı çalışan sayısı bakımından bilgi verilmemiştir. Bununla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri Çalışma Bakanlığı tarafından 1992-1998

²⁷ Nam, 527.

²⁸ Bkz. The End of Child Labour: Within Reach, Global Report, International Labour Office, 2006, s. 23, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-b.pdf>.

²⁹ Türkiye tarafından 138 sayılı Sözleşmenin onaylanması 23.01.1998 tarihli ve 4334 sayılı Kanun (21.01.1998 tarih, 23243 sayılı Resmi Gazete) ile uygun bulunmuş ve Sözleşme 25.05.1998 tarihli ve 98/11184 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (21.06.1998 tarih, 23379 sayılı Resmi Gazete) ile yürürlüğe konulmuştur. 182 sayılı Sözleşme hakkında çıkarılan 25.01.2001 tarihli ve 4623 sayılı Onaylamanın Uygun Bulduğuna Dair Kanununun (03.02.2001 tarih, 24307 sayılı Resmi Gazete) ardından verilen 18.05.2001 tarihli ve 2001/2528 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (27.06.2001 tarih, 24445 sayılı Resmi Gazete) ile 182 sayılı Sözleşme de iç hukukumuzda uygulanmaya başlanmıştır.

³⁰ Nam, s. 527.

³¹ Marking Progress Against Child Labour, s. 4.

yılları arasında 15 yaş altı 134 çocuğun çalışırken öldüğünün belirlenmiş olması, 15 yaş altı çocukların ülke genelinde çalıştırıldığı gerçeğini ortaya koymuştur³². Benzer şekilde, *Çalışma Bakanlığı/Elderkin* davasında, 10 yaşındaki bir çocuğun çalıştırıldığı çiftlikte geçirdiği kaza neticesinde yaşları 7-11 arasında değişen 9 çocuğun forklift ve traktör sürmekten zincirli testere kullanmaya kadar tehlike arz eden işlerde çalıştırıldığı tespit edilmiştir³³. Çocuk ve gençlerin çalışma koşullarını düzenleyen temel hükümlere, çeşitli tarihlerde tadil edilen, 1938 tarihli *Adil Çalışma Standartları Kanununda* (Fair Labour Standards Act) yer verilmiştir. Madenlerde ve birçok üretim işinde asgari çalışma yaşı 18'dir. Bunun dışında, tehlikeli olmayan işler bakımından genel asgari çalışma yaşı 16 olarak belirlenmiştir. 16-17 yaş grubundaki çalışanların günlük çalışma saatleri bakımından özel bir sınır konulmamıştır. 14-15 yaş grubundaki çocukların ise sınırlamalara uyulmak şartıyla, perakende satış mağazalarında, yemek hizmeti sunan kuruluşlarda ve benzin istasyonlarında çalışmasına izin verilir. Bu grupta yer alan çocukların okul olmayan dönemlerde günde 8 ve haftada 40 saatten (okul dönemlerinde ise günde 3 ve haftada 18 saatten) fazla çalışması mümkün değildir³⁴. Belirtmek gerekir ki, anılan düzenlemeler tarımsal olmayan işlerde çalışan çocuk ve gençler için geçerlidir. Tarımsal işlerde çalışan çocuk ve gençlerin durumu ise daha esnek şekilde düzenlenmiştir³⁵. Aileye ait tarımdışı işlerde aileleri için çalışan çocuklar da bu Federal Kanunun kapsamı dışında kalır. Yine, hangi yaş grubunda olursa olsun çocuğun gazete dağıtabileceği, radyo ve televizyonda, filmlerde ve tiyatrolarda görev alabileceği kabul edilir³⁶.

³² Sally Greenberg, "Child Labor Enforcement Hearing: Testimony by Sally Greenberg", *Child Labor in America*, (Ed. Ian C. Rivera/Natasha M. Howard), Nova Science Publishers, New York, 2010, s. 7, dn. 4.

³³ Elderkin v. U.S. Department of Labor, 2000 WL 960261, Dava hakkında bilgi için bkz. Celeste Corlett, "Impact of the 2000 Child Labor Treaty on United States Child Laborers", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, No. 2, 2002, s. 721-722.

³⁴ Gerald Mayer, "Child Labor in America: History, Policy and Legislative Issues", *Child Labor in America*, (Ed. Ian C. Rivera/Natasha M. Howard), Nova Science Publishers, New York, 2010, s. 47; Seymour Moskowitz, "Child Labor in America: Who's Protecting Our Kids?", *Labour Law Journal*, Vol. 51, No. 4, 2000, s. 206.

³⁵ 16 yaş ve üzeri çalışanların tarımda tehlikeli olsun olmasın her türlü işi özel bir zaman sınırlaması olmaksızın ifa edebileceği, 14-15 yaş grubundaki çocukların tehlikeli olmayan tarımsal işleri okul saatleri dışında yapabileceği, 12-13 yaş grubundaki çocukların ise okul saatleri dışında tehlikeli olmayan tarımsal işlerde kendi ebeveynleriyle aynı çiftlikte ya da onların yazılı rızalarını alarak çalıştırılabilecekleri kabul edilmiştir. 12 yaş altı çocuklar dahi okul saatleri dışında tehlikeli olmayan tarımsal işlerde kendi ebeveynlerinin sahibi olduğu ya da onlar tarafından işletilen çiftliklerde ya da ebeveynlerinin yazılı rızası ile asgari ücret şartına bağlı olmaksızın görev alabilirler. Ayrıca, hangi yaş grubunda olursa olsun çocuğun kendi ebeveynine ait olan ya da onun tarafından işletilen çiftlikte çalışmasına izin verilmektedir, bkz. Mayer, s. 47; Özellikle bu son istisnai durumun kötüye kullanıma açık bir düzenleme olduğu kabul edilir. Şöyle ki, aslında o çiftlikte işçi olarak çalışan bir kişi çiftlik sahibi ile yaptığı anlaşma ile "bağımsız yüklenici" sıfatını alarak çiftliğin işletilmesini üstlenmiş gibi görünmektedir. Bu sayede hem kendi çocuklarını çiftlikteki işlerde çalıştıran ebeveyn hem de çiftlik sahibi federal kanundaki düzenlemelerden kaçma şansı elde etmiş olmaktadır. Tarımda çalışan çocuk ya da gençlerin asgari çalışma yaşı, asgari ücret, maksimum çalışma süresi gibi konularda korumaya alınmaması eleştiri konusu yapılmaktadır, Corlett, s. 720-721.

³⁶ Mayer, s. 46-47.

Çocuk ve genç işçilerin korunmasına yönelik hükümlerin ihlal edilmesi halinde, işyeri hakkında tedbir kararı verilebilir ve/veya ihlalin boyutuna ve işyerinin niteliğine göre para cezası kesilebilir. İşveren kasıtlı olarak Adil Çalışma Standartları Kanununu ihlal ederse daha yüksek oranda para cezası ile karşılaşabilir. Ayrıca, işverenin bu Federal Kanunu ihlalden dolayı daha önceden bir sabıkası varsa, artık para cezası yanında 6 ayı geçmemek üzere hakkında hapis cezasına karar verilebilmesi mümkündür³⁷.

Amerika Birleşik Devletleri'nde çocuk istihdamı federal düzenlemeler yanında eyalet kanunları aracılığıyla da düzenlenir. Ancak, çocuk ve genç istihdamında kısıtlayıcı hükümler getiren az sayıda eyalet kanunu (örneğin, çalışmaya başlamadan önce okul idaresinden/ebeveynden alınacak izin şartını ya da çocuğun tatmin edici bir okul performansı göstermesi koşulunu arayan New Hampshire ya da New York'daki kanunlar) hariç, birçok eyalet kanunu Adil Çalışma Standartları Kanununda yer alan yasal ve idari eksikleri barındırması nedeniyle eleştirilir³⁸. Benzer şekilde, 182 sayılı ILO Sözleşmesinin onaylanmasına kamuoyunda büyük bir destek verilmesine rağmen, bu Sözleşmenin Amerika Birleşik Devletleri'nde çocuk istihdamını düzenleyen mevzuatta fazlaca bir ilerlemeye neden olmadığı da vurgulanmaktadır³⁹.

Yukarıda ortaya konan tablonun geneline bakıldığında, çocuk işçiliği ile mücadele için bir devlette yasal düzenlemelerin var olmasının yeterli olmadığı anlaşılır. ILO tarafından da vurgulandığı üzere, müspet sonuçlar için hukuki altyapının ve devletin denetim mekanizmasının güçlendirilmesi gereklidir. Bunun yanında, parasız ve kaliteli eğitime ulaşılması, ekonomik ve sosyal yönden korunmasız durumda olan ailelere sosyal koruma sağlanması ve iş piyasası politikalarına yönelik faaliyetlerin takviye edilmesi de önem taşır⁴⁰. Bu noktada özellikle çocuklara temel öğrenim sağlama yükümlülüğünün çocuk ve gençlerin korunması açısından bir ön koşul olduğu kabul edilmelidir. Bu yükümlülüğe uyulmadığı takdirde, en mükemmel hukuki düzenlemelere rağmen belirli bir yaşın altında bulunan çocukların çalıştırılmasını önlemek olanaksız hale gelecektir⁴¹.

III. AVRUPA HUKUKUNDA ÇALIŞAN ÇOCUK VE GENÇLERİN KORUNMASI

Bu bölümde, (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartının, 94/33/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinin ve bu Direktifin üye devletlerin iç hukuklarına olan yansımalarının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. maddesi ile bu madde çerçevesinde verilen kararlardan bazı örneklerin ele alınması suretiyle

³⁷ Moskowitz, s. 207.

³⁸ Moskowitz, s. 209.

³⁹ Corlett, s. 715.

⁴⁰ Marking Progress Against Child Labour, s. 37-38; Benzer şekilde, bir ülkede çocuk işçiliğine karşı zorunlu eğitimin hem bir hak hem de bir görev haline getirilmesinin, etkili uygulama ve denetimin, toplumun bu yönde harekete geçirilmesinin ve toplum baskısının önemli eylem araçları olduğu kabul edilmektedir, bkz. Conditions of Work Digest, s. 13-14.

⁴¹ Centel, s. 237; Benzer yönde, bkz. Kadriye Bakırcı, Çocuk ve Gençlerin Haklarının Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Bakımından), Beta, İstanbul, 2004, s. 395; Nam, s. 548-549.

Avrupa'daki çalışma yaşamında çocuk ve gençlere hangi kapsamda bir koruma sağlandığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. AVRUPA SOSYAL ŞARTININ ÇOCUK VE GENÇLERİN ÇALIŞTIRILMASINA YÖNELİK HÜKÜMLERİ

Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Konseyi çerçevesinde 18.10.1961'de imzalanarak kabul edilmiş ve 26.02.1965'de yürürlüğe girmiş bir *insan hakları antlaşmasıdır*⁴². Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinden önce, bölgesel çapta kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı, sosyal hakların genelini *tek metinde* toplayan ilk bağlayıcı uluslararası belge olma özelliğini taşımaktadır⁴³. Bu Şartın amacı, sosyal ve ekonomik haklar alanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini bütünlendirmektir. Bu doğrultuda, Avrupa Sosyal Şartı geniş bir yelpazede yer alan hak ve özgürlüklere (konut, sağlık, eğitim, istihdam gibi konulardan sosyal koruma ve ayrımcılıkla mücadeleye kadar farklı alanlara) yönelik esaslar belirlemekte ve taraf devletlerin bu kurallara uymasını garanti altına almak amacıyla devlet raporlarına ve/veya toplu şikâyete dayalı bir denetim mekanizması getirmektedir⁴⁴.

Avrupa Sosyal Şartı, içerdiği hakların düzey ve kapsamı bakımından getirilen eleştiriler dikkate alınarak revize edilmiş⁴⁵ ve Şartın yenilenmiş hali, 03.05.1996 tarihinde üye devletlerin imzasına açılarak 01.07.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "*Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı*" adını taşıyan bu belge, adım adım 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartının yerini almaktadır⁴⁶. Türkiye, 18.10.1961 tarihinde imzaladığı Avrupa Sosyal Şartını 07.08.1989 tarihinde⁴⁷, 06.10.2004 tarihinde imzaladığı Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını ise 22.03.2007 tarihinde onaylamıştır⁴⁸. Türkiye, günümüz itibarıyla, Göz-

⁴² Mesut Gülmez, "Geliştirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi ile Yeni Avrupa Sosyal Şartı", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 1998, s. 327.

⁴³ Avrupa Sosyal Şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Melda Sur, İş Hukukunun Uluslararası Kaynaklar - Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995, s. 69 vd.

⁴⁴ Children's Rights under the European Social Charter, Council of Europe, s. 1; Avrupa Sosyal Şartı Sekreterliği tarafından hazırlanan bilgi formu (theme factsheet) için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Theme%20factsheets/FactsheetChildren_en.pdf.

⁴⁵ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile hakların bir kısmı daha ileri bir düzeye ulaştırılmak ve bir kısım hükümler daha açık ve kesin bir anlatıma kavuşturulmak suretiyle yeniden formüle edilmiştir. Bunların yanında, önceden yer almayan bazı önemli yeni haklara (m. 24-31) yer verilmiştir. Çocuk ve gençlerin korunması hakkına yönelik m. 7'nin 2., 4. ve 7. fıkrası tadil edilmiş, çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkını düzenleyen 17. madde ise başlığıyla birlikte tümüyle yeniden kaleme alınmıştır, bkz. Sur, s. 99-104; Benzer yönde, Gülmez, s. 329 vd.

⁴⁶ Children's Rights under the European Social Charter, s. 1.

⁴⁷ 16.06.1989 tarihli ve 3581 sayılı Kanun (04.07.1989 tarih, 20215 sayılı Resmi Gazete) ile onaylanması uygun bulunan Avrupa Sosyal Şartının onaylanması, Bakanlar Kurulu tarafından 07.08.1989 tarihinde 89/14434 sayılı Karar (14.10.1989 tarih, 20312 sayılı Resmi Gazete) doğrultusunda gerçekleşmiştir.

⁴⁸ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 27.09.2006 tarihli ve 5547 sayılı Kanun (03.10.2006 tarih, 26308 sayılı Resmi Gazete) ile onaylanması uygun bulunmuş ve Gözden Geçirilmiş Şart Bakanlar Kurulunun 2007/11907 sayılı ve 22.03.2007 tarihli kararı (09.04.2007 tarih, 26488 sayılı Resmi Gazete) ile onaylanmıştır.

den Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında yer alan 98 paragraftan 91'ini kabul etmiştir. Ne var ki, en az 4 haftalık ücretli yıllık izin hakkına yönelik 2/3. maddede, çalışanların adil ücret hakkını garanti eden 4/1. maddede, örgütlenme hakkına ilişkin 5. madde ile toplu pazarlık hakkını düzenleyen 6. maddede ülkemiz tarafından çekince konulmuştur. Çocukların ve gençlerin korunma hakkına yönelik 7. maddenin hükümleri ise Türkiye tarafından herhangi bir çekince konulmaksızın kabul edilmiştir⁴⁹.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının hükümleri incelendiğinde, Şartta doğumdan başlayıp yetişkinlik evresine kadar geçen sürede çocuklara yönelik hakların iki ayrı şekilde garanti altına alındığı görülür. Öncelikle, Şartta koruma altına alınan birçok hakkın çocuklarla belirli yönden bağlantıları mevcuttur. Örneğin, ailenin sosyal, yasal ve ekonomik yönden korunmasına yönelik 16. maddesi, çocuğun hakkını ailenin bir bireyi olması nedeniyle korumaktadır. Sağlık korunmasına yönelik hakkı düzenleyen 11. madde de dolaylı olarak çocukları koruma kapsamına alır. İkinci olarak, Şartta tamamen çocuklara özgü hakları içeren hükümlere yer verilmiştir. Çocukların ve gençlerin korunması hakkını düzenleyen 7. madde ile çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik açıdan korunması hakkına yönelik 17. madde bu nitelikteki hükümlere örnek olarak verilebilir⁵⁰. Belirtmek gerekir ki, çocuk ve gençlerin çalışma yaşamında korunmasına yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle, bu bölümde Şartın yalnızca 7. madde hükmü inceleme altına alınacaktır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı⁵¹ m. 7/1 gereğince, hafif işlerde⁵² istihdama yönelik istisnalar saklı kalmak üzere, *asgari çalışma yaşının en az 15 olması gerekir*. Asgari çalışma yaşı tarım dâhil olmak üzere tüm ekonomik sektörlere uygulanır. Ayrıca, bu yaş sınırı, aile işletmelerinde ve evlerde yapılan işler de dâhil olmak üzere, tüm işyerleri bakımından geçerli kabul edilir⁵³. Madde 7/1 tarafından garanti altına alınan hakkın etkili şekilde korunması sadece kanunlar yoluyla sağlanamaz, bu kanunların pratikte etkin bir şekilde uygulanması ve titiz bir şekilde denetime tâbi tutulması da gereklidir⁵⁴. Bu kapsamda 1998 yılında Portekiz'e karşı toplu şikâyet mekanizması işletilmiş ve bu şikâyette ülkedeki kanunların Şartın 7/1. maddesi ile uyumlu olduğu, ancak yeterli şekilde tatbik edilmediği ve bu nedenle yasal olmayan çocuk istih-

⁴⁹ Turkey and the European Social Charter, Council of Europe, 2014, s. 1; Ocak 2014 tarihini taşıyan Türkiye hakkındaki özet bilgiye (factsheet-TURKEY) ulaşmak için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CountryFactsheets/Turkey_en.pdf.

⁵⁰ Children's Rights under the European Social Charter, s. 1.

⁵¹ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının Türkçe metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm>; İngilizce metin için bkz. http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/Presentation/ESCRBooklet/ESCRBooklet_en.asp.

⁵² Avrupa Sosyal Şartında çocuğun sağlığına, ahlâkına ya da eğitimine zarar vermeyen işler "hafif iş" kapsamında kabul edilmiştir. Âkit devlet hukuklarında çocukların çalışmasına izin verilen belirli türdeki işler bakımından bir liste oluşturulabileceği gibi, hafif iş olarak düşünülen iş türlerinin tanımlanması yoluna da gidilebilir. Çalışma süresi çok uzun olan hiçbir iş hafif iş kapsamında kabul edilemez, bkz. Children's Rights under the European Social Charter, s. 11.

⁵³ Children's Rights under the European Social Charter, s. 11.

⁵⁴ Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, Council of Europe, 2008, s. 59, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestIndex_en.asp.

damının ülkede yaygın olduğu iddia edilmiştir. Yapılan inceleme sonucunda, Portekiz tarafından Şartın 7/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır⁵⁵. Benzer şekilde, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından Türkiye hakkında hazırlanan 2012 tarihli sonuç raporunda, asgari çalışma yaşının uygulamada garanti altına alınmamış olması nedeniyle ülkemizin de eleştirilmekte olduğu görülmektedir⁵⁶.

Sağlıksız ve tehlikeli olarak kabul edilen işler bakımından m. 7/1'deki asgari yaş sınırı yükseltilmiş ve 18 yaş zorunluluğu getirilmiştir (m. 7/2). Belirtilim ki, iç hukukta tehlikeli işleri tanımlamak üzere yeterli bir kanuni çerçevenin oluşturulması beklenmektedir. Bu çerçeve oluşturulurken ya bu türdeki işlerin listelenmesi ya da çalışma esnasında meydana gelebilecek risk türlerinin tanımlanması yolu tercih edilebilir. Eğer bu türdeki işlerin yapılması mesleki eğitim açısından zorunluluk arz ediyorsa, tehlikeli işler açısından aranan 18 yaş sınırına istisna getirilmesi (katı ve uzman bir denetimin sağlanması halinde ve yalnızca gerekli olan zamanlarda) mümkün görülebilir⁵⁷. Türkiye'de ise tehlikeli ve sağlıksız işler açısından çalışmaya başlama yaşının 18 yaş altında olması ve pratikte bu tür istihdama karşı etkili bir korumanın sağlanmaması nedeniyle ülkemizdeki durumun m. 7/2 hükmüne uyum göstermediği sonucuna ulaşılmıştır⁵⁸.

Zorunlu eğitime tâbi olan çocuk ya da gençlerin istihdamı bakımından m. 7/3'de özel bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, zorunlu eğitimin sağladığı faydalardan kişiyi mahrum bırakacak türdeki işlerde bu grupta yer alan çocuk ya da gençlerin çalıştırılmaması gerekir. Bu kapsamda yalnızca hafif işlerde istihdama izin verilebilir. Okul süresince çocukların çalışabilecekleri süre, okula devamı, kavrama yeteneğini ve ev ödevlerini engellemeyecek şekilde sınırlı olmalıdır⁵⁹. Zorunlu eğitimin faydalarından çocukların mahrum kalmamasını

⁵⁵ International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal, Collective Complaint No. 1/1998, bkz. Children's Rights under the European Social Charter, s. 11.

⁵⁶ Toplu Şikâyetle İlişkin 1995 tarihli Protokol ülkemiz tarafından henüz imzalanmadığından, Türkiye'deki uygulamaların Şarttaki hükümlere uyum gösterip göstermediği hususu Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin hazırladığı sonuç raporlarında değerlendirilmektedir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 7. maddesi doğrultusunda ülkemizin durumuna Ocak 2012 tarihini taşıyan ve Conclusions 2011 (TURKEY) başlıklı Komite sonuç raporunda yer verilmiştir, bkz. European Committee of Social Rights, Conclusions 2011 (TURKEY), Council of Europe, 2012, s. 6, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestIndex_en.asp.

⁵⁷ Children's Rights under the European Social Charter, s. 12.

⁵⁸ Conclusions 2011 (TURKEY), s. 8; Örneğin, ülkemizde 16 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşına gelmemiş genç işçilerin bazı ağır ve tehlikeli işlerde istihdam edilmesine izin verilmektedir. Yine, ülkemizde meslek okullarından mezun olmuş 16 yaşını dolduran gençlerin mesleklerine uygun ağır ve tehlikeli işlerde çalışması mümkün kılınmıştır.

⁵⁹ Sabahları okul başlamadan önce çalışmasına izin verilen çocukların bu durumunun m. 7/3 hükmüne aykırılık teşkil ettiği kabul edilir. Söz gelimi, Hollanda bakımından yapılan değerlendirmede hâlen zorunlu eğitime tâbi olan 15 yaşındaki çocukların okuldan önce haftanın 5 günü sabah 06.00'dan itibaren 2 saat olmak üzere gazete dağıtımında görev almasının Avrupa Sosyal Şartı ile uyum göstermediği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, bu değerlendirmede, zorunlu eğitime tâbi olan çocukların yaz tatilinde en az 4 hafta ve ders yılı içinde verilen her bir tatil döneminin en az yarısında çalıştırılmaması gerektiği vurgulanmıştır, bkz. Digest of the Case Law, s. 60-61.

sağlayan bir sistem getiremediği gerekçesiyle ülkemizdeki kanunlar ve uygulamalar bu hüküm açısından da eleştirilmektedir⁶⁰.

18 yaş altı bireylerin gelişimleri açısından gerekli olanlar ve özellikle mesleki eğitime duydukları ihtiyaç göz önüne alınarak günlük çalışma saatleri sınırlandırılmalıdır. Madde 7/4'deki bu düzenleme, 18 yaş altında olup da zorunlu eğitime tâbi tutulmayan kişileri kapsamına alır. Dikkat edileceği üzere, hükümde çalışma saati açısından kesin bir sınır konulmamıştır. Bu konudaki sınırlama devletlerin takdirine bırakılmıştır. Ne var ki, iç hukukta 16 yaş altındaki çocukların günlük 8 saat ve haftada toplam 40 saat çalıştırılmasına yönelik bir sınırın bu madde hükmü ile uyumlu olmadığı sonucuna varılmıştır⁶¹. Bunun yanında, işverenin izni ile normal çalışma saatlerinde gençler tarafından mesleki eğitim için harcanan sürelerin günlük çalışma süresine dâhil edilmesi yönünde düzenlemeler getirilmesi de taraf devletlerden beklenir (m. 7/6).

İç hukukta çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücretten ya da diğer uygun ödeneklerden yararlanmasını sağlamaya yönelik düzenlemelere yer verilmelidir (m. 7/5). Genç çalışanın adil bir ücrete sahip olup olmadığı araştırılırken, yetişkin (18 yaş ve üzerindeki) çalışanlara ödenen başlangıç ücreti ya da asgari ücret ile genç çalışana ödenen ücretin kıyaslanması yoluna gidilebilir. Bu doğrultuda, genç çalışana ödenen ücretin yetişkinlerin başlangıç ücretinden daha aşağıda olabileceği, ancak aradaki farkın makul ve çabuk kapanacak şekilde olması gerektiği kabul edilir⁶².

Yıllık dinlenme hakkına ilişkin hükme m. 7/7'de yer verilmiştir. Şöyle ki, 18 yaş altı çalışanlara en az 4 haftalık yıllık ücretli izin hakkı tanınmalıdır. Yetişkinlerin yıllık ücretli izin hakkı açısından var olan genel esaslar 18 yaş altı çalışanlar bakımından yine geçerlidir. Örneğin, bu grupta yer alanların da izin bedelinin ödenmesi karşılığında yıllık ücretli izin hakkından vazgeçmesine izin verilmemelidir⁶³.

Milli kanun ya da yönetmeliklerde düzenlenecek belirli mesleklere yönelik istisnalar dışında, 18 yaş altındaki kişilere gece çalışması yaptırılmamalıdır (m. 7/8). Gece çalışması yasağını yalnızca endüstriyel işlerle sınırlandıran iç hukuk düzenlemelerine ise izin verilmemektedir. Bununla birlikte, "gece" olarak düşünülen zaman aralığının tanımını yapma görevi iç hukuka bırakılmıştır⁶⁴. Bu noktada eklemek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanunumuzda 18 yaş altı işçilerin yapacağı gece çalışması bakımından sadece endüstriyel işlerin yasak kapsamına alınmış olması bu hükme aykırılık oluşturur⁶⁵.

Milli hukuk tarafından belirlenecek mesleklerde istihdam edilen 18 yaş altı kişilerin düzenli olarak tıbbi kontrolden geçirilmesi taraf devletler açısından getirilen bir diğer yükümlülüktür (m. 7/9). Bu yükümlülük işe alım esnasında tam bir tıbbi muayeneyi ve sonrasında da düzenli sağlık kontrollerini kapsar. Sağlık kontrolleri arasındaki aralıklar çok uzun olmamalıdır. Örneğin, bu ko-

⁶⁰ Conclusions 2011 (TURKEY), s. 9.

⁶¹ Digest of the Case Law, s. 61; Nitekim, ülkemiz açısından 15 yaşındaki çocukların günlük çalışma sürelerinin fazla belirlenmiş olması (günlük 8 ve haftalık 40 saat) nedeniyle m. 7/4 hükmüne aykırılık olduğu tespit edilmiştir, bkz. Conclusions 2011 (TURKEY), s. 9.

⁶² Children's Rights under the European Social Charter, s. 12.

⁶³ Digest of the Case Law, s. 63.

⁶⁴ Digest of the Case Law, s. 63.

⁶⁵ Conclusions 2011 (TURKEY), s.12.

nuda 3 yıllık bir aralık Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından çok uzun bulunmuştur. Anılan sağlık kontrolleri çalıştırılan gençlerin kendilerine özgü durumlarına ve özellikle de maruz kaldıkları belirli risklere uyarlanmalıdır⁶⁶. Son olarak, Şartın 7/10. maddesinde, çocuk ve gençlerin maruz kaldıkları fiziksel ve ahlâki tehlikelere karşı özel olarak korunmaları gerektiği ifade edilmiştir. Bu noktada, özellikle çocuk ya da gençlerin istihdamı neticesinde dolaylı olarak ya da doğrudan meydana gelen tehlikelere karşı koruma sağlanması hususu vurgulanmıştır⁶⁷.

B. 94/33/EC SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİ VE DİREKTİF HÜKÜMLERİ İŞİĞİNDA ÜYE DEVLET UYGULAMALARI

1. GENEL ANLAMDA 94/33/EC SAYILI DİREKTİF

İşyerinde gençlerin korunmasına dair 94/33/EC sayılı Direktif⁶⁸, Avrupa Birliği'nin çocuk ve gençlerin korunması hakkındaki temel düzenlemelerinden birini oluşturur. Birlik üyesi devletlerin konu hakkındaki mevzuatlarının uyumlu hale getirilmesi ihtiyacının vurgulanmasının ardından, hassas risk grupları içinde görülen çocuk ve gençlerin işyerinde gözetilmesi amacıyla bu Direktif 22.07.1994 tarihinde kabul edilmiştir. Direktifin yapım aşamasında Çalışanların Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartının⁶⁹ 20 ve 22. maddelerinde⁷⁰ belirtilen hususlar ile Avrupa Parlamentosu'nun 1987 tarihli Çocuk

⁶⁶ Digest of the Case Law, s. 63-64; Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Avrupa Sosyal Şartı döneminde Türk İş Kanununun genç işçilerin zorunlu düzenli muayeneleri konusundaki kurallarının ekonominin tüm sektörlerini (özellikle tarım sektörünü) kapsamaması nedeniyle eleştiride bulunmuştur, bkz. Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?", Çalışma ve Toplum, 12 (1), 2007, s.49; Mevcut durumda çalışanların işe alınırken ve işin devamı süresince sağlık muayenesinden geçirilmesi hakkındaki yükümlülük 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 15/1 (b) 'de yer almaktadır.

⁶⁷ Bu hüküm, çocuğun her türlü cinsel istismarına ve emek sömürüsü, dilendirme ya da organlarının alınması amacıyla insan kaçakçılığına konu yapılması da dâhil olmak üzere kötüye kullanımın diğer biçimlerine karşı gerekli önlemlerin alınmasını şart koşmaktadır. Madde 7/10 hükmü hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Digest of the Case Law, s. 64-65; İnsan kaçakçılığına ve cinsel istismarın her türlü biçimine karşı çocukların korunmasına yönelik olarak yeterli önlemlerin ülkemiz hukukunda alınmamış olması nedeniyle, Türkiye'nin m. 7/10 hükmüne uyum göstermediği kanaatine varılmıştır, Conclusions 2011 (TURKEY), s.16.

⁶⁸ Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work (OJ L 216); Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31994L0033&from=EN>.

⁶⁹ Nielsen'e göre, Avrupa iş hukukunun gelişiminde dikkate değer etkisi bulunan az sayıda bağlayıcı olmayan hukuk metni bulunmaktadır. İşte, bu durum özellikle de 1989 tarihli Çalışanların Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Şartı açısından geçerlidir. Önem bakımından üst sıralarda yer alan birçok hukuk kaynağında Topluluk Şartına atıf yapıldığı bilinmektedir. Örneğin, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının açıklayıcı yorumlarına ilişkin bölümünde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında garanti altına alınan temel hakların kaynağı olarak 1989 tarihli Topluluk Şartına 15 kez atıf yapılmıştır. Bunun yanında, Sorensen ve Ramussen/Danimarka Kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararını oluştururken 1989 tarihli Topluluk Şartını hukuk kaynağı olarak kullanmıştır, bkz. Ruth Nielsen, EU Labour Law, 2. Edition, DJOF Publishing, Copenhagen, 2013, s. 89.

⁷⁰ Madde 20 uyarınca, gençler için öngörölmüş olan daha yararlı kurallar (özellikle de bunlar içinden mesleki eğitim yoluyla çalışma hayatına hazırlanmalarını sağlayan hü-

Çalışması Hakkında Kararı ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün asgari çalışma yaşına ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere işyerinde gençlerin korunmasına yönelik prensipleri dikkate alınmıştır⁷¹. Kuşkusuz, 94/33/EC sayılı Direktif, Avrupa Birliği'nin temel yapısını oluşturan Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın çalışanların çalışma hayatında çeşitli açılardan korunmasını ve gelişimini hedefleyen 153. maddesi⁷² (eski Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma madde 137 - The Treaty Establishing the European Community (TEC)) ile de bire bir uyum içindedir⁷³.

Direktifin amacına yer verilen 1. maddesi incelendiğinde, herşeyden önce çocuğun çalıştırılmasının önüne geçmek üzere üye devletlere her türlü önlemi alma bakımından görev yüklendiği görülür. Çalışan gençlerin hassas durumu da dikkate alınarak, gençlerin çalışacağı işler üye devletler tarafından Direktif hükümleri ışığında ciddi bir düzenlemeye tâbi tutulmalıdır. Ayrıca, yine yaşlarına uyacak çalışma şartlarının gençlere sağlanması beklenmektedir. Direktifin genel olarak amacı bu 3 adımda saydığımız unsurdan oluştuğundan, ilerleyen hükümlerin de bu hedefler doğrultusunda yorumlanması gereklidir. Nitekim, günümüzde aynı hususlar Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının (the Charter of Fundamental Rights of the European Union) 32. maddesi⁷⁴ ile de takviye edilmiş durumdadır⁷⁵.

kümler) saklı kalmak üzere ve bazı hafif çalışma türlerini kısıtlayan istisnalara bağlı olmak koşuluyla, asgari çalışma yaşı zorunlu eğitimi bitirme yaşından, ve her türlü durumda, 15 yaşından aşağı olamaz. Madde 22 gereğince de, gençlerin gelişim, mesleki eğitim ve istihdama erişim ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde gençlere uygulanacak iş hukuku hükümlerine düzenleme getirilmesi yönünde gerekli önlemler alınmalıdır. Milli mevzuatta öngörülen belirli işler haricinde, 18 yaş altı çalışanlar bakımından (fazla mesaiye başvurma yoluyla süre sınırlandırmasının üstesinden gelinmesine imkân verilmeyecek şekilde) çalışma süresinin sınırlandırılması ve gece çalışmasının engellenmesi gereklidir.

⁷¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Roger Blanpain, *European Labour Law*, 8. Edition, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, s. 320-321.

⁷² Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşmanın (The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)) 153. maddesinde, çalışanların sağlık ve güvenliğini korumak için çalışma ortamının gelişimi, çalışma şartları, sosyal güvenlik ve çalışanların sosyal korunması, iş sözleşmesi sona erdiğinde çalışanların korunması, çalışanlara bilgi verilmesi ve danışılması, yönetime katılımı kapsayacak şekilde çalışan ve işveren menfaatlerinin ortak savunulması ve temsili, Birlik sınırları içinde yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke uyruğundaki kişilerin istihdam şartları, iş piyasasından dışlanmış olan kişilerin entegrasyonu, iş piyasası fırsatları ve işyerinde yapılan muamele bakımından kadın-erkek eşitliği, sosyal dışlanma ile savaşıma ve sosyal koruma sisteminin modernleştirilmesi konularında Birlik üyesi devletlerin faaliyette bulunmaları beklenmekte ve Birlik'in de anılan hususlarda üye devletleri desteklemesi gerektiği ifade edilmektedir.

⁷³ Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 4. Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, s. 559; Blanpain, s. 321.

⁷⁴ Madde 32 gereğince, çocukların çalıştırılması yasaktır. Gençler için getirilmiş olan daha elverişli kurallara zarar vermeye kaydıyla ve sınırlı istisnalar haricinde, istihdama kabulde asgari yaş, zorunlu eğitimi bitirme yaşından küçük olamaz. İşe kabul edilen gençler, yaşlarına uygun çalışma koşullarına sahip olmalı ve güvenliklerine, sağlıklarına veya fiziksel, zihinsel, ahlâki veya sosyal gelişimlerine zarar verebilecek ya da eğitimlerini engelleyebilecek her türlü işe ve ekonomik sömürüye karşı korunmalıdır.

⁷⁵ Barnard, s. 559.

Birlik üyesi devletlerde geçerli olan hukuk tarafından tanımlanan/düzenlenen iş sözleşmesi veya iş ilişkisi ile bağlı olan 18 yaş altındaki kişilerin tümüne 94/33/EC sayılı Direktif hükümleri uygulanır (m. 2). Direktifin hem özel hem de kamu sektöründe faaliyet gösteren (büyüklüğü önemli olmaksızın) tüm işyerlerine uygulanacağı kabul edilir⁷⁶. Öte yandan, üye devletlere uygulama alanı bakımından iç hukuklarında bazı sınırlamalar getirme hakkı da tanınmıştır (m. 2/2 (a) - (b)). Buna göre, özel konutlardaki ev hizmetlerini veya aile işletmelerinde gençler açısından zararlı olmadığı ya da tehlike arz etmediği düşünülen işleri⁷⁷ içeren geçici ya da kısa süreli işlerde çalıştırılan gençler Direktif kapsamı dışında bırakılabilecektir. Buradan hareketle, örneğin Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu m. 60/4'de bu yönde bir muafiyet hükmü getirilmiştir⁷⁸.

Direktifte geçen çocuk, genç ve ergen kavramlarının ayrı ayrı tanımlandığı görülür (m. 3). Herşeyden önce, 18 yaş altındaki tüm bireyler “genç” olarak kabul edilir. “Genç” kavramı ise kendi içinde 2 alt gruba ayrılmıştır. Şöyle ki, 15 yaşın altında olan ya da milli hukuk gereğince hâlen tam zamanlı zorunlu eğitime tâbi bulunan her genç, bu Direktif kapsamında “çocuk” olarak görülmekte; en az 15 yaşında olup da 18 yaşından küçük olanlar ve milli hukuk gereğince daha fazla tam zamanlı zorunlu eğitime tâbi olmayanlar ise “ergen” olarak adlandırılmaktadır.

2. ÇALIŞAN ÇOCUK VE GENÇLERİN KORUNMASINA YÖNELİK 94/33/EC SAYILI DİREKTİFTE YER ALAN HÜKÜMLER VE DEVLET UYGULAMALARINDAN ÖRNEKLER

a. Çocukların Çalıştırılması Yasağı

aa. Temel Kural

Üye devletler çocukların çalıştırılmasını engellemek üzere her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Direktif gereğince, *asgari çalışma yaşı iç hukukta belirlenen tam zamanlı zorunlu eğitimi bitirme yaşından, ve her türlü durumda, 15 yaşından aşağı olamaz* (m. 1/1 (2))⁷⁹.

Almanya’da çocukların çalıştırılması bakımından genel bir yasak olduğundan ve “çocuk” kavramı da 15 yaş altı bireylere tekabül ettiğinden, Almanya bakımından asgari çalışma yaşının, belirli istisnai durumlar dışında, 15 yaş olarak düzenlenmiş olduğu sonucuna varılır. Ayrıca, eklemek gerekir ki, Alman hukukunda hâlen tam zamanlı zorunlu eğitime tâbi olan gençler bakımından da çocuklar hakkında getirilen yasal hükümlerin uygulanmasının mümkün

⁷⁶ Barnard, s. 563.

⁷⁷ Tarım bakımından meyve veya mahsul toplama, ticari işler bakımından raf doldurma ya da diğer hafif dükkan işleri bu tür işlere örnek olarak verilmektedir, bkz. Barnard, s. 561.

⁷⁸ 2005 tarihli Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu (Working Environment Act) için bkz. http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=en&p_isn=70346.

⁷⁹ Buna karşılık, İngiltere’de temel kural 14 yaşından küçüklerin çalıştırılmaması yönündedir (1933 tarihli Çocuklar ve Gençler Kanunu (Children and Young Persons Act) m. 18/1 (a)); Tadil edilmiş 1933 tarihli Kanun metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/23-24/12/contents>; İngiliz hukukundaki çocukların asgari çalışma yaşı ve istisnaları hakkında bkz. Astra Emir, Selwyn’s Law of Employment, 17. Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, s. 69-70.

olduğu ifade edilmiştir⁸⁰. Finlandiya’da çocuğun çalışabilmesi için 15 yaşında olma ve zorunlu eğitime tâbi olmama şartlarının birlikte gerçekleşmesi aranır⁸¹. Avusturya hukukunda asgari çalışma yaşına ilişkin düzenlemeye Çocuk Hakları Kanununda (Children’s Rights Act) yer verilmiştir. Buna göre, kanunla getirilen istisnai durumlar dışında, asgari çalışma yaşı zorunlu eğitimin sona ereceği yaşın altına indirilemez (m. 3). Bu koşul, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 32. maddesinde yer alan asgari çalışma yaşına yönelik hükme benzer olması bakımından dikkat çekicidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Direktifte aranan 15 yaş şartından daha yüksek bir yaş şartı getiren üye devlet düzenlemeleri dahi mevcuttur. Örneğin, Hollanda Çalışma Saatleri Kanunu gereğince, 16 yaşından küçük olanlar “*çocuk*” olarak kabul edilmiştir (m. 1/2 (1))⁸². Madde 3/2 (1) ’de de çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu ifade edildiğinden, Hollanda hukuku bakımından asgari çalışma yaşının 16 olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Benzer şekilde, İsveç Çalışma Ortamı Kanununda çalışma yaşı konusundaki ana kural, 16 yaşından küçük olan ya da zorunlu eğitimi bitirmemiş çocukların çalışmasına izin verilmemesidir (Bölüm 5, m. 2/1)⁸³. Yine, Fransa’da İş Kodu m. L4153-1 gereğince, belirli istisnalar dışında⁸⁴, 16 yaşından küçüklerin çalıştırılmasına izin verilmez.

bb. İstisnalar

Direktifte “*çocuk*” grubuna dâhil olanların çalıştırılmaması bakımından getirilen genel kuralın istisnaları da mevcuttur (m. 4/2). Bu kapsamdaki ilk istisna, *kültürel ve benzeri aktivitelerde yer alan çocukların durumudur*. Direktif gereğince, her bir vakada⁸⁵ yetkili makamdan önceden alınacak bir izne bağlı

⁸⁰ Alman Çalışan Gençlerin Korunması Kanununda (Young Persons Protection at Work Act) yer alan temel yükümlülükler için bkz. Susan Mayne/Susan Malyon, Employment Law in Europe, Butterworths, London, 2001, s. 459-460; Alman hukukunda çocukların çalışmasına izin verilen istisnai haller için bkz. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, C. 15, Özel Sayı 2013, Basım Yılı: 2014, s. 510-511 dn. 91.

⁸¹ 1993 tarihli Finlandiya Genç Çalışanlar Kanunu (Young Workers Act) m. 2; 2009 yılı değişikliğinden sonraki hali için bkz. http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=en&p_isn=35221.

⁸² Hollanda Çalışma Saatleri Kanunu (Working Hours Act) için bkz. http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=en&p_isn=68828.

⁸³ İsveç’te çocuk ve genç işçilere ilişkin düzenlemelere 1977 tarihli Çalışma Ortamı Kanununda (Work Environment Act) ve İsveç Çalışma Ortamı Dairesi tarafından çıkarılan yönetmeliklerde yer verildiği görülmektedir, bkz. Finn Schwarz/John Enkegaard, Scandinavian Employment Law, 2. Edition, Thomson Reuters, Copenhagen, 2009, s. 72; 2005 yılında yapılan değişiklikten sonraki Kanun metni için bkz. http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=en&p_isn=13242.

⁸⁴ Örneğin, 15 yaşındaki küçüklerin m. L6222-1’de belirtilen şartlar çerçevesinde çıraklık sözleşmesi ile çalışması mümkündür (m. L4153-1); Fransız İş Kodu (Code du Travail) için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20100326>.

⁸⁵ Birden fazla çocuğun dâhil olduğu aktivitelerde, “her bir vaka” kavramının her bir çocuk için ayrı ayrı önceden izin alınması anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir, bkz. Blanpain, s. 323; Dolayısıyla, birden fazla çocuğun dâhil olduğu faaliyet tek bir vaka olarak ele alınmakta ve izin toplu bir şekilde verilebilmektedir.

olarak çocukların kültürel, artistik, sportif ya da reklamlarla ilgili işlerde faaliyet göstermesi mümkündür (m. 5/1). Belirtelim ki, çocuk tarafından gerçekleştirilecek bu yöndeki faaliyetlerin çocuğun sağlığına, gelişimine, okula devamına ya da mesleki eğitim programlarına katılımına zarar verecek nitelik taşımaması bu istisnada aranan diğer bir şarttır. Üye devletler çocuğun çalışma şartları ve önceden alınacak izin prosedürünün ayrıntıları hakkında düzenleme getirme yetkisine sahiptir (m. 5/2). Bu doğrultuda, örneğin Hollanda'da kültürel faaliyet ve benzeri durumlar için çocukların çalıştırılması yasağına istisna getirilebileceği açıkça düzenlenmiştir⁸⁶. Fransız İş Kodu m. L7124-1 gereğince de, 16 yaşından küçüklerin, idari bir makamdan önceden alınacak bireysel bir izin olmaksızın, gösteri, seyahat, sinema, televizyon şirketlerinde, radyo yayını veya ses kaydı yapan şirketlerde çalışmak ya da modellik yapmak üzere faaliyette bulunmalarına izin verilmez. Danimarka'da ise yetkili makamdan önceden izin alınması şartı, sadece 13 yaş altı çocuklar bakımından aranan bir zorunluluktur (Çalışma Ortamı Kanunu m. 60/6 (c)). Danimarka'daki bu uygulama, üye devletlerin *13 yaş ve üzeri çocuğun kültürel ve benzeri faaliyetlerde, devletin belirleyeceği kurallara uygun olarak, doğrudan çalışmasına izin verilebileceğini belirten ve önceden alınacak izin prosedürüne istisna yaratan* Direktif m. 5/3'teki hükme bir örnek oluşturur. Bu nedenle, kanımızca Danimarka'da kültürel faaliyetlerde görev alan 13 yaş altı çocuklar bakımından izin prosedürü işletilmekte, 13 yaş ve üzeri çocukların anılan faaliyetlerde bulunmasına devletin doğrudan izin verdiği kabul edilmektedir. Benzer bir düzenlemeye yine İsveç hukukunda rastlanmaktadır⁸⁷.

Çalışma yasağına getirilen ikinci istisna, *en az 14 yaşındaki çocukların karma çalışma/staj programı ya da fabrika içi çalışma-tecrübe programı doğrultusunda çalışmalarına onay verilmesidir*⁸⁸. Bu istisnada yetkili makam tarafından belirlenen çalışma koşullarına uygun olarak çocuğun çalıştırılması zorunludur (m. 4/2 (b)).

Temel kuralın son istisnası ise, *kültürel ve benzeri aktiviteler dışında kalan hafif işlerin*⁸⁹ *14 yaş ve üzeri çocuklar tarafından gerçekleştirilebilmesidir* (m. 4/2 (c)). Sağlığına veya gelişimine ve okula devamına engel teşkil etmeyen hafif işlerde 14 yaşındaki çocukların istihdam edilebileceğine yönelik bir hükme Finlandiya Genç Çalışanlar Kanununda yer verilmiştir (m. 2/2). Benzer şekilde, Alman Çalışan Gençlerin Korunması Kanununda en az 14 yaşındaki çocukların

⁸⁶ Hollanda Çalışma Saatleri Kanunu m. 3/3 (2) gereğince, atanmış bir görevli tarafından çocukların kültürel, bilimsel, eğitime yönelik, artistik niteliği bulunan faaliyetlerde, moda gösterilerinde ya da görsel/işitsel kayıtlarda ve benzeri hafif, sanayi harici işlerde görev alması bakımından istisna tanınabilir.

⁸⁷ Ticaret Müfettişliğinin bu yönde verdiği izin hakkında bkz. Mayne/Malyon, s. 826.

⁸⁸ Bu istisnai hükme Danimarka (m. 60/6 (b)) ve Norveç (m. 11/1 (1) (c)) gibi devlet mevzuatlarında yer verildiği görülür. Avrupa Birliği'ne üye olmakla birlikte Avrupa Ekonomik Alanına (EEA) dâhil olan Norveç bakımından da 94/33/EC sayılı Direktif hükümlerinin genç bireylerin istihdamında temel alınmış olduğu anlaşılmaktadır. (2012 yılında tadil edilen) Norveç Çalışma Ortamı Kanunu (Working Environment Act) için bkz. http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browser.details?p_lang=en&p_isn=70972.

⁸⁹ "Hafif iş" kavramı, 94/33/EC sayılı Direktifte tanımlanmıştır (m. 3 (d)). Hafif iş, özetle, çocuğun güvenliğini, sağlığını, gelişimini, okula gidişini, mesleki danışmanlık ya da staj programına katılımını tehlikeye atmayacak iş anlamına gelmektedir; Bu istisna kapsamında 14 yaş ve üzeri çocukların gazete dağıtmasına ya da çocuk bakıcılığı yapmasına izin verilir, bkz. Barnard, s. 560.

belirli hafif işlerde çalışmasına izin verilir⁹⁰. Fransa'da ise 14 yaşından büyük çocukların okullarının tatil olduğu dönemlerde yaşlarına uygun olan işlerde çalıştırılabilecekleri düzenlenmiştir (Fransız İş Kodu m. L4153-3).

Öte yandan, 13 yaşındaki çocukların dahi milli hukuk tarafından belirlenen hafif iş türlerinde, üye devletin getireceği çalışma koşullarına bağlı olmak kaydıyla, haftada belirli bir saat çalıştırılabileceği Direktifin bu istisna hükmünde düzenlenmiştir (m. 4/2 (c)). İngiliz hukukunda bu yönde bir düzenlemeye rastlanır. Şöyle ki, 13 yaşındaki bir çocuğun ebeveyninin ya da vasisinin emri altında tarımla ya da bahçıvanlıkla ilgili hafif işlerde zaman zaman çalışabileceği kabul edilir (1933 tarihli Kanun m. 18/2 (a) (i)). Bunun gibi, 13 yaşındaki çocukların yerel makamların iç tüzüklerinde belirtilen hafif iş kategorilerinde çalıştırılması da mümkün görülmektedir (1933 tarihli Kanun m. 18/2 (ia)). Hatta, 1996 tarihli Eğitim Kanununun 559. maddesinde, sağlığa zarar verecek ya da tam zamanlı eğitimden yararlanmayı elverişsiz hale getirecek şekilde istihdam edilen çocukların bu şekilde çalıştırılmasına son verilmesi ve benzeri istihdam üzerinde sınırlamalar konulması bakımından yerel makamların yetkili kılındığı açıkça ifade edilmiştir⁹¹. Benzer şekilde, Hollanda ve Danimarka'da da 13 yaş ve üzeri çocukların belirli şartlar altında (sanayi harici) hafif işlerde görev alabilecekleri kabul edilir (Hollanda Çalışma Saatleri Kanunu m. 3/2 (2) (b); Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu m. 60/6 (a)). İsveç'te 13 yaş ve üzeri çocukların hafif işlerde (örneğin, yazı yazma, postaları organize etme, dosyalama, fotokopi çekme gibi ofis işlerinde; fiyat etiketi koyma, kasa elemanı ya da satış asistanı olma gibi ticari işlerde; masaları temizleme, restoranda ya da kafede servis yapma gibi restoran işlerinde) çalışmasına izin verilmiş, buna ek olarak 13 yaşından küçüklerin bile aile üyelerinden birinin işlettiği bir çiftlikte meyve toplama, bahçe temizleme, hayvanları besleme, elle ekim dikim faaliyetinde bulunma vb. hafif çiftlik işlerinde çalışabilmesine imkân tanınmıştır⁹².

b. İşin Düzenlenmesine Yönelik Hükümler

94/33/EC sayılı Direktifin çeşitli hükümlerinde 18 yaş altı çalışanların çalışma ve dinlenme süreleri farklı olasılıklar (örneğin, çalışanın yaşı, yapılan işin niteliği vb. hususlar) dikkate alınarak düzenlenmiştir.

aa. Günlük ve Haftalık Çalışma Süresi Bakımından Getirilen Sınırlamalar

Çocukların istisnai durumlar dışında çalışmasına izin verilmediğinden, çalışma süresine yönelik olarak aşağıda yapılacak açıklamalarda (1) çocukların istisnai çalışma şekillerine ve (2) Direktifte "ergen" grubuna sokulan gençlerin durumuna yönelik hükümler ayrı ayrı ele alınmıştır. Belirtelim ki, birden fazla işveren yanında çalışan gençlerin çalışma gün ve saatlerinin hesabında işverenler yanında geçirilen sürelerin birbirine eklenmek suretiyle dikkate alınacağına yönelik m. 8/4 hükmü her iki grup bakımından da ortak bir düzenlemedir.

⁹⁰ Mayne/Malyon, s. 459.

⁹¹ Emir, s. 69.

⁹² Mayne/Malyon, s. 826-827.

(1) Çocukların istisnai çalışma şekillerindeki çalışma sürelerine özgü düzenlemeler

Direktif tarafından kültürel ve benzeri faaliyetlerde görev alacak çocukların çalışma koşulları açısından üye devletlere düzenleme getirme yetkisi tanındığından, Direktif m. 8/1'deki çalışma süresine ilişkin hükümler, kültürel faaliyet dışındaki hafif işlerde veya mesleki eğitim (karma çalışma/staj programı ya da fabrika içi çalışma-tecrübe programı) kapsamında çalıştırılan çocuklara yöneliktir. Buna göre:

Mesleki eğitim kapsamında çalıştırılan en az 14 yaşındaki çocukların günlük çalışma süresi 8 saat, haftalık çalışma süresi ise 40 saat ile sınırlandırılmıştır⁹³. Ancak, m. 8/1 (a) 'da belirtilen bu süreler açısından üye devletlere istisna getirme hakkı tanınmıştır (m. 8/5 (1)). Öte yandan, mesleki eğitim gören çocuğun yararına olacak şekilde, eğitimin teorik ya da pratik olması önemli olmaksızın mesleki eğitim programlarında çocuk tarafından geçirilen sürelerin günlük çalışma süresine dâhil edilmesi gerektiği düzenlenmiştir (m. 8/3) ⁹⁴.

Milli hukuk tarafından yasaklanmamış olması şartıyla, okula devam için belirlenmiş saatler dışında çalışılan işlerde günde 2 saatten ve haftada 12 saatten fazla çalışma yapılmaması gerektiği ve okul olmayan günlerde hiçbir şekilde günlük çalışma süresinin günde 7 saati (15 yaşındaki çocuklar için günde 8 saati) geçemeyeceği ifade edilmektedir (m. 8/1 (b)) ⁹⁵. Okulun tatile girdiği dönemlerde ise, çocuğun çalışabileceği günlük çalışma süresi 7 saat ve haftalık çalışma süresi de 35 saat ile sınırlandırılmıştır⁹⁶. 15 yaşına gelen çocuklar bakımından bu süre günde 8 saate ve haftada 40 saate çıkarılabilecektir (m. 8/1 (c)).

Milli hukuk gereğince tam zamanlı zorunlu eğitime tâbi olmayan çocukların görev alacağı hafif işler bakımından da günlük 7 saat ve haftalık 35 saat olmak üzere bir sınırlama getirilmiştir (m. 8/1 (d)) ⁹⁷.

(2) Direktifteki “ergen” grubuna giren gençlerin çalışma süreleri

Üye devletler bu grupta yer alan gençlerin günlük çalışma süresini 8 saat ve haftalık çalışma süresini 40 saat ile sınırlandırmak üzere gerekli önlemleri almakla yükümlüdür (m. 8/2) ⁹⁸. Bu noktada eklemek gerekir ki, Direktif m. 8/5 hükmü doğrultusunda üye devletlere kendi iç hukuklarında yapacakları düzenlemeler ışığında yine bu kurala istisna getirme hakkı tanınmıştır. Nite-

⁹³ Bkz. Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu m. 60/6 (b); Norveç Çalışma Ortamı Kanunu m. 11/2 (2) (c).

⁹⁴ Örneğin, Fransız İş Kodu m. L3162-2.

⁹⁵ Örneğin, Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu m. 61/2; Norveç Çalışma Ortamı Kanunu m. 11/2 (2) (a) - (b).

⁹⁶ Bkz. Finlandiya Genç Çalışanlar Kanunu m. 4/3.

⁹⁷ Bkz. Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu m. 61/2.

⁹⁸ Norveç Çalışma Ortamı Kanunu m. 11/2 (3) ve Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu m. 61/1'deki hükümler bu düzenlemeye örnek olarak verilebilir. Ayrıca, İngiliz hukukunda 2002 tarihli Çalışma Süreleri (Tadil) Yönetmeliği (The Working Time (Amendment) Regulations 2002) ile yapılan değişiklik neticesinde bu gruba giren çalışanların günlük ve haftalık çalışma saatleri Direktifte belirtilen temel kuralla uyumlu hale getirilmiştir (2002 tarihli Çalışma Süreleri (Tadil) Yönetmeliği m. 6); Benzer şekilde, Almanya'da da 15 yaş ve üstü olup da 18 yaşından küçük olanların günde 8 saatten ve haftada 40 saatten fazla çalışmasına izin verilmemektedir, Mayne/Malyon, s. 459; Alman hukukunda gençlerin çalışma süresine yönelik düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 525-526, dn. 130.

kim, Hollanda hukukunda bu yönde bir istisnanın benimsenmiş olduğu görülmür. Buna göre, 16-17 yaş grubundaki çalışanların günde 9 saat ve haftada 45 saat çalıştırılmasının mümkün olduğu ve birbirini takip eden 4 haftalık periyot bakımından da her bir haftaya düşen ortalamanın 40 saati geçmemesi gerektiği düzenlenmiştir (Hollanda Çalışma Saatleri Kanunu m. 5/6). Finlandiya'da ise bu gruptaki gençlerin günde 9 saat olmak üzere haftada 48 saat çalıştırılabilecekleri öngörülmüştür (Finlandiya Genç Çalışanlar Kanunu m. 6). Fransız İş Kodu gereğince, genç çalışanların günlük 8 saatten ve haftalık 35 saatten fazla çalıştırılmaması gerekir. Ancak, özel durumlarda, iş müfettişi işyerindeki işyeri hekiminin onayı alındıktan sonra genç çalışanın haftalık 5 saate kadar daha fazla çalışma yapması bakımından biraz önce açıklanan hükme istisna getirilmesini sağlayabilir (m. L3162-1).

bb. Gece Çalışması Bakımından Getirilen Sınırlamalar

Çocukların mesleki eğitim ya da kültürel faaliyetler dışındaki hafif işlerde gece çalışması yapmasına izin verilmez. Direktif gereğince, çocuklar bakımından gece çalışmasının akşam 20.00 ile sabah 06.00 arasındaki zaman aralığını kapsadığı kabul edilir (m. 9/1 (a))⁹⁹.

Ergen grubunda yer alan gençler bakımından ise gece çalışması akşam 22.00 ile sabah 06.00 ya da akşam 23.00 ile sabah 07.00 arasındaki süreyi kapsar (m. 9/1 (b)). Bununla birlikte, üye devletlere gece çalışmasının yasaklandığı bu zaman aralıklarında belirli işlerde çalışma yapılması bakımından istisnai düzenlemeler getirme yetkisi tanınmıştır¹⁰⁰. Açıklanan bu istisnai düzenlemenin uygulamaya konulması halinde, ergen çalışanın korunması açısından yetişkin bir kişinin gözetimi altında bulunmasının gerekli olduğu durumlarda, bunu sağlayacak adımların üye devletler tarafından atılması beklenir (m. 9/2 (a)). Ayrıca, bu durumda bile, ergen çalışanın geceyarısı ile sabah 04.00 arasında gece çalışması yapmasına izin verilmemelidir. Ne var ki, bu kuralın da bir istisnası mevcuttur (m. 9/2 (b)). Buna göre, gemi veya balıkçılık sektöründe, silahlı kuvvetler veya polis hizmetleri kapsamında, hastane veya benzeri kuruluşlarda ya da kültürel, sportif vb. faaliyetlerde gece çalışması yapılması için haklı nedenlerin olması halinde ve çalıştırılacak ergen çalışana daha sonra telafi edici uygun bir dinlenme süresinin tanınması şartıyla gece çalışmasına onay verilmektedir¹⁰¹. Ortaya çıkan olağanüstü bir durum nedeniyle gece çalışması yaptırılması söz konusu olmadıkça, ergen çalışanın gece çalışmasına

⁹⁹ İngiliz hukukunda çocuğun sabah 07.00'den önce ve akşam 19.00'dan sonra çalıştırılmamasına yönelik bir hüküm mevcuttur (1933 tarihli Kanun m. 18/1 (c)). Dolayısıyla, bu hüküm çalışan çocuklar bakımından Direktiftekine nazaran daha lehe bir düzenlemedir.

¹⁰⁰ Fransa'da 16 yaşından büyük 18 yaşından küçük genç çalışanlar bakımından akşam 22.00 ile sabah 06.00 arasında yaptırılan işler gece çalışması olarak kabul edilir. 16 yaşından küçük genç çalışanlar bakımından ise gece çalışması akşam 20.00 ile sabah 06.00 arasındaki çalışmalardır (m. L3163-1) Ancak, ticari işletmelerde çalışan ya da gösterilerde görev alan genç işçilerin gece çalışması yapabilmesi bakımından iş müfettişi tarafından istisna tanınabilir (m. L3163-2); Nitekim, Mayne/Malyon tarafından ifade edildiği üzere, uygulamada otel, restoran, fırın gibi işletmelere bu etkide özel istisnalar tanınmıştır, bkz. Mayne/Malyon, s. 383.

¹⁰¹ Bkz. Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu m. 62a; Norveç Çalışma Ortamı Kanunu m. 11/3 (3).

başlamasından önce ve sonrasında düzenli aralıklarda sağlığının ve kapasitesinin ücretsiz şekilde değerlendirilmesi hakkı gündeme gelir (m. 9/3) ¹⁰².

cc. Fazla Çalışmaya Yönelik Şartlar

Ergen grubuna giren gençler bakımından günlük/haftalık çalışma saatlerine, gece çalışmasına, günlük dinlenme süreleri ile ara dinlenme sürelerine yönelik olarak getirilen hükümlere zorunlu sebeplerin (force majeure) varlığında üye devletler tarafından kendi iç hukuklarında istisnalar tanınabileceği Direktifte açıkça öngörülmüştür (m. 13). Bu hükümden hareketle, belirli şartlar altında bu grupta yer alan gençlere daha uzun süreli çalışma yaptırılabilceği sonucu çıkar. Diğer bir deyişle, anılan hüküm bu gruptaki işçilere fazla çalışma yaptırılabilmesini sağlayan özel bir düzenlemedir¹⁰³.

Direktifteki bu hüküm sadece ergen grubuna giren gençleri kapsamına aldığından, çocukların bu hükmün uygulama alanına girmediğini net bir şekilde söyleyebiliriz¹⁰⁴. Fazla çalışmanın yaptırılabilmesi için anılan hükümde bazı şartlar da aranmıştır. Buna göre, fazla çalışma yapılacak işin geçici bir yapısı olmalı ve derhal yapılması bakımından gereklilik arz etmelidir. Yetişkin çalışanların hazır olduğu durumlarda ergen çalışanlara fazla çalışma yaptırılmaz. Bunun yanında, fazla çalışmayı takip eden 3 hafta içinde bu çalışmayı yapan ergen çalışanlara fazla çalışma süresine denk gelecek şekilde telafi edici bir dinlenme süresi tanınmalıdır.

dd. Ara Dinlenmesi

Gençlere tanınacak ara dinlenmesi hakkı yine Direktifte hüküm altına alınmıştır (m. 12). Günlük çalışmanın 4.5 saatten fazla sürmesi halinde, genç çalışanların tümüne en az 30 dakika olacak şekilde ara dinlenmesi tanınmalıdır. Ayrıca, mümkün olması halinde bu dinlenme süresi çalışanlara kesintisiz bir şekilde verilmelidir¹⁰⁵. Ancak, günlük çalışma süresinin hangi anında ara dinlenmesi tanınacağına yönelik olarak Direktifte bir belirlemeye gidilmemiştir¹⁰⁶.

¹⁰² İngiltere'de 94/33/EC sayılı Direktife uyum sürecinde çıkarılan bir düzenleme olan 1998 tarihli Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 7/2. maddesinde işverene bu yönde bir yükümlülük getirilmiştir; Benzer şekilde bkz. Norveç Çalışma Ortamı Kanunu m. 11/4 (1).

¹⁰³ Bakırcı, s. 297.

¹⁰⁴ Ancak, hatırlatmak gerekir ki, Direktif m. 8/5 (1) gereğince mesleki eğitim kapsamında çalıştırılan en az 14 yaşındaki çocukların günlük ve haftalık çalışma sürelerindeki sınırlamaya istisna getirme bakımından üye devletlere yetki tanınmıştır. Dolayısıyla, yine bu kapsamındaki çocuklara fazla çalışma yaptırılması mümkündür. Buna karşılık, örneğin Finlandiya'da 15 yaş altı çocuklara fazla çalışma ya da acil işlerin yaptırılmayacağı düzenlenmiştir (Finlandiya Genç Çalışanlar Kanunu m. 5/2).

¹⁰⁵ İngiliz hukukunda ara dinlenmesi bakımından ergen çalışanlar ile çocuk çalışanlar arasında bir ayrıma gidilmiştir. Şöyle ki, 1998 tarihli Çalışma Süreleri Yönetmeliği m. 12/4'de 15-17 yaş arasında olup da zorunlu eğitim yaşının üzerinde olan çalışanlara Direktifte düzenlendiği şekliyle bir ara dinlenmesi hakkı tanınmıştır. 1933 tarihli Kanunda ise, günde 4 saatten fazla çalıştırılan çocuk çalışanlara 1 saat ara dinlenmesi verileceği öngörülmüştür (m. 18/1 (i)).

¹⁰⁶ Blanpain, s. 326.

ee. Günlük ve Haftalık Dinlenme Süreleri

En az 14 yaşında olup da mesleki eğitim kapsamında çalıştırılan çocuklar ile yine en az 14 yaşında olup (istisnai durumlarda 13 yaş da kabul edilmektedir) kültürel faaliyet dışında kalan hafif işlerde görev alan çocuklara günlük kesintisiz en az 14 saatlik bir dinlenme süresi verilmelidir (m. 10/1 (a)). Ergen çalışanlar bakımından bu süre 12 saat olarak belirtilmiştir (m. 10/1 (b)).

Direktif m. 10/2 uyarınca, haftalık dinlenme süresi bakımından hem çocuk hem de ergen çalışanlar mümkünse ard arda gelecek şekilde en az 2 günlük bir dinlenme süresine hak kazanırlar. Haftalık dinlenme süresinin kural olarak Pazar gününü içine alacak şekilde ayarlanması beklenir. Teknik ya da organizasyonel nedenlerle haftalık dinlenme süresi düşürülebilir, ancak ne olursa olsun bu süre (kesintisiz şekilde) 36 saatin altına indirilmemelidir¹⁰⁷. Günlük ve haftalık dinlenme süresinin kesintisiz şekilde verilmesine yönelik kurala istisna tanınabilir. Şöyle ki, iş süreleri gün içine bölünen ya da kısa süreli periyotlarda yapılan faaliyetler söz konusu olduğunda, dinlenme süreleri kesintili bir şekilde çalışana sağlanabilir (m. 10/3).

Ergen çalışanlar açısından yukarıda açıklanan günlük ve haftalık dinlenme sürelerine Direktif m. 10/4'de belirtilen işler¹⁰⁸ bakımından haklı gerekçelerle ve Direktifin m. 1'de açıklanan amaçları korunacak şekilde istisna getirilmesi mümkündür. Üye devletin bu yönde istisnai bir düzenlemeye gitmesi halinde, ergen çalışanlara telafi edici uygun bir dinlenme süresinin tanınması gereklidir.

ff. Yıllık Dinlenme Süresi

Yıllık dinlenme süresi, Direktif m. 4/2 (b) ve (c) kapsamında çalışmasına izin verilen çocuklara tanınmıştır. Çocukların çalışmadan geçireceği bu dönemin, mümkün olduğunca, okulların tatil edildiği döneme denk gelecek şekilde düzenlenmesi üye devletlerden beklenir (Direktif m. 11). Dikkat edileceği üzere, anılan hüküm asgari izin süresine yönelik bir düzenleme getirmemekte¹⁰⁹ ve ergen çalışanları kapsamına almamaktadır.

Üye devlet uygulamalarına baktığımızda bazı olumlu örnekler göze çarpar. Örneğin, İngiliz hukuku bakımından 1933 tarihli Çocuklar ve Gençler Kanununda açıkça yıllık izin ifadesi kullanılsa da, çocuk çalışana yıl içinde okula gitmek zorunda olmadığı bir dönemde ardı ardına en az 2 hafta olacak

¹⁰⁷ Örneğin, Finlandiya'da 15-17 yaş arasındaki çalışanlara kesintisiz şekilde olmak üzere haftalık en az 38 saatlik bir dinlenme süresi tanınmaktadır (Finlandiya Genç Çalışanlar Kanunu m. 8/4); Hollanda Çalışma Saatleri Kanunu m. 5/3 (1) 'de bu süre en az 36 saat olacak şekilde düzenlenmiştir.

¹⁰⁸ Gemi veya balıkçılık sektöründe, silahlı kuvvetler veya polis hizmetleri kapsamında, hastane veya benzeri kuruluşlarda, tarımda, turizmde ya da otel, restoran, kafe sektöründe gerçekleştirilen çalışmalar ya da iş sürelerinin gün içine bölündüğü faaliyetler istisna hükmü kapsamına alınmıştır.

¹⁰⁹ Barnard'a göre, var olan boşluğun 2003/88/EC sayılı Çalışma Süreleri Direktifi (Working Time Directive) ile doldurulabileceği düşünülmüştür. Ancak, İngiliz Temyiz Mahkemesinin verdiği bir kararda (Ashby v. Addison [2003] IRLR211) ifade edildiği üzere, Çalışma Süreleri Direktifi yalnızca yetişkin ve genç çalışanlar bakımından uygulandığından çocuklar kapsam dışında kalır. Bu nedenle, 13 yaşından beri haftada 6 gün gazete dağıtımını yapan 15 yaşındaki çocuk 4 haftalık ücretli bir izne hak kazanamamıştır, bkz. Barnard, s. 563.

şekilde çalışmadan geçireceği bir süre verilmesi gerektiği düzenlenmiştir (1933 tarihli Kanun m. 18/1 (j)). Norveç hukukunda okula giden 18 yaş altı çalışanlara en az 2 haftası yaz tatilinde kullandırılmak üzere yılda en az 4 haftalık bir dinlenme süresi tanınması öngörülmüştür (Norveç Çalışma Ortamı Kanunu m. 11/5 (4)). Alman Çalışan Gençlerin Korunması Kanunu m. 19 gereğince, bir takvim yılı içinde verilecek yıllık ücretli izin süresi 16 yaşından küçükler için en az 30 iş günü, 17 yaşından küçükler için en az 27 iş günü, 18 yaşından küçükler için ise en az 25 iş günü olmalıdır¹¹⁰. Genç çalışanların lehine olan benzeri bir uygulamaya Fransız İş Kodunda yer verilmiştir. Şöyle ki, işyerindeki hizmet süresi önemli olmaksızın, bir önceki yılın 30 nisanında 21 yaşından küçük olan çalışanlar, talep etmeleri halinde, 30 iş günü izne hak kazanırlar (m. L3164-9). Belirli bir kıdem süresine sahip olup olmamanın dikkate alınmaması, geniş bir yaş aralığının belirlenmesi ve 30 iş günü gibi uzunca bir izin süresinin tanınması bu hükmü çalışan lehine avantajlı hale getirmiştir.

gg. İş Sağlığı ve Güvenliğine Yönelik Hükümler

İş sağlığı ve güvenliğinin korunması bakımından işverene genel yükümlülükler getirilmiştir. Çalışan gencin tecrübe eksikliğinden, var olan ya da muhtemel risklerin farkına varamamasından ya da tam anlamıyla olgunlaşmamış olmasından kaynaklanan, çalışanın güvenliğine, sağlığına ve gelişimine yönelik her türlü riskten korunmasını sağlamak üzere işverenin gerekli önlemleri alması beklenir (Direktif m. 6/1, m. 7/1). Bu doğrultuda, gençlerin işe başlamasından önce ve çalışma şartlarında büyük değişiklikler olması halinde, işleri ile bağlantılı olarak genç çalışanlara yönelik tehlikelerin işverenler tarafından değerlendirilmesi gerekir¹¹¹. Bu risk değerlendirilmesi yapılırken yine Direktifte düzenlenen iş ve işyerine yönelik hususların¹¹² özellikle dikkate alınması zorunludur (m. 6/2 (1) - (2)).

Eğer yapılan değerlendirmelerde işle bağlantılı olarak gençlerin güvenliğine, (fiziksel ya da ruhsal) sağlığına ya da gelişimine yönelik risklerin söz konusu olduğu ortaya çıkarsa, uygun ücretsiz değerlendirmelerin ve sağlık denetimlerinin düzenli aralıklarda genç çalışanlara sağlanması yönünde işverenlere bir başka yükümlülük daha getirilmiştir (m. 6/2 (3))¹¹³. Bu ücretsiz sağlık

¹¹⁰ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 531, dn. 144.

¹¹¹ İngiliz hukukunda bu doğrultuda 1999 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliğinin Yönetimi Hakkındaki Yönetmelik (The Management of Health and Safety at Work Regulations 1999) çıkarılmıştır. 1999 tarihli Yönetmelik esasen işyerindeki tüm çalışanları koruyucu hükümler getirmektedir. Bunun yanı sıra, 18 yaş altı çalışanların özel olarak dikkate alındığı hükümlere de yer verilmiştir. Örneğin, Yönetmelik m. 3/4-5 gereğince, genç bir kişi çalıştırılmaya başlanmadan önce işveren tarafından gencin sağlığına ve güvenliğine yönelik işyerinde risk değerlendirilmesi yaptırılmalıdır.

¹¹² Bu hususlar özetle şu şekildedir: işyerinin düzeni ve teçhizatları, fiziksel, biyolojik ve kimyasal maddelere maruz kalınmasının niteliği, derecesi ve süresi, iş ekipmanlarının durumu, çeşitliliği ve kullanımı, iş süreçlerinin düzenlenmesi, genç çalışanlara verilen eğitim ve talimatların seviyesi.

¹¹³ Hatta, Danimarka'da çalışanın sağlığına tehlike arz eden işler bakımından tıbbi muayenenin iş sözleşmesi sona erdikten sonra bile gerekli olması halinde çalışana tanınacağı düzenlenmiştir (Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu m. 63/1 (a)). Finlandiya Genç Çalışanlar Kanunu m. 11'de de genç çalışanın tıbbi muayeneden geçirilmesi hususunda Direktifte düzenlenen hükme paralel bir yükümlülük getirilmiştir. Buna karşılık, hafif mağaza ya da ofis işlerinde veya diğer benzeri hafif işlerde, 3 aydan daha

değerlendirmesi ve denetimi üye devletler tarafından milli sağlık sisteminin bir parçası haline getirilebilir. Direktif m. 6/3 uyarınca, işverenlerin işle ilgili muhtemel riskler, güvenliği ve sağlıkları için alınan önlemler hakkında gençleri bilgilendirme zorunluluğu da bulunur. Ayrıca, çalıştırılan çocukların yasal temsilcilerine bu hususlarda bilgi vermesi işverenden beklenir.

Genç çalışanların korunmasızlığı gerçeğini dikkate alan Direktif gençlerin sağlığına, güvenliğine ve gelişimine yönelik her türlü riske karşı onları korumayı amaç edinmiştir. Bu amaç doğrultusunda, gençlerin istihdam edilemeyeceği iş türleri belirlenmiştir¹¹⁴. Bu kategoride yer alan iş türleri, genel olarak, gencin fiziksel ya da psikolojik kapasitesinin üzerinde olan işler, zararlı radyasyon içeren ya da kalıtsal genetik zararlara neden olan ya da diğer şekillerde insan sağlığını kronik olarak etkileyecek nitelikte toksik ve kanserojen maddelere maruz bırakan işler ile genç bireyi kaza riski ile karşı karşıya bırakan işler ya da gencin sağlığının aşırı derecede soğuktan, sıcaktan, gürültüden, titreşimden ya da ağır yük kaldırmaktan dolayı zarar görebileceği işlerdir¹¹⁵. Genel kural bu olmakla birlikte, üye devletlere ergen bireylerin sayılan işlerde çalıştırılmasına yönelik istisnai düzenleme getirme yetkisi de tanınmıştır. Ergen çalışanın mesleki eğitimi bakımından bu işlerin vazgeçilmez olması halinde, uzman bir kişinin gözetimi altında anılan işin yapılmasının sağlanması ve Direktifte getirilen korumanın garanti edilmesi şartıyla, üye devletler kanuni düzenlemeler yoluyla istisnai uygulamalara gidebilir (m. 7/3)¹¹⁶.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN ZORLA ÇALIŞTIRMA KAVRAMI ÜZERİNDEN ÇOCUK VE GENÇLERİN KORUNMASINA DAİR VERDİĞİ KARARLAR

Avrupa Konseyi tarafından hazırlık çalışmalarına 1949 yılında başlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 04.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye olan toplam 47 devletin tümü tarafından onaylanmıştır¹¹⁷. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan devletler Söz-

fazla sürmeyecek iş ilişkilerinde ya da son 12 ay içinde alınmış olan ve çalışanın o işe olan uygunluğunu inandırıcı bir şekilde gösteren tıbbi bir belgenin çalışan tarafından işverene ibraz edilmesi halinde, hükümdede ifade edilen tıbbi muayeneye ihtiyaç duyulmaz.

¹¹⁴ Öte yandan, Danimarka Çalışma Ortamı Kanunu m. 65'e göre, 18 yaş altındaki bir gencin sağlığı dikkate alınmak suretiyle belirli türdeki bir işi yapmasına izin verilip verilmeyeceği gibi hususlarda Çalışma Ortamı Kanununda getirilen kurallar ışığında karar vermek üzere uzmanlardan oluşan bir kurul Çalışma Bakanlığı tarafından görevlendirilebilir. Bu kurul tarafından verilecek kararların daha üst idari bir mercide temyiz edilmesi mümkün değildir.

¹¹⁵ Barnard, s. 561; Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Direktif m. 7/2.

¹¹⁶ Örneğin, İngiltere'deki 1999 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliğinin Yönetimi Hakkındaki Yönetmelikte istihdam edilecek gençlerin sağlığına ve güvenliğine yönelik risklerden korunmasını sağlamak amacıyla onların hangi tür işlerde çalıştırılmaması gerektiğine ve bu hükmün istisnalarına özel olarak yer verilmiştir (m. 19/2-3); Benzer şekilde, Alman Çalışan Gençlerin Korunması Kanunu m. 22'de gençlerin çalıştırılmasının yasak olduğu tehlikeli işler sayılmış, ancak gençlerin aldığı eğitimin amacına ulaşması için gerekli olan hallerde, gençlerin bir uzmanın gözetimi altında çalıştırılması durumunda, kimyasallar bakımından eşik sınır değerlerin altında olunması halinde gençlerin çalıştırılmasına izin verileceği de düzenlenmiştir, bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 520, dn. 117.

¹¹⁷ Sözleşme Türkiye tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanmış ve 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Onaylama Hakkındaki Kanun 19.03.1954 ta-

leşmede koruma altına alınan hak ve özgürlükleri kendi yetki alanlarında yaşayan tüm bireylere sağlamakla yükümlüdürler.

1. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ MADDE 4 HÜKMÜ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. maddesi “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı”na ilişkindir. Madde 4/1 gereğince, *kimse köle veya kul olarak tutulamaz*. Maddede köleliğin ya da kulluğun tanımına yer verilmemiştir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 4. madde ışığında inceleme yaptığı kararlardan biri olan *Siliadin/Fransa Kararı*’nda (No. 73316/01 (2005-VII)) 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesinin (*Slavery Convention*) 1. maddesinde yer alan kölelik tanımlamasına yer verildiğinden, bu tanımlamanın Mahkeme tarafından da benimsendiği anlaşılır¹¹⁸. Buna göre, kölelik “*mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden herhangi birinin ya da bu yetkilerin tümünün üzerinde uygulandığı kişinin statüsü ya da durumu*” anlamına gelir. 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesinde yer alan kölelik tanımının kapsamı, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan 1956 tarihli *Kölelik, Köle Ticareti ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmenin* 1. maddesinde sayılan kölelik benzeri uygulamalar sonucunda genişlemiştir¹¹⁹. Benzer şekilde, 4. maddeki kulluk (*servitude*) kavramının ne anlama geldiğine yine aynı kararda yer verilmiş ve “*baskı kurulmak suretiyle bir kimsenin hizmet vermesine yönelik yükümlülük*” şeklinde tanımlama yapılmıştır. Kulluk kavramının ilgili olduğu kişi üzerinde kontrolü içermesi ve özgürlükten yoksunluğun ciddi bir türünü oluşturması nedeniyle kölelik kavramı ile bağlantısının olduğu, ancak bu kavramda kölelikte olduğu gibi mülkiyet hakkının söz konusu olmadığı kabul edilir¹²⁰.

Sözleşme m. 4/2’de ise *zorla çalıştırma yasağı* düzenlenmiştir. Şöyle ki, *hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tâbi tutulamaz*. Zorla çalıştırmanın tanımı bakımından, *Siliadin/Fransa Kararı*’nda vurgulandığı üzere, ILO’nun 1930 tarihli ve 29 sayılı Zorla Çalıştırmaya İlişkin Sözleşmesindeki tanımlama yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul görmüştür¹²¹. ILO’nun ilgili Sözleşmesi uyarınca, *herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetler,*

rihli ve 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşmenin üye devletler tarafından imzalanma ve onaylanma tarihlerine ilişkin liste için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=19/11/2013&CL=ENG>.

¹¹⁸ David Harris/Micheal O’Boyle/Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2009, s. 113; Anthony Paul Lester/David Pannick/Javan Herberg, *Human Rights Law and Practice*, 3. Edition, LexisNexis, United Kingdom, 2009, s. 218.

¹¹⁹ Borç sebebiyle kölelik, serflik (bir başkasına ait arazi üzerinde yaşama ve çalışmaya mecbur olma durumu), bir kadının reddetme hakkı olmaksızın bir ivaz karşılığında evlendirilmesi veya bir çocuğun şahsını veya işini istismar maksadıyla bedel karşılığında veya bedelsiz olarak bir başka şahsa devri gibi uygulamalar bu madde kapsamında sayılan örneklerden bazılarıdır.

¹²⁰ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 114; Kölelik, bireyi çalışmaya ve bir başkasının mülkünde yaşamaya zorlama bakımından kulluğa benzer. Köleliğin kulluktan ayrıldığı yön ise, kölelikte bir başkasının mülkü olma unsurunun var olmasıdır, bkz. Lester/Pannick/Herberg, s. 219; Benzer yönde, Robin C. A. White/Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey: *The European Convention on Human Rights*, 5. Edition, Oxford University Press, United States, 2010, s. 196-197.

¹²¹ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 114.

zorla çalıştırma kavramını ifade eder (m. 2/1). Dikkat edileceği üzere, kulluk ve zorla çalıştırma kavramları açısından ortak olan nokta, belirli hizmetlerin sunulmasındaki zorunluluktur. Diğer bir deyişle, her iki kavram bakımından da birey çalışmaya zorlanır. Ne var ki, kulluk kavramında bu zorunluluğa ek olarak, bireyin bir başkasına ait mülkte yaşamak zorunda olması ve bu durumunu değiştirme imkânının olmaması gibi bazı unsurlara daha ihtiyaç duyulur¹²². Sözleşme m. 4/3'de ise zorla çalıştırma kapsamına girmeyecek haller sayılmıştır¹²³.

Madde 4 hükmü, taraf devletlere bireylerin kölelik, kulluk ya da zorla çalıştırma gibi durumlara maruz kalmamaları yönünde sadece negatif yükümlülük yüklemeyi; aynı zamanda bireyleri devlet görevlilerine ya da özel şahıslara boyun eğmekten korumaya yönelik pozitif yükümlülükler de getirir¹²⁴. Nitekim, 4. maddeye uyumun negatif yükümlülüklerden ibaret görülmesi, hem bu alandaki uluslararası normlarla tutarsızlığa yol açar hem de 4. maddeyi uygulamada etkisiz hale getirir. Bu nedenle, taraf devletlerin madde 4'de yer verilen uygulamaları yasaklayan cezai hükümleri kendi iç hukuklarında kabul etmeleri ve etkili bir şekilde uygulamaları yönünde pozitif yükümlülük altında oldukları Mahkeme tarafından önemle vurgulanmaktadır¹²⁵.

2. MAHKEME KARARLARINDAN ÖRNEKLER

a. Siliadin/Fransa Kararı

Yukarıda yer verdiğimiz tüm bu kavramların üzerinde durulması nedeniyle, *Siliadin/Fransa Kararı* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dikkate değer bir kararı olarak karşımıza çıkar. Karara konu olan olayda, başvuran Togo Cumhuriyeti vatandaşı olup 1994 yılı başında henüz 15 yaşında iken turist vizesi ile babasının bir akrabası (bayan D.) tarafından Fransa'ya getirilir. Başvuran, yapılan anlaşma gereğince bayan D.'nin evinde uçak biletinin karşılığını ödeyene kadar çalışmayı, bayan D. ise bu esnada başvuranın göçmenlik statüsünü yasallaştırmak için gerekli adımları atmayı ve başvurana uygun bir okul bulmayı taahhüt eder. Başvuranın pasaportu bayan D. tarafından elinden alınır. 1994 yılının ikinci yarısına kadar bayan D.'nin evinde ücretsiz olarak ev işlerini yapan başvuran, bu tarihten sonra bayan D. tarafından bu kez de bay ve bayan B.'ye ev işlerinde yardımcı olması için "ödünç" olarak verilir. Kısa süreliğine başlayan bu ilişki, sonrasında başvuranın bay ve bayan B.'nin evindeki tüm ev hizmetlerini üstlenmesi ile süreklilik kazanır. Başvuran karşılığında ücret almaksızın sabah saat 07.30'dan akşam 22.30'a kadar haftanın 7 günü (herhangi bir izin günü olmaksızın) ev hizmetlerinde çalışır ve ailenin çocuklarına da bakıcılık yapar. Bay ve bayan B.'nin evinde yaşayan başvurana ayrı bir yer tahsis edilmez, sadece küçük çocuğun odasında yere serilen bir yataкта yatmasına izin verilir. Yaklaşık 4 yıl boyunca süren bu ilişkide bay ve bayan B.,

¹²² Lester/Pannick/Herberg, s. 219; Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 114.

¹²³ Maddede bu haller şöyle sıralanmıştır: Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutuklu bulunan bir kimseden, tutuklu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş; askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdani reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdani reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet; toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet; olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.

¹²⁴ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 118; White/Ovey, s. 198.

¹²⁵ Bkz. Siliadin/Fransa Kararı No. 73316/01 (2005-VII) par. 89.

başvuranın hukuka aykırı bir şekilde Fransa'da bulunması nedeniyle yasal merciler tarafından tutuklanabileceğini dile getirerek başvuru tamamen kendilerine bağımlı hale getirir. Komşulardan birinin durumu haber vermesi üzerine başvuranın içinde bulunduğu zor durumdan yasal mercilerin haberi olur ve aile hakkında cezai kovuşturma başlatılır. Ne var ki, ceza yargılaması sonucunda aile beraat eder. Bununla birlikte, bay ve bayan B. haklarında açılan tazminat davası neticesinde başvuranın manevi zararı ile daha sonradan iş mahkemesinin verdiği karar doğrultusunda işçilik alacaklarını ödemeye mahkum edilir. Aile hakkında herhangi bir cezai işlem yapılmaması ve ülkedeki ceza hukuku hükümlerinin konu hakkında yeterli koruma sağlamaması nedeniyle, başvuran Sözleşme m. 4'e aykırılıktan dolayı konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşır.

Mahkeme kararında kölelik, kulluk, zorla çalıştırma kavramları üzerinde durmuş ve başvuranın hem kulluğa hem de zorla çalıştırmaya maruz kaldığı sonucuna ulaşmıştır¹²⁶. Mahkeme kölelik açısından yaptığı incelemede ise, özgürlüğünden yoksun bırakıldığı açık olmakla birlikte başvuranın gerçek anlamda köle şeklinde tutulduğuna dair kanıt olmadığından, mevcut durumda köleliğin söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır (bkz. *Siliadin/Fransa Kararı*, par. 122). Bunun yanında, Mahkeme, bu tür vakıalarda özel hukuk tarafından sağlanan korumanın yeterli olmayacağını, özel hayatın temel değerlerinin ve önemli yönlerinin tehlikede olduğu bu tür durumlarda etkili bir caydırıcılığın vazgeçilmez olduğunu, bunun da ceza hukuku hükümleri ile sağlanabileceğini belirtmiştir. Ancak, Fransız mahkemesi tarafından kararın verildiği tarihlerde Fransız hukukunda kölelik ya da kulluk altında tutmanın cezayı gerektiren bir fiil olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle başvuranın etkin bir şekilde korunmadığı ve bu doğrultuda Fransa'nın 4. maddedeki pozitif yükümlülüğüne aykırı davrandığı kanaatine varılmıştır (bkz. *Siliadin/Fransa Kararı*, par. 141-142, 148-149).

Bu karar, herşeyden önce, çocuk ve gençlerin korunmasızlığına vurgu yapması açısından önemlidir. Çocuk ve gençlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 4 anlamında etkili bir şekilde korunabilmesi için gerekli olan etkili ve caydırıcı iç hukuk hükümlerinin varlığı taraf devletlere bu karar sayesinde bir kez daha hatırlatılmıştır. Ayrıca, 4. maddenin uzun yıllardan beri uygulamadaki etkisinin çok az olduğu, günümüzde karşılaşılan modern kölelik şekilleri ile 4. madde arasındaki bağlantıya işaret etmesi nedeniyle *Siliadin/Fransa*

¹²⁶ Dikkat edileceği üzere, başvuran babasının bir akrabası tarafından Fransa'ya getirilmiş ve bayan B.'nin ailesi için çalışmayı kendisi seçmemiştir. Başvuran haftanın 7 günü yaklaşık olarak 15 saat çalışmaya zorlanır. Başvuranın pasaportu elinden alınır ve söz verilmesine rağmen göçmenlik statüsü hiçbir zaman yasal hale getirilmez. Okula gönderileceği hususunda söz verilmesine rağmen, bu vaat de gerçekleştirilmez. Başvuranın bayan B.'nin evi dışında barınabileceği bir yer bulunmamaktadır. Ailenin çocuklarını okula ve diğer aktivitelere götürmek dışında tutuklanma korkusu altında bulunan başvuranın evden ayrılmasına imkân veren bir durum dahi olmadığından, başvuranın kendine ait boş zamanından ya da hareket özgürlüğünden bahsedilmesi mümkün değildir. Mevcut vakiya ait bu hususlar bir araya getirildiğinde, başvuranın herhangi bir mali gücünün bulunmadığı, durumunun iyiye gideceğine dair bir ümidinin olmadığı, sosyal hayattan izole ve korunmasız olduğu ve dolayısıyla tamamen bayan B ve ailesine bağımlı hale geldiği anlaşılır. İşte, tüm bu nedenlerle, başvuran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4. madde anlamında kulluğa ve zorla çalıştırmaya maruz bırakılmıştır, bkz. *Siliadin/Fransa Kararı*, par. 126-129.

Kararı'nın bu sonucu değiştirebileceği dile getirilir. Nitekim, yine çeşitli amaçlarla gerçekleştirilen insan kaçakçılığına yönelik davalarda zorla çalıştırmaya varan durumlar söz konusu olduğunda, 4. madde hükümünün uygulanması yönünde doktrin tarafından çözüm önerileri getirilmiştir¹²⁷.

b. C.N. ve V./Fransa Kararı¹²⁸

C.N. (doğum yılı 1978) ve V. (doğum yılı 1984) Burundi'de doğan Fransız vatandaşlığına sahip iki kız kardeşdir. 1993 yılındaki iç savaşta babalarının ölümünün ardından, akrabası olan bay ve bayan M.'nin vasisiyle 1994 yılında C.N., 1995 yılında ise V. Fransa'ya gelir. Kardeşler, bay ve bayan M. ve bir tanesi engelli olmak üzere çiftin yedi çocuğu ile birlikte yaşamaya başlar. Kardeşler herhangi bir ücret almaksızın ve dinlenme süresi tanınmaksızın tüm ev işlerini kendilerinin üstlendiğini, ayrıca ailenin özürlü çocuğunun bakımının da C.N. tarafından gerçekleştirildiğini, evin bodrumunda hijyenik olmayan koşullarda yaşadıklarını, ailenin yediği yemeklerden yemelerine izin verilmediğini, her gün fiziksel ve sözlü tacize uğradıklarını iddia eder. 1995 yılı Aralık ayında konu bir rapor halinde bölge savcısına sunulur, ancak çocuk koruma polisinin yaptığı inceleme sonucunda daha ileri bir adım atılmamasına karar verilir. 1999 yılı Ocak ayında "Enfance et Partage" isimli sivil toplum kuruluşu tarafından durum tekrar savcılığa iletilir ve kardeşler bu kuruluşun gözetimi altına alınır. Ceza yargılaması sonucunda, bay ve bayan M.'nin bireylerin bağımlılık ve korunmasızlık durumlarından faydalanarak insan onuruna yakışmayan şartlarda onları çalışmaya ve yaşamaya zorlamasından ötürü ve ayrıca bayan M.'nin müessir fiilinden dolayı ceza almasına karar verilir. Ancak, karar temyiz aşamasında bozulur ve sadece bayan M.'nin kız kardeşlerden V.'ye yönelik kastlı müessir fiilinden dolayı ceza almasına (1.500 EUR para cezasına) hükmedilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kardeşlerin başvurusu üzerine yaptığı incelemede, mevcut vakıayı her bir kardeş bakımından ayrı ayrı değerlendirmiştir. C.N. bakımından hem zorla çalıştırma hem de kulluk kavramları üzerinde durulmuş ve C.N.'nin her iki duruma da maruz kaldığı sonucuna ulaşılmıştır¹²⁹. 2003 yılında Fransız Ceza Kanununun konuya ilişkin maddelerinde

¹²⁷ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 118-119; White/Ovey, s. 208; Örneğin, insan kaçakçılığının Sözleşme m. 4 kapsamında yasaklanmış olduğunu ve insan kaçakçılığı ile savaşacak kanuni yapıyı oluşturması açısından taraf devletlerin pozitif yükümlülük altında olduğunu belirten Rantsev/Güney Kıbrıs ve Rusya Kararı, Mahkemenin 4. madde uygulamasını geniş şekilde ele aldığı bir karar olarak karşımıza çıkar, bkz. Rantsev/Güney Kıbrıs ve Rusya Kararı No. 25965/04 (2010).

¹²⁸ C.N. ve V./Fransa Kararı No. 67724/09 (11.10.2012); Kararın özeti için bkz. Research Report Selected Case-Law of the European Court of Human Rights on Young People, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012, s. 19-21.

¹²⁹ Olayda C.N. açısından zorla çalıştırma meydana gelmiştir, çünkü aileye destek olmaya yönelik makul suretteki yardımların çok ötesinde bir faaliyet söz konusu olup C.N. isteği dışında parasız şekilde çalışmaya zorlanmıştır. C.N. bu çalışmasını bir ceza tehdidi altında gerçekleştirmiştir. Şöyle ki, C.N. açısından doğduğu ülke olan Burundi ölüm ve kardeşini terk etme olguları ile eş anlama geldiğinden, düzenli olarak bayan M. tarafından Burundi'ye geri gönderilmeleri hususunda tehdit edilmesi C.N.'nin bu çalışmayı bir ceza tehdidi altında gerçekleştirdiğini gösterir. Kulluğa yönelik olarak yapılan değerlendirmede, kulluk kavramı zorla çalışmanın ağırlaştırılmış hali olarak tanımlanmış, koşulların hiç bir şekilde düzelmeyeceğine yönelik kurbandaki duyguların ayrıncı bir özellik olduğuna işaret edilmiştir. Nitekim bay ve bayan M.'den hiçbir şekilde kaçama-

değişiklikler yapılmasına rağmen, bu değişiklikler Mahkemenin kanaatini değiştirmesi bakımından yeterli olmamıştır. Yapılan değerlendirme sonucunda Fransa'nın kulluk ve zorla çalıştırma ile etkili şekilde mücadele edecek kanuni ve idari sistemi uygulamaya koyamaması nedeniyle m. 4'ün bir gereği olan pozitif yükümlülüğün C.N. açısından ihlal edildiğine hükmedilmiştir (bkz. *C.N. ve V./Fransa Kararı*, par. 107-108). Buna karşılık, V.'nin yaşadığı kötü muamelelerin 4. madde kapsamına girmediği, istismar ile doğrudan bir bağlantı kurulmadığı, okula gitmesine ve okuldan sonra ödevlerini yapmasına izin verilmesi nedeniyle diğer başvuran kadar izole bir ortamda yaşamadığı gerekçe gösterilerek V. açısından 4. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

Klasik anlamda kölelik örnekleri ile günümüzde çok sık karşılaşılmasına, bu insan haklarına aykırı eylemin son bulduğu anlamına gelmez. Gerçekten, Birleşmiş Milletler'e ait 1956 sayılı Ek Sözleşmede sayılan kölelik benzeri uygulamalar ile modern dünyada bir fenomen haline gelen insan ticareti, köleliğin günümüzdeki yansımaları olarak karşımıza çıkar. ILO tarafından 2014 yılında yayımlanan raporda durumun vahameti net bir şekilde ortaya konulmuştur. 2012 yılı araştırmasına göre, ILO dünya genelinde 20.9 milyon kişinin zorla çalıştırıldığını, emek ya da cinsel sömürü için insan ticaretine konu yapıldığını ya da kölelik benzeri koşullar altında tutulduğunu ve bunun neticesinde yıllık 150 milyar dolara ulaşan yasadışı kâr elde edildiğini tahmin etmektedir¹³⁰. Bu nedenle, genç/çocuk sayılan bireyin emeğinin sömürülmesine yol açan çocuk işçiliği ve ev işlerinde köle vari kullanım gibi günümüz modern kölelik şekillerinden bazılarının *C.N. ve V./Fransa Kararı* gibi kararlar vasıtasıyla toplumların önüne getirilmesi kuşkusuz önemli bir adımdır. Ancak, 2005 tarihli *Siliadin/Fransa Kararı*'ndaki ihlal gerekçesinin ardından 2012 yılında yine Fransa aleyhine pozitif yükümlülüğe aykırılık nedeniyle verilen bu ihlal kararı, aradan geçen uzunca bir süreye rağmen Fransa gibi bir hukuk devletinde modern kölelik şekilleri ile etkili şekilde mücadele edecek kanunların yürürlüğe girmediğini ortaya koyması açısından düşündürücüdür.

Benzer şekilde, Birleşik Krallık'a yöneltilmiş bir başvuru dosyasında¹³¹ da, illegal yollarla Birleşik Krallık'a gelen başvuranın tüm evrakları elinden alındıktan sonra parasız şekilde yaşlı hastalara bakmaya zorlanması, toplumdandan uzak bir şekilde tutulması, sürekli olarak şiddet ve sınır dışı ile tehdit edilmesi karşısında, o tarihlerde yürürlükte olan yasada zorla çalıştırma ve kulluk altında tutmanın suç olarak düzenlenmemesi nedeniyle başvuranın yeterli korumadan faydalanamaması gerekçe gösterilerek Birleşik Krallık'ın m. 4 hükmünü ihlal ettiği yönünde şikâyetle bulunulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür muameleleri cezalandıran iç hukuk düzenlemelerinin eksikliğini gerekçe göstererek başvuranın şikâyetine yönelik soruşturmanın etkisiz kaldığına ve bu nedenle 4. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

yacağı, herhangi bir eğitimi olmadan başka bir iş de bulamayacağı duygusunun C.N.'de hakim olması ve bu durumun 4 yıldan fazla bir süredir devam ediyor olması karşısında, C.N.'nin bay ve bayan M. tarafından kulluk altında tutulduğu kanaatine varılmıştır, bkz. Research Report on Young People, s. 20.

¹³⁰ Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour, ILO, 2014, s. 7, 13; Bu rapora ulaşmak için bkz. <http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/profits-of-forced-labour-2014/lang-en/index.htm>.

¹³¹ C.N./Birleşik Krallık No. 4239/08; Benzer yönde, Elisabeth Kawogo/Birleşik Krallık No. 56921/09, Kararlar hakkında bilgi için ayrıca bkz. Research Report on Young People, s. 19

Sonuç olarak, Mahkemeye yapılan tüm bu başvurular göstermektedir ki, modern kölelik biçimleri ile etkin mücadele için etkili iç hukuk kuralları ve denetim mekanizmaları vazgeçilemez araçlardır.

IV. TÜRK İŞ HUKUKUNDA ÇALIŞAN ÇOCUK VE GENÇLERİN KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

Türk hukukunda çalışan çocuk ve gençlerin korunması bakımından iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku, iş sağlığı ve güvenliği hukuku gibi çalışma yaşamını düzenleyici kurallar getiren mevzuatlardaki genel düzenlemelere başvurulabilir. Keza, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda çalışma hayatını ve doğal olarak çalışan çocuk ve gençleri ilgilendiren hükümler mevcuttur. Bunun yanında, hukukumuzda özellikle çalıştırılan çocuk ve gençlerin nitelikleri dikkate alınarak hazırlanan özel koruyucu düzenlemelere de yer verilmiştir. Çalıştırılan çocuk ve gençlerin korunmasına yönelik temel düzenleme, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 50'de yer almaktadır. Buna göre, *kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar*. Belirli bir asgari çalışma yaşının saptanması ve çalışma koşulları bakımından çocukları koruyucu düzenlemelerin getirilmesi yönünden devlete görev yükleyen bu hükmün, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 32 ile taahhüt edilen durumların anayasal düzeyde somutlaşmış hali olduğu kabul edilir¹³². İş mevzuatı bakımından kanun bazında özellikle üzerinde durulabilecek düzenlemeler, 4857 sayılı İş Kanunu, 1592 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunudur. Bu alana özgü diğer bir önemli düzenleme de, 2004 tarihli Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliktir¹³³. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 21.02.2013 ile 25.10.2013 tarihlerinde *Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğinin* bazı hükümlerinde ve 04.04.2015 tarihinde İş Kanunu m. 71'de değişikliğe gidilmiştir.

Hukukumuzda çocuk işçi ve genç işçi kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır. Bu yöndeki ayrıma ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu m. 71/3'de yer verilmiştir. Maddede yer alan *"15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış genç işçiler"* ifadesi ile *"14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamamış çocuklar"* ifadesinden 4857 sayılı İş Kanununda, 1475 sayılı eski İş Kanunundan farklı olarak, 18 yaşından küçüklerin çocuk ve genç işçiler olmak üzere iki kategoriye ayrıldıkları kabul edilir¹³⁴. Nitekim, 2004 tarihli *Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği* m. 4'de bu ayrıma açık bir şekilde yer verilir. Buna göre, "genç işçi", *15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi*; "çocuk işçi" ise *14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimi tamamlamamış kişiyi* ifade eder. Bu noktada eklemek gerekir ki, 04.04.2015 tarihinde 6645 sayılı Kanun ile İş Kanunu m. 71'de yapılan düzenleme neticesinde maddede yer alan *"ilköğretimi tamamlama"* ibaresi *"zorunlu ilköğretim çağını"*

¹³² Centel, Çalışan Çocuklar, s. 188.

¹³³ 25425 sayılı ve 06.04.2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, çalışmamızda kısaca "Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği" olarak anılacaktır.

¹³⁴ Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 427.

tamamlama” ibaresi ile değiştirilmiştir. Bu nedenle, Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 4’de yer alan çocuk işçi tanımındaki “*ilköğretimi tamamlamış*” ifadesini anılan değişiklik doğrultusunda “*zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış*” şeklinde okumamız mümkündür.

Çocukların küçük yaşlardan itibaren çalışma hayatına itilmesi yıllardan beri ülkemizde de önemli bir sorun olarak kabul edilir. Bu sosyal sorunun farkında olan Türkiye, çocuk işçiliği ile mücadele etmek için 1992 yılında ILO tarafından başlatılan IPEC’e dâhil olan ilk 6 ülkeden biri olmuştur. Bu alanda atılan adımlar sevindirici bir şekilde sonuçlarını vermektedir. Şöyle ki, 1994 yılında ülkemizde yaklaşık olarak 1 milyon çocuğun ekonomik faaliyetlerde çalıştırıldığı tahmin edilirken, 1999 yılına gelindiğinde bu oranın beş yıl gibi bir süre içinde %50 oranında bir düşüş gösterdiği tespit edilmiştir. Bu olumlu gelişmenin birçok nedeni olmakla birlikte, özellikle ülkemizde 1997 yılında gerçekleştirilen zorunlu eğitimin 5 yıldan 8 yıla çıkarılmasına yönelik değişikliğin önemli bir etkisinin olduğu vurgulanmaktadır¹³⁵. 2012 yılı Çalışan Çocuklar Anketi sonuçlarına göre ise, 6-17 yaş grubunda bulunan 15 milyon 247 bin çocuktan %5.9’u ekonomik bir işte çalışmakta, bir başka ifadeyle 893 bin çocuk istihdam edilmektedir. Bu veriler 2006 yılına ait sonuçlar ile karşılaştırıldığında, 6-17 yaş grubunda çalışan çocuk sayısı oranının anılan yıllar içinde değişmediği, ancak çalışan çocuk sayısı bakımından 3 bin kişilik bir artış olduğu görülmüştür. Sektörel olarak 2012 yılında, ekonomik işlerde çalışan çocukların %44.7’si (399 bin kişi) tarımda, %24.3’ü (217 bin kişi) sanayide ve %31’i de (277 bin kişi) hizmet sektöründe faaliyet göstermektedir¹³⁶. Dolayısıyla, ülkemizde ekonomik işlerde çalışan çocuk ve gençlerin neredeyse yarısına yakınının tarım sektöründe çalıştığı ve 4857 sayılı İş Kanunu m. 4 gereğince 50’den az işçi çalıştırılan tarım işlerinin yapıldığı işyerlerinin İş Kanunu kapsamı dışında kalacağı düşünüldüğünde, İş Kanunundaki çocuk ve genç işçileri koruyucu hükümlerin bu çocuk ve gençlerin büyük çoğunluğuna uygulanamayacağı sonucuna ulaşılır.

B. ÇOCUK VE GENÇ İŞÇİLERİN ÇALIŞMA ESASLARINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

1. ASGARİ ÇALIŞMA YAŞI

a. Genel Anlamda Asgari Yaş Sınırı

4857 sayılı İş Kanunu m. 71/1 gereğince, *15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır*. O halde, bu Kanun kapsamında yer alan işyerleri bakımından *asgari çalışma yaşı 15*’dir. Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır (İş Kanunu m. 71/2; Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği, m. 5/1). Asgari çalışma yaşı bakımından getirilmiş olan 15 yaş sınırı, yukarıda incelediğimiz 138 sayılı ILO Sözleşmesi (m. 2), Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (m. 7/1), 94/33/EC sayılı Direktif (m. 3/b ve 4/1) ile uyum gösterir. Kanuni düzenleme yerinde olmakla birlikte, daha önce de ifade edildiği üzere, pratikte asgari çalışma yaşını garanti

¹³⁵ The End Child Labour, s. 12.

¹³⁶ Çalışan Çocuklar 2012, Türkiye İstatistik Kurumu, 2013, Ankara, s. 16-17; 2012 yılı Çalışan Çocuklar Anketi için bkz. www.tuik.gov.tr/IcerikGetir.do?istab_id=133.

altına alan uygulamaların ve denetimin eksikliği nedeniyle ülkemiz Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından eleştirilmektedir.

15 olan asgari çalışma yaşının istisnasına yine İş Kanunu m. 71'de yer verilmiştir. Şöyle ki, *14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde¹³⁷ çalıştırılmasına izin verilir.* Yukarıda kısaca ifade edildiği gibi, *04.04.2015 tarihli ve 6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* (23.04.2015 tarih, 29335 sayılı Resmi Gazete) madde 38 tarafından 4857 sayılı İş Kanunu m. 71'de geçen *“ilköğretimi tamamlamış”* ibaresi, *“zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış”* ibaresi ile tadil edilmiştir. *“Zorunlu ilköğretim çağı”*, 30.03.2012 tarihli ve 6287 sayılı Kanunla değişik 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu m. 3'de tanımlanmıştır. Buna göre, *zorunlu ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter.* 04.04.2015 tarihinde İş Kanunu m. 71'de yapılan ilgili değişiklik 222 sayılı Kanundaki bu tanımlama da dikkate alındığında kafa karıştırıcı bir durum yaratmaktadır. Zira, m. 71/1'in değişiklikten önceki metninde çocuğun hafif işte istihdam edilebilmesi için *14 yaşını doldurması ve ilköğretimi tamamlaması* şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması aranmaktaydı. Halbuki, maddenin mevcut halinde *zorunlu ilköğretimin tamamlanması* ifadesi yerine *zorunlu ilköğretim çağının tamamlanması* ifadesi tercih edilmiştir. Bu haliyle 14 yaşını dolduran çocuğun zorunlu ilköğretim çağını da (222 sayılı Kanun gereğince) 13 yaşını bitirdiğinde tamamlamış olduğu kabul edileceğinden, artık bu çocuğun m. 71'de önceden aranan *ilköğretimi tamamlama* şartını sağlayıp sağlamadığına bakılmaksızın hafif işlerde istihdam edilebilmesi gibi olumsuz ihtimaller akla gelmektedir.

Nitekim, *6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* henüz tasarı halinde TBMM'nin ilgili Komisyonlarında görüşülürken muhalefeten öne sürdüğü şerhlerde vurgulanan husus, *“zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış”* ibaresindeki *“çağ”* kelimesidir. Muhalefet tarafından bu kelimenin anlam karışıklığına yol açıp olumsuz kullanılabilir durumları neden olabileceği ifade edilmiş, örneğin tasarıdaki bu hüküm ile 14 yaşını bitirmiş ancak henüz ilköğretimi tamamlamamış çocukların çalıştırılabilmesinin olanaklı hale gelebileceğine dikkat çekilmiştir¹³⁸. Çocuk ve genç işçilerin çalışma koşullarını düzenleyen hükümler getirilirken gözetilen temel hedeflerden birinin bu grup işçileri özel bir şekilde korumak olduğu düşünüldüğünde ve genç bireylerin gelecekteki yaşantısı şekillenirken temel eğitimin tamamlanmış olmasının büyük farklılıklar yarattığı dikkate alındığında, m. 71'deki *“zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış”* ibaresi, muhalefet tarafından bu kelimenin anlam karışıklığına yol açıp olumsuz kullanılabilir durumları neden olabileceği ifade edilmiş, örneğin tasarıdaki bu hüküm ile 14 yaşını bitirmiş ancak henüz ilköğretimi tamamlamamış çocukların çalıştırılabilmesinin olanaklı hale gelebileceğine dikkat çekilmiştir¹³⁸. Çocuk ve genç işçilerin çalışma koşullarını düzenleyen hükümler getirilirken gözetilen temel hedeflerden birinin bu grup işçileri özel bir şekilde korumak olduğu düşünüldüğünde ve genç bireylerin gelecekteki yaşantısı şekillenirken temel eğitimin tamamlanmış olmasının büyük farklılıklar yarattığı dikkate alındığında, m. 71'deki *“zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış”* ibaresi, muhalefet tarafından bu kelimenin anlam karışıklığına yol açıp olumsuz kullanılabilir durumları neden olabileceği ifade edilmiş, örneğin tasarıdaki bu hüküm ile 14 yaşını bitirmiş ancak henüz ilköğretimi tamamlamamış çocukların çalıştırılabilmesinin olanaklı hale gelebileceğine dikkat çekilmiştir¹³⁸.

¹³⁷ Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 4'de “hafif iş” kavramı, yapısı ve niteliği itibariyle ve yerine getirilmesi sırasındaki özel koşullara göre, (a) Çocukların gelişmelerine veya sağlık ve güvenliklerine zararlı etki ihtimali olmayan, (b) Okula devamını, mesleki eğitimini veya yetkili merciler tarafından onaylanmış eğitim programına katılımını ve bu tür faaliyetlerden yararlanmasını engellemeyen işler olarak tanımlanır. Ayrıca, Yönetmelik Ek-1'de hafif işlerin neler olduğu 10 madde halinde sayılmıştır.

¹³⁸ Bkz. Muhalefet şerhlerinin yer aldığı 687 sıra sayılı Esas Komisyon Raporu, s. 145-146, 219; Anılan Komisyon Raporuna ulaşmak için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/delvelop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=171737.

lamuş” olma ibaresinin çocuk işçilerin lehine olacak şekilde “zorunlu ilköğretimin tamamlanmış” olması şeklinde yorumlanması kanaatimizce faydalı olacaktır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 173/1’de ise, 12 yaşından aşağı çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde işçi olarak çalıştırılmasının mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Borçlar Kanununda asgari çalışma yaşına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, Umumi Hıfzıssıhha Kanunundaki bu hükmün Borçlar Kanunu kapsamına giren iş ve işyerleri için de uygulanacağı kabul edilmektedir¹³⁹. Dolayısıyla, İş Kanunu m. 4 gereğince İş Kanununun kapsamına girmeyip Borçlar Kanununun uygulama alanı içinde kalan iş ve işyerleri (örneğin, 50’den az işçi çalıştırılan tarım işleri) açısından, asgari yaş sınırının 12 yaş olarak uygulanacağı sonucu çıkar. 12 yaşından küçük çocukları korumak amacıyla getirilmiş olan bu hükmün mutlak nitelikte bir yaşak olduğu kabul edilmelidir. Şöyle ki, *Centel’e göre*, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 173/1’de sadece sanayi ve maden işlerinin sayılmış olması neticesinde karşıt kavram kanıtına (mefhumu muhalif beyyinesine) başvurulurken, maddede sayılı işler dışında kalan bütün işlerde 12 yaşından küçüklerin çalıştırılabileceği sonucuna ulaşılması yasanın amacına, toplum ihtiyaçlarına ve çıkarlarına ters düşmektedir¹⁴⁰. Ancak, bu yaş sınırının dahi yukarıda açıklanan uluslararası metinlerdeki düzenlemelerin gerisinde olduğu açıktır. Ayrıca, eklemek gerekir ki, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu m. 59/1-2’deki hükümler Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamındaki çocuk işçiler için de gözardı edilmemelidir. Madde gereğince, *ilköğrenim çağında olup da mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenler, hiçbir resmi ve özel işyerinde veya her ne surette olursa olsun çalışmayı gerektiren başka yerlerde ücretli veya ücretsiz çalıştırlamazlar. İlköğretim kurumlarına devam ettiklerini belgeleyenler ise, çocukların çalıştırılmasını düzenleyen kanun hükümleri uygulanmak şartıyla ancak ders zamanları dışında bu gibi yerlerde çalıştırılabilirler*. Bu bağlamda, örneğin Borçlar Kanununun uygulama alanı içinde kalan bir işyerinde çalıştırılmak istenen 12 yaşından küçük olmayan çocuk, zorunlu ilköğretim kurumuna devam etmiyorsa zorunlu ilköğretim çağını tamamlayana kadar (13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonuna kadar) bu işyerinde istihdam edilmemelidir. 12 yaşından küçük olmayan çocuğun ilköğretim kurumuna devam etmesi halinde ise, ders saatleri hariç olmak üzere (eğlence yerleri dışında) çalıştırılması mümkündür¹⁴¹.

¹³⁹ Fevzi Demir, “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, C. 12, Özel Sayı 2010, Basım Yılı: 2012, s. 565; Murat Engin, “Gençlerin İş Güvenliği”, Çimento İşveren Dergisi, 8 (5), 1994, s. 14; Ünal Narmanlıoğlu, “İş Hukukunda Çocukların Korunması”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 676; Adnan Tuğ/Ülaş Baysal, “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, s. 1871; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 188.

¹⁴⁰ Centel, s. 136-137; Narmanlıoğlu, Çocukların Korunması, s. 675.

¹⁴¹ Canan Ünal, “Çocukların Korunması Hakkı Kapsamında Çocuk İşçiliği Sorununun Çözümü ve Çözümsüzlüğü”, Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler, Petrol İş Yayını, İstanbul, 2014, s. 295; Benzer yönde, Barış Şahin, Çocuk İşçilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 157; Anılan yüksek lisans tezi için bkz. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.

Dikkat edileceği üzere, bağımlı olarak çalışan çocuk ve gençlerin yaptıkları iş gereği (İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gibi) farklı kanunların uygulanamaması sonucunu yaratır. Bu nedenle, eşit korumanın sağlanabilmesi için, iş mevzuatındaki dağınıklığın önüne geçilerek bağımlı çalışan çocuk ve gençlerin tümünü kapsayacak tek bir yasanın çıkarılması ciddi şekilde düşünülmelidir¹⁴².

b. Zorunlu İlköğretim Süresindeki Kanun Değişikliğinin Asgari Çalışma Yaşına Etkisi

Daha önce de vurgulandığı gibi, çocukları erken yaşta çalışmaya başlandıktan uzak tutacak kuvvetli önlemlerden biri, çocuklara temel eğitimin verilmesidir. Zorunlu eğitim süresinin iç hukukta yeterli bir uzunlukta belirlenmesi, çocuğun hem daha iyi bir eğitim almasını sağlar hem de kanunen okula devam etme zorunluluğu bulunduğundan bu yükümlülük çocuğu çalışmaya başlama fikrinden uzaklaştırır. Doktrinde ifade edildiği gibi, temel eğitimde zorunlu geçirilecek sürenin uzunluğunu belirleyecek düzenlemeler, çalışma yaşamına atılmayla doğrudan bağlantı içindedir. Zorunlu eğitim süresinin kısa tutulması, düşük aile geliri ve yeterli devlet denetiminin olmaması ile birleşince, doğal olarak çocuğun erken yaşta çalışmaya başlaması ihtimali artar¹⁴³. Nitekim, ülkemizde 1997 yılında zorunlu eğitimin 5 yıldan 8 yıla çıkarılmasını sağlayan ve “*kesintisiz 8 yıllık eğitim*” olarak adlandırılan uygulama, kısa sürede olumlu sonuçlarını vermiş ve çalışan çocuk ve genç sayısında dikkat çekici düşüşlerin yaşanması sağlanmıştır.

Ne yazık ki, kesintisiz 8 yıllık eğitim uygulaması 2012 yılında yapılan düzenleme ile değişikliğe uğramıştır. 30.03.2012 tarihli ve 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (11.04.2012 tarih, 28261 sayılı Resmi Gazete) tarafından yapılan değişiklikle, mevcut durumda 4+4+4 olmak üzere 12 yıllık kesintili bir eğitim esası benimsenmiştir. Yukarıda değinildiği gibi, yapılan kanun değişikliği ile birlikte 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu m.3’de *mevcuri ilköğretim çağının 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsadığı ve bu çağın çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlayacağı ve 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biteceği* öngörülmüştür. Yine, 222 sayılı Kanun m. 7’de, *ilköğretim, 4 yıl süreli ve zorunlu ilkökul ile 4 yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumu* şeklinde tanımlanmıştır¹⁴⁴.

¹⁴² Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 496-497; Ünal, s. 302.

¹⁴³ Bkz. Tankut Centel, “Aşamalı Zorunlu Eğitimin Çalışma Yaşamına Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 26, 2012, s. 5-6.

¹⁴⁴ Zorunlu ilköğretim çağındaki çocukların okula gönderilmemesi ve bu süreçte çalıştırılması halinde uygulanacak yaptırımlar 222 sayılı Kanununun 56. ve 59. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, muhtarlıkça veya mülki amirce yapılan tebliğe rağmen çocuğunu okula göndermeyen veli veya vasiye okul idaresince tespit edilen çocuğun okula devam etmediği beher gün için onbeş Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu para cezasına rağmen çocuğunu okula göndermeyen veya göndermeme sebeplerini okul idaresine bildirmeyen çocuğun veli veya vasisine kesilecek idari para cezası ise beşyüz Türk Lirasıdır (m. 56). İlköğrenim çağında olup da mecburi ilköğretim kurumlarına devam etmeyenler, hiçbir resmi ve özel işyerinde veya her ne surette olursa olsun çalışmayı gerektiren başka yerlerde ücretli veya ücretsiz çalıştırılmazlar. Bu hükme aykırı

Bilindiği üzere, 2012 yılındaki değişiklikten önce, 222 sayılı Kanun gereğince mecburi ilköğretim çağı çocuğun 14 yaşını bitirip 15 yaşına girdiği yılın öğretim dönemi sonunda bitmekteydi. Bu da en azından İş Kanunu m. 71'de öngörülen hafif işler bakımından çalışmaya başlama yaşı ile zorunlu eğitimin sona erme yaşı arasında bir uyum olmasını sağlamaktaydı. Halbuki, bu uyum 2012 yılında 222 sayılı Kanunda yapılan değişiklikten sonra bozulmuştur. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse, mevcut durumda 14 yaşının içindeki bir çocuk 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği öğretim yılı sonunda zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış kabul edilir. Ancak, bu yaş grubundaki bir çocuk 14 yaşını doldurana kadar hafif işlerde kanunen istihdam edilemez. Aynı sonuç, 15 yaşını dolduruncaya kadar hafif işler dışında kalan işler bakımından da geçerlidir. İş Kanunu m. 71'deki düzenleme bunu gerektirmekle birlikte, uygulamada çocuğun 13 yaşını bitirdiğinde zorunlu ilköğretim çağını tamamlaması ile onu çalışmaktan alıkoyan etkili bir unsur olan okula devam etme zorunluluğu da ortadan kalkmış olacağından, asgari yaş sınırını beklemeden (kanuna aykırı da olsa) çalışma yaşamına atılması gibi olumsuz sonuçların doğabileceği dile getirilmektedir. Gerçekten de ülkemizdeki gelir dağılımı, ailelerin eğitim düzeyi ve devletin denetim sıklığı göz önüne alındığında, 13 yaşını bitiren çocukların yasak olmasına rağmen fiilen çalışmaya başlaması yönündeki endişelerin yersiz olmadığını anlaşılmaktadır¹⁴⁵. Bu nedenle, bu konuda öncelikle atılması gereken adım, zorunlu ilköğretim çağının sona erme yaşının hiç değilse 2012 yılında yapılan değişiklikten önceki haline getirilmesidir.

c. Belirli İşler Bakımından Öngörülen Asgari Yaş Sınırları

İş Kanununda asgari çalışma yaşına yönelik diğer bir düzenleme, madde 72'dir. Madde uyarınca, *maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde 18 yaşını doldurmuş erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır*. Diğer bir deyişle, maddede sayılan iş türleri ve benzerleri bireyin sağlığı, güvenliği bakımından tehlike arz edecek iş niteliğinde olduğundan asgari çalışma yaşı erkek işçi için 18'e yükseltilmiştir. Doktrinde kanuni yasağın mutlak olduğu, yer altında ya da su altında yapılan tüm işlerin yasak kapsamına girdiği ve yapılan işin türünün bu konuda bir farklılık yaratmadığı ifade edilir¹⁴⁶.

davrananlara dörtyüz Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir (m. 59/1, 4).

¹⁴⁵ Zorunlu eğitim süresinin önemi ve kanun değişikliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, *Aşamalı Zorunlu Eğitim*, s. 5 vd.; Ünal, s. 298 vd.

¹⁴⁶ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku 1-Ferdi İş İlişkileri*, 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012, s. 717; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 11. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 867; Tuğ/Baysal, s. 1876; Tunçomağ/Centel, s. 188; Yeraltında madenlerde istihdam edilecekler açısından asgari yaş sınırının hiçbir şekilde 16'dan aşağı olacak şekilde tespit edilemeyeceğine ilişkin Yeraltı Madenlerine İşe Alınmada Asgari Yaş Hakkında 123 Sayılı ILO Sözleşmesinin Türkiye tarafından onaylanması 08.05.1991 tarihli ve 3729 sayılı Kanunla (21.05.1991 tarihli ve 20877 sayılı Resmî Gazete) uygun bulunmuştur. ILO'nun çocuk ve genç işçilerin çalışma hayatında korunmalarını öngören sözleşmelerinden hangilerinin ülkemiz tarafından onaylandığına ilişkin bilgi için bkz. Fevzi Şahlanan, "Sanayide Yaş Sınırı Bakımından Çocukların Korunmaları, Mesleki Eğitim ve Yönlendirme Açıklarından Onaylanan ILO Sözleşmeleri", *İş Hukuku Dergisi*, C.III, Nisan-Haziran 1993, s. 194 vd.

İş Kanununun ağır ve tehlikeli işlere ilişkin 85. maddesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 37. maddesi ile birlikte yürürlükten kaldırılmadan önce, 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceklerini gösteren bir yönetmelik düzenlemesine işaret etmekteydi. 2004 tarihli *"Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği"* ismini taşıyan bu düzenleme 08.02.2013 tarihli ve 28553 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan *"Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik"* ile yürürlükten kaldırıldığından, mevcut durumda ne İş Kanunu m. 85 hükmü ne de Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğindeki düzenlemeler yürürlüktedir. Bunun yerine, 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri, 21.02.2013 tarihli değişiklik doğrultusunda, Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğine *"Ek-3- 16 Yaşını Doldurmuş Fakat 18 Yaşını Bitirmemiş Genç İşçilerin Çalıştırılabilecekleri İşler"* ismini taşıyan bir liste şeklinde eklenmiştir. Ek-3'teki iş türleri incelendiğinde, yürürlükten kaldırılan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin ekinde genç işçilerin çalışmasına izin verilen işlerin sayıca azaltılmış olduğu ve 11 başlık altında toplanarak Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğine eklendiği görülmektedir. Yeni listede de kiremit, tuğla imali, kurutma ve yapıştırma, kontrplak işleri, parafinden eşya imali işleri, selüloz üretimi işleri, plastik maddelerin şekillendirilmesi ve plastik eşya imali gibi işler varlığını sürdürmektedir. Sonuç olarak, Yönetmeliğin önceki versiyonunda yer alan Ek-1'deki (çocuk işçilerin çalışmasına izin verilen hafif işler) ve Ek-2'deki (genç işçilerin çalışmasına izin verilen işler) iş türü listeleri korunmuş, Ek-3'teki liste başlığıyla birlikte tamamen değiştirilmiştir.

Anılan değişiklik gerçekleştirilmeden önce, Yönetmeliğin Ek-3'ünde *çocuk ve genç işçilerin çalıştırmayacakları işler* bulunmaktaydı. Değişikliğin ardından, Ek-3'ün önceki halinde yer alan işlerin büyük bir kısmı, Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğine yeni bir fıkra şeklinde eklenmiştir. 21.02.2013 tarihinde Yönetmeliğin 5. maddesine eklenen 6. fıkra gereğince, *yaş kayıtlarına bağlı olarak müsaade edilen işlerden olsalar dahi (a) hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde, (b) alkol, sigara ve bağımlılığa yol açan maddelerin üretimi ve toptan satış işlerinde, (c) parlayıcı, patlayıcı, zararlı ve tehlikeli maddelerin toptan ve perakende satış işleri ile bu gibi maddelerin imali, işlenmesi, depolanması işleri ve bu maddelere maruz kalma ihtimali bulunan her türlü işlerde, (d) gürültü ve/veya vibrasyonun yüksek olduğu ortamlarda yapılan işlerde, (e) aşırı sıcak ve soğuk ortamda çalışma gerektiren işlerde, (f) sağlığa zararlı ve meslek hastalığına yol açan maddeler ile yapılan işlerde, (g) radyoaktif maddeler ve zararlı ışınlarla maruz kalınması ihtimali olan işlerde, (h) fazla dikkat isteyen ve aralıksız ayakta durmayı gerektiren işlerde, (i) parça başı ve prim sistemi ile ücret ödenen işlerde, (j) eğitim amaçlı işler hariç iş bitiminde evine veya ailesinin yanına dönmeye imkan sağlamayan işlerde, (k) işyeri hekimi raporu ile fiziki ve psikolojik yeterliliklerinin üzerinde olan işlerde, (l) eğitim, deney eksikliği, güvenlik konusunda dikkat eksikliği getirme ihtimali olan işlerde, (m) para taşıma ve tahsilat işleri ile (n) 4857 sayılı İş Kanunu m. 69/1'de belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde 18 yaşını doldurmamayan işçiler çalıştırılmaz (m. 5/6)*¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğinin 5/6. maddesindeki 18 yaşını doldurmamayan işçilerin çalışmayacakları işleri düzenleyen hükmüne, önceki Ek-3'de yer alandan farklı olarak, (a) Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işler, (b) Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde 18 yaşını

Bu noktada belirtmek yerinde olur ki, gerek İş Kanunu (mülga) m. 85/1'de gerekse de (mülga) Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği m. 4/1'de yer alan, 16 yaşını doldurmamış genç işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmasının yasak olduğuna dair hükme, Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğinde yapılan değişikliklerde yer verilmemiştir. Bunun yerine, Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 5'e ek bir fıkra eklenmek suretiyle, *çocuk işçilerin Ek-1'de, genç işçilerin Ek-1 ve Ek-2'de ve 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin ise Ek-1, Ek-2 ve Ek-3'te yer alan işler dışında çalıştırılmayacağı* şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir (m. 5/5 cümle 1). Kanımızca, yürürlükten kaldırma işlemi yapılmadan önceki durum ile şu anki durum arasında anılan hüküm açısından bir fark bulunmamaktadır. Çünkü, Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 5/5'teki hükümde, (Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında meslek sahibi olanlar hariç) 16 yaşını doldurmuş genç işçilerin dahi Ek-3'te belirtilenler dışındaki ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasına izin verilmediği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, genç işçilerin çalışabilecekleri Ek-1 ve Ek-2'deki iş türü listeleri de önceki haliyle korunmuş olduğundan, 16 yaşını doldurmamış genç işçilerin aleyhine bir değişiklik yapıldığı sonucuna varılamamaktadır.

Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğinin çocuk ve genç işçilerin çalıştırılma esaslarına ilişkin 5. maddesinde yapılan son değişiklik, *Mesleki Eğitim Kanunu kapsamında mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarından mezun olan meslek sahibi 16 yaşını doldurmuş genç işçilerin sağlığı, güvenliği ve ahlâkının tam olarak güvenceye alınması şartıyla bu Yönetmeliğin eklerinde belirtilen sınırlamalara bağlı kalmaksızın ihtisas ve mesleklerine uygun işlerde çalıştırılabileceklerine yönelik eklemedir* (m. 5/5 cümle 2). Belirtmek gerekir ki, anılan ekleme, yürürlükten kalkan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği m. 4/4'de yer alan düzenleme ile paralellik gösterir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 179/2 gereğince, 12'den 16 yaşına kadar çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu sağlığa aykırı ve tehlikeli işlerin tespitinde İş Kanunu hükümleri dikkate alınır. Dolayısıyla, yukarıda açıklanan hükümler Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamındaki 12-16 yaş arası çocukların istihdam edileceği işlerin türleri bakımından da önem taşır. Ancak, hükümden anlaşılacağı üzere, gencin 16 yaşından büyük olması halinde çalıştırılmasının yasak olduğu sağlığa aykırı ve tehlikeli işlerin tespitinde artık İş Kanunu hükümlerine başvurulamaz. İşte, bu husus doktrinde eleştirilmekte ve aynı yaş grubundaki çocuk ve gençlere sırf farklı kanunların uygulama alanlarına girmeleri nedeniyle farklı esasların uygulanmasının eşitliğe aykırı olduğu ve bu nedenle mevzuatta bir değişiklik yapılmasının zorunluluk arz ettiği haklı bir şekilde dile getirilmektedir¹⁴⁸.

nı doldurmamış kişilerin çalışmasının yasaklandığı işler, (c) Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik kapsamında yer alan işler, (d) Mütteharrık makineler kullanılarak yapılan işler, (e) Meslek eğitim programı gereği staj nedeni ile yapılan çalışmalar hariç, güzellik salonlarında yapılan yüz, vücut bakımı ve estetiği, epilasyon ve masaj işleri, (f) Toksik, kanserojen, nesil takip eden genler zararlı veya doğmamış çocuğa zararlı veya herhangi bir şekilde insan sağlığına etkileyen zararlı maddelerle ilgili işler eklenmemiştir.

¹⁴⁸ Ercüment Özkaraca/Canan Ünal, "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt: 20, Sayı: 1, Özel Sayı 2014, s. 372.

Asgari çalışma yaşı bakımından üzerinde durulabilecek bir başka sınırlama, eğlence ve benzeri amaçlı işyerlerini kapsamına alan sınırlamadır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanununa göre, *kanuni istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde 18 yaşından küçükler çalıştırılmaz* (m. 12/1). Benzer bir sınırlandırmaya Umumi Hıfzıssıhha Kanununda da rastlanır. Madde 176 gereğince, mahalli belediyeler tarafından 18 yaşından küçüklerin *bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda* çalıştırılmasının yasaklanması gerekir. Öte yandan, doktrinde Umumi Hıfzıssıhha Kanunundaki bu hükmün genel olarak *“eğlence işlerinde çocuk ve gençlerin çalıştırılması yasağı”*nı tesis etmiş olması nedeniyle, eğlence işi kapsamında kalan müzikli gösteriler ile tiyatro ve film gösterileri bakımından da anılan yasağı geçerli olacağı kabul edilmektedir¹⁴⁹.

Ülkemizdeki uygulamalara bakıldığında, kültürel, artistik ya da reklamlarla ilgili işlerde faaliyet gösteren çocuklar açısından herhangi bir yaş sınırına dikkat edilmediği görülmektedir. Bu husustaki sorunları göz önüne alan kanun koyucu, 04.04.2015 tarihli ve 6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde görev alan çocuklar bakımından özel hükümler öngörmüştür. İş Kanunu m. 71/1'e 3. cümle olarak eklenen hüküm gereğince, *14 yaşını doldurmamış çocukların bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılmasına izin verilebilir*¹⁵⁰. Ayrıca m. 71'in sonuna yeni bir fıkra daha eklenmiş ve bu yeni fıkrada *sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinin kapsamı, bu faaliyetlerde çalışacak çocuklara çalışma izni verilmesi, yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma ve dinlenme süreleri ile çalışma ortamı ve şartları, ücretin ödenmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususların Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği* düzenlenmiştir (m. 71/6). Çıkarılacak yönetmelik hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekili ise 1.560 Türk Lirası idari para cezası yaptırımı ile karşılaşacaktır (İş Kanunu m. 104/1).

Daha önce ifade edildiği gibi, 94/33/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinde sanat, kültür, reklam faaliyetlerinde çocuğun görev alması kural olarak yetkili makamdan alınacak bir izne bağlanmıştır. Bunun ötesinde, Avrupa Birliği'ne üye birçok devletin kendi iç hukukunda kültürel, artistik işlerde faaliyet gösterecek çocukların çalışma koşulları bakımından özel düzenlemelere gittiği bilinmektedir. Bu nedenle, bu tür faaliyetlerde görev alacak çocukları koruyucu ve bu çalışma alanındaki boşlukları dolduracak şekilde düzenleyici hükümlerin getirilmek istenmesi hukukumuz açısından da sevindirici bir gelişmedir. Bununla birlikte, 6645 sayılı Kanun ile öngörülen düzenlemelerin yeterli olmadığı açıktır. Özellikle, Avrupa Birliği'ne üye devletlerdeki kültürel, artistik ya da reklamlarla ilgili işlerde faaliyet gösteren çocuklar için getirilmiş düzenlemeler

¹⁴⁹ Centel, s. 140-141; Engin, s. 16-17; Narmanhoğlu, s. 718; Demir, s. 568; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 425; Bakırcı, s. 231.

¹⁵⁰ Kanuna konulan bu özel hükmü olumlu bulan görüş için bkz. Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 169.

incelendiğinde, bu alanda faaliyet gösteren çocukları daha kapsamlı şekilde koruyan hükümlerin var olduğu görülür. Örneğin, 2 yaş altı çocuklara hiçbir şekilde çalışmama şartı getirilmiştir. 12 aylık çalışma periyodunda 14 yaş altı çalışan çocukların çalışma süresinin 40 günü, 14 yaş üstü çocukların çalışma süresinin ise 80 günü geçemeyeceği yönünde kurallar konulmuştur. 3-6 yaş arası çocukların temsil ve müzik kaydı, ses kaydı, çekim gibi işlerde saat 8:00 ile 17:00 arası olmak koşulu ile günde en fazla 2 saate kadar çalıştırılabileceği kabul edilmiş, 6 yaşın üzerindeki çocuklara ise günde 3 saate kadar 8:00 ile 22:00 arası çalışma izni verilmiştir¹⁵¹. Dolayısıyla, kültürel, artistik işlerde faaliyet gösteren çocuklar gerçek manada korunmak isteniyorsa, benzeri düzenleyici hükümlere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikte de yer verilmelidir.

2. ÇALIŞMA SÜRELERİ

Çocuk ve genç işçilerin çalışma süreleri özel olarak düzenlenmiştir. Çocuğun ya da gencin istihdam edilmesi onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olmamalı, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar vermemelidir (İş Kanunu m. 71/2; Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 5/2). İş Kanunu m. 71/4 uyarınca, *zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların* çalışma saatleri günde 7 ve haftada 35 saatten fazla olamaz¹⁵². Ancak, 15 yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde 8 ve haftada 40 saate kadar artırılabilir. Aynı düzenlemeye Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğinin 6/1. maddesinde de yer verilmiştir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi 15 yaşındaki küçüklerin günde 8 ve haftada 40 saat çalıştırılmasının Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına aykırılık teşkil ettiğini belirterek ülkemizi bu yönde eleştirmektedir.

6645 sayılı Kanun ile m. 71'e yapılan bir diğer ekleme, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışan çocuk ve gençlerin günlük ve haftalık çalışma saatlerine yönelik düzenlemedir. Buna göre, anılan faaliyetlerde görev alan çocukların çalışma süreleri günde 5 ve haftada 30 saat ile sınırlandırılmıştır. 15 yaşını tamamlamış çocuklar bakımından bu faaliyetlerdeki çalışma süresinin günde 8 ve haftada 40 saate kadar artırılması mümkündür (m. 71/4). Anılan süreler azami süreler olup Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının bu alanda çıkarmayı planladığı yönetmelikte yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma sürelerini özel olarak belirlemesi beklenmektedir.

¹⁵¹ AB üyesi devletlerdeki uygulamalar hakkında bkz. Sanatsal ve Kültürel Aktivitelere Çalışan Çocuklar Pilot Araştırma Projesi Raporu, Uluslararası Çalışma Örgütü, Ankara, 2011, s. 5-6, <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/areas/sanatsalvekulturneaktiviterlerdecalisancocuklar.pdf>.

¹⁵² 6645 sayılı Kanun, İş Kanunu m. 71/4 hükmünde de bazı değişiklikler yapmıştır. Buna göre, 1. cümlede var olan "temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocuklar" ibaresinin yerine "zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocuklar" ibaresi getirilmiştir. Daha önce de vurgulandığı üzere, "zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış" ifadesini sadece zorunlu ilköğretim çağında geçirilmesi gerekli olan sürenin tamamlanması şeklinde kabul etmek 14 yaşını doldurmuş (ve okula devam etmeyen) çocuğun ilköğretimi tamamlasa da tamamlamasa da hafif işlerde günde 7 haftada 35 saat çalıştırılmasına yol açabileceğinden, bu ifadenin değişiklikten önce olduğu gibi "zorunlu ilköğretimin tamamlanması" şeklinde algılanması çocuğun yararına olacaktır.

İş Kanunu m. 71/5'de öngörüldüğü üzere, *okul öncesi çocuklar ile okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, günde en fazla 2 saat ve haftada 10 saat olabilir*. Okulun kapalı olduğu dönemlerdeki çalışma süreleri ise, yukarıda ifade ettiğimiz, günde 7 ve haftada 35 saatlik (15 yaşını doldurmuş çocuklar için günde 8 ve haftada 40 saatlik) süre sınırını geçemez. 6645 sayılı Kanun ile yapılan eklemelerden önce m. 71/5'in ilk cümlesi yalnızca *okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma sürelerine* ilişkindi. Maddenin başına "*okul öncesi çocuklar*" ibaresi eklendiğinden, bu haliyle okul öncesi çocukların da günde 2 saat ve haftada 10 saat çalışabilmesi gibi çelişkili bir anlam ortaya çıkmaktadır. Kanun gereği 14 yaşını doldurmamış çocukların sanat, kültür ve reklam faaliyetleri dışında çalışmasına izin verilmediğinden, anılan hüküm bu alanda faaliyet gösteren okul öncesi çocukların günde 2 saat ve haftada 10 saat çalıştırılmasına izin verilebileceği yönünde yorumlanabilir. Aksine bir durum, İş Kanunundaki asgari yaş sınırı dikkate alındığında m. 71/5'deki bu ifadenin kanuna aykırı olmasına neden olacaktır.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununa göre ise, 12 ile 16 yaş arasında bulunan çocuklar günde azami 8 saatten fazla çalıştırılmaz (m. 173/2). Anılan Kanunun bu hükmü, Borçlar Kanunu kapsamında kalan iş ve işyerleri açısından uygulama alanı bulur. Uluslararası normlar dikkate alındığında, günlük 8 saatlik çalışma süresinin bu yaş aralığı çocuklar için aşırı kaldığı açıktır. Ayrıca eklemek gerekir ki, 222 sayılı Kanun m. 59/1-2'deki zorunlu ilköğretim çağında olup da okula gitmeyen çocukların çalıştırılmasının yasak olduğuna ve okula devam eden çocukların yalnızca okul zamanları dışında çalıştırılmasının mümkün olduğuna yönelik hükümler Umumi Hıfzıssıhha Kanunu kapsamına giren çocukların çalışma süreleri bakımından da dikkate alınmalıdır.

Sağlık, eğitim ve gelişimlerini korumak amacıyla günlük çalışma süreleri sınırlandırılan çocuk ve gençlerin işverenleri tarafından yaptırılacak fazla çalışmaya karşı korunması yine önem arz eden bir konudur. Buna göre, İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 8/1 (a) maddesi gereğince, *18 yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılması yasaklanmıştır*. Ayrıca, İş Kanunu m. 71/4-5'de düzenlenen günlük ve haftalık çalışma süreleri azami süreler olduğundan, bu grupta yer alan çocuk ve gençlere İş Kanunu m. 41 kapsamında fazla çalışma yaptırılmasının kanunen mümkün olmadığı doktrinde dile getirilmiştir¹⁵³. Benzer şekilde, Umumi Hıfzıssıhha Kanununda 12-16 yaş arasında bulunan çocukların günde azami 8 saatten fazla çalıştırılmasına izin verilmediğinden, belirlenen bu azami süreyi aşan fazla çalışmalara bu Kanun kapsamında da izin verilmez¹⁵⁴.

Ayrıca, çocuk ve genç işçilerin bu hususta lehine olan bir başka düzenleme, işçilerin katıldıkları mesleki eğitim programı, kurs, toplantı vb. etkinliklerde geçen sürelerin günlük çalışma süresinden sayılmasına yönelik hükümdür. Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğinin 7. maddesinde yer alan bu hüküm, gerek Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına gerekse de 94/33/EC sayılı Direktife uygunluk gösterir.

¹⁵³ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1086; Benzer yönde bkz. Ömer Ekmekçi, "4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler", Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, s. 195.

¹⁵⁴ Demir, s. 569; Engin, s. 17.

3. GECE ÇALIŞMASI YASAĞI

İş Kanunu m. 73 gereğince, *sanayiye ait işlerde 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece¹⁵⁵ çalıştırılması yasaktır*. Hatırlatalım ki, İş Kanununda çocuk ve genç işçiler bakımından sadece sanayiye ait işlerde gece çalışması yasağının getirilmiş olması Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından eleştiri konusu yapılmaktadır. Bununla birlikte, Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 5/6'da öngörüldüğü üzere, 4857 sayılı İş Kanunu m. 69/1'de belirtilen gece dönemine rastlayan sürelerde yapılan işlerde 18 yaşını doldurmamayan işçiler çalıştırılmaz. Anlaşılacağı gibi, 18 yaşından küçüklerin sanayiye ait olmayan işlerde gece çalıştırılmasının önüne geçmek üzere Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğindeki bu hükme başvurulabilir¹⁵⁶. Benzer şekilde, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (07.04.2004 tarih, 25426 sayılı Resmî Gazete) 5. maddesinde de bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, 4857 sayılı İş Kanunu m. 69/1'de tanımlanan gece dönemine denk düşen 20.00-06.00 saatleri arasındaki işçi postalarında, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılması yasaktır. Şu halde, hem Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğinde hem de Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliğinde, İş Kanunu m. 73'ün aksine, herhangi bir sektör ayırımına gidilmeksizin çocuk ve gençlerin gece çalışması yasağı düzenlenmiştir. Nitekim, adı geçen düzenlemeler arasında uyum sağlanması adına, İş Kanunu m. 73 hükmünde gerekli değişiklik yapılarak çocuk ve genç işçilerin gece çalışması yasağının tüm sektörleri kapsayacak bir düzenlemeye dönüştürülmesi gerektiği doktrin tarafından dile getirilmektedir¹⁵⁷.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yine gece çalışması yasağına ilişkin özel bir hüküm yer alır. Madde 174 gereğince, 12-16 yaş arasındaki çocukların saat 20.00'den sonra gece çalıştırılması yasaktır. Dikkat edileceği üzere, İş Kanunu m. 73'den farklı olarak, bu hükümde gece çalışması yasağı bakımından çalışılan işler arasında herhangi bir farklılık gözetilmemiştir¹⁵⁸.

4. DİNLENME SÜRELERİ

Ara dinlenmesi bakımından çocuk ve genç işçiler için getirilen hüküm, 2 saatten fazla 4 saatten az süren işlerde 30 dakika, 4 saatten 7.5 saate kadar olan işlerde çalışma süresinin ortasında 1 saat olmak üzere ara dinlenmesi verileceği şeklindedir (Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 6/4). Günlük dinlenme süresini de özel olarak düzenleyen kanun koyucu, çocuk ve genç işçilerin günlük çalışma sürelerinin 24 saatlik zaman diliminde, kesintisiz 14 saat dinlenme süresi dikkate alınacak şekilde uygulanacağına hükmetmiştir (Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 6/2).

¹⁵⁵ İş Kanununda gece süresi tanımlanmıştır. Buna göre, çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla 11 saat süren dönemdir (m. 69/1).

¹⁵⁶ Özkaraca/Ünal tarafından anılan düzenlemenin ILO'nun 138 sayılı Sözleşmesi başta olmak üzere uluslararası sözleşmelere uygun olduğu, ancak yaşam tehlikeli iş bakımından sadece gece çalışma ile sınırlandırılmayıp gündüz çalışmasını da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği dile getirilmiştir, bkz. Özkaraca/Ünal, s. 367.

¹⁵⁷ Şahin, s. 140; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 533.

¹⁵⁸ Centel, 182 Sayılı ILO Sözleşmesi, s. 15-16; Narmanlıoğlu, 720; Tunçomağ/Centel, 188-189.

Çocuk ve genç işçilerin hafta tatili izinleri ise, yetişkin işçilerden farklı olarak, kesintisiz 40 saatten az olamaz (Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 8). Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 9 gereğince, *ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasına izin verilmez. Anılan günlere ilişkin ücretler, hafta tatilinde olduğu gibi, bir iş karşılığı olmaksızın ödenecektir.* Borçlar Kanunu kapsamında çalışan çocuk ve genç işçilerin hafta tatili açısından özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 421/1 gereğince, işçiye her hafta bir tam çalışma günü tatil verilmelidir.

İş Kanunu m. 53/3 uyarınca, *18 ve daha küçük yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi 20 günden az olamaz.* Çocuk ve genç işçiler yıllık ücretli izin hakkından yararlanma koşullarını taşımaları kaydıyla, hizmet süreleri yetmese dahi, en az 20 günlük yıllık izne sahip olurlar¹⁵⁹. O halde, İş Kanununda 20 günlük yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için işyerinde 5 yıldan fazla hizmet süresinin geçirilmiş olması şartı, çocuk ve genç işçiler bakımından aranmaz. Yıllık ücretli iznin kesintisiz kullanılması esastır. Ancak, yararına olduğu durumlarda çocuk ve genç işçinin isteği üzerine en fazla ikiye bölünerek kullanılabilir. Ayrıca, okula veya eğitime devam eden çocuk ve genç işçilere yıllık ücretli izinleri okulların tatil olduğu, kursa ve diğer eğitim programlarına devam edilmediği dönemlerde verilmelidir (Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 10). Borçlar Kanunu kapsamında çalışan ve 18 yaşından küçük olan işçiler bakımından yıllık ücretli izin hakkının en az 3 hafta olacak şekilde sağlanması gerektiği düzenlenmiştir (TBK. m. 422).

5. İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE YÖNELİK YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İşverenin bu kapsamdaki yükümlülüklerinden biri, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 15/1 (a) uyarınca *çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak onların sağlık gözetimine tâbi tutulmalarını sağlamasıdır.* İş Kanunu m. 87 hükmü, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılmadan önce, 18 yaşından küçük işçilerin işe alınmalarından önce işe uygun olup olmadıklarının raporla tespit edilmesi, bu işçilerin 18 yaşını dolduruncaya kadar işe devam etmelerinde sakınca olup olmadığı hususunda altı ayda bir defa doktor kontrolünden geçirilmesi ve bu husustaki raporların saklanması yönünde yükümlülükler içermektedir. Dikkat edileceği üzere, m. 87 hükmü çocuk ve genç işçilerin işe girişte ve devamında sağlık muayenesinden geçirilmesine ve muayeneler neticesinde sağlık raporu alınmasına ilişkin özel bir düzenleme getirmektedir. Mevcut durumda İş Kanunu m. 87 hükmü yürürlükten kalkmış olduğundan çocuk ve genç işçilerin sağlık gözetimi açısından dikkate alınacak düzenleme, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 15 hükmüdür. Buna göre, kanun koyucu (genç ya da yetişkin fark etmeksizin) tüm çalışanları kapsamına alacak şekilde (a) *işe girişlerinde, (b) iş değişikliğinde, (c) iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalardan sonra işe dönüşte çalışan tarafından talep edilmesi halinde ve (d) işin devamı süresince çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına*¹⁶⁰ göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirle-

¹⁵⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1155; Narmanlıoğlu, s. 721; Demir, s. 572.

¹⁶⁰ Yapılan işlerin tehlike sınıflarını belirlemek üzere 26.12.2012 tarihli ve 28509 sayılı Resmî Gazete'de İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği yayımlanmıştır.

nen düzenli aralıklarla sağlık muayenesinden geçirilmesini şart koşmaktadır (m. 15/1 (b)). Periyodik muayene aralıklarının nasıl olacağı 20.07.2013 tarihli ve 28713 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir. Madde 9/2 (c) (3) gereğince, *az tehlikeli sınıftaki işyerlerinde en geç beş yılda bir, tehlikeli sınıftaki işyerlerinde en geç üç yılda bir, çok tehlikeli sınıftaki işyerlerinde en geç yılda bir, özel politika gerektiren grupta yer alanlardan çocuk, genç ve gebe çalışanlar için en geç altı ayda bir defa olmak üzere periyodik muayene tekrarlanır. Ancak, işyeri hekiminin gerek görmesi halinde bu süreler kısaltılır.* Ayrıca, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 15/2 çerçevesinde, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacakların yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılması mümkündür¹⁶¹.

Uluslararası mevzuatta örneklerini gördüğümüz üzere, işe veya işyerine yönelik hususların çalışanlar üzerinde doğurabileceği tehlikelerin işverenler tarafından değerlendirilmesi beklenir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da işverenin iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir (m. 10/1). Risk değerlendirmesi yapılırken dikkate alınacak hususlardan bir tanesi, genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumudur (m. 10/1 (ç)). İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğinin (29.12.2012 tarih, 28512 sayılı Resmi Gazete) “*Tehlikelerin Tanımlanması*” başlıklı 8. maddesinde yine benzer yönde bir hükme yer verilmiştir. Hüküm gereğince, tehlike tanımları hazırlanırken gençlerin de içinde bulunduğu özel politika gerektiren gruplara ilişkin bilgilerin toplanması gerekir. Ayrıca, işyeri hekiminin görevleri sayılırken, 18 yaşından küçüklerin içinde yer aldığı özel politika gerektiren grupların işyeri hekimi tarafından yakın takip ve koruma altına alınması, bilgilendirilmesi ve yapılacak risk değerlendirmesinde özel olarak dikkate alınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir¹⁶². Dolayısıyla, işyerinde çalışan çocuk ve gençlerin özel olarak korunmasına gösterilecek hassasiyet anılan düzenlemeler ile bir kez daha vurgulanmıştır.

Çocuk ve gençlerin tecrübe eksikliğine, mevcut veya muhtemel riskler konusundaki bilgisizliğine veya tamamen gelişmiş olmamalarına bağlı olarak gelişimlerini, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye sokabilecek herhangi bir riske karşı korunmalarını temin etmekle yükümlü olan işverenin bu doğrultuda yerine getirmesi gerekli olan bir diğer sorumluluğu, çalışan çocuk ve gençlere eğitim vermektir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 17’de genel olarak işverenin çalışanlarına eğitim sağlama yükümlülüğüne değinilirken, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin (15.05.2013 tarih, 28648 sayılı Resmi Gazete) 7/1. maddesinde, işyerinde (15

lanmıştır. Anılan Tebliğin ekinde yer alan sınıflandırma son olarak 19.02.2015 tarihli ve 29272 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklik gereğince revize edilmiştir.

¹⁶¹ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 15/1 (b) ’de herhangi bir ayırma tâbi tutulmadan çalışana işe girişte sağlık muayenesi yaptırılması zorunluluğundan söz edilirken, m. 15/2’de tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışacaklar için sağlık raporu gerekliliğinin öngörülmesi doktrinde çelişkili bulunmuştur. Bkz. Gülsevil Alpogut, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara, 18.07.2012, s. 36-37.

¹⁶² Bkz. İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m. 9/2 (b) (2).

yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını doldurmamış çalışanlar) genç çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların özellikleri dikkate alınarak gerekli eğitimlerin verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliği m. 13/1'de sadece iş başı eğitimlerinden bahsedilmişken; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 17'de eğitimin işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliği, iş ekipmanının değişmesi veya yeni teknoloji uygulanması gibi farklı nedenlerle de verileceği, yeni risklere uygun olarak yenileneceği, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanacağı düzenlenmiştir. Doğru şekilde uygulanması halinde, bu düzenleme çalışan çocuk ve gençlerin daha fazla sayıda eğitim alma şansına kavuşacağı anlamına gelir.

Ayrıca, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 17/3 ve Tehlikeli ve Çok Tehlikeli Sınıfta Yer Alan İşlerde Çalıştırılacakların Mesleki Eğitimlerine Dair Yönetmelik (13.07.2013 tarih, 28706 sayılı Resmî Gazete) gereğince, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışanların işe alınmadan önce mesleki eğitim almaları gereklidir. Hatırlanacağı üzere, Çocuk ve Genç İşçiler Yönetmeliğinin ekinde 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi tür ağır ve tehlikeli işlerde çalışabileceğini gösteren bir iş türü listesi (Ek-3) bulunmaktaydı. Örneğin, bu listedeki işlerden *selüloz üretimi işleri, kurutma ve yapıştırma işleri, kontrplak, kontratabla, yonga ağaçtan mamul suni tahta ve PVC yüzey kaplamalı suni tahta imali işleri, toprağın pişirilmesi suretiyle imal olunan kiremit, tuğla, ateş tuğlası işleri ile boru, pota, künk ve benzeri inşaat ve mimari malzeme işleri*, Tehlikeli ve Çok Tehlikeli Sınıfta Yer Alan İşlerde Çalıştırılacakların Mesleki Eğitimlerine Dair Yönetmeliğin ekinde bulunan "mesleki eğitim alınacak işlere ait çizelge"de yer aldığından, bu işlerde istihdam edilecek gençlerin mesleki eğitim alması zorunluluğu bulunmaktadır. Yine, bu tür işlerde çalışacak gençlerin yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılması mümkün değildir (İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 15/2). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda 10.09.2014 tarihinde 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde, anılan sağlık raporlarının işyeri hekimi tarafından alınması gereklidir. 10'dan az çalışanı bulunan ve az tehlikeli işyerleri için İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında alınması gerekli olan sağlık raporları bakımından ayrı bir düzenlemeye gidilmiş ve bu raporların işyeri hekimi dışında kamu hizmet sunucularından veya aile hekimlerinden alınması da mümkün hale getirilmiştir. Raporlara itiraz edilmesi halinde, itirazın Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hakem hastanelere yapılması gerekir. İtiraz halinde verilen kararlar kesindir (m. 15/3).

V. SONUÇ

Günümüzde evrensel belgelerde ve devletlerin iç hukuklarında çalışan çocuk ve gençleri koruyucu çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Yaptığımız inceleme neticesinde, belirli bir devlet uygulamasının ya da uluslararası bir metnin çalışan çocuk ve gençlere en ideal korumayı sağladığı yönünde bir yorum yapmanın zor olduğu sonucuna varılmıştır. Burada önemli olan husus, güçlü bir altyapısı bulunan hukuki düzenlemelerin iç hukukta etkili şekilde uygulanması ve denetiminin sağlanmasıdır. Bunun dışında, çalışan çocuk ve gençlerin sorunlarına karşı toplumdaki farkındalığın artırılması, özellikle çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimi tamamlanana kadar çalıştırılmamasını sağlayacak zorunlu eğitim sisteminin uygulanması, bu alanda atılması gereken diğer önemli adımlardır. Bu noktada zorunlu eğitim süresi ile asgari çalışma yaşı arasındaki uyumun sağlanması da göz ardı edilmemelidir. Özellikle ülkemiz açısından

çalışma hayatındaki çocuk ve gençlerin eşit şekilde koruma altında olabilmesi için bağımlı şekilde çalışan tüm çocuk ve gençleri aynı çatı altında buluşturan kanuni düzenlemelere gidilmesi gereklidir.

Zorla çalıştırma, insan ticareti gibi kavramlarla çocuk ve gençlerin çalıştırılması arasında bir bağlantı da mevcuttur. Bu nedenle, örneğin modern kölelik şekilleriyle aktif şekilde savaşılmamasının çocuk ve gençlerin kötü şartlarda çalıştırılması ile mücadeleye olumlu katkıları olacaktır. Dünya genelinde çalışan çocuk ve genç sayısı dikkate alındığında, çocuk ve gençlerin çalışması olgusunun tamamen önüne geçilebilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, özellikle çocuk ve gençlerin vücut bütünlüğüne tehlike oluşturan, eğitim almasını engelleyen ya da zorlaştıran çalışma türleri ile mücadele edilmesi yolu tercih edilmelidir. Bunun yanında, çalışma yaşamında çocuk ve gençlerin menfaatini gözetecek şekilde onları koruyan, çalışma şartlarını düzenleyen hükümlere iç hukukta yer verilmelidir. Bu kapsamda yapılacak çalışmalarda Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Konseyi gibi evrensel kuruluşların görüşleri dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

Akıllıoğlu, Tekin: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Zirve Ofset, Ankara, 1995.

Alpagut, Gülsevil: “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara, 18.07.2012, s. 23-40.

Bakırcı, Kadriye: Çocuk ve Gençlerin Haklarının Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Bakımından), Beta Basım, İstanbul, 2004.

Barnard, Catherine: EU Employment Law, Fourth Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012.

Baştürk, Faruk: “Avrupa Sosyal Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması ve Türk Hukuku”, Hukuk ve Adalet, Nisan-Haziran 2004, s. 236-261.

Blanpain, Roger: European Labour Law, Eighth Edition, Kluwer Law International, Netherlands, 2002.

Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, C. 15, Özel Sayı 2013, Basım Yılı: 2014, s. 481-545.

Centel, Tankut: Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Centel, Tankut: “Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çalışan Çocuklar ve Türkiye”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara, 1997, s. 181-192. (Çalışan Çocuklar)

Centel, Tankut: “182 Sayılı ILO - Sözleşmesi’nin Türk Çalışma Yaşamına Etkisi”, TÜHİS, 17 (3), 2002, s. 10-17. (182 Sayılı ILO Sözleşmesi)

Centel, Tankut: “Aşamalı Zorunlu Eğitimin Çalışma Yaşamına Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 26, 2012, s. 5-9. (Aşamalı Zorunlu Eğitim)

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015.

Colombini, Jane: "Combating Child Labour and Promoting Youth Empowerment", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 27, No. 4, 2008, s.74-82.

Corlett, Celeste: "Impact of the 2000 Child Labor Treaty on United States Child Laborers", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, No. 2, 2002, s. 713-739.

Cullen, Holly: *The Role of International Law in the Elimination of Child Labor, The Procedural Aspects of International Law Monograph Series Volume 28*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

Demir, Fevzi: "Çalışma Hayatında Çocukların Korunması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, C. 12, Özel Sayı 2010, Basım Yılı: 2012, s. 547-577.

Ekmekçi, Ömer: "4857 Sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve İş Güvenliğine İlişkin Hükümler", *Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu)*, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, s. 177-195.

Emir, Astra: *Selwyn's Law of Employment*, Seventeenth Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2012.

Engin, Murat: "Gençlerin İş Güvenliği", *Çimento İşveren Dergisi*, 8 (5), 1994, s. 11-31.

Greenberg, Sally: "Child Labor Enforcement Hearing: Testimony by Sally Greenberg", *Child Labor in America*, (Ed. Ian C. Rivera/Natasha M. Howard), Nova Science Publishers, New York, 2010, s. 5-12.

Gülmez, Mesut: "Geliştirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi ile Yeni Avrupa Sosyal Şartı", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, *Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası*, Ankara, 1998, s. 327-358.

Gülmez, Mesut: "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?", *Çalışma ve Toplum*, 12 (1), 2007, s. 27-52.

Harris, David/O'Boyle, Micheal/Warbrick, Colin: *Law of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2009.

Lester, Anthony Paul/Pannick, David/Herberg, Javan: *Human Rights Law and Practice*, Third Edition, LexisNexis, United Kingdom, 2009.

International Labour Office: *Conditions of Work Digest*, Child Labour: Law and Practice, ILO, Geneva, 1991.

Kaime, Thoko: *The Convention on the Rights of the Child*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011.

Kern, Christopher M.: "Child Labor: International Law and Corporate Impact", *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 27 (177), s. 177-198.

Kilkelly, Ursula: "Using the Convention on the Rights of the Child in Law and Policy: Two Ways to Improve Compliance", *The Human Rights of Children: From Visions to Implementation*, (Ed. Antonella Invernizzi/Jane Williams), Ashgate Publishing, England, 2011, s. 179-197.

Mayer, Gerald: "Child Labor in America: History, Policy and Legislative Issues", *Child Labor in America*, (Ed. Ian C. Rivera/Natasha M. Howard), Nova Science Publishers, New York, 2010, s. 37-80.

Mayne, Susan/Malyon, Susan: *Employment Law in Europe*, Butterworths, London, 2001.

Moskowitz, Seymour: "Child Labor in America: Who's Protecting Our Kids?", *Labour Law Journal*, Vol. 51, No. 4, 2000, s. 202-211.

Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin: *İş Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Nam, Soo: "Child Labor in Latin America", *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 19, 2013, s. 523-549.

Narmanlıoğlu, Ünal: "İş Hukukunda Çocukların Korunması", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 669-681. (Çocukların Korunması)

Narmanlıoğlu, Ünal: *İş Hukuku 1-Ferdi İş İlişkileri*, 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012.

Nielsen, Ruth: *EU Labour Law*, 2. Edition, DJOF Publishing, Copenhagen, 2013.

Özkaraca, Ercüment/Ünal, Canan: "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt: 20, Sayı: 1, Özel Sayı 2014, s. 355-410.

Schwarz, Finn/Enkegaard, John: *Scandinavian Employment Law*, Second Edition, Thomson Reuters, Copenhagen, 2009.

Sur, Melda: *İş Hukukunun Uluslararası Kaynaklar - Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995.

Süzek, Sarper: *İş Hukuku*, 11. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2015.

Şahin, Barış: *Çocuk İşçilerin Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

Şahlanan, Fevzi: "Sanayide Yaş Sınırı Bakımından Çocukların Korunmaları, Mesleki Eğitim ve Yönlendirme Açıklarından Onaylanan ILO Sözleşmeleri", *İş Hukuku Dergisi*, C.III, Nisan-Haziran 1993, s. 184-196.

Tiryakioğlu, Bilgin: *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku*, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara, 1991.

Todres, Jonathan: "At the Crossroads: Children's Rights and the U.S. Government", *Human Rights in the United States Beyond Exceptionalism*, (Ed. Shareen Hertel/Kathryn Libal), Cambridge University Press, USA, 2011, s. 132-152.

Tuğ, Adnan/Baysal, Ulaş: "İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, s. 1869-1880.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: *İş Hukukunun Esasları*, Beta Basım, İstanbul, 2013.

Ünal, Canan: "Çocukların Korunması Hakkı Kapsamında Çocuk İşçiliği Sorununun Çözümü ve Çözumsuzlüğü", *Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI Bildiriler*, Petrol İş Yayını, İstanbul, 2014, s. 289-305.

White, Robin C. A./Ovey, Clare: Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, Fifth Edition, Oxford University Press, United States, 2010.

ARAŞTIRMA VE RAPORLAR

Council of Europe: Children's Rights under the European Social Charter, CoE, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Theme%20factsheets/FactsheetChildren_en.pdf.

Council of Europe: Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, CoE, 2008, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestIndex_en.asp.

Council of Europe: Turkey and the European Social Charter, CoE, 2014, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CountryFactsheets/Turkey_en.pdf.

Council of Europe/European Court of Human Rights: Research Report Selected Case-Law of the European Court of Human Rights on Young People, CoE/ECHR, 2012, http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_young_people_ENG.pdf.

European Committee of Social Rights: Conclusions 2011 (TURKEY), CoE, 2012, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestIndex_en.asp.

International Labour Office: Child Labour, A Textbook for University Students, ILO, 2004, <http://www.ilo.org/ipecinfo/product/viewProduct.do?productId=174>.

International Labour Office: The End of Child Labour: Within Reach, Global Report, ILO, 2006, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-b.pdf>.

International Labour Office: Marking Progress Against Child Labour, Global Estimates and Trends 2000-2012, ILO, 2013, http://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_221513/lang-en/index.htm.

International Labour Office: Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour, ILO, 2014, <http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/profits-of-forced-labour-2014/lang-en/index.htm>.

Türkiye İstatistik Kurumu: Çalışan Çocuklar 2012, 2013, www.tuik.gov.tr/IcerikGetir.do?istab_id=133.

Uluslararası Çalışma Örgütü: Sanatsal ve Kültürel Aktivitelere Çalışan Çocuklar Pilot Araştırma Projesi Raporu, ILO, Ankara, 2011, <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/areas/sanatsalvekulturelaktiviterlerdecalisancocuklar.pdf>.

**# İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİ HAKLARINDA
ÇOK SAYIDA İCRA TAKİBİ BULUNMASI NEDENİYLE
FESHEDİLEBİLİR Mİ?
- BİR KAMU İKTİSADİ TEŞEBBÜSÜNÜN KONUSUYLA
İLGİLİ GENELGESİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRME -**

Doç. Dr. Mahmut Kabakcı*

Yard. Doç. Dr. Ulaş Baysal**

ÖZ

Bir Kamu İktisadi Teşebbüsü olan Türkiye Taşkömürü Kurumu, 2013 yılının Ocak ayında, borçları nedeniyle çok sayıda icra takibine maruz kalan işçilere, ücretleri üzerindeki hacizleri kaldırmaları için süre verilmesi ve verilen süre içinde borçlarını ödemeyen işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi yönünde bir Genelge çıkarmıştır. Söz konusu Genelge kamuoyunda tepkilerle karşılaşmış sonrasında yürürlükten kaldırılmıştır. Fakat son dönemdeki Yüksek Yargı kararlarından farklı işletme ve işyerlerinde de benzer sorunların yaşandığı anlaşılmaktadır. Çalışmamızda sorun, Türk ve Alman Hukukunda doktrin görüşlerinin ve yargı kararlarının ışığında tartışılmıştır. Özellikle daha uzun zamandan bu yana konunun doktrini ve yargıyı meşgul ettiği Alman Hukukundaki gelişmeler ve eğilimler, Türk hukuku bakımından yol gösterici niteliktedir. Alman hukukundaki doktrin görüşleri ve yargı kararları incelendiğinde işçinin aşırı borçlu olmasının fesih sebebi oluşturmasının istisnai hallerde söz konusu olduğu görülmektedir. Türk hukuku bakımından da benzer sonuçlara ulaşmak mümkündür. Aksi yöndeki yaklaşım, hukuki ve sosyal bakımdan ciddi sorunları doğurmaktadır. Bu nedenle Türk Yüksek Yargısının işçinin aşırı borçluluğunu kural olarak fesih sebebi kabul eden yaklaşımını bir ön önce değiştirmesi isabetli olacaktır.

ABSTRACT

Turkish Hard Coal Enterprise (Türkiye Taşkömürü Kurumu), which is a state economic enterprise, has issued a Circular in January of 2013, stating that time shall be granted for the release of attachment on the wages of workers, who have been subject to numerous execution proceedings due to their debts, and the employment contracts of workers, who cannot pay their debts within the time granted, be terminated. The mentioned Circular has received reactions from the public and then has been revoked. However, it is understood from recent decisions of higher judicial bodies that similar problems are encountered in various

[#] Hakem denetiminden geçmiştir.

* İ.T.Ü. İşletme Fakültesi

** İ.T.Ü. İşletme Fakültesi

enterprises and workplaces. In our work, this problem has been evaluated in light of the doctrine and court decisions under Turkish and German law. In particular, the developments and tendencies in German law, in which this subject has been discussed in the doctrine and jurisprudence for a longer time, may offer guidance for Turkish law. When the views of the doctrine and court decisions under German law are examined, it is seen that the excessive debt of the worker constitutes a reason for termination only under exceptional cases. A similar conclusion can be reached with respect to Turkish law. The contrary approach leads to serious legal and social problems. Therefore, it would be appropriate for the Turkish High Judiciary to change as soon as possible its approach whereby the excessive indebtedness of the worker is in principle accepted as a reason for termination.

I. Giriş

2013 yılının hemen başında Türkiye Taşkömürü Kurumu'na ait bir maden ocağında üzücü bir iş kazası yaşanmış, kaza sonucunda resmi açıklamalara göre sekiz işçi hayatını kaybetmiş, bir işçi de ağır şekilde yaralanmıştır. Kazanın meydana gelmesinden kısa bir süre sonra (9 Ocak 2013 tarihinde), Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanarak yürürlüğe konulan bir Genelge basına yansımış, düzenleme zamanlaması ve içeriği nedeniyle tartışmalara yol açmıştır. Bahsi geçen Genelge'de, ana hatlarıyla, borçları nedeniyle çok sayıda icra takibine maruz kalan işçilere, ücretleri üzerindeki hacizleri kaldırmaları için süre verilmesi ve verilen süre içinde borçlarını ödemeyen işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi hususları düzenlenmektedir. Kamuoyunda oluşan tepkiler nedeniyle, söz konusu Genelge, 23 Ocak 2013 tarihli 701 sayılı Genelge ile yürürlükten kaldırılmıştır. İşçilerin çok sayıda icra takibine uğraması ve buna neden olan borçları belirli bir süre içinde ortadan kaldıramamalarını fesih sebebi olarak gören 697 sayılı ilk Genelge'nin içeriği, Genelge yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen iş hukuku bakımından tartışılmaya değerdir. Çünkü farklı işletme ve işyerlerinde de benzer sorunların yaşandığı, çalışmada da değineceğimiz, güncel yargı kararlarından anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle bahsi geçen Genelge incelenirken, esasında Genelge'nin içerdiği yaklaşım, iş hukuku düzenlemeleri ve iş hukukuna hakim olan ilkeler bakımından ele alınacaktır.

II. Türkiye Taşkömürü Kurumu'nun 9 Ocak 2013 tarihinde Yayımlanan 697 sayılı ve 23 Ocak 2013 tarihinde Yayımlanan 701 sayılı Genelgeleri

Türkiye Taşkömürü Kurumu bir iktisadi devlet teşekkülü olup, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde faaliyette bulunmaktadır. Kurumun işleyişine ilişkin diğer hususlar ise 233 sayılı KHK uyarınca çıkarılan bir ana statü (Türkiye Taşkömürü Kurumunun Ana Statüsü) ile düzenlenmiştir.

Türkiye Taşkömürü Kurumu, kendisine bağlı işyerlerinde çalışan işçilere yönelik olarak, işin görülmesi ve çalışma düzenine ilişkin hususlarda düzenli şekilde genelgeler çıkarmaktadır. Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından 9 Ocak 2013 tarihinde çıkarılan 697 sayılı Genelge de bu genelgelerden biri olup, söz konusu Genelge'de, Kurum'un taşkömürü üretimi faaliyette bulunmakta olduğu, yürütülen işler itibarıyla ağır ve tehlikeli işler kapsamında yer aldığı ve çalışan işçilerin çoğunluğunun yeraltında istihdam edil-

diği, işyerlerinde büyük çoğunluğu yeraltında çalışan işçilere ait icralık dosyaların bulunduğu tespit edildiği, özellikle yeraltında yürütülen işlerin tehlike oranı yüksek olduğundan, buralarda küçük bir dikkatsizliğin bile onarılmaz hasarlara, can ve mal kayıplarına neden olabileceği dikkate alındığında icralık duruma düşen işçilerin akıllarının sürekli iş harici konularla meşgul olması ve konsantrasyon problemi yaşamalarının muhtemel bulunması nedenlerinden dolayı işlerini dikkatli yapamama olasılığının bulunduğu dile getirilmiştir. Yine Genelge uyarınca yaşanan konsantrasyon problemlerinin, işçilerin kendileri ve yakınında çalışan diğer işçilerin sağlığı ve iş güvenliği açısından büyük risk oluşturduğu ve dolayısıyla iş verimini olumsuz yönde etkilediği, ayrıca sık sık haciz ve icralık duruma düşen işçiler ile ilgili kararlara ait dosyaların takibini ve işlemlerini yürüten personel, muhasebe ile hukuk birimlerinin yoğun mesai harcamak zorunda kaldıkları ve durumun önemli zaman kaybına neden olduğu belirtilmektedir. Bu gerekçelerle Genelge'de, öncelikle haklarında çok sayıda icra takibi ve ücretinde hacizler bulunan işçilerin belirlenmesi, bu işçilerin borçlarını kapatmaları ve ücretleri üzerindeki hacizleri kaldırmaları için yazılı olarak uyarılmaları ve kendilerine bir yıl süre verilmesi, verilen bu sürenin sonunda da halen icra ve hacizleri kaldırmaya yönelik işlem yapmayan veya yeni hacizlere maruz kalan işçilerin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. ve 19. maddeleri uyarınca savunmaları alınmak suretiyle iş akitlerinin fesih edileceğinin kendilerine yazılı olarak tebliğ edilmesi, yapılan yazılı tebligata rağmen durumlarında bir değişiklik olmayan işçilerin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e maddesi hükmüne göre iş akitlerinin fesih edilmesi gerektiği hususları yer almaktadır.

İçeriği yukarıda açıklanan 697 sayılı Genelge, kamuoyunda tepkilerin oluşmasına yol açmış, bunun üzerine Türkiye Taşkömürü Kurumu Genelge'yi, 23 Ocak 2013 tarihinde 701 sayılı Genelge ile yürürlükten kaldırmıştır. 701 sayılı Genelge'de, 697 sayılı Genelge ile işçilerin biran önce borç ilişkilerini düzene sokarak borçlarından kurtulmaları, böylece ailevi geçim sıkıntılarının aşılması ve buna bağlı olarak mesailerindeki konsantrasyonlarının olumlu yönde etkilenerek iş verimine de katkıda bulunmalarının amaçlandığı belirtilmiş, 697 sayılı Genelge'nin çalışanlar arasında yanlış anlaşılmalara neden olduğundan, uygulamanın değiştirildiği dile getirilmiştir. 701 sayılı yeni Genelge'de Sayıştay'ın işyerinde yapılan 2011 yılı denetim raporunda bazı işçilerin üçüncü kişilere yüklü borçları olduğu ve bu işçilerin borçlanma nedenlerinin, borçların niteliklerinin araştırılması, aşırı miktarda borçlanmaların önlenmesine yönelik olarak da gerekli eğitime tabi tutulmaları konusundaki tavsiyesine yer verilmiştir. Bu doğrultuda, ücretleri üzerinde çok sayıda icra takibi ve hacizler bulunan işçilerin belirlenmesi, bu işçilerin, borçlarını kapatmaları ve ücretleri üzerindeki hacizleri kaldırmaları veya azaltmaları için yazılı olarak uyarılmaları, belirlenen işçilerin düştükleri zor durumdan kurtarılmaları ve motivasyonlarının artırılması için eğitim programları düzenlenmesi hususları Genelge'de yer almaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere Kurum tarafından çıkarılan 697 sayılı Genelge'de yer alan aşırı borçlu işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine dair düzenlemeler, 701 sayılı Genelge ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak konu kamuoyunu ciddi bir şekilde meşgul etmiş olup, aşırı borçlu işçilerin iş sözleşmesinin feshine dair olarak çıkarılan Genelge'nin içeriğinin ve Genelge'ye hakim olan yaklaşımın iş hukuku bakımından incelenmesi gerekmektedir. Aşağıda,

697 sayılı Genelge'de yer alan düzenlemeler, karşılaştırmalı hukuka başvurularak ve konu ile ilgili Yargıtay kararlarına değinilerek incelenecektir.

III. İşçinin Aşırı Borçlu Olmasının Fesih Sebebi Oluşturması

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48. maddesi irade özerkliğinin ayrılmaz bir unsuru olan sözleşme özgürlüğünü "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" şeklinde somutlaştırmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 26'da da genel bir kural olarak sözleşme özgürlüğü "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler" ifadeleriyle düzenlenmiştir. Bir gerçek kişi olarak işçi de, parasal ilişkilerini Anayasa'nın kendisine tanıdığı sözleşme özgürlüğü çerçevesinde istediği şekilde kurabilecektir. İşçinin borcu veya borçları varsa ve bu nedenle işverene ulaşan bir haciz kararı söz konusu ise, işçi daha fazlasına olur vermediği sürece, işveren tarafından İş Kanunu m. 35 uyarınca en fazla işçinin ücretinin dörtte biri oranında kesinti yapılacak ve yapılan kesinti icra dairesindeki dosyaya yatırılacaktır. İş Kanunu m. 35'te yer verilen işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceğine ilişkin kural TBK m. 410'da da tekrar edilmiştir. Her iki maddede, hakimin işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için takdir edeceği miktarın bu paraya dahil olmayacağı ve nafaka borcu alacaklılarının haklarının saklı olduğu düzenlemelerine yer verilmiştir.

Bazı durumlarda işçinin aşırı borçlu olması, borçlarını ödeyememesi veya bu nedenle sıklıkla icra takipleriyle karşılaşması hali, iş ilişkisine zarar verebilir. Böyle bir durumun varlığı halinde ise, işveren bakımından fesih için haklı sebebin veya yetersizlikten ya da davranıştan kaynaklanan geçerli sebebin oluşup oluşmayacağını tartışmak gerekir. Yukarıda bahsi geçen, Türkiye Taşkömürü Kurumu'nun 697 sayılı Genelgesi'nin gündeme taşıdığı konuya ilişkin benzer uyuşmazlıklar, yakın zamanda Türk yargısının önüne de gelmiş ve kararlara konu olmuştur. Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında ise Alman hukukunda uzun sayılabilecek bir süreden bu yana, konunun mahkemeleri ve doktrini meşgul ettiği görülmektedir. İşçinin aşırı borçlu olması durumunun, iş ilişkisine zarar vermesi bakımından, işçinin ücretine sık sık haciz gelmesi ve özel güven duyulması gereken bir pozisyonda çalışan işçinin aşırı borçlu olması şeklinde iki başlık altında incelenmesi mümkündür.

1. İşçinin Ücretine Sık Sık Haciz Gelmesi

a. Haklı Sebep Bakımından Değerlendirme

Yukarıda içeriği açıklanan Türkiye Taşkömürü Kurumu'nun 697 sayılı Genelgesi incelendiğinde, işçilerin, borçlarını kapatmaları ve ücretleri üzerindeki hacizleri kaldırmaları için yazılı olarak işveren tarafından uyarılacağı ve bunun için borçlu işçilere bir yıl süre verileceği, verilen sürede icra ve hacizleri kaldırmaya yönelik işlem yapmayan veya yeni hacizlere maruz kalan işçilerin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. ve 19. maddeleri uyarınca savunmaları alınmak suretiyle iş akitlerinin fesih edileceğinin kendilerine yazılı olarak tebliğ edileceği ve yapılan yazılı tebligata rağmen durumlarında bir değişiklik olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e maddesi hükmüne göre feshedileceğinin düzenlendiği görülmektedir.

İş Kanunu m. 25'te işveren açısından iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturabilecek hallerin arasında, işçinin aşırı borçlu olması veya bunun

benzeri bir nedene yer verilmemiştir. Bu nedenle Genelge iş hukuku bakımından değerlendirilirken öncelikle işçilerin aşırı borçlu olmasının ve ücretlerine sık sık haciz gelmesinin, Genelge'de ifade edildiği üzere İş Kanunu m. 25/II-e anlamında bir fesih sebebi oluşturup oluşturmayacağı incelenmelidir. İş Kanunu m. 25/II-e, işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması halinde iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedebileceğine ilişkindir. İş Kanunu m. 25/II-e'de sayılan örneklerle bakıldığında Türk Ceza Kanunu (TCK) bakımından suç teşkil eden eylemlerin zikredildiği görülmektedir. Ancak işçinin bir davranışının bu bent kapsamında bağlılığa uymayan davranış oluşturması için TCK anlamında bir suç teşkil etmesi şart değildir¹. Burada önemli olan nokta, işçinin davranışının sadakat borcuna aykırılık oluşturması ve bunun sonucu olarak işçi ve işveren arasındaki güven temelini çökmesidir². İşçinin yüklü miktarda borçlu olması, bundan dolayı icra takiplerine uğraması, hatta ihtara rağmen ücreti üzerindeki hacizleri kaldıramamasının İş Kanunu m. 25/II-e kapsamında bir doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış oluşturması, maddede ifade edilen örneklerle bakıldığında mümkün gözükmemektedir. Çünkü işçinin düzenleme kapsamında haklı nedene imkân verecek davranışları, genelde işverene doğrudan ciddi zararlar verecek ayrıca işçinin iş ilişkisi kapsamında kastını veya en azından ağır ihmalinin içerecek, sonuçta işçi ile işveren arasındaki güven temelini ortadan kaldıracak nitelikteki davranışlardır³. İşçinin yüklü borçlara girmesi ve çok sayıda icra takibine uğraması durumunda ise, durumun işverene doğrudan zarar vermesi ihtimalinin çok düşük olması bir yana, bu durum işçinin iş ilişkisi kapsamında bir kusuru olarak değerlendirilemeyecektir. İşçinin borç/borçlar altına girmesi, işçinin özel yaşamına ilişkin bir husustur ve bu durumu işçinin iş sözleşmesini kusurlu bir eylemi ile ihlal etmesi olarak kabul etmek mümkün değildir. Bir başka deyişle işçinin borçları ve bu nedenle ücretine hacizler konulması İş Kanunu m. 25/II-e kapsamında bir eylem olmayıp, işverenin böyle bir durumda işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu m. 25/II-e'ye dayanarak feshetmesi, haksız bir fesih sonucunu doğuracaktır.

Genelge'de İş Kanunu m. 25/II-e yanında 18. ve 19. maddelerinin de zikredildiği görülmektedir. Öncelikle, Türk hukukunda konuya ilişkin düzenlemelerde işverenin haklı nedenle fesihte işçiyi ihtar etmek ve savunmasını almak şeklinde bir yükümlülüğünün mevcut olmadığını belirtmemiz gerekmektedir. İş Kanunu m. 19 uyarınca işçinin savunmasının alınması, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshi bakımından öngörülmüştür. Bunun haricinde işçiden kaynaklanan geçerli sebebe dayanan fesihlerde, feshin son

¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 846; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 695; AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 215; SAVAŞ, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, s.104-105; ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010, s. 255; NARMANLIOĞLU, Ünal: Ferdi İş İlişkileri, 4. Baskı, s. 447.

² SÜZEK (2014), s. 703; AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN (2013), s. 215; SAVAŞ (2014), s. 95; ARSLAN ERTÜRK (2010), s. 255;

³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL (2014), s. 846; SAVAŞ (2014), s.97.

çare olması ilkesi kapsamında işverenden başvurması beklenecek önlemlerden biri de işçiyi fesih sebebi husus ile ilgili olarak ihtar etmesidir⁴.

b. Geçerli Sebep Bakımından Değerlendirme

Yukarıda içeriği açıklanmış olan 697 sayılı Kurum Genelgesi'nde işçinin savunmasının alınması ve ihtar edilmesinden bahsedilmesi, işveren tarafından geçerli sebeple feshe başvurulması ihtimalini akla getirmektedir. Bu nedenle işçinin borçları ve bu borçlar nedeniyle icra takiplerine uğramasının, geçerli sebep oluşturup oluşturmadığı da kanaatimizce incelenmeye ihtiyaç duymaktadır.

İşçinin aşırı borçlu olması durumu, borcun sadece bir alacaklıya karşı tek bir borç şeklinde olup işçinin ücreti üzerinde tek bir haciz işlemine yol açabileceği gibi, bir veya birden fazla alacaklıya karşı çok sayıda borç şeklinde olup, işçinin hakkında birçok icra takibi yapılmasına ve ücretine hacizler konulmasına sebep olabilir. İşçinin borçlarının ve alacaklılarının sayısının yüksek olması halinde, işçiye karşı, borçları için birçok icra takibi yapılması ve ücretine hacizler konulması, işveren açısından sorunlar doğurabilmekte, işveren ortaya çıkan sorunlara dayanarak fesih yoluna başvurabilmektedir. Yargıtay 24.3.2008 tarihli bir kararında⁵ böyle bir durumu değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu kararında, işçinin ücretine sık sık haciz konulmasının ve işçinin ücretindeki haczi kaldırmak için hiçbir işlem yapmamasının, fesih için işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir neden oluşturabileceğini ifade etmiştir. Karara konu olan olayda, işe iade talebiyle dava açan işçi hakkında değişik alacaklılar tarafından çok sayıda icra takibi yapılmış ve ücretine hacizler konulmuştur. Olayda, davalı şirket genel müdürlüğü tarafından yayımlanan 16.3.2004 ve 10.1.2007 tarihli iki adet genelge ile, işçilere ücret ve diğer alacakları üzerine haciz konulan kişilerin durumlarını düzeltmeleri konusunda uyarıda bulunulmuş, aynı şekilde davacıya da iş sözleşmesi feshedilmeden önce çalışma huzuru ve verimliliğin sağlanması açısından ücreti üzerindeki hacizlerin iki aylık süre içerisinde kaldırılması için ihtar verilmiş olduğu görülmektedir. İşverenin uyarılarına rağmen davacı işçi, ücreti üzerindeki haczin kaldırılmasına yönelik herhangi bir işlem yapmamıştır. Yerel mahkeme, davanın ücretindeki haczi kaldırmaya yönelik işlem yapmadığı gerekçesinin davalı tarafından herhangi bir delille ispatlanamadığı, haczi kaldırmanın toplu para bulmayı gerektirdiğinden, bunun çoğu durumda maaşından başka geliri bulunmayan işçilerden beklenemeyeceği, işçinin işyeri dışındaki olumsuz davranışının işin ve işyerinin normal işleyişini etkilemediği sürece geçerli fesih nedeni sayılamayacağı, borcunu ödememenin yaptırımı olarak maaştan haciz yoluy-

⁴ İşverenin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeple feshe başvurmadan önce iharda bulunması konusunda bkz. ASTARLI, Muhittin: İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar, Legal İSGHD, S. 23, s. 965 vd.

⁵ Yargıtay 9. HD, 24.3.2008, E. 2008/10363, K. 2008/6019 (Legal İHSGHD, S. 18/2008, s.673-675); kararın değerlendirmesi için bkz. ŞEN, Murat: "Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması (Yargıtay'ın 9 Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, S. 13, s. 101-116; aynı içerikli ve aynı yönde başka kararlar için bkz. Yargıtay 9. HD, 20.10.2008, E. 2008/3737, K. 2008/27673; Yargıtay 9. HD, 21.04.2008, E. 2008/13259, K. 2008/9242; Yargıtay 9. HD, 02.02.2009, E. 2008/9800, K. 2009/1012; Yargıtay 9. HD, 11.10.2010, E. 2009/27653, K. 2010/28510 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

la kesinti yapıldığı, borcu olan işçinin sırf bu nedenle iş sözleşmesini feshedilmesinin onu aynı eylemden dolayı iki kere cezalandırmak olduğu, ayrıca işyerindeki çok sayıda hacizli personelden az bir kısmının iş sözleşmesinin feshedilmesinin, eşit davranma yükümlülüğüne ve feshin son çare olma ilkesine aykırı olduğu gerekçeleri ile işe iade davasının kabulüne karar vermiştir⁶. Yüksek Mahkeme ise haklı neden sınırına erişmeyen ancak işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen hallerin geçerli sebep oluşturacağı, ayrıca geçerli fesih sebebinden bahsedilebilmesi için, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerini mutlaka kasıtlı şekilde ihlal etmesinin şart olmadığı, gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünün ihmal suretiyle ihlalinin geçerli fesih nedeni olabileceğini belirterek feshin geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca Yüksek Mahkeme kararda, işçinin kusuruna dayanmayan davranışların, kural olarak işverene işçinin davranışlarına dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermeyeceğini, kusurun derecesinin, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edebileceği olumsuzluklara ilişkin yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacağını, Alman doktrininden bir kaynağa atıfta bulunarak⁷, ifade etmiştir.

Söz konusu kararı ele alırken, kararda Alman doktrininden bir kaynağa atıf yapılması nedeniyle öncelikle Alman hukukunda duruma bakmak gerekmektedir. Alman hukukunda işçinin yüklü borçları bir fesih sebebi olarak uzun zamandan bu yana yargı kararlarına konu olmuş, doktrinde de tartışmalara yol açmıştır. Alman Federal İş Mahkemesi (Bundesarbeitsgericht - BAG) 1958 yılında önüne gelen bir olayda işçinin savurgan yaşam tarzı ve aşırı borçlarının, bir işveren feshine imkan vereceği yönünde bir karar oluşturmuştur⁸. Federal İş Mahkemesi'nin bu kararına ilişkin olarak yapılan yakın tarihli bir değerlendirmede, günümüz itibariyle böyle bir durumun fesih nedeni oluşturmayacağı; özel hayatın korunmasına ilişkin çağdaş hukuktaki gelişmeler doğrultusunda, bu şekilde bir fesih işverenin işçinin özel yaşam alanına bir müdahalesi olarak görüleceği, işçinin borçluluk durumunun işçinin işyerinde güven duyulması gereken bir pozisyonda bulunması, işletmenin veya işverenin mal varlığı üzerinde tasarruf etme imkânının mevcut olması gibi istisnai durumlarda işveren bakımından bir fesih sebebi olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁹.

Federal İş Mahkemesi'nin 1981 tarihli başka bir kararında ise işçi aleyhine yapılan icra takiplerinin, işyerinde muhasebe veya hukuk servisinde aşırı yoğunluğa sebep olması nedeniyle işyeri düzenine zarar vermesi halinde, işçinin davranışından kaynaklanan bir olağan (geçerli) feshin mümkün olduğu Mahkemece kabul edilmiş, ancak kararda bu tip bir fesihte işçinin ihtar edilmesi gereği mevcut olmadığı, çünkü feshin, işçinin işyeri dışındaki bir davranı-

⁶ Yargıtay 9. HD. 24.3.2008, E. 2008/10363, K. 2008/6019 (Legal İSGHD, S. 18/2008, s.673-675).

⁷ Yargıtay 9. HD. 24.3.2008 tarih ve E. 2008/10363, K. 2008/6019 sayılı kararda atıfta bulunulan kaynak: Stahlhacke, E./Preis, U/Vossen, R., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Auflage, München 2002, Nr. 1168 sh. 468.

⁸ BAG, 23.9.1958, 3 AZR 33/56, BAGE 6, 257.

⁹ NAEGELE, Stefan: Anwaltshandbuch-Arbeitsrecht, Herausgegeben von Dr. Ulrich Tschöpe, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005, s. 1288-1289.

şından kaynaklandığı dile getirilmiştir¹⁰. Ayrıca Berlin Eyalet İş Mahkemesi, 1975 tarihli bir kararında işyerinde kısa bir zaman için çalışan işçinin ücretine altı ay içinde on kez haciz konulmasının geçerli bir feshi mümkün kılacağı sonucuna ulaşmıştır¹¹. Söz konusu yaklaşım Alman doktrininde, işçinin borçları yüzünden ihtar edilmemesi halinde, hakkındaki takip ve hacizlerin ne zaman işvereni açısından işyeri düzenini bozar hale geldiğini bilemeyeceği, çünkü uygulamada her işyeri açısından takip ve hacizlerin yarattığı yükün farklı olacağı ve işçinin iş sözleşmesinin ücretine karşı yapılan takipler ve hacizler yüzünden feshe başvurulmadan önceki tedbir olarak, söz konusu takip ve hacizlerden doğan masrafin işçi tarafından karşılanmasının işçiden talep edilmesi gerektiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹².

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin de yakın tarihli bir kararı¹³ konuya ilişkin olup, Dairenin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından benimsenen esasları devam ettirdiği karardan anlaşılmaktadır. 15 Mart 2012 tarihli kararda Yüksek Mahkeme, Yerel Mahkemenin “işyerinde 01.05.2009 tarihinden itibaren davalı işyerindeki tüm işçilerin ücret ve diğer sosyal haklarında 16 ay süreyle %35 oranında indirimle gidildiği, 2010 yılı Eylül ayından itibaren davacının indirimsiz normal maaşını almaya başladığı, ücret indirimi nedeniyle davacının borçlandığı, bu nedenle ücretine 2009 ve 2010 yıllarında hacizler konulduğu, 2011 yılı haziran ayı içerisinde davalının belli sayıda işçi çıkarmaya karar verdiği, 13.06.2011 tarihli ve 38 sayılı Tamimi yayınlarak işçileri işten ayırmaya teşvik ettiği, kendi isteği ile ayrılmak isteyen işçi sayısı yeterli olmayınca yaklaşık işçi çıkarmaların yaşandığı, davalının ücret üzerine haciz konulması nedeniyle çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilendiğini ispatlayamadığı, davacı işçiye yaptığı ihtardan yaklaşık dört yıl sonra onun maaşındaki hacizler nedeniyle işine son verilmesinin hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle” verdiği işe iade kararını bozmuştur. 22. Hukuk Dairesi kararda aynı konuda daha önce 9. Daire tarafından verilen kararlarda kullanılan ifadeleri tekrar etmiş, sonuçta da davalı işverenin muhasebe servisinde görevli çalışanın, mesaisini davacı işçinin borçları ve hakkındaki icra işlemleri nedeni ile bu işlemlere harcaması, işverenin büyük bir işletme olarak bu işlemler için personel istihdam etme zorunluluğu olmaması, davacının bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açması ve iş ilişkisinin işveren açısından önemli ölçüde sürdürülme imkânı kalmaması gerekçeleriyle fesih için geçerli neden oluşturduğuna, dolayısıyla işe iade davasının reddine karar vermiştir.

Geçerli sebepler, İş Kanunu m. 18’in gerekçesinde belirtildiği üzere, haklı nedenler ağırlığına ulaşmamakla birlikte işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin başka türlü davranarak iş görme borcunu eksiksiz olarak yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen bunu istememesi halinde, işçinin davranışından; işçinin iş görme borcunu eksiksiz olarak yerine getirmek istemesine rağmen bunu yapabilecek durumda bulunmaması halinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi mevcut-

¹⁰ BAG, 4.11.1981, 7 AZR 262/79, NJW 1982, s. 1062. Yine bu yönde bir Eyalet İş Mahkemesi kararı için bkz. LAG Berlin, 10.9.1975, NJW 1976, s. 263.

¹¹ LAG Berlin, 10.9.1975, NJW 1976, s. 263.

¹² BERKOWSKY, Wilfried: Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, Verlag C.H.Beck, 4. Auflage, München 2005, s. 209.

¹³ Yargıtay 22. HD. 15.03.2012, E. 2012/1166, K. 2012/4296 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

tur¹⁴. Yukarıda içeriği ayrıntılı olarak açıklanan 24.3.2008 tarihli Yargıtay kararında¹⁵ ve aynı ifadelerin kullanıldığı, aynı yönde diğer kararlarda, Yüksek Mahkeme dolaylı şekilde de olsa işçinin aşırı borçluluğunu, işçinin ihmal ile özen yükümlülüğünü ihlal etmesi olarak değerlendirmiş ve bu noktadan hareketle, işçi hakkında değişik alacaklılar tarafından çok sayıda icra takibi yapılmasının, ücretine hacizler konulmasının ve bu durumun, işçi tarafından, ihtara rağmen ortadan kaldırılmamasının neticesinde işçinin iş sözleşmesinin, davranışlarından kaynaklanan geçerli bir nedenle feshedebileceği sonucuna varmıştır. Mahkeme böyle bir feshin istisnai bir durum olduğunu kararda ifade etmiş, bahsedilen istisnai durumun ne zaman ortaya çıkacağı konusunda bir yorumda bulunmamıştır.

Yargıtayın yukarıda içeriği açıklanan 24.3.2008 tarihli kararına ilişkin olarak öncelikle söylenmesi gereken, işçinin normal ödeme gücünü aşan borçlarının olmasının, doğrudan işçinin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelmeyecek olduğu ve Yargıtayın yorumunun kanaatimizce bu noktada isabet göstermediğidir. TBK m. 396/1'de, "işçi, yüklediği işi özenle yapmak ... zorundadır" şeklinde ifade bulan işçinin özen yükümlülüğü, işçinin, temel edim yükümü olan işin görülmesinde, gösterebileceği veya göstermesi kendisinden beklenilecek bütün dikkati göstermesi, mesleki bilgisini, zihinsel ve fiziki kapasitesini gerektirdiği şekilde kullanması olarak açıklanabilecektir¹⁶. Özen yükümlülüğü, esas itibarıyla tali nitelikte olup, işçinin iş sözleşmesiyle yüklediği iş görme borcunu, sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesini sağlayacak bir şekilde, dürüstlük kuralına uygun olarak yerine getirmesine yöneliktir¹⁷. Bu noktadan bakıldığında, işçi borçlarını ödemekten aciz hale gelmişse, işçinin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği akla gelebilecektir. Fakat burada işçinin aşırı borçlu hale gelmesinde kusurlu olup olmadığını değerlendirmek yargı makamı açısından çoğu zaman mümkün olmayacaktır. İşçi, örneğin birinci veya ikinci derecedeki akrabalarına kefil olmak suretiyle veya bu kişilerden birinin sosyal güvenlik kuruluşlarınınca karşılanmayan sağlık masraflarını karşılayabilmek için aşırı borçlu duruma düşmüş olabilir; bu durumda işçinin özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışının olup olmadığı tartışmalıdır¹⁸. Kaldı ki işçinin aşırı borçlu olmasının ve ücreti üzerinde fazla sayıda hacizler olmasının işçinin performansını, dolayısıyla iş görme borcunu ifasını etkilemiyor olması mümkündür. Yu-

¹⁴ KILIÇOĞLU Mustafa/ŞENOCAK Kemal: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s. 331; ALP, Mustafa: "Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi", Legal YKİ, S. 3, s. 54; BAYSAL, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s. 40-41.

¹⁵ Yarg. 9. HD. 24.3.2008, E. 2008/10363, K. 2008/6019 (Legal İHSGHD, S. 18/2008, s.673-675).

¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL (2014), s. 585; ÇELİK, Nuri/CANIKLIÖĞLU, Nürşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, s.171.

¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL (2014), s. 586-587.

¹⁸ İncelemenin konusu olan Genelgeyi çıkaran Türkiye Taşkömürü Kurumu'nda işçilerin aşırı borçlu olmaları, 13 Mart 2013 tarihli bir gazete haberinin konusu olmuştur. Haberde yaptıkları işin niteliği gereği birbirleri ile kuvvetli dayanışma içinde olan işçilerin dayanışma kültürü içinde birbirlerine kefil oldukları, birkaç işçinin ödeyemediği borcun dengeyi bozup zincirleme bir etki yarattığı, bu durumun birçok işçinin ücretine gelen hacizlerin sebebi olduğu ifade edilmektedir. Haber için bkz. "Bu Dayanışmanın Sonunda Haciz Var", Milliyet, 13.03.2013, s. 25.

karıda da ifade edildiği üzere, işçinin iş sözleşmesiyle yüklendiği iş görme borcunu, sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesini sağlayacak şekilde yerine getirmesi halinde, artık özen yükümlülüğünün ihlalden söz edilemeyecektir.

9. Hukuk Dairesi'nin kararlarına ilişkin dile getirilen eleştiriler 22. Hukuk Dairesinin yukarıda içeriği açıklanan 2012 yılına ait kararı açısından da geçerlidir. Ayrıca 22. Hukuk Dairesinin kararında, davaya konu olayla alakalı olarak yerel mahkeme kararında yapılan tespitler hususunda da herhangi bir açıklama bulunmadığı görülmektedir. Yerel Mahkeme kararında yer verilen tespitlere göre, karara konu olan olayda, işçinin ücret ve diğer sosyal haklarında 2009 yılından itibaren % 35 indirimle gidilmiş, bu durum 2010 yılı Eylül ayına kadar devam etmiş, işçinin ücretine 2009 ve 2010 yıllarında hacizler gelmiştir. Böyle bir durumda, işçinin borçluluğunda ve buna bağlı olarak ücretine gelen hacizlerde dolaylı olarak da olsa işverenin sorumluluğu bulunmaktadır. Bunun haricinde Yerel Mahkeme kararında işverenin ücret üzerine haciz konulması nedeniyle çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun olumsuz yönde etkilendiğini ispatlayamadığı belirtilmekte, Yüksek Mahkeme ise kararda bu konuda 9. Daire tarafından verilmiş eski kararlardaki ifadeleri tekrar etmekle yetinmekte, işverenin çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun ne şekilde olumsuz yönde etkilendiğine ilişkin olarak yerel mahkemeden neden farklı bir sonuca vardığına ilişkin bir bilgi vermemektedir. Yerel Mahkeme kararında ifade bulup, Yüksek Mahkeme kararında değerlendirilmeyen bir başka nokta da, işçiye verilen ihtarın dört yıl önceye ait olmasıdır. Yüksek Mahkeme tarafından, işverenin işçiye verdiği ihtarın ardından geçen sürenin, ihtarın geçerliliğini ne şekilde etkilediği hiçbir şekilde tartışma konusu yapılmamıştır. Kanaatimizce Yerel Mahkeme kararında ifade edildiği şekilde, işçinin borçlu duruma düşmesinde işverenin sorumluluğu bulunmakta ise, işverenin geçerli sebeple feshinden söz edilememelidir. Aynı şekilde, yukarıda da belirtildiği üzere, işçinin borçluluğundan ve ücreti üzerine gelen hacizlerden çalışma sürecinin veya işyeri organizasyonunun ne şekilde olumsuz yönde etkilendiği işveren tarafından ortaya konulmamış ise yine geçerli sebebe dayanan bir fesihten söz edilemeyecektir. Ayrıca karara ilişkin olarak, işçiye iş sözleşmesinin feshinden dört yıl önce verilmiş bir ihtarın, feshe dayanak oluşturmak noktasında yeterli olmayacağı kanaatinde olduğumuzu belirtmek gerekmektedir. İş hukuku normları açısından birden çok yönüyle isabetsiz görünen 2012 tarihli bu karar, işçinin aşırı borçlu olması ve ücretine sık sık haciz gelmesinden işverenin (kısmen de olsa) sorumlu olmasına rağmen, işverence söz konusu sebebe dayanarak feshe başvurmaya imkân vermekte, bu yönüyle kişinin kendi kusurundan yararlanamayacağı şeklindeki genel hukuk ilkesi ile dahi çelişmektedir. Nitekim 2013 yılında verdiği bir kararda¹⁹ 22. Hukuk Dairesi de işverenin kusuruyla işçinin borçlu duruma düşmesine sebep vermesi halinde, feshini işçinin borçluluk durumuna dayandıramayacağını ifade etmiştir. Kararda "*İşçi, iş sözleşmesinin 5.1.2009 tarihinde geçersiz feshedilmesinden sonra, işe iade kararı kesinleşinceye kadar bir yıl süreyle işsiz kalmış ve 8.12.2009 tarihinde yeniden işe başlamıştır. Bu süreçte davacı işçinin bir başka işyerinde de çalışmadığı anlaşılmaktadır. Davacı aleyhine yürütülen icra takip dosyalarının incelenmesinde, tüm icra takiplerinin ilk fesih tarihi ile işe iade kararını kesinleşme tarihi arasında başlatıldığı, davacının işsiz kaldığı bu dönemde borçlarını ödeyemez duruma geldiği görülmektedir. İşyerinde altı yılın üzerinde kıdemi bulunan davacının,*

¹⁹ Yarg. 9. HD. 25.6.2013, E. 2013/16668, K. 2013/15441.

işsiz kaldığı dönem dışında, aşırı miktarda borçlandığı ve borçlarını ödememeyi alışkanlık haline getirdiğini gösterir bir delil dosyaya ibraz edilmemiştir. Bu durumda, işveren tarafından feshetme gerekçe olarak gösterilen davranışın, işçinin sözleşmesinin geçerli ve haklı bir sebebe dayanılmaksızın feshedilmesinden kaynaklandığı kabul edilmelidir. Davalı işverenin haksız şekilde gerçekleştirdiği fesih sebebiyle ortaya çıkan bu duruma dayanarak iş sözleşmesini geçerli sebeple feshettiğinden söz edilemez" denilmektedir. İşverenin kendi kusurundan kaynaklanan duruma fesih sebebi olarak başvuramaması bakımından söz konusu karar isabetli olmakla birlikte, karardan Daire'nin işçinin borçluluğu halini geçerli sebep olarak kabul etmek yönündeki yaklaşımını devam ettirdiği anlaşılmaktadır²⁰.

Türkiye Taşkömürü Kurumu'nun çıkardığı 697 sayılı Genelge'nin muhtemel dayanaklarını oluşturan Yargıtay kararları, yukarıda da açıklandığı üzere, iş hukuku bakımından ciddi sorunlar içermektedir. Ayrıca Genelge'ye bakıldığında borçlu işçilerin "akıllarının sürekli iş harici konularla meşgul olması ve konsantrasyon problemi yaşamalarının muhtemel" olduğu ve "işlerini dikkatli yapamama olasılığının bulunduğu" ifade edildikten sonra doğrudan, "bu işçilerin kendileri ve yanında çalışanların sağlığı ve iş güvenliği açısından büyük risk oluşturduğu, dolayısıyla iş verimini olumsuz yönde etkilediği" yargısına ulaşıldığı görülmektedir. Genelge'de böyle bir ihtimalin varlığından söz edildikten hemen sonra konu hakkında kesin bir kanı ortaya koyan ifadelerin kullanılması, mantıksal bakımdan bir tutarsızlık olarak dikkat çekmektedir. İşçilerin performanslarının düşük olduğu kabul edilse bile, performans düşüklüğüne bağlı bir feshetme başvurmada önce, işçiye ihtarda bulunulacak husus, borçlarını ödeyerek ücreti üzerindeki hacizleri kaldırması değil, mevcut performans düşüklüğünü ortadan kaldırmasıdır. Ayrıca hayatını çalıştığı işten elde ettiği ücret ile sürdüren işçinin borçlarını kendisine tanınan süre içinde ödemesi çoğu zaman mümkün olamayacak, ancak işine konsantre olarak performansını yükseltmesi imkânı kendi elinde olduğu için, bunu gerçekleştirmesi çok daha kolay olacaktır. Bunun haricinde eğer işçinin iş sağlığı ve güvenliği konusunda bir ihmali mevcut ise, başka bir ifadeyle "kendi isteği veya savsaması 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" durumu söz konusu ise işveren, iş sözleşmesini İş Kanunu m. 25/II-1 uyarınca haklı nedenle derhal feshedebilecektir. Ancak bu konuda işçinin somut bir ihmali söz konusu olmalıdır, sadece işçinin borçları nedeniyle böyle bir ihtimalin varlığı yine İş Kanunu m. 25/II-1 uyarınca yapılacak bir haklı nedenle feshetme veya İş Kanunu m. 18 uyarınca bir geçerli feshetme imkân vermeyecektir.

Bu noktada maden işkolunda meydana gelen iş kazaları ile ilgili olarak hazırlanmış bir rapora kısaca değinmekte de fayda vardır. Maden Mühendisleri Odası tarafından hazırlanan 2010 tarihli raporda madencilik sektörü ve madencilikte yaşanan iş kazaları hakkında istatistikî bilgiler sunulmuş ve dört iş kazası ele alınarak, kazaların ortak noktaları tespit edilmeye çalışılmıştır. Rapora göre, özetle "kazaların tümü; Maden ve Taş Ocakları ile Tünel Yapımında Alınacak İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tedbirleri Hakkında Tüzük ile bu tüzük hü-

²⁰ Kararın daha ayrıntılı bir eleştirisi için bkz. ALP, Mustafa: Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, s. 202-204.

kümleri dayanağında çıkarılan özellikle Grizulu ve Yangına Elverişli Ocaklarda Alınması Gerekli Tedbirler Hakkında Yönetmelik ve Yer Altı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği hükümleri gereklerini yerine getirmeme nedenleriyle meydana gelmiştir". Ayrıca raporda verilerin değerlendirilmesi sonucunda iş kazalarına ilişkin olarak:

- 1980 ve özellikle 1990 yıllarından itibaren, Türkiye'nin gelişmesinin önündeki engelin kamu kuruluşları olduğu, devletin küçültülmesi ve kamunun faaliyet alanının daraltılması ile ülke sorunların çözülebileceği söyleminin madencilik sektörüne yansımalarının, kamu madencilik kuruluşlarının kapatılması, özelleştirilmesi, rödovans (kiralama) ile özel sektöre devredilmesi, kamu kuruluşlarının yapmakla sorumlu oldukları işlerin özel şirketlere gördürülmesi şeklinde olduğu, madencilik sektöründe özelleştirme ve özelleştirmeye yönelik olarak yapılan rödovans ve benzeri çalışmaların,

- İşveren duyarsızlığının,
- Özellikle özel sektör işyerlerinin büyük çoğunluğunda, sektörü ilgilendiren kanun, tüzük ve yönetmelikler gereği yapılması gereken iş sağlığı ve güvenliği üst yapı organizasyonunun (teknik nezaretçi, işyeri hekimi, iş sağlığı ve güvenliği kurulu v.s) yapılmamasının,

- İşletmelerde, Maden ve Taş Ocakları ve Tünel Yapımında Alınacak İşçi Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü'nün deklare ettiği önlemlerinin alınmasının,

- İçsel ve özellikle gerek nitelik ve gerekse nicelik anlamında kamusal denetimsizliğin,

- Yetersiz uzmanlık, çalışanlarda deneyimsizlik ve eğitimsizliğin,

- Çalışanların örgütsüzlüğü ve olumsuz ekonomik ve sosyal koşulların,

iş kazalarının artmasına neden olduğu tespitinde bulunulmaktadır. Söz konusu rapordan da anlaşıldığı üzere işçilerin aşırı borçlarının olması, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliğini doğrudan tehdit eden bir etken olmayıp, aşırı borçları olan işçinin, sadece iş sağlığı ve güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçeyle iş sözleşmesinin feshinin gündeme gelmesi hukuken isabetli gözükmemektedir.

Bunun haricinde Genelge'de ve yukarıda ele alınan kararlarda, işçinin ücretine sık sık haciz gelmesinin "muhasabe veya hukuk servisinde önemli zaman kaybına neden olması" durumunun geçerli bir feshe imkân vereceği yönünde bir kabul mevcuttur. İşçinin ücretine gelen hacizlerin ilgili servislerde önemli zaman kaybına neden olması iddiasının, tek başına fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacağı belirtilmelidir. İşverenin bu şekilde bir iddiasının varlığı halinde "önemli zaman kaybına neden olma" durumu somut verilerle ortaya konulmadıkça geçerli fesihten bahsedilemez²¹. Çünkü bu servislerin normal görevlerinden biri de bu türdeki işleri görmektir. Alman iş hukuku doktrininde, gelişen bilişim teknolojilerinin bu tip işleri çok kolaylaştırmış olduğu ve bu tip işlemler yüzünden işverene aşırı yük bindiği savlarının geçerliliğini kaybettiği ifade edilmektedir²². Bu yüzden, işçilerin sık sık icra takibine uğraması muhasabe veya hukuk servisinde aşırı bir iş yükü yaratıyor ise, işveren tarafından bu iş yükünün ve zaman kaybının açıkça ortaya koyulması kaydıyla, iş sözleş-

²¹ BAYSAL (2011), s. 149.

²² BERKOWSKY (2005), s. 209; Türk hukukunda bu konuda somut olaya özgü denetim yapılması yönünde: ŞAHLANAN, Fevzi: Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, s. 150; ALP (2015), s. 203.

mesi işveren tarafından geçerli sebeple feshedebilecektir. Buradan hareketle işçinin tek bir alacaklıya veya az sayıda alacaklıya karşı, tek veya az sayıda borcu olması halinde, borcun ya da borçların toplam miktarı aşırı olsa bile, bu durumun, aşağıda değinilen, işçinin özel güven duyulması gereken bir pozisyonda çalışması hali ve işçinin performans düşüklüğüne yol açması hali hariçinde fesih için geçerli sebep oluşturmayacağını söylemek gerekmektedir.

İşçinin sık sık icra takibine uğraması Genelge'de dile getirildiği şekilde iş görme borcunu yerine getirmesinde olumsuzluklara yol açıyor ve performansını etkiliyorsa burada artık işçinin performansı ile ilgili bir fesih söz konusu olacaktır. Söz konusu feshin uygulanması ve yargısal denetimi de performans düşüklüğünden kaynaklanan fesihlerin tabi olduğu kurallara göre gerçekleştirilmelidir²³.

2. Özel Güven Duyulması Gereken Bir Pozisyonda Çalışan İşçinin Aşırı Borçlu Olması

Yukarıda da açıklandığı üzere işçinin borçlarının olması, kural olarak tek başına bir fesih nedeni oluşturmamaktadır. İşyerinde güven duyulması gereken bir konumda çalışan işçinin aşırı borçluluğu söz konusu esasın istisnasını oluşturabilecektir. Aşırı borçluluktan, kişinin ödeyemeyeceği veya uzun vadede güçlüğüle ödeyebileceği borçlarının olması anlaşılmalıdır²⁴. Belirli durumlarda, işçinin aşırı borçlu olması iş için gerekli olan niteliklerini kaybetmesine neden olabilir. Özellikle işçi işyerinde özel güven duyulması gereken bir pozisyonda çalışıyorsa bu durum ortaya çıkacaktır. İşçinin işyerinin veya işverenin malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğu, örneğin işçiye değerli malların emanet ediliyor olduğu ya da işçinin satın alma müdürlüğü gibi üçüncü kişilerden menfaat sağlamasının kolay olduğu bir işte çalışması halinde, işçiye özel güven duyulmasını gerektirir bir pozisyondan söz edilebilecektir²⁵. İşçinin, kendisine özel güven duyulmasını gerektirir bir pozisyonda çalışması durumunda, güvenilirlik özelliğindeki eksilmenin işveren açısından önem arz etmesi kaçınılmazdır. Borçlarını ödeyemeyen ve sık sık icra takibine maruz kalan bir işçinin, yukarıda belirtilen niteliklerdeki işler için gerekli güvenilirlik vasfında bir eksilme oluşacaktır²⁶. Bunun haricinde işçinin aşırı borçlu olması, borçların sonucu olan hacizler nedeniyle zilyet yardımcısı olarak üzerinde veya hâkimiyetinde bulunan işveren mallarının haczedilmesi riskini doğuracaktır. Söz konusu riskle karşılaşan işveren mallarını hukuki yollardan geri alabilse bile, ciddi maliyetlere katlanması gerekebilecektir. Bu nedenle işçinin özel güven duyulması gereken bir pozisyonda çalışması halinde, aşırı borçlu olmasının, işçinin işin gerektirdiği niteliklerde bir eksilme yaratması nedeniyle, iş sözleşmesinin yetersizlikten kaynaklanan geçerli sebeple feshedilebilmesinin mümkün olabileceği

²³ İşçiye karşı yapılan çok sayıda icra takibi ve işçinin sık sık hastalanmasının performans düşüklüğü ile birlikte olması halinde geçerli sebep oluşturacağı yönünde bir karar için bkz. Yarg. 9. HD., 7.12.2009, 2009/10078 E., 2009/33606 K. (ÇİL, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 3. Baskı, Ankara 2011, s. 291).

²⁴ BAYSAL (2011), s. 144.

²⁵ V. HOYNINGEN-HUENE, Gerrick/LINCK, Rüdiger: Kündigungsschutzgesetz – Kommentar, Verlag C.H.Beck, 14. Auflage, München 2007, s. 190.

²⁶ BAYSAL (2014), s. 145.

kabul edilmelidir²⁷. Ancak Türkiye Taşkömürü Kurumu tarafından çıkarılan 697 sayılı Genelge'de işçilerin çalıştıkları pozisyonlara göre bir ayırım yapılmadığı görülmekte, hatta Genelge'de kullanılan ifadelerden Genelge'nin özellikle fiilen madenlerde çalışan mavi yakalı işçilere yöneldiği görülmektedir. Bu nedenle Genelge'de yapılan düzenlemelerin, bu bağlamda da hukuki dayanağa sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca yukarıdaki açıklamaların geçerli sebeple feshe ilişkin olduğu, aşırı borçlu durumda olan işçi, özel güven duyulması gereken bir pozisyonda çalışsa bile, Genelge'de ifade edilen şekilde İş Kanunu m. 25/II-e dayanılarak iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesinin mümkün olmadığı belirtilmelidir.

Esas olarak iş hukuku dışında kalmakla birlikte değinilmesinde yarar olan bir nokta da, Genelge'nin getirdiği yaklaşımın yol açacağı sorunların sosyal boyutudur. Çeşitli sebepler ile borçlu duruma düşen ve borçlarını ödemekte zorlanan ve bu nedenle ücretlerine hacizler gelen işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilerek, bu işçilerin çalışma hayatından bir nevi dışlanmalarını sosyal adalet ile bağdaştırmak zor gözükmemektedir. Çünkü işçinin borçlarının ve ücretine gelen hacizlerin iş sözleşmesinin feshedilmesine imkân verdiği kabul edildiğinde, işçi farklı işyerlerinde devamlı şekilde aynı sorunu yaşayacak, çalışma hayatında kendine bir yer edinemeyecek, işsizlik ödeneğine hak kazansa dahi işsizlik ödeneğinin miktarı göz önüne alındığında borçlarını ödeme şansı olmayacaktır. Dolayısıyla esas gelir kaynağı olan ücretten yoksun kalan işçi ve geçimini sağladığı ailesi, toplumsal hayatın dışına itilecektir. Kuşkusuz ki bu durum, borçlu işçinin alacaklıları için de bir fayda sağlamayacak hatta alacaklılarını elde edemeyerek zarar görmelerine neden olacaktır. Ayrıca işlerini kaybetme endişesinin, işçileri hukuka aykırı şekilde borçlanmalara itecek olması da göz ardı edilemeyecek bir toplumsal risktir. Tüm bunların ötesinde mali durumu sebebiyle çalışma hayatından adeta aforoz edilmiş bir insan grubu yaratılması, kuşkusuz ki toplumun sosyal yapısında ciddi sorunlar yaratacaktır.

IV. SONUÇ

Türkiye Taşkömürü Kurumu tarafından 9 Ocak 2013 tarihinde yayımlanan 697 sayılı Genelge'nin kaldırılması, yukarıda değinilen hukuki sakıncalar nedeniyle hiç kuşkusuz ki isabetli olmuştur. Ancak esas olarak değişiminde fayda olan husus, işçinin borçlarının fesih sebebi oluşturmasına ilişkin olarak verilen Yargıtay kararlarında yer alan ve iş hukuku bakımından ciddi sorunlar oluşturan kabullerdir. Yargıtayın ilgili Hukuk Dairelerinin ilke kararlarında kullanılan ifadeler, işçinin (aşırı) borçluluk halinin doğrudan fesih sebebi olduğu izlenimini oluşturmakta, çalışmamızda incelediğimiz Genelge örneğinde olduğu gibi, hukuken isabetli bulmanın mümkün olmadığı düzenlemelerin veya işlemlerin yapılmasına neden olmaktadır. Hukuki açıdan bakıldığında da, oluşacak sosyal sonuçlar açısından konu ele alındığında da, işçinin borçluluk halinin tek başına işveren açısından fesih sebebi oluşturması isabetli gözükmemektedir. İşçinin borçluluk halinin işveren açısından geçerli fesih sebebi oluşturması, borçların işçinin performans düşüklüğüne yol açması veya işçinin özel güven duyulması gereken bir pozisyonda çalışması gibi istisnai haller ile sınırlı kalmalı; Yüksek Mahkeme Daireleri işçinin aşırı borçluluğunu fesih sebebi olarak kabul eden ilke kararlarından bir an önce dönmelidir.

²⁷ Alman doktrininde bu yönde bkz. BERKOWSKY (2005), s. 209.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. N./Arıcı, K./Senyen-Kaplan, E. T.: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Alp, M.: “Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi”, Legal YKİ, S. 3., s. 49-74.
- Alp, M.: Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, s. 177-258.
- Arslan Ertürk, A.: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.
- Astarlı, M.: İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshinde İhtar, Legal İSGHD, S. 23, s.963-992.
- Baysal, U.: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep ile İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011.
- Berkowsky, W.: Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, Verlag C.H.Beck, 4. Auflage, München 2005.
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T.: İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul 2014.
- Çil, Ş.: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 3. Baskı, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu M./Şenocak K.: İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.
- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U.: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014.
- Naegele, S.: Anwaltshandbuch-Arbeitsrecht, Herausgegeben von Dr. Ulrich Tschöpe, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005.
- Narmanlioğlu, Ü.: Ferdi İş İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul 2012.
- Savaş, F. B.: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.
- Süzek, S.: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014.
- Şahlanan, F.: Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, s.129-191.
- Şen, M.: “Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması (Yargıtay’ın 9 Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Çerçevesinde)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, S. 13, s. 101-116.
- V. Hoyningen-Huene, G./Linck, R.: Kündigungsschutzgesetz – Kommentar, Verlag C.H.Beck, 14. Auflage, München 2007.

YENİ TEKNOLOJİLER VE İŞ SAĞLIĞI

Doç. Dr. Murat Kandemir*

I- Genel Olarak

Toplumun tüm bireylerinin yararlandığı sanayileşmenin ve teknolojik gelişmelerin bedelini çalışanlara ödetmeme kaygısı, çağdaş toplumların en önemli amaçlarından birini oluşturur. Bu nedenle, İş Hukukunun en önemli amacını, her şeyden önce, işçilerin yaşamlarını ve beden bütünlüklerini korumak oluşturmuştur. İlk iş yasaları, işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak amacıyla getirilmişler ve İş Hukuku, ilk önce, işçilerin iş sağlığını ve beden bütünlüğünü koruma hukuku olarak gelişmiştir¹. Bu nedenledir ki, iş sağlığı ve güvenliği, iş hukukunun çekirdek içeriğini oluşturur ve tarihsel köklerini ortaya koyar². Gerçekten, sanayileşme ve sanayi devrimi bir çok sağlık ve güvenlik sorunlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu çerçevede, iş sağlığı ve güvenliğinin korunması insani bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Bu gereklilik, sanayileşme olgusunun yol açtığı tehlikelerden, insanın hukuken korunmuş varlıklarına özellikle yaşamına, vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik zararlardan ve her türlü olumsuz etkilerden korunma olgusudur³.

Günümüzde devrim niteliği kazanan teknik gelişmeler sonucunda üretim süreci de etkilenmiştir. Bunun görünür ilk etkisi, üretim sürecinde iş makinelerinin giderek daha çok oranda çalışan insanın işlevlerini yerine getirmesi olmuştur. Otomasyonun gelişimi, robotların giderek yoğun bir biçimde üretimde kullanılması, bilgisayarların karar verme ve kontrol etme işlevlerini yerine getirmeye başlaması bu gelişmelerin somut belirtileri olmuştur. Sanayi devrimi ile başlayan gelişmelerin çalışma yaşamına, iş sağlığı ve iş güvenliğine olumsuz etkilerinin tersine, bilimsel teknolojik devrimle sağlanan gelişmeler, çalışma koşullarının iyileştirilmesine, iş kazalarının ve meslek hastalıklarının önlenmesinde çok büyük olanaklar sağlamıştır.

Özellikle teknolojik alanda yaşanan değişiklikler, ilerlemeler çalışma koşullarında bazı iyileştirmeler sağlamakla birlikte, yukarıda sözünü ettiğimiz riskler halen devam etmekte ve bununla birlikte çalışanlar açısından yeni risk-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bkz.: Süzek, S.: İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2005, s.661; Supiot, A.: "Travail, Droit et Technique", Dr. Soc., Janvier 2002, s.14.

² Güzel, A.: "Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İş yeri Hekimliği Sempozyumu, TBB yay., Ankara 2003, s.9- 10.

³ Ulsan, İ.: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, s.33.

leri de beraberinde getirmektedir⁴. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin gittikçe yaygınlaşması ile birlikte, gerek işçinin kullandığı iş araçları ve gerekse bu iş araçları ile çalışma şekli değişmektedir. Bu anlamda, yeni bilgi ve iletişim araçlarının kullanılmasıyla, klasik anlamda işçinin beden bütünlüğüne yönelik tehlikeler azalmaya başlamakla birlikte, aynı zamanda, başta stres olmak üzere, yeni tehlikeler ve tehditler ortaya çıkmaya başlamıştır⁵. Gerçekten, yeni teknolojiler ile birlikte, işçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorunlar ve tehlikeler devam etmekle birlikte tamamen ortadan kalkmamış biçim değiştirmiştir. Bu anlamda, işçinin fiziksel varlığına yönelik tehlikeler ile birlikte, aynı zamanda zihinsel olarak sağlığının etkilenmesi söz konusu olmaktadır⁶. Diğer yandan, yeni teknolojiler ile birlikte bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarının kullanımı yeni bir takım fiziksel rahatsızlıkları da beraberinde getirmektedir.

II- Kavramsal Olarak İş Sağlığı ve Güvenliği ve Yeni Teknolojiler

1- İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı

İş sözleşmesiyle işverenin emir ve denetimi altında ona bağımlı olarak çalışan işçi, iş sözleşmesinin hem öznesi ve hem de konusu durumundadır. İşçi, iş sözleşmesi ile işverenin iş organizasyonuna dahil olur ve işveren tarafından iş organizasyonu kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle işyeri ortamının yaratacağı tehlikelere de açık hale gelir. İşçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması, bu çerçevede, onları çalıştıran kimseler olarak işverenlerin bir ödevi olarak ortaya çıkar. İş sözleşmesinden doğan bir borç olarak işveren işçiyi gözetmeli ve iş sağlığı ve güvenliğini sağlamalıdır. Ancak, burada şunu da belirlemek gerekir ki, iş sağlığı ve güvenliğinin yaşamsal amacı, bu hukuk dalını işçinin ya da işverenin sorunu olmaktan çıkararak, aynı zamanda sosyal devlet ilkesi gereği iş sağlığı ve güvenliği hem devletin ve hem de toplumun sorunu haline getirir⁷.

Sağlık kavramı, organizmanın yaşanan çevreye uyumunu ifade etmekte ve Dünya Sağlık örgütünün Anayasasında da ifadesini bulduğu şekliyle, sadece hastalık ve sakatlıkların yokluğu değil, bedensel ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik durumu biçiminde tanımlanmaktadır. Dünya Sağlık Örgütünün Anayasasındaki bu tanım, bir hedef ortaya koymakta ve bu hedefe ulaşılmasında kişinin yaşadığı ve özellikle çalıştığı ortam büyük önem taşımaktadır⁸.

Kavramsal açıdan, iş sağlığı, çalışan bir kişinin, iş koşulları ile kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelerden arınmış veya bu tehlikelerin asgari düzeye indirildiği bir iş çevresinde huzurlu biçimde çalışabilmesini anlatır. Bu tehlikelerin ortadan kaldırılması ya da asgari bir düzeye indirilmesi, çalışan kişilerin, gerek fiziksel gerek düşünsel ve gerekse sosyal olarak tam iyi olma durumlarının sağlanmasını hedefler. Buna göre, işçinin beden sağlığının yanı

⁴ Bkz.: Bressol, E.: Organisations Du Travail Et Nouveaux Risques Pour La Santé Des Salariés, Avis Et Rapports Du Conseil Economique Et Social, Rapport présenté par Mme Elyane Bressol, 2004, s.8 (18.10.2011).

⁵ Radé, C.: "Nouvelles Technologies de L'information et de la Communication et Nouvelles Formes de Subordination", Dr. Soc., No.1, janv.2002, s.28.

⁶ Supiot, A.: Critique du Droit du Travail, Quadriga/Puf, Paris 2002, s.23.

⁷ Güzel, İşyeri Hekimliği, s.10.

⁸ Demircioğlu, M.: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği" Kamu-İş Dergisi, C.4, S.2, 1997, s.193.

sıra ruh sağlığının da korunması iş sağlığının temel konusunu oluşturur⁹. Uluslararası Çalışma Örgütü, 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşmesinde, iş sağlığını, “sadece işle ilgili hastalığın ve sakatlığın bulunmaması halini değil; aynı zamanda, çalışma sırasındaki hijyen ve güvenlikle doğrudan ilgili sağlığı etkileyen zihinsel unsurlardır” diye tanımlamıştır. İş güvenliği ise, gerek işin yapılması sırasında işçilerin karşılaştığı tehlikelerin ortadan kaldırılması, gerekse azaltılması konusunda, esas olarak işverene getirilen yükümlülüklerle ilişkin teknik kurallarının tümünü ifade eder¹⁰. Bu anlamda, iş güvenliği, çalışanların, rahat ve güvenli bir ortamda çalışmalarının sağlanması, işletmenin güvenliğinin sağlanması yoluyla çalışanlar için tehlikeli olabilecek durumların ortadan kaldırılması için yapılacak faaliyetler bütünü kapsamında ele alınmaktadır¹¹.

İş sağlığı ve iş güvenliği kavramları birbirinden bağımsız olarak ele almak olanaklı değildir. Aslında, bu iki kavram bir madalyonun iki yüzü gibidir. Tıbbi, teknik, ekonomik, sosyal ve hukuki yönleri olan iş sağlığı ve güvenliği içinde yer alan “sağlık” ve “güvenlik” kavramları birbirini tamamlamakta ve böylece bir bütünü oluşturmaktadır. Gerçekten, iş güvenliğinin olmadığı veya önlemlerin yeterince alınmadığı işyerlerinde çalışanların iş sağlığının da korunmasından söz etmek olanaklı değildir. Bu çerçevede, iş sağlığı ve güvenliği, çalışanların yaptıkları işten, çalışma koşullarından ve kullanılan araç ve gereçlerden doğabilecek tehlikelere karşı, çalışanların yaşamının ve sağlığının etkin olarak korunmasını ve aynı zamanda sağlıklı ve güvenli çalışabileceği ortamın sağlanmasını ifade eder¹².

İşin veya çalışmanın “insancillaştırılması, işin insana ve insanın işe uyumunun sağlanması”, “işyerinde rahat ve iyi bir çalışma ortamının yaratılması” günümüzde işçi sağlığı ve iş güvenliği politikalarının temel amaç ve hedefleri arasında yer almaktadır¹³. Anayasa’da da sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşamak herkesin hakkı olarak düzenlendiği noktasından hareket edilirse, iş sağlığı ve güvenliği düzenlemeleri yaşam ve sağlık hakkının hayata geçirilmesinde en önemli adımı oluşturmaktadır. Bu yönüyle, iş sağlığı ve güvenliği hakkı, anayasada herkese tanınmış olan yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü haklarının işyeri düzeyindeki birer uzantısı olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴.

2- İş sağlığı ve Güvenliği Açısından Yeni Ortaya Çıkan ve Değişen Risklere Kaynaklık Edebilecek Etkenlerden Biri Olarak Yeni Teknolojiler Kavramı

Modern iş ve sosyal sigorta mevzuatı oluşumunu öncelikle sanayileşmeye borçludur. Sanayi devrimi, teknolojisi, kurumları, yaşam biçimi, düşünce ve yönetim şekliyle toplumu şekillendirmiştir. Gerçekten, 18. yüzyılın sonlarında başlayan sanayileşmeyle birlikte, makine gücü ve fabrika işletmesi çalışma

⁹ Centel, T./Demircioğlu, M.: İş Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2013, s.145-146.

¹⁰ Centel./Demircioğlu, s.145-146.

¹¹ Özdemir, E.: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014, s.14; Balkır, Z.Gönül: “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C.2.S.1,2012, s.59.

¹² Sümer, H.Hadi: İş Hukuku, 19. Baskı, Konya 2014, s.157.

¹³ Bkz.: Mollamahmutoglu, H.: İş Hukuku, Ankara 2004, s.725; Güzel, İşyeri Hekimliği, s.11-13.

¹⁴ Süzek, s.664.

yaşamında etkilerini göstermeye başlamış, o zamana kadar bağımsız çalışan esnaf ve sanatkarların çoğu, başkasına bağımlı, işçi olarak çalışmaya başlamışlardır. Ancak, çalışma sürelerinin uzunluğu, düşük ücretleri, yetersiz hastalık ve kaza yardımı, kadın ve çocuk işçilerin koruma önlemlerinden yoksun çalıştırılmaları gibi genel olarak özetlenebilecek sebepler devletin doğrudan işçi-işveren ilişkilerine karışmasına neden olmuş ve bunun sonucunda da çalışma yaşamına ilişkin yasalar çıkarılmaya başlanmış ve İş Hukuku bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişmiştir¹⁵.

Günümüze ulaşan bu süreçte, bireysel ve kolektif iş hukukunun belirgin özelliğini ve bu hukuk dalının yasalandığı temel düşünceyi, fabrikalarda seri üretim tekniği çerçevesinde, sayıları gittikçe artan işçileri korumak düşüncesi oluşturmaktadır. Bu model, genel anlamıyla, belirsiz süreli iş sözleşmesine dayanarak, sıkı bir hiyerarşik ilişki içinde bir işverenin emir ve talimatı altında, coğrafi olarak sınırları belirli bir işyerinde (fabrika) ve tam gün süre ile çalışması esasına dayanır. İşte, İş Hukukunun pozitif düzenlemeleri, kavram ve kuraları da, bu model, yani, “fabrika modeli” çerçevesinde şekillenmiş, iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru bu modele göre şekillenmiş ve işçi kavramı da bu çerçevede bir anlam kazanmıştır¹⁶. İşçiye, mevzuat, yargı kararları, toplu sözleşme ve geleneklerle kazandırılan bu statü sözleşmeye dahil edilmek istenmiştir. Böylece, işçiye yeknesak bir statü kazandırmak çabası içinde olunmuştur¹⁷. Bu mesleki statünün hem İş Hukuku hem de Sosyal Güvenlik Hukuku çerçevesinde sürekliliği, işçiler arasında ortak çıkarların doğmasına katkı yaparak sendikacılığın güçlenmesini de beraberinde getirmiştir. Bu anlamda, geleneksel mesleki statü, hem gelir güvencesi ve sosyal koruma gibi bireysel, hem de sendikal örgütlenme, toplu pazarlık ve grev hakkı gibi kolektif boyutları içermektedir¹⁸. Görüldüğü üzere, bu organizasyon şeklinde, standart normlar söz konusudur. Standart normlara bağlı kalınması, gerek çalışma koşullarına gerekse istihdam şekline de yansımıştır.

Yirminci yüzyılın son çeyreğinde, sanayi toplumu yerini, “sanayi ötesi toplum”, “bilgi toplumu”, “iletişim toplumu”, “servis ve hizmetler toplumu” gibi pek çok farklı isimlerle ifade edilmeye çalışılan yeni bir toplum yapısına bırakmıştır¹⁹. Yirminci yüzyılın son çeyreğinde etkilerini gösteren ve bilgi teknolojileri, mikro bilgi işlem teknolojileri de denilen yeni teknolojiler; telekomünikasyon, uydu ve video sistemleri, kişisel bilgisayarlar, bilgisayar esaslı kontrol sistemleri, bilgi bankası, bilgisayarla çizim, genetik mühendisliği, uzay ve havacılık,

¹⁵ Bkz.:Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2009, s.1 vd; Ekonomi, M.: İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, 3.Bası,İstanbul 1984, s.1 vd; Süzek, s.3 vd; Mollamahmutoğlu,s.21 vd; Tunçomağ, K./Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, 5.Bası, İstanbul 2008, s.1 vd; Aktay, N./Arıcı, K./Senyen-Kaplan,E.Tuncay: İş Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2009, s.39 vd; Şakar, M.: İş Hukuku Uygulaması, 6.Baskı, İstanbul 2005, s.5 vd.

¹⁶ Güzel, A:“Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme “, Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997, s.84; Kuban, A.: “Yeni İstihdam Türleri Açısından İşçi Kavramı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, GSÜ/İB Tarafından Düzenlenen Sempozyum, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına, İstanbul 1997, s.49.

¹⁷ Güzel, A.:“Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İşçinde Hizmet Sözleşmesinin “İntuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek”, Prof.Dr.Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, s.178-179.

¹⁸ Erdut, T.:“İstihdam ve İstihdam Edilebilirlik”, Mercek Dergisi, Temmuz 2002, s.84-85.

¹⁹ Bkz.: Supiot, “Travail et Technique, s.15; Güzel, “Fabrikadan İnternete, s. 85-86;

elektronik postalama gibi farklı alanlarda çok yaygın bir uygulama alanına sahiptir²⁰.

İstihdam ve iş gücünün niteliği ile yapısında da gerek küreselleşme gerek rekabet ve en önemlisi de yeni teknolojiler nedeniyle büyük değişimler olmaktadır. Çalışma yaşamında yaşanan gelişmeler, mal ve hizmet üretimini çok yönlü olarak etkileyerek, üretim ve çalışma yöntemlerinin değiştirilmesine, mal ve hizmetlerin çeşitlenmesine neden olmaktadır. Turizm, taşımacılık, iletişim, medya, bankacılık, gıda, tamir-bakım, akaryakıt dağıtım, sağlık, perakende ticaret ve diğer yeni hizmet alanlarında artan müşteri talepleri ve birçok hizmet kolunda 24 saat durmaksızın çalışma düzeni kurulması gerekliliği, iş yerlerini ve işletmeleri esnek çalışma olanağı sağlayan yeni istihdam türlerine yöneltmektedir²¹. Sanayi Devrimi'nin ilk yıllarındaki sanayi işçisi profilini yerini sanayi ötesi toplumda nitelikli işgücüne bırakmaktadır. Teknolojik gelişmelere bağlı olarak, üretimde bedensel emeğin önemi azalırken zihinsel emeğin önemi artmaktadır.

Yeni teknolojiler, istihdamın tarım dışı faaliyetler ve mal ve hizmetler sektörü arasındaki dağılımını da etkilediği gibi,²² aynı zamanda, özellikle hizmetler sektörü içinde, üretim sürecinde yeni tür mesleklerin ortaya çıkmasına ve bazı eski mesleklerin de ortadan kalkmasına yol açmaktadır²³. Artık, hizmetler sektörü içinde, mikro teknoloji ve telekomünikasyona dayalı yeni hizmet sektörlerinin gelişmesi ile dördüncü sektör olarak adlandırılan²⁴ yeni teknolojilere dayalı hizmet sektörleri gelişmektedir. Bu işlerde çalışmak, kaçınılmaz olarak iş aletlerini değiştirmekte ve yeni teknoloji ürünleri olan fax, modem, elektronik posta (e-mail), taşınabilir bilgisayar, mobil telefon, Internet, Intranet kullanımını gerekli kılmaktadır.

1970'li yılların ortalarından itibaren baş gösteren ve günümüze kadar gittikçe derinleşerek varlığını sürdüren ekonomik kriz, ekonominin küreselleşmesi olgusu ve küresel pazarda rekabet zorunluluğu, işletme yönetimi stratejilerinde köklü bir değişikliğe yol açmıştır²⁵. Gerçekten, bilgisayar teknolojisi fabrikadan sağlık sektörüne, finans sektöründen eğitime, ulaştırma sektöründen sinemaya kadar her alana yayılmış hatta evlerimizde kadar girmiştir. Bu anlamda, üretim teknolojileri değişmiş, yeni üretim teknolojileri ortaya çıkmış ve bununla beraber, işletmeler de büyük bir rekabet ortamına girmişlerdir. Yeni teknolojilerle birlikte, insanların ihtiyaçları da değişime uğramaya başlamış ve insanlar yeni ürünlere yönelmeye başlamıştır. 1970'li yılların ortalarından itibaren baş gösteren ve günümüze kadar gittikçe derinleşerek varlığını sürdüren ekonomik kriz, ekonominin küreselleşmesi olgusu ve küresel pazarda

²⁰ Bu konuda bkz.:Aktan, C. Can./Vural İstiklal,Y.:”Yeni Ekonomi”, MESS Mercek Dergisi, Ekim 2004, s.38 vd; Güloğlu, T./Sertkan, M.:”Yeni Teknolojilerin Çalışma İlişkilerine Etkileri”, Prof.Dr. Kamil Turan’a Armağan, Kamu-İş, C.7, S.2, Ankara 2003, s.287 vd.

²¹ Ekonomi, M.: “İş Hukukunda Esnekleşme Gereği”, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler, Esneklik Toplantısı, ÇMİS (Antalya Club-Hotel Sirene, 27-30 Nisan 1995) Ankara 1995, s.22.

²² Erdut, T.: Yeni Teknolojilerin İş İlişkileri Üzerindeki Etkisi, Tühis yay., İzmir 1998, s.8.

²³ Radé, s.26.

²⁴ Ray, J.Emmanuel: “De la Sub/ordination à la Sub/organisation”, Dr.Soc., Janvier 2002, s.5.

²⁵ Bkz.:Jeanmaud, A.:”Les Droits du Travail à L'épreuve de la Mondialisation”, Dr. Ouv., Juin 1998, s.240 vd.

rekabet zorunluluğu, işletme yönetimi stratejilerinde köklü bir değişikliğe yol açmıştır.

İşletmeler, üretim ve kapasite yönetimlerini gerek üretim tekniklerinde gerek yönetim örgütlenmesinde ve insan kaynakları yönetiminde yeni ihtiyaçlara yönelik olarak oluşturmaya ve geliştirmeye başlamışlardır. Sanayi ötesi toplum sürecinde, sosyal, toplumsal, teknolojik ve ekonomik alanlarda önemli değişimler gerçekleşmektedir. Bütün bu alanlarda meydana gelen her değişim, çalışma yaşamını da yakından etkilemekte, çalışma yaşamını düzenleyen İş Hukuku da kaçınılmaz olarak bu gelişmelerden, değişimlerden ve ilerlemelerden etkilenmektedir²⁶.

III. Yeni Teknolojilerinin İş (çi) Sağlığı Üzerinde Etkilerinin Ölçülebilirliği

1-Genel Olarak

Bir zamanlar sanayi devrimi dünya ekonomisini ve buna bağlı olarak güç dengelerini nasıl değiştirdiyse²⁷, günümüzde yaşanmakta olan sanayi ötesi topluma geçiş süreci de hem ulusal hem de uluslararası açıdan çalışma ilişkilerini değişime uğratmakta, İş Hukukunun geleneksel kavramları üzerinde yeniden düşünmeyi gerekli kılmaktadır. İşçi kavramının ölçütü olarak iş sözleşmesi ve bu sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden ayırd eden bağımlılık unsuru bir değişim ve hatta dönüşüm geçirmektedir. İş Sözleşmesinin ayırd edici unsuru olan hukuki bağımlılık unsurunun belirlenmesinde birer ölçüt olarak kullanılan işin nerede, ne zaman ve nasıl görüldüğüne ilişkin sorulara verilecek cevaplar klasik istihdam modelinin şekillendiği esaslara göre şekillenen cevaplardan farklı cevaplarla karşı karşıyadır. Özellikle, işin görüldüğü yer, zaman ve işin görülme şekli ve görülen işin niteliği farklı bir yapıya bürünmüştür. Buna yol açan temel sebepler; yukarıda da izah etmeye çalıştığımız üzere, başta yeni teknolojiler olmak üzere, işgücü ve istihdamın niteliği ile küreselleşme ve rekabette ortaya çıkan değişim ve dönüşümler olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında bu sebeplerden her birinin diğerinden bağımsız olduğunu söylemek olanaklı değildir. Her biri diğerini etkileyen ve tetikleyen bir özelliğe sahiptir. Ama, bütün bunların içinde yeni teknolojiler olarak nitelendirdiğimiz bilgi ve iletişim teknolojilerinin önemli bir işleve sahip olduğunu belirtmek olanaklıdır. Bütün bu gelişmeler, iş organizasyonunu ve çalışma koşullarını da etkileyerek, iş (çinin) sağlığı üzerinde de etkiler yapmaktadır. Gerçekten, kavram olarak çalışma koşulları ve iş araç ve gereçlerinden kaynaklanan tehlikelerden arınmış ya da bunların en aza indirildiği bir sağlıklı çalışma ortamını ifade eden iş sağlığı, gerek çalışma koşullarının ve gerekse iş araçlarının yeni teknolojilerle değişmesi nedeniyle etkilenmektedir. Bunun iş sağlığını nasıl etkilediği, ne gibi etkiler yaptığı, bunun ölçülebilir ve değerlendirilebilir olup olmadığı ve güvenliği açısından ortaya konması gereken konulardan biridir. Bu anlamda, yeni teknolojik araçların kullanılması, kullanıcıların sağlığı açısından başlı başına bir olumsuzluk yaratan durum mudur ? İş sağlığı konusunda etki yapan tek-

²⁶ Ray, J, Emmanuel.: "Nouvelles Technologies, Nouveau Droit du Travail", Dr. Soc., juin 1992, s.519 vd.

²⁷ Bkz.: Supiot, A.: "Travail en Perspective, Introduction", RIT, Vol.135, No.6 (1996), s.603 vd., <http://www.ilo.org/public/french/support/publ/revue/articles/int96-6.htm>, (17.02.2005).

nolojinin bizzat kendisi midir? Yoksa, bu teknolojilerin kullanıcıları ile karşılıklı etkileşim, bir başka deyişle bu teknolojilerin kullanım şekli midir²⁸?

2- İş(çinin) Sağlığı Açısından Tehditler ve Risk Alanları

Yeni teknolojilerin kullanımı değişik çalışma koşullarında çalışan işçiler için olumlu ve olumsuz etkiler doğurabilir. Teknolojik anlamda gelişmişlik ve değişimlerin de bir ifadesi olan günümüzdeki yeni teknolojilerin iş sağlığına (ve güvenliği) etkileri açısından, buhar makinasının icadıyla başlayan sanayi dönemi ile bir kıyaslama yapıldığında; ilk etapta, olumlu etkilerinin olduğu ve hatta yeni teknolojilerin iş sağlığına (ve güvenliğine) etkisi denince, ilk önce bu olumlu etkisinin söz konusu olabileceğinin, özellikle, “teknoloji” deyiminin başında yer alan “yeni” sıfatı dolayısıyla akla gelmesi muhtemeldir. Bilgi ve iletişim teknolojileri bu anlamda işin daha kolay, daha güvenli ve daha rahat yapılmasını sağlamaya olumlu katkıda bulunur. Yeni teknolojiler, yeni üretim teknikleri, işin daha iyi organize olması, performans ve nitelikli çalışma, bazı atipik istihdam türleri ile (örneğin tele çalışma) özel yaşam ve iş yaşamı arasındaki uyumun sağlanması, kolektif çalışmanın yeni bilgi ve iletişim araçları ile yapılması, güvenlik ilgili prosedürlere, belgelemeye ve bu kapsamda sağlığın korunması ve geliştirilmesinde küresel düzeyde bilgi ve haberleşme olanakları da sağlar. Tehlikeli iş süreçlerinin otomasyonu ve mekanizasyonu yardımıyla oluşabilecek birçok tehlikeli maruziyet ve koşullardan kaçınma olanağı yaratarak çalışma koşullarında somut iyileştirmelere katkıda bulunan bir özelliği de taşımaktadır²⁹.

Ancak, bu olumlu etkilerinin yanında, çalışma ritminin artması, çalışmanın yoğunlaşması, işçiyeye bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarıyla her zaman ulaşılabilme olanağı nedeniyle iş ve özel yaşam arasındaki sınırın belirsizleşmesi, işverenin yeni teknolojik araçlarla işçi üzerindeki denetiminin yoğunlaşması, çalışanlarda izole olma duygusu, gibi olumsuz bir takım sonuçları da beraberinde getirebilecektir³⁰. Aslında sözü edilen bu durumlar, çalışanın daha karmaşık bir durumla karşılaşmasına yol açacaktır ki, öncelikle, sorunlar teknik değil psikososyal kaynaklı olacaktır³¹. Aşağıda, ilerleyen cümlelerde de değineceğimiz üzere, bilgi ve iletişim teknolojilerinin bu olumsuz sonuçları doğurması aynı zamanda, sağlık üzerinde dolaylı bir etki doğurmasının da kaynağını oluşturmaktadır. Bu bakış açısıyla, yeni teknoloji ürünleri olan bilgisayar, fax, modem, elektronik posta, taşınabilir bilgisayar, mobil telefon, İnternet, İntranet

²⁸ Bkz.: Gomez, P.Yves/Chevallet, R.: Impactes des Technologies sur la Santé au Travail”, Revue Française de Gestion, Vol.214, No. 5, 2011, s.107-108.

²⁹ Lerogue, L.: « Les Cadres Face Aux Tic: Quels Risques Psychosociaux (RPS) Au Travail », <http://anglesdroit.hypotheses.org/1528> (10.07.2015).

³⁰ Bkz.: CAS (Centre d'Analyse Stratégique): L'Impact des TIC sur les Conditions de Travail, Direction Générale de Travail, Rapports et Documents, No: 49, La Documentation Française, (Travaux coordonné par Tristan Klein et Daniel Ratier) Paris, Février 2012, s.103-173, 218. http://archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/raptic_web_light_final28022012.pdf.pdf. (25.01.2015).

Bu konuda ayrıca bkz.:Vendramin, P./Valenduc, G.: Technologies de L'Information et de la Communication, Emploi et Qualité du Travail, Avril 2002, s. 47 vd özellikle s.57 vd. <http://www.ftu-namur.org/fichiers/ticqualitedutravail-onkelinx.pdf>. (05.09.2015).

³¹ Önal, B.:” Küreselleşmenin İş Sağlığına Etkisi”, Türk Tabipler Birliği, Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, Ocak 2001, s.9.

kullanımının bir yandan, iş sağlığı (ve güvenliği) açısından çalışanların sağlığına doğrudan etkileri ve diğer yandan da bu teknolojik araçların özellikle, zaman ve mekan bakımından yarattığı değişim, dönüşümün; işçi, işin niteliği, işin görülme biçimi, istihdam biçimleri, iş süreleri, kısaca iş organizasyonu ve dolayısıyla çalışma koşulları üzerinde yarattığı etki³² nedeniyle çalışanların sağlığını dolaylı yoldan etkilemesi söz konusu olabilecektir.

Çalışma ortamlarının her geçen gün bilgi ve iletişim teknolojilerine gittikçe daha bağımlı olmasıyla birlikte, bilgisayar ya da bir bilgisayar terminali başında çok uzun saatler iş yapan çalışanların sayısındaki çoğalma, belirli bazı sağlık sorunlarını işçi sağlığının önde gelen konuları haline dönüştürmektedir. İşyerinde, yeni bir iş aracı olarak bilgisayar kullanımı, her şeyden önce, bu iş aracı ile çalışan işçilerin sağlığı açısından yeni tehlikeleri ve tehditleri beraberinde getirmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojisi araçları radyasyon yaymakta, bu araçlarla uzun süre çalışan kişilerde görme bozuklukları kas, iskelet ve sinir sistemi hastalıkları, bacaklarda dolaşım problemi, işle ilgili psikolojik faktörlerden kaynaklı stres, genel halsizlik oluşabilmektedir³³. Sorunlar ağrı, tutukluk, takatsizlik, kramplar, sızlama, titreme, şişlik gibi etkiler göstermekte ve tedavi edilmediği takdirde kalıcı hasara dönüşebilmektedir³⁴. Bu yönüyle, bilgi ve iletişim teknolojisi araçları, özellikle bu araçları gündelik çalışmada çalışma yaşamının doğrudan bir parçası olarak kullananların sağlığı üzerinde doğrudan bir etki yaratır.

İşyerinde yetersiz fiziksel ve ergonomik koşullar iş kazaları veya meslek hastalıklarına neden olabilir. İşyerinde ışıklandırmanın yetersizliği; kanserojen etkilere sahip iyonize radyasyon ışınları; tozlar, gazlar ve buhar; bunların tahliyesini ve havalandırmayı sağlayacak sistemlerin bulunmaması; gürültü, titreşim ve basınç; güvensiz makine ve teçhizat; çalışma ortamının ergonomik olmayan dizaynı, ısı ve nem; tekrarlayıcı işler; elektromanyetik alanlar; uzun çalışma saatleri gibi çok sayıda olumsuzluk, çalışanların karşı karşıya bulunduğu fiziksel ve ergonomik risklerdir³⁵. Bu çerçevede, cep telefonları, bilgisayar ekranları, wifi antenler yaydığı radyo frekansları, elektromanyetik dalgaların sağlık üzerinde ve özellikle de bağışıklık sistemi üzerinde etkileri konusunda çalışmalar gittikçe yoğunlaşmaktadır³⁶.

Bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarının iş yaşamında kullanılmasının çalışma yaşamında sağlık üzerinde doğrudan ve yukarıda belirtmeye çalıştığımız fiziksel sağlık üzerinde olan etkilerinin yanında ve bununla birlikte, sağlık üye-

³² Bkz.:CEE (Centre D'Etudes de l'Emploi): TIC et Conditions de Travail, Rapport de Recherche, Juin 2012, s.9 vd. www.cee.recherche.fr. (21.04.2015).

³³ Bkz.: Lerouge, Les Cadres Face Aux Tic, <http://anglesdroit.hypotheses.org/1528> (10.07.2015); Caroly, S.: « Les Mutations du Travail Face aux Défis Technologiques: Quelles Incidences sur la Santé ? », Perspectives Interdisciplinaires sur le Travail et la Santé [En ligne], 9-2 | 2007, <http://pistes.revues.org/2993> (05.08.2015) ; Aksoy, B.: “Bilgi Teknolojileri ve Yeni Çalışma İlişkileri”, Ege Akademik Bakış, C. 12, S. 3, Temmuz 2012, s. 401 vd; Okur, Z.: “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşyerinde Bilgisayar Kullanımı ve İşverenin Yükümlülükleri”, Çimento İşveren, C.20, S.2, Kasım 2006, s.18 ve d.n.2'de belirtilen kaynaklar.

³⁴ Bkz.: Aksoy, s. 401 vd.

³⁵ Yılmaz, F.: Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi, Doktora tezi, İstanbul 2009, s.26 ve dn 89’da belirtilen yayınlar

³⁶ Bkz.: CAS, L'Impact des TIC sur les Conditions de Travail, s.214-215.

rinde dolaylı yoldan etkileri de söz konusu olabilmektedir. Bu dolaylı etkiyi, bilgi ve iletişim teknolojilerinin (yeni teknolojilerin) genel olarak, iş organizasyonu ve çalışma koşullarındaki meydana getirdiği değişim ve dönüşümün, çalışanın sağlığı üzerinde yaratabileceği yeni ortaya çıkan ve artan tehlikeler olarak nitelendirmek olanaklıdır. Avrupa İş Sağlığı ve Güvenliği Ajansı, yapmış olduğu bir çalışmada beş ana grupta topladığı on yeni temel tehlike tanımlamıştır. Ajansın yapmış olduğu çalışmada, uzmanlar, yeni nesil iş sözleşmeleri (atipik iş sözleşmeleri) ve iş güvencesinin olmaması, yaşlanan iş gücü, iş yoğunluğu, işin duygusal yönünün ağır olması, iş ve iş dışı yaşam dengesinden kaynaklanan durumları yeni ortaya çıkan ve artan tehlikeler olarak nitelendirmektedirler³⁷. Genel anlamıyla yeni teknolojilerin etkisiyle iş organizasyonundaki değişimin bir sonucu olarak ortaya çıkan ve psikososyal tehlike olarak adlandırılan bu tehlikeler çalışanların fiziksel, ruhsal sosyal sağlıklarını, doğrudan ya da dolaylı olarak olumsuz etkileyip psikososyal risk olarak nitelendirilen risklere de kaynaklık etmektedirler.

Psikososyal riskler, iş sağlığı ve güvenliği alanının “yeni ve gittikçe artan” riskleri olarak tanımlanmaktadır. Yeni olması; bu risklerin neler olduğu, nasıl değerlendirileceği ve nasıl iyileştirileceğinin tam olarak bilinmemesi sonucunu da beraberinde getirmektedir³⁸. Psikososyal risk ile ilgili kabul gören bir tanım olmamakla birlikte, işe bağlı stres, psikolojik taciz, cinsel taciz, tükenmişlik, işte şiddet gibi kavramlar psikososyal riskler kapsamında düşünülmektedir³⁹.

Psikososyal riskler; yapılan işin en azından bir kısmından kaynaklı, psikolojik ve sosyal mekanizmaların oluşturduğu hem zihinsel hem de fiziksel sağlık riskleridir⁴⁰. Burada kast edilen şüphesiz işe bağlı psikososyal risklerdir. Bu çerçevede, psikososyal risk, işin içeriği, çalışma koşulları, işe bağlı çalışma koşulları, çalışma yaşamında gerek iş arkadaşları ve gerekse hiyerarşik üst olan kişiler arasındaki ilişkiler gibi, işverenin üzerinde etkili olduğu, kısaca iş organizasyonu bileşenleri diyebileceğimiz nedenlerden dolayı işçiler üzerinde psikolojik ve aynı zamanda fiziksel bir zarara sebep olabilecek riskler olarak tanımlanabilir. Psikososyal riskler çok büyük ölçüde stresle eşanlamlı olarak ele alınmaktadır.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, bilgi ve iletişim teknolojisi araçları kullanımından kaynaklanan kas ve iskelet sistemi rahatsızlıkları çalışan üzerinde doğrudan fiziksel rahatsızlık ve hastalıklara sebep olabileceği gibi, yeni teknolojilerin uygulanması nedeniyle çalışan üzerinde oluşabilecek, psikososyal etkenler de dolaylı olarak kas ve iskelet sistemi rahatsızlıklarının ortaya çıkmasına kaynaklık edebilir⁴¹. Psikososyal tehlikeler; iş stresine, iş stresi de fiziksel

³⁷ Vatanserver, Ç.: “Risk Değerlendirme’de Yeni Bir Boyut: Psikososyal Tehlikeler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, s. 119-121.

³⁸ ESENER-Enquête Européenne des Entreprises sur les Risques Nouveaux et Emergents, https://osha.europa.eu/.../en_esener1-summary. (02.08.2015).

³⁹ Bkz.: Miné, M.: “Les Risques Psychosociaux Saisis par le Droit”, Nouvelle Revue de Psychosociologie, No. 10, 2010/2, s. 125-137; Adam, P.: “La Prise en Compte des Risques Psychosociaux par le Droit du Travail Français”, Droit Ouv., Juin 2008, s.315; Douillet, P.: “Risques Psychosociaux”: Un Concept Opérant...Pour Transformer L’Organisation du Travail?, Nouvelle Revue de Psychosociologie, No.4, 2010/2, s.167 vd.

⁴⁰ Bkz.: Adam, s.313 vd.

⁴¹ Özcan, E./Kesiktaş, N.: “Mesleki Kas ve İskelet Hastalıklarından Korunma ve Ergonomi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, Sayı: 34, Yıl 7, Özel Sayı, Nisan-Mayıs-Haziran 2007, s.3 vd.

ve psikolojik hastalıklara sebebiyet verebilir. İş stresi kas iskelet sistemi sorunları gibi fiziksel hastalıklara yol açtığı gibi; iş stresine de psikososyal tehlikelerin yanında fiziksel tehlikeler (örneğin yetersiz havalandırma, gürültü vb) neden olabilmektedir⁴².

Yüzyılın hastalığı olarak da nitelenen stres sadece çalışmaya bağlı olarak ortaya çıkan veya bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarının kullanılmasından kaynaklı bir olgu olarak nitelenemez. Ancak, bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarının mesleki çerçevede üretim sürecini rasyonalize etmede veya çalışmanın akışını ve içeriğini tam olarak belirlemede kullanılmasının stresle yakından ilgisi bulunmaktadır⁴³. Stres, beraberinde kalp-damar hastalıkları, mide rahatsızlıkları ve bağırsıklık sistemi rahatsızlıkları gibi çeşitli hastalık ve rahatsızlıklara da sebep olabilir⁴⁴.

Bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarında yaşanan gelişmeler ve özellikle taşınabilir bilgi ve iletişim araçları (mobil telefon, tablet, taşınabilir bilgisayar, 3G teknolojisi) ve ağ teknolojileri (işletme bilgi ve teknoloji sistemi ağları) sağlığa etkisi ayrı bir boyutu oluşturur. Gerçekten, bilgi ve iletişim teknolojisi araçları sadece işyerinde değil, zaman ve mekan kavramına bağlı olmadan uçakta, otomobilde, evde veya bir kafede çalışmayı olanaklı hale getirmektedir. Bu taşınabilir bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarının kullanımı nedeniyle hem işyerinde hem de işyeri dışında sağlık sorunlarını beraberinde getirebilir. Üst düzey yöneticiler ve yönetici kademesinde bulunan çalışanlar için de beraberinde sorunları ve belirsizlikleri getirebilmektedir. Özellikle, taşınabilir cep telefonları, internet bağlantısı ile çalışanlara 7/24 saat ulaşmak olanaklı hale gelmektedir. Bu durum, aynı zamanda, işin eve taşınması, işe bağlı stresin bu bilgi ve iletişim teknolojisi araçları ile eve taşınması anlamına gelmektedir⁴⁵.

3- Hukuksal Açıdan Etkilerin Ölçülebilirliği

Yeni teknolojilerin iş sağlığı üzerinde yarattığı etki ve bunun ölçülebilirliği konusunda sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek ve aynı zamanda günümüzde uzanan süreçteki işlev ve hukuki konumunu daha kavrayabilmek için, gerek toplumsal ve gerekse hukuk kuralları açısından işçi sağlığı ve iş güvenliği konusuna olan yaklaşımı kısaca anımsatmakta yarar vardır.

Bilindiği üzere, ilk iş yasaları iş kazası ve meslek hastalığının olumsuz sonuçlarını onarma, tazmin etme amaçlıdır. Sanayileşme ile birlikte iş kazalarının sayısındaki artış, bu konuda toplumsal duyarlılığın ve beraberinde de hukuk kurallarının oluşturulmasına yönelik çalışmalara kaynaklık etmiştir. Ancak bu dönemdeki temel anlayış ve bu anlayış kapsamında yürürlüğe konulan ilk kurallar, riski önleme ve meydana gelebilecek kazalara karşı işçileri korumayı değil, riskin sonuçlarını onarmaya ve sorumluluk ilkeleri çerçevesinde işçinin zararını giderme yani tazmin etme amacına yönelik olmuştur. Ancak, daha sonraki aşamada, bir insanlık dramının yaşanmasına yol açan iş kazaları ve meslek hastalıklarının yalnızca sonuçlarının onarılması artık yeterli görülmemiş, önlenmesi de zorunlu hale gelmiştir ve bu kapsamda iş kazalarına ve meslek hastalıklarına karşı koruyucu ve bu riskleri önleyici çözümler oluşturu-

⁴² Vatansever, s.126.

⁴³ CAS, L'impact des TIC, s.222.

⁴⁴ Vendramin/Valenduc, Technologies de L'Information, s.58.

⁴⁵ CAS, L'impact des TIC, s.225-228.

rulmaya başlanmıştır. Bunun için çalışma koşullarının iyileştirilmesi, risklerin önlenmesinde en akılcı ve mantıklı bir yol olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁶.

Hukuki alanda, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, uzun süre, sadece işçinin beden sağlığı ile ilgilenilmiştir. Ancak daha sonra, işçinin beden sağlığı yanında ruh sağlığını da dikkate alan düzenlemelere ulusal ve uluslararası metinlerde yer verildiğini, hukuki düzenlemelerin bu çerçevede şekillendiğini söylemek olanaklıdır. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin, “Herkesin yaşama ve kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır” biçimindeki 3. maddesi ve “adil ve elverişli koşullarda çalışma...hakkı vardır” yönündeki 23. maddesi, Birleşmiş Milletler, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi”nin 12. maddesinin ilk paragrafında yer alan, “Bu Sözleşmeye taraf Devletler, herkesin erişilebilir en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standardından yararlanma hakkını tanıır” şeklindeki hükmü, işyerinde işçilerin sağlık güvenliklerini tehdit eden tüm unsurları kapsayacak bir anlama kaynaklık eden düzenlemeler içermektedir. Yine, Dünya Sağlık Örgütü Anayasasının başlangıç kısmında sağlık, sadece bir hastalık ve sakatlığın olmaması olarak değil, bedensel, ruhsal ve sosyal açıdan tam bir iyilik hali içinde olma olarak tanımlanmaktadır. Avrupa Birliği’nin 12 Haziran 1989 tarihli Çerçeve Yönergesi de, sağlık kavramını, beden ve ruh sağlığı biçiminde ele almaktadır. Bu bakış açısı, iş sağlığı ve güvenliği açısından da yeni bir anlayışın benimsenmesine ve işlevlerinden de genişlemeye yol açmaktadır.

Uluslararası düzeyde, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün iş sağlığı ve güvenliği sorunları ile ilgili çok sayıda sözleşmesi bulunmaktadır⁴⁷. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1976 yılında “Çalışma Koşullarının İyileştirilmesi Uluslararası Program” başlıklı programı kabul etmesinden sonra 1990 yılına kadar kabul edilen sözleşme ve tavsiye kararlarından çoğu doğrudan doğruya çalışma koşullarını ilgilendirmektedir⁴⁸. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına ilişkin 155 sayılı sözleşmesine göre, sağlık teriminin işle bağlantısı açısından, sadece hastalık ve sakatlığın değil; aynı zamanda, çalışma sırasındaki hijyen ve güvenlik ile doğrudan ilişkili olarak sağlığı etkileyen fiziksel ve zihinsel unsurları da kapsayacağı (m.3/1-e) ifade edilmiştir. Yine, İşçi Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 sayılı sözleşmenin amacı bakımından; “işle ilgili en uygun fiziksel ve zihinsel sağlık koşullarını karşılayacak düzeyde, güvenli ve sağlıklı bir çalışma ortamı oluşturmak ve bunu sürdürmek için gereksinimler” olduğu belirtilmiştir. Temel insan hakları, evrensel ve bölgesel düzeyde garanti altına alınan birçok temel belgeler çerçevesinde korunmaktadır.

Evrensel düzeyde, insan hakları evrensel beyanname, bölgesel anlamda Avrupa Konseyi tarafından çıkarılan Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi önem taşımaktadır. Avrupa Birliği özelinde temel sosyal hakların korunma düzeyi değerlendirildiğinde iki temel belgenin sosyal politika ve sosyal haklar alanında ön plana çıktığı görülmektedir. Topluluk düzeyinde, 1989 yılında çıkarılan, çalışanların temel sosyal hakları topluluk şartı ile 2000

⁴⁶ Bkz.;Güzel, İşyeri Hekimliği, s.10-11.

⁴⁷ Bkz.: Oğuz, Özgür: AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2010, s.15 vd; Alpar, Bülent, M.:” İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 Sayılı İLO Sözleşmesi ile İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı”, Kamu-İş, C.7, S.2, 2003, s.1 vd.

⁴⁸ Güzel, İşyeri Hekimliği, s.11-13.

yılında Nice zirvesinde imzalanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, birlik düzeyindeki temel sosyal hakların korunmasını içeren temel belgeler olarak görülmektedir.

17 Şubat 1986'da imzalanıp 1 Temmuz 1987'de yürürlüğe giren Tek Avrupa Senedi, Topluluğu, Avrupa düzeyinde uygulanacak sosyal standartları belirleyen bir belge kabul etme sürecine götürmüştür. Tek Avrupa senedi ile kurucu antlaşmaya eklenen 118 (a) maddesine göre üye ülkeler, İSG'yi ve çalışma çevresini iyileştirme konusuna özel önem verecek ve koşulları uyumlaştırmaya çalışacaktır. Bu çerçevede gelişen koşullarda oluşan model antlaşma, 1989 yılında Strasburg Zirvesinde müzakere edilmiş ve Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı olarak kabul edilmiştir. 11 üye ülke tarafından imzalanan topluluk şartı, uyum ve uygulama ile ilgili kararların üye devletlere ait olduğu, bağlayıcı olmayan bir belge olarak nitelendirilmekte ve topluluk şartında 12 temel hakka yer verilmektedir⁴⁹. 1989 tarihli "Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şart" ında, "işyerinde sağlık ve güvenliğin korunması", işçilerin temel sosyal hakları kapsamında değerlendirilmiştir⁵⁰.

Bunun gibi, 7-8 Aralık 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Nice Zirvesinde kabul edilen, Avrupa Birliği'nin "Temel Haklar Avrupa Şartı", "Adil ve Makul Çalışma Koşulları" başlıklı 31. maddesinde, her işçinin sağlıklı, güvenli ve onurlu çalışma koşullarına sahip olduğu belirtilmektedir. Adil ve makul çalışma koşullarına sahip olma hakkı geniş kapsamlıdır. Madde gerekçesine göre, sağlıklı, güvenli ve onurlu çalışma koşulları hakkı, öncelikle AB'nin, "İşçilerin İşyerinde Güven ve Sağlığının Daha İyi Korunmasına İlişkin" 12.6.1989 tarihli ve 89/391 sayılı Yönergesine dayanmaktadır⁵¹.

Avrupa Konseyi normlarında da işçi sağlığı ve güvenliği önemli bir yer tutmaktadır. Türkiye tarafından 1989 yılında, bazı çekincelerle onaylanan 1961 tarihli Sosyal Şart'ın 3. maddesi, "Sağlıklı ve Güvenli Çalışma Koşulları"nı, 11. maddesi ise "sağlığın korunması hakkı"nı geniş anlamı ile düzenlemektedir. Bunun gibi, Avrupa Konseyi tarafından 3 Mayıs 1996 tarihinde kabul edilen, "Gözden Geçirilmiş Sosyal Şart", "Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı"nı 3. maddesinde düzenlemektedir. Buna göre; "Akit Taraflar, işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere; İş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamı hakkında tutarlı bir ulusal politika oluşturmayı, uygulamayı ve bunu belli aralıklarla gözden geçirmeyi, bu politikanın temel hedefi, iş güvenliği ve iş sağlığını iyileştirmeyi ve özellikle çalışma ortamının doğasından kaynaklanan tehlike sebeplerini en aza indirmek yoluyla, çalışma sırasında ortaya çıkan ya da bununla bağlantılı olan hastalıkları ve kazaları önlemeyi taahhüt etmektedirler⁵². Böylece, uluslararası sözleşmelerde tekrarlanmış olan haklara, birlik bakımından bir kez daha vurgu yapılarak bu hakların evrensel değeri üzerinde durulmuştur.

⁴⁹ Bkz.: Yılmaz, s.67-70.

⁵⁰ Güzel, A.. " Avrupa Topluluğu Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı ", Çimento İşveren, C.6, S.3, 1992, ss.8-22.

⁵¹ Bkz.: Alp, M.: "Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, 2004, s.1-41.

⁵² Bkz.:Erdoğan, G.: "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı", TBB dergisi, S.77, 2008, s.123 vd.

İş sağlığı ve güvenliği, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, Avrupa Birliği Hukukunda geniş bir şekilde yer almaktadır. Avrupa Birliğinin, 89/391 sayılı Çerçeve Yönergesi başta olmak üzere, İş Sağlığı ve Güvenliğine ilişkin yönergeleri, birliğin bu konudaki temel hukuki metinleridir⁵³. Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Önlemler Alınmasına İlişkin Çerçeve Yönerge başlığını taşıyan yönerge, 16.maddesinde saydığı bazı özel risklerin korunmasına yönelik olarak da, bir takım bireysel yönergeler çıkarılmasını öngörmektedir⁵⁴. Bu kapsamda çıkarılan yönergeler, teknik açıdan iş güvenliği yönergeleri, tehlikeli maddelere karşı iş güvenliği yönergeleri ve sosyal açıdan iş güvenliği yönergeleri olarak üç başlıkta ele alınabilir⁵⁵. İşyerinde kullanılan malzeme ile makine araç ve gereçlerinin işçiler için güvenli olmasını amaçlayan teknik açıdan iş güvenliği yönergelerinde izlenen yol, öncelikle, genel asgari güvenlik koşullarının belirlenmesidir⁵⁶. İşyerindeki Güvenlik İşaretlerine İlişkin Üye Devletlerin Hukuki ve İdari Mevzuatlarının Uyumlaştırılması”na Dair 77/576 sayılı Yönerge, “Makineler Konusunda Üye Devletlerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması” Hakkında 89/392 sayılı Yönerge, “Makine, Araç ve Gereçlerde Bulunması Gerekli Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hakkında 89/655 sayılı Yönerge, 90/270 sayılı “Ekranlı Ünitelerde Çalışmaya İlişkin Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında” Konsey Yönergesi bu başlık altında belirtilebilecek yönergelerdir⁵⁷.

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği, çalışma koşullarının iyileştirilmesini, öncelikli politikaları kapsamında kabul etmekte, işin veya çalışmanın “insan-cıllaştırılması, işin insana ve insanın işe uyumunun sağlanması,” işyerinde rahat ve iyi bir çalışma ortamının yaratılması” günümüzde işçi sağlığı ve iş güvenliği politikalarının temel amaç ve hedefleri arasında yer almaktadır⁵⁸.

İş sağlığı ve güvenliği bugün, sadece, fiziksel anlamda sağlık ve güvenlik olarak algılanmamakta, çalışanın psikolojisini, sosyal durumunu etkileyen psikososyal riskler, cinsel taciz, stres gibi olgular da dikkate alınmaktadır⁵⁹. İş sağlığı ve güvenliği alanında yukarıda kısaca belirtmeye çalıştığımız hukuksal normlardan temellenen, “Çalışma koşullarının iyileştirilmesi”, “işte iyi olma durumu”, “psikososyal riskler ve tehlikeler” gibi değişik terimlerle ifade edilen ve aslında iş sağlığı ve güvenliği konusuna kapsamlı bir yaklaşım getirmeye yönelik çalışmalara önem verilmektedir⁶⁰. Ancak, konuya ilişkin hukuksal çer-

⁵³ Bayram, F.: Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hakim Olan İlkeler, Legal İSGHD, C.2, S.7, Yıl: 2005, s.1105; Özdemir, s.52

⁵⁴ Bkz.: Yılmaz, s. 74 vd.

⁵⁵ Bkz.: Tuncay, A.Can:“Avrupa Birliğine Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyum ve Yeni Yönetmelikler”, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri Semineri,<http://www.tisk.org/tiskhttp://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=1076> (22.05.2011).

⁵⁶ Tuncay, s. 8; Bayram, s.1106.

⁵⁷ Bu konuda bkz.: Bayram, s.1106.

⁵⁸ Güzel, İşyeri Hekimliği, s.11-13.

⁵⁹ Özdemir, s.16

⁶⁰ Valenduc G., Vendramin P.: La Technologie et L'évolution des Conditions de Travail, la Lettre Emerit, No. 60, mars 2010, <http://www.ftu-namur.org/fichiers/Emerit61.pdf>. (19.09.2015); Greenan N./Hamon-Cholet S./Moatty F./Rosanvallon J.: TIC et Conditions de Travail: les Enseignements de L'enquête “Changements Organisationnels et Informatisation”, Rapport de recherche, No.77, Centre D'études de L'emploi,,Paris, 2012, www.cee-recherche.fr/.../rapportsderecherche/77-tic-conditions-travail-ense.

çeve çizme ve bu yöndeki çalışmalar, aynı zamanda, tartışmaları ve belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir.

Gerçekten, sağlığı sadece bir hastalık ve sakatlığın olmaması olarak değil, bedensel, ruhsal ve sosyal açıdan tam bir iyilik hali içinde olma olarak yapılan tanım kabul gören bir tanım olmakla birlikte, tanımda yer alan fiziksel, ruhsal ve sosyal boyutlarının nasıl ölçüleceği ve tanımda yer alan terimlerin ne olduğu konusuna bütünüyle bir görüş birliği bulunmamaktadır⁶¹. “Sosyal yönden” ve “tam iyilik hali” terimleri bilinçli olarak kullanılmış terimlerdir. Tam iyilik hali”, mükemmeli hatta ideali ifade etmektedir ki, gerçekleşmesi çok zordur. “Sosyal yönden” terimi ise sağlığın kapsamını çok genişletmiştir. Örneğin, geçim sıkıntısı nedeniyle ya da iş ortamındaki çatışmalar nedeniyle bir kişide “tam iyilik hali” gerçekleşemiyorsa, sağlık da gerçekleşmiyor demektir⁶². Bu çerçevede, iyi olma hali kendi ve başkaları ile uyum halinde olma, sağlıklı mutlu olma hali ile ilgilidir. İşte iyi olma hali ise, çalışmanın içinde gerçekleştiği koşulları da bütünüyle ilgilendirir.

“İşte tam bir iyilik hali” içinde olma terimi dışında, psikososyal risk kavramı da bu çerçevede kullanılan bir terim olarak ortaya çıkmaktadır. Psikososyal riskler, yukarıda da belirttiğimiz üzere, iş sağlığı ve güvenliği alanının “yeni ve gittikçe artan” riskleri olarak tanımlanmaktadır. Stres başta olmak üzere çalışma ortamındaki psikososyal risklerin Avrupa ülkelerinde yaygınlığının fark edilmesiyle birlikte, konu ele alınmaya başlamıştır. Avrupa Birliğinde İş sağlığı ve güvenliği alanında çalışmaların özellikle odaklandığı güncel konular arasında psikososyal riskler özellikle dikkat çekmektedir. Sağlığın, fiziksel sağlık yanında zihinsel iyilik halini de kapsaması ve iş sağlığı ve güvenliğinde işverenin çalışanın sağlık ve güvenliğini korumakla yükümlü olması bu sonu doğurmaktadır. Psikososyal risklerle ilgili öne çıkan konular; Stres, stres kaynakları ve stres yönetimi, iş-yaşam dengesinin korunması, Yıldırma (mobbing), taciz ve şiddet, değişen çalışma modelleri ve artan iş yükünün etkileridir

Bu çerçevede Avrupa İş Sağlığı ve İş Güvenliği Ajansı gibi uluslararası kurumlar çalışan sağlığını etkileyen psikososyal risk etmenlerinin belirlenmesi ve önlenmesi amacıyla çalışmalar yapmakta⁶³, çeşitli programlar oluşturmaktadır⁶⁴. Bu çerçevede, Uluslararası Çalışma Örgütü Meslek Hastalıkları Liste-

(10.09.2015); Klein T./Ratier, D.: L'impact des TIC sur les Conditions de Travail, Note de synthèse No. 266, Centre d'analyse Stratégique, Paris 2012, s.207 vd, http://archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/raptic_web_light_final28022012.pdf.pdf. (25.01.2015).

⁶¹ Bu konuda bkz.:Somuncuoğlu, S.: “Kavramsal Açıdan Sağlık Hakkı”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.4, S.53, Sonbahar 1999, s.53 vd.

⁶² Fişek, N.: “Sağlık Yönetimi”, http://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html (13.10.2015); Kesgin,C/Topuzoğlu,A.:”Sağlığın Tanımı”, Journal of İstanbul Kültür Universty, 2006/3, s.47.

⁶³ Bu konularda bkz.: ESENER-Enquête européenne des entreprises sur les risques nouveaux et émergents, https://osha.europa.eu/.../en_esener1-summary. (02.08.2015). Daha iyi yaşam ve çalışma koşullarının planlanması ve elde edilmesine katkıda bulunmak üzere 1975 yılında kurulmuş olan bir Avrupa Birliği kurumu olan Eurofound'un, Avrupa'daki çalışma koşullarına genel bir bakış sunmak amacıyla, Avrupa Çalışma Koşulları Anketi yapmaktadır. Bu konuda yapılan çalışma ve anketler için bkz.: <https://www.eurofound.europa.eu/tr/surveys/ewcs>. Ayrıca, konuya ilişkin çalışmalar konusunda bkz.: www.healthy-workplaces.eu.

⁶⁴ Vatansever, s.119-120.

si'nde de, travma sonrası stres bozukluğu ve ayrıca, iş kaynaklı diğer ruhsal ve davranışsal sorunları içeren, "Zihin ve Davranış Bozuklukları"na yer verilmiştir (m.2.4).

Ülkemizde de, Anayasa başta olmak üzere değişik yasal düzenlemelerde, iş sağlığı ve güvenliği hakkını korumaya yönelik bir çok ilke ve kural yer almaktadır. Bu anlamda, her şeyden önce, Anayasanın sosyal devlet ilkesi (Any.m.2,5) iş sağlığı ve güvenliği koşullarını sağlama ödevini devlete yükler. Diğer yandan, Anayasanın 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı güvence altına alınmış, 56. maddenin 1. ve 3. fıkralarında herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bulunduğu, devletin herkesin yaşamını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Bunun gibi, kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağı (Any.m.50/I), küçüklerin, kadınların ve bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma koşulları bakımından özel olarak korunacakları hükme bağlanmıştır (Any.m.50/II). Ayrıca, Anayasada yer alan dinlenme hakkı da (Any.50/III), işçi sağlığını koruyan bir düzenleme niteliğindedir. Öte yandan, Anayasada, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip bulunduğu ve devletin bu güvenliği sağlayacak önlemleri alacağı ve teşkilatı kuracağı (AY.m.60) öngörülmüştür.

İş sağlığı ve güvenliğini korumayı amaçlayan bu Anayasal düzenlemelerin yanında, İş sağlığı ve güvenliği konusunda, Türk İş Hukuku oldukça geniş bir mevzuata sahiptir⁶⁵. Başta, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu olmak üzere, bir çok kanunda, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümler bulunmasının yanında, konuyla ilgili olarak, bazı Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri de ülkemiz tarafından onaylanmıştır. Ülkemizde, İş Sağlığı ve Güvenliği konusundaki temel yasa 20.06.2012 tarih ve 6331 sayılı İş Sağlığı Güvenliği Kanunu dur. Amacımız konuya ilişkin mevzuatı incelemek değildir. Ancak, inceleme konusuyla sınırlı olmak üzere bazı noktaların da üzerinde durmak istiyoruz.

Bu anlamda, 6331 sayılı İş Sağlığı ve güvenliği Kanunu, AB' nin 89/391 sayılı çerçeve direktifi ve ülkemizce kabul edilmiş olan 155 ve 161 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri de dikkate alınarak hazırlanmıştır. Kanun, çağdaş iş sağlığı ve güvenliği anlayışına paralel olarak önleme ve koruma düşüncesinden hareketle, işyerlerinde kapsamlı bir iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinin sağlanması, risk değerlendirmesi, önlemlerin belirlenmesi, denetleme, aynı çalışma alanında bulunan işverenler arasında koordinasyonun sağlanması gibi oldukça kapsamlı bir sistem öngörmüştür⁶⁶. Bu konuda çok sayıda yönetmelik yürürlüğe konulmuştur⁶⁷. Bu anlamda, Avrupa Birliği Konseyinin, "Ekranlı Araçlar ile Çalışmalarda Asgari Sağlık ve Güvenlik Koşullarına İlişkin 29 Mayıs 1990 tarih ve 90/270 EEC sayılı Konsey Yönergesi" esas alınarak hazırlanan, "Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik" işyerlerinde, genel anlamda bilgi ve iletişim teknolojilerinin özel olarak da, bilgisayar kullanımı ve bunun işçi üzerinde yarattığı iş sağlığı ve güvenliği sorunları ile ilgili, doğrudan önemli düzenlemeler getirmektedir.

⁶⁵ Bu konuda bkz.:Centel, Tankut: İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı, İstanbul 2005.

⁶⁶ Alpagut, G.: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", İÜHFM C. LXXII, S. 2, 2014 s. 31 vd.

⁶⁷ Bu konuda bkz.: Bayram, s.1107 vd.; Seratlı, G. Burcu: "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve İş Güvenliği", Legal İSGHD, C.2, S.7, Yıl: 2005, 1132-1133.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca işletmelerin risk değerlendirmesi yapmaları yasal bir zorunluluktur. 6631 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği alanının “psikososyal” boyutundan söz etmemektedir. Ancak, kanunda risk değerlendirmesi yapmak bir zorunluluk olarak öngörölmüştür. 6331 sayılı Kanun’da, risk değerlendirme, işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmalar olarak tanımlanmaktadır (m.3/I-ö). 6331 sayılı kanunun hemen sonrasında çıkan “İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği” içerisinde çalışma ortamında bulunan tehlikelerin tanımlanması aşamasında fiziksel, kimyasal, biyolojik, ergonomik ve benzeri tehlike kaynaklarının yanı sıra psikososyal etmenlerin de dikkate alınması gerekliliği açıkça belirtilmektedir. Aslında psikososyal riskler konusu, Türkiye’de son yıllarda gerek Çalışma Bakanlığı gerekse konuyla ilgili araştırmacılar tarafından gündeme getirilmektedir⁶⁸. Özellikle, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, psikososyal risk kapsamında değerlendirilen riskler; hukuki planda, psikolojik taciz, cinsel taciz kavramları üzerinden ele alınmaktadır. Bu anlamda Borçlar Kanununda işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin düzenlemeler (B.K.m.417), İş Kanununda yer alan cinsel tacize ilişkin düzenlemeler (İş K. M.24/II-d, İş K.m.25/II-c) konuya ilişkin olarak yapılan somut düzenlemeler kapsamında yer alır.

IV- Genel Değerlendirme

Tekerleğin icadından günümüze kadar olan süreçte devam eden teknolojik değişim ve ilerlemeler kuşkusuz insanın yaşamını kolaylaştırmaktadır. İnsanın makine ile olan ilişkisi, insanın yaptığı çalışmaları makinalara yaptırması, insanoğlunun bu yöndeki çabaları, daha rahat, daha iyi yaşaması, refah içinde yaşaması yönündeki çabalarının bir sonucu olarak devam etmektedir. Ancak, çalışmada beden gücünün yerine makine kullanılması, nihayetinde bu makinaları yapan ve son kertede bu makinaları faaliyete geçiren olarak önemini ve varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Hukukun da bu duruma kayıtsız kalması düşündürülemez, Hele, iş sözleşmesinin hem öznesi ve hem de konusu olan işçinin sağlığının ve güvenliğinin söz konusu olduğu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun da bu konuya bigane kalması olanaksızdır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, teknolojik gelişmenin, iş gücünün niteliğinde yaşanan değişmelerin, sektörel bazda ortaya çıkan trendlerin, dünya ekonomisinde yaşanan yapısal değişmelerin, yeni işletme ve iş organizasyonlarının dünden bugüne gelişerek gelmiş işçi ve işveren ilişkilerini düzenleyen İş Hukukuna ve bu arada iş sağlığı ve güvenliğine yeni boyutlar getirmekte oluşu çok ciddi bir gelişme olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle, günümüzde de, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda daha kapsamlı bir anlayışın olduğunu söylemek yanılıcı olmayacaktır. İş sağlığı ve güvenliği alanında tazmin edici, koruyucu önlemlerin yanında, “çalışma koşullarının iyileştirilmesi”, “işte iyi olma durumu”, “psikososyal riskler ve tehlikeler” gibi değişik terimlerle ifade

⁶⁸ Bkz.: Vatansever, s.117 vd; Çakmak, A.F, Ofluoğlu, G. ve Büyükyılmaz, O.:" İnsan kaynakları Yöneticisinin Karşı Karşıya Olduğu Yeni Psikososyal Riskler: Psikolojik Sözleşmenin İhlali, Yaşlanan İşgücü, İş ve Özel Yaşam Dengesizliği ve Mobbing (Psikolojik Taciz)", Kamu-İş, C.13, S.3, 2012,s. 53 vd.

edilen ve aslında iş sağlığı ve güvenliği konusuna kapsamlı bir yaklaşım getirmeye yönelik çalışmalara önem verilmektedir.

KAYNAKÇA

Adam, P.: "La Prise en Compte des Risques Psychosociaux par le Droit du Travail Français", Droit Ouv., Juin 2008.

Alpagut, Gülsevil:"6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", İÜHFİM C. LXXII, S. 2, 2014.

Aksoy, Beyhan: "Bilgi Teknolojileri ve Yeni Çalışma İlişkileri", Ege Akademik Bakış, C. 12, S. 3, Temmuz 2012.

Aktan, C. Can./Vural İstiklal,Y.: "Yeni Ekonomi", MESS Mercek Dergisi, Ekim 2004. Güloğlu, T./Sertkan, M.:"Yeni Teknolojilerin Çalışma İlişkilerine Etkileri", Prof.Dr. Kamil Turan'a Armağan, Kamu-İş, C.7, S.2, Ankara 2003.

Aktay, N./Arıcı, K./Senyen-Kaplan,E.Tuncay: İş Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2009.

Alp, Mustafa: "Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 6, Sayı: 1, 2004.

Alpar, Bülent, M.:" İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 Sayılı İLO Sözleşmesi ile İlgili Çalışma Hayatı Mevzuatı", Kamu-İş, C.7, S.2, 2003.

Balkır,Z.Gönül: "İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu", Sosyal Güvenlik Dergisi, C.2.S.1,2012.

Bayram, Fuat: Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hakim Olan İlkeler, Legal İSGHD, C.2, S.7, Yıl: 2005.

Bressol, Elyane: Organisations Du Travail Et Nouveaux Risques Pour La Santé Des Salariés, Avis Et Rapports Du Conseil Economique et Social, Rapport Présenté par Mme Elyane Bressol, 2004, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000702.pdf>. (18.10.2011).

Caroly, Sandrine: « Les Mutations du Travail Face aux Défis Technologiques: Quelles Incidences sur la Santé ? », Perspectives Interdisciplinaires sur le Travail et la Santé [En ligne], 9-2 | 2007, <http://pistes.revues.org/2993> (05.08.2015)

CAS (Centre d'Analyse Strategique): L'Impact des TIC sur les Conditions de Travail, Direction Générale de Travail, Rapports et Documents, No: 49, La Documentation Francaise, (Travaux coordonné par Tristan Klein et Daniel Rattier) Paris, Février 2012, http://archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/raptic_web_light_final28022012.pdf.pdf.pdf. (25.01.2015), (CAS, L'Impact des TIC).

CEE (Centre D'Etudes de l'Emploi): TIC et Conditions de Travail, Rapport de Recherche, Juin 2012, www.cee.recherche.fr. (21.04.2015).

Centel,T./Demircioğlu, M.: İş Hukuku, 17.Bası,İstanbul 2013.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2009.

Demircioğlu, Murat: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de İşçi Sağlığı ve İşyeri Hekimliği" Kamu-İş Dergisi, C.4, S.2, 1997.

Douillet,,Philippe: "Risques Psychosociaux": Un Concept Opérant...Pour Transformer L'Organisation du Travail?, Nouvelle Revue de Psychosociologie, No.4, 2010/2.

Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1984.

Ekonomi, Münir: "İş Hukukunda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler, Esneklik Toplantısı, ÇMİS (Antalya Club-Hotel Sirene, 27-30 Nisan 1995) Ankara 1995 (Esnekleşme Gereği).

Erdut, Tijen: Yeni Teknolojilerin İş İlişkileri Üzerindeki Etkisi, Tühis yay., İzmir 1998 (Yeni Teknolojiler).

Erdut, Tijen: "İstihdam ve İstihdam Edilebilirlik", Mercek Dergisi, Temmuz 2002.

ESENER-Enquête Européenne des Entreprises sur les Risques Nouveaux et Emergents, https://osha.europa.eu/.../en_esener1-summary. (02.08.2015).

Fişek, Nusret: "Sağlık Yönetimi", http://www.ttb.org.tr/n_fisek/ki-tap_1/33.html (13.10.2015).

Gomez, Pierre-Yves/Chevallet, Romain: "Impacts des Technologies sur la Santé au Travail", Revue Française de Gestion, Vol.214, No.5, 2011.

Greenan N./Hamon-Cholet S./Moatty F./Rosanvallon J.: TIC et Conditions de Travail: les Enseignements de L'enquête "Changements Organisationnels et Informatisation", Rapport de Recherche, No.77, 2012, Centred'études de l'emploi, Paris. www.cee-recherche.fr/.../rapportsderecherche/77-tic-conditions-travail-ense. (10.09.2015).

Güloğlu, T./Sertkan, M.: "Yeni Teknolojilerin Çalışma İlişkilerine Etkileri", Prof.Dr. Kamil Turan'ın Armağan, Kamu-İş, C.7, S.2, Ankara 2003.

Güzel, Ali: "Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İş yeri Hekimliği Sempozyumu, TBB yay., Ankara 2003 (İş yeri Hekimliği)

Güzel, Ali: "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997 (Fabrikadan İnternete).

Güzel, Ali: "Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin "İntuitus Personae" Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek", Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996 (İntuitus Personae).

Güzel, Ali: "Avrupa Topluluğu Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı", Çimento İşveren, C.6, S.3, 1992 (Temel sosyal Haklar).

Jeammaud, A.: "Les Droits du Travail à L'épreuve de la Mondialisation", Dr. Ouv., Juin 1998.

Klein T./Ratier D.: L'impact des TIC sur les Conditions de Travail, Note de Synthèse, No. 266, Centre D'analyse Stratégique, Paris 2012, http://archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/raptic_web_light_final28022012.pdf.pdf. (25.01.2015).

Kesgin, C/Topuzoğlu, A.: "Sağlığın Tanımı", Journal of İstanbul Kültür Universty, 2006/3.

Kuban, Arzu: "Yeni İstihdam Türleri Açısından İşçi Kavramı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, GSÜ/İB Tarafından Düzenlenen Sempozyum, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına, İstanbul 1997.

Lerogue, Loic: "Les Cadres Face Aux Tıc: Quels Risques Psychosociaux (RPS) Au Travail", <http://anglesdroit.hypotheses.org/1528> (10.07.2015).

Miné, Michel: “Les Risques Psychosociaux Saisis par le Droit”, Nouvelle Revue de Psychosociologie, No. 10, 2010/2.

Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2004.

Oğuz, Özgür: AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2010.

Önal, Buhara: “Küreselleşmenin İş Sağlığına Etkisi”, Türk Tabipler Birliği, Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, Ocak 2001.

Okur, Zeki: “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşyerinde Bilgisayar Kullanımı ve İşverenin Yükümlülükleri”, Çimento İşveren, C.20, S.2, Kasım 2006.

Özcan, E./Kesiktaş, N.: “Mesleki Kas ve İskelet Hastalıklarından Korunma ve Ergonomi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, Sayı: 34, Yıl 7, Özel Sayı, Nisan-Mayıs-Haziran 2007.

Özdemir, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014.

Radé, Christophe; “Nouvelles Technologies de L’information et de la Communication et Nouvelles Formes de Subordination”, Dr. Soc., No.1, janv.2002.

Ray, J.Emmanuel : “De la Sub/ordination à la Sub/organisation”, Dr.Soc., Janvier 2002 (Sub/ordination).

Ray, J, Emmanuel.: “Nouvelles Technologies, Nouveau Droit du Travail”, Dr. Soc., juin 1992.

Seratlı, G. Burcu: “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve İş Güvenliği”, Legal İSGHD, C.2, S.7, Yıl: 2005.

Somuncuoğlu, Sinem: “Kavramsal Açından Sağlık Hakkı”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.4, S.53, Sonbahar 1999.

Supiot, Alain :Critique du Droit du Travail, Quadrige/Puf, Paris 2002 (Critique du Droit).

Supiot, Alain: “Travail, Droit et Technique”, Dr. Soc., Janvier 2002 (Travail et Technique)

Sümer, H.Hadi: İş Hukuku, 19.Baskı, Konya 2014.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2005.

Şakar, Müjdat İş Hukuku Uygulaması, 6.Baskı, İstanbul 2005.

Tuncay, A.Can: “Avrupa Birliğine Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyum ve Yeni Yönetmelikler”, İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri Semineri, <http://www.tisk.org/tiskhttp://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=1076> (22.05.2011).

Tunçomağ, K./Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, 5.Bası, İstanbul 2008.

Uluslan, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990.

Vatansever, Çiğdem: “Risk Değerlendirme’de Yeni Bir Boyut: Psikososyal Tehlikeler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1

Vendramin, Patricia/Valenduc, Gérard: Technologies de L’Information et de la Communication, Emploi et Qualité du Travail, Avril 2002, <http://www.ftu-namur.org/fichiers/ticqualitedutravail-onkelinx.pdf> (05.09.2015). (Technologies de L’Information)

Vendramin, Patricia/Valenduc, Gérard: La Technologie et L'évolution des Conditions de Travail, La Lettre EMERIT, No. 60, mars 2010, <http://www.ftu-namur.org/fichiers/Emerit61.pdf>. (19.09.2015)

Yılmaz, Fatih: Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi, Doktora tezi, İstanbul 2009.

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ HİZMETLERİNİN DIŞARIDAN TEMİNİ

Araş. Gör. Ebru Karabacak*

I. GENEL OLARAK

İş sağlığı ve güvenliği alanına özgü ayrı bir kanun çıkarılmadan önce bu alana ilişkin hükümler 4857 sayılı İş Kanununda¹ yer almaktaydı. İş Kanununda yer alan bu hükümler ve çeşitli konularda çıkarılmış bulunan yönetmelik ve tebliğlerle işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktaydı².

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kapsamlı düzenlemeler yapmak ve dağılık olarak mevzuatta yer alan hükümleri tek bir özel kanunda toplamak amacıyla 2012 yılında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu³ kabul edilmiştir⁴. Bu kanunla iş sağlığı ve güvenliği alanında köklü değişiklikler yapılmıştır.

Bu kanunla yapılan kanımızca en önemli değişiklik, iş sağlığı ve güvenliğinin iki boyutunu oluşturan koruyucu ve önleyici politikalar geliştirilmesi ile zararların tazmininden klasik görüş olan zararların tazminine ağırlık verme yolunun terk edilip, modern görüş olan koruyucu ve önleyici politikalara ağırlık verilmesi yolunun benimsenip, bu görüş çerçevesinde düzenlemelere yer veril-

[#] Hakem denetiminden geçmiştir.

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ R.G. 10.06.2003, 25134.

² 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu kanuna dayalı olarak çıkarılan ve AB direktiflerinin birebir çevirileri niteliğinde olan bu yönetmeliklerin birçoğu, Danıştay tarafından üst norm niteliğinde düzenleme olmaksızın bu alanın yönetmeliklerle düzenlenmesi nedeniyle iptal edilmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin (R.G. 09.12.2003, 25311) iptal edilmesine karar verilen Danıştay kararı için bkz. Dan. 10. D. T. 16.05.2006, E. 2004/942, K. 2006/3007, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 30.04.2015. Bu iptal kararları üzerine İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü hazırlanmış daha sonra tüzükten de vazgeçilerek kanun tasarısı hazırlanmıştır. 2007 yılında hazırlanan bu kanun tasarısı da çeşitli nedenlerden dolayı yasalaşamamıştır. İş sağlığı ve güvenliği alanında yaşanan bu mevzuat karışıklığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer EKMEKÇİ, 4857 sayılı İş Kanununa Göre İşyerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Örgütlenmesi, İstanbul: Legal, 2005, s. 19-36.

³ R.G. 30.06.2012, 28339.

⁴ Kadir ARICI, "İş Sağlığı ve Güvenliği", İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Ankara: Kamu-İş., 2013, s. 123. Doktrinde daha önce de iş sağlığı ve güvenliği alanının özel bir kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmekteydi. EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, s. 31; Sarper SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, Ankara: Savaş Yayınları, 1985, s. 62; Gaye Burcu SERATLI, "4857 sayılı Kanuna Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", AÜHF.D., C. 53, S.2, 2004, s. 199.

mesidir⁵. Önlemenin her zaman zararların tazmininden daha ucuz olduğu bilinmektedir.

6331 sayılı Kanun uygulama alanı bakımından oldukça kapsayıcı bir düzenlemedir. Kanunun 'Kapsam ve istisnalar' başlıklı 2. maddesinin ilk fıkrasına göre, "Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır." Yine kanunda 'işçi' kavramı yerine 'çalışan' kavramı⁶ benimsenerek, kanunun uygulanacağı kişilerin kapsamı oldukça genişletilmiştir⁷. Bu kapsamda, 4857 sayılı İş Kanuna tabi olan işçilerin yanı sıra Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanununa tabi olanlar hakkında ve ayrıca kamu görevlileri hakkında da 6331 sayılı Kanun uygulanacaktır⁸.

Kanunla getirilen önemli değişikliklerden biri de işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesinde ya da dışarıdan hizmet alınmasında aranan elli işçi koşulunun artık aranmamasıdır⁹. 4857 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan 81. maddesine göre, elli ya da daha fazla işçi çalıştıran işverenler bir veya birden fazla işyeri hekimi, bu işin aynı zamanda sanayiden sayılan işlerden olması halinde iş güvenliği uzmanı görevlendirmek veya ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden bu hizmeti almakla yükümlü tutulmuştur. 6331 sayılı Kanunda ise 4857 sayılı Kanundan farklı olarak çalışan bakımından sayı sınırlaması getirilmeksizin ve ayrıca iş güvenliği uzmanı bakımından işyerinde yapılan işin sanayiden sayılan işlerden olması koşulu aranmaksızın işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanını görevlendirme veya hizmet satın alınması şeklinde istihdam etme yükümlülüğü getirilmiştir (md. 6/1 b. a). Tek bir çalışmanı bulunan işveren dahi işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı istihdam etmek zorundadır.

Görüldüğü üzere önceden elli veya daha fazla çalışmanı bulunan işverenler bakımından söz konusu olan yükümlülük şimdi tüm işverenler bakımından söz konusudur. Sosyal Güvenlik Kurumunun 2013 yılı istatistiklerine göre, 5510 sayılı Kanun md. 4/1 b. a kapsamında sigortalı olanları çalıştıran 1.611.292 işyerinden 1.579.742'sinde elliden az md.4/1 b. a kapsamında sigortalı çalıştı-

⁵ Erdem ÖZDEMİR, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara: Vedat, 2014, s. 147; Nuri ÇELİK, Nurşen CANIKLIOĞLU, Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul: Beta, 2014, s. 215.

⁶ Çalışan kavramı tanımlar başlıklı 3. maddede, 'kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi' olarak tanımlanmaktadır.

⁷ Kanunun uygulanmayacağı istisnai nitelikte bazı işler ve kişiler 2. maddenin ikinci fıkrasında sayılmaktadır.

⁸ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 894; A. Murat DEMİR-CİOĞLU, Hasan Ali Kaplan, "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 30, Aralık 2013, s. 7; Gülsevil ALPAGUT, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi", İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Tisk Yayını, 2012, s. 25; Erol AKI, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri", DEÜHFD. C. 15, Özel Sayı, 2014, s. 7.

⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 220. DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, s. 9. Gülsevil ALPAGUT, "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", İÜHFİM., C. LXII, S. 2, 2014, s. 36.

ılmaktadır¹⁰. Bu rakamlara göre elli ve üzeri md. 4/1 b. a kapsamında sigortalı sayılanları çalıştıran işyerleri tüm işyerlerinin ancak %2'sini oluşturmaktadır.

4857 sayılı Kanun döneminde işyerlerinin %2'si bakımından söz konusu olan işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü, 6331 sayılı Kanunla artık tüm işyerleri bakımından söz konusudur¹¹. Bu ise yeterli sayıda işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının olup olmadığı sorusunu akıllara getirmektedir¹².

6331 sayılı Kanunun md. 6/1 b. a' da iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi bakımından üç yöntem öngörülmüştür.

İşveren çalışanları arasında bu hizmetlerin görülmesi için aranan niteliklere sahip personel bulunması halinde onları görevlendirerek bu hizmetlerin yerine getirilmesini sağlayabilir. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarında işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı niteliğini haiz olan personeller, asli görevlerinin yanı sıra belirlenen çalışma süresine riayet ederek çalışmakta oldukları kurumda veya ilgili personelin muvafakati ve üst yöneticinin onayı ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilebilir (6331 sayılı Kanun md. 8/7).

Belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması işyerinin tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınmak suretiyle kendisi de bu hizmetlerin yerine getirilmesini üstlenebilir. Bu bende 2014 yılında 6552 sayılı Kanunla¹³ eklenen hükme göre, belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olmasa bile işveren veya işveren vekili Bakanlıkça ilan edilecek olan eğitimleri tamamlaması şartıyla, işe giriş ve periyodik muayeneler ve tetkikler hariç iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini kendileri yerine getirebilir¹⁴. Ancak bu imkân yalnızca ondan az çalışanı bulunan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyeri işverenleri ve işveren vekilleri bakımından öngörülmüştür.

Son olarak, işveren bu iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir. Çalışma konumuz olan iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temini hususunun yasal dayanağını bu madde oluşturmaktadır. Kanımızca 6331 sayılı Kanun gereği işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı ihtiyacının karşılanmasında, ortak sağlık ve güvenlik birimleri önemli rol oynayacaktır.

¹⁰ http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/tr/kurumsal/istatistikler/sgk_istatistik_yilliklari, (Çevrimiçi), 20.01.2015. Bu adreste, işyerlerinde çalıştırılan 5510 sayılı Kanun md. 4/1 b. c kapsamında sigortalı sayılanlara ilişkin verilere ulaşılamamıştır. O nedenle yalnızca 5510 sayılı Kanun md. 4/1 b. a kapsamında sigortalı çalıştıran işyerleri bakımından değerlendirme yapılmıştır.

¹¹ 6331 sayılı Kanunun uygulanma kapsamı açısından 4857 sayılı Kanuna nazaran daha geniş olduğundan, örneğin artık kamu görevlileri de 6331 sayılı Kanuna tabi olduklarından, ihtiyaç duyulan işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı sayısı 4857 sayılı Kanun dönemine nazaran çok daha fazladır.

¹² Nurşen CANIKLIOĞLU, "İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı", İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Tisk Yayını, 2012, s. 44; Ufuk AYDIN, "İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarısı Üzerine", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, Haziran 2012, s. 15; ALPAGUT, "Risk Değerlendirmesi", s. 32. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 223.

¹³ R.G. 11.09.2014, 29116 (Mükerrer).

¹⁴ "İşyerlerinde İşveren veya İşveren Vekili Tarafından Yürütülecek İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerine İlişkin Yönetmelik". R. G. 29.06.2015, 29401.

Madde metninde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamının ya da bir kısmının dışarıdan temininden bahsedilmektedir. Örneğin işveren çalışanları arasında işyeri hekimi niteliğinde personeli olması halinde onu görevlendirerek iş sağlığı hizmetini yerine getirirken, iş güvenliği uzmanı bakımından ortak sağlık ve güvenlik birimine başvurması mümkündür¹⁵. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin bir kısmının ortak sağlık ve güvenlik biriminden sağlanmasına ilişkin düzenleme bu gibi uygulamalara imkân tanımaktadır.

İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temininde tek yetkili birim ortak sağlık ve güvenlik birimi değildir. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği¹⁶ md. 17/7'e göre, belirli şartları gerçekleştirilmesi halinde toplum sağlığı merkezleri de iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunabilir. Çalışmamız kapsamında önce 6331 sayılı Kanundan önceki dönemde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temini hususuna kısaca değinilecek, daha sonra 6331 sayılı Kanun dönemindeki uygulamaya yer verilecektir. Bu kapsamda ortak sağlık ve güvenlik birimleri ve toplum sağlığı merkezlerinin kuruluşları, fiziki özellikleri, istihdam ettikleri personel ve işveren ile aralarındaki hukuki durum gibi hususlara değinilecektir.

II. 6331 SAYILI KANUNDAN ÖNCEKİ DÖNEM

4857 sayılı Kanunun ilk halinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temini hususunda bir düzenleme mevcut değildi. 2003 yılında yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin çeşitli maddelerinde yer alan düzenlemelerle, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan teminine imkân tanınmaktaydı¹⁷. Ancak bu Yönetmelik 2006 yılında Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Daha sonra hazırlanan ancak kabul edilip yürürlüğe girmeyen İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzük Taslağı ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısında da bu yönde hükümler yer almaktaydı¹⁸.

İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan teminine ilişkin kanunda yer alan ilk düzenleme 5763 sayılı Kanunla¹⁹ yapılmıştır. 5763 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce işyeri hekimleri 81. maddede iş güvenliği uzmanları 82. maddede düzenlenmekteydi. 5763 sayılı Kanunun 4. maddesiyle ilk önce iş

¹⁵ Kasım ÖZER, "Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin Yetkilendirilmesi Uygulaması", "İşyeri ve Ortak Sağlık Güvenlik Birimleri Mevzuatı Açısından İşveren Yükümlülükleri" Semineri, 17 Aralık 2009, Tisk Yayını, 2010, s. 41.

¹⁶ R.G. 29.12.2012, 28512.

¹⁷ Yönetmelik md. 5/1 b. b: "İşverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyeri dışındaki uzman kişi veya kuruluşlardan hizmet alması bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." Yönetmelik md. 7/1 b. c: "İşyerinde bu görevleri yürütebilecek nitelikte personel bulunmaması halinde, işveren dışarıdan bu konuda yeterli belge olan uzman kişi veya kuruluşlardan hizmet alır." Yönetmelik md. 7/1 b.d: "İşveren hizmet aldığı kişi veya kuruluşlara, işçilerin sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel faktörler hakkında bilgi verir. Bu kişi veya kuruluşlar, bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesinin (b) bendinde sözü edilen işçiler ve bu işçilerin işverenleri hakkındaki gerekli bilgilere de ulaşabilmelidirler." Yönetmelik md. 7/1 b. h: "İş sağlığı ve güvenliği konularında hizmet verecek kişi ve kuruluşların nitelikleri ve belgelendirilmesi ile işverenin sorumluluğu hangi hallerde üstlenebileceği ile ilgili usul ve esaslar Bakanlık tarafından belirlenir."

¹⁸ Ömer EKMEKÇİ, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007, s. 27.

¹⁹ R.G. 26.05.2008, 26887.

sağlığı ve güvenliği hizmetleri başlığı altında bu iki madde 81. maddede birleştirilmiştir. 81. maddeye eklenen ikinci fıkrada yer alan “İşverenler, bu yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını, bünyesinde çalıştırdığı ve bu maddeye dayanılarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilen vasıflara sahip personel ile yerine getirebileceği gibi, işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak da yerine getirebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluklarını ortadan kaldırmaz.” hükmü ile de iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temini hususu yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

Daha sonra 2009 yılında 4857 sayılı Kanun md. 81’e dayanılarak “İşyeri Sağlık Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır²⁰. Ancak bu yönetmelik, 2010 yılında çıkarılan “İş sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği” ile yürürlükten kaldırılmıştır²¹. 2009 yılında çıkarılan Yönetmeliğe dayanılarak “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ” hazırlanmış, bu tebliğ ise 2012 yılında yürürlükten kaldırılmıştır²².

6331 sayılı Kanundan önce iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temini hususundaki mevzuat sonuç olarak 4857 sayılı Kanununun 81. maddesi, 2010 yılında çıkarılmış olan “İş sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği” ve “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ”den oluşmaktaydı.

III. 6331 SAYILI KANUN DÖNEMİ

A. ORTAK SAĞLIK VE GÜVENLİK BİRİMLERİ

1. GENEL OLARAK

İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri uzmanlık gerektiren işlerdendir²³. Bu nedenle bu hizmetin dışarıdan sağlanmasına imkân tanınması gerektiği kanunda düzenleme bulunmadığı dönemde dahi savunulmaktaydı²⁴. Ortak sağlık ve güvenlik birimleri ise iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temininin temel taşıını oluşturmaktadır. Bu nedenle ayrıntılı olarak incelenecektir.

2015 yılı itibarıyla ülkemizde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yetkilendirilmiş 2096 tane ortak sağlık ve güvenlik birimi bulunmaktadı²⁵. Ortak sağlık ve güvenlik birimleri özellikle küçük işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanmasında bir alternatif oluşturmaktadırlar²⁶. Bu alter-

²⁰ R.G. 15.08.2009, 27320.

²¹ R.G. 27.11.2010, 27768.

²² “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tebliğ” ile yürürlükten kaldırılmıştır. R.G. 17.05.2012, 28295.

²³ AYDIN, s. 15. EKMEKÇİ, “Kanun Tasarısı Taslağı”, s. 27.

²⁴ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, s.152. Aksi görüş Pevrul KAVLAK, “İş Sağlığı ve Güvenliği Piyasasının İnsafına Birakılmamalı”, MERCEK, Ocak 2012, s.38 vd; ARICI’ya göre iş sağlığı ve güvenliği hizmetinin dışarıdan temini suiistimale açık bir konudur. Bu nedenle kapsamı kademeli olarak genişletilmesi daha yararlı olabilir. “İş sağlığı ve Güvenliği”, s. 123.

²⁵ <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/isggm.portal?page=ydb>, (Çevrimiçi), 20.05.2015.

²⁶ ÖZDEMİR, s. 157. Fatih YILMAZ, “Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri ve Örgütlenmesi: Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, Kamu-İş, C. 11, S. 2, 2010, s. 108-109. Yazara göre, dışarıdan hizmet alımı-

natifte küçük işyerleri işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanını bünyesinde çalıştırmaları halinde söz konusu olacak işçilik maliyetleri yerine daha az miktarda ödeme yaparak iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yerine getirme imkânına sahip olmaktadır. Ancak bu birimlerin bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Öncelikle rekabet nedeniyle iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulmasında kalite düşmüş ve bu birimlerde çalıştırılan personelin ücret ve diğer sosyal hakları oldukça yetersiz hale gelmiştir. Ayrıca yeterli denetim sağlanamadığından, sözleşme yapılan işverenin işyerine gidilmeden kâğıt üzerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunulmuş gibi gösterilebilmektedir²⁷.

Ortak sağlık ve güvenlik birimine ilişkin esaslar 6331 sayılı Kanun ve “İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği”nde²⁸ düzenlenmektedir. Yönetmelikte fiziki alandan yetkilendirmeye kadar neredeyse her hususta ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek ortak sağlık ve güvenlik birimleri hakkında belirli standartlar oluşturulmaya çalışılmaktadır²⁹.

6331 sayılı Kanununun tanımlar başlıklı 3. maddesinin m bendinde “*Kamu kurum ve kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ile Türk Ticaret Kanununa göre faaliyet gösteren şirketler tarafından, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen birim*” olarak tanımlanmaktadır. Yine aynı Kanunun 6. maddesinin b bendine göre, işveren çalışanları arasında iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yerine getirmek için belirlenen nitelikleri haiz personelinin bulunmaması halinde, bu hizmetlerin tamamını ya da bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet olarak yerine getirebilir. Maddenin lafzından, işverenin öncelikle varsa çalışanları arasından görevlendirme yaparak bu hizmeti yerine getirmesi, çalışanları arasında bu nitelikte personel bulunmaması halinde ortak sağlık ve güvenlik birimlerine başvurabileceği gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. İşverenin ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin başvurmasının ön koşulu, çalışanları arasında bu nitelikte personelin bulunmaması olarak anlaşılmaktadır. Ancak kanımızca işverene bu anlamda serbesti tanınarak, çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personeli olsa dahi ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alması imkânını sağlamak ve maddeyi bu şekilde yorumlamak gerekir³⁰. Aynı zamanda işverenin belirlenen niteliklere ve belgeye sahip

nın ve ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin işyerinde yerine getirilmesi zorunlu olan görevlerin bir alternatifi olarak görülmesi kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.

²⁷ İzmir Tabip Odası tarafından hazırlanan “Ülkemizde İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında İlk Yılında OSGB Gerçekleri” adlı Rapor, http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/OSGB_rap.pdf, (Çevrimiçi), 25.05.2015. Murat ÖZVERİ, “Ortak Sağlık Güvenlik Birimi nedir, ne değildir?”, <http://www.evrensel.net/haber/91678/ortak-saglik-guvenlik-birimi-nedir-ne-degildir>, (Çevrimiçi), 25.05.2015. ÖZDEMİR, s. 157.

²⁸ R.G. 29.12.2012, 28512.

²⁹ Ömer EKMEKÇİ, “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerine İlişkin Genel Esaslar”, ‘İşyeri ve Ortak Sağlık Güvenlik Birimleri Mevzuatı Açısından İşveren Yükümlülükleri’ Semineri, 17 Aralık 2009, Tisk Yayını, 2010, s. 28. Altan ÇETİNKAL, “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Alanında Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, MESS Mercek Dergisi, Nisan 2011, s. 177.

³⁰ EKMEKÇİ, “Kanun Tasarısı Taslağı”, s. 27-28. Saim OCAK, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun İstihdama Etkisi”, LİSGHD., C. 10, S. 37, 2013, s. 80; A. Murat DEMİR-CİOĞLU, “İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağı’nın İncelenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007, s. 14.

personeli olsa dahi personel hukuki ve cezai yönden sorumluluk taşımamasını gerektiren bu görevi kabul etmek zorunda değildir. İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı olarak çalışmak, çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil eder ve 4857 sayılı Kanun md. 22 gereğince işçinin rızasının alınmasını gerektirir³¹.

Ortak sağlık ve güvenlik birimleri sözleşme yaptıkları işyerlerinin tehlike sınıfı ve çalışan sayısına göre belirlenen sürelerden az olmamak kaydıyla iş sağlığı ve güvenliği hizmetini yürütürler (İSGH. Yön. md. 12/4).

2. KURULUŞ VE YETKİLENDİRME

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin kurulabilmesi ve hizmet sunabilmesi için ilk olarak bünyesinde tam süreli iş sözleşmesi ile işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli istihdam etmek zorundadır (İSGH. Yön. md. 12/1).

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin hizmet sunabilmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından yetki belgesi alması gerekmektedir. Yetki belgesi almadan Yönetmelik kapsamında belirtilen faaliyetleri yapmaları mümkün değildir (İSGH. Yön. md. 17/4).

Yetki belgesi için başvuru E-devlet kapısı üzerinden yapılır (İSGH. Yön. md. 16/1)³². E-devletin iki günden fazla çalışmaması halinde doğrudan veya posta yoluyla başvuru yapılabilir. Başvuru dosyasında şu belgeler bulunur; a) Ticari şirketler için tescil edildiğini gösteren Ticaret Sicil Gazetesi ve imza yetkisi olanları gösteren imza sirküleri, b) Tam süreli görevlendirilen kişilerin iş sözleşmeleri veya görevlendirme belgeleri ile bu kişilere ait işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanlığı, diğer sağlık personeli belgeleri bu kişiler ortak sağlık ve güvenlik birimi sahibi veya ortağı ise tam süreli çalışacaklarına dair taahhütname, c) Ortak sağlık ve güvenlik biriminin sorumlu müdürünün kabul şerhli görevlendirme yazısı, bu kişi şirket sahibi veya ortağı ise sorumlu müdürlük taahhütnamesi, ç) Faaliyet gösterilecek yere ait olan yapı kullanma izin belgesi, d) Faaliyet gösterilecek yere ait olan ve yetkili makamlarca verilen ada, pafta, parsel bilgilerini gösteren numarataj veya adres tespit belgesi, e) Faaliyet gösterilecek yere ait tapu senedi ile birlikte kira sözleşmesi veya intifa hakkı belgesi, f) Faaliyet gösterilecek yere ait olan ve bu Yönetmelikte belirtilen bütün bölümlerin yer aldığı inşaat teknikeri, mimar veya inşaat mühendisi tarafından onaylanmış 1/100 ölçekli plan, g) İlgili mevzuata göre faaliyet gösterilecek yerde yangına karşı gerekli tedbirlerin alındığına ve bu yerde ortak sağlık ve güvenlik birimi açılmasında sakınca olmadığına dair yetkili merciler tarafından verilen belge, ğ) Tapu kütüğünde mesken olarak kayıtlı bir gayrimenkulde ortak sağlık ve güvenlik biriminin faaliyet gösterebileceğine dair kat malikleri kurulunun oybirliğiyle aldığı karar örneği (İSGH. Yön. md. 16/1 b. a)³³.

³¹ OCAK, "İstihdama Etki", s. 80. SÜZEK, İş Hukuku, s. 928. ÖZDEMİR, s. 150.

³² E-devlet kapısı üzerinden yetki belgesi için başvurma imkânı, Yönetmeliğin 16. maddesinde 18.12.2014 tarihinde yapılan değişiklikle (R.G. 18.12.2014, 29209) getirilmiştir. Ancak yetki belgesi için başvuru talebi, e-devlet sistemi yetki belgesi başvurusu alt yapısı kurulana kadar yine doğrudan veya posta yoluyla yapılacaktır. Alt yapı tamamlandığında, bu husus İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünce duyurulacaktır (İSGH. Yön. geç. md. 3/1)

³³ İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinin 16. maddesinde 18.12.2014 tarihinde yapılan değişiklikleri kısaca belirtmek gerekir. İlk olarak 25. dipnotta da belirtildiği gibi e-devlet üzerinden yetki belgesi başvurusunda bulunma imkânı sağlanmıştır 16. mad-

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından ortak sağlık ve güvenlik birimi kurulması halinde, yetki belgesi başvurusunda yalnızca İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinin 16. maddesinin birinci fıkrasının (b), (c), (f) ve (g) bentlerinde sayılan belgeleri başvuru dosyasında bulundurması gerekir. Ancak ortak sağlık ve güvenlik birimi olarak faaliyette bulunulacak olan yer kamu kurumuna ait değilse bu halde 16. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi dışında yer alan tüm belgelerin başvuru dosyasında sunulması gerekmektedir (İSGH. Yön. md. 16/2).

Organize sanayi bölgelerince ortak sağlık ve güvenlik birimi kurulmak istendiğinde, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinin 16. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (d) bentlerinde yer alan belgeler hariç tüm belgelerin başvuru dosyasında yer alması gerekir. Ancak bu belgelerin yanı sıra, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının ilgili biriminden alınmış organize sanayi bölgesine sicil numarası verildiğine dair yazı ile organize sanayi bölgelerinin müteşebbis heyeti veya genel kurulunca alınmış ilgili adreste ortak sağlık ve güvenlik birimi kurulmasına dair kararın da başvuru dosyasına eklenmesi gerekir (İSGH. Yön. md. 16/3).

Yapılan başvurular İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından en geç on iş günü içinde incelenir. Eksiklikler Elektronik Tebligat Yönetmeliği³⁴ çerçevesinde kayıtlı elektronik posta sistemi üzerinden bildirilir ve en geç kırk beş gün içinde tamamlanması talep edilir. Eksiklik bulunmayan başvurular için ise en geç yirmi gün içinde ortak sağlık ve güvenlik birimi olarak faaliyet gösterilecek yerde inceleme yapılır. Fiziki inceleme sırasında eksiklik tespit edilirse en geç kırk beş gün içerisinde düzeltilmesi talep edilir. Belirlenen sürelerde eksikliğin giderilmemesi halinde başvuru dosyası iade edilir, iadedden itibaren bir yıl içinde yeniden başvuru yapılması halinde ise bu başvurular bir yılın tamamlanmasına kadar askıya alınır (İSGH. Yön. md. 17/1).

Başvuru belgelerinin tam olması ve yerinde inceleme sonucu ortak sağlık ve güvenlik birimi olarak faaliyette bulunulacak olan yerin Yönetmelikte belirlenen şartları taşıdığına anlaşılması üzere, bu birimde tam süreli olarak çalışacak personelin işe giriş bildirgelerinin Genel Müdürlüğe gönderilmesinin ta-

denin birinci fıkrasının (d) bendinde faaliyet gösterilecek yere ait numarataj veya adres tespit belgesinde ada, pafta ve parsel bilgilerinin de belirtilmesi hususu eklenmiştir. Yine aynı fıkranın (e) bendinde, 18.12.2014 tarihinde değişiklik yapılmadan önce faaliyette bulunulacak yere ait olan kira sözleşmesi, tapu senedi veya intifa hakkı belgesinden birinin sunulması yeterli görülmekteydi. Ancak yapılan değişikliklerle, kira veya intifa ilişkisinin mevcut olması durumunda kira sözleşmesi veya intifa hakkı belgesinin yanı sıra ayrıca tapu senedinin de sunulması aranmaktadır. 16. maddenin ilk fıkrasının (f) bendine göre, faaliyet sunulacak yere ait 1/100 ölçekli planın başvuru dosyasında sunulması gerekir. Bu bentte yapılan değişikliklerle, önceden yetkili eleman olarak ifade edilen planı onaylayacak kişiler inşaat teknikeri, mimar veya inşaat mühendisi olarak somutlaştırılmış, 1/50 olarak aranan planın ölçüsü de 1/100 olarak değiştirilmiştir. Faaliyette bulunulacak yer tapu kütüğünde mesken olarak kayıtlı bir yer ise bu gayrimenkulde ortak sağlık ve güvenlik biriminin faaliyet gösterebileceğine dair kat malikleri kurulunun oybirliği ile aldığı kararın da başvuru dosyasında yer alması gerektiği hususu eklenmiştir (İSGH. Yön. md. 16/1 b. ğ). Son olarak 16. maddenin son fıkrasında yer alan başvuru belgelerinin aslı ile birlikte örneklerinin getirilmesi halinde Genel Müdürlükçe tasdikinin yapılabileceğine ilişkin hüküm kaldırılmıştır.

³⁴ R.G. 19.01.2013, 28533.

kiben en geç on iş günü içerisinde Genel Müdürlükçe yetki belgesi düzenlenir (İSGH. Yön. md. 17/2).

Yetki belgeleri faaliyette bulunulacak adres ve unvana münhasıran düzenlenmektedir. Ortak sağlık ve güvenlik birimleri kuruldukları il ve sınır komşusu illerde hizmet sunmaya yetkili kılınmıştır. Sınır illerin dışında hizmet verabilmesi için, hizmet vermek istediği ilde şube açmak zorundadır. Şube açmak içinse yeniden Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara uygun olarak başvuru yapması gerekir. Ancak niteliği gereği birden fazla ilde yapılması gereken işler söz konusu ise ortak sağlık ve güvenlik biriminin işin yapıldığı illerden herhangi birisinde yetkilendirilmiş olması yeterlidir. Yönetmelikte, niteliği gereği birden fazla ilde yapılacak olan işlere raylı sistem, yol ve nakil hattı inşası, bakımı veya onarımı gibi işler örnek olarak verilmektedir (İSGH. Yön. md. 12/5) ³⁵.

Ortak sağlık ve güvenlik birimleri yetkilendirildikleri il sınırı içerisinde izinsiz şube açamaz, şube açmak istedikleri takdirde Yönetmelikte belirlenen şartları sağlamaları gerekir. İrtibat bürosu açmaları ise mümkün değildir (İSGH. Yön. md. 12/6).

Alınan yetki belgesinin beş yılda bir vize ettirilmesi gerekir. Vize işleminin yapılabilmesi için Yönetmelikteki hükümlere uygunluğun sağlanması ve Bakanlık tarafından belirlenen vize ücretinin ödenmesi gerekir (İSGH. Yön. md. 20/1).

Ortak sağlık ve güvenlik birimleri herhangi bir sebeple faaliyeti bırakır veya yetki belgeleri Genel Müdürlükçe iptal edilirse, yetki belgesinin aslının otuz gün içerisinde Genel Müdürlüğe iade edilmesi gerekir. (İSGH. Yön. md. 13/6).

3. FİZİKİ ÖZELLİKLER

İş Sağlığı ve Hizmetleri Yönetmeliğinde ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin sahip olması gereken fiziki özellikler oldukça ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir. Ayrıca bu birimler hakkında İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelikte³⁶ belirtilen niteliklere uyulması gerektiği de hükme bağlanmıştır (İSGH. Yön. md. 12/8). İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmeliğin 2. maddesinin ilk fıkrasına göre, bu Yönetmelik 6331 sayılı Kanun kapsamına giren bütün işyerleri hakkında uygulanır³⁷. Bu nedenle kanımızca İş Sağlığı ve

³⁵ Bu fıkrafta İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (R.G. 31.01.2013, 28545) 2. maddesi ile değişiklik yapılmadan önce, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin yalnızca yetki aldıkları ilde faaliyette bulunmalarına izin verilmiş, başka bir ilde (şimdiki düzenlemeden farklı olarak sınır komşusu illerinde dahi) faaliyette bulunmak istemesi halinde, o ilde şube açması gerektiği düzenlenmişti.

³⁶ Madde metninde 10.02.2004 tarihli ve 25369 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yönetmeliğe atıf yapılmıştır. Ancak bu yönetmelik 2013 yılında çıkarılmış olan İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmeliğin (R.G. 17.07.2013, 28710) 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁷ İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmeliğin 2. maddesinin ikinci fıkrasında bu Yönetmeliğin uygulanmayacağı işyerleri sayılmaktadır. Ancak sayılan bu istisnalar arasında ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Yönetmelik md. 2: “Bu Yönetmelik, 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına giren bütün işyerlerini kapsar.

(2) Bu Yönetmelik;

Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinde, bu Yönetmeliğin ortak sağlık ve güvenlik birimleri hakkında da uygulanacağını belirtmeye gerek yoktur.

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin zemin katta veya müstakil binalarda kurulması gerekir. Yol seviyesinden girişi olmayan katlarda ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin kurulması yasaklanmıştır. Ancak ortak sağlık ve güvenlik birimine ait olmak şartıyla tuvalet ve arşiv bölümlerinin bodrum katında olması mümkündür. Katların niteliklerinin tespitinde tapu kayıtları esas alınacaktır (İSGH. Yön. md. 12/9). Faaliyet gösterilecek yerde işyeri hekimi tarafından kullanılmak üzere en az 10 metrekaarelik bir muayene odası, 15 metrekaarelik ilkyardım ve acil müdahale odası, 10 metrekaarelik iş güvenliği uzmanı odası, 12 metrekaarelik bekleme yeri, uygun büyüklükte arşiv odası ve en az bir tuvalet ve lavabo bulunması gerekir (İSGH. Yön. md. 12/3). Diğer sağlık personeline ait ayrı bir oda bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bir işyeri hekimi ve bir iş güvenliği uzmanının çalıştığı varsayılan bir ortak sağlık ve güvenlik biriminin arşiv odası, tuvalet ve lavabo hariç olmak üzere en az 47 metrekaarelik bir alanda kurulması gerekir.

Başvuru dosyasında beyan edilen yerleşim planı, bina ve donanımda Genel Müdürlüğün onayı alınmadan değişiklik yapılması mümkün değildir (İSGH. Yön. md. 17/6).

Son olarak, ortak sağlık ve güvenlik birimlerin kullanacağı unvan ve tabelaya ilişkin esaslar İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği md. 17/5'de düzenlenmiştir³⁸.

a) İşyeri dışında kullanılan taşıma araçlarında veya taşıma araçlarının içindeki işyerlerinde,

b) Yapı ve benzeri geçici veya hareketli iş alanlarında,

c) Maden, petrol ve gaz çıkarma işlerinde,

ç) Balıkçı teknelerinde,

d) Tarım veya orman işyerlerine ait işyeri bina ve eklentileri hariç, işyerinin sınırları içerisinde olmakla beraber işyeri bina ve eklentilerinde çalışanları iş sağlığı ve güvenliği açısından etkilemeyecek uzaklıkta olan veya işyeri bina ve eklentileri ile iş sağlığı ve güvenliği açısından etkileşim içerisinde olamayacak kadar uzak tarım ve orman alanlarında uygulanmaz.”

³⁸ İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği md. 17/5: “OSGB’ler, aşağıda belirtilen hususlara uymak zorundadır.

a) Tabela ve basılı evrak, broşür, afiş ve diğer elektronik ortamlarda herhangi bir amaçla kullanılan her türlü yazılı ve görsel dokümanda sadece yetki belgesinde belirtilen isim ve unvan kullanılır.

b) OSGB’ler tarafından, EK-8’deki örneğine uygun, kurum unvanına göre hazırlanan ve boy/en oranı 2/3 olan tabela, OSGB’nin bulunduğu binanın uygun bir kısmına veya girişine asılır. Aynı binada, Genel Müdürlükçe yetkilendirilen birden fazla kurum bulunması durumunda, kullanılacak tabela için Genel Müdürlük onayı alınması şartıyla, tüm unvanları gösteren tek bir tabela kullanılabilir. Bakanlık logosu, bu tabela hariçinde hiçbir yazılı veya görsel doküman veya ortamda kullanılamaz.

c) Özel kuruluşlar tarafından, kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan isimler ticari isim veya unvan olarak kullanılamaz.”

4. PERSONEL

a. Esaslar

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin kurulabilmesi için tam süreli olarak çalışan en az bir işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli istihdamı zorunludur. İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ile ilgili iş ve işlemlerin Genel Müdürlükçe kaydı, takibi ve izlenmesi amacıyla kullanılmak üzere 'İSG-KÂTİP' programı hazırlanmıştır. Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde istihdam edilen kişilere ilişkin sözleşmelerin bu sistem üzerinden beş iş günü içerisinde Genel Müdürlüğe bildirilmesi gerekmektedir (İSGH. Yön. md. 13/5).

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınması halinde, işveren ile ortak sağlık ve güvenlik birimi arasında İSG-KÂTİP sisteminde yer alan sözleşmeye uygun sözleşme düzenlenir. Sözleşme sistem üzerinden karşılıklı olarak en geç beş gün içerisinde onaylanır. Ortak sağlık ve güvenlik birimi, sözleşme yapılan işyerinde görev yapacak personelini bu konuda ayrıca bilgilendirir (İSGH. Yön. md. 14/3 b. a). Bu birimlerin sunacakları her türlü hizmet için sistem üzerinden sözleşme yapmaları gerekmektedir. (İSGH. Yön. md. 14/9). Sözleşmeleri onaylanmayan personelin 6331 sayılı Kanun kapsamında görevlerine başlamaları mümkün değildir (İSGH. Yön. md. 14/5).

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde tam süreli olarak görevlendirilenler başka bir ortak sağlık ve güvenlik biriminde veya işyerinde aynı unvanla veya Bakanlıkça yetkilendirilen eğitim kurumlarında eğitici sıfatıyla görev alamaz (İSGH. Yön. md. 12/2).

b. İşyeri Hekimi

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinin önemli unsurlarından biri işyeri hekimidir³⁹. İşyeri hekimleri 6331 sayılı Kanunun 3. maddesinde "İş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekim" olarak tanımlanmaktadır. İşyeri hekimleri tedavi hizmetlerini değil, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin koruyucu ve önleyici hizmetleri yerine getirirler⁴⁰. İşyeri hekimine ilişkin 6331 sayılı Kanunun yanı sıra 'İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'⁴¹te de düzenlemeler yer almaktadır.

4857 sayılı Kanun döneminde yalnızca devamlı olarak elli ve üzeri sayıda işçi çalıştıran işyerleri bakımından söz konusu olan işyeri hekimi istihdam etme yükümlülüğü, 6331 sayılı Kanunla çalışan sayısı koşulu olmaksızın tüm işyerleri bakımından öngörülmüştür⁴². İşveren bu yükümlüğünü çalışanları

³⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 939.

⁴⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 944. Duygu ÜSTÜNER, "Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında İşyeri Hekimliği", Prof. Dr. Sarper SÜZEK' e Armağan, C. 2, İstanbul: Beta, 2011, s. 2119; Levent AKIN, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi", AÜHFD., C. 54, S. 1, 2005, s. 35; ÖZDEMİR, s. 183; Fatih YILMAZ, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 6/C. 25, S. 1-2, Mayıs-Ağustos-Kasım 2013, s. 45.

⁴¹ R.G. 20.07.2013, 28713.

⁴² İşyeri hekimi istihdam etme yükümlülüğü (6331 sayılı Kanun md. 6) tüm işyerleri bakımından söz konusu olsa da bazı işyerleri bakımından bu maddenin ve dolayısıyla bu yükümlülüğün yürürlük tarihi ertelenmiştir. 4857 sayılı Kanunun mülga 81. maddesine göre çalışanlar hariç olmak üzere kamu kurumları ile elliden az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için işyeri hekimi istihdam etme yükümlülüğü

arasında işyeri hekimi belgesine sahip personeli bulunması halinde onu görevlendirerek veya ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirebilir. Belirlenen niteliklere ve işyeri hekimi belgesine sahip olması halinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi de üstlenebilir. Az tehlikeli sınıfta yer alan ve ondan az çalışanı bulunan işyeri işverenleri veya işveren vekilleri ise işyeri hekimi belgesine sahip olmasalar da Bakanlıkça ilan edilen eğitimleri tamamlayarak işe giriş sırasında ve periyodik olan muayeneler ile tetkikler hariç olmak üzere iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütebilirler (6331 sayılı Kanun md. 6/1 b.a). Ancak işveren işe giriş sırasında ve periyodik olan muayeneler ile tetkikler için çalışanları arasında işyeri hekimi belgesine sahip personeli varsa onu görevlendirerek veya ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak iş sağlığına ilişkin bu hizmetleri tamamlamak zorundadır.

Her işyerinde işyeri hekimi çalıştırılması yükümlülüğü mevcuttur. İşyeri hekimlerinin asgari çalışma süreleri işyerinin tehlike sınıfı esas alınarak tespit edilmiştir. Az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışan başına ayda en az beş dakika, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışan başına ayda en az on dakika, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde ise çalışan başına en az on beş dakika görev yaparlar (İşyeri Hekimi Yönetmeliği md. 12/1) ⁴³.

Az tehlikeli sınıfta yer alıp 2000 ve daha fazla çalışanı olan işyerlerinde her 2000 çalışan için tam gün çalışacak en az bir işyeri hekiminin görevlendirilmesi gerekir. Tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için bu rakam 1000, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri bakımından ise 750'dir. Çalışan sayısının tehlike sınıflarına göre belirlenen rakamların tam katından fazla olması halinde, geriye kalan çalışanlar bakımından yeteri kadar işyeri hekimi görevlendirilir (İşyeri Hekimi Yönetmeliği md. 12/1, 2, 3).

c. İş Güvenliği Uzmanı

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinin diğer önemli unsuru olan iş güvenliği uzmanı, 6331 sayılı Kanun md. 3/1 b. f' de "*Usul ve esasları yönetmelikle belirlenen, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip, Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler ile mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakültelerin mezunları ile teknik eleman*" olarak tanımlanmaktadır.

01.07.2016 tarihinde söz konusu olacaktır. Elliden az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için kanunun yürürlüğe girmesinden bir buçuk yıl sonra (01.01.2014 tarihinde), diğer işyerleri bakımından ise altı ay sonra (30.12.2012) bu madde yürürlüğe girdiğinden işyeri hekimi istihdam etme yükümlüğü doğmuş bulunmaktadır (6331 sayılı Kanun md. 38).

⁴³ Bu fıkrafta İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (R.G. 18.12.2014, 29209) 6. maddesi ile değişiklik yapılmadan önce, işyeri hekimlerinin görev süreleri farklı belirlenmişti. Ondaki az çalışanı bulunan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışan başına yılda en az 25 dakika, diğer işyerlerinden az tehlikeli sınıfta yer alanlarda çalışan başına ayda en az 4 dakika, tehlikeli sınıfta yer alanlarda çalışan başına ayda en az 6 dakika, çok tehlikeli sınıfta yer alanlarda ise ayda en az 8 dakika işyeri hekiminin görev yapması gerekmekteydi. Yapılan değişiklikle işyeri hekimlerinin görev süreleri artırılmıştır.

4857 sayılı Kanun mülga 81. maddesinde sadece devamlı olarak en az elli işçi çalıştıran ve sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı istihdam edilmesi gerektiği halde, 6331 sayılı Kanunda tüm işverenler için iş güvenliği uzmanı çalıştırılması zorunlu hale gelmiştir⁴⁴.

İş güvenliği uzmanlarının görev alabilmeleri için, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde (A) sınıfı, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde en az (B) sınıfı, az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde en az (C) sınıfı iş güvenliği uzmanı belgesine sahip olmak gerekmektedir (6331 sayılı Kanun md. 8/5, İş Güvenliği Uzmanı Yönetmeliği md. 7/2⁴⁵). Birden fazla iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesinin gerektiği işyerlerinde, sadece tam süreli olarak görevlendirilen iş güvenliği uzmanının, işyerinin tehlike sınıfına uygun belgeye sahip olması yeterlidir (İş Güvenliği Uzmanı Yönetmeliği md. 7/3).

Kimlerin hangi tür iş güvenliği uzmanı belgesi için başvurabileceği İş Güvenliği Uzmanı Yönetmeliğinin 8. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Bu kişiler, yetkili eğitim kurumları tarafından verilen eğitimleri tamandıktan sonra Bakanlığın açtığı sınavı kazanmaları halinde iş güvenliği uzmanı belgesine hak kazanmaktadırlar.

6331 sayılı Kanunla iş güvenliği uzmanına olan ihtiyaç bir hayli artmış durumdadır. Ancak ülkemizde ihtiyaç duyulan sayıda iş güvenliği uzmanı şu anda mevcut değildir. Bu nedenle bir takım geçiş hükümleri öngörülmüştür. 6331 sayılı Kanunun geçici 4. maddesine göre, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde (A) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, 1/1/2018 tarihine kadar (B) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi; tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde ise (B) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, 1/1/2017 tarihine kadar (C) sınıfı belgeye sahip iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi kaydıyla yerine getirilmiş sayılır⁴⁶.

İş güvenliği uzmanları hakkında çalıştıkları işyerinin tehlike sınıfına göre çalışma süreleri belirlenmiştir. İş güvenliği uzmanının; az tehlikeli sınıfta olan işyerlerinde çalışan başına ayda en az 10 dakika, tehlikeli sınıfta yer alan işyer-

⁴⁴ İş güvenliği uzmanı istihdam etme yükümlülüğü (6331 sayılı Kanun md. 6) tüm işyerleri bakımından söz konusu olsa da bazı işyerleri bakımından bu maddenin ve dolayısıyla bu yükümlülüğün yürürlük tarihi ertelenmiştir. 4857 sayılı Kanunun mülga 81. maddesine göre çalışanlar hariç olmak üzere kamu kurumları ile elliden az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için iş güvenliği uzmanı istihdam etme yükümlülüğü 01.07.2016 tarihinde söz konusu olacaktır. Elliden az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için kanunun yürürlüğe girmesinden bir buçuk yıl sonra (01.01.2014 tarihinde), diğer işyerleri bakımından ise altı ay sonra (30.12.2012) bu madde yürürlüğe girdiğinden iş güvenliği uzmanı istihdam etme yükümlülüğü doğmuş bulunmaktadır (6331 sayılı Kanun md. 38).

⁴⁵ R.G. 29.12.2012, 28512.

⁴⁶ 6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun (R.G. 23.04.2015, 29335) 6. maddesi ile değişiklik yapılmadan önce, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde (A) sınıfı iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, bu işyerlerinde Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört yıl süreyle (B) sınıfı iş güvenliği uzmanı istihdam edilmesi, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde (B) sınıfı iş güvenliği uzmanı görevlendirme yükümlülüğü, bu işyerlerinde Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süre ile (C) sınıfı iş güvenliği uzmanı istihdam edilmesi kaydıyla yerine getirilmiş sayılmaktaydı. Öngörülen geçiş süresi uzatılmıştır.

lerinden çalışan başına ayda en az 20 dakika, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinden çalışan başına ayda en az 40 dakika görev yapması gerekmektedir (İş Güvenliği Uzmanı Yönetmeliği md. 12/1) ⁴⁷.

Az tehlikeli sınıfta yer alıp 1000 ve daha fazla çalışanı olan işyerlerinde her 1000 çalışan için tam gün çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanının görevlendirilmesi gerekir. Tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için bu rakam 500, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri bakımından ise 250'dir⁴⁸. Çalışan sayısının tehlike sınıflarına göre belirlenen rakamların tam katından fazla olması halinde, geriye kalan çalışanlar bakımından yeteri kadar iş güvenliği uzmanı görevlendirilir (İş Güvenliği Uzmanı Yönetmeliği md. 12/2, 3, 4).

d. Diğer Sağlık Personeli

On ve daha fazla çalışanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin işverenleri işyeri hekiminin yanı sıra sağlık personeli istihdam etmek zorundadır (6331 sayılı Kanun md. 6/1 b. a). 6331 sayılı Kanunda sağlık personeli kavramı tanımlanmamıştır. Bu tanıma İşyeri Hekimi Yönetmeliğinde yer verilmiştir. Yönetmelik md. 4/1 b. b' ye göre diğer sağlık personeli, "İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevlendirilmek üzere Bakanlıkça belgelendirilmiş hemşire, sağlık memuru, acil tıp teknisyeni ve çevre sağlığı teknisyeni diplomasına sahip olan kişiler ile Bakanlıkça verilen işyeri hemşireliği belgesine sahip kişileri" ifade etmektedir.

Tam süreli işyeri hekiminin bulunduğu işyerlerinde diğer sağlık personelinin görevlendirilmesi zorunlu değildir (6331 sayılı Kanun md. 6/3). Ancak işyeri hekiminin talebi ve işverenin onayı ile iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin daha etkin yürütülmesi amacıyla diğer sağlık personeli istihdam edilebilir (İşyeri Hekimi Yönetmeliği md.19/2).

Diğer sağlık personelinin görev yapacağı süre çalışan sayısı esas alınarak belirlenmektedir. Çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinden; 10 ila 49 çalışanı olan işyerlerinde çalışan başına ayda en az 10 dakika, 50 ila 249 çalışanı olan işyerlerinde çalışan başına ayda en az 15 dakika, 250 ve üzeri çalışanı olan işyerlerinde ise çalışan başına ayda en az 20 dakika görev yapması gerekmektedir (İşyeri Hekimi Yönetmeliği md.19/1).

⁴⁷ Bu fıkrafta İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (R.G. 30.04.2015, 29342) 6. maddesi ile değişiklik yapılmadan önce iş güvenliği uzmanlarının görev süreleri farklı belirlenmişti. İş güvenliği uzmanının; ondan az çalışanı bulunan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışan başına yılda en az 60 dakika, diğer işyerlerinden az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışan başına ayda en az 6 dakika, tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinden çalışan başına ayda en az 8 dakika, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinden çalışan başına ayda en az 12 dakika görev yapması gerekmekteydi. Yapılan değişiklikle iş güvenliği uzmanlarının görev süreleri önemli ölçüde artırılmıştır.

⁴⁸ İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin (R.G. 30.04.2015, 29342) 6. maddesi ile değişiklik yapılmadan önce, tam gün süre ile çalışacak en az bir iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesi için aranan işçi sayıları az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 2000, tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1500, çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 1000 şeklindeydi.

e. Sorumlu Müdür

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin iş ve işlemleri bakımından Genel Müdürlükçe muhatap kabul edilecek kişi sorumlu müdürdür. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği md. 4/1 b. g' de *'İşyeri hekimliği veya iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip, OSGB' lerde tam süreli istihdam edilen ve bu birimlerin iş ve işlemlerinden Bakanlığa karşı sorumlu olan kişi'* olarak tanımlanmaktadır. Tanımdan da anlaşıldığı üzere bu kişinin işyeri hekimliği veya iş güvenliği uzmanı belgesine sahip olması gerekmektedir⁴⁹. Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde tam zamanlı olarak istihdam edilmesi gereken işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı aynı zamanda sorumlu müdürlük görevini yerine getirebilir (İSGH. Yön. md. 18/2)

Sorumlu müdür, ortak sağlık ve güvenlik birimi personelinin görevlendirilmesinin takibinden, birimin kayıtlarının tutulması ve düzenli olarak arşivlenmesinden, Genel Müdürlük tarafından istenen belgelerin hazırlanmasından, başvuru, yetkilendirme ve vize işlemlerinin takibinden sorumludur (İSGH. Yön. md. 18/1).

Sorumlu müdür olarak görevlendirilen kişinin değişmesi veya bu kişinin görevinden ayrılması durumunda, en geç 30 gün içinde İSG-KATİP sistemi üzerinden ortak sağlık ve güvenlik birimince sorumlu müdür atanması zorunludur (İSGH. Yön. md. 13/7).

5. GÖREV VE YETKİLERİ

Ortak sağlık ve güvenlik birimleri hizmet sundukları işyerinde sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı oluşmasını sağlamaya çalışırlar. İşveren de ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin bu hizmetlerini yerine getirmesi amacıyla gerekli olan araç, gereç, mekân ve zaman gibi tüm ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlüdür (6331 sayılı Kanun md. 6/1 b. b). Ortak sağlık ve güvenlik birimleri de bu hizmeti yerine getirirken işyerindeki düzeni işin normal akışını aksatmama-ya çalışırlar (İSGH. Yön. md. 13/3).

Yönetmeliğin 13. maddesinde ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin sorumlu tutulduğu hususlara yer verilmiştir. İlk ve en önemli olarak işyerinde sağlık ve güvenlik risklerine karşı yürütülecek her türlü koruyucu, önleyici ve düzeltici faaliyeti kapsayacak şekilde, çalışma ortamı gözetimi konusunda işverene rehberlik yapılmasından ve önerileri hazırlayarak onayına sunulmasından sorumlu tutulmuşlardır (İSGH. Yön. md. 13/1 b. a). Onaylı defter yapılan tespitlere göre iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve işveren tarafından imzalanır, deftere yazılan tespit ve öneriler işverene tebliğ edilmiş sayılır (İSGH. Yön. md. 7/4). İşverenler de ortak sağlık ve güvenliği birimleri tarafından iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olan ve yazılı olarak bildirilen tedbirleri yerine getirmekle yükümlüdürler (6331 sayılı Kanun md. 6/1 b. ç, md. 8/2)⁵⁰.

⁴⁹ 4857 sayılı Kanun döneminde çıkarılmış olan İşyeri Sağlık Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliği'nin 9. maddesinin ilk fıkrasında ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin kurucusunun veya kurucu ortaklarından en az birinin işyeri hekimi veya A sınıfı iş güvenliği uzmanı olması şartı aranmaktaydı. 2010 yılında çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinde ve şu an yürürlükte bulunan Yönetmelikte bu şartta yer verilmemiştir.

⁵⁰ İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarına iş güvencesi sağlanmadan ihbar hakkının etkin bir şekilde kullanılamayacağı görüşü için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s. 934. CANIKLIOĞLU, s. 51-52. 6645 sayılı Kanununun 1. maddesiyle, işyeri hekimi ve iş güvenliği

Ortak sağlık ve güvenlik birimleri işverene rehberlik ve önerilerde bulunma dışında; “b) Çalışanların sağlığını korumak ve geliştirmek amacı ile yapılacak sağlık gözetiminin uygulanmasından, c) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri ve bilgilendirilmeleri konusunda planlama yapılarak işverenin onayına sunulmasından, ç) İşyerinde kaza, yangın, doğal afet ve bunun gibi acil müdahale gerektiren durumların belirlenmesi, acil durum planının hazırlanması, ilkyardım ve acil müdahale bakımından yapılması gereken uygulamaların organizasyonu ile ilgili diğer birim, kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapılmasından, d) Yıllık çalışma planı, yıllık değerlendirme raporu, çalışma ortamının gözetimi, çalışanların sağlık gözetimi, iş kazası ve meslek hastalığı ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bilgilerin ve çalışma sonuçlarının kayıt altına alınmasından, e) Çalışanların yürüttüğü işler, işyerinde yapılan risk değerlendirmesi sonuçları ve maruziyet bilgileri ile işe giriş ve periyodik sağlık muayenesi sonuçları, iş kazaları ile meslek hastalıkları kayıtlarının, işyerindeki kişisel sağlık dosyalarında gizlilik ilkesine uyularak saklanmasından, f) İşyeri hekimi ve diğer sağlık personelinin görev, yetki, sorumluluk ve eğitimleri ile ilgili yönetmelik ile İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında hizmet verdikleri alanlarda belirtilen görevlerin yerine getirilip getirilmediğinin izlenmesinden” sorumlu tutulmuşlardır (İSGH. Yön. md. 13/1).

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerince görevlendirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları tarafından saklanması gereken onaylı defter suretleri, yıllık çalışma planı, yıllık değerlendirme raporu suretleri ile çalışanlara verilen iş sağlığı ve güvenliği eğitimine dair kayıtların sözleşme süresi sonunda işverene teslim edilmesi gerekir⁵¹. Sözleşme süresinin sonuna kadar bu kayıtlar ortak sağlık ve güvenlik birimin arşivinde muhafaza edilir ve istenmesi halinde yetkili memurlara gösterilir (İSGH. Yön. md. 13/2).

uzmanlarının işverence hayatı tehlike arz eden tedbirler yerine getirilmediği hususunu Bakanlığa bildirme yükümlülüklerine ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu hususun düzenlendiği 6331 sayılı Kanun md. 8/2’ye göre; “İşverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmanlık yapmak üzere görevlendirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı, görev aldığı işyerinde göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirler ve işverene yazılı olarak bildirir. Bildirilen eksiklik ve aksaklıkların acil durdurmayı gerektirmesi veya yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı ve benzeri acil ve hayati tehlike arz etmesi, meslek hastalığına sebep olabilecek ortamların bulunmasına rağmen işveren tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması hâlinde, bu durum işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanınca, Bakanlığın yetkili birimine, varsa yetkili sendika temsilcisine, yoksa çalışan temsilcisine bildirilir. Bildirim yapmadığı tespit edilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının belgesi üç ay, tekrarında ise altı ay süreyle askıya alınır. Bu bildirimden dolayı işvereni tarafından işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş sözleşmesine son verilemez ve bu kişiler hiçbir şekilde hak kaybına uğratılamaz. Aksi takdirde işveren hakkında bir yıllık sözleşme ücreti tutarından az olmak üzere tazminata hükmedilir. İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır. Açılan davada, kötü niyetle gerçek dışı bildirimde bulunduğu mahkeme kararıyla tespit edilen kişinin belgesi altı ay süreyle askıya alınır.”

⁵¹ ÖZDEMİR’ e göre, İşyeri Hekimi Yönetmeliğinin 11. maddesinde yer alan “İşyeri hekimleri, ...işverenin ve işyerinin meslek sırları, ekonomik ve ticari durumları hakkındaki bilgiler ile çalışanın kişisel sağlık dosyasındaki bilgileri gizli tutmakla yükümlüdürler.” hükmü gereği gizliliği sağlamak adına sağlık dosyalarının işverene değil yeni başlayacak olan işyeri hekimine teslim edilmesi gerekir. S. 160.

6. İŞVEREN İLE ARALARINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İşveren iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamını veya bir kısmını hizmet satın alarak yerine getirebilse de ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin bu hizmetlerinin tamamını veya bir kısmını başka bir kişi veya kuruluşa devretmesi mümkün değildir (İSGH. Yön. md. 13/4). İncelendiği üzere ortak sağlık ve güvenlik birimleri hakkında ayrıntılı düzenlemeler yapılarak bir standart oluşturulması ve bu birimler üzerinde denetimin sağlanması amaçlanmıştır. Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin bu hizmetleri tamamen veya kısmen başka bir kişi veya kuruluşa devretmesi halinde, oluşturulmak istenen standardın ve yeterli denetimin sağlanamayacağı açıktır. Bu açıdan düzenleme isabetlidir.

Burada şu soru akla gelmektedir. İşveren çalışanları arasında belirlenen niteliklerde personel bulunmaması veya bulunmasına rağmen bu görevi kabul etmemesi halinde ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet satın alma yoluna başvurmaksızın iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini alt işverene vermek veya geçici işçi istihdam etmek suretiyle yerine getirebilir mi?

İlk önce iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin alt işverene verilebilecek nitelikte bir iş olup olmadığını tespit etmek gerekir. Bir işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde 4857 sayılı Kanun md. 2'de aranan diğer şartların da sağlanması halinde alt işverenlik ilişkisi kurulması mümkündür⁵². İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünü mü teşkil etmekte, asıl işin bir bölümünü teşkil etmekte ise teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş niteliğinde sayılabilecek midir? Bu sorunun incelendiği 2006 yılında 9. Hukuk Dairesince verilmiş karara konu olayda, işveren işyerinde bulunan sağlık birimlerini kapatmış, işyeri hekimlerinin iş sözleşmelerini feshetmiş daha sonra bir firmayla sözleşme yaparak iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yerine getirmiştir⁵³. İşyeri hekiminin açtığı işe iade davasında, 9. Hukuk Dairesi işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğünün yasal bir görev olduğunu, asıl işin bir bölümü veya yardımcı iş olmadığını bu nedenle bu işin alt işverene verilemeyeceği belirtmiş, işverenin işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü devam ettikten geçerli bir fesih olmadığına karar vermiştir. Osman Güven ÇANKAYA tarafından kaleme alınan karşı oy yazısında ise, işyeri hekimliğinin teknik anlamda asıl iş sayılamayacağı ancak yasal yükümlülük nedeniyle dolaylı olarak asıl işin kapsamında ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Önemli olanın işverenin bu yükümlülüğünü herhangi bir şekilde yerine getirmesi olduğunu, alt işverenlik yolu ile dışarıdan hizmet satın alması yoluyla gerçekleştirilebileceğini vurgulamıştır. Bu kararın verildiği dönemde 5763 sayılı Kanunun yürürlükte olmadığını ve iş sağlığı güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temini hususunda yasal düzenleme bulunmadığını hatırlatmak gerekir.

İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri her ne kadar işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl iş niteliğinde olmasa da yasal yükümlülükler dolayısıyla asıl iş mevcut olduğu sürece devam edecek olan ve asıl işe bağımlı

⁵² Öner EYRENCİ, Savaş TAŞKENT, Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 32. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 55.

⁵³ Yarg. 9. HD. T. 05.06.2006, E. 2006/12876, K. 2006/16262. Ömer EKMEKÇİ, "İş Güvenliği Uzmanlığı ve İşyeri Hekimliği Faaliyetlerinin İşyeri Dışından Hizmet Alınması Suretiyle Yerine Getirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 4, Aralık 2006, s. 106-108.

bir iş niteliğindedir. Alt İşverenlik Yönetmeliğindeki⁵⁴ ‘yardımcı iş’ tanımından yola çıkarak iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yardımcı iş olarak nitelendirmemiz mümkündür⁵⁵. Bu hizmetlerin uzmanlık gerektirdiği konusunda ise şüphe yoktur⁵⁶. Aynı daire tarafından bir hafta sonra verilen başka bir kararda ise iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş niteliğinde olduğu ve alt işverene verilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir⁵⁷. Bu iki kararın verildiği dönemde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan teminine yönelik yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle işverenin herhangi bir şekilde bu yükümlülüğünü yerine getirmesi görüşünü o dönem için geçerli kabul etmek ve alt işveren yoluyla iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesini olumlu karşılamak gerekir. Ancak kanımızca bu görüş şu anda yürürlükte bulunan mevzuat esas alındığında kabul edilemez. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temini konusunda yasal düzenleme ve bir yönetmelik bulunmaktadır. Yönetmelikte dışarıdan hizmet temin edecek ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde bir standart oluşturmak, denetimleri sağlamak gibi amaçlarla bu birimlerin yetkilendirilmesi, fiziki özellikleri, personeli, denetimi hususunda ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Bu nedenle işverenin çalışanları arasında belirlenen nitelikte personeli bulunmaması veya bulunmasına rağmen görevi kabul etmemesi halinde, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamı veya bir kısmı için ortak sağlık ve güvenlik birimleri yerine alt işverene başvurması mümkün değildir⁵⁸. Aksinin kabulü halinde oluşturulmak istenen denetim sisteminin işlemeceği açıktır.

İşveren, çalışanları arasında iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri bakımından belirlenen nitelikte personeli bulunmaması halinde veya bulunmasına rağmen görevi kabul etmemesi halinde geçici iş ilişkisi yoluyla bu hizmetlerin yerine getirilmesini sağlayabilecek midir? Geçici ilişkisi, 4857 sayılı Kanunun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işveren devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşulu ile başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmesi için geçici olarak devredebilir. 6331 sayılı Kanunda işverene iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini çalışanları arasında belirlenen nitelikte personel bulunması halinde onun gö-

⁵⁴ R.G. 27.09.2008, 27010.

⁵⁵ Alt İşverenlik Yönetmeliğinin Tanımlar başlıklı 3. maddesinde 3 bendinde yardımcı iş, “İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş” olarak tanımlanmaktadır.

⁵⁶ AYDIN, s. 15; Levent AKIN, İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin, Ankara, 2013, s. 301. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanına ilişkin hükümler emredici niteliktedir ve işverenin asli yükümlülüğü kapsamındadır. İşveren uzmanlık gerektiren nitelikte olan bu işi alt işveren yoluyla gördürebilir, kadrosunda işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı istihdam etmesi şart değildir. EKMEKÇİ, “İşyeri Dışından Hizmet Alınması”, s. 111-112. EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, s. 153-155. Ortak sağlık ve güvenlik birimleri gelişmiş ülke uygulamalarında işyeri koşullarında çözülemeyen uzmanlık gerektiren sorunları desteklemek, mali bakımdan zayıf olan küçük ölçekteki işyerleri bakımından iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için alternatif seçenek olma işlevine sahiptir. YILMAZ, “Sağlık ve Güvenlik Birimleri”, s. 108.

⁵⁷ Yarg. 9. HD. T. 12.06.2006, E. 2006/14473, K. 2006/17149. EKMEKÇİ, “İşyeri Dışından Hizmet Alınması”, s. 108-110.

⁵⁸ Aynı yönde, DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, “İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi”, s. 17.

revlendirilmesi yoluyla yerine getirilmesi imkânı tanındığından, işverene geçici iş ilişkisi ile belirlenen nitelikteki kişileri çalışanları arasına dâhil etme ve onun görevlendirilmesi suretiyle bu hizmetlerin yerine getirilmesini sağlama imkânının da tanındığı kabul edilmelidir. Geçici iş ilişkisi yoluyla iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sağlanması yoluna, grup şirketlerde bir şirkette görev yapan iş güvenliği uzmanının farklı risk gruplarına giren işyerlerinde tecrübe kazanması veya gereken sertifikalı iş güvenliği uzmanı bulunmayan işyerlerinde bu ihtiyacın karşılanması gibi nedenlerle başvurulabilir⁵⁹.

Ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile işveren arasındaki ilişki kanımızca asıl işveren alt işveren ilişkisi niteliğindedir⁶⁰. Bir alt işveren asıl işverenden bahsedebilmek için, bu ilişkinin her iki tarafının da işveren sıfatının bulunması, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işin verilmesi, asıl işin bir bölümünün işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi nedeniyle alt işverene verilmiş olması, işin asıl işverene ait işyerinde yapılması ve alt işverenin işçilerinin yalnızca asıl işverenin işyerinde çalıştırılması gerekmektedir⁶¹. Bu unsurlar açısından işveren ile ortak sağlık ve güvenlik birimi ilişkisini incelemek gerekirse ortak sağlık ve güvenlik birimi bünyesinde bulunan işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personelinin işverenidir. İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri asıl işin kapsamına dâhil olan uzmanlık gerektiren nitelikte bir iştir. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin ortak sağlık ve güvenlik birimleri yanı sıra işverenin işyerinde de yapılması mümkündür. Kural olarak aynı işverene ortak sağlık ve güvenlik biriminde çalışan aynı işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli hizmet vermektedir⁶². Bu iş için görevlendirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının yalnızca asıl işveren olan ortak sağlık ve güvenlik birimi ile sözleşme yapan işverenin işyerinde çalışıyor olması gerekmektedir⁶³. Bu son koşulun da sağlanması şartıyla sonuç olarak işveren ile ortak sağlık ve güvenlik birimi arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren niteliğinde olduğu söylenmelidir. Ancak 6331 sayılı Kanun uyarınca yalnızca yetkilendirilmiş olan ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile bu ilişkinin kurulması mümkündür, iş sağlığı ve güvenliği

⁵⁹ EKMEKÇİ, “İşyeri Dışından Hizmet Alınması”, s. 112; EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, s. 154.

⁶⁰ Aynı yönde Ercan AKYİĞİT, “İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, Mart 2013, s.41. Saim OCAK, İş Güvenliği Uzmanlığı, Ankara: Adalet, 2013, s. 72-73.

⁶¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 159-166. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 51-55. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 30-32.

⁶² İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması amacıyla işyerlerinde görevlendirilen kişilerin, doğum, hastalık ve yıllık izin gibi zorunlu nedenlerle değişmesi ve değişikliğin otuz günü geçmesi halinde durumun İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğüne bildirilmesi gerekmektedir (İSGH. Yön. md. 14/2).

⁶³ ÖZDEMİR, s. 161. Doktrinde yer alan bir görüşe göre alt işverenin işçilerinin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalıştırılması koşulu müteselsil sorumluluk bakımından aranmalı, asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı bakımından aranmamalıdır. Bu görüşün kabulü halinde örneğin ortak sağlık ve güvenlik birimi bünyesinde çalışan işyeri hekiminin farklı işverenlere hizmet sunması ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile işveren arasındaki ilişkinin asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilmesine engel olmayacaktır. Talat CANBOLAT, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, İstanbul: Kazancı, 1992, s. 18. Osman Güven ÇANKAYA, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar”, Kamu- İş Dergisi, C. 6, S. 2, 2002, s. 4.

hizmetlerinin diğer işverenlere verilmek suretiyle yerine getirilmesi ve dolayısıyla asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması mümkün değildir.

7. HUKUKİ SORUMLULUKLARI

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumlu tutulan kişi işverendir. İşveren bu yükümlülüğünü yukarıda da belirttiğimiz gibi birkaç şekilde yerine getirebilir⁶⁴. Bu seçeneklerden biri de iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temin edilmesidir.

İşveren her ne kadar bu yükümlülüğünü hizmet satın alarak yerine getirse de 6331 sayılı Kanun kapsamında söz konusu olan sorumlulukları devam edecektir. 6331 sayılı Kanun md. 4/2' de bu husus açıkça belirtilmiştir.

İşverenin hizmet satın alması durumunda sorumluluğunun devam edeceği, hizmet satın aldığı birimlerin sorumluluklarının olmadığı anlamına gelmemektedir. İşyerinde hizmet sunan kuruluşlar ile işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları da iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesi esnasındaki ihmallerinden dolayı işverene karşı sorumludurlar (6331 sayılı Kanun md. 8/3)⁶⁵. Aynı zamanda, ortak sağlık ve güvenlik birimi ile yapılan sözleşme uyarınca işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetini yerine getiren işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı 'ifa yardımcısı' konumundadır⁶⁶. TBK. md. 116 uyarınca bu kişilerin görevini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle işverenin uğradığı zararlardan ortak sağlık ve güvenlik birimi kusursuz sorumludur. İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri uzmanlık gerektirdiğinden ve yetkili makamın (İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü) verdiği izin ile bu hizmet yerine getirilebildiğinden, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin bünyesinde hizmet sunan yardımcı kişiler olan işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının verdiği zararlardan sorumlu olmayacağına dair yapacağı anlaşma kesin hükümsüz olacaktır (TBK. md. 116/3).

İşyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının yerine getirdikleri hizmetlerde hata marjı zarar oluşma riski yüksektir. Bu nedenle mesleki sorumluluk sigortası yaptırımları düşünülebilir. İşyeri hekimleri bakımından mesleki sorumluluk sigortası yaptırmak zorunludur⁶⁷. İş güvenliği uzmanları bakımından ise böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Mesleki sorumluluk sigortası, işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı tarafından kendi ad ve hesaplarına yaptırılabilir.

⁶⁴ Bkz. s. 3-4.

⁶⁵ Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesindeki ihmalleri aynı zamanda yetki belgesinin askıya alınmasına veya iptaline neden olabilir. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin 7 numaralı ekinde bir takım ihlaller ve bunlara karşı gelecek ihtar puanları belirlenmiştir. İhtar puanlarının toplamının 300'e ulaşması halinde, ortak sağlık ve güvenlik biriminin yetki belgesi altı ay süre ile askıya alınır (İSGH. Yön. md. 22/1). Yetki belgesinin askıya alınması, iptali ve bu işlemlere yönelik itiraz prosedürü İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin 21, 22 ve 22A maddelerinde düzenlenmektedir.

⁶⁶ Ahmet SEVİMLİ, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 36, 2013/1, s. 133. ÖZDEMİR, s. 229.

⁶⁷ Bkz. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkılarına İlişkin Usul Ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1). R.G. 21.07.2010, 27648.

leceği gibi ortak sağlık ve güvenlik birimi tarafından ‘sigorta ettiren’ sıfatıyla bu kişilerin hesabına da yaptırılabilir⁶⁸.

İşverenlerin ortak sağlık ve güvenliği birimleri tarafından iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olan ve yazılı olarak bildirilen tedbirleri yerine getirmekle yükümlü olduklarını belirtmiştik. İşverene karşı da sorumlu olan ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin ihmali halinde kusur oranının tespitinde, yazılı olarak sunulan tedbirler ispat açısından önem arz etmektedir⁶⁹.

İşveren iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesinde ortak sağlık ve güvenlik birimi ile koordineli davranarak, çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında ortak sağlık ve güvenlik birimini bilgilendirir (İSGH. Yön. md. 6/1 b. c).

8. CEZAI SORUMLULUKLARI

İşyerinde meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölüm ya da yaralanma gerçekleşmişse, işveren ve varsa işveren vekili Türk Ceza Kanununda düzenlenen taksirle ölüme sebebiyet verme (md. 85) veya taksirle yaralama (md. 89) suçlarından yargılanmaktadırlar. İş sağlığı ve güvenliği konusunda ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınması halinde bu birimlerin cezai sorumluluğunun olup olmadığını tespit etmek önem taşır.

Cezai sorumluluk hukuki sorumluluktan farklılık arz etmektedir. Tüzel kişilerin ceza hukukunda suç failliği ve sorumluluk için aranan kusur ve hareket yeteneğine sahip olmadıkları kabul edilmektedir⁷⁰. Bu nedenle işyerinde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığının sonuçlarından tüzel kişiler hukuken sorumlu tutulabilirler de cezai anlamda sorumlu tutulamayacaklardır⁷¹. TCK. md. 20/2’de de tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanmayacağı düzenlenmiş yalnızca suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri niteliğindeki yaptırımlar saklı tutulmuştur. Şu halde, ortak sağlık ve güvenlik biriminin hizmet sunduğu işyerinde iş kazası veya meslek hastalığı meydana geldiğinde, bu birim cezai anlamda sorumlu tutulamayacaktır. Ancak ortak sağlık ve güvenlik biriminin cezai sorumluluğunun bulunmaması, bu birimde görev yapan ve işyerinde iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru veya ihmali bulunan işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve

⁶⁸ Mertol CAN, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006, s. 34. Rayegan KENDER, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul: On İki Levha, 2014, s. 220.

⁶⁹ İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yapılacak tedbirlerin işverene yazılı olarak bildirilmesinin beklemenin yerinde olmadığı, tedbirler bakımından bir sınırlama ve ayırım yapılması gerektiği görüşü için bkz. Şükran ERTÜRK, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012, s. 17.

⁷⁰ M. Yasin ASLAN, “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, S. 2010/2, s. 244. Muharrem ÖZEN, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, AÜHFD., S. 52, 2003, s. 84. Doktrinde özellikle ticaret şirketleri bakımından soyut işveren somut işveren ayrımı yapılmaktadır. Soyut işveren tüzel kişiliği, somut işveren ise tüzel kişiliğin organını oluşturan üyeleri ifade etmektedir. SÜZEK, İş Hukuku, s. 147. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 28.

⁷¹ ÖZDEMİR, s. 597. Utkan ARASLI, “Ticaret Şirket Organlarının İş Kazasından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu”, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 2010, s. 33. Gizem SARIBAY ÖZTÜRK, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul: Beta, 2015, s. 351.

diğer sağlık personelinin cezai sorumluluğunun bulunmadığı anlamına gelmez. Bu kişiler kusur veya ihmalleri ile neden oldukları ölüm ya da yaralama bakımından Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri uyarınca yargılanacaklardır.

B. TOPLUM SAĞLIĞI MERKEZLERİ

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliđin⁷² 3. maddesi ile bu Yönetmeliğin 17. maddesinin son fıkrasına göre, toplum sağlığı merkezlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunma imkânı tanınmıştır. Toplum sağlığı ve merkezi birimi bu Yönetmeliğin 4. maddesinin (h) bendinde, “Sağlık Bakanlığına bağlı, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri sunmak üzere kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen birim” olarak tanımlanmaktadır⁷³. 2015 yılı itibariyle ülkemizde Bakanlıkça yetkilendirilmiş 81 adet toplum sağlığı merkezi bulunmaktadır⁷⁴.

Toplum sağlığı merkezleri biriminin yetkilendirilme ve denetimine ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının birlikte hazırlayacağı genelge ile belirlenecektir (İSGH. Yön. md. 17/7). Ancak şu anda hazırlanmış bir genelge bulunmamaktadır. Yalnızca Sağlık Bakanlığı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından hazırlanmış olan “Toplum Sağlığı Merkezlerinde Yürütülecek İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönerge” bulunmaktadır. Bu yönerge ile toplum sağlığı merkezi birimleri tarafından sunulacak iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin usul ve esasları belirlenmektedir.

Halk Sağlığı Müdürlüğü ildeki işyeri sayısını ve dağılımını, tehlike sınıfını, çalışan sayısını, fiziki koşulları ve ulaşılabilirliği dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği hizmeti verilecek toplum sağlığı merkezi sayısını belirler (Yönerge md. 6/1). Toplum sağlığı merkezlerinin iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunabilmesi için İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliğinin 12. maddesinde ortak sağlık ve güvenlik birimleri için aranan fiziki koşulları sağlaması ve 16. maddesinde öngörülen başvuru işlemlerini yaparak yetki belgesi alması gerekmektedir (İSGH. Yön. md. 17/7, Yönerge md. 6/2).

Yetkilendirilmiş toplum sağlığı merkezi biriminde iş sağlığı hizmetinin sunulması için İşyeri Hekimi Yönetmeliğine uygun işyeri hekimi ve diğer sağlık personeli, iş güvenliği hizmetinin sunulması için de İş Güvenliği Uzmanı Yönetmeliğine uygun iş güvenliği uzmanı ve son olarak sorumlu hekimin görevlendirilmesi gerekmektedir. Sorumlu müdürün (hekimin) görevinden ayrılması halinde yazı ile diğer personelin görevinden ayrılması halinde Halk Sağlığı Müdürlüğü İSG-KATİP sistemi üzerinden üç iş günü içinde İş Sağlığı ve Genel Müdürlüğüne bilgi verilmesini sağlar. 30 gün içinde bu kişileri yerine aranan nitelikte uygun personelin görevlendirilmesi ve İş Sağlığı ve Genel Müdürlüğüne bildirilmesi zorunludur (Yönerge md. 7/1, 2).

⁷² R.G. 31.01.2013, 28545.

⁷³ Toplum Sağlığı Merkezi ve Bağlı Birimler Yönetmeliği'nin 4. maddesinin ö bendinde toplum sağlığı merkezi iş sağlığı ve güvenliği birimi “İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yetkilendirilen toplum sağlığı merkezi bağlı birim” olarak tanımlanmaktadır. R. G. 05.02.2015, 29258.

⁷⁴ <http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/isggm.portal?page=ydb>, (Çevrimiçi), 20.05.2015.

Yetkilendirilmiş toplum sağlığı merkezi biriminde görevlendirilmek üzere işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve diğer sağlık personeli bulunmaması halinde, Halk Sağlığı Müdürlüğü belirleyeceği personelin eğitim, sınav, belge ücretlerini Müdürlüğün döner sermaye bütçesinden karşılayarak eğitim programına katılmasını sağlar. Müdürlükçe eğitim programına katılması sağlanan personel taahhütname imzalayarak göreve başladığı tarihten itibaren en az iki yıl süre ile Halk Sağlığı Müdürlüğü veya sağlık Bakanlığının belirleyeceği yetkilendirilmiş toplum sağlığı merkezinde çalışmayı taahhüt eder. Taahhüdüne uymaması veya eğitimin bitimini müteakip ilk iki sınavda başarısız olması durumunda döner sermaye bütçesinden ödenen ücretler tahsil edilir (Yönerge md. 7/5, 6, 8, 10).

Yetkilendirilmiş toplum sağlığı merkezlerinden iş sağlığı ve güvenliği hizmeti almak isteyen işveren işyerine ait bilgiler ve gerekli evrakla Halk Sağlığı Müdürlüğü veya toplum sağlığı merkezi birimine müracaat eder. Halk Sağlığı Müdürlüğü ve toplum sağlığı merkezi birimi tarafından, iş sağlığı ve güvenliği hizmeti sunulması uygun görülen işyerinin işvereni ile İSG-KÂTİP sistemi üzerinden sözleşme yapılır (Yönerge md. 12).

Toplum sağlığı merkezi birimleri tarafından sunulacak iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin ücretlendirilmesine ilişkin Yönergenin 3 numaralı ekinde işyerinin tehlike sınıfı ve çalışan sayısı esas alınarak hazırlanmış bir tablo bulunmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulabilmesi için bu ücretlerin işveren tarafından aylık ve peşin olarak ödenmesi gerekmektedir (Yönerge md. 13).

Yetkilendirilmiş toplum sağlığı merkezi birimi iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini işyerinin tehlike sınıfı ve çalışan sayısına göre belirlenen sürelerden az olmamak kaydıyla yürütür. Aynı işverene aynı personelle hizmet verilmesi esastır (Yönerge md. 14/1, 2).

IV. SONUÇ

6331 sayılı Kanunla getirilen önemli değişikliklerden biri de işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı görevlendirilmesinde ya da dışarıdan hizmet alınmasında aranan elli çalışan koşulunun artık aranmamasıdır. Tek bir çalışmanı bulan işveren dahi işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı istihdam etmek zorundadır. 6331 sayılı Kanunun uygulanma kapsamı açısından 4857 sayılı Kanuna nazaran daha geniş olduğundan, örneğin artık kamu görevlileri de 6331 sayılı Kanuna tabi olduklarından, ihtiyaç duyulan işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı sayısı 4857 sayılı Kanun dönemine nazaran çok daha fazladır. Kanımızca 6331 sayılı Kanun gereği işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı ihtiyacının karşılanmasında, ortak sağlık ve güvenlik birimleri önemli rol oynayacaktır.

Her ne kadar işveren iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamını veya bir kısmını hizmet satın alarak yerine getirebilse de ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin bu hizmetlerinin tamamını veya bir kısmını başka bir kişi veya kuruluşa devretmesi mümkün değildir (İSGH. Yön. md. 13/4). İncelendiği üzere ortak sağlık ve güvenlik birimleri hakkında ayrıntılı düzenlemeler yapılarak bir standart oluşturulması ve bu birimler üzerinde denetimin sağlanması amaçlanmıştır. Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin bu hizmetleri tamamen veya kısmen başka bir kişi veya kuruluşa devretmesi halinde, oluşturulmak istenen standardın ve yeterli denetimin sağlanamayacağı açıktır. Bu açıdan düzenleme isabetlidir.

İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri her ne kadar işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl iş niteliğinde olmasa da yasal yükümlülükler dolayısıyla asıl iş mevcut olduğu sürece devam edecek olan ve asıl işe bağımlı bir iş niteliğindedir. Alt İşverenlik Yönetmeliğindeki 'yardımcı iş' tanımından yola çıkarak iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yardımcı iş olarak nitelendirmemiz mümkündür. Bu hizmetlerin uzmanlık gerektirdiği konusunda ise şüphe yoktur. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan teminine ilişkin yasal düzenlemenin bulunmadığı dönem bakımından, bu hizmetlerin alt işverene verilmek suretiyle yerine getirilmesini hukuken mümkün kabul etmek gerekir. Ancak şu anda iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin dışarıdan temini konusunda yasal düzenleme ve bir yönetmelik bulunmamaktadır. Yönetmelikte dışarıdan hizmet temin edecek ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde bir standart oluşturmak, denetimleri sağlamak gibi amaçlarla bu birimlerin yetkilendirilmesi, fiziki özellikleri, personeli, denetimi hususunda ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Bu nedenle işverenin çalışanları arasında belirlenen nitelikte personeli bulunmaması veya bulunmasına rağmen görevi kabul etmemesi halinde, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin tamamı veya bir kısmı için ortak sağlık ve güvenlik birimleri yerine alt işverene başvurması mümkün değildir. Aksinin kabulü halinde oluşturulmak istenen denetim sisteminin işlemeyeceği açıktır.

6331 sayılı Kanunda işverene iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini çalışanları arasında belirlenen nitelikte personel bulunması halinde onun görevlendirilmesi yoluyla yerine getirilmesi imkânı tanındığından, işverene geçici iş ilişkisi ile belirlenen nitelikteki kişileri çalışanları arasına dâhil etme ve onun görevlendirilmesi suretiyle bu hizmetlerin yerine getirilmesini sağlama imkânının da tanındığı kabul edilmelidir.

Son olarak işveren ile ortak sağlık ve güvenlik birimi arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren niteliğindedir ancak 6331 sayılı Kanun uyarınca yalnızca yetkilendirilmiş olan ortak sağlık ve güvenlik birimleri ile bu ilişkinin kurulması mümkündür. İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin diğer işverenlere verilmek suretiyle yerine getirilmesi ve dolayısıyla bu işverenlerle asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulması mümkün değildir.

KISALTMALAR

- AÜHFD. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
 b. : Bent
 bkz. : Bakınız
 C. : Cilt
 D. : Daire
 Dan. : Danıştay
 DEÜHFD. : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
 E. : Esas
 HD. : Hukuk Dairesi
 İSGH. Yön. : İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği
 İşyeri Hekimi Yönetmeliği: İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik
 İş Güvenliği Uzmanı Yönetmeliği: İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik

İÜHF.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
md.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
Yarg.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

AKI, Erol; "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri", DEÜHFD. C. 15, Özel Sayı, 2014.

AKIN, Levent; İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Yetkin, Ankara, 2013.

AKIN, Levent; "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi", AÜHFD., C. 54, S. 1, 2005.

AKYİĞİT, Ercan; "İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, Mart 2013.

ALPAGUT, Gülsevil; "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", İÜHF.M., C. LXII, S. 2, 2014.

ALPAGUT, Gülsevil; "İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi", İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Tisk Yayını, 2012.

ARASLI, Utkan; "Ticaret Şirket Organlarının İş Kazasından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu", Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 2010.

ARICI, Kadir; "İş Sağlığı ve Güvenliği", İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, Ankara, 2013.

ASLAN, M. Yasin; "Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, S. 2010/2.

AYDIN, Ufuk; "İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarısı Üzerine", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 26, Haziran 2012.

CAN, Mertol; Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006.

CANBOLAT, Talat; Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri, İstanbul: Kazancı, 1992.

CANİKLİOĞLU, Nurşen; "İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı", İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Tisk Yayını, 2012.

ÇANKAYA, Osman Güven; "Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar", Kamu-İş Dergisi, C. 6, S. 2, 2002.

ÇELİK, Nuri,

CANİKLİOĞLU, Nurşen,

CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, Beta, İstanbul, 2014.

ÇETİNKAL, Altan; “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Alanında Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, MESS Mercek Dergisi, Nisan 2011.

DEMİRCİOĞLU, Murat, KAPLAN, Hasan Ali; “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 30, Aralık 2013.

DEMİRCİOĞLU, A. Murat; “İş Güvenliği Uzmanlığı Yönünden İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağı'nın İncelenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007.

EKMEKÇİ, Ömer; 4857 sayılı İş Kanununa Göre İşyerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Örgütlenmesi, Legal, İstanbul, 2005.

EKMEKÇİ, Ömer; “İş Güvenliği Uzmanlığı ve İşyeri Hekimliği Faaliyetlerinin İşyeri Dışından Hizmet Alınması Suretiyle Yerine Getirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 4, Aralık 2006.

EKMEKÇİ, Ömer; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Taslağı'nın Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007.

EKMEKÇİ, Ömer; “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerine İlişkin Genel Esaslar”, ‘İşyeri ve Ortak Sağlık Güvenlik Birimleri Mevzuatı Açısından İşveren Yükümlülükleri’ Semineri, 17 Aralık 2009, Tisk Yayını, 2010.

ERTÜRK, Şükran; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012.

EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.

KAVLAK, Pevrul; “İş Sağlığı ve Güvenliği Piyasasının İnsafına Bırakılmamalı”, MERCEK, Ocak 2012.

KENDER, Rayegan; Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul: On İki Levha, 2014.

OCAK, Saim; İş Güvenliği Uzmanlığı, Ankara: Adalet, 2013.

OCAK, Saim; “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun İstihdama Etkisi”, LİSGHD., C. 10, S. 37, 2013.

ÖZDEMİR, Erdem; İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara: Vedat, 2014.

ÖZEN, Muharrem; “Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış”, AÜHFD., S. 52, 2003.

ÖZER, Kasım; “Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinin Yetkilendirilmesi Uygulaması”, ‘İşyeri ve Ortak Sağlık Güvenlik Birimleri Mevzuatı Açısından İşveren Yükümlülükleri’ Semineri, 17 Aralık 2009, Tisk Yayını, 2010.

SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem; İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul: Beta, 2015.

SERATLI, Gaye Burcu; “4857 sayılı Kanuna Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, AÜHFD., C. 53, S.2, 2004.

SEVİMLİ, Ahmet; “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 36, 2013/1.

SÜZEK, Sarper; İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1985.

SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.

ÜSTÜNER, Duygu; “Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında İşyeri Hekimliği”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’ e Armağan, C. 2, Beta, İstanbul, 2011.

YILMAZ, Fatih; “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 6/C. 25, S. 1-2, Mayıs-Ağustos-Kasım 2013.

YILMAZ, Fatih; “Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri ve Örgütlenmesi: Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, Kamu-İş, C. 11, S. 2, 2010.

Elektronik Kaynaklar

www.kazanci.com

<http://www.evrensel.net/haber/91678/ortak-saglik-guvenlik-birimi-nedir-ne-degidir>

http://www.izmirtabip.org.tr/userfiles/OSGB_rap.pdf

<http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/isggm.portal?page=ydb>

**# 2006/54/AT SAYILI DİREKTİF VE
AVRUPA ADALET DİVANİ KARARLARI IŞIĞINDA
İSTİHDAM VE MESLEK KONULARINDA KADIN VE
ERKEK ARASINDA EŞİT DAVRANILMASI VE FIRSAT
EŞİTLİĞİNİN SAĞLANMASI**

Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz*
Araş. Gör. Nihat Seyhun Alp**

ÖZ

Cinsiyet ayrımcılığı yasağı, Avrupa Birliği'nde ilk olarak ekonomik bütünleşme amacı çerçevesinde ve üye devletler arasında haksız rekabeti önlemek için yani ekonomik nedenlerle ortaya çıkmıştır. Zaman içerisinde ekonomik bütünleşme amacı gerçekleşip bütünleşmenin siyasi bir zemine doğru ilerlemesiyle bu kavramın sosyal boyutu ve istihdam alanında gelişimi de önem kazanmaya başlamıştır. Bu kavramın önem kazanmasında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın konu ile ilgili içtihatlarının oynadığı rol de büyüktür.

Avrupa Birliği Hukukunda önemli bir yer bulan cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi yaklaşımı, uygulamada özellikle kadınların iş yaşamında korunması alanında somutlaşmıştır. Kadınların işgücüne katılımı, istihdamı ve bu alanda kadınlara yönelik cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılması, Avrupa Birliği Hukukunda en yoğun olarak ele alınan konuların başında gelmektedir. Bundan dolayı bu zamana kadar cinsiyet ayrımcılığı ile mücadele için birçok direktif yayımlanmış son olarak ise 2006/54/AT Sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkek Arasında Eşit Davranılması Direktifi yürürlüğe konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kadın ve Erkek Arasında Eşit Davranılması, Cinsiyet Ayrımcılığı, Doğrudan ayrımcılık, Dolaylı Ayrımcılık, Cinsel Taciz.

ABSTRACT

Banned gender discrimination has emerged first in EU in the framework of economic integration and in order to prevent unfair competition namely because of economic reasons. In the course of time, economic integration took place and with the start of progress towards political integration, the social dimension and the development of this concept began to gain importance. Court of Justice has important role in gaining importance of this concept.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

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

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

Prevention of gender discrimination which finds an important place in European Union Law is embodied in practice especially in the field of the protection of women's workings life. Women participation to work force, women employment and eliminating gender discrimination against women are one of the issues to tackle in European Union Law. Therefore until now several directives had issued to combat the discrimination and finally Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) has been issued and implemented.

Keywords: *Equal Treatment between Men and Women, Gender Discrimination, Direct Discrimination, Indirect Discrimination, Sexual Harassment.*

I. GİRİŞ

Çalışma imkânı, emeklilik ve ücret noktalarında kadın ve erkek arasında eşitlik sağlayan dağınık hâldeki birden çok düzenlemeyi basitleŐtirip modernize etmek için 2006/54/AT sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe EŞit Davranma ve Fırsat EŞitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif¹ kabul edilmiŐtir². 2006/54/AT sayılı Direktif, ücret eşitliğini düzenleyen Avrupa Birliği'nin İŞleyişine Dair Anlaşma (ABİDA) md. 157'den daha geniş kapsamlıdır. Şöyle ki, 2006/54/AT sayılı Direktif ücret konusu da dâhil olmak üzere iş ve istihdamdaki bütün konularda eşitliği ele almaktadır³.

2006/54/AT sayılı Direktif, her konuda değil sadece işçilik ile alakalı konularda kadın ve erkek arasındaki eşitliği düzenlemektedir. Atama dâhil işe ulaşım, bu düzenlemenin kapsamına girmektedir. İŞe ulaşım ile ilgili hükümler sadece ilk işe alımlarda değil belirli süreli iş sözleşmelerinin uzatılmasında da uygulanabilecek mahiyettedir⁴. Divan, işe ulaşım, mesleki eđitim⁵ ve çalıŐama şartlarını düzenleyen bu hükümlerin ihtilaflara doğrudan uygulanabileceği görüŐündedir⁶.

2006/54/AT sayılı Direktif'in uygulanmasında çalışma şartlarını geniş algılamak gerekir. Sadece iş sözleşmesinde veya işyerinde yer alan şartlar değil

¹ OJ L 204, 26/07/2006, s. 0023-0036.

² Çalışma Hayatında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Alanları: Meslek Yöneliminde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık/İŞe Kabul Edilme Sürecinde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık/İstihdam Açısından Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık/Ücret Konusunda Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık/Kariyer Sürecinde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık; Sinem Göçmenler, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'de Kadın Erkek EŞitliği", Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler EnstitüŐü, İstanbul 2008, s. 27-33.

³ Ertan İren, "Avrupa Birliği İŞ Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İŞ Kanununun Durumu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler EnstitüŐü, Ankara 2008, s.158.

⁴ Karl Riesenhuber, *European Employment Law*, Intersentia Publishing, 2012, p. 296.

⁵ "Kişiyi belli bir meslek, sanat veya istihdama hazırlayan veya böyle bir meslek, sanat veya istihdam için gerekli eğitim ve becerileri kazandıran her türlü öğretim, ona katılan öğrencilerin yaşı ve eğitim düzeyi ne olursa olsun ve eğitim programında bir genel öğretim unsuru olsa bile, mesleki eğitimidir" Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010, s.67.

⁶ Philippa Watson, *EU Social And Employment Law*, Oxford, 2009, pp. 403-404.

bütün şartlar dikkate alınmalıdır⁷. Şöyle ki, çalışma saatlerinin azaltılması veya yeniden düzenlenmesi, analık izni bittiğinde işe başlama şartları, yıllık izin hakları ve bu hakların kazanım şartları, haksız fesih sonucu göreve iade gibi konularda da 2006/54/AT sayılı Direktif uygulanabilir⁸. Keza hangi şekliyle olursa olsun sözleşmenin sona ermesi de çalışma şartları içerisinde değerlendirileceğinden bu Direktif'in uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz⁹.

Çalışmamızda Divan tarafından yapılan yorumlar ışığında 2006/54 sayılı Direktif hükümlerinin nasıl uygulanacağı ve yorumlanacağı incelenecektir.

II. AYRIMCILIK

2006/54/AT sayılı Direktif, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklamakla birlikte, işyerinde müsaade edilemeyecek olan taciz kavramını da tanımlamıştır.

A. Ayrımcılık Türleri

1. Doğrudan Ayrımcılık

2006/54/AT sayılı Direktif md.2/1'de doğrudan ayrımcılık şu şekilde tanımlanmıştır: *"Bir kişiye, başka bir kişiye göre cinsiyeti sebebiyle benzer durumlarda gösterilenden veya gösterilecek olandan daha az avantajlı şekilde davranılmasıdır."* Buna göre, cinsiyete dayalı olan ve karşılaştırılan cinsle göre daha az avantajlı olan hareketler doğrudan ayrımcılıktır¹⁰. Dolayısıyla doğrudan ayrımcılığın tespitinde temel olarak cinsiyeti farklı emsal işçi dikkate alınmaktadır¹¹. Emsal işçilerin ise sahip oldukları cinsin karakteristik özellikleri yerine sahip oldukları kişisel özellikler dikkate alınarak değerlendirilme yapılması gerekmektedir¹². Fakat bazı durumlarda doğrudan ayrımcılığı tespit etmek için gerekli olan bir karşı cins olmayabilir. Bu durumda ise farazi bir karşı cins dikkate alınarak doğrudan ayrımcılığının varlığının tespit edilmesi yöntemi Divan kabul etmemiştir¹³.

Doğrudan ayrımcılık özellikle işe almada, çalışma koşullarının uygulanmasında, ücretlendirmede, mesleki eğitim ve ilerlemede ve iş ilişkisinin sona ermesinde yaygın olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴. Aşağıdaki misallerde de Divan doğrudan ayrımcılığın varlığını kabul etmektedir.¹⁵:

- Kadın çalışana daha önceden aynı işyerinde aynı işi yapan erkek çalışana nazaran daha az ücret ödenmesi;

⁷ A.e., s. 404.

⁸ Riesenhuber, a.g.e., s. 297.

⁹ Divan'ın 2005 tarihli ve 207/04 sayılı Kararı.

¹⁰ Ruth Nielsen, EU labour Law, Djof Publishing,2013, p. 310

¹¹ AB Temel Haklar Ajansı, a.g.e., s.23, Gözde Kaya, "Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010, s.99.

¹² Bahar Konuk, "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, 2013, s.1737.

¹³ Gonca Aydınöz, "Avrupa Birliği Direktifleri ile Atad Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasası ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum Dergisi, C.I, No:44, Temmuz-Eylül 2009, s.177-178.

¹⁴ Kaya, a.g.e., s.107.

¹⁵ Watson,,a.g.e., s. 385-386.

- Aynı ücret ödemekle birlikte erkek çalışana daha fazla ücret eki ödemesi;
- Mesleki emeklilik planlarından alınan yaşlılık aylığında kadın ve erkek çalışan için farklı yaş sınırı öngörülmesi;
- Geride kalan eş için ölüm aylığına ulaşmada farklı koşullar öngörülmesi;
- Toplu sözleşmede aynı yaş grubundaki kadın çalışan için işten çıkarılma tazminatına yer verilmemesi;
- Analık iznindeki kadın çalışanın ücret artışından istifade ettirilmemesi;
- Emekli erkek nakliye çalışanlarına tanınan seyahat kolaylığının kadın çalışanlara sağlanmaması.

Herrero¹⁶ kararında analık iznini kullanan kadın bu izin esnasında kendi işyerinde açılan sınavda idari asistan pozisyonuna atanmaya hak kazanmıştır. Fakat kıdem hesabında atama tarihi değil, analık izninin sona erdiği tarih temel alınmıştır. Bu durumun doğrudan ayrımcılık teşkil edip etmediği Divan'a sorulmuştur.

Divan, kadın çalışanın kıdeminin hesabında analık iznindeki sürenin dikkate alınmamasını doğrudan ayrımcılık olarak kabul etmiştir¹⁷.

2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık 2006/54/AT sayılı Direktif md2/1- (b) 'de düzenlenmiştir. Buna göre; “Görünüşte tarafsız olan hükümler, kıstaslar ya da uygulamaların yasal olarak meşru bir amaca hizmet etmesi ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması durumu hariç bir cinsiyetteki kişileri diğer gruba karşı dezavantajlı duruma düşürmesi veya düşürme ihtimalidir”. Başka bir anlatımla görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya uygulama, ayrımcılık temellerinden biri kendileri için geçerli olan kişiler bakımından, başka kişiler ile karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratıyorsa ve söz konusu düzenleme, ölçüt veya uygulama meşru bir amaçla haklı kılınmadıkça dolaylı ayrımcılık teşkil eder¹⁸.

Bu tanımla birlikte direktif önemli bir yenilik getirerek sadece olumsuz davranışın gerçekleştirilmesi ile değil aynı zamanda olma ihtimali olması durumunda da (would put at a disadvantage) dolaylı ayrımcılığı kabul etmiştir¹⁹.

Dolaylı ayrımcılığın tespiti ve ispatı doğrudan ayrımcılığa göre daha zordur. Bununla birlikte Divan kararlarında tespit edilen dolaylı ayrımcılık örnekleri aşağıdaki şekilde sıralanabilir²⁰;

- Mesleki sosyal güvenlik planlarından kısmi süreli çalışanların dışlanması,
- İş sözleşmesinin sona ermesi durumunda kısmi süreli çalışanların kıdem tazminatından dışlanması,
- Kısmi süreli çalışanlara hastalık sırasında maaşın ödenmemesi,
- Kısmi süreli çalışanların ikramiyelerden yararlandırılmaması,

¹⁶ Divan'ın 2006 tarihli ve 294/04 sayılı Kararı.

¹⁷ Divan'ın 2006 tarihli ve 294/04 sayılı Kararının 48. paragrafı.

¹⁸ Kaya, a.g.e., s. 18; Lukasz Bojarski, Isabelle Chopin, Barbara Cohen, Uyen Do, Lilla Farkas ve Romanița Iordache, Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.25.

¹⁹ Nielsen, a.g.e., s. 312.

²⁰ Watson, a.g.e., s. 387.

-Mesleki eğitim kurslarına katılması sırasında ödenen yardımların kısmi süreli çalışanlara ödenmemesi,

-Mesleki sigorta yardımlarından yararlanmak için gereken şartların bayanlar için daha ağır olması.

Dolaylı ayrımcılık konusunda *Bilka-Kaufhaus* kararından bahsetmekte fayda görmekteyiz.

Bir işyerinde sadece 20 yıl içinde en az 15 yıl tam süreli çalışıp daha sonra kısmi süreli çalışanlara işletmenin emeklilik sistemine katılmaya izin verilmiştir²¹. Aynı işyerinde 11 yıl tam süreli ve 4 yıl kısmi süreli olarak çalışan Bayan Weber'in sistemden yararlanma talebi reddedilmiştir²². İşveren, ekonomik gerekçelere dayanarak kısmi süreli çalışanları bu sistem kapsamına almadığını belirtmiştir. İşverene göre söz konusu uygulama mümkün olduğunca daha az kısmi süreli çalışan istihdam etmek ve çalışanları tam süreli çalışmaya cezbetmek için yapılmaktadır²³. Bu uygulamanın Direktif hükümlerine aykırı olup olmadığı Divan'a sorulmuştur.

Divan'a göre emeklilik sisteminden yapılan ödemeler, ABİDA md. 157 anlamında ücret olarak görülmelidir²⁴. Cinsiyet ayrımcılığına dayanmadığı sürece araçların uygun ve zorunlu olması şartı ile daha az kısmi süreli çalışan istihdam etmeye yönelik politikalar haklı görülebilir. İlk görünüşte, kadın ve erkek arasında ayrımcılık yapılmadığı söylenebilir. İşyerinde kısmi süreli çalışanların önemli bir bölümünün kadın çalışan olmasına karşın, tam süreli çalışanların çoğunun erkek olması gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla, ilgili uygulama daha çok kadın çalışanlar üzerinde olumsuz etki yaratmaktadır²⁵. Netice itibarıyla, görünüşten ziyade uygulamanın pratik sonuçlarına göre hüküm kurulması gerekir²⁶.

Benzer durum *Jenking* kararında da yaşanmıştır. Tam süreli çalışanlara nazaran kısmi süreli çalışanlara saat başına ödenen ücret miktarının % 10 daha az olması başlı başına ayrımcılık olmamakla birlikte kısmi süreli çalışanların büyük bir bölümünün bayan olması durumunda kadın ve erkek arasında eşit ücret prensibinin ihlali söz konusu olacaktır²⁷. Divan bu davada ayrıca kadın ve erkek arasında farklı ücret ödenmesi durumunda işverenin niyeti, ücret ödeme politikası gibi konular da göz önüne alınarak her davanın ayrı ayrı değerlendirilmesini dile getirmiştir²⁸. Yine *Lakebeig* kararında Divan, fazla çalışma ücretinin ister kısmi süreli ister tam süreli çalışma olsun ayda 3 saatten fazla yapılan çalışmalarda ödeneceğine ilişkin hükmü kadın-erkek arasında eşit ücret ödenmesine ilişkin hükümlere aykırı bulmuştur²⁹. Çünkü tam süreli çalışanlar ayda 98 saat çalıştıklarından, 3 saat fazla çalışma ilave %3 fazla çalışmaya gerektirirken kısmi süreli ise çalışanlar ayda 60 saat çalıştıklarından

²¹ Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 4.paragrafı.

²² Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 5.paragrafı.

²³ Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 7.paragrafı.

²⁴ Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 27.paragrafı.

²⁵ Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 31.paragrafı

²⁶ A.C.L. Davies, EU Labour Law, Edward Elgar Publishing,2012, p.116.

²⁷ Divan'ın 1981 tarihli ve 96/80 sayılı Kararının 13. paragrafı.

²⁸ Divan'ın 1981 tarihli ve 96/80 sayılı Kararının 14. paragrafı.

²⁹ Divan'ın 2004 tarihli ve 285/02 sayılı Kararının 19. paragrafı.

3 saat fazla çalışma ilave %5 fazla çalışmaya gerektirmektedir³⁰. Yine kısmi süreli çalışanların çoğunlukla bayanlar olması durumunda kadın erkek arasında dolaylı bir ayrımcılık mevcut olacaktır³¹.

3. Taciz

Taciz kavramı 2006/54/AT sayılı Direktif md.2'de aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır;

Taciz; *cinsiyet temeline dayalı olarak korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturma ve insan haysiyetine zarar verme amacı ve etkisiyle yapılan ve istenilmeyen davranışlar,*

Cinsel Taciz; *Özellikle de korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturmak dâhil, insan haysiyetine zarar verme amacı ve etkisiyle sözlü veya sözlü olmayan veya cinsel içerikli fiziksel davranışlardır.*

Bu tanım ışığında tacizin iki kümülatif şartı vardır: ilk olarak insan haysiyetine zarar verme amacı ve etkisiyle yapılması, ikinci olarak korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturma amacı ile yapılmasıdır³².

Hareketin istenmeyen hareket olarak değerlendirilmesi ise insan algısına göre yapılacaktır. Tabi burada "*itiraz edildikten sonra devam eden hareketler istenilmeyen kabul edilecektir*" şeklinde bir çıkarım yapılmamalıdır.³³ Yani mağdur sesini çıkarmasa dahi yapılan hareketler istenmeyen hareketler olup taciz sayılacaktır. Buna karşılık cinsel tacizde korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturma; insan haysiyetine zarar verme amacı ve etkisiyle yapılmanın altında zikredilmiş ve şartlar kolaylaştırılmıştır. Yani taciz için kümülatif bir şart olarak aranan korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturma şartı cinsel taciz için aranmamıştır³⁴. Fakat yapılan bu iki tanım da insan haysiyeti kavramı ön planda tutulmuştur. Yani bu hareketlerin tespitinde insan haysiyeti kavramının kullanılması gerekecektir.

İstenmeyen hareketler sözlü ya da yazılı olabileceği gibi tasvir, el kol hareketleri, yüz ifadeleri, taklit, fıkralar, şakalar ya da fiziksel temas dâhil herhangi bir davranışı içerebilir³⁵.

Taciz, cinsel taciz ve kişinin bu tarz bir davranışa boyun eğmeyi reddetmesine bağlı olarak daha kötü davranılması durumunda bu Direktif uygulama alanı bulacaktır.

³⁰ Divan'ın 2004 tarihli ve 285/02 sayılı Kararının 17. paragrafı.

³¹ Divan'ın 2004 tarihli ve 285/02 sayılı Kararının 19. paragrafı.

³² Riesenhuber, a.g.e., s. 249.

³³ A.e., s. 249.

³⁴ A.e., s. 250.

³⁵ AB Temel Haklar Ajansı, a.g.e., s.32; Bojarski, Chopin, Cohen, Do, Farkas, Iordache, a.g.e., s.26; Ulaş Karan, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık yasağı ve Eşitlik kurumları, Mattek Matbaacılık, Ankara 2009, s. 12.

B. Ayrımcılığın Kapsamı

2006/54/AT sayılı Direktif'in ayrımcılık ile ilgili kapsamını ise yine bu Direktif'in amacını düzenleyen 1. maddesinden anlayabiliriz. Buna göre Direktif, meslekte ve istihdamda kadın ve erkekler arasında eşit davranma ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlama amacı ile düzenlenmiştir.

Bu amaçla, eşit davranma ilkesi;

-Mesleki eğitim ve atama da dâhil istihdamda erişimde,

-Ücret de dâhil çalışma şartlarında,

-Sosyal güvenlik ile ilgili konularda eşit davranmayı içerir. Bu madde ile birlikte ayrıca Direktif md. 14'te daha geniş bir kapsam belirlenmiştir. Buna göre;

a) *Atamada dâhil mesleki hiyerarşinin bütün seviyelerinde ve seçim kriterleri ve mesleğe kabul şartları da dâhil mesleki faaliyetlerin bütün alanlarında bağımlı ve bağımsız bir işe ulaşım şartlarında,*

b) *Mesleki eğitimin bütün tip ve seviyelerine ulaşımında aynı zamanda mesleki staja ulaşımında,*

c) *Ücret ve fesih dâhil iş ve çalışma şartlarında,*

d) *Organizasyonlar tarafından sağlanan yardımlar da dâhil işçi ve işveren kuruluşlarına katılmada veya üyelikte, kamu ve özel sektörde cinsiyete dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılmaz.*

Comission v Germany kararında Divan bu Direktif ve md. 157'nin hem kamu ve özel sektöre hem de kamu hizmetlerine uygulanması gerektiğini dile getirmiştir³⁶. 12 yıl sonra *Gerster* kararında da Divan yine benzer bir karar vermiştir³⁷.

Mc Dermott kararında Divan, iç hukuk kurallarının Direktif hükümlerine göre uyumlaştırılması için belirlenen son tarihe rağmen uyumlaştırma yapılmamasından dolayı Direktif hükümlerinin iç hukuka doğrudan uygulanabilip uygulanamayacağı sorusu Divan'a yöneltilmiştir³⁸.

Bu davada Divan, İrlanda'daki sosyal güvenlik ile ilgili ulusal kanun hükmünün Sosyal Güvenlikte Eşit Davranma Direktifi'ne aykırılığından dolayı bu maddenin değiştirileceği süreye kadar uygulanmaması ve Direktifte düzenlenen eşit davranılma hükümlerinin uygulanması gerektiğine yani doğrudan uygulanabileceğine hükmetmiştir³⁹.

Direktif md. 1 ve 14'teki kapsam mutlak derecede uygulanacak olması ile birlikte yine Direktif'te bu uygulamaya bir istisna getirilmiştir. Buna göre üye devletlerin meşru bir amaç için ve ihtiyaçla orantılı olmak kaydı ile belirli mesleklerin doğası gereği veya içeriğinden dolayı farklı bir karaktere sahip olması ve bundan dolayı işe ulaşımında cinsiyete dayalı olarak ayrımcılık yapması bu Direktif'in ihlali manasına gelmeyecektir.

Bu istisna hükümlerinin uygulanabilmesi için aslında 3 temel prensip vardır⁴⁰;

³⁶ Divan'ın 1985 tarihli ve 248/83 sayılı Kararının 12. paragrafı.

³⁷ Divan'ın 1997 tarihli ve 1/95 sayılı Kararının 18. paragrafı.

³⁸ Divan'ın 1987 tarihli ve 286/85 sayılı Kararının 17. paragrafı.

³⁹ Divan'ın 1987 tarihli ve 286/85 sayılı Kararının 17. paragrafı.

⁴⁰ Nielsen, a.g.e., s. 312-313.

- Seçilen kriterler yasal amaca hizmet etmeli,
- Bu kriterleri kullanmak, amaca ulaşmak için zorunlu olmalı,
- Amaç ve araçlar arasında orantı olmalıdır. Bu prensipleri taşıyan uygulamalar Direktif hükümlerine aykırı olmayacaktır.

Sirdar⁴¹ kararında Divan kararını bu istisnalara dayanarak vermiştir. Davaya Bayan Sirdar'ın kraliyet donanmasında şef olarak çalışma talebinin reddedilmesi ile ilgilidir. Bayan Sirdar Kraliyet Topçu komando alayında şef olarak çalışmaktadır. Ama 1994'te ekonomik nedenlerden dolayı ihtiyaç fazlası 500 kadar şefin başka yerlere nakli gerçekleştirilmek istenmiştir. Bayan Sirdar'a ise şef açığı bulunan kraliyet donanmasında şef olarak çalışması teklifi edilmiştir. Fakat daha sonra yetkililer bu kişinin bayan olduğunun farkına vararak iç politikalarından dolayı bayanların askeri bölüklerde çalıştırılmayacağına ve dolayısıyla transfere uygun olmadığına karar vermişlerdir⁴². Burada yerel mahkeme tarafından Divan'a sorulan asıl soru, üye devletlerin barış zamanı veya savaşa hazırlık döneminde silahlı kuvvetlerde istihdama ulaşım, mesleki eğitim ve çalışma şartlarına ilişkin almış olduğu kararların bu Direktif'in kapsamı dışında kalıp kalmayacağına ilişkindir⁴³. Yine ikinci önemli soru, bayanların bu alanda çalıştırılmamasında haklılık olup olmadığı ve haklı ise bunun tespitin nasıl yapılacağına ilişkindir⁴⁴.

Burada Divan silahlı kuvvetlere ilişkin verilen kararların bütün durumlarda birlik hukuku kapsamı dışında olmadığını, özel durumlar değerlendirilmeden böyle genel bir istisnanın tanınacak olması durumunda birlik hukukunun bağlayıcılığına zarar verileceğini dile getirmiştir⁴⁵. Bununla birlikte getirilen muafiyetlerde orantılılık ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir. Yine kamu güvenliğinin sağlanması noktasında da üye devletlere takdir hakkı sağlanmış ve amaç için kullanılan araçların uygun ve zorunlu olması gerektiği Divan tarafından vurgulanmıştır. Burada bu muharebe birliğinde yer alan şefler de nihayetinde muharebe birliği içerisinde olduklarından kamu güvenliğine hizmet etmektedir⁴⁶. Bundan dolayı işin doğası ve içeriği gereği eşitlik ilkesinin uygulanmaması Divanca haklı görülmüştür⁴⁷.

Alexander Dory kararında davacı erkek, bayanların orduda çalışabilmekle birlikte askerlik hizmetinden muaf olduklarını ve fakat erkeklerin ise askerlik hizmeti yapmalarının zorunlu olmasından dolayı cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığı iddiasında bulunmuştur⁴⁸. Bununla birlikte bu davada zorunlu askerlik hizmeti ve bunun Direktif kapsamında girip girmediği sorusu Divan'a yöneltilmiştir.

Divan burada ilk önce AB hukukunun üye devletlerin ordularına mutlak suretle uygulanmayacağına söz konusu olmadığını dile getirmiştir⁴⁹. Daha sonra ise askeriye için alımlarda veya askeriye içinde atama gibi konularda bu Direktif hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmekle birlikte zorunlu askerlik hizmetinin olup olmayacağı veya askerliğin sadece erkekler

⁴¹ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararı.

⁴² Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 9. paragrafı.

⁴³ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 10. paragrafı.

⁴⁴ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 10. paragrafı.

⁴⁵ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 16. paragrafı.

⁴⁶ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 16. paragrafı.

⁴⁷ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 32. paragrafı.

⁴⁸ Divan'ın 2003 tarihli ve 186/01 sayılı Kararının 16. paragrafı.

⁴⁹ Divan'ın 2003 tarihli ve 186/01 sayılı Kararının 31. paragrafı.

için sınırlandırılması gibi konular kamu güvenliği ile alakalı olduğundan Direktif kapsamında değerlendirilmeyeceğine hükmetmiştir⁵⁰.

C. Ayrımcılığın İspatı ve İspat Yükü

İşverenin ayrımcılık oluşturan hareketlerin uygulamasında haklı olduğunu ispat etmesi gerekir. Çünkü bazı durumlarda çalışan almış olduğu ücreti bile tam olarak ispat edememektedir. Özellikle ücret hesaplama yöntemleri yeteri kadar açık olmadığından veya birçok işin benzer beceri gerektirmesinden dolayı çeşitli problemler ortaya çıkmakta ve ispat gerekmektedir⁵¹. Divan bu sorunları çözerken **“silahların eşitliği”** ilkesini kullanmaktadır⁵².

Silahların eşitliği şunu ifade eder ki, davacı ilk bakışta davada haklı olduğu algısını yargılama makamlarında uyandırabilirse, bu durumda ispat yükü ters çevrilerek durumunun aksinin ispatı işverene düşer⁵³. Çünkü ihtilaf durumunda işverenin çalışana nazaran daha güçlü durumda olduğu yadsınamaz. Aslında buradaki amaç eşitlik ilkesinin tam olarak uygulanmasını sağlamaktır

Divan'ın bu yaklaşımı, Direktif md. 19'da düzenlenme alanı bulmuştur. Şöyle ki; *Üye devletler, ulusal adli sistemlerine uygun şekilde, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmadığını düşünen kişilerin bir mahkemeye veya başka bir yetkili makama doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiğini ortaya koyabilecek esaslar sunduklarında, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alırlar.*

*Brunnhof*er kararında ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden çalışan iddiasını, doğru olduğu kanaatine ulaştıracak derecede ispat edemediği için Divan işverenin ayrımcılık yapmadığını veya yapmasında haklı bir nedene dayanmış ispat etme yükü altına girmediğine hükmetmiştir⁵⁴.

Bununla birlikte ayrımcılığın var olup olmadığına ilişkin ispatta benzer çalışan kavramı da kullanılmaktadır⁵⁵. Bu çalışan aynı veya benzer işi yapan ve daha fazla ücret alan erkek çalışandır. Bu şekilde kıyaslama yapma 2006/54/AT sayılı Direktif'te de düzenlenmiştir. Yalnız Divan'ın kararlarında bu kıyaslamayı gitgide temel alması eleştirilmektedir⁵⁶. Çünkü temizlik, hizmet gibi bazı sektörlerde erkek çalışan sayısı çok az derecededir. Bu sektörlerde ise bu durum bir sorun teşkil etmektedir. Bunun yerine yani sadece aynı işyerinde çalışan değil aynı veya benzer sektörlerde çalışan kadın çalışanın benzer çalışan olarak dikkate alınması gereği doktrin tarafından ileri sürülmektedir⁵⁷.

İşçi, ayrımcılığın var olduğunu ispat ederken işverenin elinde olan belgeleri isteyemez. *Kelly*⁵⁸ davası, bir yüksek eğitim enstitüsünde açılan sosyal bilimler alanındaki master programına başvuran *Bay Kelly'nin reddedilmesi sonucu*

⁵⁰ Divan'ın 2003 tarihli ve 186/01 sayılı Kararının 34 ve 41. paragrafları.

⁵¹ Watson, a.g.e., s. 392.

⁵² A.e., s. 392.

⁵³ Benzer şekilde bkz. Gonca, a.g.e., s.173-174.

⁵⁴ Divan'ın 2001 tarihli ve 381/99 sayılı Kararının 59 ve 60. paragrafları.

⁵⁵ Gonca, a.g.e., s.175.

⁵⁶ Davies, a.g.e., 120.

⁵⁷ A.e., s. 120.

⁵⁸ Divan'ın 2011 tarihli ve 104/10 sayılı Kararı.

bu enstitüden kazanan diğer bayan adayların bilgilerini istemesi ile ilgilidir. Burada Divan'a ispat yükünden dolayı davacının diğer adayların bilgilerini isteme yetkisini verip vermeyeceği sorusu yöneltilmiştir.

Divan ispat yükü ile ilgili maddenin hiçbir zaman diğer adayların bilgilerini isteme yetkisini verme şeklinde yorumlanamayacağını ve fakat yetkili mahkeme veya kurumlar tarafından AB hukukunda var olan kişisel verilerin korunması ile ilgili kurallara riayet edilerek incelenebileceğine hükmetmiştir⁵⁹.

Meister kararında Rusya vatandaşı olan Bayan Meister Almanya'da bir firmada açılan deneyimli yazılım geliştiricisi işine başvurmuş fakat mülakat yapılmadan elenmiştir⁶⁰. Çok geçmeden ikinci olarak aynı ilan dolayısıyla tekrar başvurmuş ve fakat yine mülakat yapılmadan elenmiştir. Davacı cinsiyet, yaş ve etnik kökenden dolayı ayrımcılık yapıldığını iddia etmiş ve diğer başvurusu kabul edilenlerin bilgilerini istemiştir. Burada da Divan'a ispat yükünden dolayı davacının diğer adayların bilgilerini isteme yetkisini verip vermeyeceği sorusu yöneltilmiştir.

Divan yine benzer karar vererek ispat yükü ile ilgili maddenin hiçbir zaman diğer adayların bilgilerini isteme yetkisini verme şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir⁶¹. Ayrıca Divan, davalının bu bilgileri vermeyi reddetmesinin de tek başına ayrımcılığın var olduğuna ilişkin bir algı uyandırmayacağı, bütün kriterlerin birlikte değerlendirmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶².

D. İşverenin Savunma Hakkı

Davalı tarafından yapılan temel savunma mevcut ayrımcılığın haklı nedenlere dayandığı yönündedir. Haklı nedenlerin meşru bir amaca dayanması ve kullanılan araçların uygun ve zorunlu olması gerekir⁶³. Ayrıca bu haklı nedenlerin işveren tarafından ispatlanması gerekmektedir⁶⁴.

Haklı nedenlerin olması durumunda ayrımcılığa neden olan uygulamaların Direktife aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Bu durum *Enderby*⁶⁵ kararında vurgulanmıştır.

Bayan Enderby konuşma terapisti olarak çalışırken ve eşit değerde iş olarak çalışan eczacılara göre daha az ücret aldığını iddia ederek yerel mahkemeye başvurmuştur. Yerel mahkeme olumsuz karar vermiş ve durum yüksek mahkemeye taşınmıştır. Yüksek mahkeme ise Divan'a bazı meslek çalışanlarına daha fazla ücret ödenmesi ve adayların bu şekilde cezbedilmesi amacı ile eşit iş yapan iki çalışan grup arasında farklı ücret ödenmesinin haklı neden olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu yöneltmiştir.

Divan ilk önce eşit iş veya eşit değerdeki işlerde iki işten birinin ağırlıklı olarak erkeklerce diğerinin ise bayanlarca yapılması ve ücret farklılığının olması durumunda işverenin cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmadığını veya ayrımcılığın objektif nedenlerden kaynaklandığını ispat etmesi gerektiğini vurgulamış-

⁵⁹ Divan'ın 2011 tarihli ve 104/10 sayılı Kararının 38, 48 ve 56. paragrafları.

⁶⁰ Divan'ın 2012 tarihli ve 415/10 sayılı Kararının 27. paragrafı.

⁶¹ Divan'ın 2012 tarihli ve 415/10 sayılı Kararının 46. paragrafı.

⁶² Divan'ın 2012 tarih ve 415/10 sayılı Kararının 47. paragrafı.

⁶³ AB Temel Haklar Ajansı, a.g.e., s.46.

⁶⁴ Gonca, a.g.e., s.181.

⁶⁵ Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararı.

tır⁶⁶. Bununla birlikte farklı toplu sözleşmelere tabi eşit değerdeki iki iş arasında farklı ücret ödenebileceği gibi bu farklılık başlı başına da farklı ücret ödenmesinde objektif bir neden olmayacaktır⁶⁷. Davada da işverenin iş piyasası durumundan dolayı bazı meslek çalışanlara daha fazla ücret ödenmesi ve adayların bu şekilde cezbedilmesi zorunluluğunun olduğunu ve yine piyasa durumunun eşit iş yapan iki çalışan grup arasında farklı ücret ödenmesine sebep olabileceği yönündeki gerekçelerini Divan haklı neden olarak kabul etmiştir⁶⁸.

Hizmet süresi de (Kıdem) ücret farklılıklarında haklı sebep olabilir⁶⁹. Yalnız burada iddia edilen husus bayanların doğum izni veya çocuklarına bakmak için aldıkları izinlerden dolayı bayanların çoğunlukla erkek çalışanlara göre daha az kıdemine olduklarıdır. Tabi bu durumda ispat yükü işveren üstündedir. Burada işveren, hizmet süresinin uzunluğuna göre çalışanın daha fazla tecrübe sahibi olduğunu ve işini daha iyi yaptığını kanıtlamak zorundadır⁷⁰. Yine ayrımcılığın cinsiyete dayalı olup olmadığını incelemesinde yerel mahkemeler yapılmış toplu iş sözleşmelerini de dikkate alabileceklerdir⁷¹.

Divan haklı nedenlere ilişkin genel bir kalıp çıkarmayı reddederek her somut olayın ayrı değerlendirilmesinden yanadır⁷².

Kleist kararında şirket, iç hukuk kurallarının izni doğrultusunda emeklilik yaşına gelenlerin iş sözleşmesini feshetme kararı almıştır. Fakat Avusturya'da erkekler 65, bayanlar 60 yaşında emekli olabilmektedir. Kadın ve erkek çalışanlar için var olan yaş farkının ayrımcılık olup olmadığı ve iç hukukta var olan genç çalışanlara istihdam yaratma amacı taşıyan bu kuralın haklı neden olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu Divan'a yöneltilmiştir.

Burada Divan, bu iki grubun aynı çalışma şartlarına tabi olduklarını ve aynı şekilde sözleşmelerinin sona erdirildiği gerekçesiyle cinsiyete dayalı doğrudan bir ayrımcılık yapıldığı ve iç hukukta var olan genç çalışanlara istihdam yaratma amacı taşıyan bu kuralın da Direktif hükümlerine aykırı olduğu kanaatine varmıştır⁷³. Yine benzer görüşüne *Marshall* kararında da yer vererek bayanların 60, erkeklerin 65 yaşına ulaştıkları zaman emekli olabileceklerini düzenleyen yasa hükümlerine rağmen kadın çalışanların 60 yaşına ulaştıklarında sözleşmelerinin sona erdirilmesini cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak kabul etmiştir ve istihdam olanağı yaratma amacını haklı bulmamıştır⁷⁴.

Masrafların fazla olması nedeniyle ayrımcılığın yapıldığı savunması yine haklı neden olarak kabul edilemez⁷⁵.

Toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı içerisinde işçinin cinsiyeti, etnik kökeni, engelli olması gibi bir davranış farklılığı uygulaması yoksa toplu iş söz-

⁶⁶ Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararının 19. paragrafı.

⁶⁷ Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararının 23. paragrafı

⁶⁸ Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararının 29. Paragrafı.

⁶⁹ Gonca, a.g.e., s.183-186; Kaya, a.g.e., s.15, Watson, a.g.e. s. 394.

⁷⁰ Watson, a.g.e., s. 394

⁷¹ Divan'ın 1995 tarihli ve 400/93 sayılı Kararının 46. paragrafı.

⁷² Watson, a.g.e.. s. 395.

⁷³ Divan'ın 2010 tarihli ve 356/09 sayılı Kararı, Benzer davalar için bkz. Gonca, a.g.e., s.189.

⁷⁴ Divan'ın 1986 tarihli ve 152/84 sayılı Kararının 38. paragrafı.

⁷⁵ Watson, a.g.e., s. 395.

leşmesinin ağırlıklı olarak kadın işçiler, erkek işçiler, kısmi zamanlı çalışanlar gibi belli bir grup işçiyeye dair hüküm getirmesi tek başına ayrımcılık yasağının ihlali teşkil etmez⁷⁶.

II. AYRIMCILIĞA KARŞI ALINACAK ÖNLEMLER

A. Hakların Savunulması

Üye devletler, ayrımcılık yapıldığına dair bir şikâyet karşısında adli veya idari bir sürecin başlatılması için gerekli olanakları sağlayacaklardır. Direktif md. 17/1'e göre "*Taraflar arasındaki ilişki sona ermiş olsa bile kendisi hakkında ayrımcılık yapıldığını düşünen biri bu direktif hükümlerinin uygulanması için yetkili makamlara başvuru hakkının ve imkânının tanınması için gerekli önlemleri üye devletler alacaklardır*". Aslında burada idari soruşturma mahkemelere karşı bir alternatif olarak şekillendirilebilir⁷⁷.

Direktif'e göre iş ilişkisinin sona ermesi durumunda bile bu imkânın sağlanması gerekmektedir. Aslında burada uzun vadede de bu ayrımcılıkla mücadele etme amacı ortaya çıkmıştır. Yine uygulamada görüldüğü üzere çalışanın işverene karşı iş ilişkisi sona erdikten sonra daha fazla cesaret göstermektedir. Ayrıca üye devletler, ulusal hukuk ve uygulamalarına uygun olarak eşitlik ilkesinin tam uygulanması için bu Direktif hükümlerine dayanan ayrımcılığa karşı mücadele yürütmeye meşru menfaati olan sivil toplum kuruluşlarının (Ya onların adına ya da destek çıkararak) bu mücadelede yer almasını sağlayacaklardır. Bu sivil toplum kuruluşlarına böyle bir imkân sağlamak aslında bu ilkenin tam olarak uygulanmasına hizmet edecektir. Çünkü bireysel olarak mücadele hem daha zor hem de masraflıdır. Yalnız burada Direktif, üye devletlere hangi kuruluşların bu mücadelede yasal menfaatlerinin bulunduğu belirlenmesinde geniş bir takdir hakkı bırakmıştır. Bu kuruluşlar, sendikalar veya bu amaca hizmet eden diğer kuruluşlar olabilir. Bununla birlikte üye devletler bu kuruluşların belirli bir ağırlığa ve güce veya özel bir organizasyon yapısına sahip olmalarını isteyebilir⁷⁸. Yine bu kuruluşların süreci yürütürken bireyin rızasını alması ve onun menfaati adına çalışması gerekmekte olup bireyin bu kuruluşaya üye olması da gerekmemektedir⁷⁹.

B. Tazminat Yaptırımı

Genel olarak üye devletler işe ve mesleki eğitime ulaşımında ve atamada, taciz ve cinsel taciz de dâhil cinsiyete dayalı ayrımcılığın bütün türlerinin önlenmesinde işverenleri destekleyecektir. Bununla birlikte üye devletler, ayrımcılığa maruz kalan kişilere maruz kaldıkları kayıp ve zarar için caydırıcı ve orantılı bir tazminat ödenmesi için gerekli tedbirleri de alacaklardır. Bu tazminatlar hiçbir şekilde önceden üst sınırla sınırlanamaz. *Draehmpaehl* kararında Divan, üye devletlerin ihlal durumunda bunun yaptırımını tazminat olarak belirleyebileceklerini fakat bu tazminata bir üst sınır koyamayacaklarına hükmetmiştir⁸⁰. Çünkü Divan, üst sınır konulması durumunda tazminat mekanizmasının yeterli derecede etkili olamayacağı ve aynı zamanda bu meka-

⁷⁶ Gonca, a.g.e., s.189.

⁷⁷ Riesenhuber, a.g.e., s. 267.

⁷⁸ A.e., s. 268.

⁷⁹ A.e., s. 269.

⁸⁰ Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararının 37. paragrafı.

nizmaya başvuranlar için de bir caydırıcılık oluşturmayacağını dile getirerek üst sınır konulmasını reddetmiştir⁸¹. Yine aynı davada Divan, birden fazla kişiye karşı ayrımcılık yapılması ve tazminat talep edilmesi durumunda iç hukukta yer alan ve en fazla 6 aylık ücretleri tutarında bir tazminata hükmedilmesini düzenleyen hükmün de uygulanmamasına hükmetmiştir⁸².

Üye devletler bu Direktif doğrultusunda uyumlaştırdıkları ulusal hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda uygun yaptırımların uygulanması için iç hukuklarına hükümler koyacak ve bunların uygulanmasını sağlayacaktır. Bu yaptırımlar etkili, caydırıcı ve orantılı olacaktır.

Yine üye devletler ihlal durumunda tazminat sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak düzenleyebilirler⁸³. *Draehmpaehl* kararında Divan, açıkça üye devletlerin zararın tazminat yoluyla giderilmesini tercih etmeleri durumunda bu ihlali gerçekleştiren kişinin kusurlu olması şartını aramayacaklarına hükmetmiştir⁸⁴.

Bu Direktif'te, eşit davranma ilkesine aykırılıktan dolayı işletme içerisinde yapılan şikâyetler veya yasal yollara başvurulması nedeniyle bu çalışanın ve temsilcinin kovulmasını veya başka aleyhte hareketlere maruz kalmasını önlemek için üye devletlere kendi yasal sistemlerinde koruyucu önlemler alma zorunluluğu da düzenlenmiştir. Bununla birlikte başlatılan bu süreçte muhakkak çalışanın haklı çıkması da gerekmez⁸⁵.

Nimz kararında ise Divan, toplu sözleşmelerde ayrımcılık yasağını ihlal eden bir hükmün bulunması durumunda üye devletlerce nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Burada ulusal mahkemelere maddeyi toplu pazarlık veya başka bir prosedürle (anayasal veya yasal değişiklik) kaldırma yerine sözleşme maddesinin uygulamasının bir kenara bırakılmasını ve eşit davranılmasını isteme hakkı verilmiştir⁸⁶.

C. Bilginin Yayılması

Bu Direktif'e uygun olarak alınan ve önceden var olan önlemleri uygun olduğu noktada işyerlerinde ve uygun araçlarla bütün insanların ilgisine sunulmasını üye devletler sağlayacaklardır. Direktiflerin ayrımcılıkla mücadele etmek ve eşit muameleyi teşvik etmek için ulusal mevzuatta düzenleme yapmanın yalnızca bir ilk adım olduğunu kabul edilir⁸⁷. İkinci adım ise sivil toplumda bilinci artırma, geniş kapsamlı bir anlayış oluşturma ve eşit muamele ilkesini toplum gündemine taşımak için sivil toplum kuruluşları ve diğer sosyal ortaklarla birlikte çalışmaktır. Böylelikle bu durum, ayrımcılık yasağının tam ve etkili bir şekilde uygulanmasının sağlanmasına yardımcı olacaktır.

⁸¹ Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararının 37. paragrafı.

⁸² Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararının 43. paragrafı

⁸³ Riesenhuber, a.g.e., s. 264.

⁸⁴ Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararının 22. paragrafı.

⁸⁵ Riesenhuber, a.g.e., 266.

⁸⁶ Divan'ın 1991 tarihli ve 184/89 sayılı Kararının 21. paragrafı.

⁸⁷ Bojarski, Chopin, Cohen, Do, Farkas, Iordache, a.g.e., s.33.

D. Sosyal Diyalog

Üye devletler ulusal örf ve adetlerine göre veya uygulamalarına uygun olarak sosyal taraflar arasında eşitlik prensibini teşvik etmek ve diyalog sağlamak için gerekli önlemleri alacaklardır.

Üye devletler ulusal örf ve adetlerine göre veya uygulamalarına uygun olduğu noktada ve sosyal tarafların kendi özerkliklerine dokunmamak kaydıyla toplu görüşmelerde ve Direktif md. 1’de zikredilen alanlarda ayrımcılığı yasaklayan kuralları içeren uygun seviyede anlaşmaların sonuçlanması için sosyal tarafları destekleyecektir.

Üye devletler kendi ulusal yasalarına, toplu sözleşmelere ve uygulamalara uygun düştöğü ölçüde işe ve mesleki staja ulaşımında, atamada işyerinde planlı ve sistematik bir şekilde kadın ve erkekler eşit davranılmasını sağlamak için işverenleri destekleyeceklerdir. Bu amaçla işverenlerin çalışanlarına veya temsilcilerine kadın ve erkekler arasında eşit davranılmasına ilişkin uygun bilgileri vermesi ve haklarını anlatması desteklenecektir.

Üye devletler ulusal hukuk ve uygulamalarına uygun olarak eşitlik ilkesinin tam uygulanması için bu Direktif hükümlerine dayanan ayrımcılığa karşı mücadele yürütmede meşru menfaati olan sivil toplum kuruluşları ile sosyal diyalogu geliştirecektir.

E. Eşitlik Organları

Üye devletler insanların cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmadan eşit davranılmasının izlenmesi, desteklenmesi, analizi için kurum veya kurumların kurulmasına yönelik uygun düzenlemeler yapacaktır.

Bu kurum ve kurumların görevi aşağıdaki şekildedir;

- a) Bu kurumlar md. 17/2’de düzenlenenlerden bağışık olacaktır⁸⁸,
- b) Ayrımcılıkla ilgili bağımsız araştırmalar yapacaktır,
- c) Ayrımcılıkla ilgili raporlar hazırlayacak ve tavsiyelerde bulunacaktır,
- d) Avrupa’daki kurumlarla bilgi alış verişinde bulunacaktır.

F. Asgari Gereklilikler

Üye devletlerin kendi mevzuatlarında var olan ve eşitlik ilkesini koruyan hükümlerin bu Direktif’te yer alan hükümlerden daha avantajlı olması durumunda kendi iç hukuklarındaki bu hükümlerin uygulanmasını sürdürebilirler. Yani Direktif hükümleri asgari olarak düzenlenmiştir. Yine Direktif’in uygulanması hiçbir şekilde üye devletlerde önceden var olan ayrımcılığı yasaklayan hükümlerin etkisini azaltmaya neden olmayacağı Direktif’te düzenlenmiştir.

Bu Direktif’te belirtilen konulardaki faaliyetlerin, politikaların, yasa, yönetmelik ve idari mevzuatın uygulanmasında ve oluşturulmasında kadın ve erkek arasında eşit davranılması ilkesi üye devletler tarafından dikkate alınacaktır. Kadın ve erkekler istihdam ve meslek konularında eşit muamele, hukuki tedbirlerle sınırlandırılmaz. Tersine Avrupa Birliği ve üye devletler,

⁸⁸ Üye devletler, kendi ulusal hukuklarında öngörülen kriterler uyarınca bu Direktif’in hükümlerine uyulmasını sağlamakta meşru çıkarları olan derneklerin, örgütlerin veya diğer yasal varlıkların, müştekinin onayı ile bu Direktif kapsamındaki yükümlölüklerinin yerine getirilmesi için öngörülen herhangi bir adli ve/veya idari prosedüre müşteki adına veya müştekiyi desteklemek üzere katılabilmelerini temin ederler.

mümkün olan en geniş ölçüde kamu ve özel sektör düzeyinde ilgili bütün tarafları konuya dâhil ederek ücret konusundaki ayrımcılığa dair kamuoyundaki bilincin artmasını ve kamuoyunun bu konudaki tutumunun değişmesini teşvik etmeye devam etmelidir.

G. Ayrımcılık İle Mücadelede Pozitif Eylem

Bu konu Direktif md.3'te düzenlenmektedir. Pozitif eylem, az temsil edilen bir gruba işe alma ve atama dâhil istihdam ile ilgili kararlarda ayrıcalık tanıma olarak tanımlanabilir⁸⁹. Fakat böyle bir imkânın üye devletlere tanınması da tartışmalıdır. Çünkü sosyal sebeplerden dolayı liyakate dayanmayan kararlar verilebilmesi, eşitlik ilkesini bozabilecek bir imkân doğurabilir. Tabi bununla birlikte böyle bir imkân tanınarak eşitlik ilkesinin uygulanmasına bir ivme kazandıracağı görüşü de vardır⁹⁰. Zaten AB hukukuna aykırı olacak şekilde bir pozitif eylem mümkün olmayacaktır. Ayrıca bu pozitif önlemler orantılılık ilkesine uymak kaydıyla kabul edilebilir. Çünkü nihayetinde bir gruba pozitif imkân sağlanırken diğer bazı gruplar bundan olumsuz etkilenebilmektedir. Divan da, otomatik olarak ve şartsız bazı gruplara pozitif ayrımcılık sağlanmasına karşı çıkmaktadır⁹¹. Bütün adayların özel durumları dikkate alınarak objektif bir değerlendirme kabul edilmektedir. Dolayısıyla md.3'e göre bunun kararı ve içeriği de üye devletlerin takdirinde olacaktır.

Divan, böyle bir düzenlemenin hareket noktasını bir kararında aşağıdaki şekilde belirtmiştir: Kadın ve erkek aynı liyakata sahip olsa bile işyerlerinde kadınlara karşı bir önyargı olduğu için böyle durumlarda erkekler tercih edilmektedir⁹². *Abrahamsson* kararında Divan "Pozitif eylem hükmü, dezavantajlı grubun dezavantajlarını engelleyen veya tamir eden ve toplum içerisindeki resmi değil asıl var olan eşitsizliği ortadan kaldırmayı hedefleyen hükümlerdir" demiştir⁹³. Yani başka bir anlatımla pozitif eylem aslında kâğıt üzerinde değil toplum içerisinde var olan eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yarayan hükümler olduğunu Divan dile getirmiştir. Yalnız burada unutulmaması gereken nokta pozitif eylem, eşitlik ilkesinin temel prensiplerine aykırı olmamalıdır.

Abrahamsson davasında, üniversite, profesör alımında başvurular arasında birincisi bilimsel yeterlilik yönünden ikincisi ise bilimsel fayda yönünden olmak üzere iki oylama yaparak adaylar arasından birini bu göreve seçmiştir. Fakat daha sonra bu adayın başvurusunu çekmesi üzerine rektörlük, fakülteden ikinci sırada yer alan *Mr Anderson* ile üçüncü sırada yer alan bayan *Fogelqvist* arasında yeni bir oylama yapmasını istenmişse de, fakülte zaten ilk seçimde adayların değerlendirildiğine dayanarak oylama yapmamıştır. Rektörlük ise bayan adayın korunması gereken grupta yer alması ve yine objektifliği ihlal edecek derecede aralarında da fark olmadığı iddiası ile üçüncü sırada yer alan *Ms Fogelqvist*'i atamıştır⁹⁴. Bunun üzerine *Mr Anderson* ve yine dereceye giremeyen diğer aday *Ms Abrahamsson* atamaya itirazda bulunmuştur.

⁸⁹ Nielsen, a.g.e., s. 127, AB Temel Haklar Ajansı, a.g.e., s.36, Kaya, a.g.e., s.116.

⁹⁰ Nielsen, a.g.e., s. 127.

⁹¹ Riesenhuber, a.g.e., s. 255.

⁹² Nielsen, a.g.e., s. 128.

⁹³ Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararı.

⁹⁴ Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararının 19 ve 20. paragrafı.

Burada Divan ilk önce üye devletlerin dezavantajlı grupta yer alan çalışanlara öncelik vermesinin birlik hukuku ile uyumlu olduğunu belirtmiştir⁹⁵. Bununla birlikte Divan, kişinin dezavantajlı grupta olmasından dolayı doğrudan veya şartsız bir şekilde öncelikli olarak atanmaması ve adayların bütün kişisel özelliklerinin dikkate alınarak karar verilmesi durumunda ihlalin olmayacağına hükmetmiştir⁹⁶. Yani Divan'a göre kişinin başka kriterleri değerlendirilmeden sadece dezavantajlı grup arasında olması başlı başına seçim kriteri olarak değerlendirilemez⁹⁷. Kendisinin ve diğer adayların objektif kriterleri de göz önüne alınmalıdır.

Badeck kararında da Divan benzer noktalara temas etmiştir. Bu davada Divan, değerlendirme yapılırken yeteneği, kapasitesi, tecrübesi ve mesleğe uygunluğu gibi kriterlerin seçimde göz önüne alınması gerektiğine hükmetmiştir⁹⁸. Zaten bu kriterler, erkek çalışanları kadın çalışanlara nazaran daha lehe bir konuma getiremez⁹⁹. Yine bu davada Divan, objektif kriterler de göz önüne alınarak yapılan seçimlerde eşit konumda çıkan bayan ve erkek arasından bayanlara öncelik verilebileceğine ilişkin üye devletlerin iç hukuklarında var olan hükümlerin uygulanmasına devam edilebileceğini vurgulamıştır¹⁰⁰.

I. AYRIMCILIK YASAĞI VE HAMİLELİK

Hamilelik ve doğum iznini tanıyan üye devletler, bu hakları kullanmalarından dolayı işten çıkarmalara karşı, çalışan kadınları korumak için gerekli tedbirleri alır ve bayan çalışanların işlerine veya eşdeğer pozisyonlara dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönme imkânı sağlar¹⁰¹. Kadın çalışanlar, yoklukları sırasında çalışma koşullarında yapılmış her türlü iyileştirmeden de yararlanacaklardır.

Direktif md. 2/2-c'de yukarıdaki yükümlülöklere aykırılık ve genel olarak bir kadına hamilelik veya doğum izniyle ilgili daha kötü davranılması durumunda bu Direktif'in uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, hamile bayanların özel olarak korunması ile birlikte doğmamış veya yeni doğmuş çocukla anne arasındaki bağın korunmasına da hizmet etmektedir¹⁰².

Hamilelik gibi sadece bayanlara özgülenecek durumlarda emsal erkek işçi dikkate alınarak ayrımcılığın varlığı tespit edilemez. Bu durumda kişinin hamile olması sebebiyle dezavantajlı duruma düşmesi doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilir¹⁰³.

Bu Direktif'in uygulanması Doğum İzni Direktifi ve Hamilelik Direktifi'nin uygulanmasında da engel değildir¹⁰⁴.

Yukarıda da değinildiği gibi bu Direktif hamile olan veya doğum izni kullanan bayanların emsal çalışana nazaran ayrımcılığa maruz kalmasını engelle-

⁹⁵ Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararının 43. paragrafı.

⁹⁶ Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararının 43. paragrafı.

⁹⁷ Roger Blanpain, *European Labour Law*, Wolters Kluwer Publishing, 2012, p. 612.

⁹⁸ Divan'ın 2000 tarihli ve 158/97 sayılı Kararının 31 ve 32. paragrafları.

⁹⁹ Divan'ın 2000 tarihli ve 158/97 sayılı Kararının 31 ve 32. paragrafları.

¹⁰⁰ Divan'ın 2000 tarihli ve 158/97 sayılı Kararının 38. paragrafları.

¹⁰¹ İren, a.g.e., s.158.

¹⁰² Riesenhuber, a.g.e., s. 307.

¹⁰³ Konuk, a.g.e., s.1738.

¹⁰⁴ Nielsen, a.g.e., s. 351.

yecektir. Hamilelik ve doğum izni sırasında bu çalışanın iş ilişkisinin sona erdirilememesi ve hamilelik ve doğum izni sırasında ücret ve ek ödemelerin azaltılmasına maruz kalmaması gerekmektedir¹⁰⁵. Bununla birlikte *Gillespie* kararında üye devletlerin analık döneminde kadın çalışanlara normal ücretlerinin ayısını ödemek zorunda olmadıklarını, analık izni sırasında ödenen ücretin hesaplanması ile ilgili zorunlu bir kriterin de olmadığını ve fakat verilecek ücretin çok düşük olmaması ve analık izninin gerekçesinin altını boşaltmaması gerektiği vurgulanmıştır¹⁰⁶. Babalık izninin verilmesinin takdiri ise üye devletlere bırakılmakla birlikte üye devletlerin bu hakkı kabulü durumunda bu hakkını kullanan babanın iş sözleşmesinin sonlandırılmasına karşı tedbirleri almak, bu izinden sonra işlerine dönmeyi sağlamak, bu süre zarfında sağlanan haklardan yararlandırmak, döndükten sonra da eşit şart ve koşullarda çalışma imkânı sağlamak zorundadır¹⁰⁷. Yani analık izni kullanan bayan ile aynı imkânlar sağlanmalıdır. Yine *Dekker* kararında kadının hamile olmasından dolayı işe alınmamasını cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak Divan kabul etmiştir¹⁰⁸.

Hamile bayanın gece çalışmamasından dolayı işten çıkarılması veya doğum izni kullanan bayanın işten çıkarılarak yerine belirli süreli iş sözleşesi ile başka bir kadın çalışanın bu süre için işe alınması haklı değildir¹⁰⁹. Bununla birlikte hamilelikten kaynaklanan hastalıklardan dolayı da kadın çalışanların korunması gerekmektedir. *Hertz* kararında davacı analık iznini kullandıktan belli bir süre sonra sık sık hastalanmaya başlayarak yaklaşık 100 gün işe gilememiştir¹¹⁰. Burada Divan hamilelikten kaynaklanan hastalık ile normal sebeplerden kaynaklanan hastalık ayrımını kaldırmıştır¹¹¹. Hastalık süresinin erkek çalışan için de iş sözleşmesinin sona erdirilmesine sebebiyet vermesinden dolayı feshin artık doğum veya loğusalığa dayandırılmayacağını ve doğrudan bir ayrımcılığın var olmadığını belirterek Divan, bu davada cinsiyete dayalı bir ayrımcılık tespit edememiştir¹¹². Yani burada Divan hastalıktan kaynaklanan fesih hükümlerinin erkek ve kadın çalışanlar için eşit uygulandığını ve hastalığın doğum veya loğusalıktan kaynaklanmasının bir önemi olmadığını dile getirmiştir. Buna karşılık *Mary Brown* kararında bu sefer Divan bir ayırım çizmiştir;

Bu davada Rentokil şirketinde şoför olarak çalışan Bayan Brown'un bu işi ağır iş olarak kabul edilmektedir. Ağustosun ortasında hamile olduğunu işverene bildirmiştir. İlerleyen zamanlarda hamileliğinden dolayı hastalıklar yaşadığından işinde çalışamamıştır¹¹³. Fakat imzalanan iş sözleşmesinde 26 haftadan fazla süre hastalık durumunda sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. 9 Kasım'da işvereni çalışana bildirimde bulunarak 13 haftayı doldurduğu ve 8 Şubat itibarıyla görevine başlamaması durumunda 26 haftayı doldurduğundan iş sözleşmesinin sona erdirileceğini bildirilmiştir¹¹⁴. Belirlenen

¹⁰⁵ Watson, a.g.e., s. 409.

¹⁰⁶ Divan'ın 1996 tarihli ve 342/93 sayılı Kararının 20. paragrafı.

¹⁰⁷ Riesenhuber, a.g.e., s. 308.

¹⁰⁸ Divan'ın 1990 tarihli ve 177/88 sayılı Kararının 12. paragrafı.

¹⁰⁹ Watson, a.g.e., s. 410.

¹¹⁰ Divan'ın 1999 tarihli ve 179/88 sayılı Kararının 3. paragrafı.

¹¹¹ Divan'ın 1999 tarihli ve 179/88 sayılı Kararının 16. paragrafı.

¹¹² Divan'ın 1999 tarihli ve 179/88 sayılı Kararının 17 ila 19. paragrafları.

¹¹³ Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararının 4. paragrafı.

¹¹⁴ Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararının 4. paragrafı.

sürede bu bayan işine dönmediğinden hamile iken iş sözleşmesi sona erdirilmiştir¹¹⁵.

İş sözleşmesinde yer alan 26 haftadan fazla süre hastalık durumunda sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin hükmün erkeklere göre daha dezavantajlı olan hamile bayanlara da doğrudan uygulanmasını Divan kabul etmemiştir. Çünkü bu durum onun kabiliyetsizliğinden kaynaklanmamaktadır. Böylelikle hamileliğin başlangıcı ile doğum izni arasındaki sürede alınan hastalık izinleri fesih için gerekli olan izin süreleri içinde değerlendirilmeyecektir¹¹⁶. Özetle hamilelik ve doğum izninin, kadın çalışanlar için olumsuz etki yaratmaması için bu ilke etkin şekilde uygulanacaktır.

Thibault kararında Divan, hamileliği sırasında kadın çalışanın başka biriyle kıyaslanamayacağına ve eşit davranma yükümlülüğünün doğum izninde de devam edeceğine dikkat çekmiştir.

Verimlilik değerlendirmesine göre çalışanlara verilen promosyondan hamile olduğu süre içinde yararlanamayan Bayan Thibault bu uygulamanın ayrımcılık teşkil ettiği gerekçesiyle dava açmıştır. Şöyle ki, işveren 6 yıllık kıdeme sahip olan her çalışana promosyon dağıtmıştır. Doğum izninde olması sebebiyle bu şartı gerçekleştirilemeyen Bayan Thibault'un promosyon talebi reddedilmiştir.

Doğum izninde bulunan bir çalışan için iş ilişkisi devam etmektedir. Kadının ve erkek çalışanlar için eşit uygulanması gereken çalışma şartları doğum izni döneminde geçerlidir. Somut olayda uygulamanın kadın ve erkek çalışan arasında farklılık yarattığı söylenebilir. Nitekim Bayan *Thibault* doğum iznine çıktığı için verimlilik değerlendirmesinden istifade edememiştir¹¹⁷.

Mahlburg davasında Divan, bayanları koruyan yasa hükümlerinin Direktif hükümlerine aykırı şekilde uygulanmaması gerektiğine dikkat çekmiştir.

Bayan Mahlburg belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmakla birlikte belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmak istemektedir. Bu talebini personel daire başkanlığına bildirmiş ve fakat daire boş kadro durumunda atama yapılarak sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştürülebileceğini söylemiştir¹¹⁸. Daha sonra ilan edilen boş kadroya başvurmakla birlikte Bayan Mahlburg başvuru sırasında hamiledir¹¹⁹. İşveren, Almanya'da var olan Annelerin Korunması Kanununa dayanarak hamile olan kadın çalışanın atanmak istediği işin sağlığı için tehlike oluşturabileceği iddiası ile atama başvurusunu reddetmiştir¹²⁰.

Burada Divan ise kadın çalışanların sahip oldukları bu hakların istihdama ve atamaya ulaşmada onları dezavantajlı duruma düşüremeyeceği ve şartları sağlamasına rağmen hamilelik döneminde baştan itibaren atanmasını engelleyen hükümlerin uygulanmasını Direktif hükümlerine aykırı bulmuştur¹²¹.

Wiebke Busch davasında Divan hamile çalışana hamile olduğunu işverene bildirme zorunluluğu olmadığını belirtmiştir. *Wiebke Busch* kararında davacı Bayan Busch Haziran 2000 yılında ilk çocuğunu doğurduktan sonra 3 yıl analık

¹¹⁵ Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararının 7. paragrafı.

¹¹⁶ Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararının 27 ve 28. paragrafı.

¹¹⁷ Divan'ın 1998 tarihli ve 136/95 sayılı Kararının 33. paragrafı.

¹¹⁸ Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararının 9. paragrafı.

¹¹⁹ Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararının 12. paragrafı.

¹²⁰ Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararının 13. paragrafı.

¹²¹ Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararının 30. paragrafı.

izni almıştır. Ekim 2000 yılında tekrar hamile kalmıştır. 30 Ocakta yazılı olarak işverene işe dönmek isteğini bildirmiş ve 9 Nisan 2001'de işe başlamıştır. Fakat ertesi gün 7 aylık hamile olduğunu ve işe analık iznindeki döneme nazaran daha fazla miktarda ödenen analık ödeneğini ve işveren tarafından ödenecek olan tamamlayıcı yardımı (Supplementary Allowance) almak için döndüğünü iletmıştır¹²². Bunun üzerine 11 Nisanda işveren, yalan beyandan dolayı bu çalışanın işe dönme iradesini reddetmiştir. Yine işe dönmeden önce hamile olduğunu işverene bildirmesi gerektiğinden ötürü ek ödeme yapmayı da işveren reddetmiştir. Buna karşılık çalışan ise hamilelik izninin 23 Mayıs itibarıyla başlayacağını ve bu tarihe kadar çalışmasını engelleyecek bir hükmün bulunmadığını ileri sürmüştür¹²³.

Burada Divan, kadın çalışanın hamile olmasından dolayı görevini tam olarak ifa edememesi söz konusu olsa dahi işe dönüş anlaşmanın yapılmasından önce hamile olduğunu işverene bildirmesi gerektiğine ilişkin bir hükmün Direktif'te olmadığını ve yine iç hukukta bulunan böyle hükümlerin uygulanmasını engelleyeceğini dile getirmiştir¹²⁴. Yine Divan çalışan tarafından analık izninin kısaltılması için yapılan başvuruda işverenin, şartlarda yanıtılmasından dolayı aleyhe karar vermesini cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak kabul etmiştir¹²⁵.

J. SONUÇ

Ayrımcılık yasağının amacı bütün çalışanlara iş hayatında mevcut olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil bir imkân temin etmektir. Avrupa Birliği müktesebatında da önemli bir yer bulan ayrımcılık yasağı Birlik Hukuku'nda özellikle kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. 2006/54/AT sayılı Direktif ise her konuda değil sadece işçilik ile alakalı konularda kadın ve erkek arasındaki eşitliği düzenlemektedir. Atama dâhil işe ulaşım, bu düzenlemenin kapsamına girmektedir.

Bu Direktif hükümleri asgari bir koruma getirmekte ve üye devletlerin kendi mevzuatlarında var olan ve eşitlik ilkesini koruyan hükümlerin bu Direktif'te yer alan hükümlerden daha avantajlı olması durumunda kendi iç hukuklarındaki bu hükümlerin uygulanmasını sürdürülebilmektedirler.

Direktif'te ayrımcılık yasağı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı şeklinde düzenlenmiştir. Doğrudan ayrımcılık yapma yasağı benzer durumlarda olan bireylerin eşit muamele görmeleri gerektiğini, sahip oldukları özellik nedeniyle onlara daha az elverişli bir biçimde davranılmaması gerektiğini öngörür. Dolaylı ayrımcılık yapma yasağı ise görünüşte tarafsız olan hükümler, kistaslar ya da uygulamaların bir cinsiyetteki kişileri diğer gruba karşı dezavantajlı duruma düşürmesi veya düşürme ihtimalidir.

Direktif, meslekte ve istihdamda kadın ve erkekler arasında eşit davranma ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlama amacı ile düzenlenmiştir. Fakat bu eşitlik mutlak olarak uygulanmayıp 3 şart bir arada olması şartıyla uygulanabilir: Seçilen kriterler yasal amaca hizmet etmeli, bu kriterleri kullanmak, amaca ulaşmak için zorunlu olmalı, amaç ve araçlar arasında

¹²² Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararının 3. paragrafı.

¹²³ Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararının 5. paragrafı.

¹²⁴ Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararının 40. paragrafı.

¹²⁵ Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararının 43. paragrafı.

orantı olmalıdır. Bu şartları taşıyan uygulamalar Direktif hükümlerine aykırı olmayacaktır.

Direktif'te ayrımcılığın ispatı ile ilgili izlenmesi gereken yol da tespit edilmiştir. Buna göre davacı ilk bakışta davada haklı olduğu algısını yargılama makamlarında uyandırabilirse, bu durumda ispat yükü ters çevrilerek durumunun aksinin ispatı işverene düşer. Çünkü ihtilaf durumunda işverenin çalışana nazaran daha güçlü durumda olduğu gerçektir. Davalı tarafından yapılan temel savunma mevcut ayrımcılığın haklı nedenlere dayandığı yönündedir. Haklı nedenlerin meşru bir amaca dayanması ve kullanılan araçların uygun ve zorunlu olması gerekir.

Direktif'te ayrımcılık ile ilgili mücadele için yapılması gerekenler de belirlenmiştir. İlk önce üye devletler, taraflar arasındaki ilişki sona ermiş olsa bile kendisi hakkında ayrımcılık yapıldığını düşünen biri bu direktif hükümlerinin uygulanması için yetkili makamlara başvuru hakkının ve imkânının tanınması için gerekli önlemleri alacaklardır. Ayrıca üye devletler, ulusal hukuk ve uygulamalarına uygun olarak eşitlik ilkesinin tam uygulanması için bu Direktif hükümlerine dayanan ayrımcılığa karşı mücadele yürütmede meşru menfaati olan sivil toplum kuruluşlarının bu mücadelede yer almasını sağlayacaklardır. Bununla birlikte üye devletler, ayrımcılığa maruz kalan kişilere maruz kaldıkları kayıp ve zarar için caydırıcı ve orantılı bir tazminat ödenmesi için gerekli tedbirleri de alacaklardır.

Üye devletler ulusal örf ve adetlerine göre veya uygulamalarına uygun olarak sosyal taraflar arasında eşitlik prensibini teşvik etmek ve diyalog sağlanmak için gerekli önlemleri alacak ve insanların cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmadan eşit davranılmasının izlenmesi, desteklenmesi, analizi için kurum veya kurumların kurulmasına yönelik uygun düzenlemeler yapacaklardır.

Direktif'te deavantajlı çalışanlar için pozitif eylem imkanı da düzenlenmiştir. Pozitif eylem, az temsil edilen bir gruba işe alma ve atama dâhil istihdam ile ilgili kararlarda ayrıcalık tanıma olarak tanımlanabilir. Pozitif eylem uygulanırken ayrımcılık yapılmamasına dikkat edilmelidir. Çalışanın dezavantajlı grupta olmasından dolayı doğrudan veya şartsız bir şekilde öncelikli olarak atanmaması ve adayların bütün kişisel özelliklerinin dikkate alınarak karar verilmesi durumunda ihlal var olmaz. Fakat kişinin başka kriterleri değerlendirilmeden sadece dezavantajlı grup arasında olması başlı başına seçim kriteri olarak değerlendirilemez.

Direktif'te son olarak üye devletlerin, bayan çalışanların hamilelik ve doğum izni kullanmalarından dolayı işten çıkarılmalarına karşı gerekli tedbirleri alacakları ve bayan çalışanların işlerine veya eşdeğer pozisyonlara dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönme imkânını sağlayacakları da düzenlenmiştir. Bu Direktif'in uygulanması Doğum İzni Direktifi ve Hamilelik Direktifi'nin uygulanmasında da engel teşkil etmeyecektir.

KAYNAKÇA

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi: Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010.

Aydınöz, Gonca: "Avrupa Birliği Direktifleri ile Atad Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum Dergisi, C.I, No:44, Temmuz-Eylül 2009, s.163-192.

Blanpain, Roger: European Labour Law, Wolters Kluwer Publishing,2012.

Bojarski,Luasz Chopin, Isabelle, Cohen, Barbara, Uyen Do, Farkas Lilla, Iordache, Romanita: Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.

Davies, A.C.L: EU Labour Law, Edward Elgar Publishing,2012.

Divan'ın 1981 tarihli ve 96/80 sayılı Kararı (J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.).

Divan'ın 1985 tarihli ve 248/83 sayılı Kararı (Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany).

Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararı (Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz).

Divan'ın 1986 tarihli ve 152/84 sayılı Kararı (M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)).

Divan'ın 1987 tarihli ve 286/85 sayılı Kararı (Norah McDermott and Ann Cotter v Minister for Social Welfare and Attorney-General).

Divan'ın 1990 tarihli ve 177/88 sayılı Kararı (Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus).

Divan'ın 1991 tarihli ve 184/89 sayılı Kararı (Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg).

Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararı (Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health).

Divan'ın 1995 tarihli ve 400/93 sayılı Kararı (Specialarbejderforbundet i Danmark v Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S).

Divan'ın 1996 tarihli ve 342/93 sayılı Kararı (Joan Gillespie and others v Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board and Southern Health and Social Services Board).

Divan'ın 1997 tarihli ve 1/95 sayılı Kararı (Commission v Austria).

Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararı (Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG).

Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararı (Mary Brown v Rentokil Ltd).

Divan'ın 1998 tarihli ve 136/95 sayılı Kararı (Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v Evelyne Thibault).

Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararı (Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence).

Divan'ın 1999 tarihli ve 179/88 sayılı Kararı (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening).

Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararı (Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist).

Divan'ın 2000 tarihli ve 158/97 sayılı Kararı (Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen).

Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararı (Silke-Karin Mahlburg v Land Mecklenburg-Vorpommern).

Divan'ın 2001 tarihli ve 381/99 sayılı Kararı (Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG).

Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararı (Wiebke Busch v Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG).

Divan'ın 2003 tarihli ve 186/01 sayılı Kararı (Alexander Dory v Bundesrepublik Deutschland).

Divan'ın 2004 tarihli ve 285/02 sayılı Kararı (Edeltraud Elsner-Lakeberg v Land Nordrhein-Westfalen).

Divan'ın 2005 tarihli ve 207/04 sayılı Kararı (Paolo Vergani v Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona).

Divan'ın 2006 tarihli ve 294/04 sayılı Kararı (Carmen Sarkatzis Herrero v Instituto Madrileño de la Salud (Imسالud)).

Divan'ın 2010 tarihli ve 356/09 sayılı Kararı (Pensionsversicherungsanstalt v Christine Kleist).

Divan'ın 2011 tarihli ve 104/10 sayılı Kararı (Patrick Kelly v National University of Ireland (University College, Dublin)).

Divan'ın 2012 tarihli ve 415/10 sayılı Kararı (Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH).

Göçmenler, Sinem: "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'de Kadın Erkek Eşitliği", Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.

İren, Ertan: "Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.

Karan, Ulaş: Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık yasağı ve Eşitlik kurumları, Mattek Matbaacılık, Ankara 2009.

Kaya, Gözde: "Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010.

Konuk, Bahar: "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, 2013, s.1725-1752.

Nielsen, Ruth: EU labour Law, Djof Publishing, 2013.

Riesenhuber, Karl: European Employment Law, Intersentia Publishing, 2012.

Watson, Philippa: EU Social And Employment Law, Oxford, 2009.

Bahar Konuk, "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, 2013, s.1737.

2006/54/AT sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif OJ L 204, 26/07/2006, s. 0023-0036.

KANUNA AYKIRI OLARAK YAPILMIŞ BİLDİRİMSİZ FESHİN İŞ GÜVENCESİ PROSEDÜRÜ İÇİNDE KANUNA UYGUN FESİH BİLDİRİMİNE DÖNÜŞMESİ (KANUNA AYKIRI OLDUĞU ANLAŞILAN BİR FESHİN MAHKEME KARARIYLA KANUNA UYGUN SAYILMASI)

Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu*

I. GİRİŞ

İşçinin işveren tarafından yapılan feshine karşı korunmasını; kurulu iş ilişkisinin istikrarlı bir şekilde sürdürülmesinin sağlanmasını amaçlayan “iş güvencesi”, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün ülkemiz tarafından 1994 tarihinde onayladığı 158 sayılı (Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme) çerçevesinde, oldukça yakın bir süre önce kanuni temele oturtulmuş, 2003 yılından itibaren mevzuatımızda belirli bir kapsamda yerini almıştır.

İş güvencesi kurumunun hukukumuzda belirli bir çerçevede, sınırlı da olsa ayrıca ve özel olarak düzenlenmesinden önce fesih bildirim (feshi ihbar,önelli yada süreli fesih) türündeki fesihte tarafların bu arada işverenin bildirim (ihbar) sürelerine uyması zorunluluğu dışında bir yükümlülüğu bulunmamaktaydı. Özellikle fesih bildiriminde bir sebep gösterilmesi gerekmiyordu; kanunda öngörülen bildirim sürelerinin bitiminde iş sözleşmesi kesin olarak ortadan kalkıyordu. Bu şekilde, kanuni gereğe, bildirim sürelerine uyulmadan işverence yapılan fesih kanuna aykırı (usulsüz) feshin sonuçlarını ortaya çıkarıyor, işçi ihbar tazminatı yanında, şartları varsa kıdem tazminatı ve kötüniyet tazminatı talep haklarına sahip bulunuyordu.

İş güvencesi hükümlerinin mevzuata ithalinden sonra ise durum değişmiş güvence kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshinde, feshin bir sebebe dayalı olarak yapılması zorunlu kılınmış; fesih sebebinin bildirimde gösterilmesi, dayanılan sebebin varit olduğunun ispat yükümlülüğu işverene tevdi edilmiş, fesih bildiriminin kanunda belirlenen prosedür içinde yapılması esas getirilerek işçiye bir güvence sağlanmak istenmiştir.

Gerçekten 2002 yılında çıkarılan 4473 sayılı kanununu takiben 4857 sayılı İş Kanunumuz önceki İş Kanunlarında yer almayan ve gerekli görülme-yen özel bir düzeneleme getirmiş; otuz ve ya daha çok işçinin çalıştığı işyeri ya da işyerlerinde asgari altı aydan beri çalışan ve kanunun belirlediği işveren vekillerinden olmayan; belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş sözleşmesini feshetmek isteyen işverenin işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin veya işyerinin özelliklerinden veya işin gereklerinden kaynaklanan “geçerli bir nedene dayanmak ve fesih bildirimini yazılı biçimde, fesih nedenini de açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunluluğunu getirmekte

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

feshe maruz kalan (muhatap olan) işçiye de feshin geçersizliğinin tesbitini mahkeme (ya da özel hakem) den talebedebilme imkanı (hakkı) vermektedir.

Hemen belirtelim ki, iş güvencesine ilişkin kanuni düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına giren ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin sözleşmelerinin işveren tarafından fesih bildirimini (feshi ihbar) suretiyle feshinde gündeme gelebilecektir. Bununla beraber Basın-İş kanunu kapsamında çalışan işçilere (gazeteciler) e de güvence hükümlerinin örnekseme yoluyla uygulanacağı aynı şekilde feshin İş Kanununun 25 inci maddesinde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile de iş güvencesi prosedürü çerçevesinde yargı yoluna başvurulabileceği kanunda ayrıca belirtilmiştir.

İşçinin fesih bildirimini tebellüğünü izleyen bir aylık kanuni süresi içinde yargıya (ya da hakeme) başvurarak yapılan feshin geçersizliğinin tesbitini istemesi halinde, mahkeme ya da hakem işverenin yaptığı feshin kanuna, kanuni gereklerle uygun olmadığını belirlerse yapılan feshin geçersizliğine karar verecektir. Ayrıca talep edilmiş olmasa da işçinin usulünce başvurusuna rağmen işverenin işçiye işe başlatmaması halinde, kanunda asgari azami miktarı gösterilen “işe başlatmama tazminatı”nın süre olarak miktarını ve işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını da kararında gösterecektir.

Böylece iş güvencesi hükümlerinin kapsamına fesih bildirimisiyle fesih yanında, sözleşmesi bildirimsiz fesihle işverence feshedilen işçiler hakkında da uygulanabileceği kabul edilmiş fakat “geçerli sebep” ile “haklı sebep” arasındaki ilişkiye dair bir düzenleme yapılmadığı için feshin iki türünün bu konuda karşılıklı durumları bir takım sorunları da beraberinde getirmiştir.

Burada karşımıza çıkan en önemli sorun sözünü ettiğimiz bu hükümlerin birlikte (birarada) gözönüne alınıp alınamayacağı, daha doğrusu birinin yerine diğerinin ikame edilip edilemeyeceği; haklı sebebe dayalı olarak yapılmış bir bildirimsiz feshin, yargılama sırasında kanuna aykırı olduğunun ortaya çıkması halinde, mahkemenin davayı geçerli sebebe dayalı bir fesih bildirimine tahvil etmesinin (dönüştürmesinin) mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Değerli meslektaşım ve sevgili dostum Prof.Dr.Fevzi ŞAHLANAN için çıkarılacak armağan da yayınlanmak üzere kaleme aldığımız ve yukarıda işaret ettiğimiz soruna hasrettiğimiz bu incelememizde Yargıtayımızın istikrarlı bir şekilde sürdürdüğü içtihadını değerlendireceğiz.

Ancak daha önce, konuyla ilgili kanuni esasların, genelde iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı fesihleri; haklı sebep - geçerli sebep ayırımını ve İş Kanununun 18 vd. madde ile 25 nci maddenin karşılıklı durumlarını özellikle İşK.m. 25/son hükmünün anlamı ve kapsamı üzerinde kısaca durmak uygun olacaktır.

II. KONUyla İLGİLİ KANUNİ ESASLARA GENEL BAKIŞ

1. İş Güvencesi Kapsamına Giren Fesih Türleri ve Özellikleri

İş güvencesi prosedürünü işleterek, işveren tarafından yapılan feshin geçersizliğinin tesbitine ilişkin bir davanın açılması ve yürütülmesi, kanunda belirtilen fesihlerle sınırlı olarak gündeme gelebilecektir.

Gerçekten de, iş güvencesine ilişkin hükümler sadece İş Kanunu ve Basın-İş Kanunu kapsamına giren ve diğer kanuni koşullara da sahip bulunan – işçilerin, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin – işveren tarafından feshedilmesi ha-

linde uygulama imkanı bulurlar. Nitekim, İş Kanununun “feshin geçerli sebebe dayandırılması “başlığını taşıyan 18 inci maddesinin 1 inci fıkrasında “işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren”den söz edilmekte, dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin bu çerçevede uygulanabileceğine açıkça işaret edilmektedir.

Öte yandan iş sözleşmesinin İş Kanununun 22 inci maddesi çerçevesinde gündeme gelebilecek “değişiklik feshi”¹ gibi; sözü edilen kanunun 29 uncu maddesinde düzenlenen “toplu işçi çıkarma”² da da, iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla yapılan (yapılmış) fesihlerde de iş güvencesi hükümleri uygulama imkânı bulacaktır.

Bu özel durumlar bir yana bırakılırsa, iş güvencesi ile ilgili kanuni prosedür, işveren tarafından yapılacak fesih bildirim (feshi ihbar) esasları çerçevesinde “geçerli sebep”in dayanak yapılmaması, gösterilen sebebin bu nitelikte bulunmaması, kanundaki usule uyulmaması halinde işletilebilecektir. Öte yandan, bildirimsiz (haklı sebeple) fesihle de kanunun yaptığı gönderme dolayısıyla güvence prosedürüne başvurmak imkânı doğacak, işverenin feshe dayanak yaptığı sebebin “haklı sebep”e dayanmaması veya dayanılan sebebin bu niteliği taşıması ya da bazı hallerde kanuni sürenin geçirilmiş bulunması durumlarında söz konusu olabilecektir.

Böylece kanundaki düzenleme asıl olarak belirsiz süreli iş sözleşmesinin “geçerli” bir sebep olmaksızın feshi ihbar edilemeyeceğini; ayrıca kanunda belirlenen feshe ilişkin usulün izlenmesi esasını içermekte; ayrıca “haklı” sebeple yapılacak bildirimsiz, derhal fesihlerde de bu imkânın kullanılabilmesi esasına kanunda yer verilmektedir.

Ancak hemen belirtelim ki, kanunda "bildirimsiz fesih ile iş güvencesi arasında ilişki kurulmuş, fakat bu konuda ortaya çıkacak sorunlar göz ardı edilmiş kesin ve doyurucu bir düzenleme yapılmamıştır.

2. Geçerli Sebep – Haklı Sebep Ayrımı

a. Haklı Sebep

Bilindiği gibi, bildirimsiz fesih (derhal fesih) hakkı, bir “haklı” sebebe dayalı olarak iş sözleşmesinin derhal – fesih beyanının veya bu anlama gelen davranışın muhataba (karşı tarafa) ulaşması anında - sona erdirilmesi hakkı olup, hem işçinin hem de işverenin kullanabileceği kanuni bir imkândır. Fesih bildirim (feshi ihbar) dan farklı olarak, iş sözleşmesinin belirli-belirsiz süreli olmasına bakılmaksızın ve genel olarak herhangi bir süre kaydına uymak zorunda olmaksızın sözleşmeyi fesih yetkisi, kanunen veya akden öngörülmüş “haklı sebebe” dayalı olarak kullanılabilir.

Bu tür feshin rüknünü teşkil eden “haklı sebeplerin tümünün sınırlı olmadığı, özellikle İş Kanunu 25/II’e göre yer verilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerinin kanunda belirlenenlerden ibaret bulunmadığı; hangi sebeplerin bu niteliğe sahip bulunduğu hususunda önceden kesin bir çerçeve çizilmesi mümkün olmadığı gibi, gerekli olmadığı hususunda da doktrin ve içtihatla düşünce birliği vardır.

¹ İşK. m. 22.

² İşK. m. 29.

Genel olarak "haklı sebep"i, dürüstlük kuralları gereğince, iş sözleşmesine taraf olanlardan birine, aradaki iş ilişkisini sürdürmemek hakkı veren bir durum olarak çerçevelemek imkânı vardır. Bu itibarla haklı sebep, iş sözleşmesine ve buna dayalı iş ilişkisine devamı dürüstlük kuralları gereği talep edilemez duruma koyan bir hukuki olay olarak tanımlanabilir³.

Borçlar Kanununa göre de "sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır". (m. 435/2)

Haklı sebebi bu şekilde genel bir çerçeveye oturtan Yeni Borçlar Kanununa paralel olarak İş Kanunumuz da nelerin haklı sebep sayılacağını sözleşmenin her iki tarafı bakımından ayrı ayrı düzenlemiştir. Kanundaki haklı sebeplerin bir kısmı mutlak (kesin) emredici nitelik taşımaktadır. Buna karşılık 4857 sayılı İş Kanununun 24 ve 25 inci maddeleri II. bentleri hükümleri genelde mutlak (kesin) emredici bir niteliğe sahip bulunmadığından: kanunen öngörülen haklı sebepleri – işçi lehine olmak kaydıyla- tarafların değiştirmelerine, bazı sebepleri bu nitelikten çıkarmalarına ve bunlara benzer sebepleri kabul etmelerine herhangi bir engel yoktur (bulunmamaktadır). Şu kadar ki, kanunen haklı sebep sayılmayan bir durumun bu nitelikte sayılacağını tarafların kararlaştırmaları mümkün değildir⁴.

Öte yandan kanunda koşulları açıkça belirtilen bazı haklı sebeplerin işçi aleyhine değiştirilmesi de kabil değildir. İş Kanununun 25 nci maddesinin birinci bendinde düzenlenen sağlık sebepleri ile dördüncü bendindeki gözaltına alınma ve tutukluluğa ilişkin sebepler, "haklı nedenler" in şartları (koşulları) kanunda kesin olarak belirlenmiş bulunduğundan, bu bentlerdeki sebeplerin taraflarca değiştirilemeyeceği gibi mahkemenin de bu sebeplerin niteliğini gözardı etmesi mümkün değildir.

Şunu da belirtelim ki İş Kanunu 25'inci maddesinin 2. bendindeki "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller sınırlayıcı olmamakla beraber, bunlardan bazılarının işçinin aleyhine değiştirilmesi kabil değildir. Örneğin "kanundaki" devamsızlık süreleri artırılabilir; fakat bunlardan daha az bir devamsızlığa taraflar karar veremeyecekleri gibi; mahkemenin de buna yetkisi bulunmamaktadır; zira kanun koyucu hakime böyle bir takdir yetkisi vermemiştir.

ALPAGUT'un isabetli olarak belirttiği gibi "İş Kanununda haklı nedenle fesih nedenlerinin kazuistik olarak sayılmış olmasının" en önemli sonucu ise

³ Konuyla ilgili olarak bkz. Bkz. OĞUZMAN,M.K: İş (hizmet) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, sh, sh.42 vd.; SAYMEN, F.H.: Türk İş Hukuku, İst. 1954, sh 570,vd; EKONOMİ, M.: İş Hukuku, İst.,1984, sh. 196,vd.; ÇELİK, N.: İş Hukuku I Genel Bilgiler, Ferdi İş Hukuku, İst. 1971, sh. 242,vd.; ESENER, T.:İş Hukuku B.3, Ankara 1978, sh. 258; CENTEL, T.: İş Hukuku C.1., Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, sh. 180, vd.; TUNÇOMAĞ, K/CENTEL, T.: İş Hukuku Esasları, B. 6, İstanbul 2013, sh. 204, vd.; SÜZEK, S.: İş Hukuku, B. 9, İstanbul 2013, sh. 695, vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, H.: İş Hukuku, Ankara 2008, sh. 609, vd.; EYRENCİ,Ö./TAŞKENT, S./ULUCAN, D.:Bireysel İş Hukuku, B.5, İstanbul 2014, sh. 208, vd.; AKTAY, N./ARICI, K./S. KAPLAN/, E.: İş Hukuku, B. 5; Ankara 2012, sh. 193, vd; NARMANLIOĞLU, Ü.:İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, B. 5, İstanbul 2014, sh. 417, vd.; ÇELİK, N/CANIKLIOĞLU, N./CANBULAT, T: İş Hukuku Dersleri, B. 27, sh. 330, vd.

⁴ Bkz. NARMANLIOĞLU,Ferdi İş İlişkileri B.5,sh418 ve orada anılanlar

haklı nedenler konusunda çoğu kez hakimin takdir yetkisine yer bırakılmamış olmasındır⁵.

b. Geçerli Sebep

İş Kanunumuza göre, işveren belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesini, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde ancak “geçerli” bir sebebe dayalı olarak feshedilebilir. Bu sebep ise işin, işyerinin yahut işletmenin gereklerinden dolayı ortaya çıkabileceği gibi, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından da kaynaklanabilir. Bu çerçevede, işveren yönünden iş ilişkisini sürdürmeyi güçleştiren her sebebin geçerli bir sebep sayılması gerekeceği söylenebilir.

Hemen belirtelim ki, geçerli bir sebep, haklı sebepteki gibi dürüstlük kuralları çerçevesinde tahammülü (katlanılması) istenmeyecek yahut beklenemeyecek ağırlıkta aykırı davranışlar değildir. Nitekim 4857 sayılı Kanuna ilişkin ön tasarıda, fesih bildiriminde yer verilmesi gerekli sebeplerin, bildirimsiz feshe dayanarak yapılacak haklı nedenler kadar ağır/vahim olmayan; fakat işin ve işyerinin yürüşünü olumsuz etkileyen haller olduğu; geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler işçinin işgörme borcunu kendısından ya da işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve işçinin işgörme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabileceğine işaret edilmiştir⁶.

Yargıtayımız da bir çok kararında⁷, söz konusu geçerli nedenlerin ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabileceğine işaret etmiştir. Yüksek Mahkeme iş ilişkilerinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli veya mâkul ölçüde beklenemeyeceği durumlarda feshin geçerli sebebe dayandığının kabul edilebileceğini dile getirmiştir.

⁵ ALPAGUT, G.: İş Sözleşmesinin feshinde Haklı - Geçerli Neden Ayırımı ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kanunlarının Değerlendirilmesi, SİCİL Mart 2006, sh 73

⁶ Bu konuda genel iş hukuku kitapları dışında bkz. EKONOMİ, M.: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, ÇİMENTO İŞVEREN, Mart 2003, Özel Eki; TAŞKENT, S.: İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenlemeler, Ankara 2002; ULUCAN, D.:4773 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Güvencesi ve Geçerli Neden Kavramı, İş Güvencesi, Temel Kavramlar, Uygulamadan örnekler, İstanbul 2003.; CENTEL, T.: İş Güvencesi, İstanbul 2012; GÜZEL, A.:İş GüvencesiNE İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, 2004 Yılı Toplantıları, İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004,s. 33,vd.; DEMİR, F.: İş Güvencesi Hukuku, İzmir 1999; AKYİĞİT, E.: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007; ALP, M: İşçinin Feshe Karşı Korunması, DEUHF, Y. 2003, S. 1, sh. 1-40; ALPAGUT, G.: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılından İş Yasası, İstanbul 2005, sh. 200-251; BAŞTERZİ, s. 4857 sayılı İş Kanununa Göre İş Güvencesi Kurallarının Uygulama Alanı ve İstihdama Etkisi, C. TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005, s. 623-651; ÇANKAYA, O. G./GÜNAY, C. İ./GÖKTAŞ, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005; ÇELİK, N.: İş Güvencesi, İstanbul 2003; ÇİL, Ş.: İş Kanunu Şerhi, C. I-II-III, B. 2, Ankara 2007; KAR, B.: İş Güvencesi ve Uygulaması, B. 2, Ankara 2011.

⁷ Örneğin bkz. 22. HD. 03.04.2012 E. 2011/10209, K. 2012/6210, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2012/4, sh. 392, vd.

3. İş Kanununun 25inci Maddesinin Son Fıkra Hükmünün Anlamı ve Kapsamı

İş Kanununun “işçi feshi yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18,20 ve 21 inci madde hükmümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir.” (m.25/son) yolundaki hükmüyle iş güvencesinin usulünü düzenleyen hükmü, 19 uncu maddeyi dışarda bırakmış; böylece 19 uncu maddedeki kanuni gereklere uymak zorunda bulunmaksızın, bu feshin şartları çerçevesinde yapılmış bildirimsiz fesihlerde de güvence prosedürünün işletilebileceğini açıkça belirtmiştir.

Bu itibarla, işverenin İş Kanununun 25 inci maddesine dayalı olarak yaptığı fesihlerde, 19 uncu maddenin öngördüğü kanuni gereklere uyulmamış olsa, bu gerekler bulunmasa bile işçinin iş güvencesi hükümlerini işletip konuyu yargıya taşınması mümkün olacaktır. Örneğin işveren yazılı şekle uymamış ve haklı sebebi açık ve kesin olarak bildirmemiş bulursa da, yine işçi bu yönetime başvurabilecektir. Böylece bu madde çerçevesinde yapılmış fesihlerde işverenin formel şartlara uyması gerekli bulunmamakta ayrıca bu maddedeki nedenlerle yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması da gerekli görülmemektedir⁸.

Bilindiği gibi, İş Kanununun 25 inci maddesi çerçevesinde, işveren iş sözleşmesini haklı sebebe dayalı olarak feshetmek istediğinde, fesih beyanını yazılı yapmak zorunda değildir. İşverenin bir eylemi, davranışı veya işleminden de fesih iradesinin varlığı çıkarılabilir. Öte yandan feshe dayanak yapılan sebebin bidayette bildirilmesi gerekli değildir. Ancak yargıtayın yerleşik anlayışına göre işverenin dayandığı haklı sebebi açıklaması gerekir, bunu sözlü olarak yapmasına da bir engel yoktur.

Öyle ise, eğer işveren iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesini İş Kanununun 25 inci maddesindeki haklı sebeplerden birine (veya bir kaçına) dayalı olarak, feshetmiş ise ve işçi de aynı maddenin son fıkrası hükmünün verdiği imkânı kullanarak yapılan feshin geçersizliğinin tesbitini içeren bir dava açmışsa; iş mahkemesi, işverenin bildirimsiz (haklı) fesihle ilgili olarak ileri sürdüğü ve sunduğu deliller ve davacının iddiasını ve sunacağı karşı delilleri gözönüne alarak davayı sonuçlandıracaktır. İşverenin bildirimsiz feshin gereklerine uymadığı ortaya çıkarsa davayı olumlu sonuçlandıracak, fesih geçersizliğine ve kanunda tasrih edilen ve tarafların davranışlarına göre şekillenecek diğer güvence sonuçlarını da kararına deredecektir.

İş Kanununun 25 inci maddesinin son fıkrasındaki atıf (yollama) çerçevesinde, sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçi, iş güvencesi kapsamında

⁸ Nitekim bu husus Yargıtayca da dile getirilmiş; İş Kanununun 25/II inci bendine dayanan fesihlerde yazılı şekil, neden bildirme ve savunma alma koşullarının gerekli olmadığına işaret edilmiştir. (Bkz. 9. HD. 30.3.2005 E.2004/20185 K.2005/11298 ÇİL,Şerh,sh.1266 Doktrinde, İş Kanununun 25 inci maddesi çerçevesinde yapılacak bildirimsiz fesihlerde de “haklı sebebi “feshin nedeninin belirtilmesi zorunluluğuna, aynı kanunun 20 ve 21 inci maddelerinden ulaşma imkanı bulunduğu öne sürülmekte; sözü geçen maddelerde fesih bildiriminde sebep gösterilmesi gereğinin açıkça vurgulandığını aksi halde feshin geçersizliği nedeniyle dava açabileceğinin öngörüldüğünü; söz edilen üç maddenin bir arada yorumlanmasının bu sonuca ulaşacağı belirtilmekte; ayrıca Yeni Borçlar Kanununun 435 inci maddesinin, bildirimsiz fesih sebebi belirtilmesi ve bildirim yazılı yapılmasının zorunlu olduğuna işaret edilmektedir. Bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, İş Hukuku, B. 5, sh. 222.

ise, yapılan feshin kanuna aykırı olduğunu iş güvencesi prosedürünü izleyerek bir dava açıp feshin geçersizliğinin tespitini mahkemeden istediğinde; yapılan yargılama sonunda: Feshin "haklı sebebe dayanmadığını (sebebin belirtilmediği veya bildirilen sebebin varit olmadığını; sebebin hayali olduğunu, kanuni şartlardan yoksun bulunduğunu; veyahut dayanılan haklı sebebin işverence kanıtlanamadığını ya da feshin hakkının kanuni süresinde (6 günlük ve 1 yıllık hak düşürücü sürede) kullanılmadığının anlaşılması sonucuna ulaşırsa; mahkeme yapılan feshin geçersizliğinin tespitine karar verecek ayrıca işverenin işçiyi başvurmasına rağmen işe başlatmaması halinde ödenecek "işe başlatmama tazminatı"⁹ miktarını süre olarak belirtecek; ayrıca işçinin çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve diğer haklarının ödetilmesine de kararında yer verecektir. Kısaca belirtirsek, işverence yapılan feshin İş Kanununun 25 inci ve 26 ıncı madde koşullarını taşımadığı, haksız - usulsüz yapıldığının mahkemece belirlenmesi halinde aynı kanunun 21 inci maddesinde öngörülen ve geçersiz feshe ilişkin sonuçlarını kararında yer belirtecektir. Buna karşılık mahkeme yapılan feshin kanuna uygun olarak yani bildirimsiz feshe ilişkin kanuni gereklerin noksansız yerine getirilmiş olduğu sonucuna ulaşırsa, açılan davanın reddine karar verecektir.

Hemen belirtelim ki, Yargıtayımızın yerleşik uygulaması işi bu aşamada bırakmamakta; işverenin yaptığı feshin kanuna aykırı, haksız olduğunun anlaşılmasına rağmen, haksız feshe esas olan; feshe dayanak yapılan durumu (olguyu) bir yana bırakıp geçerli nedene dayalı kanuna uygun bir fesih bildirimini olarak kabul edilmesi şeklinde hüküm tesis etmektedir.

İş Kanununun 25 inci maddesinin son fıkrasındaki açık buyruğu (anlamı) karşısında, bildirimsiz feshin dayanak yapıldığı haklı sebebin varit olmadığına ya da kanuni süreye uyulmadığının dava sırasında anlaşılması, ortaya çıkması halinde; bu sonucu bir tarafa bırakıp davaya konu olan olayın "geçerli sebep "teşkil edip etmediğini araştırmak ve davayı bu çerçevede sonuçlandırmak kabul olmasa gerektir.

Hemen belirtelim ki, biz İş Kanununun 25 nci maddesi ile düzenlenen bildirimsiz feshin, 18 vd. maddelerinde düzenlenen fesih bildirimini ile birlikte değerlendirilemeyeceğini; aynı vakiada (olayda) "haklı sebebin" varit olmadığı hallerde onun yerine "geçerli sebeple feshin" ikame edilemeyeceği kanısındayız.

Bu konuda doktrinde ve yargı kararlarında öne sürülen gerekçelerin neden kabul edilebilir olmadığını; dayanılan nedenlerin tatmin edici bulunmadığını ortaya koymadan önce Yargıtayın ve doktrinin bu konudaki görüşlerini ele almak uygun olacaktır.

III. YARGITAYIN KONUYA YAKLAŞIM BİÇİMİ

Yargıtayımız, İş Kanununun 25 inci maddesi çerçevesinde yapılan bildirimsiz (derhal) feshihlerde, feshe dayanak yapılan sebebin bu nitelikte bulunmadığı veya mevcut olmadığı haller ile, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hal ve benzerlerinde uyulması gerekli sürelerle uyulmadığı durumlarda; öne sürülen olayın (olgunun) geçerli sebep teşkil etmesi halinde iş güvencesi prosedürü

⁹ Bu konuda bkz. NARMANLIOĞLU, Ü.: İşe Başlatmama Tazminatı, Prof. Dr. Aydın ZEVKİLİLER'e Armağan, C. II, İzmir 2013, sh. 1957, vd.

içinde açılan davanın kabul edilmemesi, reddedilmesi yolunda içtihat tesis etmiş, bunu çeşitli kararlarında dile getirmiştir.

Örneğin Yüksek mahkemenin bir kararında “haklı nedenlerin varlığının kabulü veya isnad edilen fiilin İşK.25/II maddesinde sayılan haklı fesih nedenlerinden sayılmaması hallerinde; eğer fiil geçerli bir fesih sebebi sayılabilecek ise, bu tür hallerde feshin iptali ve işe iade isteklerinin” kabulünün mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁰.

Yargıtayın 2005 yılında verdiği başka bir kararda da, daha önceleri de devamsızlık yaptığı ve bu sebeple de uyarıldığı anlaşılan davacı işçinin iki gün izinsiz ve haklı bir mazerete dayanmayan devamsızlığı İş Kanununun 25/II, g maddesi anlamında haklı fesih nedeni olamaz ise de, işin yürütümünü bozan bu davranışının fesih için geçerli neden olduğunu¹¹ aynı şekilde “İşK.nun 25/I bendi çerçevesinde davacının son istirahatli günleri önel süresi ve ilave olarak altı haftayı geçmediğinden, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İşK.nun 25/I,b maddesine feshinin anılan kurala uygun olmadığı; ancak davacının sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesi karşısında işgörme ediminden davalı işverenin yararlanamadığı ve sonuç olarak olumsuzluların yaşandığı olgunun işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli neden olarak kabul edilmesi gerektiği¹² sonucuna varmıştır.

Aynı şekilde Yüksek mahkememiz, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından 4857 sayılı yasanın 25/II maddesi gereğince “feshedildiği; bu halde de aynı yasanın 25/son maddesi gereği 19.maddenin uygulama alanı bulunmadığından savunma alınmasının zorunlu bulunmadığını vurgulamakta ve “her ne kadar tutanaklarda belirlenen eylemler bulunmadan haklı nedenle fesih için İş Kanununun 26. maddesinde belirtilen hak düşürücü süre geçmiş ise de, davacının eylemleri kül halinde değerlendirildiğinde işyerinde olumsuzluklara yol açacak nitelikte davranışlar olduğundan feshin geçerli nedene dayandığının” kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmış; başka bir kararında da “mahkemece İşK.nun 25/II. maddesi gereğince akdin sona erdirilmesi hallerinde isnad edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen; 26 ncı maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı neden olarak feshe dayanak yapılan eylemin haklı fesih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp, geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19 uncu maddedeki usule uyulup uyulmadığına bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin reddedilmemesi gerektiği dile getirilmiştir¹³.

¹⁰ Bkz. 9. HD. 19.06.2006, 13620/17779, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2006/4, s. 11, sh. 211; Bkz.9.HD. 24.02.2004; “Mahkemece, 25/2 madde gereğince akdin sona erdirilmesi hallerinde isnad edilen fiilin gerçekleştiği kabul edilmesine rağmen 26. Maddedeki hak düşürücü sürenin geçmesi veya haklı neden olarak feshe dayanak yapılan eyleme haklı fsih nedeni sayılacak ağırlıkta bulunmayıp geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde 19. Maddedeki usule uyulup uyulmadığı bakılmaksızın feshin geçersizliği ve işe iade isteğinin red edilmesi gerekir.” E.20003/22581 K.2004/3229 TEKSTİL İŞVEREN Ocak 2005, S.301,sh.37 (ŞAHLANAN’ın incelemesiyle birlikte).

¹¹ Bkz.9.HD. 05.12.2005 35871/38686 YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, C.32, Mayıs 2006,S.5, sh.749 vd.

¹² Bkz.9.HD.09.04.2007 E.2006/35881 K.2007/9896 (SİCİL.Aralık 2007,S.8,sh.66 vd. SÜMER’in incelemesiyle)

¹³ Bkz.9.HD 24.02.2003 22581/3229 ÇİL,Şerh,ss.349 () “4857 sayılı Yasanın 26.maddesinde düzenlenen hak düşürücü süreler aynı yasanın 25 ve 26. Maddelerindeki fesih nedenleriyle ilgilidir. Ancak haklı fesih ile ilgili sebeplere dayanılarak yapılan

Nihayet Yargıtay 9. Hukuk Dairesi oldukça yakın tarihli bir diğer kararında işçinin iş sözleşmesinin üst üste iki gün mazeretsiz olarak işe gitmediği gerekçe gösterilerek sözleşmenin tazminatsız ve bildirimsiz feshedildiği olayda: devamsızlık süresinin iki güne ulaşmadığı nedeniyle mahalli/yerel mahkemece, feshin geçersizliğine karar vermiştir. Fakat Yargıtay “bir gün işe devamsızlığın sabit olduğu, bu itibarla “bir gün işe devamsızlığı sebebiyle iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığının “kabul edilmesini gerekli bulmuş; sonuç olarak kanuni sınıra ulaşmasa da bir gün süren devamsızlığın geçerli sebep sayılmasına işaret ederek mahkeme kararını bozmuştur¹⁴.

İşçinin izinsiz ve mazeretsiz işe devamsızlığının kanundaki süreye ulaşmasa da “geçerli bir feshi sebebi sayılarak sonuca gidilmesi yönündeki” 9. HD’nin istikrarlı içtihadı 7. ve 22. Hukuk Daireleri tarafından da benimsenmiş gözükmektedir¹⁵.

IV. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Yargıtaymızın bu çözümünü doktrinde paylaşılanlar olduğu gibi karşı çıkan, Yüksek Mahkemenin tutumunu eleştirenler de vardır.

Yargıtayın istikrar kazanmış görüşünü tamamen benimsediğini belirten EKONOMİ, İş Kanununun 25/IV, son hükümünün amacının “haklı sebeple fesihle iş güvencesi uygulanmadığı için, işverence fesihlerin haklı sebeple fesih türüne kaydırılması ve işçinin güvence dışına çıkarılması, ayrıca haklı sebebin şartları uygun olup olmadığı konusunda da görüş ayrılıklarının çıkması durumunda, haklı sebebin oluşmadığı hallerde işçinin iş güvencesinden yararlanmasının” engellenmesine yönelik bulunduğunu kaydetmekte; İşçinin “İşK.m.25/son fıkraya hükmüne dayanarak işverenin gösterdiği haklı sebebin kanuna uygun olmadığını haklı sebep dayanak alınamayacağı gibi, kendisinin davranışlarından kaynaklanan bir geçerli sebep de bulunmadığı için İşK.m.18,20 ve 21 hükümlerine göre dava açabileceğini; fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir aylık süre içinde açılması gereken davada, işçinin “haklı sebebin kanuna uygun olmadığını” ve “iş güvencesi açısından da geçerli bir sebebin bulunmadığının tesbiti ile madde 20 ve 21 hükümlerine göre geçerli olmayan feshin sonuçlarına “karar vermesini isteyebileceğini; İş mahkemesinin “incelemesinde işverenin dayandığı haklı sebep kanuna uygun değilse, o takdirde işçinin davranışının geçerli bir sebep teşkil edip etmediğini” araştıracağını; “dayanılan sebep geçerli bir sebep oluşturuyorsa feshin bu yönden sonuçlarını doğuracağını; aksi takdirde, geçerli sebep de bulunmadığı için feshin geçersizliğine ve buna bağlı sonuçların uygulanmasına” karar vereceğini öne sürmektedir¹⁶.

fesih işlemine karşı 4857 sayılı yasanın 18-21 inci maddeleri gereğince feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin dava açılması halinde anılan yasanın 26 ıncı maddesindeki hak düşürücü sürenin geçmesi sonuca etkili değildir.” (9.HD 6.12.2004 10560/26027 TEKSTİL İŞVEREN Eylül 2005,S.309,sh.39.

¹⁴ Bkz.22.HD. 10.02.2014 1285/1786, ÇALIŞMA VE TOPLUM 2015/1, sh.558 vd.

¹⁵ Bkz. 7. HD. 05.11.2014 12684/20227, ÇİMENTO İŞVEREN, C. 29, Mayıs 2015, S. 3, sh. 58; 22. HD. 10.04.2014 1185/1786, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2015/1, S. 44, sh. 558, vd.

¹⁶ Bkz.KOMİTE 2004 İş ilişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı” konusundaki Tebliğ’e ilişkin Genel Görüşmeler, sh.106-107.

Aynı şekilde, 4857 sayılı İş Kanunu ile iş güvencesi kapsamında işverenin iş sözleşmesinin feshinde, haklı sebeple feshin yanı sıra bir de geçerli fesih kavramına yer verildiğini belirten ULUCAN¹⁷ "işverenin haklı bir nedene dayandığını ileri sürerek yaptığı fesihlerde, bunun aksi ileri sürülerek dava açılması halinde iddiasını mahkeme önünde kanıtlayamayan işverenin fesih işleminin bu defa İş Kanununun 25/son hükümleri gereğince geçerli neden dayandığını" kanıtlaması" gerekeceğini; aksi takdirde feshin geçersiz sayılıp işçinin işe iadesinin söz konusu olabileceğini kaydetmekte; işverenin haklı nedeni kanıtlayamaması durumunda bu defa ileri sürülen nedenin geçerli bir neden olup olmadığının araştırılması ve işçinin iradesini bu yönde yorumlayarak mahkemece bir sonuca ulaşmaya çalışılması" gerektiğini; bu çözümü İşK.m.25/son'da yer alan kuralın gerekli kıldığını kabul edilebileceğini belirtmektedir.

Aynı şekilde Yargıtayın görüşünü destekleyen UÇUM da¹⁸ "sebeple bağlılık ilkesinin kapsamı ve uygulama esaslarıncı, işverenin fesih nedenininine ilişkin yaptığı haklı veya geçerli niteliğinin, hukuki özellik gösterdiği için, bu niteliğinin yargılama sırasında ne işvereni ne de yargıcı bağlamayacağını öne sürmekte; "işverenin hukuki nitelime hatası yaparak geçerli neden olabilecek bir olguyu haklı neden olarak görmesinin ve fesih işlemini ve haklı nedene dayanarak yapmış olmasının" önemli olmadığını; İşK.m.25/son'da yer alan hükümde açıkça 18 inci maddeye yollama yapılarak yargıcın geçerli neden yönünden inceleme yapabilesine olanak tanındığını" dile getirmektedir¹⁹.

Yine konuyla ilgili bir Yargıtay kararını inceleyen SÜMER de, "belirsiz süreli iş sözleşmesinin haksız feshi halinde bildirimli feshe ilişkin sonuçların" ortaya çıkacağına işaret etmekte; "işverenin dayandığı sebebin İşK.m.25'e göre haklı sebep olmadığını" saptanmasından sonra bunun "geçerli sebep olup olmadığını araştırılması"nın gerekeceğini;"iş güvencesi kapsamında bulunduğu anlaşılan işçi açısından" feshin geçersiz sayılması ve işe iadesine karar verilebilmesi için işverenin dayandığı sebebin geçerli sebep de teşkil etmemesi" gerektiğini "mahkemenin işverenin dayandığı sebebin geçerli sebep de olmadığını kanaatine ulaşması halinde" feshi geçersiz sayarak işçiyi işe iade kararı tesis etmesi gerektiğini Yargıtay görüşü doğrultusunda belirtmektedir²⁰.

Kanundaki düzenlemeyi kaydeden ÇELİK: "Bununla işverenin haklı nedenle iş sözleşmesinin fesihinin hukuki sonuçları ile iş güvencesi hükümleri arasında bağlantı kurulduğunu; bunun anlamının ise, feshin artık 20. maddedeki itiraz ve seri muhakeme usulüne tabi olacağı, işverenin feshin haklı nedenlere dayandığını ispat edememesi halinde 18. madde hükümlerine aykırılık

¹⁷ ULUCAN,D.:Karar inceleme, Legal İHSGHD,2007,s.13,sh.284 vd.

¹⁸ Bkz.UÇUM,M.: İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması, Karar İncelemesi, C.TUNCAY'a Armağan,sh.385 vd.

¹⁹ Yazar sonuçları da ilave etmektedir: "Kanımızca, gerek sebeple bağlılık ilkesinin kapsamı ve uygulama esasları gerekse de fesih nedeninin hukuki niteliğinin yargıcın görevi olması karşısında, haklı neden olarak gösterilen eylemin haklı fesih nedeni sayılarak ağırlıkta bulunmayıp geçerli neden olarak kabul edilmesi hallerinde, İşK.19. maddedeki usule uyulup uyulmadığının yargıç tarafından kendiliğinden araştırılması, usule aykırılık var ise, bu nedenle feshin geçersizliğine, usule uyulmuş ise feshin geçerli olduğuna karar verilmesi, daha doğru bir çözümdür.

²⁰ Bkz.SÜMER, H.: İşverenin İşçi'nin Sağlık Sebepleri Dolayısıyla İş Sözleşmesini Feshetmesi Haklı Sebep – Geçerli Sebep Ayrımı, Karar İncelemesi SİCİL, Aralık 2007, S.8, sh.66 vd.

nedeniyle feshin geçersizliğine ilişkin 21. maddesindeki yaptırımların uygulanması olduğunu vurgulamaktadır²¹.

Yargıtayca benimsenen çözümlü isabetli bulmayan TAŞKENT²² böyle bir durumda mahkemenin feshin nedeninin ve bu nedene yasada bağlanan yaptırıma bağlı bulunduğunun tartışılmayacağını; İş Kanununun 25/IV son'daki işçinin 18,20 ve 21. Madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabileceği yolundaki düzenlemenin usuli bir süreç olduğunu; buradaki asıl sorunun özünü “böyle bir durumda yargıcın haklılık denetimi mi yoksa geçerlilik denetimi mi yapacağı noktasında düğümlendiğini: yargıcın dava yükü göz önünde tutulduğunda mahkemelerin haklılık denetimi yanında bir de geçerlilik denetimi yapmaları şeklinde bir görev üstlenmelerinin nedeninin anlaşılmadığını dile getirerek; böyle bir durumda mahkemenin görevinin somut olayın işverene derhal fesih yetkisi verip vermediğini belirlemekten ibaret olduğunun kaydedilmektedir.

Aynı şekilde Yargıtayın tutumunu eleştiren MOLLAMAHMUTOĞLU, “iş güvencesi kapsamındaki işçinin sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedildiğinin hukuken sabit olduğu hallerde, yargı kararlarında tahvilin iş güvencesi bakımından uyulması gereken şekil ve usule işverenin riayet edip etmediğine bakılmaksızın uygulanmasının, işverene kanuna karşı hile imkânı sağlamış” olacağının altını çizmekte: “Haksız feshin geçerli fesih olarak süreli feshe tahvilinin, Türk Hukukunda feshin nedenini, haklı neden oluşturacak ağırlıkta olmadığı halde, işverenin davranışının bu şekilde değerlendirildiğini; tahvil işlemiyle yargının, işverenin hatasını düzelterek feshi, olması gereken form ve şartlara uydurmuş bulunduğunu dile getirmektedir²³.”

“İşçinin davranışını derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte, aynı maddi fiil İş Kanununun 18/1'inci maddesi uyarınca geçerli bir fesih sayılabilecek nitelikteyse: işveren tarafından yanlış değerlendirme yapıldığı kabul edilerek ve yargıç tarafından fiile uygun bir biçimde nitelendirilmek suretiyle bunun bir geçerli neden oluşturduğu sonucuna “varılabileceğini: Aynı sonuca bir hukuki tahvil yoluyla ulaşılmasını da düşünülebileceğini, bu durumda artık olaya İş Kanununun 18 vd. hükümlerinin uygulanması nedeniyle, kamu düzenine ilişkin bir hak düşümü süresi olan ve yargıç tarafından re'sen göz önünde tutulması gereken İK.26 daki altı iş günlük sürenin geçirilmiş olmasının da belki dikkate alınamayacağını; fesih bildirimının mâkul bir süre içinde yapılmış olmasının yeterli sayılabileceğini kaydeden SÜZEK şunları ilave etmektedir:

“Ancak, olaya haklı nedenle feshe ait İK.25 ve 26'nın yerine geçerli feshe ilişkin İK,18 vd. hükümlerinin uygulanacağı kabul edilince geçerli feshin usu-

²¹ ÇELİK, N.: İş Hukuku Dersleri, B. 16. sh 230.

²² TAŞKENT,S.: İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı adlı Tebliğ KOMİTE 2004,sh.76 vd. Yazar konuyu İş.K.nun 26 ıncı maddesi açısından ele almak ve Yargıtayın 26 ıncı madde koşullarının aranmayacağı şeklindeki kabulünün yerinde olmadığını; “kanunun bir maddesinin yok sayılmasının sorunu doğurduğunu” için de uygun görülemeyeceğini; işçinin isteğinin ihbar ve kıdem tazminatı değil, işe iadeyi sağlamaya yönelik bulunduğunu belirtmektedir.Şayet fesih işlemi, 26.maddedeki süre içinde yapılmış ve m.25/II'ye de uygunsa davanın reddedileceğini böyle değilse dava kabul edilecek, sonuçta feshin geçersizliğine karar vermesi gerekecektir.

²³ MOLLAMAHMUTOĞLU,İş Hukuku, sh.646.

lünün düzenleyen İK.19 hükümlerinin uygulanmasından kaçınılamaz birer geçerlilik koşulu olan fesih bildirimiminin yazılı olarak yapılması, bu yazılı bildirimde fesih nedeninin açık ve kesin şekilde belirtilmesi ve işçinin savunmasının alınması gerekir: aksi takdirde yasanın getirdiği fesih usulüne uygun yapılması zorunluluğunu da kapsayan süreli (geçerli) fesih sistemine aykırı davranılmış olur”.

Konuya ayrıntılı olarak yaklaşan yazar²⁴, “işverence yapılan haksız fesih, olayın özelliğine göre geçerli nedenle süreli feshe dönüştüğü kabul edilse bile, yargı organı tarafından bu fesih İK.19’da öngörülen usule uyulmadan yapılmış olması nedeniyle geçersiz sayılmalı ve işçinin işe iade davasının kabul edilmesi gerektiği kanaatini serdetmektedir.

V. YARGITAY ÇÖZÜMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

İşverenin bildirimsiz fesihle ortaya koyduğu iradesini ve buna dayalı işlemini yorumlayarak hukuki sebebi değiştiren; haksızlığı ortaya çıkmış olan bildirimsiz fesih geçerli sebebe dayalı fesih bildirimine dönüştüren bu çözümün paylaşmak bize güç gözüküyor.

Yargıtay’ın İş Kanunu 25inci maddesi ile 18 ve devamı maddeleri arasında kanunen öngörülmeyen bir ilişki kurması, kanunda dayanağı olmadığı halde yargının bu yolda bir değerlendirme yapması ve sonuçta davalı işverenin fesih dayandırdığı „haklı sebebe „ ilişkin olgunun – ki bu davanın hukuki sebebi- varit olmadığı ve kanuna aykırılığı ortaya çıkmışken bu hususu mahkemenin bir yanabırakıp bu olgu içinde yer aldığını düşünülen „geçerli sebebi”hükmüne esas alıp; haksız bildirimsiz fesih geçerli sebebe dayalı kanuna uygun (haklı) bir fesih bildirimine tahvil etmesini engelleyen birden çok sebep vardır.

1. Çözümün Tahvil (Çevirme) Esaslarıyla Örtüşmediği

Herşeyden önce şunu belirtelim ki Yargıtayın benimsediği çözümde, doktrinde öne sürüldüğü gibi yanlış değerlendirme (tavsif) in hukuki sebebe adapte edilmesi değil; geçersizliği mahkemede, dava sırasında anlaşılan bildirimsiz (derhal) fesih bir yana bırakılıp; geçerli sebebe dayalı bir fesih bildirimini ikame edilmesi, kanuna aykırılığı sabit olan bildirimsiz fesih geçerli fesih bildirimine çevrilmesi sözkonusudur.

Bilindiği gibi, tahvilin amacı, kanuna aykırı (batıl) bir hukuki işlemi, tarafların aynı yöndeki istekleriyle, ortak iradeleriyle bu durumdan kurtarmaktır. Yoksa, taraflardan birinin kanuna aykırı davranışını-işleme maruz kalan diğer tarafın iradesi hilafına-mahkeme kararıyla meşrulaştırmak değildir. Gerçekten tahvilin (çevirmenin) espirisi her iki tarafın da, yapılmış bir geçersiz işlemi bu durumdan kurtarıp; aynı şartları ve sonuçları taşıyan başka bir işlemle geçerli,

²⁴ SÜZEK, İş Hukuku, B.2 sh532 vd: B.9,sh733 vd.Yazar böyle bir çözümün kimi işverenlerce hak düşümüne ilişkin 26 ve süreli fesih usulüne ilişkin 19 uncu maddesinin dolanılmasına yol açabileceğini, işverenlerin 19 daki usule uymaktan kaçınmak için iş akitlerini 25/II’ye göre haklı nedenle feshettiklerini ileri sürebileceklerini; yargı organının işe iadeye ilişkin çok sayıda davada, önce haklı fesih nedeninin bu yoksı geçerli fesih nedenininin bulunup bulunmadığını araştırmak zorunda kalacağını; geçerli neden varsa 26’daki hak düşürücü sürenin geçirilmiş olmasını göz önünde tutmayacağını; işveren geçerli fesih İK.19’da yer alan, usulüne uyulmamış olsa bile geçerli bir fesihle bulunmuş olarak kabul edileceğini yazmaktadır.

kanuna uygun hale getirmektir. Halbuki, burada, yargıtayın benimsediği çözümle, işçinin iradesi hilafına, işverenin mefruz isteğine/iradesine mahkemece meşruiyet tanınmaktadır. Konumuz bakımından sorunu somutlaştırırsak, yargılama sırasında kanuna aykırı olarak yapıldığı ortaya çıkan "haklı sebeple" (bildirimsiz) feshin, dönüştürülerek sonuca ulaşılması halinde; "geçerli sebeple fesih bildirimini (feshi ihbar) la örtüştüğü; bu ikincisinin ilkinin bütün unsurlarını ve sonuçlarını içerdiği söylenmeyecektir. Zira, her iki fesih türünün amacı, koşulları ve sonuçları birbirinden farklı bulunmaktadır.

Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi, tahvil (çevirme) hükümsüzlüğü (geçersizliği) barındıran normun anlam ve amacına ters düşmemelidir; hükmün dolanılarak bertaraf edilmesine yol açan yahut onun anlam ve amacı ile bağdaşmayan hallerde çevirmeye yer yoktur²⁵. Başka bir söyleyişle, "batıl işlem yerine geçen işlem tarafların istediklerinden daha kapsamlı sonuçlar doğuruyor ve taraflar için daha ağır yükümler ihtiva ediyorsa, hakim tahvile karar vermemelidir²⁶.

Halbuki, yargıtayın benimsediği çözümde, kanuna aykırı bildirimsiz fesih işleminin dönüştürülen geçerli sebeple fesih bildiriminin bütün unsurlarını ve gereklerini içerdiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Tahvilin önemli bir koşulu, tarafların ortak farazi (varsayıli) iradelerinin bulunması (örtüşmesi) şeklinde tezahür eder. Üzerinde durduğumuz durumda ise bu gereğin bulunduğu söyleyemez; zira burada tarafların iradeleri zıttır, aksi yöndedir. İş güvencesi kapsamında gündeme gelen bu türden durumlarda, davacının iradesi (istemi) feshin geçersizliği ve buna bağlı hukuki sonuçlara yönelik bulunmakta; özellikle iş ilişkisinin işveren tarafından sonlandırılmasının kanuna aykırılığının tesbitine ve ilişkiyi sürdürmeye, ayakta tutmaya yöneliktir. İşverence yapılan fesih işleminin kanuna aykırı olduğunun mahkemede ortaya çıkması halinde; bu işlemi bir yana bırakıp, davayı ve davaya dayanak teşkil eden olayı bu sefer geçerli sebep açısından ele alıp değerlendirerek aksi sonuca varmak deyim yerinde ise işi tersine çevirmek olacaktır. Çünkü bu dönüştürme sonucunda, hukuken haksız olan işveren, mahkemenin marifetiyle haklı duruma gelmekte; işçi ise haksız sayılmakta ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaz duruma düşmektedir.

Öte yandan pozitif hükümler, mevcut kanuni düzenleme karşısında haksız, kanuna aykırı olarak yapıldığı ortaya çıkmış feshi yok sayarak davayı başka bir şekilde sonuca bağlamak imkânının mahkemeye verildiğini söyleyebilmek güçtür. Kanun koyucu, yararlı ve amaca uygun görseydi, bu konuda yargıca (mahkemeye) açık bir yetki verebilirdi. Haksız fesih yerine, geçerli sebeple fesih bildirimini türündeki feshine karar vermeyi kanunun öngördüğünü veya düşündüğünü söylemek bize mümkün görünmüyor. Medeni Kanunda yer verilen ve mahkemeye (hakime) "boşanma yerine ayrılığa karar verebilmeyi düzenleyen bir hükme benzer bir hüküm İş Kanununda bulunmadığına göre; davanın rüyeti sırasında dava konusu olan ve işverence yapılan bildirimsiz feshin kanuna

²⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, B.4 İstanbul 2008, sh 614 vd. Yazar devamla şunları da kaydetmektedir: Tahvilde tüm geçerlilik şartlarının batıl (hükümsüz) işlem çerçevesinde de gerçekleşmiş olması gereklidir. Yedek işlem kesin hükümsüz işlem ile aynı veya benzer sonuçlar doğuran fakat ondan daha ileriye gitmeyen bir nitelik taşımaktadır." (sh 615)

²⁶ EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, B. 12, 2010 İstanbul 2010, sh.266

aykırılığı nedeniyle geçersizliğinin tesbiti yolundaki iddianın varit bulunduğu, aksinin işveren tarafından kanıtlanmadığı bir durumda, olayı geçerli sebeple yapılmış bir fesih bildirimine çevirmek, kanunun anlatımına da amacına da uygun düşmediği gibi tahvil esaslarıyla da bağdaşmamaktadır.

Şunu da ekleyelim ki mevzuatımızda iş güvencesi kurumunun bulunmadığı dönemde doktrinde bildirimsize (haklı sebeple) fesih yoluna gidildiği ancak haklı sebebin varlığı ispat edilmediği takdirde yapılan geçersiz fesih bildiriminin en yakın sürenin sonu için yapılmış bir fesih bildirimine çevrilerek ayakta tutulmasının mümkün olduğu öne sürülerek bu konuda tahvilin mümkün olabileceği dile getirilmişti²⁷. Ancak hemen belirtelim ki bu düşüncenin serdedildiği dönemde fesih bildirimine geçerli bir sebebe dayandırılması zorunluluğu bulunmuyordu. Haksız işlem kanuni bir gereği de ihlal ettiği için, usulsüz fesih bildirim sonuçlarının uygulanması normal olarak gündeme geliyordu. Daha önemlisi o tarihteki pozitif hükümler çerçevesinde feshin sözleşmeyi kesinlikle sona erdirdiği kabul ediliyordu.

Tarafların aynı yönde farazi iradelerinin mevcudiyeti halinde gündeme gelecek ve batıl (hükümsüz) bir hukuki işlemi hükümsüzlükten kurtarma amacı taşıyan tahvil; iradeleri farklı yönde bulunan davacı işçi ile davalı işverenin arzularının (isteklerinin), aynı yönde olduğu noktasından hareket eden Yargıtayımız, işvereni haksız/usulsüz feshin sonuçlarından kurtaran bir duruma, arzu edilmese de ön ayak olmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi davacının ve davalının dava konusu üzerinde ayrı ayrı veya birlikte değişiklik yapmaya yetkili olmadıkları konularda, mahkemenin (hakimin) kanuni gerekleri gerçekleşmediği sabit olan bir hukuki işlemi, bildirimsize feshi gözardı edip, yargılama sonunda haklı çıkan tarafın aleyhine sonuç doğuracak başka bir hükümü ikame edememesi gerekir. Batıl (sakat) hukuki işlemi hükümsüzlükten kurtarmak amacıyla yapılacak bir tahvil, işleme taraf olanların ortak iradelerini yansıtmaması halinde mümkün olabilecektir. İncelediğimiz durumda ise tarafların istek ve iradeleri aynı yönde olmayıp, ters yödedir. Tahvilde, dönüştürülen işlem her iki tarafa da yarar sağlamalıdır.

Yargıtayın çözümünde, iş sözleşmesi kanuna aykırı olarak feshedilen ve iş güvencesi prosedürü çerçevesinde dava açan işçi yargılama sırasında İşK. M. 25 çerçevesinde haklı durumda olduğu halde, tahvil sonucunda İşK. 18 vd. madde hükümleri dayanak yapılarak haksız bir duruma mahkeme eliyle düşürülmektedir.

2. Çözümün İşK m. 25 İle Uyumlu Olmadığı

Yargıtayın çözümü İş Kanununun son fıkra hükmü ile bağdaşmadığı gibi, 25. maddede düzenlenen ve tarafların da değiştirmesi kabil olmayan birtakım hükümlerin niteliğine de ters düşmektedir.

a. Çözümün İşK. nun 25/son fıkrası hükmüyle bağdaşmadığı

"İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebepler uygun olmadığı iddiasıyla 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvuru-bilir" (İşK.m.25/son f) yolundaki İş Kanunu hükmü hiç bir kuşkuyla yer ver-

²⁷ Bkz, KANETİ, S.: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili) İstanbul 1959,sh.236.

meksizin, açıkça, işverence yapılmış bildirimsiz feshin, aynı maddedeki "haklı sebeplere uygun bulunmadığı (olmadığı) iddiasıyla iş güvencesi prosedürünün işletilmesi imkânını düzenlemektedir. Bu itibarla, yargıtayın benimsediği çözüm, kanunu açıkça düzenleyen İşK.m.25/son fıkra hükmüyle örtüşmemektedir.

Yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplerin uygun olmadığı iddiasıyla güvence prosedürünün bu çerçevede yürütüleceğine ilişkin kesin kanuni durumu eğip bükmek, ona başka anlamlar vermek kabil bulunmasa gerektir. Konumuz bakımından dava hangi sebep ve eksenle açılmışsa o çerçevede sonuçlandırılması gerekir.

İş Kanunumuzda, iş güvencesi prosedürünün izlendiği durumlarda da, her bir fesih türünün kendi şartları ve sonuçları içinde gözönüne alınacağı açıkça belirtilmiş; 25 inci madde ile 18 inci maddelerin birlikte değerlendirileceği, bunlardan birinin diğerinin yerine ikame edileceği şeklinde bir anlayışa ya da çözüme yer verilmemiştir.

Kanımızca her iki maddenin yani İş Kanunu 18 ve 25. Madde hükmünün maddi hukuk bakımından bir arada yorumlanması doğru olmasa gerektir. Zira 25. madde bildirimsiz feshe ilişkin haklı sebepler çerçevesinde yapılmış fesihlerde de 18. ve devamı maddedeki hükümlerin uygulanacağını öngörmekte; haklı sebebin geçerli sebeple birlikte göz önüne alınacağına ilişkin bir düzenleme yapmamaktadır. Bu hususta İş Kanunu 25. maddesinin son fıkrası hiç bir kuşkuya yer bırakmamakta: „yukarıdaki sebepler”den açıkça söz etmektedir. Ayrıca 25. maddede 19. maddeden söz edilmemiş olması da atfın 25. maddeye ilişkin bulunduğunu teyit etmekte; her biri sebebin (haklı sebebi ve geçerli sebebi) birbirinden ayrı olarak göz önüne alınması gerektiğini kapsamaktadır. Bu itibarla 25. maddenin son fıkrasındaki buyrukta açıkça dile getirilen „yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplerin uygun olmadığı „ iddiası ile güvence prosedürünü bu çerçevede yürütüleceğine ilişkin kanuni buyruğa başka anlamlar vermek kabil olmasa gerektir. Zira davanın hangi sebep ekseninde açılmışsa o çerçevede sonuçlandırılması gerekir.

İş Kanunumuzun 25 inci maddesinde, bu kanunun 18 vd. maddelerine yapılan yollamanın, yollama (atif) yapan normun vaz ve tesisine etkili olan amacın, İşK m.25/II'deki normları 18 ve devamı maddedeki sebepler içinde ve onunla birlikte, ortaklaşa uygulamak amacı olduğunu söylemek herhalde mümkün değildir.

Öte yandan, iş güvencesinin önemli amaçlarında birisi olan işverenin işçiyi uluorta işte çıkarmasını zorlaştırmak" genel amacına da aykırıdır.

Açılan davada, feshe dayanak yapılan haklı sebep ya da sebeplerin kanuni gerekleri taşımadığı halde; bunu geçerli sebebe dayalı bir fesih bildirimi olarak kabul edip, hüküm tesis edilmesi gerek iş güvencesi gerek haklı nedenle fesih kurumlarının amaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

b. Çözümün Bazı Emredici Hükümlere Ters Düştüğü

Öte yandan İş Kanununun 25. maddesinde düzenlenen ve taraflarca değiştirilmesi kabil olmayan birtakım hükümlerin mahkemenin yargılama sırasında esnetmesi de uygun olmasa gerektir. Bazı maddeler bakımından bu hükümlerin niteliğinin göz ardı edilmesi tasvip edilecek bir tutum değildir. Yargıtay hastalık halinde sözleşmenin bildirimsiz feshedilebilmesi için kanunun öngördüğü (aradığı) koşulları gözardı ederek haklı sebeple yapılmış feshi geçerli se-

bepile yapılmış fesiħ bildirimine dönüştürmekte; bazı hükümlerin açık emredici niteliğini gözden kaçırmaktadır.

Gerçekten, İş Kanununun 25 inci maddesinin I nolu fıkrasında (b) bendinin 2 inci cmleri uyarınca - (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında - işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi durumlarda işveren tarafından bildirimsiz fesiħ hakkı bu durumların işçinin işyerindeki kıdem/hizmet süresini karşılayan bildirim sürelerini altı hafta geçmesinden sonra kullanabilecektir. Doğum ve gebelik durumunda ise bu süre İş.K.nunu 74 üncü maddesinde belirlenen sürenin bitiminden sonra başlayabilecektir. Yani analık izni hariç bildirim süresinde altı hafta daha ilave edilerek ulaşılacak süre içinde sözleşme kanunen askıda olduğundan, işverenin fesiħ, bildirimsiz fesiħ hakkını kullanması mümkün olmayacaktır.Halbuki Yargıtaymız kanunun kesin olarak belirlediği askı süreleri sık sık rapor alması durumunda toplam raporlu olduğu süre askı süresi içinde kalmış olsa da, işçinin bu tutumunun işyerinde olumsuzluklara yol açacağı gerekçesiyle "geçerli sebep" oluşturacağını kabul ederek davayı bu şekilde sonulandırmaktadır²⁸.

Öte yandan Yargıtayın zm kanunen sözleşmesi askıda kalan işçilerin „bekleme süresi içinde işe geçici devamsızlığını “geçerli sebep saymayan hükümle de İş Kanununun 18inci maddesi ile de uyumlu değildir.

Aynı şekilde İş Kanunumuzun 25 inci maddesinin II inci bendinin (g) fıkrası: "izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ayda  işgünü devamsızlığı, işverene bildirimsiz fesiħ hakkı tanıyan bir "haklı sebep" olarak düzenlemiştir.Bu maddede yer verilen süreler işçi lehine olmak kaydıyla gltp, artırılabilir. Fakat bu sürelerin azaltılması taraflarca kararlaştırılmayacağı gibi, mahkemece de azaltp geçerli sebep olarak hükme esas alınamaz.

Nihayet Yargıtay'ın benimsediği zm İş Kanununun emredici nitelikteki 26. madde esaslarını da gözardı etmektedir. Bilindiği gibi İş Kanununun 26 inci maddesinde "24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlk ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesiħ yetkisi iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz." (İşK,m.26/1)

Yargıtayımız, üzerinde durulan maddedeki sürelerin aşılması halinde işçinin devamsızlık teşkil eden bir haklı sebep yaratmadığını kabul etmekle beraber; devamsızlığın işyerimde olumsuzluklara yol açması, işveren bakımından ilişkinin sürdürülmesinin önemli ve makl ölçüler çerçevesinde, kanuni devamsızlığa ulaşmasa da bu durumun işveren için "geçerli sebep" olarak kabul edileceğini içtihatlarıyla kabul etmektedir. Böylece emrediciliği, değiştirilemeyeceği kuşkusuz bulunan bu hükümlerin niteliğinin gözden kaçırılması da doğru olmasa gerekir.

²⁸ Fakat bu çözüm, tarafların anlaşmasıyla bile değişyirilemeyeceği - işçi aleyhine değiştirilmeyeceği - bir kanuni düzenlemenin yargı mahkeme eliyle değiştirilmesi sonucuna mner olmaktadır.

3. Çözümün feshin iki türünün kullanılma şartlarını gözardı ettiği

İş sözleşmesinin "haklı sebebe" dayalı bir iradenin sona erdiğinin açıkça anlaşılmasına rağmen, nasıl olurda hakim (mahkeme) tarafın iradesinin "geçerli sebeple serdedilmiş bir fesih bildirimini olarak kendisi sonlandırır? Böyle bir işlem "yenilik doğuran niteliği söz götürmeyen "feshin" esaslarına da aykırıdır. Zira daha önce belirttiğimiz gibi kanuna aykırı olarak yapıldığı aşikâr olan bir bildirimsiz feshin, mahkemece geçerli nedene dayalı bir feshe dönüştürülmesi şeklinde mahkemenin (yargının) görevli yahut yetkili olduğuna dair kanunda bir dayanak bulunmamaktadır.

Hemen belirtelim ki, fesih bildirim ve bildirimsiz fesih hakları yarışan, birbirinin yerine ikame edilen haklar olmayıp; dayandıkları esaslar ve hukuki sonuçları birbirinden farklı bulunmaktadır. Haklı sebebe dayalı (derhal) veya bildirimsiz fesih ile, "geçerli sebebe dayalı" fesih bildirim (feshin ihbarı) birbirinden bağımsız düşünmek, kanunumuzun sisteminin zorunlu bir sonucudur: her bir fesih türünü kendi şartları ve kulvarları içinde birbirinden bağımsız olarak göz önüne almak gerekir.

İş Kanununun 25 inci maddesi çerçevesinde yapılacak fesihlerin anılan hükümde bir kısmı emredici bir biçimde düzenlenen "haklı nedenler"e dayandırılması gerektiği halde; İş Kanununun 18 ve devamı hükümleri kapsamında yapılacak fesih bildirim dayanağı ise, haklı sebeplerden farklı olduğu kuşkusuz bulunan "geçerli sebep"lerdir. İş güvencesiyle ilgili prosedür içinde fesih bildirim türündeki fesihle geçerli sebebin bulunmaması ve usule uyulmaması hallerinde işletilebilecekken; bildirimsiz (derhal) fesihle feshin dayandırıldığı haklı sebebin kanuni koşulları taşımaması durumunda gündeme gelebilecektir. Bu itibarla iş güvencesi hükümleri çerçevesinde açılacak davanın ya geçerli sebebe dayalı fesih bildirimle ya da haklı sebebe dayalı, derhal fesihle ilgili bulunması gerekecektir. Özellikle, İş Kanununun 25 inci maddesine dayalı olarak yapılan feshin, bu madde ile ilgili kanuni gerekçelere uygun bulunmaması halinde, feshin kanuna aykırılığı dolayısıyla "geçersizliğinin tesbitine karar verilecektir.

Bildirimsiz fesih hakkını kullanan tarafların dayandıkları "haklı" sebeple bağlı olmasına ilişkin esasa da aykırı (ters) düşen yargıtayım çözümüm, fesih işleminin niteliği ve türünü değiştiren bir sonucu beraberinde getirmektedir.

Bilindiği gibi feshin amili, burada işveren fesih beyanında gösterdiği ya da dayandığı haklı sebeple bağlıdır. Feshin geçersizliğinin tesbiti ve işe iadenin istendiği davada, yargılama sırasında bu sebebi değiştiremeyeceği gibi, feshe dayanak gösterdiği sebepten başka bir sebebi de öne süremez. "İşveren fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebepleri ile bağlıdır. İşe iade davasındaki savunmasında ilaveten başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi bu sebepten farklı bir sebebe dayanamaz. Tarafın yapamayacağı bu işin mahkemece de yapılması mümkün olmamak gerekir²⁹.

²⁹ [Yargıtay fesih bildirimini uygun yapmasına rağmen fesih sebeplerini açık (ve) kesin belirtmediği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir] 9.HD.15.09.2008 1011/23499 ÇİL, İlke Kararları, Ankara 2005, sh. 225 vd. No 100. Yüksek Mahkeme bir kararında bu yöne işaret etmiş; mahkemenin fesih gerekçesini (haklı sebebi) genişletmesinin giderek değiştirmesinin kanunen caiz olmadığını dile getirmiştir. "Davacı iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini ileri sürmüştü, davalı ise davacının devamsızlık yaptığından bahisle sözleşmenin haklı sebeple feshedildiğini savunmuştur. İddia, savunma

Bildirimsiz (derhal) fesih hakkını kullanan tarafın dayandığı haklı sebeple bağlı olmasına ilişkin esasa da aykırı dűřen Yargıtayın özümü, fesih işleminin niteliğini, daha da önemlisi feshin tűrünü değiştiren bir sonucu da beraberrinde getirmektedir. Gerçekten, feshin amili, burada işveren fesih beyanını dayadığı (gösterdiği) "haklı sebep"le bağlıdır. İşçinin böyle bir feshine maruz kaldığında, iř güvencesi çerçevesinde açtığı feshin geçersizliği ve iře iadeyi talep ettiği davada, artık bu sebebi de değiştirmeyeceği gii fesih beyanında dayanmadığı başka bir sebebi de öne sűremeyecektir. Böylece işveren dava sırasında başka bir sebep ileri sűremeyeceđi gibi - iddia ve savunmanın genişletilmesi esasları çerçevesinde davacının rızası dışında - mahkemenin de davalının feshine dayanak yaptığı haklı sebebi değiştirmesi kabil olmamak gerekir.

4. özümün Feshin Niteliği İle Bağdaşmadığı

Bu özüm yenilik doğuran bir işlem (hak) niteliği taşıyan "fesih hakkı"nın bu niteliği ve sonuçlarıyla da bağdaşmamaktadır. Zira iř sözleşmesinin taraf iradesiyle sona ermesini sağlayan fesih hakkı, yenilik doğuran hak niteliğine sahip bulunan boşanma, sűfa haklarının aksine mahkemece yenilik doğurucu (inşai) bir hűküm verilmesi istemiyle kullanılabilecek bir hak değildir. İř sözleşmesini fesih hakkı mahkeme kararıyla inřa edilmeyip hak sahibinin (iřçi veya işveren) bu yoldaki iradesi, fesih beyanı ya da bu anlama gelecek bir davranış ile kesin hukuki sonucunu doğurmaktadır.

Bu itibarla, feshin geçerli yada haklı nedene dayanmadığının tesbitinin istendiği davada, fesih işleminin inřa edilmesi, yeniden kurulması söz konusu olmadığı gibi; davada dayanak yapılan fesih tűrünün değiştirilmesi de mümkün olmasa gerektir. Böyle bir davada mahkemenin fonksiyonu, işveren tarafından yapılan feshin duruma göre haklı sebeple, bildirimsiz fesih koşullarında yapılıp yapılmadığının tesbit edilmesiyle sınırlıdır. Bildirimsiz (derhal) feshin koşullarının gerçekleşmediğinin, yargılama sırasında ortaya çıkması halinde, feshin geçersizliğinin tespiti ile yetinilmek gerekecektir. Ayrıca konuyu "geçerli sebep" açısından incelemek ve haksızlığı anlaşılan feshin yerine, işverenin geçerli sebebe dayalı fesih bildirimini ile sözleşmeyi feshettiğini içeren hűküm tesis etmek uygun olmasa gerektir.

Kanımızca, yukarıda da belirttiđimiz gibi, iř sözleşmesinin iřveren tarafından yapılan bildirimsiz feshin kanuna aykırılıđı ne sűrűlerek iř güvencesi hűkűmleri çerçevesinde dava açılıp, güvence prosedűrűn iřletilmesi halinde, mahkeme konuyu bu yönűyle ele almalı, feshin kanuni gereklerle uygun olarak yapıldıđının anlařılması halinde davanın reddine; bildirimsiz feshin gereklerine uyulmadıđının anlařılması halinde yapılan feshin geçersizliđine ve iřçinin iře iadesine karar vermelidir.

5. özümün Usule ilişkin Esaslarla da Uyumlu Olmadığı

Bilindiđi gibi, hukuk davalarında hakim in talep olmadan bařka bir řeye hűkmedebilmesi için kanunda açık ve kesin dűzenlemenin bulunması gerekir.

ve tanık anlatımlarından davacının işyerindeki bir başka çalışanla gönűl ilişkisi içerisinde olduğu anlaşılmakta ise de, davalı bu olguya fesihte dayanmamıştır. Buna rağmen mahkemece bu husus da gözönűnde bulundurularak feshin haklı sebebe dayandığı kabul edilmiştir. Ancak mahkemenin fesih gerekçesini genişletmesi doğru değildir" (22.HD.08.04.2014 E.2013/7841 K.2014/7369 İHSGHD, LEGAL,C.11,S.44,sh.316-317).

(Hukuk usulü mahkemeleri kanuna göre "Hakim iki tarafın iddia ve savunmalarıyla bağlı olup, talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremez." (HUMK.m.74)) Türk kanunlarını re'sen uygulamakla yükümlü olan mahkeme tarafların öne sürdükleri hukuki sebeplerle bağlı değilse de; yani olaya uygulanan kanun hükmünü re'sen araştırıp uygulamakla mükellef ise de; hüküm ve sonuçları farklı olan kanun hükümleri söz konusu olduğunda tarafların iddiaları ve savunmaları dışında hareket edemez.

Öte yandan, bir davada ispat yükünü taşıyan taraf, öncelikle ispat konusu olacak vakıalar için iddia etme yükünü taşır. İddia edilmemiş vakıayı yargıç (mahkeme) ilgili tarafa hatırlatmaz, yani hatırlatma yoluyla vakianın ileri sürülmesini sağlayamaz. İleri sürülmemiş vakıayı incelemeye kendiliğinden girişmez ve bunu hükme dayanak yapmaz. (HUMK m.75/1-HMK m.25/1)

Bu esaslar karşısında iş güvenliği prosedürü içinde açılmış bir davada davalının işlemini dayadığı vakılardan sadır olan feshin kanuna aykırılığı mahkemece belirlenince; Mahkeme konuya bildirimsiz fesih esasları ile yaklaşarak İşK.m.25 çerçevesinde inceleyip karara bağlayacaktır. Zira böyle bir davanın hukuki sebebi, davacının dava dilekçesinde bildirmiş olduğu vakıalara dayalıdır. Davalı işverenin feshi dayandığı hukuki sebep, feshi dayanarak yaptığı "haklı sebep"tir. Bunun gerçekleşmediği yahut, varit olmadığı anlaşılınca mahkemenin başka bir değerlendirme yapması olanağı olmamak gerekir³⁰.

Nihayet ayrıntısına girmeden şunu da belirtelim ki, böyle bir davada, mahkemenin bu kanunsuzluğu bir tarafa bırakıp feshin türünü değiştirmesi halinde, iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı da devreye girebilecektir: davalının (işverenin) savunmasını davacının rızası olmaksızın genişletilmesi işini mahkeme üstlenmiş olmaktadır.

6. Çözümün İşçiyi İş Güvencesi Sonuçlarından da Yoksun Bıraktığı

İşverence yapılan feshin haksızlığı açıkça, kuşku götürmez bir şekilde ortaya çıkmışken; olayı (davayı) geçerli bir fesih bildirimini olarak değiştirip hüküm tesis etmek, işçiyi bir kısım kanuni haklarından yoksun bırakmak sonucunu da beraberinde getirmektedir.

Gerçekten işverence yapılmış ve haksızlığı - kanuna aykırılığı sabit olan hukuki işlemi geçerli sebebe dayalı bir fesih bildirimini şeklinde yargı eliyle sonuçla bağlamak; haksız feshi bağlanan iş güvencesi sonuçlarını da ortadan kaldırmakta; işçi çalıştırılmadığı dört aylık ücretini ve diğer haklarının yanında 4 ile 8 aylık ücreti tutarındaki işe başlatmama tazminatını da alamayacak; ayrıca işverenin kendisini işe başlatmak şeklindeki imkânı da yitirmiş olacaktır.

³⁰ "... her davada ispat yükünü taşıyan taraf, öncelikle isbat konusu olacak vakıalar için iddia etme yükünü taşır; iddia edilmemiş vakıayı yargıç ilgili tarafa hatırlatamaz; yani hatırlatma yoluyla vakianın ileri sürülmesini sağlayamaz; ileri sürülmemiş vakıayı incelemeye kendiliğinden girişemez, hükme dayanak edinmez." (HUMK.m.75 f.1 şimdiki HMK.m.25 f.1) (UMAR,B,: Hukuk Mahkemeleri Kanunu Şehri, Ankara 2012, sh.436).

İŞ KANUNU'NDA DÜZENLENEN EŞİT DAVRANMA İLKESİ VE UYGULAMA SORUNLARI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Yard. Doç. Dr. Seçkin Nazlı*

I. İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcunun Hukuki Temeli

Eşit davranma ilkesi, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümüdür. İş hukukunda eşit davranma ilkesine yönelik olarak işverenin eşit işlem yapma borcunun hukuki temeli konusunda farklı görüşler mevcuttur¹. Genel olarak işverenin eşit davranma yükümlülüğünün kaynağına ilişkin kabul gören görüş; hukukun genel ilkelerinden hakkaniyet esasına dayandığıdır². İş hukukunda eşitlik ilkesinin işveren tarafından gözetilmesi ile aynı durumda bulunan kişiler arasında haklı bir neden olmaksızın farklı davranılması engellenerek bu sayede eşitlik ilkesinin işyerinde adaletin gerçekleşmesine katkısının sağlanması hedeflenmektedir. Eşitlik ilkesinin teminine hizmet eden yönüyle hakkaniyet “adaletin özel bir uzantısı”³ olarak kabul edilmekte ve hakkaniyete uygun davranışlar sergileyen işverenin hukuki işlemlerinde gözetmesi gereken temel ilkenin de eşitlik olduğu kabul edilmektedir⁴.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile eşit davranma ilkesi Anayasanın 10. maddesinde⁵ düzenlenen eşitlik ilkesinden başka bir yasal dayanağa sahip olmuştur. Kanunun 5. madde düzenlenmesi;

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Şükran ERTÜRK, İş İlişkinde Temel Haklar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 96-99; Gaye Burcu YILDIZ, Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.60; Ertuğrul YUVALI, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s. 34-39.

² Sarper SÜZEK, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil, Aralık 2008, Yıl 3, Sayı 12, s. 24; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2014, s. 453; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, Beta Yayınevi, Temmuz 2013, s. 193; Öner EYRENCİ & Savaş TAŞKENT & Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 151; YILDIZ, s. 60; YUVALI, s. 34.

³ SÜZEK, Eşit Davranma Borcu, s. 26.

⁴ EYRENCİ & TAŞKENT & ULUCAN, s. 152.

⁵ X. Kanun önünde eşitlik

MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 12/9/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiyse, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiyse farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kilmadıkça, bir işçiyse, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.” hükümlerini içermektedir.

İş Kanunu düzenlemesi üst başlığı eşit davranma ilkesi olarak tespit edilmiştir. Madde düzenlemesi ile işverenlerin çalışanları arasında farklılık yaratmayan ve keyfi nitelik taşımayan bir eşitliğin temini öngörülmüştür. Eşit davranma ilkesinin düzenlenmesi ile eşit davranma yükümlülüğü kapsamında işverenlerin takdir hakkı sınırlandırılmıştır. Düzenleme üst başlığında her ne kadar eşit davranma ilkesi tercih edilmiş olsa da hükmün içeriği itibarı ile üst başlığında belirtildiği gibi eşit davranma ilkesini temine yönelik hükümlerden daha çok, belirli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasaklarına ilişkin olarak düzenlendiği kabul edilmektedir⁶. Madde içeriği esas itibarıyla maddede belirtilen nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağına ilişkindir. İş Kanunu'nun 5. madde 2. fıkra düzenlemesi işverenin esaslı nedenler olmadıkça iş sözleşmesinin türüne dayalı olarak farklı işlem yapamayacağı düzenlenmiş, bu fıkra dışında işverenin esaslı nedenler olmaksızın keyfi işlemler yapamayacağına dair başkaca bir hüküm tesis edilmemiştir. Bu hali ile 4857 sayılı İş Kanu-

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. (*)

⁶ Kübra DOĞAN YENİSEY, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, YILDIZ, s. 63 vd.; YUVALI, s. 45; SÜZEK, İş Hukuku, s. 455; Polat SOYER, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010, s. 53; Gülsevil ALPAGUT, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, 2012, s. 46.

nu'nun 5. madde düzenlemesinin Anayasanın 10. maddesi ile düzenlenen ayrımcılık yasağı ile genel olarak eşit işlem yapma borcunu kapsar biçimde düzenlendiği tespitini yapmak güçtür. Maddenin somut hali işverenin eşit davranma borcunun sınırlarının tespiti bakımından güçlükler arz etmektedir. Sadece madde içerisinde düzenlenenlere sınırlı anlam verilerek ayrımcılık yapma yasağının belirtilenlerden ibaret olduğunu kabul etmek dışında, düzenlemenin genel anlamda işverenlerin eşit davranma borcuna karşılık yaptırımların da hukuki temeli olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu özel olarak değerlendirilmelidir.

DOĞAN YENİSEY, ayrımcılık yasaklarına ilişkin ayrıntılı yasal düzenlemelerin mevcudiyetine rağmen, hukukumuzda işverenin "dar anlamda eşit davranma borcuna"⁷ ilişkin yasal bir düzenlemenin mevcut olmadığını belirtmektedir⁸. YILDIZ, Anayasanın 10. madde düzenlemesinin işverenin eşit davranma borcunun hukuki temeli olarak kabul edilmesi gerektiğini, yapılacak yasal düzenleme ile İş Kanunu 5. maddesinin eşit davranma ilkesinin hukuki temelini açık biçimde teşkil edici şekilde düzenlenmesine kadar işverenin ayrımcılık yasağı dışında kalan eşit işlem yapma borcunun hukuki dayanağının Anayasada yeralan düzenleme olduğunu belirtmektedir⁹. SÜZEK genel hükümlerden bahisle işverenin eşit davranma borcunun varlığının ileri sürülebilecek olduğunu belirtmekle beraber hukukumuzda eşitlik ilkesinin pozitif hukukta karşılığının bulunduğunu belirtmektedir. İş Kanunu 5. maddesinin işverenin ayırım yapma yasağını düzenlediğini, Anayasanın 10. madde düzenlemesinin ise işverenin hem ayırım yapma yasağının, hem de eşit davranma borcunun hukuki temelini teşkil ettiği görüşündedir¹⁰.

Madde gerekçesinde; işverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma borcu altında olduğu, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü bulunduğu vurgulanmıştır. Konunun çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girdiği ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer aldığı tespitlerine madde gerekçesinde yer verilmiştir. Bu sap-

⁷ DOĞAN YENİSEY, işverenin genel anlamda işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğünü dar anlamda eşit davranma borcu olarak nitelendirerek, kavramı ayrımcılık yasaklarından ayırmıştır. İki kavram arasındaki farkı tespiti aşamasında dar anlamda eşit davranma borcunun işverenin yönetim hakkı ile ilişkisini, ayrımcılık yasaklarında ise hakkın temel hak ve özgürlüklerle ilişkisine vurgu yapmaktadır (DOĞAN YENİSEY, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 66); Aynı yönde YILDIZ, s. 64; SÜZEK, *Eşit Davranma*, s. 26; ÇELİK, işverenin eşit davranma borcunun hukuki kaynağını Anayasadaki eşitlik ilkesi (m.10) ile İş Kanunundaki eşit davranma ilkesinin (m. 5) oluşturduğunu belirtmektedir (ÇELİK, s. 193)

⁸ DOĞAN YENİSEY, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 68; Aynı yönde Şükran ERTÜRK & İlke GÜRSEL, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.434.

⁹ YILDIZ, s. 65; ERTÜRK & GÜRSEL, maddenin lafzına sıkı sıkı bağlı kalınması halinde işçinin ayrımcılık tazminatı talep edemeyeceğini belirtmektedir. Ancak adalet ve hakkaniyet gereği işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecek biçimde davranması halinde dahi İş Kanunu 5. maddesi 6. fıkrasında düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatının talep edebileceği görüşündedir (ERTÜRK & GÜRSEL, s. 448-449).

¹⁰ SÜZEK, *Eşit Davranma İlkesi*, s. 26; YUVALI, s. 47; SÜZEK, işverence eşit davranma borcunun ihlal edilmesi halinde işçi dört aya kadar ücreti tutarında uygun tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği görüşündedir. (Süzek, *Eşit Davranma İlkesi*, s. 34).

tamaları takiben madde gerekçesinde işverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulduğunu belirtmektedir. Madde gerekçesi işverenin eşit davranma borcunun hukuki dayanağı olarak Anayasa düzenlemesine vurgu yapmaktadır.

II. İş Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşit İşlem Yapma Borcunun Sınırı

İş hukukunda işverenin eşit işlem yapma borcu; ancak iş ilişkisinin kurulması takiben ortaya çıkan ve temel olarak işverenin aynı veya benzer durumda bulunan işçileri farklı işleme tabi tutma ve ayrımcılık tanıma şeklinde somutlaşacak keyfi uygulamalardan alıkoymayı amaçlayan bir borçtur. Ayrımcılık yasağı daha geniş bir anlama sahiptir. İş ilişkisi kurulmadan önce daha işe alma aşamasından başlamak üzere iş sözleşmesinin sona ermesine kadar her aşamada karşılaşılabilecek bir durumdur. Ayrımcılık yasağının koruması, daha çok işverenin işçinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi kendisinden beklenmeyeceği özelliklerinin korunması anlamına gelecek şekilde genştirir¹¹. İşverenin işçiyi diğer işçilere nazaran kötü bir davranışa muhatap bırakması ihtimalinde ayrımcılık yasağına karşılık hukuki koruma devreye girecektir.

Anayasanın 10. maddesi ile düzenlenen eşitlik ilkesi işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcu olarak varlığı kabul edilen eşit davranma ilkesinin temelini teşkil etmektedir. İş hukukunda ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi ile açık biçimde düzenlenen eşit davranma ilkesi, işverenlerin iş ilişkisinin devamı esnasındaki ayrımcılık içeren davranışları ile eşit davranma borcuna aykırı davranışlarına karşı hukuki koruma sağlamaktadır. İşverenin işçiye karşı iş sözleşmesinden doğan temel borçlarından bir tanesi olarak eşit davranma borcu, işverenin haklı nedenler mevcut olmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, keyfi davranışlardan kaçınması, haksız ayrımda bulunmaması; haklı nedenlerin mevcut olması halindeyse işverenin ayrımda bulunmasını, farklı davranmasını gerektiren bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir¹².

III. Eşit Davranma İlkesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Uygulama Koşulları

Kanun maddesinin kabulü ile iş hukukunda hukuki temele sahip kılınan eşit davranma ilkesinin düzenlenmesinden sonra yargı içtihatları maddenin uygulama koşullarını belirlemiştir. Buna göre Yargıtay ilamlarında "Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir" saptamalarına yer verilmiştir¹³. Gerek öğreti gerek Yüksek Mahkeme içtihatlarında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5.

¹¹ Kübra DOĞAN YENİSEY, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 7, Yıl 2005, s. 976-977.

¹² DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s. 66; ERTÜRK & GÜRSEL, s. 428; Hamdi MOLLAHAMUTOĞLU & Muhittin ASTARLI & Ulaş BAYSAL, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. 722-723; YILDIZ, s. 65-66; YUVALI, s.52.

¹³ Yarg. 9. HD., 01.04.2013, E. 2011/276, K. 2013/10657; Yarg. 9. HD., 29.11.2011, E. 2009/19835, K. 2011/46440; Yarg. 9. HD., 07.07.2009, E. 2009/25544, K. 2009/20096.

maddesine dayalı taleplerin değerlendirilebilmesi için birincil koşul eşit davranma borcunun doğumu için işçilerin aynı işverene bağlı olarak aynı işyerinde çalışıyor olmaları koşulunu sağlamalarıdır¹⁴. Bu koşulun dışında eşitlik ilkesine aykırılık olup olmadığının belirlenebilmesi için yapılacak karşılaştırma işyerinde çalışan en az iki işçiye ihtiyaç duyulmaktadır. Öğreti ve yargı kararlarında ayrıca eşit işlem yapma borcunun ancak işverence işyerindeki işçi topluluğunu ilgilendiren bir uygulama söz konusu olduğunda doğduğu kabul edilmektedir. Bazı Yargıtay içtihatlarında da kabul edildiği üzere işverenin sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, bir veya birkaç işçisine diğerlerinden farklı oranda haklar tanınması ya da ücret zammı uygulaması eşit işlem yapma borcu açısından değerlendirmeye tabi tutulmamaktadır. Böyle bir durumda bazı işçilerin daha iyi duruma getirilmiş olması diğerlerini kötü duruma düşürme anlamına gelmemektedir. Bu durumda işverenin kolektif nitelikte bir işlemi değil bireysel alanda gerçekleşen, bazı işçilerin iş sözleşmelerini etkileyen, sözleşme serbestliği ilkesine uygun bir işleminin bulunduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin her durumda mutlak bir eşit davranma borcunu düzenlemediğini, eşit davranma borcunun tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesi anlamına gelmediğini, işverence işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemeyeceğini de vurgulamaktadır¹⁵. İşverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır¹⁶.

Yargıtay, işçilere verilecek ücretin tespitinde kıdemin belirleyici unsur olarak kullanılmasını engelleyen yasal bir engel bulunmadığından sırf bu sebeple işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği gerekçesine dayanılmasını hatalı bulmuştur¹⁷. Yargıtay'ın bu kararı işverenin işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden aradığı nesnel nedenlerin varlığı koşuluna uygundur. Öğretide işçinin kıdemi, eğitim derecesi gibi objektif özelliklerin yanında çalışkanlığı, liyakati, yeteneği gibi sübjektif özelliklerin dahi farklı işlem yapılmasını, somut olayın özelliğine göre haklı kılablecek bazı unsurlar olarak kabul etmiştir¹⁸. Eşitlik ilkesi, herkese her durumda aynı hakların verilmesi ola-

¹⁴ "İşverenin eşit davranma borcu aynı gruptakiler arasında keyfi veya hukuken haklı görülmeyle nedenlerle farklı işlem yapma yasağından ibaret olup somut olayda işverenin eşit davranma borcuna aykırı bir davranışı söz konusu olmamakla davanın reddi gerekir." Yarg. 9. HD., 25.07.2008, E 2008/27309, K. 2008/22094.

¹⁵ Yarg. 9. HD., 02.12.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939; Yarg. 9. HD., 29.11.2011, E. 2009/19835, K. 2011/46440.

¹⁶ "Ancak 01.10.2005 tarihine kadar aynı birimde çalışan emsalleri ile farklı prim uygulamasının geçerli bir gerekçesi işverence açıklanmış ve ispatlanmış değildir. Dosya içinde yer alan ödeme belgeleri dikkate alındığında davacının emsalleri olan işçilerden 2005 yılı ile sınırlı olmak üzere Ekim ayına kadar aynı unvan ve görevde çalıştığı ve performans notu benzer olan işçilere göre prim farkı hesaplanmalı ve istek doğrultusunda karar verilmelidir." Yarg. 9. HD., 26.06.2012, E. 2010/2626, K. 2012/24435; Yarg. 9. HD., 14.02.2011, E. 2009/4160, K. 2011/2530; Yarg. 9. HD., 07.07.2009, E. 2009/25544, K. 2009/20096; Yarg. 9. HD., 25.07.2008, E 2008/27309, K. 2008/22094.

¹⁷ Bkz. Yarg. 9. HD., 12.05.2011, E. 2010/39684, K. 2011/14489.

¹⁸ DOĞAN YENİSEY, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 67; SÜZEK, *Eşit Davranma*, s. 27; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 456; YILDIZ, s. 66; YUVALI, s. 52; NARMANLIOĞLU, s. 327-328; EYRENCİ & TAŞKENT & ULUCAN, s. 154; Bkz. aynı yönde tespitler içeren Yarg. 9. HD., 02.02.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939 sayılı ilamı.

rak algılandığı takdirde, işveren tarafından herkesi içeren, ancak kötüde eşitleme anlamını taşıyan uygulamaların da hukuka uygun olarak kabul edilmesi kadar varan bir yoruma olanak sağlanmış olacaktır. Bu nedenle eşit işlem yapma borcu da Yüksek Mahkememiz tarafından isabetli bir şekilde mutlak bir borç olarak algılanmamıştır¹⁹. Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi ile koruma altına alınan eşitlik ilkesinin uygulanmasında, eşit davranma borcunun tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesi olarak kabul edilemeyeceğine, ilkenin eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edindiğine vurgu yapmaktadır. Bu anlamı ile ilkenin hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet ettiğini isabetle belirtmiştir²⁰. Aksinin kabulü çalışan haklarının kötüde birleşmesi sonucunu ortaya çıkartabilecektir. Anayasa'nın 10. madde gerekçesinde vurgulandığı üzere eşitlik ilkesinin temelinde insan onuruna saygı bulunduğundan ilkenin hedefinin her zaman iyide eşitlik olduğunun kabulü gerekmektedir²¹. İşverenlerin eşit işlem yapma borcuna aykırılık iddiası sonucunda hukuki yaptırıma uğrama ihtimali nedeniyle başarılı işçisini ödüllendirici nitelikte ek sosyal haklar sunmaktan kaçınması sonucu ortaya çıkabilir. Yargıtay, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kabul edilebilecek kimi işlemlerini ancak kötü niyetli biçimde toplu olarak bir grup çalışmanı kasti olarak haklarından mahrum bırakmak amacıyla gerçekleştirildiği takdirde eşit işlem yapma borcuna aykırı olarak değerlendirmektedir.

Eşit davranma ilkesi aynı görevi gören, aynı statüde bulunan çalışanlar açısından anlam ifade etmektedir²². Eşit davranma yükümlülüğünün emsal görevi gerçekleştirenler arasında aranacağına vurgu yapmaktadır. Farklı görevleri ifa edenler arasında eşit işlem yapma borcuna aykırılığın varlığı ileri sürülemeyecektir. İşverenin bir takım objektif değerlendirmeler sonucu bazı işçilere menfaat (yarar) sağlaması eşit davranmaya aykırılık sayılmayacağı gibi kendilerine ek yararlar sağlanmayan çoğunluğa da bunları talep hakkı vermeyecektir²³. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir²⁴. Yargıtay isabetli bir şekilde eşit davranma ilkesine yönelik olarak sınır-

¹⁹ “Eşit davranma borcu, işverenin, haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, haksız ayırımda bulunmaması, keyfi davranışlardan kaçınması, haklı nedenler varsa ayırımda bulunması, farklı davranması yükümlülüğünü ifade eder. İşverenin, işçileri arasında mutlak bir eşitlik uygulaması zorunda olduğu yönündeki anlayış eşit davranma borcunun anlamı dışında kaldığı gibi bu borca da aykırılık oluşturur.” Yarg. 9. HD., 07.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090; Yarg. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/17455, K. 2011/2295; Yarg. 9. HD., 07.07.2009, E. 2009/25544, K. 2009/20096.

²⁰ Yarg. 9. HD., 07.07.2009, E. 2009/25544, K. 2009/20096; Yarg. 9. HD., 14.02.2011, E. 2009/4160, K. 2011/2530; Yarg. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/17455, K. 2011/2295.

²¹ YILDIZ, s. 66.

²² “Aynı statüde bulunmayan işçi ve yöneticiler arasında eşit davranma yükümlülüğünden söz edilemez. İşverenin eşit davranma borcu aynı gruptakiler arasında keyfi veya hukuken haklı görülmeyle nedenlerle farklı işlem yapma yasağından ibaret olup somut olayda işverenin eşit davranma borcuna aykırı bir davranışı söz konusu olmamakla davanın reddi gerekir” Yarg. 9. HD., 25.07.2008, E. 2008/27309, K. 2008/22094.

²³ Yarg. 9. HD., 25.07.2008, E. 2008/27309, K. 2008/22094.

²⁴ Yarg. 9. HD., 12.02.2008, E. 2007/33247, K. 2008/114.

ları belirlerken işverenin yönetim hakkına yaptığı atfla farklı davranma serbestisinden bahsetmektedir. Yargı içtihatları ile somutlaşan işverenin farklı davranma serbestisi, işçilerin farklı konumlarda olması halinde ortaya çıkmaktadır. Yargıtay işverenin haklı nedenlerin varlığında işçilerini ayırarak farklı davranmasını bir yükümlülük olarak değerlendirmektedir²⁵. Yargıtay'ın tutumunun gerekçesi olarak işyerinde çalışan tüm işçileri kötüde birleşme riskinden korumak istediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme işverenlerin takdir hakkına vurgu yaparak "...Ancak, kanunun kendisine tanıdığı kimi haklara ilişkin işlemlerinde, işletmenin riskini üzerinde taşımasının karşılığı olarak, işverenin takdir hakkına sahip olup, buna göre hareket etmesi eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirilemez." ifadelerine hükmünde yer vermiştir²⁶. Bu durumda Yargıtay'ın işverenin yönetim hakkı çerçevesinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin gereklerine uygun işlemlerinin 4857 sayılı Kanunu'nun 5. maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğine vurgu yaptığı dikkat çekmektedir²⁷. İşverenlerin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçiler arasında sunulan haklarda farklılığa gitmesinin hukuka uygun olduğu içtihatlarla kabul edilmiştir. İşyerinde ücret farklılığı, işverenin yönetim yetkisinden kaynaklanan bir husustur. Her çalışana aynı ücretin verilmesi, statü hukukunun uygulandığı kamu çalışanları için mümkün olabilir, ancak, serbest iradesi ile sözleşme yapan kişilerin aynı ücreti aldığı ileri sürmeleri, serbest piyasa için, hukuken kabul edilebilir bir husus değildir. Ücret değerlendirmesi, tamamen serbest piyasa ve arz-talep dengesi içinde oluşan bir husustur. Bu durumun aksinin ileri sürülmesi, serbest piyasaya yargı müdahalesi anlamını taşıyacaktır. Ücret farklılığını izaha yarar objektif kriterler belirlenebildiği ölçüde çalışanlar arasındaki ücret farklılaşmasının mümkün olduğunun kabulü gerekir. Bu noktada belirleyici olan husus işverenin keyfi davranmamasıdır. Keyfilik tespiti halinde işverenin eşit davranma ilkesini ihlal edici davranışının varlığı ve bu tespite bağlı olarak 4857

²⁵ Yarg. 9. HD., 07.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090.

²⁶ Yarg. 9. HD., 07.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090.

²⁷ "Dosya içeriğine göre davalı işyerinde Toplu İş Sözleşmesi ile çalışan ve bir dönem iş ilişkisi kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek tasfiye edilen davacı işçinin 2001 yılında tekrar işe alındığı daha düşük ücretle işe alınıp çalıştırıldığı, bu ücretine Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Yeni işe alınan işçilerin ücretleri ise davacı ile aynı nitelik ve görevde olmasına rağmen daha yüksek ücret olarak belirlenmiştir. Davacı yeni alınan işçilere daha yüksek ücret verilmesinin eşit işlem borcuna aykırılık olduğunu iddia ederek aradaki fark ücretlerin kendisine ödenmesini talep etmiştir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere işverenin aynı nitelikte olsa bile çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında eşit işlem borcu bulunmamaktadır. Zira eşit işlem borcu iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır ve iş ilişkisi kurulma aşamasında işveren yeni işçi ile ücret konusunda iradi olarak anlaşmak zorundadır. Yapılacak iş aynı nitelikte olsa bile işyerinde çalışan işçilerin ücretlerinden daha yüksek olabilir. Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için ücretini çalışan sendika üyesi emsal işçiye göre daha yüksek kararlaştırması ve ödemesi eşit işlem borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. İşverenin bu işlemde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kalmaktadır. Bu nedenle fark alacaklarının reddi gerekmektedir." Yarg. 9. HD., 07.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090. Yargıtay kararında özellikle talep sahibi ile aynı nitelik ve görevde olmasına rağmen yeni işe alınan işçi açısından işyerinde çalışan işçiden daha fazla ücretle çalıştırılmaya başlanması halinde aynı görevi ifa eden aynı nitelikte çalışanın eşit ücreti talep hakkı bulunmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay gerekçesinde sözleşme serbestisine vurgu yaparak aynı niteliklere sahip aynı görevi ifa eden çalışanlar açısından dahi ücret farklılığına dayanarak talepte bulunulamayacağına hükmetmiştir.

sayılı Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır. İşçinin yoksun bırakıldığı haklar ile birlikte dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı talep edebileceği yasa maddesinde yaptırımlar olarak belirlenmiştir. Öğretide ayrımcılık tazminatı olarak adlandırılan tazminata ilişkin miktarının tespiti esnasında hakimin gözetmesi gerektiği belirtilen hususlar olarak; olayın özelliğine göre işveren tarafından yapılan ayrımcılığın ağırlığı, işçinin işyerindeki iş ve konumu, kıdeminin sayıldığı tespit edilmektedir²⁸. Tazminatın talep edilebilmesi için işverenin ayırım yapmama borcunu ihlal etmesi durumunda müeyyidenin belirlenmiş olması tazminatın talep edilebilmesi bakımından işçinin herhangi bir zararı olmasını gerektirmediği²⁹ gibi işverenin kusuru ile sebebiyet verip vermemesinin de önemi bulunmadığı kabul edilmektedir³⁰. Tarafların anlaşması ile nispi emredici olarak yasa ile belirlenen tazminat miktarları iş sözleşmesi ile veya toplu iş sözleşmesi ile artırılabilir³¹. Madde gerekçesinde tazminata esas ücretin işçinin asıl ücreti olacağı, ücret eklerinin tazminatın hesabına esas ücrete dahil edilmeyeceği özel olarak belirtilmiştir.

IV. Eşit Davranma İlkesine Yönelik Yasal Düzenlemeye Aykırılık Halinde Hakların Dava Yolu İle Korunması, İşçi Taleplerinin Eda Davasına Konu Edilmesi

4857 sayılı İş Kanunu 5. madde düzenlemesi işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranışlarına karşılık hukuki müeyyideyi belirlerken “*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir*” düzenlemesini temel olarak düzenlemiştir. Düzenleme işçinin emsal bir durumla karşı karşıya kalması durumunda dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminatı talep edebileceğine ilişkindir. Ayrıca yoksun bırakıldığı haklar var ise bunlar da davada talep konusu yapılabilecektir. İşverenin aynı statüde çalışan işçileri arasında herhangi bir objektif temel bulunmamasına rağmen ücret farklılığına gitmesi ve yargılama esnasında aynı statüde çalışan işçiler arasında farklı ücretlendirme temelinin objektif unsurları belirterek ortaya koyamaması halinde işçi bakımından kanunun 5. maddesinde düzenlenen koruma hükümleri devreye girebilecektir. İşveren işçinin talebi halinde herhangi bir objektif neden olmadığı halde daha düşük ücret ödediği işçisine eksik ödediği ücrete ilişki farkları yoksun kalınan haklar karşılığı olarak ödeme yükümlüsü kabul edilebilecektir. İşçi tarafından işvereni aleyhine açılacak davada mahkemece eşitlik ilkesine aykırılığın tespitine bağlı olarak işçinin yoksun kaldığı haklarının kendisine ödenmesi hüküm altına alınabilecektir. Emsal bir durumda işçinin işverene karşı taleplerinin eda davasına

²⁸ DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasası, s. 77; SÜZEK, Eşit Davranma İlkesi, s. 34; SÜZEK, İş Hukuku, s. 468.

²⁹ DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasası, s. 77; A. Can TUNCAY, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2007, s. 36; SÜZEK, Eşit Davranma İlkesi, s. 34; ERTÜRK & GÜRSEL, s. 448; Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 330; SÜZEK, İş Hukuku, s. 468.

³⁰ NARMANLIOĞLU, s. 330.

³¹ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 36; SÜZEK, Eşit Davranma İlkesi, s. 34; ERTÜRK & GÜRSEL, s. 448; SÜZEK, İş Hukuku, s. 468.

konu edileceği kabul edilmelidir. Bu dava sonucunda işçinin, işvereni eşit davranma borcuna aykırı davranması bulacağı duruma getirilmesi amaçlanmaktadır. Eda davasının parasal nitelikli haklarda uygulanabileceği, bu kapsamda eşit davranma borcuna aykırılık haline karşılık gelmek üzere yoksun kalınan hakların talep edilebileceği ancak işverenin yönetim hakkına ilişkin konularda ise eda davasının açılmayacağı ileri sürülebileceği gibi eda davası sonucunda işverenin bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya mahkum edilebileceğinden hareketle işverenin yönetim hakkına ilişkin konularda da eda davası açılabileceği görüşleri ileri sürülmektedir³².

Davalar farklı kriterlere göre sınıflandırılabilir. Davaların sınıflandırılmasında en çok kullanılan kriter; mahkemeden talep edilen hukuki korunmaya ilişkin olandır. Davalar, mahkemeden istenen hukuki korunmanın türüne göre; eda davaları, tespit davaları, inşai davalar olarak sınıflandırılmaktadır. Eda davasında, davacı davalının bir işi yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edilmesini talep etmektedir³³. Davalının, davacının istediği edaya mahkum edilebilmesi için, öncelikle dava konusu hakkın veya hukuki ilişkinin tespit edilmesi gerekir. Mahkeme, incelemesinin ardından davacının iddia ettiği hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı kanaatine vardığı takdirde, davalıyı, davacıya belirli bir edada bulunmaya mahkum eder. Eda davasının kabulü halinde verilen hüküm öncelikle davacının dayandığı hakkın veya hukuki ilişkinin var olduğunun tespitini içerir. Ayrıca hüküm davacının istediği edanın yerine getirilmesi konusunda davalıya yöneltilmiş bir emri ihtiva eder. Her eda hükmü, eda emrinden başka mutlak olarak dava konusu hak veya hukuki ilişkinin tespitini de kapsar³⁴. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine dayalı olarak işçi tarafından açılacak ayrımcılığın tespiti ve yoksun bırakıldığı haklar ile birlikte ayrımcılık tazminatına yönelik olarak taleplerine ilişkin görülecek davanın, eda davasına ilişkin belirttiğimiz özellikler dikkate alındığında eda davası olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

³² A. Can TUNCAY, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul, 1982, s.221; ONARAN YÜKSEL, işverenin hukuka aykırı davranışı sonucunda ayrımcı davranışın tespiti ile yetinileceği, iş hukukuna özgü ilkelerin, işverenin iradesi yerine geçerek hüküm tesisine imkan vermeyeceği görüşündedir (Melek ONARAN YÜKSEL, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın - Erkek Eşitliği*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 342- 343; Aynı yönde YILDIZ, s. 322; Aksi yönde ERTÜRK, kadın işçi için uygulanmayan mesleki terfinin İş Kanununun 5. maddesi kapsamında yoksun kalınan haklar içerisinde kabul edilerek talep edilebileceği görüşündedir. Bkz. Şükran ERTÜRK, *Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği*, Ankara, 2008, s. 171) ONARAN YÜKSEL, emsal bir durumda cinsiyeti nedeniyle terfi ettirilmeyerek ayrımcılığa uğrayan kadın işçinin işverenin, eşit davranma ilkesine aykırı davranması nedeniyle zararını talep edebileceği, bu kapsamda terfi yapılması halinde hak kazanacağı ücreti istemesinin düşünülebileceği kanaatindeyiz (ONARAN YÜKSEL, s. 343); YILDIZ, işverenin yönetim hakkını kullanırken işçiler arasında eşit davranma ilkesine uygun davranmaması durumunda işçinin eda davası açarak ayrımcılığın mevcut olmaması durumunda elde edeceği menfaatleri talep edebileceği görüşündedir (YILDIZ, s. 321).

³³ Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, Altıncı Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 s. 1405; Hakan PEKCANİTEZ & Oğuz ATALAY & Muhammet ÖZEKES, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 12. Bası, 2011, s. 299.

³⁴ KURU, s. 1407; PEKCANİTEZ & ATALAY & ÖZEKES, s. 300.

Dava sonucunda verilecek kararların sadece mevcut hukuki durumu tespit etmekle kalmayıp, bunun ötesinde, bu hukuki durumun mahkemece değiştirilmesi veya kaldırılması veya yeni bir hukuki durumun kurulmasına yönelik taleplere ilişkin olması halinde inşai dava söz konusu olmaktadır³⁵. 4857 sayılı Kanunun 5. maddesine dayalı olarak açılan dava sonucunda verilen hüküm bir hukuki münasebetin kurulmasına değil, geçmiş çalışılan dönemde mevcut hukuki ilişkiden doğan yoksun bırakılan haklara yönelik talebe ilişkindir. Bu nedenle ücret ya da ikramiye vb. gibi işverence ödenmeyen işçilik alacaklarına ilişkin tespit ve tahsiline yönelik olarak 4857 sayılı Kanunun 5. maddesinde düzenlemesine dayanılarak açılacak davanın inşai dava olarak kabulü olanaklı gözükmemektedir. Kaldı ki inşai dava bakımından davanın mahkemece kabulü için, davacının inşai hakka sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. İnşai hakkın gerçekten varolması ve hukuki uyumsuzluğun doğrudan bu hakla ilgili olması şarttır³⁶. İşverenin eşit davranma yükümlülüğünün karşısında işçinin işvereninden diğer işçilerle kendisi arasında eşit davranmasına yönelik olarak talepte bulunma hakkının varolduğu kabul edilebilir. Ancak bu hakkın nitelik bakımından yenilik doğuran hak kategorisinden kabulü mümkün değildir. Belirttiğimiz talep hakkının kullanımı, işçinin tek taraflı irade açıklaması ile işvereni arasındaki hukuki ilişkiyi değiştirme veya ortadan kaldırma gibi yenilik doğuran haklara özgü sonuçları doğurmaya yetmeyecektir. Bu nedenle işçinin sahip olduğu talep hakkının inşai hak niteliği bulunmamakta, bu durum 4857 sayılı Kanunun 5. maddesine dayalı olarak açılan davanın inşai dava olma niteliğine sahip olmaması sonucunu ortaya çıkartmaktadır.

V. Eşit Davranma İlkesine İlişkin Dava Yolunun Kullanımı Sonrasında Ortaya Çıkması Muhtemel Hukuki Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler

A. İş Kanunu'nun 5. Madde Düzenlemesi Doğrultusunda Eşit İşe Eşit Ücret Prensibine Aykırılığın Tespitine Bağlı Olarak Fark Alacaklarına Hükmedilmesine İlişkin Kesin Hükümün İşçinin Aylık Ücretinin Miktarının Tespitine Etkisi

İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında işverenin eşit işe eşit ücret prensibine riayet etmediği ve eşit davranma ilkesini ihlal ettiğini tespit ettiren, fark alacaklarını eda davasına konu ettiği talepleri ile hüküm altına aldırılan işçi bakımından değerlendirilmesi gereken önemli bir hukuki mesele işçinin yargılamayı takiben halen aynı işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde aylık ücretinin miktarının tespiti meselesidir. Mahkemece işçinin emsal işçiye nazaran daha düşük ücretle çalıştığını beyan ettiği ve yoksun kaldığı haklar bakımından fark ücret alacaklarını hüküm altına aldırıldığı davada, mahkemenin yargılama esnasında tespit ettiği konulardan bir tanesini, işçinin işyerinde gördüğü iş ve pozisyonuna göre alması gereken ücret oluşturmaktadır. İşçi taleplerinin hukuka uygun görülmesinin bir sonucu, işverenin işçisine çalışma karşılığında ödemekte olduğu aylık ücretinin emsal işçiye göre daha düşük belirlendiğinin tespiti olacaktır. İşçinin işverenine karşı açmış olduğu eda davasının 4857 sayılı Kanunun 5. maddesi kapsamında ortaya çıkarttığı en önemli sonuç davanın kabulü halinde verilen hükümün tespit bölümünün, bundan sonra aynı taraflar arasında aynı hukuki ilişkiye (aynı dava sebebine) dayanıla-

³⁵ Ergun ÖNEN, İnşai Dava, Olgaç Matbaası, 1981, s. 36; KURU, s. 1468; PEKCANİTEZ & ATALAY & ÖZEKES, s. 309.

³⁶ ÖNEN, s. 57.

rak açılacak ikinci davada kesin delil teşkil etmesidir. Mahkemece işveren tarafından eşitlik ilkesine aykırı biçimde, somut örnekte olduğu gibi herhangi bir objektif neden bulunmaksızın farklı ücret takdir edilmesi ihtimalinde, mahkemece farklılığın objektif temelini bulunmadığı ve işçinin alması gereken ücretin emsal işçilere tahakkuk ettirilen yüksek ücret olduğunun tespit edilmiş olması halinde bu durum artık taraflar arasında açılacak aynı hukuki sebebe dayalı davalar bakımından kesin delil teşkil edecektir. KURU, eda davasının kabulü halinde verilen olumlu hükmün tespit bölümün, bundan sonra aynı taraflar arasında aynı hukuki ilişkiye dayanarak açılan ikinci davada kesin delil teşkil edeceğini belirtmektedir³⁷. Davanın açılmasından sonra işçinin eşit davranma ilkesine aykırı işveren davranışını ispat sürecinde emsal gösterdiği işçinin işten ayrılması ihtimalinde dahi artık işverenin aynı işçi tarafından açılacak ikinci bir davada eşit davranma ilkesine aykırı davranışı bulunmadığı, işçi taleplerine dayanak emsal işçi çalışmadığı savunmasını yapamayacaktır. Mahkeme ilamı ile tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları ücrete işçi lehine yargı müdahalesi gerçekleşmiş ve işçinin çalışmasını sürdürmesi halinde işvereninden talep edeceği ücret miktarı belirlenmiş olmaktadır. İşçinin ücretinde dava sonrasında yapılacak değişikliklerin 4857 sayılı Kanununun 22. maddesinde belirlenen usule uyularak gerçekleştirilmesi gerekecektir. Tarafların 4857 sayılı Kanununun 22. maddesi koşullarına uygun biçimde çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde ücrete ilişkin ileriye etkili olarak yapacakları değişiklikler hukuken geçerli kabul edilecektir. Belirttiğimiz sonuca 4857 sayılı Kanunun 5. maddesinin düzenlenme amacından hareketle de varılmalıdır. İşverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışını yaptırma bağlamak dışında düzenlemenin asıl maksadının aykırı davranışı sona erdirmek, işçinin emsal işçi ile eşit muamele görmesinin sağlanmasıdır. 4857 sayılı Kanununun 5. maddesi hükmüne sadece dava konusu dönemle sınırlı anlam vermek, işverenin emsal davranışlarının (işverenin işçisine farklı ve düşük ücret vermek konusunda ısrarı) tekrarı ihtimalinde, işverenin hukuka aykırı davranışının korunması anlamına gelecektir. İşçinin çalışmaya devam etmesi halinde mahkemece tespit edilmiş ücreti işvereninden talep edemeyeceği değerlendirmesini yapmak işçinin korunması ilkesi ile ve hükmün konuluş amacı ile bağdaşmayacak sonuç yaratacaktır. Bu nedenle görülen davada işçinin hakkı olarak tespit edilen ücrete ilişkin tespit hükmünün işçi açısından kazanılmış hak olarak kabulü ile tespit edilen ücret miktarından geriye gidişinin ancak işçinin yazılı onayı ile mümkün olabileceğinin kabulünün gerektiği kanaatindeyiz³⁸.

Eda davasının reddine dair hüküm tesis edilmesi halinde ortada eda hükmü olmayan tespit niteliğinde bir hükmün varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda davacının iddia ettiği hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olmadığı tespit edilmiş olur. Bu tespit hükmünün de kesin hüküm ve kesin delil teşkil edeceği kabul edilmektedir³⁹. Konumuzla ilişkilendirecek olursak 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesine dayalı işçi talebinin reddi halinde talep konusu döneme ilişkin işverenin eşit davranma yükümlülüğüne uygun davranışının tespiti ve emsal döneme ilişkin işçinin aynı hukuki temele dayalı olarak başkaca

³⁷ KURU, s. 1407. Ayrıca bkz. konuya ilişkin s. 1407 ve 1408'de yer alan Yargıtay kararları; PEKCANİTEZ & ATALAY & ÖZEKES, s. 300.

³⁸ YILDIZ, eda davasının lehine sonuçlanmasından sonra işçinin kendisine emsallerine ödenmekte olan daha yüksek ücretin ödenmesini isteyebileceği görüşündedir (YILDIZ, s. 322).

³⁹ KURU, s. 1409.

bir talebinin hukuken korunmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Çalışma ilişkisinin devamı halinde işverenin daha önce dava konusu yapılan çalışılan dönem dışında başkaca bir döneme ilişkin eşit davranma ilkesine aykırı davranışının gerçekleşmesi halinde ise işçinin bu yeni döneme ilişkin ihlale karşı dava hakkı mevcut olacaktır.

Mahkemenin işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışının tespitine bağlı olarak işçinin mahrum bırakıldığı hakları da talep halinde hüküm altına alması gereklidir. Mahkemece işçinin talepleri doğrultusunda hüküm tesis edilmesi halinde işçi yoksun bırakıldığı haklar kapsamında işverenin zamanaşımı itirazı olduğu takdirde eğer çalıştıysa ancak dava tarihinden geriye doğru beş yılı kapsayacak süreye karşılık fark ücretlerini hüküm altına aldirabilecektir. İşverenin işçisinin 4857 sayılı Kanunu'nun 5. maddesine dayalı olarak açmış olduğu ve lehine hüküm altına aldirdığı fark ücret alacaklarına ilişkin davaya rağmen hala işçisine farklı ve düşük ücreti ödemede ısrar etmesi halinde işçi eksik ödemenin devam ettiği her ay için tekrar tekrar ya da toplu olarak aynı hukuki temele dayalı olarak dava açabilecektir. Ancak böyle bir durumda hakime bırakılan işçinin dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir ayrımcılık tazminatı takdir yetkisi, hakim tarafından büyük olasılıkla ilk yargılamayı takip eden yargılamalarda işveren aleyhine en üst sınır olan işçinin dört aylık ücreti tutarı karşılığı olmak üzere belirlenmesi yönünde kullanılarak, işveren açısından ayrımcılık tazminatının en üst sınırdan ödenmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

B. İş Kanununun 5. Madde Düzenlemesi Doğrultusunda Eşit İşe Eşit Ücret Prensibine Aykırılığın Tespitine Bağlı Olarak Fark Alacaklarına Hükmedilmesine İlişkin Kesin Hükümün Sigortalılığın Hükmen Tespiti Davasına Etkisi

Çalışma ilişkisi içerisinde işverenin sigortalı işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet bildirgesi vermesi gerekmektedir. Sigortalı işe giriş bildirgesinin hiç verilmemesi ya da aylık prim ve hizmet bildirgesinin içeriği yanıltıcı olarak düzenlenerek verildiğinde, işverence primleri eksik yatırılan sigortalılara kanun özel bir imkan tanımıştır. 5510 sayılı Kanunun 86. maddesi 9. fıkrası "*Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilmeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararlarında belirtilen aylık kazançları toplamı ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır*" düzenlemesini içermektedir. Hükme dayalı olarak açılacak davaya sigortalılığın hükmen tespiti davası denilmektedir⁴⁰. Davayı açabilecek olan kapsama giren kişiler çalışması sosyal sigorta kapsamında giren kişilerdir. Açılacak dava ile 5510 sayılı Kanun ile kapsama alınmış olan sigortalı çalışmalar saptanabilir. Tespiti talep edilen süre, çalışılan sürele ilişkin olmalıdır. Çalışılmayan süreler için tespit talebinde

⁴⁰ A. Can TUNCAI & Ömer EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, Beta Yayınevi, Kasım 2013, s. 238; Tespit davaları konusunda detaylı bilgi için bkz. Baki KURU & Ali Cem BUDAK, Tespit Davaları, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 243 vd.; PEKCANİTEZ & ATALAY & ÖZEKES, s. 302 vd.

bulunulamaz⁴¹. Ayrıca tespiti istenen sigortalılık süresinin başka işyerlerinde geçtiği tespit edilen sigortalılık süresi ile çakışmaması da gerekir⁴².

Hizmet tespiti davasında sigortalının ücreti ile kaç gün çalıştığının tespiti gereklidir. Ücretin tespiti ile prime esas matrah tespit edilebilmektedir. Hizmet tespiti davalarının usul ekonomisi dikkate alınarak, işçilik alacaklarına ilişkin dava ile birlikte görülmesi de mümkündür⁴³. Ancak hizmet tespiti davasının kamu düzenine ilişkin kabul edilmesinden dolayı hakim delilleri resen araştırma ilkesi gereği resen toplamakla yükümlüdür⁴⁴. Sosyal sigortalara ilişkin işlemlerin kamusal karakteri ihtilaflarda, davaya son veren taraf işlemleri olarak feragat, kabul ve sulh hukuki kurumlarına başvurulamayacağı sonucunu ortaya çıkartmaktadır. Hakim davayı resen sürdürmek, araştırmasını yapmak ve kararını vermekle yükümlüdür. Yargıtay kararlarında yerleşik olarak bu tip davaların özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gereği vurgulanmaktadır.

İşverenin eşitlik ilkesine aykırı davranışının mahkeme ilamı ile somutlaşması, hükümün kesinleşmesi ile işçinin taleplerinin dayanağı yukarıdaki örnekte olduğu gibi emsal işçiler arasında farklı ücret ödenmesi şeklinde gerçekleşmiş ise bu durum işçi açısından başkaca bir hukuki girişime dayanak yapılabilecektir. İşçinin işverenin itirazı olması halinde dava tarihinden zamanaşımı gözetilerek belirlenecek geriye doğru beş yıllık dönemde eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek biçimde çalışmış olduğunun ve bu döneme karşılık yoksun bırakıldığı hakların hüküm altına alınmış olması ihtimalinde işçi açısından başka bir talep hakkının da mevcut olduğu ileri sürülebilir. Em-sal bir durumda işçi işverene karşı hizmet tespiti davası açarak çalıştığı dönemde sigorta primlerinin düşük ücret beyan edilerek eksik ödendiğini beyanla 4857 sayılı Kanununun 5.maddesi kapsamında açmış olduğu davada verilen kararı hukuki gerekçe olarak göstererek yeni bir hukuki girişim başlatabilir. İşçi tarafından işverene karşı açacağı hizmet tespiti davasında daha önce açmış olduğu ve lehine hüküm aldığı 4857 sayılı Kanununun 5. maddesine dayalı olarak açtığı davanın etkisi, eda davasının kabulü halinde verilen olumlu hükmün tespit bölümünün (özellikle işçinin alması gerektiği ücrete ilişkin tespit kısmının) bundan sonra aynı taraflar arasında aynı hukuki ilişkiye dayanarak açılan ikinci davada kesin delil teşkil edecektir. İşçi açacağı hizmet tespiti davası ile işverenin yanında çalıştığı dönemde işvereni tarafından SGK'ya bildirilen prime esas aylık kazançlarının düşük bildirildiği ve primlerinin eksik ödendiğini ileri sürecektir. Daha önce işçi tarafından 4857 sayılı Kanununun 5. maddesine dayalı olarak açılan dava sonucunda işçinin alması gereken ücret miktarı olarak talebi doğrultusunda hüküm tesis edilmiş olması ihtimalinde, işçinin işvereninden alması gerektiği, prime esas aylık ücretinin de tespit edilmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu durum da işçi tarafından açılacak hizmet tespit davasında (ek-

⁴¹ İş Kanunu 34. Maddesi hükmü gereği kendisine tanınan yasal hakkı kullanan ve çalışmaktan kaçınan işçi bu döneme ilişkin hizmet tespiti talebinde bulunamaz (Ali Nazım SÖZER, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 426) İstisnai olarak fiili çalışma olmamasına karşın, sonradan yapılan ücret ödemeleri için prim ödeme borcunun varlığı işe iade sonrası işçiye ödenen dört aylık boşa geçen süreye ilişkin ücrete ilişkin olarak kabul edilmektedir. (SÖZER, s. 426).

⁴² Ali GÜZEL & Ali Rıza OKUR & Nurşen CANIKLIOĞLU, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 13. Bası, İstanbul, 2010, s.330; TUNCAY & EKMEKÇİ, s. 239.

⁴³ Bkz. YHGK, 15.10.2003 T., 21-571 E., 575 K. sayılı ilamı; Her iki davanın birlikte açılmayacağına ilişkin Yarg. 21. HD., 14.02.2012 T., 2011/10205 E., 2012/1579 K.

⁴⁴ GÜZEL & OKUR & CANIKLIOĞLU, s. 330; TUNCAY & EKMEKÇİ, s. 244; SÖZER, s. 429.

sik ödenen primlerin tamamlattırılması talepli) mevcut hüküm hizmet tespiti davasında görevli mahkeme tarafından kesin delil niteliğinde kabul edilerek dikkate alınmalıdır.

Davanın sonucunda hakim, prim ödeme gün sayısı ve ücret konularında karar verecektir. Karar davada zorunlu dava arkadaşı olarak kabul edilen SGK tarafından uygulanmak zorundadır. SGK ilama dayalı olarak, mahkemenin tespitine hükmettiği hizmet süresi ve ücrete göre sadece prim alacağını değil gecikme cezası ve gecikme zammı tahsil edecek ayrıca idari para cezası da uygulayabilecektir.

C. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaanın Tespitine Bağlı Olarak Alt İşveren İşçisinin Başlangıçtan İtibaren Asıl İşveren İşçisi Olarak Kabulünün Eşit Davranma İlkesine Aykırılık Yaratması Hali

İş hukukuna özgü kurumlar içerisinde en çok tartışılardan bir tanesini asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisi oluşturmaktadır. Özellikle uygulamada asıl işverenlik alt işverenlik kurumunun kötüye kullanım örneklerine sıklıkla rastlanılması, 4857 sayılı Kanunu'nun 2. maddesi ile düzenleme konusu yapılan hukuki kurumun oldukça detaylı, sıkı koşullara tabi biçimde düzenlenmesine yol açmıştır. İş Kanunu'nun ilgili maddesinde önceki kanun düzenlemesinden farklı olarak hukuki kurumun muvazaalı olarak kurulmasına ilişkin hükümlerde yer almaktadır. İş Kanunu'nun 2. maddesi 7. fıkrasında "Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." düzenlemesini içermektedir. Başta da belirttiğimiz üzere asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisinin muvazaalı olarak kurulmasına ilişkin yoğun olarak karşılaşılan kötü uygulama örnekleri emsal bir düzenlemenin kabulünde etkili olmuştur. Madde gerekçesinde de özellikle bu hususa vurgu yapılmıştır. Asıl işveren alt işveren ilişkisine işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan doğan haklarına sınır getirmek ya da tamamen ortadan kaldırmak maksadıyla başvuruluyor olması nedeniyle sıklıkla karşılaşılan muvazaalı alt işverenlik ilişkisini önleyici nitelikte hükümlere kanunda açıkça yer verme gereği doğduğuna gerekçede vurgu yapılmaktadır. Mahkemece asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisinin muvazaalı olarak tespitine bağlı olarak kanun maddesi ile düzenlenen önemli hukuki sonuç alt işveren işçisinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmesidir.

Asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitine bağlı olarak alt işveren işçinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olarak sayılması ile birlikte alt işveren işçisinin emsal işi yapan asıl işveren işçisinden daha düşük ücret alması ya da bazı sosyal hakların sağlanmaması halinde talebi doğrultusunda alt işveren işçisine geriye dönük olarak yoksun bırakıldığı hakları ödenecektir. Ancak Yargıtay emsal bir durumda işverenin işçisinin dört aya kadar ücreti tutarında öğretide ayrımcılık tazminatı olarak adlandırılan

tazminatı ödemeyeceğini hüküm altına almıştır⁴⁵. Kararı değerlendiren ALPAGUT, isabetli biçimde olayda unsurların gerçekleşmediği ve işverenin subjektif davranışının bulunmadığı ifadeleri ile kastedilenin ne olduğu hususunda açıklık bulunmadığını belirterek Yargıtay'ın İş Kanununun 5. madde 6. fıkrasının sadece ayrımcılık yasaklarında uygulama alanı bulacağından hareket etmiş olabileceğine vurgu yapmaktadır⁴⁶. İş Kanunu 5. madde düzenlemesinin esas itibarıyla ayrımcılık yasağına ilişkin olarak düzenlenmesine bağlı olarak 6. fıkrasındaki yasağı aykırılık haline ilişkin düzenlenen ve medeni ceza niteliği taşıdığı kabul edilen tazminat hükmünün genel anlamda eşit davranma ilkesinde uygulama alanı bulmayacağı belirtilmiştir⁴⁷. Bu görüşe karşı öğretide eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil eden işveren davranışlarının tespiti halinde işçinin 4857 sayılı Kanununun 5. maddesi kapsamında yoksun bırakıldığı haklar ile birlikte maddede düzenlenen dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminatı da talep edebileceği görüşü savunulmaktadır⁴⁸.

KAYNAKÇA

ALPAGUT, Gülsevil: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, 2012.

BAYSAL, Ulaş: "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 25, Yıl 2010.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, Beta Yayınevi, Temmuz 2013.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 7, Yıl 2005.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4.

ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

⁴⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2010/21080 Esas 2010/15389 Karar 01.06.2010 tarihli ilanı.

⁴⁶ ALPAGUT, Değerlendirme, s. 46.

⁴⁷ SOYER, Değerlendirme 2008, s. 53; ALPAGUT, Değerlendirme, s. 47; Ayrımcılık yasağını düzenleyen İş Kanununun 5. maddesinin genel anlamda eşit davranma borcunun ihlalinde uygulanmayacağı ancak işçinin eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle yoksun bırakıldığı hakları haklarını talep edebileceği kabul edilmektedir SÜZEK, İş Hukuku, s. 471; Yasadaki boşluğun doldurularak ayrımcılık tazminatının sadece İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen ayırım yasağına ilişkin ihlallerde değil işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal ettiği durumlarda da uygulanması gerektiği görüşü için bkz. YILDIZ, s. 329; Ulaş BAYSAL, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 25, Yıl 2010, s.76.

⁴⁸ Ali GÜZEL, "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010, s. 92; Fevzi ŞAHLANAN, "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010, s. 95, A. Can TUNCAY, "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010, s. 98.

ERTÜRK, Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara, 2008.

ERTÜRK, Şükran & GÜRSEL, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan I, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

EYRENCİ, Öner & TAŞKENT, Savaş & ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

GÜZEL, Ali & OKUR, Ali Rıza & CANIKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2010.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, Altıncı Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.

KURU, Baki & BUDAK, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2010.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi & ASTARLI, Muhittin & BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

ONARAN YÜKSEL, Melek: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

ÖNEN, Ergun: İnşai Dava, Olgaç Matbaası, 1981.

PEKCANITEZ, Hakan & ATALAY, Oğuz & ÖZEKES, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, 12. Bası, 2011.

SOYER, Polat: “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010.

SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

SÜZEK, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil, Aralık 2008, Yıl 3, Sayı 12.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2014.

TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982.

TUNCAY, A. Can: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2007.

TUNCAY, A. Can & EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, Beta Yayınevi, Kasım 2013.

YILDIZ, Gaye Burcu: Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.

YUVALI, Ertuğrul: İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.

İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA İŞÇİ LEHİNE İSPAT KOLAYLIĞI

Doç. Dr. Zeki Okur*

GİRİŞ

İş uyuşmazlıklarının mahkeme önüne taşınmasına bağlı olarak, iş uyuşmazlığının çözümüne ilişkin yargılama sürecinde ispat yükü ve ispat ölçüsü sorunu ortaya çıkar. İş uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda somut olayın (hukuki uyuşmazlık konusunun) kim tarafından ispat edileceği (ispat yükü kuralları) maddi hukuk kuralları tarafından tespit edilmektedir. İspat yüküne ilişkin genel kuralın uygulanması sebebiyle iş uyuşmazlıklarında işçinin haklı olmasına rağmen, ispat güçlükleri nedeniyle iddiasını ispatlayamaması; dolayısıyla bir takım hak kayıplarına uğraması söz konusu olabilmektedir. Bu nedenler kanun koyucuyu ispatı kolaylaştıran özel düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir.

Yasal düzenlemenin bulunmadığı durumlarda; yargı organları da, özellikle iş ilişkisinde işçinin kişilik hakları ile temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında delil gösterme yükünün yer değiştirmesi veya ispat ölçüsünün azaltılması gibi ispatı kolaylaştıran araçlardan yararlanma yoluna gitmektedirler. Hiç şüphesiz tüm uyuşmazlıklarda olduğu gibi iş uyuşmazlıklarında da ispatı kolaylaştıran araçlardan yararlanma somut olaya göre zorunlu olabilmektedir. Bu kapsamda da Türk İş Hukukunda iş uyuşmazlıklarında ispat güçlüklerinin aşılabilmesine yönelik çeşitli yasal düzenlemelerin yapıldığı ve Yargıtay uygulamaları olduğu görülmektedir.

“İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı” adını taşıyan bu çalışmada, iş uyuşmazlıklarında ispat yükü işçide olduğu halde işçiye ispat kolaylığı sağlayan yasal düzenlemeler ile Yargıtay uygulamaları incelenecektir.

I. İSPAT KAVRAMI, İSPAT HAKKI, İSPAT ÇEŞİTLERİ VE İSPAT HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KURAL

Sözlük anlamıyla ispat; tanıt¹ ve kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama, tanıtılma, tanıtı şeklinde tanımlanmaktadır². Medeni Usul Hukuku doktrininde ise, ispat; bir yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen talebin dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarının somut ola-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD Öğretim Üyesi

¹ 1. “Tanıtmaya yarayan belge veya herhangi bir şey, beyine, hüccet”; 2. “Öne sürülen bir şeyin doğruluğunu göstermede izlenen düşünce süreci”

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.56a755b2c06be3.68007642

² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5696914c309698.79058458.

rak, iddia edildiği gibi gerçekleştiği konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyeti olarak tanımlanmaktadır³.

İspat hakkı, Anayasa md.36 da düzenlenen Hak Arama Hürriyeti kapsamında bir temel hak olarak garanti altına alınmıştır. Anayasa madde 36/I düzenlemesinde; *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* ifadesine yer verilmiştir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda ispat hakkı ve yüküne ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md.15 *“Bu Kanunda sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanır.”* düzenlemesine yer vermiştir. Bu çerçevede iş uyuşmazlıklarında ispat hakkı ve ispat yükü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki düzenlemelere göre belirlenecektir (HMK m.447).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ispat hakkı başlıklı 189. maddesine göre, *“Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir (f.1). Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz (f.2). Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz (f.3). Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir (f.4).”*

İspat faaliyetinin içeriği bakımından ispat, doğrudan ve dolaylı ispat olarak ikiye ayrılmaktadır⁴. Doğrudan ispat faaliyetinde ispat, doğrudan iddia olunan vakıaya ilişkin –onun varlığını gösterici- deliller aracılığıyla yapılmaktadır. Dolaylı ispat faaliyetinde ise, iddia edilen vakıayı doğrudan yansıtan ve kendisinden vakıanın oluşu hakkında doğrudan kanaat edinilebilecek delillerle değil; emare teşkil eden diğer komşu vakıaların varlığına dayanarak bir sonuca varılmaya çalışılmaktadır. Dolaylı ispat, genel anlamda emare ispatı olarak da adlandırılmaktadır⁵.

İspat yükü, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen usuli bir yüküdür⁶.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ispat yükü başlıklı 190. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *“İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (f.1). Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir (f.2).”*

Yine aynı Kanun’un karşı ispat başlıklı 192. maddesine göre; diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz.

İspat yükü, maddi hukuk temelli bir usul hukuku müessesesidir. Bu nedenle iş uyuşmazlıklarında ispat yükünün belirlenebilmesi için, öncelikle

³ Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.5; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s.643.

⁴ Atalay, s.7-8; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.683; Albayrak, Hakan: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013, s.27 vd.

⁵ Emare ispatı hakkında ayrıntı için bkz. Albayrak, s.27 vd.

⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.667.

ilgili maddi hukuk (borçlar hukuku, iş hukuku vs.) kuralındaki ispat yüküne ilişkin düzenlemenin doğru bir şekilde tespit edilmiş olması gerekir. Daha sonra, her bir uyuşmazlık bakımından lehine hak çıkaran kişinin ispatla yükümlü olması ilkesi gereği ispat yükünün kimin üzerinde olduğu belirlenir. Ancak; özellikle maddi hukuk kuralları tarafından özel ispat yükünün belirlendiği haller söz konusu olduğunda, ispat yükü de genel kuralın aksine o kurala göre belirlenir.

İspat ölçüsü; tarafça iddia edilen bir vakıanın, ne zaman ispatlanmış kabul edilip hâkim tarafından bu vakiaya dayanılarak karar verilebileceğini; yani hâkimin dayanılan vakiayı ispatlamış kabul edebilmesi için gereken kanaatin derecesini ifade eder⁷. İspat ölçüsü her durumda aynı şekilde aranmamakta; bazı durumlarda tam ispat olarak aranırken bazı durumlar bakımından yaklaşık ispat (yani tam olmasa da gerçeğe yakın derecede kanaat) yeterli görülmektedir⁸.

II. İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA İŞÇİYE İSPAT KOLAYLIĞI SAĞLANMASI SORUNU

İş uyuşmazlıklarında da, ispat yükü ile ilgili genel kural geçerli olup, işçi açtığı davalarda kural olarak iddiasını ispatla yükümlü olur⁹. İş hukukuna hâkim olan temel ilkeler¹⁰ olan “*İşçiyi Koruma İlkesi*” ve “*İşçi Lehine Yorum İlkesi*” İş Hukuku alanında geçerli olup, benzeri ilkeler Medeni Usul Hukukunda bulunmamaktadır. Medeni Usul Hukukunda işçinin açtığı davada ispat yükü konusunda korunacağına ve/veya işçiye ispat kolaylığı sağlanacağına ilişkin temel bir ilke bulunmamaktadır. Medeni Usul Hukukunda geçerli temel ilke “*tarafaların eşitliği*” ilkesidir¹¹. Ancak iş ilişkisi içerisinde özellikle işçinin temel hak ve özgürlüklerin korunması ile ilgili hususlarda, işçinin bazı vakıaları ispatının güç olmasına bağlı olarak bazı yasal düzenlemelerde ve Yargıtay uygulamalarında iş uyuşmazlıklarında işçinin getireceği ispatın ölçüsü düşürülerek işçi lehine ispat kolaylığı sağlandığı görülmektedir.

İşçi lehine ispat kolaylığı sağlanması istisnai nitelikte olup, işçiye ispat kolaylığının sağlanması ancak açık yasal bir düzenleme bulunmasına veya işçinin kişilik haklarının korunmasının önem arz ettiği durumlarda söz konusu olabilir. İstisnai haller dışında, iş uyuşmazlıklarında işçiye ispat kolaylığı sağlanamaz; aksi yönde bir uygulama Medeni Usul Hukukunda hâkim olan ilkelere “*Adil Yargılanma Hakkı*” ve “*Hukuki Dinlenilme Hakkı*” ilkelere aykırılık teşkil edecektir. Türk İş Hukuku mevzuatında; iş ilişkisinde işçinin temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik olarak bazı yasal düzenlemeler ve yasal düzenlemelerin olmadığı belli hallerde Yargıtay uygulamaları ile işçi lehine ispat kolaylığı sağlandığı; başka bir anlatımla işçinin getireceği ispat yükü ölçüsünün düşürüldüğü görülmektedir. Aşağıda işçiye ispat kolaylığı getiren-ispata

⁷ Atalay, s.37; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.677.

⁸ Yaklaşık ispat hakkında ayrıntı için bkz. Albayrak, s.29 vd.

⁹ İş Uyuşmazlıklarında ispat yükü hakkında bkz. Çil, Şahin: “6100 Sayılı HMK’ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller”, İÜHFİM, Yıl: 2014, C.LXXII, s.87 vd.

¹⁰ Bkz. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, yenilenmiş 28. Bası, İstanbul 2015, s.21 vd.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2015, s.16 vd.

¹¹ Bkz. Pekcanitez/Atay/Özekes, s.383 vd.

yükü ölçüsünü düşüren yasal düzenleme ve Yargıtay uygulamaları incelenecektir.

III. İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA İŞÇİ LEHİNE İSPAT KOLAYLIĞININ SAĞLANDIĞI DURUMLAR

Aşağıda Türk İş Mevzuatında iş uyuşmazlıklarında işçi lehine ispat kolaylığı sağlayan yasal düzenleme ve Yargıtay uygulamaları incelenecektir.

1. Ayrımcılık Yasağı

4857 sayılı İş Kanunu md.5 “Eşit Davranma İlkesi” başlığını taşımakta olup;

Madde 5 – (Ek: 6/2/2014-6518/57 md.) “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

Madde başlığı, her ne kadar eşit davranma ilkesi başlığını taşımaktaysa da, madde düzenlemesinde iş ilişkisinin kurulmasında, devamında ve sona ermesinde ayrımcılık yasağı düzenlemektedir¹².

Anılan madde düzenlemesini ispat hukuku bakımından değerlendirirsek; işverenin 4857 sayılı Kanununun 5. madde hükümlerine aykırı davrandığı iddiasını, yani işverenin iş ilişkisinin kurulmasında, iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde kendisine ayrımcılık yapıldığı iddiasına ilişkin ispat yükü bunu iddia eden işçiye aittir (4857 sayılı İş Kanunu md.5/son). İspat yükü bakımından, söz konusu maddenin 7. fıkrasındaki düzenleme, ispat yüküne ilişkin genel kurala uygundur. Zira ispat yükü konusundaki genel kurala göre, ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hu-

¹² İş Hukukunda Ayrımcılık yasağı hakkında bkz. Yenisey, Kübra Doğan: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, sh.63 vd.

kuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir (HMK m.190). Ancak işçinin yerine getireceği ispatın ölçüsü konusunda yasal düzenleme, işçiye ispat kolaylığı getirmektedir.

Söz konusu yasal düzenlemede “Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.” ifadesine yer verilerek işçiye emare ispatı ile iddiasını ispatlama olanağı tanınmıştır¹³.

Söz konusu yasal düzenlemede, işçiye ispat kolaylığı getirilmiştir. Bu nedenle, işçi, ayrımcılık yapıldığını tam ispat etmek zorunda olmayıp; işçinin dolaylı ispat ile kendisine ayrımcılık yapıldığını güçlü bir biçimde gösteren durumu ortaya koyması yeterli olacaktır. İşçi, kendisine ayrımcılık yapıldığını güçlü bir biçimde gösteren durumu ortaya koymakla, 6100 HMK md.190/1 uyarınca ispat yükünü yerine getirmiş olacaktır. İşçinin ayrımcılık iddiasının ispatını, güçlü bir biçimde gösteren durumu ne şekilde ortaya koyacağı, iddia edilen ayrımcılık çeşidi ve niteliğine göre farklılık arz edecektir. Ancak burada özellikle ayrımcılığa uğradığını iddia eden işçinin aynı işyerinde kendisi ile kıyaslanabilecek bir işçiye göre görünüşte haklı bir neden olmaksızın farklı işleme tabi tutulduğu iddiası, ilk bakışta işçiye ayrımcılık yapıldığı kanaatini oluşturacaktır.

Uygulamada Yargıtay kendisine ayrımcılık iddiasında bulunan işçinin iddiasının ispatında yasal düzenleme ile ispat kolaylığının getirildiğini kabul etmekle birlikte, ispatın güçlü bir biçimde yapılmasını aramakta ve işçinin somut verilerle desteklenmeyen ayrımcılık iddialarını kabul etmemektedir¹⁴.

Davacı işçinin, asıl ispat faaliyetini yerine getirmesinden sonra, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını savunma olarak ileri sürdüğünde bunu ispat etmek durumundadır. İşçinin asıl ispat faaliyetini yerine getirmesinden

¹³ Söz konusu düzenlemenin Avrupa Birliği'nin 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin ve 2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktiflerine paralel olarak düzenlendiği hakkında bkz. Aydınöz, Gonca: “Avrupa Birliği Direktifleri ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, Çalışma ve Toplum Dergisi 2009, s.163 vd.; öte yandan yasal düzenlemede ispat yüküne ilişkin olarak öngörülen ispatın tam ispat olduğu, ancak ispat yükü ölçüsünün düşürülerek ilk görünüş ispatının yeterli görüldüğü hakkında bkz. Albayrak, Hakan/Yuvalı, Ertuğrul: “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı.34, 2012, s.90 vd. Söz konusu düzenlemeye rağmen ispatın zor olacağı hakkında bkz. Kandemir,Murat/Yardımcı, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, DÜHFD, Cilt:19, Sayı: 30-31, s.34.

¹⁴ Yargıtay 9. HD., 15.01.2015 T, Esas No. 2013/7613 Karar No. 2015/741, “Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Somut olay yönünden, eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Gerek davacı tanığının beyanına göre, gerekse başka delil ile davalı işyerinde hamile kalan işçinin iş sözleşmesinin sırf bu nedenle feshedildiği ve ayrımcılık yapıldığı davacı tarafça ispatlanmadığından şartları oluşmayan talebin reddi gerekirken kabulü hatalıdır” (Karar için bkz. Çalışma ve Toplum, 2015/3, s.349 vd.)

sonra, ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olmaz¹⁵. Zira ispat yükünün yer değiştirmesi maddi hukuk kurallarının değiştirilmesi anlamına gelir ki, böyle bir düşüncenin kabul edilemeyeceği tartışmasızdır¹⁶. İşveren, şayet karşı ispatta bulunmak istiyorsa, işçinin iddiasının gerçek olmadığını iddia ediyorsa, bu iddiayı sarsacak çürütecek vakıaları ileri sürmeli ve bunları ispat etmelidir. Bu durumda davalı işverenin gerçekleştirmesi gereken ispat faaliyeti, karşı ispattır¹⁷.

Örneğin, kendisine eşit davranılmadığı ve kendisiyle aynı işi yapan erkek işçilerden düşük ücret aldığı iddiasıyla dava açan kadın işçinin bu iddiasına karşı; davalı işveren, davacı kadın işçiden daha fazla ücret alan diğer erkek işçilerin farklı nitelikleri mevcut olduğunu iddia ve ispat ederek karşı ispat faaliyetini yerine getirebilir. Davalı işveren bu suretle hâkimde davacı kadının asıl ispat faaliyetiyle uyandırdığı kanaati çürütmüş olur.

2. İşçinin Bireysel Sendika Özgürlüğünün İşverene Karşı Korunması

Türk İş mevzuatında işçinin bireysel sendika özgürlüğünün işverene karşı korunmasına ilişkin temel düzenleme 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu md.25'te düzenlenmektedir. Madde düzenlemesi şu şekildedir:

“Sendika özgürlüğünün güvencesi”

MADDE 25 – “(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyetlerde bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin (...) yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...), 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.

¹⁵ Burada ispat yükünün yer değiştirmesinin söz konusu olduğu hakkında bkz. Süzek, s.497.

¹⁶ Atalay, s.134 vd.

¹⁷ Karşı ispat hakkında bkz. Pekcanitez/Atay/Özekeş, s.682.

(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.

(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.

(9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır.”

Söz konusu yasal düzenleme ispat hukuku bakımından değerlendirildiğinde; işçinin ispat yükü bakımından işçiye sendikal nedenle ayırım yapılması ile işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi iddiaları arasında ayırım yapmak gerekecektir¹⁸.

A. Sendikal Nedenle Ayırım Yasağı

6356 sayılı Kanunu md.25/VII “Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.”

Söz konusu düzenlemede, ispat yüküne ilişkin genel kurala uygun olarak; iş ilişkisinin kurulmasında ve devamında işveren tarafından sendikal nedenlerle ayrımcılığa tabi tutulduğunu iddia eden işçi, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olacaktır¹⁹. Ancak yasal düzenlemede işçinin ispat yükü bakımından işçinin getireceği ispatın ölçüsü düşürülerek, işçinin tam ispatı aranmamakta, işçinin işveren tarafından kendisine sendikal nedenlerle ayrımcılık yapıldığını güçlü bir biçimde ispat etmesi durumunda, işçinin iddiasını ispat etmiş olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, işçinin işverenin kendisine sendikal ayrımcılık yaptığını ispat etmesi durumunda, işveren aksini iddia ediyorsa, karşı ispat

¹⁸ Düzenlemenin gerekçesine göre, “Sendikal nedenin ispat edilebilmesi bakımından fesih ile diğer ayrımcılık halleri arasında fark gözetilerek yeniden düzenlenmiştir. Fesih halinde sendikal nedenin ispat yükümlülüğü işverene getirilmiştir. Ancak bu durumda işverene feshin sendikal nedene dayanmadığını değil, fesih işleminin nedenini ispat yükümlülüğü getirilmiştir. Fesih işleminin nedeninin işveren tarafından ispat edilmesi yeterli görülerek bunun bir “geçerli neden” ya da “haklı neden” olması koşulu aranmamıştır. Fesih nedeninin işverenin gösterdiği nedene dayanmayıp sendikal nedene dayandığının iddia edilmesi halinde ispat yükü yer değiştirmiştir. Fesih dışındaki sendikal nedene dayanan ayrımcılık hallerinde ispat yükümlülüğü bunu iddia eden işçiye aittir. Ancak işçinin sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğu hallerde bu yükümlülük yer değiştirerek işverene yüklenmiştir. Bu durumda işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacaktır.”, (TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı 197, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları (1/567)).

¹⁹ İş almada sendikal nedenle ayırımın ispat gücü ve bu yöndeki taleplerin mahkemelerdeki iş yükünü artırma olasılığı açısından işe alım sırasındaki ayrımcılıkları sendikal tazminata bağlayan düzenlemeye eleştirel yaklaşım için bkz. Ulucan Devrim/Nazlı, Seçkin: “Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, s. 1680-1681.

faaliyetine girişerek işçi ile ilgili yapılan işlem ve eylemin sendikal nedene dayanmadığını ispat etmek zorunda kalacaktır. Kendisine sendikal nedenle ayrımda bulunduğu iddia eden işçi, aynı işyerinde çalışan ve kendisi ile kıyaslanabilecek bir işçiye göre kendisine farklı işlemde bulunduğu iddiası, ilk görünüşte işçiye sendikal nedenle ayrımcılık yapıldığı kanaatini oluşturacaktır.

Nitekim uygulamada Yargıtay, sendikal ayırım iddiasında, işverenin sendikal işçiler ile sendikasız işçiler arasında ayırım yapıp yapmadığı, her iki işçi grubunun karşılaştırılması ile saptanacağına karar vermiştir²⁰.

B. İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshedildiği İddiası

6356 sayılı Kanunu md.25/VI “İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.”

İş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshinde, işçinin bireysel sendika özgürlüğünün işverene karşı korunması bakımından; iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğinin iddia edilmesi durumunda, Kanun, iş sözleşmesinin hangi nedenle feshedildiğini ispat yükümlülüğünü işverene yüklemiştir. İşveren, işçinin iş sözleşmesini neden feshettiğini ispat etmekle yükümlü olup, yasanın madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, iş sözleşmesi feshinin sendikal nedene dayanmadığını ispat etmek zorunda değildir. Yasal düzenlemede dikkat çeken nokta; işverenin, işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmaması ayırımı yapmaksızın iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasında işveren sadece fesih nedenini ispat etmekle yükümlü kılınmıştır²¹. Bu durumda işveren; iş güvencesi hükümleri kapsamında olan işçiler bakımından iş sözleşmesi feshinin geçerli veya haklı bir nedene dayandığını; iş güvencesi hükümleri kapsamında dışındaki işçiler bakımından ise; kural olarak bir nedene dayanmak zorunda olmasa da, yasal düzenleme gereği, iş sözleşmesi feshinin makul ve meşru bir nedene dayandığını ispatlamakla yükümlü olacaktır²². İşveren iş sözleşmesini hangi nedenle feshettiğini ispat ettikten sonra; işçi, iş sözleşmesi feshinin sendikal nedene dayandığını iddia ediyorsa, bu durumda işçi iddiasını ispatla yükümlü olacaktır²³.

İşçi sendikal nedenle fesih iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak yasal düzenlemede işçiye iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğine ilişkin ispatta 4857 sayılı İş Kanunu md.5/Son ve iş ilişkisinde sendikal ayırımın ispatta 6356 sayılı Kanunu md.25/VII deki düzenlemeye paralel şekilde bir

²⁰ Yargıtay bir kararında “işverenin, sendikal işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında ücret bakımından ayırım yapamayacağına dair hüküm iş akdinin feshi ile sınırlanmış değildir. Bu nedenle işverenin sendikal ve sendikasız işçilerin ücretleri arasında ayırım yapıp yapmadığının incelenmesi gerekir.” öngörerek, isabetli bir karar vermiştir, bkz. Y.9.HD., 8.11.1983, E.6484, K.15794, Çimento İşv. D., Ocak 1994, s.27.

²¹ Süzek, s.672; yeni yasal düzenlemenin işverenin iş sözleşmesinin fesih nedenini sendikal nedene dayalı olmadığını ispat etmesini öngören 2821 sayılı Sendikalar Kanunu md.31 düzenlemesinin gerisinde olduğu hakkında bkz. Öztürk Mehmet Onat: “İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum 2013/3, s.235.

²² Süzek, s.672.

²³ Süzek, s.672; Yargıtay bazı kararlarında işverenin iş sözleşmesini fesih nedenini ispat ettikten sonra, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinden söz edilmeyeceğine yönelik kararlar vermiştir bkz. Y.9.HD, 22.06.2009, 34144/17161, www.kazancı.com.tr.

ispat kolaylığı öngörülmemiştir. Ancak kanaatimizce, işçinin burada genel ayrımcılık yasağı ve sendikal ayırım yasaklarında işçiye getirilen ispat kolaylığına paralel şekilde işçinin ispat kolaylığından yararlanması gerekecek ve işçinin, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini gösteren güçlü emareler ortaya koyması ihtimalinde, işçinin işverenin iş sözleşmesini sendikal nedenle feshettiğini ispat etmiş olduğunun kabul edilmesi gerekecektir²⁴. Yargıtay uygulamada, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin ispatında titiz davranarak, sadece tanık beyanlarına dayalı sendikal fesih iddialarını kabul etmemekte, sendikal nedenle fesih iddiasının başka delillerle de desteklenmesini aramaktadır²⁵. Ancak Yargıtay içtihatlarıyla, işçinin belirli objektif olayları ve olaylar arasındaki kronolojik ilişkiyi ispatlaması koşuluyla sendikal fesih karinesi geliştirilerek; kanaatimizce işçinin ispat yükünü kolaylaştırmaktadır²⁶.

Yargıtay'ın sendikal nedenlerle iş sözleşmesi feshini gösteren olgular olarak²⁷;

- işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı,
- hangi tarihlerde üye oldukları,
- üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı,
- işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı,
- aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği,
- işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı,
- 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 belirlenmiştir.

3. Psikolojik Taciz-Mobbing

Mobbing kavramının etimolojik anlamına ve tarihsel gelişimine bakıldığında; aynı ortamda bulunan veya aynı organizasyona bağlı olan bir veya birden fazla kimsenin, bir kişiye, belli bir amaçla, sistematik bir şekilde, yılgınlık, korku, tedirginlik, endişe, bunalım, bıkkınlık, sıkıntı veya kaygı oluşturacak söz, tutum veya davranışlarla psikolojik ve duygusal baskı kurarak onu belli şekilde davranmaya ya da davranmamaya, ortak alandan uzaklaştırmaya, güçsüzleştirmeye, değersizleştirmeye, aşağılamaya, küçük düşürmeye veya pasifize

²⁴ Süzek, s.673; Akyığıt, Ercan: "Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi", Çalışma ve Toplum, 2013., S.37, s.84; Öztürk, s. 236;); işçiye 4857 sayılı İş Kanunu md.5/son parantezinde ispat kolaylığı sağlanmamasının isabetsizliği, ancak bu düzenlemenin Yargıtay'ın sendikal fesih karinesine etki etmeyeceği hakkında bkz. Özkaraca, Ercüment:"6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler", Çalışma ve Toplum, 2013/3, s.210.

²⁵ Y.9.HD, 05.10.2004, E.13246, K.21982, YKD, Ağustos 2005,ü s.1226.

²⁶ Bkz. Bayram, Fuat: "Sendikal Fesih Karinesi, Legal İşHSGHD, 2006/12, s.1226 vd.; Y. 9. HD, 25.03.2014 T, Esas No. 2013/15133 Karar No. 2014/10156, Çalışma ve Toplum, 2014/3 s.399.

²⁷ Bkz. Bayram, s.1226 vd.; Y. 9. HD, 25.03.2014 T, Esas No. 2013/15133 Karar No. 2014/10156, Çalışma ve Toplum, 2014/3 s.399.

etmeye yönelik çabalarına mobbing denilir²⁸. İş ilişkisinde, işçilere uygulanan psikolojik baskının sebebi her olaya göre çeşitlilik gösterse de çoğu kez asıl amacın işçinin çalışma hayatını çekilmez hale getirerek işten ayrılmaya zorlanması olduğu görülmektedir²⁹.

İş ilişkisinde psikolojik tacize uğrayan bir işçi, psikolojik taciz iddiasını ispatla yükümlüdür; çünkü psikolojik taciz ile ilgili yasal düzenlemelerde ispat hususunda özel bir düzenleme bulunmadığından; genel kural geçerlidir (HMK md. 190/f.1). Dolayısıyla, işçi psikolojik tacize maruz kaldığı yönündeki iddiasını ispatlamalıdır ve burada aranan ispat tam ispattır, çünkü Türk İş Hukukunda iş ilişkisinde psikolojik tacizi düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.417/I fıkrasında, iş ilişkisinde psikolojik taciz iddiasının ispatında işçi lehine getirilen bir ispat kolaylığı söz konusu değildir.

Ancak, iş ortamında meydana gelen psikolojik tacizin ispatı, özellikle tacizin açık olmayan alanlarda ve sözlü eylemler ile gerçekleştiğinden, çoğunlukla oldukça zordur. Öte yandan işyerinde bir başka işçiye psikolojik taciz yapıldığına tanık olanlar bulunsa bile; söz konusu tanıklar işlerini kaybetme korkusu ile tanıklık yapmaktan çekinmekte ve de psikolojik tacize uğrayan işçi tanıklık yapacak ve gerçekleri anlatacak kişileri bulmakta oldukça zorlanmaktadır³⁰. Bu nedenle kanaatimizce, yukarıda da belirttiğimiz üzere, özellikle iş ilişkisinde işçinin kişilik haklarının ihlalinde, işçiye kişilik haklarının ihlaline ilişkin iddiada ispat kolaylığı getirilmesi gerekmektedir.

Nitekim uygulamada Yargıtay konuya ilişkin kararlarında; iş ilişkisinde işçinin psikolojik tacize uğradığı iddiasında işçiye ispat kolaylığı getirerek işçinin anlattığı psikolojik taciz teşkil eden olayların tutarlılık teşkil edip, kuvvetli bir emarenin bulunmasını³¹ tacizin ispatı için gerekli ve yeterli bulmaktadır³². Yargıtay bir kararında, *“Hukuk yargılamasında ve özellikle de mobbinge dayanan iddialarda yüzde yüzlük bir ispatın aranmadığı, şüpheden uzak delil aranmanın ceza yargılamasına ait olduğu, özel hukuk ve iş hukuku yargılamasında vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar bir ispatın yeterli olduğu, taraflarca ileri sürülen delillerin sıhhat ve kuvvetinde tereddüt edilmesi halinde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması gerektiği, mobbing gibi diğer dava türlerine göre ispatı nispeten daha zor olan bir konuda kesin ve mutlak bir ispatın aranmayacağı, bu konuda işçi lehine ispat kolaylığı göstermenin hakkaniyet ve adalete daha uygun olacağı”* kanaat ve sonucuna varmıştır³³. Yargıtay bir kararında da; *“İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlılık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir. Kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya*

²⁸ Yargıtay 22. HD, 22.05.2014 T, Esas No. 2013/11788 Karar No. 2014/14008; Yargıtay Kararları – Çalışma ve Toplum, 2015/3, s.438 vd. Ayrıntı için bkz. Savaş Kutsal, F. Burcu: “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, <http://www.toprakisveren.org.tr/2015-105-burcusavas.pdf>.

²⁹ Yargıtay HGK. 25.09.2013 T, E. 2012/9-1925, K.2013/1407; Karar için bkz. Çalışma ve Toplum 2014/2, Sayı.9,s.208 vd.

³⁰ Savaş, s. 107, 123; Ergin, Hediye: “Oldukça eski, fakat yeni ifade edilen bir olgu: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, s. 260.

³¹ İşçi tarafından “yeterli ve inandırıcı delillerle” ispatlanmasını aramaktadır. Yargıtay 22. HD., T. 26.6.2014, E. 2014/15971 ve K. 2014/19538 sayılı kararı, www.kazanci.com

³² Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014, E. 2014/2157 ve K. 2014/3434 sayılı kararı, www.kazanci.com

³³ Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014, E. 2014/2157 ve K. 2014/3434 sayılı kararı, www.kazanci.com

uğraması mobbingin varlığının tartışmasız kabulünü doğurur. Öte yandan ispat kurallarının zorlanan sınırları usul hukukunda yeni arayışlara yol açmıştır. Emare işte bu anlayışın bir sonucudur. Olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alındığında verilecek sonuçla ispat gerçekleşir. Başka bir anlatımla bu ilk görünüş ispatıdır.” şeklinde hüküm kurarak³⁴, iş ilişkisinde psikolojik tacize uğradığı iddiasında, işçinin tam ispat değil de ispat ölçüsünü işçi lehine düşürerek ilk görünüş ispatını yeterli kabul etmektedir³⁵.

4. Cinsel Taciz

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi cinsel tacizin önlenmesi konusunda 2002/73 sayılı Direktifte cinsel tacizi insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı utanıdırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış olarak tanımlamıştır³⁶.

4857 sayılı Kanun’da işyerinde cinsel tacizin önlenmesi ve tacize uğrayan işçinin korunması amacıyla yönelik olarak özel düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Nitekim İş Kanunu’nun 24. maddesinin II. bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması, işçi bakımından haklı fesih nedeni oluşturacaktır. Ayrıca, Kanuna göre; işveren, başka bir işçiye cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (m.25/II, c). Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “İşçinin kişiliğinin korunması-Genel olarak” başlıklı madde 417/1 düzenlemesi uyarınca “İşveren, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”.

Söz konusu düzenlemelerde; iş ilişkisinde cinsel taciz iddiasında bulunan işçiye, cinsel tacizin varlığının ispatlanması konusunda bir ispat kolaylığı düzenlemesine yer verilmemiştir. Ancak işçinin kişiliğinin korunması bakımından, ispatı zor olan cinsel taciz iddiasında işçiye ispat yükü konusunda 4857 sayılı İş Kanunu md.5/son paralelinde ispat kolaylığının sağlanması gerekmektedir³⁷.

Uygulamada Yargıtay kararları ile cinsel tacizin ispatlanması sorunun çözümü noktasında işin en zor yanı olduğu, cinsel taciz olayının çoğu zaman

³⁴ Yargıtay 9. HD., T. 1.4.2011, E. 2009/8046 ve K. 2011/9717 sayılı kararı, www.kazanci.com; Yargıtay 9. HD., T. 12.2.2013, E. 2010/38293 ve K. 2013/5390 sayılı kararı, İşveren Dergisi, Özel Eki, Mart-Nisan 2014, s. 18-22; Yargıtay 9. HD., T. 14.3.2008, E. 2008/3122 ve K. 2008/4922 sayılı kararı, ÇİL, s. 477-478.

³⁵ Yargıtay, iş ilişkisinde psikolojik tacizin varlığının ispatı için, birbirini doğrulayan ve tamamlayan tanık beyanları, doktor/sağlık raporları, bilirkişi raporu, kamera kayıtları, işten ayrılma belgesi, e-mailler gibi dosya içeriğinde yer alan tüm delilleri göz önünde bulundurmak suretiyle psikolojik taciz olgusunun ispat edilip edilmediğini değerlendirmektedir; Yargıtay 22. HD., T. 27.12.2013, E. 2013/693 ve K. 2013/30811 sayılı kararı; Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014, E. 2014/2157 ve K. 2014/3434 sayılı kararı; Yargıtay 9. HD., T. 1.4.2011, E. 2009/8046 ve K. 2011/9717 sayılı kararı, www.kazanci.com.

³⁶ Bkz. Özdemir, Erdem: “İşyerinde Cinsel Taciz”, Çalışma ve Toplum 2006/4, s.83 vd.

³⁷ Özdemir, s.93.

fail ve mağdur arasında yaşanan bir eylem niteliğinde olduğu, bu nedenle sadece mağdur tarafından yaşanan bir olayın inandırıcı biçimde ortaya konulmasının büyük bir güçlük arz ettiği vurgulanmıştır³⁸. Ayrıca Yargıtay'ın bir başka içtihadında, "...sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibarıyla görgü tanıkların ile ispatı mümkün olmayan olaylardır." biçiminde ifade edilmiştir³⁹.

Yargıtay, cinsel tacize ilişkin olarak verdiği kararlarda, cinsel tacizin varlığının ispatı bakımından genel yaşam tecrübelerini de olaya kattığı ve bu anlamda fiili karineler tesis ederek çözüm aradığı görülmektedir⁴⁰. Yargıtay'a göre; işçinin cinsel tacize ait olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması, yaşamın olağan akışına aykırıdır⁴¹.

Öte yandan Yargıtay bir başka kararında; işçinin cinsel tacize uğradığına ilişkin iddialarının ispatında tanık anlatımlarına da önem vermekte, işçinin cinsel tacize uğradığına ilişkin işçinin işverene verdiği şikâyet dilekçesinde iddia ettiği olayların tanık anlatımları ile desteklenmesinde cinsel tacizin varlığının ispatı için yeterli görmekte, cinsel tacizin varlığının kabul edilmesi için işçinin cinsel taciz ile ilgili ceza hukuku anlamında bir şikâyeti zorunlu görmemektedir⁴².

DEĞERLENDİRME

İş uyuşmazlıklarında ispat hukukuna ilişkin genel kurallar geçerli olup, işçi iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak ispat yüküne ilişkin genel kuralın istisnasız uygulanması, iş uyuşmazlıklarında işçinin maddi hakka sahip olmakla birlikte, ispat güçlükleri nedeniyle iddiasını ispatlayamamaya bağlı hak kayıplarına uğramasına yol açabilir. İşte iş uyuşmazlıklarında ispat güçlüğü bulunan olayların ispatında yaşanan bu tarz güçlükler, kanun koyucuyu ispatı kolaylaştıran özel düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Yargı organları da, yasal düzenlemenin bulunmadığı durumlarda, delil gösterme yükünün yer değiştirmesi veya ilk görünüş ispatı gibi ispatı kolaylaştıran araçlardan yarar-

³⁸ Yarg. 9.HD, 04.11.2010, E.2008/37500, K.2010/31544, www.calismatoplum.org/sayi30/abc/11-34.doc.

³⁹ Yarg.9HD, 19.2.1998. E.1997/21644 - K.1998/2236, Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi Ankara 2005, 765. Yargıtay bu ifadeye yeni tarihli bir kararında tekrar atıf da yapmıştır: Yarg. 9.HD, 4.1.2010, E.2008/37500, K.2010/31544, www.kazanci.com

⁴⁰ Yüksek Mahkemenin kararına konu olan bir olayda, işyerinde ustabaşı olarak çalışan davacı işçinin iş sözleşmesi aynı işyerinde üç bayan işçiye sarkıntılıktaki bulunulduğu gerekçesi ile işverence feshedilmiştir. Yüksek Mahkeme, feshin haksız olduğu iddiası ile kıdem ve ihbar tazminatlarını hüküm altına alan yerel mahkeme kararını, bayan işçilerin olayı yer belirtmek suretiyle ayrıntılı olarak anlattıkları, kendilerine sarkıntılık yapıldığı şeklinde iftira bulunmalarının hayatın olağan akışına uygun olmadığı ve sarkıntılık eyleminin gerçekleştiği gerekçesi ile bozmuştur, Y.9HD, 10.4.2001 E.2001/412, K.2001/5944, Akyiğit, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, Ankara 2003, s.661.

⁴¹ Yarg. 9.HD, 04.11.2010, E.2008/37500, K.2010/31544, www.calismatoplum.org/sayi30/abc/11-34.doc.

Yarg. 9.HD, 08.3.2005, E.2004/13286, K.2005/7706, Yarg. 9.HD, 28.1.2010, E.2008/14529, K.2010/1463, www.kazanci.com

⁴² Yarg. 9. HD, 11.02.2012 T, E.2010/5209, K.2012/12363, www.calismatoplum.org/sayi35/abc/11-19.doc

lanma yoluna gitmektedirler. Hiç şüphesiz iş uyuşmazlıklarında da ispatı kolaylaştıran araçlardan yararlanma somut olaya göre zorunlu olabilmektedir. Bu kapsamda da Türk İş Hukukunda iş uyuşmazlıklarında ispat güçlüklerinin aşılabilmesine yönelik çeşitli yasal düzenlemelerin yapıldığı ve Yargıtay uygulamaları olduğu görülmektedir.

İş uyuşmazlıklarında işçi lehine ispat kolaylığı sağlayan temel düzenlemeler ile Yargıtay ilke kararlarının daha çok işçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin konularda olduğu tespit edilmiştir. Bu bakımdan özellikle iş ilişkisinde işçinin kişilik haklarının ihlalin iddialarında, işçinin kişilik haklarının korunması bakımından işçiye ispat kolaylığı sağlanması gerekmektedir. İş ilişkisinde işçinin temel hak ve özgürlüklerin –kişilik haklarının- korunmasında işçiden tam ispat beklenmemesi, işçinin emare ispatıyla olayın veya ihlalin olduğunu güçlü bir biçimde ispat etmesi durumunda, işçinin ispat yükünü yerine getirdiği kabul edilmelidir. Uygulamada Yargıtay'ın, özellikle işçinin kişilik hakları ihlallerinde, işçi lehine ispat ölçüsünü düşürerek ispat kolaylığı sağladığı görülmektedir. Yargıtay'ın bu uygulaması İş Hukukuna hâkim olan “*İşçiyi Koruma Temel İlkesi*”ne uygun düşmektedir. Öte yandan iş ilişkisinde; işçinin temel hak ve özgürlüklerinin –kişilik haklarının korunmasında işçiden tam ispat beklenmemesi ve işçinin emare ispatıyla olayın veya ihlalin olduğunu güçlü bir biçimde ispat etmesinin yeterli olarak kabul edilmesinin, işverenin karşı ispat faaliyetinde bulunma hakkı göz önünde bulundurulduğunda, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akyiğit, Ercan: “Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, 2013., S.37, s.84.

Akyiğit, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, Ankara 2003.

Albayrak, Hakan: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013.

Albayrak, Hakan/Yuvalı, Ertuğrul: “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 9, Sayı.34, 2012, s.90 vd.

Aydınöz, Gonca: “Avrupa Birliği Direktifleri ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, Çalışma ve Toplum Dergisi 2009, s.163 vd.

Bayram, Fuat: “Sendikal Fesih Karinesi, Legal İşHSGHD, 2006/12, s.1226 vd.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, yenilenmiş 28. Bası, İstanbul 2015.

Çil, Şahin: “6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller”, İÜHFİM, Yıl: 2014, C.LXXII, s.87 vd.

Ergin, Hediye: “Oldukça eski, fakat yeni ifade edilen bir olgu: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 260.

Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi Ankara 2005.

Kandemir, Murat/Yardımcı, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, DÜHFD, Yıl 2014, Cilt:19, Sayı: 30-31, s.1-44.

Özdemir, Erdem: “İşyerinde Cinsel Taciz”, Çalışma ve Toplum 2006/4, s.83 vd Özkaraca, Ercüment:”6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s.210.

Öztürk Mehmet Onat: “İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum 2013/3, s.235).

Savaş Kutsal, F. Burcu: “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, <http://www.toprakisveren.org.tr/2015-105-burcusavas.pdf>.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2015.

Ulucan Devrim/Nazlı, Seçkin: “Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, s. 1680-1681.

Yenisey, Kübra Doğan: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, sh.63 vd.

Çevrimiçi:http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5696914c309698.79058458. (E.T: 26.01.2016)

BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK

Araş. Gör. Olgu Özdemir*

*Prof. Dr. Fevzi Şahlanan
hocama en derin saygılarımla,*

GİRİŞ

Bireysel iş uyuşmazlıkları, günümüzde iş yargısının önemli bir boyutunu oluşturan konuları içine alır. İşçi ve işveren arasında özellikle güveni esas alan bir ilişkinin taraflarından birinin diğerine göre açıkça daha güçsüz konumda bulunduğu düşünüldüğünde, hukuki mekanizmaların koruyucu ibresinin işçiye döndüğü, ancak bu ibrenin bazı noktalarda keskinliği vesilesiyle istihdamda beklenen etkiyi yaratmadığı gözlemlenmektedir. Doktrinde ve uygulamada işe iade sisteminin yoğun eleştirilere maruz kaldığı ve etkinliğini yitirdiğine yönelik değerlendirmeler uyarınca, iş ilişkisinin sürekliliğini korumak için koyulan kurallar, uzlaştırıcı olmaktan çok çatışmaya itici bir etki yaratmaktadır. Oysaki işçinin geçersiz veya haksız fesih nedeniyle işe iade edilmesi sürecinde esas olan, aradaki ilişkinin güçlendirilmesi, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın giderilmesi olmalıdır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, iş uyuşmazlıklarının neler olduğu ve hangi temel ayrımlar kapsamında değerlendirildiği incelenmiş, ardından ikinci bölümde Osmanlı Devleti'nden günümüzde yürürlükte olan kanunlara kadar İş Kanunları çerçevesince uyuşmazlık çözümlerinin nasıl düzenlendiğine yer verilmiştir. Son olarak üçüncü bölümde bireysel iş uyuşmazlıklarına ilişkin iş yargısı da dahil olmak üzere öngörülen çözüm yöntemleri olan özel hakem ve arabuluculuk sistemleri incelenmiştir. Özellikle iş uyuşmazlıklarının arabuluculuk sistemine uygun olup olmadığına ilişkin tartışmalar doğrultusunda, bu tartışmaya katkı sağlayabilmek ve işçi-işveren uyuşmazlıklarının barışçıl yollarla çözümü açısından kullanılabilir arabuluculuk yöntemlerinin uygunluğu değerlendirilmeye çalışılmıştır.

I. İŞ UYUŞMAZLIĞI KAVRAMI

“İş uyuşmazlığı” kavramı, geniş anlamda işçi ve işverenler arasındaki iş ilişkisinden doğan anlaşmazlıkların bütününe ifade eder. Doktrinde iş uyuşmazlıklarını nitelendirmek amacıyla iki temel ayrım yapılmaktadır. Bunlardan ilki hak uyuşmazlığı – menfaat uyuşmazlığı ayrımıdır.

Bu ayrıma göre, işçi ile işverenin arasındaki taleplerin çatışması söz konusu olduğunda, taraflardan birinin menfaati zedelenirken diğerinin çıkarına sonuç doğuyor ise, burada bir menfaat uyuşmazlığı söz konusudur. Bu tür

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

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

uyuşmazlıkta haklı – haksız ayrımı yoktur, ancak kimin konumu daha güçlü ise talebi kabul edilen çoğunlukla o olacaktır. Örnekleme gerekirse, yapılan işe göre piyasa ücretinden daha yüksek ücret ödenmesi işçilerin menfaattir, buna karşılık işçi ücretlerini rayicin üstüne çıkarma halinde masrafı artan işveren, olabildiğince ücretleri düşük tutmak isteyecektir. Bu halde de işverenin menfaati söz konusu olur. İşte bu menfaatlerin çatışması halinde de ortaya bir menfaat uyuşmazlığı çıkar. Menfaat uyuşmazlıklarının çözülmesinde amaç, tarafların çıkarlarının makul bir şekilde dengelenmesi çabasıdır¹.

Ancak, uyuşmazlık, taraflardan birine tanınan bir hakkın kullanılmasından doğuyorsa, artık bir hak uyuşmazlığından bahsedilecektir. Bir hak uyuşmazlığı söz konusu olduğunda, o uyuşmazlığın çözüm yolu aradaki sözleşmede veya mevzuatta bulunur².

İkinci ayırım ise toplu iş uyuşmazlığı – bireysel iş uyuşmazlığı ayırımıdır. Bu ayırma çalışmamızın konusu bakımından detaylı olarak değinmek gerekir.

A. TOPLU İŞ UYUŞMAZLIĞI

İşçilerin kolektif haklarının, toplu iş sözleşmesi sürecinde yaşanan bir uyuşmazlığın söz konusu olması durumunda ortaya bir toplu iş uyuşmazlığı çıkar³. Toplu iş uyuşmazlıklarında, hem hak hem de menfaat uyuşmazlığı ortaya çıkabilir⁴.

Toplu iş uyuşmazlıkları, nitelikleri gereği birden çok işçiyi ilgilendiren ve işverenin gücünün karşısında işçilerin bir araya gelerek karşısında durabildikleri, kolektif hareket edilen bir süreçtir. Bu sebeple tarih boyunca işçilerin toplu iş uyuşmazlıkları karşısında omuz omuza hareket ederek, iş bırakarak veya işyerine giriş çıkışları engelleyerek işvereni taleplerine ikna etme çabaları olmuştur. Bu hareketler, günümüz toplumlarında toplu eylemler olarak görülebilmekte, örgütlenme özgürlüğü kapsamında işçi hareketleri, devlete karşı konmaya çalışılmaktadır. Yine de bu eylemlerin hukuka uygunluk sınırları ise hem uluslararası sözleşmeler hem de iç hukuk düzenlemeleriyle belirlenmektedir.

B. BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIĞI

Bireysel iş uyuşmazlığı, işçi ile işveren arasında, bireysel olarak çıkan ve iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlık türüdür⁵. Toplu iş uyuşmazlıklarından farklı olarak bireysel iş uyuşmazlıklarında, birey olarak işçinin kendisi ile işveren arasında bir anlaşmazlık söz konusudur. Bu uyuşmazlık, bir hizmet sözleşmesinden kaynaklanıyor olabileceği gibi, bir toplu iş sözleşmesi veya işyeri

¹ Kenan Tunçomağ,/Tankut Centel,; İş Hukukunun Esasları, 7. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 410.

² M. Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C:1, İ.Ü. İşletme Fakültesi İşletme İktisadi Enstitüsü, 3. Bs., İstanbul 1984, s.97; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 761.

³ Tunçomağ,/Centel,; a.g.e., s. 411.

⁴ Zeynep Şişli; Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, C.2, 2012, s. 48. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteiler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/02.pdf> (Çevrimiçi) (Erişim tarihi: 10.12.2015)

⁵ Tunçomağ/Centel, a.g.e., s. 410; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s. 762.

yönetmeliği yahut işyeri şartı haline gelmiş uygulamalardan da doğabilir⁶. Çoğunlukla bireysel iş uyuşmazlıklarında bir hak uyuşmazlığı söz konusu olur. İşveren, işçinin kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya işyeri yönetmeliğiyle tanınan bir hakkı gereği gibi kullanmasını doğrudan veya dolaylı olarak sağlamıyorsa, bu durumda işçinin o hakkı talep etmesi söz konusu olacak ve bundan kaynaklanan bir anlaşmazlık meydana gelecektir. Ayrıca işçinin hareketi de bir hak uyuşmazlığına da yol açabilir. Örneğin, yaptığı işe oranla çok düşük ücretle çalıştırılan, ancak işten ayrılırsa da başka iş bulamayacağından korktuğu için iş şartlarını değiştiremeyen işçi, esasen çalışmasının karşılığında hak ettiği ücreti alamadığı için işverenle bir hak uyuşmazlığı içerisindedir. Ancak aynı işçi, bunu bir hak uyuşmazlığına döndürmeden, kötü ifa gerçekleştiriyorsa, iş görme borcunu kötü ifa ediyorsa bu durumda işverenin de kanundan doğan iş görme borcunu olması gerektiği gibi ifasını talep hakkı doğar. Burada da işverenin zarar gördüğü bir hak uyuşmazlığı söz konusu olacaktır⁷.

II. TÜRK HUKUKUNDA İŞ UYUŞMAZLIKLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI

A. OSMANLI DEVLETİ'NDE İŞ UYUŞMAZLIKLARI

Osmanlı Devleti'nde işçi-işveren ilişkilerinin gelişimi, Avrupa'ya göre çok geç başlamıştır. 19.yy başlarına dek işçi toplulukları dağınık bir biçimde yer almaktaydı⁸. Aynı yüzyılın ortalarına dek işçi sınıfının oluşumu ve örgütlenmesi mümkün olmamıştır⁹. Bunun sebebi, toprak işleme sistemine dayalı bir çalışma sisteminin olması ve ticari faaliyetin uzun süre esnaf çalışmasından öteye geçmemesidir. Sanayileşme ilk fabrikaların kurulmasıyla 1800'lü yıllarda başlamıştır¹⁰. Bu dönemin öncesinde, iş uyuşmazlıklarında önem arz eden kurumlar loncalar olmuştur. Loncalar, esnaf örgütleri olarak faaliyet gösteren meslek birlikleridir. Loncaların, daha önceki dönemlerde dini temellerle faaliyet gösteren dergah ve zaviyelere tercih edilmesinin sebebi özellikle müslüman olmayan esnafların da yer alabileceği bir kurum ihtiyacı olmuştur¹¹. Loncalarda mesleği icra eden ustalar, kalfalar ve çırakların yer almaları zorunlu tutulmuştur¹². Belirtmek gerekir ki, bu dönemde bir çalışma hürriyeti mevcut değildi. Esnaf, yalnızca belirli eşyaları yapıp satabilir ve herkes her istediği alanda faaliyet gösteremezdi. Bu nedenle çıkan uyuşmazlıklarda esnaflar, kadılığa giderek, yapmak veya satmak kendilerine hasredilen malların başkası tarafından yapılması ve satılması hususundaki şikayetlerini iletmişlerdir¹³.

Ustalardan oluşan lonca kurullarında yapılan toplantılarda, iş uyuşmazlıkları kadıya gidilmeksizin barışçıl yöntemlerle çözülmekteydi¹⁴. Ancak loncalar, sendikalar gibi işçilerin haklarını savunma ve işverene karşı işçiyi koruma işlevinde olmadıklarından, toplu iş uyuşmazlıkları değil, bireysel iş uyuşmazlık-

⁶ Mehmet Kocaoglu, Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu, TÜHİS Yayınları, Ankara 1999, s.5.

⁷ Oğuzman, a.g.e., s.100.

⁸ Fatih Gümüş; Türk İş Hukukunda İş Uyuşmazlıkları ve Uzlaştırma, Ankara 1972, s.13-14.

⁹ Gümüş, a.g.e., s. 12.

¹⁰ Gümüş, a.g.e., s. 14.

¹¹ Samet Ağaoğlu/Selahattin Hüdaioğlu; İş Hukuku Tarihi, Merkez Basımevi, C.1, s.66.

¹² Gümüş, a.g.e., s. 10.

¹³ Ağaoğlu/Hüdaioğlu, a.g.e., s. 74.

¹⁴ Gümüş, a.g.e., s. 11.

larında bir alternatif çözüm aracı olarak faaliyet gösterebilmişlerdir. Oldukça katı kuralların işlediği lonca yönetim kurullarında, özellikle çırak ve kalfa çalıştıran ustaların karşısında işçi olarak hak aramak çok da mümkün olmamıştır.

Küçük esnafın, sanayileşme sürecine yenik düşmesiyle beraber kurdukları loncalar da 19. Yy sonlarında etkinliklerini yitirmişlerdir¹⁵.

Osmanlı kaynaklarından derlenen fermanlara göre, o yıllarda devletin birçok yerinde yer alan madenlerde çıkan iş uyuşmazlıklarının çözülmesi ile ilgili maden emine yetki verilmiştir¹⁶. Bu fermanlar uyarınca kadıya başvurmak için uzak yerlere gidilmesi halinde sorunlara adaletli çözümler sağlanamayacağından, maden emini vasıtasıyla madenin bulunduğu yerde ihtilafların çözülmesi öngörülmüştür¹⁷.

Sanayileşme ile birlikte kurulan fabrikalarda iş şartları oldukça ağır idi. İş koşullarının işçi ve işveren arasında tartışılıp konuşulması mümkün değildi. Bununla birlikte, işgücü fazlası ortaya çıktığından, işçiler her koşulda çalışmaya mecburdu ve iş sağlığı güvenliği önlemleri alınmaksızın yapılan çalışmaların sonunda hastalık halinde işçi işini dahi kaybedebiliyordu¹⁸. Bu dönemlerde işçilerin, işverenler ile aralarında çıkan iş uyuşmazlıkları halinde, herhangi bir düzenleme olmadığından, işçiler doğrudan işsiz ve aç kalma tehdidi altındadırlar¹⁹. Sömürüye çok açık olan bu sistem nedeniyle, işverenler iş ilişkisinde tek söz sahibi olarak görünmektedirler.

Tanzimat Fermanının ardından 1869-1876 tarihleri arasında hazırlanarak yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye ("Mecelle"), ilk defa hizmet sözleşmesini düzenlemiş ve sözleşme serbestisi sistemini benimsemiştir. Ancak, Mecelle'de hizmet sözleşmesi "kira" sözleşmesi başlığı altında incelenmiş ve işçi (ecir), nefsin kiraya veren kimse olarak tanımlanmıştır. Doktrinde, bu anlayışın Roma hukukundaki "hizmet kirası" sisteminden geldiği kabul edilmiştir²⁰. Bu durumda, dönemin şartlarında işverenlerin iş ilişkisindeki ağır konumu da kabul edildiğinde, sözleşme serbestisinin bilfiil uygulanamayacağı, işverenin koyduğu tüm koşullara işçinin aç kalmamak uğruna boyun eğeceği kuşkusuzdur.

Bu dönem sonrasında çalışma koşullarını bireysel olarak iyileştiremeyen ve bu aşamada yol kat edemeyen işçiler, toplu eylemlere yönelmişler ve özellikle 1900lü yılların başında yapılan grevler, işçilerin dayanışma halinde hak arama çabaları içinde etkili bir yol olmuştur. Büyük işletmelerin çoğunluğunun yabancılara elinde olması ve grevlerden etkilenmeleri nedeniyle bu yönde bir yasama faaliyeti talebi doğmuş ve 1909 yılında Tatil-i Eşgal Kanunu çıkarılmıştır. Kanun, ilk defa sendika ve grevi düzenleyen metin olmakla birlikte oldukça geniş grev yasakları getirmiş ve kurulmuş sendikaların kapatılmasını öngörerek, yenilerinin kurulmasını yasaklamıştır²¹. Bununla birlikte, Tatil-i Eşgal Kanunu, iş uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif bir yol olarak "uz-

¹⁵ Murat Şen, Osmanlı Devletinde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri, Loncalar ve Vakıflar, Çimento İşveren Dergisi, C. 16, S.6, Kasım 2002, s. 31. <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale33.pdf> (Çevrimiçi)

¹⁶ Ahmet Refik, Osmanlı Devrinde Türkiye Madenleri, İstanbul 1931, s. 28-29.

¹⁷ Afmet Refik, a.g.e., s. 32-33.

¹⁸ Gümüş, a.g.e., s.15.

¹⁹ Oya Sencer, Türkiye'de İşçi Sınıfı, İstanbul 1969, s.151.

²⁰ Ferit Saymen, Türk İş Hukuku, s. 48.

²¹ Gümüş, a.g.e., s. 25.

laşma kurulu” (*heyeti itilafiye*) kurulmasını öngören ilk Kanundur. Bu kanun uyarınca işyerinde çıkan uyuşmazlıklarda işçiler, kendi aralarından seçtikleri üç temsilci vasıtasıyla uyuşmazlığa sebep olan durumu Ticaret ve Nafia Nezaretine bildirecekler, Nezaret de bunun örneğini üç gün içinde çalıştıkları kuruma gönderecek, kurumun seçeceği üç yetkili de dilekçeye karşılık savunmayı yine Nezarete iletceklerdir. Nezaretin seçeceği yetkilinin gözetimi altında toplanılacak ve bir hafta içerisinde uyuşmazlık sulh ile çözülecektir. Uyuşmazlık çözülene dek işin terk edilmesi, yani grev yasaklanmış bulunmaktadır²². Tatil-i Eşgal Kanunu, yalnızca kamu görevi niteliğindeki hizmet ve şirketlerde çalışanları kapsadığından, o dönemlerde işçilerin çalıştığı alanlar da daha çok bu işkollarına girdiği için uyuşmazlıklara barışçıl çözüm yolu öngörülmüş olması bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, bu Kanun kapsamında olmayanlar açısından iş uyuşmazlıklarına çözüm yöntemleri öngörülmemiş ve uzun yıllar daha işçi hareketleri devam etmiştir²³.

B. CUMHURİYET DÖNEMİNDE İŞ UYUŞMAZLIKLARI

Cumhuriyetin ilanının ardından, iş hukukuna ilişkin ardı ardına kanunlar yapılmış ve 1936 yılında Türkiye Cumhuriyeti’nin 3008 sayılı ilk İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla birlikte iş uyuşmazlıklarının nasıl çözümleneceğine ilişkin de bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır. Kanunun 77. maddesi uyarınca gerek bireysel, gerek toplu iş uyuşmazlıkları öncelikle uzlaştırma yolu ile halledilmeye çalışılır. 78. madde ile de işçi temsilciliği kurumu düzenlenmiştir. Buna göre, *“Bir işyerinde çalışmakta olan işçiler arasından, elli kişiye kadar iki, elliden iki yüz işçiyeye kadar üç, iki yüzden bine kadar dört ve binden yukarı sayıya işçiler için beş mümessil işçi seçilir. Bu mümessiller, işverenle işçiler arasında çıkacak tek başlı yahut toplulukla iş ihtilâflarını kotarmak için işverenle veya vekili ile konuşup anlaşmak ve meseleyi uzlaştırmaya çalışmak ödevini yaparlar. İşveren, işçilere vaki olacak tekliflerini bu mümessillerle müzakere eder. Arada ihtilâf çıkmaması çarelerini işverenle mümessiller beraberce araştırırlar. Mümessil seçilmiş olan işçilerin her biri, iş arkadaşlarının hak ve menfaatlerini doğrulukla korumak borcundadır.”* Uyuşmazlık, uzlaştırma yolu ile halledilemezse, türüne göre mahkemeye veya hakem kurullarına müracaat edilmesi gerekir²⁴. Uzlaştırmanın nasıl gerçekleştirileceğine dair kanunda ayrıntılı bir düzenlemeye yapılmamış, bu husustaki detaylara İş Uyuşmazlıklarını Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü’nün 47 ila 50. maddelerinde yer verilmiştir.

Tüzüğe göre, bireysel iş uyuşmazlığını çıkaran taraf, iş saatleri haricinde, birinci temsilci olan işçiyi uyuşmazlık hakkında bilgilendirir. Bunun üzerine temsilci, işveren veya işveren vekili ile görüşerek, olayın çözümlenmesi için toplanma yer ve saati belirler. Bu toplantıda tüm işçi temsilcileri ile işveren veya işveren vekili de hazır bulunur. Uyuşmazlığı çözmek amacıyla konuyla ilgili işçi veya işçiler dinlenilebilir. Ancak sorunun çözümü esnasında bu işçiler toplantıda bulunmazlar. Temsilci ve işveren veya vekilinin toplantı neticesinde buldukları çözüm yolu işçi veya işçilere bildirilir. Eğer bu çözüm şekli kabul edilirse, sorun hallolur ve durum ilgili zabıt defterine yazılarak taraflarca imzalanır. Ancak uyuşmazlığın tarafı olan işçi veya işçiler bulunan çözümü kabul

²² Saymen, a.g.e., s. 51.

²³ Osmanlı Devleti’nde o dönemki toplu işçi eylemlerinin detayları için bkz. Sencer, a.g.e., s. 203 vd.

²⁴ Saymen, a.g.e., s. 353.

etmedilerse, uyuşmadıklarına ilişkin kayıt yine zabıt defterine işlenir ve taraflara imzalatılır. Bu aşamadan sonra artık uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulabilecektir.

1950 yılında yürürlüğe giren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ("İMK") ile iş uyuşmazlıklarının yargı yolu ile çözümü için iş mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür. İş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaların bu konularda özel bilgiye sahip mahkemelerde görülmesi amacıyla kurulmuşlardır²⁵. İş Kanunu'nun kabulünden 14 yıl sonra yürürlüğe giren İMK, iş uyuşmazlıklarının özel niteliği gereği çabuk ve hızlı çözüme ulaştırılmasını ve işçinin bu yönden korunmasına olanak sağlanmasını amaçlamaktadır²⁶.

Kanunun iş mahkemelerinin yapısını düzenleyen 2. maddesinin ilk şeklinde, hakimlik mesleğini yürüten bir başkan ile birlikte bir işveren bir de işçi temsilcisi olan iki üye ile heyet mahkemesi olarak öngörülmüştü. Ancak, hakimlerin bağımsız yargılama yapabilmesinin önünde bir engel olarak görülmesi nedeniyle söz konusu hüküm 13.4.1971 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir. İşçi ve işveren temsilcilerinin bağımsız yargılamaya engel olabilme ve tarafsızlıklarını korumakta güçlük çekebilmeleri nedeniyle iptali ve tek hakimle yürütülmesinin usul ekonomisine katkı sağlayacağı da doktrinde ileri sürülmüştür²⁷.

İMK, uzlaştırmaya ilişkin düzenlemeyi, yargısal çözüme başvurmadan önce zorunlu bir şart olarak öngörmemiştir²⁸. Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca uzlaştırma girişiminin yapılmamış olması, davanın kabulüne ve görülmesine engel teşkil etmez²⁹. Doktrinde bu düzenleme eleştirilmiştir. Şöyle ki, İMK, birinci maddesinde mahkemenin görevini "hak uyuşmazlıkları" ile sınırlı tutmuş, menfaat uyuşmazlıkları halinde ise tahkim yolunu öngörmüştür. Bu durumda, uzlaştırma sistemi kullanılmaksızın doğrudan dava açılması halinde, işçi ile işveren arasında bir menfaat uyuşmazlığı bulunduğu ve yargı yoluna gidilmesinin kendi içinde bir çelişki yarattığı ifade edilmiştir³⁰.

3008 sayılı İş Kanunu'nun ardından 01.09.1971 tarih ve 13943 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren 1475 sayılı İş Kanununda işçi temsilciliği ve uzlaştırma sistemine yer verilmemiş, 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile toplu iş ilişkilerine hasredilen bir sendika temsilciliği sistemi getirilmiştir. Ancak bu sistemin uygulanabilmesi için, o işyerinde uygulanan bir toplu sözleşme olması, bu toplu sözleşmenin yapılabilmesi için de 275 sayılı Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca işçi sendikasının o işyerinde çoğunluk üyeye sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle 3008 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükten kaldırılması ile birlikte, artık bireysel iş uyuşmaz-

²⁵ YİBGK E.1960/13, K.1960/15, 29.6.1960 T. (www.kazanci.com) (Erişim tarihi: 30.11.2015)

²⁶ H. Argun Bozkurt, İş Yargılaması Usul Hukuku, 4. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.28.

²⁷ Fevzi Şahlanan, İş Yargılaması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42, S.1-4, 1976, s. 379.

²⁸ Ağaoğlu/Hüdaioğlu, a.g.e., s. 148.

²⁹ 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunlarında alternatif çözüm yolu olarak uzlaştırmaya ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, 5521 sayılı İMK'nın ilgili hükmü bugün halen daha yürürlükte dir. Yürürlükte olması, bu hükmün kanaatimizde artık uygulama alanı bulunmaması nedeniyle gözden kaçırılmış olmasından doğabilir.

³⁰ Saymen, a.g.e., s.355.

lıklarının barışçıl çözümü için öngörülmüş bir düzenleme de mevcut olmaktan çıkmıştır³¹.

III. BİREYSEL İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

A. İŞ YARGILAMASI USULÜ

İş uyuşmazlıklarının niteliği gereği uzmanlık gerektirmesi sebebiyle, genel mahkemelerden görev anlamında ayrılan³² İş Mahkemeleri, iş uyuşmazlıkları ve iş hukukundan doğan dava ve işleri görmek ve çözümlmek için kurulmuştur³³. 1950 yılında 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kabul edilmiştir. Kanun, bazı maddelerinde değişiklik olmakla birlikte halen daha yürürlüktedir. Bu kanunun 1. maddesi uyarınca iş yargılaması, İş Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklar ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu ile sigortalı olan kişiler arasında mevcut uyuşmazlıklar ve diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevlendirildiği davalardan oluşacaktır. Davanın açılacağı yerde iş mahkemesi bulunmaması halinde asliye hukuk mahkemesi iş mahkemesi sıfatıyla davaya bakacaktır. Belirtmek gerekir ki işçi ile işverenin arasındaki iş ilişkisinde İş Kanunu uygulanmıyor, Borçlar Kanunu uygulanıyorsa, bu durumda iş mahkemesi görevli olmayacak, davanın bu halde genel mahkemede açılması gerekecektir³⁴. Yine kamuda çalışan sözleşmeli personel açısından, iş mahkemesi görevli olmayıp, ortadaki hukuki ilişki bir idari sözleşmeye dayandığından, uyuşmazlık idari yargının görev alanına girecektir³⁵.

HMK m. 447/1 ve İMK m. 7/1 uyarınca, iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Yazılı yargılama usulüne göre daha seri bir şekilde yargılama yapılmasını sağlayan basit usulde amaçlanan, uyuşmazlıkların kısa sürede karara bağlanmasıdır³⁶.

İş yargılamasında tarafların uyuşmazlığını çözümlmek amacıyla öncelikle tarafların hakim tarafından sulhe teşvik edilmeleri öngörülmüştür. Sulh, HMK 313-315. maddeleri arasında düzenlenmiş olmakla birlikte, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapacakları bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Sulh, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlarda yapılabilir ve tamamen sulh olunması halinde davayı sona erdirir³⁷. HMK m. 315/1'e göre tarafların sulhe göre karar verilmesini istemeleri halinde, mahkeme sulh sözleşmesine göre karar verir. Sulhun sonunda kesin hüküm gibi sonuç doğar. Mahkeme dışı sulh ise bir maddi hukuk işlemidir. Bu halde

³¹ Seda Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, Oniki Levha Yayıncılık, 3. Bs, İstanbul 2013, s. 253. (Uzak Doğu'da Arabuluculuk)

³² Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul 2015, s.15. (Medeni Usul)

³³ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayıncılık, 3. Bs, Ankara 2015, s. 79.

³⁴ Kuru, Medeni Usul, s. 677.

³⁵ Bozkurt, a.g.e, s. 144.

³⁶ Pekcanitez/Atalay/Özkes, a.g.e, s. 507.

³⁷ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:IV, 6. Bs, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 3747; Bozkurt, a.g.e, s. 528.

tarafardan biri, mahkemeye sulh sözleşmesinin yapıldığını iddia ettiği takdirde, bu durumu ispat ile yükümlü olacaktır³⁸.

Sulh olurken taraflar, karşılıklı fedakarlık göstererek dava konusu uyuşmazlığa son verirler³⁹. Ancak sulh, bir alternatif çözüm yöntemi değil, bir taraf-usul işlemidir⁴⁰. Sulhun içeriğinde yer alan hususlar ve tarafların uzlaştığına dair kayıt tutanağa geçirilir ve hem taraflar, hem de hakim ile zabıt katibi tarafından işbu tutanak imzalanır⁴¹. Sulhte çoğunlukla taraflardan biri, karşılıklı menfaatlerin orta yolda buluşması amacıyla bir öneride bulunur. Diğeri de bu öneriyi olduğu gibi veya değişiklik önererek kabul eder. Bu yönüyle sulh sözleşmesi iradi nitelik taşır. Taraflar, sulh yerine yargılamayı sürdürmeyi de tercih edebilirler. Ancak anlaşmaları durumunda, yargılamanın uzunluğundan ve devam etmesi halinde ortaya çıkacak masraflardan kaçınmış olurlar. Bu yönüyle sulhün, arabuluculukla benzerlik gösterdiği söylenebilir.

B. TAHKİM

İş sözleşmesinde, iş uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözüleceğine dair tahkim şartları geçersizdir. Ancak yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde tarafların anlaşması koşuluyla iş uyuşmazlığını özel hakeme götürebilecekleri öngörülmüştür. Buna göre, işe iade davası açmak yerine işçi, sonradan işverenle anlaşmak kaydıyla, işe iade davası açmak için kendisine verilen süre içinde özel hakeme de başvurabilir⁴². Burada korunmak istenen amaç, iş ilişkisinin başında, özellikle iş sözleşmesi gibi işçinin üzerinde değişiklik yetkisinin sınırlı olduğu ve şartları serbestçe kararlaştırılmayan, çoğunlukla işveren tarafından düzenlenip işçi tarafından kabul edilen bir sözleşme ile işçinin dava açma hakkına müdahale edilmemesidir. Yine aynı gerekçeyle paralel olarak, 20. Maddenin birinci fıkrası içindeki "toplular iş sözleşmesinde hüküm varsa" tarafların uyuşmazlığı aynı sürede özel hakeme götüreceğine ilişkin ifade, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir⁴³. İşçinin üyesi olduğu sendikanın işveren ile anlaşarak toplu iş sözleşmesine tahkim şartı koyulması, işçinin kullanılacağı yargı yolunu seçmek zorunda bırakılması hak arama özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır⁴⁴. Ancak, iş sözleşmesi sona erdikten sonra taraflar, iş güvencesine ilişkin uyuşmazlığın iş mahkemesi yerine özel hakem tarafından çözümlenmesine karar verebilirler. Burada kanun, tarafların bu konuda anlaşmalarına ve seçim yapmalarına olanak tanımış bulunmaktadır⁴⁵.

³⁸ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 3798; Halil Kılıç, Açıklamalı-İçtihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, C.II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.2479.

³⁹ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 3742, 3745.

⁴⁰ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 3745.

⁴¹ Bozkurt, a.g.e, 535.

⁴² Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 776.

⁴³ AYM, T. 19.10.2005 E. 2003/66, K. 2005/72, RG. T.24.11.2007, S.26710.

⁴⁴ Sarper Süzek, İş Hukuku, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 637-638.

⁴⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s. 363-364.

C. ARABULUCULUK

1. Arabuluculuğun Tanımı

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak öngörölmüş sistemlerden biridir. Uzak doğuda çok eski tarihlerden bu yana uygulanan⁴⁶ arabuluculuk yöntemi, batı ülkelerinde de⁴⁷ son yıllarda hızlığı ve yargılama giderlerinin karşısında oldukça ekonomik olması sebebiyle tercih edilmeye başlanmıştır. Ülkemizde de Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanunu esas alınarak düzenlenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ("HUAK") 07.06.2012 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

HUAK m. 2 uyarınca arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütölen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabulucu, tarafların kendi çözüm önerilerini kendilerinin bulmasını sağlamak için teknikler uygular, özellikle uyuşmazlıkların ortaya çıkmasında ve büyümesinde en önemli sebeplerden biri olan iletişimsizliğe ilişkin sorunları ortadan kaldırma amacıyla aralarındaki iletişimi kolaylaştırmaya çalışır⁴⁸. Arabulucu, her iki tarafında menfaatine olacak şekilde kazan-kazan (win-win) olarak tanımlanan bir sonuca ulaşılmasında aracılık eder⁴⁹. Arabulucunun en önemli özelliklerinden biri tarafsız olmasıdır. Her iki tarafa da eşit mesafede olmalı ve taraflara, görüşmeler esnasında arabulucunun kendilerine eşit davrandığını hissettirmelidir⁵⁰.

Arabuluculuk, kanunda iradi bir yöntem olarak tanımlanmıştır. Buna göre taraflar arabuluculuk sürecini başlatmak, sürdürmek ve sonlandırmak konusunda serbesttirler. Taraflar arabuluculuk sürecini devam ettirmek konusunda zorlanamazlar. Arabuluculuk faaliyetinin sona ereceği haller kanununun 17. maddesinde sayılmıştır. Eğer arabuluculuk süreci bir sonuca bağlanmazsa, taraflar arabuluculuk sürecinden çekilebilecekleri gibi, arabulucu da daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğuna kanaat getirirse bu durumun tespiti ile arabuluculuk faaliyeti sona erecektir.

Arabuluculuk sürecinde arabulucunun karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁵¹. Tarafların kendi çözüm önerilerini kendilerinin bulmasını sağlamak, sistematik teknikler kullanır. Uyuşmazlık çözümünde nihai amaç, tarafların arasında iletişim kurmak ve ortak bir anlayışa hitap etme çabası olduğundan, uygulamada zaman içinde arabuluculukta birden çok yöntem geliştiril-

⁴⁶ Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk s. 8-9.

⁴⁷ Seda Özmumcu, Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İÜHFİM, C.71, S.1, 2013, 1369-1389, s. 1369. (Çevrimiçi) <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023021535> Erişim tarihi: 10.12.2015 (Arabulucunun Rolü)

⁴⁸ Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 267.

⁴⁹ Kekeç, a.g.e., s. 27.

⁵⁰ Kekeç, a.g.e., s. 61-62.

⁵¹ İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.1056.

miştir⁵². Arabulucular, somut uyuşmazlığın niteliğine göre farklı arabuluculuk teknikleri kullanabilmektedirler.

2. Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Arabuluculuk Sistemine Uygunluğu

Bazı yazarlar, bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk sisteminin hayata geçirilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir. Bu görüşe göre, bir tarafın diğerine göre daha zayıf konumda bulunduğu tüketici uyuşmazlıkları ve iş uyuşmazlıkları gibi ilişkilerde koruma hükümleri getirilmek suretiyle pilot bölgeler seçilerek zorunlu arabuluculuk sistemine geçilmelidir⁵³. Ayrıca Adalet Bakanlığı bünyesinde bu görüşle paralel bir çalışma grubu yer almaktadır. İş mahkemelerinin iş yüklerinin azaltılması ile bazı iş uyuşmazlıklarının mahkeme önüne gelmeden çözümlenmesi amacıyla, 10/04/2012 tarihli Bakan oluruyla oluşturulan çalışma grubu çalışmalarına devam etmektedir⁵⁴.

Doktrinde arabuluculuğun, aksi ancak işçi lehine düzenlenebilen nisbi emredici hükümleri ve kendine özgü kamusal yapısı nedeniyle iş uyuşmazlıkları açısından elverişsiz olduğu da bazı yazarlarca ileri sürülmüştür⁵⁵. Bu görüşe göre, iş uyuşmazlıkları kazan-kazan sistemi olan arabuluculukla çözülemez. Arabuluculukta, kelime anlamı gereği her iki tarafın da tatmin edilebilmesi için bazı taleplerinden feragat ederek ortada buluşmaları ve bu yönde bir çözümle uyuşmazlığı sonuçlandırmaları olasıdır. İşçinin, işverene dava yoluyla yönelteceği ve birden fazla kalemi oluşturabilecek işçilik alacakları bakımından, arabuluculuk yöntemi izlendiğinde, bazı alacak kalemlerinden kendi isteğiyle vazgeçmesi gerekebilir. Böyle bir durumda işçi, dava açmakla elde edeceği menfaate arabuluculukla ulaşamayabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözümlerinden olan arabuluculuk sisteminin iradi olduğu⁵⁶, tarafların tamamen kendi iradelerine bırakıldığı hususu unutulmamalıdır. Uzun yargılama süreçleri sonucu yüklü masraflar ve teknik hesaplamaları gerektiren⁵⁷ süreç davanın kabulü ile sonuçlansa da, parayla ölçülebilen menfaatlerine ancak uzun zaman sonra ulaşmak yerine işçi, kısa süren ve daha az masraflı olan arabuluculuk sistemini tercih edebilir. Diğer yandan, iş hukuku yapısı gereği hem özel hukuk, hem kamu hukuku özelliklerini barındıran bir hukuk dalıdır. İşçinin korunması ilkesi çerçevesinde düzenlenen mutlak emredici normlar ile yalnızca işçi lehine değiştirilebilen nisbi emredici normlar söz konusu olduğunda, zayıf tarafta olan işçinin haklarından feragat ederek sırf daha hızlı ve ekonomik bir çözüm yolu olması sebebiyle zarara uğraması, işçinin korunması mantığıyla bağdaşır nitelikte değildir. Özellikle hak-

⁵² Arby Aiwazian, *Transformative Mediation: Empowering the Oppressed Voices of a Multicultural City to Foster Strong Democracy*, The Scholar, 2008, Vol.11, s.33.

⁵³ Ali Yeşilirmak, *Türkiye’de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? Seçkin Yayıncılık*, İstanbul 2015, s.144.

⁵⁴ Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Resmi İnternet Sayfası <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Uzerindecal/uzrenca.htm> (Çevrimiçi) (Erişim tarihi: 14.12.2015)

⁵⁵ Şişli, a.g.m., s.52. Karşı görüş için bkz; Özbek, a.g.e, s.776.

⁵⁶ Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 126.

⁵⁷ Taşpolat Tuğsavul, a.g.e., s. 123.

larını bilmeyen işçinin, sulhte olduğu gibi⁵⁸ arabuluculukta da getirilen çözüm önerilerini kabul etmesi halinde arabuluculuktan sağlanması beklenen menfaatlardan biri olan adalet de sağlanmış olmayacaktır. Ancak bu durum, arabulucunun tarafları bilgilendirme yükümlülüğü⁵⁹ çerçevesinde, özellikle bir tarafın diğerine göre oldukça zayıf olduğu iş uyuşmazlıklarında, kendisine haklarını hatırlatması ve ilgili kanun maddelerini açıklaması ile bertaraf edilebilir⁶⁰. Hukukçu olup mesleğinde en az 5 yıl deneyimli olan arabulucunun, özellikle iş uyuşmazlıklarında edindiği rolün en büyük parçasının işbu bilgilendirme yükümlülüğü olacağı kanaatindeyiz. Aksi takdirde uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere işçilerin, hukuki bilgi eksiklikleri veya kulaktan dolma bilgilerle yürütmeye çalıştıkları hak arama süreçleri zedelenebilecektir. Tüm bu hatırlatmalar yapıldıktan sonra tarafların arabuluculuk sistemini kullanmak istemeleri halinde ise artık iradilik hususunda tartışmaya sebep olabilecek bir sorun kalmayacaktır.

Bu nedenle işçinin korunmasını saf bir koruma olarak görmemek, işçinin iradesini de göz önünde bulundurarak bu uyuşmazlıkların kanaatimizce alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine uygun olduğunu kabul etmek gerekir.

3. Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Modellerinin Kullanılması

Bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk yönteminin kullanılmasından taraflara maksimum fayda sağlamak amacıyla, arabuluculukta kullanılan modellerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kolaylaştırıcı arabuluculuk (*facilitative mediation*) sistemi, uzun bir dönem boyunca bilinen ve kullanılan tek arabuluculuk sistemidir⁶¹. Bu sistemde arabulucunun uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması gerekmez, zira arabulucu burada iletişimi kolaylaştırıcı bir rol üstlenmekte ve tarafların katılımını artırmaya çabalamaktadır⁶². Tarafların hukuki olarak uyuşmazlık hakkında bilgilendirilmesinden ziyade, menfaatlerini olabildiğince ortada buluşturabilmek amacıyla arabulucunun bu yöntemde müdahaleden kaçınması gerektiği ifade edilmiştir⁶³. Değerlendirici arabuluculuk (*evaluative mediation*) sisteminde ise tarafların hakları esas alınmakta, arabulucular teknik ve hukuki bilgileriyle taraflara çözüm önerileri getirebilmektedirler⁶⁴. Özellikle zorunlu

⁵⁸ Kübra Doğan-Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 263.

⁵⁹ Arabulucunun bilgilendirme yükümlülüğü esasen arabuluculuğa dair ilkeler ve süreci kapsar. Bkz. Taşpolat Tuğsavul, a.g.e., s. 153. Ancak kanımızca bu iş uyuşmazlıklarında arabulucunun bilgilendirme yükümlülüğü geniş yorumlanmalı ve hukuki ve teknik konularda da özellikle işçi bilgilendirilmelidir.

⁶⁰ Karşı görüş; Özbek, a.g.e., s. 582; Yazar, hangi arabuluculuk modeli izlenirse izlensin, arabulucunun hukuki, teknik bilgiler vermesinin önlenmesi gerektiği kanaatindedir. Yazara göre taraflar bu tür tavsiyeler için arabulucular dışındaki kimselere başvurmalıdır.

⁶¹ Zena D. Zumeta, Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative and Transformative Mediation, 2000, s.1. (Çevrimiçi) www.mediate.com/articles/zumeta.cfm (Erişim tarihi: 16.02.2016)

⁶² Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s.1372; Özbek, a.g.e., s. 587.

⁶³ Kekeç, a.g.e, s. 239, Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s. 1373.

⁶⁴ Kekeç, a.g.e., s. 240; Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s. 1376.

arabulucunun öngörüldüğü ve uyuşmazlığa ilişkin teknik bilgi ve hesaplama gerektiren hallerde, arabulucuların değerlendirici arabuluculuk sistemini kullanmasının uygun olacağı belirtilmiştir⁶⁵. Dönüştürücü arabuluculuk (*transformative mediation*) sisteminde ise, arabulucu, tarafların uyuşmazlık esnasında edindikleri rollere dokunarak, aralarındaki empatiyi geliştirmek; kendi ego-larına yenilmelerindense karşısındakini anlayarak, uyuşmazlığı çözmekten bir adım öteye gitmelerini sağlamaya çalışır⁶⁶. Bu sistem, aradaki olumsuz iletişimi dönüştürerek pozitif ve yapıcı olmaya yönlendirme çabası güder⁶⁷.

Dönüştürücü arabuluculuk sisteminin geliştirilmesi konusunda öncü olan⁶⁸ yazarlar Bush ve Folger, bu yöntemi kullanan arabulucuların özellikle aktif dinlemek ve güçsüz yönleri güçlendirerek, karşılıklı tanımaya, empatiye yönlendirmek konusunda etkin rol oynamaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁶⁹. Güçlendirme (*empowerment*) ve tanıma (*recognition*) dönüştürücü arabuluculukta iki temel kavram olarak yer alır. Güçlendirmede, taraflar uyuşmazlık nedeniyle birbirlerine karşı duydukları sabırsızlık ve dayanma güçlüğüne yene-rek bu konularda kendilerini geliştirirler, tanıma ile de empati kurma çabasına girerler⁷⁰.

Bireysel iş hukukunda, iş ilişkisine duyulan güvenin zedelenmesi ve ortadan kalkması iş ilişkisine de zarar vereceğinden taraflar arasındaki iletişim çok önemlidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 ve 25. Maddelerinde yer alan haklı fesih nedenleri dahi sınırlı surette sayılmayıp, güveni ortadan kaldıran haller esas alınarak örnekleme yoluyla düzenlenmiştir. Bunun sebebi, iletişimin kop-tuğu noktada iş ilişkisini bir daha eski hale getirmenin neredeyse imkânsız olmasıdır. Bireysel iş uyuşmazlıklarında tarafların iş sözleşmesi devam ederken dava açmaları çoğunlukla söz konusu olmaz. Bu nedenle özellikle işe iade da-valarına yol açan hallerde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun getirdiği iş güvencesi sisteminin dava dışında da tam olarak uygulanabilmesi ve fayda sağlayabilmesi açısından dönüştürücü arabuluculuğun kullanılması mümkün olabilir. Zira, işveren tarafından yapılan fesih eğer geçersizse, mahkeme feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verecek ve işe iade kararı üzerine işverene başvuran işçinin bir ay içinde işe başlatılması gerekecektir⁷¹. Ancak uygulamada davalar öngö-rülenden çok daha uzun sürmekte ve işçi, yaşamını sürdürmek için başka bir iş bulmakta, verilen işe iade kararı sonucunda prosedürel olarak işe geri dön-mek için başvuru yapmaktadır. Ancak kanımızca, dönüştürücü arabuluculuk sistemi kullanılarak işe iade davası açılmasına ve uzun sürelerce yargılama sonucu beklenmesine gerek kalmaksızın taraflar, birbirleriyle iletişimlerini güç-lendirebilir, zedelenen güven ilişkisinin yeniden kurulmasını sağlamak adına empati kurmaya çalışabilir ve bu vesileyle yeniden sağlıklı bir iş ilişkisi kurul-ması yolunda adımlar atabilirler.

⁶⁵ Kekeç, a.g.e., s. 241.

⁶⁶ Kekeç, a.g.e., s. 243.

⁶⁷ Aiwazian, a.g.m., s. 35.

⁶⁸ Seda Özmmucu, Amerika Birleşik Devletleri'nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli, İÜHFM, C.74, S.2, s.325-356, 2015, s.327. (Dönüştürücü Ara-buluculuk).

⁶⁹ Robert A. Baruch Bush/Joseph P. Folger, The Promise of Mediation: The Transformati-ve Approach to Conflict, John Wiley and Sons, 2004, s.23-24.

⁷⁰ Özmmucu, Dönüştürücü Arabuluculuk, s. 327.

⁷¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s. 369 – 378.

Dönüştürücü arabuluculuk modelinin iş ilişkilerinde nasıl kullanıldığına dair yapılmış bir çalışma ile konunun netlik kazanması sağlanabilir. Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Posta Servisi'nde çalışanların şikayetleri üzerine istihdam ilişkilerini geliştirmek açısından REDRESS⁷² olarak adlandırılan bir proje geliştirilmiş ve öncelikle kolaylaştırıcı, ardından dönüştürücü arabuluculuk sistemi kullanılarak işyerinde ayrımcılığa uğradığını iddia eden çalışanların şikayetlerinin %30 oranında azaltılması sağlanmıştır⁷³. Ulusal Posta Servisi hukuk departmanı, klasik anlaşma-temelli arabuluculuk sistemlerinin sorunu çözmeye ve dosyaları kapatmaya yardımcı olduğunu, ancak tarafların kutuplaşmasını engelleyemediğini ve bu nedenle çalışma ilişkisinin devamında performansın düştüğünü gözlemlemişlerdir⁷⁴. Bu yöntemle yöneticiler ve işçilerin güven temelli ilişkilerini sağlamlaştırmaksızın birbirlerine karşı tavır almaları engellenememiş ve ileri adım atılamamıştır⁷⁵. 1998 yılında yürürlüğe koyulan REDRESS projesi ile 3.000 arabulucuya dönüştürücü arabuluculuk eğitimleri verilmiş, tüm Ulusal Posta Servisi çalışanlarının bu hizmetten faydalanabilmesi ve ilişkilerini güçlendirmeleri sağlanmıştır⁷⁶. Proje yürürlüğe girdiğinden 2005 yılına dek ülke çapında yaklaşık 60.000 uyuşmazlık dosyası bu yöntem ile çözümlenmiştir⁷⁷.

İş hukukuna ilişkin açılan davalar içinde bir diğer büyük grup olan işçilik alacakları konusunda ise, özellikle konuyla ilgili teknik bilgi ve hesaplama gerektirmesi açısından değerlendirici arabuluculuk sisteminin kullanılmasının uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu sistemin kullanılması aşamasında arabulucu bir hakim veya hakem sıfatı ile mevcut olayı değerlendirmemekte, tarafları getirdiği çözüm önerilerini kabul etmek açısından baskı altına almamaktadır⁷⁸. Böylece işçi, çalışmasının karşılığı olan ancak ödenmeyen alacaklarından mahrum bırakılmamak amacıyla giriştiği arabuluculuk sürecinde, hakları konusunda arabulucu tarafından yeterince aydınlatılabilir, yine de iradi olarak arabuluculuğu tercih etmesi vesilesiyle bazı alacak kalemlerinden kendi arzusu doğrultusunda vazgeçebilecektir. Aksi halde, yeterince bilgilendirilmeksizin yapılacak bir arabuluculuk faaliyetinde işçi, yukarıda belirtilen eleştiriler doğrultusunda arabuluculuktan adil bir sonuç alamayabilir.

SONUÇ

Çalışma ilişkileri, insanların yaşadığı her dönemde, bütün toplumlarda bir tarafın diğerinden çok daha zayıf olduğu ve özellikle sanayi devrimi ile terazi dengesinin iyice bozulması nedeniyle devletlerce müdahale edilme ihtiyacı hissedilen bir alan olmuştur. Bu alanda her daim uyuşmazlıklar yaşanmış, ancak öncelikli olarak tercih edilen yöntem her zaman barışçıl sistemler olmuştur. Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinden bugüne kadar bu sistemlerin nasıl düzenlendiği çalışmamızda da yer almaktadır.

⁷² Resolve Employment Disputes Reach Equitable Solutions Swiftly Programı

⁷³ Robert A. Baruch Bush, Handling Workplace Conflict: Why Transformative Mediation?, Hofstra Labor & Employment Law Journal, Vol. 18, No.2, 2001, s.367.

⁷⁴ Bush, a.g.m., s. 370. Özmumcu, Dönüştürücü Arabuluculuk, s. 345.

⁷⁵ Bush, a.g.m, s. 370.

⁷⁶ Bush, a.g.m, s. 373, Özmumcu, Dönüştürücü Arabuluculuk, s. 345.

⁷⁷ Aiwazian, a.g.m., s.36, Özmumcu, Dönüştürücü Arabuluculuk, s.344.

⁷⁸ Özmumcu, Arabulucunun Rolü, s. 1383, 1385.

Günümüzde HUAK'ın yürürlüğe girmesinden bugüne arabuluculuk faaliyetinin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüş, ancak bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk sisteminin elverişliliği tartışılmıştır. Bugün iş uyuşmazlıklarının dava yolu ile çözümü, hem ekonomik olmadığı, hem de uzun zaman gerektirdiği için özellikle işçi açısından bir külfet olarak görülmekte, iş ilişkisinin sona ermesi ile birlikte işçilerin bir kısmı bu yorucu süreç nedeniyle alacaklarından dahi vazgeçebilmektedirler. İş güvencesi sistemi ise diğer yandan sonuçta verilen işe iade kararının uygulanamaması ve işe iade sonrasında karşılıklı yıpranmış işçi ve işverenin sağlıklı bir iş ilişkisini yeniden kuramaması nedeniyle sıklıkla eleştirilmektedir. Ayrıca dosya yükü açısından da iş uyuşmazlıkları, tüm uyuşmazlıklar arasında ciddi bir oranı kaplamaktadır.

Kanımızca bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk sistemine ilişkin tartışmalar, arabuluculuk sisteminin yargıdaki iş yükünü azaltmak amacıyla zorunlu hale getirilmesinin uygun olup olmadığı yönünde toplanmakta, ancak söz konusu uyuşmazlıkların çözümünde ne derece etkin rol oynayacağı ve işleyen bir arabuluculuk sisteminin ne kadar sağlanabileceği ele alınmamaktadır. Tüm bu sorunları bertaraf edebilecek bir şekilde yapılandırılması ve uyuşmazlığın çözümüne en etkili modelin kullanılması yönteminin izlenmesiyle, iş yargılamasının üzerindeki yükün hafifletilmesi ve ilişkilerin kurulmasındaki kişisel engellerin önüne arabuluculuk vesilesiyle geçilebilmesi mümkün görünmektedir.

KAYNAKÇA

Ağaoğlu, Samet/Hüdaioğlu, Selahattin; İş Hukuku Tarihi, Merkez Basımevi, C.1, 1939.

Aiwazian, Arby; Transformative Mediation: Empowering the Oppressed Voices of a Multicultural City to Foster Strong Democracy, The Scholar, 2008, Vol.11.

Bozkurt, H. Argun; İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2012.

Bush, Robert A. Baruch; Handling Workplace Conflict: Why Transformative Mediation?, Hofstra Labor & Employment Law Journal, Vol. 18, No.2, 2001, s.367-373.

Bush, Robert A. Baruch/Folger, Joseph P. The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict, John Wiley and Sons, 2004.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 28. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2015

Doğan Yenisey, Kübra; İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.

Gümüş, Fatih; Türk İş Hukukunda İş Uyuşmazlıkları ve Uzlaştırma, Ankara 1972.

Kekeç, Elif Kısmet; Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Kılıç, Halil; Açıklamalı-İçtihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, C.II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Kocaoğlu, Mehmet; Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu, Ankara 1999.

Kuru, Baki; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul 2015. (Medeni Usul)

Özbek, Mustafa Serdar; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Özmunucu, Seda; Amerika Birleşik Devletleri'nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli, İÜHFİM, C.73, S.2, s. 325-356, 2015. (Dönüştürücü Arabuluculuk)

Özmunucu, Seda; Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk, İÜHFİM, C.71, S.1, 2013, s. 1369-1389, s. 1369. (Çevrimiçi) <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023021535> (Arabulucunun Rolü)

Özmunucu, Seda; Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, Oniki Levha Yayıncılık, 3. Bs, İstanbul 2013. (Uzak Doğu'da Arabuluculuk)

Pekcanitez Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayıncılık, 3.Bs, Ankara, 2015.

Saymen, Ferit; Türk İş Hukuku, 1954

Sencer, Oya; Türkiye'de İşçi Sınıfı, İstanbul 1969.

Süzek, Sarper; İş Hukuku, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.

Şahlanan, Fevzi; İş Yargılaması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42, S.1-4, 1976.

Şen, Murat; Osmanlı Devletinde Sosyal Güvenlik: Ahi Birlikleri, Loncalar ve Vakıflar, Çimento İşveren Dergisi, C. 16, S.6, Kasım 2002.

Şişli, Zeynep; Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözüm, Ankara Barosu Dergisi, C.2, 2012.

Taşpolat Tuğsavul, Melis; Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut; İş Hukukunun Esasları, 7. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2015

Yeşilirmak, Ali; Türkiye'de Arabuluculuk Nasıl Etkin ve Başarılı Hale Gelir? Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2015.

Zumeta, Zuma D.; Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative and Transformative Mediation, 2000, s.1. (Çevrimiçi) www.mediate.com/articles/zumeta.cfm

“ YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBING)

Yard. Doç. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal*

GİRİŞ

Aralarında İş Hukuku ile Sosyal Güvenlik Hukukunun da yer aldığı çeşitli bilim dallarının çalışanların işyerlerindeki sağlıklarını koruma altına alma hedefi kendini ilk olarak fiziksel zararlara yol açan riskler açısından göstermiştir. Bir diğer deyiş ile, ilk önce çalışanların fiziksel sağlıklarının koruma altına alınması amacı ile işyerlerinde uğranılabilecek iş kazaları ile meslek hastalıkları önlenmeye çalışılmış, meydana gelen iş kazaları ile meslek hastalıklarının mağdur üzerinde yarattığı zararların giderilmesine yönelik ise çeşitli mekanizmalar öngörülmüştür. Zira, fiziksel zararlar psikolojik zararlara nazaran daha somut ve daha çabuk fark edilebilir niteliktedir. Ancak çalışanların maruz kalabilecekleri riskler iş kazaları ile meslek hastalıklarından ibaret olmadığı gibi, zamana göre değişkenlik göstermekte ve tespiti de her zaman kolay olmamaktadır¹. Nitekim, Dünya Sağlık Örgütü ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün verileri uyarınca 1970'lerde kimyasallara maruz kalınmasından kaynaklanan riskler ön planda iken, 1980'lerde bu riskler yerini ergonomik problemlere bırakmış, 1990'larda ise psiko-sosyal problemler ön plana çıkmıştır². İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) de bu tür problemlerdendir ve günümüzde, kamu sektörü – özel sektör, işçi – memur – çırak – stajyer – sözleşmeli personel ayrımı olmaksızın tüm işyerlerinde ve tüm çalışanlar açısından ortak bir sorun haline gelmiştir. Bu nedenle de gündemi gün geçtikçe daha fazla meşgul etmektedir.

Belirtilen durumun önemine binaen, çalışmamızda ilk olarak terminoloji, tanım ile süreç hususları bakımından işyerinde psikolojik taciz incelenecek, böylelikle söz konusu kavram ortaya konmaya çalışılacaktır. Daha sonra ise, psikolojik tacizin hukuka aykırılığının normatif dayanakları, işveren yükümlülükleri ile mağdurların başvurabilecekleri hukuki yollar ve ispat hususları 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçi-işveren ilişkisi çerçevesinde ele alınacaktır. Söz konusu tüm inceleme ve değerlendirmeler, Yüksek Mahkemenin bu güne kadar konu ile ilgili verdiği kararlardan tespit edebildiklerimiz ışığında yapılacaktır.

¹ Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bahçeşehir Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Fatma Burcu SAVAS, İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul 2007, s. 1-2; F. Burcu SAVAS KUTSAL, “İşyerinde Psikolojik Taciz (MOBBING)”, Toprak İşveren, S. 105, İstanbul Mart 2015, s. 4.

² Fuat BAYRAM, “Çalışma Yaşamında Ön Plana Çıkan İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 12, S. 45, İstanbul 2015, s. 73.

I. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ KAVRAMI

A. Terminoloji Sorunundan Terminoloji Birliğine

Söz konusu kavrama ilişkin olarak yabancı literatürde tam bir terim birliği bulunmamakta, “mobbing”in yanı sıra “bullying” (zorbalık), “workplace bullying” (işyeri zorbalığı), “work or employee abuse” (iş ya da işçi suistimali/tacizi), “employee emotional abuse” (işçinin duygusal suistimali/tacizi), “emotional abuse” (duygusal suistimal/taciz), “verbal abuse” (sözlü suistimal/taciz), “psychological abuse” (psikolojik suistimal/taciz), “mistreatment” (kötü muamele), “bossing”, “intimidation” (gözdağı verme, gözünü korkutma), “psychological harrasment” (psikolojik taciz), “emotional harrasment” (duygusal taciz), “victimization” (mağdur etme), “psychological terrorization”, “psychological terror” (psikolojik terör), “psychological aggression” (psikolojik saldırı), “psycho-terror at workplace” (işyerinde psikolojik terör), “psychological violence” (psikolojik şiddet), “emotional violence” (duygusal şiddet), “horizontal violence” (yatay şiddet), “workplace syndrome” (işyeri sendromu), “workplace trauma” (işyeri travması), “misbehavior in organizations” (örgütlerde kötü davranış), “hostile behaviors at work” (işte düşmanca davranışlar), “incivility” (kabalık), “abusive supervision” (istismarcı idare), “social undermining” (sosyal balalama, zayıflatma), “macho management” (maço yönetim) gibi farklı ifadeler de kullanılmaktadır³. Bununla birlikte, genel olarak “mobbing” ifadesi tercih edilmektedir⁴.

Ülkemizde ise, ilk zamanlar “mobbing”, “(işyerinde) psikolojik taciz”, “işyerinde duygusal taciz”, “işyerinde psikolojik terör”, “yıldırma”, “duygusal saldırı”, “duygusal linç”, “duygusal şiddet”, “işyeri sendromu”, “(işyerinde) taciz”, “(işyerinde) psikolojik şiddet”, “işyerinde moral taciz”, “(işyerinde) zorbalık”, “işyerinde manevi taciz”, “işyerinde yıldırmaya yönelik psikolojik saldırı” gibi çok çeşitli ifadeler kullanılmış⁵, Türk Dil Kurumu ise “mobbing”in Türkçe karşılığı olarak “bezdiri”yi önermiştir⁶.

Aslında kelime olarak “mob” sözcüğü, “kanun dışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalık” veya “çete” anlamına gelmekte olup, Latince “düzensiz kalabalık” anlamına gelen *mobile vulgus*’ten türemiştir. “Mob” kökünün İngilizce eylem biçimi olan “mobbing” ise, çevresini kuşatma, topluca saldırma ya da sıkıntı verme anlamında olup daha çok bir hayvan sürüsünde zayıf üyenin diğer güçlü hayvanlar tarafından etrafının sarılıp ezilmesini ifade etmek için kullanılan bir kelime idi. Zaten ilk olarak hayvanların bir yabancıyı ya da avlanmakta olan bir düşmanı kaçırmak için yaptıkları davranışları tanımlamak için kullanılan bu

³ Arzu ARSLAN ERTÜRK, “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyada Örnekler”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014, s. 288; Pınar TINAZ (Pınar TINAZ/Fuat BAYRAM/Hediye ERGİN), Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008, s. 6; Zeynep Duygu ULUSOY, “Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 105, Mart-Nisan 2013, s. 132-133; Cengiz ÇUKUR, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Çimento İşveren Dergisi, C. 26, S. 2, Mart 2012, s. 36; Selver YILDIZ/İlknur KILKIŞ, “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 1, S. 1, 2010, s. 75; Sabahattin ŞEN, “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, Çimento İşveren Dergisi, C. 23, S. 5, Eylül 2009, s. 48; SAVAŞ, s. 7.

⁴ SAVAŞ KUTSAL, s. 4.

⁵ SAVAŞ, s. 8.

⁶ Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>

terim, daha sonra çocukların diğer çocuklara yönelik olarak sergiledikleri ve genelde zorbalık, kabadayılık olarak nitelendirilen davranışları için kullanılmış ve nihayetinde işyerlerinde de benzer davranışların sergilendiğinin ve metotların izlendiğinin saptanması ile birlikte çalışma psikolojisi literatüründeki yerini almıştır⁷.

Belirtilen hususların da ortaya koyduğu üzere, aslında çalışma hayatının kendisi kadar eski olup bütün dünyaya yayılmış bulunmasına rağmen kavramın yasal adlandırılması nispeten yenidir. Ancak 90'lı yılların ikinci yarısında basında ve İş Hukuku metinlerinde yerini alabilmiştir⁸.

Türkiye'de ise bu biraz daha geç olmuş ve 2000'li yılların başından itibaren kavram popüler hale gelmiştir. Şöyle ki, her ne kadar doktrinde psikolojik tacizin ilk olarak Yargıtay 9. HD.'nin 30.5.2008 tarih ve E. 2007/9154, K. 2008/13307 sayılı kararına⁹ konu olduğu belirtilse de, aslında Yargıtay 9. HD.'nin 11.6.2007 tarih ve E. 2006/32353, K. 2007/18337 sayılı kararında yer alan "(...) Davacının sendika işyeri temsilcisi olarak göreviyle ilgili girişimlerde bulunduğu, işvereni Bölge Çalışma Müdürlüğüne şikayet ettiği, bunun üzerine işyeri değiştirilip **psikolojik tacize** uğradığı anlaşılmaktadır. (...) ¹⁰" ifadesi ile Türk Hukukuna dahil olmuştur. Sonrasında ise, Yargıtay 9. HD.'nin belirtilen (30.5.2008 tarih ve E. 2007/9154, K. 2008/13307 sayılı) kararı başta olmak üzere çeşitli yargı kararlarında daha detaylı olarak ele alınmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") yürürlüğe girmesi ile birlikte de 417. maddesi uyarınca yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Söz konusu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce ise, aşağıda detaylı bir şekilde incelenecek olan, "İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi" konulu Başbakanlık Genelgesi yayınlanmış, TBMM Kadın ve Erkek Eşitliği Komisyonu tarafından "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Raporu" hazırlanmıştır.

Konuya ilişkin yargı kararları incelendiğinde; kimi zaman sadece "mobbing" ifadesinin¹¹, kimi zaman sadece "psikolojik taciz" ifadesinin¹², kimi zaman ise her iki ifadenin birlikte kullanıldığı¹³ tespit edilmektedir¹⁴. TBK 417.

⁷ SAVAŞ, s. 5-6; SAVAŞ KUTSAL, s. 4; TINAZ (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 3-5.

⁸ SAVAŞ, s. 1-2; SAVAŞ KUTSAL, s. 4.

⁹ www.kazanci.com

¹⁰ Çalışma ve Toplum, S. 15, 2007/4, s. 214-215.

¹¹ Bu yönde bkz. Yargıtay 9. HD., T. 15.10.2009 ve E. 2008/10408, K. 2009/26968 sayılı kararı; Yargıtay 22. HD., T. 27.12.2013 ve E. 2013/693, K. 2013/30811 sayılı kararı; Yargıtay 9. HD., T. 4.11.2010 ve E. 2008/37500, K. 2010/31544 sayılı kararı; Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014 ve E. 2014/2157, K. 2014/3434 sayılı kararı; Yargıtay 7. HD., T. 16.9.2014 ve E. 2014/7903, K. 2014/17277 sayılı kararı, www.kazanci.com; Yargıtay 9. HD., T. 5.4.2012 ve E. 2010/1911, K. 2012/11638 sayılı kararı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, Ankara 2014, s. 25-26, http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing; Yargıtay 22. HD., T. 22.5.2014 ve E. 2013/11788, K. 2014/14008 sayılı kararı, Çalışma ve Toplum, S. 46, 2015/3, s. 438-440.

¹² Bu yönde bkz. Yargıtay 9. HD., T. 11.6.2007 ve E. 2006/32353, K. 2007/18337 sayılı kararı, Çalışma ve Toplum, S. 15, 2007/4, s. 214-215; Yargıtay HGK., T. 2.11.2011 ve E. 2011/9-590, K. 2011/677 sayılı kararı, www.kazanci.com

¹³ Yargıtay HGK., T. 25.9.2013 ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararı; Yargıtay 9. HD., T. 1.4.2011 ve E. 2009/8046, K. 2011/9717 sayılı kararı; Yargıtay 22. HD., T. 26.6.2014 ve E. 2014/15971, K. 2014/19538 sayılı kararı, www.kazanci.com; Yargıtay

madde düzenlemesinde ise, “psikolojik taciz” ifadesi yer almaktadır. Başbakanlık Genelgesinin başlığında her iki ifadeye de yer verilmekle birlikte metin içinde sadece “psikolojik taciz” ifadesi kullanılmıştır. Komisyon Raporunda ise, her iki ifade birlikte kullanılmıştır.

Söz konusu yargı kararları ile yasal düzenlemeler doktrini de etkilediğinden; yapılan çalışmalarda daha çok “mobbing” veya “(işyerinde) psikolojik taciz” ifadeleri tercih edilmektedir. Sonuç olarak, hukukumuzda söz konusu olguya ilişkin terim birliğinin artık sağlandığını söylemek mümkündür¹⁵.

B. Tanım Sorunu

Öncelikle belirtilmelidir ki, işyerinde psikolojik tacizin üzerinde mutabakata varılmış, evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımı bulunmamakta¹⁶, bu nedenle tanım çokluğu ile karşılaşılmaktadır. Bu durumun kaynağında ise, psikolojik tacizin karmaşık yapısı yer almaktadır. Kavrama ilişkin yasal düzenlemeler ise daha çok genel bir tanım vermekle yetinmekte ve böylelikle, değişik şekillerde ortaya çıkabilen kavramın sınırlarını belirleme işi her somut olay dahilinde hâkimlere bırakılmış bulunmaktadır¹⁷.

TBK'nun “İşveren, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” şeklindeki “İşçinin kişiliğinin korunması-Genel olarak” başlıklı 417/I. madde düzenlemesinde sadece psikolojik taciz ifadesine yer verilmiş, fakat psikolojik tacizin tanımı yapılmamıştır.

TBK'nun Resmi Gazete’de yayınından sonra ve fakat yürürlüğe girmesinden önce, 19.3.2011 tarih ve 27879 sayılı Resmi Gazete’de “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” konulu ve 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayınlanmıştır. Söz konusu Genelgede, kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleyle tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik tacizin önlenmesinin gerek iş sağlığı ve güvenliği gerekse çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemli olduğu belirtilmiş ve çalışanların psikolojik tacizden korunması amacıyla alınması uy-

9. HD., T. 18.3.2010 ve E. 2008/22535, K. 2010/7225; Yargıtay 7. HD., T. 8.5.2014 ve E. 2014/1345, K. 2014/10208 sayılı kararı; Yargıtay 9. HD., T. 14.10.2014 ve E. 2012/25934, K. 2014/29487 sayılı kararı, legalbank.net; Yargıtay 9. HD., T. 12.2.2013 ve E. 2010/38293, K. 2013/5390 sayılı kararı, İşveren Dergisi, Özel Eki, Mart-Nisan 2014, s. 18-22; Yargıtay 9. HD., T. 4.2.2014 ve E. 2012/2473, K. 2014/2959 sayılı kararı, Çalışma ve Toplum, S. 43, 2014/4, s. 401-403; Yargıtay 9. HD., T. 14.3.2008 ve E. 2008/3122, K. 2008/4922, Şahin ÇİL, İş Hukuku İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları), Ankara 2010, s. 477-478.

¹⁴ Belirtilenlerin yanı sıra Yargıtay 9. HD.’nin 30.5.2008 tarih ve E. 2007/9154, K. 2008/13307 sayılı kararında “işyerinde duygusal taciz (mobbing)” ifadesine yer verilmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com

¹⁵ Bu nedendir ki, biz de konuya ilişkin çalışmalarımızda daha önce kullanmış olduğumuz “manevi taciz” ifadesi yerine “psikolojik taciz” ifadesini tercih etmekteyiz.

¹⁶ ULUSOY, s. 133.

¹⁷ SAVAŞ, s. 43, 45; SAVAŞ KUTSAL, s. 5-6.

gun görülen tedbirlere yer verilmiştir¹⁸. Aynı yılın Nisan ayında da, TBMM Kadın ve Erkek Eşitliği Komisyonu tarafından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusu', 'İlgili Ulusal ve Uluslararası Mevzuat', 'Alt Komisyon Toplantılarında Dinlenen Uzmanların Sunumları', 'Çalışma Ziyareti', 'Sonuç ve Çözüm Önerileri' şeklinde 5 bölümden oluşan "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Raporu"¹⁹ hazırlanmıştır. Söz konusu Rapor uyarınca da "Mobbing, sistemli bir şekilde, süreklilik arzeden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranışı ifade etmektedir. Başka bir ifade ile işyerinde bir kişinin veya birkaç kişinin, istenmeyen kişi olarak ilan ettikleri bir kişiyi, dışlayarak, sözlü ya da fiziksel tacizde bulunarak mutlak itaate zorlamak, yıldırma ve bezdirmektir.". Türk Dil Kurumu'nun Genel Türkçe Sözlüğünde ise bezdiri, "işyerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak yıldırma, dışlama, gözden düşürme" şeklinde tanımlanmıştır²⁰.

Sonuç olarak, ülkemizde de psikolojik tacize ilişkin kesin, genel geçer bir tanım yapmak yerine her somut olayın özelliklerinin dikkate alınması suretiyle bir değerlendirme yapılması tercih edilmiş ve bu görev yargıya bırakılmıştır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları incelendiğinde ise, farklı tanımlar tespit edilmektedir. Yargıtay 9. HD.'nin psikolojik taciz olgusunu detaylı bir şekilde ele alıp incelediği ilk kararı olan 30.5.2008 tarih ve E. 2007/9154, K. 2008/13307 sayılı kararı uyarınca "(...) (Mobbing) kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da üstleri tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb., gibi davranışları içermektedir. (...) ²¹". Aynı Dairenin 14.3.2008 tarih ve E. 2008/3122, K. 2008/4922 sayılı kararında ise, Alman Federal İş Mahkemesi'nin bir kararında yer alan "(...) işçilerin birbirine sistematik olarak düşmanlık beslemesi, kasten güçlük çıkarması, eziyet etmesi veya bu eylemlerin işveren veya işveren vekilleri tarafından gerçekleştirilmesi (...) ²²" şeklindeki tanıma aynen yer verilmiştir. 12.2.2013 tarih ve E. 2010/38293, K. 2013/5390 sayılı bir başka kararında da "(...) Ülkemizde yaygın olarak kullanılan ifadesiyle 'işyerinde psikolojik taciz'

¹⁸ Bu tedbirler; işverenlerin çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alması, bütün çalışanların psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak durması, toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulması, Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi'nin ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlaması, çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu"nun kurulması, denetim elemanlarının psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandırması, psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütülen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilmesi ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ile sosyal tarafların işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenlemeleridir.

¹⁹ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf

²⁰ www.tdk.gov.tr

²¹ www.kazanci.com

²² ÇİL, s. 477-478.

(mobbing), Türk Dil Kurumu'nun 'Bezdiri' olarak tanımladığı olgu; sistemli bir şekilde, süreklilik arzeden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranışı ifade etmektedir. Başka bir ifade ile işyerinde bir veya birkaç kişinin, istenmeyen bir kişi olarak ilan ettikleri kişiyi, dışlayarak, sözlü ya da fiziksel tacizde bulunarak mutlak itaate zorlamak, yıldırım ve bezdirmektir.

Mobbingi, bir veya bir grup işçinin aynı işyerindeki bir başka işçiye zarar vermek amacıyla sistemli ve süreklilik arzedecek biçimde küçümseyici, aşağılayıcı, dışlayıcı ve korkutucu hareketler bütünü olarak tanımlamak mümkündür. (...) 23 şeklinde ifadeler yer verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.9.2013 tarih ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararı uyarınca ise, "(...) Türk Hukukunda psikolojik taciz (mobbing); işyerinde çalışanlara, diğer çalışanlar veya işverenler tarafından sistematik biçimde uygulanan, tekrarlanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar olarak ifade edilmiştir. (...) 24". Yargıtay 22. HD.'nin nispeten yeni tarihli bir kararına göre de "(...) Mobbing kavramının etimolojik anlamına ve tarihsel gelişimine bakıldığında; aynı ortamda bulunan veya aynı organizasyona bağlı olan bir veya birden fazla kimsenin bir kişiye belli bir amaçla, sistematik bir şekilde, yılmılık, korku, tedirginlik, endişe, bunalım, bıkkınlık, sıkıntı veya kaygı oluşturacak söz, tutum veya davranışlarla psikolojik ve duygusal baskı kurarak onu belli şekilde davranmaya ya da davranmamaya, ortak alandan uzaklaştırmaya, güçsüzleştirmeye, değersizleştirmeye, aşağılamaya, küçük düşürmeye veya pasifize etmeye yönelik çabalarına mobbing denilir. (...) 25".

Bununla birlikte, kavrama ilişkin tanım yapılırken dikkat edilmesi gereken; psikolojik tacizin zaman geçtikçe acı veren rahatsız edici davranışlardan meydana gelen bir süreç olduğudur. Failin statüsü, profili, sayısı, başvurduğu yöntemler, mağdurun profili ve tepkileri her olayda farklılık gösterse de güdülen amaç çoğunlukla aynı olup, mağdur olarak seçilen kişinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır²⁶. Nitekim, Yargıtay HGK.'nin konuya ilişkin bir kararında da, "(...) Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır²⁷" denmiştir. Başbakanlık Genelgesinin 4. maddesi gereğince psikolojik taciz ile mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi olan ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtası ile çalışanlara sağlanan yardım ve destek dahilinde 19.3.2011-6.4.2014 tarihleri arasında yapılan psikolojik taciz başvurularında şikâyet konusu ilk sırada % 16,94 oran ile istifaya zorlama olmuştur²⁸.

Belirtilen bu amaca da daha çok kişinin onuruna, psikolojik sağlığına, nadir olarak veya sonuç olarak da fiziksel bütünlüğüne zarar vererek ulaşılmaktadır. Bu zarar verici davranışların da psikolojik taciz teşkil edebilmesi için sistematik olarak tekrarlanması ve belli bir dönem devam etmesi gerekir. Dola-

²³ İşveren Dergisi, Özel Eki, Mart-Nisan 2014, s. 18-22.

²⁴ www.kazanci.com

²⁵ Yargıtay 22. HD., T. 22.5.2014 ve E. 2013/11788, K. 2014/14008 sayılı kararı, Çalışma ve Toplum, S. 46, 2015/3, s. 440.

²⁶ SAVAŞ, s. 46; SAVAŞ KUTSAL, s. 6.

²⁷ Yargıtay HGK., T. 25.9.2013 ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararı, www.kazanci.com

²⁸ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s. 36, 39, http://www.csgeb.gov.tr/csgebPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgeb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing

yısıyla, “süreklilik” ve “sistematiçlik” psikolojik tacizin olmazsa olmaz unsurlarıdır. Nitekim yukarıda yer verilen tanımlarda da bu unsurlar mevcuttur. Ancak gerek tanım gerekse yaşananların psikolojik taciz oluşturup oluşturmadığının tespiti için gereksinim duyulan süreklilik ve sıklık derecesi konularında herhangi bir uzlaşma bulunmamaktadır²⁹.

Belirtilen hususların da ortaya koyduğu üzere, anlık ya da bir tek olay, hatta işverenin yönetim hakkından kaynaklanan ikaz ile ihtarlar psikolojik taciz teşkil etmez. Bunun gibi kasıtlı olarak yapılmayan davranışlar da psikolojik taciz oluşturmaz³⁰. Yargıtay 9. HD.’nin 12.2.2013 tarih ve E. 2010/38293, K. 2013/5390 sayılı kararında bu duruma işaret edilerek “Anlık öfke ile süreklilik göstermeyen geçici davranışlar mobbing değildir. Hareketin mobbing sayılabilmesi için sistematik, sürekli ve kasıtlı olması gerekir. Ayrıca hareketin amacı da doğru tespit edilmelidir. Çünkü mobbingde amaç, iş ilişkisi içinde bulunduğu mağdurdan kurtulmak veya ona zarar vermek, onu yıldırmaştır. Kişiyi iş yaşamından dışlamak amacıyla kasıtlı olarak yapılır. Örneğin, yöneticinin otoriter olması tek başına mobbing uygulandığı anlamına gelmez³¹.” denmiştir. Bunun gibi, Yargıtay 22. HD.’nin 27.12.2013 tarih ve E. 2013/693, K. 2013/30811 sayılı kararında yer alan karşı oy yazısında da “Davacının işin yürütümü bakımından olumsuzluklara yol açan tutum ve davranışlardan kaynaklanan tartışmaların psikolojik taciz (mobbing) olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Davacının hedef kişi olarak seçilip kendisine karşı sistematik bir biçimde yıldırma hareketlerinin yapıldığına dair delil bulunmamaktadır³².” şeklinde benzer yönde bir ifade yer almaktadır. Aynı Dairenin bir başka kararı uyarınca da “(...) Mobbingi; stres, tükenmişlik sendromu, işyeri kabalığı, iş tatminsizliği ya da doyumсуuzluğu gibi olgulardan ayıran husus, belli kişinin belli bir amaca yönelik olarak hedef alınması, yapılan haksızlığın sürekli, sistematik ve sık oluşudur³³.”.

Ayrıca, işyerinde yaşanan her sıkıntı, her çatışma ya da problem de psikolojik taciz teşkil etmez. TBMM Kadın ve Erkek Eşitliği Komisyonu Raporunun Önsözünde de belirtildiği üzere, çalışma yaşamı boyunca pek çok çalışan birtakım kötü ve olumsuz davranışlara, baskı ya da hakaretlere maruz kalabiliyor ve kişilik hakları zarar görebiliyor olsa da, bu davranışların tümünü psikolojik taciz olarak tanımlamak ve kabul etmek mümkün değildir³⁴. Yargıtay 9. HD. de 4.2.2014 tarih ve E. 2012/2473, K. 2014/2959 sayılı kararında, **kişilik haklarının zedelenmesine yol açan her fiilin mobbing (psikolojik taciz) anlamına gelmeyeceğine** hükmetmiştir³⁵. Yargıtay 22. HD.’nin 22.5.2014 tarih ve E. 2013/11788, K. 2014/14008 sayılı kararında ise, “Mobbingin varlığı ve kabulü için mağdurdaki psikolojik rahatsızlığın meydana gelmesi zorunlu olmadığı gibi, her psikolojik rahatsızlığın nedeni de mobbing değildir. Birçok olguda işyeri stresinin çalışanların sağlığı üzerinde mobbinge benzer etkiler oluşturduğu bilinen bir husustur. Çalışanlar üzerinde olumsuz etki yaparak, onların davranışlarını, verimliliklerini ve sosyal ilişkilerini etkileyen olgu, stres olarak tanımlanır

²⁹ SAVAŞ, s. 46-47; SAVAŞ KUTSAL, s. 6.

³⁰ SAVAŞ KUTSAL, s. 6.

³¹ İşveren Dergisi, Özel Eki, Mart-Nisan 2014, s. 18-22.

³² www.kazanci.com

³³ Yargıtay 22. HD., T. 22.5.2014 ve E. 2013/11788, K. 2014/14008 sayılı kararı, Çalışma ve Toplum, S. 46, 2015/3, s. 440.

³⁴ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf

³⁵ Çalışma ve Toplum, S. 43, 2014/4, s. 401-403.

ve rahatsızlık belirtileri birçok yerde mobbinge benzerdir. Mobbing oluşturan eylemler, mağdur üzerinde psikolojik baskı oluştursa ve bunun sonucunda bir kısım sağlık sorunlarına neden olsa da, her psikolojik baskıyı ve rahatsızlığı mobbinge bağlamak doğru değildir. Bu bağlamda, bir işyerinde yaşanan belli yoğunluktaki stres, kaba, kırıcı ve küçümseyici davranışlar, çalışanları mutsuz yapsa, onların psikolojik ve ruhsal sağlığında bozulmalar meydana getirirse de, diğer unsurlara bakılmadan mobbing olarak kabul edilmesi hatalıdır. Örneğin, nezaket ve saygının yokluğu olan işyeri kabalığı, doğal olarak kişiye bağlı, beğenilmeyen, çirkin görülen, rahatsız edici ve hoş karşılanmayan söz, tutum ve davranışlardan oluşmaktadır. Dosya kapsamındaki tanık beyanlarından, söz konusu davalı işyerinde çalışanlara karşı kaba davranıldığı, zaman zaman hakaret içerikli sözler söylendiği, bir kısım kusurlu davranışların hoş görülmediği ve çalışanların küçük düşürüldüğü anlaşılmaktadır.” demek suretiyle bu husus daha açık bir şekilde ortaya konmuş ve “Somut olayda iddia edilen haksız, kaba ve kırıcı davranışların diğer çalışanlara da yapıldığı, genel anlamda işyeri kabalığının olduğu ve çalışanların kişilik ve onurlarının rencide edildiği anlaşılmaktadır. Davaya konu olayda, unsurları itibarıyla mobbingin oluşmadığını söylemek mümkün ise de, işverenin, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiği, öte yandan kişilik haklarına yönelik saldırıyı önlemediği ve buna sebebiyet verdiği için işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davrandığı, bu durumun da işçiyi iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı verdiği kabul edilmelidir.” şeklinde bir sonuca varılmıştır³⁶.

Sonuç olarak, psikolojik tacizi; fail kim olursa olsun, (her ne kadar güdülen amaç çoğunlukla aynı olsa da) amaç ne olursa olsun işyerinde bir çalışana karşı isteyerek ve bilerek sistematik olarak uygulanan psiko-sosyal saldırı olarak tanımlamanın mümkün olduğu kanaatindeyiz³⁷.

C. Psikolojik Taciz Süreci: Sebepler-Failler, Mağdurlar ve İzleyiciler-Uygulanma Biçimleri

Bir işyerinde psikolojik tacizin meydana gelmesi çeşitli sebeplerden kaynaklanabilirse de, bu sebepler genel olarak ‘faile ilişkin’ ve ‘işyerine ilişkin’ şeklinde gruplandırılabilir. Birisini bir grup kuralını kabul etmeye zorlamak, düşmanlıktan hoşlanmak, can sıkıntısı içinde zevk arayışı, önyargıları pekiştirmek faile ilişkin dört temel sebebi oluştururken; işyerinin kültürü, yapısı ile psikolojik tacizin işletme stratejisi olarak benimsenmiş olması da işyerine ilişkin temel sebeplerdir³⁸.

İşyerlerinde kimlerin psikolojik taciz uyguladığı incelendiğinde; psikolojik taciz failin mutlaka tek bir kişi olmasının şart olmadığı, psikolojik taciz teşkil eden davranışların bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da gerçekleştirilebildiği tespit edilmektedir. Bu kişilerin ruhsal durumları ile ilgili olarak deneysel bir araştırma yapılmamış olmakla birlikte³⁹, genel olarak, paranoid, obsesif, narsistik ve anti sosyal kişilik bozuklukları taşıyanların gerek günlük yaşantılarında gerekse iş ortamında psikolojik taciz uygulamaya yatkın yapıda oldukları belirtilmektedir. Failin konumu ise bu

³⁶ Çalışma ve Toplum, S. 46, 2015/3, s. 439-440.

³⁷ SAVAŞ KUTSAL, s. 6.

³⁸ SAVAŞ, s. 9-11; SAVAŞ KUTSAL, s. 6.

³⁹ TINAZ (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 38.

noktada herhangi bir önem arz etmemekte ve işyerinde psikolojik taciz dikey veya düşey ya da yatay olarak gerçekleşebilmektedir. Bir diğer deyişle, asttan üstüne karşı, üstten asta karşı, eşit konumdaki çalışanlar arasında ortaya çıkabilmekte ve uygulanabilmektedir⁴⁰. Bununla birlikte, uygulamada en çok üstün astına uyguladığı psikolojik taciz ile karşılaşılırken, astın üstüne psikolojik taciz uygulamasına pek rastlanmamaktadır. Nitekim, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtası ile çalışanlara sağlanan yardım ve destek dahilinde 19.3.2011-6.4.2014 tarihleri arasında yapılan psikolojik taciz başvurularında şikâyet edilen merci ilk sırada % 66,79 oran ile amir, ikinci sırada % 18,43 oran ile amirler, üçüncü sırada % 6,88 ile amirler ve iş arkadaşları, dördüncü sırada % 2,65 ile iş arkadaşları iken, son sırada % 0,63 oran ile ast olmuştur⁴¹. Ayrıca belirtilmelidir ki, her ne kadar konuya ilişkin yargı kararlarında bir açıklık olmasa da, müşteri, tedarikçi, alt işveren, çalışanların eşleri, arkadaşları, aile bireyleri gibi işyerinde çalışmayan kişilerin de işyerinde bir çalışana karşı psikolojik taciz uygulayabileceği, dolayısıyla fail konumunda yer alabileceği kanısındayız⁴².

Psikolojik taciz mağdurları ise, düşünülenin aksine mutlaka kırılğan ve ya zayıf kişiler değildirler. Cinsiyet, kıdem ve hiyerarşi fark etmeksizin, herkes işyerinde psikolojik tacize maruz kalma, bir diğer deyişle mağdur olma riski altındadır. Dolayısıyla, işyerinde psikolojik tacize maruz kalmanın âdeta çalışma hayatından kaynaklanan "sosyal risk" haline geldiğini söylemek mümkündür⁴³. ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtası ile çalışanlara sağlanan yardım ve destek dahilinde 19.3.2011-6.4.2014 tarihleri arasında yapılan psikolojik taciz başvurularının sektörel dağılımı % 70 oran ile özel sektör, % 30 oran ile kamu sektörü şeklinde iken, başvuru sahiplerinin cinsiyet dağılımı kamu sektöründe % 50 kadın - % 50 erkek, özel sektörde ise % 42 kadın - % 58 erkek şeklindedir. Başvuru sahiplerinin yoğunlaştığı yaş aralığı hem kadın hem de erkek açısından aynı olup 29-33 yaş aralığı iken, eğitim seviyeleri açısından kamu sektöründe lisans, özel sektörde ise lise mezunları ilk sırada yer almak-

⁴⁰ SAVAŞ, s. 12-15; SAVAŞ KUTSAL, s. 6.

⁴¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s. 36, 40, http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing

⁴² SAVAŞ, s. 15; SAVAŞ KUTSAL, s. 6; ARSLAN ERTÜRK, s. 294, 333. Psikolojik tacizin faillerinin işveren ile işverenin bir diğer işçisinin olabileceği görüşünde bkz. Fuat BAYRAM, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) (Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 20.12.2006 T., 2006/19 E., 2006/625 K. Sayılı Kararı)", Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C. 2, S. 3, İstanbul Mayıs 2007, s. 98-99; BAYRAM, İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri, s. 75; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 403; S. Alp LİMONCUOĞLU, "İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan I, C. 15, Özel Sayı, İzmir 2014, s. 555; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU/Muhittin ASTARLI/Ulaş BAYSAL, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014, s. 711-712. ŞEN, s. 60; TINAZ (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 7.

⁴³ Canan ÜNAL, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 10, S. 37, İstanbul 2013, s. 17; SAVAŞ KUTSAL, s. 6.

tadır⁴⁴. Yine de, çalışkan ve dürüst bireylerin, yaratıcılıkları yüksek olan çalışanların, zorunlu çalışma nedeniyle işe alınmış engelli veya çalışma yeteneği düşük olan bireylerin, kültür, cinsiyet, etnik vb. yönlerden farklı olan çalışanların, yabancıların⁴⁵, kısacası işyeri sınırları içerisinde herhangi bir açıdan farklılığa sahip olanların psikolojik tacize maruz kalma olasılıklarının daha fazla olduğu belirtilmektedir⁴⁶.

Psikolojik taciz sürecinde, fail (ler) ile mağdur dışında yer almakla beraber izleyici olarak rol alanlar da mevcuttur. Bu kişiler, çoğunlukla sürece doğrudan doğruya karışmamakla beraber bir şekilde süreci algırlar, yansımalarını yaşarlar ve fakat olan bitenler karşısında susmayı tercih ederler. Kimi zaman ise, izleyiciler de sürece katılırlar⁴⁷.

Psikolojik taciz süreci dahilinde uygulanan, dolayısıyla maruz kalınan davranışlar da oldukça çeşitlidir. Doktrinde, işçinin kendini göstermesinin engellenmesi, sözünün kesilmesi, yüksek sesle azarlanması, sürekli eleştirilmesi, iş ortamında yokmuş gibi davranılması, çalışanların ve işverenlerin onunla konuşmaması, yani iletişimin kesilmesi, fikirlerine itibar edilmemesi, hakkında asılsız söylenti çıkarılması, hoş olmayan imalara maruz kalması, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız-mantıksız ya da imkânsız işler verilmesi, ağır işler verilmesi, sürekli fazla çalışma yapmasının istenmesi, sürekli yerinin değiştirilmesi, fiziksel şiddet tehdidi yapılması, cinsel tacizde bulunulması, alaya alınması, yapılan yanlışlıklardan sorumlu tutulması, birbiriyle çelişkili kurallara itaat ettirilmesi, sürekli başarısının olduğundan az gösterilmesi, küfredilmesi, enforsyonların ve kaynakların gizlenmesi, sorumluluklarının kaldırılması, telefonla ya da e-posta yoluyla rahatsız edilmesi en sık karşılaşılan psikolojik taciz davranışları olarak belirtilmektedir⁴⁸. ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtası ile çalışanlara sağlanan yardım ve destek dahilinde 19.3.2011-6.4.2014 tarihleri arasında yapılan psikolojik taciz başvurularının şikâyete dönüşme sebepleri; % 22,99 oran ile iş yükünün artması, % 14,93 oran ile ceza verilmesi, %13,71 oran ile iş yapmasına engel olma, % 11,41 oran ile performans, % 10,58 oran ile iletişim kesilmesi, % 10,18 oran ile tehdit, % 7,84 oran ile iş akdinin sonlandırılması, % 5,94 oran ile iş verilmemesi, % 2,41 oran ile özel hayatın gizliliği olarak belirlenmiştir⁴⁹.

Yargıya intikal eden olaylarda ise, bir çalışanın kendisi ile ilgili problem çıkmasını önlemek adına bir alt görevde çalışmayı kabul ederek görevini yerine getirirken işyerinde amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağırarak iş yapmasını söylemeleri, telefonla konuşurken konuşmasına aldırılmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağırılarak “sen bu işi beceremiyorsun.” gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalması⁵⁰, 56 yaşındaki evli kadın avukatın 14

⁴⁴ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s. 36, 38, http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing

⁴⁵ TINAZ (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 43.

⁴⁶ SAVAŞ, s. 16-17; SAVAŞ KUTSAL, s. 6.

⁴⁷ SAVAŞ, s. 17-18; TINAZ (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 49.

⁴⁸ SAVAŞ, s. 19-21; SAVAŞ KUTSAL, s. 7; ŞEN, s. 53; ARSLAN ERTÜRK, s. 298-299; Murat AKI, “Mobbing (Psikolojik Terör) Tanımı ve Türleri, Türk ve Karşılaştırmalı Hukukta Yeri”, Sicil, S. 21, İstanbul Mart 2011, s. 87-88.

⁴⁹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s. 36, 40, http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing

⁵⁰ Yargıtay 9. HD., T. 30.5.2008 ve E. 2007/9154, K. 2008/13307 sayılı karar, www.kazanci.com

yıl aralıksız olarak bankanın İstanbul işyerinde çalıştıktan sonra Adana ve farklı illerde kısa sürelerle 9 ay boyunca ve 30 kez yer değiştirmek suretiyle görevlendirilmesi⁵¹, amiri konumundaki çalışanın zaman zaman bağırması ve kişinin bayılması üzerine hastaneye götürülmesine karşı çıkılması⁵², işçinin dövülmesi, rapor sonrası işe geldiğinde huzursuz edilmesi⁵³, kesinleşen işe iade kararı üzerine tekrar işe başlatılan işçinin daha önce çalıştığı yerde çalıştırılmayıp, keşif sırasında çekilen fotoğraflara ve dosya kapsamına göre kapısı olmayan, içerisinde sadece bir masa ve hijyenik olmayan tuvalet bulunan, köpek kulübesine yakın bir yerde çalışmaya zorlanması⁵⁴, işçinin yaptığı bir tanıklıktan dolayı çalışmakta olduğu işyerinde farklı muameleye maruz kalması, savunmasının alınması, yazılı muvafakati alınmaksızın çalışmakta olduğu yerin değiştirilmesi, işyerinde çalışan bir şoförle aralarında bir ilişki olduğu yolunda doğruluğu ispatlanamayan bir kısım asılsız isnatlara maruz bırakılması⁵⁵, işyerinde uzun süredir müdür statüsünde çalışan kişinin yerine son dönemlerde işyerindeki yeniden yapılandırma sonucu yeni bir mühendisin istihdam edilerek yetkilerinin elinden alınması ve bu şekilde huzursuz edilmesi⁵⁶ psikolojik taciz olarak değerlendirilmiştir.

Aslında tek tek ele alındığında bu davranışların bir kısmı uygarlık dışı ve kabul edilemez bulunabilir, bir kısmı ise bir kez için hoş görülebilir ya da davranışı yapanın o gün kötü gününde olduğu varsayılarak anlayışla karşılanabilir. Fakat bu gibi davranışlar sürekli-sistemik olarak ve değişik şekillerde uygulandıklarında kasıtlı bir hal alır ve kişiyi terörize eder. Diğer yandan, cinsel taciz, tehdit, hakaret gibi bir kısmı da Türk Ceza Kanunu'nda ayrıca suç olarak düzenlenmiş davranışlar olup, bir kere bile yapılması kişiyi olumsuz etkiler⁵⁷.

Psikolojik taciz sürecinde karşılaşılan davranışlardan görev yeri değişikliği hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.9.2013 tarih ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararında; "*Davalı işveren, yapılan görevlendirmenin olağan bir uygulama olduğu ve diğer benzer durumda çalışanlara da uygulandığı yönünde bir savunma getirmedigi gibi, davacının risk tasfiye ekibi içinde tek avukat olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Bankanın diğer avukatlarının aynı dönemde benzer şekilde görevlendirildikleri ileri sürülmüş ise de bu husus kanıtlanmış değildir. Davacının iş sözleşmesinin feshi öncesinde 9 aylık sürede gerçekleşen görevlendirmelerin hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı da somut biçimde ortaya konulmamıştır*"⁵⁸. demek suretiyle, aslında işveren tarafından olağan bir uygulama olduğunun ve diğer benzer durumlarda çalışanlara da uygulandığı-

⁵¹ Yargıtay HGK., T. 25.9.2013 ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararı, www.kazanci.com

⁵² Yargıtay 9. HD., T. 1.4.2011 ve E. 2009/8046, K. 2011/9717 sayılı kararı, www.kazanci.com

⁵³ Yargıtay 9. HD., T. 14.3.2008 ve E. 2008/3122, K. 2008/4922 sayılı karar, ÇİL, s. 477-478.

⁵⁴ Yargıtay 9. HD., T. 5.4.2012 ve E. 2010/1911, K. 2012/11638 sayılı kararı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s. 25-26, http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing

⁵⁵ Yargıtay 9. HD., T. 27.12.2012 ve E. 2010/35500, K. 2012/44486, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s. 26, http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing

⁵⁶ Yargıtay 9. HD., T. 18.3.2010 ve E. 2008/22535, K. 2010/7225 sayılı kararı, legal-bank.net

⁵⁷ SAVAŞ, s. 19; SAVAŞ KUTSAL, s. 7.

⁵⁸ www.kazanci.com

nın ve iddia sahibinin hangi ihtiyaçlar doğrultusunda görevlendirmelere maruz kaldığını ispatlanması halinde görev yeri değişikliklerinin psikolojik taciz teşkil etmediğini belirtmiştir⁵⁹. Bu nedenle, ilk önce hangi tarihlerde ve hangi sıklıkla işyeri ya da görev değişikliklerin yapıldığının ortaya konması, sonrasında da bu değişikliklerin psikolojik taciz unsuru taşıyıp taşımadığının tespiti gerekmektedir⁶⁰.

II. TÜRK HUKUKUNDA PSİKOLOJİK TACİZ

A. Psikolojik Tacizin Hukuka Aykırılığının Normatif Dayanakları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi psikolojik taciz olgusunu detaylı bir şekilde ele alıp incelediği ilk kararı olan 30.5.2008 tarih ve E. 2007/9154, K. 2008/13307 sayılı kararında⁶¹, belki de kararın önemine binaen, ilk derece mahkemesinin kararına (Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 20.12.2006 tarih ve E. 2006/19, K. 2006/625 sayılı kararı) da aynen yer verilmiş olup, söz konusu kararda "MK 2. maddesine ilişkin iyiniyet kuralları, 4857 sayılı yasanın işverenin çalışanlara eşit davranmasına ilişkin olgular birlikte değerlendirildiğinde işverenin işçisini koruma-gözetme sorumluluğunun bulunduğu açıktır." demek suretiyle açık bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığı bu dönemde psikolojik tacizin hukuka aykırılığının normatif dayanakları ortaya konmuştur.

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte ise, bu konuda önemli bir gelişme meydana gelmiştir. Her ne kadar TBK md. 417'ye ilişkin madde gerekçesi "818 sayılı Borçlar Kanununun 332 nci maddesini karşılamaktadır." ifadesi ile başlıyor olsa da, yukarıda da belirttiğimiz üzere, md. 417/I mevzuatımızda açıkça psikolojik tacize yer veren ilk, dolayısıyla yeni bir düzenlemedir⁶². Böylelikle, çalışanlarını cinsel tacizin yanı sıra psikolojik tacizden korumanın da işverenin gözetme borcu kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Nitekim bu gelişme Yargıtay HGK.'nin 25.9.2013 tarih ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararında, "(...) Önceleri özel bir düzenleme olmasına rağmen, çalışanların maruz kaldıkları psikolojik taciz, hizmet sözleşmesinin taraflara yükledikleri borçlar ve ödevler kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre, psikolojik taciz eylemi, işverenin işçiyi koruma (gözetme) ve eşit davranma borçlarına aykırılık oluşturmaktadır. Bunun yanında, psikolojik taciz aynı zamanda, işçinin kişilik haklarına da müdahale niteliği taşıması dolayısıyla, buna ilişkin hukuki yolların da kullanılması gündeme gelebilir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi kapsamında işçinin, işgörme yükümlülüğü çerçevesinde maruz kalacakları tehlikelere karşı işverenin gerekli tedbirleri alması gerektiği düzenlenmişti. Bu düzenleme ise, işverenin işçiyi koruma (gözetme) borcunun temelini oluşturmuyordu. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise, bunun yerine "İşçinin Kişiliğinin Korunması" başlıklı 417 ve devamı maddelerini getirmiştir. Bu maddenin getirdiği yenilik, psikolojik taciz terimine açıkça yer vermiş olması ve işçinin kişiliğinin korunmasını yoruma yer ver-

⁵⁹ SAVAŞ KUTSAL, s. 7.

⁶⁰ Yargıtay 9. HD., T. 15.10.2009 ve E. 2008/10408, K. 2009/26968 sayılı kararı, www.kazanci.com

⁶¹ www.kazanci.com

⁶² Tankut CENTEL, Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Sicil, S. 24, İstanbul Aralık 2011, s. 14.

meyecek biçimde özel olarak düzenlemesidir. (...) ⁶³ şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay 9. HD.'nin 12.2.2013 tarih ve E. 2010/38293, K. 2013/5390 sayılı kararında bu duruma ilişkin olarak "(...) Diğer yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77'nci maddesinin 1'nci fıkrası hükmü uyarınca, işverenler, işyerlerinde işçi sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü tedbiri almak ve bu tedbirlere ilişkin araç ve gereçleri eksiksiz olarak bulundurmaları zorundadır. Söz konusu maddenin 2'nci fıkrasına göre ise, işyerinde alınan işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek; işçileri, mesleki riskler, bu risklere karşı alınacak önlemler ve haiz oldukları hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirmek ve işçilere işçi sağlığı ve iş güvenliği eğitimi vermek de işverenin bu kapsamdaki sorumlulukları arasındadır. İşverenin işçi sağlığı ve iş güvenliğini sağlama yükümlülüğü, psikolojik tacizi önleme yükümlülüğünü de içermektedir. İşverenin gözetim borcu gereği, işçilerin fiziksel olduğu kadar psikolojik sağlığını koruma yükümlülüğünün de bulunduğu konusunda hiçbir duraksamaya düşülmemelidir.

01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu 417. maddesi Türk Hukukunda mobbingle ilgili ilk yasal düzenlemedir. (...)

Dava konusu olayla bağlantılı olarak aynı kanununun 58. maddesi manevi tazminatın koşullarını da açıklamıştır. (...) ⁶⁴ denmiştir.

Yer verilen yargı kararları da ortaya koyduğu üzere; psikolojik taciz sürecinin hukuka aykırılığının normatif dayanaklarını işverenin gözetme borcu, eşit davranma borcu (eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı) ve dürüstlük kuralı teşkil etmektedir.

İşyerinde psikolojik taciz buna maruz kalan kişinin her zaman psikolojik sağlığına kimi zaman da hem psikolojik hem de fiziksel sağlığına zarar veren bir süreçtir. Bu boyutu itibari ile de psikolojik taciz bir iş sağlığı ve güvenliği meselesidir⁶⁵. İşte bu nedendir ki, psikolojik taciz işverenler açısından gözetme borcu kapsamında değerlendirilen bir meseledir. Şöyle ki, her ne kadar işverenin gözetme borcu geniş kapsamlı bir borç olsa ve kapsamı mevzuat hükümlerinin yanı sıra dürüstlük ve iyiniyet kuralları ile belirleniyor ve sınırları çiziliyor olsa da söz konusu borcun önemli bir kısmı işçi sağlığının korunması ve güvenliğinin sağlanması hususunda kendini göstermektedir⁶⁶.

İşverenin iş sözleşmesinden doğan bir diğer borcu da, eşit davranma borcudur. Anayasa 10. maddede düzenlenen eşitlik ilkesinin İş Hukukundaki görünüm biçimi olan bu borç, İş Kanunu 5. maddesinde "eşit davranma ilkesi" başlığı altında "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

⁶³ www.kazanci.com

⁶⁴ İşveren Dergisi, Özel Eki, Mart-Nisan 2014, s. 18-22.

⁶⁵ Ahmet SEVİMLİ, "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Çalışma ve Toplum, S. 36, 2013/1, s. 123; Lütfi İNCİROĞLU, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükleri", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 13, S. 1, 2013, s. 106; BAYRAM, İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri, s. 72-73.

⁶⁶ SÜZEK, s. 400 vd.; ARSLAN ERTÜRK, s. 300.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.” şeklinde hüküm altına alınmıştır⁶⁷. İşyerinde psikolojik taciz, ancak işveren tarafından ayrımcılık yapma saiki ile gerçekleştirilmesi, bir diğer deyişle psikolojik tacizin ayrımcılığı gerçekleştirmenin aracı olarak kullanılması durumunda eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olacaktır⁶⁸.

Türk Medeni Kanunu (“TMK”) 2. maddede “Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” şeklinde düzenlenen dürüstlük kuralı iş ilişkisinde de uygulama alanı bulan bir kuraldır. İşveren özellikle yönetim hakkını kullanırken veya gözetme borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralına da uygun davranmalıdır⁶⁹. Oysaki, işyerinde bir çalışanına psikolojik taciz uygulayan işveren, yönetim hakkını sırf ona zarar vermek, onu güç duruma sokmak, böylece işten uzaklaşmasını sağlamak amacı ile kullanmış olduğundan bu hakkını kötüye kullanmış olmaktadır⁷⁰.

B. İşverenin Yükümlülükleri

İşverenin gözetme borcunun yasal dayanaklarını İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (“İSGK”) md. 4 ile TBK md. 417 (ila 419) hükümleri oluşturmaktadır.

İSGK 4. madde düzenlemesi gereğince, “(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayatı ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.

⁶⁷ Belirtilen maddelerin yanı sıra, Anayasa md. 55 ve 70, İş Kanunu md. 12 ve 13, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu md. 25’te de eşit davranma ilkesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. SAVAŞ, s. 29.

⁶⁸ SAVAŞ, s. 110; SAVAŞ KUTSAL, s. 9; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 712. Karş. SEVİMLİ, s. 114, 125, 141.

⁶⁹ ARSLAN ERTÜRK, s. 306-307; BAYRAM, s. 104-105; ULUSOY, s. 146.

⁷⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 712; BAYRAM (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 119-120.

(2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez.

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtmaz.”. Sadece işçilerin değil, neredeyse tüm çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamaya amaçlayan Kanunun⁷¹ bu hükmü gereğince işverenler gerekli her türlü önlemi almakla yükümlüdürler.

“İşveren, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” şeklindeki TBK md. 417/1 düzenlemesi ise, işverene işçilerin işyerlerinde psikolojik ve cinsel tacizden korunmalarını sağlamaya yönelik iki aşamalı bir yükümlülük getirmektedir.

Buna göre, işveren öncelikle işyerinde ahlaka uygun bir düzen sağlayarak işçilerinin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları için gerekli her türlü önlemi almakla ve bu tür davranışlara göz yummamakla yükümlüdür. Madde gerekçesinde bu önlemlere örnek olarak, işçilerin derhal yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurmak, güvenlik personeli bulundurmak gösterilmiştir. Doktrinde ise, işyerinde konu ile ilgili iletişim açıklığının sağlanması, işyerinde doğru işleyen bir şikâyet mekanizmasının kurulması, işverenin işyerinde bu konudaki hassasiyetini hissettirmesi, soruşturma yapılması, işyeri iç yönetmeliklerinde veya disiplin yönetmeliklerinde konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmesi, her türlü hiyerarşik düzeyde sorumluluk tesis edilmesi, işçilere bu konuda eğitim verilmesi, işyerinde bu konuda bilinç yaratılması, bir psikolojik taciz olgusunun gerçekleşme ihtimalini ya da var olup olmadığını ortaya koymaya yönelik memnuniyet anketleri ile araştırma yapılması ve bu anketlerin yorumlanmasında uzman kişilerden destek alınması işverence ilk aşamada alınması gereken tedbirlere örnek olarak verilmiştir. Alınan her türlü önleme rağmen işyerinde psikolojik tacizin yaşanması halinde ise, işverenin mağdurun daha fazla zarar görmemesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Bu bağlamda, işverenin psikolojik taciz fail veya faillerini ikaz etme-

⁷¹ Kanunun “Kapsam ve İstisnalar” başlıklı 2. maddesi,

“(1) Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.

(2) Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz:

a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri.

b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri.

c) Ev hizmetleri.

ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar.

d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri.

e) (...)” şeklindedir. Md. 3/1-b düzenlemesi uyarınca da çalışan; “kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi”dir. Dolayısıyla, sadece işçiler değil, çırak, stajyer, memur, sözleşmeli personel, geçici personel statüsünde çalışanlar vb. de bu Kanunun kapsamındadırlar.

si, ihtar etmesi, fail ya da mağdur işçilerin yerlerini değiştirmesi, hatta tüm önlemler sonuç vermezse fail işçinin iş sözleşmesini feshetmesi söz konusu olabilir. Ancak, işverenin bu ikinci aşamadaki önlemlere başvurabilmesi için işyerinde meydana gelen psikolojik taciz olaylarından haberdar olması gerekmektedir⁷².

Belirtilen şekildeki yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren gözetme borcuna aykırı davranmış olacaktır. Bu durumda işverenin gündeme gelecek sorumluluğunun hukuki temeli de anılan maddenin 3. fıkrasında belirtilmiştir. Söz konusu fıkra uyarınca, *“İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”* Bununla birlikte, söz konusu hüküm ile mağdurun işvereni haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutabilmesi olanağı ortadan kalkmamış, dolayısıyla sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun yarışması sona ermemiş, sadece davacıya daha avantajlı bir konum sunan sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanma olanağı açıkça pozitif düzenlemede belirtilmiştir⁷³.

C. Mağdurların Başvurabilecekleri Hukuki Yollar

Psikolojik taciz sürecinin bizatihi kendisi hukuka aykırı olup⁷⁴, mağdurun kişilik haklarını ihlal eder. Bununla birlikte, yargı kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere, psikolojik tacizin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek yoktur, kişilik haklarına yönelik haksızlık gerekli ve yeterlidir⁷⁵. Kişilik hakları ile sağlığın ağır saldırıya uğraması ise, psikolojik tacizin varlığının tartışmasız kabulünü gerektirmektedir⁷⁶.

Türk Medeni Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nun kişiliğin korunması- na ilişkin genel düzenlemeleri; TMK md. 23-25, TBK md. 27/I ve 58'dir. TMK md. 23 ve TBK md. 27/I, kişinin kendi hukuki işlemleri ile kişilik değerlerini başkalarının müdahalesine açabilme sınırını belirler iken, TMK md. 24, 25 ve TBK md. 58 kişisel değerlere yönelen hukuki işlem dışı saldırı ile müdahalelere karşı koruma sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir⁷⁷.

Bu bağlamda psikolojik taciz mağduru işçi, TMK md. 25'te düzenlenen ve “koruyucu” veya “kişilik hakkını koruyan özel” davalar olarak nitelendirilen davaları somut olayın özellikleri elverdiği ölçüde açabilecektir.

⁷² ARSLAN ERTÜRK, s. 303; Nuri ÇELİK/Nurşen CANIKLİOĞLU/Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 27. Bası, İstanbul 2014, s. 211; Hediye ERGİN, “Oldukça eski, fakat yeni ifade edilen bir olgu: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 249, 252-259; SEVİMLİ, s. 122-123; ÜNAL, s. 47-48; SAVAŞ KUTSAL, s. 8.

⁷³ Aynı görüşte bkz. SEVİMLİ, s. 134; ÜNAL, s. 52-53.

⁷⁴ BAYRAM, İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri, s. 77; ARSLAN ERTÜRK, s. 299.

⁷⁵ Yargıtay 22. HD., T. 27.12.2013 ve E. 2013/693, K. 2013/30811 sayılı kararı, www.kazanci.com

⁷⁶ Yargıtay 9. HD., T. 1.4.2011 ve E. 2009/8046, K. 2011/9717 sayılı kararı, www.kazanci.com; Yargıtay 7. HD., T. 8.5.2014 ve E. 2014/1345, K. 2014/10208 sayılı kararı, legalbank.net

⁷⁷ K. Ahmet SEVİMLİ, “İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum, S. 24, 2010/1, s. 297; SEVİMLİ, s. 134-135.

TMK 25. madde düzenlemesi uyarınca, “Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltilmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.”

Bu düzenlemede yer alan kişilik hakkına yönelik saldırı tehlikesini önleme davası; kişiliğe tecavüzün henüz başlamadığı ve fakat tecavüz tehdidinin bulunduğu hallerde açılan bir dava olup failin davranışını yasaklayarak mağduru gelecekte gerçekleşecek tecavüzden korumayı amaçlamaktadır. Oysaki, psikolojik taciz belli bir süreye yayılan ve tekrar edilen davranışlardan oluşan bir süreç olduğundan, bir diğer deyişle birden çok hareketin bulunmasına rağmen tek bir tecavüz söz konusu olduğundan bu davanın açılabilme olanağı oldukça sınırlıdır. Sadece psikolojik taciz mağdurunun sözleşmesi geçersiz bir şekilde feshedilmesi üzerine mahkemece verilen işe iade kararı üzerine işyerinde çalışmaya başlaması halinde ve şartları varsa bu davanın açılacağı doktrinde belirtilmektedir⁷⁸. Tecavüzün durdurulması davası ise, başlamış ve devam eden bir tecavüzü sona erdirmek amacı ile açılan bir dava olduğundan, psikolojik taciz mağdurunun oluşan durumu sona erdirmek adına açabileceği bir davadır. Bu iki davanın uzantısını teşkil eden ve onları tamamlayan sona ermiş bir tecavüzün hukuka aykırılığının tespiti davası ise özel bir tespit davası olup, psikolojik taciz mağdurunun başvurabileceği bir diğer hukuki yolu oluşturmaktadır. Zira, psikolojik taciz süreci içerisinde yaşanan olayların mağdurda bıraktığı etkiler ile bu olaylar nedeniyle mağdurda meydana gelen değişiklikler psikolojik taciz sona erse bile devam edecektir⁷⁹. Söz konusu davalar; psikolojik tacizi gerçekleştiren kişinin kendisine karşı açılacağı gibi bunu önleyebilecek veya son verebilecek konumda olan işverene karşı da açılabilir. Bir diğer deyişle, işyerinde psikolojik tacizin failinin işveren olmadığı durumlarda bile bu davaların işverene yöneltilmesi mümkündür. Zira, söz konusu davalar bakımından davalının kusurlu olması şart değildir⁸⁰.

Davacı konumundaki mağdurun ayrıca düzeltilmenin veya kararın 3. kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde bulunması da mümkündür. Zira,

⁷⁸ BAYRAM (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 106-107; ARSLAN ERTÜRK, s. 318.

⁷⁹ SAVAŞ, s. 106-107; SAVAŞ KUTSAL, s. 8-9; BAYRAM (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 109.

⁸⁰ SEVİMLİ, Karar İncelemesi, s. 299-300, 302-303; SEVİMLİ, s. 135; BAYRAM (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 105.

Doktrinde bir görüş, işçinin kişiliğine yönelen tehlikenin iş sağlığı ve güvenliği bağlamında ciddi ve yakın nitelikte olduğu durumlarda, saldırı tehlikesini önleme ile tecavüzün durdurulması davalarını açmadan önce İSGK md. 13'te düzenlenen özel hüküm niteliğindeki sürecin izlenmesinin daha isabetli olduğu yönündedir. Bkz. SEVİMLİ, s. 135-136.

mağdur psikolojik taciz nedeniyle sarsılan itibarını ancak bu yolla geri kazanabilir⁸¹.

Psikolojik taciz mağduru işçi, TMK md. 25/III ve TBK md. 49, 54, 56, 58 düzenlemeleri uyarınca uğradığı zararların karşılanması amacıyla manevi veya maddi tazminat davası da açabilir. Bu davaların da psikolojik tacizi gerçekleştiren kişinin kendisinin dışında bunu önleyebilecek veya son verebilecek konumda olan işverene karşı açılması mümkündür⁸². Yaşadığı psikolojik taciz veya buna gösterdiği tepki nedeniyle onur kırıcı veya arkadaşları arasındaki saygınlığını zedeleyici davranışlara maruz kalması, iş sözleşmesinin kötü niyetli veya geçersiz ya da haksız feshedilmesinden başka feshin işyerinde herkesin önünde onurunu kırıcı, itibarını zedeleyici tarzda yapılması ya da haksız birtakım isnatlarda bulunulması gibi durumlarda işçinin manevi bir zararı oluşmaktadır. Dolayısıyla, somut olayın koşulları nazara alınmak suretiyle hâkim, manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesine hükmedebileceği gibi başka bir giderim biçimine de hükmedebilir veya manevi tazminata ekleyebilir, özellikle psikolojik tacizi kınayan bir karar verebilir ve bunun yayınlanmasına hükmedebilir⁸³.

Yüksek Mahkeme de kararlarında psikolojik taciz mağdurunun yararına uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır⁸⁴. Bu bağlamda, Yargıtay 9. HD. psikolojik taciz olgusunu detaylı bir şekilde ele alıp incelediği ilk kararı olan 30.5.2008 tarih ve E. 2007/9154, K. 2008/13307 sayılı kararında davalı işvereni 1.000.-TL. manevi tazminata mahkûm etmiştir⁸⁵. Aynı Dairenin 4.2.2014 tarih ve E. 2012/2473, K. 2014/2959 sayılı bir başka kararında ise, her ne kadar yaşanan olayın psikolojik taciz oluşturmadığı sonucuna varılmışsa da, kişilik haklarının zedelenmesi ve manevi zarara uğranılması nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilen 25.000.-TL. manevi tazminat miktarının "(...) davacıya karşı işyerinde ika edilen eylemler ve 2 günlük işten kalmaya dair rapor dikkate alındığında olay tarihine göre hükmedilen manevi tazminat miktarı yüksektir. Davacı işçi dava dilekçesinde olay tarihinde 250.-TL. maaşla çalıştığını açıklamıştır. Davalı işveren net maaşının 175.-TL. olduğunu belirtmiştir. Mahkemece ücretle ilgili olarak tam bir tespit yapılmamışsa da her iki durumda da kabul edilen 25.000.-TL. manevi tazminat rakamı işçinin ücreti ile kıyaslandığında yüksek (...) olduğu belirtilmek suretiyle daha düşük bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır⁸⁶. Oysaki, psikolojik taciz nedeniyle oluşan zararlar çoğu zaman manevi niteliktedir. İşte bu nedenden dolayıdır ki, doktrinde manevi tazminat davaları sonucu hükmedilecek maddi tutarın düşük değil, caydırıcı nitelik taşıması gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur⁸⁷.

⁸¹ BAYRAM (TINAZ/BAYRAM/ERGİN), s. 107.

⁸² SEVİMLİ, s. 136.

⁸³ SAVAŞ KUTSAL, s. 9.

⁸⁴ Yargıtay HGK., T. 25.9.2013 ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararı, www.kazanci.com

⁸⁵ www.kazanci.com

⁸⁶ www.kazanci.com

⁸⁷ Bu görüşte bkz. S. Alp LİMONCUOĞLU, "İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 105, Ankara Mart- Nisan 2013, s. 67; ÜNAL, s. 67.

Maddi tazminat davası dahilinde talep edilebilecek maddi zararlar ise, maruz kalınan olayların özelliklerine göre farklılık gösterecek olsa da, işçinin beden ve ruh bütünlüğünü sağlamak için yaptığı tedavi ve ilaç masrafları, çalışma gücünün yitirilmesi, iktisadi geleceğinin sarsılmasına ilişkin zararlar biçiminde olabilir⁸⁸. Bununla birlikte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuya ilişkin bir kararında, psikolojik taciz uygulamalarının doğrudan bir sonucu olan ve varsayıma dayanmayan gerçek zararın maddi tazminat olarak talep edilebileceği açıkça belirtilmiştir⁸⁹.

Belirtilen düzenlemelerin dışında, işverenin ayrımcılık yapma saiki ile psikolojik taciz uygulaması, bir diğer ifade ile psikolojik tacizi ayrımcılığı gerçekleştirmenin bir aracı olarak kullanılması durumunda, eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, mağdur işçi İş Kanunu md. 5 düzenlemesine başvurabilecek ve işverenden 4 aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatı ile yoksun bırakıldığı haklarını isteyebilecektir⁹⁰. Buradaki tazminat götürü bir nitelik taşımaktadır⁹¹.

Psikolojik taciz mağduru işçinin başvurabileceği hukuki yollardan bir diğeri, iş görme borcunu ifadan, yani çalışmaktan kaçınmaktır. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, TBK md. 408 ile İSGK md. 13 hükümlerinde düzenlenmiştir.

TBK md. 408 gereğince, *“İşveren, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kısıtlamasıyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.”* Yer verilen düzenleme uyarınca, işverenin işçisine hem fiziksel hem de ruhsal sağlığı açısından iş sağlığı ve güvenliğine uygun bir çalışma ortamını sağlamaması, bunun için gerekli önlemleri almaması ve işçinin sağlığına uygun bir iş vermemesi halleri işverenin temerrüdü kapsamında değerlendirildiğinden ve işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı tanındığından, işyerinde psikolojik tacize uğrayan işçi de kendisine uygun çalışma ortamı sağlanana kadar çalışmaktan kaçınma hakkına sahip olacaktır⁹².

İSGK 13. maddenin ilk 3 fıkraya düzenlemesi ise, *“(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.*

⁸⁸ SAVAŞ, s. 107-109; SAVAŞ KUTSAL, s. 9.

⁸⁹ Yargıtay HGK, T. 25.9.2013 ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararı, www.kazanci.com

⁹⁰ SAVAŞ, s. 109-111; SAVAŞ KUTSAL, s. 9; Ali GÜZEL/Emre ERTAN, “İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum, S. 16, 2008/1, s. 164-165, 167; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 211; ARSLAN ERTÜRK, s. 304 -305, 313; ÜNAL, s. 61-62; LİMONCUOĞLU, s. 66.

⁹¹ Doktrinde bir görüş, işçinin uğradığı zararın ayrımcılık tazminatından fazla olduğu durumda münzam zarar karşılığı maddi tazminat ve ayrıca manevi tazminatın talep edilebileceği, bu görüşün benimsenmemesi halinde ise ayrımcılık tazminatına tavandan karar verilmesi gerektiği yönündedir. Bkz. SEVİMLİ, s. 140.

⁹² SAVAŞ KUTSAL, s. 9.

(2) *Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınuncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.*

(3) *Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.”* şeklindedir. İşyerinde maruz kalınan psikolojik taciz de kişinin ruhsal veya fiziksel sağlığını bozacak nitelikte ciddi ve yakın bir tehlike olduğundan, mağdur işçi kendisine uygun çalışma ortamı sağlanuncaya kadar bu düzenlemede öngörüldüğü şekilde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir⁹³.

Belirtilenlerin dışında, işçinin maruz kaldığı psikolojik taciz nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi ve İş Kanunu 26. maddenin 3. fıkrası hükmü gereği tazminat istemesi de mümkündür. Çünkü, tıpkı cinsel taciz gibi psikolojik taciz de ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerden biridir⁹⁴. Nitekim, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında psikolojik taciz iş sözleşmesinin feshinde haklı neden olarak kabul görmektedir. Bununla birlikte, söz konusu kararlarda dikkati çeken husus; psikolojik tacizin sadece haklı fesih nedeni teşkil ettiğine açıkça yer verilmesi, kimi zaman dolaylı da olsa İş Kanunu md. 24/II dahilinde yer alan “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”nden olduğunun ifade edilmesi, fakat özel olarak hangi fıkraya kapsamında değerlendirildiğine hiç değinilmemesidir⁹⁵. Bu noktada belirtilmelidir ki, işverenin psikolojik tacizin faili olmadığı durumlarda, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için işvereni yaşananlardan haberdar etmiş ve buna rağmen herhangi bir önlem alınmamış olmalıdır.

Diğer yandan, İş Kanunu 26. madde uyarınca, “24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fülün gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz.” Bu düzenleme karşısında, psikolojik taciz mağduru işçinin de fesih hakkını psikolojik taciz teşkil eden davranışları öğrenmesinden itibaren 6 iş-

⁹³ SAVAŞ KUTSAL, s. 9. Psikolojik tacizin her durumda işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığını bozucu yakın, acil ve hayati bir tehlike olarak nitelendirilemeyeceği, bu unsurların varlığının her taciz olayında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği görüşünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 712.

⁹⁴ SAVAŞ, s. 112-115; SAVAŞ KUTSAL, s. 9-10.

Doktrinde bir görüş, İş Kanunu'nun işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshine ilişkin md. 24/II-a ve 24/II-d düzenlemeleri ile işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshine ilişkin md. 25/II-c düzenlemelerinin psikolojik tacize açıkça yer verir şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği yönündedir. Bkz. GÜZEL/ERTAN, s. 168-169.

⁹⁵ LİMONCUOĞLU, Karar İncelemesi, s. 562; LİMONCUOĞLU, s. 74-75, 86; SAVAŞ KUTSAL, s. 10.

Bkz. Yargıtay 9. HD., T. 4.11.2010 ve E. 2008/37500, K. 2010/31544 sayılı kararı; Yargıtay 9. HD., T. 1.4.2011 ve E. 2009/8046, K. 2011/9717 sayılı kararı, www.kazanci.com; Yargıtay 9. HD., T. 18.3.2010 ve E. 2008/22535, K. 2010/7225 sayılı kararı, legalbank.net; Yargıtay 9. HD., T. 27.12.2012 ve E. 2010/35500, K. 2012/44486, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s.26, http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing

günlük ve her halde olayın meydana gelmesinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süreler içerisinde kullanılması gerekir. Bununla birlikte, davalı işveren tarafından 6 işgünlük hak düşürücü süreden sonra fesih hakkının kullanıldığının savunulduğu bir uyuşmazlıkta Yargıtay, "(...) *temadi eden ve sonuçları itibarıyla bir nevi mobbinge dönüşen eylemler karşısında 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden de bahsedilemez*"yeceğine hükmetmiştir⁹⁶. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, psikolojik taciz belli bir süreye yayılan ve tekrar edilen davranışlardan oluşan bir süreçtir. Bir diğer deyişle, birden çok hareketin bulunmasına rağmen ortada tek bir tecavüz vardır. Dolayısıyla, Yüksek Mahkemenin söz konusu görüşü ve bu görüş doğrultusunda verdiği karar, psikolojik tacizin yapısı ile örtüşmekte olup, kanaatimizce isabetlidir⁹⁷.

Mevzuatımızda, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmaması haline ilişkin olarak işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı tanıyan özel bir düzenleme de mevcuttur. İSGK md. 13/4 uyarınca, "*İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır.*" İşçinin bu hüküm gereğince haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi için, aynı maddenin 1. fıkrasında belirtilen prosedürü işletmesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle, işçi ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya olmalı ve iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, bu kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmiş olmalıdır. Zaten bu şartlar, işçinin maruz kaldığı psikolojik taciz nedeniyle İSGK dahilinde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için de gerekli şartlardır. Tek bir farkla; burada işçinin talebine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması hali söz konusudur. Böylelikle, işçi tabii olduğu kanun hükümlerine göre iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. İş Kanunu'na tabii işçiler bakımından bu hüküm; tartışmasız 24. maddedir.

Konuya ilişkin bir yargı kararında belirtildiği üzere, işçi maruz kaldığı psikolojik taciz nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi, işe devam etmek suretiyle diğer yasal haklarını kullanma konusunda seçimlik hakka sahiptir⁹⁸. Fakat uygulamada, iş sözleşmelerini feshetmek yerine diğer yasal haklarını kullanmayı seçmek suretiyle hukuki mücadelelerini veren mağdurların sözleşmelerinin işverenleri tarafından feshedilmesi ile de karşılaşmaktadır. Böyle bir durumda bir kez daha mağdur konumuna giren işçi, iş güvencesi hükümlerine tabii işe iade davası açarak feshe karşı koyabilecektir⁹⁹. Zira, işçinin maruz kaldığı psikolojik taciz işveren açısından iş sözleşmesinin feshinde ne geçerli ne de haklı neden teşkil eder. Yargıtay 22. HD. de konuya ilişkin bir kararında, "(...) *Somut olayda davacının işyerinde mobbinge*

⁹⁶ Yargıtay 9. HD., T. 4.11.2010 ve E. 2008/37500, K. 2010/31544 sayılı kararı, www.kazanci.com

⁹⁷ SAVAŞ KUTSAL, s. 10; ARSLAN ERTÜRK, s. 312; LİMONCUOĞLU, Karar İncelemesi, s. 565-569; LİMONCUOĞLU, s. 77.

⁹⁸ Yargıtay HGK., T. 25.9.2013 ve E. 2012/9-1925, K. 2013/1407 sayılı kararı, www.kazanci.com

⁹⁹ SAVAŞ KUTSAL, s. 10.

Doktrinde bir görüş, psikolojik taciz uygulayan işverenin işçiye işe iade etmemesi halinde ödemesi gereken iş güvencesi tazminatının eylemin ağırlığı dikkate alınarak üst sınır olan işçinin 8 aylık ücreti olarak belirlenmesinin uygun olacağı yönündedir. Bkz. GÜZEL/ERTAN, s. 165-166.

maruz kaldığı için hastalandığı, rahatsızlığı sebebiyle sevk edildiği hastanede davacıya Sağlık Kurulu Raporu ile anksiyete bozukluğu teşhisi konulduğu ve dinlenmesi gerektiği için rapor verildiği, davacının hastalanmakta ve rapor kullanmakta herhangi bir kusurunun bulunmadığı, dolayısıyla anılan madde hükmü gereğince işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmesinin hukuka uygun olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. (...) ¹⁰⁰” demek suretiyle bunu açıkça ifade etmiştir. İşçi, iş güvencesi kapsamı dışında ise, kötü niyet tazminatı talebi ile işvereni dava edebilecektir. Nitekim, Yargıtay 9. HD.’nin 11.6.2007 tarih ve E. 2006/32353, K. 2007/18337 sayılı kararında psikolojik taciz mağduru işçiye ihbar tazminatının yanı sıra kötü niyet tazminatı da ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır¹⁰¹.

D. İspat Yükü ve Araçları

Mağdur yukarıda incelenen hukuki yollardan hangisine başvurmuş olursa olsun, mevzuatımızda işyerinde psikolojik tacizin ispatına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından; TMK md. 6 ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) md. 190/f.1’de yer alan genel kural uygulanmaktadır¹⁰². TMK md. 6 uyarınca “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”, HMK md. 190/f.1 uyarınca ise “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiyaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.”. Dolayısıyla, psikolojik tacize maruz kaldığı yönündeki iddiasını mağdur tam olarak ortaya koymalıdır. Sadece İş Kanunu md. 5 düzenlemesi vasıtası ile, yani işverenin eşit davranma borcuna aykırılığından dolayı başlatılan hukuki süreç söz konusu olduğunda, mağdura düşen ispat yükü hafiflemektedir. Zira, anılan maddenin 7. fıkraya hükmü, işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koymasını yeterli bulmakta ve bu durumda, böyle bir ihlalin mevcut olmadığını işverenin ispat etmekle yükümlü olduğunu öngörmektedir¹⁰³.

Oysaki, psikolojik taciz çoğunlukla kapalı kapılar ardında ya da sözlü olarak gerçekleştiğinden ispat edilmesi genellikle çok zordur. Yaşanılan olaylara tanık olanlar bulunsa bile işsizliğin had safhada olduğu, iş güvencesinin bu-

¹⁰⁰ Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014 ve E. 2014/2157, K. 2014/3434 sayılı kararı, www.kazanci.com

¹⁰¹ Çalışma ve Toplum, S. 15, 2007/4, s. 214-215.

¹⁰² İspat yüküne ilişkin genel kuralın TMK’nda düzenlendikten sonra HMK’nda tekrar düzenlenmesinin nedenleri; ispat yükü kurallarının maddi hukuk temelli olmakla birlikte aynı zamanda bir usul hukuku müessesesi olması, ispat hukukuna ilişkin tüm genel hükümlerin birlikte düzenlenmesinin sonucu olması ve TMK md. 6 düzenlemesinin ispat yükü kuralını tam olarak yansıtmayacak şekilde kaleme alınmamış olması nedeniyle daha açık ve üzerinde uzlaşılan bir şekilde ifade edilmesi gerekliliğidir. Bkz. Abdurrahim KARSLI, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 552; Hakan PEKCANİTEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 669-670; Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara 2014, s. 355.

¹⁰³ SAVAŞ KUTSAL, s. 10.

lanmadığı bir ortamda işverenin misillemesinden korkulduğundan tanıklık yapacak ve gerçekleri anlatacak kişilerin bulunması da oldukça zordur¹⁰⁴.

İşte bu durumu dikkate alan Yargıtay, konuya ilişkin kararlarında ispat kolaylığı getirerek **işçinin anlattığı psikolojik taciz teşkil eden olayların tutarlılık teşkil etmesini, kuvvetli bir emarenin bulunmasını gerekli ve yeterli bulmaktadır**. Şöyle ki, “Hukuk yargılamasında ve özellikle de mobbinge dayanan iddialarda yüzde yüzlük bir ispatın aranmadığı, şüpheden uzak delil aramanın ceza yargılamasına ait olduğu, özel hukuk ve iş hukuku yargılamasında vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar bir ispatın yeterli olduğu, taraflarca ileri sürülen delillerin sıhhat ve kuvvetinde tereddüt edilmesi halinde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması gerektiği, mobbing gibi diğer dava türlerine göre ispatı nispeten daha zor olan bir konuda kesin ve mutlak bir ispatın aranmayacağı, bu konuda işçi lehine ispat kolaylığı göstermenin hakkaniyet ve adalete daha uygun olacağı kanaate ve sonucuna var”an Yüksek Mahkeme¹⁰⁵, “İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlılık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir. Kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğraması mobbingin varlığının tartışmasız kabulünü doğurur.

Öte yandan ispat kurallarının zorlanan sınırları usul hukukunda yeni ara-yışlara yol açmıştır. Emare işte bu anlayışın bir sonucudur. Olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alındığında verilecek sonuçla ispat gerçekleşir. Başka bir anlatımla bu ilk görünüş ispatıdır¹⁰⁶.” şeklinde hüküm kurmaktadır.

Bu görüş doğrultusunda da iddia, tanık beyanları, doktor raporu ya da raporları, bilirkişi raporu, kamera kayıtları, işten ayrılma belgesi, e-mailler gibi dosya içeriğinde yer alan tüm deliller göz önünde bulundurulmak suretiyle psikolojik taciz olgusunun ispat edilip edilmediği değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme sürecinde, tanık beyanlarının birbirini doğrulayıp doğrulamadığı ve birbirini tamamlayıp tamamlamadığı, birden fazla doktor raporunun ibraz edildiği hallerde bunların aynı mahiyette ve aynı bulgulara işaret edip etmediği ve anlatılanlarla uyumlu olup olmadığı incelenmektedir¹⁰⁷.

Bu nokta da ayrıca belirtilmelidir ki, doktor raporunun mutlaka adli tıptan alınması gerekli olmadığı gibi adli tıptan alınan rapor her zaman davacının davasında haklı olduğunu da göstermez. Önemli olan; söz konusu raporun nereden alındığı değil, dosya içeriğinde yer alan tüm delillerin psikolojik taciz iddiasını desteklemesidir. Nitekim Yargıtay 7. HD.’nin 8.5.2014 tarih ve E. 2014/1345, K. 2014/10208 sayılı kararında bu duruma işaret edilerek “(...) Davacının delil olarak dayandığı ve ‘Major Depresyon’ tanısının konulduğu, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim dalının 19.12.2012 tarihli raporu davacının beyanları üzerine hazırlanmış olup, işverenin veya işveren yetkilisinin iddia edilen eylemlerinin sübutuna ilişkin herhangi bir araştırma veya

¹⁰⁴ SAVAŞ, s. 107, 123; SAVAŞ KUTSAL, s. 10; ERGİN, s. 260.

¹⁰⁵ Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014 ve E. 2014/2157, K. 2014/3434 sayılı kararı, www.kazanci.com

¹⁰⁶ Yargıtay 9. HD., T. 1.4.2011 ve E. 2009/8046, K. 2011/9717 sayılı kararı, www.kazanci.com; Yargıtay 9. HD., T. 12.2.2013 ve E. 2010/38293, K. 2013/5390 sayılı kararı, İşveren Dergisi, Özel Eki, Mart-Nisan 2014, s. 18-22; Yargıtay 9. HD., T. 14.3.2008 ve E. 2008/3122, K. 2008/4922 sayılı kararı, ÇİL, s. 477-478.

¹⁰⁷ Yargıtay 22. HD., T. 27.12.2013 ve E. 2013/693, K. 2013/30811 sayılı kararı; Yargıtay 22. HD., T. 21.2.2014 ve E. 2014/2157, K. 2014/3434 sayılı kararı; Yargıtay 9. HD., T. 1.4.2011 ve E. 2009/8046, K. 2011/9717 sayılı kararı, www.kazanci.com

değerlendirme söz konusu değildir. Salt davacının sözlü beyanları üzerine tanzim edilmiş raporun davalı aleyhine değerlendirilmesi ve mobbing iddiasına delil teşkil etmesi düşünülemez. (...)” dendiikten sonra, psikolojik taciz iddiasına ilişkin davacının dayandığı diğer deliller incelenmiş ve yeterli delil bulunmadığı sonucuna varılarak davanın reddi gerektiğine hükmedilmiştir¹⁰⁸.

Dosya içeriğinde yer alan delillerin değerlendirilmesi sonucunda ise, psikolojik taciz mağdurunun davada haklı olup olmadığı tespit edilecektir. Mahkemece varılan sonuç ne olursa olsun, kararın gerekçelerine yer vermek suretiyle oluşturması gerektiği unutulmamalıdır. Nitekim, Yargıtay 9. HD. vermiş olduğu bir kararda, *“Dosya (ya) sunulan tüm bilgi ve belgeler incelenmiş, dosya konusunda uzman bilirkişiye verilerek rapor alınmış, alınan bu rapor dosya içeriğine, bilimsel verilere, yasa ve usule uygun bulunarak davanın kabulü yönünde hüküm kurulmuştur.”* şeklindeki soyut açıklamayla gerekçesiz olarak hüküm kurulmasını haklı olarak hatalı bulmuş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹⁰⁹.

DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

İşyerinde psikolojik taciz, çalışma hayatının kendisi kadar eski olmasına rağmen yasal adlandırılması nispeten geç gerçekleşmiş bir olgudur. Türkiye’de ise bu süreç daha da geç gerçekleşmiş ve psikolojik taciz ancak 2000’li yılların başında önce akademik çalışmalarda sonra da yargı kararlarında yer bulmaya başlamıştır. Bununla birlikte, 2011 yılının psikolojik tacizin Türk Hukukundaki yeri açısından ayrı bir önemi vardır¹¹⁰. Zira, her ne kadar 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olsa da, 417. madde düzenlemesinde psikolojik tacize açıkça yer veren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” konulu ve 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesinin yayınlanması ve TBMM Kadın ve Erkek Eşitliği Komisyonu tarafından “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Raporu”nun hazırlanması hep aynı yılda, yani 2011 yılında gerçekleşmiştir.

Belirtilen bu gelişmeler sonucunda, hukukumuzda söz konusu olguya ilişkin terim birliği sağlanmış, psikolojik taciz pozitif olarak düzenlenmiş ve fakat tanımlanmamıştır¹¹¹. Bu durum konunun yargı kararları ile belirlenmesine yol açmıştır. Nitekim Yargıtay’ın konuya ilişkin kararları her geçen gün artmakta ve özellikle neyin psikolojik taciz olduğuna, neyin olmadığına ve ispata ilişkin birtakım esaslar ortaya konmuş bulunmaktadır.

Konu ile ilgili olarak; Avrupa Birliği yönergeleri paralelinde İç İşleri Bakanlığı tarafından “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı¹¹²”nın hazırlanmış olduğu¹¹³ da belirtilmelidir. Söz konusu Taslak incelendiğinde; psikolojik taciz ile bağlantılı, hatta duruma göre psikolojik taciz olarak

¹⁰⁸ legalbank.net

¹⁰⁹ Yargıtay 9. HD., T. 1.10.2014 ve E. 2014/12872, K. 2014/28861 sayılı kararı, www.kazanci.com

¹¹⁰ LİMONCUOĞLU, s. 52.

¹¹¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 209; ÜNAL, s. 38; SAVAŞ KUTSAL, s. 11.

¹¹² www.icisleri.gov.tr/ortak_icerik/www.icisleri/sgb/ayrimcilik.doc

¹¹³ Arzu ARSLAN ERTÜRK, “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Sicil, S. 27, İstanbul Eylül 2012, s. 48.

nitelendirilebilecek “ayrı tutma”, “işyerinde yıldırma”, “nefret söylemi” ile “taciz” kavramlarının tanımlandığı (md. 2), bunların ayrımcılık türleri olarak belirtildiği (md. 4), ispat yükü açısından özel bir düzenlemeye yer verilerek “*ayrımcılık iddiasıyla Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kuruluna, adli veya idari yargı organlarına yapılan başvurulara ilişkin idari ve yargısal usullerin uygulanmasında ispat yükü, iddianın açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı haller dışında, ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi veya kuruma aittir. Bu hüküm ceza yargılamasında uygulanmaz.*” (md. 10) denildiği, ayrımcı uygulamanın etki ve sonuçlarının ağırlığı, tarafların maddi gücü ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak, gerçek kişiler, şahıs şirketleri ve diğer özel hukuk tüzel kişiliği olan kurumlar için 1.000.-TL.’den 5.000.-TL.’ye, sermaye şirketleri için 2.500.-TL.’den 15.000.-TL.’ye kadar idari para cezalarının (md. 23) öngörüldüğü tespit edilmektedir.

Tüm bu düzenlemeler rağmen, Taslakta psikolojik taciz tek bir yönü ile, yani ayrımcılığa ilişkin birtakım unsurlar kullanılmak suretiyle gerçekleşmesi halinde kapsama alınmıştır. Zira, taciz; “*psikolojik ve cinsel türleri de dahil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenleme, doktrinde psikolojik tacizin ayrımcılığın nitelikli türü olduğu yönündeki görüşle¹¹⁴ örtüşse de psikolojik tacizin her zaman ayrımcılığı gerçekleştiriminin aracı olarak kullanılmadığı gerçeği ile bağdaşmamaktadır¹¹⁵. Dolayısıyla, söz konusu Taslak da yasalaşması halinde psikolojik tacizi bütünüyle kapsayan bir düzenleme niteliği taşımayacaktır.

Sonuç olarak, çalışma hayatında herkesin mağdur olma riskini taşıdığı ve mağdurlarının yanı sıra ailelerini, çalışılan işyerini, nihayetinde bütün toplumu kademe kademe rahatsız eden ve ülke ekonomisine olumsuz etkileri olan psikolojik taciz ile daha etkin ve adil mücadelenin; bütün psikolojik taciz türlerini kapsayan, mağdura birtakım ispat kolaylıkları tanıyan, mağduriyeti giderecek nitelikte yaptırımlar öngören ve önleyici nitelikte hükümler de içeren bir yasal düzenleme ile gerçekleştirilebileceği kanısındayız¹¹⁶.

KAYNAKÇA

Murat AKI, “Mobbing (Psikolojik Terör) Tanımı ve Türleri, Türk ve Karşılaştırmalı Hukukta Yeri”, Sicil, S. 21, İstanbul Mart 2011, s. 86-99.

Arzu ARSLAN ERTÜRK, “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyada Örnekler”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014, s. 285-339.

Arzu ARSLAN ERTÜRK, “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Sicil, S. 27, İstanbul Eylül 2012, s. 47-55. (Değerlendirme)

Fuat BAYRAM, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) (Ankara 8. İş Mahkemesi’nin 20.12.2006 T., 2006/19 E., 2006/625 K. Sayılı Kararı)”, Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, C. 2, S. 3, İstanbul Mayıs 2007, s. 95-106.

¹¹⁴ SEVİMLİ, s. 114, 125, 141.

¹¹⁵ SAVAŞ, s. 34; ÜNAL, s. 61-62, 66; ARSLAN ERTÜRK, Değerlendirilme, s. 49-50, 53-54.

¹¹⁶ SAVAŞ KUTSAL, s. 11; SAVAŞ, s. 21, 136. Benzer görüşte bkz. LİMONCUOĞLU, s. 87.

Fuat BAYRAM, “Çalışma Yaşamında Ön Plana Çıkan İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 12, S. 45, İstanbul 2015, s. 71-84. (İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri)

Tankut CENTEL, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil, S. 24, İstanbul Aralık 2011, s. 13-18.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, Ankara 2014. (http://www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/csgb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing)

Nuri ÇELİK/Nurşen CANIKLIOĞLU/Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 27. Bası, İstanbul 2014.

Şahin ÇİL, İş Hukuku İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2008-2009-2010 Yılları), Ankara 2010.

Cengiz ÇUKUR, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Çimento İşveren Dergisi, C. 26, S. 2, Mart 2012, s. 34-48.

Hediye ERGİN, “Oldukça eski, fakat yeni ifade edilen bir olgu: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, s. 245-265.

Ali GÜZEL/Emre ERTAN, “İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum, S. 16, 2008/1, s. 149-169.

Lütfi İNCİROĞLU, “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Konusunda İşverenlerin Sorumluluk ve Yükümlülükleri”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 13, S. 1, 2013, s. 103-113.

Abdurrahim KARSLI, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükmüne Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012.

Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Ankara 2014.

S. Alp LİMONCUOĞLU, “İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 105, Ankara Mart- Nisan 2013, s. 51-88.

S. Alp LİMONCUOĞLU, “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan I, C. 15, Özel Sayı, İzmir 2014, s. 547-571. (Karar İncelemesi)

Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU/Muhittin ASTARLI/Ulaş BAYSAL, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014.

Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.

Fatma Burcu SAVAŞ, İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul 2007.

F. Burcu SAVAŞ KUTSAL, “İşyerinde Psikolojik Taciz (MOBBING)”, Toprak İşveren, S. 105, İstanbul Mart 2015, s. 4-12.

K. Ahmet SEVİMLİ, “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, S. 36, 2013/1, s. 107-147.

K. Ahmet SEVİMLİ, “İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum*, S. 24, 2010/1, s. 295-308. (Karar İncelemesi)

Sarper SÜZEK, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014.

Sabahattin ŞEN, “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 23, S. 5, Eylül 2009, s. 46-68.

Pınar TINAZ/Fuat BAYRAM/Hediye ERGİN, *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul 2008.

Zeynep Duygu ULUSOY, “Mobbing Suç Tipi İçin Bir Analiz Denemesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105, Mart-Nisan 2013, s. 129-170.

Canan ÜNAL, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 37, İstanbul 2013, s. 15-73.

Selver YILDIZ/İlknur KILKIŞ, “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 1, S. 1, 2010, s. 71-93.

BİR NORMLAR ÇATIŞMASI SORUNU OLARAK İŞ KANUNU KAPSAMINDAKİ İŞÇİLERE YENİ İŞ ARAMA İZİNİ VERİLMEMESİNİN YAPTIRIMI

Yard. Doç. Dr. K. Ahmet Sevimli*

Giriş

Belirsiz süreli iş sözleşmesini sona erdirmek niyetindeki tarafın dayana-bileceği bir haklı nedenin (İşK m.24-25) yokluğunda sözleşme, İşK m.17 hükümlerine göre feshedilebilir¹. Söz konusu maddenin ilk fıkrası uyarınca "Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir" (İşK m.17/I) ve bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak ikinci fıkrada belirtilen iki, dört, altı veya sekiz haftalık sürenin sonunda sözleşme feshedilmiş sayılır. Bildirim ne kadar zaman önce yapılacağı, işçinin işyerindeki kıdemine göre belirlenmiştir (İşK m.17/II). Feshin hüküm doğurması için Kanunda belirtilen sürelerin geçmesi gerektiğinden bu fesih türü, Öğreti ve uygulamada "sürelili fesih", "önelli fesih", "olağan fesih", "bildirimli fesih" "feshi ihbar", "ihbarlı fesih"; geçmesi gereken süre ise "bildirim süresi", "ihbar önelli", "önel süresi", "ihbar müddeti/mühleti" gibi çeşitli şekillerde anılır².

Kanunda düzenlenmiş bulunan bildirim sürelerinin temel işlevi, tarafları sürpriz şekilde sözleşmenin sona erdirilmesinden koruyarak işçiye yeni bir iş; işverene de yeni işçi bulma olanağı tanımaktır³. Bildirim süreleri boyunca iş sözleşmesi ve dolayısıyla tarafların tüm hak ve borçları devam etmektedir⁴. İşçi,

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi bakımından İşK m.18-21 (iş güvencesi) hükümleri de İşK m.17'nin (İşK m.17/VI, c.2-3 hariç) yanı sıra uygulama alanı bulur.

² Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin,/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.894, 897; Akyiğit, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.I, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., 2008 s.614; Sümer, Haluk Hadi, "İş Arama İzininin Verilmemesi" (Karar İncelmesi), Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1996, S.6, C.10, s. 23.

³ Saymen, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954,561; Oğuzman, M. Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s.194; Ekonomi, Münir, Yeni İş Arama İzni ve Uygulanması, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s.124.; Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, Beta Yay., 2014, s.351; Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, Beta Yay., 2015, s.542 Taşkent (Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim), Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta Yay., 2014, s.168, 170-171; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.897-898; Sümer, Karar İncelmesi, s.25; Özkaraca, "Yeni İş Arama İzininin Süresi ve İspatı" (Karar İncelmesi), Sicil İş Hukuku Dergisi, S.20, Aralık 2010, s.105.

⁴ Saymen, İş Hukuku, s.560-561; Oğuzman, Fesih, s. 194;Esener, Turhan, İş Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s.226; Tunçomağ, Kenan, "931 Sayılı İş Kanunu Açı-

bu süre boyunca çalışmayı sürdürecektir. Bir yandan çalışırken öte yandan iş arayıp bulmasındaki güçlük düşünülürken işçi bakımından yeni iş arama izninin onu, bildirim süresi sonunda işsiz ve geçim kaynağı olan ücretten yoksun kalmaktan korumaya yönelik bir hak olduğu anlaşılır⁵.

"Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur" (İşK m.27/I, c.1) ve iş sözleşmesinin *işveren tarafından feshedilmesi* halinde yeni iş arama izinleri yıllık ücretli izin süreleri ile iç içe giremez (İşK m.59/II). "İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır" (İşK m.27/I, c.2-3). İster iş saatleri içinde en az ikişer saat; ister toplu olarak kullanılsın, yeni iş arama izni ücretlidir ve bu ücret, işçinin iş görmediği halde hak kazandığı bir tür sosyal ücrettir⁶.

1.Yeni İş Arama İzin Hakkının Doğumu

Yeni iş arama izni, iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyularak feshedildiğinde gündeme gelir. İzin hakkının doğumu için sözleşmenin hangi tarafça feshedilmiş olduğunun önemi yoktur. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesi ister işveren, ister işçi tarafından süreli fesih yoluyla sona erdirilmiş olsun işçiye yeni iş arama izni verilmesi gerekir⁷. Yeni iş arama izninin kullandırıldığını ispat yükü işverenin üzerindedir⁸.

sundan Hizmet (İş) Sözleşmesinin Feshi İhbarı ve Feshi", İmran Öktem'e Armağan, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s.207; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, Beta Yay., 2013, s.200; Ekonomi, Münir, İş Hukuku, İstanbul, İTÜ Vakfı Yay., 1987, s.170-172; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.124; Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s.294; Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Yay., 2014, s.271; Süzek, İş Hukuku, s.546; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, Beta Yay., 2014, s.365; Centel, İş Hukuku, s.187; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.911; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.169; Güven, Ercan/Aydın, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, Nisan Kitabevi, 2013, s.203; Akyiğit, Şerh, s.614; Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya, Mimoza Yay., 2014, s.92; Sümer, Karar İncelemesi, s.23; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.105; Laçiner, Vedat, "Yeni İş Arama İzni Hakkı", Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt 10, Sayı 19, 2012, s.136.

⁵ Süzek, İş Hukuku, s.547, 550; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.366; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Caniklioğlu, Nurşen: "Hizmet Akdinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminatı-İş Arama İzni Verilmemesi" (Karar İncelemesi), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/I, s.45; Şen, Murat, " Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesih Yeni İş Arama İzni", TÜHİS, C.20, S.3; Ağustos 2006, s.31; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.105; Ayrıca Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s.561; Oğuzman, Fesih, s.194-195; Esener, İş Hukuku, s.226; Çenberci, Şerh, s.458; Ekonomi, İş Hukuku, s.172; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.124; Centel, Tankut, İş Hukuku C1. Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta Yay., 1994, s.187; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.136.

⁶ Ekonomi, İş Hukuku, s.176-177; Centel, İş Hukuku, s.188; Akyiğit, Şerh, s.1367-1368; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.47; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.161.

⁷ Oğuzman, Fesih, s.195; Esener, İş Hukuku, s.226; Çenberci, Şerh, s.458; Ekonomi, İş Hukuku, s.172; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.130; Çelik, Dersler, s.271; Şahlanan, Fevzi, "İş Arama İzni Verilmemesinin Hukuki Sonucu" (Karar İncelemesi), İş Huku-

İşK m.17/V uyarınca " İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir". İşçinin sözleşmesinin sona ereceğini öğrenmiş olmasının verdiği psikolojiyle verimli çalışmayacağı ya da işyeri düzenini bozabileceği kaygılarıyla⁹ uygulamada işverenlerce sıkça başvurduğu görülen peşin ödeme yoluyla fesihste, yeni iş arama izni gündeme gelmez¹⁰. Sözleşme, işveren tarafından bildirim sürelerine uyulmaksızın usulsüz¹¹ şekilde feshedildiğinde de yeni iş arama izni söz konusu olmaz¹². Bu hallerde bildirim süresine

ku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, TTSİS Yay., 2011, s.13; Şahlanan, "İhbar Öneli İçerisinde Kullanılmayan ve Çalışılmayan Günlere Rastlayan İş Arama İzni Süresinin Ücreti" (Karar İncelemesi), İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, TTSİS Yay., 2011, s.329; Süzek, İş Hukuku, s.547; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.367; Centel, İş Hukuku, s.187; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Akyiğit, Şerh, s.1358; Sümer, İş Hukuku, s.92; Sümer, Karar İncelmesi, s.23; Canıklıoğlu, Karar İncelmesi, s.44-45; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.34; Akın, Levent, "Tatil Günlerine İlişkin Yeni İş Arama İzni Ücreti" (Karar İncelmesi), Çimento İşveren, Mayıs 2011, S.3, C.25, s.25; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; " İşçinin, bildirim süresi tanımak suretiyle fesih yoluna gitmesi halinde de, işverence yeni iş arama izni verilmesi gerekir. Gerçekten yasada sadece bildirim süresinden söz edilmiş, bu süreyi işçinin ya da işverenin tanınması arasında ayırım yapılmamıştır." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589; Yarg. 9.HD, 05.02.2010, E.2008/14746, K.2010/2360 (www.legalbank.net); İşçinin feshi bakımından aksi görüşte Odaman, Serkan, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara, Kamu-İş Yay., 2013, s.214-215.

⁸ Süzek, İş Hukuku, s.549; Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20 Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.327vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Akyiğit, Şerh, s. 1371; Özdemir, M. Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul, Beta Yay., 2006, s.287; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.44-45; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.102 vd."Somut olayda davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandığını kanıtlayabilmiş değildir. Bu nedenle davacı işçinin iş arama izin ücretlerine hak kazandığı tartışmasızdır." Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977; Aynı Yönde Yarg. 9.HD, 28.10.2008, 27533/29198 (www.calismavetoplum.org); "...davacıya iş arama izni verildiği veya ücretinin ödendiğini gösterir delil ibraz edilmediğinden, bu dönem açısından iş arama izin ücret alacağının kabulü gerekirken..." Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

⁹ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.123-124; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.141-142.

¹⁰ Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.13; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.328; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.131; Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Süzek, İş Hukuku, s.547; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Akyiğit, Şerh, s.1358, 1370; Sümer, İş Hukuku, s.93; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.39, 60; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.142.

¹¹ Usulsüz fesih kavramı için Bkz.: Ekonomi, İş Hukuku, s.182 vd.; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.216 vd.; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.202 vd.; Süzek, Kötiye Kullanma, s.104 vd.; Süzek, İş Hukuku, s.554 vd.; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.375 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.919 vd.; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.172-173; Centel, İş Hukuku, s.190 vd.

¹² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.131; Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Süzek, İş Hukuku, s.547; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.13; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.328; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.367-368; Mollamahmutoğlu,

ilişkin ücreti peşin ya da ihbar tazminatı (İşK m.17/IV) olarak alacak olan işçinin bildirim süresi boyunca serbest kalacağı ve tüm süreyi iş aramak için kullanabileceği belirtilir¹³. Ayrıca haklı nedenle fesih (İşK m.24-25) karşı tarafı bildirim süresi tanınması gerekmediğinden, ancak bildirim sürelerinin varlığında gündeme gelebilen yeni iş arama izin hakkı doğmaz^{14,15}.

İşK m.27/I hükmü açıkça "bildirim süreleri içinde" yeni iş arama izni verilmesini zorunlu tutmaktadır. Süreli (bildirimli) fesih, belirsiz süreli iş sözleşmelerine özgü bir fesih türüdür. Belirli süreli iş sözleşmeleri süreli fesih yoluyla sona erdirilemez. Giderek belirli süreli iş sözleşmelerinin feshinde yeni iş arama izninin söz konusu olamayacağı sonucuna varılır^{16,17}.

Yeni iş arama izin hakkının doğumu için işçinin talebine gerek yoktur^{18,19}. İşK m.27 metnindeki " ... işveren, ... iş arama iznini ... vermeye mec-

lu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Şen, Yeni İş Arama İzni, s. 37, 59-60; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.142; İşverenin usulsüz feshinde hem yeni iş arama izni ücreti hem de ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği yönünde Bkz.:Akyiğit, Şerh, s.1358.

¹³ Esener, İş Hukuku, s.228; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.37, 39, 60; Peşin ödeme yoluyla fesih bakımından aynı görüşte Akyiğit, Şerh, s.1358.

¹⁴ Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.13; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.131; Süzek, İş Hukuku, s.547; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.141.

¹⁵ "Yeni iş arama izni bildirim süresi tanınarak yapılan feshlerde söz konusu olur. İşverence Kanunun 25. maddesine dayanarak yapılan feshlerde böyle bir yükümlülük olmadığı gibi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin bildirim süresi tanınmaksızın derhal feshinde ya da bildirim sürelerine ait ücretin veya ihbar tazminatının peşin ödendiği halde yeni iş arama izni verilmesi gerekmez." Yarg. 22.HD, 4.3.2014, 4476/4818 (www.kazanci.com); Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org).

¹⁶ Saymen, İş Hukuku, s. 563; Oğuzman, Fesih, s.197; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.125-126; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.367; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.44; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.33-34; Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye de yeni iş arama izni hakkının tanınması konusunda Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s. 563; Oğuzman, Fesih, s.197-198; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.126-129; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912-913; Ayrıca Bkz.: Akyiğit, Şerh, s.1361-1362; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.34-35; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.149-150.

¹⁷ Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından yeni iş arama izninin sadece belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere verileceği 421. maddede açıkça ifade bulunmuştur: " İşveren, belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi hâlinde, bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın, günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlüdür." (TBK m.421/II).

¹⁸ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, 139-140; Ekonomi, İş Hukuku, s.173-174; Süzek, İş Hukuku, s.548; Centel, İş Hukuku, s.188; Çelik, Dersler, s.271, dn.82; Akyiğit, Şerh, s.1361; Sümer, İş Hukuku, s.92; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.46; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.42; Akın, Karar İncelmesi, s.25; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.148; İren, "İşverence Yeni İş Arama İzni Verilmesine İlişkin Yargıt Kararı İncelemesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2009, s.129;Hakkın doğumunun işçinin talebine bağlı olduğu görüşü için Bkz.: Oğuzman, Fesih, s.195; Saymen, İş Hukuku, s.561-562; Ekmekçi, Ömer, "26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine", Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem (Seminer Notları), 25-29 Eylül 2002, s.75-76; İşverenin, işçiye yeni iş arama izni hakkını anımsatması ve işçi

burdur" şeklindeki işçinin talebinden söz etmeksizin işvereni yeni iş arama iznini vermeye zorunlu tutan emredici nitelikteki anlatım ve yeni iş arama izninin işverenin işçiyi koruma borcunun (TBK m.417) bir görünümü²⁰ olduğu dikkate alındığında bu sonuca varmak gerekir²¹. Yeri gelmişken değinelim ki işçinin talebi, yeni iş arama izninin toplu kullanımı bakımından belirleyicidir. İşçinin toplu kullanmayı talep etmemesi halinde ise, iznin iş günleri içinde hangi zaman diliminde kullanılacağı saptanırken işçinin tercihinin işveren tarafından dikkate alınması gerektiği kabul edilir²².

Öğretideki baskın Görüş²³ uyarınca yeni iş arama izin hakkının doğumu için işçinin iş arama/bulma gereksinimi²⁴ içinde olması da şarttır. Yeni bir iş bulmuş²⁵ olduğu halde bunu işverenden gizleyerek izin kullanan/kullanmaya devam eden işçinin sözleşmesi doğruluk ve bağlılığa aykırılık (İşK m.25/II,e) nedeniyle haklı sebeple feshedilebilir. Bu görüşe dayanak olarak madde metnindeki "işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama izni" (İşK m.27/I, c.1) anlatımı gösterilir. Hal böyle olmakla birlikte Yargıtay'a göre işçinin yeni bir iş bulmuş olması yeni iş arama iznini kullanmasına/kullanmaya devam etmesine engel oluşturmaz²⁶.

talep ederse kullandırmakla yükümlü tutulması gerektiği yönünde Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915-916.

¹⁹ İş arama izninin işçinin talebi üzerine verileceği yolundaki Alman Hukukundaki düzenleme hakkında bilgi için Bkz.: Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.141; Akyiğit, Şerh, s.1356, 1361;; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.146-147; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106;

²⁰ Uluhan, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu-Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990, s. 27; Centel, İş Hukuku, s 187; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.129; Akyiğit, Şerh, s.1354, 1361; Sümer, Karar İncelemesi, s.23; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.42.

²¹ Ayrıca Bkz. Aşağıda dn. 28

²² Ekonomi, İş Hukuku, s.174; Bkz.: Aşağıda 3.

²³ Saymen, İş Hukuku, s.562; Oğuzman, Fesih, s.197; Çenberci, Şerh, s.460-461; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.209; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.132; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.13-14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Süzek, İş Hukuku, s.549; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171-172; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368, 367 dn.106; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.913-914; Akyiğit, Şerh, s.1358-1359; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.45; Sümer, İş Hukuku, s.92; Sümer, Karar İncelemesi, s.23; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.39-40; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; İren, Karar İncelemesi, s.130; Ayrıca Bkz.: Akın, Karar İncelemesi, s.26; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.143.

²⁴ Yeni iş arama/bulma gereksiniminden sadece bağımlı çalışmanın mı anlaşılması gerektiği tartışması için Bkz. Akyiğit, Şerh, s.1359; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.40; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.914; Yeni iş için gerekli olan konutu aramanın da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışması için Bkz.: Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.132.

²⁵ İşçinin yeni bir iş bulmuş olduğundan söz edebilmek için yeni bir iş sözleşmesinin bağlanmış ya da bağlanacağı yönünde ön sözleşmenin yapılmış olması gerekir. Ayrıca tam süreli çalışan işçinin bulunduğu kısmi süreli bir iş söz konusu olduğunda işçinin yeni iş bulduğunu iddia etmek de güçtür. Bkz. Akyiğit, Şerh, s.1359; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.914; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.40-41.

²⁶ "İşçinin ihbar öneli tanımak suretiyle feshinden sonra da iş arama ihtiyacı devam edebilecektir. Hatta işçi bu arada yeni bir iş bulmuş olsa dahi, iş arama ihtiyacı devam eder. Çünkü iş arama iznini değerlendirerek daha iyi bir iş bulma imkânına kavuşabi-

2. Yeni İş Arama İzninin Süresi

"İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir" (İşK m.27/I, c.2). İş arama izninin süresi nispi emredici nitelikte düzenlenmiş olup günde en az iki saattir; işverence tek taraflı şekilde ya da sözleşmelerle azaltılması yahut ortadan kaldırılması²⁷ ya da işçinin yeni iş arama izin hakkından önceden²⁸ tamamen ya da kısmen vazgeçmesi²⁹ mümkün değildir. Yeni iş arama izin süresini azaltan ya da ortadan kaldıran sözleşme hükümlerinin yerini yasadaki iki saatlik süre alır³⁰.

Madde metnindeki "günlük iki saatten az olamaz" anlatımı, sürenin arttırılabileceğine işaret eder. Doğrudan yeni iş arama izninin süresi arttırılabileceği³¹ gibi, bildirim sürelerinin arttırıldığı (İşK m.17/III) durumlarda yeni iş arama izin süresinin, günlük miktarı olmasa da bildirim sürelerindeki artışa koşut biçimde toplamda arttığının kabulü gerekir³². Hem bildirim süresinin hem de

lecektir." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

²⁷ Saymen, İş Hukuku, s.561; Esener, İş Hukuku, s.226; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.208; Çenberci, Şerh, s.458-459; Ekonomi, İş Hukuku, s.175; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Süzek, İş Hukuku, s.548; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.367; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203; Akyiğit, Şerh, s.1363; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.45; Akın, Karar İncelemesi, s.25; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.43, 46; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.107; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.137; "Bildirim öneleri içinde işçiye verilmesi gereken iş arama izni kamu düzenini ilgilendirmektedir. İşverenin bu yükümlünü azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçersizdir." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589; Yarg. 9.HD, 05.02.2010, E.2008/14746, K.2010/2360 (www.legalbank.net).

²⁸ Öncesinde vazgeçilmesi mümkün olmayan yeni iş arama izni hakkının doğumu sonrasında, bunu kullanmak istemeyen işçiye iznin zorla verilemeyeceği yönünde: Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.916; Akyiğit, Şerh, s.1366-1367, 1371; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.42.

²⁹ Çenberci, Şerh, s.458; Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Akyiğit, Şerh, s. 1366; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.43; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.107; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.146.

³⁰ Tunçomağ, Feshi İhbar, s.208; Esener, İş Hukuku, s.226-227; Çenberci, Şerh, s.458; Akyiğit, Şerh, s.1363

³¹ Saymen, İş Hukuku, s.561; Esener, İş Hukuku, s.227; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Çenberci, Şerh, s.458; Ekonomi, İş Hukuku, s.175; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.142; Süzek, İş Hukuku, s.548; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Akyiğit, Şerh, s.1363 Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.45; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.45-46; Özkaraca, Karar İncelemesi, s. 107; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.137; İren, Karar İncelemesi, s.129; "Bu süre asgari olup, işverence daha fazla verilmesi mümkün olduğu gibi, sözleşme ile daha fazla iş arama süresi kararlaştırılabilecektir." Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

³² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.142-143; Süzek, İş Hukuku, s.548; Akyiğit, Şerh, s.1363; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.45; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.46, 55; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106-107; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.137; "Yeni iş arama süresi en az 4857 sayılı Kanununun 17'nci maddesinde sözü edilen bildirim gün sayısına göre belirlenir. Bu konuda sözleşme ile arttırılmış öneler de dikkate alınır." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; "...ihbar önelini arttırabilecekleri gibi, günlük en az iki saat olan iş arama izin süresini de daha fazla olarak belirleyebilirler. Be-

yeni iş arama izin süresinin arttırılması da pek ala mümkündür³³. Yeri gelmişken değinmek isteriz ki, uygulamada sözleşme işçi tarafından bildirim sürelerine uyularak feshedildiğinde, işverenlerin bildirim süresi içinde işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesini istememesi az rastlanır bir durum değildir ve Öğretilen bunun hukuki yönden ne anlam taşıdığı tartışmaya açık olduğu belirtilir³⁴. Yeni iş arama izninin ne kadar arttırılabileceği konusunda Kanunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Buradan hareketle, özellikle bildirim süresi boyunca çalıştırılmamasına karşın işçinin ücretinin ödenmeye devam edildiği durumlarda, bildirim süresindeki tüm iş saatlerinin işçiye yeni iş arama izni olarak kullanıldığı sonucuna varılabilir.

İzin süresi bildirim süresi içindeki her iş günü için en az ikişer saattir ve işçinin iznini toplu kullanmayı tercih etmesi durumunda bu saatlerin toplamı esas alınacaktır³⁵. İşK m.27/I düzenlemesindeki "iş saatleri içinde" anlatımı ve iş günleri dışında iş saatlerinden söz edilemeyeceği gerçeği dikkate alındığında bildirim süresine rastlayan hafta tatili, akdi tatil³⁶, Ulusal Bayram ve genel tatil günleri için izin verilmesi söz konusu olamaz. İşçinin zaten çalışmakla yükümlü olmadığı günlerde izin kullanacağını düşünmek anlamlı değildir³⁷. Aynı esaslar yeni iş arama izninin kullanılmaması durumunda yapılması gereken ödemenin (İşK m.27/II, III) hesabı bakımından da geçerlidir³⁸. Bunun istisnası-

lırtmek gerekir ki, iş arama izni arttırılmış ihbar önellerine göre kullanılmalıdır " Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org)..

³³ Özkaraca, Karar İncelemesi, s. 107.

³⁴ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.124.

³⁵ Saymen, İş Hukuku, s.562-563; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.143; Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Şahlanan, Fevzi: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2010, s.136; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.331; Süzek, İş Hukuku, s.550; Centel, İş Hukuku, s.188; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Akın, Karar İncelemesi, s.26-27; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.107-108; İren, Karar İncelemesi, s.132; "...İşçinin toplu olarak kullanmayı istemesi halinde toplam saat sayısının bir iş günündeki çalışılan saate bölünmesi gerekir..." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); Ayrıca Bkz.: Şen, Yeni İş Arama İzni, s.51.

³⁶ Örneğin çalışılmayan cumartesi günleri Bkz.: Süzek, İş Hukuku, s.550; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.108.

³⁷ Özkaraca, Karar İncelemesi, s.107-108; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917.

³⁸ "Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, bu günler için ayrıca iş arama izin ücretine hak kazanılamaz." Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20 Karar metni ve kararı isabetli bulan incelemeler için Bkz.: Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.327 vd.; Akın, Karar İncelemesi, s.22 vd.; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.102 vd.; Aynı yönde Yarg. HGK, 1.6.2011, E.2011/9-302, K. 2011/368; Yarg. HGK, 6.5.2009, E. 2009/9-96, K. 2009/174; Yarg. 9.HD, 11.3.2010, E. 2008/42568, K. 2010/6437 (www.kazanci.com); " Yeni iş arama süresi en az 4857 sayılı Kanununun 17'nci maddesinde sözü edilen bildirim gün sayısına göre belirlenir ... İşçinin toplu olarak kullanmayı istemesi halinde toplam saat sayısının bir iş günündeki çalışılan saate bölünmesi gerekir. İşçinin çalıştırılmadığı hafta tatili ile bayram ve genel tatil günleri için yeni iş arama izni verilmesi gerekmez." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; "İşçiye iş arama izinlerinin toplu olarak kullanılması gerektiğinde, çalışılan iş günleri için iki saatten az

nı Ulusal Bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalışacağına sözleşmede hükme bağlanmış olduğu ya da işçinin onayıyla çalıştığı (İşK m.44/1) durumlar oluşturur. Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılacağı kararlaştırılmış ya da böyle bir hüküm olmamasına rağmen işçinin onayı alınarak çalıştırılmış ise, bildirim süresine rastlayan bu günler için de yeni iş arama izni verilmesi gerektiğinden ve toplu kullanımda hesaba bu günlerin de katılacağından kuşku duymamak gerekir³⁹.

3. Yeni İş Arama İzninin Kullanılması

İşçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir (İşK m.27/1, c.2). "... iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır" (İşK m.27/1, c.3). İşçinin yeni iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilmesi için işverenin olurluuna gerek yoktur⁴⁰; yeter ki işçi bu isteğini zamanında işverene bildirsın ve izni işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatsın⁴¹.

Yeni iş arama iznini toplu kullanma isteğinin işverenin fesih beyanının işçiye ulaştığı gün ya da sözleşme işçi tarafından feshediliyorsa fesih beyanı ile birlikte işverene bildirilmesi; bu mümkün olmazsa en geç ertesi gün bu bildirim yapılması gerektiği; işçinin toplu kullanım isteğini belirtilen zamanda bildirmemesi halinde yeni iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilme hakkını yitireceği ve işverenin yükümlülüğünü her iş günü izni kullanarak yerine getireceği kabul edilir⁴². Zamanında yapılmayan ya da sözleşmenin sona ereceği tarihten önceki günlere rastlamayan toplu kullanma isteklerini işveren reddedebilir⁴³. Başka bir anlatımla, bu gibi durumlarda iznin toplu olarak kullanılabilmesi, işverenin kabulüne bağlıdır ve işçinin aksine davranışı işveren

olmamak üzere hesaplama yapılır ve işçinin iş arama iznini kullanacağı süre belirlenerek sonuca gidilir." Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977; Yarg. 9.HD, 28.10.2008, 27533/29198 (www.calismavetoplum.org).

Hak kazanılacak izin süresinin hesabında sadece iş günlerinin değil bildirim süresi içindeki tüm günlerin dikkate alınması gerektiği yönündeki görüş için Bkz.: Akyiğit, Şerh, s.1363; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.157-158; Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20 Karşı Oy Yazısı, Özkaraca, Karar İncelemesi, s.103-104; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42706/34976, Karşı Oy Yazısı, İren, Karar İncelemesi, s.127-129; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 Karşı Oy Yazısı (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42741/35011 Karşı Oy Yazısı (www.legalbank.net).

³⁹ Akın, Karar İncelemesi, s.27.

⁴⁰ Saymen, İş Hukuku, s.562; Çenberci, Şerh, s.459; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.208; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.54; Akyiğit, Şerh, s.1365; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.144.

⁴¹ "... İşçinin bu konudaki talebini işverene önceden bildirmesi ve iş arama izni toplamını işten ayrılacağı günden önceki günlere karşılık gelecek şekilde ayarlaması şarttır. İşçinin usulüne uygun toplu kullanma talebini işverenin kabulü zorunludur." Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

⁴² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.141, 142; Ekonomi, İş Hukuku, s.174; Süzek, İş Hukuku, s.549; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915; Akyiğit, Şerh, s.1365.

⁴³ Akyiğit, Şerh, s.1361; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.54-55; Aynı yönde Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.144.

için haklı fesih nedeni (İşK m.25/II,g) oluşturabilir⁴⁴. Öte yandan, işçi ve işverenin anlaşması halinde iznin bir bölümünün her iş günü en az iki saat, bir bölümünün ise toplu şekilde kullanılması veya toplu kullanımın bildirim süresinin herhangi bir dönemine denk getirilmesi ya da örneğin her haftanın belli işgünlerinde tam gün kullanılması yolunda bir engel bulunmamaktadır; bu yoldaki anlaşmanın bildirim süresi başladıktan sonra dahi yapılması mümkündür⁴⁵.

İşçinin yeni iş arama iznini toplu kullanmak yönünde bir talepte bulunmadığı durumlarda izin, bildirim süresi boyunca iş saatleri içinde kullanılacaktır. Diğer bir deyişle, ancak işçinin talebiyle toplu kullanım söz konusu olabilecektir⁴⁶; ortada talep yokken işveren tarafından iznin toplu kullanılması mümkün değildir⁴⁷. Ancak işçiye izni toplu kullanma hakkı olduğunun anımsatılması mümkündür ve hatta bu anımsatmanın işverenin işçiyi koruma borcunun bir görünümü olduğu dahi ileri sürülebilir.

İşçi, yeni iş arama iznini toplu kullanmayı tercih etmemiş ise, bu izni bildirim süresi boyunca iş saatleri içinde günlük en az iki saat olarak kullanacaktır. Ancak Kanunda iznin, gün içindeki iş saatlerinin hangi diliminde kullanılacağı belirtilmiş değildir. Bu konu sözleşmelerle kararlaştırılabilir⁴⁸. Sözleşmede hüküm yok ise, iznin gün içindeki iş saatlerinin hangi diliminde kullanılacağını yönetim hakkına dayanarak işveren tarafından belirleneceği kabul edilir⁴⁹. Söz konusu belirleme yapılırken İş Kanunu karşısında genel kanun konumunda olan Türk Borçlar Kanununun konuya ilişkin düzenlemesi uygulama alanı bulur: "İzin saatlerinin ve günlerinin belirlenmesinde, işyerinin ve işçinin haklı menfaatleri göz önünde tutulur" (TBK m.421/III). Her ne kadar TBK düzenlemesi sözleşmenin her iki tarafının çıkarlarının göz önünde bulundurulacağını hükme bağlamakta ise de İş Hukukuna yön veren ilkelerden işçi-

⁴⁴ Bkz. ve Karş: Saymen, İş Hukuku, s.562; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.209; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Akyiğit, Şerh, s.1370-1371.

⁴⁵ Akyiğit, Şerh, s. 1365-1366, 1368; Ayrıca Bkz.: Şen, Yeni İş Arama İzni, s.54-55; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.145.

⁴⁶ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.142; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.50, 54; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329 "İş arama izni ancak işçinin isteği ile toplu olarak kullanılabilir... İşçinin usulüne uygun toplu kullanma talebini işverenin kabulü zorunludur" Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

⁴⁷ Çenberci, Şerh, s.459; Akyiğit, Şerh, s.1365; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.144-145.

⁴⁸ Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Sümer, İş Hukuku, s.93; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.139; İren, Karar İncelmesi, s.129.

⁴⁹ Saymen, İş Hukuku, s 561; Çenberci, Şerh, s.460; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.143-144; Ekonomi, İş Hukuku, s.174; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14 Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Centel, İş Hukuku, s.188; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915; Sümer, İş Hukuku, s.93; Akyiğit, Şerh, s.1368; Akın, Karar İncelmesi, s.26; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.139; İren, Karar İncelmesi, s.129-130; "İş arama izninin kullanılma zamanını işveren belirler. İşçinin kendiliğinden bu izni kullandığını belirterek ayrılması doğru değildir. Zira ihbar öneli içinde iş görme borcu eksiksiz devam etmektedir." Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); Yarg. 9.HD, 22.02.2012, E.2009/44373, K.2012/7589 (www.legalbank.net).

nin korunması ilkesi⁵⁰ ve İşK m.27'nin amacı uyarınca işçinin iş bulmasına en elverişli zaman diliminin esas alınması isabetli olacaktır⁵¹. Özellikle, işverenin sözleşmeyi feshettiği durumlarda, hayatın olağan akışının yapılması gerektiğinin varsayılması ve giderek işçinin iş aramadaki çıkarının ağır basmasıdır⁵². İşveren, işin yürütümünü bakımından hiçbir sakınca olmamasına rağmen, işçinin bu konudaki isteğini dikkate almaz ve işçi için elverişli olmayan zamanda izni kullandırmakta ısrarcı olursa, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle (İşK m.24/II,f) feshedebileceği kabul görülür⁵³. Öte yandan belirtmek gerekir ki, işçinin isteğine uygun olsun olmasın işveren tarafından belirlenenler dışındaki iş saatlerinde işçinin kendi inisiyatifıyla iş aramak için işyerini terk etmesi, işveren bakımından haklı fesih nedeni oluşturabilir⁵⁴.

4. Yeni İş Arama İzni Verilmemesinin Yaptırımı

4.1. Genel Olarak

Bildirim süresi devam etmekte olan işçi, yeni iş arama izninin Kanuna uygun şekilde gereği gibi verilmemesi⁵⁵ veya eksik kullanılması⁵⁶ ya da kullandırılan iznin ücretinin ödenmemesi⁵⁷ halinde sözleşmeyi çalışma koşulları-

⁵⁰ İşçinin korunması ilkesi ve işçi lehine yorum hk. bilgi için Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s.75-77; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.10-12; Ekonomi, İş Hukuku, s.13 vd.; Çelik, Dersler, s.20 vd; Süzek, İş Hukuku, s.16 vd.; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.12 vd.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.11-18, 132-134; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.9 vd.; Akyiğit, Şerh, s.51 vd.; Sümer, İş Hukuku, s.7-8.

⁵¹ Çenberci, Şerh, s.460; Ekonomi, İş Hukuku, s.174; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Centel, İş Hukuku, s.188; Süzek, İş Hukuku, s.548; Akyiğit, Şerh, s.1368; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.139; İren, Karar İncelemesi, s.130; Ayrıca Bkz.: Oğuzman, Fesih, s.195.

⁵² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.144; Ekonomi, İş Hukuku, s.174-175; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.329; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53; İş sözleşmesini işçi feshetti ise işverenin yararına öncelik tanınması gerektiği yönünde Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53.

⁵³ Ekonomi, İş Hukuku, s.175; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.144; Centel, İş Hukuku, s.188; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.53, 62; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.139-141; Ayrıca Bkz.: Oğuzman, Fesih, s.195

⁵⁴ Tunçomağ, Feshi İhbar, s.209; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Çenberci, Şerh, s.461; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.144; Ekonomi, İş Hukuku, s.175; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Centel, İş Hukuku, s.188; Süzek, İş Hukuku, s.549; Akyiğit, Şerh, s.1370-1371; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.41-42, 53; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.140; İşçinin bu davranışının geçerli fesih nedeni de oluşturabileceği yolunda Akın, Karar İncelemesi, s.26.

⁵⁵ Saymen, İş Hukuku, s.561-562; Oğuzman, Fesih, s.195; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.209-210; Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.151; Ekonomi, İş Hukuku, s.177; Süzek, İş Hukuku, s.550; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.917; Centel, İş Hukuku, s.188; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.172; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.368; Sümer, İş Hukuku, s.93; Sümer, Karar İncelemesi, s.24; Akyiğit, Şerh, s. 1370; Caniklioğlu, Karar İncelemesi, s.47; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.61; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.106; İren, Karar İncelemesi, s.130.

⁵⁶ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.151; Süzek, İş Hukuku, s.550; Centel, İş Hukuku, s.188.

⁵⁷ Ekonomi, İş Hukuku, s.177.

nın uygulanmaması gerekçesiyle haklı nedenle derhal feshedebilir. İznin işveren açısından hiçbir sakıncası olmadığı halde işçi için iş bulmaya elverişli olmayan zamanlarda verilmesi halinde de işçinin fesih hakkının doğacağı Öğretide kabul görür⁵⁸. Bu hukuki sonuçlar 3008, 931, 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunlarının yürürlükte bulunduğu dönemlerin tümü bakımından geçerlidir. Hal böyle olmakla birlikte bildirim süresi içinde fesih hakkını kullanmayan işçi bakımından gündeme gelecek hukuki sonuç konusunda özellikle 1475 ve 4857 sayılı Kanunların yürürlükte olduğu dönemdeki Öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları farklılık göstermektedir.

4.2. 1475 sayılı İş Kanununun Yürürlükte Olduğu Dönem Bakımından

4857 sayılı İş Kanunuyla yürürlükten kaldırılan⁵⁹1475 sayılı İş Kanununun 19. maddesi tek bir fıkradan oluşmaktaydı ve bugün yürürlükte olan 4857 sayılı Kanunun 27. maddesinin ilk fıkrasıyla neredeyse özdeş bir madde metnini içermektedir⁶⁰. 1475 s.K.m.19'da, 4857 s.K.m.27 ikinci ve üçüncü fıkralarda olduğu gibi yeni iş arama izni vermeyerek işçiyi çalıştırmanın hukuki yaptırımı düzenlenmiş değildir. Bu dönemde işveren tarafından gerçekleştirilen fesihlerde bildirim süresi içinde iş arama izni verilmemesinin -işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilmesi dışında- hukuki yaptırımının ne olacağı konusunda Öğretideki bir Görüş⁶¹, izin süresine ilişkin ücretin talep edileceğini savunurken diğer bir Görüş⁶² ise feshin usulsüz hale geleceği ve işçinin ihbar tazminatına hak kazanacağını ileri sürmekteydi. Yargıtay kararları ise önel süresi içinde iş arama izninin verilmemesi halinde yöntemince verilmiş ihbar önelinden

⁵⁸ Bkz. Yukarıda dn.53.

⁵⁹ "25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır" (4857 s. İşK m.120).

⁶⁰ "Bildirim önelleri sırasında işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama süresini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. Bu iş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır" (1475 sayılı İşK mülga m.19).

"Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır." (4857 sayılı İşK m.27/1).

⁶¹ Ekonomi, İş Hukuku, s.176; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir, 1998, s.279; 1475 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce verilen bir Yargıtay kararı da bu yöndedir: "İş arama izninin hangi hallerde verileceği, 3008 sayılı İş Kanununun 18 uncu maddesinde yazılıdır. Buna göre, işverenin ihbar önellerine dayanarak iş sözleşmesini bozacağı bildirildiği takdirde, işçiye her gün için iki saatlik iş arama izni verilir. Eğer bu izin verilmezse, o zaman işçi iş arama izin süresi karşılığını ücret olarak ister."Yarg. 9.HD, 9.10.1969, E.5527, K.9642 (www.kanunum.com).

⁶² Esener, İş Hukuku, s.227; Çenberci, Şerh, s.458-459; Süzek, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması: İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976, s.109; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.48-49; Sümer, Karar İncelmesi, s.23-24.

söz edilemeyeceği, bu durumun feshi usulsüz hale getirdiği ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerektiği yönünde istikrar kazanmıştı⁶³.

Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemdeki bu içti-hadı, iş arama iznini adeta süreli fesih işleminin esaslı unsuru haline getirdiği; bunun süreli fesih kavramıyla bağdaştırılmasının mümkün olmadığı; iş arama izninin süreli fesih işleminde bildirim süreleri ile bütünleşen hukuki bir anlama sahip olmadığı; bu iznin, süreli fesih düzenleyen madde (4857 sK.m.17; 1475 sK.m.13) içinde değil, ayrıca başka bir maddede (4857 sK.m.27; 1475 sK.m.19) düzenlenmiş olduğu; düzenlemenin, fesih bildirim yapıldıktan sonra ve bildirim süresi devam ederken işverene işçiye diğer izinler gibi iş arama için de serbest bir zaman ayırması yükümlülüğü getirmekten başka bir anlam taşımadığı belirtilerek eleştirilmiştir⁶⁴. Bu eleştiriler doğrultusundaki işverenin bir gün dahi yeni iş arama izni kullandırmamasının yaptırımının ihbar tazminatı ödemek olacağı tespiti⁶⁵ ise ayrıca not edilmelidir.

Belirtildiği üzere dayanacakları haklı bir neden yoksa taraflardan her biri belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyararak feshedebilir. Kanunda düzenlenmiş bulunan bildirim sürelerinin temel işlevi işçiye yeni bir iş; işverene de yeni işçi bulma olanağı vermektir. Genel olarak, geçimini ancak bir işi olduğu müddetçe sağlayabilecek olan işçi bakımından bildirim sürelerinin anlamı, işverene göre çok daha hayatidir. Ülkemiz koşulları dikkate alındığında "İş mi; yoksa işçi bulmak mı daha güçtür?" sorusunun yanıtı bilinen bir gerçeğe işaret eder. "...işçi, bildirim süresi içinde kural olarak iş görme borcunu yafa etmekle yükümlü olduğu için, yeni bir iş aramada zaman bulabilmesi ancak yeni iş arama izni ile mümkün olabilmektedir"⁶⁶. Anlaşılabileceği üzere, bildirim süresinin işçi açısından hayati öneme sahip "yeni iş bulabilme olanağı yaratma" işlevini yerine getirmesini sağlayan hukuki kurum, yeni iş arama iznidir⁶⁷. Yeni iş

⁶³ "... önel süresi içinde 1475 sayılı iş kanununun 19. maddesinde öngörülen iş arama izni ayrıca verilmediği için yönteminde verilmiş ihbar önelinden sözedilemez. Bu durumda ihbar tazminatının hüküm altına alması gerekir." Yarg. 9. HD, 27.11.1995, 17832/34766, Sümer, Karar İncelmesi, s.22; "...1475 sayılı İş Kanununun 19 uncu maddesinde öngörüldüğü şekilde yeni iş arama izninin verilmediği açıkça görülmektedir. Bu durumda Yasa kurallarına uygun bir önel verildiği kabul edilemeyeceğinden bilirkişi tarafından hesaplanan ihbar tazminatı bir değerlendirmeye tabi tutularak hüküm kurulmalıdır." Yarg. 9. HD, 22.1.2002, E.2001/16005, K.2002/596; "...1475 sayılı İş Kanununun 19. maddesinde öngörülen iş arama izni ayrıca verilmediği için usulüne uygun ihbar öneli kullandırıldığından söz edilemez. Bu nedenle ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken..." Yarg. 9. HD, 26.2.2004, 1261/3471, www.kazanci.com; "...yasadan kaynaklanan iş arama izninin verilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda yasanın anladığı anlamda ihbar önelinden söz edilemez. Böyle olunca ihbar tazminatı isteğinin de kabulüne karar vermek gerekirken..." Yarg. 9.HD, 1.7.2004, 4314/16301, Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelmesi), s.12-13.

⁶⁴ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.148-150;Ayrıca Bkz.: Akyığıt, Şerh, s.620, 1369-1370; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.56-59.

⁶⁵ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.141.

⁶⁶ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.124.

⁶⁷ "... işçinin yeni bir iş bulabilmesi için kendisine izin verilmesi, feshi ihbar mühletinin gayesi icabıdır" Oğuzman, Fesih, s.194; Aynı yönde: Ekonomi, İş Hukuku, s.172; Süzek, İş Hukuku, s.5547, 550; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.366; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.912; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.171; Canıklıoğlu, Karar İncelmesi, s.45; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.31; Özkaraca, Karar İncelemesi, s.105; Ayrıca Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s.561.

arama izni kullandırılmaması, bildirim süresini işçi açısından büyük ölçüde işlevsiz hale getirecektir.

Günümüz iletişim teknolojisinin geldiği nokta düşünüldüğünde işçinin iş başvurularını elektronik ortamda yapabileceği dolayısıyla artık yeni iş arama izninin işçi açısından eski önemini taşımadığı iddia edilebilirse de kanımızca bu iddia isabetli değildir. İş görüşmelerinin halen yüz yüze yapıldığı; adayların işe alınmazdan önce birkaç kez görüşmeye çağrıldıkları; çeşitli yöntemlerle sınanıldıkları gerçeği unutulmamalıdır⁶⁸. Kısacası yeni iş arama izni, işçi bakımından bugün için de eski önemini korumaktadır. Nitekim yakın tarihli Yargıtay kararlarındaki⁶⁹ şu tespitler de aynı gerçeğe işaret etmektedir: "*Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçiye tanınması gereken bildirim öneli, işçiyi fesihten sonraki hayata hazırlamak için önemlidir. Bildirim süresi sonunda işten ayrılacağını bilen işçi, bu süre içinde bir başka iş arayarak bir başka işyerinde çalışabilmek için girişimlerde bulunabilecektir. Ancak bu süre içinde iş görme borcunu eksiksiz yerine getirmesi gereken işçinin, yeni iş aramasının güçlükleri de ortadadır. Bu nedenle yasa koyucu, bildirim süresi içinde işverence işçiye yeni iş araması için izin verilmesini öngören düzenlemeye gitmiştir*". İş arama izni verilmemesi işçinin yeni iş bulmasını engeller; en azından zorlaştırır ve giderek, bu tutumun İşK m.17'de (1475 sK.m.13) düzenlenen bildirim sürelerinin temel işlevini yerine getirmesini engellediği sonucuna varmak gerekir⁷⁰. Bildirim süreleri, işçiye yeni iş bulabilme olanağını yaratma işlevini ancak bu süreler içinde iş arama izni verildiği takdirde yerine getirebilir. Açıklamaya çalıştığımız bu gerçekler bizi, bildirim süreleri ile yeni iş arama izin sürelerinin bir bütün oluşturduğu⁷¹, bildirim süresi içinde yeni iş arama izni verilmeyerek işçinin çalıştırılması halinde Kanunun öngördüğü şekilde ihbar önelinden söz edilemeyeceği⁷² ve bu nedenle ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönündeki 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemdeki Yargıtay İçtihadının isabetsiz olmadığı sonucuna götürmektedir. Öğretide Yargıtay'ın bu içtihadını isabetli bulan Görüş, ihbar tazminatı yaptırımının ancak iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirim süresi verilerek feshedildiğinde gündeme gelebileceğini; sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği hallerde yeni iş arama izni verilmeyerek çalıştırılmasının -fesheden taraf işveren olmadığından işverenin usulsüz feshinden de söz edilemeyeceğine göre- işçiye ihbar tazminatı talep etme hakkı tanımayacağını belirtir. Bu durumda işçi, bildirim süresi sonunda kullandırılmayan iş arama iznine ilişkin ücreti talep edebilecektir⁷³.

⁶⁸ Bkz. ve Karş.: İren, Karar İncelmesi, s.131-132; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.158.

⁶⁹ Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; Yarg. 9.HD, 21.03.2011, E.2009/7616, K.2011/753; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismatoplum.org).

⁷⁰ Sümer, İş Arama İzni, s.25; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.47-49.

⁷¹ Esener, İş Hukuku, s.227; Çenberci, Şerh, s.458-459.

⁷² Yarg. 9.HD, 1.7.2004, 4314/16301; "...fesih tarihinde 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükte olup ilgili Yasanın 19. maddesine iş arama izninin kullandırılmaması ihbar önelinin usulüne uygun olarak verilmediği anlamına gelir ve bu durumda ihbar önelinin bölünmezliği ilkesi de gözetilerek işçiye ihbar tazminatı ödenmelidir." Yarg. 9.HD, 06.06.2011, E.2009/16815, K.2011/16522 (www.lehalbank.net).

⁷³ Sümer, İş Arama İzni, s.25; Caniklioğlu, Karar İncelmesi, s.47; Sözleşme işçi tarafından feshedildiğinde yeni iş arama iznini hiç ya da gerektiği gibi kullandırmayan işverenin ihbar tazminatıyla sorumlu tutulmasının tutarsız olacağı yönünde Akyiğit, Şerh, s.1370; Şen, Yeni İş Arama İzni, s.59.

4.3. 4857 sayılı İş Kanununun Yürürlüğü Sonrasında

Halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanununun yeni iş arama izni düzenleyen ve mülga 1475 sayılı Kanunun tek bir fıkradan oluşan 19. maddesiyle ilk fıkrası neredeyse özdeş olan 27. maddesinin farkı, yeni iş arama izni verilmeyerek işçinin çalıştırılması durumunda uygulama alanı bulacak ikinci ve üçüncü fıkraları içermesidir. Buna göre, " İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir" (İŞK m.27/II). "İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder" (İŞK m.27/III).

4857 sayılı Kanunun yürürlüğü sonrasında bildirim süresi içinde yeni iş arama izni verilmeyerek işçinin çalıştırılması halinde Kanunun öngördüğü şekilde ihbar önelinden söz edilemeyeceği ve bu nedenle ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönündeki Görüş terk edilerek, artık İŞK m.27/II ve III hükümlerinin uygulama alanı bulacağı geniş kabul görmüştür⁷⁴. Yargıtay'a göre de "İşçiye bildirim süresi içinde yeni iş arama izninin kullanılmaması, tanınan ihbar önelinin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz ... İş arama izni ayrı bir alacak kalemi olup, iş arama izni verilmemesi ihbar önelinin geçerliliğini etkilemez ...usulüne uygun verilen ihbar öneli nedeniyle ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken ... kabulü hatalı olup bozmayı gerektirir"⁷⁵. "Zira ... kanunun 27. maddesinde iş arama izninin verilmeyip çalıştırılması nedeniyle işçi bu süreye ilişkin ücretini %100 zamlı olarak almaya hak kazanmıştır"⁷⁶. İhbar öneli içinde işçinin çalıştığı günler bakımından her gün için iş arama izin ücretinin yüzde yüz zamlı hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir⁷⁷. Bildirim süresi içinde

⁷⁴ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150-151; Çelik, Dersler, s.271; Şahlanan, Hukuki Sonuç (Karar İncelemesi), s.14-15; Şahlanan, İzin Süresinin Ücreti (Karar İncelemesi), s.330; Süzek, İş Hukuku, s.550-551; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.172;Eyrenci, Öner, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, s.27; Narmancıoğlu, İş Hukuku, s.368-369; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.918; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203-204; Ekmekçi, Tasarı, s.75; Akyiğit, Şerh, s.1370; Sümer, İş Hukuku, s.93; Şen, Yeni İş Arama İzni, s. 37-38, 48-49,60-61; Özdemir, İspat, s.287; Odaman, Değerlendirme, s.215; İren, Karar İncelemesi, s.130; Farklı görüşte Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.168-172.

⁷⁵ Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398 (www.calismavetoplum.org); "Mahkemece fesih bildiriminde iki saatlik iş arama izinlerinin kullanılması ile ilgili hususlar bulunmadığı gerekçesiyle bildirim ihbar mahiyetinde olmadığı kabul edilmiş ise de, iş arama izni verilmemesi 4857 sayılı İş Kanunu'nda ayrı bir hukuki sonuca bağlanmış olup, bu husus bildirim geçersizliği sonucu doğurmaz. Bu itibarla, mahkemece ihbar tazminatının reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi isabetli olmamıştır." Yarg. 22.HD, 30.4.2013, E. 2012/21801, K. 2013/9238; "...iş arama izninin kullanılmaması ihbar önelinin geçerli olmadığı sonucunu doğurmaz. Çünkü kullanılmayan izin alacağının her zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 27.maddesi gereğince ayrı dava konusu olması mümkündür. İhbar önelinin kullanıldığı kabul edilerek ihbar tazminatına ilişkin talebin reddi yerine mahkemece yazılı şekilde kabulü hatalıdır." Yarg. 9.HD, 7.10.2008, E. 2007/27704, K. 2008/25951, (www.kazanci.com).

⁷⁶ Yarg. 9.HD, 07.05.2007, E.2006/27619, K.2007/14145 (www.calismavetoplum.org).

⁷⁷ Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20; Yarg. 9.HD, 25.02.2010, E.2008/17166, K.2010/4765 (www.legalbank.net); Yarg. 22.HD, 9.10.2012, 6548/21732 (www.kazanci.com); Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org).

sözleşme haklı nedenle⁷⁸ ya da 1475 sayılı Kanunun halen yürürlükte bulunan 14. maddesinde sıralanan nedenlerle feshedilirse işçinin, sözleşmenin feshedildiği tarihe dek kullandırılmayan yeni iş arama izinlerine ilişkin ücreti de yüzde yüz zamlı olarak talep hakkı vardır⁷⁹. Görüleceği üzere 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay yeni iş arama izni verilmeyerek işçinin çalıştırılması haline bildirim süresinin usulüne uygun verilmediği ve ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği sonucunu bağlarken; 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra bu içtihadını değiştirerek iş arama izni verilmemesinin feshi usulsüz hale getirmeyeceği; bunun yaptırımının kullandırılmayan iş arama izin süresine ilişkin ücretin yüzde yüz⁸⁰ zamlı ödenmesinden ibaret olduğu yolunda içtihat oluşturmuş bulunmaktadır.

4.4. İşK m.17/II ve III Arasındaki Normlar Çatışması

Açıklandığı üzere yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne aykırı davranışın yaptırımı İş Kanununun 27. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Bir kez daha anımsatmak gerekirse söz konusu iki fıkra aşağıdaki gibidir.

İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir (İşK m.27/II).

İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder (İşK m.27/III).

4857 sayılı Kanun için hazırlanan Bilim Komisyonu Taslağında yeni iş arama izni vermeyerek işçiyi çalıştırmanın yaptırımı ikinci fıkrada düzenlenmiş

⁷⁸ Bildirim süresi boyunca iş sözleşmesi tüm hak ve borçlarıyla devam etmekte olduğundan taraflardan birinin bildirim süresi içindeki borca aykırı davranışları diğer tarafa sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih hakkı verir. Bkz.: Oğuzman, Fesih, s.194; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.207; Çenberci, Şerh, s.294; Tunçomağ/Centel, Esaslar, s.201; Ekonomi, İş Hukuku, s.171; Süzek, İş Hukuku, s.547; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.911; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s.365; Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.169; Centel, İş Hukuku, s.187; Sümer, İş Hukuku, s.92; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.16172-173; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203.

⁷⁹ "Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından önel verilerek feshedilmiş ve fesih bildirim davacı işçiye tebliğ edilmiştir. Ancak davacı işçi verilen önel süresi içinde önel bitmeden iş sözleşmesinin emekliye ayrılması nedeni ile sonlandırılması yönünde dilekçe vermiştir ... Somut olayda işçinin emeklilik nedeni ile verdiği ayrılma dilekçesi üzerine ayrıldığı tarihe kadar, işverenin fesih bildirim sonuçlarını doğrulamaktadır. Davacı işçinin verdiği dilekçe, bir anlamda önel süresinin kısaltılmasına ilişkin olup, bu dilekçesi davalının daha önce yaptığı önel fesih bildirimini ve dolayısı ile önel içinde işverenin 2 saat iş arama izni vermesi gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Mahkemece, davacının önel süresi içinde 2 saat iş arama izni verilmemesi nedeni ile zamlı karşılığı ücret alacağının, işçi tarafından feshi halinde iş arama izni istenemeyeceği" gerekçesi ile reddi doğru değildir. Davalı işverenin önel fesih bildirim tarihi ile davacının emekli olduğu tarihe kadar kullandırılmayan iş saatleri içindeki günde 2 saat iş arama karşılığı % 100 zamlı ücretin hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir" Yarg. 9.HD, 13.02.2014, E. 2011/53717, K. 2014/4374, Çalışma ve Toplum, 2015/2, s.325-327.

⁸⁰ Toplamda yüzde üçyüz. Bkz.: Taşkent, (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), İş Hukuku, s.172; Güven/Aydın, İş Hukuku, s.203-204.

iken⁸¹, Kanunun TBMM görüşmeleri sırasında üçüncü fıkra eklenmiş⁸² ancak ikinci fıkra aynen madde metninde korunmuştur.

Öğretideki bir Görüş⁸³ uyarınca inceleme konusu bu iki fıkra farklı durumları düzenlemektedir. Buna göre, işverenin bildirim süresine gereği gibi riayet etmemesi halinde iş arama iznine ait ücrete hak kazanılıp kazanılmadığı şu şekilde tespit edilecektir: Süreli fesih bildiriminde bulunan işverenin, işçiyi bildirim süresinin bir kısmında çalıştırdığı durumlarda, örneğin iki haftalık bildirim süresinin söz konusu olduğu bir iş sözleşmesinde işçiyi bir hafta çalıştırmış fakat ikinci haftada çalıştırmamış ise, işçi, çalıştığı haftadaki iş günlerine ait olan iş arama izinlerini kullanmamışsa, ona ait ücrete, Kanun'un 27/III hükmü gereğince yüzde yüz zamlı olarak hak kazanır. Bildirim süresinin geri kalan kısmındaki (örnekte ikinci haftadaki) iş arama iznine ve dolayısıyla ücretine, o sürede tamamen serbest kaldığı ve usulsüz fesih nedeniyle de ihbar tazminatına hak kazandığı için hükmedilemez. İşçinin bildirim süresindeki iş arama iznini topluca kullanmayı isteyip de kullanamadan sözleşmenin sona erdirildiği usulsüz fesih hallerinde ise, ihbar tazminatının dışında, iş arama izni olarak kullanacağı döneme ilişkin ücrete, İşK m.27/II hükmü gereğince hak kazanır⁸⁴. Ne var ki aynı Görüş uyarınca "*Usulsüz fesih işverence gerçekleştirilmişse, işçi işyerinden bildirim sürelerine uyulmaksızın çıkarıldığı için, o süreye ilişkin ücretini ihbar tazminatı olarak alacak ve bildirim süresinin ya tamamını ya da çalıştırılmadığı kısmını yeni iş aramak için kullanabilecektir. İşverenin bildirim süresine hiç uymaması halinde sürenin tamamı iş arama için kullanılabilirliğinden ve bu döneme ilişkin ücreti de ihbar tazminatı olarak (tam olarak) ödeneceğinden dolayı işçi ayrıca yeni iş arama izin ücretine hak kazanamayacaktır*"⁸⁵. Kanımızca "işverenin bildirim süresine gereği gibi riayet etmemesi" ile "işçinin işyerinden bildirim sürelerine uyulmaksızın çıkarılması" çok farklı hukuki durumlar değildir. Dahası, bildirim sürelerine hiç uymayan işveren için iş arama izin süresine ilişkin ücretin ödettilmesi yaptırımı gündeme gelmezken, sürenin bir bölümüne uyan işveren için bu tür bir yaptırımın uygulanmasını kabul etmek bize güç görünmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında da bildirim süresinin eksik kullandırılması halinde ihbar tazminatına hükmedilmesi gerektiği, ancak işçinin iş arama izin sürelerine ilişkin ücrete hak kazanamayacağına işaret edilmiştir⁸⁶.

⁸¹ Bkz.:Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Kıdem Tazminatı Fonu Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, 26 Haziran 2002, MESS Yay. No. 387, İstanbul 2002, s.27.

⁸² Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150.

⁸³ Şen, Murat, "Yargıtay Kararları Işığında Süreli Fesihte Yeni İş Arama İzni " TÜHİS, 2006 Ağustos, C.20,S.3, s.37-38, 49,60-61; Akyiğit, Şerh, s.1370; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.915, 916-917; Narmanhoğlu, İş Hukuku, s.369.

⁸⁴ Şen, Yeni İş Arama İzni, s.37-38, 61.

⁸⁵ Şen, Yeni İş Arama İzni, s.37.

⁸⁶ " ... davacının iş sözleşmesi, 10.10.2006 tarihinde bildirilen yazı ile 11.11.2006 tarihinde feshedilmiştir. Çalışma süresine göre, davacıya hak etmiş olduğu ihbar süresi kullandırılmamıştır. Bu sebeple, davacının ihbar tazminatı talebinin mahkemece kabulü isabetlidir. Ancak ihbar tazminatı istemi kabul edilen davacının, aynı zamanda iş arama izni ücretini talep edemeyeceği hususu gözetilmeksizin, karar verilmesi isabetsizdir." Yarg. 22.HD, 4.3.2014, 4476/4818 (www.kazanci.com); "...işveren, ihbar önelerine uymaksızın iş sözleşmesini bozmuştur. Bu durumda işçi, iş arama iznini veya

Öte yandan açıklamaya çalıştığımız Öğreti Görüşüne *yakınlaştığımız* noktanın, iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirildiğinde işçinin bildirim süresi içinde ortaya çıkan bir sebepten ötürü İşK m.24/II uyarınca işverenin ahlaki ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışları nedeniyle sözleşmeyi feshetmesi durumu olduğunun belirtmeliyiz. Değinildiği üzere haklı fesih durumunda ne bildirim süresi ne de yeni iş arama izni söz konusu olur. Ne var ki, işçi ortaya koyduğumuz bu durumda sözleşmeyi işverenden kaynaklanan bir nedenle feshetmesiydi süreli fesih uyarınca fiilen çalışacağı ve yeni iş arama izni kullanacağı bakiye sürede hak edeceği ücretten mahrum kalacaktır. İşçinin bakiye bildirim süresinde elde edebilecekken mahrum kaldığı bu ücreti, İşK m.26/II uyarınca tazminat olarak talep etmesinin mümkün olduğu kanısında-yız⁸⁷. Örneğin sekiz haftalık bildirim süresinin ikinci haftasının son iş gününde işverenin işçinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya cinsel tacizde bulunması ya da yeni iş arama iznini kullandırmaması nedeniyle sözleşme işçi tarafından feshedildiğinde bakiye altı hafta boyunca fiilen çalışacağı ve yeni iş arama izni kullanacağı süreler ve de tatil günleri⁸⁸ için hak edeceği ücretler, tazminat olarak talep edilebilmelidir. Talep edilebilecek tazminat tutarı, işçinin, sözleşmesi bildirim süresi sonuna dek devam etseydi hak kazanabileceği ücretler toplamından oluşan olumlu (müspet) zararının karşılığıdır. Sözleşmenin haklı nedenle feshedildiği tarihe dek kullandırılmayan yeni iş arama izinlerine ilişkin ücret ise İşK m.27/III uyarınca yüzde yüz zamlı olarak ödenmelidir⁸⁹.

Belirtildiği üzere 4857 sayılı Kanun için hazırlanan Bilim Komisyonu Taslağında yeni iş arama izni vermeyerek işçiyi çalıştırmanın yaptırımı ikinci fıkrada düzenlenmiş iken, Kanunun TBMM görüşmeleri sırasında üçüncü fıkra eklenmiş ancak ikinci fıkra aynen madde metninde korunmuştur. Bu durum karşısında Öğretideki diğer bir Görüş⁹⁰, ikinci değil üçüncü fıkranın uygulanması gerektiğini ileri sürer ve dolaylı olarak her iki fıkranın aynı hukuka aykırı davranışın yaptırımını düzenlemekle olduğunu kabul eder. Buraya kadar ki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, biz de inceleme konusu iki fıkranın aynı hukuka aykırı davranışın yaptırımını düzenlemekle olduğu kanısında-yız. İşçiyeye "yeni iş arama iznini vermemek" ya da "eksik kullandırmak", "iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırmak" anlamına gelir⁹¹ ve başka bir olasılık da söz konusu değildir. Yargıtay içtihadına bakıldığında ise, her iki fıkranın da kararlarda

izninin verilmemesi halinde karşılık ücret tutarını isteyemez." Yarg. 9.HD, 9.10.1969, E.5527, K.9642 (www.kanunum.com).

⁸⁷ Bkz. ve Karş.: Oğuzman, Fesih, s.268-269; Süzek, İş Hukuku, s.737; Akyiğit, Şerh, s.1335-1336; Ayrıca Bkz.: Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.918.

⁸⁸ Hafta tatili, Ulusal Bayram ve genel tatil günleri.

⁸⁹ Bkz. yukarıda, dn.79.

⁹⁰ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150-151; Süzek, İş Hukuku, s.550; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Uluçan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Legal Yay., 2005, s.148; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.161-162. İkinci fıkranın kaldırılması gerektiği yolunda Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150-151; Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.161-162, 170.

⁹¹ Demircioğlu, Murat, Sorularla Yeni İş Yasası, İstanbul Ticaret Odası Yayını No. 300-42, İstanbul 2003, s.110; Akın, Karar İncelmesi, s.26; Sevimli, K. Ahmet, "4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tekbiçim (Yeknesak) Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar", Çimento İşveren Dergisi, C. 18, S. 6, Kasım 2004, s.10; Ayrıca Bkz.: Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.161.

zikredildiği ancak yaptırım olarak üçüncü fıkranın benimsendiğini ve bu doğrultudaki kararların istikrar kazandığını ileri sürmek yanlış olmaz⁹².

Öğretide ikinci değil üçüncü fıkranın uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülürken gerekçe, üçüncü fıkranın işçinin daha yararına olması şeklinde ortaya konulmaktadır⁹³. İş Hukukuna yön veren temel ilkelere olan işçi yararına yorum ilkesi⁹⁴, adı üzerinde bir "yorum" ilkesidir. Ne var ki, inceleme konusu yaptığımız durum kanımızca, yorum yoluyla çözülebilecek bir anlamlandırma sorunu olmaktan öte, bir normlar çatışması sorunudur ve normlar çatışmasına özgü ilkeler uyarınca çözüme kavuşturulmalıdır.

Üstelik sorun, *lex superior, lex posterior* ya da *lex specialis* gibi çatışma çözme ilkeleri⁹⁵ uygulanarak çözülebilecek nitelikte değildir. Aralarında üstlük-astlık, öncelik-sonralık ve genellik-özellik ilişkisi bulunmayan, aynı kanunun aynı maddesinde yer alan, aynı gün TBMM'nde kabul edilip; yine aynı gün yayınlanarak yürürlüğe girmiş iki fıkra arasında çelişki söz konusudur.

Bu tür durumlar Öğretide "gerçek çatışma" (*antinomy; antinomie*) olarak adlandırılır. Önerilen çözüm yolu, her iki hükmün birbirini yok ettiğinin ve ortada bir kanun boşluğu bulunduğunun kabulü ile boşluğun hakim tarafından hukuk yaratılarak doldurulmasıdır⁹⁶. Belirtmek gerekir ki gerçek çatışma olarak ortaya konan durum, aralarında üstlük-astlık, öncelik-sonralık ve genellik-özellik ilişkisi bulunmayan normlardan birinin bir davranışı *yasaklaması* diğerinin ise buna *izin* vermesi şeklinde ortaya konur ve aynı davranış için

⁹² Yarg. 9.HD, 05.02.2014, E.2011/53724; K.2014/3398; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42707/34977 (www.calismavetoplum.org); Yarg. HGK, 27.01.2010, E.2009/9-593, K. 2010/20; Yarg. 9.HD, 25.02.2010, E. 2008/17166, K. 2010/4765; Yarg. 9.HD, 05.02.2010, E.2008/14746, K.2010/236; Yarg. 9.HD, 23.12.2008, 42741/35011; Yarg. 9.HD, 11.02.2009, 812/2110 (www.legalbank.net); Yarg. 9.HD, 11.3.2010, E. 2008/42568, K. 2010/6437 (www.kazanci.com).

⁹³ Ekonomi, Yeni İş Arama İzni, s.150.

⁹⁴ Bkz. Yukarıda dn.50.

⁹⁵ "Lex superior derogat legi inferiori" (Üst kanun alt kanunları ilga eder), "Lex posterior derogat legi priori" (Sonraki kanun önceki kanunları ilga eder) ve "Lex specialis derogat legi generali" (Özel kanun genel kanunları ilga eder) şeklinde sıralanan çatışma çözme ilkeleri hakkında bilgi için Bkz.: Gözler, Kemal, Hukukun Giriş, Bursa, Ekin Yayınevi, 2015, s.340-350; Karayalçın, Yaşar, Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod, Ankara - 1994, s.112-115; Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2013, s.158-159; Işıktaç, Yasemin/Metin, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s.176-177; 259-261; Esener, Turhan, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Alkım, İstanbul, 1998, s.189-190; Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, 31. Bası, Ankara, Ağustos 2013, s.194-195.

⁹⁶ "Mahiyet itibarile birbirine müsavi iki normun çarpışması hallerinde kanunlar içtimandan bahsedilir. Müspet norm ihtilâfi olarak tezahür eden kanunlar içtimai, menfi norm ihtilâfi olan kanun boşluklarının aksidir. Kanun koyucuyu, kanun boşluklarını doldurmak salâhiyet ve vazifesini hâkime vermeğe sevkeden mülâhazalar, ona, pozitif norm ihtilâflarını halletmek salâhiyet ve vazifesini de bahsetmelidir." Hirsch, Eduard, Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul-1946, s.67; Karayalçın, Metod, s.115; Gözler, Hukuka Giriş, s.351-352; Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s.261-262; Ayrıca bkz.: Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, 20th Century Legal Philosophy Series Vol.I, Translated by Anders Wedberg, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1949, s. 438; Manyez, Edouardo Garsia, "Some Considerations on the Problem of Antinomies in the Law" en Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, XLIX, 2, Berlin, 1963,s.5.

normlardan birinin *yapma* değerinin kaçınma yükümlülüğü öngördüğü durumlar (teleolojik çatışma) dahi gerçek çatışma olarak kabul edilmez⁹⁷. Hal böyle iken, Türk Hukukunda iz bırakmış önemli biliminsanı Hirsch'in inceleme konusunu yaptığı çatışmalarda *yasaklama-izin verme* çelişkisinden farklı çelişkiler söz konusu olmasına karşın çözüm yolu olarak yine, kanun boşluğunun kabulünü ve hakim'in hukuk yaratmasını göstermesi⁹⁸ not edilmeleridir. *Lex superior, lex posterior* ya da *lex specialis* gibi çatışma çözme ilkelerinin yetersiz kaldığı, her iki kuralın aynı anda uygulanmasının imkansız ve hakim'in birini diğerine tercih etme yetkisinin bulunmadığı⁹⁹ böylesine durumlarda, bizim de tek çıkar yol olarak görebildiğimiz çözüm; iki hükmün birbirini yok ettiğinin kabulü ve ortaya çıkan boşluğun hakim tarafından hukuk yaratılarak doldurulmasıdır.

Ortaya çıkan bu boşluğun doldurulması için Kanunkoyucu aynı meselelerin her iki hükümde düzenlendiğinin farkına varmış olsa idi, nasıl karar verecek idi ise, hakim'in de aynı şekilde hukuk yaratması gerektiği¹⁰⁰ ve öncelik-sonralık ilişkisine bakılmadan normlardan birinin tercih edilebileceği¹⁰¹, Öğretide ileri sürülen görüşlerdir. Giderek, üçüncü fıkranın, Bilim Kurulu tarafından oluşturulan madde metnine TBMM görüşmeleri sırasında eklenmiş olmasının Kanunkoyucunun gerçek iradesini yansıttığı; bu nedenle de söz konusu fıkranın tercih edilmesi gerektiği savunulabilir¹⁰². Nitekim İş Hukuku Öğretisinde üçüncü fıkranın uygulanması gerektiğini kabul eden görüş ve Yargıtay Kararları da -bizim ortaya koyduğumuz türden bir gerekçelendirmeye başvurmaksızın- bu çözümü benimsemiş görünmektedir.

Ne var ki, bir yandan hakim'in çelişen normlardan birini diğerine tercih etme yetkisinin bulunmadığını belirtip; diğer yandan öncelik-sonralık ilişkisine bakılmadan normlardan birinin tercih edilebileceğini ileri sürmek de kendi içinde çelişki içeren bir çözüm yoludur. Bu çözüm yolu, ancak çatışan normların birbirini yok ettiği -kanun boşluğu- tespit edildikten sonra, tercih edilen norm, hakim'in yarattığı hukuk olarak nitelendirilebildiği ölçüde tutarlı hale gelir.

Diğer yandan, ortaya koymaya çalıştığımız türden bir boşluğu doldururken hakim'in, çelişen hükümlerden birini seçmek *zorunda* olduğu da kanımızca ileri sürülemez. MK m.1/II uyarınca "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir". Görüleceği üzere madde metni herhangi bir boşluk doldurma metodunu dikte eder nitelikte değildir. "*Kanunkoyucu gibi hareket etmekle yükümlü olan hakim, kanun koyucunun yapacağı gibi, tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit edecek, bunları adalet duygusu içinde tartarak hayat ihtiyaçlarını karşılayacak ve aynı zamanda mevcut*

⁹⁷ Manyez, Some Considerations, s.11-12; Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s.259.

⁹⁸ Hirsch, Dersler, s.67 vd.

⁹⁹ Karayalçın, Metod, s.115;Gözler, Hukuka Giriş, s.351; Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s.259.

¹⁰⁰ Hirsch, Dersler, s.67.

¹⁰¹ Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s.259.

¹⁰² "...işverenin iş arama izni esnasında alacağı çalıştırması halinde, işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini zamlı ödeyeceği öngörülmüştür." şeklindeki madde gerekçesine bakıldığında da Kanunkoyucunun iradesinin bu yönde olduğu sonucuna varmak kolaylaşır (Bkz.:TBMM Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr>).

*hukuk düzeni ve hukuki güvenlikle bağdaşacak bir kaide bulacaktır*¹⁰³. Hakim, hukuk yaratırken kıyas, hukukun genel ilkeleri, öğretici görüşleri ve önceki yargı kararlarından yararlanır¹⁰⁴.

İkinci ve üçüncü fıkraların birbirini yok ettiğinin kabulü halinde 4857 sayılı İşK m.27 metni, mülga 1475 sayılı İşK m.19 ile neredeyse özdeş hale gelecektir. 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmezden önceki dönemdeki yeni iş arama izni verilmemesi halinde uygulanacak yaptırıma ilişkin Yargıtay kararları anımsandığında¹⁰⁵, özellikle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği durumlarda yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne ağır aykırılığın yaptırımı olarak ihbar tazminatına hükmedilmesi olanağı da kanımızca halen varlığını korumaktadır¹⁰⁶. Burada yükümlülüğe ağır aykırılıkla kastettiğimiz, iş arama izninin hiç verilmemesi ya da pek az bir bölümünün kullanılmasıdır. Örneğin haftada altı gün yedibuçuk saat çalışılan bir işyerinde sekiz haftalık bildirim süresi bulunan bir işçiye işveren tarafından yeni iş arama izninin hiç kullanılmaması, işçinin doksantanlı saat, başka bir ifadeyle, yaklaşık onüç iş günü boyunca izinli olması gerektiği halde çalıştırıldığı anlamına gelir¹⁰⁷. Bu durum, bildirim süresinin işçiye iş bulma olanağı sağlama işlevini yerine getirmesinin engellendiği ve giderek feshin usulsüz olduğu sonucuna varmaya elverişlidir¹⁰⁸.

İşveren tarafından gerçekleştirilen fesihlerde yeni iş arama izninin önemli bir bölümünün kullanıldığı durumlarda ise bir gün dahi izin kullanılmamanın yaptırımının ihbar tazminatı olmaması gerektiği yönündeki eleştiri¹⁰⁹ de dikkate alındığında boşluk, İşK m.27/III hükmü tercih edilerek doldurulmalıdır. İşçinin sözleşmeyi bildirim sürelerine uyararak feshettiği ve bildirim süresi içinde işveren tarafından yeni iş arama izninin tamamı ya da bir bölümünün kullanılmadığı halde ise yukarıda açıklandığı üzere sözleşmeyi fesheden taraf işveren olmadığına göre onun usulsüz feshinden söz edilemez ve ihbar tazminatı yaptırımı gündeme gelmez¹¹⁰. Bu durumda da İşK m.27/III hükmünün uygulanması uygun çözüm yolu olarak görünmektedir.

Sonuç

İşverenin İşK m.27/I hükmünde düzenlenen yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne aykırı davranışının yaptırımı, aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Ne var ki, aralarında üstlük-astlık, öncelik-sonralık ve genellik-özellik ilişkisi bulunmayan, aynı kanunun aynı maddesinde yer alan, aynı gün TBMM'nde kabul edilip; yine aynı gün yayımlanarak yürürlüğe girmiş bu iki fıkra arasında çelişki söz konusudur. İkinci fıkra yeni iş

¹⁰³ Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuku: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.114.

¹⁰⁴ Karayalçın, Metod, s.109 vd.; Oğuzman/Barlas, Medeni Hukuk, s.116-118; Gözler, Hukuka Giriş, s.358; Aybay/Aybay, Hukuka Giriş, s.322.

¹⁰⁵ Hemen yukarıda belirtildiği üzere hakimin hukuk yaratırken yararlanacağı kaynaklardan biri de önceki yargı kararlarıdır.

¹⁰⁶ Farklı gerekçeyle aynı görüşte Laçiner, Yeni İş Arama İzni, s.168-172.

¹⁰⁷ Hesaplama için Bkz.: Şen, Yeni İş Arama İzni, s.38; Ayrıca Bkz.: Saymen, İş Hukuku, s.562-563; Tunçomağ, Feshi İhbar, s.208.

¹⁰⁸ Bkz. Yukarıda 4.2.

¹⁰⁹ Bkz. Yukarıda 4.2.

¹¹⁰ Bkz. Yukarıda 4.2.

arama izni verilmeyen sürenin ücretinin bir artış olmaksızın; üçüncü fıkra ise, aynı sürenin ücretinin yüzde yüz zamlı ödenmesini öngörmektedir. Öğretinin önemli bir bölümü ve Yargıtay, yaptırım olarak ücretin yüzde yüz zamlı ödenmesini benimsemiş görünmektedir.

İşK m.27/II ve III arasındaki ortaya koymaya çalıştığımız çelişki, gerçek normlar çatışması olarak algılanabilecek niteliktedir. Böylesi durumlarda her iki hükmün birbirini yok ettiğinin ve ortada bir kanun boşluğu bulunduğu kabulü ile ortaya çıkan bu boşluğun hakim tarafından hukuk yaratılarak doldurulması gerektiği belirtilir. Hakim, hukuk yaratırken Kanunkoyucunun niyetini dikkate alabilir; ancak buna zorunlu değildir.

Boşluk doldurulurken bildirim süresinin işverene göre işçi için çok daha hayati bir işlev yerine getirdiği akıldan çıkartılmamalıdır. Bildirim süresi sayesinde işçi bir anda sürpriz şekilde işsiz kalmaz ve yeni bir iş arayabilir. Başka bir söyleyişle, bildirim süresinin işlevi, sadece işçiyi çoğu zaman tek geçim kaynağı olan ücretten bir anda yoksun kalmaktan korumaktan ibaret değildir; işçinin yeni bir iş arayıp bulabilmesine olanak tanınması, en az bunun kadar önemlidir. Bildirim süresi bu işlevini, ancak işçiye yeni iş arama izni hukuka uygun şekilde kullanırlırsa yerine getirir. Yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne işverenin ağır şekilde aykırı davranışının bildirim süresini işlevsiz kıldığının kabulü yerinde olur. Nitekim, bu aykırılığın yaptırımının ayrıca düzenlenmediği 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemdeki Yargıtay kararlarının önel süresi içinde iş arama izninin verilmemesi halinde yönteminde verilmiş ihbar önelinden söz edilemeyeceği, bu durumun feshi usulsüz hale getirdiği ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerektiği yönünde istikrar kazanmış olduğunun altı çizilmelidir.

Kanımızca, "İşK m.27/II ve III arasındaki çelişkinin bir kanun boşluğu oluşturduğunun kabulü sonucu hakimden yaratması beklenen hukukun ne olması gerekir?" sorusuna verilecek çeşitli yanıtlar arasında, 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde Öğretinin bir bölümünce benimsenen ve Yargıtay tarafından da istikrar kazanmış bir içtihat haline dönüştürülen ihbar tazminatı yaptırımı, halen bir seçenek olarak varlığını korumaktadır. Vardığımız bu sonucun, özellikle, iş sözleşmesinin işveren tarafından süreli feshedildiği ve yeni iş arama izni verme yükümlülüğüne ağır şekilde aykırı davranışla bildirim süresinin işlevsiz kıldığı durumlar için dikkate alınmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE İHBAR ÖNELLERİNİN EŞİTLİĞİ İLKESİ

Prof. Dr. M. Polat Soyer*

I. İş sözleşmesinin feshinde uyulması gereken ihbar önelleri, mevzuatımızda -bir istisna dışında- taraflar için eşit olarak belirlenmiş¹ ve bu önellerin asgarî oldukları; fakat sözleşmelerle artırılacakları öngörülmüştür². 818 sayılı Borçlar Kanununda ise, taraflar için farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılmayacağı hükme bağlanmış³, ancak, bu kurala aykırılığın sonucu düzenlenmemiştir. Bu nedenle sorun, o dönemde öğreti ve uygulamayı daima meşgul eden önemli bir konu olmuştur⁴. Gerçi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İsviçre Borçlar Kanununda 1971 yılında yapılan değişikliğe paralel olarak bu ihtimalde uzun olan önelin iki taraf için de geçerli olacağını öngören bir hükme yer vermiştir⁵. Ancak, bu düzenlemenin iş yasalarına tâbi olanlar hakkında uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğretide bir görüş birliği olmadığı gibi, Yargıtay'ın da bu hususta henüz bir kararı yoktur.

II. Taraflar için farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılmasına izin vermeden fakat, buna aykırılığın sonuçlarını da düzenlemeyen eski İsviçre Borçlar Kanunu (Art. 347 Abs. 3=BK md. 340 f. 3) zamanında konu İsviçre öğretisinde de geniş bir tartışma alanı bulmuştur: Bir görüşe göre, eşitlik ilkesinin sözleş-

* KKTC Yakın Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

¹ TBK md. 432 f. 2; İşK md. 17 f. 2; DenişK md. 16/B. Buna karşılık Basın İş Kanununda, gazeteci tarafından yapılacak fesihlerde ihbar öneli bir ay olarak belirlendiği halde (md. 7), en az beş yıl kıdemi olan bir gazeteci açısından işverenin uyması gereken ihbar öneli üç ay olarak tespit edilmiştir (md. 6 f. 4).

² TBK md. 432 f. 3; İşK md. 17 f. 3; DenişK md. 16/C; BasışK md. 8. Oysa, 818 Sayılı Borçlar Kanununda ve kaynak İsviçre Borçlar Kanununda önellerin asgarî olduğuna ilişkin bir hüküm yoktu; bu nedenle de yasada belirlenenden (BK md. 340 f. 2=Art. 347 Abs. 2 OR) daha kısa bir önel kararlaştırılması mümkün görülmekte idi (bkz. Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd., 2. Teil, Art. 184-418, Zürich, 1936, Art. 347 N. 21; Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s. 189; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, İstanbul, 1974, s. 469). O dönemde, sadece bir yıldan fazla devam eden hizmet akitlerinde iki hafta olan ihbar önelinin bir haftaya kadar kısaltılabileceği öngörülmüştü (BK md. 341 f. 1- 2). İsviçre Borçlar Kanunu ise, yine bir yıldan fazla süren hizmet ilişkilerinde iki ay olan feshi ihbar süresinin bazı işçiler (Angestellten) açısından, bir aya; diğer bütün işçiler bakımından ise, iki haftaya kadar kısaltılmasına izin vermişti (Art. 348 Abs. 1-2).

³ BK md. 340 f. 3.

⁴ Bkz. Soyer, İsviçre Hukuku ile Alman Hukukunda İşçi ve İşveren İçin Farklı Feshi İhbar Önellerinin Sözleşmeyle Kabul Edilmesi Sorunu -Doktrindeki Bazı Görüşler ve Yasal Gelişmeler- Yasa Hukuk Dergisi, Aralık 1978, s. 1097-2003 ve orada dn. 1'de belirtilen kaynaklar.

⁵ TBK md. 432 f. 5.

melerle bozulduğu hallerde kararlaştırılan öneller yasal önelen kısa ise⁶, kararlaştırılan önellerden uzun olanı; buna karşılık, kararlaştırılan öneller yasal önelen uzun ise, kararlaştırılan önellerden kısa olanı; diğer hallerde de, yasal önel her iki taraf için geçerli olmalıdır⁷. Bir başka görüşe göre ise, eşitlik ilkesinin amacı, işveren tarafından yapılacak fesihler için daha kısa önel kararlaştırılmasını veya önelin tamamen kaldırılmasını önlemektir. Eşitlik hakkındaki kuralın amacını sözünden üstün tutmak gerektiği içindir ki, işçi yararına olmak üzere, işçinin daha kısa; işverenin ise daha uzun önel ile bağlı olacakları yönündeki bir anlaşmayı geçerli saymak yerinde olur⁸.

Türk hukukundaki duruma gelince: Öncelikle 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 340 f. 3 hükmünün iş yasalarına tâbi iş sözleşmelerinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda -geçmişte yapılan- tartışmalara kısaca değinmekte yarar görülmektedir. Çünkü bu tartışmalar, bugünkü uygulamanın ne yönde olması gerektiğine ilişkin arayışlara da ışık tutacak niteliktedir: Yukarıda da değinildiği gibi, iş yasalarımızda, sadece, ihbar önellerinin asgarî olduğu ve sözleşmelerle artırılabilceği düzenlenmiş⁹; fakat, önellerin eşit olması gerektiğine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak öğreti, son derece isabetli olarak, Borçlar Kanununda yer alan ihbar önellerinin eşitliği ilkesinin iş yasalarına tâbi iş ilişkilerinde de (genel hüküm olarak) uygulanması gerektiğini kabul etmiştir¹⁰.

Diğer taraftan, BK md. 340 f. 3 hükmüne verilecek anlam konusunda geçmişte, Türk Hukukunda da İsviçre öğretisine paralel bir tartışma yaşandığını kaydetmek gerekir: Gerçekten, bu konuda öğretinin bir kesimi, BK md. 340 f. 3 hükmünün emredici bir kural olduğundan hareketle, ihbar önellerinde eşitlik ilkesine aykırı olan düzenlemelerin mutlak butlanla sakatlandığını; bunun yerini, kanundaki önellerin alacağını kabul etmiştir¹¹. Buna karşılık bir başka görüş, butlanın ancak, işveren lehinde daha kısa önel kararlaştırılmış olması hâlinde söz konusu olacağını; bu durumda da kanundaki önelin geçerli olması gerektiğini; fakat, işçi lehinde daha kısa önel kararlaştırılmışsa, bunun

⁶ Bkz. Dn. 2'deki açıklama.

⁷ Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI Obligationenrecht II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern, 1934, Art. 347 N. 16; eserin birinci basısında aynı görüşte, Lang, Der Dienstvertrag, Zürich, 1912, Art. 347 N. 3a.

⁸ Bkz. Oser/Schönenberger, Art. 347 N. 24-26. Yazar, Art. 347 N.25'te Hug (Das Kündigungsrecht nach schweizerischem und unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Arbeitsrecht, Diss., 2. Bd., Zürich, 1927, s. 180-197) ve eserin ikinci basısında Lang (Kommentar zum Dienstvertrag, 2. Aufl., Aarau, 1930, Art. 347 N. 3) tarafından da bu görüşün savunulduğuna işaret etmektedir.

⁹ İşK md. 17 f. 3; DenişK md. 16/C; BasışK md. 8.

¹⁰ Atabek, İş Aktinin Feshi, İstanbul, 1938, s. 60-61; Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s. 558; Oğuzman, s. 192; Edis, İşveren ve İşçi İçin Eşit Olmayan Feshi İhbar Önelleri Sözleşmeyle Kabul Edilebilir mi ? BATİDER C. IV, Sa. 3, 1968, s. 541; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul, 1974, s. 152; aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi ile Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar, Çalışma ve Toplum, 2011/4 (31), s. 18-19; Kaplan, İşverenin Fesih Hakkı, Ankara, 1987, s. 55.

¹¹ Saymen, s. 558, Oğuzman, s. 190-192; Tunçomağ, s. 916; İş Kanunu'nun taraf menfaatlerini telif eden bir kanun olduğu gerekçesiyle, Selçukî, İlmî-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, İstanbul, 1973, s. 228-229; ayrıca bkz. Çil, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 734.

geçerli sayılacağını benimsemiştir¹². Yargıtay ise, öteden beri, işçiye karşı açılan ihbar tazminatı ile ilgili dâvalarda, ihbar önellерinin asgarî olduğunu ve sözleşmelerle artırılabilceğini öngören yasa hükümlerinin işçiyi koruma ilkesi uyarınca ancak işçi yararına artırma izin verdiğini; bu nedenle de, ihbar önelleri artırılmış olsa dahi, işçi aleyhinde ihbar tazminatına hükmedilirken yasal önel üzerinden hesaplama yapılması gerektiğini karar altına almaktadır¹³.

Bu düşüncenin benimsenemeyeceğinde şüphe yoktur: Gerçekten, iş yasaları, sadece, ihbar önellерinin asgarî olduklarını belirtmekte, fakat bu önellерin *- taraflar açısından herhangi bir ayırım yapmaksızın -* artırılabilceğini düzenlemektedir¹⁴. Sözü edilen yasalarda *işçinin uyması gereken ihbar önellерinin sözleşmelerle artırılamayacağına dair en küçük bir "emare" yoktur*. Bu yasaların uygulanması bakımından önemli olan, sadece, yasal önellерin altına inilememesidir; fakat bu önellерin her iki taraf için artırılmasına engel bir durum mevcut değildir¹⁵.

III. Ne var ki, yukarıda da değinildiği üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 340 f. 3 hükmünü karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu md. 347 f. 3 kuralı 1971 yılında değiştirilerek¹⁶, taraflar için farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılması hâlinde uzun önelin her iki taraf için de uygulanacağı öngörülmüştür (Art. 335a OR) ¹⁷. Yeni Türk Borçlar Kanunu ile birlikte bu hüküm 1.7.2012 tarihinden itibaren uygulanmak üzere hukukumuzda dâhil olmuştur (md. 432 f. 5). Diğer taraftan İsviçre’de, anılan madde, 1.1.1989 tarihinde yapılan değişik-

¹² Atabek, s. 63-64. Ayrıca bkz. Çelik, s. 152; aynı yazar, Çalışma ve Toplum, 2011/4 (31), s. 18-19; Ekonomi, İş Hukuku C. I, Ferdî İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1984, s. 170; Kaplan, s. 55; Esener’ e göre, sadece işveren tarafından yapılacak fesihlerde bildirim sürelerinin uzatılması mümkün olmalıdır (İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1978, s. 225); aynı yazar, İş Hukuku, Genel Kavramlar, C. I, Ankara, 1968, s. 39 [Yazar, işveren tarafından uyulması gereken önelin işçinin uyacağı önelden daha kısa belirlenmesi hâlinde, uzun önelin her iki taraf için de geçerli olması gerektiğini kaydetmektedir (aynı yer s. 39). Aynı yönde, Edis, 540-542]. Çenberci ‘ye göre de, önellерin sadece işveren yararına artırılmasını öngören sözleşmeler, işçinin korunması esası ile bağdaşmayacağı için, geçerli sayılamaz (İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara, 1986, s. 307); aynı yönde, Şen, Bildirimli Fesihle İhbar Önellерinin Toplu İş Sözleşmesiyle Artırılması Durumunda İhbar Tazminatı, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, 2004, C. 7, Sa. 3, s. 83; Engin, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, İstanbul, 1999, s. 148; Özdemir, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD 2005, C. 54, Sa. 3, s. 114-115.

¹³ Bkz. Y9HD, 11.5.1984, E. 1984/4638, K. 1984/5209, Kararevi.com; Y9HD, 7.10.1985, E. 1985/6513, K. 1985/3139 ve Ekonomi’nin incelemesi, İHU İşK 13 (No: 25); Y9HD, 4.3.1998, E.1998/564, K.1998/3399, Kazancı.com; Y9HD, 29.9.1998, E. 1998/11002/K.1998/13716, Kazancı.com; Y9HD, 30.4.2002, E. 2001/20615, K. 2002/6298 ve Şen’in incelemesi, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, 2004, C. 7, Sa. 3, s. 75 vd.

¹⁴ Bkz. Dn. 2.

¹⁵ Yargıtay içtihadının haklı eleştirisi için bkz. Ekonomi, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, Sa. 4, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, s. 11-12; Şen, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, 2004, C. 7, Sa. 3, s. 87-90; Süzek, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2015, s. 556; ayrıca bkz. Güzel, İHU, İşK 13 (No: 12); Kaplan, s. 69 vd

¹⁶ 25.6.1971 (yürürlük, 1.1.1972) Art. 336 Abs. 2; aynı hüküm 18.3.1988 tarihli yasa değişiklikleriyle (yürürlük, 1.1.1989) yasanın 335a maddesinin 1. fıkrasında (Art. 335a Abs. 1) yer almıştır.

¹⁷ Avusturya Medeni Kanunu da aynı ilkeyi benimsemiştir (Art. 1159c, cümle 2 ABGB).

liklerle birlikte, işçi ve işveren aleyhinde değiştirilemeyecek (emredici) hükümler listesinden (Art. 361 OR) çıkarılmıştır. Yasa önerisinin federal meclise sunulan gerekçesine göre, bunun nedeni, hükmün zaten, eşitlik ilkesinin ihlali hâlinde uzun önelin iki taraf için de geçerli olacağını öngörmesi nedeniyle, emredici hükümler arasında sayılmasının (zikredilmesinin) gereksiz hâle gelmiş olmasıdır¹⁸. Bu hükmü karşılayan Türk Borçlar Kanunu md. 432 f. 5 kuralını da İsviçre Hukuku doğrultusunda (mutlak) emredici nitelikte kabul etmek ve farklı önel kararlaştırılan hallerde sözleşmenin bu hükmünü geçersiz sayarak¹⁹ uzun önelin iki taraf için de uygulanacağı sonucuna varmak gerekmektedir²⁰.

Belirtilmelidir ki, İsviçre Hukukundaki bu çözüm tarzı, koruma ilkesinin eşitlik ilkesine fedâ edilmiş olması nedeniyle eleştirilmektedir²¹. Ne var ki öğretti, 1971 yılında getirilen bu hükmü İsviçre yasa koyucusunun bütün eleştirilere rağmen 1988 revizyonu²² sırasında değiştirmemiş olmasını, artık yasada öngörülenden farklı bir sonucuna varılamayacağını bir işareti saymakta ve yasanın sözü dışındaki bütün sonuçlara ancak bir yasa değişikliği ile ulaşılabilirliğini kabul etmektedir²³. Türk Borçlar Kanunu daha tasarı hâlinde iken ve yasalaştıktan sonra defalarca ifade ettiğim gibi, işçi için kısa; işveren için uzun önel kararlaştırılan hallerde, işçi tarafından yapılan bir feshi uzun önele tâbi tutmanın savunulabilir bir gerekçesi yoktur²⁴. Nitekim Almanya'da 1969 yılın-

¹⁸ Botschaft 9.5.1984, BBl 1984, II, s. 616-617; hükmün mutlak emredici nitelikte olduğu yönünde, Staehelin, Der Arbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, V2c, OR-Art. 319-362, 3. Aufl., Zürich, 1996, Art. 335a N. 13; Streiff/Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag-Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich, 2012, Art. 335a N. 6; Rehbindler/Stöckli, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-335 und Art. 361-362 OR, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bern, 2014, Art. 335a N. 5.

¹⁹ Bkz. Staehelin, Art. 335a N. 8; Rehbindler/Stöckli, Art. 335a N. 3.

²⁰ İsviçre Hukukunda emredicilik ilkesinin tek istisnası, işverenin iş sözleşmesini ekonomik nedenlerle feshetmesi veya benzeri nedenlerle fesih yoluna gitme amacını ortaya koyması hâlidir. Yasa sadece bu ihtimal için işçi lehine daha kısa önel kararlaştırılmasına izin vermiştir (Art. 335a Abs. 2). Bu istisnanın amacı, işçinin de iş sözleşmesini feshederek mümkün olduğu kadar kısa süre içinde başka bir işte çalışma olanağına kavuşmasını sağlamaktır. Staehelin, Art. 335a N. 10; Rehbindler/Stöckli, Art. 335a N. 4. Bu hüküm Türk Borçlar Kanununa alınmamıştır.

²¹ Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern, 1976, s. 231. Rehbindler/Stöckli de, işveren menfaatlerinin bu derece korunmasına Avrupa ülkelerinde pek sık rastlanmadığını kaydetmektedir. Art. 335a N. 2. Yasa önerisinin gerekçesine ise, taraflardan hangisinin daha çok korunması gerektiği, emek piyasasının durumunda ve iktisadi konjoktüre göre değişeceğinden, yasal düzenlemenin "her koşulda uygulanabilecek ve taraf menfaatleri arasında mantıklı bir denge kurabilecek nitelikte olması" fikrinden hareket edilerek hazırlandığı ifade edilmektedir. Botschaft 9.5.1984, BBl 1984, II, s. 587-588.

²² Bkz. Dn. 16.

²³ Streiff/Kaenel/Rudolph, Art. 335a N. 4.

²⁴ Bkz. Soyer, Türk Borçlar Kanunu Tasarsısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, 2008, s. 162; aynı yazar, Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, Galatasaray Üniversitesi ile İstanbul Barosu Tarafından Ortaklaşa Düzenlenen İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2012, s. 193; aynı yazar, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, Sicil, Haziran 2011, s. 15; aynı yazar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleş-

da çıkarılan bir yasa²⁵ ile Medeni Kanun'un 622. paragrafına eklenen fıkrada (Abs. 5) ²⁶ sözleşmenin işçi tarafından feshinde işverenin tâbi olduğu önele göre daha uzun bir önel kararlaştırılmayacağı hükmüne bağlanmıştır. Bu düzenlemenin pratik sonucu, işveren tarafından yapılacak fesihlerde işçinin uyması gereken önele göre daha uzun bir önelinin kararlaştırılabilecek olmasıdır²⁷.

İsviçre Hukukunda emredici nitelikteki eşitlik ilkesinin toplu iş sözleşmeleriyle dahi işçi lehinde değiştirilemeyeceği kabul edilmektedir²⁸. Aynı sonucun TBK md. 432 f. 5 hükmü bakımından da kabul edilmesi gerekir²⁹. Bu görüşün pratik sonucu, toplu iş sözleşmeleriyle artık işverenin tâbi olacağı öneli artırarak belli ölçüde fesih güvencesi getirmenin işçi sendikaları bakımından bir anlamının kalmamış olmasıdır³⁰.

Türk Borçlar Kanunu md. 432 f. 5 hükmünün uygulama alanına gelince: Öğretide bir görüş, söz konusu düzenlemenin İş Kanunu'na tâbi iş sözleşmele-

mesi"ne İlişkin "Bazı" Hükümlerin İş Hukuku Açısından Önemi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından 25 Mayıs 2012 Tarihinde Düzenlenen İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Semineri, İstanbul, 2012, s. 39-40; aynı yazar, Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Tarafından 20-21 Şubat 2013'te Ankara'da Düzenlenen İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Ankara, 2013, s. 12. Özdemir de, işçi için daha kısa önel kararlaştırılmayacağı yönündeki tabunun işçi yıkılması gerektiğini; bu nedenle de yeni yasadaki düzenlemenin yerinde görülmeceğini ifade etmektedir. Bkz. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Sicil, Aralık 2011, s. 109. Aynı makale, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler" başlığı altında Yavuz Armağanı, s. 561-571'de de yayınlanmıştır.

²⁵ Gesetz zur Änderung des Kündigungsrechtes und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften (Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969), BGBl 1969 II s. 1106.

²⁶ Bu hüküm, 7. 10. 1993 tarihli Feshi İhbar Önelleri Hakkındaki Kanun (Kündigungsfristengesetz, BGBl I, s. 1668) ile yeniden düzenlenmiştir ve halen Alman Medeni Kanunu'nun 622. paragrafının 6. fıkrasında yer almaktadır (bkz. Hesse, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München, 2012, BGB § 622 Rn. 1). Açıklamalarımız bu hükmeye göre yapılmaktadır.

²⁷ Henssler/Willemsen/Kalb/Bittner, ArbeitsrechtKommentar, Köln, 2004, § 622 BGB Rz. 58; Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udscing/Gotthardt, Beck'scher On-Line Kommentar Arbeitsrecht (Stand: 1.3. 2015), BGB § 622, Rn. 62; Müler-Glöge, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., 2016, BGB 622 § 622 Rn. 43. İşçi aleyhinde uzun önel kararlaştırılması hâlinde ise, iki taraf için de yasal önellere değil, uzun önelin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Hesse, BGB § 622 Rn. 107; Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, Kündigungsgesetz, 4. Aufl., 2012, BGB § 622 Rn. 171; Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 16. Aufl., Stuttgart, 2004, s. 147, N. 447, Alman Federal İş Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndedir. Bkz. BAG (2. 6. 2005), AP BGB § 622 Nr. 63=NZA 2005, s. 1176.

²⁸ Staehelin, Art. 335a N. 8; Streiff/Kaenel/Rudolph, Art. 335a N. 2.

²⁹ Alman Hukukunda ise, 1969 yılında çıkarılan yasa (bkz. Dn. 25) ile işçi tarafından yapılan fesihlerde işverene göre daha uzun önel kararlaştırılmaması sadece iş sözleşmeleri bakımından yasaklanmış, ancak 1993 değişiklikleri (bkz. Dn. 26) sırasında bu sınırlama bilinçli olarak kaldırılmıştır. Bu durum karşısında, Alman Hukukunda da işçinin daha uzun önelle bağlı tutulmasının toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılması mümkün görülmemektedir. Bkz. Hesse, BGB § 622 Rn. 102; Rolfs/Giesen/ Kreikebohm/Udscing/Gotthardt, BeckOK § 622 BGB Rn. 62; Ascheid/Preis/Schmidt/ Linck, § 622 BGB, Rn. 171.

³⁰ İhbar önellere ilişkin toplu iş sözleşmesiyle işveren aleyhinde artırılmasının sınırı konusundaki tartışmalar için, bkz. Çelik, Çalışma ve Toplum, 2011/4 (31), s. 19 vd.

rinde uygulanmayacağını; bu alanda, işçi için daha uzun önel kararlaştırılmayacağına ilişkin Yargıtay içtihadının değiştirilmesine gerek bulunmadığını ileri sürmektedir³¹. Bir başka görüş, aynı sonuca, iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğinden ve hukuk kurallarının iş hukuku alanında maddi eşitliği sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiği fikrinden hareket ederek ulaşmaktadır³². Nihayet son bir görüş, ihbar önellerinin asgari olup sözleşmelerle artırılabilmesine ilişkin hükmün nispi emredici etkisinin, artırımın işçi aleyhinde olmaması anlamında kendini göstereceğini; bu nedenle de Türk Borçlar Kanunu md. 432 f. 5 hükmünün sadece İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalanlar hakkında uygulanacağını kabul etmektedir³³.

Daha önceki yazılarımda³⁴, TBK md. 432 f. 5 hükmünün İş Kanununa tâbi iş sözleşmelerinde de uygulanacağını (gerekçeleriyle³⁵) açıklamıştım. Burada tekrar belirtmem gerekir ki, İş Kanununda sadece ihbar önellerinin asgari olduğu ve sözleşmelerle artırılabilmesi düzenlenmiş fakat artırımın hangi esaslara tâbi olduğu konusunda hiçbir esas öngörülmemiştir. Bu nedenle, sözleşmelerle farklı önel kararlaştırılmasının hukuki sonucu hakkında İş Kanununda bir boşluk vardır ve bu boşluğun Türk Borçlar Kanunu'nun (genel nitelikteki) hükmüyle doldurulması gerekmektedir. Nitekim, 3008 sayılı İş Kanunu döneminden başlayarak yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar geçen süre içinde öğretici görüşü bu yönde oluşmuştur³⁶. Şimdi (beğenilmeyen) yeni hüküm (TBK 432 f. 5) dolayısıyla farklı bir görüşü savunmak hukuka uygun düşmez. Aksi takdirde, yasa maddelerinin sübjektif kanaatlere göre uygulanması ya da uygulanmaması gibi *son derece tehlikeli* bir sonuca ulaşılmış olur. İş Kanunundaki hükmün nispi emredici etkisi ise, sadece, kanunî önellerin altına inilememesinde kendini gösterebilir; yoksa, nispi emredicilikten, işveren aleyhinde daha uzun önel kararlaştırılabileceği sonucu çıkarılamaz. Nihayet, iş hukukunun işçiyi koruma amacı ve hukuk kurallarının iş hukuku alanında maddi eşitliği sağlayacak şekilde yorumlanması gereği de farklı bir sonuca varılmasını gerektirmez; böyle bir yöntem, ancak yoruma elverişli bir hükmün bulunması hâlinde söz konusu olabilir³⁷. Oysa, buradaki sorun, bir hükmün işçi lehinde yorumlanmasıyla değil; İş Kanunundaki boşluğun genel hukuk prensipleri uyarınca doldurulmasıyla ilgilidir. Bu nedenlerle, farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılması hâlinde uzun önelin iki taraf için de bağlayıcı olacağına dair kural, İş Kanunu'na tâbi iş ilişkilerinde de uygulanır³⁸. Bu sonuç, Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren ilişkiler bakımından da geçerlidir.

³¹ Alpagut, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHSGHD, 2011/31, s. 937.

³² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2014, s. 907-908.

³³ Süzek, s. 543-544.

³⁴ Bkz. Dn. 24.

³⁵ Özellikle Soyer, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Semineri, İstanbul, 2012, s. 39, dn. 159.

³⁶ Bkz. Dn. 10'da anılan yazarlar.

³⁷ Nitekim, yukarıda da belirttiğim üzere, TBK md. 432 f. 5 hükmünü karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu md. 335a f.1 hükmü ile ilgili olarak İsviçre öğretisi, yasanın sözü dışındaki bütün sonuçlara ancak bir yasa değişikliği ile ulaşılabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Streiff/Kaenel/Rudolph, Art 335a N. 4.

³⁸ Sonuç itibarıyla aynı görüşte, Yürekli, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2011, s. 173; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul, 2015, s. 315.

Benim de isabetli bulmadığım bu (zorunlu) sonucu değiştirebilecek tek merci ise, yasama organıdır.

Ne var ki, Basın İş Kanunu bakımından farklı bir sonuca varılması gerektiği de belirtilmelidir³⁹: Çünkü, Basın İş Kanununda akdin (kıdemi ne olursa olsun) gazeteci tarafından feshinde uyulması gereken önel bir ay olarak öngörülmüş iken (md. 7), beş yıldan fazla kıdemi olan gazeteci karşısında işverenin tâbi tutulduğu önel üç ay olarak tespit edilmiştir (md. 6 f. 4). Bunun anlamı, Basın İş Kanununda işverenin daha uzun önel ile bağlanması düşüncesine üstünlük tanınmış olmasıdır. Yasa koyucunun bu tercihi karşısında artık TBK md. 432 f. 5 kuralında yer alan “uzun önelin iki taraf için de geçerli olması (mutlak eşitlik) ilkesi”ni Basın İş Kanunu bakımından uygulamak mümkün değildir.

IV. İşçi ve işveren için farklı feshi ihbar önelleri kararlaştırılmayacağına ilişkin kurala Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde düzenlemenin “sözünü aşan; feshin hakkının işçi aleyhinde tek taraflı olarak zorlaştırılmasını yasaklayan “genel bir hukuk idesi” olma işlevi de yüklenmektedir⁴⁰. Bunun, eşitlik ilkesinin uygulama alanını genişleterek iş yaşamında daha çok önem kazanmasına yol açan bir yaklaşım olduğunda kuşku yoktur. Bu konuda bazı örnekler vermek gerekirse, denilebilir ki:

-İş sözleşmesinin feshinde işçi aleyhinde kararlaştırılan tek taraflı cezaî şartın geçersizliğine ilişkin hukukî düşünce, temelini ihbar önellerinin eşitliği ilkesinde bulmaktadır⁴¹.

-İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, fesih hakkı, gerçekleşmesi sadece işverenin iradesine bağlı olan bir şarta bağlanamaz; bu görüşün hukukî gerekçesi de, ihbar önellerinde eşitlik ilkesidir⁴².

-Benzer şekilde, Federal Mahkeme, ihbar önellerinin eşit olduğu fakat önellerin işlemeye başlama (fesih) tarihini sadece (tek başına) işverenin belirle-

³⁹ Konuya ilişkin daha önceki yazılarımda bu ayırım yapılmamıştır. Tuncay (Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul, 1989, s. 79'da), işçi lehine farklı önel getirilmesinin mümkün olduğunu kaydetmektedir. Karş. Gökteş/Çil, Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara, 2003, s. 37.

⁴⁰ Bkz. Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udscing/Gotthardt, BeckOK § 622 BGB Rn. 64; Bamberger/Roth/Fucshs, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand; 1.5.2015, BGB § 622, Rn. 22; Hesse, BGB § 622 Rn. 104; Streiff/Kaenel/Rudolph, Art 335a N. 2; Rehbinder/Stöckli, Art. 335a N. 3; Staehelin, Art. 335a N. 2-4.

⁴¹ Bu görüşü hukukumuzda ilk kez 1993 yılında yayınlanan bir karar incelemesinde dile getirmiştim. Bkz. Soyer, İş Sözleşmesinin Feshi ve Cezaî Şart, İş Hukuku Dergisi, C. III, Sa. 2, Nisan-Haziran 1993, s. 307-308 ve orada anılan Alman ve İsviçre öğretisi ve yargı kararları; ayrıca bkz. aynı yazar, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezaî Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, Ankara, 2000, s. 363 vd; Alman Hukukunda örneğin, Hesse, BGB § 622 Rn. 105; Bamberger/Roth/Fucshs, BeckOK BGB § 622 Rn. 22; BAG (9.3. 1972), AP Nr. 12 § 622 BGB Nr. 12, Leipold'un incelemesiyle); İsviçre Hukukunda örneğin, Streiff/Kaenel/Rudolph, Art 335a N. 2; Staehelin, Art. 335a N. 3. Türk Borçlar Kanunu, kaynak kanundan farklı olarak, bu yasağı (herhalde uygulamada taşıdığı önemi dikkate alarak) bir yasa maddesi hâline getirmiş bulunmaktadır (TBK md. 420 f. 1).

⁴² BG (15.3.1970), BGE 96 II 53 (55).

yebildiği hallerde eşitlik ilkesine aykırılık olduğuna hükmetmiştir⁴³. Bunun gibi, işçinin “belirli bir süre” için yurt dışında görevlendirildiği ve taraflar için eşit önel kararlaştırıldığı; fakat üç aylık ihbar önelinin işverenin işçiyi geri çağırması hâlinde işlemeye başlayacağını öngörülmediği bir olayda da İsviçre Federal Mahkemesi, işverene tek taraflı olarak böyle bir yetki tanınmasını eşitlik ilkesine aykırı görerek geçersiz saymış ve yurt dışında görevlendirme süresinin sonuna kadar ücret ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁴.

-Yine, işverenin üç yıl süreli bir iş sözleşmesini ilk üç ay içinde feshedebileceğine dair tek taraflı kayıt, ihbar önelinde eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur⁴⁵.

-Nihayet, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, fesih hakkının belirli bir süre için tek taraflı olarak/işçi aleyhinde sınırlandırıldığı (asgari süreli sözleşmenin sadece işçi için bağlayıcı olacağını öngörülmediği) hallerde de eşitlik ilkesine aykırılık vardır⁴⁶.

-Bu listeye hukukumuz bakımından eklenebilecek bir başka örnek ise, ihbar önelerini iki taraf için eşit olarak artıran fakat peşin ödemeye fesihle yasal önelin uygulanacağını öngören bir sözleşme hükmünün eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmasıdır⁴⁷. Çünkü, peşin ödemeye fesih hakkı - Basın İş Kanunu dışında (md. 5. f 2) - sadece işverene tanınmıştır ve işverenin işçi karşısında daha kısa bir önel imkânından yararlandırılması mümkün değildir.

V. Sonuç olarak, iş sözleşmesinin feshinde ihbar önelinin eşitliği ilkesi geçerlidir. Sözleşmelerle taraflar için farklı öneler öngörülmüşse, iki taraf için de uzun önel uygulanacaktır (TBK md. 432 f. 5). Bu kural emredici niteliktedir ve ne iş sözleşmeleri ne de toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilebilir. Eşitlik ilkesi ve bu ilkeye aykırılığın sonuçları, sadece Borçlar Kanununa değil; İş Kanununa ve Deniz İş Kanununa tâbi iş ilişkilerinde de uygulanır. Buna karşılık, Basın İş Kanununda işverenin daha uzun önel ile bağlı tutulması düşüncesine üstünlük tanınmış olması karşısında, sözleşmelerle işçinin işverene göre daha kısa ihbar öneli ile bağlı olacağını kararlaştırılması mümkündür. İhbar önelinde eşitlik ilkesinin, salt sözleşmenin sona ereceği tarihin belirlenmesi açısından değil; işçinin fesih hakkının işverene göre ağırlaştırılmasını önleme konusunda da önemli bir işlevi vardır ve ilkenin asıl önemi, belki de daha çok bu noktada ortaya çıkmaktadır.

⁴³ BG (28.6.1982), BGE 108 II 115 (kararın Almanca özet metni); Rehbindler/Stöckli, Art. 335a Anm. 2; Staehelin, 335a N. 3.

⁴⁴ BG (3.4.1990), BGE 116 II 145 (Erwägung 7); Rehbindler/Stöckli, Art. 335a Anm. 2; Streiff/Kaenel/Rudolph, Art. 3325a N. 2.

⁴⁵ Rehbindler/Stöckli, Art. 335a Anm. 2 ve orada anılan iş mahkemesi kararı.

⁴⁶ BG (5.4.1966), BGE 92 II 180 (kararın Almanca özet metni); Streiff/Kaenel/Rudolph, Art. 335a N. 2; Staehelin, Art. 335a N. 3.

⁴⁷ Bkz. Soyer, Bildirim Süresine Ait Ücretin Peşin Ödenerek Feshinde Daha Kısa Sürenin Tespit Edilememesi (Karar İncelemesi), İHD, C.II, Sa. 3, Temmuz-Eylül 1992, s. 409.

SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA VAKIFLARININ İŞVEREN NİTELİĞİ

Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer*

I. KARAR METNİ

T.C.

YARGITAY

9. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/6398

KARAR NO : 2015/15903

Y A R G I T A Y İ L A M I

MAHKEMESİ : BAKIRKÖY 28. İŞ MAHKEMESİ

TARİHİ : 02/12/2014

NUMARASI : 2014/45-2014/400

DAVACI : S.Ç. ADINA AVUKAT N.T.Ç.

DAVALI : BAŞAKŞEHİR KAYMAKAMLIĞI BAŞAKŞEHİR SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA VAKFI ADINA AVUKAT M.Y.

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Davalı Başakşehir Kaymakamlığı Başakşehir Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı işyerinde personel olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vakıf temsilcisi, davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacının davranışları nedeni ile daha önce uyarılmadığı, geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimının yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

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

Diğer taraftan 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir.” Bu düzenleme emredici nitelikte ve kamu düzenine ilişkindir. 6356 sayılı Kanunun 2. ve 34. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kanundaki “işletme” deyiminin, gerçek anlamdaki işletmeyle ilgisi bulunmadığı, “bir işverenin aynı işkolundaki birden çok işyerini” ifade etmek için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısı ile gerçek veya tüzel kişiliği olan bir işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri işletme düzeyinde kabul edilecektir. Ancak 34. madde de kamu kurum ve kuruluşu yönünde tüzel kişiliği olsun veya olmasın bir istisna getirilmiştir. Kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda bulunan işyerlerinin kuruluşu bağlı organa ait olması ve bu organın ayrıca tüzel kişiliği olmasının veya olmamasının önemi bulunmamaktadır. Kamu kuruluşuna bağlı ve tüzel kişiliği bulunan bir işyeri ise bağlı olduğu kamu kurum veya kuruluşundaki aynı işkolundaki tüm işyerlerinde çalışan işçi sayısı 30 işçi sayısında dikkate alınmalıdır.

Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları, 14.06.1986 tarihinde yürürlüğe giren 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulmuştur. Kanun'un 1. maddesinde, kanunun amacının, “fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler alarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek” olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 7. maddesine göre ise “Bu Kanunun amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve aynı yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları kurulur.” Aynı maddede, anılan vakıfların karar organı olan mütevelli heyetlerinin nasıl teşekkül edeceği ayrıntılı olarak ifade edilmiştir. Maddenin son fıkrasında da, vakıf senetlerinin, mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından Medeni Kanundaki hükümlere göre tescil ettirileceği ifade edilmiştir. Öte yandan vakıflar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101 ve devamı maddeleri ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda düzenlenen özel hukuk tüzel kişileridir. Ancak özel hukuk tüzel kişiliği olsa bile yasadan alınan yetki ile kurulduğu, devlete bağlı olduğu ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlandığı anlaşılmaktadır.

Nitekim 14.06.1986 tarihinde yürürlüğe giren 3294 sayılı Kanun ile kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu, uzun bir süre başbakanlığa bağlı şekilde idare edilmiş, ancak 09.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5263 sayılı Kanun ile ihdas edilen “Fon Kurulu” tarafından yönetilmesi öngörülmüştür.

Bugün yürürlükte bulunmayan 5263 sayılı Kanun'un beşinci maddesinin birinci fıkrasına göre “Fon Kurulu, Başbakanın görevlendireceği Bakanın başkanlığında Başbakanlık Müsteşarı, İçişleri ve Sağlık bakanlıklarının müsteşarları ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürü ve Vakıflar Genel Müdüründen oluşur.” Aynı maddenin ikinci fıkrasında da, Kurulun sekretarya hizmetlerinin Vakıflar Genel Müdürlüğünce yerine getirileceği ifade edilmiştir.

Daha sonra ise, 08.06.2011 tarihinde yürürlüğe giren 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 5263 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü anılan Bakanlık bünyesinde teşkil edilmiştir.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu da 633 sayılı KHK'nın 34. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında Kurulun "Bakanın başkanlığında Başbakanlık Müsteşarı, Müsteşar, İşçileri, Maliye ve Sağlık bakanlıklarının müsteşarları ile Sosyal Yardımlar Genel Müdürü ve Vakıflar Genel Müdürü"nden oluşacağı belirtilmiş ve ikinci fıkrada da Kurulun toplanma zamanları düzenlendikten sonra aynı fıkranın son cümlesinde Kurulun sekretarya hizmetlerinin Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir.

Bugün için Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün taşradaki faaliyetleri Türkiye çapında 973 il ve ilçede her ilde vali ve her ilçede kaymakam başkanlığında oluşturulmuş Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları aracılığıyla yürütülmektedir.

Vakfa personel alımı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'ne bağlı Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı'nın norm kadro standart ve esasları kapsamında mülakat neticesinde genel şartları ve varsa Vakıf tarafından belirlenmiş özel şartları taşıyan adaylardan iş için uygun görülen aday/adaylar Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne bildirilmek ve yapılan kontrol neticesinde Genel Müdürlük tarafından işe alım koşullarını taşıdığı tespit edilirse vakıf tarafında işe başlatılmaktadır. Dosya içeriğine göre davacı ile imzalanan belirsiz süreli iş sözleşmesinin antette başlık kısmında işveren olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü Başakşehir Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı olduğu belirtilmektedir. Vakıf çalışanına verilecek ücret esaslarının da Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından belirlendiği sabittir.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün ve alt birimi olan Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığının, vakıflar üzerinde yönetim ve denetim yetkilerinin bulunduğu, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının, vakıf tüzel kişiliği olarak kurulmuş olsalar da sosyal yardımların ülke genelinde yürütülmesi ve ihtiyaç sahiplerine ulaştırılmasında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının taşra örgütü gibi faaliyet gösterdiği ve idari örgütlenme olarak Bakanlık teşkilatı içerisinde yer aldığı anlaşıldığı, vakıflarda çalışan işçilerin işe giriş, işten çıkış gibi kimi özlük işlemlerinin Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından gerçekleştirildiği, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalışan işçiler üzerinde yönetim yetkisi bulunduğu, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları işyerlerinde işveren sıfatına ilişkin yetkilerin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından kullanıldığı, merkezi yetkinin yerindelik ilkesi gereği kamu kurumu ve kuruluşu tarafından özel hukuk hükümlerine tabi olduğu açıklanan vakıflar aracılığı ile yerine getirildiği, ancak özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olmasının kamu kuruluşu ve bağlı kurum olmasını ortadan kaldırmadığı, vakıf işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi yönünden 30 işçi sayısının belirlenmesinde bağlı oldukları Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının aynı iş kolunda bulunan diğer vakıflarda çalışanlarında dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar davalı Vakıf bünyesinde 30 işçiden az kişinin çalıştığı savunmasında bulunmamış ve mahkemece bu konu tartışılmamış ise de tüm Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarında çalışan sayısı dikkate alındığında davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği kabul edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesini geçerli ve haklı nedenle fesheden işveren, bu nedeni kanıtlamak zorundadır. Somut uyuşmazlıkta davalı Vakıf davacının iş sözleşmesini haklı ve geçerli nedenle feshettiğini kanıtlayamamıştır. Mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının

işe iadesine karar verilmesi yerinde olduğundan davalı vekilinin yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile sonuç itibari ile doğru olduğundan kararın belirtilen gerekçe ile ONANMASINA, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 30/04/2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. İncelediğimiz karara konu olan uyuşmazlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının işveren niteliğine ilişkindir. Başka bir ifade ile Türkiye'deki il ve ilçelerde kurulu bulunan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının her biri ayrı işveren olarak mı değerlendirilmelidir yoksa bu Vakıflar bütün olarak mı dikkate alınmalıdır sorunu kararın temelini oluşturmaktadır.

Her vakfın ayrı işveren veya tek bir işveren olarak değerlendirilmesine bağlı olarak ortaya çıkabilecek sonuçlardan ikisi şudur:

a) Her vakıf ayrı işveren olarak kabul edildiği takdirde iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için dikkate alınması gereken otuz işçi sayısı sadece bu işyeri esas alınarak belirlenecektir. Vakıflar bütün olarak değerlendirildiği takdirde ise tüm vakıflarda çalışan işçilerin toplam sayısı dikkate alınarak iş güvencesi hükümleri uygulanacaktır.

b) Her vakıf ayrı işveren olarak kabul edildiği takdirde yapılacak toplu iş sözleşmesi işyeri düzeyinde olacaktır ve bu işyerini kapsayacaktır. Vakıflar bütün olarak değerlendirildiği takdirde ise tüm vakıf işyerlerini kapsayan tek bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilecektir.

2. Yargıtay'ın farklı hukuk daireleri yukarıda belirttiğimiz soruna ilişkin farklı çözüm yollarını karara bağlamıştır:

a) Yargıtay 22. Hukuk Dairesi

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi her Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının ayrı işveren olduğu ve iş güvencesine ilişkin değerlendirmelerin sadece bu Vakfın çalıştırdığı işçi sayısı dikkate alınarak yapılması gerektiği görüşündedir:

"Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle dosya içeriğine göre fesih tarihinde işyerinde yirmi dört işçinin çalıştığı anlaşıldığı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısının otuz veya daha fazla olması gerektiği, bu durumda fesih tarihinde işyerinde çalışan işçi sayısı otuzdan az olduğuna göre davacının iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı, mahkemece davanın bu yönden reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi hatalı ise de; az önce açıklanan gerekçe itibariyle hüküm sonucu bakımından doğru olduğundan davacının temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibariyle doğru olan kararın bu gerekçe ile ONANMASINA, 27.09.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi."¹

Bir başka kararda da Daire Kahramanmaraş Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfını tek bir işveren olarak değerlendirmiş ve aynı sonuca ulaşmıştır:

"Somut olayda; davacının 4857 sayılı Kanun'da düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için öncelikle dava şartlarının söz konusu davada olup olmadığına bakılması gerekmektedir. İşyerinde fesih tarihinde

¹ Y22HD., 27.9.2012, 17472/20072, karar yayınlanmamıştır.

çalışan işçi sayısı on yedidir. Davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır."².

Daire bir başka kararında da tüm sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarını kapsayan yetki belgesine yönelik itirazı kabul etmiş ve her vakıf açısından işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır:

"Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'nın, her birinin ayrı tüzel kişiliğe sahip bağımsız işveren sıfatını haiz olduğu tartışmasızdır. Nitekim, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün görevlerine ilişkin 633 sayılı KHK'nın 11. maddesinin (h) bendinde yer alan, Genel Müdürlük ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'nın "işbirliği" yapmasına dair açık ifade de, anılan vakıfların tüzel kişiliği haiz ve bağımsız işveren sıfatına sahip olduğunu aralarında idari yönden hiyerarşik bir ilişki bulunmadığını ortaya koymaktadır. Bu itibarla, her bir Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'nın ayrı işyerleri olduğu ve bağımsız işverenlere bağlı olduğu nazara alındığında, somut olayda, her bir vakıf yönünden işyeri toplu iş sözleşmesi bağitlanması gerekmektedir."³.

b) Yargıtay 7. Hukuk Dairesi

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin kararları da 22. Hukuk Dairesi ile aynı yöndedir. Çorlu Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Başkanlığına karşı açılan bir davada Daire, Vakfı işveren olarak değerlendirmiştir:

"Somut olayda, davalı işyerinde norm kadro standardı cetvelinde 12 adet norm kadro bulunduğu, fesih bildirim tarihi itibarıyla davalı işyerinde kaç işçinin çalıştığına dair kayıtların yeterli olmadığı görülmüştür. Hal böyle olunca davalı işyerinde fesih bildirim tarihinde 30 veya daha fazla çalışan işçi bulunup bulunmadığı, ilgili SGK İl Müdürlüğünden işverence verilen 2012 yılı 2. dönem bordrosu istenerek ve davalı işverene yazılacak müzekkere ile işçi sayısı belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile işe iade davasının kabulüne karar verilmesi hatalıdır."⁴.

c) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

9. Hukuk Dairesi Çorlu Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Başkanlığına karşı açılan davada 27.11.2012 tarihli kararında şu görüşe yer vermişti:

"4957 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. Dosya içeriğine göre davalı vakıfta çalışan sayısı davacı dahil 6 işçidir. Tüzel kişiliği olan vakıf işyerinde çalışan sayısı 30 işçiden az olduğundan davacı iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz."⁵.

9. Hukuk Dairesi inceleme konusu olan 2.12.2014 tarihli kararda ise bütünüyle aksi sonuca ulaşmış ve "vakıf işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi yönünden 30 işçi sayısının belirlenmesinde bağlı oldukları Aile ve Sosyal

² Y22HD., 9.8.2012, 25921/26073, karar yayınlanmamıştır. Aynı yönde, Y22HD., 30.5.2012, 23620/24144, karar yayınlanmamıştır; Y22HD., 14.3.2011, 4062/4317, karar yayınlanmamıştır.

³ Y22HD., 18.11.2014, 436/1101, karar yayınlanmamıştır.

⁴ Y7HD., 22.1.2013, 4977/4712, karar yayınlanmamıştır. Aynı yönde, Y7HD., 10.1.2013, 9204/11501, karar yayınlanmamıştır.

⁵ Y9HD., 27.11.2012, 5273-10632, karar yayınlanmamıştır.

Politikalar Bakanlığı'nın aynı işkolunda bulunan diğer vakıflarda çalışanlarında dikkate alınması gerektiği" sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi değişen görüşünü şu gerekçelere bağlamaktadır:

- Vakıflar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101 ve devamı maddeleri ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda düzenlenen özel hukuk tüzel kişileridir. Ancak özel hukuk tüzel kişiliği olsa bile yasadın alınan yetki ile kurulduğu, devlete bağlı olduğu ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlandığı anlaşılmaktadır.

- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu da 633 sayılı KHK'nın 34. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında Kurulun "Bakanın başkanlığında Başbakanlık Müsteşarı, Müsteşar, İçişleri, Maliye ve Sağlık bakanlıklarının müsteşarları ile Sosyal Yardımlar Genel Müdürü ve Vakıflar Genel Müdürü"nden oluşacağı belirtilmiş ve ikinci fıkrada da Kurulun toplanma zamanları düzenlendikten sonra aynı fıkranın son cümlesinde Kurulun sekretarya hizmetlerinin Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bugün için Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünün taşradaki faaliyetleri Türkiye çapında 973 il ve ilçede her ilde vali ve her ilçede kaymakam başkanlığında oluşturulmuş Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları aracılığıyla yürütülmektedir.

- Vakfa personel alımı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'ne bağlı Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı'nın norm kadro standart ve esasları kapsamında mülakat neticesinde genel şartları ve varsa Vakıf tarafından belirlenmiş özel şartları taşıyan adaylardan iş için uygun görülen aday/adaylar Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne bildirilmek ve yapılan kontrol neticesinde Genel Müdürlük tarafından işe alım koşullarını taşıdığı tespit edilirse vakıf tarafından işe başlatılmaktadır.

- Dosya içeriğine göre davacı ile imzalanan belirsiz süreli iş sözleşmesinin antette başlık kısmında işveren olarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü Başakşehir Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı olduğu belirtilmektedir.

- Vakıf çalışanına verilecek ücret esaslarının da Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından belirlendiği sabittir.

- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünün ve alt birimi olan Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığının, vakıflar üzerinde yönetim ve denetim yetkilerinin bulunduğu, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının, vakıf tüzel kişiliği olarak kurulmuş olsalar da sosyal yardımların ülke genelinde yürütülmesi ve ihtiyaç sahiplerine ulaştırılmasında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının taşra örgütü gibi faaliyet gösterdiği ve idari örgütlenme olarak Bakanlık teşkilatı içerisinde yer aldığı anlaşıldığı, vakıflarda çalışan işçilerin işe giriş, işten çıkış gibi kimi özlük işlemlerinin Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından gerçekleştirildiği, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalışan işçiler üzerinde yönetim yetkisi bulunduğu, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları işyerlerinde işveren sıfatına ilişkin yetkilerin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından kullanıldığı, merkezi yetkinin yerindelik ilkesi gereği kamu kurumu ve kuruluşu tarafından özel hukuk hükümlerine tabi olduğu açıklanan vakıflar aracılığı ile yerine getirildiği, ancak özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olmasının kamu kuruluşu ve bağlı kurum olmasını ortadan kaldırmadığı, vakıf işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesi yönünden 30 işçi sayısının belirlenmesinde

bağlı oldukları Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın aynı işkolunda bulunan diğer vakıflarda çalışanlarında dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır.

3. Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesinin kararını ve diğer dairelerin görüşlerini ele almadan önce Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları ve işveren kavramı hakkında kısa bir açıklama yapmayı uygun görüyoruz.

a) Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları

Sosyal güvenliği sağlayan önemli araçlardan birisi de sosyal yardımlardır. Sosyal yardımlar devletin finansmanını sağladığı ve bireylerin prim ödeyerek katkı sağlamadıkları bir sistemdir⁶. Sosyal yardımlar, toplumun kendi ellerinde olmayan nedenlerle yoksul ve muhtaç duruma düşen bireylerine ve dar gelirlere insan onuruna yaraşır bir yaşam seviyesi sağlama amacıyla devlet bütçesinden yapılan yardımlardır⁷.

Türkiye'de sosyal yardımlar başında Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları eliyle yapılan yardımlar gelmektedir⁸.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, 29.5.1986 tarih ve 3294 sayılı *Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu* ile kurulmuştur. Kanunun amacı, 1. maddesinde ifade edilmiştir: "Bu Kanunun amacı; fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler alarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmektir."

Kanunun kapsamı 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kanun şu kişileri kapsar:

- Fakrû zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmayan ve bu kuruluşlardan aylık ve gelir almayan vatandaşlar,
- Geçici olarak küçük bir yardım veya eğitim ve öğretim imkânı sağlanması halinde topluma faydalı hale getirilecek, üretken duruma geçirilebilecek kişiler,
- Kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmakla veya bu kuruluşlarca aylık veya gelir bağlanmış olmakla birlikte, Fon Kurulunca belirlenecek ölçütlere göre; hane içindeki kişi başına düşen geliri, on altı yaşından büyükler için belirlenen aylık net asgari ücretin 1/3'ünden az olan kişilerden fakir ve muhtaç durumda bulunanlar,
- Her türlü acil durum ve afetten zarar görenler ve şehit yakınları ile gaziler ise, Fon Kurulu ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca be-

⁶ Ali Güzel/Alı Rıza Okur/Nurşen Canıklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. B., İstanbul 2015, 1029; Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuk Dersleri, 17.B., İstanbul 2015, 717 vd.; Refik Korkusuz/Suat Uğur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2015, 94 vd.; Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, 57 vd.; Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Ankara 2015, 503 vd.

⁷ Tuncay/Ekmekçi, 717.

⁸ Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları hakkında geniş bilgi için bkz. Ahsen Ariöz Bozkuş, Genel Esaslarıyla Türk Hukuku'nda Vakıf Müessesesi ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, Sosyal Yardım Uzmanlık Tezi, Ankara 2009; Talat Canbolat, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1987, 4 vd.

lirlenecek kriter ve süreler çerçevesinde bu Kanun ile sağlanacak haklardan yararlandırılır.

Bu Kanunda öngörülen hizmetlerin gerçekleştirilmesi için Başbakanlığa bağlı ve T.C. Merkez Bankası nezdinde Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu kurulmuştur (SYDTK.3).

Fonun gelirleri;

- Kanun ve kararnemelerle kurulu bulunan ve kurulacak olan fonlardan Bakanlar Kurulu kararıyla % 10'a kadar aktarılabacak miktardan,
 - Bütçeye konulacak ödeneklerden,
 - Trafik para cezası hâsılatının yarısından,
 - Radyo ve Televizyon Üst Kurulu reklam gelirleri hâsılatından aktarılabacak % 15'lik miktardan,
 - Her nevi bağış ve yardımlardan,
 - Diğer gelirlerden,
- oluşur (SYDTK.3).

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonunun çalışma usul ve esasları ile toplanacak kaynakların Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına dağıtım esasları *Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* ile düzenlenmiştir⁹.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu, bir fon kurulu tarafından yönetilir. Fon Kurulunun oluşumu 3.6.2011 tarih ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiştir. Böylelikle daha önce Başbakanlığa bağlı olan Fon yönetimi, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlanmıştır.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu, Bakanın başkanlığında Başbakanlık Müsteşarı, Müsteşar, İçişleri, Maliye ve Sağlık bakanlıklarının müsteşarları ile Sosyal Yardımlar Genel Müdürü ve Vakıflar Genel Müdüründen oluşur (633 KHK.34/1).

Fon Kurulu ayda bir kez olağan olarak toplanır. Bakanın talebi üzerine Fon Kurulu her zaman olağanüstü toplanabilir. Kurulun sekreteryaya hizmetleri Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne yerine getirilir (633 KHK.34/2).

Fon Kurulunun görevleri şunlardır (633 KHK.34/3).

- Fonda toplanan kaynakların, Bakanlıkça ve il ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından yürütülecek sosyal yardım proje ve programları ile yatırım programları çerçevesinde dağıtım önceliklerini belirlemek ve dağıtımına karar vermek.
- Gerekli görülen hâllerde, hizmetin aksamadan yürütülmesi için usul ve esaslarını açıkça belirlemek kaydıyla Bakanlığa yetki devrinde bulunmak.
- İl ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalıştırılacak personelin nitelikleri ile özlük hakları ve diğer hususlarla ilgili belirlenecek kriterleri görüşmek ve karara bağlamak.
- İl ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları ile diğer kurum ve kuruluşlardan gelen sosyal yardım amaçlı talep ve teklifleri değerlendirmek.

⁹ RG. 21.8.2005/25913.

- Toplumda dayanışma ve paylaşma bilincini geliştirmek ve desteklemek üzere bilimsel, sosyal ve kültürel programlar ve projeler önermek, hazırlanan projelere destek sağlamak.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonunun denetimi Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulunca yapılır (SYDTK.5).

3294 sayılı Kanunun amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve aynı yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları kurulmuştur (SYDTK.6).

Kanunkoyucunun Bakanlığa bağlı birimler veya doğrudan valilik/kaymakamlık yerine her il ve ilçede Sosyal Yardımlaşma Vakıfları kurulmasını tercih etmesinin nedeni Kanunun gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: "Bu madde ile getirilen yenilik çok önemlidir. Türk toplum hayatında birçok örneği olan güçlü ve fonksiyonel vakıflar, ülkenin bütün il ve ilçelerinde toplumun hizmetine yeniden sokulmaktadır. Vakıf müteveli heyeti önceden belli edilmek sureti ile bu konuda siyasal yatırım yapmak isteyenlerle, ekonomik bakımdan çıkar sağlanmasına meydan verilmemesi amaçlanmıştır. Müteveli heyette bürokratlar ile hayırsever vatandaşlar yer alacaktır. Müteveli heyette siyasetçi kökenli sadece belediye başkanı vardır. Bilindiği gibi belediye başkanları mahalli çıkarları, parti ve siyasi çıkarları üstünde temayüz ettirmişlerdir. Vakfın amacı ve yardım yapılmasında uygulanacak ölçü ve kriterler ile bunların tespit usul ve esasları ve diğer hususlar vakıf senedinde yer alacaktır."¹⁰.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının nasıl oluşacağı ise Kanunun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Mülki idare amirleri vakfın tabii başkanı olup, illerde belediye başkanı, defterdar, il milli eğitim müdürü, il sağlık müdürü, il tarım müdürü, il sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumu müdürü ve il müftüsü; ilçelerde belediye başkanı, mal müdürü, ilçe milli eğitim müdürü, Sağlık Bakanlığının ilçe üst görevlisi, varsa ilçe tarım müdürü ve ilçe müftüsü vakfın müteveli heyetini oluşturur. Ayrıca her faaliyet dönemi için, il dâhilindeki köy ve mahalle muhtarlarının valinin çağrısı üzerine yapacağı toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla kendi aralarından seçecekleri birer muhtar üye ile ilde kurulan ve bu Kanunda belirtilen amaçlara yönelik faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşlarının yöneticilerinin kendi aralarından seçecekleri iki temsilci ve hayırsever vatandaşlar arasından il genel meclisinin seçeceği iki kişi; ilçe dâhilindeki köy ve mahalle muhtarlarının kaymakamın çağrısı üzerine yapacağı toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile kendi aralarından seçecekleri birer üye ile ilçede kurulu ve bu Kanunda belirtilen amaçlara yönelik faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşlarının yöneticilerinin kendi aralarından seçecekleri bir temsilci ve hayırsever vatandaşlar arasından il genel meclisinin seçeceği iki kişi müteveli heyetinde görev alırlar. İl veya ilçede bu Kanunda belirtilen amaçlara yönelik faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşu olmaması halinde, hayırsever vatandaşlar arasından il genel meclisinin seçeceği üçüncü bir kişi daha müteveli heyetinde görev yapar.

Büyükşehir belediyesi bulunan illerdeki il ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında, ikinci fıkrada hayırsever vatandaşlar arasından seçileceği belirtilen iki üye; il sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları için doğrudan vali tarafından, ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları için ise

¹⁰ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c029/tbmm17029111ss0454.pdf>

kaymakamın teklifi üzerine vali tarafından belirlenir. Ayrıca, il veya ilçede bu Kanunda belirlenen amaçlara yönelik faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşu bulunmaması hâlinde il sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları için doğrudan vali tarafından, ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları için ise kaymakamın teklifi üzerine vali tarafından üçüncü bir kişi daha belirlenir. İl veya ilçe sınırları içerisinde köy bulunmaması hâlinde, köy muhtarı yerine bir mahalle muhtarı daha müteveli heyetinde görev yapar. İlde vali, bir vali yardımcısını başkan vekili olarak; büyükşehir belediye başkanı, genel sekreteri veya genel sekreter yardımcısını; il belediye başkanı da bir belediye başkan yardımcısını toplantılarda kendisini temsil etmek üzere görevlendirebilir."

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının gelirleri ise;

- Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının gelirleri;
 - Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan aktarılacak miktardan,
 - İşletme ve iştiraklerden elde edilecek gelirlerden,
 - Diğer gelirlerden,
- oluşur.

Vakıf senetleri mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından Medeni Kanundaki hükümlere göre tescil ettirilir. Türk Medeni Kanununun 101. maddesine göre, vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.

Hükümde açıkça belirtildiği gibi Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tüzel kişiliğe sahip mal topluluğudur.

b) İş Kanunu Bakımından İşveren Kavramı

İşK.2/1'de yer alan tanıma göre, "... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren" denir¹¹. Görüldüğü üzere İş Kanunu işverenin tanımında işçi kavramından hareket etmiş ve işveren niteliğinin kazanılması açısından işçi çalıştırmayı yeterli görmüştür¹². Bunun dışında işverenin gerçek veya tüzel kişi olmasının bir önemi yoktur. Ayrıca tüzel kişinin de özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olması bir farklılık oluşturmaz. Bu nedenle ticaret şirketleri, dernekler, vakıflar, sendikalar, kamu kuruluşları işçi çalıştırmak koşuluyla işveren sıfatını kazanırlar.

İş Kanununa göre, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da işveren niteliğine sahiptir. Böylelikle tüzel kişiliği bulunmayan kamu kurumları, adi ortaklıklar ve donatma iştiraki de işveren niteliği kazanmıştır. Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle tüm ortakların işveren olarak kabul edilmesi gerekir.

¹¹ İşveren kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Murat Engin, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993; Sarper Süzek, İş Hukukunda İşveren, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2010/17, 17 vd.

¹² Sarper Süzek, İş Hukuku, 11.B., İstanbul 2015, 146; Hamdi Mollamahmutolu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 6.B., Ankara 2014, 194; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku, 27.B., İstanbul 2014, 45; Ünal Narmanhoğlu, İş Hukuku, 5.B., İstanbul 2015, 108; Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2013, 15; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 6.B., İstanbul 2013, 57; A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen-Kaplan, İş Hukuku, 5.B., Ankara 2012, 31.

İşçi, iş sözleşmesine göre çalışan kişidir. İşçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borçları, iş görme, sadakat ve işverenin düzenleme ve talimatlarına uyma borcudur. Buna karşılık, işveren de işçiden iş görme ve sadakat borçlarını yerine getirmesini isteyen, talimat verme yetkilerini kullanan kişidir. İşveren verdiği talimatlar ile işçinin göreceği işin somutlaşmasını sağlar ve işçinin çalışmasını yönlendirir. Sonuç olarak işyerinde yönetim hakkına sahip olan kişi işverendir.

Tanımda açıkça belirtildiği gibi, tüzel kişilikler işveren niteliğine sahiptir. Bir şirketin bir şirketler topluluğu ya da holdingin bünyesi içerisinde yer alması onun işveren niteliğini ortadan kaldırmaz¹³. Başka bir ifade ile bir holding bünyesinde bulunan şirketler bir bütün ve tek bir işveren olarak değerlendirilemez. Holding veya şirketler topluluğu bünyesinde bulunan şirketler birbirinden bağımsız işveren sıfatına sahiptirler. **Süzek**'e göre, "Her ne kadar bir holding, orada çalışanların aidiyet duygusu bakımından ve personel organizasyonunda, insan kaynaklarında vb. konularda ortaya çıkan ilkeler ve uygulamalar açısından bir bütünlük arz etse de, bu holdinge veya şirket gruplarına bağlı her şirket hukuki yapıları bakımından ayrı ayrı birer işveren niteliği taşır."¹⁴

Bir kişinin işveren olarak kabul edilmesi için, işçi çalıştırdığı yerin (işyerinin) kendi mülkiyetinde olması gerekmez¹⁵. Örneğin alt işverenler açısından işyeri, bir başkasına (asıl işverene) ait işyeridir. Son olarak belirtmek gerekir ki, işverenin Türk vatandaşı olması da zorunlu değildir.

4. İncelediğimiz somut olay açısından sonuca ulaşabilmek için Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları acaba bir işveren midir yoksa Aile ve Sosyal Yardım Bakanlığına bağlı bir işyeri midir sorusuna cevap aramak gerekir.

Kanaatimce, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları bir işverendir. Kanunun açık hükmü karşısında tüzel kişiliği bulunan vakıfların bir işveren olduğu açıktır. Vakıfların en önemli gelir kaynaklarının Sosyal Yardımlaşma Fonundan aktarılan miktar olması, Vakıf yönetiminin kararlarında Bakanlığın ilke kararlarını göz önünde bulundurması ve Vakıfların Bakanlığın denetimine bağlı olması Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının tüzel kişiliğini ve buna bağlı olarak işveren sıfatını ortadan kaldırmaz. 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11/ç. maddesine göre, "3294 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulan vakıfların harcamalarını, iş ve işlemlerini araştırmak, incelemek, izlemek ve denetlemek, görülen aksaklıklarla ilgili gerekli tedbirleri almak, vakıfların çalışma usul ve esasları ile sosyal yardım programlarının ölçütlerini belirlemek" Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasındadır.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının, Aile ve Sosyal Yardımlaşma Bakanlığının taşra teşkilatı gibi faaliyet gösterdiği iddiasına katılmak mümkün değildir. Zira Bakanlığın il ve ilçelerde müdürlükleri bulunmaktadır. Bakanlığın teşkilat şemasının incelenmesi halinde de Vakıfların bu şema içerisinde olmadığı görülmektedir¹⁶.

¹³ Münir Ekonomi, Şirket Topluluklarında Holdinglerde İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.4, İstanbul 2001, 5; Süzek, İş Hukuku, 152.

¹⁴ Süzek, İş Hukuku, 152.

¹⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 195; Narmanlıoğlu, 109.

¹⁶ <http://www.aile.gov.tr/bakanlik-teskilati/teskilat-semasi>

Tüzel kişilerinin faaliyetlerinin bir başka kamu kurumu tarafından denetlenmesi veya faaliyetinde dikkate alacağı esasların önceden belirlenmiş olması, tüzel kişiliğin ve işveren sıfatının yok sayılmasını gerektirmez. Örneğin 25.1.2006 tarih ve 5449 sayılı Kanunla kurulan Kalkınma Ajansları da özel hukuk tüzel kişiliğe sahiptir. Kalkınma Ajansları birçok konuda Kalkınma Bakanlığına bağlı faaliyet gösterir ve Bakanlığın denetimine tabidir. Ajansların gelirleri ise önemli ölçüde kamu kaynaklarından gelmektedir. Buna rağmen her Kalkınma Ajansı ayrı işveren olarak değerlendirilmekte ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini her ajans bakımından işyeri düzeyinde vermektedir. Belediyeler de birer kamu tüzel kişisidirler. Belediyelerin gelirleri Kanunla belirlenmiştir ve önemli kısmı kamusal niteliktedir. Belediyeler de İçişleri Bakanlığının denetimine bağlıdır. Bu durum her Belediyenin ayrı bir tüzel kişilik ve işveren olduğu gerçeğini değiştirmez.

Acaba Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının özel hukuk tüzel kişiliklerinin üzerindeki perdenin kaldırılarak bunların tek işveren olarak kabul edilmesi mümkün müdür?

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak birden çok tüzel kişinin tek bir tüzel kişi olarak kabul edilmesi, kişilerin MK.2 de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı olarak kanundan kaynaklanan bazı yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla tüzel kişiliğin arkasına saklanılmalarına engel olmak için geliştirilmiş bir teoridir¹⁷. Uygulamada işçileri bazı haklarından yoksun bırakmak amacıyla oluşturulmuş paravan şirketin işçisi gibi gösterilmesi halinde tüzel kişilik perdesi kaldırılır ve işçi haklarından görünüşte kurulan şirket değil, onun arkasına gizlenen şirket sorumlu tutulur¹⁸. Belirtmek gerekir ki, perdenin kaldırılabilmesi için tüzel kişilik kurumunun dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kullanılmış olması gerekir¹⁹.

Yargıtay bir kararında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında muvazaaanın bulunması gerektiğini hüküm altına almıştır: "Tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratılması tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması nedenlerindedir. (Öztek/Memiş: sh 197 vd) Başka bir anlatımla bu davalar borçlunun alacaklarından mal ka-

¹⁷ Algun Çifter, Şirketler Arasında Organik Bağ ya da Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Prof.Dr.Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 22-23.

¹⁸ Süzek, İş Hukuku, 146.

¹⁹ Süzek, İş Hukuku, 154. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal'a göre, "Sözgelimi, faaliyetleri aynı ya da iç içe geçmiş, yönetimlerinde aynı kişilerin bulunduğu çoğu kez aralarında işçi transferi de yapılan iki şirketten birinde işe alınan ancak diğer şirkette de çalıştırılan ve her iki şirket tarafından kendisine ücret ödenen bir işçinin ya da bir holding çatısı altında yer alan şirketlerden birinden diğerine nakledilerek çalışmasını sürdüren işçinin veya bir tek şirket yerine, mali mevzuatın veya iş mevzuatının bir takım hükümlerinden kurtulmak amacıyla suni bir şekilde kurulan, yönetimi, faaliyet alanı aynı birden fazla şirkette ile alınan, diğer şirketlerde çalıştırılan işçinin işverenin münhasıran kendisini işe alan şirket olarak gösterilmesi pek çok halde işçilik haklarına zarar verecektir. Bu ve benzeri hallerde, işverenin kim olduğu saptanırken, salt hukuki kriterin dikkate alınması, her bir şirketin ayrı bir tüzel kişilik olduğunun ve dolayısıyla farklı işverenler var olduğunun ileri sürülmesi İş Hukukunun gereklerine uygun düşmeyecektir. Bu itibarla yukarıda örnek olarak saptadığımız ve benzeri durumlarda her bir şirket hukuken yek diğerinden bağımsız kişiliklere sahip ise de gerçekte ekonomik ve sosyal bütünlük gösterdiği inkar edilemez.", 202.

çırmak amacıyla yaptığı tasarrufların hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi yaptırımını hedefleyen hâkim hukuku biçiminde bir son çaredir."²⁰.

Kanunla kurulan Sosyal Yardımlaşma Vakıfları açısından tüzel kişi oluşturma hakkının kötüye kullanıldığından söz edebilmek mümkün değildir. Bu nedenle Sosyal Yardımlaşma Vakıflarının tüzel kişiliklerinin perdenin kaldırılması suretiyle yok sayılmasından söz edilemez. İncelediğimiz kararda da böyle bir gerekçe yer almamaktadır.

Acaba Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları arasında organik bir bağ bulunduğu gerekçesiyle Vakıflar tek bir işveren gibi kabul edilebilir mi?

Yukarıda belirttiğimiz kararda organik bağ ise şöyle tanımlanmıştır: "Organik Bağ" tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur. Bu halde iktisadi bütünlük aranmaz."

Yargıtay bir başka kararda da tüzel kişilikler arasında organik bağ bulunmasını şu koşullara bağlamıştır:

"Organik bağ ilişkisinde, işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edilir.

Bu anlamda;

- 1- Hakkın kötüye kullanılması (Tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması)
- 2- Kanuna karşı hile,
- 3- İşçiye zarar verme (Haklarının alınmasını engelleme)
- 4- Tarafta muvazaa (Hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıttta işveren olarak gösterme)
- 5- Namı müstear yaklaşımı nedeniyle dolaylı temsil söz konusudur.

Bu durumların söz konusu olduğu halde, tüzel kişilik perdesinin aranması suretiyle gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır.

Organik bağ ise, şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından anlaşılır..."²¹.

Bir başka karara göre de, "... Organik bağ şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır"²².

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya organik bağ kavramları ile farklı tüzel kişi işverenlerde geçen hizmetler bir bütün olarak değerlendirilerek, işçiye karşı bu şirketlerin birlikte sorumlu olduğu kabul edilmektedir²³.

²⁰ Y22HD., 14.5.2013, 22684/10887, www.kazanci.com.tr (19.9.2015).

²¹ Y.9HD., 11.3.2015, 15135/10111, karar yayınlanmamıştır.

²² 6Y9HD., 13.4.2015, 9375/13938,

²³ Süzek, İş Hukuku, 155.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının yönetimleri birbirinden farklıdır. Vakıflar Kanunla kurulmuş ve görev tanımları yine Kanunla yapılmıştır. Bu nedenle farklı il ve ilçelerde faaliyet gösteren vakıflar arasında organik bir bağdan söz edilemez. Vakıfların tamamının Aile ve Sosyal Politika Bakanlığının denetimine bağlı olması Vakıflar arasında organik bir bağ olduğunu göstermez. Kaldı ki, işçilerin farklı sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalıştırılması ve bu yolla haklarından yoksun bırakıldığından da bahsedilemez.

III. SONUÇ

Kanunla kurulan ve özel hukuk tüzel kişiliği bulunan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının işveren sıfatının ortadan kaldırılarak, Aile ve Sosyal Yardımlaşma Bakanlığının bir işyeri gibi değerlendirilmesi ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin tespiti ve iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında tüm vakıfların aynı işverene bağlı bir işyeri gibi kabul edilmesini doğru bulmuyorum.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bir uygulama olmaksızın ya da tüzel kişiler arasında tüzel kişiliğin göz ardı edilmesini gerektirecek organik bir bağ bulunmaksızın bir tüzel kişinin işveren sıfatının kaldırılması mümkün değildir. Sözü edilen vakıfların yönetimleri ve faaliyet alanları birbirinden farklıdır.

Kararda bir sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı tarafından işe alınan bir işçinin Bakanlık tarafından bir başka sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfına nakledildiğine ilişkin bilgi yoktur. Başka bir ifade ile bir işçi hangi sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı tarafından işe alınmış ise çalışmasını orada sürdürmektedir. Başka bir ifade ile uygulamada şirketler arasında rastlanan işçi nakilleri veya bir şirketin işçisinin bir başka şirkette çalıştırması gibi hukuka aykırı bir yöntem sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları açısından söz konusu değildir.

Kısaca, Yargıtay'ın kararda ileri sürdüğü gerekçeler sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfların özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğunu ve tüzel kişilerin de işveren niteliğinin bulunduğunu öngören Kanun hükümlerini yok saymayı gerektirmez. Hakkın kötüye kullanımı ya da dürüstlük kuralına aykırı bir uygulama olmaksızın, Türkiye'deki tüm sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının tüzel kişiliklerinin kaldırılarak sanki Bakanlığa bağlı birer işyeri gibi değerlendirilmesinin hukuki bir dayanağı yoktur.

Nasıl ki, bir şirketler topluluğuna bağlı olan şirketler ayrı ayrı işveren sıfatını koruyorlarsa, aynı şekilde bazı konularda Bakanlığa bağlı olan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları da işveren sıfatını kaybetmezler.

Açıkladığım nedenlerle Yargıtay'ın incelediğim karardaki görüşüne katılmıyorum.

AN OVERVIEW OF THE EU GENDER EQUALITY LAW

Prof. Dr. Nurhan Süral*

I. INTRODUCTION

The European Union (EU) has yielded commendable regulatory progress in gender equality so far. Every action taken by the EU is founded on treaties that have been approved by all EU member countries. As the primary source of law, the treaty law of the European law lays the foundations for its policy on gender equality. The EU's commitment to gender equality dates back to the Treaty of Rome in 1957.

In the Treaty establishing the European Economic Community (the Treaty of Rome; EEC Treaty) adopted in 1957, Article 119 was the only provision on gender equality as regards equal pay. The original purpose behind this provision on the principle of equal pay between men and women was purely economic. Concern over unfair treatment of women in the labour market was not the primary factor motivating drafters of the Article; it was that France would be placed at a competitive disadvantage in observing the principle of equal pay for equal work more thoroughly than it was observed in other Member States.¹ Upon pressures from France, the then Member States wanted to eliminate distortions in competition that could have arisen from cheaper female labour in different Member States. In practice, Member States were delayed in transposing the equal pay provision into their national laws, and its implementation only became a priority with the agreement of a social programme in 1974 and upon the adoption of the Directive 75/117 on equal pay for men and women. With the entry into force of the Treaty of Amsterdam in 1999, the promotion of equality between men and women throughout the European Community became one of the essential tasks of the Community (former Article 2 EC). Article 119 EEC Treaty became Article 141 EC Treaty (Treaty on European Community - TEC) upon the entry into force of the Treaty of Amsterdam; and presently Article 157 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). These provisions, together with the other provisions in the EU gender equality legislation are now viewed not only as instruments of economic policy but as an important part of EU social policy.²

The aims set out in the EU treaties are achieved by several types of legislative acts, including regulations, directives, recommendations and opinions that are more detailed on the goals that the Member States have agreed on in

* Professor of labor law and social security law; national expert in the European Network of Legal Experts in Gender Equality and non-Discrimination. The author can be reached at sural@metu.edu.tr

¹ Paul Craig and Grainne de Burca (2008). *EU Law, Texts, Cases, and Materials*, Oxford University Press, p. 879.

² *Ibid.*

the treaties. A 'directive' is a legislative act that sets out a goal that all EU countries must achieve. However, it is up to the member states to decide how.

A series of actors collaborate to deliver the objective of gender equality, including the European Commission, the Council and the European Parliament. The European Commission is the main implementation body within the EU structure, representing the body that proposes new legislation as well as the institution responsible for ensuring that EU law is applied throughout all Member States. The Commission is divided into several departments, known as Directorates-General (DGs). Since 2010, the task area of gender equality has been allocated to Directorate D of the newly created Directorate-General, 'Justice' (JUST). This task area is further divided into four subunits:

1. Gender equality law;
2. Gender equality between women and men;
3. The rights of people with disabilities; and
4. Anti-discriminatory practices and coordination of Roma issues.

The interpretation and the application of EU law and the treaties are ensured by the Court of Justice of the EU (CJEU) which plays a very important role in the field of equal treatment between men and women, in ensuring that individuals can effectively invoke and enforce their right to gender equality.

The term 'EU gender equality law' refers to all the relevant treaty provisions, legislation and the case law of the CJEU in relation to gender equality. The terms 'gender equality' and 'sex equality' are used interchangeably. However, technically speaking, the term 'sex' refers primarily to the biological conditions/differences whereas the term 'gender' is broader as it also comprises social differences between women and men, such as certain ideas about their respective roles within the family and in society. The purpose of the present publication is to provide a general overview of the EU gender equality law by referencing the relevant treaty provisions and directives.

II. TREATY PROVISIONS

The Lisbon Treaty was signed by the Member States in December 2007, the obstacles to its ratification were finally removed in November 2009 and it became effective on 1 December 2009. With the removal of the pillar structure, the European Union is now founded on two treaties: the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).³ The European Community is replaced and succeeded by the Union.

The Preamble to the TEU proclaims that the member States draw 'inspiration from the cultural, religious and humanist inheritance of Europe, from which have developed the universal values of the inviolable and inalienable rights of the human person, freedom, democracy, equality and the rule of law.' Article 2 of the TEU emphasizes the centrality of these values by stating that they 'are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.' Article 3 of the TEU reiterates aims of the Union and pledges the Union to namely 'combat social exclusion and discrimination' and to 'promote social justice and protection, equality between men and women.' Article 8 of the

³ See for a consolidated version of both treaties: OJ C 83, 30.3.2010.

TFEU states that ‘in all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality between men and women.’ According to Article 10 of the TFEU, ‘In defining and implementing its policies and activities, the Union shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.’⁴ Article 19 (1) of the TFEU which provides for the adoption of action by the Council to combat discrimination enlarges the role of the European Parliament: The Council is to act ‘unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament.’ ‘In the specific cases provided for by the Treaties, the adoption of a regulation, directive or decision by the European Parliament with the participation of the Council, or by the latter with the participation of the European Parliament, shall constitute a special legislative procedure’ (TFEU, Article 289[2]).

Characteristics protected by the TFEU

1	Sex
2	Racial or ethnic origin
3	Religion or belief
4	Disability
5	Age
6	Sexual orientation

The former substantive article on sex equality, Article 141 (ex Article 119) of the Treaty on European Community (TEC) incorporated equal treatment of men and women at work going beyond the field of pay and permitting forms of ‘positive action.’ Article 141 TEC has now become Article 157 of the TFEU:

‘1. Each Member State shall ensure that the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value is applied.

2. For the purpose of this Article, ‘pay’ means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer. Equal pay without discrimination based on sex means:

(a) that pay for the same work at piece rates shall be calculated on the basis of the same unit of measurement;

(b) that pay for work at time rates shall be the same for the same job.

3. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt measures to ensure the application of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, including the principle of equal pay for equal work or work of equal value.⁵

⁴ Member States may add other grounds of discrimination to these specified in the TFEU. For example, the Equality Act 2010 of Great Britain adds three more characteristics, marriage and civil partnership, pregnancy and maternity and gender reassignment. For details see: Catherine Barnard (2011). *The Equality Act 2010*, *European Gender Equality Law Review*, No. 1/2011, pp. 13-22.

⁵ Previously, in Article 141 of the TEC, the Council was required to act in accordance with the co-decision procedure set out in Article 251 of the TEC. Now the role of the

4. With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.⁷

The Lisbon Treaty inserts a reference to the Charter of Fundamental Rights of the European Union into Article 6 (1) of the TEU, making it legally binding. Article 6 (1) of the TEU provides that 'The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall have the same value as the Treaties.' The Charter of Fundamental Rights of the European Union has thus achieved the status of primary legislation. This Charter, amongst other things, prohibits discrimination on any ground, including sex (Article 21); it recognizes the right to gender equality in all areas, thus not only in employment, and the necessity of positive action for its promotion (Article 23). Furthermore, the Charter also defines rights related to family protection and gender equality. The reconciliation of family/private life with work is an important aspect of the Charter; the Charter guarantees, *inter alia*, the right to paid maternity leave and to parental leave (Article 33). The impact of the Charter on gender equality law is limited. According to the second indent of Article 6 (1) of the TEU, 'provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties.' Article 51 (2) reiterates this principle and Article 52 (2) emphasizes that rights recognised by the Charter for which provision is made in the Treaties must be exercised within the limits set out in the Treaties. The third indent of Article 6 (1) of the TEU requires the Charter to be interpreted in accordance with the provisions of Title VII meaning that the Charter provides an aid to the interpretation of Union legislation and Member States' implementing measures, and may also provide an argument supporting challenge to such acts, but this is the legal extent of its effect.⁶

III. DIRECTIVES

EU Directives are legally binding for Member States and must be incorporated into their national legislation. This allows citizens who feel that they have been discriminated to take their cases to national courts. In the field of gender equality there are six directives in effect. The Recast Directive (Directive 2006/54) is a consolidating Directive replacing the prior directives on equal pay, equal treatment, occupational social security, and the burden of proof. Apart from Directive 2006/54, there is specific gender equality legislation on state social security, on access to and supply of goods and services, on pregnancy and parental leave, and on self-employment.

European Parliament is highlighted by being referred to it before the Council. This does not constitute a substantial change because the 'ordinary legislative procedure' (TFEU, Article 294) is in substance the former co-decision procedure (TEC, Article 251) (Evelyn Ellis (2010). The Impact of the Lisbon Treaty on Gender Equality, *European Gender Equality Law Review*, No. 1/2010, pp. 7-13, p.9).

⁶ Evelyn Ellis, p. 11.

	Date	No.	Directives
1	19.12.1978	79/7/EEC	Council Directive on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security ⁷
2	19.10.1992	92/85/EEC	Council Directive on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) ⁸
3	13.12.2004	2004/113/EC	Council Directive implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services ⁹
4	5.7.2006	2006/54/EC	Directive of the European Parliament and of the Council on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) ¹⁰
5	8.3.2010	2010/18/EU	Council Directive implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC ¹¹
6	7.7.2010	2010/41/EU	Directive of the European Parliament and of the Council on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC ¹²

III. 1. RECAST DIRECTIVE

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation is called the 'Recast Directive.' The objective of the Recast Directive is to combine in a single text the main provisions existing on gender equality as covered by this Directive as well as by relevant case law for reasons of clarity (preamble

⁷ OJ L 6, 10.1.1979, pp. 24–25.

⁸ OJ L 348, 28.11.1992, pp. 1–8.

⁹ OJ L 373, 21.12.2004, pp. 37–43.

¹⁰ OJ L 204, 26.7.2006, pp. 23–36.

¹¹ OJ L 68, 18.3.2010, pp. 13–20.

¹² OJ L 180, 15.7.2010, pp. 1–6.

point 1). The Recast Directive consolidates different bodies of secondary legislation replacing the prior directives on equal pay (75/117/EEC¹³), equal treatment (76/207/EEC;¹⁴ 2002/73EC¹⁵), occupational social security (86/378/EEC;¹⁶ 96/97/EC¹⁷), and the burden of proof (96/34/EC¹⁸).

The Recast Directive had to be transposed in the EU Member States by 15 August 2008 at the latest (Article 33) and the Directives that are recast in this Directive were to be repealed one year later (Article 34). Member States could, if necessary to take account of particular difficulties, have up to one additional year to comply with the Recast Directive (Article 33). Member states had to transpose into national law the provisions of the Recast Directive which represent a substantive change from earlier directives. This is why Annex 2 of the Recast Directive contains a correlation table between the different Articles of the relevant Directives.

The Recast Directive defines ‘direct discrimination,’ ‘indirect discrimination,’ ‘harassment,’ ‘sexual harassment,’ ‘instruction to discriminate,’ and ‘positive action’ (Articles 2, 3). These central concepts of gender equality law are defined thus:

Concepts	Definitions
Direct discrimination	‘where one person is treated less favourably on grounds of sex than another is, has been or would be treated in a comparable situation’
Indirect discrimination	‘where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of one sex at a particular disadvantage compared with persons of the other sex, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary’
Harassment	‘where unwanted conduct related to the sex of a person occurs with the purpose or effect of violating the dignity of a person, and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment’

¹³ Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women OJ L 45, 19.2.1975, pp. 19–20.

¹⁴ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions OJ L 39, 14.2.1976, pp. 40–42.

¹⁵ Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions OJ L 269, 5.10.2002, pp. 15–20.

¹⁶ Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, OJ L 225, 12.8.1986, pp. 40–42.

¹⁷ Council Directive 96/97/EC of 20 December 1996 amending Directive 86/378/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes OJ L 46, 17.2.1997, pp. 20–24.

¹⁸ Council Directive 96/34/EC of 3 June 1996 on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC OJ L 145, 19.6.1996, pp. 4–9.

Sexual harassment	‘where any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature occurs, with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment’
Positive action	maintenance or adoption of measures by member States within the meaning of Article 157 of the TFEU with a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life
Instruction to discriminate	Instruction to discriminate on grounds of a person’s sex is discrimination

III. 2. PREGNANT WORKERS DIRECTIVE

The goal of maternity protection legislation is to enable women to combine their reproductive and productive roles successfully and to promote equal opportunities and treatment in employment and occupation, without prejudice to health or economic security. By safeguarding women’s employment and income security during and after maternity, maternity protection also promotes and achieves effective gender equality at work.¹⁹

The Charter of Fundamental Rights of the European Union, in its Article 33 (2), states that ‘to reconcile family and professional life, everyone shall have the right to protection from dismissal for a reason connected with maternity, and the right to paid maternity leave and to parental leave following the birth or adoption of a child.’ This provision guarantees that issues related to pregnancy, maternity and parental leave are to be protected, not only as employment and social issues but also as fundamental human rights.

Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) (Pregnant Workers Directive): The Pregnant Workers Directive is aimed at improving health and safety at work of pregnant workers and workers who have recently given birth and who are breastfeeding (Article 1). It provides measures for health and safety; protection against unfavourable treatment; and specific forms of leave for pregnant workers and women who have recently given birth. The Directive addresses not only the health and safety of workers who are pregnant, or have recently given birth or are breastfeeding, but also, issues of equal treatment, such as the right to return to the same or an equivalent working place, the rules on dismissal and employment rights, or on better financial support during the leave.

Article 5 (3) of Directive 92/85/EEC obliges employers to grant a pregnant worker a leave of absence to protect her health and safety if moving her to another job is not technically and/or objectively feasible or cannot reasonably be required on duly substantiated grounds. Leave must also be granted if a pregnant or breastfeeding worker is exposed to prohibited substances or is required to do night work, if moving her to another job or changing to daytime

¹⁹ ILO (2014). *Maternity and paternity at work: Law and practice across the world*, pp. 1, 3.

work is not possible. Pregnant and breastfeeding workers are not obliged to perform night work during their pregnancy and for a period following childbirth, if performing night work would be detrimental to the safety or health of the worker concerned (Article 7). A transfer to daytime work or, if this is not technically and/or objectively feasible, leave from work or the extension of maternity leave should be possible. Article 9 provides that pregnant workers must be entitled, where necessary, to time off work without loss of pay to attend ante-natal examinations. Article 8 provides for a minimum of 14 continuous weeks of maternity leave before and/or after birth, including at least two weeks of compulsory maternity leave. Article 11 is on the issue of rights related to the employment contract and specifically the right to the maintenance of payment and/or the entitlement to an adequate allowance during the period of maternity leave, which should not be set at a lower rate than the level of sickness benefits. Article 10 requires Member States to take the necessary measures to prohibit the dismissal of pregnant workers, workers who have recently given birth and workers who are breastfeeding, during the period from the beginning of their pregnancy to the end of the period of maternity leave. Maternity allowance is a short-term incapacity benefit designed to compensate for a worker's loss of earnings through pregnancy and delivery. Directive 92/85/EC provides for a minimum maternity leave period for employees of 14 weeks and for a minimum payment during this leave at the level of sick pay (Article 11).

Maternity leave and additional maternity leave are limited to women. This reflects the traditional division of responsibility prioritizing the relationship between a woman and her child. In *Hofmann*²⁰ and *Italy*,²¹ the European Court of Justice (ECJ), under the previous Equal Treatment Directive 76/207,²² ruled that national provisions could legitimately confine additional maternity leave and compulsory adoption leave to mothers.

The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council of 3 October 2008 amending Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or who are breastfeeding: The Pregnant Workers Directive envisages a maternity leave of at least 14 weeks allocated before and/or after delivery. The maternity leave has to include compulsory maternity leave of at least two weeks allocated before and/or after delivery. The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council of 3 October 2008 amending Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or who are breastfeeding²³ extended the maternity leave from 14 to 18 weeks. This corresponded to 12 non-compulsory weeks that women can choose to take before or after delivery and six compulsory weeks after delivery. If the actual date of delivery differed from the presumed date, the period of leave before the birth

²⁰ Case 184/83 *Hofmann v Barmer Ersatzkasse* [1984] ECR 3047 (European Commission, Compilation of Case Law on the Equality of Treatment between Women and Men and on Non-Discrimination in the European Union, 3rd publication, Luxembourg 2010, pp. 62-63).

²¹ Case 163/82 *Commission v Italy* [1983] ECR 3273 (*Ibid.*, pp. 53-54).

²² OJ L 39, 14 February 1976, p. 40.

²³ COM (2008) 637 final.

could be extended without having an effect on the post-natal period. Moreover, additional leave might be granted in the event of premature childbirth, children hospitalized at birth, the birth of children with disabilities and multiple births. Also, any period of sick leave, up to four weeks before delivery, in the event of illness or complications during pregnancy or childbirth would not shorten the period of maternity leave in the interest of women's health. Where childbirth occurred after the due date, the prenatal portion of the leave shall be extended to the actual date of birth, without any reduction in the post-natal portion of the leave.

European Parliament legislative resolution of 20 October 2010 on the Proposal: European Parliament legislative resolution of 20 October 2010²⁴ on the Proposal extended the maternity leave to 20 weeks (Article 8). Member States had to take the necessary measures to ensure that workers were entitled to a continuous period of maternity leave of at least 20 weeks allocated before and/or after confinement. With respect to the last four weeks of the period, a scheme of family-related leave available at national level might be considered to be maternity leave for the purposes of this Directive, on condition that it provided overall protection to workers, that is equivalent to the level laid down in this Directive. The remuneration for the last four weeks of maternity leave would be no lower than the allowance referred to in the Directive or, alternatively, it might be the average of the remuneration for the 20 weeks of maternity leave, which would be at least 75% of the last monthly salary or of the average monthly salary as stipulated according to national law, subject to any ceiling laid down under national legislation. The Member States might lay down the periods over which the average monthly salaries were calculated. Where a Member State had made provision for a period of maternity leave of at least 18 weeks, that Member State might decide that the last two weeks were met through paternity leave available at national level, with the same level of pay.

The maternity leave would include compulsory fully paid maternity leave of at least six weeks after childbirth, without prejudice to existing national laws which provide for a period of compulsory maternity leave before childbirth. The six-week period of compulsory maternity leave would apply to all working women regardless of the number of days worked prior to confinement. The Member States would take the necessary measures to ensure that workers are entitled to choose freely the time at which the non-compulsory portion of the maternity leave was taken, before or after childbirth, without prejudice to existing national laws and/or practices, which provide a maximum number of weeks prior to the childbirth. This period might be shared with the father, in accordance with the legislation of the Member State concerned if the couple agrees and so requests. To protect the health of both mother and child, Member States would take the necessary measures to ensure that workers could decide freely and without compulsion whether or not to take the non-compulsory portion of maternity leave before childbirth. The worker had to indicate her chosen period of the non-compulsory portion of the maternity leave no later than one month

²⁴ European Parliament legislative resolution (P7_TA (2010) 0373) on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding, Date: 20.10.2010, Strasbourg.

before the date of commencement of such leave. For multiple births the compulsory portion of maternity leave would be increased for each additional child in accordance with national legislation. The prenatal portion of maternity leave would be extended by any period elapsing between the presumed date and the actual date of childbirth, without the remaining portion of leave being reduced. Member States would take the necessary measures to ensure that additional leave on full pay is granted in the case of premature childbirth, children hospitalised at birth, children with disabilities, mothers with disabilities, and multiple births. The duration of the additional leave should be proportionate and allow the special needs of the mother and the child/children to be accommodated. The total period of maternity leave would be extended by at least eight weeks after the birth in the case of the birth of a disabled child. Member States would also ensure an additional period of leave of six weeks in the case of a stillbirth. Member States would ensure that any period of sick leave due to illness or complications arising out of pregnancy occurring four weeks or more before confinement does not impact on the duration of maternity leave. Member States were to protect mothers' and fathers' rights by ensuring that there are special working conditions so as to help the parents of children with disabilities. Member States were to take the necessary measures to ensure that the provisions of this Directive concerning maternity and paternity leave also apply in the event of adoption of a child of less than 12 months old (inserted Article 8b).

Member States had to adopt suitable measures for the recognition of postnatal depression as a serious illness, and shall support awareness campaigns aimed at disseminating accurate information on the illness and correcting the prejudices and possible stigmatization which it can still attract.

Recognition of men's right to parenthood, as well as their responsibility to share unpaid care and household work, will help to break down traditional social attitudes, resulting in greater equality for both men and women at work and at home.²⁵ In the resolution of the Council and of the Ministers for Employment and Social Policy, meeting within the Council, of 29 June 2000 on the balanced participation of women and men in family and working life, Member States were encouraged to consider whether, under their respective legal systems, working men might be granted a non-transferable individual right to paternity leave, without any loss of employment rights.²⁶ European Parliament legislative resolution of 20 October 2010 on the Proposal called on EU Member States to improve rights for men to paternity leave and to adopt other measures enabling men to support family life, thereby encouraging working men and women to share the care of children and other dependants. Article 8a inserted by the European Parliament was on paternity leave: Member States shall take the necessary measures to ensure that workers whose life partner has recently given birth are entitled to a continuous period of non-transferable paid paternity leave of at least two weeks, granted on an equivalent basis – except with regard to its duration – to maternity leave, to be taken after the confinement of the worker's spouse or partner during the period of the maternity leave. Member States that have not already introduced non-transferable paid paternity leave, granted on an equivalent basis – except with regard to its duration – to

²⁵ ILO, *Maternity and paternity at work: Law and practice across the world*, p. 51.

²⁶ OJ C 218, 31 July 2000, p. 5.

maternity leave to be taken during the period of the maternity leave on a compulsory basis for a continuous period of at least two weeks after the confinement of the worker's spouse or partner, are strongly encouraged to implement it in order to promote equal participation of both parents in balancing family rights and responsibilities. Member States shall take the necessary measures to ensure that workers whose life partner has recently given birth are granted a period of special leave including the unused portion of maternity leave in the case of death or physical incapacity of the mother.

As regards night work and overtime Article 7 of the Resolution stated that Member States had to take the necessary measures to ensure that workers were not obliged to perform night work and were not obliged to work overtime:

- a) during the ten weeks prior to the due date of childbirth;
- b) during the remainder of the pregnancy should it be necessary for the health of the mother or the unborn child;
- c) during the entire period of breastfeeding.

The 'necessary measures' had to entail the possibility of a transfer to compatible daytime work; or leave from work or extension of maternity leave where such a transfer was not technically and/or objectively feasible.

The Council has not responded officially to the legislative resolution of 20 October 2010 on the proposed maternity leave directive adopted by Parliament.²⁷ On 1 July 2015, the Commission reviewed progress on the draft Maternity Leave Directive which has been stuck in the legislative process since 2008 and it decided to withdraw its proposal.²⁸

III. 3. PARENTAL LEAVE DIRECTIVE

Reconciliation between professional and family life is recognised as an important aim of the EU. The Pregnant Workers Directive and the Parental Leave Directive are among the legislative measures designed to promote the reconciliation of professional and family life and to promote a more balanced share of family responsibilities between working parents.

'Gender equality in the workforce: Reconciling work, private and family life in Europe Final Report,' prepared for the European Commission Directorate General for Justice and Fundamental Rights summarises and synthesises the findings of a research project entitled 'Reconciling work, private and family life: production of statistical reports.' The main finding is that despite improvements in gender equality over recent decades, 'women continue to lag behind on labour force participation and earnings, face slower transition to their first job, while contributing more to domestic tasks even if they are breadwinners. These challenges are particularly pronounced in the presence of children. Mothers have lower employment rates, shorter hours and interrupted their careers more due to childcare, compared to women without children and men (with or without children).'²⁹ The findings reveal that 'it seems unrealistic to expect a

²⁷ Motion For A Resolution further to Questions for Oral Answer B8-0000/2015 and B8-0000/2015 pursuant to Rule 128 (5) of the Rules of Procedure on maternity leave (2015/0000 (RSP)), 13.05.2015.

²⁸ http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/news/150701_en.htm

²⁹ Melinda Mills, Flavia Tsang, Patrick Präg, Kai Ruggeri, Celine Miani and Stijn Hoorens (2014). Gender equality in the workforce: Reconciling work, private and family life in

significant increase in female employment rates or hours worked as long as men's contribution to domestic work continues to be only about half of women's.³⁰

The employment guidelines proposed by the Commission and approved by the Council, present common priorities and targets for the national employment policies. They have been in an integrated package with the Broad Economic Policy Guidelines since 2005. On 26 March 2010, in an informal meeting of EU equality ministers, it was decided that the same target rate for the employment of both men and women (75%) should be set. In line with the Europe 2020 Strategy,³¹ the European Employment Strategy targets at having 75% of people aged 20-64 in work by 2020. Europe's current average employment rate is at 69% for those aged 20-64. Only 63% of women are in work compared to 76% of men.³² To raise to 75% the employment rate for women and men aged 20-64 means giving priority to addressing barriers to women's participation in the labour market when implementing the Strategy.

The importance of childcare is emphasized in Council Recommendation 92/241/EEC of 31 March 1992,³³ the Barcelona European Council conclusions of March 2002, and European Commission: Communication on Early Childhood Education and Care of 17 February 2011.³⁴ The Barcelona European Council agreed that the Member States should remove disincentives to female labour force participation and strive, taking into account the demand for childcare facilities and in line with national patterns of provision, to provide childcare by 2010 to at least 90% of children between 3 years old and the mandatory school age and at least 33% of children under 3 years of age. In most EU Member States, compulsory full-time education starts at the age of five or six. For those children who are too young to attend school, there are wide differences in the availability and provision of pre-school education and care services. In 2009, education ministers agreed on a target that 95% of four year-olds should have access to pre-school education. The current EU average is 92.3%, but there are wide variations in the number of hours per week as well as the quality of services.³⁵

Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC (former Parental Leave Directive) had to be transposed into national law by 8 March 2012 by the Member States.

The Parental Leave Directive applies to all workers who have an employment contract, including part-time workers, fixed-term workers and temporary

Europe Final Report RR-462-EC, prepared for the European Commission Directorate General for Justice and Fundamental Rights, pp. v, viii.

³⁰ Ibid., p. xiv.

³¹ Communication from the Commission, EUROPE 2020, A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM (2010) 2020 final, Brussels, 3.3.2010.

³² Ibid., p. 7.

³³ OJ L 123, 8 May 1992, p. 16.

³⁴ Communication from the Commission, Early Childhood Education and Care: Providing all our children with the best start for the world of tomorrow, COM (2011) 66 final, Brussels, 17.2.2011.

³⁵ <http://www.euractiv.com/socialeurope/brussels-calls-universal-child-c-news-502271>

agency workers (Clause 1). Member States shall grant all employees a right, in principle non-transferable, to four months' unpaid parental leave which can be used until the child has reached the age of eight, although the precise age is to be determined by the Member States and/or social partners (Clause 2). Men and women workers are entitled to an individual right to parental leave on the grounds of the birth or adoption of a child to take care of that child until a given age up to eight years. The main improvement is that the individual right to parental leave has to be granted for a period of four months, thus one more month more than according to the former Parental Leave Directive. In order to encourage a more equal take-up of leave by both parents, the new Parental Leave Directive emphasizes the non-transferability of at least one of the four months. There is still no obligation to provide totally or partially paid parental leave. The Parental Leave Directive further provides protection from discrimination for workers on the grounds of applying for or taking of parental leave stipulating that parents returning from parental leave may request changes to their working hours/or patterns for a set period of time. At the end of parental leave, workers shall have the right to return to the same job or, if that is not possible, to an equivalent or similar job. Employers have to consider and respond to such requests, taking into account both employers' and workers' needs.

EU Member States are directed to adopt the necessary measures to prohibit dismissal of workers from the beginning of pregnancy to the end of maternity leave, except in cases not connected with their condition and authorized under national legislation or practice (Clause 5). Protecting mothers against employment termination after childbirth by combining leave measures with job protection regulations is fundamental to protect situation of mothers in the labour market.

According to the EU Directive on parental leave, the individual right of men and women workers to parental leave for at least four months should also apply in the case of adoption of a child (Clause 4). Member States and/or social partners should assess the need to adjust the conditions for access and modalities of application of parental leave to the needs of parents of children with a disability or a long-term illness (Clause 3/3).

Modalities of application are flexible in order to take into account the needs of both employers and workers and to meet the operational and organisational requirements of small undertakings (Clause 3): Member States and/or social partners shall establish notice periods to be given by the worker to the employer when exercising the right to parental leave, specifying the beginning and the end of the period of leave. Member States and/or social partners shall have regard to the interests of workers and of employers in specifying the length of such notice periods. The Member States and/or social partners may, in particular, decide whether parental leave is granted on a full-time or part-time basis, in a piecemeal way or in the form of a time-credit system; make entitlement to parental leave subject to a period of work qualification and/or a length of service qualification which shall not exceed one year; define the circumstances in which an employer is allowed to postpone the granting of parental leave for justifiable reasons related to the operation of the organisation; and authorise special arrangements for small undertakings.

III. 4. DIRECTIVE 79/7/EEC ON EQUAL TREATMENT IN STATUTORY SOCIAL SECURITY SCHEMES

Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security concerns equal treatment in the area of statutory social security. The term ‘progressive’ expresses the idea that the Directive does not apply to all parts of social security; only statutory schemes are covered. Furthermore, Article 7 of the Directive allows Member States to exclude some areas of statutory social security from the Directive’s scope. Also, the period of implementation was six years and this considerably longer period of time to adapt their laws to Directive’s requirements expired on 23 December 1984.³⁶

Article 2 draws the personal scope of the Directive: This Directive shall apply to the working population — including self-employed persons, workers and self-employed persons whose activity is interrupted by illness, accident or involuntary unemployment and persons seeking employment — and to retired or invalidated workers and self-employed persons. Article 3 is on the material scope of the Directive stating that the Directive shall apply to: (a) statutory schemes which provide protection against the following risks: sickness, invalidity, old age, accidents at work and occupational diseases, and unemployment; (b) social assistance, in so far as it is intended to supplement or replace the schemes referred to in (a). This Directive shall not apply to the provisions concerning survivors’ benefits nor to those concerning family benefits, except in the case of family benefits granted by way of increases of benefits due in respect of the risks referred to in (a). Article 4 (1) on the equal treatment rule reads: The principle of equal treatment means that there shall be no discrimination whatsoever on ground of sex either directly, or indirectly by reference in particular to marital or family status, in particular as concerns the scope of the schemes and the conditions of access thereto; the obligation to contribute and the calculation of contributions; and the calculation of benefits including increases due in respect of a spouse and for dependants and the conditions governing the duration and retention of entitlement to benefits.

The five permissible exceptions to the scope of the Directive are set out in Article 7 (1):

1. the determination of pensionable age;
2. advantages granted to retired persons who have brought up children, specifically concerning periods of interruption of employment;
3. old-age or invalidity benefit entitlement connected with the derived entitlements of a spouse;
4. long-term benefits accorded to a spouse connected with the invalidity, old-age, accidents at work or the occupational disease of their spouse;
5. a right of option before the adoption of the Directive, specifically the option not to acquire rights or incur obligations under a statutory scheme.

III. 5. DIRECTIVE 2004/113/EC ON EQUAL TREATMENT IN THE ACCESS TO AND SUPPLY OF GOODS AND SERVICES

³⁶ Frans Pennings (2003). *Introduction to European Social Security Law*, 4th edition, Intersentia, p. 325.

Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services enshrines in EU law the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services. Member States were required to implement the directive by the end of 2007, except for the clause about costs relating to pregnancy and maternity, Article 5 (3), which had to be implemented by the end of 2009.

The Directive applies to all people and organisations (both public and private sector) that make goods and services available to the public; goods and services offered outside the area of private and family life. The Directive does not apply to the content of media and advertising or to education (Article 3). Differences in treatment may be permitted in the provision of goods and services exclusively or primarily to members of one sex if this is justified by a legitimate aim, and if appropriate and necessary (Article 4/5). A legitimate aim could, for example, as given in the preamble to the Directive, be the protection of victims of gender-related violence (in cases like the provision of single-sex shelters); single-sex voluntary bodies; single-sex private clubs; single-sex sports events; or provision of accommodation by a person in a part of that person's home. There is also a specific exception for insurance and related financial services where gender is used as a determining factor in the assessment of risk based on relevant and accurate actuarial and statistical data (Article 5/2). This derogation has recently been declared invalid by the Court of Justice as from 21 December 2012.³⁷ The Court ruled on a challenge by a Belgian consumer group, *Test-Achats*. The court argued that a current exemption for insurers contradicted the wider European principle of gender equality. 'Taking the gender of the insured individual into account as a risk factor in insurance contracts constitutes discrimination,' the ECJ said.

III. 6. DIRECTIVE 2010/41/EU ON EQUAL TREATMENT IN AN ACTIVITY IN A SELF-EMPLOYED CAPACITY

Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC enables Member States to adopt positive action measures aimed at ensuring full equality between men and women in working life, for example by promoting business creation by women (Article 5). The Member States had to bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive by 5 August 2012 at the latest. Where justified by particular difficulties, the Member States could, if necessary, have an additional period of two years until 5 August 2014 (Article 16).

This Directive lays down a framework for putting into effect in the Member States the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity, or contributing to the pursuit of such

³⁷ Case 236/09 *Test Achats* of 1 March 2011. The ECJ decision was challenged by insurance companies mainly on the ground that that nobody should be treated unfairly because of their gender, but that financial services providers should be allowed to make sensible decisions based on sound analysis of relevant risk factors.

an activity, as regards those aspects not covered by Directives 2006/54/EC and 79/7/EEC (Article 1).

Directive 2010/41/EU covers self-employed workers, namely all persons pursuing a gainful activity for their own account, under the conditions laid down by national law. In addition, the spouses of self-employed workers or, when and in so far as recognised by national law, the life partners of self-employed workers, not being employees or business partners, where they habitually, under the conditions laid down by national law, participate in the activities of the self-employed worker and perform the same tasks or ancillary tasks are covered (Article 2).

Self-employed women, and female spouses or when and in so far as recognised by national law, the life partners of self-employed workers, not being employees or business partners, who contribute to the activity of self-employed workers shall be entitled to maternity allowance for at least 14 weeks. This allowance shall be sufficient to enable them to interrupt their activities if they wish to do so. This allocation shall therefore be equivalent to the average loss of income or profit. This amount may however be subject to a ceiling limit; and/or the allowance provided at national level in the event of an interruption in activities on health grounds; and/or any other family-related allowance provided for and determined by the Member State (Article 8).

IV. CONCLUSIONS

Equality between men and women has been one of the fundamental principles of EU law. The principle of equality between men and women has been part of EU law since the signing of the Treaty of Rome in 1957. For a long time, the sex equality principle remained limited in scope and confined largely to employment-related sex discrimination. In time, a considerable body of legislation has been adopted on matters such as equal pay, equal treatment in employment and occupation, equality in social security schemes, health protection in the context of maternity, parental leave, access to goods and services, or self-employment.

Through equal treatment legislation, judicial action, gender mainstreaming (integration of the gender perspective into all other policies), and specific measures for the advancement of women the EU has made significant progress over the last decades. The principle of gender equality is guaranteed in the TFEU. Article 8 TFEU states: 'In all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women.' Equality between men and women is also enshrined in Article 23 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and gender mainstreaming is a horizontal policy of the EU. All Member States have established national equality bodies to monitor the application of gender equality laws.

Equal treatment of men and women in the field of employment aims to facilitate the active participation of both men and women in the labour market and to promote opportunities for both men and women to enjoy a better work-life balance. Despite the significant progress achieved over decades, gender gaps remain and in the labour market, women are still over-represented in lower paid sectors and under-represented in decision-making positions. The Maternity Leave Proposal was presented by the Commission in 2008, and the European Parliament issued its first reading position in 2010. The revision of

the Maternity Leave Directive included a longer period of leave and more rights for mothers but the co-legislators have not been able to come to an agreement and adopt the proposed legislation. On 1 July 2015, the Commission after reviewing progress on the draft Maternity Leave Directive decided to withdraw its proposal. The new initiative will be part of the Commission's Work Programme for 2016. Achievement of equality between men and women is an ongoing process.

SOURCES

Barnard, Catherine (2011). *The Equality Act 2010*, *European Gender Equality Law Review*, No. 1/2011, pp. 13-22.

Craig, Paul and de Burca, Grainne (2008). *EU Law, Texts, Cases, and Materials*, Oxford University Press.

Ellis, Evelyn (2010). *The Impact of the Lisbon Treaty on Gender Equality*, *European Gender Equality Law Review*, No. 1/2010, pp. 7-13.

European Commission, *Compilation of Case Law on the Equality of Treatment between Women and Men and on Non-Discrimination in the European Union*, 3rd edition, Luxembourg 2010.

European Commission, *Communication from the Commission, EUROPE 2020, A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, COM (2010) 2020 final, Brussels, 3.3.2010. Available at:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52010DC2020>

European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, S. Burri and H. van Eijken, *The Transposition of Recast Directive 2006/54/EC: Update 2011*, August 2011, European Commission, Directorate-General Justice, Unit JUST/D1, available at: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/recast_update2011_final_en.pdf

European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, G. Selanec and L. Senden, *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards*, September 2011, European Commission, Directorate-General for Justice, Unit JUST/D1, available at:

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_balance_decision_making/report_gender-balance_2012_en.pdf

European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, A. Numhauser-Henning and S. Laulom, *Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries: Discrimination versus Dignity*, November 2011, European Commission, Directorate-General for Justice, Unit JUST/D1, available at:

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/final_harassement_en.pdf

European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, N. Countouris and M. Freedland, *The Personal Scope of the EU Sex Equality Directives*, September 2012, European Commission, Directorate-General for Justice, Unit JUST/D1, available at: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/personal_scope_eu_sex_equality_directive_final_en.pdf

European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, A. Masselot, E. Caracciolo Di Torella, and S. Burri, *Fighting Discrimination on the Grounds of Pregnancy, Maternity and Parenthood: The application of EU and national law in practice in 33 European countries*, November 2012, European Commission, Directorate-General for Justice, Unit JUST/D1, available at:

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/discrimination_pregnancy_maternity_parenthood_final_en.pdf

European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, M. Palma Ramallo, A. Masselot & S. Burri, *The Implementation of Parental Leave Directive 2010/18 in 33 European Countries*, European Commission, Directorate-General for Justice, Unit JUST/D1, available at:

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/parental_leave_report_final_en.pdf

European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, S. Burri and H. van Eijken, *Gender Equality Law in 33 European Countries: How are EU rules transposed into national law?*, February 2014, European Commission, Directorate-General For Justice, Unit JUST/D/1, available at:

http://ec.europa.eu/justice/gender-quality/files/your_rights/gender_equality_law_33_countries_how_transposed_2013_en.pdf

European Parliament legislative resolution (P7_TA (2010) 0373) on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding, Date: 20.10.2010, Strasbourg. Available at:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0373+0+DOC+XML+V0//EN>

ILO (2014). *Maternity and paternity at work: Law and practice across the world*.

Available at:

http://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_242615/lang--en/index.htm

Mills, Melinda; Tsang, Flavia; Präg, Patrick; Ruggeri, Kai; Miani, Celine; and Hoorens, Stijn (2014). *Gender equality in the workforce: Reconciling work, private and family life in Europe Final Report RR-462-EC*, prepared for the European Commission Directorate General for Justice and Fundamental Rights by RAND Europe, available at:

http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/documents/140502_gender_equality_workforce_ssr_en.pdf

Motion For A Resolution further to Questions for Oral Answer B8-0000/2015 and B8-0000/2015 pursuant to Rule 128 (5) of the Rules of Procedure on maternity leave (2015/0000 (RSP)), 13.05.2015, available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B8-2015-0453&language=EN>

Pennings, Frans (2003). *Introduction to European Social Security Law*, 4th edition, Intersentia.

KAMU KURUM VE KURULUŞLARINCA GERÇEKLEŞTİRİLEN ALT İŞVERENLİK VE İŞÇİ TEMİNİ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Sarper Süzek*

I. İşçi Temini Sözleşmelerinin Alt İşveren İlişkisi Olarak Gösterilmesi

Ülkemizde bazı kamu kurum ve kuruluşlarının gerçek iradeleri işçi temini olduğu halde, bunu bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak göstermek suretiyle muvazaalı uygulamalara başvurdukları görülmektedir.¹ Buna karşılık Yargıtay oluşturduğu isabetli içtihatıyla bu gibi uygulamaları muvazaalı işlem olarak kabul etmekte ve söz konusu işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olduğunu hükme bağlamaktadır.

Yüksek mahkemeye göre “Davalı işveren ... kurumdan emekli olanların yerine kadro verilmediğini, bu sebeple gerekli yerlerden izinler alınarak işgücü açığının taşeron firmalardan *hizmet alımı suretiyle* karşılanmaya çalışıldığını ... savunmuştur. Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, davacı işçi, İsdemir’in aslı ve sürekli işlerinde kadrolu işçilerle *birlikte yanyana* çalışmaktadır. Esasen işletmenin tüm birimlerinde, emekli olan işçilerden dolayı işgücü ihtiyacının ortaya çıktığı ve bu sebeple de taşeron aracılığıyla çalıştırılan işçilerin işyerinin her biriminde görev aldıkları anlaşılmaktadır... davacı işçinin işyerindeki çalışmalarıyla ilgili kontrol işlemleri davalı İsdemir elemanlarınca yapılmakta, işyerinde müteahhidin bu işle görevlendirilen bir elemanı bulunmamaktadır... taşeronla bağlı işçilerin işe alınması, çalıştırılmaları, izinlerin verilmesi, görev yerlerinin değiştirilmesi ve işten çıkarılması gibi yetkilerin belirli bir yöntem dahilinde İsdemir’e ait olduğu anlaşılmaktadır... Yapılan bu uygulamanın, davalı işverenin muvazaalı yönden işçi istihdamını sağlamaya yönelik olduğu açık

* Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

¹ S. Süzek, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2001, Ankara 2003, 12 vd. S. Başterzi, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2009, Ankara 2011, 32 vd. M. P. Soyer, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil, 1, Mart 2006, 17. A. Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, ÇT, 1, 2004/1, 40-41. L. Akın, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013, 343 vd. E. Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Ankara 2011, 34. K. Doğan Yenisey, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2006, Ankara 2009, 30-31. M. Kabakçı, Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 102 vd. H. B. Aykaç, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İş Hukukunun Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar, İHSGHD, 25, 2010, 121 vd.

seçik ortadadır. Böyle olunca ... davalının ... gerçek işveren sayılması gerektiği dnlmelidir".²

Yargıtayın aynı yöndeki diğer bir kararına göre de "Davacı vekili, davacının davalı niversiteye ait hastanede yardımcı hizmetler bölümünde hasta bakıcı olarak diğer davalı irket işçisi olarak alıtımını, diğer irket üzerinde bordrolu görünse de emir ve talimatları niversite personelinden aldımını ... davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğunu ... beyan etmiştir... Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini stlenmemise asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır... genel temizlik iini ihale ile alan şirketin hasta bakıcıları iverine getirdikten sonra niversite görevlilerine teslim ettiği, bundan sonra karımadığı, çalışacakları bölümleri ve mesailerini niversite görevlilerinin belirlediği saptanmıştır. O halde davacı işçi ... balanıtan beri niversitenin iisidir".³

Bu kararlarda görüldüğü gibi tarafların gerçek iradesi işçi temini (hizmet alımı) sözleşmesi olduğu halde, bu ilişki muvazaalı olarak alt işverenlik sözleşmesi şeklinde gösterilmektedir. Başka bir deyişle taraflar arasında gerçekte, aşağıda görüleceği gibi İ Kanununda düzenlenmemiş (yönetmelikle yasaklanmış) olan ve Yargıtay tarafından da yasak kabul edilen *mesleki* (profesyonel) *anlamda geçici* (dn) *i ilişkisi* kurulmak istenmektedir.⁴

Mesleki anlamda geçici i ilişkisinde işçiler, irket veya özel istihdam bürosu (işveren) tarafından kazanığ sağlamak amacıyla başka işverenlere ödünç verilmek üzere ie alınırlar. Bu ilişkide işçi temin eden diğer deyişle ödünç veren irket *işveren sıfatını korur*. İşçinin i görme ediminden yararlanan işçiyi ödünç alan kurum veya kişi işveren sıfatını taşımaz. İi temin eden irket işçinin işvereni ve i akdinin tarafı olarak, bu sözleşmeden doğan haklara sahip ve borçlardan sorumludur. Yapılmış olan hizmet alımı sözleşmesinin sonunda işçi işveren şirkete geri döner.

Mesleki amaçlı geçici i ilişkisinin İ Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiş olan *geçici i ilişkisinden* farkı, işçilerin başka işverene ödünç verilmek üzere ie alınması ve şirketin bunu gelir getirici bir faaliyet olarak (kazanç maksadıyla) yapmasıdır. Bu ilişkinin *i aracılığından* farkı ise, aracı kurumun işveren sıfatını taşımaması, i aracılığının tamamlanmasından sonra işçi ile bir ilişkisinin kalmamasıdır.

² Y9HD, 6.11.2001, 14228/17344 ve Süzek'in incelemesi, Değerlendirme 2002, 11 vd.

³ Y9HD, 23.2.2009, 12808/3210, . il, İ Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2009, 46-49 ve Başterzi, Değerlendirme 2009, 32-38. Bu yöndeki diğer yüksek mahkeme kararları için bkz. Y9HD, 18.2.2006, 32431/33405, T, 14, 255-257, Y9HD, 26.6.2006, 15117/18658, İHSGHD, 12, 1477-1479, Y9HD, 5.6.2006, 9825/16147, İHSGHD, 12, 1520-1522 ve kararların incelenmesi, Doğan Yenisey, Değerlendirme 2006, 30-31, Y9HD, 8.7.2004, 17098/17431 ve Ulucan'ın incelemesi, T, 3, 145-152. Y9HD, 7.3.2013, 2572/2349 ve ahlanan'ın incelemesi, Tekstil İv., Hukuk 91, Kasım-Aralık 2014, 2-5, Hepar'ın incelemesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2014, 177-189.

⁴ Süzek, Değerlendirme 2001, 12-14. Kabakcı, 103. Aynı yönde, Y9HD, 11.7.2005, 19178/24731, Toprak İv., Aralık 2005, 22-33, Kabakcı, 103, dn. 36.

Mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi *alt işverenlik ilişkisinden* esas itibarıyla şu özellikleri ile ayrılır. Her şeyden önce, alt işveren asıl işyerinin *bir bölümünde* veya eklentilerinde *iş alır*, o yer alt işveren açısından ayrı bir işyeri anlamını taşır. Buna karşılık, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde işyerinin ihtiyaç duyulan *değişik bölümlerine* geçici olarak *işçi alınmaktadır*. Başka bir deyişle, birinci durumda *işin devri* (bölümün devri), ikincisinde ise *işçinin hizmetinin devri* söz konusudur. Alt işverenlikte taşeron işçileri işyerinin aynı bölümünde çalıştıkları halde, mesleki amaçlı iş ilişkisinde geçici işçiler işyerinin *değişik bölümlerinde* asıl işverenin işçileri ile yan yana istihdam edilirler.⁵

İki kurum arasındaki diğer önemli fark, alt işverenin iş aldığı ve kendisi açısından ayrı bir işyeri anlamını taşıyan bölümde, işveren olarak tam bir *yönetim ve organizasyon hakkına* sahip bulunmasına karşın, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde yönetim ve organizasyon hakkı işçileri temin eden şirkete (özel istihdam bürosuna) değil, işveren sıfatını taşımasına rağmen işçilerin iş görme ediminin alacaklısı olan *hizmet alan kuruma* ait olmasıdır.⁶ Bu husus bir Yargıtay kararında isabetli olarak şu şekilde ifade edilmiştir: “Bir alt işveren, bir asıl işverenden üstlendiği mal ve hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca ... faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.”⁷

Uygulamada, alt işveren ilişkisi olarak gösterilen işçi temini sözleşmeleri genellikle şu şekilde gerçekleşmektedir: İşçi temin eden şirket (özel istihdam bürosu) ile ödünç verilecek işçiler arasında iş akitleri kurulmakta ve söz konusu işçiler, şirketin bordrosunda gösterilmektedirler. Şirket ile hizmet alan kurum veya kişi (işveren) ile görünüşte bir alt işverenlik sözleşmesi yapılmakta ve işçiler bu kuruma veya kişiye gönderilmektedirler. Görünüşte işveren durumunda olan şirketin işlevi sadece kurumdan tahsil ettiği istihkaklardan işçilere ücretlerini ödemek, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim belgelerini verip, primlerini yatırmaktan ibarettir.⁸

Ne var ki, alt işverenlik olduğu ileri sürülerek kurulan ilişkinin, bu hukuکی kurumun unsurları ve özellikleri ile ilgisi yoktur. Çünkü yukarıya alınan Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, ihaleyi kazanan şirket işyerinin bir bölümünde iş almamakta, *değişik bölümlerde çalıştırmak üzere işçi temin etmektedir*. Bu işçiler işyerinin bir bölümünde değil *değişik bölümlerinde* ihtiyaç duyulan işlerde hizmet alan işverenin işçileri ile yan yana çalışmaktadırlar. Alt işveren ilişkisinden farklı olarak işçi temin eden şirket işyerinin bir bölümünde işçiler üzerinde yönetim hakkına, bağımsız bir organizasyona ve uzmanlığa sahip bulunmamakta, işçiler hizmet alan işverenin yönetim hakkı, emir ve talimatları çerçevesinde, onun denetimi altında hareket etmektedirler. Alt işverene ait olması gereken hak ve borçlar (ücretin ödenmesi ve SGK ile ilişkiler dışında) işveren tarafından kullanılmakta ve yerine getirilmektedir. Çalışma koşullarının ve çalışılacak bölümlerin belirlenmesinde, görev yerlerinin değiştiril-

⁵ Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Kabakçı, 95-96, 98-99.

⁶ Başterzi, Değerlendirme 2009, 33, 37. Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Kabakçı, 88.

⁷ Y9HD, 23.2.2009, 12808/3210, Çil, İlke Kararları, 46-49 ve Başterzi'nin incelemesi, Değerlendirme 2009, 32-38.

⁸ Başterzi, Değerlendirme 2009, 37. Süzek, Değerlendirme 2001, 14.

mesinde, izinlerin verilmesinde, işten çıkarmalarda hizmet alan işveren söz sahibidir.⁹

Bu nedenlerle yüksek mahkeme isabetli olarak işverenle Şirket arasında yapılan alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu, belirli işlerde işçi teminine yönelik bir sözleşmenin (mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinin) yasaya uygun bir alt işverenlik ilişkisine esas oluşturmayacağını ve hizmet alan işverenin başlangıçtan itibaren söz konusu işçilerin işvereni niteliğini taşıdığını kararlaştırmaktadır.

Bunun gibi, geçici (dn) iş ilişkisinden (İK 7) farklı olarak hukukumuzda mesleki (profesyonel) amaçlı geçici iş ilişkisinin yasal dayanağı bulunmamaktadır. İş Kanununu hazırlayan bilim kurulu taslağında (m. 93) bu hukuki kurum yer almışsa da, söz konusu düzenleme TBMM’de kanunlaşmamıştır. Ayrıca, bu konuda 2009 yılında hazırlanmış olan 5920 sayılı yasa da Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir. Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğinde, büroların mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi düzenleme faaliyetinde bulunması yasaklanmıştır (m. 4/2, c).

Yargıtay da bu kurumun hukukumuzda yasaklanmış olduğu yönünde kararlar vermekte ve bu konuda kurulmuş sözleşmeleri geçersiz kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre: “Somut uyuşmazlıkta ise, davalı Belediye’nin temizlik ve çöp toplama hizmetini değil, bu hizmeti yürütebilmek için işçi teminini ihale ettiği anlaşılmaktadır... Sözleşmeye göre işçiler belediyenin yönetimi altında çalışırken, fesih kararını yine belediye vermektedir... *Temizlik işlerini vermek* ile *temizlik işçisi temini* birbirinden tümüyle farklı faaliyetlerdir. Hizmet alımı ve hizmetin yaptırılması ibarelerinin, iş mevzuatının yasakladığı ticari amaçlı işçi teminine olanak tanıdığı Şeklinde yorumlanarak, sonuca ulaşılması hukuken mümkün değildir. Bunda kamu yararı da yoktur. Bu yönde yapılan ihale sözleşmeleri geçersizdir.”¹⁰

II. Kamu Kurum ve Kuruluşları Lehine Getirilen Ayrıcalıklar

a) İş Kanunu’nda ngrlen Hükümler

1.7.2006 tarihli ve 5538 sayılı yasanın 18. maddesi ile İş Kanununun 2. maddesine asıl işveren alt işveren ilişkisinde kamu kurum ve kuruluşları lehine ayrıcalıklar getiren 8. ve 9. fıkralar eklenmiştir.^{11 12} Adı geçen fıkralara göre

⁹ Süzek, Değerlendirme 2001, 13. Doğan Yenisey, Değerlendirme 2006, 30-31. Başterzi, Değerlendirme 2009, 33-34, 37. Kabakçı, 88, 103-105.

¹⁰ Y9HD, 17.5.2006, 18031/20242, Kabakçı, 103-104. Bu kararla aynı yönde, Y9HD, 25.10.2010, 37702/30363, Ő. il, Yargıtay İlke Kararları, B. 6, Ankara 2014, 260. Y9HD, 4.4.2005, 774/11838 ve Alpagut’un incelemesi, İHSGHD, 10, 2006, 570-584. Y9HD, 10.4.2007, 6094/10224, T, 15, 288.

¹¹ Bu fıkralarda yer alan kanun yapma tekniğine aykırılıklar ve iş hukukuna yabancı kavramlar için bkz. M. Ekonomi, Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Prof. Dr. Nuri elik’e Saygı, Türk İş Hukukunda l İlişkiler, Legal, İstanbul 2008, 24. . Ekmekçi, Kamu İşvereni’nin zel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa’nın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali, İHSGHD, 12, 2006, 1176-1177. Akyiğit, 34. İ. Aydınlı, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, 296-297.

¹² Buna karşılık söz konusu düzenlemenin kamu işverenleri lehine ayrıcalık getirmediği görüşü için bkz. O. G. ankaya-Ő. il, İş Hukukunda l İlişkiler, B. 2, İstanbul 2009, 48 vd. Aykaç, 111-113.

kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip ortaklıklar, İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarındaki *koşul ve sınırlamalara tabi olmaksızın*, Kamu İhale Kanunu veya diğer yasa hükümleri çerçevesinde alt işverenlere iş verebileceklerdir. Bu şekilde alt işverenler tarafından çalıştırılanlar, kamu kurum ve kuruluşlarının kendi işçilerinin iş mevzuatı veya toplu iş sözleşmelerine göre sahip oldukları *haklardan yararlanamazlar*, herhangi bir hak talebinde bulunamazlar.

Bu hükümler uyarınca 5538 sayılı yasanın yürürlük tarihinden itibaren, İK 2/6 ve 7'de öngörülen koşul ve sınırlamalar kamu kesimi işverenlerini bağlamayacak, bunlar sadece özel kesim işverenleri için söz konusu olacaktır. Bunun ise Anayasanın eşitlik ilkesi (m.10) ile bağdaştırmak mümkün değildir. Bir muvazaalı işlem kamu işvereni tarafından yapıldığında geçerli sayılacak, herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacak buna karşılık aynı işlem özel kesim işvereni tarafından gerçekleştirildiğinde yasa dışı kabul edilerek yaptırım uygulanacaktır. Kanımıza göre, söz konusu 8. ve 9. fıkralar Anayasaya aykırı olup iptal edilebilecek niteliktedir.¹³

Adı geçen fıkra hükümlerinin Anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda bugüne kadar Anayasa Mahkemesince herhangi bir karar verilmemiş¹⁴ buna karşılık Yargıtay oluşturduğu içtihadıyla bu hükümlerle kamu işverenleri lehine bir ayrıcalık tanınmadığı ve bu durumda da muvazaanın ileri sürülebileceği sonucuna varmıştır. Yüksek mahkemeye göre "Maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işverene verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 6. (şimdi 7.) fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanın dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur."¹⁵

¹³ Ekmeççi, 1176-1177. Başterzi, Değerlendirme 2009, 40 vd. S. Süzek, Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil, 14, Haziran 2009, 10. F. Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B. 5, İzmir 2009, 35-36. K. Doğan Yenisey, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar, İş Müfettişleri Derneği, Ankara 2010, 28. U. Aydın, 6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2015, S. 1, 13. Kabakcı, 91. İ. Subaşı, İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, 179.

¹⁴ İstanbul 7. İş Mahkemesi tarafından söz konusu hükümlerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ancak yüksek mahkeme, itiraz konusu olan bu hükümlerin mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddini oybirliği ile kararlaştırmıştır. AYM, 3.2.2011, 7/28, Subaşı, 179 vd.

¹⁵ Y9HD, 19.2.2009, 33290/2942 ve Akyiğit'in incelemesi, Sicil, 17, 138-159, Başterzi'nin incelemesi, Değerlendirme 2009, 38 vd. Aynı yönde, Y9HD, 21.1.2010, 41520/669, İHSGHD, 25, 310-313. Y9HD, 16.4.2009, 42564/10854, ÇT, 23, 342-344. Y9HD, 28.10.2008, 34502/29419, Kılıçoğlu, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 2009, 72 vd. Y7HD, 7.3.2013, 2572/2349 ve Şahlanan'ın incelemesi, 3. Heper'in incelemesi, 177-189.

b) Kamu İhale Kanununa Tabi Kurum ve Kuruluşlar Tarafından Yapılan İşçi Temini Sözleşmeleri

4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşların yapacakları ihalelerle, işçi temini (mesleki amaçlı geçici iş ilişkileri) kurabilmelerine yasal dayanak oluşturabilmek amacıyla, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanunun (Torba kanun) 10. ve 11. maddeleri ile, Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde değişiklikler yapılmış ve ayrıca bu yasaya ek 8. madde eklenmiştir.

Bu hükümlerin amacı, idarede yeterli nitelik ve sayıda personelin (işçinin) bulunmaması halinde ve bunların istihdamı için kadro tahsis edilmemesi nedeniyle, bazı koşullarla ihaleye çıkılarak işçi temini yoluyla btce kısıtlarından kaynaklanan personel açığının karşılanmasıdır.¹⁶ Başka bir anlatımla, hukukumuzda mesleki (profesyonel) amaçlı geçici (dn) iş ilişkisi yoluyla işçi temin edilmesinin yasal dayanağının bulunmaması karşısında, bu ilişkilerin kurulmasının yasallaştırılması, meşrulaştırılması amaçlanmaktadır.

6552 sayılı yasanın 10. maddesi ile Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendi şu şekilde değiştirilmiştir: “İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel alıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması halinde personel alıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Msteşarliğı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi zerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olması şartı aranmaz”.

Görüldüğü gibi, yasanın 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde işçi temini işyerindeki yardımcı işler, asıl işler ve danışmanlık hizmetleri olmak üzere üçe ayrılmıştır. *Yardımcı işlerde* ihaleye çıkılabilmesi için, bu işlerde istihdam edilen *işçilerin yeterli nitelikte ve sayıda olmaması*, işyerinde bu konuda işçi teminine ihtiyaç duyulması gerekir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardım-

¹⁶ Kabakcı, 86, 95-96, 103. N. Gerek, İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 sayılı Kanunun Düşündürdükleri, Tühis, şubat-Kasım 2014, 7 vd. Aydın, 23 vd.

cı işlere ilişkin hizmet türlerini idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye, hükümden belirtilen mercilerin görüşü ve Maliye Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu belirlemede idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuat hükümleri, yerleşik yargısal içtihatlar ve İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrası (muvazaalı işlemleri yasaklayan düzenleme) dikkate alınır.

Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinin 2. alt bendinde kamu kuruluşuna ait işyerinin *asıl işinde* işçi temini ihalesi düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkraları dikkate alınmak suretiyle kamu kuruluşları tarafından hizmet alımı yapılabilecektir. O halde bu durumda işçi temininde İş Kanununda alt işveren ilişkisinin kurulmasına getirilmiş olan yasak ve sınırlamaların esas alınacağı öngörülmüştür.

Başka bir ifadeyle, geçici işçi istihdam edilebilmesi ancak işletmenin (yasada idarenin denilmektedir) ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde işçi teminine ihtiyaç duyulması halinde mümkün olabilecektir. Aynı şekilde, anılan hükme göre muvazaalı işçi temini sözleşmesi de yapılamayacaktır. Aksi takdirde, bu sözleşmenin gerek yasaya aykırı (İK 2/6) ve gerek muvazaalı (İK 2/7) bir işlemle kurulması halinde, söz konusu işçiler başlangıçtan beri işçi temin eden şirketin değil, asıl işverenin işçisi sayılacaklardır.

6552 sayılı Kamu İhale Kanunu 62/1, e, 2'de "işyerinde yürütülen *asıl işin bir bölümünde* idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir" ifadesi yer almıştır. "Asıl işin bir bölümü" ifadesi işçi teminine uygun bir anlatım değildir. Çünkü, yukarıda açıklandığı gibi (mesleki amaçlı geçici) işçi temini, alt işverenlik ilişkisinden farklı olarak, işin bir bölümüne değil, işyerinin ihtiyaç duyulan *değişik bölümlerine* geçici işçi alınmak suretiyle gerçekleştirilir.

6552 sayılı yasa 62/1, e, 3'de *danışmanlık* hizmeti alımı ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması koşulunun aranmayacağı hükme bağlanmıştır. İşyerinde yeterli nitelik ve sayıda danışman varken, danışmanlık hizmet alımı yoluna gitmenin gerekçesini ve yerindeliğini anlamak güçtür.¹⁷

6552 sayılı yasanın 11. maddesi ile Kamu İhale Kanununa eklenen ek 8. maddenin 1. fıkrasında, işçi temini ihalelerine çıkılmasında gerekli mercilerden *uygun görüş* alınması zorunluluğu getirilmiştir. Yukarıda belirtilen hallerde (danışmanlık hizmet alımları dışında) kamu kurum ve kuruluşları tabi oldukları mevzuata göre Maliye Bakanlığından veya Hazine Müsteşarlığından ya da Özelleştirme İdaresi Başkanlığından uygun görüş almadan ihaleye çıkamazlar. Adı geçen maddenin 2. fıkrasında ise, yardımcı işlerde niteliği gereği hizmet alım sözleşmesi altı ayı aşılırsa uygun görüş koşulunun aranmayacağı öngörülmüştür.

Bunun gibi, 6552 sayılı yasanın 14. maddesi ile 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 28. maddesinin 4. fıkrasına bir hüküm eklenmiş ve Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin e bendi kapsamındaki işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımı ihalelerinde yüklenme süresinin üç yıl olduğu hükme bağlanmıştır. İşin niteliği ve süre-

¹⁷ Aydın, 25.

sinden kaynaklanan zorunlu hallerde bu süre gerekçesi gösterilmek koşuluyla üst yöneticinin onayıyla kısaltılabilir.

İhalelerde yüklenme süresini uzatan bu düzenlemenin nedenleri madde gerekçesinde Şu Şekilde açıklanmıştır: ‘‘Düzenleme ile ihale süresi uzatılarak kamu hizmet alımlarının daha düzenli yapıya kavuşturulması, mali yönden daha güçlü yüklenicilerin sözleşmenin tarafı olması yanında yüklenici yanında çalışan işçilerin kolektif haklarını daha etkin kullanmasına imkan sağlanması ve sözleşmenin süresinin sona ermesi nedeniyle her yıl işten çıkarılmalarının engellenmesi amaçlanmaktadır’’.

Hizmet alımı ihaleleri sonucunda işçi temin eden Şirketlerin (zel istihdam bürolarının) her yıl deėiŐebilmesi, yıl sonunda söz konusu işçilerin sözleşmelerinin Őirketlerce sona erdirilmesine yol açabilir. Sürenin üç yıla çıkarılması işçilere kural olarak bu süre için iş güvencesi sağlayabilir. Bunun gibi, bir yıl yerine üç yıllık istihdam süresi, bir toplu iş sözleşmesi süresini (bir-üç yıl) (STSK 35/2) kapsayabileceğinden, işçilerin sendikalara ye olmaları ve yapılacak bir toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri ihtimalini artıracıktır.¹⁸

Kamu İhale Kanununa, 6552 sayılı yasa ile eklenen ek madde 8’in 3. fıkrasında, yukarıda belirtilen hizmet alımı ihaleleri çerçevesinde çalıştırılan personelin ihale ve sözleşme konusu iş dışında *başka bir işte çalıştırılmayacağı* ve grevlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca aynı fıkrada Kamu İhale Kanununa tabi kuruluşlarca yapılacak işçi temini ihalelerinde yukarıda açıkladığımız kuralların ihlal edilmesi halinde uygulanacak *yaptırımlar* düzenlenmiştir. Bu konuda 6.2.2015 tarihinde (RG 29259) Personel alıŐtırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Uygun Görüş Alınması, Görevlilerin Sorumlulukları ve Yaptırımlar Hakkında Yönetmelik ıkarılmıŐtır. Kamu İhale Kanununun adı geçen fıkrası ve yönetmeliğin 6. maddesi uyarınca hizmet alımı sözleşmesinin kurulabilmesine olanak tanıyan koşullara (62/e, 1-2) aykırı olarak ihaleye çıkılması, uygun görüş alınması gereken hallerde bu görüşün alınmaması, personelin ihale sözleşmesi konusu işler dışında alıŐtırılması, İŞ Kanununun 7. maddesi hükmüne aykırı olarak muvazaalı işlemler yapılması nedeniyle idare aleyhine meydana gelen zararlar, buna neden olanlara rücu edilmek suretiyle tahsil edilir. Bunun gibi, bu kişilere uygulanacak ceza ve disiplin hükümleri saklı kalmak üzere yasada öngörülen idari para cezası uygulanır. Diğer yandan, İŞ Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen ve müfettiŐlerin işlemin muvazaalı olduğuna ilişkin raporlarına itiraz ve diğer kanun yollarına baŐvurmeyen kişilere de yasada belirtilen idari para cezaları verilir.¹⁹

¹⁸ Hizmet alımı kapsamında çalışan işçilerin örgütlenmesi ve toplu pazarlık sisteminde yer alması önünde anayasal ve yasal olarak hiçbir engel olmadığı ve 6552 sayılı yasanın 13. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi, yapılacak toplu iş sözleşmesine ilişkin esaslar anılan madde ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine eklenen 2. ve 3. fıkralarda düzenlenmiştir. Ayrıca bu konuda 22.10.2015 (RG 29244) tarihinde Personel alıŐtırılmasına Dayalı Hizmet Alımlarında Toplu İŞ Sözleşmesinden Kaynaklanan Fiyat Farkının denmesine Dair Yönetmelik ıkarılmıŐtır. Bu konuda bkz. Aydın, 27 vd.

¹⁹ Bu konudaki yaptırımlar için bkz. Aydın, 26-27.

c) Kamu İhale Kanununa Tabi Kurum ve Kuruluşlarca Yapılan Sözleşmelerin Değerlendirilmesi

İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. ve 9. fıkralarla alt işverenlik sözleşmesinin kurulmasında kamu kurum ve kuruluşlarına getirilen ayrıcalığın yukarıda belirtildiği şekilde Yargıtay tarafından muvazaalı denetiminin dışında tutulmayacağına hükmedilmesi karşısında, bu kez Kamu İhale Kanununa tabi kuruluşlarda aynı sonuca hukukumuzda yasal dayanağı bulunmayan ve Yargıtay tarafından yasak ve geçersiz kabul edilen mesleki (profesyonel) anlamda geçici (ödünç) iş ilişkilerine yasal bir zemin oluşturmak, bu ilişkileri meşrulaştırmak suretiyle ulaşılmaya amaçlanmıştır. Gerçi 6552 sayılı yasayla gerek Kamu İhale Kanununda gerek Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda öngörülen hükümlerle işçi teminine ilişkin hizmet alımlarında, bu ilişkilerin ancak yeterli nitelik ve sayıda personelin bulunmaması halinde kurulabileceği, İş Kanununun 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında alt işverenlik sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen yasal koşulların ve muvazaalı yasaklarının bu ilişkilere de uygulanacağı, gerekli mercilerden uygun görüş alınacağı, ihalelerde yüklenme süresinin üç yıla çıkarılacağı, toplu iş ilişkilerinden doğan hakların korunmaya çalışılacağı, hizmet alınan personelin başka işlerde çalıştırılmayacağı ve bu kurulların ihlali halinde yaptırımların uygulanacağı gibi düzenlemelerle geçici işçiler korunmuştur. Ne var ki, bu düzenlemelerle söz konusu ilişkinin geçerli ve yeterli bir hukuki zemine kavuşturulduğunu ileri sürebilmek güçtür.

Her şeyden önce, kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet alımlarının muvazaalı alt işverenlik yoluyla değil de mesleki anlamda geçici işçi temini ile yapılması yukarıda görüldüğü ve öğretide kabul edildiği gibi Anayasaya aykırılık iddiasını ortadan kaldırmaz. Kamu ve özel kesim işverenleri arasında yapılan bu ayırım Anayasanın eşitlik ilkesine (m.10) aykırıdır.

Aynı şekilde, mevzuatta yasaklanmış olan mesleki anlamda geçici iş ilişkisi kurulmasına, sonraki tarihli 6552 sayılı yasayla kabul edilen Kamu İhale Kanununa tabi kuruluşlar bakımından (bazı koşullarla) olanak tanındığı bir an için kabul edilse bile, bu durum söz konusu hizmet alımlarında muvazaalı işlemlerin yapılmayacağı anlamına gelmez. Esasen bunun mümkün olduğu ve muvazaalı işlemlerin yapılamayacağı, Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının e bendinin 1. ve 2. alt bentlerinde, İK 2/7'nin dikkate alınacağı belirtilmek suretiyle yasanın kendisi tarafından açıkça ifade edilmiştir. Oysa bizatihi mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi bir hukuki kurum olarak, Kamu İhale Kanununda göz önünde tutulacağı belirtilen İK 2/7'ye temelde aykırıdır ve muvazaalı işlem niteliğini taşır. Çünkü İş Kanununun söz konusu hükmü uyarınca asıl iş bölünemez diğer deyişle hem asıl işverenin hem de işçi temin eden şirketin (özel istihdam bürosunun) işçileri *işin bölümlerinde birlikte çalıştırılmaz*; aksi takdirde işlem muvazaalı sayılır. Mesleki amaçlı iş ilişkisinin tanımı ve niteliği gereği, işçi temin eden şirketin işçileri işyerinin değişik bölümlerinde, ihtiyaç duyulan işlerde asıl işverenin işçileri ile yan yana çalışırlar.

Bunun gibi, muvazaalı işlem nedeniyle asıl işverenin (kamu kuruluşunun) işçisi sayılması gereken (İK 2/7) ve aynı veya benzer işi işçi temini yoluyla yapan işçilerin *daha düşük ücret* ve çalışma koşullarında çalıştırılması eşitlik ilkesine aykırı olacak ve işyerinde huzursuzluklara yol açacaktır.²⁰

²⁰ Gerek, 8.

Bu nedenlerle kanımıza göre, yüksek mahkemenin İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. ve 9. fıkralarla ilgili olarak oluşturduğu içtihadını, kamu hizmet alımları (işçi temini) hakkında da sürdürmesi güçlü bir olasılıktır. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yukarıya alınan kararını bu şekilde okumak mümkündür: “Maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaa öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işverene (mesleki amaçlı geçici işçi temin eden şirkete) verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 6. (şimdi 7.) fıkrasında açık bir biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise ... diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur”.

Belirtelim ki, alt işverenlik sözleşmesi ile ilgili olarak da savunduğumuz gibi, kamu kesiminde de özel kesimde de asıl olan işin, önemli hukuki sakıncalara ve sıkıntılara neden olan dışarıdan alt işverenlik veya işçi temini yoluyla değil, işverenin kendi işçileri ile görülmesidir. Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin e bendinde getirilen hükümlerle, idarede yeterli nitelik ve sayıda personel bulunmaması halinde bütçe ve kadro kısıtlarından kaynaklanan personel açığının işçi temini (hizmet alımı) yoluyla karşılandığından söz edilmektedir. Bu sorunun çözümü rasyonel bir *kamu istihdam politikası* izlenerek, norm kadro düzenlemesinin sadece maliyet endişesiyle değil, verimlilik, yeterlilik ve ihtiyaçlar esas alınarak yapılması ile mümkün olabilecektir.

TOPLU İŞÇİ ÇIKARMALAR ÜZERİNE

Prof. Dr. Savaş Taşkent*

I. Genel Olarak

İşyerlerinde belli bir dönemde belirli sayıda işçinin işine son verilmesi olgusu genelde ekonomik nedenlerden kaynaklanır; ancak, her ekonomik gelişme gibi sosyal sonuçları da beraberinde getirir.

Savaş hali, genel ekonomik kriz veya doğal afet gibi işletme dışı ya da piyasaya sürülen yeni ürünler, işveren ortaklar arasında anlaşmazlık çıkması, yangın veya kazalar gibi işletme içi olaylar işyerinin mal veya hizmet üretiminin aksamasına neden olabilir. İşletmelerin mali güçlük içine girmesi üzerine bir kısım işçilerin işlerine toplu olarak son verilmesi zorunluluğu doğabilir. Bunlar gibi, bilgisayara geçme veya başka teknolojik gelişmeler ya da bir ürünün üretiminden vaz geçme gibi nedenler de aynı sonuca, yani toplu işçi çıkarmalara yol açabilir ¹. Bu yapılmadığında ise, işletmelere ekonomik bakımdan taşıyamayacakları bir yük yüklenmiş olur; giderek işletmeler faaliyetlerine son vermek zorunda kalabilir; böylelikle işsizliğin daha da artması gibi hiç de istenmeyen gelişmeler kendini gösterebilir.

İşyerinde çalışan işçilerin toplu bir biçimde işten çıkarılmasının en önemli sosyal etkisi, az veya çok sayıda bir işçi topluluğunun ve onlarla birlikte ailelerinin gelirlerinden yoksun kalmalarıdır. Özellikle genel ekonomik kriz dönemlerinde veya iş alanlarının sınırlı olduğu az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde işçilerin iş bulmaları hiç de kolay değildir.

II. Bu Konudaki Düzenlemeler

İşyerlerinden topluca işçi çıkarıldığı zaman ekonomik ve sosyal yönden önemli sorunlar meydana geldiği içindir ki, konu uluslararası ve ulusal düzeyde ele alınmış ve bu hususta bazı sınırlamalar öngörülmüştür ².

Toplu işçi çıkarma konusunda uluslararası ilk düzenleme 1975 yılında Avrupa Birliği (AT) tarafından gerçekleştirilmiştir. Avrupa ülkelerinde işten çıkarılan işçilerin seçiminde ayırım yapılması ve bu uygulamanın yarattığı tepkiler üzerine, 17.02.1975 tarihli “*Toplu İşçi Çıkarmalar Hakkında Üye Devletlerin Hukuki Düzenlemelerinin Uyumu Yönergesi*” kabul edilmiştir (75/129). Yönerge 20.07 1998 tarihinde gelişmeler ve ihtiyaçlar doğrultusunda yeniden düzenlenmiştir (98/59). Öte yandan, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1982 yılında kabul ettiği “*Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158*

* İ.T.Ü. İşletme Fakültesi

¹ Bu gibi durumlarda, işten çıkarma yoluna gitmeden önce; sözleşmelerle ücretsiz izin uygulanması, ücret ya da eklerinde indirimle gidilmesi, yıllık ücretli izinlerin kullanılması gibi önlemlerin alınması mümkündür, uygun da olur (bak. Ö.Eyrenci, *Toplu İşçi Çıkarma ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005,549-550).

² Avrupa Birliği ve üye bazı ülkelerdeki düzenlemeler için bak. U. Aydın, *Avrupa Birliği, ILO Ve Türk Hukukunda Toplu İşçi Çıkarma*, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 653 vd.

Sayıli Sözleşme’de, “Kısım III, Ekonomik, Teknolojik, Yapısal Veya Benzer Nedenlerle Hizmet İlişkilerine Son Verilmesi Hakkında Ek Hükümler” başlığı altında toplu işçi çıkarmaya ilişkin kurallar öngörölmüştür. Bu kısımda; 13. maddede “İşçi temsilcilerine danışma”, 14. maddede de “Yetkili makama bildirim” hususlarında -Yönerge doğrultusunda- hükümler yer almış bulunmaktadırdır.

Toplu işçi çıkarmalar ölkemizde ilk olarak 1967 tarih ve 931 sayılı İş Kanunu’nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. Madde, 1975 yılında 1927 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış, “İşten çıkarmanın sonucu” başlığı altında toplu işçi çıkarmayı değil, işten çıkarmanın sonucunu düzenleyen bir hüküm haline getirilmiştir. Toplu işten çıkarma konusu, önce 2002 yılında 4773 sayılı Kanun ve sonra da 4857 sayılı İş Kanunu (m. 29) ile Avrupa Birliği’nin 98/59 sayılı Yönergesi ve ILO’nun 158 sayılı Sözleşmesi çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir.

III. Maddenin Uygulanma Alanı

İş Kanunu’nun 29. maddesine göre, “işveren; ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işleme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile, işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirir.”

Burada sözü edilen “işçi çıkarmak” ifadesinden anlaşılan, iş sözleşmesinin işveren tarafından tek taraflı bir irade bildirim ile sona erdirilmek, açıkça feshedilmek istenmesidir. Toplu işçi çıkarma zorunlu hale geldiğinde işveren belirsiz süreli iş sözleşmelerini bildirim süresine uyararak veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek feshedebilecektir. İşten çıkarılmak istenen işçi belirli süreli bir iş sözleşmesi ile çalışıyorsa, işveren kalan süreye ait ücreti ödemekle yükümlü olacaktır (TBK. m.408).

Buna karşılık, işçi ile işverenin anlaşarak (ikale yolu ile) sözleşmeye son vermeleri durumunda veya iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği ya da belirli süreli sözleşmenin sürenin dolmasıyla sona erdiği durumlarda maddede ki toplu işçi çıkarma koşulları gerçekleşmiş olmaz. Demek ki, aynı anda veya kısa aralıklarla biten belirli süreli sözleşmelerinin sayısı ne olursa olsun, toplu işçi çıkarmadan söz edilemeyecektir.

Yasada işverenlerin hangi nedenlerle toplu işçi çıkarma yoluna gidebilecekleri belirtildiği için, bunların kapsamına girmeyen neden veya amaçlarla, sözgelimi işyerinde sendikalaşmayı engelleme veya grev uygulamasını etkisiz kılma gibi amaçlarla topluca işçi çıkarılması madde ile bağdaşmaz. Bunun gibi, işçilerin yetersizliğinden ya da davranışlarından kaynaklanan nedenlerle işten çıkarılmaları durumunda, çıkartılan işçilerin sayısı ne kadar çok olursa olsun, toplu işçi çıkarma söz konusu olmaz³. Bir başka deyişle, işveren maddede ki şekilsel koşullara uyduğunu belirtip, yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu öne süremez.

Öte yandan, kanunun işverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih yoluyla sona erdirmeye hakkını verdiği nedenlerle işten çıkarmalar da buraya girmez. Sözgelimi, yasa dışı grev yapan çok sayıda işçinin iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda maddede öngörölen koşullara uyulması aranmaz.

Nihayet, sözleşmesi feshedilen işçilerin işverenin “aynı işyerinde” çalışıyor olması da gerekir. Buna göre, işverenin 120 işçi çalıştırdığı bir tekstil fabri-

³ Eyrenci, 553; N.Çelik/N.Caniklioğlu/T.Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, Beta Basım, İstanbul 2015, 425.

kası ve 50 işçi çalıştırdığı bir deri fabrikası varsa; tekstil fabrikasından 11, deri fabrikasından da 9 işçi olmak üzere toplam 20 işçinin sözleşmesini aynı anda feshettiğinde, toplu işçi çıkarma hükümleri uygulanma alanı bulmayacaktır.

Yasa uyarınca, mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında, işten çıkarma bu işçilerin niteliğine bağlı olarak yapılır yorsa, toplu işçi çıkarmaya ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

IV. Toplu İşçi Çıkarmanın Tanımı ve Yöntemi

Yasada toplu işçi çıkarma, işyerinde çalışan işçi sayısı göz önünde tutularak şöyle tanımlanmıştır:

“İşyerinde çalışan işçi sayısı:

- a) 20 ile 100 işçi arasında ise, en az 10 işçinin,
- b) 101 ile 300 işçi arasında ise, en az yüzde on oranında işçinin,
- c) 301 ve daha fazla ise, en az 30 işçinin,

İşine 17. madde uyarınca ve bir aylık süre içinde aynı tarihte veya farklı tarihlerde son verilmesi toplu işçi çıkarma sayılır.”

Bu hükmeye göre, toplu işçi çıkarmanın söz konusu olabilmesi için, işyerinden maddede belirtilen sayı ve oranda işçinin işine, bir aylık süre içinde toplu ya da aralıklı olarak, süreli fesih yoluyla son verilmesi gerekir. Dolayısıyla, sözgelimi 19 işçinin çalıştığı bir işyerinde 15 işçinin işine aynı anda son verilmiş olsa veya 100 işçinin çalıştığı bir işyerinde 9 işçi işten çıkarılsa İşK. m. 29 uygulanma alanı bulmayacaktır. Eklenmelidir ki, maddedeki “bir ay” sözü takvim ayını değil, burada belirtilen nedenlerle ilk işçi çıkarmadan itibaren bir ay içinde aynı ya da farklı tarihlerde yapılacak fesihleri ifade eder ⁴.

İşçi sayısı tespit edilirken, o işyerinde çalışan tüm işçiler göz önünde tutulur. Bu bakımdan sözleşmenin türü önemli değildir; belirli ve belirsiz süreli, tam süreli veya kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, -varsa- çağrı üzerine çalışan işçiler sayısının hesabında dikkate alınacaklardır. Buna karşılık, işyerinde geçici (ödünç) iş sözleşmesi uyarınca çalışanlar işçiler, sayıya dahil edilmezler; zira, bu halde iş sözleşmesi ödünç veren işveren ile devam etmektedir (İşK m.7 f. 1) ⁵. Aynı şekilde, iş sözleşmesi ile çalışmayan çırak ve stajyerler de sayının tespitinde dikkate alınmazlar.

Vurgulamak gerekir ki, toplu işçi çıkarmada da İş Kanunu m. 17’de düzenlenen süreli fesih yöntemi uygulanır. Bu bakımdan, işveren kanununun 19. maddesinde öngörülen biçimsel koşullara uyacaktır; açıkçası, her işçiye yazılı fesih bildirimini yanında fesih sebebinin de (işletmesel/ekonomik nedeni) açık ve kesin olarak belirtecektir.

Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda haklı olarak bu hususa işaret etmiştir:

“Toplu işçi çıkarmada fesih türü, İş Kanunu m. 17 anlamında bir süreli fesih olduğundan, işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayalı feshin sonuçlarını doğurur. Toplu işçi çıkarmada dahi işveren 4857 sayılı İş Kanunu’nun 19. maddesindeki biçimsel koşullara uymalı, kısaca

⁴ G. Alpogut, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, 232.

⁵ Eyrenci, 555- 556.

her işçiye yazılı fesih bildirimini yanında fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmelidir"⁶.

V. İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesi

Toplu işçi çıkarma kararı alındığında, işten çıkarılacak işçilerin nasıl tespit edileceği konusunda yasada bir hüküm yoktur. Yargıtay verdiği kararlar da, yapılan fesihlerin işverenin ekonomik, teknolojik, yapısal ve benzeri işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti yanında, "ultima ratio" ilkesine de yer verilip verilmediğinin, yani feshin son çare olup olmadığının belirlenmesini istemektedir⁷. *Yüksek Mahkeme daha sonra verdiği bir kararda da, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde işverence bir kriter belirlenmiş ise, bu kriterin hukuken korunabilir olmasını aramaktadır. Mahkemeye göre, önce gönüllü olanların sonra da emekliliği gelenlerin çıkarılması uygun bir kriterdir; ancak, dikkate alınan kriter objektif ve genel olarak uygulanmalıdır*⁸.

*Toplu işçi çıkarmanın koşulları gerçekleşince, işveren gerekli gördüğü işçileri işten çıkarabilecektir. Ancak, bunu yaparken İş Kanunu hükümlerine uymak ve işlerine son verilen işçilere birikmiş ücretlerini, ücret eklerini, yeni iş arama iznini ve hak kazananlara da kıdem tazminatlarını tam olarak ödemek zorundadır*⁹.

VI. Bildirim ve Görüşme Yapma Yükümü

Maddede işçilerin topluca işten çıkarılmaları belli bir usule bağlanmıştır. İşveren; ekonomik teknolojik, yapısal ve benzeri işletme, işyeri veya işin gerekleri sonucu toplu işçi çıkarmak istediğinde, bunu en az otuz gün önceden bir yazı ile işyeri sendika temsilcilerine, ilgili bölge müdürlüğüne (il müdürlüğüne) ve Türkiye İş Kurumuna bildirecektir.

İşyerinin bütünüyle kapatılarak kesin ve devamlı suretle faaliyete son verilmesi halinde, işveren sadece durumu en az otuz gün önceden ilgili bölge (il) müdürlüğüne ve Türkiye İş Kurumuna bildirmek ve işyerinde ilan etmekle yükümlüdür. Bu durumda işverenin işyeri sendika temsilcilerine bildirimde bulunması ve onlarla görüşme yapması söz konusu olamaz¹⁰. Buna karşılık, işyeri bütünüyle kapatılmıyor da, sadece bir bölümde faaliyete son veriliyorsa, işyeri sendika temsilcisine (temsilcilerine) de haber verilmesi ve maddedeki usule uyulması gerekir.

⁶ Yarg.9.HD, 06.12.2010, E.43956, K.36337; S. Taşkent/B. Güneş, Açıklamalı-İçtihatlı 4857 sayılı İş Kanunu, Beta Basım, İstanbul 2015, 305- 306.

⁷ Yarg.9.HD, 29.09.2005, E. 28228, K. 31654; Taşkent/Güneş, 307. Aynı görüş; A. Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2004, 124.

⁸ Yarg.9.HD, 19.02.2007, E. 32546, K. 4329; Taşkent/Güneş, 307.

⁹ S. Süzek, İş Hukuku, 11. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015, 634.

¹⁰ Eyrenci, 561; H. Mollamahmutoğlu/M. Astarlı/U. Baysal, İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, 1097; Süzek, 634; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 426. Buna karşılık Aydın, bu durumda da sendika temsilcilerine de bildirim ve onlarla görüşme yapılması görüşündedir (Aydın, 675). Güzel ile Alpogut da yasadaki bu düzenlemeyi "eksiklik" olarak değerlendirmektedirler (Güzel, 127- 128; Alpogut, 234- 235).

Yapılacak bildirimde, işçi çıkarmalarının sebepleri, çıkarılacak işçi sayısı ve grupları ve işe son verme işlemlerinin ne kadar bir zaman diliminde gerçekleştirileceğine ilişkin bilgilerin bulunması zorunludur. Grup içinde hangi işçilerin işten çıkarılacağını belirlemekte işveren serbesttir; yeter ki, eşit davranma ilkesine uygun davranmış olsun.

Bildirimden sonra temsilcilerle işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi ya da çıkarılacak işçi sayısının azaltılması yahut çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konuları ele alınacaktır. Görüşmelerin sonunda toplantının yapıldığını gösteren bir belge düzenlenecektir. Yasanın 29. maddesinin son fıkrasına göre, toplu işçi çıkarılması durumunda, her bir işçi iş güvencesi maddelerine göre işe iade davası açabileceği için, böyle bir dava söz konusu olduğunda, bu belge feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespiti bakımından önem taşıyabilecektir.

Yasal düzenleme böyle olmakla birlikte, T.B.M.M.'ndeki görüşmeler sırasında işçi temsilciliği düzenlemesi ¹¹ tasarıdan çıkarıldığı için, işyeri sendika temsilcisinin bulunmadığı yerlerde herhangi bir görüşme de yapılamayacaktır. Bu nedenle, sendikal örgütlenme olmayan işyerlerinde toplu işçi çıkarabilmek için neden otuz gün bekleneyeceği haklı olarak sorulabilir.

VII. Fesih Bildirimlerinin Hüküm Doğurması

Madde uyarınca, fesih bildirimleri işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge (il) müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğurur.

Burada öngörülen işlem, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesidir¹²; müdürlüğün bu konuda bir araştırma yapma veya takdir yetkisi yoktur. Oysa, Almanya'da toplu işçi çıkarmalar resmi makamın onayı ile gerçekleştirilmekte; resmi makam bir aylık bekleme süresini iki aya kadar çıkarma, işten çıkarılmak istenen işçilerden ancak bir bölümüne izin verme, işten çıkarmayı belirli koşullara bağlama gibi yetkilere sahip bulunmaktadır¹³.

Maddedeki "hüküm doğurur" ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği açık değildir. Baskın görüşe göre, işçinin işyerindeki kıdemi çerçevesinde belirlenen (2, 4, 6, 8 haftalık) bildirim (ihbar) süresi bölge (il) müdürlüğüne yapılan bildirim tarihinden itibaren otuz gün geçtikten sonra işlemeye başlayacaktır. Bu otuz günlük sürenin bitiminden sonra işveren -istiyorsa- bildirim süresine ilişkin ücretleri peşin ödemek kaydıyla iş sözleşmelerini sona erdirebilecektir¹⁴.

¹¹ İş Kanunu Tasarısı m. 113'e göre, "İşyeri işçi temsilcileriyle ilgili olarak özel bir düzenleme getirilinceye kadar, işyerinde sendika temsilcilerinin bulunmadığı hallerde ve en az on işçinin çalıştığı işyerlerinde işçiler tarafından 2821 sayılı Kanun'un 34. (6356 sayılı Kanun'un 27.) maddesinde belirtilen sayıda seçilecek işçi temsilcileri görev yaparlar".

¹² Aydın'a göre, fesih bildirimlerinin bölge müdürlüğüne ve İş Kurumuna gönderilmesi ve 30 günlük sürenin bu tarihten itibaren başlaması kanunun amacına daha uygun olurdu (Aydın, 674- 675).

¹³ V.Hoyningen-Huene.Linck, Kündigungsschutzgesetz, 15. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2013, 798- 799.

¹⁴ Bak.: Eyrenci, 558; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 426; Süzek, 634; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 1094- 1095; E. Akyiğit, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, 254; Güzel, 127; M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul 2003, 117; F. Demir, İş Hukuku Ve Uygulaması, İzmir 2016, 325; Aydın, 677.

Oysa, “hüküm doğurur” ifadesinin anlamı, fesih bildiriminde bulunulmuş olsa dahi, aradan otuz gün geçmeden iş ilişkisinin sona ermeyeceği olmak gerekir. Buna göre, işveren, sözleşimi iki haftalık bildirim süresi olan bir işçinin iş sözleşmesini madde uyarınca feshettiğinde, iş ilişkisi otuz günlük süre dolduğunda ortadan kalkacaktır. Buna karşılık, bildirim süresi sekiz hafta olan bir işçinin iş sözleşmesi bu şekilde feshedildiğinde, bildirimden itibaren sekiz hafta geçtiği anda iş ilişkisi sona erecektir. Ancak, işveren -bildirimden itibaren 30 gün geçtikten sonra- kalan sürenin ücretini ödeyerek işçiyi işten çıkartabilecektir.

Otuz günlük süreç içinde -varsa- sendika temsilcileriyle yapılan görüşmede işçinin işte kalması konusunda anlaşmaya varılmış ise, fesih bildirimi geri alınmış sayılacaktır.

Getirilen hükmün amacı, temsilciler ile işveren arasında maddede belirtilen süreç içinde görüşmelerin yapılmasıdır. Bunun için de otuz günlük bir süre öngörülmüştür ve bu süre görüşmelerin gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Otuz günlük süreye -sözgelimi, kıdemli bir işçi için- altmış gün daha eklenmesinin pratik bir yararı da yoktur ¹⁵.

Bildirim sürelerinin otuz günlük sürenin bitiminden itibaren işleyeceği yolundaki baskın görüş, işçi temsilciliğinin maddeden çıkarılması da sonucunda toplu işçi çıkarmanın gerekleri ile bağdaşmamakta, dolayısıyla yasanın öngördüğü “esneklik” anlayışına da aykırı düşmektedir.

VIII. İşverenin Yasadaki Usullere Uymaması

İşverenin toplu işçi çıkarma uygulamasına giderken, İş Kanunu m. 29’da öngörülmüş bulunan usullere uymamasının, sözleşimi gerekli yerlere bildirimde bulunmamasının veya 30 günlük süreye uymamasının yaptırımı üzerinde de durulmalıdır.

İş Kanunu'nun 100. maddesi uyarınca, toplu işçi çıkarmayı düzenleyen maddeye (İşK. m. 29) aykırı hareket eden işveren veya vekiline işten çıkardığı her işçi için belli bir miktarda para cezası verilebilecektir. Bununla birlikte, maddede öngörülen usule uymamanın hukuksal bir yaptırımı da olup olmadığı konusunda Yargıtay'ın farklı kararları vardır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi eski kararlarında, maddeye aykırı davranmanın tek yaptırımının idari para cezası olduğu; İşK. m. 29’da feshin geçersizliğinin öngörülmediği görüşündeydi¹⁶. Yüksek Mahkeme, aynı konuda daha sonra verdiği bir kararda ise görüşünü değiştirmiştir: *“Yasada toplu işçi çıkarma kuralına uymamanın idari para cezası olarak öngörülmesi de, feshi geçerli kılmamalıdır. Zira davalı işverenin, yasal ve sözleşmesel düzenlemelere uymadığı sabittir. Kaldı ki maddenin 5. fıkrasındaki “Fesih bildirimleri, işverenin toplu işçi çıkarma isteğini bölge müdürlüğüne bildirmesinden otuz gün sonra hüküm doğurur” kuralı ile feshin hukuksal yaptırımı öngörülmüştür. Bu düzenlemeden bölge müdürlüğüne bildirilmeyen toplu işçi*

¹⁵ Alpagut da, maddedeki düzenlemenin amacının işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi anını uzatmak olmadığını, görüşmelerin yerine getirilebilmesi için bu sürenin tanınması olduğunu söylemektedir. Ancak, kendisine göre, İşK. m. 29 düzenlemesi –de lega lata- bu yönde bir yoruma imkan vermemektedir (Alpagut, 234).

¹⁶ Yarg. 9. HD, 29.01.2007, E. 29843, K. 1029; www.legalbank.net; Yarg. 9. HD, 24.11.2005, E. 32720, K. 37114, İBD, Cilt 80, s. 2, 2006, 799-801.

çıkarmanın sonuç doğurmayacağını, kısaca geçerli olmayacağını anlamak gerekir”¹⁷.

Ne var ki, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi oldukça yeni bir kararında bu görüşe katılmamış ve “4857 sayılı Kanun’un 29. maddesindeki toplu işçi çıkarma prosedürüne uyulmaması halinde, idari para cezası yaptırımı söz konusu olup, bu durum, feshi geçersiz hale getirmemektedir” demiştir¹⁸.

Öğretide bir görüş Yargıtay 22. Dairesinin bu değerlendirmesini paylaşmaktadır: “... toplu işçi çıkarma prosedüral bir kavramdır. Bu prosedüre aykırılığın yaptırımı da kanunda sadece idari para cezası olarak öngörülmüştür; işverenlerin toplu işçi çıkarma prosedürüne aykırı hareket etmiş olmaları, toplu işçi çıkarmayı, kapsamındaki işçiler açısından münferit işçi çıkarmaya dönüştüremez; dolayısıyla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirim yapılmaması ve işyeri sendika temsilcilerine bilgi verme ve danışma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde fesihlerin hüküm ve sonuç doğurmayacağını söylemek pek mümkün görülmemektedir”¹⁹.

Buna karşılık çoğunluk görüşüne göre, kanunda bir hükme aykırılık için idari para cezası yaptırımının öngörülmüş olması hukuki yaptırımın uygulanmayacağı anlamına gelmez; aksi yöndeki değerlendirme kanunun amacına aykırı düşer; dolayısıyla İş Kanunu m. 29’da öngörülmüş bulunan usule uyulmaması “feshin geçersizliği” sonucunu da doğurur. Açıkçası, işveren yasada düzenlenen toplu işçi çıkarma kuralına uymadığında, işçi işe iade davası açabilecektir²⁰.

IX. İşçinin İşe İade Davası Açma Olanağı

İşveren, toplu işçi çıkarılmasına ilişkin hükümleri 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin (iş güvencesi hükümlerinin) uygulanmasını engellemek amacıyla kullanamaz; aksi halde, her bir işçi bu maddelere göre dava açabilecektir.

X. İşyerinin Kapatılmasının İşe İade Davasına Etkisi

Açılan bir işe iade davası sırasında işyerinin kapatılmış olmasının bu davaya herhangi bir etkisi olup olmayacağı hususuna da değinilmelidir. Gerçekten de, işçiler 29. maddedeki usule aykırılık nedeniyle (veya m.29/son fıkrası uyarınca) dava açarlar da bu arada işyeri kapatılmış ise, bu uyumsuzluğun nasıl ve ne şekilde çözümleneceği önemli bir sorundur.

Yargıtay bu konuda 2006 yılında verdiği bir kararda aynen şöyle demiştir:

“Fesih bildirimimin yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.... (Olaya göre) fesih tarihi itibari ile geçerli bir fesih söz edilemez. Davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken işyerinin fesihten sonra kapanmış olduğundan söz edilerek davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması hatalıdır. Belirtmek gerekir ki, fesihten sonra işyerinin kapanmış olması işe iadeye ilişkin hükmün infazı ile ilgili hukuki bir sorundur. Bu husus, ileride açılacak boşta geçen süre ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır”²¹.

¹⁷ Yarg.9. HD, 19.10.2009, E. 35548, K. 27734; Taşkent/Güneş, İş Kanunu, 306.

¹⁸ Yarg.22.HD, 08.04.2014, E.5846, K.7262: www.legalbank.net.

¹⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1093- 1096. Aynı görüşte, Akyiğit, 254.

²⁰ Alpagut, 235- 236; Eyrenci, 560- 561; Süzek, 635 ve dn. 226; Demir, 320.

²¹ Yarg.9.HD, 25.12.2006, E. 27396, K. 34577; www.legalbank.net

Yüksek Mahkemeye göre, işçiler iş güvencesi hükümleri (İşK. m. 18- 21) çerçevesinde dava açarlar da geçersizlik tespit edilir ise, açılan davalar işyerinin kapatılmış olmasından hareketle “davanın konusuz kaldığı” gibi bir gerekçeyle reddedilemeyecektir.

XI. Yeniden İşçi Alma İhtiyacının Doğması

Yasa uyarınca, “İşveren, toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırır”. Söz konusu düzenlemeye göre, işverenin bu yükümlülüğünden söz edilebilmesi için, işverenin altı ay içinde yeni işçiye ihtiyaç duyması, aynı nitelikteki iş için işçiye ihtiyaç olması, işverenin dışarıdan işçi almasının gerekmesi koşulları aranır. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda, işveren iş için kendisine başvuran işten çıkarılmış olan işçisini tercihen işe çağıracaktır.

İşveren belirtilen koşulların varlığında çıkardığı işçilerden nitelikleri uygun olanları tercihen işe almaz ise, bunun yaptırımı ne olacaktır? Baskın görüşe göre, yasanın bu hükmünde tipik bir “sözleşme yapma zorunluluğu” vardır; işveren iş için kendisine başvuran işçiyi işe almak zorundadır. Böyle bir durumda, iş sözleşmesi koşullarının ne olacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur; eski işçinin günün koşullarına göre işe alınacağını kabul etmek gerekir²².

Kanımca maddeyi bu şekilde değerlendirenler 1475 sayılı (eski) İş Kanunu madde 24 hükmünden hareket etmekte ve 4856 sayılı (yeni) İş Kanunu madde 29 hükmündeki başkaldığı gözden kaçırmaktadırlar. Gerçekten, 1475 sayılı İşK. m. 24’de işe alma yükümü çok daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş bulunuyordu. Bu hükmeye göre, “...işverenler durumu uygun araçlarla yayımlayarak ve işçinin kaydettirdiği adreslerine taahhütlü mektupla bildirerek daha önce işten çıkardıkları işçilerden çalışmak isteyenleri günün şartlarına göre işe almak zorundadırlar”. Yeni kanunun 29. maddesinde ise, uygun araçlarla yayımlama, taahhütlü mektupla bildirme ve günün şartlarına göre işe alma yükümleri yer almadığı gibi işe alma zorunluluğu da öngörülmemiştir. İşK. m. 29’a göre, işveren yeniden işçi almak istediği takdirde nitelikleri uygun olanları “tercihen işe çağırır”. Görülüyor ki, bu maddede işe alma zorunluluğu öngörülmemekte; işe almadan değil, tercihen işe çağırılmadan söz edilmektedir.

Ayrıca, 1475 sayılı İş Kanunu’na ilişkin ceza hükümleri düzenlenirken m. 98’de açıkça, maddenin 2. fıkrasındaki zorunluluklara uymayan işveren veya vekili hakkında idari para cezası uygulanması kabul edilmiş iken; 4857 sayılı İşK. m. 100’de, maddedeki hükümlere aykırı olarak yalnızca “işçi çıkarılan” işveren veya işveren vekiline idari para cezası getirilmiş; yeniden işe alma yükümlülüğüne uymayan işveren ya da vekili hakkında herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir.

Bütün bunlardan anlaşılabilir, yasa koyucunun işverenden sadece “nitelikleri uygun olanları tercihen işe çağırmasını” beklediğidir; burada zorunluluk değil, bir “temenni” söz konusudur. Öte yandan -eski düzenlemeden farklı olarak- işyerini “aynı şartlarla işleten veya işletmeye başlayan işverenler” hakkında madde böyle bir temenni dahi yoktur.

²² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 428 ve dn. 18’de belirtilen yazarlar; Süzek, 636; Akyığıt, 254; Aydın, 681; Demir, 326.

**PROF. DR.
FEVZİ ŞAHLANAN'A
ARMAĞAN
ÖZEL SAYI
CİLT II**



Hocamız **Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN** Armağanının yayın giderlerini üstlenen Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası'nın Yönetim Kurulu Başkanı sayın **Muharrem KAYHAN**'a ve tüm yöneticilerine, Genel Sekreter sayın **Av. Başar AY**'a teşekkürlerimi sunarım.

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT
İ.Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal
Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
Başkanı

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜHFİM (ISSN – 1303 – 4375) Hakemli Bir Dergidir.

Editörler Kurulu

Başkan: Prof. Dr. Adem Sözüer

*Üyeler: Prof. Dr. Ayşenur Tütüncü; Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç;
Prof. Dr. Halil Akkanat*

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi (İstanbul)
Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi (İstanbul)
Prof. Dr. Turan Yıldırım, Marmara Üniversitesi (İstanbul)
Prof. Dr. Cumhuri Şahin, Gazi Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. İzzet Özgenç, Gazi Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. Muhammet Özekes, Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)
Prof. Dr. Muharrem Özen, Ankara Üniversitesi (Ankara)
Prof. Dr. Murat Doğan, Erciyes Üniversitesi (Kayseri)
Prof. Dr. Şahin Akıncı, Selçuk Üniversitesi (Konya)

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Fethi Gedikli

Prof. Dr. Cemil Kaya

Doç. Dr. Bilgehan Çetiner

Yard. Doç. Dr. Tuba Topçuoğlu

Araş. Gör. Barış Demirsatan

Araş. Gör. Seyit Rasim Doru

Araş. Gör. Akif Genç

Araş. Gör. Altan Rençber

Araş. Gör. Fatih Tahiroğlu

Araş. Gör. F. Pelin Tokcan

Cilt: LXXIV
Sayı: ÖZEL SAYI
Yıl: 2016



*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuasının hukukçulara ulaştırılması, yaşatılması ve desteklenmesi amacıyla, dergimizin basım, dağıtım ve satışı Legal Yayıncılık A.Ş. tarafından üstlenilmiş olup, katkı ve destekleri için Legal Yayıncılık'a teşekkür ederiz.
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı*

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Bu Dergi ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veritabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Yayın Sahibi: İstanbul Üniversitesi
Yayın Sahibi Temsilcisi: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Sorumlu Müdürü: Prof. Dr. Adem Sözüer
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü
Prof. Dr. Halil Akkanat

Yazışma Adresi:

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
34116 Beyazıt/İstanbul
Tel: + 90 (212) 440 01 05
Fax: + 90 (212) 512 41 35
e-mail: hukuk_dekan@istanbul.edu.tr
www.istanbul.edu.tr/hukuk

Copyright © 2016

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Fakülte sözkonusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atf yapmak isteyene, "İÜHFİM" kısaltmasını kullanması önerilir.

ISSN: 1303 – 4375

Yıl: 2016

Cilt: LXXIV

Sayı: ÖZEL SAYI (CİLT II)

Matbaanın Adı: Net Kırtasiye Tanıtım ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti (Net Copy Center)
(Sertifika No: 13723) Tel. 0 212 249 40 60

Basıldığı Yer: İnönü Cad. Beytülmalcı Sk. No: 23/A
Gümüşsuyu/Beyoğlu-İstanbul

Basıldığı Tarih: 2016

Yayın Türü: Yerel, Süreli, Altı Aylık Hukuk Dergisi

BASIM, DAĞITIM VE SATIŞ



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

(Sertifika No: 27563)

Bahariye Cad. Çam Apt. No: 63 D. 5 Kadıköy – İstanbul
Tel: 0 216 449 04 85 – 449 04 86 Faks: 0 216 449 04 87

www.legal.com.tr, legal@legal.com.tr

İÇİNDEKİLER
İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Mecmuası

Cilt: LXXIV

Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a
Armağan ÖZEL SAYISI
CİLT II

2016

BİREYSEL İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN YAZILARIN DEVAMI.....731

Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence “Ulaşılabilir Olmama”
Hakkı..... 733

Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya

İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 753

Prof. Dr. Devrim Ulucan

İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukukî Sonuçları 761

Araş. Gör. Rabiye Yaman

Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin İş Güvencesi Hükümleri
Üzerindeki Etkisi 785

Araş. Gör. Didem Yardımcıoğlu

Sahne ve Perde Çalışanlarının Hukukî Statüsü 815

Araş. Gör. Özge Yıldız Hakkakul

TOPLU İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN YAZILAR849

Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları - Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir
Kararının Düşündürdükleri 851

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut

Sendikaların Denetimi 877

Prof. Dr. Fevzi Demir

Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel Bir
Yaklaşım..... 887

Prof. Dr. Ali Güzel

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Kapsamında
Profesyonel Sendika Yöneticilerinin Güvencesi 947

Dr. Hasan Ali Kaplan

Sendikaların Dava Ehliyeti, Taraf Sıfatı ve Davayı Takip Yetkisi 973

Bektaş Kar

Toplu İş Sözleşmesi'nin Taraflarca Değiştirilmesi..... 989

Doç. Dr. İbrahim Subaşı

Grev, Toplumsal İhtiyaçlar ve Asgari Hizmet.....	1021
<i>Prof. Dr. Melda Sur</i>	
6356 Sayılı Kanun Bakımından İşkolunun Tespitine İlişkin Temel Esaslar	1039
<i>Araş. Gör. Asiye Şahin Emir</i>	
Kamu Otoritesinin Toplu Pazarlık Sürecine Müdahalesi	1065
<i>Prof. Dr. A. Can Tuncay - Araş. Gör. Şebnem Kılıç</i>	
Avrupa Birliği'nde Ulusalüstü Toplu İş Sözleşmesi Düşüncesi	1115
<i>Araş. Gör. İrem Yayvak Namlı</i>	
SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNA İLİŞKİN YAZILAR	1127
Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı.....	1129
<i>Prof. Dr. Nursen Caniklioğlu - Doç. Dr. Ercüment Özkaraca</i>	
Emekli İkramesinde Kalkan Sınır: Boşa Çalışmanın Reddi ve Yeniden Eşitleme Çabası.....	1159
<i>Prof. Dr. Tankut Centel</i>	
İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonrası Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı	1167
<i>Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu - Araş. Gör. Sergül Balsever</i>	
Sanatçıların Sosyal Sigortalılığı	1185
<i>Araş. Gör. Ayşe Köme Akpulat</i>	
Sosyal Sigorta Hukukunda Son Bakım Hizmetleri (Hospiz) Almanya ve Türkiye Örneğinde Bir Değerlendirme	1211
<i>Prof. Dr. Ali Nazım Sözer</i>	
İşçinin “Malûlen” Emekliliği!	1243
<i>Prof. Dr. Müjdat Şakar</i>	
DİĞER ALANLARA İLİŞKİN YAZILAR	1247
Maden İşletme İmtiyazı Üzerine Bir Not.....	1249
<i>Prof. Dr. Zehreddin Aslan</i>	
Sevres ile Lozan Arasındaki Yolculuk	1255
<i>Prof. Dr. Berin Ergin</i>	
Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerin Borca Batık Olmaları Sebebiyle Doğrudan İflaslarının Söz Konusu Olması Durumunda İflasın Ertelenmesi Kurumuna Başvuru Şartlarının Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirilmesi	1291
<i>Araş. Gör. Serpil Işık</i>	
Spor Kulüpleri Tarafından Verilen Disiplin Cezalarının Değerlendirilmesi	1347
<i>Yard. Doç. Dr. Ümit Orhan</i>	

**BİREYSEL İŞ HUKUKUNA
İLİŞKİN YAZILARIN
DEVAMI**

KİŞİSEL YAŞAMI KAPSAMINDA İŞÇİNİN, İŞVERENCE “ULAŞILABİLİR OLMAMA” HAKKI

Araş. Gör. Deniz Ugan Çatalkaya*

1. Giriş

Bilişim çağı, “mobil”, “sınırları olmayan” ve her an “ulaşılabilir” olan; cep telefonunu, kendi kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olarak benimseyen insanlar yaratmıştır¹. Bilişim çağı toplumunda işçilerin de en çok kullandığı araçlardan birinin cep telefonu olması bu nedenle şaşırtıcı değildir. Ne var ki, hızlı veri aktarımı, bilgiye her an erişebilme, her an ulaşılabilir olma gibi işlev ve sağladıkları kolaylıklar yanında, bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişme, çalışma yaşamı ile kişisel yaşam arasındaki sınırların giderek belirsizleşmesi gibi bir sonucu da beraberinde getirmektedir. Gerçekten, işverenin, bu teknolojiler aracılığıyla işçilerine her an ulaşabilme olanağını, kişisel yaşam alanları aleyhine kullanması tehlikesi karşısında, ilk bakışta yadırganabilecek bir ifade olmasına karşın, öğretilerde, işçinin “ulaşılabilir olmama”² ya da “bağlantıyı kesme” hakkı tartışılmaya başlanmıştır.

İşçi, işverenin yönetimi ve denetimi altında iş görmeyi kabul eden iş sözleşmesinin tarafı olarak, kişilik değerlerini de bu alana taşımaktadır. İşçinin, mutlak bir hak olan kişilik hakkının koruma kapsamı içinde yer alan tüm kişilik değerlerine herkesin ve dolayısıyla işverenin de saygı göstermesini talep etme hakkı söz konusu olmakla birlikte, işveren ile olan iş ilişkisinde bu kişilik değerlerine müdahale riski ortaya çıkmakta, hatta bunlar daralma eğilimi göstermektedir. Denilebilir ki, işçinin meslek yaşamı ile kişisel yaşamının iç içe olma niteliği, teknolojik gelişmelerin de etkisiyle, işçinin işverinde ve dışında temel hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.

Bu incelememizde de, işçinin kişilik hakkını oluşturan değerlerden kişisel yaşamına, işveren tarafından, teknolojik gelişmelerin bir ürünü olan cep telefonu aracılığıyla gerçekleştirilebilecek müdahaleler konu edilmiş; işçinin bir anlamda “ulaşılabilir olmama” veya “bağlantıyı kesme” hakkı değerlendirilirken, işverenin yönetim yetkisi altında iş görmekte olan işçinin korunması ihtiyacından yola çıkılarak, işçinin kişisel yaşamı kavramı ve bilişim teknolojilerinin

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Adam, P., SMS, vie privée et portable professionnel: histoire (courte) d'un Homme “sans territoire”, RDT 2015, 191.

² Bu hak, Fransız Hukukunda, “droit à la déconnexion” olarak ifade edilmiş ve inceleme konusu da yapılmıştır (Adam, SMS, vie privée et portable professionnel; Ray, J.-E., Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^e siècle, Dr. soc., Novembre 2002, 939 vd.).

gelişmesiyle işverenin, işçinin kişisel yaşamına müdahale riskinin artışı karşısında işçinin sahip olması gereken korumanın kapsamı irdelenmeye çalışılmıştır.

2. İşverenin yönetim yetkisi karşısında işçinin korunması zorunluluğu

a. Bağımlılık ilişkisinin iki farklı yansıması: işverenin yönetim yetkisi ve işçiyi gözetme borcu

İş sözleşmesinin, diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılmasını sağlayan unsurun, çalışmanın bağımlı olarak işverenin denetimi ve gözetimi altında yapılması olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır³. İş sözleşmesinin ifası, büyük ölçüde işverenin tek yanlı yönetim yetkilerinin etkisi altındadır⁴. Gerçekten, iş ilişkisinde, işçinin iş görme edimi ile ilgili tüm ayrıntıların önceden belirlenmesinin olanaksızlığı nedeniyle, işverenin yönetim yetkisinin, iş sözleşmesinin niteliğinden doğduğu kabul edilmektedir⁵. İşveren, işçilerin iş görme edimini ve bunun hangi koşullarda yerine getirileceğini, yönetim hakkı kapsamında, emir ve talimatlarıyla şekillendirir. Yönetim hakkı, ayrıca işçilere verilen talimatlarla ve işverenin kurallarına uyulup uyulmadığını denetleme yetkisini de barındırır⁶. Ancak normlar hiyerarşisinin bir sonucu olarak, anayasa, yasa, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği ve işyeri uygulamaları ile düzenlenen konularda uygulanma olanağı olmayan yönetim yetkisi ayrıca, Borçlar Kanunu m.27'deki koşullar, Medeni Kanun m.2'de öngörü-

³ Şahlanan, F., İş sözleşmesinin ayırt edici unsuru – Bağımlılık ilişkisi, *Tekstil İşveren*, Hukuk Eki 65, S: 380, Aralık 2011, 4.

⁴ Güzel, A./Ugan Çatalkaya, D., İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014, C: 20, S: 1, 42.

⁵ Çelik, N./Canıklıoğlu, N./Canbolat, T., İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, Beta, İstanbul 2015, 166 vd.; Süzek, S., İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul 2015, 87 vd.; aynı yazar, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, *Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını*, Ankara 1998, 225 vd.; Ertürk, Ş., İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, 94 vd.; Gönül Balkır, Z., İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar, *Sicil*, Aralık 2008, 73; Şahlanan, Bağımlılık İlişkisi, 5; Peskine, E./Wolmark, C., *Droit du travail* 2015, 9^e édition, Dalloz, Paris 2015, 157; Lokiec, *Droit du travail Tome I Les relations individuelles de travail*, PUF, Paris 2011, 175 vd.; Favennec-Héry, F./Verkindt, P.-Y., *Droit du travail*, 4^e édition, LGDJ, Paris 2014, 237 vd.; Robert, R./Rosier, K., *Réglementation et contrôle de l'utilisation des technologies de la communication et de l'information sur le lieu du travail, Le droit du travail à l'ère numérique, Les technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail, sous la dir. de Karen Rosier, Anthemis, Limal 2011, 233 vd.* Yönetim hakkının hukuki dayanağı hk. ayrıca bkz. Taşkent, S., İşverenin Yönetim Hakkı, doktora tezi, İstanbul 1981, 29 vd.; Başbuğ, A., İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, 5 vd.; Baycık, G., İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, 101 vd.; Güzel/Ugan Çatalkaya, Dürüstlük Kuralının İşlevi, 44; yönetim hakkının, işverenin belirlenmesinde en etkin kıstas olduğuna ilişkin bkz. Engin, E. M., *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, BASİSEN yayını*, İstanbul 1993, 70; Sevimli, K. A., İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi, *Sicil*, Haziran 2008, 55.

⁶ Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 55; Robert/Rosier, *Utilisation des technologies*, 233.

len dürüstlük kuralı ve işçiyi gözetme borcu ile sınırlanmaktadır⁷. Dolayısıyla iş sözleşmesinin niteliğinden doğan işverenin yönetim yetkisinin bir sınırı da, bağımlılık ilişkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkan -ve hatta işverenin sadakat borcu olarak da ifade edilen- işçiyi gözetme borcu olmaktadır.

Belirtilen bu hukuki sınırlar sayesinde ki, işçilerin ve işyerindeki faaliyetlerinin izlenmesi, denetlenmesi, iş ilişkisinin ve bağımlılık unsurunun doğal sonucu gibi gözükse de, bunun insan onuru ve temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi üzerine düşünülmelidir. Diğer bir ifadeyle, bağımlılık ilişkisi, işçiyi, “kişi” olmaktan dolayı sahip olduğu haklardan yoksun bırakamayacaktır⁸. İşveren, yönetim ve denetimi altında iş gören çalışanlarını korumakla, gözetmekle yükümlü tutulmuştur, ki bu borcun kapsamına işçinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması girmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun m. 417/I hükmü, “İşveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” ifadeleriyle işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin temel esası düzenlemiş bulunmaktadır.

Gerçekten, çalışmasını işverenin hizmetine sunan işçi kaçınılmaz olarak kişiliğine bağlı unsurları da işyerine taşımakta; işveren ise sözleşmenin konusu olan edimden çok, bu edimi yerine getirecek tarafın şahsını dikkate almakta olduğu için, iş sözleşmesinde *intuitus personae* unsurundan söz edilmektedir⁹. İş sözleşmesinde işçinin kişiliğinin önem taşınması, işçinin fiziksel, ruhsal ve sosyal anlamda kişiliğinin unsurlarının dikkate alınması anlamına gelmektedir¹⁰. İşte, iş sözleşmesine taraf olmakla, kendi iradesiyle işverenin yönetim ve denetim yetkisi altında iş görmeyi kabul eden işçinin kişiliğine ilişkin unsurlar da, bu yönetim ve denetim yetkisinin altında, aynı zamanda da işverenin gözetme borcunun kapsamının içinde yer alırlar. Ancak hemen belirtilmelidir ki, doğal olarak işçi, kişiliğinin tüm unsurlarını yükümlülük altına sokmamakta; bazı kişilik değerleri, örneğin, özel yaşamı bu alanın dışında kalmaktadır¹¹. Ne var ki, işçinin kişiliğine bağlı hangi unsurların, hangi oranda işverenin yetki

⁷ Süzek, 90-92; Aydınlı, İ., İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi, TÜHİS, Kasım 2005, 25; Bayram, F., Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 11 vd.; Gönül Balkır, Etik Sınırlar, 75; Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 55-56. İşverenin yönetim hakkının kaynağı konusunda ayrıntı için bkz. Başbuğ, 1 vd.; Baycık, G., İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin, Ankara 2011, 101 vd.; Tuncay Kaplan, E., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Sicil, Aralık 2011, 41.

⁸ Lyon-Caen, A./Vacarie, I., Droits fondamentaux et droit du travail, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Paris, Dalloz 2001, 439. İşçinin ifade özgürlüğüne ilişkin Fransız Yargıtayının, işçinin iş sözleşmesi ile bağımlı çalışmasına karşın “özgür bir insan” olarak kaldığına işaret ettiği bir kararı için ayrıca bkz. Cass. soc. 30 septembre 1997, Bull. V, n^o 289.

⁹ Peano, M.-A., L'intuitus personae dans le contrat de travail, Dr. soc., N^o 2 Février 1995, 129; Güzel, A., Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin Işığında Hizmet Sözleşmesinin “Intuitus Personae” Niteliği Üzerinde Yeniden Düşünmek, Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1996, 180.

¹⁰ Peano, L'intuitus personae, 129.

¹¹ Güzel, Intuitus Personae, 182; Bayram, İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, 11 vd.

alanının kapsamı dışında kalacağını tespit etmek, iş sözleşmesi ile kurulan ilişkinin *intuitus personae* niteliği gereği kolay olmayıp; işçinin kişilik haklarının bu açıdan, sözleşmenin güçlü tarafı olan işveren tarafından gerçekleştirilebilecek ihlallere açık olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.

Gerçekten, iş ilişkisindeki bağımlılık unsuru ve işçinin kişilik değerlerinin önem taşıdığı¹² bir sözleşmede zayıf taraf olması, bu ilişkide işçinin kişiliğine, özel yaşamına müdahale riskini artırmakta¹³; temel hakların korunması konusuna bu ilişkinin niteliğine özgü bir yaklaşım sergilemek gerekliliğini doğurmaktadır¹⁴.

b. Gözetme borcunun konusu olarak işçinin kişilik hakları ve iş ilişkisinin bu haklar üzerindeki daraltıcı etkisi

İşverenin işçiyi gözetme borcu, geniş anlamıyla, işçinin kişiliğinin korunması, dolayısıyla yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve onurunun, saygınlığının, ahlaki değerlerinin, özel yaşam alanının korunmasını kapsar¹⁵. Yukarıda yer verilen TBK m. 417 hükmü ile bu durum, hukukumuzda pozitif düzenlemeye kavuşmuş bulunmaktadır.

Hatta öğretilde, işçinin kişiliğinin korunması, genel olarak özgürlüğünün korunması biçiminde de ifade edilmiştir¹⁶. Gerçekten bir kişinin özelliklerinin, hak ve fiil ehliyetinin, özgürlüğünün, bedeni ve manevi varlıklarının, onun kişiliğini meydana getirdiği kabul edilmektedir¹⁷.

¹² Güzel, *Intuitus Personae*, 167 vd.

¹³ Güzel, *Intuitus Personae*, 182; Sevimli, *İşçinin Özel Yaşam Hakkı*, 54; Güzel/Ugan Çatalkaya, *Dürüstlük Kuralının İşlevi*, 57 vd.

¹⁴ Sevimli, *İşçinin Özel Yaşam Hakkı*, 54; Ertürk, 89; Tuncay Kaplan, *İşçinin Kişilik Haklarının Korunması*, 42; Aydın, *İşçinin Kişiliğinin Korunması*, 22; aynı yazar, *İşverenin Edimden Bağımsız Olan Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım*, *Kamu-İş*, C: 8, S: 1/2005 (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/811.pdf>).

¹⁵ Ayrıntı için bkz. Süzek, 426 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 243 vd.; Süzek, S., *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara 1985, 176 vd.; Ulusan, İ., *Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Kazancı, İstanbul 1990, 22 vd.; Narmanlıoğlu, Ü., *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı*, Beta, İstanbul 2014, 320 vd.; Ertürk, 89 vd.; Aydın, *İşçinin Kişiliğinin Korunması*, 22; Bayram, *İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu*, 12; Sevimli, A., *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, *Legal*, İstanbul 2006, 89 vd.; aynı yazar, *Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması*, *Çalışma ve Toplum*, 2013/1, 108 vd.; Bayram, F., *Türk İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, 83 vd.; Centel, T., *Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması*, *Sicil*, Aralık 2011, 13 vd.; Tuncay Kaplan, *İşçinin Kişilik Haklarının Korunması*, 41 vd.; Güzel, A./Ugan Çatalkaya, D., *İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları (Karar İncelemesi)*, *Çalışma ve Toplum*, 2012/3, 168; Şen, M., *İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları*, *Sicil*, Aralık 2012, 133 vd.

¹⁶ Süzek, 427.

¹⁷ Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö./Oktay, S., *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 7. Baskı, Filiz, İstanbul 2002, 115; Dural, M./Öğüz, T., *Türk Özel Hukuku*, Cilt II, *Kişiler Hukuku*, Filiz, İstanbul 2010, 93 vd.; Bayram, İş-

Yargıtay da kararlarında, işverenin gözetme borcunun kapsamını değerlendirirken, “İşverenin işyerinde çalışanları gözetme ve koruma borcunun kapsamında, işçilerin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün, şeref, haysiyet ve özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunması da bulunmaktadır” ifadelerini isabetli biçimde kullanmaktadır¹⁸.

Bilindiği gibi kişilik hakkı, mutlak haklardan olup, kişi bu hakkın tanınmasını, ona saygı gösterilmesini herkesten isteyebilir¹⁹. Bu hakkın konusunu ise kişisel değerlerin tamamı oluşturur; hukukun koruması kapsamına giren kişisel varlıkların neler olduğunu, her somut olayda, yargıç belirlemelidir²⁰.

Ancak bu konudaki genel düzenlemelerden hareket etmek gerekirse, her şeyden önce Anayasa, kişinin dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığını düzenlemiş bulunmaktadır (m.17 vd.). Buna göre, herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

Medeni Kanunun, “Kişiliğin korunması” kenar başlıklı düzenlemelerinden m.23’e göre de, “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez (f.1). Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz (f.2). Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik Maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz (f.3)”. Görüldüğü gibi Medeni Kanun, kişinin hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüğünün, kanunun öngördüğü sınırlara aykırı olarak sınırlandırılması konusunda koruma sağlamaktadır²¹. Esasında bu hüküm, aşağıda da ele alınacağı üzere, kişilerin kendi iradesiyle, özel yaşamına ne dereceye kadar müdahale edilmesine izin verebileceğinin sınırlarını çizmekte; diğer bir ifadeyle, bu konuda serbest iradeleriyle yapacakları hukuki işlemleri sınırlamaktadır²².

Bilindiği gibi, temel hak ve özgürlüklerden yararlanma, hukuka ve ahlâka aykırı düşmeyecek biçimde kısıtlanabilmekte; nitekim bunun en temel örneklerinden birini de işverene bağımlı çalışmayı kabul eden işçi ile işveren arasında kurulan iş ilişkisi teşkil etmektedir. Elbette ki bu tip kısıtlamalar, huku-

verenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, 13; Tuncay Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, 41, 43; Şen, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 133-134.

¹⁸ Yarg. 9. HD., 13.2.2012, E. 2009/42452, K. 2012/3132, karar ve değerlendirmesi için bkz. Şen, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 129 vd.

¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 116; Dural/Öğüz, 97; Oğuzman, M. K./Barlas, N., Medeni Hukuk, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, 138-139; Kılıçoğlu, M., Tazminat Hukuku, 3. Baskı, Legal, İstanbul 2010, 1074; Bayram, İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, 13; Tuncay Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, 41; Aydın, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 21.

²⁰ Dural/Öğüz, 95. Nitekim, özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını koruyan AİHS m.8 hükmünün kapsamı da, özellikle teknolojik gelişmeler açısından, yargıçlar tarafından geliştirilmektedir (Çetin, E., Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5, Kadir Has Üniversitesi – İstanbul Barosu, Seminer 28 Şubat 2015, Seçkin, Ankara 2015, 84).

²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 116.

²² Oğuzman/Seliçi/Oktay, 129; Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 61.

ka ve ahlaka aykırı olmadıkları oranda geçerli sayılmaktadır²³: Söz gelimi işçinin, iş sözleşmesiyle bağımlı çalışmayı kabul etmesi, yasanın sınırları içinde kaldığı ve ahlaka aykırı olmadığı oranda geçerlilik kazanacak; kuşkusuz ki işçi, kişi olmasına bağlı haklarından tümüyle vazgeçemeyecektir.

Gerçekten, Anayasa ve yasalarla güvence altına alınan kişilik hakları, bu hükümlerde öngörülen sınırlar içinde kalmak kaydıyla sınırlamaya tabi olabilmekte; iş ilişkisi açısından bakıldığında da işçinin kişilik hakları, ilişkinin niteliği gereği ve ancak belli koşullarla daralma eğilimi göstermektedir²⁴. Medeni Kanununun 23. maddesiyle çizilen sınırları aşan kısıtlamalar ise hukuka aykırı olarak değerlendirilecektir. Bu kapsamda işçinin rızası, yasanın tanıdığı yetki ya da üstün bir yarar gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran unsurlar söz konusu olduğunda, işveren tarafından işçinin kişilik haklarına yapılan müdahaleli hukuka aykırı olmaktan çıkaracaktır.

Hukukumuz açısından, genel düzenlemelerden hareketle değerlendirebildiğimiz işçinin kişilik haklarının sınırlandırılması konusu, Fransız Hukukunda pozitif düzenlemeye konu olmuştur. Gerçekten Fransız Danıştay'ının, işverenin iç yönetmelik yoluyla işyerinde kural koyma yetkisini sınırlandırdığı 1 Şubat 1980 tarihli *Peintures Corona*²⁵ kararındaki ifadeleri, daha sonra Fransa'da yasa hükmü haline gelmiş, bu ifadeler yasal düzenlemede neredeyse aynen yer almıştır. Buna göre işveren, işçinin kişilik haklarını, yalnızca hedeflediği amacı gerçekleştirebilmek için, gerekli olduğu ölçüde sınırlandırabilecektir²⁶. Sürecin izleyen aşamalarında, 1992 yılında Profesör Gérard Lyon-Caen'in hazırladığı raporda²⁷, işçinin mesleki yaşamı dışındaki her şeyin, iş sözleşmesinin kapsamı dışında kalacağı görüşü benimsenmiş ve İş Kodu'na getirilen Art. L.1121-1 hükmü ile hiç kimsenin, kişilik hakları ile bireysel ve kolektif özgürlüklere, gerçekleştirilmek istenen amacın niteliği ile açıklanamayan ve amaçla ölçülü olmayan sınırlamalar getiremeyeceği yönünde bir düzenleme getirilerek, müdahalenin hukuka uygun sayılması için aranacak koşullar belirlenmiştir. Ayrıca L. 1222-4 maddesinde, işçinin önceden bilgilendirilmemesi halinde, işçinin kişiliğine ilişkin hiçbir bilginin edinilemeyeceği öngörülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı" başlıklı 8. maddesinde de, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu düzenlenmiş; bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasa ile öngörülmüş olmasına ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olmasına bağlı kılınmıştır²⁸.

²³ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 130; Tuncay Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, 42; Aydın, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 23.

²⁴ Savaş, F. B., İş Hukukunda "Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum, 2009/3, 98-99.

²⁵ CE, 1 février 1980, n° 06361.

²⁶ Lyon-Caen/Vacarie, Droits fondamentaux et droit du travail, 433; de Tissot, O., La protection de la vie privée du salarié, Dr. soc., Mars 1995, 230.

²⁷ Lyon-Caen, G., Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, La documentation française, Paris 1992.

²⁸ Burgorgue-Larsen, L., La Convention européenne des droits de l'homme, 2^e édition, LGDJ, Paris 2015, 133 vd.; Renucci, J.-F., Droit européen des droits de l'homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, 6^e édition, LGDJ, Paris 2015,

İşte, çalışmamızın konusu kapsamında, işverenin, işçiden sürekli olarak cep telefonu ile ulaşılabilir olmasını talep etmesinin, teknolojinin sağladığı olanaklar çerçevesinde bu mobil cihaz sayesinde her an iş ile ilgili konularda kendisine –telefon açarak, mesaj veya e-posta göndererek- ulaşabilmesinin ve bunlara yanıt verilmesini beklemesinin ya da yanından hiç ayırmasını istemediği bu cihazın yaydığı sinyaller vasıtasıyla konumunu belirleyebilmesinin, işçinin kişilik hakları kapsamı içinde yer alan özel yaşamına müdahale, dolayısıyla da işçinin kişilik haklarına getirilen bir sınırlama teşkil ettiği noktasında kuşku bulunmamaktadır. Her ne kadar hukukumuzda, Fransız Hukukunda olduğu gibi bu tip sınırlamaların sınırını çizen açık bir düzenleme bulunmasa da, sözü edilen uygulamaların -gerek yaygınlığı, gerek çalışanların yaşamlarına olan önemli etkisi nedeniyle- işçinin özel yaşamı bağlamında değerlendirilmesi ve geçerliliğinin tartışılması yerinde olacaktır.

2. İşverenin müdahalesi kısıkcındaki işçinin özel yaşamı

a. İşçinin özel yaşam alanının sınır ve içeriğini belirleme güçlüğü: kişisel yaşam kavramı

Kişinin özel hayatı ve bunun başkaları tarafından bilinmesini istememesi de, korunmaya değer bir menfaat olarak, kişilik hakkının konusu olan değerler arasındadır²⁹. Herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilerek, Anayasa’da da, özel hayata saygı hakkı öngörülmüştür (m.20). İşyeri sınırları dışında ve hatta içinde, işçi de kişilik değerlerinden biri olan özel hayatının gizliliğinin korunması hakkına, sınırsız olmamakla birlikte sahip bulunmaktadır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da, pek çok kararda, işçinin işyerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin sağladığı korumadan yararlanacağı vurgulanmıştır³⁰. Nitekim Mahkeme, *Halford* kararında, işyerinde işçiye tahsis edilen telefonun dinlenmesinin, m.8 ile korunan haklara müdahale teşkil ettiğine karar vermiş ve özellikle işçinin bu konuda önceden bilgilendirilmemiş olmasına dikkat çekmiştir. Bunun gibi, *Copland* kararında³¹, aynı korumanın, e-postalar için de söz konusu olduğunu belirtmiş; *Köpke* kararında³² ise, işveren tarafından önceden haber verilmeksizin görüntü kaydedilmesinin, m.8 anlamında özel yaşam alanına girdiğine hükmetmiştir. Mahkeme, söz konusu değerlendirmelerin yapılmasında, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelerken, özellikle ölçülülük denetimine başvurmaktadır. Bu denetimde, Mahkeme tarafından elverişlilik,

228 vd.; Çetin, E., İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, XII Levha, İstanbul 2015, 104 vd.; aynı yazar, Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, 80 vd.

²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 127; Dural/Öğüz, 127 vd.; Tuncay Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, 45.

³⁰ Halford c. Royaume-Uni, 25 juin 1997, requête no: 20605/92, Ayrıntı için bkz. Robert/Rosier, Utilisation des technologies, 236 vd.; Rosier, K./Gilson, S., La vie du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l’influence des réseaux sociaux, Le droit du travail à l’ère numérique, Les technologies de l’information et de la communication dans les relations de travail, sous la dir. de Karen Rosier, Anthemis, Limal 2011, 391 vd.

³¹ Copland c. Royaume-Uni, 3 avril 2007, requête no: 62617/00.

³² Köpke c. Allemagne, 5 octobre 2010, requête no: 420/07.

zorunluluk ve dar anlamda ölçülülük alt ilkelerinin bütününe açıkça yer verilmesi de, menfaatler arasında denge sağlanması amacıyla yönelik olarak dar anlamda ölçülülüğün esas alındığı dikkat çekmektedir³³. Bu açıdan AIHM içtihadında, özel yaşama müdahalenin, meşru amaç, ölçülülük ve şeffaflık kriterlerine bağlı olarak kabul edilebilir olduğu söylenebilecektir³⁴.

Bu bağlamda işverenin kural olarak müdahale edemeyeceği bir alan olan işçinin özel yaşam alanını belirleyebilmek önem arz etmektedir. Özel yaşam kavramı, çok sık kullanılan bir ifade olmakla birlikte, özel yaşamın tam olarak tanımını vermek güç olup³⁵, içeriğini sınırlı sayıdaki unsurlarla tespit etmek olanaklı görünmemektedir.

Özel yaşam, hukukumuzda, kişinin dış müdahaleden uzak, özgürce hareket edebileceği ve ancak kişinin kendisinin belirlediği ölçülerde başkalarına açık edebileceği kişisel bilgileri barındırdığı alan olarak açıklanmaktadır³⁶.

İş ilişkisi açısından değerlendirildiğinde, yukarıda kısaca açıklanmaya çalışılan iş ilişkisinin *intuitus personae* niteliği gereği, işçinin özel yaşamı ile çalışma yaşamı arasında kesin bir çizginin çizilmesi güçlük arz etmektedir. İşverenin otoritesi ve iş organizasyonu nerede başlamakta ve bitmekte; işçinin, işverenin otoritesinden tamamen bağımsız sayılabilecek özel yaşamı hangi andan ve adımdan sonra söz konusu olmaktadır?

Belirtelim ki, Fransız Hukukunda, yakın zamana kadar, bu konuda zaman ve mekanın, adeta iki bölgeye ayrıldığı kabul edilmekteydi: mesleki ve dolayısıyla işveren otoritesi altındaki alan ve özel yaşam alanı³⁷. Bu ikinci alanın sınırlarında işverenin yönetim yetkisinin son bulunduğu, böylece işçinin, işverenin otoritesi altındaki alana herhangi bir olumsuz etkisi olmayan, özel yaşamına ilişkin her tercihinin, işverenin otoritesinin sınırlarının dışında kaldığı düşüncesiyle hareket edilmekteydi.

Ancak bu iki alan arasındaki sınırın belirsizliği, işçinin özel yaşamı kapsamında yer almayan her şeyin işverenin müdahalesine açık olduğu izlenimi yaratması ve işçinin özel yaşamıyla iş yaşamı dışında toplum içindeki yaşamında da işverenin otoritesi altında olmayacağı bir alanın varlığının tespit edilmesi gerekliliği³⁸ karşısında Fransız Yargıtayı, yeni bir kavram üzerinden hareket etmeye başlamıştır: Kişisel yaşam.

Gerçekten 22 Ocak 1992 tarihli karardan³⁹ bu yana, işyerinde, işçinin özel yaşamına ve hatta özel yaşamdan daha kapsamlı olduğu ve işçinin toplum içindeki yaşamını da kapsadığı belirtilen kişisel yaşamına da yer olduğu kabul edilmiştir. 1997 yılından itibaren ise, özel yaşam ile toplum içindeki yaşam

³³ Çetin, Çalışanların Hakları, 131 vd.

³⁴ Robert/Rosier, Utilisation des technologies, 302 vd.; Çetin, Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, 82. AIHM'nin bu konuda uyguladığı yorum metoduna ilişkin bkz. Köksal, D., AIHM'nin Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi – İstanbul Barosu, Seminer 28 Şubat 2015, Seçkin, Ankara 2015, 55 vd.

³⁵ Renucci, 229; Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 7. Bu güçlük, AIHM tarafından, Niemietz kararında da ifade edilmiştir (Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, requête no: 13710/88, parag. 29).

³⁶ Dural/Öğüz, 127-128; Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 53.

³⁷ Lyon-Caen/Vacarie, Droits fondamentaux et droit du travail, 435.

³⁸ Lyon-Caen/Vacarie, Droits fondamentaux et droit du travail, 436.

³⁹ Cass. soc. 22 janvier 1992, n° 90-42517.

ayırımı yerine, mesleki yaşam ve bunun dışında kalması gereken yaşamı birbirinden ayırmayı sağlayan kişisel yaşam ifadesi, özel yaşam ifadesinin yerini almıştır⁴⁰. 2 Ekim 2001 tarihli *Nikon* kararından⁴¹ itibaren Fransız Hukukunda, işyerinde ve çalışma saatleri içinde dahi işçinin özel yaşamının gizliliğinin korunması hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir⁴².

Kişisel yaşam kavramı, özel yaşam, kişilik hakları, bireysel ya da kolektif nitelikteki hak ve özgürlükler gibi kavramlarla kıyaslandığında, taşıdığı esneklik nedeniyle önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Esasında kişisel yaşam, ne özel yaşama ne de kamusal özgürlüklere indirgenebilir, özellikle işverenin otoritesinin dışında kalan tercihler ve davranışlar alanını kucaklamaktadır⁴³.

Fransız Hukukundaki bu gelişmelerden bazı sonuçlar çıkarılabilir: İşçinin çalışma yaşamı ve özel yaşamı arasında kesin çizgiler çizmenin güçlüğü karşısında, işverenin otoritesi dışında kalması gereken her unsur kapsayan kişisel yaşam kavramı, hukukumuz açısından da işlevsel olabilecektir. Bağlılık ilişkisi yalnızca işyeri ve çalışma saatleri ile sınırlı olup, kural olarak işveren, işçinin kişisel yaşamından kaynaklanan hiçbir unsur –işverenin otoritesi altındaki alanı olumsuz etkilemediği sürece– işçinin aleyhine kullanamayacak ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler olmadıkça, işçinin kişisel yaşam alanına müdahale edemeyecektir. Hatta, kişinin yalnız kalma hakkını ihlal eden her türlü müdahalenin hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Zira işçinin temel haklarının ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi yasağı ve işçinin özel yaşamına saygı gereği işverenin yönetim hakkı sınırlanmaktadır⁴⁵.

b. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişme ile doğru orantılı olarak işçinin kişilik haklarına işverence müdahale edilme tehlikesinin artması

Teknolojik alanda yaşanan ilerlemeler, yarattıkları kolaylık yanında, önemli sorunları da beraberinde getirebilmekte⁴⁶; özellikle de hukuk düzeninin kısa süre içinde bu sorunlara uyum sağlaması güçlüğü karşımıza çıkmakta-

⁴⁰ Waquet, P., *L'entreprise et les libertés du salarié*, Editions Liaisons, Paris 2003, 121 vd.; Collomp, E., *La vie personnelle au travail - Dernières évolutions jurisprudentielles*, Dr. soc. 2010, 40; Urban, *La 'bonne foi', un concept utile à la régulation des relations individuelles du travail*, Le droit social – Le droit comparé Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg 2003, 339; Antonmattei, P.-H., *NTIC et vie personnelle au travail*, Dr. soc., Janvier 2002, 37 vd.; Le-page, A., *La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail*, Dr. soc., Avril 2006, 372 vd.; Combexelle, J.-D., *Vie professionnelle et vie personnelle*, Dr. soc., Janvier 2010, 12 vd.; Peskine/Wolmark, 219 vd.; Favennec-Héry/Verkindt, 222; Lokiec, 11.

⁴¹ Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 99-42942.

⁴² Waquet, P., *La vie personnelle du salarié*, Dr. soc., Janvier 2004, 25 vd.; Savaş, *Siber Gözetim*, 111.

⁴³ Lyon-Caen, A., *Libertés et contrôle dans l'entreprise*, RDT, 2014.386.

⁴⁴ Dural/Öğüz, 129. Yazarlar, telefonla sürekli rahatsız edilme halini de, bu hakkın ihlali konusunda verdikleri belli başlı örnekler arasında saymışlardır.

⁴⁵ Collomp, *La vie personnelle au travail*, 41.

⁴⁶ Bu sorunlardan bir tanesi de, yaşamın akışıyla birlikte kişilik değerlerinin değişmesi ve çeşitlenmesi ile bunlara yönelebilecek saldırıların şekillerinin de teknolojinin ilerlemesiyle başkalaşmasıdır (Sevimli, A., *Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması*, Çalışma ve Toplum, 2013/1, 111; Aydın, *İşçinin Kişiliğinin Korunması*, 34).

dır⁴⁷. Gerçekten teknolojik olanakların artması ve bunlardan yararlanılması, kimi zaman, henüz pozitif düzenlemelere konu yapılmamış sonuçlar, ihlaller doğurabilmekte ve yepyeni sorunları tartışma gündemine getirmektedir. Sözgelimi, günümüz bilimsel ve teknolojik devrim çağının toplumunun, aynı zamanda bir insan hakları toplumu olup olmadığı sorusu akla gelebilir⁴⁸. Gerçekten, bilimsel ve teknolojik gelişmeler, insan haklarının içerik ve kapsamını genişletirken, diğer yandan bunlar için bir tehlike mi arz etmektedir?

Günümüzde, teknolojinin gelişmesine bağlı olarak işyeri sınırlarının ve çalışma saatlerinin belirginliğini kaybetmesi sonucu bağımlı çalışma kavramının geçirdiği değişim, işçilerin işyerinde sahip oldukları özgürlükler ve bunların korunması konusunun yeni bir bakış açısıyla algılanıp değerlendirilmesini gerektirmektedir. Özde bu değişim, görünürde özgürlükler lehinedir. Ne var ki, işçinin, çalışma saatleriyle, işyeri duvarları ve işverenin otoritesi dışında bulunduğu zamanı ayıran kesin çizgileri ileri sürebilmesi zorlaştıkça, bu değişimin işçiyi ve özel alanını olumsuz etkilediği fark edilecektir⁴⁹. Gerçekten telefonuna her an, dünyanın her yerinden gelebilecek e-postaları, günün her saatinde kontrol etmek zorunda kalan bir çalışanın, bunları, çalışma saatleri içinde olmadığı -akşam ya da gece veya izinde olduğu- gerekçesiyle kontrol edemeyeceğini ve yanıtlayamayacağını ileri sürmesinin kolay olmadığını kabul etmek gerekir.

Bu gelişmeye bağlı olarak, bağımlılık kavramının da eskisi gibi algılanması artık olanaklı görünmemektedir: Gerçekten, önceleri işçilerin, işveren ya da vekilinin bizzat gözetimi altında iş görme edimini yerine getirmesi söz konusu iken, işyerinde ve hatta dışında izleme ve gözetleme teknolojilerinin gelişimi ile cep telefonları (ya da örneğin otomobillere yerleştirilen takip araçları) sayesinde işçinin bulunduğu konum tespit edilebilir, işçi her an yazılı, sesli ve hatta görüntülü olarak ulaşılabilir hale gelmiştir. Teknolojideki bu gelişmeler, gözetleme ve izlemede herhangi bir coğrafi ya da zamansal sınırlamanın kalmaması sonucunu doğurmuş ve dahası izleme ve gözetlemeyi, bilgisayarlar ile her an kayıt altına alınabilir ve görünmez bir yöntemle dönüştürmüştür⁵⁰. Günümüz koşullarında, işyerlerinde işçilerin, yalnızca hayal ve düşüncelerinin gözetlenmediği dahi belirtilmektedir⁵¹.

Ayrıca, internet kullanımının pahalı olmaması, mobil cihazlardan dahi internet erişiminin sağlanması, yüksek bilgi ve veri aktarım hızı gibi etkenler, işverenlerin bu teknolojiden yararlanmasını ve bunları işçilerin kullanımına

⁴⁷ Özdemir, E., İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkinine Etkileri Üzerine, Sicil, Haziran 2008, 13.

⁴⁸ Cohen-Jonathan, G., Progrès scientifique et technique et droits de l'homme, Droits et libertés à la fin du XX^e siècle - Influence des données économiques et technologiques, Etudes offertes à Claude-Albert Colliard, Editions A. Pedone, Paris 1984, 123.

⁴⁹ Lacabarats, A., À propos de quelques libertés en entreprises: propos conclusifs, RDT, 2014.409; Ray, Droit à la déconnexion, 940.

⁵⁰ Ray, J.-E., Géolocalisation, données personnelles et droit du travail, Dr. soc., N° 12 Décembre 2004, 1078-1079; Robert/Rosier, Utilisation des technologies, 275 vd. Kaldı ki, kişilerin nadiren başka bir yerde "unuttuğu" ve unutmadığı sürece sürekli üzerinde taşıdığı cep telefonlarının internet bağlantısı sayesinde, buldukları konumun birkaç metre kadar belirlenebildiği gerçeği de unutulmamalıdır.

⁵¹ Bayram, İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, 26.

sunmasını giderek artırmış ve kolaylaştırmıştır⁵². Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre, ülkemizde bilgisayar, internet kullanımı 16-74 yaş aralığındaki kişilerde her geçen yıl artmakta; üstelik internet erişiminin taşınabilir cihazlardan sağlanmasının bir sonucu olarak da internet kullanıcılarının %74,4’ü, ev ve işyeri dışında interneti kullanmaktadır⁵³. İşletmelerde, 2015 yılı itibarıyla bilgisayar kullanım oranı %95,2 olup; işletmelerin %92,5’inde internet erişimi bulunmaktadır⁵⁴. Ayrıca, 2015 yılı Eylül ayı rakamlarına göre ülkemizde cep telefonu aboneleri sayısı 73.235.783’e ulaşmıştır⁵⁵. Fransa’da 2012 yılında, Stratejik Araştırma Merkezi tarafından yapılan, bilgi ve iletişim teknolojilerinin çalışma koşullarına etkisi konulu araştırmanın raporuna göre, özel sektör işyerlerinde çalışan işçilerin %31’i taşınabilir iletişim terminalleriyle donatılmıştır. Bu terminaller, telefon ve internet bağlantısı olan, akıllı cihazlar olduğundan, e-postalar da bu cihazlardan kontrol edilebilmektedir.

Bu teknolojilerden yararlanma oranı arttıkça, işçilerin kendilerine tanıyan bu olanakları kişisel nedenlerle kullanmaları ya da bu teknolojiyi kullanan işverenin işçilerin özel yaşamına müdahale etmesi riski⁵⁶ gibi çözüme kavuşturulması gereken ancak devreye giren menfaatlerin dengelenmesi açısından çözümlenmesi bir o kadar da güç olan sorunlar ortaya çıkmaktadır.

İletişim ve bilgi teknolojilerinin kullanımı; işçileri, anlık, kesintisiz, hatta dağınık ve çelişkili, bazen de aşırı düzeyde bilgi akışıyla karşı karşıya bırakmaktadır. Kuşkusuz işçilerin erişilebilirliğini kolaylaştıran ve artıran iletişim araçları, işletmenin verimliliğini de artırmaktadır. Ne var ki, bu kesintisiz bilgi akışı ve her an ulaşılabilir olma durumu, bağımlılık ilişkisinin çalışma saatleriyle sınırlı kalmaması, hatta işçinin, insan olmasından kaynaklanan ve Anayasa ile korunan dinlenme hakkını kullanması gereken zaman dilimi içinde dahi zihnini iş ile ilgili konulardan arındıramaması, dolayısıyla da dinlenememesi sonucunu doğurmaktadır. Oysa bilindiği gibi, çalışma sürelerinin azami sınırının öngörülmesi ve yasada bu konuda emredici düzenlemeler getirilmesinin ardında yatan temel gerekçe, işçinin bedensel ve ruhsal sağlığı ve aile yaşamının korunmasıdır. Öyleyse, gelişen teknolojinin, işçilerin, tarihsel gelişim sürecinde elde ettikleri en temel hak olan sağlığının ve vücut bütünlüğünün korunması hakkını ihlal etmesine de benzer gerekçelerle engel olunmalıdır⁵⁷. Gerçekten işçinin zihinsel olarak dinlenebilmesi ve çalışma ortamından soyutlanabilmesinin ön koşulu, teknik anlamda “ulaşılabilir” olmaması ve dıştan gelecek müdahalelere kapalı, kendisine ait “küçük bir dünyasının” olmasıdır⁵⁸.

Aksi halde, işçinin dinlenememesi ve bunun etkisiyle işe yorgun gelmesi ve dikkatinin dağılması, işyerinde meydana gelen iş kazalarının başlıca etkenle-

⁵² Özdemir, İnternet ve İş Sözleşmesi, 13; Okur, Z., İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, Kamu-İş, C: 8 S: 2/2005, 47.

⁵³ TÜİK Haber Bülteni, sayı: 18660, 18 Ağustos 2015.

⁵⁴ TÜİK Bilgi Toplumu İstatistikleri, (www.tuik.gov.tr).

⁵⁵ TÜİK, Sabit telefon, cep telefonu ve internet abone sayısı istatistikleri (www.tuik.gov.tr).

⁵⁶ Yeni teknolojiler ve işçinin özel yaşamına müdahale konusunda ayrıntı için bkz. Okur, Z., Yeni Teknoloji ve İş Hukuku, Çimento İşveren, Mayıs 2006, 3 vd.; Özdemir, İnternet ve İş Sözleşmesi, 14 vd.; Savaş, Siber Gözetim, 97 vd.; Sevimli, K. A., Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419, Sicil, Aralık 2011, 120 vd.

⁵⁷ Ray, J.-E./Bouchet, J.-P., Vie professionnelle, vie personnelle et TIC, Dr. soc., Janvier 2010, 45.

⁵⁸ Ray, Droit à la déconnexion, 940.

rindendir⁵⁹. Bilindiği gibi bunun sonuçları, iş kazalarında her yıl binlerce işçinin ölmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır⁶⁰.

Yeni teknolojilerin neden olabileceği riskler yalnızca fiziksel de değildir. Bu teknolojilerin aşırı kullanımını, işçilerin ruhsal sağlığını da olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Söz gelimi bu tehlike, stres biçiminde ortaya çıkabilir ve hatta psikolojik tacize⁶¹ de dönüşebilir.

Fransız Hukukunda, sosyal taraflar, imzaladıkları 2 Temmuz 2008 tarihli meslekler arası ya da işkolları düzeyindeki sözleşmede stresi tanımlama yoluna gitmişlerdir. Buna göre, kişinin içinde bulunduğu ortamın ona hissettirdiği endişe ile bununla kendi kendine baş edebileceği yönündeki düşüncesi arasında dengesizlik oluştuğunda, stresten söz edilmelidir⁶². Gerçekten stres, insanın ruhsal ve bedensel sınırlarının zorlanması hali olarak ifade edilmektedir⁶³. Ayrıca, bilgi teknolojilerinin neden olduğu bireyselleşme ise işçileri yalnızlaştırdığından, bunun etkisi, öğretide, artan bir bunalma hissi olarak dahi ifade edilmiştir⁶⁴.

Hatta Fransız İş Hukuku öğretisinde bu durum, son derece isabetli olarak, işçiler açısından “fiziken ve fiilen işle meşgul olmama” ancak “zihnen meşgul olma” biçiminde ortaya konmuştur⁶⁵.

4. Cep telefonunun kişisel yaşama müdahale aracına dönüşmesi riski ve müdahalenin hukuka uygunluğu

a. İşçinin her an ulaşılabilir olmasının kişisel yaşamına etkisi: çalışma saatleri – kişisel yaşam sınırlarının belirsizleşmesi

İşveren, yönetim yetkisinin sonucunda, işyerinde işin görülmesine ilişkin kullanılacak araçları seçme, bunların kullanımını denetleme yetkisine de sahiptir. İşveren tarafından işçilere, internet erişimi olan, “akıllı” olarak ifade edilen cep telefonu sağlanması uygulaması ise son derece yaygındır. İş ile ilgili pek çok kaynağa, e-postalara her an ulaşabilme, veri alma ve aktarma olanağı tanı-

⁵⁹ Güzel, A./Okur, A. R./Caniklioğlu, N., Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Bası, Beta, İstanbul 2014, 408 vd.

⁶⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 407. SGK verilerine göre, 2014 yılında 221.366 iş kazası meydana gelmiş; bu kazalarda 1.626 işçi hayatını kaybetmiştir (SGK İstatistik Yıllıkları 2014, www.sgk.gov.tr).

⁶¹ Ayrıntı için bkz. Güzel, A./Ertan, E., İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, Legal İHSGHD 2007/14, 509 vd.; Sevimli, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 113 vd.; Savaş, F. B., İşyerinde Manevi Taciz, Beta, İstanbul 2007; Tınaz, P./Bayram, F./Ergin, H., Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), Beta, İstanbul 2008; Ünal, C., Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD 2013/37, 15 vd.; Arslan Ertürk, A., İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (mobbing) ve Dünyadan Örnekler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C: 20, S: 1, 2014, 285 vd.; Tuncay Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, 48 vd.

⁶² Démoulin, M., Nouvelles Technologies et droit des relations de travail Essai sur une évolution des relations de travail, Editions Panthéon-Assas, Paris 2012, 51.

⁶³ Kökkılınç Eraltuğ, A., İşe Bağlı Stres ve Hukuksal Sonuçları, Legal İHSGHD 2008/19, 901 vd.

⁶⁴ Démoulin, 52.

⁶⁵ Ray, Droit à la déconnexion, 941.

yan bu cihazın taşınabilir olması, hatta işçinin yanından asla ayırmadığı bir parçası haline gelmesi, işçinin bir anlamda çalışma yaşamına ilişkin unsurların sürekli olarak günlük yaşamının içine dahil olması sonucunu doğurmaktadır.

Üstelik bu teknoloji, sabit telefondan farklı olarak, kişilerle doğrudan sesli iletişim kurulması ihtiyacını da ortadan kaldırmakta, topluca gönderilebilen e-posta ve mesajlar sayesinde, karşıdaki muhatabı kişiselleştirmemektedir. Bu yönüyle, işçiye, günün her saatinde, rahatsız etme endişesine yer olmadan e-posta yoluyla erişilebilmekte; hatta birden çok işçiye bir arada aynı talimatlar, tek bir mesaj ile iletilebilmektedir.

İşverenin, sabah saat 03.00'te gönderilen e-postaya yarım saat içinde cevap verilmesi yönündeki talebi, işçinin gayretli bir çalışan olması nedeniyle ya da gelen e-postayı dikkate almazsa görevini zamanında yerine getirmemekle suçlanacağı düşüncesiyle, işçinin derhal müdahale etmesini gerektirebilir. İşçi, iş ile ilgili bir gelişmeyi takip edememe endişesi ile, belki de istemsiz bir biçimde telefonunun ekranını, e-posta geldiğinde yanıp sönen ışığını kontrol etmeye başlar. Böylece özel yaşam ile meslek yaşamı arasındaki çizgi silikleşir; dinlenme süresi olması gereken süre, sürekli erişilebilir olma zorunluluğu içinde eridiğinde, özel yaşam ve mesleki yaşam birbirine karışma eğilimi gösterir. Bunun sonucu, işçinin yorgunluk ve stresinin artışı biçiminde ortaya çıkar.

İşverenin, çalışma saatleri dışında işçiyi cep telefonundan sürekli arayarak dinlenme hakkını kullandığı süreyi, iş ile ilgili konularla ilgilenerek geçirmesine neden olamayacak olması, işçiyi gözetme borcunun da bir gereğidir. İşveren, bu borç nedeniyle, işveren vekili ya da bir diğer işçinin de bu tip bir eylemle işçiyi rahatsız etmesine, dahası bunun bir psikolojik tacize dönüşmesine de engel olmakla yükümlüdür. İşverenin işyeri sınırları dışında işçiyi her türlü tacizden koruması beklenemeyecekse de, taciz ile yürütülen iş arasında uygun illiyet bağı kurulabileceği durumlarda işverenin işçiyi koruma borcunun devreye gireceği kabul edilmelidir⁶⁶.

Ekleyelim ki, uydular aracılığıyla ve şimdi cep telefonlarının internet bağlantısı sayesinde, bu cihazların yaydığı sinyallerin kaynağı belirlenebilmekte, dolayısıyla bu telefonu taşımakta olan kişinin konumu da tespit edilebilmektedir⁶⁷. İşçinin, bilgisi dışında ya da rızası olmaksızın konumunun öğrenilmesi, izlenmesi ve kayıt altına alınmasının, kişilik haklarının ihlali anlamına geleceğinden kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca, işverenin, işçinin konumunu, kişisel cep telefonu üzerinden takip etmesi olanaklı olmamalıdır.

Önemle belirtelim ki, 2002/58 sayılı AB Yönergesinde, cep telefonlarından elde edilebilecek bu tip verilerin işlenmesi konusunda kullanıcıların bilgilendirilmesi ve onaylarının alınması gerekliliği düzenlenmiştir⁶⁸. Nitekim, işi gereği farklı yerlere gitmek durumunda olan işçilerin, çalışma saatleri içinde, her dakika ve her adımda takip edilmesinin insan onuru açısından düşünülemez ve esasında hukuka aykırı olduğu kabul edilen Fransız Hukukunda da, işçiyi söz konusu izleme uygulamasının koşulları konusunda uzlaşmaya va-

⁶⁶ Sevimli, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 121-122.

⁶⁷ Robert/Rosier, Utilisation des technologies, 275.

⁶⁸ 12 Temmuz 2002 tarihli, Elektronik iletişim sektöründe kişisel verilerin işlenmesi ve özel hayatın korunması hakkında 2002/58 sayılı AB Yönergesi, JO L201/37.

rılması, işçinin bu konuda bilgilendirilmesi ve onayının alınmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁶⁹.

Ayrıca, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi tarafından verilen bir kararda, iş görme ediminin konusu doğrudan yer değiştirmek olmayıp, işçi yalnızca iş görme edimini yerine getirirken yer değiştirmek durumundaysa ve işçinin görevinin gereğini yapıp yapmadığı başka yöntemlerle tespit edilebiliyorsa, bu halde işçinin konumunun işveren tarafından sürekli olarak takip edilmesi, ölçüsüz bir uygulama olarak nitelendirilmiştir⁷⁰.

İşçinin kişisel cep telefonu numarasını, işverenle paylaşma zorunluluğunun dahi olmadığı kabul edilen Fransız Hukukunda, ara dinlenmesi saatlerinde (12.30-13.00 arasında) işverenin aramasına yanıt vermeyen bir ambulans sürücüsünün sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesine ilişkin uyuşmazlıkta, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, işçinin ara dinlenmesi sırasında ulaşılabilir olmama hakkının bulunduğu ve sözleşmesinin bu nedenle haklı nedenle feshedilemeyeceği sonucuna varmıştır⁷¹.

Cep telefonunun işveren tarafından sağlanması durumunda da, cep telefonu ile konum belirlenebilmesi, aynı şekilde işçinin özel yaşamına müdahale riski taşır. Her şeyden önce, işverenin bu izleme yöntemine başvurabilmesi yalnızca çalışma saatleri içinde söz konusu olabilecektir. Bu saatleri aşan izleme, hukuka aykırı sayılmalıdır. Ayrıca izleme, her dakika, işçinin attığı her adımın takip edilmesi biçiminde uygulanamayacaktır. İzleme, bununla hedeflenen amaç doğrultusunda ve yalnızca bu kapsamda gerektiği sürece gerçekleştirilebilecektir. Bu doğrultuda, gün içinde sürekli ve eş zamanlı bir izleme yönteminin aşırı olacağı; amacın, işçinin çalışma saatlerini veya örneğin farklı adreslere teslimat ya da kurulum için gidilen yerleri tespit etmek olması karşısında, günün sonunda yalnızca gidilen yerler ve giriş-çıkış saatlerinin listelenmesinin yeterli ve amaca uygun olacağı söylenebilir.

b. İşçinin kişisel yaşamına müdahalenin hukuka uygunluk koşulları

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız, işverenin, işçinin özel yaşamına her müdahalesi hukuka aykırılık taşımayacaktır. Bilindiği gibi, işverenin korunmaya değer menfaatleri, belli koşullarla işçinin özel yaşamına müdahaleyi haklı kılabilir. Özellikle, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işyerinde herhangi bir suçun işlenmesinin önlenmesi, işverenin ticari sırlarının korunması gibi nedenler⁷², işçinin özel yaşamına müdahaleyi gerektirebilir ve müdahalenin aynı zamanda ölçülülük ilkesine de uygun olması koşuluyla müdahale hukuka uygun bir nitelik kazanabilir.

Hukukumuzda MK m. 24 hükmü, kişilik hakkına müdahalenin hukuka uygun sayılabileceği halleri öngörmüş bulunmaktadır. Buna göre, kural olarak, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırı sayılmakla birlikte; kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar

⁶⁹ Ray, Géolocalisation, données personnelles et droit du travail, 1080.

⁷⁰ Cass. soc. 26 novembre 2002 (Ray, Géolocalisation, données personnelles et droit du travail, 1081).

⁷¹ Cass. soc. 17 février 2004 (Ray, Géolocalisation, données personnelles et droit du travail, 1081).

⁷² Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 53 vd.

ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biri haklı kıldığı takdirde bu saldırı, hukuka uygun kabul edilebilecektir⁷³.

Müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkaran durumlardan biri olan, kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası; kanımızca iş ilişkisinin, klasik bir borç ilişkisi olmaması; başta da ifade ettiğimiz gibi, kişilik değerlerini bu ilişkiye dahil ederek, sözleşmeden doğan borcunu yerine getirirken bağımlı çalışmayı kabul eden işçinin, bu ilişkide zayıf taraf olması gerekçeleriyle ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Medeni hukuk kapsamında, rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için, kişilik hakkından vazgeçme iradesinin açık olması, vazgeçmenin sonucunu öngörebilecek biçimde bilinçli ve serbest irade ile rızanın verilmiş olması ve rızanın ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir⁷⁴. Bu nedenle, örneğin insan onuru ile bağdaşmayan bir uygulamaya gösterilen rıza, ahlaka aykırı sayılarak geçersiz kabul edilecektir⁷⁵. Nitekim rızanın geçerli olabilmesi için, rıza gösteren kişinin fiil ehliyetinin olması ve iradesinin sakatlanmamış olması aranmaktadır⁷⁶. Ayrıca rızanın, hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için, sınırları belirlenmiş somut bir müdahaleye ilişkin olması gereklidir⁷⁷.

Ne var ki, işçinin iradesinin gerçek anlamda bağımsız olduğundan söz edilmesinin olanaklı bulunmamasından dolayı, bu konuda göstereceği rızaya da kuşku ile yaklaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle işçi, işe ve çalışması karşılığında elde ettiği gelire ihtiyaç duyduğu için, işveren tarafından dayatılan çalışma koşullarına karşı koyamayacak, işverenin çalışma saatleri dışındaki iletişim kurma girişimlerine (aramalarına, e-postalarına, mesajlarına) cevap veremezlik edemeyecek, işverenin dinlenme saatleri içinde kendisinden talep ettiklerini dahi yerine getirme konusunda kendisini zorunlu hissedecektir.

Belirtelim ki, işçinin rıza gösterdiği sırada iradesinin serbestliği konusu- na kuşkulu yaklaşım, AB Hukukunda da kendini göstermiştir. Nitekim, 95/46 sayılı AB Yönergesi⁷⁸ uyarınca kurulan Çalışma Grubu⁷⁹ tarafından hazırlanan, iş ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin belgede de⁸⁰, işçinin reddetme seçeneğinin olmaması durumunda, rıza gösterdiği sonucuna varılamayacağı; rızanın her zaman özgürce verilmesi ve işçinin rızasını, olumsuz bir sonuç en-

⁷³ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 116; Aydınli, İşçinin Kişiliğinin Korunması, 24; Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 53 vd.

⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 134; Dural/Öğüz, 130; kişisel verilerin işlenmesi konusunda işçiden alınan onayın geçerlilik koşullarından biri de bu onayın serbest irade ile verilmesidir (Okur, Z., Türk İş Hukuku'nda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, 336).

⁷⁵ Bkz. Helvacı, S., Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar, İstanbul 2001, 108; Kılıçoğlu, 119 vd.; Ünal, Psikolojik Taciz, 50.

⁷⁶ Kılıçoğlu, 119; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 134.

⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay, 134.

⁷⁸ 24 Ekim 1995 tarihli, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımında Bireylerin Korunması hakkında 95/46 sayılı AB Yönergesi, JO L281.

⁷⁹ Kişisel Verilerin İşlenmesinde Bireylerin Korunmasına İlişkin Çalışma Grubu (95/46 m.29).

⁸⁰ Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, 13 september 2001, (http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_en.pdf)

dişesi duymadan geri alabilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸¹. İşverenlerin, işçinin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyan uygulamaları hukuka uygun hale getirmek için işçinin rızasını, genel bir araç olarak kullanmasının önüne geçilmesi gerekliliği de bu çalışmada vurgulanmıştır.

Benzer yöndeki yaklaşım, Belçika Hukukunda da söz konusudur: Her ne kadar bağımlılık ilişkisi nedeniyle iradenin hiçbir zaman serbest olmayacağı söylenemeyecekse de, her somut olayda, işçinin hangi koşullar altında rıza gösterdiğine dikkat edilmelidir⁸². Bu konuda örnek olarak, -cep telefonu ile ilgili olmamakla birlikte- yine özel yaşama müdahale olarak nitelendirilen, işyerindeki internet kullanımının izlenmesi uygulamasına rıza gösteren işçinin, internet erişimine sahip olmanın koşulunun izlenmeyi kabul etme olması karşısında, müdahaleye rıza göstermekten başka bir seçeneği olmayışı gösterilmektedir.

Fransız Hukukunda da işçinin, iş sözleşmesinin kurulmasında, devamında ve sona ermesinde, çalışma koşullarının değiştirilmesinde iradesi, inceleme konusu yapılmış⁸³; özellikle temel hakların sınırlandırılması noktasında bu iradenin serbest olup olmayacağı tartışma konusu yapılmıştır. İşçinin, temel hak ve özgürlüklerinin sahibi olarak, kendi varlığı hakkında bizzat kararlar alma yetkisine sahip olduğu belirtilmekle birlikte, iş ilişkisinin niteliği gereği, işçinin temel haklarına müdahaleye rıza göstermesine kuşku ile yaklaşılması gerektiği vurgulanmıştır⁸⁴.

Belirtelim ki, işçinin göstereceği rıza konusunda, işçinin eğitim durumu, mesleği, yapmakta olduğu iş dahi etkili olmayabilir. İşçinin, vasıfsız bir işçi olmayıp, üniversite mezunu olması ya da yönetici olması ihtimalinde dahi, sahip olduğu konumu kaybetmemek amacıyla gösterdiği rızanın geçerliliği tartışılmalıdır. İşçinin, işverenin, “acil”, “önemli” gibi başlıklarla, çalışma saatleri dışında gönderdiği e-postaya ya da hafta sonu telefon ile aramasına yanıt verme zorunluluğu hissetme açısından, işçinin işyerindeki pozisyonu ya da ne derece kalifiye olduğu da kanımızca önem arz etmeyecektir. Nitekim Fransız Yargıtayı, işçinin rızasının olduğu düşüncesinden hareketle, işverenler tarafından genelleştirilmiş olan telefonla her zaman ulaşılabilir olma uygulaması ve bunun çalışma yaşamı-kişisel yaşam ilişkisine etkisi konusunda, daha katı bir tutum alma ihtiyacı duymuştur. Nitekim Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi kararlarında, bağımlılık ilişkisinin işçinin evinin kapısında sona erdiğini, bu alanın tartışmasız özel yaşamın gizlilik alanı olduğuna karar vermektedir⁸⁵.

Bu konuda öğretilerde tartışmaya açılan bir diğer husus⁸⁶, işçinin rızasına kuşku ile yaklaşılması gerekliliği karşısında, salt işçinin rızasının, özel yaşama müdahale teşkil eden uygulamayı hukuka uygun hale getirmek için yeterli olup olmayacağıdır. Hukukumuz açısından MK m. 23-24 gereği, rızanın, müdahaleyi hukuka uygun hale getiren hallerden biri olarak sayılması karşısında, işçinin rızasının da bu konuda aynı etkiye sahip olacağı savunulabilecektir. Ancak kanımızca bu genel kurala, iş ilişkilerinde tereddütsüz bağlı kalmak olumsuz

⁸¹ Opinion 8/2001, 23.

⁸² Robert/Rosier, Utilisation des technologies, 263 vd.

⁸³ Ayrıntı için bkz. La Volonté du Salarié (actes du colloque) sous la dir. de Tatiana Sachs, Dalloz, Paris 2012.

⁸⁴ Gratton, L., Volonté du salarié et droits fondamentaux, in La volonté du salarié, sous la dir. de Tatiana Sachs, Dalloz, Paris 2012, 186.

⁸⁵ Ray, Droit à la déconnexion, 940.

⁸⁶ Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 64.

sonuçlar doğurabilecektir. İşverenin başka bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın, salt işçinin rıza göstermiş olması nedeniyle işçinin özel yaşamına müdahale eden uygulamalarının hukuka uygun sayılması; işçinin çalışma koşullarını işverenle pazarlık etme gücünün çoğu zaman hiç olmaması gerçeği karşısında adalet duygusunu rahatsız eden bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda, işverenin, özel yaşama müdahale niteliği taşıyan bazı istemlerinin, uyulması gereken talimatlar olarak nitelendirilebilmesi için, işçinin rızası dışında bir hukuka uygunluk nedenine dayanması gerektiği, öğretide de isabetle ifade edilmiştir⁸⁷.

Elbette bu kapsamdaki bir uyuşmazlığın yargı önüne gelmesi halinde, yargıç, somut olayın koşulları içinde, işçinin uyuşmazlık konusu müdahaleye rıza göstermesi gerekip gerekmediğini dürüstlük kuralı çerçevesinde tartabilecektir. Hatta yargıcın bu halde, işveren ve işçinin karşı karşıya gelen menfaatlerini dengelemek açısından ölçülülük ilkesine başvurarak, müdahalenin meşru bir gerekçesi olup olmadığını değerlendirdikten sonra, müdahalenin gerekli, amacı gerçekleştirmede elverişli ve amaç ile orantılı olup olmadığını denetlemesi de gerekecektir.

Gerçekten, Fransız Hukukunda da, işçinin kişilik hakları ile bireysel ve kolektif özgürlüklerine sınırlama getirilmesine ilişkin İş Kodunda öngörülen Art. L.1121-1 hükmünden, bu tip sınırlamaların hukuka uygun sayılması için salt işçinin irade açıklamasının yeterli olmadığı sonucuna isabetli olarak varılmaktadır⁸⁸. Buna göre; işçinin kişilik haklarına getirilebilecek olan sınırlamayı, işçinin özgürlüklerinin korunması menfaati ile işletmenin menfaati arasında geçerli bir dengenin sağlanmış olması hukuka uygun hale getirebilecektir. Bunun için söz konusu düzenleme, sınırlamanın meşru bir amacı olmasını, işverenin de bu amaç ile ölçülü nitelikte bir uygulama gerçekleştirmesini aramaktadır.

Ekleme gerekir ki, müdahalenin, işçinin rızasından başka meşru bir gerekçeye dayanması koşulunun da gerçekleşmesi, bu meşru gerekçenin salt ekonomik bir menfaate dayanmıyor olmasına bağlı olmalıdır. Zira burada önemli olan nokta işverenin, işletmesinin verimliliğine dayanan salt ekonomik bir menfaatinin, işçinin kişilik haklarına müdahaleyi haklı kılan bir dayanak olup olmayacağıdır. İşçinin temel bir hakkı niteliğindeki özel yaşamının korunması hakkı ile işverenin ekonomik nitelikli bir menfaatinin karşı karşıya gelmesi halinde, ekonomik menfaatin doğrudan kişilik hakkından üstün tutulması olanaklı olamayacaktır⁸⁹. İşçinin kişilik hakkının hangi oranda ihlal edildiği bu noktada, menfaatlerin dengelenmesi açısından etkili olacaktır. Menfaatlerin dengelenmesi açısından esas alınacak olan ise, işçiden bu halde özel yaşamına müdahale teşkil eden uygulamaya dürüstlük kuralı ve sadakat borcu gereği rıza göstermesinin beklenebilir beklenemeyeceği hususudur.

Rızaya ilişkin olarak, işyerinde geleneksel olarak süregelen bir uygulamaya işçinin rıza göstermesinin zorunlu olup olmayacağı sorusu da akla gelebilir. Örneğin işveren, işyerindeki herkesin 7 gün ve 24 saat cep telefonlarının açık olmasını talep etmekte, gerektiğinde her an ulaşılabilir olma zorunluluğunu dayatmakta ve herkes bu uygulamaya uygun davranmakta ise, bu durum,

⁸⁷ Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 56.

⁸⁸ Gratton, Volonté du salarié, 186.

⁸⁹ Güzel/Ugan Çatalkaya, Dürüstlük Kuralının İşlevi, 61; Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 65, 70.

bir işçinin, genel uygulamanın bu yönde olması nedeniyle buna boyun eğmesine neden olabilecek midir? Soruya hukuksal anlamda bir cevap vermek gerektiğinde, cevabın olumsuz olacağı ve hatta bu durumun, işverenin sürekli olarak işçilerin kişilik haklarını ihlal ettiğinin bir göstergesi olacağına da kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla, işçilerin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyan bir uygulamaya, salt işyerinde yerleşik bir uygulama olması nedeniyle işçinin rıza göstermek zorunda olmayacağı açıktır⁹⁰. Ne var ki, iş sözleşmesinin devam etmesini isteyen, işsizlikle burun buruna gelmekten çekinen her çalışan açısından olduğu gibi, bu uygulamanın dayatması ile karşı karşıya kalan işçi de, zorunlu olarak “rıza” göstermek durumunda kalacaktır. Bu çarpıcı gerçek, iş hukukunun var oluş nedenini ve işçi-işveren ilişkilerinin kendine özgü bir yaklaşımla ele alınması gerekliliğini bir kez daha gözler önüne sermektedir.

Ekleyelim ki, sözü edilen uygulamanın niteliği de, işçiden sadakat borcu ve dürüstlük kuralı gereği bu uygulamaya uygun davranmasının beklenip bekenemeyeceği noktasında etkili olacaktır.

5. Sonuç

İş sözleşmesinde, karşılıklı edimlerin değişimi unsurunun yanına, bu edimlerden biri olan iş görme edimine yani emeğe, insani bir boyut eklenerek, özgün bir hukuki statü kazandırılmıştır⁹¹. Böylece bu sözleşme ilişkisine zorunlu olarak dahil olan işçinin kişilik değerlerinin, özel ve özgün bir korumanın konusu olması gerekliliği doğmuştur.

İş Hukukunun tarihsel gelişim sürecinde, iktisadi liberalizmin sonucu olan uzun çalışma sürelerinin, işçinin iş sözleşmesinin zayıf ve korunması gereken tarafı olduğunun kabul edilmesiyle, devletin iş ilişkilerine müdahale etmesi sonucu kısaltılarak, bu konuda emredici düzenlemeler getirildiği ve bunun gereğinin işçilerin sağlığının, bedensel ve ruhsal vücut bütünlüğünün korunması olduğu açıktır. Söz konusu emredici düzenlemelerin ve işçileri koruma amacının varlığını korumasına karşın, günümüzde, bilgi ve iletişim teknolojilerinin ilerlemesinin etkisiyle, belli açılardan, işçilerin bedensel veya ruhsal anlamda zarar görmelerine ve özellikle kişilik haklarının ihlaline neden olabilecek yeni risklerin ortaya çıktığını gözlemleyebiliyoruz. Bu risklerden bir tanesini, açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, bilişim toplumunun bireylerinin ve dolayısıyla çalışanlarının da yanından hiç ayırmadığı cep telefonları oluşturuyor. İşçilerin, fiilen işyerinin sınırları içinde, masalarının başında bulunmalarına da, zihnen işverenin otoritesinin dışına çıkamamaları, işveren tarafından “ulaşılabilir olmama” veya “bağlantıyı kesme” hakkından yoksun olmaları, onların, en az sanayi devrimi dönemi işçileri kadar korunmaları gereğini karşımıza çıkarılmaktadır. Kuşkusuz bu koruma, günümüz bilişim çağının yol açabileceği ihlallere karşı, uygun pozitif düzenlemelerin de yapılması ihtiyacını doğurmaktadır.

Gerçekten, kısaca açıklamaya çalıştığımız koşullar altında, bağımlılık unsurunun ve özellikle de işçinin bu kapsamda korunması konusunun, bu koşullara uygun ve çağdaş bir bakış açısıyla ele alınması gerekliliği açıktır. İş görmek için hazır durumda bekleme, -belki başka bir bilimsel çalışmanın konusu olabilecek bir durum olarak- bu gerekliliği ortaya koyabilecek çarpıcı örneklerden bir tanesidir: Geçmişte, iş görmek için hazır bekleme durumunu

⁹⁰ Sevimli, İşçinin Özel Yaşam Hakkı, 63.

⁹¹ Güzel, Intuitus Personae, 194.

tespit etmek, işyerinin sınırları içinde veya işyerine yakın bir yerde bekleme söz konusu olacağı için, görece daha kolay iken; günümüzde bunun tespiti zorlaşmış durumdadır. İşçinin ne zaman işverenin otoritesi altında bulunduğunu ve hangi zaman diliminin çalışma süresi sayılacağını belirlemek güçlük arz edilmektedir. Zira bir taraftan işçi, teknolojinin sunduğu olanaklar sayesinde kişisel uğraşlarına zaman ayırırken, diğer taraftan işveren tarafından ulaşılabilir olmakta; hatta işveren, gerektiğinde kendisine bazı talimatlar verebilmektedir. Bu halde, işçinin, işveren otoritesinden bütünüyle bağımsız olarak geçiremediği bu zaman diliminin, çalışma süresinden mi sayılması gerektiği tartışma konusu yapılabilecektir. Bu nedenle iş görmeye hazır bekleme durumunun sadece acil ve hayati önem taşıyan işlere özgülenmesi; teknolojinin geldiği noktaya dikkate alındığında, bağımlı çalışmanın sınırlarının tespit edilmesi, işçilerin özel yaşamına müdahalenin önlenmesi açısından son derece önem kazanmaktadır.

Son olarak, cep telefonları “sayesinde” her an ulaşılabilir olmanın, sürekli bağımlılık ilişkisi içinde olma baskısını doğurmaması gerektiği; işçinin zorunlu olarak bu duruma “rıza” göstermesinin, giderek yaygınlaşan kişisel yaşama müdahale niteliğindeki uygulamaları hukuka uygun hale getirmeyeceği ve bu konuya salt medeni hukuk düzenlemeleri ile yaklaşmanın, iş hukukunun özgün niteliğini göz ardı etme sonucunu ve tehlikesini doğuracağı vurgulanmalı; bu gerekçelerle konunun İş Kanunlarında ayrıca düzenlenmesi gerektiğinin altı çizilmelidir.

İŞ HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Prof. Dr. Devrim Ulucan*

Yargıtay'ın İş Hukuku davalarına bakan dairelerinin, daha çok ticaret ve diğer özel hukuk davalarında gündeme gelen ve uygulama alanı bulan "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması" kuramını iş hukuku alanında da kullanmaya başladığı görülmektedir. Bu bağlamda Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2013 tarihli kararı esas alınarak konu irdelenmeye çalışılacaktır.

I. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin E. 22684, K.10887, 14.5.3013 Tarihli Kararı

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin E. 22684, K.10887, 14.5.3013 tarihli kararında, önce inceleme konusu yapılacak konular bazı başlıklar altında belirlenmiştir. Başlıklar sırası ile;

- Davalı tüzel kişiler arasında gerçek bir işyeri devri olup olmadığı, kıdem ve ihbar tazminatı alacağının hangi tüzel kişi işverene yöneltileceği, davalıların hukuki sorumluluğunun özellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve organik bağ kavramları ışığında ele alınması,

- Tüzel kişilik mallarının onu kuran gerçek kişilerden ayrıldığı ancak tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması ile kıdem, ihbar ve işçilik alacağı bakımından gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebileceği,

- Tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde takibin asıl borçlu şirket ile birlikte Onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan organik bağ gibi bir hukuki yol olduğu ve davalıların hukuki sorumluluğunun bu kavram ışığında da inceleneceği,

- Şirketler arasında ilişkinin gerçek bir işyeri devri niteliğinde olup olmadığının belirlenebilmesi için, şirketlerin devir tarihinde ve sonrasında ortakları ve işyerindeki faaliyet alanları içinde çalışanların belirlenmesi için yerinde keşif yapılarak bir rapor hazırlanması,

- Şirketler arası ilişkinin gerçek bir işyeri devri olup olmadığının belirlenmesi için, davalı şirketlerin ticari defter ve işyeri kayıtları üzerine inceleme yapılması, bu konuda bir rapora göre karar verilmesi.

Yüksek Mahkeme, irdeleme konusu yapılacak bu ana başlıklardan sonra, dava konusu olayı özetlemiştir. Buna göre; "davacı, davalılar arasında işyeri devri olduğunu belirtmiş, kıdem, ihbar ve bir kısım işçilik alacağı talep etmiştir. Davalıların hukuki sorumluluğu özellikle "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve "organik bağ" kavramları ışığında da ele alınmalıdır. Tüzel kişiliğin malları, onu kuran gerçek kişilerden ayrılır. Tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması ile gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebilir. "Organik Bağ" tüzel kişiye karşı

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağına sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur. Davalılar arasındaki ilişki ve bunun sonucu işçilik alacakları yönünden sorumlulukları yeterince aydınlatılmamıştır. Şirketlerin devir tarihi ve sonrası ortakları ve faaliyet alanları, işyerinde çalışanları belirlenmeli, aralarındaki ilişkinin gerçek bir işyeri devrine dayanıp dayanmadığı tespit olunmalıdır. Uzman kişilerden oluşan üç kişilik bilirkişi heyeti vasıtasıyla mahallinde gerekirse keşif yapılarak davalı şirketlerin ticari defter ve işyeri kayıtları üzerinde yapılacak incelemeler neticesi düzenlenecek rapor sonucuna göre değerlendirme yapıp karar verilmelidir.

Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı L... Konfeksiyon Ltd. Şti. avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi M. Söylen tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: Davacı, davalılar arasında işyeri devri olduğunu, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini belirterek kıdem, ihbar ve bir kısım işçilik alacağı talep etmiştir.

Davalı L... Konfeksiyon Ltd. Şti., diğer davalı ile aralarında işyeri devri olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı Hlcks. Ltd. Şti., adına duruşmaya katılan olmamış, cevap verilmemiştir. Mahkemece davalılar arasında işyeri devri olduğu kabul edilerek davacının iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği belirtilerek işçilik alacakları hüküm altına alınmıştır. Kararı davalı L... Konfeksiyon Ltd. Şti. vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, davalılar arasında organik bağ ve işyeri devri olup olmadığı konusunda toplanmaktadır.

İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğini korunmasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddi ve maddi olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişse bunun süresi işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir (Süzen, v. Zehnacker Krankenhausservice, Case 13/95, 1997, ECR I-1259.; Spijkers v. Belledik, Case 24/85, 1986, ECR 1119).

Avrupa Adalet Divanı, maddi ve maddi olmayan unsurların devri sözkonusu olmaksızın olan işgücünün önem taşıdığı sektörlerde ekonomik birliğin önemli unsurunu olan işçilerin devri yoluyla da işyeri devrinin gerçekleştirileceğini kabul etmektedir (ATAD, 10.12.1998, 173/96, Ilidalgo, para. 26, NZA 199,11.4, 189 vd.).

Avrupa Adalet Divanının kararlarında, "hukuki işlemle devir" ifadesi geniş şekilde değerlendirilmekte, yazılı sözlü bir anlaşma hatta zımni bir anlaşma da yeterli görülmektedir. Yine üye ülkeler uygulamasında, ihale yoluyla bir işin alınmasında devreden işveren bilmese dahi işyeri devrinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Avrupa Birliğine üye olmayan ancak benzer ilkeler sahip İsviçre'de de İsviçre Federal Mahkemesi devreden ve devralan arasında doğrudan hukuki işlemin bulunmasının şart olmadığı kanısına varmıştır (Bkz. Yenisey,

K. Doğan: İşyeri Devri Çerçevesinde İşyeri ve İşyeri Bölümü Kavramları. Kadir Has Uni. İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, s. 135).

Davalıların hukuki sorumluluğu özellikle "tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve "organik bağ" kavramları ışığında da ele alınmalıdır. İdeal olan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin yasalarda yer alması ya da ortak topluluğuna yönelik sözleşmelerde ayrıntılı açıklamalara yer verilmesidir.

Tüzel kişiliğin olması İş Kanunu 2. maddesi bağlamında İşveren olarak kabulü için zorunlu değildir. Kurum olması yeterlidir.

Tüzel kişilik, oluşturulacak kişiliğin kendine özgü amaç birliği içinde ve bağımsız bir varlık olarak ortaya konabilir. Tüzel kişiliğin malları, onu kuran gerçek kişilerden ayrılır. İşte tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması ile gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebilir (Antalya, Gökhan; "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tebliğ Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (MÜHF), İstanbul 2008, sh 146).

İkinci şekli ise, "Çapraz perdeyi kaldırma"dır. Aynı şirketler topluluğu içinde yer alan kardeş şirketler arasında perdenin kaldırılmasıdır. (Öztek, Selçuk/Memiş, Tekin "Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklarının Hakim Ortağa Karşı Korunması" (Tebliğ) MÜHF, İstanbul 2008, sh 208).

Tüzel kişiliğin özellikle sorumluluk konusunda bir koruma yaptığı gerçektir. Tüzel kişi ile ortakların alanlarının organizasyon ve malvarlıkların birbirine karışması, yetersiz sermaye ve özellikle şirket tüzel kişiliğinin bilinçli olarak üçüncü kişileri zarara uğratılması tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması nedenlerindedir (Öztek/Memiş: sh 197 vd.).

Başka bir anlatımla bu davalar borçlunun alacaklarından mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarrufların hileli, muvazaalı işlemlerin borçlunun alacaklısına karşı hükümsüz hale gelmesi yaptırımını hedefleyen hakim hukuku biçiminde bir son çaredir. (Yıldırım, Kamil; "Maddi Hukuk icra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar," Tebliğ, MÜHF, İstanbul 2008, sh 193)

"Organik Bağ" tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur. Bu halde iktisadi bütünlük aranmaz.

Somut olayda davalılar arasındaki ilişki ve bunun sonucu işçilik alacakları yönünden sorumlulukları yeterince aydınlatılmamıştır. Söz konusu şirketlerin devir tarihi ve sonrası ortakları ve faaliyet alanları, işyerinde çalışanları belirlenmeli, aralarındaki ilişkinin gerçek bir işyeri devrine dayanıp dayanmadığı tespit olunmalıdır. Bu amaçla alanında uzman kişilerden oluşan üç kişilik bilirkişi heyeti vasıtasıyla mahallinde gerekirse keşif yapılarak davalı şirketlerin ticari defter ve işyeri kayıtları üzerinde yapılacak incelemeler neticesi düzenlenecek rapor sonucuna göre değerlendirme yapıp karar verilmesi gerekirken bunun yapılmayarak eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alman temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.05.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi."

Yukarıda tamamı verilen kararda yapılan açıklamalardan, karara konu olan maddi olay açık bir biçimde ortaya çıkmamaktadır. Bu durum karar içinde

yapılan ifadelerden anlaşılmakta, bu nedenle olayın açıklığa kavuşması için bilirkişi incelemesi istenmektedir. Ancak doğrudan bir bağlantısı olmadığı halde organik bağ ve perdenin kaldırılması kuramları ile ilgili bazı açıklamalar ve saptamalar yapılmaktadır. Bu yoldan işyeri devrinin gerçekleşip gerçekleşmediğine göre, uygulanabilmesi halinde bu kuramlar çerçevesinde kıdem tazminatı ihbar tazminatı gibi işçi alacaklarından kimin sorumlu olacağı ve kimin bu ödemeleri yapacağı araştırılmaya çalışılmaktadır.

Karar içinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramı ile ilgili görüşlere geniş yer verilmekte, buna karşın maddi olay açıklık kazanmadığı için bir sonuca ulaşılamamaktadır.

II. Hukukumuz Açısından Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Anlamı

Bu kuram, tüzel kişiliğin, sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü yükümlülük ve borçlardan kurtulmak için bir araç olarak kullanılması karşısında geliştirilmiştir. Tüzel kişiliğin ortaklarından ayrı malvarlığı ve kişiliğinin bulunması, iyi niyeti olmayan birtakım kimseleri, tüzel kişilik kimliğini bir kalın gibi kullanarak, kendi çıkarlarına uygun, ancak başkalarına zarar verecek şekilde hareket etmeye sevk etmiştir. Hukuk sistemimiz, tüzel kişilik kimliğinin ortaklarının kimliğinden tamamen farklı - kendine ait- bir kimlik olduğu fikri üzerine kurulmuştur. "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması" kuramı ise bu sistemi sorgulamakta ve hakkın kötüye kullanıldığı bazı durumlarda (hallerde) iki ayrı kimliğin, birbirinden bu denli kesin hatlarla ayrılmaması gerekebileceğini ortaya koymaya çalışmaktadır (*L. Yılmaz, Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler, Birinci Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 240*).

Bir görüşe göre, tüzel kişinin üyelerinin "art niyetli, hesaplı bir davranış içine girerek, sırf sorumluluktan kurtulma amacıyla, tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınması durumunda, alacaklıların, tüzel kişilik perdesini aralayıp, aradan, kulisteki tüzel kişi üyelerine uzanabilecekleri kabul edilmektedir (R. Serozan, *Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1997, s. 90 vd.*). Öte yandan, kural olarak tüzel kişilik kendi malvarlığına sahip olduğu ve ortaklarından tamamen ayrı, bağımsız bir varlık, hukuk süjesi olduğu için, borçlarından onu oluşturan ortaklar değil, bizzat ve tek başına kendisi sorumludur. Tüzel kişiliği yaratan felsefe budur. Bu felsefenin gereği olarak, tüzel kişilik borçlarından yalnız tüzel kişiliğin kendisi sorumludur, ortaklara gidilemez. İşte birbirinden yüksek ve kalın duvarlarla ayrılmış bu iki kimliğin arasındaki duvar, acaba bazı hallerde yıkılabilir mi? Şirket alacaklısı bazı durumlarda bu iki kimlik arasındaki duvarı yıkararak, alacağını şirket yerine ortaklardan isteyebilir mi?

Yukarıda da belirtildiği gibi, bazı durumlarda gene de tüzel kişi ile tüzel kişiyi oluşturan kişiler arasındaki perdenin kullanılması hukuk düzeninin korumayacağı, hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu nedenle tüzel kişiyi oluşturan kişilerin kötü niyetli hareket ederek sırf sorumluluktan korunmak için tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınmaları halinde ortaya çıkacak hukuka aykırı durum ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile mümkün olmaktadır. Böylece tüzel kişiden alacaklı olan üçüncü kişiler kötü niyetli şirket ortaklarının şahsi malvarlığına başvurabilmektedirler (*G. Tekinalp ve Ü. Tekinalp, Perdeyi Kaldırma Teorisi, R. Poray'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, s. 387*).

Ancak, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren olaylar birer istisnadır ve tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilir, aksini savunmak, tüzel kişilik kavramının ortadan kalkmasını savunmak demektir (Yılmaz, *orada belirtilen yazarlar s. 240 – 247*). Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için çok ciddi ölçülerin oluşturulması ve her somut olayın bu yönde özenle incelenip değerlendirilmesi gerekir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması üç değişik biçimde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi düz kaldırmadır, ikincisi ters kaldırmadır üçüncüsü ise çapraz kaldırmadır.

Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılmasından anlaşılan; alacaklılarına karşı sadece kendi malvarlığı ile sorumlu olan tüzel kişiye ilişkin bir borçtan dolayı sorumluluk alanının, tüzel kişiyi oluşturan veya yöneten kişileri de içine alacak şekilde genişletilmesidir. Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması halinde tüzel kişiyi oluşturan veya yöneten kişilerin sorumlulukları, koymayı taahhüt ettikleri sermaye payı ile sınırlı olmayacaktır (*G. Antalya, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Birinci Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s.144*).

Tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması halinde, kural olarak tüzel kişi ortağının şahsi alacaklıları ortağın tüzel kişideki payını haczettirmesi ve böylece tüzel kişinin malvarlığından dolayı olarak alacağını tahsil etmesi mümkündür. Tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılması şirket ortağının şahsi alacaklısının doğrudan doğruya tüzel kişinin malvarlığına yönelebilmesidir (*Tekinalp ve Tekinalp, s.387*).

Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması ise; bir şirketler grubunun ya da holdinglerin bünyesinde bulunan şirketler arasında söz konusu olabilmektedir. Örneğin; yavru ortaklığa ilişkin bir durumdan dolayı bu yavru ortaklığın bağlı olduğu ana ortaklığa ve bu ana ortaklık üzerinden de diğer yavru ortaklığa gidilebilmesidir. Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılabilmesi için bir iktisadi işletmenin yürüttüğü farklı faaliyetler için hukuken birbirinden bağımsız tüzel kişiliklerin kurulması ve bu tüzel kişilerin üretim, pazarlama ve ihracat gibi birbirini tamamlayıcı nitelikte faaliyet göstermeleri gerekmektedir.

III. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 14.05.2013 Tarihli Kararının Yukarıda Yapılan Açıklamalar Çerçevesinde İncelenmesi

Karara konu olan olayda iki limited şirketten söz edilmektedir. Davacı, iki şirket arasında işyeri devri olduğunu ileri sürmekte ve anlaşılabilirdiği kadarı ile işyerini devralan şirketten sözleşmesi feshedildiğini ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı istemekte ve mahkemeden bu yönde karar verilmesini istemektedir. Davalı şirketlerden L.. Konfeksiyon böyle bir devir işleminin gerçekleşmediğini ileri sürmüştü, diğer şirket Hlcks ise duruşmalara katılmamış ve cevap da vermemiştir. Buradan maddi olayla ilgili bir sonuç çıkarılmak istenirse, davacı işçinin, işyerini devraldığı ileri sürülen işverence işten çıkartıldığı için işçilik alacaklarını ondan talep ettiği, bu işverenin ise böyle bir devir işleminin gerçekleşmediği için talepleri reddettiği ileri sürülebilir. Böyle olunca ortada gerçek bir devir işleminin olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Yüksek Mahkeme bozma kararını verirken bir işyerinin devrinin hangi koşullarda gerçekleşebileceğini Avrupa Adalet Divanı Kararları ile bu konuda ileri sürülen yerli ve yabancı bilimsel görüşleri ortaya koyarak bu yönde maddi

olayın değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Kendisi de buna ilaveten bazı kriterler oluşturmaktadır.

Yüksek Mahkeme, somut olayda davalılar arasındaki ilişki ve bunun sonucu işçilik alacakları yönünden sorumlulukları yeterince aydınlatılmadığını ileri sürmekte ve bunun için söz konusu şirketlerin devir tarihi ve sonrası ortakları ve faaliyet alanları, işyerinde çalışanların belirlenmesi, aralarındaki ilişkinin gerçek bir işyeri devrine dayanıp dayanmadığı tespit edilmesini ve bu amaçla alanında uzman kişilerden oluşan üç kişilik bilirkişi heyeti vasıtası ile gerekirse mahallinde keşif yapılarak davalı şirketlerin ticari defter ve işyeri kayıtları üzerinde yapılacak incelemeler neticesi düzenlenecek rapor sonucuna göre değerlendirme yapıp karar verilmesi gerektiğini, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasını hatalı bularak, kararın bu nedenle bozulması gerektiği sonucuna varmaktadır. Bundan da öteye ayrıca Yüksek Mahkeme davalıların hukuki sorumluluğu özellikle “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve organik bağ” kavramları ışığında da ele alınması gerektiğini belirtmiştir.

Ayrıca, “Tüzel kişinin malları, onu kuran gerçek kişilerden ayrılır. Tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması ile gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebilir. “Organik bağ” tüzel kişiye karşı alacakların takip edilmesinde, bu takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur” diyerek, olayın bu yönden de incelenmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Yüksek Mahkeme, bu açıklamaları ile maddi olayın tam ve doğru ortaya konması halinde organik bağ yolu ile uygulanabilirliği ölçüde perdenin kaldırılması kuramının olay bakımından da devreye girebileceği izlemine vermektedir. Bu durumda anlaşıldığı kadarı ile davalı iki şirket arasında işyerin devrinin gerçekleştiği ve belirtilen ölçüler içinde aralarına organik bir bağın oluştuğu kabul edilmesi halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile davacı işçi, alacaklarını devralan şirketten isteyebilecektir.

Yüksek Mahkeme'nin tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması yolunu izlemeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Ortada iki tüzel kişinin bulunması Yüksek Mahkeme'yi bu şekilde yönlendirmiştir. Genellikle grup şirketler veya holding bünyesindeki şirketler arasında uygulama konusu olan organik bağ ilişkisinin kurulması ve bu yönden tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yöntemi, karara konu olan olayda birbirinden bağımsız iki farklı şirket açısından devreye sokulmaya çalışılmaktadır. Grup veya holding bünyesinde şirketler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması şirketlerden birinden alacaklı olan kişiye, diğer şirkete karşı alacağını talep hakkı verebilir. Bu bir işçi alacağı da olabilir.

Oysa, birbirinden bağımsız iki tüzel kişi şirket arasında gerçek anlamda bir işyeri devri söz konusu ise, bütün bu teorik tartışmalara girmeksizin İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca her iki işverenin, işyerinin devrinden sonra iki yıl süre ile devredilen işyerinde çalışan işçi alacaklarından sorumlu oldukları, iki yıldan sonra sadece devralan işverenin sorumlu olacağı kuralından hareketle sonuca ulaşmak doğru olandır. Bu konuda, sorunun çözümü için açık bir yasal yol varken, belki optik açıdan daha anlaşılır gözükün tüzel kişi perdesinin kaldırılması gibi kuramsal bir yola gidilmesine gerek yoktur, bunun gibi ortada açık bir muvazaalı bir işlemin olduğu kanıtlanabiliyorsa bu yönde çözüm üretilmesi gerekir.

Her iki tüzel kişi arasında belirtilen ölçüler içinde organik bağın bulunup bulunmadığının araştırılması ise, sadece, işçinin çalıştığı işyerinin görünüşte

devredilmiş olması veya devralan şirketin tüzel kişiliğinin tartışmalı olması halinde bir anlam ifade eder. Bu şekilde devraldığı ileri sürülen şirketin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yolu ile işyerini devrettiğini ileri süren işverenin davacı işçi alacakları ile ilgili olarak sorumluluğuna gidilebilir.

Organik bağ; tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde, bu tabikin asıl borçlu şirket ile birlikte, onunla belirli düzeyde hukuki ilişkiye ve bağa sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir hukuki yoldur dersek, bir ölçüde işyerinin devredildiğinin kanıtlanamadığı durumlarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yöntemi ile sorumluluk ilişkisini açığa çıkarabiliriz. Burada işçi, duruma göre her iki şirkete karşı üçüncü şahıs alacaklı olduğu için tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılmasından yararlanarak işçi alacaklarını talep edebilir.

Yüksek Mahkeme bu nedenle, “Somut olayda davalılar arasındaki ilişki ve bunun sonucu işçilik alacakları yönünden sorumlulukları yeterince aydınlatılmamıştır. Söz konusu şirketlerin devir tarihi ve sonrası ortakları ve faaliyet alanları, işyerinde çalışanların belirlenmesi, aralarındaki ilişkinin gerçek bir işyeri devrine dayanıp dayanmadığı tespit olunmalıdır. Bu amaçla alanında uzman kişilerden oluşan üç kişilik bilirkişi heyeti vasıtası ile gerekirse mahallinde keşif yapılarak davalı şirketlerin ticari defter ve işyeri kayıtları üzerinde yapılacak incelemeler neticesi düzenlenecek rapor sonucuna göre değerlendirme yapıp karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Kararın bu nedenle bozulması gerekir.” sonucuna varmıştır.

Burada mahkeme, işyerinin gerçekten devri ile görünüşte devri arasında bir ayrım yapmaksızın belirtilen kriterler çerçevesinde organik bağ yolu ile sadece işyeri devri kavramını kullanarak tüzel kişi perdesinin kaldırılması yöntemine başvurulabileceği görüşünü ortaya koymuştur. Bir bakıma organik bağın kurulması ile işyerinin devrinin gerçekleştiğini kabul etmektedir. Oysa, belirtildiği gibi, gerçek anlamda bir işyeri devrinin bulunmadığı veya devrin kuşkulu olduğu hallerde, iki tüzel kişi arasında organik bağın kurulabilmesi ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla işçi alacaklarından hangi tüzel kişinin sorumlu olacağını belirlemek gerekirdi.

Karar içinde yer almamasına ve karara konu olayla bir ilintisi olmamasına rağmen, başta yapılan açıklamalarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili bazı saptamalarda bulunulmaktadır. Bunlar sırası ile;

- *Hukuki sorumluluğun işyeri devri çerçevesinde, özellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve organik bağ kavramları ışığında ele alınması.* Gerçek anlamda bir işyeri devrinin bulunması halinde sorunun aslında İş Kanunu 6. madde çerçevesinde işyeri devri ve sonuçlarına göre çözülmesi gerektiği, bu yoksa ancak o zaman perdenin kaldırılması yöntemin uygulanmasının doğru olacağı yukarıda açıklandı.

- *Tüzel kişiliğin mallarının onu kuran gerçek kişilerden ayrıldığı, tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması ile gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebileceği.* Karara konu olayda böyle bir”tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması” anlamına gelen bir talep bulunmamaktadır. Aslında, tüzel kişi işverenden alacağını tahsil edemeyen işçi bakımından en uygun olan ve de anlaşılabilir olan, bu gibi durumlarda tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması yolu ile koşulların elverdiği ölçüde ortaklara yönelebilesidir.

- *Organik bağ, tüzel kişiye karşı olan alacakların takip edilmesinde bu tabikin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve*

sahip olan şirkete karşı yapılabilmesini sağlayan bir yol olduğu için hukuki sorumluluğun bu kavram ışığında incelenmesi. Belirtildiği gibi, tüzel kişilerde perdenin kaldırılması, gerçek anlamda bir işyeri devrinin bulunmadığı, ancak bir organik bağın kanıtlanması halinde işçi alacakları için tüzel kişiler arasında hukuki sorumluluğun belirlenmesi bakımından devreye girebilecektir.

Sonuç olarak; iş hukukunda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yöntemi ile bazen tüzel kişi işveren veya işverenler açısından işçi alacaklarından kimin sorumlu olacağı belirlenebilir. Ancak, böyle bir uygulamaya giderken maddi olay çok iyi incelenmeli, tüm unsurları ile ortaya konmalı ve önce iş hukukunda var olan yöntemler tüketilmelidir. Bu konuda yerel mahkemelere büyük görev düşer. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişi ortaklarının sorumluluğunun ortaklık payları ile sınırlı olduğu kuralını ortadan kaldırmalıdır. Bu nedenle ciddi bir biçimde tüzel kişilik perdesinin kötü niyetle kullanıldığına ortaya çıkması haline, üçüncü kişilerin bu arada işçi alacaklılarının zarar görmesini engellemek için bu yola başvurulmalıdır. Unutulmaması gereken bir husus da, bu yola başvururken görüldüğü gibi tüzel kişi perdesinin kaldırılmasında gene de kötü niyetin araştırılması vazgeçilmez bir unsur olmasıdır.

KAYNAKÇA

Gökhan Antalya, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", Birinci Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 143-153.

Lerzan Yılmaz, "Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler", Birinci Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 233-261.

Rona Serozan, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1997.

Gülören Tekinalp ve Ünal Tekinalp, "Perdeyi Kaldırma Teorisi", Reha Poyro'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1995, s. 387-404.

İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIYA ALINMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

(THE SUSPENSION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT AND ITS LEGAL EFFECTS)

Araş. Gör. Rabiye Yaman*

ÖZ

Bu çalışmanın amacı iş sözleşmesinin askıya alınması kavramını, şartlarını ve hukukî sonuçlarını doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında irdelemektir. İş sözleşmesinin askıya alınması, işçinin iş görme, işverenin ücret ödeme borçlarının geçici süreliğine ertelenmesidir. Askı durumu sona erdiğinde iş ilişkisi kaldığı yerden devam eder. Birinci ve ikinci bölümde iş sözleşmesinin askıya alınması kavramı, şartları ve başlıca askı halleri üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde iş sözleşmesinin askıya alınmasının hukukî sonuçları açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Askıya alınma, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması

ABSTRACT

The aim of this study is to handle the concept of the suspension of the employment contract, its requirements and its legal effects in the light of doctrines views and judicial decisions. The suspension of the employment contract means that the employee stops working and the employer delays her/his payments temporarily. Once the period of suspension is over then the employment relation will carry on. In the first and second part, the concept of the suspension of the employment contract, its requirements and principal situations are studied. In the third part, its legal effects are discussed.

Keywords: Suspension, The Suspension of The Employment Contract

I. GİRİŞ

İş sözleşmesinin askıya alınması ile, sözleşme taraflarının, iş sözleşmesinden doğan temel borçları hükmünü yitirir; işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borçları geçici olarak ertelenir. İş yasalarımızda, iş sözleşmesinin askıya alınması münhasıran bir başlık halinde düzenlenerek tanımı, şartları, hüküm ve sonuçları düzenlenmemiştir. İş yasalarının çeşitli yerlerinde dağınık şekilde hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca, iş sözleşmesinin askıya alınması halleri yalnızca yasada öngörülen hallerle sınırlı olmayıp, şartları gerçekleştiğinde kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. İş sözleşmesinin askıya alınması, beraberinde birçok sorunu gündeme getirmektedir. Biz de bu amaçla iş sözleşmesinin

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

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

askıya alınmasını bütün yönleri ile Yargıtay uygulaması ve doktrindeki görüşler ışığında ele almaya çalışacağız.

Bu amaçla çalışmamızın birinci ve ikinci bölümünde, genel olarak iş sözleşmesinin askıya alınması kurumundan, şartlarından ve yasalarda öngörülen ve uygulanan ortaya çıkardığı askı hallerinden bahsedeceğiz. İş sözleşmesinin askıya alınması için (özellikle işçi açısından); iş görme edimini yerine getirmenin mümkün olmaması ve/veya işverenin ifayı kabul etmesinin mümkün olmaması, iş görme edimini yerine getirmemenin geçici olması, iş görme edimini yerine getirmemenin kusursuz olması ve tarafların sözleşmeyi askıya alma konusunda anlaşmış olmaları gerekir. İş yasalarında iş sözleşmesinin askıya alınması halleri; işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik hallerinde işine devam edemediği süreler (İ.K. m. 25/I-b, DİK, m.14/III, BİK. m. 12/I ve m.16/VII), askerlik veya kanundan doğan başka ödevler nedeniyle işçinin işine gidemediği günler (İ.K. m. 31/I ve II, BİK. m.16), işçiden veya işyerinden kaynaklanan zorlayıcı sebeplerle çalışılmayan süreler (İ.K. m. 24/III ve m.25/III, BİK. m.17/IV), işçinin gözetli veya tutuklanması nedeniyle işine gidemediği süreler (İ.K. m. 25/IV, BİK. m.17), grev nedeniyle çalışmayan veya lokavta maruz kalan işçilerin grev ve lokavt süresinde çalışmadığı süreler (STİSK. m. 67/I), işçi kuruluşunda yönetici olarak iş yerinden ayrılan işçilerin görevde geçirdiği süreler (STİSK. m.23/I), evlenme ve ölüm dolayısıyla verilen izinler (İ.K. m. 46/III-b, BİK. m.19/II) olarak belirlenebilir. Bunların dışında, iş sözleşmesinin askıya alınması toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş sözleşmeleri ile düzenlenebilir¹.

II. GENEL OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIYA ALINMASI

A. Kavram

İşçinin geçici ve kusursuz olarak edimini yerine getirememesi ve/veya işverenin geçici ve kusursuz olarak işçinin iş görme edimini kabul etmesinin mümkün olmaması nedeniyle, işverenin ifayı talep hakkının ve sözleşmeyi fesih yetkisinin ertelenmiş olması iş sözleşmesinin (iş ilişkisinin) askıya alınması² sonucunu doğurur³. Ancak bu genel teorik tanımımızda, geçici ifa imkânsızlığının borçlunun kusuruna dayanmaması gerektiği vurgulansa da ilerde görüle-

¹ Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt-9 Özel Sayı, 2007, s. 121 (Ücretsiz İzin); Murat Şen, Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları, SİCİL, Mart 2008, s. 91 (Sendika Yöneticisi).

² Kelimenin tam anlamı için bkz. HarbanSingh K.S., Suspension of Work: An Overview, BuletinIngenieur, Eylül-Kasım 2004, S: 23, s. 24-25.

³ Sarper Süzek, İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2012, s. 507; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Kasım 2012, İstanbul, s. 487; Devrim Ulucan, İş Mücadelesinin Hizmet Akdine Etkisi, İş Hukuku Dergisi, C: 2, S: 2, 1992, s. 168-169; Kübra Doğan Yenisey, Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul 2002, s. 81; Savaş Taşkent, İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, SİCİL, Eylül 2006, s. 20-28; Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Eskişehir 2010, s. 236-237; Şen, s. 92; Sevil Büyüktarakçı, İş Hukukunda Mevsimlik İşler Ve Kampanya İşleri, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), (Danışman: Prof. Dr. Melda Sur), Ankara 2010, s. 67-68; Gaye Burcu Yıldız, Mevsimlik İş Sözleşmesi, Legal İHD, S: 25, 2010, s. 46; Hakan Çavuş, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması, Mali Çözüm Dergisi, Ağustos-Eylül-Ekim 2006, S: 77, s. 102.

ceği gibi işçinin kanunî grevde çalışmadığı sürenin⁴ ya da ücretsiz izin süresinin veyahut da 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁵ ile kabul edilen işçi kuruluşunda yöneticilik görevine gelenlerin görevleri boyunca çalışmadıkları süreler için sözleşmenin askıda olduğu düşünülürdüğünde bu durumların işçinin kendi iradesiyle oluştuğu gerekçesiyle⁶ kusursuz geçici ifa imkânsızlığından bahsedilemez. Bu nedenle, işçinin edimini yerine getirmesi mümkün ancak objektif iyi niyet kurallarına göre kendisinden *beklenemez* olması durumu sözleşmenin askıya alınmasının ilk koşulu olmalıdır⁷. İş sözleşmesinin askıya alınması, iş yasalarında tek başlık halinde düzenlenmemiş, dağınık şekilde ve dolaylı olarak hükme kavuşturulmuştur. Bunun yanı sıra, kanunda düzenlenmeyen hallerde de taraflar anlaşarak sözleşmeyi erteleyebilir veya şartlar gerçekleşmişse bu durum kendiliğinden ortaya çıkabilir⁸.

Bu nedenlerle iş sözleşmesinin askıya alınması kavramında ortak bir tanıma varılmamış, doktrinde çeşitli fikirler ortaya atılmıştır⁹. Ancak şu hususta şüphe yoktur ki, iş sözleşmelerinin *sürekli nitelikte olması* ve taraflardan birinin temerrüde düşmesi durumunda sözleşmeden dönmenin söz konusu olamayıp sözleşmenin ileriye yönelik olarak *feshinden* bahsedilmesi gerektiği göz önüne alınacak olursa Borçlar hukukunda edimin ifasının imkansızlaşmasına bağlanan genel sonuçların (BK. m.136/I-II ve m.137/I-II) İş hukuku uyumsuzluklarında uygulanması mümkün olamaz. Aksi takdirde sözleşmenin askıya alınması durumu ortaya çıkmaz.

B. Hukukî Dayanak

Çalışma hayatının ikincil mevzuatı niteliğindeki Borçlar Kanununda¹⁰ konuya ilişkin genel çerçeveli bir düzenleme bulunmaktadır. BK. m. 409'a göre, "*Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür*". Bu düzenleme ile işçinin kusursuz ve geçici ifa imkânsızlığı sonucunu doğuran tüm haller için, iş görme ediminin yerine getirilemediği süre için işverene ücret ödeme yükümlülüğü öngörülmüştür. Bunun dışında yasalarda iş sözleşmesinin askıya alınmasının tanımına, koşullarına, hüküm ve sonuçlarına genel olarak yer verilmemiş ise de, sözleşmenin askıya alınması kurumunu

⁴ Grevci işçilerin çalışma imkansızlığının bulunmadığı yönünde bkz. Lyon/Cean/Pelissier, (DroitduTravail), sh. 428, aynen alıntı Narmanlıoğlu, s. 488, dn. 473.

⁵ RG: 18/10/2012-28460.

⁶ Yarg. HGK. T. 4.2.1998, E. 1998/9-46, K. 1998/11 sayılı karara karşı oy yazısı olarak "...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.." (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

⁷ Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 51 (Askı Genel Teori); Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012, s. 692; Selin İstanbulluoğlu, İş Sözleşmelerinin Askıda Kalma Halleri, Legal İHD, S: 15, 2007, s. 946-947.

⁸ Süzek, s. 503; Mollamahmutoglu, s. 692; İstanbulluoğlu, s. 946.

⁹ doktrinde farklı görüşler için bkz. Mollamahmutoglu, s. 691.

¹⁰ RG: 4.2.2011-27836.

genel bir hukukî zemine ve iş hukukunun farklı kurumlarına dayandıran yazarlar vardır.

Süzek'e göre, iş sözleşmesinin askıya alınmasında genel hükümler yetersiz kalmakta ve genel hükümlerin iş hukukunun ruhuna aykırı olduğu durumlarda ortaya bir boşluk çıkmakta (MK.m.1/II), bu boşluğun doldurulmasında ise bu kurumun temelinde yatan iş güvencesine ve sözleşmenin devamlılığının sağlanması düşüncesine uygun hareket edilmelidir¹¹.

Mollamahmutoğlu'na göre ise, askı hali özellikle iş güvencesinin sağlanması bakımından Borçlar Hukukundaki sonraki geçici imkânsızlık halleri (mücbir sebep/umulmayan hal) yanında şartlar gerçekleştiğinde başkaca nedenleri de kapsayarak, sözleşmenin sona ermeyip devam etmesi ve özellikle işverence fesih hakkının sınırlandırılmasını sağlar¹².

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin askıya alınması, özellikle işçinin, kusuru olmadan veya iş görme mümkün olmasına rağmen yerine getirmesinin dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenemeyecek durumda olması halinde ve feshin kaçınılmaz olduğu durumlar hariç olmak şartıyla, sözleşmeden doğan temel edimini kabul edilebilir, makul bir süre için ertelemesi olup, iş hukuku öğretisinde kabul edilen feshin son çare olması ilkesiyle (ultimaratio) ve iş güvencesi¹³ felsefesiyle anlam bulan bir kurumdur.

C. Önemi

İş sözleşmesi yapılırken taraflar karşılaşacakları ilk olumsuz durumda iş sözleşmesini feshetme yoluna değil, devam ettirme yoluna giderler. Tarafların işin en başından bunu tercih ettikleri kabul edilir. Bu durum sözleşme taraflarının iradelerinin bu yönde sirayet edeceğine ilişkin iş sözleşmesinin felsefik bir yanındır. Söz konusu olumsuz durumlar işçinin kaza geçirmesi, hastalanması ve doğum yapması gibi biyolojik olaylar olabileceği gibi evlenme, ölüm gibi manevî olaylar da olabilir. İşte bu gibi hallerde iş sözleşmesi derhal ve kendiliğinden sona ermeyip, sözleşmenin geçici bir süre askıda kalacağı ve söz konusu durum bittiğinde sözleşmenin tekrar hükümlerini doğuracağı kabul edilir. Aksi düşünce kabul edilseydi çalışma hayatında işçilerin hem iş güvencesi olmazdı hem de verimli bir çalışma elde edilemezdi. Geçici olarak işçinin iş görme borcunu yerine getiremediği durumlarda işini kaybetme duygusu olan insanlar için çalışma hayatı çekilmez hale gelirdi. Bu nedenle işçinin işini görmesine engel olan *makul* hallerde iş sözleşmesi askıya alınır, bu durum ortadan kalkınca işçi çalışmasına devam eder. Askıya alınma durumu feshin son çare olma ilkesi göz önüne alındığında, duruma göre başvurulacak alternatif bir yol olarak değerlendirilebilir¹⁴.

¹¹ Süzek, (Askı Genel Teori), s. 19-20.

¹² Mollamahmutoğlu, s. 693; aynı yönde Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı./Tuncay Senyen-Kaplan, İş Hukuku, 6. Baskı, Mart 2013, s. 167.

¹³ Burada bahsedilen iş güvencesi, genel iş güvencesi (allgemeiner Kündigungsschutz) yani belirsiz süreli iş sözleşmesinde işverence fesih hakkının sınırlandırılması değil; özel iş güvencesi, (besonderer Kündigungsschutz) yani çalışma hayatında daha önce var olan, işçinin doğum, gebelik, askerlik, grev-lokavt, zorlayıcı nedenler gibi işçiden ya da işyerinden kaynaklanan sebeplere karşı koruma önlemleridir, Münir Ekonomi, Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum, 2009/III, S: 22, s.11 (Gebelik ve Doğum).

¹⁴ Taşkent, s. 20; Süzek, s. 507.

D. İş Sözleşmesinin (İş İlişkinin) Askıya Alınmasının Şartları

İş sözleşmesinin askıya alınmasının şartlarını açıklamadan önce belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin askıya alınması İş yasasının öngördüğü hallerle sınırlı olmayıp şartları gerçekleştiğinde kendiliğinden oluşan bir durumdur¹⁵. Kanunda veya sözleşmelerde bu yönde bir düzenleme olmasa dahi şartlar gerçekleştiğinde iş sözleşmesinin askıya alındığı varsayılmalıdır. İş sözleşmesinin askıya alınması için işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesinin mümkün olmaması, iş görme borcunu yerine getirememesinin geçici olması, işçinin bu hususta kusurunun bulunmaması ve tarafların sözleşmeyi askıya alma konusunda anlaşmaları gerekmektedir.

1. İşçinin İş Görme Borcunu Yerine Getirmesinin veya İşverenin İfayı Kabul Etmesinin Mümkün Olmaması

Sözleşmenin askıya alınması için işçinin iş görme borcunu yerine getirmesine engel olabilecek esaslı bir mazeret olmalıdır. Bu mazeret maddî (hastalık, kaza, doğum, grevv.b.) olabileceği gibi manevî nitelikte (ölüm, evlilik gibi ailevi nedenler) de olabilir¹⁶. Burada dikkat etmemiz gereken ölçüt işçinin işine devam etmesinin ondan beklenemeyecek derecede olmasıdır. Örneğin; işçinin evlenmesi durumunda işini görememesine yetecek makul derecede bir imkânsızlıktan söz edilebilir (İK m. 46/b).

İşveren açısından ifayı kabul etmenin imkânsız olmasında kullanacağımız ölçüt farklıdır. Zira işverenin ifayı kabul etmemesi için manevî değil maddî bakımdan imkânsızlık ölçütü kabul edilmelidir¹⁷. Gerçekten, işverenin kişiliğinin iş sözleşmesinde önemli bir rol oynamaması da esasen bizi bu sonuca götürmektedir.

2. İşçinin İş Görme Borcunu Yerine Getirmemesinin Geçici Olması

İşçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi için ortaya çıkan nedenler sürekli şekilde devam ediyorsa bu durumda sözleşmenin askıda kalması mümkün olmayıp, sözleşme Borçlar Kanununun 136'ncı maddesine göre sonradan meydana gelen imkânsızlık nedeniyle sona erer.

Çalışmayı engelleyen durum ancak bir müddet sonra sona erecekse bu durumda geçici imkânsızlık söz konusu olur ve sözleşmenin askıya alınmasından bahsedilebilir¹⁸.

Yasa koyucu bazı hallerde askı süresini belirtmiştir. Bu durumda geçiciliğin ne kadar süre olduğu tartışmaya yer vermeyecek derecede ortadadır (İK. m. 31/I ve II, STİSK. m. 67/I, BİK. m. 17). Aynı zamanda toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş sözleşmeleri ile taraflar bu süreyi işçi lehine uzatabilirler.

¹⁵ Süzek, (Askı Genel Teori), s. 41; Yıldız, s. 46-47.

¹⁶ Taşkent, s. 21.

¹⁷ “.iş akdinin askıya alınması halinde kural olarak işçilere ücret ödenmediğinden, işverenlerin ifayı kabul etmemelerinde askıya alınmanın kolaylaştırılmaması diğer bir ifadeyle genel hükümlerden farklı bir ölçütün getirilmemesi gerekir. Bu nedenle işverenlerin ifayı kabul edememelerinde iş akdinin askıya alınabilmesi için “beklenilmezlik” değil “maddi imkansızlık” ölçütüne başvurulmalıdır, Süzek, s. 506; aynı yönde İstanbulluoğlu, s. 947.

¹⁸ Süzek, s. 506; İstanbulluoğlu s. 947.

Yasada öngörülmeven durumlarda acaba askı durumunu geçici olarak nitelendirmek için nasıl bir ölçüt kullanılmalıdır? Bu konuda **Süzek**'e göre¹⁹, iş ilişkisinde toplam çalışma süresi ile çalışılmayan süre arasındaki orantı göz önünde tutulabilir. Ayrıca çalışmayan işçinin yerine yeni bir işçinin alınması zorunluluğunun doğup doğmaması ve olayın niteliği de sürenin geçici sayılmasında ölçüt olarak değerlendirilebilir. **Şen**'e göre²⁰ ise, askı süresinin ne zamana kadar geçici olduğu hususu, iyiniyet ve dürüstlük kuralları gereğince işverenden iş sözleşmesinin askıda kalmasının çekilmez hale geldiği zamana göre belirlenmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki tarafların iradesinden ve edimin niteliğinden ifanın mutlaka belirli bir zamanda yapılması gerekiyorsa bu durumda devamlı bir imkânsızlığın bulunduğu kabul edilmeli ve iş sözleşmesi askıya alınmış sayılmamalıdır²¹.

3. İşçinin İş Görme Borcunu Yerine Getirmemesinin Kusursuz Olması

İşçinin kusursuz olarak iş görme borcunu yerine getirmemesi (getirememesi) gerekir. İşçinin iş görememesi kusurundan kaynaklanıyorsa bu durumda askıya alınma söz konusu olamaz. Bu durumda, Borçlar Kanununun 112'nci maddesine göre işçi kusursuzluğunu ispat etmediği müddetçe çalışmadığı günler nedeniyle sorumlu olur²². Aynı şekilde işverenin kusuru nedeniyle iş görme borcu yerine getirilemiyorsa sözleşme askıya alınmaz; işçi tazminat isteyebilir ya da sözleşmeyi feshedebilir.

4. Tarafların İş Sözleşmesinin Askıya Alınması Konusunda Anlaşması

İş sözleşmesi, tarafların anlaşmasıyla askıya alınabilir²³. Zira İş yasalarında, iş sözleşmesinin işveren ya da işçi tarafından tek taraflı olarak askıya alınabileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Tarafların bu konuda anlaşması açık veya örtülü olabilir²⁴. İş sözleşmesinin tek taraflı olarak askıya alınması Yargıtay'ca duruma göre işçi veya işveren tarafından fesih olarak kabul edilmektedir²⁵.

¹⁹ Süzek, s. 507; aynı yazar, (Askı Genel Teori), s. 69-70.

²⁰ Şen, (Sendika Yöneticisi), s. 95.

²¹ Süzek, s. 508.

²² Süzek, (Ücretsiz İzinler), s. 126.

²³ Süzek (Ücretsiz İzinler), s. 127; Güven/Aydın, s. 237; Tiryaki, s. 336; Özkan Bilgili, Ücretsiz İzinli İşçilerin GSS Primi Ödeme Zorunlulukları, SİCİL, Mart 2012, s. 38; ancak işyerinden ayrılan yöneticilerin iş sözleşmelerinin askıya alınması yasa gereği olup tarafların bu konuda anlaşmaları gerekli değildir, Ercüment Özkaraca, 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum, 2013/III, S: 38, s. 181.

²⁴ “.. Ancak, somut olayda iş akdi işverence askıya alınmış, davacı bu askı süresince işe çağrılmayı beklemiş, işe çağrılmaması üzerine davalıya ihtarname göndererek işbaşı yaptırılmasını istemiştir. Bir başka ifade ile askıya alma konusunda tarafların iradeleri birleşmiştir..”, Yarg. 9. H.D., T. 01.11.2005, E. 2006/1648, K. 2006/5466, karar için bkz. Cumhuriyet Sinan Özdemir, İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve İşe İade, THD, Haziran 2007, S: 10, s. 109.

²⁵ “..Ancak sürekli iş yapan ve hizmet vermek zorunda olan davalının yıl ortasında herhangi bir neden göstermeksizin iş sözleşmesini askıya alması geçerli değildir. Kaldı ki davalı askıya aldığı beyan etmesine rağmen, dava açan davacı işçiyi uzun süredir işe davet etmemiştir. Davalının askıya alma işlemi, iş sözleşmesinin feshi olarak kabul edilmektedir..”, Yarg. 9. H.D., T. 24.9.2008, E. 2008/2901, K. 2008/24564; “..genel ola-

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIYA ALINMASINI GEREKTİREN HALLER

A. Genel Olarak

İş yasalarımızda iş sözleşmesinin askıya alındığı haller tek başlık altında ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada rastlanılan en önemli haller yasanın farklı yerlerinde düzenlenmiştir. Bunun dışında yasalarda düzenlenmeyen durumlarda da şartlar gerçekleştiğinde sözleşmenin askıya alındığı kabul edilir. Bizde mevzuatta düzenlenen hallere ve uygulamada önemli bir yer tutan ve Yargı içtihatlarıyla gelişen uygulamalara burada kısaca değineceğiz.

B. Hastalık, Kaza, Doğum ve Gebelik Halleri

İş yasasında 25/I-b'de öngörülen işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik hallerinde işe devam edemediği sürelerde (hastalık veya kaza halinde bildirim süresi+altı hafta, doğum veya gebelik halinde m.74'te belirtilen doğum izni+bildirimsüresi+altı hafta) iş sözleşmesi askıda olup bu sürenin aşılmasıyla işverence haklı fesih hakkı doğar. İşçinin kusuruna yükletilemeyen hastalık ve kaza hallerinde işverence sözleşmeyi bildirimsiz fesih hakkı yasal bildirim sürelerine altı hafta eklenmesiyle doğar. Gebelik ve doğum halinde ise İK. m. 74'de belirtilen doğumdan önce sekiz hafta ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre ve bildirim süresine altı hafta eklenerek bulunacak süre sonunda işçinin işe devam etmemesi nedeniyle işveren bildirimsiz fesih hakkını kullanabilir. Bahsedilen çalışılmayan sürelerde iş sözleşmesi askıda olup bu sürelerde ve işverence sözleşme feshedilmediği sürece sözleşme askıda kalacaktır²⁶. Ancak belirtmek gerekir ki iş sözleşmesinin askıya alınmasını gerektirecek hastalık, işçinin kusuruna dayanan bir sebepten dolayı ortaya çıkmış olmamalıdır. İşçinin kendi kusuruna dayanan hastalığı veya sakatlığı mevcut ise, İK. m. 25/I-a'ya göre bu durum yasada belirtilen üç ve beş günlük sürelerin geçmesiyle işverene derhal fesih imkanı sağlar.

Deniz İş Kanunu'na²⁷ göre ise, geminin herhangi bir sebeple 30 günden fazla bir süre seferden kaldırılması, gemiadamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde taraflardan biri sözleşmeyi derhal feshedebilir (m. 14/III), sözleşme feshedilene kadar sözleşme askıda kalır.

Basın İş Kanununa²⁸ göre ise "Gazetecinin uğradığı hastalık nedeniyle iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilemez. Ancak, bu hastalığın altı aydan fazla uzaması halinde tazminat verilmek suretiyle sözleşmenin feshi yoluna gidilebilir (m. 12/I)". Buna göre hastalanan gazetecinin sözleşmesi altı ay süre sonunda feshedilebilecek olup bu süre içinde sözleşme askıda kalır.

rak, iş sözleşmesinin işveren tarafından tek taraflı olarak askıya alınmasını, işin niteliğinden veya yasadan kaynaklanmıyorsa, fesih anlamında değerlendirmektedir.", Yarg. 9. H.D., T. 18.1.2010, E. 2009/30796, K. 2010/179 (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası); Yarg. 9. H.D., T.19.9.2011, E.2009/47956, K. 2011/32223, Legal İHD, S: 32, 2011, s. 1538; Yarg. 9. H.D., T.16.1.2012, E. 2011/7715, K. 2012/62, Legal İHD, S: 34, 2012, s. 223; aynı yönde Yarg. 22. H.D., T.20.3.2012, E. 2012/2844, K. 2012/5034 (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası); Yenisey, s. 81, dn. 46'daki kararlar.

²⁶ Bu süreler Basın İş Kanunu'nda kadın gazetecinin gebeliğinin yedinci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadardır (m. 16/VII).

²⁷ RG: 29-4.1967-12586.

²⁸ RG: 20.6.1952-8140.

C. Askerlik veya Başkaca Kanunî Ödevin Yerine Getirilmesi

İK. m. 31/I ve II uyarınca, “Askı süresi doksan günü aşmayacak şekilde, işçinin en az bir yıl çalışmış olması koşuluyla, muvazzaf askerlik dışında manevra veya herhangi bir nedenle silah altına alınan ya da kanundan doğan çalışmaya ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır/İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir. Şu kadar ki bu sürenin tamamı doksan günü geçemez”. Muvazzaf askerlik geçici nitelikte olmadığından dolayı, iş sözleşmesi askıya alınmış olmaz, işçi işyerinden ayrılırken sözleşmeyi feshetmiş sayılır²⁹. Ancak muvazzaf askerlik nedeniyle iş görme ediminin ifa edilemediği dönem için dahi, bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle, iş sözleşmesinin askıya alınacağı kararlaştırılabilir³⁰.

Anılan maddede kast edilen ve geçici olarak askere alınma durumunu ortaya çıkaran haller özellikle ihtiyatı askerlik, sivil savunma hizmetine katılma veya yasal bir kurul veya komisyona katılma gibi haller olabilir.

D. İşyerinden veya İşçiden Kaynaklanan Zorlayıcı Nedenler

İş yasasının 24 ve 25’nci maddelerinde yer alan ve işçiden ya da işyerinden kaynaklanan ve işin devamına bir haftadan fazla süre ile engel olan zorlayıcı nedenler³¹ meydana gelmişse, bir hafta süreyle ve iş sözleşmesinin devam ettiği sürece sözleşme askıda kalır. Ancak söz konusu zorlayıcı nedenler maddi açıdan zorlayıcı nedenler olup ekonomik veya manevî imkânsızlık nedenleri olamaz. Örneğin; tabii olaylar (deprem, sel, yangın fırtına vb.) ya da resmî bir karar (salgın hastalık nedeniyle bölgenin karantinaya alınması gibi) nedeniyle işçinin işe gidemediği günler işyerinden kaynaklanan maddi açıdan zorlayıcı sebep olabilir³².

İşçinin çalışmasını engelleyen zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması ve bunun bir haftadan fazla sürmesi halinde işveren fesih hakkını kullanmadığı sürece iş sözleşmesi askıda kalır. İşveren fesih hakkını kullanmamışsa, zorlayıcı sebep ortadan kalktığında askı hali sona erer.

Basın İş Kanunu’nda ise yayının tatil edilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, “Her ne sebeple olursa olsun, neşriyatı tatil edilen mevkütedede çalışanlar tatil tarihinden itibaren iki ay müddetle ücretlerini alırlar. Bu gazetecilerin kanuni tazminatı da tercihan ödenir (m.17/IV)”. Burada sözü edilen yayının tatili işye-

²⁹ Yarg. 9. H.D., T. 4.12.2006, E. 2006/23768, K. 2006/31653 (Çalışma ve Toplum, 2007/2, S: 13, s. 216-218); Ancak, Basın İş Kanunundaki düzenlemeye göre, ilk muvazzaf askerlik hizmeti için silah altına alınan gazeteciye normal askerlik süresince son aldığı ücret yarı oranında ödenecek olup sözleşme askerlik süresi boyunca devam eder, işveren ancak bu süre geçtikten sonra sözleşmeyi feshedebilir (BİK. m. 16/III - IV).

³⁰ Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2012, s. 694; aksi görüş, Süzek, (Askı Genel Teori), s. 55-56.

³¹ Burada bahsedilen zorlayıcı sebep özel hukukun genel ilkelerinde kabul edilen zorlayıcı sebepten esaslı bir noktada ayrılmaktadır. Genel ilkelere göre, zorlayıcı sebep borçluyu borcundan kurtardığı halde burada işveren işçiye bir hafta süreyle ücret ödemek zorunda olup şartlar mevcutsa sözleşmenin sona ermesinde kıdem tazminatı da ödemek zorundadır, Ergun İnce, İş Hukukunda Zorlayıcı Sebep, İş Hukuku Dergisi, C: 1, S: 8, Ağustos 1969, s. 696.

³² Ünal Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, Kasım 2012, İstanbul, s. 466.

rinden kaynaklanan zorlayıcı sebep sayılabilir. Yayının tatilinden itibaren iki ay süreyle sözleşmenin askıya alındığı kabul edilmelidir.

E. İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanması

İş yasasının “İşverenin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı” başlıklı 25’nci maddesinin IV numaralı bendinde, işçinin tutuklanması veya gözaltına alınması halinde devamsızlığın 17’nci maddedeki bildirim süresini aşması durumunda işveren için haklı nedenle fesih imkânının ortaya çıkacağı hükümü yer almaktadır. O halde, işçinin tutuklanması veya yakalanmasından sonra bildirim süresi içinde veya bu süre geçmiş olup da iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmediği sürece iş sözleşmesi askıda kalmaktadır³³. Ancak sözleşme ile bildirim sürelerinin artırıldığı hallerde işverenin sözleşmeyi fesih hakkının doğması, artırılmış süreler dikkate alınarak hesap edilir³⁴. İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanmasının işyerinde veya işyeri dışında gerçekleşmesi önemli olmayıp, gözaltına alınma veya tutuklanmanın işçinin bu duruma kusuruyla veya kusuru olmaksızın düşmüş olması da önemli değildir³⁵.

Basın İş Kanunu’nda ise gazetecinin mensubu olduğu süreli yayından dolayı hürriyetinin sınırlandırılması halinde ücret ve diğer hakları düzenlenmiştir. Buna göre, “*Mensup olduğu mevkutedeki bir yayın dolayısıyla hürriyeti tahdide uğrayan gazeteci ücretini işverenden almakta devam eder/.../Hürriyeti tahdide uğrayan gazeteci bağlı bulunduğu kadroya yapılacak toplu zamlardan emsali gibi istifade eder/Birinci fıkradaki hürriyet tahdidi gazetecinin o mevküteden ayrılmasından sonra vukua gelmişse, gazetecinin bahsi geçen mevküteden son aldığı ücreti miktarındaki tazminat, hürriyeti tahdit edildiği müddetçe her ay yayının yapılmış olduğu mevkute sahibi tarafından ödenir (m.17/I-c.1, II ve III)*”. Görüldüğü üzere hürriyeti sınırlandırılan gazeteciye karşı işverenin ücret ödeme borcu devam ettiği gibi toplu zamlardan da yararlanma imkanı kabul edilmiş hatta hürriyeti sınırlandırıldığı sürece yayın sahibinin tazminat ödeme yükümlülüğü kabul edilmiştir.

F. Grev veya Lokavt Hali

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 67’nci maddesine göre, “*Kanuni greve katılan, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip de grev nedeniyle çalıştırılmayan ve kanuni lokavta maruz kalan işçilerin iş sözleşmeleri grev ve lokavt süresince askıda kalır/İşveren, grev ve lokavt nedeniyle iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin grev veya lokavtın başlamasından önce işleyen ücretlerini ve eklerini olağan ödeme gününde ödemek zorundadır. ...Grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunların aksine hüküm konulamaz*”.

³³ Süzek, s. 709; Mollamahmutoglu, s. 696; Şahin Türk, İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanmasının İş Akdine Etkisi, E-Yaklaşım Dergisi, Eylül 2010, S: 213; Çavuş, s. 104.

³⁴ Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, B-4, s. 522, No: 239.

³⁵ Narmanlıoğlu, s. 455-466.

G. İşçi Kuruluşunda Yönetici Olduğu İçin İşyerinden Ayrılan İşçiler

6356 sayılı yasanın açık kabulü ile işçi kuruluşunda yöneticilik görevi yapmak için işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıda kalacağı düzenlemeye kavuşturulmuştur. 2821 sayılı yasa döneminde, yöneticinin yöneticilik görevine seçilmesi nedeniyle işyerinden ayrılmasının sözleşmenin sona ermesi mi yoksa askıya alınması sonucunu mu doğurduğu tartışmalı idi³⁶. Yeni yasa ile birlikte artık (profesyonel) yöneticilik görevine başlayan işçinin hukuki durumunun, iş sözleşmesinin askıda kalacağı ve işçinin isterse sözleşmeyi derhal feshedip kıdem tazminatına hak kazanacağı yönünde olduğu açıkça hükme bağlandı. Hükme göre;

(1) *İşçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan³⁷ işçinin iş sözleşmesi askıda kalır. Yönetici dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır. Yönetici, yöneticilik süresi içerisinde iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatı fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden hesaplanır.*

(2) *İş sözleşmesi askıya alınan yönetici; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi hâlinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilir. İşveren, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe başlatmak zorundadır. Bu kişiler süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiş sayılır.*

Görüldüğü gibi, yöneticinin iş sözleşmesinin askıda olması bir zorunluluk olmayıp yasaca tanınan seçimlik bir haktır. Yönetici dilerse bildirim süresine uymaksızın veya sözleşmenin bitim süresini beklemeksizin sözleşmeyi fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanabilir. Ancak yöneticinin iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olması ve askı süresinde belirli iş sözleşmesinin süresinin dolması nedeniyle sözleşme sona erdiğinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz³⁸.

İş sözleşmesi askıya alınan yönetici işçinin belirli hallerde yöneticilik görevinin sona ermesi durumunda tekrar işe başlamak için işverene başvurması halinde işverenin işe başlatmaması diğer askı hallerinde olduğu gibi işverenin feshi olarak kabul edilmiştir.

Ayrıca, yöneticilik görevinin yerine getirilmesi için işyerinden ayrılma hali, sözleşmenin askıya alınması için objektif bir neden olarak kabul edilse de askı süresi için yasada herhangi bir sürenin kabul edilmemiş olması eleştirile-

³⁶ Bu konuda tartışma ve Yargı Kararları hakkında geniş bilgi için bkz. Ünal Narmanlıoğlu, 19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri, Sicil Dergisi, Eylül 2012, S: 27, s. 144 vd; aynı yönde Özkaraca, s. 176 vd.

³⁷ Söz konusu hükümde bahsedilen yöneticiler, işyerinden ayrılan ve sadece yöneticilik görevini yerine getirenler (profesyonel yöneticiler) olup; hem işine devam eden hem de yöneticilik yapan işçiler (amatör yöneticiler) bu hükümlerle güvence altına alınmamıştır. Fevzi Şahlanan, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), Haziran 2013, s. 24-25; aynı yönde Şen, (Sendika Yöneticisi), s. 88-90; Muhittin Astarlı, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 17, S: 1-2, 2013, s. 142; aynı yönde Özkaraca, s. 181.

³⁸ Astarlı, s. 145.

bilir. Zira sözleşmenin askıya alınması için ifa imkânsızlığının mevcut olması ve bunun işveren tarafından kabul edilebilir makul bir süre olması gerektiğinden bahsetmiştik. Hükümün yasalaşma sürecinde de iş sözleşmesinin askıda kalacağı süre açısından bir sınırlamanın getirilmemiş olması eksiklik olarak değerlendirilmiştir³⁹.

H. Mevsimlik İşler ve Kampanya İşlerinde Çalışan İşçilerin Çalışmadığı Dönemler

İş yasalarında mevsimlik işler ve kampanya işlerine yönelik bir düzenleme henüz mevcut değildir. Ancak uygulamada sıkça başvuru alan mevsimlik iş sözleşmeleri, diğerlerinden farklı olmamakla birlikte, işin mevsimlik olarak belirli aralıklarla devam etmesi nedeniyle sorunları ve mağduriyetleri olan bir sözleşmedir. Doktrinde genel kabul gören tanıma göre, mevsimlik işler (ve kampanya işleri), sadece yılın belli bir döneminde sürdürülen veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte yılın belli dönemlerinde faaliyetin yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işlerdir⁴⁰. Mevsimlik işlerde çalışan işçiler yılın belli bir döneminde çalışırlar, mevsimin sona ermesiyle iş görme edimi sona erer fakat iş sözleşmesi sona ermiş değildir, iş sözleşmesi diğer mevsimin başına kadar askıda kalmaktadır⁴¹. Bu durum, işverenin işçiyi işe çağırması veya taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesi ile sona erer.

İ. Evlenme veya Yakın Akrabaların Ölümü

İş yasasının 46'ncı maddesine göre, *evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri* (İ.K. m. 46/III-b) askı süresinden sayılır. Bu hallerde çalışılmayan günler için işveren tarafından ücret verilir (İ.K. m. 46/III)⁴². Basın İş Kanununa göre ise, *"...gazeteci, çocuğu dünyaya geldiği zaman üç; eşi veya çocuğu, anası veya babası öldüğü zaman dört; çocuğu evlendiği, kardeşi, büyük anne veya büyük babası veya torunu öldüğü zamanlar iki gün olağanüstü ücretli izine hak kazanır. Bu izinler senelik izinden sayılmaz (m.19/II)"*.

³⁹ bkz. 567 nolu tasarı alt komisyon raporu s. 34,

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss197.pdf> (E.T. 29.05.2013); aynı açıdan hükme eleştiri yönünde bkz. Şahlanan, s. 26.

⁴⁰ Süzek, s. 273; Mollamahmutoglu, s. 411; Zeki Okur, Mevsimlik İşlerde Yıllık Ücretli İzin, Karar İncelemesi, Kamu-İş, C: 10, S: 2, 2008, s. 6-7; Savaş Taşkent, Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2010/III, S: 26, s. 224; Sevil Büyüktarakçı, Mevsimlik İşler ve Kampanya İşlerinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, DEÜHFD, C: 11, Özel Sayı: 2009, s. 1073; Yarg. 9. H.D., T. 10.10.2008, E. 2007/27615, K. 2008/26209 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); geniş bilgi için bkz. Sevil Büyüktarakçı, İş Hukukunda Mevsimlik İşler ve Kampanya İşleri, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. Melda Sur), Ankara 2010.

⁴¹ Süzek, s. 274; Mollamahmutoglu, s.411; Taşkent, (Mevsimlik İş), s. 224; Okur, s. 5-6-7; Taşkent, s.; Seval Eroğlu, Mevsimlik İş Sözleşmelerinde Askı Hali ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespitine Etkisi, Sicil, Eylül 2007, s. 89; Mehmet Karadurmuş, Hizmet Akinin Askı Süresinde Sonlandırılmasıyla Ödenecek Kıdem Tazminatı Tutarı ve Tavanı ile Genel Sağlık Sigortası Uygulaması, E-Yaklaşım Dergisi, Kasım 2012, S: 239, s. 1; Yarg. 9. H.D., T. 15.9.2006, E. 2006/21611, K. 2006/22886 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

⁴² İstanbulluoğlu, s. 956.

J. Ücretsiz İzin Uygulaması

Uygulamada yaygın bir şekilde başvuru alan ücretsiz izin uygulaması henüz mevzuatımızda yasal bir zemine oturtulmuş değildir. 1475 sayılı yasa⁴³ döneminde ücretsiz izin uygulaması Yasada yer almadığı için işverenin bu yola başvurusu ve işçinin bunu kabul etmemesi işverenin iş sözleşmesini feshi olarak değerlendirilmekteydi⁴⁴. Konuya ilişkin olarak 4857 sayılı İş yasası m. 56/VI'e göre, "Yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır". İş yasası 74/V'e göre, "İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir". Yine İş yasasında "Yıllık İzin Bakımından Çalışılmış gibi Sayılan Haller" başlığı altında m.55/J'ye göre, "İşveren tarafından verilen diğer izinler.." den bahsedilmiştir. Ayrıca 5510 sayılı yasa⁴⁵ m.9/II-a bendinde sigortalının ücretsiz izinli olabileceği belirtilmiştir. Bu hükümler dışında ücretsiz izin uygulamasıyla alakalı iş yasalarında hüküm bulunmamaktadır. Doktrin ve Yargı kararlarında işyerindeki işin ekonomik nedenlerle kısmen veya tamamen durdurulması işçilerin ücretsiz izne çıkarılması anlamını taşımaktadır⁴⁶. Doktrinde çoğu yazar, ücretsiz izin uygulamasının İş Kanunu'nun 22. maddesi gereğince " tarafların anlaşarak çalışma şartlarını her zaman değiştirebileceği" hükmüne dayandırmaktadırlar⁴⁷. Bu bağlamda işçi ve işveren tarafı açık veya örtülü şekilde anlaşarak ücretsiz izin yoluna başvurabilirler⁴⁸. Ancak işverenin tek taraflı olarak işçiyi ücretsiz izne çıkarması, çalışma koşullarının işçi aleyhine esaslı değişiklik oluşturması nedeniyle işverenin yazılı olarak işçiye bu durumu teklif etmesi gerekir⁴⁹ (İK. m.22). Ancak tek taraflı olarak işverenin işçiyi ücretsiz izne çı-

⁴³ RG: 1.9.1971-13943.

⁴⁴ Yarg. 10. H.D., T.14.4.2005, E. 2004/11825, K. 2005/4071, Legal İHD, S: 7, 2005, s. 1387.

⁴⁵ RG: 16.6.2006-26200.

⁴⁶ Münir Ekonomi, İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, 30. Yıl Armağanı, s. 436; ".. işyerinde ekonomik kriz nedeniyle bir ay süreyle işin durdurulması ihtiyacı duyulması üzerine davalı işveren tarafından işçilere yapılan duyuru ile çalışanlar ücretsiz izinli sayılmışlardır..", Yarg. 9. H.D., T.24.1.1996, E. 1995/24809, K. 1996/685; "..işverenin tekstil sektöründe faaliyet gösterdiği, krizden etkilendiği ve 2001 yılından itibaren üretimi azalttığı, önce ücretsiz izin uygulamasına geçtiği..", Yarg. 9. H.D., T.14.4.2008, E. 2008/9760, K. 2008/8359 (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası).

⁴⁷ Ekonomi, s. 437; Süzek, (Ücretsiz İzinler), s. 127; Yenisey, s. 81; Taşkent, s. 22; Murat Şen, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s. 236; Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s. 228; Hamit Tiryaki, İş Akdinin Askıya Alınması, Mali Çözüm Dergisi, S: 99, 2010, s. 333; Candan Albayrak, Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi, TBB dergisi, 2012 (98), s. 196.

⁴⁸ Taşkent, s. 22; Çavuş, s. 104; ücretsiz izne çıkarmanın işçinin örtülü rızası ile gerçekleşebileceği yönünde Yarg. 9. H.D., T. 29.12.2003, E. 2003/22915, K. 2003/22947, İşveren Dergisi, Ocak 2004, s. 18; Yarg. 10. H.D., 14.4.2005, E. 2004/11825, K. 2005/4071 (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası); aksi görüş Cumhuriyet Sinan Özdemir, İşçi, İşyerinde Rızası Dışında Uygulanan Ücretsiz İzni Kabul Etmek Zorunda Değildir, http://www.alomaliye.com/2009/cumhuriyet_sinan_iscisi_rizasi.htm (E.T., 20.7.2013).

⁴⁹ Alp, s. 229; Rıza Gümbüşoğlu, İşletme Gereklere, Ücretsiz İzin, Çalışma Koşullarında Değişiklik, Legal İHD, S: 12, 2006, s. 1413; Yarg. 9. H.D., T. 9.11.2009, E.2009/32059, K.2009/31083 (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası).

karma teklifi işçi tarafından kabul edilmezse sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği kabul edilerek işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmektedir⁵⁰.

İşçilere verilen ücretsiz izinlerin iş sözleşmesinin askıya alınması kurumu altında incelenmesi mümkünse de, hem hak hem de zorunluluk olarak karşımıza çıkan yıllık ücretli izin sürelerini sözleşmenin askıya alınması olarak değerlendirmek mümkün değildir⁵¹. Daha önce de bahsedildiği gibi, iş sözleşmesinin askıya alınmasında işçinin iş görme borcunu yerine getirememesinin mümkün olmaması, iş görememenin geçici olması, işçinin bu durumda kusurunun olmaması ve tarafların bu konuda anlaşması gerektiğinden bahsettik. Ayrıca tarafların, sözleşmenin askıya alındığı dönemde temel borçlarının da ertelendiğini söyledik. Oysa yıllık ücretli izin hakkı, işçiye yıl boyunca çalışması karşılığında yasaca tanınmış bir hak olup, işverence kullanılmaması halinde ücret alacağına dönüşen yasal bir dinlenme hakkıdır. Bu nedenle sözleşmenin askıya alınması kurumu altında incelemeye çalışmak mantıksız ve gereksizdir. Ayrıca yıllık ücretli izin süresi, yasa gereği çalışılmış sayılan hallerden biridir (İ.K. m. 55/k). Dolayısıyla yıllık ücretli izin süresinde, işçinin yasaca tanınmış olan dinlenme hakkını kullanmaktan (iş görme borcundan kurtulmaktan) başka, özel bir sonuç ortaya çıkmamaktadır.

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIYA ALINMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Ücret ve Diğer Ödemeler Açısından

İş sözleşmesinin askıya alınması ile birlikte, işçinin işi göremediği dönem için işverenin ücret ve ücret eklerini ödeme borcu söz konusu olmaz. Esasen bu sonuç, iş sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran (sinallagmatik) bir sözleşme olma özelliğinin bir sonucudur⁵². Aynı sonuca, İş yasasının ücrete ilişkin 32'nci maddesinde kabul edilen "genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında...ödenen tutardır" ifadesinden de ulaşılabilir. Ancak İş yasaları bazı askı hallerinde işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün olduğundan açıkça bahsetmektedir (İ.K. m. 40, m. 46/3-b, m. 49, BİK, m.16/I, II,III ve VII, m. 17/I ve IV). Bunun yanında iş sözleşmesinin askıya alındığı dönemde toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile ücret ödeneceğine dair bir anlaşma yapılabilir⁵³. Aynı şekilde yıllık ücretli izin hakkı bakımından çalışılmış gibi sayılan hallerde yasanın açıkça öngörmesiyle işçi çalışmadığı askı süresinde de ücrete hak kazanmaktadır. Ashında bu hallerde işçiye ödenen bedelin ücret olup olmadığı da sorgulanabilir⁵⁴.

Burada ele alınması gereken bir diğer husus, 6098 sayılı Borçlar yasasının 409'uncu maddesindeki düzenlemedir. Hükme göre "Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için

⁵⁰ "Yasalarımızda işçinin açıkça kabulü olmadan ücretsiz iznin geçerli olacağına dair bir hüküm bulunmadığı gibi, Dairemizin yerleşmiş uygulamaları da bu yoldadır. Böyle olunca olayda davalının haksız feshi bulunduğu kabulü gerekir.", Yarg. 9. H.D., T.23.6.2003, E. 2003/1162, K. 2003/11821 (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası).

⁵¹ Aksı görüşte Mollamahmutoğlu, s. 696; Çavuş, s. 104.

⁵² Süzek, (Askı Genel Teori), s. 514; Mollamahmutoğlu, s. 701; Bilgili, s. 42.

⁵³ Süzek, s. 515; Taşkent, s. 20; İstanbulluoğlu, s. 958.

⁵⁴ Mollamahmutoğlu, s. 701.

işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür". **Kanaatimizce**, Borçlar yasasında öngörülen bu hüküm İş yasasına tabi işçiler hakkında değil, Borçlar yasasına tabi işçiler için düzenlenmiş bir hükümdür. Zira, İş yasasında askı durumlarında ücretin ödenmeyeceğine dair açık hükümler (m. 25/I-b, m. 31/III) yer almaktadır⁵⁵. Aynı zamanda İş yasasında askıda geçen sürelerde ücret ödeneceğine dair açık düzenlemenin söz konusu olduğu durumlarda (İK. m. 40, m. 57/I) işçinin hem Borçlar yasasının söz konusu hükmüne göre hem de İş yasasında öngörülen ücreti talep edebilme imkanı, Borçlar yasasının İş hukuku uygulama sorunlarında ikincil mevzuat olma niteliğine aykırı olduğu gibi işvereni aynı sebepten dolayı iki kere ücret ödemekle yükümlü kılma sonucuna götürür ki bu sonuç pek de adaletli görünmemektedir.

Ancak iş yasalarına tabi olan bir işçinin iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunda iş yasasında hüküm bulunmayan hallerde BK. m. 409'a göre uygun bir ücret, "sosyal ücret" olarak ödenebilir.

B. İşçinin Kıdemine Bağlı Hakları Açısından

İş yasasında sözleşmenin askı halinin kıdem ve kıdeme bağlı haklara bakımından etkisini düzenleyen bir hüküm sevk edilmemiştir. Ancak bazı askı hallerinde açıkça askı süresinin kıdemden sayılmayacağı, bu sürenin çalışılmış gibi sayılmayacağı yasada hükme bağlanmıştır (STİSK. m. 67/III). Konu ile ilgili açıklık bulunmayan durumlarda ise Yargıtay ve doktrin görüşleri konuyu aydınlatmaktadır. Şimdi uygulamada en çok karşılaşılan durumlar için konuyu tek tek ele alalım.

1. Grev ve Lokavt Halinde

Yasa koyucu grev ve lokavt halinde açıkça iş sözleşmelerinin bu sürelerde askıda olduğunu ve bu dönemlerin işçinin kıdem tazminatı bakımından dikkate alınmayacağını mutlak emredici bir düzenlemeyle hükme bağlamıştır⁵⁶. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi yasası 67/III'e göre;

"Grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere bu dönem için işverence ücret ve sosyal yardımlar ödenemez, bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunların aksine hüküm konulamaz".

Grev ve lokavtta geçen süreler kıdem tazminatı bakımından dikkate alınmamış, dolayısıyla yıllık ücretli izin süresi bakımından da hesaba katılmamıştır. Yıllık ücretli izin süresinin hesaplanmasında çalışılmış gibi sayılan haller arasında grev ve lokavtta geçen süreler zikredilmemiştir (İK. m. 55). Ancak işçinin yıllık ücretli izin süresini kullanma zamanının grev dönemine rastlaması durumunda işçi greve katılmazsa iznini normal şekilde kullanabilmeli, greve

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Süzek, s. 516.

⁵⁶ 275 sayılı yasa döneminde konuya ilişkin boşluk bulunması nedeniyle yapılan eleştiriler için bkz. Yılmaz Göksoy, Kıdem Tazminatının Niteliği Ve Grevde Geçen Sürenin Kıdem Hesabına Etkisi, İş Hukuku Dergisi, C: 1, S: 8, 1969, s. 730; grevde geçen sürenin kıdem tazminatına dahil edilmesi gerektiği yönünde karşı görüşte Ulucan s. 171.

katılması halinde grevin bitiminden sonra iznini kullanabilmelidir⁵⁷. Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir⁵⁸.

Grev ve lokavt dışı bırakılan ve grev sırasında çalışan işçilerin iş sözleşmesi askıda kalmayacağı için bu işçilerin ödemeleri ve kesintileri devam etmektedir⁵⁹.

Grev ve lokavta katılan işçilerin bu süreçte geçirdiği günler çalışılmış sayılmadığı için, bu işçilerin bu süreler nedeniyle hafta tatiline de hak kazanamayacakları kabul edilmelidir. Aynı şekilde ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin de grev ve lokavt nedeniyle çalışılmadığı için ödenmemesi gerekir.

2. Mevsimlik İşler ve Kampanya İşlerinde

Kıdem tazminatının belirlenmesinde fiilen çalışılan ve çalışılmış sayılan süreler dikkate alınacağından dolayı (1475 syl. İK. m. 14/III) mevsimlik işlerde çalışan işçilerin kıdem ve kıdeme bağlı haklar bakımından askıda geçen sürelerin bu hakları kazanmada bir etkisi yoktur⁶⁰. Ayrıca İK. m. 53/III'e göre, "Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz" hükmü karşısında bu sonuca varılmaktadır⁶¹. Ancak yapacakları bireysel iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile mevsimlik işçinin yıllık ücretli izin hakkından yararlanacağını kararlaştırabilirler⁶².

Mevsimlik işlerin yapıldığı işyerlerinde mevsimlik olarak değil de sürekli çalışan işçiler, yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilirler. Bu bağlamda, çalışmanın ne zaman sürekli olduğu hususunda çalışmanın on bir ayın üzerine çıktığı durumlar ölçü alınmıştır⁶³. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin⁶⁴ 12'nci

⁵⁷ Çelik, s. 656.

⁵⁸ "...2822 Sayılı Yasa'nın 42.maddesinin 5.fıkrası uyarınca grev ve lokavtta geçen süreler kıdem süresine eklenemez.", Yarg. HGK., T. 11.4.2012, E. 2012/9-303, K. 2012/317; aynı yönde Yarg. 9. H.D., T. 7.6.2010, E. 2008/29671, K. 2010/16781; Yarg. 9. H.D., T. 21.5.2009, E. 2008/539, K. 2009/13637 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde Yarg. 9. H.D., K: 2009/13637, Tiryaki, s. 335.

⁵⁹ Çelik, s. 655.

⁶⁰ Taşkent, (Mevsimlik İş), s. 225; "...İşçi mevsimlik işlerde çalışmış ise; mevsimlik çalıştığı sürelerin dikkate alınarak ve bu sürelerle göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işçinin askıda geçen süresi, fiilen çalışma olgusunu taşımadığından kıdemden sayılmayacaktır..." Yarg. 9. H.D., T. 10.10.2008, E. 2007/27615, K. 2008/26209; aynı yönde Yarg. 9. H.D., T. 18.1.2010, E. 2008/14577, K. 2010/294 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); aksi görüş, Yıldız, s. 50; uygulamada ortaya çıkan sorunlar hakkında bilgi için bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=5331> (E.T: 31.08.2013).

⁶¹ Ancak bu hükmün işçinin askı döneminde çalışmayacağı varsayımına dayandığı varsayımına dayandığı kanun yasa hükmüne eleştiri yönünde bkz. Mehmet Onat Öztürk, Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler, Çalışma ve Toplum, 2012/IV, S: 35, s. 81, dn. 35.

⁶² Okur, s. 9; "... bu kural nispi emredici nitelikte olup, işçi lehine bireysel ya da toplu iş sözleşmesi ile yıllık ücretli izne ilişkin hükümler düzenlenebilir", Yarg. 22. H.D., T.25.1.2013, E. 2012/10538, K. 2013/852, Legal İHD, S: 37, 2013, s. 274; Yarg. 22. H.D., T.5.3.2013, E. 2012/14998, K. 2013/4380, Legal İHD, S: 38, 2013, s. 360.

⁶³ "Çalışmanın on bir ayın üzerine çıktığı hallerde mevsimlik iş ilişkisinin dışına çıkıldığı kabul edilmiş ve daha sonraki çalışmalar için yıllık izin hakkının doğduğu sonucuna varılmıştır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.11.2011 tarihli ve 2011/9-596 esas,

maddesine göre, “İş Kanununun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında sözü geçen ve nitelikleri yönünden bir yıldan az süren mevsim veya kampanya işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde devamlı olarak çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanır”. Aynı şekilde bir işverenin farklı işyerlerinde farklı mevsimlerde sürekli çalışan işçiler de yıllık ücretli izne hak kazanırlar⁶⁵.

Mevsimlik işçilerin çalışmadığı dönemler için başka bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren bir işyerinde çalışması mümkündür. Ancak işveren farklı olduğu için, işçinin askı döneminde çalıştığı kıdemi, mevsimlik olarak çalıştığı işyerindeki kıdemine eklenemez⁶⁶.

Bir diğer husus ise kıdem tazminatının hesabında esas alınması gereken son brüt ücret tutarının (1475 sayılı İK. m. 14/IX), mevsimlik çalışma sonrası askı süresinden önceki çalışma koşuluna mı sonraki çalışma koşuluna göre mi tespit edileceği meselesidir. Bu konuda da Yargıtay askı süresinden önceki çalışma ilişkisinde ödenen brüt ücret üzerinden kıdem tazminatının hesaplanması gerektiğini düşünmektedir. Yargıtay’a göre; *...İş ilişkisinin askıya alınması ve askı süresi içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken ücret, iş sözleşmesinin askıya alınmasından önce hak kazanılan son ücret olmalıdır.*”⁶⁷.

3. Hastalık, Kaza, Doğum ve Gebelik Hallerinde

Hastalık ve kaza halinde yıllık ücretli izin hakkı bakımından sadece 25/II-b’de öngörülen süre kadarının (bildirim süresi+altı hafta) dikkate alınacağı açıkça hükme bağlanmıştır (İK.m.55/I-a). Kıdem tazminatı hesabında da aynı süreler dikkate alınarak hesap yapılmaktadır. Yargıtayın yerleşmiş uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında “..Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, uzun süre istirahat raporu alınarak çalışılmayan sürelerin ihbar önelini altı hafta aşan kısmının kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru değildir. Gerekirse bilirkişiden ek hesap raporu alınarak, anılan isteğin kabulüne karar verilmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 55. maddesinde yıllık izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılabilecek süreler sayılmış ve (a) bendinde, işçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günlerin aynı Yasa’nın 25. maddesinin (1) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlasının, yıllık izne hak kazanma bakımından dikkate alınamayacağı açıklanmıştır. Buna göre, işçinin tutulduğu hastalık sebebiyle işe devam edemediği günlerin ihbar önelini altı hafta aşan kısmı, yıllık izin hesabında çalışılmış gibi değerlendirilemez. Anılan

2011/725 sayılı kararı”, Yarg. 22. H.D., T. 5.6.2012, E. 2011/13083, Legal İHD, S: 36, 2012, s. 371.

⁶⁴ RG.3.3.2004- 25391.

⁶⁵ “..bir işyerinde mevsimlik olarak çalıştırılan işçinin, mevsim bitimi, mevsimlik iş dışında işverenin diğer işyerlerinde askı süresi içinde çalıştırılıyorsa, burada devamlı bir çalışma olgusu olduğundan, işçinin yıllık ücretli izin hükümlerinden yararlandırılması gerekir”, Yarg. 9. H.D., T.14.4.2008, E.2007/11498, K. 2008/8313 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde Yıldız, s. 46.

⁶⁶ Yarg. 9. H.D., T.28.12.2009, E. 2008/13374, K. 2009/38104, Legal İHD, S: 25, 2010, s. 371-372.

⁶⁷ Yarg. 9. H.D., T. 10.10.2008, E. 2007/27615, K. 2008/27209 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde Özkaraca, s. 183 ve dn. 18 deki kararlar.

kurala aykırı şekilde iş sözleşmesinin feshedildiği tarihe kadar geçen süre yönünden izin ücreti hesabı doğru değildir.” şeklinde hüküm vermiştir⁶⁸.

İş yasasının 74. maddesinde belirtilen kadın işçinin doğumdan önce seviz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta çalışmama izni vardır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önceki sekiz haftaya iki hafta daha eklenecektir (İ.K. m. 74/I,c.2). Bu süre içinde iş sözleşmesi askıda olup bu sürenin aşılmasıyla birlikte işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı ortaya çıkmaktadır (İ.K. m. 25/I-b, (b)). Bu süreler içinde doğum iznini kullanmış işçinin kıdeminin hesaplanmasında bu sürelerin tamamının hesaba katılması gerekmektedir⁶⁹. Bildirimli fesihte ihbar sürelerinin belirlenmesi açısından da onaltıhaftalık sürenin doğum izninin kıdeme dâhil edilmesi gerekmektedir.

4. Muvazzaf Askerlik Dışında Silah Altına Alınma veya Kanundan Doğan Çalışma Halinde

İş Kanununun 31. maddesinin 1. ve 2'nci fıkralarına göre;

“Muvazzaf askerlik dışında manevra veya herhangi bir sebeple silahaltına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır/İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir. Şu kadar ki bu sürenin tamamı doksan günü aşamaz”.

Hükümde bahsedilen askı süresi (90 günden fazlası hariç), yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınacaktır (İ.K.m.55/c). Yargıtay yıllık ücretli izin sürelerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınacağına hükmetmektedir⁷⁰. O halde doksan güne kadar süren askı süresinin de kıdem tazminatında hesaba katılması gerekir.

5. Ücretsiz İzin Uygulaması Halinde

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre, ücretsiz izinde geçen süreler, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin süresinin hesabında dikkate alınmamalıdır⁷¹. Ancak doktrinde bazı yazarlar bu durumu haklı olarak eleş-

⁶⁸ Yarg. 9. H.D., T.27.3.2007, E. 2007/512, K. 2007/8589 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁹ Hatice Duygu Özer, Doğum İzninin Kıdem ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, Çalışma ve Toplum, 2009/II, Sayı: 21, s. 132.

⁷⁰ Yarg. 9.H.D., T. 02.11.2004, E. 2004/8774, K. 2004/24770, karar için bkz. Siddık Topaloğlu/Mehmet Zülfi Camkurt, İş Mevzuatında Kıdem Tazminatı, Tühis, C: 21, S: 2-3, s. 66 dp. 142.

⁷¹ Yargıtay 9. H.D., T. 14.03.1989, E. 1989/12107 K. 1989/2405, Tiryaki, s. 335; Yarg. 9. H.D., T.23.6.1994, E. 1994/8384, K. 1994/10060; Yarg. 9. H.D., T. 30.1.2002, E. 2001/16592, K. 2002/1745; Yarg. 9. H.D., T. 9.10.2003, E.2003/4267, K. 2003/16734, Kamu-İş, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 2006, s. 117; Yarg. 9.H.D., T. 15.6.2006, E. 2005/35517, K. 2006/17347, Legal İHD, S: 12, 2006, s.1509; Yarg. 9. H.D., T. 15.5. 2008, E. 2007/14104, K.2008/12368; “..ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz..Zira kanunda bu durumlar çalışılmış sayılan günler içinde yer almamıştır. Dairemizin kararlılık kazanan bu yöndeki gerekçesi Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2012 gün ve 2012/9-271 Esas, 2012/297 Karar sayılı kararı ile kabul edilmiştir”, Yarg. 9. H.D., T.15.10.2012, E. 2010/25833, K. 2012/34169 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası).

tirmektedir⁷². Zira hastalık, gebelik, askerlik gibi işçiden kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin askıya alınması hallerinde açıkça makul bir sürenin çalışılmış gibi sayılacağına karşılık (İK. m.55/a-b-c) ücretsiz izinde işletme riskini işverenle paylaşan işçiler bakımından bu sonucun gerçekleşmemesi işçiler arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Ancak bu sonuç daha baştan ücretsiz iznin yalnızca işverenin işletme riskine girdiği nedenle başvurulmuş bir yol olduğu ve tarafların anlaşarak (İK. m. 22) işçinin ücretsiz izne çıkması sonucunu dışlamaktadır. Bu nedenle işverenden kaynaklanmayan nedenlerle tarafların anlaşarak sözleşmeyi askıya almaları ve işletme riskinden dolayı işveren kaynaklı olarak işçilerin ücretsiz izne çıkarılmaları arasında bir ayırım yapmak gerekebilir.

6. İşçinin Tutukluluk ve Gözaltı Sürelerinde

İşçinin tutuklanması ve gözaltına alınması durumunda devamsızlığının 17. maddedeki bildirim sürelerini aşması işverence haklı fesih nedeni kabul edilmiştir (İK. m. 25/IV). 1475 sayılı İş yasasının halen yürürlükte olan 14'üncü maddesine göre işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar dışında iş sözleşmesini feshetmesi durumunda işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Ancak tutukluluk ve gözaltında bulunulan sürelerin kıdem tazminatının hesabında veya yıllık ücretli izin hakkı bakımından dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin kanunda veya Yargı kararlarında bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda acaba işverenin, iş sözleşmesini, işçinin tutukluluk veya gözaltında bulunma süresinin bildirim süresini aşması durumunda kıdeme hak kazanacak şekilde sona erdirmesi veya işçinin başka nedenlerle sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda çalışılmayan süreler kıdeme dâhil edilecek midir? Yargıtay bu konuda tutukluluk ve gözaltı sürelerinin kıdeme dâhil edilmemesi gerektiği görüşündedir⁷³.

Kanaatimizce, bu durumda, işçinin hastalık veya kazaya uğraması nedeniyle işe devam edemediği günlerde kıdem tazminatına dâhil edilen sürenin İK. m. 55/I-a'da belirtilen (bildirim süresi+6 hafta) makul süre kadar olması burada da mümkün olmalıdır. Ancak burada sadece devamsızlığın bildirim süresi kadar olan kısmının kıdeme dâhil edilmesi gerekir. Zira hastalık ve kaza halinde açıkça 55. maddede çalışılmış sayılacak süre miktarı belirtilmişken, tutukluluk veya gözaltı süresi için kanun koyucu böyle bir sınırlamaya ihtiyaç duymamıştır. O halde burada devamsızlığın makul sayılabileceği sürenin *bildirim süresi kadar* olması ve bu süreler dâhilinde kıdem belirlenmesi gerekir. Zira ülkemizdeki ceza yargılamasını da dikkate aldığımızda tutukluluk süresi bir hayli uzayabilmektedir. Aynı zamanda, işçinin suç işleme kastıyla hareket ettiği düşünülse dahi bu hususun ceza yargılamasında dikkate alınması, hukuki bakımdan kıdem tazminatının hesabında devamsızlığın kusura dayandığı düşünülerek hareket edilmemelidir⁷⁴.

⁷² Yenisey, s. 83 ve oradaki yazarlar.

⁷³ Süzek, (Askı Genel Teori), s. 115, dn. 85'deki kararlar; “.. kıdem tazminatı hesabında davacının tutuklulukta geçen 16.1.1981 ile 24.2.1982 tarihleri arasındaki süre hizmet süresine dahil edilemez. Tutuklulukta geçen sürenin kıdem tazminatı hesabında hizmet süresinden sayılmış olması doğru değildir..”, Yarg. 9. H.D., T.22.9.1987, E. 1987/7562, K. 1987/8340, YKD, Şubat 1988, C: 14, S: 2, s. 199-200; aynı yönde Yarg. 9. H.D., 29.11.2010, E. 2008/41618, K. 2010/34970; Yarg. 9. H.D., T. 11.4.2012, E. 2012/9-303, K. 2012/317 (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası).

⁷⁴ Yargıtay'ın bu yönde kararı için bkz. Narmanlıoğlu, s. 464, dn. 420.

C. İşçi ve İşverenin Sözleşmeden Doğan Diğer Borçları Açısından

İşçi askı süresince iş görme edimini yerine getirmeyeceğinden ve işyerinde bulunmayacağından dolayı diğer edimlerinin de ortadan kalktığı söylenebilir. Bu bağlamda, işverenin yönetim hakkına karşı işçinin itaat borcu ortadan kalkar⁷⁵. Ancak istisnai de olsa işyerinde bulunma durumu söz konusu ise ve işçinin iş görme ediminden bağımsız bir davranış var ise bu borçlar yerine getirilmek zorundadır⁷⁶.

Buna karşılık askı döneminde işverenin işçiyi gözetme, işçilere eşit davranma ve işçilerin sadakat borçları devam etmektedir⁷⁷. Örneğin; ücretsiz izne ayrılan bir işçinin, işyerinde üzerine zimmetli bir bilgisayarın diğer işçiler tarafından kullanılarak kişisel verilere erişimini işverenin engellemesi gerekir. Bu durum iş sözleşmesinin kişisel nitelikte bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır. İş sözleşmesi devam ettiği için, sözleşmenin askıya alındığı dönemde tarafların bu borçlara aykırı hareket etmeleri haklı nedenle sözleşmenin feshi imkânını ortaya çıkarır (İK m. 24/II ve İK. m. 25/II)⁷⁸.

D. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi Açısından

Hukukumuzda iş sözleşmesinin askıya alındığı dönemde sözleşmenin feshedilemeyeceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır; o halde bu dönemde tarafların sözleşmeyi fesih haklarının bulunduğu kabul edilmelidir. Burada öncelikle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin askıya alınmasını gerektiren durum esas alınarak iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilemez. Örneğin, yasal bir grev nedeniyle işine devam edemeyen işçinin iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle sonlandırılmaz.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin süresi ve sona ermesi askı durumundan etkilenmez; askı süresi sözleşme süresini kesmez. Askı süresi içinde sözleşme süresi sona ermişse iş ilişkisi biter⁷⁹. Ancak, pek tabidir ki, hem belirli hem belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, sözleşme askıda iken taraflardan biri sözleşmenin haklı nedenle feshine sebep olacak bir davranışta bulunursa sözleşme derhal feshedilebilir.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde durum farklıdır. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin normal şekilde sona ermesi için tarafların durumu önceden karşı tarafa bildirmeleri gerekir (İK. m. 17). Konuya ilişkin olarak Borçlar Kanunu 432/son'daki hükme göre değerlendirme yapılmalıdır. Hükme göre; "*Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez*". Hükümden anlaşıldığı üzere, askı süresi ile bildirim süresi iç içe geçemez. Fesih bildirimini sözleşmenin askıya alınmasından önce yapılmışsa, bildirim süreleri askı

⁷⁵ Güven/Aydın, s. 238.

⁷⁶ Süzek, s. 517; aynı yazar, (Askı Genel Teori), s. 106 vd.

⁷⁷ Süzek, s. aynı yer; Ulucan, s. 173; Şahlanan, s. 26; Taşkent, (Mevsimlik İş), s. 224; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 170; Yenisey, s. 83; Yargıtaya göre "ücretsiz izin teklifi kabul edildiğinde hizmet akdi askıya alınmakta, bu gibi durumlarda temel borçların dışında kalan işçinin sadakat (ahlaki iyi niyet kurallarına uyulması ve benzeri), işverenin de işçiyi gözetme vb. gibi yan borçları devam etmektedir", Yarg. 9.H.D., 4.10.2011, E. 2010/4114, K. 2011/13072 (Kazancı Bilişim, İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde Çavuş, s. 102.

⁷⁸ Süzek, Askı Genel Teori, s. 89; Taşkent, s. 20.

⁷⁹ Ekonomi, (Gebelik ve Doğum), s. 13-14; Süzek, s. 519; Taşkent, s. 21; Ulucan, s. 172; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 170; İstanbulluoğlu, s. 960.

dönemi boyunca işlemez, askı dönemi bittikten sonra işlemeye devam eder⁸⁰. Aynı sonuç, iş güvencesinden yararlanan işçilerin İK. m. 20'ye göre dava açma süreleri için de söz konusudur. İşçinin m.20'ye göre dava açması için öngörülen bir aylık hak düşürücü süre askı dönemi ile iç içe geçemez⁸¹. Aksine bir düşüncenin kabulü, belirsiz süreli sözleşmelerin feshinde bildirim süresi vermenin anlamını ortadan kaldırır ve aynı zamanda iş sözleşmesi askıya alınan işçileri diğerlerine göre daha kötü bir duruma düşürürdü⁸².

E. İspat Yükü

Askı durumunu ispat açısından İş yasalarında hüküm bulunmamaktadır. O halde ispata ilişkin temel kural olan Medeni Kanun m.6 uygulanmalıdır. Buna göre "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*". İş sözleşmesinin askıya alındığını hangi taraf ileri sürmüştse ispat yükümlülüğü o taraftadır⁸³. Ancak ücretsiz izin uygulamaları ile sözleşmenin askıya alındığı durumda ücretsiz izin kullanılıp kullanılmadığı veya işçinin rızasının bulunup bulunmadığı konusunda şüphe halinde ispat yükümlülüğü işverene aittir⁸⁴.

V. SONUÇ

Günümüz iş hukuku doktrininde iş güvencesini sağlamaya yönelik önemli araçlardan biri olarak görülen iş sözleşmesinin askıya alınması kurumu, sözleşme taraflarından birinin/her ikisinin temel edimlerini geçici olarak yerine getirememesini, sözleşmenin sona ermesine ya da herhangi bir maddi yaptırıma bağlamaya değil, sözleşmenin belirli bir süre devam etmesine bağlayan yaklaşımdır.

Bu duruma yol açan sebepler, işçi açısından maddi (hastalık, kaza gibi) nitelikte olabileceği gibi manevi (yakınların ölümü, evlenme gibi) nitelikte de olabilirken; işveren açısından yalnızca maddi (doğal afetler gibi) nitelikte olabilir. Zira iş sözleşmesinde işçinin kişiliği ön plandadır, işverenin ifayı kabul edememesine neden olan manevi veya ekonomik etkenler işçinin iş görme borcunu yerine getirmesini tehdit etmez.

Söz konusu sebepler, yasalarca belirtilenler veya taraflarca kararlaştırılanlarla sınırlı olmayıp, belirli kümülatif koşulların var olmasıyla askı durumunun kendiliğinden ortaya çıkmasını sağlayan diğer her türlü etkenlerdir. Bu

⁸⁰ Süzek, s. 520; Ulucan, s. 172; Narmanhoğlu, s. 489, 492; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 170; Özkaraca, s. 182; Öner Eyrenci, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2004/I, S: 1, s. 100.

⁸¹ Eyrenci, s. 100.

⁸² Süzek, s. 521; Eyrenci, aynı yer.

⁸³ "...İzne ayrıldığını ispat külfeti davacı işçiye aittir..", Yarg. 9. H.D., T.19.12.2006, E. 2006/12406, K. 2006/33449, Legal İHD, S: 15, 2007, s. 1080-1081; "...Davacı bu sürede ücretsiz izinli olduğunu ileri sürmüştü, davalı ise davacının 1977 yılında istifa ederek işyerinden ayrıldığını savunmuştur. Davalı savunmasını doğrulayan belge sunmamış dinlenen tanıklar ise davacıyı doğrular mahiyette beyanda bulunmuşlardır. Davacının anılan sürede ücretsiz izinli olduğu mahkemenin de kabulündedir. Böyle olunca 1966-1977 tarihleri arasında geçen çalışma süresinin de kıdem tazminatı hesabında nazara alınması gerekir. hatalıdır", Yarg. 9. H.D., T.14.2.2001, E.2000/18999, K.2001/2638 (Kazancı Bilişim, İctihat Bilgi Bankası); Tiryaki, s. 337.

⁸⁴ Taşkent, s. 22.

kümülatif koşullardan biri de, tarafların sözleşmenin askıya alınması yönünde iradelerinin birleşmesidir. Aksi halde tek taraflı olarak sözleşmenin askıya alınması somut olaya göre işçi yada işveren tarafından yapılan fesih olarak değerlendirilir ve feshe bağlanan hukuki sonuçlar ortaya çıkar.

İş sözleşmesinin askıya alınması sonucunda, tarafların borçları, işçinin kıdeme bağlı hakları ve iş sözleşmesinin sona ermesi açısından bazı sonuçlar ortaya çıkar. İş yasalarında bazı askı hallerinde işveren tarafından ücret ödenip ödenmeyeceği ve askı dönemlerinin kıdemden sayılıp sayılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bunların dışında yasaca düzenlenmeyen ve tarafların kararlaştırdığı askı halleri açısından Yargıtay askı döneminin kıdemden sayılmayacağı kanaatindedir (örn; ücretsiz izin uygulaması veya tutukluluk ve gözaltı durumlarında askı süreleri işçinin kıdeminden sayılmamaktadır). Yasaca düzenlenmeyen bu gibi hallerde Yargıtayın bu tutumu eleştirilebilir. İşçinin hastalığı, sakatlığı, doğum ve gebelik hallerinde yasada belirtilen makul sürelerin kıdemden sayılmasına karşın tutukluluk ve gözaltında geçen sürelerin hiç kıdemden sayılmaması doğrusu biraz tuhaftır. Bunun dışında, ücretsiz iznin varlığında izin sürelerinin kıdem açısından hiç dikkate alınmaması yerine, ücretsiz izne çıkarılmanın işletme riskine dayanılarak işveren tarafından mı yoksa işverene yükletilen bir neden olmaksızın tarafların anlaşarak sözleşmede değişiklik yapmaları şeklinde mi gerçekleştiğine göre bir ayırım yaparak sonuca gidilmesi daha isabetli olur.

İş sözleşmesinin askıya alınması ile birlikte esasen işçinin iş görme borcunun ertelenmesi söz konusu olduğu için iş görme ile ilgisi olmayan borçlar devam etmektedir. Bu bağlamda, askı döneminde dahi işverenin işçiyi gözetme, işçilere eşit davranma borcu, işçilerin sadakat borcu devam etmektedir.

İş sözleşmesi askı döneminde, sözleşmenin askıya alınmasını gerektiren durum dışında bir haklı nedenle feshedilebilir. Belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu ise sözleşme süresi askı halinden etkilenmez, süre sona ermişse sözleşme sona erer. Belirsiz süreli sözleşmelerde ise askı süresi ile bildirim süreleri iç içe geçemez. Sözleşmenin askıya alınıp alınmamış olması uyumsuzluk konusu olmuşsa, genel hükümlere göre (MK. m.6) sözleşmenin askıda olduğunu iddia eden tarafta ispatlanması gerekir.

KAYNAKÇA

Akı, Erol: Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları, Kamu-İş, C: 5, Nisan 2000, S: 3, s. 249-267.

Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Mart 2013.

Akyiğit, Ercan: Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İzin İşverence Kısaltımı (İndirimi), Çalışma ve Toplum, 2011/III, S: 30, s. 73-92.

Albayrak, Candan: Küreselleşme ve Ekonomik Krizin İş Hukukuna Etkisi, TBB Dergisi, 2012 (98), s. 165-202.

Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.

Astarlı, Muhittin: 6356 Sayılı Yeni Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 17, S: 1-2, 2013, s. 141-183.

Baybora, Dilek: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1998, C: 12, S: 4, s. 4-22.

Bayhan, Tevfik: Mevsimlik İşçilerin İş Sözleşmeleri Farklı Tarihlerde Askıya Alınabilir mi?, E-Yaklaşım Dergisi, Kasım 2009, S: 203.

Büyüktarakçı, Sevil: İş Hukukunda Mevsimlik İşler ve Kampanya İşleri, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Prof. Dr. Melda Sur), Ankara 2010.

Çavuş, Hakan: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması, Mali Çözüm Dergisi, Ağustos-Eylül-Ekim 2006, S: 77, s. 101-107.

Çelik, Nuri: Ekonomik Krizde Toplu İşçi Çıkarmayı Önleyici Çözüm Araştırmaları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Kamu-İş, Ankara, Nisan 2000, s. 427-436.

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, İstanbul, Eylül 2012.

Ekonomi, Münir: İşyerinin Kapatılması, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, s. 409-457.

Ekonomi, Münir: Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum, 2009/III, S: 22, s. 11-34 (Gebelik ve Doğum).

Erdut, Zeki: Mevsimlik İşlerde Yıllık Ücretli İzin, Kamu-İş, C: 10, 2008, S: 2, s. 1-17.

Eroğlu, Seval: Mevsimlik İş Sözleşmelerinde Askı Hali ve Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Tespitine Etkisi, SİCİL, Eylül 2007, s. 82-93.

Göksoy, Yılmaz: Kıdem Tazminatının Niteliği Ve Grevde Geçen Sürenin Kıdem Hesabına Etkisi, İş Hukuku Dergisi, C: 1, S: 8, 1969, s. 723-730.

Güner, Hüseyin/Akkaya, Kemal: Ücretsiz İzin Geçici İşgöremezlik Ödeneği Alınmasına Engel Olabilir mi?, E-Yaklaşım Dergisi, Ekim 2011, S: 226.

Güven, Ercan/Aydın, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Eskişehir 2010.

İnce, Ergun: İş Hukukunda zorlayıcı Sebep, İş Hukuku Dergisi, C: 1, S: 8, 1969, s. 691-701.

İstanbuluoğlu, Selin: İş Sözleşmelerinin Askıda Kalma Halleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S: 15, 2007, s. 943-972.

Karacan, Esin: 4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Mevsimlik İş Sözleşmesinde Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, E-Yaklaşım Dergisi, Ağustos 2011, S: 224.

Karadurmuş, Mehmet: Hizmet Akdinin Askı Süresinde Sonlandırılmasıyla Ödenecek Kıdem Tazminatı Tutarı ve Tavanı ile Genel Sağlık Sigortası Uygulaması, E-Yaklaşım Dergisi, Kasım 2012, S: 239.

Karaman, Mehmet Halis: 4857 sayılı İş Kanunu m. 13 Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin Ve Hafta Tatili, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2010/II, S: 25.

Narmanlıoğlu, Ünal: Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, Kasım 2012.

Okur, Zeki: Mevsimlik İşlerde Yıllık Ücretli İzin, Karar İncelemesi, Kamu-İş, C: 10, S: 2, 2008, s. 1-17.

Özdemir, Cumhur Sinan: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve İşe İade, THD, Haziran 2007, S: 10, s. 103- 112.

Özdemir, Çağlar: İş Mücadelesine Katılmayan İşçilerin Hukuki Durumları, Kamu-İş, C: 7, S: 2, 2003, s. 2-29.

Özer, Hatice Duygu: Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve Sözleşmenin Feshine Etkisi, Çalışma ve Toplum, 2009/II, Sayı: 21, s.123-136.

Özkaraca,ERCÜMENT: 6356 Sayılı Kanunda Sendikalar Güvenceleri, Çalışma ve Toplum, 2013/3, S: 38, s. 173-216.

Singh, Harbans, K.S.: Suspension of Work: An Overview, BuletinIngenieur, Sp-Nv 2004, Vol: 23, s. 24-35

[http://www.bem.org.my/v3/body/pdf/einforeach/2004/BEM%20Sep04-Nov04%20\(Environment\).pdf](http://www.bem.org.my/v3/body/pdf/einforeach/2004/BEM%20Sep04-Nov04%20(Environment).pdf) (E.T. 19.07.2013).

Süzek, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara, 1989 (Askı Genel Teori).

Süzek, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt-9 Özel Sayı, 2007, s. 115-133 (Ücretsiz İzin).

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2012.

Şahlanan, Fevzi: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), Haziran 2013, s. 13-50.

Şen, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005.

Şen, Murat: Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları, SİCİL, Mart 2008, S: 9, s. 85-101 (Sendika Yöneticisi).

Taşkent, Savaş: İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, SİCİL, Eylül 2006, s. 20-28.

Taşkent, Savaş: Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2010/III,S: 26,s. 223-242 (Mevsimlik İş).

Tiryaki, Hamit: İş Akdinin Askıya Alınması, Mali Çözüm Dergisi, S: 99, 2010, s. 333-340.

Türk, Şahin: İşçinin Gözaltına Alınması veya Tutuklanmasının İş Akdine Etkisi, E-Yaklaşım Dergisi, Eylül 2010, S: 213.

Ulucan, Devrim: İş Mücadelesinin Hizmet Akdine Etkisi, İş Hukuku Dergisi, C: 2, S: 2, Nisan-Haziran 1992, s. 165-180.

Yenisey, Kübra Doğan: Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması,Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, s. 71-87.

Yıldız, Gaye Burcu: Mevsimlik İş Sözleşmesi,Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S: 25, 2010, s. 43-58.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Araş. Gör. Didem Yardımcıoğlu*

GİRİŞ

Anayasanın, “*Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı*” başlıklı 53. maddesi, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesinden ayrı olarak toplu iş sözleşmesi hakkına yer vermiş, maddenin ikinci fıkrasında da toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. İşçi ve işverenlere tanınan bu hak uyarınca taraflar, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip kılınmışlardır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 2/1-h hükmünde, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme olarak tanımlanmıştır. 6356 sayılı Kanun’un m. 33/2 hükmünde ise toplu iş sözleşmesinin, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yollara ilişkin hükümleri de içerebileceği öngörülmüştür.

Hukukumuzda, toplu iş sözleşmesi tarafları, konusu ve yapıma şekli itibariyle Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklı, kendine özgü bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Zira üçüncü kişiler üzerinde normatif bir etkiye sahip olan toplu iş sözleşmeleri Anayasa ve yasaların düzenlediği şekliyle ancak belli amaçlarla, belli taraflar arasında yapılabilen ve sınırları belli olan bir işlemdir. Gerçekten toplu iş sözleşmesi, tarafları, amacı ve etkileri belirli olan ve her gerçek veya tüzel kişi tarafından bağtlanamayan bir sözleşmedir¹. Toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi sebebiyle de taraflar, Devletin yasama erkine benzer şekilde, objektif hukuk kuralları koyma özerkliğine ve erkine sahip bulunmaktadırlar. Kendisine özgü hukuki yapısına rağmen bir özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıyan toplu iş sözleşmesi, kural olarak tarafların serbest anlaşmalarına dayanmakta, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelmektedir².

[#] Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı

¹ Ekmekçi, Ö.: *Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi*, Banksis Yayınları No: 79, İstanbul 1996, s. 17.

² Çelik, N./Canıklıoğlu, N./Canbolat, T.: *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 28. Bası, Beta yay., İstanbul 2015, s. 669; Şahlanan, F.: *Toplu İş Sözleşmesi*, İstanbul 1992, s. 24; Sur, M.: *İş Hukuku, Toplu İlişkiler*, Güncellenmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 235; Esener, T.: *İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı*, Ankara 1978, s. 394; Narmanlıoğlu, Ü.: *İş Hukuku, Toplu İş İlişkileri*, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Baskı,

İş güvencesi kavramı, iş sözleşmelerinin işveren tarafından geçerli bir sebep olmaksızın feshini engellemekte, böyle bir feshin gerçekleşmesi durumunda ise iş güvencesi kapsamındaki işçiye feshin geçersizliğinin tespiti davası açma hakkı vermektedir. Oysa iş güvencesi sisteminin dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri, işverenleri tarafından herhangi bir sebebe dayanmaksızın serbestçe feshedilebilmektedir. İş güvencesine ilişkin hükümlerin İş Hukukuna girmesi, benzer amaçlara yönelik toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, bu hükümler karşısındaki durumunun ne olacağı sorununu da beraberinde getirmiştir.

Bu kapsamda, çalışmamızda toplu iş sözleşmesi taraflarının, sahip oldukları toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde iş güvencesi kapsamında bulunan veya bulunmayan işçilere çeşitli haklar sağlayabilip sağlayamayacakları, özellikle iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin toplu iş sözleşmesine konulacak hükümler doğrultusunda kapsam içine alınıp alınamayacakları açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca İş Kanunu'nda iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından getirilen bir takım düzenlemelerin toplu iş sözleşmesi hükümleri doğrultusunda değiştirilip değiştirilemeyeceği ve iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilere de bu düzenlemelerin uygulanıp uygulanamayacağı incelenecektir.

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HAKKI VE ÖZERKLİĞİ

1. Toplu İş Sözleşmesi Hakkı

Toplu iş sözleşmesi hakkı ve özerkliği kavramları esasen liberal ekonomik düzenin hakim olduğu sanayisi ileri Batı Avrupa ülkelerinde gelişmiştir. Liberal düzende mevcut olan işçi ile işveren arasındaki ekonomik eşitsizlik, uygulamada iş sözleşmelerine de yansıdığı için bu sözleşmelerin zayıf tarafını oluşturan işçilerin korunması düşüncesiyle yeni bir hukuk kaynağının gelişmesine zemin hazırlanmıştır. Toplu iş sözleşmesi adı verilen bu yeni İş Hukuku kaynağı ile birlikte, bireysel alanda yetersiz kalan irade özerkliği ilkesi, kolektif bir yapıya kavuşturularak hem yasama organının iş ilişkilerine keyfi müdahalesi hem de çalışma koşullarının yalnızca işverence kararlaştırılması problemleri aşılma istenmiştir³.

Anayasa'nın 53. maddesinde açıkça işçiler ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir. Aynı şekilde, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 1 hükmünde de, işçiler ile işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarına ilişkin usul ve esasların bu Kanun ile düzenlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, bu iki hükümden yola çıkarak hukukumuzda toplu iş sözleşmesi hakkının işçilere ve işverenlere karşılıklı olarak tanınmış olduğunu söyleyebiliriz⁴. Hem Anayasa'da hem de 6356 sayılı Kanun'da toplu iş sözleşmesi yapma hakkının işçilere ve işverenlere karşılıklı olarak tanınmış olduğu belirtilmiş olmasına rağmen,

Beta yay., İstanbul 2013, s. 465-466; Ayrıca bkz.: Tuncay, A. C./Savaş Kutsal, B.: Toplu İş Hukuku, 4. Bası, Beta yay., İstanbul 2015, s. 192-194; Tunçomag, K./Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta yay., İstanbul 2013, s. 350-351; Ulucan, D.: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İTÜ Yayınları, İstanbul 1981, s. 122.

³ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 152; Ekmekçi, s. 7; Tuğ, A.: Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Çankaya Üniversitesi Yayın No: 1, Ankara 1998, s. 47; Demir F.: İş Hukuku ve Uygulaması, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Albi yay., İzmir 2013, s. 543.

⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 653.

6356 sayılı Kanun'un m. 2/1-h hükmünde bu hakkın işçiler yerine sendikaları tarafından kullanılmasa öngörülmüştür. Kanunun bu düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunda 275 sayılı Kanun döneminde ortaya çıkan tartışma sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin aykırılığın bulunmadığına ilişkin vermiş olduğu karar hâlâ geçerliliğini korumaktadır⁵.

2. Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği

a. Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Anlamı ve Hukuki Dayanağı

Toplu iş sözleşmesi özerkliği, üçüncü kişiler üzerinde objektif hukuk kurallı niteliğinde düzenlemeler getirme olanağı sağlayan bir özerklik türüdür⁶. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinde, aralarında menfaat çatışması olan iki kesim toplu iş sözleşmesi aracılığı ile kendi üyeleri üzerinde etkili olan düzenlemeler getirmektedir⁷. Toplu iş sözleşmesi tarafları getirdikleri kurallar ile esasen sözleşmenin tarafı konumunda bulunmayan kendi üyelerini de bağlamakta, böylece düzenleme getirenler ile düzenlemenin kapsamına girenler ayrı kişiler olmaktadır⁸.

⁵ Anayasa Mahkemesi kararına göre, "...Toplu sözleşmelerde işçiler bakımından alabildiğince yararlı ve kazançlı hükümleri işverenlere kabul ettirebilmek için görüşme masasına oturan işçi temsilcilerinin arkalarında güçlü bir işçi varlığının eylemli olarak bulunması ve görüşmede bulunacakları desteklemesi, vazgeçilmez bir koşuldur. İş hayatındaki uygulamalardan öğrenildiğine göre bu destekleyici varlıklar, ancak sendika biçiminde ve hem de gerçekten güçlü olan bir sendika durumunda oldukları zaman işçiler olumlu sonuçlar alabilmektedirler. Bu bakımdan 5-10 işçinin veyahut eylemli olarak kurulmuş bir işçi birliğinin işverenler karşısında yeterince etkili olamayacağı, örgütlenmemiş işçi topluluklarını ise işverenlerin kolaylıkla etkileri altına alabilecekleri ve bunlara toplu sözleşme yolu ile diledikleri koşulları kolayca kabul ettirebilecekleri görülmektedir. Bunun bir kanıtı da, özellikle grevlerde bir sendikanın tek başına destekleme gücünün yetmediği ve sendikalardan kurulu birliklerin desteği ile uygun sonuçlara ulaşılabilirdir. Demek ki 5-10 işçiye veya eylemli işçi topluluklarına toplu iş sözleşmesi yapma yetkilerinin tanınması, Anayasa'nın toplu sözleşme ve grev yapma yetkilerini tanıması ile güttüğü ereğe uygun olması şöyle dursun, karşıt bulunmaktadır. Gerçekten, toplu sözleşme yapma yetkisi işçilerin sosyal ve iktisadi durumlarını düzeltmek için onlara tanınmıştır. Görüşmeler sırasında işveren karşısında güçlü ve desteklenmesi hemen hemen kesinlikle beklenen bir varlık olarak işçiler, sosyal durumlarını düzelter ve daha iyiye götüren toplu sözleşmeler elde edebilirler ve işverenle işçiler arasındaki sosyal ve iktisadi denge böylelikle daha iyi sağlanmış olur...Bu gerçekler karşısında, Anayasa'nın 47. maddesindeki (1982 Anayasası m. 53/1) "işçiler" sözünden, güçlü işçi kuruluşlarında, başka deyimle güçlü işçi sendikalarında birleşmiş işçileri anlatmak istediği, Anayasa'nın herkesten önce işçileri korumak ereği ile bu hükmü koymuş bulunduğu dahi göz önünde tutularak kabul olunmalıdır...", Anayasa Mahkemesi, T. 20.10.1967, E. 1963/337, K. 1967/31, RG., Mayıs 1969, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13188.pdf>, (30.07.2015), s. 4.

⁶ Canbolat T.: 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta yay., İstanbul 2013, s. 17; Tunçomağ/Centel, s. 333.

⁷ Bu konuda bkz.: Sur, M.: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, DEÜHF Yayını, Ankara 1991, s. 35 vd.; Ulucan, s. 13 vd.; Kandemir, M.: "Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradesi Dışında Oluşması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 1993, s. 13; Kandemir, M.: "Toplu İş Sözleşmesinin YHK Kararıyla Oluşması ve YHK Kararının Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğine Etkisi", Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 214-215; Tuğ, s. 52.

⁸ Sur, Özerklik, s. 51; Ulucan, s. 46-47.

Bu doğrultuda toplu iş sözleşmesi özerkliği, sözleşme taraflarının dıştan bir müdahale olmaksızın karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını kolektif düzeyde, Anayasa ve kanunların emrettiği hükümlerine aykırı olmayacak bir şekilde serbestçe düzenleme hak ve yetkisi olarak tanımlanabilir⁹. Hemen belirtelim ki, 6356 sayılı Kanun'un m. 2/1-h hükmü, toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilme ehliyetini işçiler açısından sadece işçi sendikalarına, işverenler açısından ise işveren sendikaları ile sendika üyesi olmayan işverenlere tanımış olduğu için fiili işçi gruplarının, dernek, birlik ya da konfederasyon şeklinde örgütlenmiş işçi kuruluşlarının toplu iş sözleşmesi yaparak özerk düzenlemeler getirme hakları bulunmamaktadır¹⁰.

Hukukumuz açısından toplu iş sözleşmesi özerkliği kavramı ilk kez 1961 Anayasası'nın 47. maddesi ile tanınmıştır. Anılan 47. maddeye göre, "İşçiler, işverenlerle olan münasebetlerinde, iktisadi ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek amacıyla toplu sözleşme ve grev haklarına sahiptirler. Grev hakkının kullanılması ve istisnaları ve işverenlerin hakları kanunla düzenlenir". Ardından 1963 yılında çıkarılan 275 sayılı Kanun ile bu hükmün işlerliği sağlanmıştır. Günümüzde de 1982 Anayasası'nın 51. maddesinde sendika kurma hakkı, 53. maddesinde toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı ve 54. maddesinde ise grev hakkı ve lokavt düzenlenmiştir. Anayasa'nın 53. maddesine göre, "İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler". Anayasa'nın bu hükmü öncelikle 1983 yılında çıkarılan 2822 sayılı Kanun ile işlerlik kazanmış, daha sonra 2012 yılında 2821 ve 2822 sayılı Kanunları birleştirip tek çatı altında toplayan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu işlerlik devam ettirilmiştir. Her iki Anayasa döneminde de madde metinlerinde "toplular iş sözleşmesi özerkliği" kavramı birebir yer almamışsa da sendika özgürlüğü, grev ve toplu iş sözleşmesi haklarını düzenleyen hükümlerin mevcudiyeti sebebiyle bu sonuca ulaşılmaktadır. Çünkü sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları toplu iş sözleşmesi özerkliğinin birbirini tamamlayan ayrılmaz parçalarıdır. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi hakkı ve özerkliği, 1961 Anayasası döneminden beri Anayasal zemine oturmuş ve dayanağını Anayasa'dan almıştır diyebiliriz. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen Anayasa m. 48/1 hükmünden ayrı bir madde altında düzenlenmiş olması ise bir tesadüf değildir. Böylelikle toplu iş sözleşmesi özerkliğine ayrıca bir Anayasal güvence sağlanmak istenmiştir¹¹.

⁹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 152; Demir, s. 546.

¹⁰ Ekmekçi, s. 21.

¹¹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 655; Tuğ, s. 51; Ekmekçi, s. 17; Canbolat, TİS'in Düzeyi ve Türleri, s. 20; Kandemir, "TİS'in Taraf İradesi Dışında Oluşması", s. 16, 19; Centel T.: "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları", Sicil İHD, S. 17, 2010, s. 211-212; 1961 Anayasası'nın toplu iş sözleşmesi özerkliğini bir bütün olarak güvence altına almış olmasına karşılık 1982 Anayasası'nın bu bütünlüğü korumakla birlikte çok daha geniş ve kısıtlayıcı etkisi bulunan düzenlemeler getirdiği, toplu iş uyuşmazlıkları sisteminin temel ilkelerini bir Anayasa'da olması gerekenden daha ayrıntılı bir şekilde düzenlediği, dolayısıyla 1961 Anayasası'nın öngördüğü toplu iş sözleşmesi özerkliği düzeni ile 1982 Anayasası'nın kurduğu toplu iş sözleşmesi özerkliği düzeninin özdeş olduğunun söylenemeyeceği ve bu farklılığın özerkliğin üç temel kurumu olan sendika, grev ve toplu iş sözleşmesi kurumlarının düzenleniş biçiminden kaynaklandığı yönünde bkz.: Kandemir, "Toplu İş Sözleşmesinin YHK Kararıyla Oluşması", s. 216.

b. Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Sınırları

Anayasal ve yasal güvenceye sahip olan toplu iş sözleşmesi hakkı ve özerkliğinin de her hak gibi bir sınırı vardır. Bu sınır öncelikle Anayasa'nın 53. maddesinden doğmaktadır. Anayasa m. 53 hükmüne göre işçiler ve işverenler ancak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını düzenlemeye yönelik toplu iş sözleşmesi yapabilirler. Dolayısıyla, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını düzenlemeye yönelik olsa bile çalışma şartlarına ilişkin olmayan hususlar toplu iş sözleşmeleri ile düzenlendiklerinde taraflara herhangi bir hak ve yükümlülük getirmeyecektir¹². İlaveten, işverenin muhatap olamayacağı ve ancak Devlet tarafından gerçekleştirilebilecek konular, işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarının korunması ve düzeltilmesine yönelik olsalar dahi toplu iş sözleşmesine konu olamayacaktır. Siyasi ve dini amaçlı konular, işçinin gelir vergisi oranının azaltılması gibi hususlar bu duruma örnek olarak verilebilir¹³.

Ayrıca, sözleşme tarafları yalnızca Anayasa m. 53 hükmünü değil, "Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." düzenlemesini getiren Anayasa m. 11 hükmü doğrultusunda Anayasa'nın diğer maddelerini de göz önünde bulundurmaları zorundadırlar. Örneğin, Anayasa m. 2 hükmü doğrultusunda sosyal devlet ilkesine ters düşen sözleşme hükümleri toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırılık teşkil edecektir¹⁴. Ayrıca, işveren ve işçilerin bu sıfatları ile yer almadıkları karşılıklı ilişkilerin; işçilerin ya da işverenlerin üçüncü kişilerle ya da işçilerin kendi aralarındaki, işverenlerin de kendi aralarındaki ilişkilerin; işçilerin serbest zamanlarının ve işçilerin sendikalarıyla olan ilişkilerinin toplu iş sözleşmesi kurallarıyla düzenlenmesi de mümkün değildir¹⁵.

Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin ikinci sınırını ise yasal düzenlemeler oluşturmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin sınırına ilişkin emredici yasal düzenleme, yürürlükten kaldırılan 2822 sayılı Kanun'da yer aldığı gibi 6356 sayılı Kanun'da da yer almıştır. Fakat 6356 sayılı Kanun'un m. 33/5 hükmü, 2822 sayılı Kanun'un 5. maddesi hükmüne nazaran daha sadeleştirilerek kaleme alınmıştır. 2822 sayılı Kanun'un "Toplu iş sözleşmesine konulamayacak hükümler" başlığını taşıyan 5. maddesine göre, "Toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz". Bu hükmün yerine 6356 sayılı Kanun'un m. 33/5 hükmü, "Toplu iş sözleşmeleri ve çerçeve sözleşmeler, Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içeremez" ifadesi ile çok daha sade bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır.

6356 sayılı Kanun m. 33/5'te bahsedilen "emredici hükümler" ifadesiyle, mutlak emredici nitelikteki hükümler anlatılmak istenmektedir. Emredici ka-

¹² Demir, s. 548; Canbolat, TİS'in Düzeyi ve Türleri, s. 21, 22.

¹³ Şahlanan, TİS, s. 5, 6; Ekmekçi, s. 70; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 162-163; Tuğ, s. 57, 58; Toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işyerlerinde çalışan ve toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin ücretlerinden işçinin payına düşen sigorta primi ve vergi oranlarının işverence karşılanacağına ilişkin hükümlerin geçerli kabul edilmesi yönünde bkz.: Canbolat, TİS'in Düzeyi ve Türleri, s. 22.

¹⁴ Centel, "TİS Özerkliği", s. 212.

¹⁵ Ekmekçi, s. 71-75.

nun hükümlerine aykırı şekilde sözleşme taraflarının toplu iş sözleşmesi özerkliği yetkisine dayanarak toplu iş sözleşmesi hükümleri oluşturmaları mümkün değildir. Bununla birlikte taraflar yapacakları toplu iş sözleşmesine, nispi emredici kuralların aksine işçi lehine olmak şartıyla hükümler koyabilirler¹⁶. Bu sebeple, taraflar örneğin toplu iş sözleşmeleri ile asgari ücret, çalışma süreleri, ihbar önelleri gibi nispi emredici nitelikteki hükümlerin aksini işçilerin daha lehine olmak şartıyla her zaman kararlaştırabilirler. Buna karşılık, sendika aidatlarının ödenmesine, kıdem tazminatının üst sınırına, dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmeden yararlanmak için sendikanın onayına gerek olmadığına ilişkin hükümler mutlak emredici hüküm niteliğinde oldukları için işçi lehine de olsa bu hükümlerin aksine bir düzenleme toplu iş sözleşmeleri ile yapılamayacaktır; yapılmış ise geçerli sayılmayacaktır¹⁷. Ayrıca belirtilebilir ki, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırlarının belirlenmesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel sınırlamalar, işçilerin temel hak ve özgürlükleri ile işverenlerin girişim özgürlüğü ve yönetim haklarının da dikkate alınması gerekmektedir¹⁸.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA

Toplu iş sözleşmesi tarafları, konusu ve yapıma şekli itibarıyla Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklı özellikler taşımaktadır¹⁹. Toplu iş sözleşmesinin ayırt edici özellikleri olarak iş sözleşmeleri üzerindeki normatif etkisi ile kolektif bir nitelik taşıması ifade edilebilir. Toplu iş sözleşmesinin kolektif nitelik taşıması ile kast edilen taraflarını tek tek işçi ve işverenlerin değil de toplu yararları temsil eden toplulukların oluşturduğu bir sözleşme olmasıdır²⁰. Bu doğrultuda, 6356 sayılı Kanun'un m. 2/1-h hükmü toplu iş sözleşmesini, "*İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi ifade eder*" şeklinde tanımlamıştır. İlâveten 6356 sayılı Kanun m. 33/2 hükmü toplu iş sözleşmesinin, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca, 6356 sayılı Kanun'un m. 35/1 hükmünde, toplu iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 53. maddesi ise 1. fıkrasında, "*İşçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler*" diyerek kanuni tanımdan daha geniş bir tanım yapmaktadır. Çünkü çalışma şartları kavramı, iş sözleşmelerinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümlerden daha kapsamlıdır²¹.

Bu hükümler ışığında toplu iş sözleşmesi, bir işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere yapılan,

¹⁶ Centel, "TİS Özerkliği", s. 213.

¹⁷ Demir, s. 549.

¹⁸ Şahlanan, TİS, s. 7.

¹⁹ Kandemir, M.: "Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı", Çalışma ve Toplum, C. 4, S. 39, 2013, s. 169; Reisoğlu, S.: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 222, Ankara 1967, s. 23.

²⁰ Narmanlıoğlu, s. 297.

²¹ Şahlanan, TİS, s. 9.

tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyumsuzlukların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilen yazılı bir sözleşme olarak tanımlanabilir²².

Toplu iş sözleşmesinin içeriği her ülkede o ülkenin sosyal mevzuatına, işçi ve işveren ilişkilerinin uyum derecesine, toplumun siyasal ve sanayi alanındaki gelişme seviyesine ve toplu iş sözleşmesinin kapsamına, yani işkolu yahut işyeri toplu iş sözleşmesi olmasına bağlı olarak değişiklik gösterebilir²³. İsviçre Borçlar Kanunu'nun eski 322. maddesinin (şimdiki 356. madde) bir kısmının Türkçeye çevrilmesi ile mevzuatımıza ilk kez 275 sayılı Kanun ile giren ve daha sonra 2822 sayılı Kanun'da belirtilen, son yasal değişiklikten sonra da 6356 sayılı Kanun'da düzenlenen hükümler göz önünde bulundurulduğunda, toplu iş sözleşmesinin içeriğini tıpkı İsviçre ve Alman Hukuklarında olduğu gibi normatif hükümler ve borç doğurucu hükümler olmak üzere ikiye ayırmamız mümkündür²⁴.

Gerçekten de, 6356 sayılı Kanun'un 33. maddesinin 1. fıkrasında bahsedilen iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümler normatif hükümleri; aynı maddenin 2. fıkrasında belirtilen, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyumsuzlukların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümler ise borç doğurucu hükümleri oluşturmaktadır. Fakat her zaman normatif hükümler ile borç doğurucu hükümler arasında kesin bir ayırım yapılamayacağı ve bu gibi durumlarda tereddütlerin giderilebilmesi için 6356 sayılı Kanun'un m. 53/1 hükmü uyarınca yorum davası açma yolunun bulunduğu gözden tutulmalıdır²⁵.

Toplu iş sözleşmesinin kolektif bir nitelik taşımasını yanı sıra bir diğer ayırt edici özelliği de iş sözleşmeleri üzerindeki normatif etkisidir. 6356 sayılı Kanun'un m. 33/1 hükmü de esasen toplu iş sözleşmesinin normatif etkisinin konusunun iş sözleşmeleri olduğuna işaret etmektedir. 6356 sayılı Kanun m. 33/1'in kaleme alınış şekline, Alman ve İsviçre Hukuklarından farklı olarak hukukumuzda normatif hükümlerin toplu iş sözleşmesinin varlığı için zorunlu bir unsur olduğu anlaşılmaktadır. Yani sadece toplu iş sözleşmesinin taraflarına borçlar yükleyen borç doğurucu hükümlerin bulunması bir toplu iş sözleşmesinin varlığı için yeterli değildir. Bununla birlikte, bir toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili hükümlerden en az bir tanesinin bulunması gerekli ve yeterlidir²⁶.

Normatif hükümler, kanun hükmü gibi objektif hukuk kuralı niteliği taşırlar. Bu sebeple de iş sözleşmeleri üzerinde doğrudan doğruya ve emredici bir

²² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 661; Tuğ, s. 7; Narmanlıoğlu, s. 295; Canbolat, TİS'in Düzeyi ve Türleri, s. 26-27.

²³ Işıklı, A.: Toplu İş Sözleşmeleri ve Türkiye Ekonomisi İçindeki Yeri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1967, s. 3-4.

²⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 662; Şahlanan, TİS, s. 10; Tuğ, s. 8; Çifter, A.: "Toplu İş Sözleşmesinin Muhtevası, Düzeyi ve Türleri", Kamu-İş, 2004, C. 7, S. 3, s. 1.

²⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 173; Normatif hüküm-borç doğurucu hüküm ayırımının yapay bir ayırım olduğu görüşü için bkz.: Elbir, H. K.: İş Hukuku, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 180.

²⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 662; Tuğ, s. 8; Kandemir, "TİS'in Uygulanma Alanı", s. 170; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 173; Çifter, s. 1-2; Canbolat, TİS'in Düzeyi ve Türleri, s. 27.

etkiye sahiptirler²⁷. Gerçekten de “*Toplu iş sözleşmesinin hükmü*” başlığını taşıyan 6356 sayılı Kanun’un m. 36/1 hükmü bu etkiyi, “*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması halinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir*” şeklinde belirtmektedir.

Borç doğurucu hükümler ise sadece toplu iş sözleşmesinin taraflarını (işçi sendikası, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren) yükümlülük altına sokan, normatif hükümlerin aksine tarafların üyeleri üzerinde herhangi bir hak ve yükümlülük doğurmayan hükümlerdir. Borç doğurucu hükümler bu özellikleri sebebiyle Borçlar Hukuku alanındaki diğer sözleşmelere ilişkin hükümlerden farklıdır. Ayrıca 6356 sayılı Kanun m. 33/2’nin kaleme alınış şekli toplu iş sözleşmesinin varlığı için borç doğurucu hükümlerin bulunmasının şart olmadığı da anlaşılmaktadır. Yani bir toplu iş sözleşmesi hiçbir borç doğurucu hüküm ihtiva etmese, yalnızca normatif hükümler içerse bile varlık kazanacaktır²⁸.

Toplu iş sözleşmesinin öznesi olarak işçiler, bir toplu iş sözleşmesinden kural olarak sözleşmeye taraf işçi sendikasına üye olarak yararlanabilirler. Bu kural, 6356 sayılı Kanun m. 39/1 hükmünde tıpkı 2822 sayılı Kanun’un 9. maddesinin 1. fıkrasında düzenlendiği gibi düzenlenmiş bulunmaktadır. Yararlanma hususunda asıl kural bu olmakla birlikte, 2822 sayılı Kanun’da olduğu gibi 6356 sayılı Kanun’da da taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin yararlanmaları bakımından çeşitli alternatif yollar öngörülmüştür. Bunlardan ilki dayanışma aidatı ödemek suretiyle, ikincisi ise işçi sendikasının yazılı onayı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanmadır. Ayrıca 6356 sayılı Kanun’un 40. maddesi uyarınca, bir toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanının toplu iş sözleşmesi bulunmayan başka işyerlerine genişletilmesi yani teşmili de işçilerin asıl kural dışında toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte, bir toplu iş sözleşmesinden aynı anda birden çok yolla yararlanmak mümkün değildir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde bu yollardan yalnızca bir tanesi geçerli sayılır. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesinden yararlanmada teklik ilkesinin varlığından söz edebiliriz²⁹.

Toplu iş sözleşmelerinin bazı hükümleri sendikali-sendikasız ayrımı yapılmaksızın işyerinde çalışan tüm işçilere uygulanabilir. 6356 sayılı Kanun’un m. 25/2 hükmüne göre, “*İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalıştırma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır*”.

²⁷ Şahlanan, TİS, s. 12-13; Tuğ, s. 9; Çifter, s. 2; Canbolat, T.: “Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 1998, s. 89; Upex, R./Benny, R./Hardy S.: Labour Law, Core Text Series, Oxford University Press, s. 379; Normatif hükümlerin kanun hükümlerinden farklı oldukları yönünde bkz.: Narmanhoğlu, s. 301-302.

²⁸ Şahlanan, TİS, s. 12, 21; Dereli, T./Blanpain, R.: International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, Kluwer-The Netherlands, 1982, s. 213; Reisoğlu, s. 47, 57; Demir, s. 552; Çifter, s. 6.

²⁹ Akyiğit, E.: İş Hukuku, 7. Baskı, Seçkin yay., Ankara 2008, s. 483.

6356 sayılı Kanun'un m. 25/2 hükmü doğrultusunda, toplu iş sözleşmelerinin normatif hükümleri arasında ikili bir ayırım yapıldığını ve bu hükümlerden çalıştırma şartları ile çalıştırmaya son verilmesi ile ilgili olanların sendikali-sindikasızmı ayırımı yapılmaksızın o toplu iş sözleşmesinin kapsamındaki bir işyeri veya işletmede çalışan tüm işçilere uygulanacağını söyleyebiliriz. Bununla birlikte, ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin normatif hükümler yalnızca toplu iş sözleşmesinden yararlanma koşullarını taşıyan işçilere uygulanabilecektir. Bu işçilerin başında taraf işçi sendikasına üye olan işçiler gelmektedir. Ayrıca, dayanışma aidatı ödeyerek veya işçi sendikasının yazılı onayıyla yahut teşmil yoluyla o toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler de ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin avantajlı hükümlerden faydalanabilecekler³⁰.

Toplu iş sözleşmesinin sendikali-sindikasızmı ayırımı yapılmaksızın kapsam içindeki işyeri veya işletmede çalışan tüm işçilere uygulanacak hükümleri genellikle işyeri düzeninin sağlanması ve işçilerin ortak yararlarıyla ilgili hükümlerdir. Kreş, servis aracı, yemekhane, spor alanları, işyerinin havalandırılması, ışıklandırılması, işçilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasına, işçilerin haftalık veya yıllık izinlerinin kullanılmasına ilişkin hükümler bu tarz hükümlere örnek olarak verilebilir³¹.

İşveren bu hükümleri kanuni zorunluluk sebebiyle, aynı konum veya durumdaki işçilere sendikali olup olmamalarına ya da taraf işçi sendikası dışında bir başka sendikaya üye olmaları durumuna bakmaksızın uygulamak zorundadır. İşçiler toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren bir işyeri veya işletmede çalışma koşulunu sağlamakla kanun gereği bu hükümlerden yararlanma hakkına sahip olmaktadır³². Ayrıca, işverenin 6356 sayılı Kanun'un m. 25/2 hükmünü ihlal etmesi durumunda bu konudaki yaptırımın ne olacağı da 6356 sayılı Kanun m. 25/4 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, "İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir".

III. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI VE İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. İş Güvencesi Kavramı

İş güvencesi, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından ancak geçerli sebeplerin varlığı halinde feshedilebilmesini, yani, işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasını ifade etmektedir. İşverenin fesih hakkının sınırlandırılması, işçinin işinin güvence altına alınmaya çalışılması iş ilişkisinin varlığını koruma amacına yöneliktir. Fakat iş güvencesi kavramı ile amaçlanan işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin her ne olursa olsun devam ettirilmesi değildir. Bu sebeple, iş güvencesi sisteminde de işçi işten çıkarılabilecek, ancak bunun için

³⁰ Narmanlıoğlu, s. 405 vd.

³¹ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 716; Ekmekçi, s. 141; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 261; Narmanlıoğlu, s. 407, dn. 341; Canbolat, T.: "Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler", Kamu-İş, C. 6, S. 4, 2002, s. 4; Canbolat, "TİS'in Kişiler Açısından Uygulama Alanı", s. 147; Şahlanan, F.: "İşverenin Sendika Üyesi Olmayan İşçilere Yaptığı Bazı Ödemelerin Toplu Sözleşmeden Yararlandırma Açısından Değerlendirilmesi", Sicil İHD, S. 23, 2011, s. 139-140; Aktay, N.: Toplu İş Sözleşmesi, TÜHİS Yayın No: 37, Ankara 2000, s. 86-87; Kızılray, E.: "Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen Düzenlemelerin Kapsam Dışı Personelle Uygulanabilirliği", Sicil İHD, S. 27, 2012, s. 160.

³² Narmanlıoğlu, s. 407.

geçerli nedenlerin varlığı aranacaktır. Söz konusu nedenler yoksa ya da olmasına rağmen varlığı işveren tarafından ispat edilemiyorsa, işçi işine iade edilebilecek veya bu gerçekleşmiyorsa kendisine özel bir tazminat ödenecektir³³.

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 1982 yılında kabul edilen “Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme”nin Türkiye tarafından 1994 yılında onaylanması³⁴ ile bu sözleşmeye uyum sağlamak üzere iş güvencesine ilişkin yasal değişiklikler yapılması zorunluluğu doğmuş ve kamuoyunda “iş güvencesi yasası” olarak bilinen 4773 sayılı “İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” çıkarılmıştır³⁵. 2002 yılında 4773 sayılı Kanun’un kabul edilmesi ile hukukumuzda ilk kez işverene, işçinin iş sözleşmesini süreli fesih yoluyla feshederken geçerli bir sebebe dayanma yükümlülüğü getirilmiştir. 4773 sayılı Kanun’un kabulünden önceki dönemde ise işveren işçinin iş sözleşmesini herhangi bir sebep göstermek zorunda olmadan istediği zaman feshedebiliyordu. Eğer bu fesih bir hakkın kötüye kullanılması ya da haksız fesih teşkil ediyorsa işveren açısından tazminat sorumluluğu meydana gelmekle birlikte, yapılan fesih geçerli kabul ediliyordu. Ayrıca yine bu dönemde, işveren tarafından gerçekleştirilen feshin, bir hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini ispat yükümlülüğü de işçiye ait bulunuyordu³⁶.

4773 sayılı Kanun’un iş sözleşmesinin feshine ilişkin hükümleri bir takım değişikliklerle 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu (İş K.) kapsamına alınarak günümüzdeki iş güvencesi sistemi kurulmuştur. İş güvencesi hükümleri ile birlikte (İş K. m. 18 vd.) bu sistemin kapsamına giren hukuki ilişkiler açısından fesih serbestisi sona ermiş ve süreli fesih hakkının doğumu geçerli nedenlerin varlığına bağlanmıştır. Geçerli nedenlerin varlığını ispat yükümlülüğü işverene yüklenmiş; bu nedenlerin gerçekleşmemiş olmasına rağmen işverence fesih yapılması durumunda ise işçinin işe iadesi ya da iş güvencesi tazminatı ödenmesi ve her iki durumda da kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı sürelerle ilişkin olarak işçinin en çok dört aya kadar ücretinin

³³ Çelik, N.: “Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Bu Hakkın Sözleşmelerle Sınırlandırılması Konusundaki Uygulamalar”, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997, s. 51 vd.; Şahlanan, F.: “Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutuyla İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 144-145; Eyrenci, Ö.: “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Üzerine Bir Değerlendirme”, Legal İSGHD, C. 1, S. 1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s. 31; Taşkent, S.: “İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Çeşme 25-29 Haziran 2003, s. 111 vd.; Kandemir, M.: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Y. III, S. 6, Eylül 2005, s. 267-268; Centel, T.: İş Güvencesi, Legal yay., İstanbul 2013, s. 10.

³⁴ RG., 18.06.1994, 21964.

³⁵ RG., 15.08.2002, 23810.

³⁶ Süzek, S.: İş Hukuku, 11. Baskı, Beta yay., İstanbul 2015, s. 571; Kandemir, “İş Güvencesi”, s. 268.

ödenmesi öngörülmüştür. İş güvencesi hükümleri kapsamına girmeyen işçiler bakımından ise fesih serbestisi sistemi geçerliliğini sürdürmektedir³⁷.

İş güvencesinin varlığı, İş Hukuku kurallarının fiilen hayata geçirilebilmesini sağlamaktadır. Çünkü ancak bu sistemin varlığı sayesinde işçiler Kanundan veya iş sözleşmesinden doğan haklarını talep etme hususunda tereddüte düşmeyecek ve işten çıkarılma korkusu taşımayacaktır. Aynı şekilde, işçilerin sadece bireysel nitelikteki haklardan değil, toplu iş sözleşmesi, sendika üyeliği, grev gibi Toplu İş Hukuku'nun sağladığı haklardan da yararlanabilmesi iş güvencesi sisteminin varlığıyla yakından ilişkilidir. İşçiler, iş güvencesi kapsamında oldukları zaman iş sözleşmelerinin feshi endişesini duymadan sendikalara üye olabilecek ve yasal bir greve katılabilecektir. Fakat önemle belirtmelidir ki, iş güvencesi kavramı işçinin işten çıkarılmaması anlamına da gelmemektedir. İşçinin işinin korunmasının, kendisinin ve ailesinin geçim kaynağını oluşturan ücretinden yoksun bırakılmamasının ve işçinin işinin sürekliliği ve geleceği hakkında güven duymasının sağlanması çok büyük önem taşımaktadır. Ancak işçinin işini korurken işletme gereklerinin de gözden uzak tutulmaması gerekmektedir. İşletmenin teknolojik gelişmelere ayak uydurabilmesi ve daha verimli çalıştırılabilmesi için yeniden yapılandırmaya gidilmesi, işyerinin ekonomik ve mali zorunlulukları, işyeri disiplininin sağlanabilmesi, işçinin yetersizliği veya davranışları iş sözleşmesinin feshini gerekli kılabilir. Dolayısıyla, iş güvencesi sisteminin amacının, işçilerin Anayasa m. 49'da düzenlenen çalışma hakları ile işverenin Anayasa m. 48'de düzenlenen girişim ve sözleşme özgürlüğünün ölçülülük ilkesi kapsamında dengelenmesi olduğunu söyleyebiliriz³⁸.

2. İş Güvencesi Hükümlerinin Hukuki Niteliği

İş Hukuku'nun diğer özel hukuk dallarından farklı bir takım özellikler taşıması sebebiyle bu hukuk dalının kaynaklarında da bazı değişiklikler bulunmaktadır. Klasik hukuk teorisi doğrultusunda Kanun hükümleri, emredici hukuk kuralları ile yedek hukuk kuralları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Oysa İş Hukuku'ndaki Kanun hükümleri mutlak emredici, nispi emredici ve yedek hukuk kuralları şeklinde kategorize edilmektedir. Mutlak emredici hükümler, aksi hiçbir şekilde kararlaştırılmayan ve taraf iradeleriyle bertaraf edilmeleri mümkün olmayan kurallardır. Bu emredicilik daha ziyade işverene karşı ve işçi yararına olmakta ve işçiden çok işverenin sözleşme serbestisi kısıtlanmış bulunmaktadır. Emredici kurallar, sosyal devlet ilkesi ile işçinin korunması ilkesinin gereği ve sonucudur. İş Hukuku'nun kaynakları arasındaki sıralamada mutlak emredici hükümler Anayasa hükümlerinden sonra ikinci sırada gelmektedir. Dolayısıyla bu kuralların toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ya da işyeri uygulamalarıyla ister işçinin aleyhine ister lehine olsun değiştirilebilmeleri mümkün değildir. Nispi emredici hükümler ise işçinin korunması amacını taşıyan ve asgari düzeyde çalışma şartlarını düzenleyen hükümlerdir. Bu hükümlerin işçi lehine olmak kaydıyla toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ya da işyeri uygulamaları ile değiştirilebilmeleri mümkündür³⁹.

³⁷ Süzek, s. 571.

³⁸ Süzek, s. 572, 573; Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Beta yay., İstanbul 2014, s. 176, 177; Centel, İş Güvencesi, s. 11, 12.

³⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 23-24; Süzek, s. 94; Doğan Yenisey, K.: "İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış", Prof. Dr.

Bir hükmün mutlak emredici nitelikte mi yoksa nispi emredici nitelikte mi olduğunun tespiti için hükmün lafzına ve amacına bakılmalıdır. Ancak bazı durumlarda hükmün lafzının, hükmün emredici hukuk kuralı niteliğinde olduğu izlenimini uyandırmasına rağmen normun işçiyi koruma amacı ile getirilmiş olması dikkate alınarak esasında bu kuralın nispi emredici hukuk kuralı olarak yorumlanabilmesi de mümkündür⁴⁰. Mutlak emredici hükümlerin amacı tüm toplumun, çalışma yaşamının ve barışının korunması, kamu düzeninin sağlanması iken nispi emredici hükümlerin amacı işçilerin korunmasıdır. Bu sebeple, İş Hukuku'nda mutlak ve nispi emredici hüküm ayrımı yapılırken hükmün düzenleniş biçiminden ziyade hükmün doğrudan izlediği amacın göz önünde tutulması gerekmektedir⁴¹.

Çalışmamızın konusunu oluşturan iş güvencesi ile ilgili hükümlerin doğrudan amacı işçilerin feshe karşı korunmasıdır. Dolayısıyla, ilk bakışta bu hükümlerin nispi emredici nitelik taşıdığı kanaatine varılması mümkündür. Fakat işçilerin feshe karşı korunmasını düzenlemekle beraber nispi emredici nitelik taşımayan hükümler de söz konusu olabilmektedir. Bu konuda İş K. m. 21/son hükmü önem arz etmektedir. İş K. m. 21/son hükmüne göre, "Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir". Bu düzenlemeyle birlikte İş K. m. 21'in birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri mutlak emredici nitelik kazanmıştır. Bu hükümle iş sözleşmesinin geçersiz feshi halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçlar tamamen tarafların irade serbestisinin dışına çıkarılmıştır. İş K. m. 21/son hükmünde yer verilen bu sınırlandırıcı anlatım karşısında, mutlak emredici iş güvencesi düzenlemelerinin İş K. m. 21'in ilk üç fıkrası ile sınırlı olduğu ve hükmün karşıt kavramından hareket edilmek suretiyle söz konusu hükümlerin dışındaki iş güvencesi düzenlemelerinin nispi emredici nitelik taşıdığı kabul edilebilecektir⁴².

IV. İŞ GÜVENCESİ HÜKÜMLERİNİN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİ KARŞISINDAKİ DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. İş Kanunu ve Basın İş Kanununa Tabi İşçi Olma

İş güvencesine ilişkin hükümler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup bu Kanuna tabi olan ve işçi sıfatına sahip kişiler iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilecektir. Bu doğrultuda, işçi sıfatı taşımayan memur, sözleşmeli personel, çırak ve stajyerlerin iş güvencesinden ya-

Sarper Süzek'e Armağan C. I, Beta yay., İstanbul 2011, s. 52; Yıldız, G. B.: "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütü", Legal İSGHD, S. 11, 2006, s. 905.

⁴⁰ Doğan Yenisey, "Sosyal Kamu Düzeni Kuralları", s. 54; Doğan Yenisey, K.: İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta yay., İstanbul 2014, s. 78.

⁴¹ Süzek, s. 32, 33; Doğan Yenisey, Emredici Yapı, s. 80; Emredici nitelikteki hükümlerin altında yalnızca kamu düzeninin, toplumsal menfaatlerin korunması düşüncesinin olmadığı; toplumsal menfaatlerin ötesinde, doğrudan şahısların menfaatlerinin korunmasının da mutlak emredici düzenlemelerin getirilmesinin ardında yatan bir neden olabileceği yönünde bkz.: Özdemir, E.: "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", AÜHF, C. 54, S. 3, 2005, s. 98; İş Hukuku'ndaki emrediciliğin yapısının daha ziyade yasaklayıcı normlarla şekillendiği yönünde bkz.: Doğan Yenisey, "Sosyal Kamu Düzeni Kuralları", s. 48; Yasaklayıcı norm-emredici norm ayrımı hakkında detaylı bilgi için bkz.: Doğan Yenisey, Emredici Yapı, s. 67-75.

⁴² Centel, İş Güvencesi, s. 24, 25.

rarlanmaları mümkün değildir. Ayrıca, İş K. m. 116 hükmüyle 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 6. maddesine eklenen bir fıkra ile İş K. m. 18, 19, 20, 21 ve 29. madde hükümlerinin kıyas yoluyla Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere de uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, hukukumuzda 4857 sayılı İş Kanunu'na ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tabi işçiler iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirken, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na (TBK) tabi işçiler iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında kalmaktadırlar⁴³.

Ancak Yargıtay uygulaması doğrultusunda, İş K. m. 18 hükmünün 1. fıkrasının sosyal kamu düzeni hükmü olma niteliğinin ön plana çıkarıldığı görülmektedir. Bu sebeple, toplu iş sözleşmeleri ile İş Kanunu'na veya Basın İş Kanunu'na tabi olmayan işçilerin de iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilecekleri yönünde düzenleme getirilebilmesi mümkündür. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararında, İş Kanunu'nun kapsamı dışındaki hava taşıma işinde uçucu personel olarak çalışan ve sendika üyesi olan işçinin sendikaca imzalanan toplu iş sözleşmesinde, üyelerin 4857 sayılı Kanunun iş güvencesi hükümlerinden yararlanması öngörüldüğünden, iş mahkemesince işverenin geçerli nedeni kanıtlayamaması karşısında feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmesi isabetli bulunmuştur⁴⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işçilerin toplu iş sözleşmesi ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanılmaları konusunda ortaya çıkacak ihtilafın çözümünde görevli mahkemenin tespit edilmesine ilişkin vermiş olduğu bir kararında dolaylı olarak bu hususa değinmiştir⁴⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar doğrultusunda dolaylı olarak, İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan işçilerin de toplu iş sözleşmeleri ile iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlandırılmalarının kabul edilmiş olduğunu söyleyebiliriz⁴⁶.

2. İşyerinde Otuz veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılması

İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemli 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. Yeraltı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz.*" Kanuni düzenlemede açıkça belirtilmiş olduğu üzere, işverenin işçinin iş söz-

⁴³ Centel, İş Güvencesi, s. 28; Kandemir, "İş Güvencesi", s. 269; Bu durumun Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin 2. maddesine uygun düşmediği yönünde bkz.: Süzek, s. 577; Güzel, A.: "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal yay., İstanbul 2014, s. 263.

⁴⁴ Yarg. 9. HD., T. 22.10.2008, E. 2008/40711, K. 2008/34678, Çalışma ve Toplum, C. 2, S. 21, 2009, s. 313-315.

⁴⁵ Yarg. HGK., T. 02.06.2010, E. 2010/9-271, K. 2010/275, www.kazanci.com, (25.05.2015).

⁴⁶ Yüksek Mahkemece verilen bu kararlarda doğrudan değinilmemiş olsa da İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin hükümlerinden, Borçlar Kanunu'nun ve İş K. m. 4 kapsamına giren işçilerin de toplu iş sözleşmesi ile yararlandırılmasının kabul edilmiş olmasının isabetli olduğu ve toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde, normatif bir düzenleme olarak toplu iş sözleşmelerine 6356 sayılı Kanun'un 36. maddesinde yer alan hususlar dışında hükümler konulmasına bir engel bulunmadığı yönünde bkz.: Güzel, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s. 270.

leşmesini feshederken geçerli bir sebebe dayanma yükümlülüğü otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerleri için geçerli olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'ndaki bu düzenlemeye karşılık 4773 sayılı Kanun döneminde otuz işçi ölçütü yerine on işçi ölçütü kabul edilmiş bulunmaktaydı⁴⁷. Otuz işçi ölçütüne ilişkin İş K. m. 18/1 hükmünün Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal davası açılmış olsa da Anayasa Mahkemesi, "İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözötilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözötildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir" ifadeleriyle ret kararı vermiştir⁴⁸.

Doktrinde, belirli bir sayıdan az işçi çalıştıran iş yerlerinde işverenin işçinin iş sözleşmesini feshederken geçerli bir nedene dayanması zorunluluğunun bulunmamasının, ekonomik gücü zayıf olan küçük işyerlerinin pahalı ve uzun süreli bir fesih usulünü kaldıramayacağı düşüncesine dayandığı belirtilmektedir. Ayrıca işçi ile işveren arasındaki kişisel ilişkilerin ön planda olduğu, işin başarısının uyumlu ve iyi bir çalışma ortamını zorunlu kıldığı küçük ölçekli işyerlerinde işçilerin daha basit bir usule dayalı olarak işten çıkarılmasının uygun olacağı da ifade edilmektedir. Ancak 4773 sayılı Kanun'daki on işçi ölçütünün 4857 sayılı İş Kanunu ile otuza yükseltilmesi sonucunda artık bu hükmün küçük işyerlerinin özelliklerinin bu durumu gerektirdiği gerekçesine dayandırılmayacağı da doktrinde haklı olarak savunulmaktadır⁴⁹.

Otuz işçi sayısının tespitinin nasıl yapılacağı İş K. m. 18/4'te düzenlenmiştir. İş K. m. 18/4'e göre, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenecektir. Böylelikle işverenlerin sırf iş güvencesi hükümlerinin kapsamına girmekten kaçınmak amacıyla işçilerini işyerlerine otuzdan az sayılarda dağıtmalarının önüne geçilmek amaçlanmıştır. Ayrıca maddede işkol kavramına atıf yapıldığı için işverenin aynı il sınırları içinde olmasa dahi aynı işkolunda bulunan işyerlerinde çalışan işçilerinin sayısının toplamına bakılması gerektiğini söyleyebiliriz. Buna karşılık, işverenin aynı ilde olmakla beraber ayrı işkollarında faaliyette bulunan işyerlerinde çalışan işçileri, otuz işçi sayısının saptanmasında birlikte hesaplanmayacaktır⁵⁰.

⁴⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 180.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, RG., 24.11.2007, S. 26710, http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi, (25.05.2015).

⁴⁹ Çelik/Canıklioğlu/Canbolat, s. 337; Güzel, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s. 264; Süzek, s. 578; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 180; Tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde otuz işçi ölçütü yerine en az elli bir işçi sayısının esas alınacağı yönünde bkz.: Çelik/Canıklioğlu/Canbolat, s. 336.

⁵⁰ Centel, İş Güvencesi, s. 41.

Otuz işçi sayısının hesaplanmasında hangi zamanın esas alınacağı da önem arz etmektedir. Bu doğrultuda, fesih bildirimini yapıldığı tarihte o işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmalı, bu tarihte işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalışıyorsa işçi iş güvencesi kapsamında sayılmalıdır⁵¹.

Otuz işçi sayısının hesaplanmasında belirli veya belirsiz süreli, tam veya kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışanlar, mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar, hastalık, izin ve benzeri sebeplerle iş sözleşmeleri askıda olanlar da dikkate alınacaktır⁵². Kanaatimizce, evde çalışanlar ile tele çalışanların da işverenin işçisi⁵³ olarak nitelendirilmeleri koşuluyla otuz işçi sayısına dahil edilmeleri gerekmektedir⁵⁴. Fakat işyerinde çalışmakla beraber işçi sıfatı taşımayan memur, sözleşmeli personel, çırak ve stajyer gibi çalışanlar hesaplamada dikkate alınmayacaktır. Benzer şekilde, alt işveren işçileri ve geçici (ödünç) iş ilişkisi ile çalışanlar da otuz işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulmayacaktır. Alt işveren işçileri ile geçici (ödünç) işçiler iş sözleşmesi ile bağlı oldukları kendi işverenlerinin işyerlerindeki işçi sayısına dahil edilecektir⁵⁵.

İş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için İş K. m. 18/1 hükmünde otuz işçi ölçütünün sağlanmasının gerektiği belirtilmiş olmasına karşın, toplu iş sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmesi özerkliği kapsamında bu ölçütün daha düşük bir sayıya indirilip indirilemeyeceğinin veya tamamen kaldırılıp kaldırılamayacağına incelenmesi gerekmektedir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, İş Hukuku'ndaki kurallar mutlak emredici, nispi emredici ve yedek hukuk kuralları olarak kategorize edilmektedir. Emredici hükümlerin toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ya da işyeri uygulamala-

⁵¹ Süzek, s. 581; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 180; Kandemir, "İş Güvencesi", s. 274; Yarg. 22. HD., T. 13.10.2014, E. 2014/25553, K. 2014/27365, www.legalbank.net, (30.07.2015).

⁵² Yarg. 22. HD., T. 13.10.2014, E. 2014/25553, K. 2014/27365, www.kazanci.com, (30.07.2015); Yarg. 22. HD., T. 02.10.2014, E. 2014/23254, K. 2014/27209, www.kazanci.com, (30.07.2015).

⁵³ Bu konuda bkz.: Güzel, A.: "Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Kamu-İş, C. 4, S. 2, Haziran 1997, s. 83 vd.; Kuban, A.: "Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998, s. 49.

⁵⁴ Aksi görüş için bkz.: Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U.: İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 968; Yarg. 9. HD., T. 06.06.2013, E. 2013/1464, K. 2013/17420, www.kazanci.com, (26.06.2015).

⁵⁵ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 339-340; Süzek, s. 580-581; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 181; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 967 vd.; Konumu itibarıyla iş güvencesi kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği yönünde bkz.: Yarg. 9. HD. T. 24.03.2008, E. 2007/27699, K. 2008/6006, www.legalbank.net, (26.06.2015); Muvaazalı asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması durumunda alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerindeki otuz işçi sayısına dahil edileceği yönünde bkz.: Ekonomi, M.: "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi, Özel Eki, C. 17, S. 2, Mart 2003, s. 3-4; Tuncay, A. C.: "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", Çimento İşveren Dergisi, C. 17, S. 1, Ocak 2003, s. 8; Kandemir, "İş Güvencesi", s. 273; Yarg. 9. HD., T. 18.12.2009, E. 2009/247, K. 2009/37746, www.kazanci.com, (26.06.2015); Yarg. 9. HD., T. 05.12.2013, E. 2013/12454, K. 2013/32034, www.kazanci.com, (26.06.2015); Yarg. 9. HD., T. 27.01.2011, E. 2009/45224, K. 2011/923, www.legalbank.net, (30.07.2015).

ryla ister işçinin aleyhine ister lehine olsun değiştirilebilmeleri mümkün değil iken, nispi emredici hükümlerin işçi lehine olmak kaydıyla değiştirilebilmeleri mümkündür⁵⁶.

Otuz işçi ölçütünün mutlak emredici nitelikte mi yoksa nispi emredici nitelikte mi olduğunun tespiti için maddenin amacına bakılmalıdır. İş K. m. 18'in doğrudan amacı, işçilerin feshe karşı korunmasıdır. Ayrıca Kanunun herhangi bir maddesinde İş K. m. 18 hükmünün değiştirilemeyeceğine dair bir düzenleme de yer almamaktadır. Dolayısıyla, hem 18. maddenin doğrudan izlediği amaç bakımından hem de İş Kanunu'nda aksine hüküm bulunmadığından bahisle otuz işçi ölçütünün nispi emredici nitelikte bir hüküm olduğunu ve işçi lehine olmak kaydıyla bu ölçütün toplu iş sözleşmeleri ile daha aşağı bir sınıra çekilmesinin ya da tamamen kaldırılmasının mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

Bu konuda Yargıtay da aynı görüştedir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, "4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesine göre iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu için işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması gerekir ancak Kanunun bu maddesi nispi emredici bir madde olup, taraflar her zaman işçi lehine bunun aksini kararlaştırabilirler. Nitekim taraflar arasında imzalanmış işyerinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin İş Güvencesi ve İşçi Çıkarılması başlığını taşıyan 34. maddesinde iş akdinin feshedileceği durumlarda işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın 4857 sayılı İş Yasasının iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hükmünü getirmiştir. Bu durumda işyerinde çalışan işçi sayısı otuz işçinin altında olsa dahi Toplu İş Sözleşmesinin bu maddesine itibar etmek gerekirken, mahkemenin aksine düşünce ile davanın reddine karar vermesi hatalıdır" ifadelerini kullanarak otuz işçi ölçütünün nispi emredici nitelik taşıdığını ve toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde sözleşme taraflarınca bu sayının düşürülmesi ya da tamamen kaldırılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁵⁷.

Kanaatimizce de nispi emredici nitelik taşıyan otuz işçi ölçütünün toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine olacak şekilde değiştirilebilmesi mümkündür. Bu kapsamda, taraflarca imzalanan toplu iş sözleşmesinin bu hükmünden kimlerin yararlanabileceğine de kısaca değinmeliyiz. 6356 sayılı Kanun'un 39. maddesi uyarınca toplu iş sözleşmesi hükümlerinden toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikası üyeleri yararlanabilirler. Ayrıca, taraf işçi sendikasına üye olmakla beraber dayanışma aidatı ödeyen ya da taraf işçi sendikasının yazılı muvafakatini almış olan işçiler de sözleşme hükümlerinden yararlanabilecektir. Benzer şekilde, 6356 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca toplu iş sözleşmesinin, toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerlerine Bakanlar Kurulu kararı ile teşmili halinde de teşmil kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçiler başkaca bir koşula gerek olmaksızın teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanabilecektirler.

⁵⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 23; Doğan Yenisey, "Sosyal Kamu Düzeni Kuralları", s. 52; Yıldız, s. 905.

⁵⁷ Yarg. 9. HD., T. 26.05.2005, E. 2005/12317, K. 2005/19404, Karar ve incelemesi için bkz.: Yıldız, s. 901 vd.; Aynı yönde bkz.: Yarg. 22. HD., T. 19.01.2012, E. 2011/5056, K. 2012/194, Çalışma ve Toplum, C. 3, S. 34, 2012, s. 408-411; Yarg. 9. HD., T. 24.01.2013, E. 2012/26131, K. 2013/2836, www.kazanci.com, (26.06.2015); Yarg. 22. HD., T. 02.10.2014, E. 2014/23254, K. 2014/27209, www.kazanci.com, (30.07.2015).

Bununla birlikte, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 2. fıkrası gereğince ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları haricindeki, genellikle işyerindeki çalışma koşulları ve düzeni ile çalıştırmaya son vermede ilişkin hususları düzenleyen toplu iş sözleşmesi hükümleri, toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyeri veya işletmede çalışan işçilerin tamamına sendikali-sendikasız ayrımı yapılmaksızın uygulanacaktır. Otuz işçi ölçütü ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları kapsamında sayılamayacağı için toplu iş sözleşmesi ile bu ölçütün düşürüldüğüne ya da tamamen kaldırıldığına ilişkin bir hüküm sevk edilmesi halinde, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışan işçiler, sendikali-sendikasız ayrımı olmaksızın bu hükümden faydalanabilecektir.

3. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemini Olması

Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. bendinde devletlerin, işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesini, belirli bir bekleme süresini tamamlamış olma şartına bağlı tutabilecekleri esası getirilmiştir. Buna göre, "*Deneme veya bekleme süresi önceden ve makul olarak belirlenmiş olmak şartıyla deneme veya bekleme süresi içinde bulunan işçiler*" iş güvencesinin uygulanma alanı dışında bırakılabilirler⁵⁸. İş K. m. 18/1 hükmünde düzenlenen, bekleme süresi adı da verilen en az altı aylık kıdem koşulunun getirilmesindeki amaç işverenin bu süre zarfında işçiyi tanımasını ve denemesini sağlamak, işçiye de altı ay çalışması koşuluyla feshetme karşılığında güvence getirmektedir. İşveren altı aylık süre dolmadan sözleşmeyi feshetme konusunda serbesttir ve mutlaka geçerli bir sebebe dayanma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde, altı aylık sürenin dolmasına çok kısa bir süre kala sırf iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasını önlemek amacıyla işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle feshin geçersizliğinin ileri sürülebileceği de belirtilmektedir⁵⁹.

6552 sayılı Kanun ile İş K. m. 18/1'e getirilen ek cümleyle yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartının aranmayacağı öngörülmüştür. Doktrinde haklı olarak, madde hükmünde "*yer altı işlerinde*" ifadesinin geçmesi sebebiyle sadece maden işleriyle sınırlı olmaksızın yer altında yapılan tüm işlerin bu kapsamda sayılacağı ve altı aylık kıdem şartının aranmayacağı belirtilmiştir⁶⁰.

Altı aylık kıdem süresinin başlangıcı olarak iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin işe başladığı tarih kabul edilecektir⁶¹. İş K. m. 18/4 hükmünde işçinin altı aylık kıdemini, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilmesi suretiyle hesap edileceği düzenlenmiştir. Hükümde işverenin değişik işyerlerinin aynı işkolunda olması koşulu getirilmemiştir. Dolayısıyla işçi, işverenin ayrı işkollarında faaliyette bulunan işyerlerinde çalışmış olsa dahi bu süreler birleştirilerek altı aylık kıdem koşulunu sağlayıp sağlamadığı belirlenecektir. Ayrıca, Kanunda altı aylık bu sürenin kesintisiz çalışarak

⁵⁸ Ekonomi, "Bekleme Süresi", s. 7-8'den naklen.

⁵⁹ Ekonomi, "Bekleme Süresi", s. 10; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 341; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 183; Kandemir, "İş Güvencesi", s. 270-271; Aksi görüş için bkz.: Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 978-979.

⁶⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 340.

⁶¹ Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi", s. 5; Kandemir, "İş Güvencesi", s. 270.

geçirilmesi gerektiğinden bahsedilmemesi sebebiyle sürenin hesabında aralıklı çalışmaların birleştirilerek göz önünde bulundurulacağını söyleyebiliriz⁶².

Eğer iş sözleşmesinde bir deneme süresi kabul edilmiş ise deneme süresi de işçinin kıdeminden sayılacaktır⁶³. Ayrıca, aynı işveren yanında çalışmak koşuluyla altı aylık sürenin tamamının İş Kanunu'na veya iş güvencesi hükümlerine tabi olarak geçirilmiş olması zorunluluğu da bulunmamaktadır. İşyerinin devri durumunda, İş K. m. 6/2 hükmü uyarınca devralan işveren, hizmet süresinin esas alındığı haklarda işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olacağı için altı aylık sürenin hesabında devirden önceki sürelerin de göz önünde bulundurulması gerekecektir. Bununla birlikte, bir holding veya şirketler topluluğu bünyesinde yer alan farklı şirketlere ait işyerlerinde geçirilen sürenin, holding bünyesinde yer alan her bir şirketin ayrı ve bağımsız bir işveren niteliği taşımasından dolayı altı aylık sürenin toplanmasında birleştirilmesi mümkün değildir. Fakat iş sözleşmesinin devri söz konusu olduğunda önceki işveren yanında geçirilen süreler dikkate alınacaktır⁶⁴. Geçici (ödünç) iş ilişkisinin varlığı durumunda ise geçici (ödünç) işçi ile devreden işvereni arasındaki iş sözleşmesi devam ettiği için işçinin devralan işverenin işyerinde çalıştığı süreler altı aylık kıdem hesablanmasında göz önünde bulundurulacaktır⁶⁵.

Altı aylık kıdem hesablanması açısından işçinin fiilen çalışıp çalışmaması önem taşımamaktadır. Dolayısıyla, işçinin fiilen iş görmeyerek tatil yaptığı günler, ücretli veya ücretsiz izinli sayıldığı zamanlar, iş sözleşmesinin askıda olduğu ya da işçinin zorunlu veya zorlayıcı sebeplerle çalışmadığı süreler de altı aylık sürenin hesabında göz önünde bulundurulacaktır. Ayrıca İş K. m. 18/3 hükmü uyarınca İş K. m. 66'da belirtilen süreler de altı aylık kıdem hesabında dikkate alınacaktır. İş sözleşmesinin kısmi veya tam süreli olmasının altı aylık sürenin hesabında bir önemi bulunmamakla birlikte, bu sürenin mutlaka iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmiş olması gerekmektedir⁶⁶. Ayrıca

⁶² Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 340-341; Ekonomi, M.: "İş Güvencesinde Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)", Legal İSGHD, C. 9, S. 34, 2012, s. 17; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 182, 183; Centel, İş Güvencesi, s. 48; Canbolat, TİS'in Düzeyi ve Türleri, s. 48-49; Baysal, U.: "İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Legal İSGHD, C. 8, S. 32, 2011, s. 1325; "4857 sayılı kanunda bu şekilde bir şart getirilmediğinden aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde iş ilişkisi hukuken kesintiye uğramış olsa dahi, işçinin o işverene bağlı işyerlerinde geçen hizmet süreleri birleştirilmelidir. Değişik işyerlerinde geçirilen sürelerin toplanması, işverenin aynı olması koşuluna bağlıdır. Altı aylık kıdem hesabında, otuz işçi ölçütü ile ilgili düzenlemeden farklı olarak açıkça bir düzenleme yer almadığından daha önce çalışılan işyerlerinin aynı işkolunda bulunması şart değildir", Yarg. 9. HD., T. 18.04.2008, E. 2007/27725, K. 2008/7812, www.legalbank.net, (20.04.2015).

⁶³ Süzek, s. 582; Ekonomi, "Bekleme Süresi", s. 17 vd.; Baysal, s. 1327; Deneme süresi içinde işçinin iş güvencesinden yararlanma olanağının olmadığı yönünde bkz.: Demircioğlu, M./Centel, T.: İş Hukuku, 17. Bası, Beta yay., İstanbul 2013, s. 164; Tunçomağ/Centel, s. 206.

⁶⁴ Centel, İş Güvencesi, s. 48, 49.

⁶⁵ Süzek, s. 582; Ekonomi, "Bekleme Süresi", s. 17 vd.; Baysal, s. 1327.

⁶⁶ Ekonomi, "Bekleme Süresi", s. 14, 15; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 977; Baysal, s. 1326; "Bu sürenin tamamı iş sözleşmesine dayalı olarak geçirilmiş olmalıdır. Bu açıdan, kanunda altı aylık kıdem şartını "altı aylık işçilik kıdemi" şeklinde anlamak gerekir. Bu nedenle işçinin iş ilişkisinden önce işverenle vekalet, ortaklık ilişkilerindeki

altı aylık kıdem, işveren tarafından fesih bildirimini yapıldığı tarihte doldurulmuş olması gerekmektedir. Bu sebeple, bildirim süreleri (ister kullandırılınsın isterse ücreti peşin olarak ödenmiş olsun) altı aylık kıdem süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır⁶⁷.

Altı aylık kıdem koşulunun da, yukarıda otuz işçi koşulunu incelerken belirtmiş olduğumuz üzere hem İş K. m. 18'in doğrudan izlediği amaç bakımından hem de İş Kanunu'nda aksine hüküm bulunmadığından bahisle nispi emredici nitelikte bir hüküm olduğunu ve işçi lehine olmak kaydıyla bu sürenin toplu iş sözleşmeleri ile kısaltılmasının ya da tamamen kaldırılmasının mümkün olduğunu söyleyebiliriz⁶⁸.

Yargıtay da altı aylık kıdem süresinin nispi emredici nitelikte olduğu ve toplu iş sözleşmeleri ya da iş sözleşmeleri ile bu sürenin kısaltılabileceği yahut tamamen kaldırılabilceği görüşündedir. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararına göre, "Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile altı aylık sürenin kısaltılması ya da tamamen kaldırılması mümkündür. Çünkü bu hüküm nispi emredicidir"⁶⁹. Yargıtay'ın aynı görüşteki bir başka kararına göre de, "Altı aylık kıdem şartı öngören düzenleme, İş Kanunu'nun 21'nci maddesinin son fıkrası uyarınca sözleşme ile aksi kararlaştırılmayacak hükümler arasında sayılmadığından, bu süreyi kısaltan veya tamamen ortadan kaldıran sözleşme hükümlerini geçerli kabul etmek gerekir"⁷⁰.

Bu kapsamda, kanaatimizce toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde sözleşme tarafları, nispi emredici nitelik taşıyan altı aylık kıdem koşulunu kısaltan ya da tamamen kaldıran bir düzenlemeye toplu iş sözleşmesinde yer verebilirler. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma koşulları açısından duruma baktığımızda ise tarafların altı aylık kıdem koşulunun kısaltılmasına ya da tamamen kaldırılmasına yönelik getirecekleri düzenlemenin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım niteliği taşımaması sebebiyle toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanında bulunan bir işyeri veya işletmede çalışan sendikali-sendikasız tüm işçiler bakımından geçerli olacağını söyleyebiliriz.

4. Belirli Konumdaki İşveren Vekili Olmamak

İş Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrası "İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz" düzenlemesini içermektedir. Bu hükümlerle, belirli konumdaki bazı işveren

süreler bu sürenin hesabında dikkate alınmamalıdır", Yarg. 9. HD., T. 18.04.2008, E. 2007/27725, K. 2008/7815, www.legalbank.net, (20.04.2015).

⁶⁷ Süzek, s. 583; Ekonomi, "Bekleme Süresi", s. 24; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 978; Baysal, s. 1328-1329.

⁶⁸ Ekonomi, "Bekleme Süresi", s. 29; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 183; Canbolat, TİS'in Düzeyi ve Türleri, s. 48; Yıldız, s. 907.

⁶⁹ Yarg. 9. HD., T. 23.06.2008, E. 2007/39362, K. 2008/17102, www.kazanci.com, (21.05.2015); Aynı yönde bkz.: Yarg. 9. HD., T. 05.05.2008, E. 2007/33471, K. 2008/11128, www.kazanci.com, (19.06.2015); Yarg. 9. HD., T. 06.05.2010, E. 2008/22787, K. 2010/12440, Çalışma ve Toplum, C. 4, S. 27, 2010, s. 77-81.

⁷⁰ Ünvanına bakılmaksızın genel müdüre doğrudan bağlı olan direktörün genel müdür yardımcısı durumunda olduğu yönünde bkz.: Yarg. 9. HD., T. 23.06.2008, E. 2007/40991, K. 2008/17075, www.kazanci.com, (19.06.2015).

vekillerinin, işverenle aralarındaki yakın ilişki sebebiyle onun güvenine sahip olmaları gerekirken bu güveni sarsmaları durumunda, iş sözleşmelerinin geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu bulunmadan işverence feshedilebilmesi sağlanmak istenmiştir. Böylece bu kişilerin feshin geçersizliğinin tespiti davası açarak tekrar işyerine dönmeleri engellenmiştir⁷¹.

İş K. m. 18'in son fıkrası doğrultusunda iş güvencesi kapsamı dışında tutulan işveren vekilleri ikiye ayrılarak incelenebilir. Buna göre kapsam dışında kalacak işveren vekillerinden ilki işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarıdır. Bu doğrultuda, işletmenin tamamını yöneten genel müdürler ile genel müdür yardımcılarının iş güvencesi kapsamı dışında kalacaklarını söyleyebiliriz⁷². İş güvencesi kapsamı dışında kalacak diğer işveren vekilleri ise işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. Bu durumda kümülatif bir koşul söz konusudur ve işveren vekilinin iş güvencesi kapsamı dışında kalması için sadece işyerinin bütününe sevk ve idare etmesi yetmemekte, aynı zamanda işçi işe alma ve işten çıkarma yetkisinin de bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, işyerinin bütününe yönetmekle birlikte işçi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunmayan bir banka müdürünün veya işçiyi işe alma ya da işten çıkarma yetkisi olmasına rağmen işyerinin bütününe yönetmeyen bir personel müdürünün iş güvencesi kapsamında sayılacağını söyleyebiliriz. Ayrıca bu konumdaki işveren vekillerinin yardımcılarının iş güvencesi kapsamı dışında kalacaklarına dair bir hüküm de mevcut değildir. Bu sebeple, işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçi işe alma ve işten çıkarma yetkisine sahip olan bir işveren vekilinin yardımcısı da iş güvencesi kapsamında sayılacaktır⁷³.

Genel olarak doktrinde ve Yargıtay kararlarında İş K. m. 18'de düzenlenen iş güvencesi koşullarının nispi emredici nitelik taşıdığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, belirli konumdaki işveren vekili olmama koşulunun da tıpkı otuz işçi koşulu ve altı aylık kıdem koşulu gibi nispi emredici hüküm niteliğinde olduğunu ve toplu iş sözleşmeleri ile bu düzenlemenin aksinin işçi lehine olmak kaydıyla kararlaştırılabileceğini ifade edebiliriz. Başka bir anlatımla, toplu iş sözleşmesi tarafları toplu iş sözleşmesi özerkliği kapsamında sözleşmeye koyacakları bir hükümlerle işveren vekillerinin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceklerini kararlaştırabilirler. Ancak böyle bir durumda, işveren vekillerini işveren adına işletmenin bütününe yönetenler olarak kabul eden 6356 sayılı Kanun m. 2/1-e hükmü ile işveren vekillerini bu Kanun'un uygulanması bakımından işveren sayan 6356 sayılı Kanun m. 2/2 hükmünü gözden kaçırmamak gerekmektedir.

Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde işletmenin bütününe yöneten işveren vekillerinin 6356 sayılı Kanun kapsamında işveren sayıldığını, dolayısıyla bu kişilerin iş güvencesi kapsamı dışında kalacağını ve toplu iş sözleşmeleriyle dahi iş güvencesi hükümlerinden faydalanmalarının mümkün olmadığını söyleyebiliriz. İlaveten, 6356 sayılı Kanun'un 39. maddesinin 7. fıkrası "Bu

⁷¹ Süzek, s. 587-588.

⁷² Çelik/Canıklioğlu/Canbolat, s. 342; Süzek, s. 588; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 183; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 980; Kandemir, "İş Güvencesi", s. 271-272; Yarg. 9. HD., T. 02.03.2009, E. 2008/16621, K. 2009/5561, Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 24, 2010, s. 427.

⁷³ Çelik/Canıklioğlu/Canbolat, s. 342; Süzek, s. 588-589; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 184; Tunçomağ/Centel, s. 206.

Kanun anlamında işveren vekilleri ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanlar, toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz” düzenlemesini içermektedir. Bu sebeple, işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları da Kanunun açık hükmü karşısında mümkün değildir.

Bununla birlikte, toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanındaki bir işyerinde iş sözleşmesi ile çalışan, işyerinin bütününe yöneten ve işçi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri ile işletmenin bütününe yöneten işveren vekili yardımcılarının toplu iş sözleşmesine konulacak bir hüküm ile iş güvencesi kapsamına alınmaları mümkündür.

5. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışma

İş K. m. 18/1 hükmünde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan bir işyerinde en az altı aylık kıdemi bulunan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi halinde işverenin geçerli bir sebebe dayanma yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir. İş K. m. 11/1 hükmü uyarınca, 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 sözleşmelerine belirli süreli iş sözleşmesi denilmektedir. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler hakkında iş güvencesi hükümleri uygulanmayacak ve işveren bu işçilerin iş sözleşmelerini herhangi bir geçerli sebebe dayanma yükümlülüğü olmaksızın feshedebilecektir⁷⁴. Bununla birlikte, esaslı bir neden olmaksızın birbiri ardına belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan işçilerin Kanunen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştıkları kabul edildiğinden iş güvencesi kapsamında sayılacaklardır⁷⁵.

Toplu iş sözleşmesi taraflarının sözleşmeye koyacakları bir hükümle belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin de iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceklerini kararlaştırabilmeleri ise belirli süreli iş sözleşmelerinin doğasına ve bu sözleşmelerin yapılmasının ardındaki amaca aykırıdır. Bu nedenle kanaatimizce, taraflarca sözleşmeye konulan bu yöndeki bir hüküm belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin de iş güvencesi kapsamına alınacağı anlamında değil, toplu iş sözleşmesinin kapsamındaki işyerinde çalışan tüm işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştıklarının kabul edileceği şeklinde yorumlanabilir.

6. Sözleşmenin Feshinde İzlenecek Usulün Değerlendirilmesi

“Sözleşmenin feshinde usul” başlığını taşıyan İş K. m. 19 hükmüne göre, “İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır”.

İş K. m. 19/1 hükmü, fesih bildirimini yazılı yapılmasını ve fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesini bir geçerlilik koşulu olarak öngör-

⁷⁴ Süzek, s. 589.

⁷⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 982.

müştür. İşveren bu yükümlülüğe uymadan işçinin iş sözleşmesini feshedecek olursa fesih geçersiz hale gelecek ve işçinin işe iadesine karar verilebilecektir. İş K. m. 19/1'in gerekçesinde de işverenin fesih bildirimini yazılı yapacağı ve bu bildirimde fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirteceği ifade edilmiş; bu hususun ileride işçi tarafından açılacak bir davada, feshin İş Kanunu anlamında geçerli sayılıp sayılmayacağından saptanması bakımından ispat kolaylığı sağlayacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda, İş K. m. 19/1 hükmünün hem fesih bildirimlerinin geçerlilik koşullarını belirlediğini hem de işçiye ispat kolaylığı sağladığını söyleyebiliriz⁷⁶. İş K. m. 19/2 hükmünde de savunma alma zorunluluğu bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. Kanundaki açık düzenleme karşısında işveren, işçinin iş sözleşmesini yeterliliği veya davranışı ile ilgili bir sebebe dayanarak feshediyorsa işçinin savunmasını almak zorundadır. Eğer işveren bu yükümlülüğe uymadan feshi gerçekleştirecek olursa yapılan fesih geçersiz sayılacak ve işçinin işe iadesi mümkün olacaktır⁷⁷.

Toplu iş sözleşmesi tarafları sözleşmeye koyacakları bir hükümlerle, fesih bildirimini yazılı olarak yapılması ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi koşulunu ortadan kaldıramayacaklardır. Aynı şekilde, İş K. m. 19/2'deki savunma almadan işçinin iş sözleşmesinin işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyeceği hükmünün aksinin de toplu iş sözleşmesi taraflarınca kararlaştırılması mümkün değildir. Fakat kanaatimizce, toplu iş sözleşmesi tarafları sözleşmeye koyacakları bir hükümlerle iş güvenliği koşullarını taşımayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin yazılı olarak yapılmasını, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerektiğini, işçinin savunması alınmadan iş sözleşmesinin işçinin davranışı ya da verimi sebebiyle feshedilemeyeceğini kararlaştırabilirler. Bu yöndeki bir hüküm ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları kapsamında sayılmayacağı için toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanı içinde yer alan ve iş sözleşmesiyle çalışan sendikali-sendikasız ayrımı yapılmaksızın tüm işçiler açısından uygulanma imkanına sahip olacaktır.

Bununla birlikte, İş K. m. 19/2 hükmünde işverenin İş K. m. 25/II hükmü uyarınca haklı nedenle derhal fesih yapma hakkı saklı tutulmuştur. Toplu iş sözleşmesi taraflarının özerk düzenleme yetkileri kapsamında kural olarak iş sözleşmelerinin feshini sınırlandırabilecek nitelikte hükümler getirebilmeleri mümkündür. Ancak bu hükümlerin haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılmasını aşırı derecede sınırlandıran ve hakkın özünü ihlal edecek tarzda olmaması gerekmektedir. Örneğin işçinin hakaret, küfür, saldırı gibi suç teşkil eden fiillerde bulunmasına karşılık işverenin derhal fesih hakkını toplu iş sözleşmeleriyle engellemek bu hakkın özüne dokunmaktadır⁷⁸.

Bu kapsamda toplu iş sözleşmeleriyle, işverenin haklı nedenle derhal fesih yapma hakkının kullanılmasının bir disiplin kurulu kararının varlığına bağlı tutulup tutulmayacağı da incelenmelidir. İş K. m. 25 uyarınca, maddede hallerin varlığı durumunda, işveren belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesini, süresinin bitiminden önce veya fesih bildirimini sürelerinin geçmesini bek-

⁷⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1026; Yıldız, s. 908; İş Kanunu m. 19/1 düzenlemesinin ispat koşulu niteliğinde olduğu yönünde bkz.: Demircioğlu/Centel, s. 158-159.

⁷⁷ Yıldız, s. 908.

⁷⁸ Süzek, s. 747; İşçinin ahlak ve iyiniyete aykırı davranışı nedeniyle fesih yapıldığında işçinin savunmasının alınmasına gerek olmadığı doğrultusundaki düzenlemenin isabetsiz olduğu yönünde bkz.: Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 194.

lemeden sona erdirebilecektir. Fakat uygulamada toplu iş sözleşmelerine, feshe yetkili organın genellikle tarafların temsilcilerinden oluşan disiplin kurulu olduğuna ve bu kurulun kararı olmaksızın işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haksız fesih niteliğinde olacağına dair hükümler konulmaktadır. Toplu iş sözleşmesi taraflarının sahip oldukları toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde sözleşmeye bu yönde hükümler koymaları mümkündür. Böyle bir düzenlemenin getirilmesi durumunda işverence haklı nedenle derhal fesih yapılmış olsa dahi sırf disiplin kurulu kararı alınmadan bu feshin gerçekleştirilmiş olması sebebiyle fesih haksız bir fesih sayılacaktır⁷⁹.

Benzer şekilde, işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanırken işçinin savunmasını alması zorunluluğu toplu iş sözleşmelerinde kararlaştırılabilecek ve işverenin savunma almadan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi feshi haksız kılacaktır. Bu durumda işçi koşulları varsa ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilme hakkı elde edecektir⁸⁰. Bununla birlikte, işverenin fesih hakkını kullanmasını ortadan kaldıran, hakkın kullanılmasını dolaylı biçimde olanaksız hale getiren ya da çok güçleştiren toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir ve işvereni bağlamayacaktır. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için disiplin kurulunun oybirliği ile karar alması veya bu kurulun çok kısa bir sürede karara varması zorunluluğunu getiren toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersiz sayılacaktır⁸¹.

7. Fesih Bildirimine İtiraz ve Usulünün Değerlendirilmesi

“Fesih bildirimine itiraz ve usulü” başlığını taşıyan İş K. m. 20/1 hükmü, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür” düzenlemesini içermektedir. Dava açabilmek için maddede öngörülen bir aylık süre hak düşürücü bir süredir. Dolayısıyla bu süre tarafların ileri sürmesine gerek kalmadan hakim tarafından re’sen dikkate alınacaktır ve yargılama sırasında öncelikle bu sürenin geçirilip geçirilmediği incelenecektir. Eğer hak düşürücü süre dolmuş ise davanın esasına girilmeden dava reddedilecektir. İş K. m. 20/1 hükmünde düzenlenmiş bulunan bir aylık hak düşürücü sürenin, tarafların toplu iş sözleşmesine koyacakları bir hükümle artırılması, azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılarak mahkemeye başvurunun yasaklanması mümkün değildir⁸².

İş K. m. 20/2 hükmüne göre, “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”. İş K. m. 20/2 hükmü, işverene ispat açısından bir yükümlülük getirmekte ve işçilerin lehine bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmeleri ile bu hükmün aksinin kararlaştırılması işçi aleyhine sonuçlar doğuracağı için mümkün değildir. Ancak

⁷⁹ Canbolat, TİS’in Düzeyi ve Türleri, s. 52.

⁸⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 419-420; Keser, H.: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması”, Sicil İHD, S. 23, 2011, s. 147, 148; Haklı sebebin ortadan kalkmasının, geçerli sebebin varlığını etkilemeyeceği ve feshin geçerli sebeple yapılmış bir fesih olarak kabul edilmiş sayılacağı yönünde bkz.: Keser, s. 148; Süzek, s. 748.

⁸¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 420; Süzek, s. 748; Keser, s. 148.

⁸² Yıldız, s. 908.

toplu iş sözleşmesi tarafları, iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi halinde feshin geçerli bir sebebe dayanması gerektiğini ve bu sebebin varlığını da işverenin ispatla mükellef olduğunu kararlaştırabilirler. Toplu iş sözleşmesine konulacak bu yöndeki bir hükümden toplu iş sözleşmesinin uygulanma alanındaki işyerinde çalışan tüm işçiler sendikali-sendikasıız ayırımına tabi tutulmaksızın faydalanabilirler.

İş K. m. 20/3 hükmünde ise davanın muhakeme usulü ile yargılamanın ne kadar süreceği, kararın temyizi halinde de Yargıtay'ın kesin kararını ne kadar süre içinde vereceği düzenlenmiştir. Bu hükmün de toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilebilmesi mümkün değildir. Çünkü yukarıda "Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Sınırları" başlığı altında da değinmiş olduğumuz gibi toplu iş sözleşmesi tarafları, yalnızca Devlet tarafından gerçekleştirilebilecek konularda tasarruf yetkisine sahip değildirler. Yargılama usulü ve yargılama süreleri de bu kapsamda olduğu için toplu iş sözleşmesi taraflarının bu hususta bir tasarrufta bulunmaları mümkün değildir.

8. Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçlarının Değerlendirilmesi

4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce iş güvencesi sisteminin henüz günümüzdeki şekliyle mevcut bulunmadığı dönemde, toplu iş sözleşmesi taraflarının sözleşmeye koyacakları hükümlerle işçilerin iş güvencelerini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapabilecekleri ve işverenin iş sözleşmesini feshi hakkını sınırlandırabilecekleri kabul edilmekteydi⁸³. Fakat 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili getirdiği düzenlemelere karşılık, toplu iş sözleşmelerinde hâlâ bu yönde düzenlemelerin yapıldığına rastlanmaktadır. Uygulamada ortaya çıkan sorun ise iş güvencesi kapsamına giren işçilerin toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen bu tarz hükümlerden yararlanıp yararlanamayacaklarına ilişkindir. Başka bir ifadeyle, iş güvencesi kapsamında bulunan bir işçinin iş sözleşmesi feshedildiğinde İş Kanunu'nda düzenlenen iş güvencesi hükümleri yerine ya da bu hükümlerin yanında toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan iş güvencesini sağlamaya yönelik hükümlerden de yararlanıp yararlanamayacağını incelenmesi gerekmektedir.

Yargıtay'ın bu konudaki içtihadı, işçilerin iş güvencesini sağlamaya yönelik olarak İş K. m. 21 hükmünde gerekli düzenlemelerin yapılmış olduğu, toplu iş sözleşmelerinde iş güvencesini sağlamaya yönelik getirilen düzenlemelerin bir cezai şart niteliği taşıdığı ve zaten iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından bu düzenlemelerin uygulanma imkanının bulunmadığı yönündedir⁸⁴.

⁸³ Örneğin, "İşyerinde çalışmakta olan işçiler 1475 sayılı İş Yasası'nın 17/2. maddesi saklı kalmak üzere hiçbir şekilde işten çıkarılamaz. 1475 sayılı Yasa'nın 17/2. maddesi dışında keyfi ve haksız bir sebeple işten çıkarılmalarda, işten çıkarılan işçiye hak ettiği ihbar ve kıdem tazminatı tavan tutarının 10 katı tutarında iş güvencesi tazminatı işverence ödenir", Yarg. 9. HD., T. 27.03.2007, E. 2007/667, K. 2007/8604, Keser, s. 160, dn. 15.

⁸⁴ Yarg. 9. HD., T. 12.04.2012, E. 2010/4548, K. 2012/12575, Şahlanan, F.: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi-2012, Kamu-İş yay., Ankara 2014, s. 88; Ayrıca Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında "4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, feshi sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Maddenin alt ve üst sınırları aşılamaz. Üst sı-

İş Kanunu m. 21/1 hükmüne göre, “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur”. İş K. m. 21/3 hükmüne göre ise, “Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiyi en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir”. Ayrıca İş K. m. 21/son hükmü de, “Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraya hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir” düzenlemesi içerilmektedir.

Bu doğrultuda, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesi geçerli bir sebebe dayanılmadan işverence feshedildiğinde, işçi İş K. m. 21 hükmü uyarınca feshin geçersizliğinin tespiti davası açacaktır. Kesinleşen işe iade kararına rağmen işverence işe başlatılmaz ise işçiyi en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödenecek; ayrıca çalıştırılmadığı süreler için de en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücreti ve diğer hakları ödenecektir. Fakat toplu iş sözleşmesinde, işe iade kararına rağmen işverence işe başlatılmayan işçiyi örneğin en çok on aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödeneceği öngörülmüş ise bu hüküm iş güvencesi kapsamındaki işçi için uygulanamayacaktır. Doktrinde işçinin dava açma süresi içinde işe iade davası açmaması ya da dava açma süresini kaçırmaması durumunda da bir değişiklik olmayacağı, toplu iş sözleşmesinde düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden zaten iş güvencesi kapsamında olan işçinin yararlanamayacağı belirtilmektedir⁸⁵.

Bununla birlikte, toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen ve iş güvencesini sağlamaya yönelik hükümlerin iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından geçerli olacağını söyleyebiliriz. Başka bir ifadeyle, toplu iş sözleşmesi tarafları iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçileri korumayı düşünerek, bu işçilerin de iş güvencelerini sağlamaya yönelik bir takım düzenlemeler yapabileceklerdir. Dolayısıyla, iş güvencesi tazminatının ya da kararın kesinleşmesine

nının aşılmasının tek istisnası 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. Bu kanun yürürlüğe girdikten sonra sendikal nedenle yapılan fesihlerde tazminat; işçinin başvurusu, işe başlatma ve başlatılmama şartına bağlı olmaksızın işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirlenecektir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. Dairemiz yıllık ücretli izinle ilgili 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı belirlenmesini öngörmekte, fesih sebebine göre bu miktarlarda azami sınır 8 aya kadar da çıkmaktadır. İşletme gerekleri ile fesihle emeklilik nedeninin gösterilmesi ve davacının emekliliğe hak kazanması halinde işe başlatmama tazminatı alt sınırdan belirlenmektedir” ifadeleriyle işçiyi ödenecek iş güvencesi tazminatını hangi ölçütlere göre belirlediklerini açıklamıştır, Yarg. 9. HD., T. 06.03.2014, E. 2013/10497, K. 2014/7356, www.legalbank.net, (25.06.2015); Yarg. 9. HD., T. 20.02.2014, E. 2013/10649, K. 2014/5264, www.legalbank.net, (25.06.2015).

⁸⁵ Canbolat, TİS'in Düzeyi ve Türleri, s. 52; Keser, s. 147; Benzer şekilde, iş güvencesi tazminatının ve çalıştırılmadan geçirilen süreye ilişkin en çok dört aya kadar ücretin mutlak emredici nitelik taşıması sebebiyle taleple bağlılık kuralının uygulanamayacağı, işçi daha az bir talepte bulunmuş olsa dahi hakimin Kanunda belirtilen sınırlara uyarak hüküm vereceği yönünde bkz.: Bayram, F.: “İş Güvencesi Tazminatının Miktarının Belirlenmesine İlişkin Ölçütler”, Legal İSGHD, S. 20, 2008, s. 1377-1378.

kadar işçinin çalıştırılmadığı sürelerle ilişkin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücretin toplu iş sözleşmesi hükümleri ile arttırılması iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bakımından mümkündür⁸⁶. Bu yönde herhangi bir engel bulunmamakla birlikte, doktrinde tarafların toplu iş sözleşmesi ile getirecekleri bu düzenlemelerin cezai şart niteliği taşıdığından bahisle TBK m. 182/son hükmü uyarınca hakim tarafından aşırı görülmesi halinde indirilebileceği belirtilmektedir. Yargıtay, toplu iş sözleşmeleri ile iş güvencesine ilişkin getirilen bu düzenlemelerin sınırının İş K. m. 21 hükmünde belirtilen sınırlar olduğunu ifade etmekte ve aşırı yüksek cezai şartın kararlaştırılmış olması durumunda bunun hakim tarafından İş K. m. 21'de düzenlenen sınırlara çekileceğini belirtmektedir⁸⁷.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, toplu iş sözleşmesi özerkliği Anayasal bir hak ve toplu iş sözleşmesi tarafları bu sözleşme ile Kanun gibi emredici normatif hukuk kuralları oluştururlar. Toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şarta ilişkin kurallar da Anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde oluşturulan normatif kurallar olma niteliğini taşımaktadırlar. Dolayısıyla da hakimin müdahalesi dışında kalırlar. Hakimin toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şartı TBK m. 182/son hükmü doğrultusunda indirmesi, toplu iş sözleşmesi özerkliğine ve normatif hükümlere kabul edilemeyecek bir müdahale niteliği taşır⁸⁸.

Kanaatimizce bu konudaki sorunun çözümü için yapılması gereken, İş K. m. 21/son hükmünün kaldırılması ve 21. maddenin ilk üç fıkrasına nispi emredici nitelik tanınmasıdır. Böylelikle, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler ayrımı yapılmasına gerek kalmadan, tarafların toplu iş sözleşmeleri ile iş güvencesi tazminatını ve işçinin çalıştırılmadığı sürelerle ilişkin ücretinin sınırlarını değiştirebilmeleri sağlanmış olacaktır. Dolayısıyla, iş güvencesi kapsamında olan işçiler ile olmayan işçiler arasındaki eşitliği sağlamak amacıyla hakimin toplu iş sözleşmesinde düzenlenen cezai şarta müdahalesi de temelsiz kalacağı için engellenmiş olacaktır.

SONUÇ

İş güvencesi kavramı işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından ancak geçerli sebeplerin varlığı halinde feshedilebilmesini, başka bir ifadeyle işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasını ifade etmektedir. İş güvencesinden yararlanma koşulları İş K. m. 18 hükmünde belirtilmiştir. Bu koşullardan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma koşulu haricindeki diğer şartların toplu iş sözleşmesi hükümleri ile işçilerin lehine olmak kaydıyla aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür.

İş sözleşmelerinin feshinde izlenecek usul İş K. m. 19 hükmünde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, toplu iş sözleşmesi tarafları getirecekleri bir düzenleme ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde de bu usulün izlenebileceğini kararlaştırabilirler. Ayrıca taraflar feshe yetkili

⁸⁶ Yarg. 9. HD., T. 27.01.2011, E. 2009/487, K. 2011/1011, www.legalbank.net, (20.04.2015); Yarg. 9. HD., T. 08.03.2010, E. 2009/25034, K. 2010/6005, www.legalbank.net, (20.04.2015).

⁸⁷ Şahlanan, "İş İlişkisinin Sona Ermesi", s. 90; Keser, s. 147; Yarg. 9. HD., T. 21.03.2013, E. 2010/25818, K. 2012/9484, Şahlanan, "İş İlişkisinin Sona Ermesi", s. 89; Yarg. 9. HD., T. 04.10.2007, E. 2007/733, K. 2007/29264, www.legalbank.net, (20.04.2015).

⁸⁸ Süzek, s. 750.

organın disiplin kurulu olduğu ve bu kurulun kararı olmaksızın işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haksız feshi niteliği taşıyacağını da düzenleyebilirler. Bununla birlikte, işverenin feshi hakkını kullanmasını ortadan kaldıran, hakkın kullanılmasını dolaylı biçimde olanaksız hale getiren ya da çok güçleştiren toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersiz kabul edilecek ve işvereni bağlamayacaktır.

Fesih bildirimine itiraz ve usulü ise İş K. m. 20 hükmünde düzenlenmiştir. İş K. m. 20/1 hükmünde iş mahkemesinde dava açmak için öngörülen bir aylık süre hak düşürücü bir süredir. Bu sürenin toplu iş sözleşmesi taraflarca değiştirilebilmesi mümkün değildir. İş K. m. 20/2 hükmünde ispat yükü düzenlenmiştir. Toplu iş sözleşmesi taraflarının iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin de bu kapsamda sayılarak iş sözleşmelerinin feshi halinde ispat yükünün işverende olacağını kararlaştırmalarında bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, davanın muhakeme usulü ile yargılamanın ne kadar süreceği, kararın temyizi halinde Yargıtay'ın kesin kararını ne kadar süre içinde vereceğini düzenleyen İş K. m. 20/3 hükmünün toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilebilmesi mümkün değildir. Çünkü toplu iş sözleşmesi tarafları yalnızca Devlet tarafından gerçekleştirilebilecek konularda tasarruf yetkisine sahip değildirlir.

Toplu iş sözleşmesi tarafları İş K. m. 21/son hükmünün emrediciliği sebebiyle kesinleşen işe iade kararına rağmen işverence işe başlatılmayan işçiye ödenecek iş güvencesi tazminatı ve çalıştırılmadan geçen sürelerle ilişkin en çok dört aya kadar ücreti işçinin lehine olsa dahi değiştiremeyecektir. Bununla birlikte, toplu iş sözleşmesi taraflarının sözleşmede iş güvencesi kapsamında olmayan işçilere yönelik bir takım mali güvenceler öngörmeleri mümkündür. Yargıtay kararlarında ve doktrinde cezai şart olarak nitelendirilen bu hükümler iş güvencesi kapsamında bulunan işçiler için uygulanmayacak, yalnızca iş güvencesinin kapsamı dışında kalan işçiler açısından uygulama alanına sahip olacaktır. Toplu iş sözleşmesi taraflarının fahiş nitelikte cezai şart öngörmeleri durumunda ise hakim TBK m. 182/son hükmü doğrultusunda müdahalede bulunup indirim gideceği söylenebilecektir.

Fakat doktrinde, toplu iş sözleşmesinde yer alan cezai şartla ilişkin kuralların Anayasal toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde oluşturulan normatif kurallar olma niteliği taşıdığı ve bu sebeple hakim müdahalesi dışında kalacağı da ifade edilmektedir.

Kanaatimizce İş K. m. 21/son hükmünün kaldırılarak, 21. maddenin ilk üç fıkrasına nispi emredici nitelik tanınması durumunda sorun çözülecektir. Böylece iş güvencesi kapsamında olan işçiler ile olmayan işçiler arasında bir ayırım yapılmasına gerek kalmadan toplu iş sözleşmesi tarafları iş güvencesi tazminatı ve işçinin çalıştırılmadığı sürelerle ilişkin ücretin sınırlarını işçilerin lehine olmak kaydıyla değiştirebilecektir.

KAYNAKÇA

Aktay, Nizamettin: Toplu İş Sözleşmesi, TÜHİS Yayın No: 37, Ankara 2000.

Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Bayram, Fuat: “İş Güvencesi Tazminatının Miktarının Belirlenmesine İlişkin Ölçütler”, Legal İSGHD, S. 20, 2008, s. 1373-1394.

Baysal, Ulaş: “İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, C. 8, S. 32, 2011, s. 1321-1337.

Canbolat, Talat: 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta yay., İstanbul 2013 (TİS’in Düzeyi ve Türleri).

Canbolat, Talat: “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler”, Kamu-İş, C. 6, S. 4, 2002, s. 1-39 (İşçiler).

Canbolat, Talat: “Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul 1998 (TİS’in Kişiler Açısından Uygulama Alanı).

Centel, Tankut: İş Güvencesi, Legal yay., İstanbul 2013 (İş Güvencesi).

Centel, Tankut: “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları”, Sicil İHD, S. 17, 2010, s. 211-220 (TİS Özerkliği).

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nursen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, Beta yay., İstanbul 2015.

Çelik, Nuri: “Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Bu Hakkın Sözleşmelerle Sınırlandırılması Konusundaki Uygulamalar”, Almanya’da ve Türkiye’de İşçinin Feshe Karşı Korunması Semineri, İstanbul 1997.

Çifter, Algun: “Toplu İş Sözleşmesinin Muhtevası, Düzeyi ve Türleri”, Kamu-İş, C. 7, S. 3, 2004, s. 1-15.

Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Albi Yayınları, İzmir 2013.

Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut: İş Hukuku, 17. Bası, Beta yay., İstanbul 2013.

Dereli, Toker/Blanpain, R.: International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, Kluwer-The Netherlands 1982.

Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta yay., İstanbul 2014 (Emredici Yapı).

Doğan Yenisey, Kübra: “İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C. I, Beta yay., İstanbul 2011, s. 33-82 (Sosyal Kamu Düzeni Kuralları).

Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, Banksis Yayınları No: 79, İstanbul 1996.

Ekonomi, Münir: “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, Çimento İşveren Dergisi, Özel Eki, C. 17, S. 2, Mart 2003 (Hizmet Akdinin Feshi).

Ekonomi, Münir: “İş Güvencesinde Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi (Bekleme Süresi)”, Legal İSGHD, C. 9, S. 34, 2012, s. 3-32 (Bekleme Süresi).

Elbir, Halid Kemal: İş Hukuku, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.

Esener, Turhan: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1978.

Eyrenci, Öner: “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Üzerine Bir Değerlendirme”, Legal İSGHD, C. 1, S. 1, Ocak-Şubat-Mart 2004, s. 15-54.

Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Beta yay., İstanbul 2014.

Güzel, Ali: “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Kamu-İş, C. 4, S. 2, Haziran 1997, s. 83-126.

Güzel, Ali: “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal yay., İstanbul 2014, s. 237-317 (İş Sözleşmesinin Sona Ermesi).

Işıklı, Alpaslan: Toplu İş Sözleşmeleri ve Türkiye Ekonomisi İçindeki Yeri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1967.

Kandemir, Murat: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Y. III, S. 6, Eylül 2005, s. 267-268 (İş Güvencesi).

Kandemir, Murat: “Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradesi Dışında Oluşması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 1993 (TİS’in Taraf İradesi Dışında Oluşması).

Kandemir, Murat: “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı”, Çalışma ve Toplum, C. 4, S. 39, 2013, s. 167-214 (TİS’in Uygulanma Alanı).

Kandemir, Murat: “Toplu İş Sözleşmesinin YHK Kararıyla Oluşması ve YHK Kararının Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğine Etkisi”, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul 1996, s. 203-222 (Toplu İş Sözleşmesinin YHK Kararıyla Oluşması).

Keser, Hakan: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması”, Sicil İHD, S. 23, 2011, s. 143-163.

Kızılay, Ender: “Toplu İş Sözleşmesi İle Getirilen Düzenlemelerin Kapsam Dışı Personele Uygulanabilirliği”, Sicil İHD, S. 27, 2012, s. 157-161.

Kuban, Arzu: “Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, Beta yay., İstanbul 2013.

Özdemir, Erdem: “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, AÜHFD, C. 54, S. 3, 2005, s. 95-120.

Reisoğlu, Seza: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 222, Ankara 1967.

Sur, Melda: İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Sur, Melda: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, DEÜHF Yayını, Ankara 1991 (TİS Özerkliği).

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 11. Baskı, Beta yay., İstanbul 2015.

Şahlanan, Fevzi: "Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması", İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutuyla İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002.

Şahlanan, Fevzi: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi-2012, Kamu-İş, Ankara 2014, s. 75-142 (İş İlişkisinin Sona Ermesi).

Şahlanan, Fevzi: "İşverenin Sendika Üyesi Olmayan İşçilere Yaptığı Bazı Ödemelerin Toplu Sözleşmeden Yararlandırma Açısından Değerlendirilmesi", Sicil İHD, S. 23, 2011, s. 139-142.

Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Sözleşmesi, Acar Yayıncılık, İstanbul 1992 (TİS).

Taşkent, Savaş: "İş Sözleşmesinin Kurulması ve Sona Ermesi", Yeni İş Yasası (Seminer Notları ve İş Kanunu), Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Çeşme 25-29 Haziran 2003.

Tuğ, Adnan: Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Çankaya Üniversitesi Yayın No: 1, Ankara 1998.

Tuncay, A. Can: "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", Çimento İşveren Dergisi, C. 17, S. 1, Ocak 2003, s. 3-18.

Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, Burcu: Toplu İş Hukuku, 4. Bası, Beta yay., İstanbul 2015.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta yay., İstanbul 2013.

Ulucan, Devrim: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İTÜ Yayınları, Ankara 1981.

Upex, Robert/Benny, Richard/Hardy, Stephen, Labour Law, Core Text Series, Oxford University Press.

Yıldız, Gaye Burcu: "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütü", Legal İSGHD, S. 11, 2006, s. 901-911.

SAHNE VE PERDE ÇALIŞANLARININ HUKUKÎ STATÜSÜ

(LEGAL STATUS OF SCREEN AND STAGE WORKERS)

Araş. Gör. Özge Yıldız Hakkakul*

ÖZ

Çalışmamız, sahne ve perde çalışanlarının hukukî statüsüne ilişkindir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md.64 uyarınca sanatçılara anayasal düzeyde özel bir koruma sağlanmıştır. Ancak, özellikle çalışmamız kapsamında yer alan sahne ve perde çalışanlarının, sosyal güvenlik, çalışma süreleri, iş sağlığı ve güvenliği gibi konulara ilişkin birtakım sorunlar yaşadıkları bilinen bir gerçektir.

Sahne ve perde çalışanlarının hukukî statüsünün tespiti hangi hukukî düzenlemelerin kendilerine uygulanacağını belirlenmesi bakımından önem arz eder. Belirtmek gerekir ki, çalışmamız kapsamında yalnızca bir özel hukuk sözleşmesine bağlı olarak çalışan sahne ve perde çalışanlarının hukukî statüsü incelenmiş, statü hukukuna tâbi olarak çalışanlar, örneğin memurlar kapsama dâhil edilmemiştir.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümü sahne ve perde çalışanı kavramına ilişkindir. İkinci bölümde Türk hukuku uyarınca özellikle Yargıtay kararlarında bu çalışanların hukukî statüsüne ilişkin ne yönde bir değerlendirme yapıldığı incelenmiştir. Bu bağlamda, Yargıtay'ın bu tür çalışma ilişkilerini eser sözleşmesine dayandırma eğilimi tespit edildiğinden, işçi kavramının dayanağı olarak iş sözleşmesinin unsurları ele alınmış ve iş sözleşmesi ile eser sözleşmesinin farkları açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde bir araştırma yapılarak İsviçre, Almanya, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde konuya ilişkin tespit ve değerlendirmeler ortaya koyulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sahne ve perde çalışanları, sanatçılar, sahne sanatları ve iş hukuku, işçi kavramı, iş sözleşmesi

ABSTRACT

Our study is on the legal status of screen and stage workers. In accordance with the Constitution of the Republic of Turkey Art.64, a special constitutional protection is provided to the artists. However, it is a fact that particularly screen and stage workers who are within the scope of our study have some problems with regard to the issues such as social security, working time, health and safety at work etc.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

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

The determination of the legal status of screen and stage workers is important with regard to the ascertainment of the legal regulations applied to them. It should be stated that only the legal status of screen and stage workers who work under a private law contract has been examined within the scope of our study, whereas workers subject to Administrative Law, civil servants for instance have not been included in the scope.

Section I of our study which consists of three sections is on the concept of screen and stage worker. In the second section, the determination of the legal status of screen and stage workers in accordance with the Turkish law, especially in the decisions of the Court of Appeal has been examined. In this context, the elements of the contract of employment which is the basis of the concept of employee have been investigated and the differences between the contract of employment and contract for services have been clarified, since the tendency of the Court of Appeal to attribute such employment relationships to the contract for services has been ascertained. In the third section, the determinations and evaluations regarding the issue in Switzerland, Germany, England and United States of America have been set forth by conducting a study within the framework of Comparative Law.

Keywords: *Screen and stage workers, artists, performing arts and labour law, the concept of employee, contract of employment*

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası¹'nin "Sanatın ve Sanatçının Korunması" kenar başlıklı 64. maddesi uyarınca Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Maddede ayrıca, sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için Devletin gereken tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır. Sosyal ve ekonomik hak ve ödevleri düzenleyen bölümün içinde yer alan bu madde gereği, sanatçıların anayasal düzeyde özel olarak korunduğu söylenebilir. Ancak, özel olarak korunması gereken sanatçıların, çalışmamız kapsamında sınırlarsak sahne ve perde çalışanlarının uygulamada sosyal güvenlik², çalışma süreleri, iş sağlığı ve güvenliği vb. konulara ilişkin birtakım sorunlarla karşılaştıkları bilinmektedir.

Sahne ve perde çalışanlarının hukukî statüsünün tespiti, hangi hukukî düzenlemelerin kendilerine uygulanacağını belirlebilmesi bakımından önem-

¹ Kanun No: 2709, RG. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

² Bu husus, dizi oyuncuları bakımından, Sayıştay Başkanlığı'nın Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na ilişkin 2012 yılı Denetim Raporu'nda şu şekilde ifade edilmiştir: "Dizi oyuncularının 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olarak tescil edilmeleri gerekmektedir. Uygulamada dizi oyuncularının, bir eser sözleşmesinin tarafıymış gibi Serbest Meslek Makbuzu (SMM) düzenledikleri, yapımcıların SMM karşılığında hizmet satın almış gibi bu sanatçılar için sigortalı işe giriş bildirgesi vermemekle, 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının a bendi (4-1-a) kapsamında sigortalılık tesis ettirmedikleri, bu kişilerin 5510 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin 1 inci fıkrasının b bendi kapsamında sigortalı oldukları görülmüştür. Kurum tarafından bulguda belirtilen hususlara iştirak edilmekte ve 2013 yılından itibaren gereğinin yapılacağı belirtilmektedir." (Çevrimiçi), <http://www.sayistay.gov.tr/rapor/kid/SGK.pdf>, 10.01.2016.

lidir. Çalışan işçi olarak kabul edildiğinde, İş Hukuku'nun örneğin çalışma süreleri ve çalışma koşulları açısından veya iş sözleşmesinin geçersiz yahut haksız feshinde uygulanabilecek koruyucu hükümlerinden yararlanabilecektir. Buna karşılık, iş sözleşmesiyle çalışmadığının yani bağımsız çalışan olduğunun kabulü durumunda, bu korumadan yararlanması mümkün olamayacaktır. Söz konusu tespit, Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından da önem arz etmektedir. Zira, bir işçinin sigortalılık statüsü ile bağımsız çalışan kişinin sigortalılık statüsü birbirinden farklıdır.

Çalışmanın kapsamına, statü hukukuna tâbi olarak örneğin Devlet, Şehir, Belediye Tiyatroları veya Devlet Opera ve Balesi vb. kurumlarda çalışan memurlar, girmemektedir. Bu bağlamda, bir özel hukuk sözleşmesine bağlı olarak çalışanlar inceleme konusu yapılacaktır.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümü, sahne ve perde çalışanı kavramına ilişkindir. İkinci bölümde, Türk hukuku uyarınca söz konusu çalışanların hukukî statüsü incelenmiştir. Bölüm kapsamında, öncelikle genel olarak işçi kavramı açıklanmaya çalışılmış, işçi kavramının dayanağı olarak iş sözleşmesi ele alınmış ve iş sözleşmesi ile eser sözleşmesinin birbirinden ayrıldığı noktalar üzerinde durulmuştur. Bu bölümde son olarak, Yargıtay'ın sahne ve perde çalışanlarının hukukî statüsüne ilişkin yaklaşımı incelenmiştir. Üçüncü bölümde, karşılaştırmalı hukuk ekseninde bir çalışma yapılması amaçlanmış, diğer ülke uygulamalarında bu kişilerin hukukî statüsüne ilişkin nasıl bir değerlendirilmenin söz konusu olduğu araştırılmıştır. Böyle bir araştırmanın, Türk hukukunda karşılaşılan sorunların çözümünde yararlı olabileceği düşünülerek öncelikle Kıta Avrupası sisteminin geçerli olduğu İsviçre ve Almanya, ardından da Ortak Hukuk (Common Law) sisteminin geçerli olduğu İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde konuya ilişkin yaklaşım inceleme konusu yapılmıştır.

I. SAHNE VE PERDE ÇALIŞANI KAVRAMI

Çalışmamız kapsamında öncelikle incelenmesi gereken husus, sahne ve perde çalışanlarının kim olduğudur. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) "Uluslararası Standart Meslek Sınıflandırması (ISCO-08) ³"nda profesyonel meslek mensupları ana başlığı/grubu içinde yer alan hukukî, sosyal ve kültürel alanlarda meslek icra edenler alt başlığının kapsamında, yaratıcı ve icracı sanatçılar bir alt/yan grup olarak yer almaktadır⁴. Görsel sanatçılar, müzisyenler, dans sanatçıları ve oyuncular gibi birçok çalışanın yer aldığı bu grup bakımından çalışmamız kapsamında inceleme konusu yapılacak kişiler, özellikle sinema ve televizyon sektöründe çalışan oyuncular ile tiyatro, opera, dans gibi performans sanatlarını icra eden sanatçılar ve palyaço, sihirbaz, akrobat gibi performans sanatçılarıdır. Bu kapsamda yeri geldiği ölçüde set çalışanları hakkında da bilgi verilecektir.

³ International Standard Classification of Occupations ISCO-08, Volume: 1, Geneva, International Labour Organization, 2012, (Çevrimiçi) <http://www.ilo.org/public/english/bureau/stat/isco/isco08/>, 10.01.2016. Türk hukukunda, ulusal düzeyde meslek sınıflandırmasının yapıldığı Ulusal Meslek Standartlarına Dair Tebliğlerde [RG. 26.12.2013, S.28863 (Mükerrer), RG. 28.10.2014, S. 29159] çalışma konumuza ilişkin olarak figüran, seslendirme oyuncusu, oyuncu, dansçı ve opera şarkıcısına ilişkin tanım ve meslek standartlarına yer verildiği belirtilmelidir.

⁴ ILO ISCO-08, Minor Group 265, s. 166.

II. TÜRK HUKUKUNDA SAHNE VE PERDE ÇALIŞANLARININ HUKUKİ STATÜSÜ

A. Genel Olarak İşçi Kavramı

Sahne ve perde çalışanlarının hukukî statüsünü ortaya koyabilmemiz için öncelikle Türk hukukunda kimlerin işçi, kimlerin bağımsız çalışan olarak nitelendirildiğini tespit etmemiz gerekir. İş Kanunu⁵nun tanımlara ilişkin 2. maddesine göre, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir. Bu kapsamda, Türk hukukunda kural olarak iş sözleşmesiyle çalışanlar işçidirler⁶. Dolayısıyla, işçi sayılmanın koşulu iş sözleşmesiyle çalışmaktır. İş sözleşmesine ilişkin tanım ise Kanun'un 8. maddesinde yapılmıştır. Tanım uyarınca iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Bu kapsamda iş sözleşmesinin unsurları, "iş görme", "ücret" ve "bağımlılık" olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. Türk Borçlar Kanunu⁸nda (TBK) ise hizmet sözleşmesinin tanımı yer almaktadır. Kanun'un 393. maddesinde yer alan tanım uyarınca hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesi, İş Kanunu'nda ise iş sözleşmesi olarak yer verilen sözleşme türleri arasında Türk hukuku bakımından bir farklılık söz konusu değildir⁹. İş Kanunu md.4 gereği, Kanun kapsamına alınmayan işler ve iş ilişkileri bakımından, Türk Borçlar Kanunu ve dolayısıyla burada yer alan hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir.

Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ¹⁰ da İş Kanunu kapsamı dışında

⁵ Kanun No: 4857, RG. 10.06.2003, S. 25134.

⁶ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul, Beta, 2015, s. 41-42; Sarper Süzek, İş Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Beta, 2015, s. 137; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2014, s. 96; Fevzi Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Bası, İzmir, 2013, s. 9; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 177-178; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, E. Tuncay Senyen/Kaplan, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013, s. 27.

⁷ Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2015, s. 67-69; Münir Ekonomi, İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku, C. 1, 3. Bası, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı, 1987, s. 73-74; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 114-122; Süzek, İş Hukuku, s. 243; Fevzi Şahlanan, "İşçi Sifatının Belirlenmesinde Bağımlılık Unsuru-Karar İncelemesi (Mayıs 2005)", İş Hukuku ile ilgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s. 21; Tankut Centel, İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C. I, Beta, İstanbul, 1994, s. 79-82; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 7. Bası, İstanbul, Legal, 2016, s. 56; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 166; Demir, İş Hukuku, s. 47-51; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, İş Hukuku, s. 343-361; Aktay, Arıcı, Senyen/Kaplan, İş Hukuku, s. 51; E. Tuncay Senyen-Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 7. Bası, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015, s. 53-54; Ercan Akyiğit, "Sanatçıların İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki Konumu", Hukuk ve Sanat, Ed. Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, Ankara, Seçkin, 2016, s. 67.

⁸ Kanun No: 6098, RG. 04.02.2011, S. 27836.

⁹ Tunçomağ, Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 67.

¹⁰ Kanun No: 5953, RG. 20.06.1952, S. 8140.

kalan işler ve iş ilişkileri bakımından uygulama alanı bulabilir. Kanun'da açıkça işçi tanımı yapılmamakta, ancak gazeteci tanımına yer verilmektedir. Söz konusu tanım uyarınca, Kanun'un kapsamına giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir (md.1/f.2). Dolayısıyla, gazeteciler Basın İş Kanunu kapsamında işçi sayılırlar¹¹. Bu bağlamda uygulanabilecek bir diğer Kanun olan Deniz İş Kanunu¹²'nin 2. maddesine göre, bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere gemiadamı denir. Gemiadamları, Deniz İş Kanunu anlamında işçidirler¹³. Belirtmek gerekir ki, gemiadamları tanımında, gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfaların yanı sıra diğer kimselerden de bahsedildiği için, bu kişiler dışında gemide çalışan örneğin aşçı, garson, temizlik görevlisi veya sahne ve perde çalışanları arasında sayılan müzisyen vb. kişilerin de bu Kanun kapsamında işçi sayılacakları doktrinde ifade edilmektedir¹⁴.

1. İşçi Kavramının Dayanağı Olarak İş Sözleşmesi

Türk hukukunda işçi tanımlanırken iş sözleşmesi esas alınmıştır. Bu bağlamda, eser veya vekâlet gibi diğer iş görme sözleşmelerine dayanarak çalışanlar işçi sayılmazlar¹⁵. İş görme ve ücretin yanı sıra iş sözleşmesinin unsurları arasında sayılan bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur¹⁶. Bağımlılık unsurunun

¹¹ Süzek, İş Hukuku, s. 139; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 101; Ali Güzel, "Fabrika'dan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara, 1997, s. 89.

¹² Kanun No: 854, RG. 29.04.1967, S. 12586.

¹³ Süzek, İş Hukuku, s. 138; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 104; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 89; Bektaş Kar, Deniz İş Hukuku: Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 86.

¹⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 138; Kar, Deniz İş Hukuku, s. 87, 90; Akyiğit, Sanatçılar, s. 78-79.

¹⁵ Çelik, Canıklıoğlu, Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 42; Fevzi Şahlanan, "İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi", Tekstil İşveren Dergisi, S. 380, Hukuk 65, Aralık 2011, s. 4; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 84, 92; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 96; Süleyman Başterzi, "Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, Mart 2010, s. 179.

¹⁶ Tunçomağ, Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 69; Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, s. 73; Çelik, Canıklıoğlu, Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 116-122; Süzek, İş Hukuku, s. 245, 250; A. Can Tuncay, "Sanatçılar ve Özel İş Bulma Büroları", Günümüzde Yargı, S. 45, Ocak 1980, s. 18; Aynı yazar, "Sanatkârlara İş Bulmak İçin Özel Büro Açılması", İş Hukuku Uygulaması, İŞK. 85 (No. 1), 1981/II, s. 2-3; Şahlanan, İşçi Sıfatı, s. 22; Aynı yazar, Bağımlılık İlişkisi, s. 4; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 84, 95; Centel, İş Hukuku, s. 82; Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 35-36, 39, 376-377; A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul, Beta, 2015, s. 279; Aydın Zevkiler, K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 423; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 57; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 169-174; Demir, İş Hukuku, s. 48-51; Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, 2012, s. 4; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, İş Hukuku, s. 353-356; Aktay, Arıcı, Senyen/Kaplan, İş Hukuku, s. 51; Senyen-Kaplan, Bireysel İş Hukuku, s. 54; Başterzi, İş Sözleşmesi, s. 178; Haluk Hadi Sümer, "İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 19, Eylül 2010, s. 68-69; Mustafa Alp, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Sü-

içeriğini özetle, işçinin iş görme borcunu işverenin talimatlarına bağlı olarak işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altında yerine getirmesi oluşturur¹⁷. İşverenin talimat verme yetkisi, iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru olarak işçinin hukukî bağımlılığı sonucunu doğurur¹⁸. Dolayısıyla burada sözü edilen bağımlılık hukukî-kişisel bağımlılıktır¹⁹.

Yargıtay'a göre de iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş süreci ile sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturur. Konuya ilişkin kararlarda, hukukî-kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olguların ise, işin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, iş görenin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, sayılan bu belirtilerin hiçbirinin tek başına kesin bir ölçü teşkil etmediği, işçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanmasının, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesinin bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmadığı vurgulanmıştır²⁰.

İş sözleşmesinin varlığının tespitinde bütünsel bir değerlendirme yapılması zorunludur²¹. Her somut olay bakımından, sözleşme ilişkisinin bütün

zek'e Armağan, C. 1, İstanbul, Beta, 2011, s. 805; Akyiğit, Sanatçılar, s. 67, 71; O. Gökhan Antalya, "Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği (II)", Yargıtay Dergisi, C. 13, S. 3, Temmuz 1987, s. 299. Anayasa Mahkemesi de 1967 tarihli bir kararında, bağımlılık unsurunun ayırt edici özelliğini vurgulamıştır: "...Bu akdi, iş görmeye ilişkin diğer akidlerden ayıran, bu bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o, çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapar... Hizmet akdinden başka akitlerde bağımlılık unsuru yoktur..." Anayasa Mahkemesi, 26-27.09.1967, E. 1963/336, K. 1967/29, RG. 19.10.1968, S. 13031. Yargıtay'ın da bu hususa yer verdiği birçok karar bulunmaktadır. Bkz. Y. 9. HD, 08.04.2014, E. 2012/10616, K. 2014/11732; Y. 22.HD, 21.02.2014, E. 2013/5135, K. 2014/3338; Y. 7.HD, 20.02.2014, E. 2013/16395, K. 2014/4192; Y. 9.HD, 30.01.2012, E. 2009/37836, K. 2012/2317. Karar metinleri için bkz. Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları), 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 48-59.

¹⁷ Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, s. 74; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 117; Süzek, İş Hukuku, s. 245-247; Şahlanan, İşçi Sıfatı, s. 22; Aynı yazar, Bağımlılık İlişkisi, s. 5; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 97; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 57; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 170-171; Demir, İş Hukuku, s. 49-51; Alpagut, İş İlişkisi, s. 6; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, İş Hukuku, s. 357-361; Aktay, Arıcı, Senyen/Kaplan, İş Hukuku, s. 51; Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Hukuku, s. 423; Başterzi, İş Sözleşmesi, s. 181; Sümer, Bağımlılık Unsuru, s. 68-69; Antalya, Hizmet Akdi II, s. 299, 304.

¹⁸ Manfred Rehbinder, Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band/Nr. VI/2/2/1, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2010, s. 21.

¹⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 245; Şahlanan, İşçi Sıfatı, s. 22; Aynı yazar, Bağımlılık İlişkisi, s. 3; Akyiğit, Sanatçılar, s. 71.

²⁰ Y. 9. HD, 13.07.2009, E. 2008/876, K. 2009/20602, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016; Y. 9. HD, 08.04.2014, E. 2012/10616, K. 2014/11732; Y. 22.HD, 21.02.2014, E. 2013/5135, K. 2014/3338; Y. 7.HD, 20.02.2014, E. 2013/16395, K. 2014/4192, Çil, İlke Kararları, s. 48-56.

²¹ Ullin Streiff, Adrian von Kaenel, Roger Rudolph, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2012, s. 72.

unsurları değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır²², zira hiçbir unsur tek başına iş sözleşmesinin varlığının tespitinde belirleyici değildir²³.

Günümüzde ekonomik ve teknolojik koşullara bağlı olarak yeni istihdam türlerinin ortaya çıkması, bağımlılık ilişkisinin zayıflaması sonucunu doğurmuştur²⁴. Bu bağlamda, iş sözleşmesinin varlığını tespit etmek üzere, işçinin işverene ait iş organizasyonu içinde onun yararına iş görmesi bağımlılık unsurunun yardımcı ölçütü olarak kabul edilmektedir²⁵. İşverenin yönetim ve denetimi altında çalışma ile iş organizasyonuna dâhil olma ölçütlerinin, bağımlılığın tespitinde yararlanılan temel ölçütler olduğu da doktrinde ifade edilmektedir²⁶. Çalışanın işini görürken belirli bir serbesti içinde hareket etmesi, yaratıcı gücünü kullanması ve inisiyatif alması, işverenin yönetimi altındaki bir iş organizasyonu içinde yer aldığı sürece, işçi sayılmasına engel olmayacaktır²⁷.

Bağımlılık unsuru iş ilişkisinde mutlak değil, göreceli bir anlamı haizdir²⁸. İşçilerin işverene aralarındaki bağımlılık ilişkisinin derecesi, görmekte oldukları işin niteliğine, işyerinin hiyerarşik yapısı içindeki konularına ve meslekî durumlarına göre farklılık arz edebilir²⁹. Örneğin, doktor, cerrah, mühendis, avukat, pilot gibi uzmanlığa sahip, vasıflı işçilerin işverene bağımlılığının düzeyi vasıfsız işçilerden farklıdır³⁰. Ancak, bağımlılık ilişkisi göreceli olarak bazı noktalarda zayıflamış olsa da diğer konular bakımından varlığını sürdürüyorsa, iş ilişkisinin varlığından söz ederiz³¹. Alman hukukunda da özellikle şef doktorlar bakımından aynı esastan hareket edilmektedir. Bu esasa göre, bir hastanenin şef doktoru hekimlik faaliyeti bakımından hastane sahibinin talimatlarıyla bağlı değildir³². Ancak, Alman Federal İş Mahkemesi, dok-

²² Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 72.

²³ Norman Selwyn, Selwyn's Law of Employment, 16th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 53; Micah Prieb Stoltzfus Jost, "Independent Contractors, Employees, and Entrepreneurialism Under the National Labor Relations Act: A Worker -by- Worker Approach", Washington and Lee Law Review, Volume: 68, Issue: 1, 2011, s. 335, (Çevrimiçi) <http://heinonline.org>, 10.01.2016.

²⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 247-250; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 108-109.

²⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 248.

²⁶ Alp, Tele Çalışma, s. 808. Benzer yönde, Akyiğit, Sanatçılar, s. 71.

²⁷ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 111; Süzek, İş Hukuku, s. 249; Şahlanan, İşçi Sıfatı, s. 22-23; Sümer, Bağımlılık Unsuru, s. 70; Alp, Tele Çalışma, s. 807.

²⁸ Süzek, İş Hukuku, s. 247; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 108, 117, 126; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s. 58.

²⁹ Süzek, İş Hukuku, s. 247; Şahlanan, İşçi Sıfatı, s. 22; Alpagut, İş İlişkisi, s. 5, 6.

³⁰ Süzek, İş Hukuku, s. 247; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, İş Hukuku, s. 353; Güzel, Bağımlılık Unsuru, 108, 110; Alpagut, İş İlişkisi, s. 5. Benzer yönde, Simon Honeyball, Great Debates: Employment Law, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011, s. 7; Polat Soyer, "Karar İncelemesi", Yasa Hukuk Dergisi, Nisan 1980, s. 514.

³¹ Reh binder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 46; Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 85; Adrian Staehelin, Der Arbeitsvertrag: Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/2c, 4. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2006, s. 21; Thomas Dieterich, Peter Hanau, Günter Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016, BGB § 611 Rn. 11, 51, 85-86; Alpagut, İş İlişkisi, s. 5. Benzer yönde, Burhan Özdemir, "Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri ve Hizmet Borçlanmaları", Çimento İşveren Dergisi, C. 13, S. 3, Mayıs 1999, s. 33-34.

torun, hastanenin örgütsel faaliyetine bağlı ve hastane organizasyonuna dâhil olduğunu göz önünde bulundurarak taraflar arasında bir iş ilişkisinin varlığını kabul etmiştir³³.

2. İş Sözleşmesinin Eser Sözleşmesinden Ayrılması

Türk hukukunda sahne ve perde çalışanları hakkında verilen Yargıtay kararları³⁴ incelediğinde genel olarak bu kişilerin çalışmalarını eser sözleşmesine dayandırma eğiliminin olduğu görülecektir³⁵. Bu nedenle eser sözleşmesinden de bahsedilmesi gerekmektedir.

Eser sözleşmesine ilişkin tanıma TBK md.470'de yer verilmiştir. Söz konusu tanım uyarınca, eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Yüklenici ise, ayrı bir iş organizasyonuna sahip, iş sahibine karşı yalnızca işin sonucunu üstlenen bağımsız bir çalışandır³⁶.

İş sözleşmesinin aksine, eser sözleşmesinde iş sonucu öne çıkmaktadır ve yüklenici bir eser meydana getirmekle yükümlüdür³⁷. İş sözleşmesinin konusu, belirli ya da belirsiz süreyle iş görme olduğu hâlde, eser sözleşmesinin konusu iş görmenin sonucunda ortaya çıkarılacak sonuçtur, yani eserdir³⁸. Başka bir deyişle, eser sözleşmesinin amacı, önceden belirlenmiş olan ve bir bütün teşkil eden bir iş, emek sonucunun meydana getirilmesidir³⁹.

Eser sözleşmesinde yüklenici, yukarıda da belirtildiği üzere iş sahibine karşı bağımsız durumdadır⁴⁰. Esasında bu sözleşme ilişkisinde de tam bir ba-

³² Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 11, 85; Benzer yönde, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2012, BGB § 611 Rn. 176.

³³ Abbo Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 14. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2015, s. 53. Karar metni için bkz. BAG, 27.07.1961- 2 AZR 255/60, NJW 1961, s. 2085, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 10.01.2016.

³⁴ Bkz. aşağıda Bölüm II, B'de yer verilen kararlar.

³⁵ Benzer yönde, Sinan Sami Akkurt, "Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 36, dn. 60. Yazara göre, Yargıtay, bu tür meslekler açısından âdeti bağımsızlığı kural, bağımlılık unsurunu istisna kabul etmektedir.

³⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 250.

³⁷ Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 30; Rehbinder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 43; Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 82.

³⁸ Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 82; Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 12; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, s. 50; Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi: Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 57; Tuncay, Sanatçılar, s. 18; Aynı yazar, Özel Büro Açılması, s. 2; Narmanhoğlu, İş Hukuku, s. 178; O. Gökhan Antalya, "Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği (III)", Yargıtay Dergisi, C. 13, S. 4, Temmuz 1987, s. 456; Akkurt, Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, s. 49.

³⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 36; Akkurt, Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, s. 49.

⁴⁰ Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 30; Rehbinder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 43; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 36, 37; Reisoğlu, Hizmet Akdi, s. 57; Süzek, İş Hukuku, s. 250; Şahlanan, İşçi Sıfatı, s. 22; Zevkliler, Gökyayla, Borçlar Hukuku, s. 424-425; Antalya, Hizmet Akdi (III), s. 458, 463-464; Alper Uyumaz, "Öğreti ve Yargıtay Ka-

ğımsızlıktan söz etmek mümkün değildir⁴¹. Zira, işsahibinin, elde edilecek sonuca ilişkin yükleniciye bazı talimatlar vermesi mümkündür⁴². Ancak, bu talimatlar, hangi işin görüleceğine, işin ne olduğuna ilişkindir; işin nasıl görüleceğine ilişkin değildir⁴³. Yüklenicinin işin tâbi olacağı esaslar, işin yöntemi bakımından tam bir serbesti içinde olduğu belirtilmelidir⁴⁴. Dolayısıyla, iş sözleşmesindeki gibi sıkı bir bağımlılık söz konusu değildir⁴⁵.

İş sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran başlıca unsurlar özetle, bir bütün oluşturan sonuç ve bağımsızlık unsurlarıdır⁴⁶. İş sözleşmesinin konusunun da zaman zaman bir sonucun meydana getirilmesi olabileceği⁴⁷ düşünüldüğünde, asıl belirleyici unsurun bağımsızlık olduğu ifade edilmelidir⁴⁸.

Bu kapsamda son olarak belirtmek gerekir ki, tarafların aralarındaki hukukî ilişkiye dair yaptıkları nitelendirme önemli değildir⁴⁹. Örneğin,

rarları Işığında İş Sözleşmesi ve İstisna Sözleşmesinin Ayırıştırılması”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara, Adalet, 2009, s. 508.

⁴¹ Tuncay, Sanatçılar, s. 18; Aynı yazar, Özel Büro Açılması, s. 3.

⁴² Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 30; Rehbinder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 43; Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 14; Reisoğlu, Hizmet Akdi, s. 57; Süzek, İş Hukuku, s. 246; Alpagut, İş İlişkisi, s. 11-12; Uyumaz, İş Sözleşmesi, s. 521; Akkurt, Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, s. 52.

⁴³ Rehbinder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 43.

⁴⁴ Reisoğlu, Hizmet Akdi, s. 57. Yargıtay da bu hususa değinmiştir: “...İstisna aktinde ücretin tesbitinde eser gözönünde tutulur. İş sahibinin talimat verme yetkisi ise elde edilecek sonuç içindir. Halbuki hizmet aktinde emir ve talimat yetkisi işçinin çalışma yerinin, işe başlangıç ve sona eriş saatinin işverence tesbiti biçimindedir...” Y. 10.HD, 14.03.1995, E. 1995/2008, K. 1995/2571, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

⁴⁵ Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 30; Rehbinder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 43; Tuncay, Özel Büro Açılması, s. 3.

⁴⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 35; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 119-120; Süzek, İş Hukuku, s. 250; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 178-179; Uyumaz, İş Sözleşmesi, s. 504; Akkurt, Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, s. 49, 61.

⁴⁷ Alpagut, İş İlişkisi, s. 11.

⁴⁸ Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 82.

⁴⁹ Rehbinder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 19; Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 72, 104; Frank Emmel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2012, s. 6; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, s. 53; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 116; Başterzi, İş Sözleşmesi, s. 194; Sümer, Bağımlılık Unsuru, s. 72. Ortak Hukuk sisteminin geçerli olduğu İngiliz hukukunda da aynı esas kabul edilmektedir. Bkz. Simon Deakin, Gillian S. Morris, Labour Law, 5th Edition, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, s. 127; Hugh Collins, K. D. Ewing, Aileen McColgan, Labour Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 195-196; Selwyn, Law of Employment, s. 39; Malcolm Sargeant, David Lewis, Employment Law, 7th Edition, Pearson, 2014, s. 27; Stephen Taylor, Astra Emir, Employment Law: An Introduction, Oxford, Oxford University Press, 2007, s. 60; Robert Upex, Richard Benny, Stephen Hardy, Labour Law, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2006, s. 62-63; Simon Honeyball, Honeyball&Bowers’ Textbook on Employment Law, 13th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 27. Yazar, tarafların ilişkiyi ne şekilde nitelendirdiklerinin gerçek hukukî vasıflandırma bakımından belirleyici olmadığını, zira mahkemelerin taraflar arasındaki ilişkinin şeklini değil, özünü incelediğini, ancak bu nitelendirmenin çalışanın hukukî statüsünün açık olmadığı durumlar bakımından ikna edici olabileceğini belirtmektedir. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda da özellikle sınıflandırma bağlamında mahkemelerin iradelerinin, iş görme sözleşmesinin özünü gizleyebilecek veya Ulusal İş İlişkileri Kanunu’nun (National Labor Relations Act of 1935 [49 Stat. 449] 29 U.S.C. §

taraflarca sözleşmenin eser sözleşmesi olarak adlandırılması, koşulların varlığı durumunda gerçekte iş sözleşmesi olduğunun tespit edilmesine engel değildir⁵⁰. TBK md.19'da buna ilişkin açık bir hüküm de vardır. Hükme göre, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Dolayısıyla, bir uyumsuzluğun söz konusu olması hâlinde sözleşme ilişkisi, fiili gerçekler ve hukuki olgular değerlendirilerek mahkemeler tarafından tespit edilir⁵¹.

B. Yargıtay'ın Sahne ve Perde Çalışanlarının Hukukî Statüsüne İlişkin Yaklaşımı

Yargıtay, özellikle sosyal güvenlik hukukuna ilişkin verdiği kararlarda sahne ve perde çalışanlarının hukukî statüsüne değinmiş ve bu konuda açıklamalarda bulunmuştur. Eski tarihli bir kararında Yargıtay⁵², bir sinema filmi nin yapımında, oyuncu, figüran, dublaj sanatçısı, kameraman, teknik eleman, rejisör, prodüksiyon amiri gibi değişik işleri gören çalışanların hangi sözleşmeye dayanarak çalıştıklarına ilişkin tespitlerde bulunmuştur⁵³. Söz konusu kararda yer verilen açıklamalar, Yüksek Mahkeme'nin konuya yaklaşımını açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Yargıtay'a göre: "...Çalışanlar, işverenin stüdyosunda veya uygun göreceği yerde, başka bir anlatımla, işverenin işlerinde edimlerini göreceklerdir. Bu durum, bir bağımlılık ortamı yaratma amacından çok, teknik ve doğal olanaklardan yararlanabilme gereğidir. İşverenin, belirli amacına varabilmesi için, işverence sanatçıya yapılacak müdahaleler, sanatçının bağımlı çalıştığı sonucunun çıkarılabileceği nitelikte görülmeyebilir. Örneğin, bir film artistinin bir kişiliği canlandırması söz konusu olduğunda, dekor ve kostüm yönüyle işyerindeki olanaklardan yararlanabilmek için işyerinde çalışması, işveren vekili olarak nitelenebilecek rejisörün genel direktifi ve denetimi altında edimini ifa etmesi, sigortalı sayılması için yeterli sayılamaz. Meydana getirilen film o sahnesini kendi sanat gücü ve yeteneği oranında gerçekleştireceği, bağımlı olmadan yaptığı iş oranının bağımlı işlere üstün bulunduğu cihetle, işverenle aralarındaki sözleşmenin hizmet akdi olduğu söylenemez. Eserin sanat yönü veya mesajı ile ilgili olmayan, başka bir anlatımla kendilerinin bir sonuç bağlanmayan hizmetler ile işveren veya vekilinin direktifi altında sanat gücü kullanılmadan yapılan işlerin ise, istisna akdi olarak nitelenemeyeceği de açıktır..."

Yargıtay'ın dublaj sanatçısı⁵⁴ ve yönetmeni olarak çalışan bir kişinin sigortalı hizmetinin hükmen tespiti istemli yakın tarihli bir kararında⁵⁵ da aynı

151-169, Title 29, Chapter 7, Subchapter II, United States Code) esasını oluşturan ilkeleri ihlâl edebilecek sözleşmesel nitelendirmeyi dikkate almama yönünde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Jost, Independent Contractors, s. 345.

⁵⁰ Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 12; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 116.

⁵¹ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 116; Sümer, Bağımlılık Unsuru, s. 72.

⁵² Y. 10.HD, 01.07.1974, E. 1974/3612, K. 1974/4738, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

⁵³ Yargıtay'ın söz konusu karar bakımından sözleşmelerin birbirinden ayrılmasında son derece soyut ölçülere bağlanmış bulunduğu yolundaki eleştiri için bkz. Soyer, Karar İncelemesi, s. 514.

⁵⁴ Dublaj sanatçılarına ilişkin bir diğer kararında da Yargıtay, genel bir değerlendirme yaparak, bu kişilerin işçi olmayıp eser sözleşmesine bağlı olarak çalıştıklarını kabul etmiştir. Karar uyarınca bu kişiler, kendilerine verilen işi işverenin emir ve talimatları-

görüşlere yer vermesi, konu hakkındaki yaklaşımının değişmediğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir.

Sanatçıların sosyal sigorta ilişkilerine ve borçlanma hakkına ilişkin bir diğer kararda⁵⁶, mahkemelerin ağırlıklı olarak sanatçıların çalışmalarını istisna akdine (eser sözleşmesi) dayandırma eğiliminden bahsedilmiştir. Bu eğilim doğrultusunda yargının düşüncesinin, ağırlıklı olarak sanatçıların, işlerini yaparken bağımsız olduğu, iş sahibinden emir almalarının söz konusu olmadığı, dolayısıyla çalışmalarının istisna akdine dayandığı yönünde olduğu belirtilmiş ve bu nedenle sanatçıların sosyal sigortalılıkları açısından ayrı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu vurgulanmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun sanatçı borçlanmasına ilişkin bir kararında⁵⁷ yer verilen güzel sanat kollarında çalışmaya dair tespitler inceleme konumuz bakımından önem arz etmektedir. Söz konusu kararda, güzel sanat kollarında uğraşanların çalışmalarının genelde, doğuştan gelen yetenek ve beceriye bağlı olduğu, çalışma alanı, konuları ve koşullarının çok farklılık ve özelliğe gösterdiği, bu nedenle belirtilen çalışmaların, hizmet akdinde olduğu gibi, bir sınırlama veya çerçeve içerisine alınmasının düşünülmemeyeceği, ortaya konulan çalışma türlerinde veya eserlerde yaratıcılık ve farklılığın egemen olduğu, bu tür çalışmaların kendine özgü bir biçimde ortaya çıktığından bahisle hizmet akdi çerçevesinde değerlendirilmeye tâbi tutulamayacağı belirtilmiştir⁵⁸.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir diğer kararında⁵⁹, yapımcı şirketle aralarındaki anlaşma gereğince hangi kanalda yayınlanacağı ve ismi konusunda tarafların ortaklaşa anlaşacakları bir televizyon programı ile televizyon dizisi ya da yarışma programında sunuculuk ve oyunculuk yapmayı taahhüt eden sanatçı arasındaki sözleşmenin hukukî niteliği ve bu kapsamda genel hükümlere göre asliye ticaret mahkemelerinin mi yoksa fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemelerinin mi görevli olduğu inceleme konusu yapılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu oyçokluğuyla, taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu ve henüz bir eser meydana getirilmeden sözleşme dâvalı sanatçı tarafından feshedildiğinden, dâvalının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁶⁰ kapsamında unsurları açıklanan bir eserin sahibi olmadığı ve bu Kanun'un koruyucu hükümlerinden yararlanamayacağı, dolayısıyla fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemelerinin kapsamına giren bir olgunun varlığından söz edilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Kararda yer alan karşı oy yazısında ise, özetle dâvalının eser sahibi değil, icracı sanatçı olduğu, başkasına ait bir eserin icrası için icracı ile yapılan sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin

na göre değil, kendi sanat, branş ve ihtisaslarına göre yürütürler. Y. 10.HD, 25.03.1974, E. 1926, K. 1974/2914, Mahmut Cuhruk, H. Servet Çolakoğlu, A. Avni Bükey, Sosyal Sigortalar: Kanun, Şerh, İçtihat, Ankara, Olgaç, 1977, s. 120-121.

⁵⁵ Y. 10.HD, 07.03.2014, E. 2014/2665, K. 2014/5044, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

⁵⁶ Y. 10.HD, 27.06.2001, E. 2001/3653, K. 2001/5041, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

⁵⁷ YHGK, 30.09.1998, E. 1998/21-619, K. 1998/644, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

⁵⁸ Aynı ifadelerin geçtiği bir diğer karar için bkz. YHGK, 30.09.1998, E. 1998/21-644, K. 1998/633, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

⁵⁹ YHGK, 18.11.2009, E. 2009/15-459, K. 2009/541, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

⁶⁰ Kanun No: 5846, RG. 13.12.1951, S. 7981.

mümkün olmadığı, dolayısıyla görevli mahkemenin fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Kararda dikkat çekici yön, taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerde, sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığına ilişkin hiçbir açıklama yapılmamış olmasıdır. Örneğin karşı oy yazısında, sözleşmenin eser sözleşmesi olmadığı belirtilmiş, ancak hangi sözleşme türünün kapsamına girdiği açıklanmamıştır. Bu itibarla, kanaatimizce kararda taraflar arasında bir bağımlılık ilişkisinin, dolayısıyla iş ilişkisinin olup olmadığının ayrıca incelenmiş olması gerekirdi.

Bir otelde orkestra elemanı olarak çalışan bir müzisyene ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı⁶¹ ise, yargının konuya ilişkin klasik yaklaşımından farklılık arz etmektedir⁶². Dâvacı, bir otel işyerinde orkestra elemanı olarak müzik hizmetinde bulunmaktadır. Dâvacının ihbar ve kıdem tazminatının yanı sıra bir kısım işçilik alacaklarını talep ettiği dâvada karşı taraf, dâva dışı şirketlerle aralarındaki ses ve saz sanatçısı temini amacıyla yapılan garanti sözleşmesine ve orkestra elemanlarından biri ile yapılan tek tip istisna sözleşmelerine dayanarak, sözleşme ilişkisinin iş ilişkisi olmadığını savunmuştur. Yerel mahkemece dâvalının savunması doğrultusunda dâva reddedilmiş, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise isabetli olarak kararı, taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olduğundan hareketle bozmuştur. Yargıtay, bozma kararında, sözleşmelerde yer alan çalışma saatlerinin dâvalı tarafından belirleneceği, dâvalının koyduğu kurallara uyulacağı, yapılan işin dâvalı tarafından düzenlenip denetleneceği, çalışılmayan günlerde ücret ödenmeyeceği gibi hükümlere dayanarak, iş sözleşmesinin asli unsurlarının mevcut olduğunu kabul etmiştir. Kararda ayrıca, ücretin günlük olarak ödenmesi (ücretin ödenme biçimi) ile dâva dışı şirketlerle yapılan garanti sözleşmesi ya da orkestra üyelerinden biri ile imzalanan tek tip istisna sözleşmelerinin taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olmadığı sonucunu doğurmayacağı belirtilmiştir. Yerel mahkemenin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Özel Daire'nin görüşünü isabetli bularak direnme kararının bozulması yönünde karar vermiştir.

Konuya ilişkin Yargıtay kararları genel olarak ele alındığında ifade edilmelidir ki iş sözleşmesi kapsamında görülen işin bedensel, düşünsel, sanatsal, bilimsel olabileceği⁶³ hususu kararlarda göz ardı edilmektedir. Ayrıca, işçinin vasıflı olup olmamasının önemli olmadığı⁶⁴, örneğin bir hukukçu, mühendis,

⁶¹ YHGK, 15.12.2004, E. 2004/9-422, K. 2004/726, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

⁶² Bu yönde bir yaklaşıma Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında da yer verilmiştir. Kararda, sanatçının zaman ve bağımlılık unsurlarını gerçekleştirecek biçimde çalıştırılması durumunda aradaki çalışma ilişkisinin iş sözleşmesi olarak kabulünün mümkün olduğu, ancak çalıştırılan, işgücünü belirli ya da belirsiz bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü değilse, çalışmasında önemli olan bir eser meydana getirmek olup anlaşmanın konusu bir çalışmanın sonucuysa ve tanınan süre de hukuken bir vadeden ibaretse bu durumda çalışma ilişkisinin eser sözleşmesine dayandığı ifade edilmiştir. Y. 10.HD, 12.03.1974, E. 1671, K. 1974/2763, Cuhruk, Çolakoğlu, Bükey, Sosyal Sigortalar, s. 119-120.

⁶³ Süzek, İş Hukuku, s. 244; Centel, İş Hukuku, s. 53; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 99.

⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin bu esası benimseyerek vardığı sonucu isabetli bulmuştur. Kararda, mali müşavirlerin her ay düzenli olarak muhasebe fişlerini kontrol etmek, dış ülkelerden gelen iş mektuplarını değerlendirmek gibi sürekli bir faaliyeti yüklenmiş bulunmaları karşısında işverene iş sözleşmesiyle bağlı oldukları kabul edilmiştir. Karar metninde geçen ifadeler çalışma konumuz bakımından önemlidir: "...Bir sözleşme konusu olacak edimin yerine getiril-

hekim, sanatçı, bilim adamının da işçi niteliği taşıyabileceği⁶⁵ dikkatten kaçmaktır. Görülen işin niteliği ve yürütüm koşulları, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaya yönelik unsurlar olarak değerlendirilemez⁶⁶. Yine, nitelikli işler bakımından, bağımlı çalışma ile bağımsız çalışmanın ayrılmasında işin yürütüm şekline ilişkin talimatla bağlılığın fazla önem taşımadığı doktrinde⁶⁷ haklı olarak belirtilmektedir. Esasında Yargıtay da bağımlılık unsurunu incelediği sanatçılara ilişkin olmayan kararlarında⁶⁸ işçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanmasının, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesinin bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmadığını belirtmektedir. Aynı esasın, sanatsal faaliyetler bakımından da benimsenerek uygulanması gerektiği açıktır.

Sahne ve perde çalışanlarının sanatsal bir faaliyet yürüttükleri için tamamen kendi yaratıcılıkları çerçevesinde çalışmakta olduklarına ilişkin değerlendirme ve genel bir ön kabulde bağımsız çalıştıkları yönünde varılan sonuç kanaatimizce isabetli değildir. Her somut olay mutlaka incelenmeli ve fiili gerçeklere göre bir değerlendirme yapılmalıdır⁶⁹. Bu bağlamda, sanatsal faaliyet yürüten çalışanların işçi sayılıp sayılmayacağına tespitinde belirleyici unsur, yine bağımlılık unsuru olacaktır⁷⁰.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN SAHNE VE PERDE ÇALIŞANLARININ HUKUKİ STATÜSÜ

A. İsviçre

1. Genel Olarak İşçi Kavramı

İsviçre Borçlar Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'nun kaynak (mehaz) kanunu olma özelliğini taşımaktadır ve her iki Kanun'da yer alan iş sözleşmesi tanımı (TBK md.393, İsviçre Borçlar Kanunu md.319) neredeyse özdeştir⁷¹. İsviçre hukukunda, iş sözleşmesi kavramı bakımından gerekli unsurlar, bir özel hukuk sözleşmesi çerçevesinde çalışma süresinin bir başkasının iş organizasyonuna dâhil olarak ücret karşılığında sunulması olarak kendini göstermektedir⁷². İş sözleşmesini karakterize eden unsurların, iş görme (iş sonucunun de-

mesi, o alanda uzman olmayı gerektirse bile bu durum, ilişkiyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmeyi zorunlu kılmaz. Çünkü hizmet sözleşmesine konu olan edimlerin dahi uzmanlığı gerektirdiği haller çoktur. Ayrıca işçinin hizmet çerçevesi içerisinde bağımsızlığını saklı tutmasını engelleyen bir hüküm de yoktur...”, YHGK, 27.09.1978, E. 1977/10-196, K. 1978/772, Uyumaz, İş Sözleşmesi, s. 523-524, dn. 81.

⁶⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 138.

⁶⁶ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 110.

⁶⁷ Alpagut, İş İlişkisi, s. 6.

⁶⁸ Bkz. yukarıda dn. 16'da yer verilen kararlar.

⁶⁹ Benzer yönde, Özdemir, Sanatçılar, s. 33; Ünal Tekinalp, Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 272. Yazar, orkestra ve koro üyeleri, tiyatro oyuncularını, bale dansçıları, varyete sanatçıları gibi icracı sanatçıların bağımsız çalışabilecekleri gibi bir işverene bağlı olarak da çalışabileceklerini belirtmiştir.

⁷⁰ Tuncay, Sanatçılar, s. 18; Aynı yazar, Özel Büro Açılması, s. 3.

⁷¹ Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan "bağımlı olarak" ibaresinin, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan "işverenin emrinde" ifadesinin karşılığı olduğu doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2011, s. 396.

⁷² Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 71. Benzer yönde, Rehbinden, Stöckli, Berner Kommentar, s. 19.

gil, iş görmenin söz konusu olması), kişinin işverenin kapsamlı talimat hakkı çerçevesinde kendi sorumluluğu kapsamında bir iş görmeksizin bir başkasının iş organizasyonuna dâhil olması (bağımlılık ilişkisi), sürekli borç doğuran bir özel hukuk ilişkisinin varlığı ve görülen işin karşılığında ücret talebi olduğu ifade edilmektedir⁷³. Bağımlılık unsurunun varlığına ilişkin karine ve olgular ise, yüksek derecede talimatla bağlılık, kapsamlı hesap verme yükümlülüğü, işverenin denetim yetkisi, öngörülen çalışma sürelerine riayet etme ve düzenli rapor sunma yükümlülüğü, işletme riskinin işverene ait olması, işin görüleceği yerin işverence tahsisi, araç ve malzemenin işveren tarafından sağlanması ve başka çalışanlarla birlikte bir hiyerarşi içinde belirli bir pozisyonda çalışma vb. olarak açıklanmaktadır⁷⁴.

2. Sahne ve Perde Çalışanlarının Hukukî Statüsü

Çalışma konumuza ilişkin olarak, yani sanatsal iş görme faaliyetleri hakkında verilmiş yargı kararlarına baktığımızda, İsviçre hukuku bakımından sanatçıların tiyatro ve müzik alanındaki istihdamlarının çoğunlukla iş sözleşmesi olarak nitelendirildiğini görürüz⁷⁵. Bir orkestraya, koroya, dans grubuna katkıda bulunması amacıyla veya müzik, opera, tiyatro veya dans gösterisinde solist olarak işe alınan sanatçılar, orkestra şefinin veya yönetmenin talimatları altında çalıştıkları için iş ilişkisi içinde görülmüşlerdir⁷⁶. Örneğin, bir kabare dansçısının kesin, katı çalışma sürelerine riayet etmiş, sabit bir ücrete hak kazanmış ve işletmeye bağımlı olarak iş görme zorunluluğu altında bulunmuş olması karşısında taraflar arasındaki sözleşmenin, iş sözleşmesi olduğu yönünde karar verilmiştir⁷⁷.

Bir diğer karar⁷⁸ sahne çalışanları arasında sayabileceğimiz palyaço olarak çalışan bir kimseye ilişkindir. Sanatçılara ilişkin çalışma ilişkilerinin çoğunda görüldüğü gibi meslekî talimat altında bulunmaksızın palyaço olarak çalışan kişi, bir sirkin iş organizasyonuna ve faaliyet/işletme sürecine dâhil olduğu için yine taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığı kabul edilmiştir.

Solist olarak kendi programını icra etmeyen, aksine yönetmenin talimatlarına bağlı olarak bir opera eserinin sahneye konulmasına katılmış olan bir opera sanatçısı da işçi olarak değerlendirilmiştir⁷⁹. Aynı esas, bir müzikal esere

⁷³ Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 71; Rehbinder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 19-24, 38; Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 21-27. Benzer yönde, Emmel, Handkommentar, s. 4.

⁷⁴ Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 27; Rehbinder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 40-41; Emmel, Handkommentar, s. 4-5.

⁷⁵ Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 31.

⁷⁶ Bkz. BGE 126 III, s. 75 vd.; JAR 2001, s. 152; SJ 1990, s. 185; JAR 1990, s. 113 vd., Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 32.

⁷⁷ Obergericht Luzern, ZBJV 1977, s. 414, Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 83-84.

⁷⁸ Obergericht Aargau, JAR 1991, s. 89, Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag s. 84.

⁷⁹ Cour mixte des prud'hommes de Genève, JAR 1990, s. 113, Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 84. İsviçre Federal Mahkemesi de ünlü bir opera eserinde (I Pagliacci) eserdeki en önemli rollerden birini (Nedda) canlandıran ünlü bir opera sanatçısı olan solistin, işçi olduğu yönünde karar vermiştir. Bundesgericht, 13.01.2000, BGE 126 III, s. 75 (Çevrimiçi) <https://www.swisslex.ch>, 10.01.2016.

dans veya ses sanatçısı veya koreograf olarak dâhil olan kişiler için de söz konusudur⁸⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi, sanatsal gösteriler bakımından taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini, iş sözleşmesi, eser sözleşmesi ve kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşme arasındaki ayrımı ele alarak incelediği bir kararında⁸¹, ilişkinin iş ilişkisi olduğu yönünde karar vermiştir. Söz konusu kararda, daimî surette bir aylık süre boyunca istihdam edilen bir dans orkestrası (Dancing-Orchester) çalışanları, sözleşmede birçok tipik iş sözleşmesi hükmünün yer alması, sosyal güvenlik primlerinin çalışanlar tarafından bağımsız olarak ödenmemesi ve özellikle çalışanların yönetim tarafından görevlendirildikleri başka etkinliklere/gösterilere katılma, eşlik etme ve yöneticinin talimatlarına sıkı surette bağlı olarak hareket etme zorunlulukları karşısında, işçi olarak kabul edilmiştir.

Talimatlara bağlılığı sıkı surette olan, bir topluluğu tek başına eğlendiren sanatçılar (Alleinunterhalter) da işçi olarak değerlendirilmiştir⁸². Yine, izin ve fazla çalışma ücreti alan, bir rekabet yasağı hükmüne uymakla yükümlü olan, ara dinlenmelerin süresi ve iç yönetmeliklere uyma konusunda sıkı bir disiplin altında bulunan bir müzik grubunun üyelerinin de işçi olduğu yönünde karar verilmiştir⁸³.

Konumuz bakımından önem arz eden bir diğer kararda⁸⁴ bir tiyatro yapımcısı ile tiyatro topluluğunun üyesi olan oyuncu arasındaki sözleşme, iş sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu sözleşmede tarihi belirlenmiş provaların yapılacağı öngörülmüş, sayısı garanti altına alınan gösterimler belirlenmiş, işe alınanların prova ve gösterim süresince ücretsiz konaklaması taahhüt edilmiş ve derecelendirilmiş/kademelere ayrılmış olarak bir ödemenin yapılması, yani miktarca belirlenmiş prova ücretinin ve ücretin yanı sıra yolluk ve masraf ödeneğinin ödenmesi kararlaştırılmıştır. Somut olayda provalar ve oyunun gösterim sürecinde yönetmenin sanatsal yoruma ilişkin olarak oyuncu karşısında yoğun bir talimat verme hakkı ve oyuncunun bir başkasının iş organizasyonuna dâhil olması söz konusu olduğu için mahkemece iş sözleşmesinin varlığına karar verilmiştir. Kararda, ayrıca taraflar arasında sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmemiş olmasının ve gerek yükümlülük süresinin gerekse de ücret ödenme biçiminin tam olarak klasik, tipik bir iş sözleşmesine uymamasının ve sosyal güvenlik primleri konusunda taraflar arasında uzlaşma olmamasının varılan sonucu etkilemeyeceği belirtilmiştir.

Bir filmin başrol oyuncusunun da bir başkasının iş organizasyonuna katılma zorunluluğu, talimatla bağlılığı ve ikame edilebilir olması⁸⁵ karşısında işçi olduğu kabul edilmiştir⁸⁶.

⁸⁰ Appellationsgericht Basel-Stadt, JAR 2001, s. 152, Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 84.

⁸¹ Bundesgericht, 04.02.1986, BGE 112 II, s. 41, (Çevrimiçi) <https://www.swisslex.ch>, 10.01.2016.

⁸² Arbeitsgericht Obwalden, JAR 1994, s. 187, Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 84.

⁸³ Bundesgericht, JAR 1997, s. 185, Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 84.

⁸⁴ Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, 19.11.1996, SJZ 93/1997, s. 284, (Çevrimiçi) <https://www.swisslex.ch>, 10.01.2016.

⁸⁵ Türk hukukunda da söz konusu ölçüte değinilerek, yerine bir başkasının konabilmesinin mümkün ve kolay olmadığı ölçüde, sanatçının, işçi olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bir değerlendirme yapılmıştır. Bkz. Tuncay, Sanatçılar, s. 19; Aynı yazar, Özel

Taraf olduğu sözleşme kapsamında sanatsal bir faaliyet yürüten çalışanın, işçi sayılmadığı aksi yönde kararlar da mevcuttur. Örneğin, bir barda istek üzerine dans müziği icra etmekle yükümlü bulunan müzisyen bir çift hakkında, bağımlılık ilişkisinin yokluğundan hareketle iş sözleşmesinin varlığı kabul edilmemiştir⁸⁷. Yine, yeterli dereceye ulaşan bir bağımlılık ilişkisinin söz konusu olmadığı, kendi kişisel programına göre bir gösteri yapan kabare sanatçısı bakımından iş sözleşmesinin söz konusu olmayacağına karar verilmiştir⁸⁸. Burada dikkat edilecek olursa, sanatçıların meslekî özellikleri üzerinden bir genelleme yapmak yerine her somut olay bakımından bağımlılık unsurunun mevcut olup olmadığı araştırma konusu yapılmıştır.

İsviçre’de şüphe halinde sosyal koruma anlayışından kaynaklanan nedenlerle, ilkesel olarak iş sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerektiği yönünde verilmiş bir karar da söz konusudur⁸⁹.

B. Almanya

1. Genel Olarak İşçi Kavramı

Alman Medeni Kanunu⁹⁰’nda iş sözleşmesine, dolayısıyla işçi kavramına ilişkin açık bir tanım yer almamaktadır. İş ilişkisi ve işçi kavramlarına ilişkin tanımlar, yargı ve doktrin tarafından yapılmaktadır⁹¹. Bu çerçevede yapılan tanıma göre işçi, bir özel hukuk sözleşmesi temelinde bir başkasının talimatlarına bağlı olarak ve başkasının iş organizasyonuna katılarak kişisel bağımlılık içinde bir işi görmekle yükümlü olan kişidir⁹². İşverenin talimat verme hakkı, iş sözleşmesi kapsamında görülecek işin içeriği, yürütümü, süresi, işin görüleceği yer ve zamana ilişkin olabilir⁹³. İş sözleşmesini konusu iş görme borcu doğuran diğer sözleşmelerden ayıran temel ölçüt kişisel bağımlılıktır⁹⁴. Mahkeme kararlarında, bağımlılık unsurunun tespiti için talimatla bağlılık, bir başkasının iş organizasyonuna dâhil olma gibi temel ölçütlerin yanı sıra, sabit bir ücret

Büro Açılması, s 4. Kanaatimizce sanatçının, karara konu olayda olduğu gibi bir başrol oyuncusunun, işçi olup olmadığı değerlendirilirken bu yönde bir ölçüte yer verilmesi sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Zira, iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur bağımlılıktır. Bu nedenle, taraflar arasında bağımlılık ilişkisi söz konusuysa, oyuncunun yerine başkasının ikame edilebilir olup olmaması sonucu etkilememeli ve kişi işçi olarak değerlendirilmelidir.

⁸⁶ Bezirksgericht Zürich, JAR 1988, s. 109, Rehbinder, Stöckli, Berner Kommentar, s. 46.

⁸⁷ Obergericht Kanton Luzern, JAR 1991, s. 87, Streiff, Kaenel, Rudolph, Arbeitsvertrag, s. 84.

⁸⁸ Arbeitsgericht Zürich, JAR 1986, s. 70, Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 32.

⁸⁹ Obergericht Kanton Luzern, 16.08.2007, LGVE 2007 I Nr. 20, (Çevrimiçi) <https://www.swisslex.ch>, 10.01.2016. Türk hukukunda da bu konuda genel nitelikli ilkenin, duraksama hâlinde işçi lehine yorum ilkesi olduğu doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 114.

⁹⁰ Bürgerliches Gesetzbuch, BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738.

⁹¹ Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, s. 48.

⁹² Säcker, Rixecker, Oetker, Limperg, Münchener Kommentar, BGB § 611 Rn. 171; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, s. 51-52; Hermann Josef Fischer, Steven A. Reich, Der Künstler und sein Recht: Ein Handbuch für die Praxis, 3. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014, s. 141.

⁹³ Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 51; Fischer, Reich, Der Künstler, s. 144; Mandy Risch, Andreas Kerst, Eventrecht kompakt, Berlin Heidelberg, Springer Verlag, 2011, s. 87.

⁹⁴ Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 50-52.

ödenmesi, dinlenme izni verilmesi, hastalık durumunda da ücret ödemeye devam edilmesi vb. iş sözleşmesine özgü kararlaştırmaların yapılmış olması gibi birtakım yardımcı ölçütlere de başvurulmaktadır⁹⁵. Her somut olayın bütün özelliklerinin dikkate alınması ve bütünsel bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği de kabul edilmektedir⁹⁶. Zira, bütün işçiler için geçerli ölçütlerin ortaya koyulamayacağı, her bir somut olayın özelliklerinin belirleyici olduğu ifade edilmektedir⁹⁷.

2. Sahne ve Perde Çalışanlarının Hukukî Statüsü

Alman hukukunda genel olarak sanatçıların faaliyetleri, tıpkı yukarıda açıklanan şef doktorlar ve bilimsel araştırma yapan kişiler gibi meslekî talimata bağlı olmayan çalışmalar arasında sayılmaktadır⁹⁸. Bu bağlamda, Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, sanatsal faaliyet bakımından meslekî talimata bağlı olup olmamak, işçi sıfatının belirlenmesinde belirleyici bir ölçüt teşkil etmemektedir⁹⁹.

Sahne ve perde çalışanları hakkında verilen kararlara bakacak olursak, Alman Federal İş Mahkemesi'nin radyo ve televizyon kuruluşlarında ışıkçı, kamera asistanı, makyaj sanatçısı, aksesuar sorumlusu, ses teknikeri gibi teknik ve idarî personelin yanı sıra yapıma katkıda bulunan, ancak yapımın içeriğini etkileyemeyen çalışanların faaliyetlerini tipik bir işçilik faaliyeti olarak değerlendirdiği görülecektir¹⁰⁰. Zira, bu kişilerce görülen iş, çoğunlukla üstlerinin, amirlerinin talimatlarıyla belirlenmektedir¹⁰¹. Sahne sanatçıları bakımından da kural olarak iş sözleşmesiyle çalışmanın varlığından hareket edilmektedir¹⁰². Sanatsal faaliyet yürüten çalışanlar, örneğin prova ve gösteri saatleri bakımından bir tiyatronun talimatlarına sıkı surette bağlıdır¹⁰³. Bu kişiler, sanatsal düzenleme konusunda cüzi bir hareket serbestisine sahip olmalarına karşın, yapım şirketinin iş organizasyonuna katılmaları ve çalışma saatleri ile program düzenlemesi bakımından işverenin talimatlarına sıkı surette bağlı olmaları dolayısıyla, kural olarak işçi olarak kabul edilirler¹⁰⁴. En ünlü oyuncu bile, bir tiyatro topluluğunun diğer oyuncularını gibi, yapımın sanatsal programına/düzenine bağlıdır¹⁰⁵. Role ilişkin kişisel-sanatsal yaratım, yönetmenin genel

⁹⁵ Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, s. 52-53.

⁹⁶ Säcker, Rixecker, Oetker, Limperg, Münchener Kommentar, BGB § 611 Rn. 171; Fischer, Reich, Der Künstler, s. 141.

⁹⁷ Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 53; Fischer, Reich, Der Künstler, s. 144.

⁹⁸ Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 85-86.

⁹⁹ BAG, 3.10.1975-5 AZR 445/74 AP Nr. 17 zu § 611 BGB, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 10.01.2016. Ayrıca bkz. Fischer, Reich, Der Künstler, s. 147.

¹⁰⁰ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 147 ve burada yer verilen kararlar için bkz. BAG, 14.06.2006-5 AZN 73/06, ZUM-RD 2007, s. 506; BAG, 30.11.1994-5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 SGBG Abhängigkeit, NZA 1995, s. 622-623, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 10.01.2016.

¹⁰¹ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 147.

¹⁰² Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 127.

¹⁰³ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 150.

¹⁰⁴ Risch, Kerst, Eventrecht, s. 87, 88.

¹⁰⁵ Bernhard Opolony, "Die Rechtsnatur des Gastspielvertrages darstellender Bühnenkünstler", Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Heft 7, 2007, s. 520, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 10.01.2016.

sanat düzeni karşısında geri, ikinci planda kalmaktadır¹⁰⁶. Kültür ve etkinlik alanında sahne çalışanlarıyla imzalanan iş sözleşmeleri genellikle bir yıllık bir oyun/tiyatro sezonu için yapılmaktadır¹⁰⁷. Oyun sezonunun sonunda işveren, sözleşmenin yenilenmeyeceğine ilişkin bir beyanda bulunmazsa (sürenin uzatılmayacağına ilişkin bildirim) iş sözleşmesi, aynı koşullarla bir yıl daha uzatılmış olmaktadır¹⁰⁸.

Sinema ve televizyon oyuncularının da kural olarak işçi olduğu, film ve dizilerdeki başrol oyuncularını için de aynı esasın geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Zira, oyuncuların genellikle işin görüleceği yer, zaman ve meslekî/sanatsal açıdan oldukça sıkı bir bağımlılık ilişkisi içinde oldukları ifade edilmektedir¹¹⁰. Örneğin Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında¹¹¹, bir dizi oyuncusuyla yapılan iş sözleşmesinde, oyuncunun rolünün dizide daha fazla sürdürülemeyecek olması durumunda iş sözleşmesinin sona ereceğine ilişkin bir hükmün geçerli olarak kararlaştırılabileceği yönünde karar vermiştir. Rolün ortadan kaldırılmasına ilişkin karar, önemli ölçüde işverenin sanatsal değerlendirmelerine dayanıyorsa, bu yöndeki bir bozucu şartın hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. Yani Yargıtay¹¹²'in aksine, bu kişilerin mesleklerini icra ederken kendi yaratıcı güçlerini kullanmaları anlamında bağımsızlıklarından değil, aksine bağımlılıklarından söz edilmektedir.

Türk hukukuyla bir bağlantı kuracak olursak, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü'nün 22.02.2013 tarihli ve 2013/11 sayılı sigortalılık işlemleri konulu Genelgesi'nde, başrol oyuncularının, eser sözleşmesi kapsamında çalıştıkları kabul edilmiştir (Genelge, I, 1.3). Genelge'de geçen ifadeler şu şekildedir: *"...Yapımcı şirket adına kendi hususiyetini vermek suretiyle bir eser (ürün) üreten, çalışma zamanı ve yeri yapımcı şirketin emir ve talimatı dışında bulunup mesleğini icra eden senarist, özgün müzik yapımcısı, diyalog yazarı ve başrol oyuncusu gibi kişiler, bireysel olarak yaptıkları bu işlerden dolayı serbest meslek faaliyeti yürütmesi nedeniyle doğan serbest meslek kazancı olan ve bu kapsamda serbest meslek mabuzu veya fatura düzenleyerek çalışanların yapım şirketi ile arasındaki ilişki istisna (eser) sözleş-*

¹⁰⁶ Opolony, Die Rechtsnatur, s. 520.

¹⁰⁷ Risch, Kerst, Eventrecht, s. 82.

¹⁰⁸ Risch, Kerst, Eventrecht, s. 82.

¹⁰⁹ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 151.

¹¹⁰ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 151. Bu hususa örnek olarak, senaryoda kendisine verilen rolün değiştirilmesi üzerine değişiklikleri uygulamayacağını, ilk senaryoya bağlı kalacağını açıklayan oyuncunun bu davranışının film yapımcısı tarafından iş sözleşmesinin feshi olarak yorumlanıp, rol için başka bir oyuncuyla anlaşılması üzerine, ilk oyuncunun işçilik alacağı talebiyle açtığı davanın Federal Mahkeme tarafından reddedilmesi gösterilmektedir. Gerçekten de kararda, bir film oyuncusunun iş görme borcu incelenirken, şeffaflık ilkesi gereği iş görme borcunun ve işverenin talimat hakkının olasılık dâhilindeki bütün somutlaştırmalarla ayrıntılı olarak düzenlenmesinin beklenmeyeceği ifade edilmektedir. Tam tersine, kanunî talimat hakkının iş görme borcunun sözleşmesel olarak kararlaştırılmasının sonucu olduğu kararda belirtilmiştir. Karar için bkz. BAG, 13.06.2007- 5 AZR 564/06, NZA 2007, s. 974.

¹¹¹ BAG, 02.07.2003- 7 AZR 612/02, BeckRS 2003, 41483, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 10.01.2016.

¹¹² Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı için bkz. II, B altında yer verilen kararlar ve açıklamalar.

mesi kapsamında sayılarak 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık olarak değerlendirilecektir...”

Öncelikle, başrol oyuncularının oyunculuk faaliyeti sergilerken, senaristler, özgün müzik yapımcıları veya diyalog yazarları gibi kendi hususiyetlerini vermek suretiyle bir eser yaratmaları mümkün değildir¹¹³. Ayrıca, çalışma zamanı ve yeri bakımından, yapımcı şirketin emir ve talimatı dışında mesleklerini icra ettikleri yönündeki kabulün de benimsenmesi mümkün değildir. Zira, başrol oyuncularının da çalışma süreleri, çalışma zamanı ve yeri bakımından yapımcı şirketin talimatlarına sıkı bir bağlılık içerisinde buldukları bilinmektedir¹¹⁴. Kanaatimizce, başrol oyuncularının, her bir somut olay bakımından inceleme yapılmaksızın, belirli bir mesleği icra ettiklerinden hareketle ve genel bir ön kabulle iş sözleşmesinin kapsamı dışına çıkarılmaları hukuka aykırıdır.

Alman hukukunda, sirk ve varyete sanatçılarının, turne planı ve program düzenlemesi bakımından işletme sahibinin düzenine/planına sıkı bir biçimde bağlı olmaları durumunda kural olarak işçi niteliğini taşıdıkları kabul edilmektedir¹¹⁵. Aynı esas, bir topluluğu tek başına eğlendiren sanatçılar ile dans sanatçıları bakımından da geçerlidir¹¹⁶. Zira, bu kişiler, düzenli olarak bir işverene bağlı olarak aynı zamanlarda sahneye çıkmak ve programlarının ve kostümlerinin düzenlenmesi/biçimlendirilmesi bakımından büyük ölçüde bu kişinin uyarılarına tâbi olmak zorundadırlar¹¹⁷. Düzenli olarak bir orkestrada çalışmak üzere işe alınan orkestra müzisyenleri de kural olarak işçidirler¹¹⁸. Bununla birlikte, bu kişilerin sadece tek bir gösterim için geçici olarak işe alınmaları durumunda çalışma saatlerini serbestçe düzenleyip düzenlemedikleri ve orkestra yönetiminin kapsamlı talimat hakkına tâbi olup olmadıkları inceleme konusu yapılmaktadır¹¹⁹. Eğer müzisyen, tek bir gösterim için geçici ola-

¹¹³ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md.80 ve Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği (RG. 16.11.1997, S. 23172) md.4/1-b uyarınca oyuncular, icracı sanatçıdır. Bu kapsamda icracı sanatçılar genellikle başkasının eserini icra ederler. Elbette, eser sahibinin kendi eserini aynı zamanda icra etmesine, örneğin bir bestecinin bestesini piyanoda çalmasına veya bir tiyatro oyuncusunun yazdığı eserde aynı zamanda oyuncu olarak yer almasına engel yoktur. Başka bir deyişle, icracı sanatçının teorik olarak aynı zamanda eser sahibi olabilmesi mümkündür (İracı sanatçılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 271-274). Ancak, dizilerdeki başrol oyuncularını bakımından böyle bir durumun söz konusu olduğu durumlar kanaatimizce oldukça dar bir uygulama alanına sahiptir. Kaldı ki, Genelge'de böyle istinaî bir durumdan bahsedilmemekte, aksine hatalı bir yaklaşımla başrol oyuncuları doğrudan eser sahibi gibi değerlendirilmektedir.

¹¹⁴ Bu kapsamda, bir sanatçının ne kadar ünlü olursa olsun, sanatını icra ederken belirli bir senaryo, program vb. ile bağlı olup bir şef veya yönetmenin yönetim ve gözetiminde hareket etmesinin mümkün olduğu doktrinde haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. Özdemir, Sanatçılar, s. 34.

¹¹⁵ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 150. Benzer yönde, Risch, Kerst, Eventrecht, s. 88.

¹¹⁶ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 150; Risch, Kerst, Eventrecht, s. 88.

¹¹⁷ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 150.

¹¹⁸ Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 86; Risch, Kerst, Eventrecht, s. 86.

¹¹⁹ Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 86; Säcker, Rixecker, Oetker, Limperg, Münchener Kommentar, BGB § 611 Rn. 178; Fischer, Reich, Der Künstler, s. 147. Bu yönde bir karar için bkz. BAG, 22.08.2001- 5 AZR 502/99, NZA 2003, s. 662, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 10.01.2016.

rak işe alınıyor ve çalışma saatlerini serbestçe düzenleyebiliyorsa, taraflar arasında bir iş ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir¹²⁰.

Alman hukukunda iş ilişkisinin varlığının kabul edilmediği sözleşme ilişkileri ise, sanatçının bizzat kendisinin programı, gösterim zamanını ve süresini düzenleyebildiği durumlar, çok kısa süreli gösteriler ve günlük sözleşmeler bakımından söz konusu olmaktadır¹²¹. Alman Federal İş Mahkemesi, bir opera sanatçısıyla yapılan misafir oyuncu sözleşmesini¹²², provalarda mevcut olan talimatla bağlılığın, sanatçının kişisel sanatsal faaliyetine etkisinin sınırlı olduğu, gösterimler bakımından ise talimatla bağlılığın söz konusu olmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesi olarak değerlendirmemiştir¹²⁴. İş sözleşmesinin varlığının kabul edilmediği bir diğer karar¹²⁵, bir şirketin yıldönümü kutlamasında sihirbazlık gösterisi yapan bir sanatçı hakkındadır. Bu konuda, hizmet sunulan kişinin asıl işletmesel amacının dışında görülen kısa süreli işlerin kural olarak eşitlik düzeyinde kararlaştırıldığı ve yürütüldüğü, dolayısıyla bir şirketin yıldönümü kutlamasında bir defaya mahsus olarak tamamen kendisi tarafından biçimlendirilen bir sihirbazlık gösterisi yapan sanatçının işçi olmadığı kabul edilmiştir. Yine, tiyatrolarda içeriği, gösterim yer ve zamanını belirlemede karar

¹²⁰ Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 86; Risch, Kerst, Eventrecht, s. 86, 88.

¹²¹ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 150-151, 167.

¹²² Alman hukukunda, sahneye ilişkin çalışma hayatında misafir oyuncu sözleşmelerinin oyuncular bakımından önemli bir rolü bulunmaktadır ve bu sözleşme, doktrinde büyük ölçüde iş sözleşmesi olarak sınıflandırılmaktadır. Genel olarak Alman hukukunda işçiye ilişkin yapılan tanım, sahne çalışanları bakımından da geçerlidir ve ayrı bir tanıma gerek duyulmamaktadır. İş ilişkisi için temel ölçüt, sahne yönetiminin talimat yetkisinin varlığı ve sanatçının tasarruf yetkisinin bulunmayışıdır. Misafir oyuncu sözleşmesi kapsamındaki bir sanatçı, sözleşmenin diğer tarafının talimatları altındaysa, taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığı söz konusudur. Bkz. Opolony, Die Rechtsnatur, s. 519, 521.

¹²³ Esasında burada açıklanan sözleşme (Gastspielvertrag) bakımından aslına en sadık çeviri "misafir oyun sözleşmesi" olabilirdi. Ancak, sözleşme türü için kullanılan terim, Alman hukukunda iki anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki, sahne sanatçılarıyla genelde belirli süreli iş sözleşmesi biçiminde, belli bir zaman dilimi ve belirli gösterimler için bağtlanan, çalışmamızda ele aldığımız sözleşme türüne ilişkindir. İkincisi ise, çoğunlukla iki tiyatro sahnesi/yönetimi arasında, bir tiyatro topluluğunun, oyununu/prodüksiyonunu nakliye, yolculuk ve konaklama masraflarını karşılamak suretiyle kendi oyuncularını, kostüm ve dekorlarıyla başka bir tiyatrodaki sahnelemesi amacıyla bağtlanan ve eser sözleşmesi niteliğinde olan sözleşme türüne ilişkindir. Bkz. Ulrich Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2010, Rd. 61, dn.1, Rn. 110. Dolayısıyla, bir anlam karışıklığına sebebiyet vermemek için, sahne sanatçılarıyla yapılan sözleşme, çalışmamızda "misafir oyuncu sözleşmesi" şeklinde çevrilerek açıklanmıştır.

¹²⁴ BAG, 07.02.2007- 5 AZR 270/06- NZA 2007, 1072, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 10.01.2016. Söz konusu karar, prova ve gösterimlerin birbirinden ayrı değerlendirilemeyeceği, misafir sanatçının, topluluğun diğer üyeleri gibi sahne yönetiminin talimatlarıyla bağlı olduğu ve işletmenin iş organizasyonuna katıldığı, misafir sanatçının sanatsal yaratıma ilişkin bağımsızlığı ve şahsî sorumluluğuna ilişkin görüşlerin eskide kaldığı ve günümüzde topluluğun diğer üyeleriyle aynı şekilde değerlendirilmesi, dolayısıyla işçi olarak nitelendirilmesi gerektiği gibi gerekçelerle eleştirilmiştir. Bkz. Opolony, Die Rechtsnatur, s. 522-523.

¹²⁵ BAG, 06.12.1974, 5 AZR 418/74, AP Nr. 14 zu 611 §BGB Abhängigkeit, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 10.01.2016.

verme sürecine, yönetime büyük ölçüde katılan yıldız/ünlü oyuncuların veya özel düzenleme imkânlarına sahip film yıldızlarının istisnai olarak işçi olarak nitelendirilmeyebileceği doktrine ifade edilmektedir¹²⁶. Dikkat edilecek olursa, sanatçılar bakımından iş sözleşmesinin varlığının kabul edilmediği durumlar, sanatçının esas itibarıyla serbestçe, bağımsız olarak faaliyetini düzenleyebildiği, çalışma zamanı ve süresini belirleyebildiği durumlara ilişkindir¹²⁷. Son olarak belirtmek gerekir ki, sanatsal faaliyet yürütmeyen personel bakımından kural olarak işçi sıfatının varlığı tartışma konusu yapılmamaktadır¹²⁸.

Alman hukukunda sahne sanatçıları bakımından önemli bir husus da bu alanda kendine özgü bir toplu sözleşme yapısının ve kültürünün varlığıdır¹²⁹.

C. İngiltere

1. Genel Olarak İşçi Kavramı

Kıta Avrupası sisteminin dışında kalan ve Ortak Hukuk olarak da adlandırılan Anglo Sakson hukuk sisteminin geçerli olduğu İngiliz hukukunda çeşitli kanunlarda yapılmış işçi tanımlarına rastlamak mümkündür¹³⁰. Bununla birlikte, yürürlükteki yasal düzenlemelerin kapsamı¹³¹, büyük ölçüde mahkemelerce zamanla geliştirilen ve uygulanan Ortak Hukuk testlerine dayanılarak açıklığa kavuşturulmaktadır¹³².

Çalışma ilişkisi testlerinde mahkemelerin öncelikle inceledikleri husus, işverenin çalışanın sadece ne yaptığını değil, görülen işi nasıl yaptığını da denetleyip denetlemediği veya en azından bu konuda denetim hakkının olup ol-

¹²⁶ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 150-151.

¹²⁷ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 150-151, 163. Türk hukukunda da sanatçının, iş saatleri, dinlenme zamanları gibi çalışma koşullarının belirlenmesinde söz sahibi olduğu, işin yapılış biçiminin, örneğin senaryonun, sahne dekorlarının hazırlanmasının veya şarkı ve kostüm seçiminin kendi serbestisine bırakıldığı durumlar bakımından işçi olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Tuncay, Sanatçılar, s. 19; Aynı yazar, Özel Büro Açılması, s. 4.

¹²⁸ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 149. Yargıtay'ın da kararları bu yöndedir. Bkz. Y. 10.HD, 01.07.1974, E. 1974/3612, K. 1974/4738; Y. 10.HD, 07.03.2014, E. 2014/2665, K. 2014/5044, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

¹²⁹ Dieterich, Hanau, Schaub, Erfurter Kommentar, BGB § 611 Rn. 127.

¹³⁰ İngiliz hukuku bakımından işçi kavramına ilişkin temel tanım, iş ilişkilerinin düzenlendiği başlıca İş Kanunu olarak nitelendirilebilecek "Employment Rights Act (ERA) 1996" (1996 Chapter 18, 22.05.1996) md.230/f.1'de yer almaktadır. Buna göre, işçi, iş sözleşmesi kapsamına giren veya iş sözleşmesi uyarınca çalışan (veya iş ilişkisinin bittiği durumlarda çalışmış olan) kişidir.

¹³¹ İşçi tanımı iş sözleşmesine dayanmasına karşın, iş sözleşmesine ilişkin açık, belirgin bir tanım kanunlarda yer almamaktadır. Örneğin ERA 1996 md.230/f.2 uyarınca, iş sözleşmesi, açık veya örtülü olarak kurulan, açık olarak kurulduğunda ise yazılı veya sözlü olabilen hizmet veya çıraklık sözleşmesidir. Bu nedenle, neyin iş sözleşmesini oluşturduğuna ilişkin değerlendirme mahkemelere bırakılmıştır. Bkz. Ian Smith, Aaron Baker, Smith&Wood's Employment Law, 11th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 36; Upex, Benny, Hardy, Labour Law, s. 45.

¹³² Deakin, Morris, Labour Law, s. 123; Honeyball, Employment Law, s. 21; Aynı yazar, Great Debates: Employment Law, s. 5, dn. 15; Collins, Ewing, Mc Colgan, Labour Law, s. 200; Smith, Baker, Employment Law, s. 36; Taylor, Emir, Employment Law, s. 58; Upex, Benny, Hardy, Labour Law, s. 45-46.

madıdır¹³³. Ancak, teknolojinin hızlı değişimiyle birlikte, işverenlerin, sayısı gittikçe artan birçok vasıflı iřçi¹³⁴ üzerinde denetim yapabilmek için gerekli bilgiye sahip olduğunu kabul etmek gerçekçi olmaktan uzaklařmıştır¹³⁵. Bu nedenle, daha sonra, taraflar arasındaki çalışma ilişkisini doğru tespit edebilmek bakımından, kişinin işverenin iş organizasyonuna bütünüyle dâhil olup olmadığının belirleyici soru olduğu ileri sürülmüřtür¹³⁶. Daha yakın tarihte ise, mahkemeler, tek bir testin veya birtakım ölçütlerin belirleyici olamayacağına karar vererek bunun yerine, ekonomik gerçeklik¹³⁷ ve çok yönlü testi benimsemiřlerdir¹³⁸. Bu yaklaşım, genellikle sınırlı sayıda bir listesi olmadığı, ancak

¹³³ Honeyball, *Employment Law*, s. 23; Mark Freedland, *The Personal Employment Contract*, New York, Oxford University Press, 2005, s. 20; Smith, Baker, *Employment Law*, s. 37; Patricia Leighton, "Employment and self-employment: Some problems of law and practice", *Employment Gazette*, May 1983, s. 198. Buna örnek olarak, *Performing Right Society Ltd. v. Mitchell and Booker (Palais de Danse) Ltd.* [1924] 1 KB 762 kararı gösterilebilir.

¹³⁴ Kimyager, mimar, mühendis, pilot, kaptan, doktor, cerrah ve genel anlamda sağlık çalışanları vasıflı işçilere örnek olarak gösterilmiştir. Bkz. Honeyball, *Employment Law*, s. 23; Smith, Baker, *Employment Law*, s. 37; Sargeant, Lewis, *Employment Law*, s. 21. Yine, müzisyenlerin de diğer ülke hukuklarındaki değerlendirmelere paralel olarak, önemli ölçüde meslekî anlamda karar verme yetisine ve meslekî bağımsızlığa sahip oldukları vurgulanmaktadır. Bkz. Leighton, *Employment and self-employment*, s. 199.

¹³⁵ Honeyball, *Employment Law*, s. 23; Benzer açıklamalar için bkz. aynı yazar, *Great Debates: Employment Law*, s. 7, 21; Deakin, Morris, *Labour Law*, s. 134; Smith, Baker, *Employment Law*, s. 37; Sargeant, Lewis, *Employment Law*, s. 20-21; Hugh Collins, "Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws", *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume: 10, No. 3 (Autumn 1990), s. 369-370, 371; Aynı yazar, *Labour Law*, s. 192. Yazara göre, kâr ve zarar riskinin paylaşımı gibi birçok farklı açıdan işçi olarak nitelendirilebilecek olsalar da hangi işlerin görülmeleri ve bu işlerin nasıl yerine getirilmesi gerektiği konusunda büyük ölçüde bağımsızlık sahibi olan vasıflı çalışanlar ve üst düzey yöneticiler, kontrol/denetim testi uyarınca, muhtemelen işçi olarak nitelendirilmezler. Bununla birlikte, yakın tarihteki dâvaların çarpıcı bir biçimde neredeyse tamamının geçmiş zamanlardakine benzer ilişkiler hakkında olduğu, yıllar boyunca değişenin aslında çalışma modeli olduğu, iş piyasasının merkezindeki tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya, geçici iş ilişkisine, bağımsız çalışmaya veya bağımlı çalışma ile bağımsız çalışmanın arasında kalan çeşitli çalışma biçimlerine doğru bir değişimin gerçekteleğtiği de ifade edilmektedir. Bkz. Bob Hepple, "Restructuring Employment Rights", *Industrial Law Journal*, Volume: 15, Issue: 1, 1986, s. 73.

¹³⁶ Honeyball, *Employment Law*, s. 24; Freedland, *Employment Contract*, s. 20; Collins, *Employment Protection Laws*, s. 370; Smith, Baker, *Employment Law*, s. 38. Stevenson, *Jordan & Harrison Ltd. v. Mac Donald and Evans* [1952] 1 TLR 101 kararında bu yaklaşıma yer verilmiştir.

¹³⁷ Ekonomik gerçeklik veya girişimcilik testi olarak adlandırılan bu test uyarınca, çalışanın kendi malzemelerini sağlayıp sağlamadığı, yardımcı çalıştırıp çalıştırmadığı, aldığı malî riskin derecesi, yönetim ve yatırım için üstlendiği sorumluluğun derecesi ve işin ifası sırasındaki doğru yönetiminin sonucunda kâr elde etme olasılığı olup olmadığı gibi hususlar incelenmektedir. Bununla birlikte, söz konusu testin, pek çok istihdam ilişkisi bakımından kuşkusuz uygun olduğu, ancak müzisyenler, sağlık çalışanları, tasarımcılar, danışmanlar, araştırmacılar ve öğretmenler gibi vasıflı veya bir meslek icra eden çalışanlara uygulanmasının pek kolay olmadığı da doktrinde ileri sürülmüştür. Bkz. Leighton, *Employment and self-employment*, s. 198.

¹³⁸ Honeyball, *Employment Law*, s. 24. Testin uygulandığı dâvaya örnek olarak *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd. v. Minister of Pensions & National Insurance* [1968] 2 QB 497 gösterilebilir.

denetim/kontrol, işverenin iş organizasyonuna dâhil olma/bütünleşme ve işletme bağımsızlığı gibi konuları içerdiği kabul edilen ölçütlerin çeşitliliği esas alınarak sınıflandırma yapılması gerektiğini ileri sürmektedir¹³⁹. Yakın tarihli, en son gelişme ise, iş sözleşmesinin varlığı bakımından, borçların karşılıklı olma durumunun sürekli olmasının gerekliliği üzerinde durmaktadır¹⁴⁰.

2. Sahne ve Perde Çalışanlarının Hukukî Statüsü

Orkestrada çalışan müzisyenler hakkında verilmiş bir karar çalışma komumuz bakımından ilgi çekicidir¹⁴¹. Söz konusu kararda, orkestra müzisyenleri, bağımsız çalışan olarak kabul edilmiştir, zira işin görülmesini sağlamak bakımından müzisyenlere yüklenen yükümlülükler asgari düzeydedir. Mahkeme, kararını büyük ölçüde, bir orkestra için çalsalar bile, dâvacıların temelde mesleklerini enstrüman çalarak bireysel ünleriyle yürüten serbest çalışan (freelance) müzisyenler oldukları esasına dayandırmıştır. Karara göre, provalara şahsen katılma ve öz-disiplin bir konser sanatçısının işinin ön koşullarıdır ve belirleyici olarak bir iş sözleşmesine işaret etmezler. Kararı isabetli bulan bir görüşe göre, işlerini ne şekilde icra edeceklerine ilişkin belirgin bir biçimde orkestra şefinin fiili denetimi altında çalışan orkestra müzisyenleri örneği, ilişkinin niteliğini belirlemek bakımından denetim/kontrol kavramının görece olarak ne kadar önemsiz olduğunu göstermektedir¹⁴². Söz konusu görüş uyarınca, bazı orkestra müzisyenleri orkestra tarafından iş ilişkisi içinde istihdam edilmekte, bazıları ise edilmemektedir. Ancak, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğini, çalışanların işlerini görürken tâbi oldukları denetimin derecesini dikkate alarak belirlemek imkânsızdır¹⁴³. Bununla birlikte söz konusu kararı isabetsiz bulan görüşler de mevcuttur¹⁴⁴. Örneğin karar, çoğunlukla tarihsel nedenlerle serbest çalışan (freelance) gibi terimlerin kullanıldığı mesleki geleneklerin, bu şekilde çalışan kişilerin büyük oranda bağımsız çalıştığı sonucuna götürdüğü yönündeki kabul nedeniyle eleştirilmiştir¹⁴⁵. Zira, aslında, söz konusu geleneklerin göz ardı edilip istihdam ilişkilerinin mutlak hukukî testlere tâbi tutulmaları durumunda, bağımsız çalışmanın çoğu kez yanlış değerlendirme olarak ortaya çıkacağı isabetli olarak belirtilmiştir¹⁴⁶.

¹³⁹ Freedland, *Employment Contract*, s. 20-21.

¹⁴⁰ Freedland, *Employment Contract*, s. 21; Smith, Baker, *Employment Law*, s. 38. Örneğin, O'Kelly v. Trusthouse Forte plc [1983] ICR 728 kararında bu yaklaşım kendini göstermektedir.

¹⁴¹ Addison and others v. The London Philharmonic Orchestra Society Ltd. [1981] ICR 261.

¹⁴² Honeyball, *Employment Law*, s. 27.

¹⁴³ Honeyball, *Great Debates: Employment Law*, s. 7.

¹⁴⁴ Leighton, *Employment and self-employment*, s. 199, 203, dn. 3; Bob Hepple, *Restructuring Employment Rights*, s. 70. Yazara göre, konunun yabancıları biri için, bir orkestrada düzenli olarak on üç yıl çalışan bir başcının bağımsız çalışan olarak nitelendirilmesini anlamak güç olabilir. Yine, aynı yöndeki bir diğer kararda (Midland Sinfonia Concert Society Ltd. v. The Secretary of State for Social Services [1981] ICR 454) mahkemenin, orkestra şefinin müzisyenler üzerindeki denetiminin yeterli düzeyde olmadığı yönündeki kabulü de eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiri uyarınca, bundan daha tam, kesin bir nitelik denetimini düşünmek zordur. Bkz. Collins, *Employment Protection Laws*, s. 370.

¹⁴⁵ Leighton, *Employment and self-employment*, s. 199, 203, dn. 3.

¹⁴⁶ Leighton, *Employment and self-employment*, s. 199, 203, dn. 3

Çalışmamız bakımından önem teşkil eden bir diğer karar¹⁴⁷, bir sirk tarafından trapez gösterisi yapması için işe alınan trapez sanatçısına ilişkindir. Söz konusu uyuşmazlıkta dâvacının, sözleşme uyarınca gösteri yapmanın yanı sıra, sirkten bir yerden başka bir yere taşınmasına yardımcı olmak ve seyircilere yer göstermek gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır. Trapez sanatçısı, bir gün düşüp yaralanmış ve bunun üzerine yetkili kuruma iş kazası nedeniyle sigorta yardımından yararlanma talebinde bulunmuştur. Yetkili kurum, dâvacının işçi olmadığını, bağımsız çalışan olduğunu ileri sürerek söz konusu ödemeyi yapmamıştır. Yüksek mahkeme ise, trapez sanatçısının işçi olduğu sonucuna varmıştır. Kararda, sözleşme ve dâvacının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini nasıl yerine getirmesi gerektiğine ilişkin deliller bir bütün olarak incelendiğinde, dâvacının gerçek bir bağımsızlığa sahip olmadığını ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerini sirkten iş organizasyonu içinde, onun bütünleyici bir parçası olarak yerine getirmek zorunda olduğunun anlaşıldığı belirtilmiştir. Sonuç olarak, iş sözleşmesinin ayırt edici unsurlarının somut uyuşmazlık bakımından mevcut olduğu yönünde karar verilmiştir¹⁴⁸.

Farklı oyunlardan oluşan bir gösteride (varyete) sahne alan iki güldürü oyuncusuna/komedyene ilişkin bir kararda¹⁴⁹ ise uyuşmazlık, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğine ilişkindir. Yüksek mahkeme, uyuşmazlık konusu sözleşmenin iş sözleşmesi olduğu sonucuna varmıştır. Kararda özetle, bazı hususlarda bir sahne sanatçısının hiç şüphesiz yönetimin denetiminde bulunduğu olduğu, çünkü kişiyi sanatçı yapanın onun hususiyeti/kendine özgülüğü ve kişiliği olduğu belirtilmiştir. Ancak, yine karara göre, bir görevin icrasının doğal bir yeteneğe veya çalışarak kazanılmış bir başarıya dayanması, sanatçının kesinlikle işçi olamayacağı anlamına gelmez. İşin niteliği belirleyici değildir. Örneğin, usta bir zanaatkâr pek çok kişisel yeteneğe sahip olabilir, ancak yine de iş sözleşmesine tâbi olarak çalışabilir. Zanaatkârın işçi olarak değeri, kendine özgülüğünde yatar ve çoğunlukla işverenin sahip olmadığı uzmanlaşmış beceriyi uygulayabildiği için istihdam edilir. Böyle bir işçinin işvereni, işçinin becerisinin yöneleceği amacı yönlendirebilir, ancak bu becerinin ne şekilde uygulanacağını denetleme gücü bulunmamaktadır. Bu nedenle de bir sahne sanatçısının kendi kişiliğini yansıtan özgün, bireysel bir gösteride bulunması nedeni-

¹⁴⁷ Whittaker v. Minister of Pensions and National Insurance [1967] 1 QB 156.

¹⁴⁸ Ortak Hukuk sisteminin geçerli olduğu Avustralya'da trapez gösterisi yapan bir akrobatın işçi olduğu yönünde verilmiş bir yüksek mahkeme kararına göre de, yerine getirilmesi gereken görevler, o denli özel bir yetenek veya bilgiye bağlı olabilir, açık bir biçimde belirlenmiş olabilir veya çalışanın kendi sorumluluğunda hareket etme zorunluluğu o denli belirgin olabilir ki işveren bakımından ayrıntılı olarak talimat veya emir vermek için çok az bir alan bulunabilir. Ancak, mesele bu değildir. Önemli olan, buna imkân olduğu ölçüde talimat vermeye ilişkin hukukî yetkidir. Nitekim, yüksek mahkeme, taraflar arasındaki ilişkisinin bir iş ilişkisi olduğu sonucuna varırken, diğer unsurların yanı sıra, gezici sirk gibi bir topluluğun faaliyetinde düzenli bir rolü olan sanatçının günlük ilişkilerinin büyük ölçüde denetim ve gözetim gerektireceğinden hareket etmiştir. Yine, yüksek mahkemeye göre, gösteri programı uyarınca gösterinin gerçekleştirileceği mekân, yerine getirilmesi gereken güvenlik önlemleri, provaların sayısı, zamanı, yöntemi, sanatçıların kostümleri, giyindikleri mekân, seyircilerin önünde olduklarında ve bunun dışındaki zamanlardaki davranışları gibi konular, kuşkusuz denetimin varlığını gerekli kılan ikincil, talî hususlardır. Bkz. Zuijs v. Wirth Brothers Proprietary Ltd. [1955] 93 C.L.R., 561.

¹⁴⁹ Stagecraft Ltd. v. Minister of National Insurance [1952] S.C. 288.

le işçi olarak nitelendirilecek şekilde işverenin denetiminde olamayacağını ileri sürmek söz konusu olamaz.

İngiltere’de sahne ve perde çalışanları bakımından ilgi çekici yakın tarihlî bir karara¹⁵⁰ konu olayda, ödemenin kâra katılma, kârdan pay alma biçiminde belirlendiği bir tiyatrodaki çalışan beş oyuncu, tiyatronun kâr etmemesi üzerine, oyunun yönetmeni ve yapımcısı olan dâvalıdan asgari ücret ve izin ücreti talep etmiştir. Oyuncuların bu yönde talepte bulunabilmeleri, yalnızca işçi veya işçi benzeri¹⁵¹ ¹⁵² olarak kabul edilmeleri durumunda söz konusudur ve ilk derece mahkemesi de oyuncuların bu kapsamda oldukları yönünde karar vermiştir. Buna karşılık, İş İstinaf Mahkemesi özellikle oyuncuların birinin açıklamaları üzerine yoğunlaşmış ve oyuncunun mesleğini, çeşitli filmler, televizyon programları, reklamlar ve başka tiyatrolar aracılığıyla icra etmesinden hareketle, oyuncunun bir başkasının faaliyetlerinin bütünüyleyi parçası olarak bu kişi için işe alınmış bir çalışan olmaktan ziyade, hizmetlerini bağımsız çalışan olarak arz eden bir kişi olduğu sonucuna varmıştır. İstinaf Mahkemesi ayrıca, dâvalı vekilinin, kârdan pay alma şeklinde bir sözleşme ilişkisine iradî olarak girmenin, oyuncunun bağımsız çalışan olduğu yönünde belirleyici olabileceği yolundaki yaklaşımının haklı sayılabileceğini belirtmiştir. Ancak konuya ilişkin sonuca

¹⁵⁰ Macalinden T/A Charm Offensive v. Lazarov & Ors, Employment Appeal Tribunal, 17.10.2014, Appeal No. UKEAT/0453/13/JOJ., (Çevrimiçi) www.employmentcasesupdate.co.uk, 10.01.2016.

¹⁵¹ İngiliz doktrininde, bu kategori için Alman hukukundan ödünç alınarak “işçi benzeri” terimi kullanılmıştır. Söz konusu çalışanlar, hukukî bağımlılık ilişkisi içinde değildir, ancak işi bizzat yerine getirirler ve bir veya birkaç işverene karşı ekonomik olarak son derece bağımlıdır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Paul Davies, Mark Freedland, “Employees, Workers and the Autonomy of Labour Law”, Ed. Hugh Collins, Paul L. Davies, Roger Rideout, Legal Regulation of the Employment Relation, London, Kluwer Law International, 2000, s. 7-8 (Çevrimiçi) <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.204348>, 10.01.2016. Türk hukuku bakımından da, bu tür çalışanlara, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (RG. 16.6.2006, S. 26200) md.4/II-b bendinde özel bir koruma sağlandığı söylenebilir. Şöyle ki, düzenleme uyarınca, md.4/1-a bendi gereği sigortalı sayılanlara, yani hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlara ilişkin hükümler, bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan, film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler hakkında da uygulanır. Burada bahsi geçen kişiler bir iş sözleşmesine tâbi olarak çalışmamalarına karşın, kanun koyucu bu kişilerin haklarını daha iyi koruyabilmek düşüncesiyle söz konusu kişileri, iş sözleşmesi (hizmet akdi) ile çalışanlarla aynı sigortalılık statüsü içinde değerlendirmiştir (Bkz. Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 276, 288). Bu kişiler, faaliyetlerini eser veya vekâlet gibi bir iş görme sözleşmesi kapsamında yerine getirirler (Bkz. Nursen Caniklioğlu, Ercüment Özkaraca, “Sanatçıların Sosyal Güvenliği”, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, İstanbul, Legal, 2014, s. 640). Doktrinde bu şekilde çalışan bir kimseye örnek olarak, ara sıra birkaç tablo siparişi üzerine tablo yapip belirli bazı sanat galerilerine teslim eden bir ressam gösterilmiştir (Caniklioğlu, Özkaraca, Sanatçıların Sosyal Güvenliği, s. 640).

¹⁵² Ulusal Asgari Ücret Kanunu (National Minimum Wage Act 1998, 1998 Chapter 39, 31.07.1998) md.1/f.2 uyarınca, asgari ücret almaya hakkı olan kişi için, işçi ve işçi benzeri kişiyi de kapsayacak şekilde “çalışan (worker)” terimi kullanılmıştır. İş sözleşmesiyle çalışan kişiler dışında, çalışan kavramının kapsamına giren işçi benzeri kişiler, md.54/f.3’te yapılan tanım uyarınca, iş görme borcunu, bir meslek yürütmeksizin veya işyerini idare etmeksizin şahsen ifa eden kişilerdir (Bkz. Collins, Ewing, McColgan, Labour Law, s. 202-203). Benzer tanım Çalışma Süreleri Tüzüğü (Working Time Regulations 1998 No. 1833, 30.07.1998) md.2/f.1’de de yer almaktadır.

varan bir görüş beyan edilmemiş ve dâva dosyası ilk derece mahkemesine gönderilmiştir.

Kararın isabeti kanaatimizce tartışmalıdır. Öncelikle, taraflar arasında ücretin kâra katılma, kârdan pay alma biçiminde belirlenmiş olması, iş sözleşmesinin varlığını dışlayıcı bir yön olarak ele alınamaz¹⁵³. Zira, ücretin ödenme biçimi, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde tek başına ayırt edici, belirleyici bir unsur olamaz¹⁵⁴. Taraflar arasında bağımlılık ilişkisi mevcutsa ücretin ödenme biçimi, sözleşmenin iş sözleşmesi niteliğini değiştirmez¹⁵⁵. İş sözleşmesinin varlığının tespiti için ücretin zamana göre veya yapılan işin sonucuna göre ödeniyor olması da önem arz etmez¹⁵⁶. Ülkemiz bakımından, özellikle tele-

¹⁵³ Güzel, Bağımlılık Unsuru, 101, 125; Deakin, Morris, Labour Law, s. 136. Yazarlara göre, ücretin ödenme biçimi, riski kimin üstlendiğine ilişkin bazı işaretler verebilir ancak buna mutlak bir değer verilmemelidir. Çalışana düzenli bir aylığın veya zamana göre ücretin ödenmesi durumunda, genellikle bu kişinin işçi olduğuna yönelik fazla kuşku bulunmaz. Bununla birlikte, ücretin, parça başına veya kârdan pay alma biçiminde ödenmesi durumunda da kişi işçi olabilir. Zira, işverenin, ücreti çalışanın performansına veya elde edilen kâra bağlaması tek başına, bu kişinin yönetim adına sorumluluk üstlendiği ve işletmenin kârlılığını taahhüt ettiği anlamına gelmemektedir.

¹⁵⁴ Staehelin, Der Arbeitsvertrag, s. 31; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 27-28; Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 96-97, 124-125; M. Fatih Uşan, İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara, Seçkin, 2003, s. 74-75; Başterzi, İş Sözleşmesi, s. 193. Nitekim İngiliz hukukunda da, satış başına komisyon ödenmesi gibi teşvik edici ödeme sistemlerinin, işverenin denetimi altında olmalarına karşın birtakım çalışanların bağımsız çalışan gibi gözükmelerine neden olduğu ifade edilmiştir. Bu tip sorunların üstesinden gelebilmek amacıyla da kimi zaman "işverenin iş organizasyonuna dâhil olma (bütünleşme) testi" uygulanmıştır. Bütünleşme testine göre, yalnızca kârdan pay alma şeklinde ödeme yapılan, büyük ölçüde bağımsızlığa sahip üst düzey bir yönetici bile işçi olarak addedilebilir, zira test uyarınca idarî hiyerarşiye fiili bir bağımlılıktan ziyade, işveren kuruma karşı sadece biçimsel hukukî bağımlılık gerekli görülmektedir. Bkz. Collins, Ewing, McColgan, Labour Law, s.192.

¹⁵⁵ Örneğin, bağımlılık unsurunun varlığı tespit edilebiliyorsa, ücretin parça başına ödeniyor olmasının sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesini engellemeyeceği konusunda bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s. 120; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 100-101; Uşan, Parça Başına Ücret, s. 24-25, 65, 68.

¹⁵⁶ Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 96-97, 124-125; Uşan, Parça Başına Ücret, s. 74-75; Başterzi, İş Sözleşmesi, 193. Yargıtay'ın bir kararına göre de, "...Ücretin varlığı ve biçimi hizmet akdinin zorunlu unsuru olarak kabul edilemez. Ancak, akdin kanıtlanması yönünden rol oynayabilir... Dava konusu olayda; davacının; konfeksiyon işyerinin; zorunlu elemanı olarak satılan parçaların düzeltim işinde istihdam edildiği açıkça anlaşılmaktadır. İşyerinin çalışma saatlerine uygun olarak, davacının çıkacak işleri gördüğü ve görmek üzere hazır bulunduğu dinlenen davacı ve davalı tanıklarca doğrulanmaktadır. Düzeltim işinin; işyeri ve davacının evinde yapılması, giderek parça başına ücret ödenmesi işin hizmet akdi niteliğini etkilemez. Davacının belli bir işi işverenin emir ve talimatı doğrultusunda yerine getirmesi ve bunu bir çalışma günü içerisinde yerine getirmek üzere hazır olması karşısında; davacının çalışma olgusu ve buna bağlı hizmet akdinin ortaya çıkması sonucu istemini esastan kabul etmek gerekirken aksine görüşle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır... "Y. 21.HD, 08.06.2000, E. 2000/4584, K. 2000/4611, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016. Yargıtay, yakın tarihli bir kararında ise şu görüşlere yer vermiştir: "...Gerek 4857 sayılı İş Kanununun 8'inci maddesinde iş sözleşmesi (hizmet akdi) tanımlanmış, gerekse 818 sayılı mülga Borçlar Kanununun 313-354'üncü maddelerinde ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 293-470. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşme; işçinin belirli veya belirsiz bir zaman süresince hizmet görmeyi, iş sahibinin de kendisine ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir akit olarak tanımlanmış, aksine hüküm bulunmadıkça, sözleşmenin özel

vizyon dizilerinde oyuncuların bölüm başına ücret almaları, bağımlılık unsurunun varlığı tespit edilebiliyorsa, bizi salt bu nedenle taraflar arasında iş sözleşmesinin mevcut olmadığı sonucuna götürmeyecektir.

Dâva konusu uyumsuzluğa ilişkin olarak ayrıca belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki sözleşmede çalışma yeri ve saatinin dâvalı tarafından belirlenmiş olması, provalar ve oyun gösterimleri sırasında iş sağlığı ve güvenliğinin dâvalı tarafından sağlanacağına taahhüt edilmesi karşısında sözleşme ilişkisi bakımından iş ilişkisinin varlığı ağır basmaktadır.

D. Amerika Birleşik Devletleri

1. Genel Olarak İşçi Kavramı

Amerika Birleşik Devletleri, Ortak Hukuk sisteminin geçerli olduğu bir ülkedir ve burada da işçi sıfatına ilişkin değerlendirme, büyük ölçüde mahkemelerin belirlediği çok ölçütlü test çerçevesinde yapılmaktadır¹⁵⁷. Zira, Ulusal İş İlişkileri Kanunu'nda yer alan işçi tanımı açıklayıcı olmaktan uzaktır ve mevzuattaki bu boşluğu doldurmak amacıyla yasal testler ortaya çıkmıştır¹⁵⁸. Çok ölçütlü test, geleneksel olarak işin usul ve yöntemi konusunda işverenin denetim hakkı üzerinde yoğunlaşmışken, yakın tarihli kararlarda, ölçütlerin tümü daha eşit bir biçimde ele alınmaktadır¹⁵⁹. Mahkemelerce genel olarak incelenen hususlar, işverenin işin ayrıntıları üzerinde uyguladığı denetimin derecesi, işin işverenin talimatları altında mı, yoksa bir uzman tarafından denetim olmaksızın mı görüldüğü, belli bir işin görülebilmesi için gereken beceri, işin görülmesi için gerekli araç, malzeme ve işin görüleceği yerin işveren tarafından mı yoksa çalışan tarafından mı sağlandığı, kişinin çalıştırıldığı sürenin uzunluğu, ücretin ödenme biçimi, görülen işin işverenin mutlak işinin bir parçası olup olmadığı, tarafların niyeti gibi hususlardır¹⁶⁰. ABD Gelirler İdaresi'nin de kişinin işçi veya bağımsız çalışan olup olmadığını belirlemek bakımından ortaya koyduğu birta-

şekle tabi olmadığı belirtilmiş, ücretin, zaman itibarıyla olmayıp yapılan işe göre verilmesi durumunda da işçinin belirli veya belirsiz bir zaman için alınmış veya çalışmış olduğu süreç akdın "parça üzerine hizmet" veya "götürü hizmet" adı altında varlığını koruduğu açıklanmıştır..." Y. 10.HD, 07.12.2015, E. 2015/17599, K. 2015/21446, (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 10.01.2016.

¹⁵⁷ Jost, Independent Contractors, s. 318; Jeffrey M. Hirsch, "Employee or Entrepreneur?", Washington and Lee Law Review, Volume: 68, Issue: 1, 2011, s. 354, (Çevrimiçi) <http://heinonline.org>, 10.01.2016.

¹⁵⁸ Jost, Independent Contractors, s. 316-317. Ulusal İş İlişkileri Kanunu §152 (3) uyarınca, işçi terimi, hükümden yer verilen istisnalar dışında kalan herhangi bir işçiyi kapsayacaktır. Söz konusu istisnalar ise, tarım çalışanı, bir aile veya kişinin evinde ev hizmetlerinde çalıştırılan kişi, kendi ebeveyni veya eşi tarafından çalıştırılan kişi, bağımsız çalışan statüsündeki kişi, yönetici statüsündeki kişi, Demiryolu İş Kanunu'na (Railway Labor Act [45 U.S.C. § 151 et seq.]) tâbi bir işveren tarafından istihdam edilen kişi ve Ulusal İş İlişkileri Kanunu uyarınca işveren olarak tanımlanmayan bir kimse tarafından istihdam edilen kişi olarak sıralanmıştır.

¹⁵⁹ Hirsch, Employee or Entrepreneur, s. 354.

¹⁶⁰ Örneğin, FedEx Home Delivery v. NLRB, 563 F.3d 492, 496 & n. 1 (D.C.Cir.2009) kararında bu ölçütler tüketici olmayan bir biçimde sayılmıştır. Ayrıca bkz. Marilyn Barrett, "Independent Contractor/Employee Classification in the Entertainment Industry: The Old, the New and the Continuing Uncertainty", University of Miami Entertainment & Sports Law Review, 91, 1995-1996, s. 98-99 (Çevrimiçi) <http://heinonline.org>, 10.01.2016.

kım ölçütler söz konusudur. Bunlar, talimatlar veya denetimin derecesi, eğitim sağlanması, başkasının iş organizasyonuna dâhil olma, işin şahsen görülmesi, iş görülürken yardımcı eleman çalıştırılması, kâr ve zarar bakımından işletme riskinin yüklenilmesi gibi ölçütlerdir¹⁶¹. Çalışanın hukuki statüsü, tek bir ölçüte bağlı olarak belirlenmemekte, her bir ölçüte verilen ağırlık farklı durumlara bağlı olarak her bir somut olay bakımından değişmektedir¹⁶².

2. Sahne ve Perde Çalışanlarının Hukuki Statüsü

Sahne ve perde çalışanları bakımından vergi hukuku kapsamında verilmiş kararlara bakacak olursak, geçmiş tarihli bir kararda bir şirkette çalışan sanatçılar, vergi mükellefi işletmenin bütünüleyici bir parçası oldukları ve bu işletmeyle devamlılık arz eden bir ilişki içinde olduklarından bahisle işçi olarak kabul edilmişlerdir¹⁶³. Bununla birlikte, farklı oyunlardan oluşan bir gösteride (varyete) sahne alan vodvil oyuncularını, şirketin seçmelere katılım, bazen de oyunlarda değişiklik ve prova talep etmesine ve sahne, dekor, ışık, orkestra müziği, görevliler ve bazen de kostümlerin şirket tarafından sağlanmasına karşın bağımsız çalışan olarak kabul edilmişlerdir¹⁶⁴.

Daha yakın tarihli ve vergi hukukuna ilişkin olmayan bir kararda, bir reklam filminin çekimi sırasında yaralanan bir oyuncu, yapım şirketinin oyuncuyla aralarındaki sözleşmeyi herhangi bir neden ileri sürme zorunluluğu olmaksızın feshedebilme hakkının bulunması, reklam filmlerinde oyunculuğun tipik olarak talimatla bağlılık çerçevesinde sergilenmesi, oyuncunun araç ve malzeme sağlama borcunun bulunmaması, işçi çalıştırmaması, zamana göre ücret alması, reklam filmleri çekmenin yapım şirketinin mutad işinin bütünüleyici bir parçası olduğu gibi hususları göz önüne alan mahkeme tarafından, işçi olarak kabul edilmiştir¹⁶⁵. Buna karşılık, meslek sınıflandırmalarında oyuncu yardımcısı olarak nitelendirilen¹⁶⁶ dublörlerlik mesleğini icra eden bir kişi, sergilediği akrobasinin detayları üzerinde yoğun bir denetim sahibi olduğu için işçi sayılmamıştır¹⁶⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki ABD bakımından dikkat çeken bir husus da geniş bir şekilde tanımlanan eğlence sektörünün pek çok bileşeninin büyük oranda sendikalaşmış olduğudur¹⁶⁸. Bu anlamda, eğlence sektörünün çeşitli

¹⁶¹ Barrett, Independent Contractor/Employee Classification, s. 96-98.

¹⁶² Barrett, Independent Contractor/Employee Classification, s. 136.

¹⁶³ Ringling Brothers-Barnumand Bailey Combined Shows Inc v. Higgins 189 F.2d 865 (2nd Cir.1951).

¹⁶⁴ Radio City Music Hall Corp. v. United States, 135 F.2d 715 (2d Cir. 1943).

¹⁶⁵ Johnson v. Berkofsky-Barret Productions 211 Cal. App. 3d 1067 (Cal Ct. App. 1989).

¹⁶⁶ ILO ISCO-08, Minor Group 3435, s. 213.

¹⁶⁷ Von Beltz v. Stuntman, Inc. 207 Cal. App. 3d 1467 (Cal. Ct. App. 1989).

¹⁶⁸ Howard D. Fabrick, "Unique Aspects of Labor Law in the Entertainment Industry", Entertainment and Sports Lawyer, Volume: 31, Number: 4, Winter 2015, s. 30, (Çevrimiçi) <http://heionline.org>, 10.01.2016. Sektörde, sendikaların rolü ve sorumluluğuna ayrı bir önem atfedilmektedir. Şöyle ki, iş ilişkilerinin genellikle proje bazlı ve istikrarsız niteliğinin, asgari çalışma koşullarının sağlanmasına ilişkin pazarlık yapma hususunda, sendikaların sanatçılara karşı sorumluluğunu zorunlu kıldığı ve bu görevin sendikalarca yerine getirilmemesi durumunda, sanatçıların iş sayısına göre (gittikçe artan oranda) daha fazla çalışanın bulunduğu bir sektörde, işverenin baskın pazarlık gücüne maruz kalacakları, dolayısıyla da çalışma koşullarının geriye gideceği ifade edilmektedir. Bkz. Duncan Crabtree, "Labor Law in the Entertainment Industry:

alanlarında yeteneklerini icra edenleri ve teknisyen olarak çalışanları temsil eden meslek örgütlerinin ve sendikaların genel olarak güçlü olduğu ve bazı alanlarda üyelik sayısında önemli bir artışın söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁹. Sendikaların, üyelerinin haklarını toplu sözleşmeler aracılığıyla koruduğu da görülmektedir¹⁷⁰.

SONUÇ

Yaratıcı ve özgürlükçü sanat ve kültür dünyasıyla İş Hukuku'nun ortak bir yanı yokmuş gibi görünmekteyse de müzik, tiyatro, radyo, televizyon alanlardaki eserler, kendiliğinden üretilmemekte ve söz konusu üretim kültür alanında çalışanlar ile yardımcılarının büyük çabalarını gerekli kılmaktadır¹⁷¹. Çoğunlukla tutkuyla kültür ve sanat alanında çalışmaya başlayan oyuncu, ses sanatçısı, koro ve orkestra üyesi gibi kişiler, aynı zamanda varlıklarını güvence altına almak zorundadır¹⁷². Bu bağlamda, sahne ve perde çalışanlarının hukukî statüsünün ne olacağı ve İş Hukuku'nun koruyucu hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacakları önem arz etmektedir.

İş sözleşmesinin ayırt edici unsuru olarak bağımlılık, yukarıda da örneklerle açıklandığı üzere neredeyse tüm hukuk sistemlerinde, iş hukukuna ilişkin mevzuatın uygulanması açısından temel bir ölçüt olarak kabul edilmektedir¹⁷³. Bu bağlamda, karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, sahne ve perde çalışanlarının çoğunlukla bağımlılık ilişkisi içinde bulunmalarından hareketle işçi olarak nitelendirildiklerini görürüz. Söz konusu alanda işçi olarak nitelendirilmeyen kişiler ise, çalışma zamanlarını serbestçe ayarlayabilen, kendi programları üzerinde tasarruf yetkileri bulunan, daha çok günlük veya kısa süreli gösterilerde yer alan kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk hukukunda ise, sözleşme kapsamında sanatsal bir faaliyetin yerine getirildiği ilişkiler bakımından yargının genel eğilimi, sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak değerlendirme yönündedir. Sanatsal faaliyet yürüten kişiler de bağımsız

Supplemental Payments, Intellectual Property Rights, and the Role of Unions", Entertainment and Sports Lawyer, Volume: 31, Number: 4, Winter 2015, s. 6, (Çevrimiçi) <http://heinonline.org>, 10.01.2016.

¹⁶⁹ Fabrick, Entertainment Industry, s. 30.

¹⁷⁰ Bkz. Fabrick, Entertainment Industry, s. 31 vd. Eğlence sektöründe bağtlanan toplu sözleşmelerin, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından ayrı bir önemi olduğu da ifade edilmektedir. Setlerde çalışmanın tehlikeli olabileceği, özellikle dublörler bakımından bu tehlikenin daha da artabileceği ve güvenlik ihlallerinin potansiyel olarak hayatı tehlike arz eden sonuçları olabileceği belirtilerek, sanatçıların setlerde güvenliğini sağlamak için mevzuattan kaynaklanan uygun korumanın yanı sıra güvenlik önlemleri bakımından güçlü bir toplu pazarlık da zorunlu görülmektedir. Bkz. Crabtree, Labor Law, s. 7. Türk hukuku bakımından da İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'nin (RG. 26.12.2012, S. 28509) İşyeri Tehlike Sınıfları Listesinin yer aldığı Ek-1 listesinde, sinema filmi, video ve televizyon programları yapım faaliyetleri (belgesel yapımıcılığı dâhil), bağımsız aktör, aktrist ve dublörlerin faaliyetleri, gösteri sanatlarına yönelik yönetmenlerin ve yapımcıların faaliyetleri az tehlikeli sınıfta yer almayken, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (RG. 19.02.2015, S. 29272) uyarınca, tehlikeli sınıfa yükseltilmiştir.

¹⁷¹ Fischer, Reich, Der Künstler, s. 140.

¹⁷² Fischer, Reich, Der Künstler, s. 140.

¹⁷³ Benzer yönde, Güzel, Bağımlılık Unsuru, s. 108.

çalışan olarak nitelendirilmektedir. Kanaatimizce, bu yaklaşım yerinde değildir. Her somut olayın özellikleri incelenerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Bağımlılık unsurunun varlığı tespit edilebiliyorsa, taraflar arasındaki sözleşme iş sözleşmesidir ve iş gören taraf, işçi sıfatını taşır. Bu nedenle, sahne ve perde çalışanlarının sanatsal bir faaliyet yürüttükleri için bağımsız çalışan oldukları yönündeki genel kabul isabetsizdir.

KAYNAKÇA

AKKURT, Sinan Sami: “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 13-64 (Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi).

AKTAY, Nizamettin, ARICI, Kadir, SENYEN/KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013.

AKYİĞİT, Ercan: “Sanatçıların İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki Konumu”, Hukuk ve Sanat, Ed. Yener Ünver, Özlem Yenerer Çakmut, Ankara, Seçkin, 2016 (Sanatçılar).

ALP, Mustafa: “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, İstanbul, Beta, 2011, s. 795-854 (Tele Çalışma).

ALPAGUT, Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, 2012, s. 3-81 (İş İlişkisi).

ANTALYA, O. Gökhan: “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği (II)”, Yargıtay Dergisi, C. 13, S. 3, Temmuz 1987, s. 288-304 (Hizmet Akdi II).

ANTALYA, O. Gökhan: “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları ve Hukukî Niteliği (III)”, Yargıtay Dergisi, C. 13, S. 4, Temmuz 1987, s. 456-479 (Hizmet Akdi III).

BARRETT, Marilyn: “Independent Contractor/Employee Classification in the Entertainment Industry: The Old, the New and the Continuing Uncertainty”, University of Miami Entertainment & Sports Law Review, 1995-1996, s. 91-153 (Çevrimiçi) <http://heinonline.org>, 10.01.2016 (Independent Contractor/Employee Classification).

BAŞTERZİ, Süleyman: “Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukukî Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, Mart 2010, s. 175-198 (İş Sözleşmesi).

CANİKLİOĞLU, Nurşen, ÖZKARACA, Ercüment: “Sanatçıların Sosyal Güvenliği”, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, İstanbul, Legal, 2014, s. 637-664.

CENDEL, Tankut: İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C. I, Beta, İstanbul, 1994 (İş Hukuku).

COLLINS, Hugh, EWING, K. D., MCCOLGAN, Aileen: Labour Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

COLLINS, Hugh: “Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws”, Oxford Journal of Legal Studies, Volume: 10, No. 3 (Autumn, 1990), s. 353-380 (Employment Protection Laws).

CRABTREE, Duncan: “Labor Law in the Entertainment Industry: Supplemental Payments, Intellectual Property Rights, and the Role of Unions”, *Entertainment and Sports Lawyer*, Volume: 31, Number: 4, Winter 2015, s. 4-8, (Çevrimiçi) <http://heinonline.org>, 10.01.2016 (Labor Law).

CUHRUK, Mahmut, ÇOLAKOĞLU, H. Servet, BÜKEY, A. Avni: *Sosyal Sigortalar: Kanun, Şerh, İchtihat*, Ankara, Olgaç, 1977 (Sosyal Sigortalar).

ÇELİK, Nuri, CANIKLIOĞLU, Nursen, CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, 28. Bası, İstanbul, Beta, 2015.

ÇİL, Şahin: *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları)*, 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015 (İlke Kararları).

DAVIES, Paul, FREEDLAND, Mark: “Employees, Workers and the Autonomy of Labour Law”, Ed. Hugh Collins, Paul L. Davies, Roger Rideout, *Legal Regulation of the Employment Relation*, London, Kluwer Law International, 2000, s. 267-286, (Çevrimiçi) <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.204348>, 10.01.2016, s. 1-26.

DEAKIN, Simon, MORRIS, Gillian S.: *Labour Law*, 5th Edition, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009.

DEMİR, Fevzi: *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 7. Bası, İzmir, 2013 (İş Hukuku).

DIETERICH, Thomas, HANAU, Peter, SCHAUB, Günter: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2016 (Erfurter Kommentar).

EKONOMİ, Münir: *İş Hukuku: Ferdi İş Hukuku*, C. 1, 3. Bası, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Vakfı, 1987 (Ferdî İş Hukuku).

EMMEL, Frank: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2012 (Handkommentar).

EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, Legal, 2016.

FABRICK, Howard D.: “Unique Aspects of Labor Law in the Entertainment Industry”, *Entertainment and Sports Lawyer*, Volume: 31, Number: 4, Winter 2015, s. 1-36, (Çevrimiçi) <http://heinonline.org>, 10.01.2016 (Entertainment Industry).

FISCHER, Hermann Josef, REICH, Steven A.: *Der Künstler und sein Recht: Ein Handbuch für die Praxis*, 3. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014 (Der Künstler).

FREEDLAND, Mark: *The Personal Employment Contract*, New York, Oxford University Press, 2005 (Employment Contract).

GÜZEL, Ali: “Fabrika’dan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi Yayını*, Ankara, 1997, s. 83-126 (Bağımlılık Unsuru).

HEPPLE, Bob: “Restructuring Employment Rights”, *Industrial Law Journal*, Volume: 15, Issue: 1, 1986, s. 69-83.

HIRSCH, Jeffrey M.: “Employee or Entrepreneur?”, *Washington and Lee Law Review*, Volume: 68, Issue: 1, 2011, s. 353-367, (Çevrimiçi) <http://heinonline.org>, 10.01.2016.

HONEYBALL, Simon: *Great Debates: Employment Law*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011.

HONEYBALL, Simon: *Honeyball&Bowers' Textbook on Employment Law*, 13th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014 (Employment Law).

JOST, Micah Prieb Stoltzfus: "Independent Contractors, Employees, and Entrepreneurialism Under the National Labor Relations Act: A Worker -by-Worker Approach", *Washington and Lee Law Review*, Volume: 68, Issue: 1, 2011, s. 311-352, (Çevrimiçi) <http://heinonline.org>, 10.01.2016, (Independent Contractors).

JUNKER, Abbo: *Grundkurs Arbeitsrecht*, 14. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2015.

KAR, Bektaş: *Deniz İş Hukuku: Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014 (Deniz İş Hukuku).

LEIGHTON, Patricia: "Employment and self-employment: Some problems of law and practice", *Employment Gazette*, May 1983, s. 197-203 (Employment and self-employment).

LOEWENHEIM, Ulrich: *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2010.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2014 (İş Hukuku).

OPOLONY, Bernhard: "Die Rechtsnatur des Gastspielvertrages darstellender Bühnenkünstler", *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, Heft 7, 2007, s. 519-524 (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 10.01.2016 (Die Rechtsnatur).

ÖZDEMİR, Burhan: "Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri ve Hizmet Borçlanmaları", *Çimento İşveren Dergisi*, C. 13, S. 3, Mayıs 1999, s. 31-42 (Sanatçılar).

REHBINDER, Manfred, STÖCKLİ, Jean-Fritz: *Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band/Nr. VI/2/2/1, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2010 (Berner Kommentar).

REİSOĞLU, Seza: *Hizmet Akdi: Mahiyeti, Unsurları, Hükümleri*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968 (Hizmet Akdi).

RISCH, Mandy, KERST, Andreas: *Eventrecht kompakt*, Berlin Heidelberg, Springer Verlag, 2011 (Eventrecht).

SARGEANT, Malcolm, LEWIS, David: *Employment Law*, 7th Edition, Pearson, 2014.

SÄCKER, Franz Jürgen, RIXECKER, Roland, OETKER, Hartmut, LIMPERG, Bettina: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2012 (Münchener Kommentar).

SELWYN, Norman: *Selwyn's Law of Employment*, 16th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011 (Law of Employment).

SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 7. Bası, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015.

SMITH, Ian, BAKER, Aaron: *Smith&Wood's Employment Law*, 11th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2013 (Employment Law).

SOYER, Polat: “Karar İncelemesi”, Yasa Hukuk Dergisi, Nisan 1980, s. 508-516.

STAEHELIN, Adrian: Der Arbeitsvertrag: Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/2c, 4. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2006 (Der Arbeitsvertrag).

STREIFF, Ullin, VON KAENEL, Adrian, RUDOLPH, Roger: Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2012 (Arbeitsvertrag).

SÜMER, Haluk Hadi: “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 19, Eylül 2010, s. 63-73 (Bağımlılık Unsuru).

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Beta, 2015.

ŞAHLANAN, Fevzi: “İşçi Sifatının Belirlenmesinde Bağımlılık Unsuru-Karar İncelemesi (Mayıs 2005)”, İş Hukuku ile ilgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011), İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2011, s. 20-23 (İşçi Sifatı).

ŞAHLANAN, Fevzi: “İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi”, Tekstil İşveren Dergisi, S. 380, Hukuk 65, Aralık 2011, s. 2-6 (Bağımlılık İlişkisi).

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010 (Özel Borç İlişkileri).

TAYLOR, Stephen, EMIR, Astra: Employment Law: An Introduction, Oxford, Oxford University Press, 2007 (Employment Law).

TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

TUNCAY, A. Can: “Sanatçılar ve Özel İş Bulma Büroları”, Günümüzde Yargı, S. 45, Ocak 1980, s. 17-20 (Sanatçılar).

TUNCAY, A. Can: “Sanatkârlara İş Bulmak İçin Özel Büro Açılması”, İş Hukuku Uygulaması, İşK. 85 (No. 1), 1981/II, s. 1-5 (Özel Büro Açılması).

TUNCAY, A. Can, EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 17. Bası, İstanbul, Beta, 2015.

TUNÇOMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2015.

UPEX, Robert, BENNY, Richard, HARDY, Stephen: Labour Law, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2006.

UŞAN, M. Fatih: İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara, Seçkin, 2003 (Parça Başına Ücret).

UYUMAZ, Alper: “Öğreti ve Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesi ve İstisna Sözleşmesinin Ayrıştırılması”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara, Adalet, 2009, s. 501-530 (İş Sözleşmesi).

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2011.

ZEVKLİLER, Aydın, GÖKYAYLA K. Emre: Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013 (Borçlar Hukuku).

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

- Beck-Online: Die Datenbank, <https://beck-online.beck.de/>
Employment Cases Update, www.employmentcasesupdate.co.uk
HeinOnline: Legal Research Database, <http://heinonline.org/>
International Labour Organization, <http://www.ilo.org/>
Kazancı Elektronik Hukuk Yayımcılığı, <http://www.kazanci.com.tr/>
Social Science Research Network, <http://www.ssrn.com/en/>
Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>
T.C. Sayıştay Başkanlığı, <http://www.sayistay.gov.tr/>

TOPLU İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN YAZILAR

**TOPLU EYLEM HAKKI VE SINIRLARI -
YARGITAY'IN KONUYA İLİŞKİN BİR KARARININ
DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ**

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut*

T.C.

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO: 2016/5559

KARAR NO: 2016/5735

YARGITAY İLAMI

MAHKEMESİ: KOCAELİ 5. İŞ MAHKEMESİ

TARİHİ: 21/12/2015

NUMARASI: 2015/354-2015/499

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve sendikal tazminata hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm duruşmalı olarak süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş ise de; işin mahiyeti itibarıyla duruşma isteminin reddine, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verilmiş olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, davacı işçilerin kendilerinin muhatap alınmaması, sendika seçme özgürlüğüne müdahale edilmesi, üye olmak zorunda kaldıkları sendika üzerinden baskı yapılması sebebiyle demokratik toplu eylem haklarını kullandıklarını, işverence sözü edilen eylem gerekçe gösterilerek, gerçekte sendikal nedenle ve eşit davranma borcuna aykırı olarak iş sözleşmesinin sona erdirildiğini belirterek, feshin geçersizliğine, işe iadesine karar verilmesini ve sendikal tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesi ile özetle; davacının iş sözleşmesinin, davacı ve işyerinde çalışan diğer işçilerin yasadışı yapmış oldukları grev nedeniyle 22, 23, 25, 26, 27, 28 ve 29 Mayıs 2015 tarihlerinde yapmış olduğu mazeretsiz devamsızlık nedeniyle feshedildiğini, grev eylemi süresince kendisine çalışması hususunda sürekli ihtarlat yapıldığını, ancak mazeretsiz olarak gelip çalışmadı-

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi

ğını, feshin gerçek nedeninin mazeretsiz devamsızlık ve kanundışı grev olduğunu, sendikal sebeple fesih iddiasının doğru olmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalıya ait işyerinde çalışan davacı ve diğer arkadaşlarının davalı işyerinin yetkili sendikası olan Türk Metal Sendikası ile işveren arasında yapılan Eylül 2014-Ağustos 2017 tarihleri arasında yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesi'nin taleplerini karşılamamış olması, daha önce toplu sözleşme süreleri 2 yıl iken son sözleşmenin yürürlük süresinin 3 yıla çıkartılmış olması, işyerinde hemen hemen herkesin üyesi olduğu yetkili Türk Metal Sendikası'nın davalı işverenle birlikte hareket ederek çalışanlar aleyhine şartlar oluşturmalarına tepki olarak ve öncesinde davalı işyeri ile aynı iş kolunda faaliyet gösteren Bursa ilindeki işyerlerinde aynı nedenlerle yapılan grev eylemlerinden de etkilenerek 21.05.2015 tarihinden 03.06.2015 tarihine kadar davalı işyerinin üretim alanının dışında işyerine yaklaşık 500 metre uzaklıkta bulunan üçüncü bir şahsa ait özel boş arazide grev eylemi yaptıkları, eylem süresince üretime müdahale etmedikleri, çalışan işçilere sataşmadıkları, üretimi engelleyecek herhangi bir tavır ve davranışta bulunmadıkları, eyleme yaklaşık 3000-4000 kişinin katıldığı, bunlardan 550 kişinin her gün eyleme katılıp çalışmadığı, geri kalan kişilerin zaman zaman çalıştığı, bazen eyleme katıldığı, Türk Metal İş Sendikası üyesi olan yaklaşık 4000 kişinin Türk Metal İş Sendikası'ndan istifa ettiği, bunlardan yaklaşık 1000-1500 kişinin Birleşik Metal İş Sendikası'na üye oldukları, eylem sürecinde eylem yapan çalışanların cep telefonuna SMS yoluyla mesaj gönderilerek işlerinin başına dönmeleri gerektiği, aksi taktirde işten atılacakları uyarısının yapıldığı, eylemin sona erdirilmesinden sonra eylem süresince hiç işe gelmeyen ve eyleme katılmadığı işveren tarafından belirtilen 550 çalışanın disiplin kuruluna sevk edildiği, bir kısmının savunmasının alındığı, bir kısmının savunmaya davet edildiği, bunlar arasından davacının da içinde bulunduğu 50 kişinin iş sözleşmesinin eylem sürecine denk gelen 25,26,27,28,29,30 Mayıs, 01, 02 Haziran 2015 tarihlerinde mazeretsiz ve izinsiz işe gelmemeleri ve eyleme katılmaları gerekçesiyle İş Kanunu'nun 25/2-g, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 70. maddeleri gereğince yazılı bildirimle feshedildiği, davalı tanığı olarak dinlenen ve işyerinde endüstri ilişkileri ve imalat insan kaynakları müdürü olarak görev yapan Ali Rıza Aksoy'un beyanına göre içlerinden seçilerek iş akti feshedilen bu 50 kişinin iş aktinin işyerinde disiplini sağlamak amacıyla feshedildiği, diğer 50 kişinin iş aktinin ise işyerindeki çalışma barışını sağlamak amacıyla feshedilmekten vazgeçildiği ve disiplin sürecinin bunlar açısından durdurulduğu, işten çıkartılan 50 kişinin 46'sının Birleşik Metal İş Sendikası üyesi oldukları kararın gerekçesinde açıklanmıştır.

ILO Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı'nın ilgili maddelerine ve Anayasa'nın 90. maddesi ile diğer iç hukuk düzenlemelerine değinilmek suretiyle, davacı ve arkadaşlarının işyerinde açıkça bir sendikanın desteklenmesi ve bu sendikanın işverenle birlikte hareket edip işçilerin aleyhine şartlar oluşturmalarına tepki olarak ve işyerinde sendika özgürlüğünün olmaması nedeniyle kendi haklarını örgütlü olarak savunmak amacıyla işyeri alanı dışında yapmış oldukları grev eylemi uluslararası normlar uyarınca demokratik bir hakkın kullanımı niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

Eylemin barışçıl nitelikte toplu eylem olarak demokratik hakkın kullanılması niteliğinde olduğu, işverenin yapılan fesihte eşit davranma borcuna

aykırı davranması nedenleri ile yapılan feshin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı, yapılan fesihlerin asıl nedeninin işyerinde işveren tarafından desteklenen Türk Metal Sendikası'ndan yapılan istifaları önlemek, Birleşik Metal İş Sendikası'na geçen çalışanları tekrar Türk Metal Sendikası'na üye olmasını sağlamak olduğu ve işyerinde yapılan eylemlerin açıklandığı üzere asıl nedeninin işyerindeki sendikal örgütlenme hakkının ve sendika seçme özgürlüğünün bulunmamasından ve işverenin çalışanlara desteklediği sendikaya üye olması konusunda baskılar yapmasından kaynaklandığı, tüm bu nedenlerle davalı işverenin davacıların sendika seçme özgürlüklerine ve sendikal haklarına engel olmak amacı ile sendikal nedenler ile iş akitlerini feshettiği kanaatine varılarak 6356 sayılı yasa 25/5 maddesi gereğindeki düzenleme gereğince davacının başvurusu ve işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın ödenmesi gereken tazminat miktarının 1 yıllık brüt ücret tutarında belirlenmesine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe

İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi, 01.09.2014-31.08.2017 tarihleri arasında yürürlükte olmak üzere 15.12.2014 tarihinde imzalanmıştır. Metal sektöründe faaliyet gösteren başka bazı işyerlerinde daha yüksek oranda zam yapıldığını duyan işçiler tarafından ülke çapında bazı eylemler başlamış, bu arada da davalıya ait Kocaeli'nde bulunan işyerinde 21 Mayıs ile 03 Haziran 2015 tarihleri arasında yaklaşık 3000-4000 işçinin katıldığı eylemler yapılmıştır. Eylemin işyerine yaklaşık 500 metre uzakta üçüncü şahsa ait boş bir arazide gerçekleştiği ve son olarak imzalanan toplu iş sözleşmesinin üç yıllık olarak bağlanmış olmasına ve toplu iş sözleşmesinde taleplerinin karşılanmamış olmasına tepki gösterildiği anlaşılmaktadır. Eylemin gerçekleştiği sırada yetki süreci söz konusu olmayıp, yaklaşık ay önce imzalanmış bir toplu iş sözleşmesi bulunmaktadır. İşverence, toplu iş sözleşmesinin imzalanması öncesindeki yetki sürecinde işçilerin sendika seçme özgürlüğüne müdahalede bulunduğu da ileri sürülmemiştir.

Toplu eyleme katılan işçilere davalı işverence gerekli duyurular yapılmak suretiyle işe dönmeleri sağlanmaya çalışılmıştır. Zaman içinde eyleme katılan işçilerde azalma olmuş ve herhangi bir müdahaleye gerek olmaksızın eylem sona ermiştir. Buna rağmen eylem 13 gün devam etmiş ve davacının da aralarında bulunduğu işçiler tarafından işe devamsızlık sebebiyle üretim faaliyeti önemli ölçüde aksamıştır.

Davalı işverence savunması alınan çok sayıda işçi de eylemin işverence karşı olmadığını, toplu iş sözleşmesini bağtlayan sendikaya tepki olarak eylemlere katıldıklarını açıklamışlardır. Bazı işçiler ise uygunsuz çalışma koşulları sebebiyle toplu eylem haklarını kullandıklarını bildirmişler ancak uygunsuz çalışma koşullarının neler olduğunu ortaya koymamışlardır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 58. maddesinde, "İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir. Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun

olarak yapılan greve kanuni grev denir. Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır.” şeklindeki kurala yer verilmiştir.

Somut olayda, işyerinde toplu iş sözleşmesinin imzalanması sırasında çıkan uyuşmazlıkla ilgili bir kanuni grev hakkının kullanılmadığı açıktır. Bundan başka bireysel veya toplu iş hukukuna dair bazı hakların savunulması için işçilerin demokratik ve barışçıl toplu eylem haklarının olabileceği 87 ve 98 sayılı ILO Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı ile Anayasanın 51., 54., ve 90. maddelerinin bir gereği olsa da, eylemin işverene özel olarak zarar verme kastı içermemesi ve ölçülü olması gereklidir.

Davalı işyerinde gerçekleşen ve 13 gün süreyle devam eden toplu iş bırakma eyleminin zamanlaması, katılımı sayısı ve süresi değerlendirildiğinde ölçülü olmaktan uzak olduğu görülmektedir. Bu nedenle davacının da işi bırakmak suretiyle destek verdiği toplu eylemin, iç hukuk ve bağlı bulunduğu uluslararası mevzuat çerçevesinde hukuka uygun olduğundan söz edilemez ve işverenin haklı fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir.

Öte yandan 3000-4000 kadar işçinin katıldığı toplu eylem sebebiyle davalı işveren eylemin başından sonuna kadar destek verdiği 550 işçiyi belirlemek suretiyle disiplin kuruluna sevk etmiş ve bunlardan davacının da aralarında olduğu 50 kadar işçinin iş sözleşmesini feshettiğini bildirmiştir. Eyleme katılan ve baştan sona destek veren işçilerin bazılarının iş sözleşmesi feshedilmezken davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur. Davalı işveren, davacı işçi ile iş sözleşmesi feshedilmeyen aynı durumdaki işçiler arasındaki ayrımı haklı kılan bir nedeni ortaya koyamamıştır.

Davalı tanığı beyanında, disiplin kurulu tarafından 550 işçiden 50 kadar işçinin iş sözleşmesinin feshine gerekçe olarak, farklı birimlerde üretimin aksamaması için dengeli bir dağılım yaparak işten çıkarılacakların tespit edildiği bildirmiştir. Sözü edilen gerekçe işçiden kaynaklanan ayrımı kılan bir neden değildir. İşveren kendi iş organizasyonu kapsamında üretimi aksatmayacak şekilde işten çıkarılacak işçilere farklı ünitelere göre belirlemiş olmakla, feshin bu gerekçeyle haklı olduğundan söz edilemez. Ancak işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket etmiş olması, geçerli nedeni ortadan kaldırdığından ve davacının hukuka aykırı şekilde işi bırakmak suretiyle katıldığı toplu eylem sebebiyle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir. Bu durumda davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM:

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,
 2. Davanın REDDİNE,
 3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
 4. Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,
 5. Davacı tarafça yatırılan ve harcanmayan gider avanslarının davacıya, davalı tarafça yatırılan ve harcanmayan gider avansının davalıya iadesine,
 6. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre belirlenen 1.800 TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
 7. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,
- Kesin olarak 11/03/2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

I. TOPLU EYLEM HAKKI VE SINIRLARI

1. Uluslararası hukukta grev hakkı

Grev hakkı işçilerin ekonomik ve sosyal çıkarlarının korunması noktasında toplu pazarlık hakkının esaslı bir unsurunu oluşturur. Hak, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri olan Uluslararası Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (md.8), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 11), Avrupa Sosyal Şartı (md.6) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda ve diğer bazı uluslararası düzenlenmelerde tanınmış, birçok ülkede anayasal düzeyde ele alınmıştır¹. ILO sözleşmelerinin denetim organları niteliğindeki Uzmanlar Komitesi ve Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi, grev hakkının 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmesine dahil olduğunu kabul etmektedir. Komite grev hakkını sözleşmenin 3 ve 10. maddelerinin ifadelerine dayandırmaktadır. Her iki maddede sendikaların kendi üyelerinin çıkarlarını savunmalarından bahsedilmekte olup, Komite bunun grev hakkını da içerdiğini kabul etmektedir². Bu hükümlerin temelinde konuya ilişkin kapsamlı bir kazai içtihat oluşmuştur.

ILO içtihatları geniş ölçüde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına yansımıştır. Özellikle Demir/Baykara (Demir and Baykara v. Turkey App. No. 34503/97) Enerji Yapı Yol Sen (Enerji Yapı Yol Sen v. Turkey App. No. 68959/01) kararlarında toplu pazarlık ve grev hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde düzenlenen sendika özgürlüğünün esaslı unsurlarını oluşturduğu kabul edilmiştir. Sonuç olarak bu haklara müdahalenin AİHS md. 11'in ihlali niteliğinde olduğu ve müdahale için meşru amaçların varlığının gerektiği sonucuna varılmıştır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı ise grev hakkının esaslı niteliğini tanıırken, ILO ve AİHM tarafından savunulan ve örgütlenme özgürlüğüne dayandırılan hakkın korunması ile aynı derecede koruma sağlamada başarısız olmuştur. Viking (C-438/05 International Transport Workers Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line (2007), ECR I-10779) ve Laval (C-341/05 Laval v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet (2007) ECR I-11767) kararlarında AB Adalet Divanı her iki değer arasında çatışma bulunduğu, toplu hakları (sendika, toplu sözleşme ve grev) AB'nin ekonomik özgürlüklerinin altında sınıflandırmıştır. AB Adalet Divanı grev hakkını işletmelerin serbest dolaşımı karşısında sınırlama olarak görmüş ve böyle bir sınırlamanın mesele bazında ölçülülük altında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre işçilerin korunması için sıkı gereklilik bulunmadıkça grev hakkı AB hukuku kapsamında yasa dışı olabilecektir. Belirtmek gerekir ki AB Adalet Divanının bu kararları doktrinde eleştirildiği gibi, AİHM kararlarına da ters düşmektedir.

a. ILO Sözleşmeleri ve Denetim Organlarının Kararları

ILO'nun 44, 92, 102, 105 sayılı Sözleşmelerinde toplu iş uyuşmazlıklarına atıfta bulunulmakla birlikte, 87 ve 98 sayılı sözleşmelerinde greve ilişkin hükümler yer almaz. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi ILO'nun denetim organları önüne gelen meselelerle ilgili olarak yaptıkları değerlendirmelerde grev

¹ Hakkın korunması bakımından uluslararası diğer düzenlemeler için bkz. The Right to Strike and the ILO: The Legal Foundations, March 2014.

² Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5 th. Edn., 2006.

hakkının örgütlenme hakkının doğal sonucu ve işçilerle işçi örgütlerinin temel hakkı olduğunu kabul etmiştir. ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesine göre 87 sayılı Sözleşmenin 10. maddesi sendika hakkını, çalışanların kendi mesleki menfaatlerini korumak ve geliştirmek için örgütler kurmak olarak düzenlemiş ve 3. maddede örgütlerin bu amaçla tüzük ve iç yönetmeliklerle faaliyetlerini düzenlemesine imkan tanımıştır. Faaliyetler sendikaların işverenlerle müzakerelere girişme ve üyelerinin mesleki menfaatlerini etkileyen konularda görüş açıklamalarını da içerir. Dolayısıyla grev hakkı, işçilerin ekonomik ve sosyal menfaatlerinin korunması için meşru bir vasıta olarak işçilerin ve işçi örgütlerinin ortak ve en önemli faaliyetlerinden birini oluşturur³.

Grev hakkı sınırsız değildir. ILO Uzmanlar Komitesi ve Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi de grev hakkının mutlak bir hak olmadığı, hakkın kanunla getirilen meşru sınırlamalar çerçevesinde kullanılabileceğini kabul etmektedir. Belirtmek gerekir ki, ILO'nun sözleşmeleri ve Denetim Organlarının kararlarında **“toplu eylem”** ibaresi geçmemektedir. Ancak greve ilişkin açıklamalar ve tespitler dikkate alındığında, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uygulanan grev dışında bir kısım eylemlerin korunduğu, işin tümüyle bırakılması dışında farklı eylem türlerinin grev kavramı altında ele alındığı tespit edilmekte olup, bu noktada ILO tarafından özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından kullanılan toplu eylem hakkı ile büyük ölçüde örtüşen bir grev kavramının benimsendiği söylenmelidir.

ILO özellikle saf politik grevlerin örgütlenme özgürlüğü alanına girmediğini kabul eder. Zira bunlarda ekonomik ve sosyal menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi amacı bulunmaz. Dayanışma ve sempati grevlerinin tümüyle yasaklanmasının kötüye kullanımlara sebebiyet verebileceği kabul edilir. Bu tür eylemlerin meşruiyeti, desteklenen grevin yasal olması şartına bağlıdır. Aletlerin bırakılması, işi yavaşlatma, oturma, aşırı kurallı çalışma gibi eylemler barışçıl şekilde gerçekleştirildiği sürece korunmalı, barışçıl nitelik bulunmadığı takdirde kısıtlanmalıdır⁴. Yine ILO Sendikal Özgürlükler Komitesi de, grev hakkının yalnızca sözleşmenin imzalanmasından önceki uyumsuzluklarla sınırlanamayacağını, üyelerinin sosyal ve ekonomik menfaatlerini ilgilendiren hususlarda memnuniyetsizliklerini ifade edebilmeleri gereğini kabul etmiştir⁵. Ancak bir toplu iş sözleşmesinin devamı sırasında grev yasaklanmışsa toplu sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili tarafsız ve hızlı mekanizmalar kurulmasının gerektiğini belirtmiş⁶, bir başka deyişle belirli koşullar altında toplu sözleşmesinin devamı sırasında grev hakkının yasaklanabileceğini kabul etmiştir.

³ J.Hodges-Aeberhard/A. Odero de Dios, “Principles of the Committee on Freedom of Association Concerning Strikes”, *International Labour Review*, Vol. 126, No. 5, 1987; J.R. Bellace, “The ILO and the Right to Strike”, *International Labour Review*, Vol. 153 (2014) N.1, 30; M. Gülmez, “Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Hakkını Kapsar mı?”, *Çalışma ve Toplum D.*, 2008/3, 141-142.

⁴ B. Gernigon/A. Odero/H. Guido, “ILO principles concerning collective bargaining”, *International Labour Review*, Vol. 139 (2000), No. 1, 444 vd.

⁵ *Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 484; 2006 Digest, para. 531.

⁶ 2006 Digest, para. 533.

b. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa Sosyal Şartı'nın 6/4. maddesine göre; **"menfaat uyuşmazlıkları halinde, işçilerin ve işverenlerin daha önce yürürlüğe giren toplu sözleşmelerden ortaya çıkmış olabilecek yükümlülükler saklı kalarak, grev hakkı dahil, toplu eylemde bulunma hakkını tanır"**.

Görüldüğü gibi Avrupa Sosyal Şartı'nda;

-Toplu eylem hakkı, grev hakkını da dahil olduğu bir üst kavram olarak tanınmıştır.

-Toplu eylem hakkı kapsamına işverenler tarafından başvurulabilecek eylemler de dahil edilmiştir.

-Toplu eylem hakkında menfaat uyuşmazlıklarında başvurulabileceği öngörülmüş, **hak uyuşmazlıkları kapsam dışında** tutulmuştur⁷.

-Toplu eylem hakkı sınırsız bir hak olarak kabul edilmemiştir. Nitekim, Şartın 6/4 ve 31. maddeleri bu esası ortaya koymaktadır. Devletler 31. madde hükümlerine uygun olmak kaydıyla grev hakkını yasalarla düzenleyebilirler.

Avrupa Sosyal Şartı'nda toplu eylemin grevi de kapsayan bir üst kavram olarak benimsenmesinin sonucu olarak kurallı çalışma, iş yavaşlatma, boykot, işyeri işgali gibi toplu eylemler hakkın kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak konuya ilişkin olarak normatif ve detaylı esaslar ortaya konulmamıştır. Bu noktada esas itibarıyla grev kavramı üzerinde yoğunlaşmışsa da, diğer toplu eylemlere ilişkin açık tespitler bulunmadığı ve grev ile diğer toplu eylemler arasındaki sınırlar belirlenmediğinden, grevin de tam bir tanımının yapılmadığı belirtilmektedir. Ancak kelime anlamıyla işin belirli bir süre ile tümünden bırakılmasının grev olarak kabul edildiği tespit edilmektedir⁸. Grev kavramı bakımından işin geçici süreyle durdurulması objektif koşulu oluştururken, subjektif unsur meşru bir amacın bulunması gereğidir. İşçiler ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumak amacıyla grev hakkını kullanabilirler.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin ilk kararlarında hükümde korunan toplu eylem hakkının sadece çıkar uyuşmazlıklarında geçerli olduğu, hak uyuşmazlıklarında özellikle **toplu iş sözleşmesinin varlığı, yorumu, geçerliliği veya ihlaline ilişkin hak uyuşmazlıklarında**, örneğin yürürlüğü süresinde içeriğinin değiştirilmesi amacıyla toplu eylem yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu noktada amaç bakımından sınırlama ortaya konulmuştur. Bir toplu iş sözleşmesinin değiştirilmesinin hak uyuşmazlığı olarak değerlendirilmesi Komitenin Alman ve İskandinav iş hukuku sistemlerindeki kavramı açıkça kullanmamakla birlikte "barış borcu"ndan hareket ettiğine işaret etmekte olup, tartışmalara neden olmuştur⁹.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin kararları 2002 yılına kadar bu yönde devam ederken, 2002 yılında toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü süresince "barış borcu"nun varlığına ilişkin yasal düzenleme getirilmesinin Şartın 6. maddesine aykırı olduğu, ancak TİS taraflarının bu yönde bağlayıcı düzenleme getirebileceğini kabul etmiştir. Bu yorum Almanya, İskandinav ülkeleri ve Malta bakımından Şartın yürürlüğünden 35 yıl sonra mevzuatın uyumu sorununu bera-

⁷ Conclusions I, Statement of Interpretation on Article 6§4, 38; Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 1 September 2008.

⁸ S. Evju, "The Right to Collective Action Under The European Social Charter", European Labour Law Journal, Volume 2 (2011) No.3, 203.

⁹ Evju, 204.

berinde getirmiştir. Ancak bir sonraki denetim dönemi olan 2004 yılında Komite tekrar görüş değiştirerek barış borcunun yasa ile getirilebileceğini, TİS’de açıkça yer almasa bile mahkemelerin bunu uygulayabileceğini benimsemiştir. Komite bu noktada barış borcunun tarafların gerçek iradelerini ve arzularını yansıttığından hareket etmiştir. Komite Norveç ve Danimarka’yla ilgili olarak kararlarında bu hususa açıkça yer vermiştir. Komite Norveç’e ilişkin değerlendirmelerinde, Norveç endüstri ilişkileri sisteminde toplu sözleşmelerin belirli bir süreyle grevin yasaklandığı sosyal barış anlaşması olarak görüldüğünü, barış borcunun sözleşmesel bir borç olduğunu, yasayla getirildiğini belirtmiştir. Borç sözleşmenin varlığı, geçerliliği, yorumu ve uygulanmasıyla ve sözleşmeden doğan haklarla ilişkilidir. Norveç sistemi dikkate alındığında barış borcunun sosyal tarafların arzusu olduğu ve sistemin Şartın 6/4 maddesi ile uyumlu olduğu kabul edilmelidir¹⁰. Belirtmek gerekir ki, benzer açıklamalar Danimarka için de yapılmıştır.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi 2014 tarihli faaliyet raporunda toplu iş sözleşmesinin yapılması amacı taşımayan grevleri yasaklayan Alman Mevzuatına ilişkin önceki yıllardaki görüşünü değiştirdiğini belirtmiştir. Komiteye göre Alman Hukukundaki bu düzenleme hak uyuşmazlıklarının mahkeme tarafından çözümlenmesi esasına dayanır. Toplu eylem ise toplu menfaat uyuşmazlıklarında söz konusu olur. Bu noktada, toplu menfaat uyuşmazlıklarında toplu eylem hakkına aşırı sınırlamalar getirilmediği süre Alman Hukukunun Şartın 6/4 maddesi ile uyumlu olduğu söylenmelidir. Ancak mahkeme kararı ile çözümlenemeyen ve toplu iş sözleşmesinin yapılmasının dışında kalan menfaat uyuşmazlıkları bulunabilir ve bu noktada toplu eylem hakkı kullanılabilir¹¹.

Görüldüğü gibi Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, menfaat uyuşmazlığında greve gidilebilmesi yönündeki md. 6/4’ü yorumlarken menfaat uyuşmazlığı kavramını da ortaya koymuştur. Komite’ye göre, menfaat uyuşmazlığı yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında söz konusu olabileceği gibi, mevcut bir toplu sözleşme sırasında da ortaya çıkabilir. Bu noktada salt yeni bir toplu iş sözleşmesinin bağitlanması amacıyla greve gidilebilmesi Şart ile uyumlu değildir. Zira, toplu pazarlık sözleşme dışındaki hususlarda da söz konusu olabilir. Örneğin toplu iş sözleşmesinin devamı sırasında da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması gibi amaçlarla toplu eylem hakkı kullanılabilir. Yine bir işletmenin toplu işçi çıkarmayı planlaması veya karar vermesi ve bir kısım işçinin bunu önlemek için veya çıkarılanların yeniden alınması için toplu pazarlık kullanılabilir. Komiteye göre toplu pazarlık bir veya birden fazla işveren ile işçi organı “de facto” veya “de jure” arasında ortak bir problemin çözülmesini amaçlayan bir pazarlığı ifade eder. Toplu sözleşmenin varlığına ve değiştirilmesine yönelik olarak kullanılmadığı sürece bir toplu iş sözleşmesinin varlığı toplu eylem hakkının kullanılmasına engel oluşturmaz.

Yukarıda da belirtildiği gibi toplu eylem hakkı sınırsız olmayıp, bu hakkın kullanımına getirilecek çeşitli sınırlamalar Şarta uygun kabul edilmiştir. Bu çerçevede kimlerin grev yapabileceği, grev hakkının kullanılmasından önce geçilmesi gereken prosedür hükümleri, greve başvurmadan önce barışçı çözüm yollarının denenmiş olması, bazı işyerlerinde grev sırasında işyerindeki bir ta-

¹⁰ Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, 1 September 2008, 56; Conclusions 2004, Norway, 404.

¹¹ European Committee of Social Rights, Activity Report 2014, 25.

kim faaliyetlerin sürdürülmesi yolundaki yasal düzenlemeler grev hakkına getirilebilecek sınırlamalar arasında kabul edilmiştir¹².

Türkiye 1961 tarihinde imzaya açılan Avrupa Sosyal Şartını ve 1996 tarihinde imzaya açılan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını imzalamış ve onaylamak üzere kanun çıkarmış, “Örgütlenme Hakkı” ve “Toplu Pazarlık Hakkı” na ilişkin maddeler ise onaylanmamıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye’ye ilişkin kararlarında Şartın ilgili hükümlerini de uygulamıştır.

c. AB Temel Haklar Şartı

AB Temel Haklar Şartı md. 28’de “Menfaat uyuşmazlıklarında çıkarların korunması için grev de dahil toplu eylem” hakkı tanınmıştır. Grev dışındaki eylemler bazı AB ülkelerinde halen yasaktır. Örneğin, Almanya, Danimarka, Fransa, Avusturya’da işyeri işgali, işyerinin girişinin engellenmesi, oturma eylemleri bir kısım medeni hakları ihlal edici, hukuka aykırı eylemler olarak kabul edilir.

Belirtmek gerekir ki, AB hukukunda toplu eylem hakkının hak olarak tanınıp tanınmayacağı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Tartışmalar toplu eylem hakkının nasıl, ne şekilde kullanılabileceği, sınırlarının tespiti konusunda.

AB Temel Haklar Şartı’nın 52. maddesinde toplu eylem hakkının sınırlandırılmasına izin verilmiştir. Bununla birlikte maddede sınırlandırmanın “kanunla getirilmesi ve hakkın özünü koruması” ayrıca “**ölçülülük ilkesine uygun olması**” nihayet “gerekli ve Birliğin gerçek amaçlarını karşılaması, diğerlerinin hak ve çıkarlarının korunması ihtiyacını dikkate alması gerekir”¹³. Nitekim Adalet Divanı Laval ve Viking kararlarında toplu eylem hakkının AB Temel Haklar Şartının bir parçası olduğunu kabul etmekle birlikte, Şartın 28 ve 52 maddeleri uyarınca bu hakkın sınırlandırılabilirliğini ve hatta çok tartışılan bir biçimde ekonomik özgürlükler karşısında toplu eylem hakkı söz konusu olduğunda, toplu eylem hakkının meşru bir amacı olduğunu ve orantısız bulunmadığı ispat yükünün de sendikada olduğunu kabul etmiştir¹⁴.

d. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan “İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi” 1953 yılında yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından da 04.11.1950 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmenin 11. maddesi “Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki maddede veya Sözleşmenin herhangi bir diğer maddesinde toplu eylem hakkı düzenlenmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uzun yıllar toplu sözleşme ve toplu eylem hakkını maddenin kapsamında görmemiştir. Mahkemenin bu tutumunun nedeni 2. Dünya Savaşı sonrasında medeni ve politik haklarla,

¹² A.M. Swiatkowski, “Resocialising Europe through a European Right to strike modelled on the Social Charter”, Resocialising Europe in a Time of Crisis, ed. N. Countouris/M. Freedland, Cambridge 2013, 400 vd.

¹³ B. Bercusson, European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights, Brüksel 2002, 81-83.

¹⁴ A. Hinajeros, “Laval and Viking: The Right to Collective Action versus EU Fundamental Freedoms” Human Rights Law Review, 8: 4, 2008, 714 vd.

sosyal ve ekonomik hakların ayrı başlıklar altında ele alınması olarak değerlendirilmektedir. Bu dönemde AİHM Sözleşmenin 11. maddesi altında sendika kurma ve katılma hakkını sendikaların üyelerinin çıkarlarını koruma için tanımış bir hak olarak görmüş, ancak grevi bu kapsama dahil zorunlu bir hak olarak kabul etmemiştir¹⁵. Sonuç olarak grev hakkına müdahalenin sadece iki halde md. 11'in ihlali olabileceğini benimsemiştir. Bunlardan ilki sendikaların işçilerin çıkarlarını adil olarak korumak için alternatif yöntemler kullanmasının engellenmesi ve grev hakkının kullanılmasının sınırlanmasında ayrımcılığın söz konusu olması halinde ihlalin sözkonusu olabileceği sonucuna varmıştır. Demir ve Enerji davasına kadar örgütlenme özgürlüğünün, fiili olarak işveren tarafından sendikaların kendi üyelerinin yararına dinlenilmesine razı edilmesi anlamına geldiği kabul edilmiştir.

Bununla birlikte Mahkeme özellikle Türkiye'ye ilişkin Demir Baykara ve Enerji Yapı Yol Sen kararlarında toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkının 11. maddeye dahil olmadığı yolundaki görüşünü yeniden değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 11. maddesinin toplu sözleşme hakkını içerdiği gibi aynı zamanda toplu eylem hakkını da içerdiği sonucuna varmıştır¹⁶. Türkiye aleyhine hüküm oluşturulan bu kararda Türkiye'nin istisna tuttuğu Avrupa Sosyal Şartı'nın toplu pazarlık hakkına ilişkin 6. maddesine ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin yorumlarına, Avrupa Temel Haklar Şartının 28. maddesine atıf yapılmış, Türkiye'nin bağlı olmadığı sözleşme hükmü dolaylı olarak uygulanmıştır. AİHM'e göre; devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilen bir dizi kural ve ilkelerin Avrupa Devletlerinin ortak uluslararası veya ulusal standartları haline gelmesi Mahkeme tarafından dikkatten kaçırılmaması gereken bir realitedir. Bu yorum çerçevesinde, uluslararası hukuk normlarında ortak temele sahip sözleşme hükümleri yorumlanırken, ilgili devlet tarafından konuya ilişkin tüm sözleşmelerin onaylanıp onaylanmadığı arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Mahkeme için uluslararası vasıtaların, uluslararası hukuk veya Avrupa Konseyinin üyesi devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelere sürekli bir gelişime işaret etmesi, belirli bir alanda modern toplumlardaki ortak temelleri ifade etmesi yeterlidir.

Enerji Yapı Yol Sen davası, toplu pazarlık hakkını örgütlenme hakkının esaslı bir unsuru olarak kabul eden Demir Baykara'dan sonra mahkeme önüne gelmiş ve mahkeme grev hakkının, Sözleşmenin 11. maddesi kapsamında toplu pazarlığın sonucu olduğunu belirtmiştir. AİHM grev hakkının mutlak bir hak olmadığını belirli sınırlama ve koşullara bağlı olabileceğini kabul ederken, özellikle kamu görevlileri ile ilgili olarak sınırlamaların açık ve dar olarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Sonuç olarak Mahkeme sendika üyelerinin grev veya diğer endüstriyel eylemlerde yer alma konusundaki meşru çıkarları karşısında, hakkın kullanılmasını gerekçesiyle disiplin cezası uygulanmasını, madde 11 ile bağdaşmaz olduğunu kabul etmiştir. Ancak grev hakkı mutlak

¹⁵ National Union of Belgian Police v. Belgium App. No. 4464/70, 27 October 1975; Swedish Engine Drivers Union v. Sweden App. No. 5614/72, 6 February 1976; Schmitz Dahlström v. Sweden App. No. 5589/72, 6 February 1976; Unison v. United Kingdom App. No. 53574/99, 10 January 2002; Wilson, National Union of Journalist and Others v. United Kingdom App. No. 30668/96, 2 July 2002; Dilek and Others v. Turkey, App. No. 74611/01, 17 July 2007.

¹⁶ Demir –Baykara v. Turkey (34503/97 ECHR 2008-11-12); Enerji Yapı Yol Sen v. Turkey (68959/02 ECHR 2009-07-30).

hak olmadığı için belirli sınırlamalara ve koşullara bağlı tutulabilecek olup, md. 11/2'de öngörülen sıkı bir ölçülülük denetiminden geçmelidir. Dolayısıyla hakka getirilebilecek sınırlamalar yasayla öngörülmüş, baskın sosyal ihtiyaca dayalı olmalı ve hakkın varlığını korumak için mümkün olduğunca dar olarak belirlenmelidir¹⁷.

Mahkeme sendika özgürlüğü ve örgütlenme hakkının içeriğini ve çerçevesini belirlerken uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerine dayanmıştır. Mahkeme 87, 98 ve 151 sayılı ILO sözleşmelerini ve ILO'nun denetim organlarının tespitlerini esas almıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye aleyhinde verdiği bu kararlar kamu görevlilerine (memurlara) ilişkindir. Kararlarda, kamu görevlilerinin **bir günlük iş bırakma** ve iş yavaşlatma eyleminin durdurulmasına ilişkin genelge ve buna dayalı olarak verilen disiplin cezası ele alınmıştır.

e. AIHM'in toplu eylem hakkına bakışı noktasında önem taşıyan İngiltere için verdiği 2014 tarihli karar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8 Nisan 2014 tarihli kararında İngiliz Hukukunda grev için getirilen katı sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 11'e aykırı olup olmadığı ele alınmıştır¹⁸.

Mahkeme kararına konu başvuru 80.000 üyesi bulunan "Ulusal Demir, Deniz ve Taşıma İşçileri Sendikası" tarafından yapılmıştır. Başvuru iki ayrı yasal sınırlamaya ilişkin olup bunlardan ilki grev oylaması ikincisi ise konumuzla ilgili olarak ikincil grev eylemine (dayanışma eylemine) ilişkindir.

Karara konu olayda Jarvis Plc grubuna dahil şirketler olan Fortline Limited ve Jarvis Rail'de toplam 1200 kişi çalışmakta olup 569'u sendika üyesidir. 2007 Ağustos ayında Fortline Limited 20 işçinin çalıştığı bir bölümü bir başka işverene devretmiştir Devralan Hydrex Equipment işçileri esasen daha düşük ücret ve haklarla çalışırken, devre konu işçiler yasal düzenleme gereği hakları aynen korunarak çalıştırmaya devam edilmiştir. Mart 2009'da devralan işveren Hydrex Equipment, devre konu işçilere zor piyasa şartları nedeniyle ücretlerini diğer işçilerin seviyesine indirmek istediğini bildirmiştir. Planlanan bu indirim ücrette % 36-40 oranına tekabül etmektedir. Bu arada sendika ile görüşmeler yapılsa da uzlaşma sağlanması mümkün olmamıştır. Şirketin ücretlerde indirimle ilişkin planını uygulamakta kararlı olması üzerine, işyerinde bir grev oylamasına gidilmiş ve işçilerin greve evet demesi üzerine 6-9 Kasım 2009'da grev yapılmıştır. Greve katılanlar aynı zamanda işyeri içinde grev gözcülüğü organize etmiştir. Hydrex ise yasaya göre grev gözcülüğünün sadece işyeri dışında yapılabileceği ve yasa dışı eylem nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu olunabileceği yolunda bir uyarıda bulunmuştur. İkinci grev 18-20 Kasım 2009'da ilan edilmiştir. Ancak Hydrex'in müzakereye istekli olduğunu bildirmesi üzerine ertelenmiş ve Hydrex tarafından bir revize teklif sunulmuştur. Sendika işçilere bu teklifi kabul etmelerini önermişse de, teklif işçiler tarafından kabul edilmemiştir. Sendikanın Hydrex içinde üye sayısının azlığı ve grevin faaliyet üzerinde ciddi bir etkisinin bulunmayacağını dikkate alan Sen-

¹⁷ Demir –Baykara v. Turkey; Ayrıca bkz. D. Köksal, "AIHM'nin Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Metodu", İş Hukukunda Güncel Sorunlar -5-, 28 Şubat 2015, 55 vd.

¹⁸ National Union Rail, Maritime and Transporter Workers v. UK, 31045/10 ECHR, 08.04.2014.

dika bu kez Jarvis üyelerini harekete geçirmeye karar vermiş ve dayanışma grevi organize etmiştir.

İngiliz Hukukunda ikincil eylem (dayanışma grevi) 1927 tarihli Trades Disputes and Trade Union Act ile yasa dışı kabul edilmiştir. Bu düzenleme 1926 tarihli genel grevin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. 1947 tarihli Trades Disputes and Trade Unions Act ile yasak kaldırılmıştır. 1974 tarihli Trade Unions and Collective Relations Act ile daha geniş koruma getirilmiştir. Halen mevcut düzenleme ise 1990'da Employment Act ile kabul edilmiş ve 1992'de konu tekrar ele alınarak yasaklanmıştır. Hükümet ikincil eylemin yasaklanmasının nedenlerine ilişkin olarak 1970'li yıllarda yaşananlara dayanmıştır. 1970'lerde grev yüzünden her yıl 12.9 milyon gün kaybının bulunduğu, 1980'lerde 7,2 milyon güne halen ise 700.000 güne düştüğü belirtilmiştir. Buna göre grev nedeniyle kayıp gün sayısının azalmasının nedeni, ikincil grevlerin yasaklanmasıdır.

Başvurucu Sendika uluslararası düzenlemeleri davada temel olarak ileri sürmüştür. Bu düzenlemeler arasında Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmeleri, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartına değinilmiştir. ILO'nun 87 sayılı sözleşmesinin Birleşik Krallık tarafından 1949 yılında imzalandığı, sözleşmenin grevden söz etmemesine rağmen, Uzmanlar Komitesinin sözleşmenin 3 ve 10. maddelerini temel alarak grev hakkına ilişkin bir dizi ilke kabul ettiği belirtilmiştir. Komitenin dayanışma grevlerine ilişkin tespitlerine genel olarak yer verildikten sonra 1989 yılında Birleşik Krallık ile ilgili yapılan eleştiriler vurgulanmıştır. Bu eleştiriler common law'un tüm grev ve endüstriyel eylemleri bir medeni hukuk konusu olarak yasadışı sayması, greve giden işçilerin sorumluluğuna gidilebilmesi, grev gözcülüğünün yasa ile sınırlandırılması ve dayanışma grevinin 1980'de yasaklanmasıdır. Bu düzenlemeler uyarınca boykot veya dayanışma grevine başvurulmaması Komite'ye göre sözleşmeye aykırıdır. Eğer desteklenen uyumsuzluk veya dayanışma grevi yasadışı değilse katılan işçilerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını ilgilendiriyorsa yasal kabul edilmelidir. Aynı eleştiri Birleşik Krallık için 1995 yılında ve 2012 yılında da yapılmıştır. 2012 yılında Komite Trade Union and Industrial Relations Act'ın ilgili hükümlerinin gözden geçirilmesini talep ederken, Hükümet gerekçelerin değişmediğini ve bu nedenle bir yasal değişiklik yapılmasının düşünülmeyeceğini bildirmiştir.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de 1993 ve 2010 yıllarında Birleşik Krallık ile ilgili eleştiriler getirmiştir. Bu eleştiriler arasında barışçıl eylem uygulaması dışında ikincil nitelikteki endüstriyel eylemler (dayanışma grevleri) için bireylere güvence getirilmemiş olması, eylemde yer alan işçilerin işten çıkarılmasına karşı destek olmak için endüstriyel eylem organize edilmesine karşı güvence getirilmemiş olması, toplu eylemin sadece işçilerle işverenleri arasındaki uyumsuzlukla sınırlanmış olması ve işyeri devri durumlarında gelecekteki işveren ve iş koşullarına yönelik bir toplu eylemin yasaklanmış olması yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararında öncelikle Sözleşmeler Hakkında Viyana Konvansiyonuna da dayanarak toplu eylemin AİHS md.11 kapsamında bir hak olduğunu belirtmiş ve Demir/Baykara kararına da atıf yapmıştır. Mahkeme ardından bu hakka müdahale için md.11'de belirtilen meşru nedenlerin bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir.

Mahkeme bu noktada asli ve tali eylemler, yani grev ve dayanışma eylemleri arasında ayrıma gitmiştir. Grev dışı dayanışma eylemlerinde diğer kişi-

lerin hak ve özgürlüklerinin olası ihlalinin söz konusu olabileceği ve bu noktada daha geniş bir sınırlandırma yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir. Yine Demir/Baykara olayında konunun doğrudan Türk Mevzuatında kamu görevlilerine sendika hakkı tanınmaması olduğunu ve bu nedenle aynı esasların uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, ILO ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından İngiltere’de grev dışı toplu eylemlerin tümüyle yasaklanması eleştirilmektedir; ancak denetim organları tarafından yapılan olumsuz değerlendirmeler somut olay bakımından ikna edici değildir. İlgili devletin sosyal ve ekonomik stratejileri ile ilgili müdahale yetkisi geniş tutulmalıdır. Ulusal otoriteler ve özellikle seçilmiş Parlamento’nun kamu çıkarını ve sosyal ekonomik çıkarları uluslararası hakimden daha iyi bilecek durumda olduğu kabul edilmelidir.

Kararda ilginç noktalardan biri; Mahkemeye göre Avrupa Sosyal Haklar Komitesi’nin yetkisini tanıyan ve Avrupa Sosyal Şartını Değiştiren Protokolü Birleşik Krallık imzalamadığından Sosyal Haklar Komitesinin konuya ilişkin değerlendirmelerinin bağlayıcı olmadığı ve yine ILO’nun Uzmanlar Komitesinin görüşlerinin ve tavsiyelerinin esnek hukuk kuralları niteliğinde olup, bağlayıcılık taşımadığıdır. Mahkeme Birleşik Krallık mevzuatındaki bu yasağın 20 yıldan uzun süre ile yürürlükte kaldığını ve bir demokratik uzlaşa ile kabule işaret ettiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca burada tümüyle yasaklamanın doğrudan **ölçülülük ilkesine** aykırı olmadığını kabul etmiştir.

AİHM bu noktada İngiliz Hukukunun dayanışma niteliğindeki toplu eylemleri yasaklayıcı düzenlemesinin AIHS md. 11’e aykırı olmadığı sonucuna varmıştır¹⁹. Sonuç olarak AİHM ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi kararlarında toplu eylem hakkının tanındığı ancak belirli sınırlamaların öngörüldüğü, her bir olayın ve hukuki sistemin özelliklerinin dikkate alındığı, örneğin Demir/Baykara olayının özelliklerinin 2014 tarihli İngiltere için verilen karardan farklı olduğunun kabul edilerek somut olayın özellikleri ve ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

AİHM’in gerekçeleri dikkate alındığında bu kararın bugüne kadar verdiği kararlardaki temel görüşünden, hareket noktasından sapma oluşturmadığı ancak her bir somut olay bakımından değerlendirme yapılması gereğini ortaya koyduğu söylenebilir.

2. Toplu Eylem Hakkının Sınırları

Uluslararası belgeler ve denetim organlarının kararları incelendiğinde, toplu eylem hakkının grevi de kapsayan bir üst kavram olduğu ve hakkın kapsamında işçilerin ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri ile çalışma koşullarını korumak ve geliştirmek amacına dayalı barışçıl eylemlerin yer aldığı söylenmelidir. Uluslararası sözleşmelerin denetim organlarının kararlarında, toplu eylem hakkının salt toplu iş sözleşmesi prosedürü ile bağlantılı olarak tanınmasının sözleşmelerle korunan hakkın ihlali niteliğini taşıyacağı kabul edilmiştir. Ancak saf politik grevler korunmayacağı gibi, diğer eylemler de hak-

¹⁹ N. Tatulashvili, “When Can European States ban secondary strikes? Comments on the RMT Judgement, EU Law Analysis, 2 May 2014; M. Engin, “Sendikal Hak ve Özgürlüklere İlişkin AIHS Hükümleri, AİHM Kararları ve Türk Hukuku”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar -5-, 28 Şubat 2015, 145 vd.

kın özüne uygun olarak sınırlanabilir. Toplu eylem hakkı mutlak bir hak niteliği taşımaz.

Türk Hukuku bakımından yapılacak değerlendirmede, uluslararası normlar ve AY md. 90 hükmü ile Anayasa md. 54'de yapılan değişiklik gerekçesi dikkate alındığında toplu eylem hakkının grev dışında kalan barışçıl amaçlı eylemleri de kapsadığı kabul edilmelidir²⁰. Nitekim Y7HD, yasa ile havacılık hizmetlerinde grev hakkının yasaklanması girişimi üzerine Türk Hava Yolları işçilerinin işi bırakmalarını²¹ AY md. 90 uyarınca uluslararası normlara dayanarak toplu eylem hakkının kullanımı olarak değerlendirmiştir.

Kuşkusuz her hak gibi toplu eylem hakkının da sınırları mevcuttur ve olmalıdır. Kamunun ve üçüncü kişilerin yararı ki, genel sağlık ve millî güvenlik yanında tekel niteliğindeki toplu taşıma, gıda, ısınma vb. hizmetler bakımından sınırlamalar uluslararası denetim organları tarafından da geçerli kabul edilmektedir. Hakkın özünü ortadan kaldırmayan, demokratik bir toplumda gerekli görülen sınırlamalar meşru ve geçerli sınırlamalardır.

Toplu eylem hakkının kullanımındaki sınırlamalar amaç ve yöntem bakımından söz konusu olabilecektir.

a. Toplu İş Sözleşmesine Dahil Barış Borcu ve Toplu Eylem Hakkı

Bilindiği gibi toplu iş sözleşmesinin işlevi, klasik koruma işlevi ve düzen-istikrar unsurudur. Koruma işlevi sendikal örgütler vasıtasıyla eşit pazarlık gücüne sahip tarafların çalışma koşullarının tespitinde karşılıklı müzakereye girişmelerinin sağlanması ile gerçekleşir. İşçi-işveren ilişkilerindeki temel eşitsizlik, işçilerin serbestçe seçtikleri sendikada örgütlenmeleri ve işverenle eşit pazarlık gücüne sahip olarak çalışma koşullarını belirleyebilmeleri yoluyla giderilir²².

Düzen-istikrar işlevi ise toplu iş sözleşmelerinin yürürlükte oldukları süre içinde kapsamalarına giren iş ilişkilerinde bir benzerlik sağlaması, devlet müdahalesinden korunmuş özerk alan içinde çalışma koşullarının düzenlenmesi, çalışma koşullarının sözleşme süresi içinde sürekliliği açısından bir güvence getirilmesi anlamına gelir. Toplu iş sözleşmesi iş koşulları bakımından yürürlük süresi içinde istikrar sağlar ve böylece işçilere yürürlük süresi içinde kesin haklar sunar, işverene de üretim ve ücretler bakımından güvenli hesaplama temeli verir²³.

Toplu iş sözleşmesinde barış borcu çifte nitelikli bir borç olarak toplu sözleşme taraflarına bir yandan, sözleşme süresince karşı tarafa yönelik bir iş

²⁰ G. Alpogut, "6356 sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum", Legal D., 2012, Sayı 35, 52; aynı yazar, "Çalışma Yaşamına İlişkin Anayasal Değişikliklere Genel Bir Bakış", Çimento İşveren D., Temmuz 2010, 8 vd.

²¹ Y7HD., 04.06.2014, 7643/12368, Çalışma ve Toplum D., S. 43, 2014/4, 273 vd; aksi yönde Y22 HD, 14.5.2013 7515/10949, Çalışma ve Toplum D., S.2013/3, s.611-620. Yargıtay 7HD'nin bir başka olayda toplu eylem hakkını kabul eden kararı için bkz. 11.06.2014, 7358/13055.

²² A.C. Tuncay/F.B. Savaş-Kutsal, Toplu İş Hukuku, 4. Bası, 2015, 135 vd.; M. Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 5. Bası, 2015, 385; T. Dieterich/P. Hanau/G. Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage, 2016, § 9GG, Rn. 112.

²³ Sur, 385, Tuncay/Savaş-Kutsal, 136, Ü. Narmanloğlu, İş Hukuku II: Toplu İş İlişkileri, 3. Bası, 2016, 311-312.

mücadelesine girişmeme ve üyelerini bu yönde yönlendirmeme (kaçınma yükümü, negatif yükümlülük), diğer yandan sözleşme süresince üyelerinin bu yöndeki davranışlarına meşru vasıtalarla engel olma (etkide bulunma, pozitif davranış yükümlülüğü) getirir. Bu noktada barış borcu toplu iş sözleşmesinin süresi içinde tarafların çalışma koşullarının güvencelenmesi konusundaki çıkarlarına hizmet eder. Taraflar mevcut toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılan çalışma koşullarına karşı bir iş mücadelesi aracına (grev, lokavt vb) başvuramazlar. Esasen Avrupa Sosyal Şartı, ILO ve diğer uluslararası belgelerde ve yine karşılaştırmalı hukukta kabul edilen esas toplu iş sözleşmesinin süresi içinde, toplu iş sözleşmesinde mevcut çalışma koşulları bakımından barış borcunun bulunduğu ve bunun toplu sözleşmenin özünden kaynaklandığı gibi ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesinin de dayanak olarak kabul edilebileceği yönündedir²⁴. Bu açıdan Türk Hukukunda toplu iş sözleşmesinin belirli süreli yapılması istikrar unsuruna işaret etmekte ve barış borcunu güçlendirmektedir.

Baskın görüşe göre barış borcu toplu iş sözleşmesi taraflarını bağlar ve ancak işçiler sendika içi düzenlemelerle sendikaya karşı sorumludurlar. Bir diğer görüş ise, Fransa ve Birleşik Devletlerde olduğu gibi, barış borcunun işçinin de borcu olduğunu, işçinin üyelikle zımnen bu yükümlülük bakımından sendikayı yetkilendirdiğinden hareket etmektedir²⁵.

Barış borcunun salt toplu iş sözleşmesi taraflarını bağladığı kabul edilse bile, borç toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü süresince çalışma koşullarında istikrarın sağlanmasını gerektirir ve bu nedenle iş mücadelesi araçlarının (grev vb.) kullanılmasını önler. Zira, bu dönem için tarafların karşılıklı eşitliği esasına dayalı toplu sözleşme özerkliği dahilinde bağlanmış sözleşme ve çalışma koşulları mevcuttur. Toplu sözleşmenin devamı sırasında ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir takım eylemlerin hukukiliği kabul edilebilirse de, sözleşme ile kararlaştırılan çalışma koşullarının değiştirilmesi yönündeki eylemler barış borcunun içeriği ile bağdaşmaz²⁶. Nitekim yukarıda yer verilen Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin görüşleri de bu yolda olup, salt yürürlükte bir toplu iş sözleşmesinin varlığı toplu eylem hakkının kullanılabilmesine engel olmamakla birlikte, hak mevcut bir sözleşmenin varlığına, yorumuna veya değiştirilmesine yönelik olarak kullanılamaz. Bu noktada Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin nispi barış borcundan hareket ettiği söylenebilir.

b. Amaç Bakımından Toplu Eylem Hakkının Sınırları

Öncelikle işçilerin amacının çalışma koşullarını korumak ve geliştirmek olmadığı hallerde meşru bir eylemden söz edilemez. Öte yandan barışçıl nitelikte olmayan, işyerini tahrip edici, işyerinde diğer işçilerin çalışmasını engelleyici, işyerine diğer işçilerin veya işverenin girişini engelleyici eylemler uluslararası düzenlemeler tarafından meşru görülmez ve örgütlenme hakkı kapsamında kabul edilmez.

²⁴ M.A. Pfohl, Die Friedenspflicht der Tarifvertragsparteien Entwicklung und rechtliche Neubewertung von Kriterien zur Bestimmung ihrer Reichweite vor dem Hintergrund der sich verändernden Tariflandschaft, 2011, 25-26; Erfurter Kommentar, §9 GG, Rn. 125.

²⁵ Pfohl, 22; Erfurter Kommentar, § 9 GG, Rn.125.

²⁶ A.C. Tuncay, "Dirlik (Barışı Koruma) Borcu Üzerine", Sicil, 2015, S.33, 26; G. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Auflage, 2015, § 192, Rn. 17.

ILO Denetim Organları kararlarında sistematik olarak müzakerelerin gerçekleşmesinden çok önce gerçekleşen grevlerin örgütlenme özgürlüğünün kapsamına girmeyeceği belirtilmiştir²⁷.

ILO'ya göre, örgütlenme özgürlüğü ilkeleri, grev hakkını kullanırken cezai fiil teşkil eden suistimalleri korumamalıdır²⁸. Yine işçiler ve diğer kişiler tarafından üretim alanlarının işgal edilmesi özellikle de şiddete başvurulduğu durumlar 87 numaralı sözleşmenin 8. maddesine aykırıdır²⁹.

c. Yöntem Bakımından Sınırlama ve Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi birçok hukuk sisteminde, devlet ve yasa koyucu tarafından insan hakları ihlalleri ve gücün kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik temel ve bağlayıcı bir ilkedir. Temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılabilmesindeki makul sınırı ortaya koyar. Bu noktada alınan tedbir ve tedbirle meşru bir amacın izlenip izlenmediği belirleyicidir. Seçilen tedbir, hakkı en az zedeleyecek, en az zarar verecek ancak aynı zamanda amacı gerçekleştirmeye elverişli nitelik taşımalıdır. Bu anlamda tedbir sonucu verilen zarar ile izlenen amaç vasıtasıyla elde edilmek istenen yarar arasında tam anlamıyla ölçülülük bulunmalıdır³⁰.

Ölçülülük ilkesi birçok ülkede iş hukuku alanında uygulama alanı bulmaktadır. Alman Hukukunda grevin yasallığı bakımından ilke uygulanır. Alman Federal İş Mahkemesi 1971 yılında katılanlar, üçüncü kişiler ve kamu bakımından grev ve lokavtın ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiğine hükmetmiştir³¹. Bu gerekliliğin yerine getirilmesi noktasında toplu eylem yasal amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olmalı, bu amaçlarla ölçülü olmalı, sadece tüm diğer müzakereler başarısız olduktan sonra kullanılmalı (ultima ratio principle), amaca ulaşmak için gerekli olanı aşmamalı, her iki taraf yoğun olarak barışın yeniden tesisi için katkıda bulunmalı ve en kısa zamanda eylem sona erdirilmelidir. Dolayısıyla hakkın sınırları ve kullanımında ölçülülük kriterinin dikkate alınması gerekliliği ortaya konulmuştur.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi Alman Hukuku ile ilgili raporlarında grev hakkının kullanılmasında ölçülülük ilkesinin dikkate alınmasını kural olarak Şartın 6/4 maddesine aykırı bulmuştur³². Buna göre ölçülülük ilkesi mahkeme tarafından denetime tabi tutulamaz, sosyal tarafların konusudur. Komite yaptığı değerlendirmelerde özellikle mahkeme kararlarını talep ederek ilkenin ne şekilde uygulandığını denetime tabi tutmayı ve bu konuda esasların ortaya konulmasını talep etmiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı ise toplu eylem hakkı bakımından Laval davasında³³ ölçülülük ilkesini uygulamıştır. Kararda toplu eylem hakkının temel

²⁷ Digest 1985, para.372.

²⁸ 294 th report, case no 1719, para. 668.

²⁹ Digest 2006, para. 546.

³⁰ Pnina Alon-Shenker/Guy Davidov, "Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts", McGill Law Journal-Revue de Droit de McGill, 2013, 379.

³¹ BAG 21.04.1971, AP Nr. 43.

³² G. Buchholtz, Streiken im europaeischen Grundrechtsgefüge, 2014, 128.

³³ Laval un Partneri Ltd. v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, C-341/05, (2007) ECR I-11845, (2008) 2CMLR 9 (Laval).

hak olduğu ancak belirli sınırlamalara tabi bulunduğu, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Sözleşme tarafından garanti altına alınan temel haklardan biri olan hizmetlerin temini hakkını ihlal edebileceğinden ölçülü olarak uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu kararda ve Viking kararında³⁴ varılan sonuçlar ekonomik çıkarlara sosyal çıkarlar karşısında öncelik tanınması noktasında eleştirilmiştir. Eleştiriler arasında ölçülülük ilkesinin uygulanmasının, grevlerin toplu sözleşme prosedürüyle bağlantılı olması karşısında isabetli olmadığı ve sendikanın taleplerine ölçülülük ilkesinin uygulanmasının güç olduğu, devletin ekonomik menfaatler konusunda tarafsızlığı prensibini olumsuz olarak etkileyeceği hususları bulunmaktadır³⁵. Bununla birlikte ölçülülük ilkesinin farklı şekillerde uygulanması gerektiği çeşitli yazarlar tarafından belirtilmektedir³⁶.

Kanada hukukunda özellikle işyerine girişi engelleyici şekilde protesto eylemleri bakımından tartışılmıştır. Öncelikle anayasal olarak eylemin izin verilmiş veya sınırlandırılmış olup olmadığı konusunda denetimin yapılması gerektiği, ardından sendika ve işveren çıkarları arasındaki ilişki ve bu eylemin elverişli (uygun) olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Kanada Hukukunda anayasal bakımdan bu eylem ifade özgürlüğü kapsamında görülmektedir. Uygulama bakımından mahkemenin elverişlilik denetimi yetkisi bulunup bulunmadığı ise çeşitli mahkeme kararlarına konu olmuştur. Pepsi-Cola davasında Kanada Yüksek Mahkemesi bu tür bir eylemin suç veya haksız fiil oluşturmadığı sürece meşru olduğu, ifade özgürlüğüne dahil olduğu yolunda tespit edilmiştir. Ancak ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığı, demokratik bir toplumda gerekli ve makul sınırlamalara tabi olduğu belirtilmiştir. Mahkeme ikinci aşama olarak taraflar olan Pepsi Cola ve sendika arasındaki ilişkiyi değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre Pepsi Cola yöneticilerinin evlerinin önündeki protesto haksız fiil niteliğinde olup, durdurulması yönünde hüküm tesis edilmelidir. Ancak perakende satıcıların önünde yapılan barışçıl protestoya izin verilmelidir³⁷. Mahkeme eylemin işverenlere ve üçüncü kişilere ekonomik olarak zarar vermesini endüstriyel uyuşmazlıkların çözümünde gerekli bir maliyet olarak görmüş, ancak işyeri dışında diğer kişilerin girişini de engelleyecek şekildeki eylemleri problemlilik olarak nitelendirmiştir. Buna göre bu eylemlerde nötr durumdaki 3. kişiye verilen zarar ön plandadır veya işveren bakımından tamir edilemez zararlar ortaya çıkar. Dolayısıyla ya bunlara izin verilmemeli veya bazı sınırlamalara tabi tutulmalıdır³⁸.

Kanada Hukukunda Ontario Yüksek Mahkemesi bir başka kararda bu tür bir eylemin öncelikle işveren üzerinde baskı uygulama amacı taşıması gerektiğini, ancak işyerine girişi beş dakikadan fazla engellenmenin ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacağını, beş dakikalık sürenin uyuşmazlık hakkında bilgi ver-

³⁴ International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti, C-438/05, (2007) ECR I-10806, (2008) 1 CMLR 51.

³⁵ B. Bercusson, "The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day", *European Law Journal*, 13.3, 2007, 279, 304.

³⁶ C. Barnard, "A Proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action", *European Law Review*, 37, 2012, 117; N. Hos, "The Principle of Proportionality in Viking and Laval: An Appropriate Standard of Judicial Review?", *European Law Journal*, 1.2, 2010, 236.

³⁷ RWDSU, Local 558 v. Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd. 2002 SCC 8, (2002) 1 SCR 156 (Pepsi Cola).

³⁸ RWDSU, Local 558 v. Pepsi Cola Canada Beverages (West) Ltd. 2002 SCC 8, (2002) 1 SCR 156 (Pepsi Cola), para. 106.

me, işveren üzerinde sosyal ve ekonomik baskı uygulama amacının yerine getirilmesinde yeterli olduğu, daha fazla gecikmenin haklı kılınamayacağını kabul etmiştir³⁹. Belirtmek gerekir ki, karar çeşitli yönleri ile tartışmaya açık olarak değerlendirilmiştir.

Toplu eylem hakkının yasal sınırlarının açıkça düzenlenmemiş olması, uygulanacak kuralların belirsiz olması karşısında grev hakkı ile aynı korumaya sahip olmaması gerektiği söylenmelidir. Öyle ki, yasal grev toplu sözleşme prosedürü kapsamında bir baskı aracı olarak sınırları ve prosedürü belirli bir hak-tır ve kural olarak yasa ile öngörülen vasıtalar dışında yargı yoluyla sınırlanamayacağı söylenmelidir. 6356 sayılı Kanun md. 72’de yer alan “Grev hakkının ve lokavtın kötüye kullanılması” başlıklı hüküm esasen istisnai bir yargı denetimi öngörmekle, hakkın kullanımının amaca uygun olması, hakkın zarar verme amacı ile kullanılmaması yönündeki bir kabulün ifadesidir.

Grev dışı toplu eylemler bakımından ise süre, uygulanan yöntem vb. konularda herhangi bir yasal sınırlama bulunmadığından hakkın sınırlarının ortaya konulması önemli ve gereklidir. Dolayısıyla, bu tür eylemler bakımından ölçülülük ilkesinin uygulanamayacağı yolundaki değerlendirme iş ve işyeri barışının korunması karşısında sorunludur. Belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesi bakımından kesin sınırlar konulamayacağı gibi, ilke toplu eylemin keyfi olarak sınırlandırılması anlamına da gelmez. Hakkın kullanımındaki amaç ile kullanılan vasıta, uygulanan yöntem arasında bir orantının bulunmasını ifade eder. Ancak bir temel hakkın kullanımı söz konusu olduğundan karşı tarafa verilecek zarar değil, izlenen amaç, elde edilmek istenen yarar ön planda olmalıdır. Bazı durumda işverene veya üçüncü kişilere verilebilecek zarar büyük olmakla birlikte, elde edilmek istenen menfaat veya korunması gereken temel hakkın önemi dikkate alındığında eylemin meşru sayılması ölçülülük ilkesi kapsamında gereklilik arz edebilecektir. Karşı tarafın ihlal edilen hakkı ve verilen zarar değerlendirmede geri planda kalmalıdır.

Toplu eylem hakkının özünde uyarı, protesto, dikkat çekme amacının yer aldığı dikkate alındığında ancak bu amacı gerçekleştirmeye uygun vasıtalarla kullanılması, eylemin süresinin amaçla uyumlu olması durumunda demokratik bir hakkın kullanımından söz edilebileceği belirtilmelidir.

II. DAVA KONUSU OLAYIN TOPLU EYLEM HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dava konusu olayda karar metninden anlaşıldığı üzere, davacı işçi kendilerinin muhatap alınmaması, sendika seçme özgürlüğüne müdahale edilmesi, üye olmak zorunda kaldıkları sendika üzerinden baskı yapılması sebebiyle toplu eylem hakkını kullandıklarını, işveren tarafından bu eylem gerekçe gösterilerek gerçekte sendikal nedenle ve eşit davranma borcuna aykırı olarak iş sözleşmesinin sona erdirildiğini iddiayla feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadeye ve sendikal tazminatın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Karar bakımından değerlendirilmesi gereken ilk husus, işçilerin eylemlerinin demokratik bir hakkın kullanımı anlamında toplu eylem hakkı kapsamında kabul edilip edilemeyeceğidir. İkinci husus ise, fesihle eşit davranma ilkesinin uygulanabilirliğidir.

³⁹ 2005 CarswellOnt 4362 (WL), konuyla ilgili diğer kararlar ve değerlendirme için bkz. Alon –Shenker/Davidov, 399 vd.

1. Eylemin toplu eylem hakkı bakımından değerlendirilmesi

Dava konusu olayda karar metninde de yer aldığı üzere, 15.12.2014 tarihinde Türk Metal Sendikası ile davalı işverenin üye olduğu Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası arasında 01.09.2014-31.08.2017 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır.

Toplu iş sözleşmesinin imzasını takiben Metal sektöründe faaliyet gösteren başka bazı işyerlerinde daha yüksek oranda zam yapıldığını duyan işçiler tarafından ülke çapında bazı eylemler başlatılmış, bu arada davalı işverene ait Kocaeli'nde bulunan işyerinde 21 Mayıs ile 03 Haziran 2015 tarihleri arasında yaklaşık 3000-4000 işçinin katıldığı eylemler yapılmıştır. Eylem işyerine yaklaşık 500 metre uzakta üçüncü şahsa ait boş bir arazide gerçekleşmiştir. Eylem toplu iş sözleşmesinin üç yıllık olarak yapılması ve işçilerin taleplerinin karşılanmamış olması gerekçesine dayandırılmıştır. Eylem süresince işveren tarafından işçilere duyuruda bulunularak işe dönmeleri sağlanmaya çalışılmış, zamanla eyleme katılan işçilerin sayısında azalma olmuş, ancak toplamda 13 gün sürmüştür.

Eylem grev hakkı kapsamında değerlendirildiğinde, bu eylemin 6356 sayılı yasa çerçevesinde bir yasal grev olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira, eylem toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olduğu bir sürede yapılmıştır. 6356 sayılı Kanun md. 58/1 uyarınca,

“(1) İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.

2) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir.

(3) Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır”. Dava konusu olayda eylem toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde yapılmadığı gibi, sendika tarafından alınmış bir grev kararı da bulunmamaktadır.

Eylem amacı bakımından değerlendirildiğinde, işçilerin imzalanmış bir toplu iş sözleşmesinin şartlarını beğenmeyerek çalışmamaları, toplu iş sözleşmesinin özüne dahil barış borcuna aykırılık oluşturur. Barış borcunun salt sözleşme tarafları için bağlayıcı olduğu ileri sürülse dahi, borç esasen TİS yürürlük süresi içinde TİS'le kararlaştırılmış olan çalışma koşullarına uyma, bunlara karşı iş mücadelesi vasıtalarına başvurmamayı gerektirir. Nitekim, toplu eylem hakkını en geniş şekilde ele alan Avrupa Sosyal Şartı'nın 6/4 maddesine ilişkin Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin yorumlarında açıkça barış borcu ifade edilmemekle birlikte, bir toplu iş sözleşmesinin varlığının toplu eylem hakkının kullanılmasına engel oluşturmayacağı, toplu eylem hakkının sadece toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkan uyuşmazlıklarla sınırlı olmadığı belirtildikten sonra, bir toplu iş sözleşmesinin varlığına, içeriğine, değiştirilmesine yönelik uyuşmazlığın madde ile korunan toplu eylem hakkı kapsamında menfaat uyuşmazlığı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi mevcutken, farklı meşru gerekçelere dayalı olarak toplu eylem hakkı kullanılabilir. Ancak mevcut toplu iş sözleşmesine yönelik eylem koruma kapsamına girmez.

Dava konusu olayda ülke çapında yaşanan eylemlerin hareket noktasında, bir başka işyerinde aynı sendikanın tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi ile daha yüksek oranda zamların verilmesi yer almaktadır. Kendilerine daha düşük zam oranının sağlanması, toplu iş sözleşmesi süresinin 3 yıl olarak belirlenmesi ve sendikaya tepki gösterilmek istenmesi hususları eylemlerin gerekçesi olarak bizzat işçiler tarafından belirtilmiştir. Bu gerekçe de eylemin yasal bir demokratik hakkın kullanımı olarak değerlendirilmesine imkan vermez. Öncelikle bir sendikanın taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinde öngörülen zam oranının diğer işyerleri için imzalanan sözleşmelerde de kabul edileceği veya edilmesi gerektiği gibi bir görüş toplu sözleşmenin özüne aykırıdır. Toplu iş sözleşmelerinde ücret zamları işyerinin ekonomik yapısı, mevcut ücret seviyeleri vb. hususlar dikkate alınarak belirlenir. Toplu iş sözleşmesi sistemi özünde bir toplu pazarlık prosedürü niteliğindedir. Dava konusu olayda beş ay önce imzalanmış bir toplu iş sözleşmesi bulunmakta olup, sözleşmenin imzalanmasından sonra ücret seviyelerinin çok düşük kalmasına neden olan beklenmeyen hal vb. durumlar da mevcut değildir. Kaldı ki, değişen koşullarda dahi toplu eylem hakkının kullanımı tartışılabilir niteliktedir. İşçilerin eylem ile izledikleri amacın, beğenmedikleri mevcut toplu iş sözleşmesi hükümlerini değiştirme yolunda baskı uygulamak olduğu varsayıldığında, bu amacın hakkın kullanımında meşru bir amaç oluşturmayacağı, uluslararası düzenlemeler kapsamında da bu eylemin korunamayacağı belirtilmelidir.

Eylem yöntem ve ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirildiğinde, öncelikle aracın amacın elde edilmesine elverişli olması gerekir. Bu noktada elverişlilik amaca hizmet etme ile birlikte amacı aşan uygulamanın önlenmesini de ifade eder. Yukarıda da belirtildiği üzere işçilerin eylemi esasen Sendika'ya yönelik olmakla birlikte, sonuçları işveren üzerinde doğmuştur. Sendikaya yönelik bir protesto eylemi, üyelikten istifa, sendika binası önünde yasal sınırlar dahilinde basın açıklaması, gösteri yürüyüşü vb. şekillerde gerçekleştirilebilir. Bu noktada yapılan eylem amacı sağlamaya elverişli değildir. Öte yandan, demokratik hak kullanımını niteliğindeki toplu eylemin süre bakımından, hakkın özünde bulunan uyarı, protesto, ses duyurma niteliği ile uyumlu olması gerektiği söylenmelidir. Bu noktada örneğin işe giriş çıkışlarda, öğle yemeği esnasında, vardiya değişiminde salt uyarı veya protesto niteliğindeki alkış, bir metnin okunması vb. durumlar demokratik hak kullanımı olarak nitelendirilebilir⁴⁰. Kimi hallerde korunması gereken menfaatin niteliğine göre farklı, bu durumları aşan şekillerde uygulama da mümkün olabilir. Ancak 13 gün süre ile işin durdurulması, ölçülülük ilkesine aykırıdır; demokratik hak kullanımını, meşru bir protesto eylemi olarak kabul edilemez. Dolayısıyla serbest irade ile gerçekleşen üyelik vasıtası ile sendika toplu iş sözleşmesi yetkisini kullandıktan sonra işçilerin işyerinde çalışmamaları, üretimi durdurmaları amaç bakımından elverişli olmadığı gibi yöntem olarak da ölçülülük ilkesine aykırıdır.

AİHM toplu eylem hakkına ilişkin kararlarda, toplu eylemle korunmak istenen menfaati dikkate almış, memurlara toplu iş sözleşmesi hakkı tanınması amacıyla yapılan eylemleri toplu eylem hakkı kapsamında demokratik bir eylem olarak nitelendirilmiş ve Başbakanlık Personel Genel Müdürlüğünün eylemi yasaklayan genelgesini AİHM md. 11'e aykırı görmüştür (Enerji Yapı-Yol Sen-Türkiye Başvuru No: 68959/02). Yine AİHM 2014 tarihli İngiliz Hukukuna ilişkin verdiği kararda olayın özelliğinin önem taşıdığını vurgulamıştır. Yukarı-

⁴⁰ Sur, s. 395-397.

da da belirtildiği üzere Mahkeme'ye göre; Demir/Baykara kararında kamu görevlilerine sendika hakkının tanınmaması nedeniyle (hakkın niteliğinden hareketle) sözleşmenin 11. maddesine aykırılık mevcut olup, bunun tüm olaylar bakımından uygulanması doğru değildir. Her somut olay ayrıca değerlendirilmelidir. Görüldüğü gibi bu noktada AİHM kararlarına konu olaylarda eylemin amacı mevcut bir TİS'nin değiştirilmesi veya uygulanmaması ya da bir sendikanın protesto edilmesi değil, anayasal bir hakkın sağlanmasıdır. Nitekim, Türk Hukuku uygulaması bakımından THY A.O. işçilerinin toplu eylemlerindeki amaç da, anayasal bir hak olan grev hakkının uluslararası düzenlemelere aykırı olarak kaldırılmasına ilişkin Meclisteki yasa tasarısının protesto edilmesi olup, Yargıtay 7 ve 9. Hukuk Daireleri tarafından isabetli olarak demokratik bir hakkın kullanımı olarak nitelendirilmiştir.

2. Dava Konusu Olayda Feshin Değerlendirilmesi

İşçilerin işyerinde 13 gün süre ile çalışmamlarının demokratik bir hakkın kullanımını ifade eden toplu eylem hakkı içinde kabul edilmemesinin hukuki sonucu, bu davranışların işveren için haklı fesih nedeni niteliğinde oluşudur. Nitekim işveren tarafından davacının da aralarında bulunduğu 50 işçinin iş sözleşmesi, eylem sürecine denk gelen 25,26,27,28,29,30,30 Mayıs, 01,02 Haziran günlerinde mazeretsiz ve izinsiz işe gelmemeleri ve eyleme katılmaları gerekçesiyle İşK md. 25/II g ve 6356 sayılı Kanununun 70. maddeleri uyarınca feshedilmiştir.

Yerel Mahkeme feshin sendikal nedene dayalı olduğunu kabulle işe iade ve sendikal tazminata hükmetmiştir. Yerel Mahkeme gerekçesinde; işyeri alanı dışında yapılmış olan eylemin uluslararası normlar uyarınca demokratik bir hakkın kullanımını niteliğinde olduğu, işverenin yapılan fesihte eşit davranma borcuna aykırı davrandığı, feshin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı, yapılan fesihlerin asıl nedeninin işyerinde işveren tarafından desteklenen Türk Metal Sendikası'ndan yapılan istifaları önlemek, Birleşik Metal İş Sendikası'na geçen çalışanların tekrar Türk Metal Sendikası'na üye olmasını sağlamak olduğu, işyerinde yapılan eylemlerin asıl nedeninin işyerindeki sendikal örgütlenme hakkının ve sendika seçme özgürlüğünün bulunmaması ve işverenin çalışanlara desteklediği sendikaya üye olması konusunda baskı yapması olduğunu belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme ise, işçilerin bireysel veya toplu iş hukukuna dair bazı haklarının savunulması için demokratik ve barışçıl toplu eylem haklarının olabileceğini, bu durumun uluslararası düzenlemelerin bir gereği olduğunu, ancak eylemin işverene özel olarak zarar verme kastı içermemesi ve ölçülü olması gerektiğini belirterek olayda bir haklı fesih nedeninin bulunduğu yönünde tespitte bulunmuştur. Yüksek Mahkeme bu tespitte, eylemin zamanlaması, katılımcı sayısı ve süresi bakımından ölçülü olmadığından hareket etmiştir. Bu noktada Yüksek Mahkeme'nin kararı isabetlidir.

III. Fesihte Eşit Davranma İlkesi

Dava konusu olayda incelenmesi gereken bir diğer husus yapılan eyleme çok sayıda işçi katılırken bir kısmının iş sözleşmesinin feshinin eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır.

Belirtmek gerekir ki, doktrindeki baskın görüş fesihte eşit davranma ilkesinin bulunmadığı veya mutlak bir eşit işlem borcunun bulunmadığı yolun-

dadır. Bu görüşe göre haklı nedenle fesih durumunda işveren bu hakkı kullanıp kullanmama konusunda serbest olup, birçok işçi arasında aynı nedene dayalı olan haklı nedenle fesih hakkının kullanılması konusunda dahi işveren pek çok farklı ölçüde göre değerlendirme yapabilecektir⁴¹. Bu görüşe göre, “Sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit işlem ilkesi sınırlı bir uygulama alanı bulacak olup, feshin doğası gereği ayırım yapılmasını haklı gösteren birçok neden bulunabilir. Örneğin işveren işin yürümesi için işçilerden bazılarının çalışmaya devam etmesine ihtiyacı bulunduğu, işin ya da işletmenin sürekliliği açısından bazı işçilerin konumları gereği yerine yenisinin bulunması ya da yetiştirilmesinin güç olduğu, işçinin kıdemi ve geçmiş dönem sicil itibarıyla bu davranışın bir istisna teşkil ettiği ya da o meslekte işçi bulmanın güç olduğu gibi nedenlerle farklı davranışı haklı gösteren nedenler ortaya koyabilir. Üstelik işyerinde bütün işçilerin katıldığı bir olayda mutlak anlamda eşitlik ilkesinin uygulanması, işverenin yeniden işe almadaki serbestliği de dikkate alınırca çözümlü oldukça güç sorunlar yaratacaktır”^{42 43}.

Bu nedenle haklı nedenle derhal feshe olanak sağlayan bir davranışı gerçekleştiren birkaç işçi arasında işveren, işçinin kıdemi, daha önce benzer davranışlarda bulunup bulunmadığı ya da o işçinin işten çıkarılmasının işyeri/işletme için etkilerini dikkate alarak bir karar verebilir. Aynı şekilde bir işçinin, gerçekte haklı nedene feshe olanak sağlayan bir davranışını affetmek de işverenin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir; bu nedenle de diğer işçilerin eşit davranma talebinde bulunamayacakları kabul edilir.

Doktrindeki azınlık görüşü fesihte eşit davranma borcunun bulunduğu yolunda olmakla birlikte, daha esnek davranılması gerektiğini savunmaktadır⁴⁴.

Alman Hukukunda haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasında eşit davranma ilkesinin doğrudan uygulanabilir olmadığı, zira her bir olayın özellik-

⁴¹ K. Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası”, Çalışma ve Toplum D., S. 2006/11, 69; aynı yazar, “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sicil, S. 2, 2006, 61-62; G. Alpagut, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2007, 94; H. Mollamahmutoglu/M. Astarlı/U. Baysal, İş Hukuku, 6. Bası, 2014, 727; K. Tunçomağ/T. Centel, İş Hukukunun Esasları, 6. Bası, 2013, 136; N. Çelik/N. Caniklioğlu/T. Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, 2015, 291; N. Çelik, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, Sicil, S. 4, 2006, 5-6; M. F. Uşan, “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit İşlem Borcu Var mıdır? Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme”, Legal D., S. 2005/8, 1623 vd.; Ş. Çil, “Geçerli Nedene Dayanan Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 2007/5, 304.

⁴² Doğan Yenisey, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, 64.

⁴³ Benzer yönde olarak, “... çok sayıda işçinin katıldığı ve yasal bir hakkın kullanımı niteliğinde olmayan iş bırakma eyleminde sadece bir kısım işçilerin çıkarılması, kural olarak işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz. Aksine çözüm tarzı... iş hukukunun işçi yararına yorum ilkesi ile bağdaşmaz”, Çil, 308.

⁴⁴ S. Süzek, İş Hukuku, 11. Bası, 2015, 489-490; M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, 2003, 112; G.B. Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, 2008, 257; A. C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, 1982, 213-217; aynı yazar: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözümler Önerileri, İstanbul Barosu - Galatasaray Üni., 2007, 32.

lerinin dikkate alınması gerektiği, dolayısıyla bu durumun eşit davranma ilkesi ile ancak sınırlı bir şekilde bağdaştırılabileceği kabul edilir. Buna göre, işveren örneğin aynı edim yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle tüm işçilerin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiyorsa olayın özelliği dikkate alınmalıdır. Kural olarak her bir olayın özelliğine göre, esasen iş sözleşmesi feshedilen işçilerle de iş ilişkisinin devamının beklenebilir olduğu kabul edilebilir. Eğer işveren haklı nedenle fesih hakkının ilişkin olduğu bir grup işçiden sadece bir kısmını seçerek iş sözleşmesini feshederse, bu durumda farklılığı haklı kılan sebepleri ispatlamakla yükümlüdür. Bu bir grup işçinin iş sözleşmesinin feshinden vazgeçmeyi içeren affetme halinde de geçerlidir. Sonuç olarak işverene haklı nedenle fesihle farklılık yaratma takdir hakkı tanınması gerektiği kabul edilmektedir. İşçinin önceki performansı, iş ilişkisinin süresi ve diğer durumlar münferit olayda farklı değerlendirmelere, farklı sonuçlara götürebilir. Bununla birlikte, Alman hukukunda istisnai olarak vahşi grevin (sendika tarafından karar verilmemiş) bir seçici feshi haklı kılınabileceği kabul edilmektedir. Zira, işveren işyeri/işletmenin düzenini korumak, eylemin genişlemesini önlemek için derhal harekete geçmek zorundadır⁴⁵.

Alman Federal İş Mahkemesinin kararına konu olayda, işletme kurulu üyesi işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi üzerine işçiler arasında huzursuzluk baş göstermiş, ertesi sabah davacı kadın işçi saat 07.00'de işe başlamayarak, işletme kurulu üyesinin iş sözleşmesinin feshini protesto etmek için yüzden fazla işçiyle birlikte kantine gitmiştir. İşyeri yöneticisi tarafından, işçilere vahşi grev uyguladıkları ve işlerine dönmezlerse iş sözleşmelerinin feshedileceği bildirilmesine rağmen, işçiler işe dönmemiş ve bunun üzerine yönetici yeni işletme kurulu üyesi ile birlikte 07.30'da tekrar iş başına dönme yolunda çağrıda bulunmuştur. Müteaddit defalar uyarıya rağmen işçilerin çalışmaya başlamaması üzerine davacının iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiştir.

Yerel mahkeme işçiler tarafından yapılan grevde sendikanın önceden rızası olmadığı gibi sonradan onayının da bulunmadığını, bu nedenle bir vahşi grevin söz konusu olduğunu, hukuka aykırı böyle bir grevde işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı bulunduğunu, işçinin ardi ardına çalışmaya davet edilmesine rağmen ısrarla iş görmekten kaçınması veya davranışlarının bu durumu ortaya koymasının bu kapsamda yer aldığını, işçinin, iş sözleşmesi feshedilen diğer bir işçiye dayanışmada bulunmak için çalışmadığı yolundaki iddiasına değer verilemeyeceğini, ancak eyleme katılanların tümünün iş sözleşmesinin feshedilmemiş olmasının eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir. Kararda önemli bir nokta, eyalet mahkemesinin kararının aksine Federal Mahkeme eşit davranma ilkesine aykırılığın bulunmadığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme ise içtihatlarına dayanarak yenilik doğuran (gestaltungsrecht) haklarda eşit davranma ilkesinin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Buna göre özellikle aynı haklı nedenin bulunduğu hallerde, somut olayda durumun özelliğine göre işverenin işyerindeki düzeni korumak için hızlı hareket etmesi gerekir. Öte yandan bu işçinin durumu diğerlerinden farklıdır. Zira, yönetici genel olarak tüm işçileri iş başı yapmak için davet ederken, davacıya özellikle yönelmiş ve davacı açıkça işe başlamayı reddetmiştir. İşveren vahşi grev halinde, hukuka aykırı şekilde ihlal edilmiş işyeri düzenini

⁴⁵ M. Henssler, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012, § 626, Rn. 106 vd.; Erfurter Kommentar, § 626 BGB, Rn. 199. Alman Federal İş Mahkemesi de bu görüştedir (BAG, Urteil vom 17.12.1976, AP Nr. 41 zu Art.9 GG Arbeitskampf = NJW 1977, 918).

hukuk düzeninin tanıdığı vasıtalarla yeniden kurma ve uygun vasıtalarla grevi bitirme hakkına sahiptir. Olayda bu vasıta davacının iş sözleşmesinin feshidir. İşveren önce bir fesih yapıp, ardından yasadışı grevin sürmesi durumunda başka feshler yapabilir. Özellikle tek bir işçinin iş sözleşmesini feshederek diğer işçilere iş sözleşmelerinin feshedebileceğini de göstermek isteyebilir. Yüksek Mahkeme'ye göre, eğer işveren yasa dışı greve katılan tüm işçilerin iş sözleşmesinin feshi veya hiçbirinin feshedilmemesi gibi bir seçenek karşısında bırakılırsa, ya grevçilerin tüm taleplerini kabul veya işletmenin kapatılması ve bu nedenle kendisi için ortaya çıkan zararların tümünü üstlenme durumunda kalabilirdi⁴⁶.

Belirtmek gerekir ki, Alman Hukuku ve Türk Hukukundaki baskın görüş tarafından savunulan görüş her iki tarafın çıkarlarının dikkate alınması noktasında isabetlidir. Aynı eyleme eşit ölçüde karışmış işçilerden sadece bir kısmının iş sözleşmesinin feshedilmesi kural olarak işverenin bu durumu haklı neden olarak algılamadığı eylemin güven ilişkisini zedelediği anlamına gelebilir. Ancak işverenin bir kısım işçinin iş sözleşmesinin feshedilip diğerlerinin iş ilişkisinin korunmasında meşru bir nedeni, çıkarı mevcutsa, diğer bir ifadeyle farklı muameleyi haklı kılan bir neden bulunmaktaysa, bu durumda keyfiliğin veya kötünin bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu noktada, birden çok kişinin katıldığı bir olay veya toplu işçi çıkarmada eşit davranma borcunun ancak feshin keyfi veya kötünin olup olmadığı noktasında dolaylı olarak devreye gireceği söylenmelidir⁴⁷. Dolayısıyla somut olayın özellikleri dikkate alınarak feshin geçerliliği bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Öyle ki, kimi olayda bir işçinin yerine yeni bir eleman bulunmasındaki zorluk nedeniyle fesih yerine bir başka disiplin cezası ile yetinilebilir. İşçinin önceki davranışları, kıdemi, eğitimi, eylemin ortaya çıkışındaki rolü, görev alanı vb. unsurlar bu noktada farklı davranmayı haklı kılan nedenler olarak kabul edilmelidir⁴⁸.

Dava konusu olayda kararda belirtildiği üzere, 3000-4000 kadar işçi eyleme katılmış, işveren eylemin başından sonuna kadar destek verdiği 550 işçiyi belirlemek suretiyle disiplin kuruluna sevk etmiş ve bunlardan 50 kadar işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir. Yargıtay kararında *"Eyleme katılan ve baştan sona destek veren işçilerin bazılarının iş sözleşmesi feshedilmezken davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur. Davalı işveren, davacı işçi ile iş sözleşmesi feshedilmeyen aynı durumdaki işçiler arasındaki ayrımı haklı kılan bir nedeni ortaya koyamamıştır. Davalı tanığı beyanında, disiplin kurulu tarafından 550 işçiden 50 kadar iş sözleşmesinin feshine gerekçe olarak, farklı birimlerde üretimin aksamaması için dengeli bir dağılım yaparak işten çıkarılacakların tespit edildiğini bildirmiştir. Sözü edilen gerekçe işçiden kaynaklanan ayrımı haklı kılan bir neden değildir. İşveren kendi organizasyonu kapsamında üretimi aksatmayacak şekilde işten çıkarılan işçilere farklı ünitelere göre belirlemiş olmakla, feshin bu gerekçeyle haklı olduğundan söz edilemez. Ancak işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmış olması, geçerli nedeni ortadan kaldırmadığından ve davacının hukuka aykırı şekilde işi bırakmak suretiyle katıldığı toplu*

⁴⁶ BAG 21.10.1969, 1 AZR 93/68.

⁴⁷ Alpagut, Değerlendirme 2005, 94; Doğan Yenisey, 64.

⁴⁸ Süzek, 492; Alpagut, Değerlendirme 2005, 95; M. Alp, "Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi", Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 2007/3, 72-73.

eylem sebebiyle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmedir” gerekçeleriyle kararın bozularak ortadan kaldırılmasına hükmedilmiştir.

Karar eşit davranma ilkesine aykırılık noktasında değerlendirildiğinde esasen haklı nedenin varlığı tespit edildikten sonra somut olay bakımından eyleme katılan 3000-4000 kişinin veya baştan itibaren katılan 550 kişinin tümünün iş sözleşmesinin feshinin, işyerinde üretimi aksatacağı hatta durdurabileceği, işyeri düzenini bozacağı gibi, tüm bu işçilerin işsiz kalması sonucunu doğuracağı açıktır. Yeni işçi bulunması, eğitimleri, yargı süreçleri vb. hususlar dikkate alındığında işletmecilik gerekleri bakımından da tüm işçilerin iş sözleşmesinin feshinin MK. md. 2 anlamında beklenemez nitelikte olduğu kuşkusuzdur. Öte yandan işçilerin bir kısmının işini koruması yerine, haklı feshin sonuçlarını gerçekleştirebilmek için işvereni geri kalan 450 işçinin sözleşmesini feshetmek zorunda bırakabilecek bir yorum iş güvencesi mantığı içinde de tartışmalıdır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen ve esas itibarıyla dava konusu olayla örtüşen olaya ilişkin ortaya koyduğu hukuki sonuçlar bu noktada isabetlidir. İşyeri düzeninin bir an evvel korunması gereken bu tür bir eylemde hızlı hareket edilmesi ve hukuk düzeninin tanıdığı vasıtalarla yeniden düzenin sağlanması, üretimin başlaması gerektiği dikkate alındığında salt bir kısım işçinin iş sözleşmesinin feshi, feshin haklı nedene dayalı olarak yapılması noktasında bir farklılık yaratmayacak, eşit davranma ilkesine aykırılıktan söz edilemeyecektir. Hukuki bir gerekçe oluşturmamakla birlikte, çok sayıda işçinin iş sözleşmesinin feshi, yargı kararının sonucunun bilinmediği bir dönemde feshine bağlı olası parasal sonuçlar bakımından da işverenden beklenemez.

SENDİKALARIN DENETİMİ

Prof. Dr. Fevzi Demir*

A. SENDİKALARIN İÇ VE DIŞ DENETİMİ

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa (SETİSK) göre, sendika ve konfederasyonların denetimi, kanun ve kuruluşun tüzük hükümlerine göre denetleme kurulları tarafından yapılır. Denetimde, yönetim ve işleyişin, gelir, gider ve bilançoların ve bunlarla ilgili işlemlerin kanun, tüzük ve genel kurul kararlarına uygunluğu incelenir. İç ve dış denetim esaslarının, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşleri alınarak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir (SETİSK Md.29/5). Bu yönetmelik Sendika ve Konfederasyonların Denetim Esasları ve Tutacakları Defterler ile Toplu İş Sözleşmesi Sicili Hakkında Yönetmelik'tir¹. Ayrıca, mevcut işçi ve işveren Sendika ve Konfederasyonlarının Devletçe Denetlenmesine İlişkin Tüzük² yürürlükten kaldırılmadığı için, bu konuda Yönetmelik ve Tüzük hükümlerinin birlikte uygulanacağına kuşku yoktur. Bu nedenle, aşağıdaki iç ve dış denetimle ilgili inceleme, Kanun, Tüzük ve Yönetmelik hükümleri esas alınarak yapılmıştır.

1. Sendikaların İç Denetimi: Genel Kurullar Tarafından Yapılan Denetim

Sendika ve konfederasyonların idari ve mali denetimleri, 6356 sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde bu kuruluşların tüzük hükümleri ile genel kurul kararlarına uygun olarak denetleme kurulları tarafından yapılır.

Gerek Tüzükte gerek Yönetmelikte "idari" ve "mali" denetim adı altında yapılan düzenlemelere göre, kuruluşların denetleme kurulları "idari" denetim kapsamında sendika ve konfederasyonların; yönetim ve işleyişlerinin 6356 sayılı Kanuna, tüzüklerine ve genel kurul kararlarına uygun olup olmadığını, yönetim kurulu üyelerinin kuruluş tüzüğüne göre toplanarak karar alıp almadıkları; alınan kararların imzalanıp imzalanmadığı, karar defterine numara ve tarih sırası ile işlenip işlenmediği, gelen ve giden evrak defterlerinin düzenli bir şekilde tutulup tutulmadığını, evrak numaralarının sıra takip edip etmediğini ve evrak arşivinin düzenli olup olmadığını, üye kayıt ve üyelik sona erme listelerini, yönetim ve çalışmalarına ilişkin diğer hususları denetlemekle görevlidir (Tüz. Md.4; Yön. Md.5)

"Mali" denetim konusunda da kuruluşların denetleme kurulları, mali denetim kapsamında sendika ve konfederasyonların; gelir ve giderlerinin 6356 sayılı Kanuna, tüzüklerine, genel kurul kararlarına, bütçe esasları ile yönetim kurulu kararlarına uygun olup olmadığını, mali işlemlerinin 6356 sayılı Kanuna göre tutulması zorunlu olan defterlere mevzuata uygun olarak yasal süreleri

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ RG: 26.11.2013-28833

² RG, 01.04.1999-23653

içinde işlenip işlenmediğini, vergi, sigorta ve buna benzer yasal yükümlülüklerle ilişkin beyanname ve bildirimlerinin süresinde verilip verilmediğini, bunlarla ilgili ödemelerin süresinde yapılıp yapılmadığını, gelir makbuzaları ile gider evrakının mevzuata uygun olup olmadığını, Yönetim Kurulu üyeleri ile personele verilen avansların mevzuata, tüzüklerine ve yönetim kurulu kararlarına uygun olup olmadığını, mali yönetimlerine ilişkin diğer hususları denetlemekle yükümlüdür (Tüz. Md.5; Yön. Md.6).

Denetleme kurulu tarafından yapılan her denetleme faaliyeti sonucunda denetim raporu düzenlenir. Denetleme kurulu tarafından hazırlanan denetim raporlarında, denetimin konusu ve denetlenen hususlar ile görüşler ayrı ayrı belirtilir. Denetleme kurulu tarafından hazırlanan denetim raporlarının sonucu, denetleme kurulu karar defterine yazılarak denetimi yapanlar tarafından imzalanır. Denetleme kurulu tarafından hazırlanan denetim raporları sendika ve konfederasyonların genel kurullarına sunulur (Tüz. Md.6; Yön. Md.8).

Tüzükte mevcut bulunmayan ve fakat Yönetmelikle getirilen yeni bir hüküm, kuruluşların faaliyet ve denetleme kurulu raporları ile genel kurul kararlarının uygun vasıtalarla “derhal yayınlanmasını” öngörmektedir. Bununla birlikte, “uygun vasıtanın” tespiti genel kurul tarafından belirlenmektedir. Buna karşılık, genel kurul kararlarıyla “uygun vasıtaların” belirlenmediği durumlarda; faaliyet ve denetleme kurulu raporları ile genel kurul kararları, sendika ve konfederasyonların kurumsal resmi internet sitelerinin ana sayfasında veya ülke genelinde dağıtımı yapılan günlük bir gazetede derhal yayımlanmak zorundadır (Yön. Md.9).

Ekleyelim ki, kuruluşların ve şubelerin kurucu ve yöneticileri, kendileri, eşleri ve velayetleri altında bulunan çocuklarına ait mal bildirimlerini 19.04.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ve ilgili yönetmeliklere göre vermek zorundadır (SETİSK Md.29/4). Bununla birlikte, zamanında mal bildiriminde bulunmamak, 2821 sayılı yasada olduğunun aksine “yöneticilik” sıfatının sona ermesine yol açmamaktadır.

2. Sendikaların Dış Denetimi: Yeminli Mali Müşavirlerce Yapılan Denetim

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bu defa hem Maliye Bakanlığı hem Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı elemanlarının yetersizliğinden dolayı ne idari ne de mali bakımından hemen hiç “denetlenemeyen” sendika ve konfederasyonlar için isabetli olarak Mali Müşavirler eliyle denetlenmesini öngörmüştür. Yeni bir düzenleme olan bu konuda da Tüzükte bir hüküm bulunmamakta, konu Kanun ve Yönetmelik hükümleri ile düzenlenmektedir.

Buna göre, “kuruluşların gelir ve giderlerine ilişkin mali denetimleri, en geç iki yılda bir 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre denetim yetkisine sahip yeminli mali müşavirlerce yapılır” (SETİSK Md.29/4). Mali müşavirleri belirleme yetkisi kuruluşların “denetleme kurullarına” verilmiştir. Bağımsız denetim sözleşmesinin hazırlanarak denetim sürecinin başlatılması ve yeminli mali müşavirin her aşamadaki çalışmalarını denetleme kurullarının gözetiminde gerçekleş-

tilir. Zira, mali müşavirler denetimlerini Bağımsız Denetim Yönetmeliğinde³ öngörülen (Md.21,22) mesleki “etik ilkeleri” ile “bağımsızlık” ilkesine uygun olarak yerine getirmek zorundadır. Aynı yeminli mali müşavir ile arka arkaya en fazla iki defa mali denetim faaliyetinde bulunulabilmektedir. Bununla birlikte, Mali müşavirlerce bu denetimin yapılmış olması, denetleme kurullarının yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz (Yön. Md.7/1,2,3)⁴.

Mali müşavirler tarafından yapılan her denetleme faaliyeti sonucunda da denetim raporu düzenlenir. Mali müşavirler tarafından hazırlanan denetim raporlarında da denetimin konusu ve denetlenen hususlar ile görüşler ayrı ayrı belirtilir. Ayrıca, hazırlanan denetim raporlarının sonucu, denetleme kurulu karar defterine yazılarak denetimi yapanlar tarafından imzalanır. Mali müşavirler tarafından hazırlanan denetim raporları da sendika ve konfederasyonların genel kurullarına sunulur (Yön. Md.8).

Yönetmelikle getirilen yeni bir hüküm, kuruluşların faaliyet ve iç ve dış denetleme raporları ile genel kurul kararlarının uygun vasıtalarla “derhal yayınlanmasını” öngörmektedir. Bununla birlikte, “uygun vasıtanın” tespiti burada da genel kurul tarafından belirlenmektedir. Buna karşılık, genel kurul kararlarıyla “uygun vasıtaların” belirlenmediği durumlarda; faaliyet ve mali müşavirlerin denetleme raporları ile genel kurul kararları, sendika ve konfederasyonların kurumsal resmi internet sitelerinin ana sayfasında veya ülke genelinde dağıtımı yapılan günlük bir gazetede derhal yayımlanmak zorundadır (Yön. Md.9).

Ekleyelim ki, denetimde, “yönetim ve işleyişin, gelir, gider ve bilançoların ve bunlarla ilgili işlemlerin kanun, tüzük ve genel kurul kararlarına uygunluğu incelenir” (SETİSK Md.29/1,4). Sendika ve konfederasyonların daha önce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Konfederasyonlara gönderme zorunluluğu bulunan faaliyet ve iç ve dış denetleme raporları ile genel kurul kararlarının artık “uygun vasıtalarla” ilan edilmesi gerektiğinden (SETİSK Md.29/3); bu ilanın yazılı basında “Türkiye çapında” yayınlanan bir yayın organında ilanı, sendikaya prestij kazandıracığı gibi, kamu oyu ve özellikle üyeleri nezdinde güven duygusunu da arttırabilecektir.

B. SENDİKALARIN DEVLET TARAFINDAN DENETLENMESİ

1. Cumhurbaşkanlığı ve Başbakanlık Tarafından Yapılan Denetleme

Anayasamızda yer alan, Cumhurbaşkanlığına bağlı Devlet Denetleme Kurulu, “idarenin hukuka uygunluğunun düzenli ve verimli bir şekilde yürütülmesini ve geliştirilmesini sağlamak amacıyla” tüm kamu kurum ve kuruluşları ile “kamu kurumunu niteliğindeki meslek kuruluşlarını” (Odalar, Barolar ve Birliklerini) ve “her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarını” (sendika ve konfederasyon ve derneklerini) denetleme yetkisine sahiptir (Any. Md.108). Cumhurbaşkanının isteği üzerine yapılan bu denetleme, sendika ve konfederasyonların faaliyetlerini kapsamına almaktadır.

Bunun gibi, Başbakanlığa bağlı danışma ve denetim birimlerinden biri olan Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı da, “Başbakanın veya yetkili kılın-

³ RG: 26.12.2012-28509

⁴ Yeminli mali müşavirlerin yapacakları iş ve işlemler karşılığında alacakları ücretler, Maliye Bakanlığınca hazırlanan serbest muhasebecilik, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik asgarî ücret tarifesine göre ödenir (Yön. Md.7/4).

ması üzerine Müsteşarın emri ve onayı ile Başbakan adına gerektiğinde her düzeydeki işçi ve işveren kuruluşlarında her türlü inceleme, araştırma ve teftiş yapmak ve yaptırmak” yetki ve görevine sahiptir⁵.

Gerek Cumhurbaşkanı’nın gerek Başbakanın emri ve onayı ile yapılan bu denetlemelerin “olağanüstü usullerde” gerçekleştirilen denetlemeler olduğu gözden uzak tutulmamalıdır⁶.

2. Çalışma Bakanlığı Tarafından Yapılan Denetleme

Sendika ve konfederasyonlarla ilgili 26.06.1997 gün ve 4277 sayılı yasayla⁷ yapılan değişikliklerden ve 2821 ve 6356 sayılı Kanunlarla da devam ettirilen düzenlemelerden sonra sendika ve konfederasyonların büyük ölçüde “denetim dışı” kaldığı söylenebilirse de, Kanunda “iç ve dış denetim esasları, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşleri alınarak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlendiğinden” (SETİSK Md.29/5)⁸, yeni Yönetmelik ile birlikte yürürlükten kaldırılmayan “İşçi ve İşveren Sendika ve Konfederasyonlarının Devletçe Denetlenmesine İlişkin Tüzük” hükümlerinin de uygulanmaya devam edeceği tartışma dışıdır⁹ (SETİSK. Md.81/2). Aynı Tüzük hükümlerinin Kamu Görevlileri Sendikalar Kanunu kapsamı işyerlerine de uygulanacağı kuşkusuzdur (KGSK Md.27/1).

Gerçekten, Tüzüğe göre Sendika ve konfederasyonlar, her hesap ya da bütçe devresine ilişkin bilanço ve hesaplarıyla çalışma ve denetleme raporlarını, ait oldukları dönemi izleyen üç ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına da sunduklarından, bu kurulların aldığı kararların “mevzuata” ve “genel kurul” kararlarına uygun olup olmadığı, kararların imzalanarak deftere işlenip işlenmediği, bu defterler üzerinden Çalışma Bakanlığı elemanlarınca da denetlenebilecektir (Tüz. Md.14). Kaldı ki, gerek Kanun gerek Yönetmelik hükümleri sendika ve konfederasyonların daha önce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Konfederasyonlara gönderme zorunluluğu bulunan faaliyet ve denetleme kurulu raporları ile genel kurul kararlarını artık “uygun vasıtalarla” ilan etmelerini öngördüğünden, denetimlerin ilgili kamu kuruluşları tarafından bu yolla da öğrenilmesi ve yapılması mümkün olabilecektir (SETİSK Md.29/3; Yön. Md.9). Bu nedenle, “üye kayıt fişleri ile defterlerinin ve çıkış bildirimlerinin yönetmeliğe uygun” olup olmadığı, “gelen ve giden evrakın tarih ve numara sırasıyla ilgili defterlere” kaydolup kaydolmadığı, “gelen evrakın aslı ve giden evrakın suretinin gelen ve giden evrak dosyalarında” saklanıp saklanmadığı gibi buna benzer sendikaların yönetim ve işleyişine ait hususlar da (SETİSK Md.30/1,a,c,ç; Yön. Md.5; Tüz. Md.4) Çalışma Bakanlığı elemanları tarafından gerçekleştirilecek denetimler arasındadır.

Nitekim, sendika ve konfederasyonların tutmak zorunda oldukları Çalışma Bakanlığının denetimine tabi bir takım “defter, dosya ve kayıtları” vardır.

⁵ 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun md.20. RG, 19.10.1984-18550

⁶ F.ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, İstanbul,1995, s.324; F.DEMİR, Sendikalar Hukuku, B.4,İzmir,1999,s.273

⁷ RG, 28.06.1997, 23033

⁸ Sendika ve Konfederasyonların Denetim Esasları ve Tutacakları Defterler ile Toplu İş Sözleşmesi Sicili Hakkında Yönetmelik-RG: 26.11.2013-28833

⁹ Eski Tüzük metni için bkz.: RG, 06.05.1984-18393; Yeni Tüzük için bkz.: RG, 01.04.1999, 23653

Bunlar arasında üye kayıt ve üyelik sona erme listeleri, genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu karar defterleri, gelen ve giden evrak kayıt defterleri ile zimmet defteri, aidat kayıtları, yevmiye ve envanter defterleri ile defter-i kebir ve gelirlere ilişkin kayıt ve defterler vardır. Tutulması zorunlu defterler her olağan genel kurulu izleyen on beş gün içinde notere veya İl Dernekler Müdürlüğüne onaylatılmak zorundadır (Yön. Md.11/1,2). Bunlardan genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu defterleri, “kararlarının numara ve tarih sırası ile yazılmasına mahsus karar defterleridir” (SETİSK Md.30/1,b). Genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu kararları defterlere en geç bir hafta içinde yazılır. Genel kurul kararları divan üyelerince iki gün içinde, diğer kurul kararları ise gelecek ilk toplantı zamanı aşılmamak üzere en geç bir ay içinde katılan üyelerce imzalanır (Yön. Md.12/1,2).

Bununla birlikte, Çalışma Bakanlığınca gerçekleştirilecek idari denetimler, sendikaların kuruluşunda olduğu gibi, yönetim ve işleyişlerinde de başta Anayasa olmak üzere, mevzuat ve genel kurul kararlarına uygunluk (hukuka uygunluk) bakımından yapılacaktır. Yönetim ve işleyişin Anayasada yer alan “Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokratik esaslara”¹⁰ uygunluğu yanında, Kanun, Tüzük ve Yönetmelik hükümlerine uygunluğunu da içeren bu denetimler, hiçbir şekilde “sendikal faaliyet özgürlüğünün sınırlandırılması” anlamında kullanılmayacaktır¹¹. Gerçi, diğer temel hak ve özgürlükler gibi, sendika hak ve özgürlüğü de Anayasada gösterilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Ancak, bu sınırlamanın dahi “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması”, ayrıca “demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gerekleri” ile “ölçülülük ilkesine” aykırı olmaması gerekmektedir (4709 s.k.la değişik Any. Md.13)¹².

Ekleyelim ki, kamu görevlileri sendika ve konfederasyonları da, işçi sendika ve konfederasyonları gibi, her hesap ya da bütçe dönemine ait bilanço ve hesaplarıyla çalışma ve denetleme raporlarını ait oldukları dönemi izleyen üç ay içinde ÇSGB’na, sendikalar ayrıca bağlı buldukları konfederasyona gönderirler (KGSK md.27).

3. Maliye Bakanlığı Tarafından Yapılan Denetleme

Aslında, 2821 sayılı Kanunda 26.06.1997 gün ve 4277 sayılı yasayla yapılan değişiklikten sonra kaldırılan Maliye Bakanlığı denetimlerinin, yukarıda adı geçen tüzük hükümleri yürürlükte kaldığı sürece devam edeceği her zaman ileri sürülebilecektir. Kaldı ki, yukarıda da değinildiği gibi, gerek Kanun gerek Yönetmelik hükümleri sendika ve konfederasyonların daha önce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Konfederasyonlara gönderme zorunluluğu bulunan faaliyet ve denetleme kurulu raporları ile genel kurul kararlarını artık “uygun vasıtalarla” ilan etmelerini öngördüğünden, denetimlerin ilgili kamu kuruluşları tarafından bu yolla da öğrenilmesi ve yapılması da mümkün olabilecektir (SETİSK Md.29/3; Yön. Md.9). Üstelik, kendi elemanlarının kendisi için bile yetersiz olduğunu öne süren Maliye Bakanlığı, uygulamada bu yetkisini sık sık

¹⁰ Geniş bilgi için bkz: F.ŞAHLANAN, Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu, İstanbul, 1980

¹¹ F.DEMİR, Sendikalar, s.274; Ö.MİS-E.ÖZSOY, Sendikalar Kanunu, Ankara, 1983, s.VII

¹² Geniş bilgi için bkz: F. DEMİR, Anayasa Hukuku, 9. B. İzmir 2015, s.293 vd.

Çalışma Bakanlığına devretmekte; bu bakanlık elemanları denetimleri Maliye Bakanlığı adına gerçekleştirmektedir.

Maliye Bakanlığınca gerçekleştirilecek denetimlerde, öncelikle sendika ve konfederasyonların gelir ve giderlerinin “kanun, tüzük ve genel kurul kararlarına” ve harcamaların “bütçe esasları ile genel kurul ve yönetim kurulu” kararlarına uygun olup olmadığı incelenecektir (Tüz. md. 5; Yön. Md.6). Bunun gibi, yevmiye ve envanter defteri ile defter-i kebirin ve aidat defterlerinin Kanun ve Tüzük hükümlerine uygun olarak tutulup tutulmadığı da incelenebilecektir. Vergi, sigorta ve buna benzer yasal yükümlülüklerle ilişkin beyanname ve bildirimlerin süresinde verilip verilmediği, bunlarla ilgili ödemelerin süresinde yapıp yapılmadığı, gelir makbuzları ile gider evrakının mevzuata uygun olup olmadığı, Yönetim Kurulu üyeleri ile personele verilen avansların mevzuata, tüzüklerine ve yönetim kurulu kararlarına uygun olup olmadığı ve kuruluşların mali yönetimlerine ilişkin diğer hususlar denetlenebilecektir (Tüz. md. 5; Yön. md. 6/c, ç, d, e).

Ayrıca yevmiye defteri maddelerinde yapılan yanlışlıklar ancak muhasebe kurallarına uygun olarak düzeltilebilir. Defterlere geçirilen kayıtlar kazınmaz, çizilemez ve okunmaz hale getirilemez (Tüz. Md.8/1; Yön. Md.11/4). Üstelik kararların defterlere en geç bir hafta içinde yazılması; mali işlemlerin, muhasebenin düzen ve açıklığını bozmayacak bir açıklık içinde ve genel kabul görmüş muhasebe prensiplerine uygun olarak bir ay içinde kaydedilmesi, kasa hesabını ilgilendiren işlemlerin günü gününe kaydedilmesi esastır (Tüz.Md.9/1,2; Yön. Md.12/3). Notere veya İl Dernekler Müdürlüğüne onaylatılması zorunlu bu defterlerin müteharrik her yaprağı, sıra numarası ve tarih konularak onaylanacaktır (Yön. Md.11/2).

Bundan başka, diğer mali işlemlerin, özellikle gelir makbuzları ile gider evrakının 6356 sayılı Kanun ve Tüzük hükümlerine, Genel Kurul kararlarına, bütçe esasları ile yönetim kurulu kararlarına uygun olup olmadığı, tutulması zorunlu defterlerin mevzuata uygun olarak yasal süreleri içinde işlenip işlenmediği incelenebilecektir (Yön. md. 6/a,b). Sendika ve konfederasyonların gelirlerini makbuz karşılığında tahsil etmeleri esastır. Makbuzlara sıra numarası, sendika ve konfederasyonların açık unvanı, tahsil olunan paranın miktarıyla dayanağı, parayı veren ve tahsil edenin kimlik bilgileri yazılır. Bir nüshası makbuz cildinde kalmak üzere en az iki nüsha olarak düzenlenir. Doğrudan sendika ve konfederasyonların kasasına veya banka hesaplarına yapılan ödemelerde kasa fişi veya banka dekontu yeterlidir (Yön. Md.13).

Kuruluş adına tahsilat yapacak kişilerin ise yönetim kurullarınca belirlenmesi gerekir. Bunlara noterce onaylanmış yetki belgesi verilir. Bu kişilerce toplanan paraların en geç iki gün içinde kuruluş veznesine ya da banka hesabına yatırılması zorunludur (Tüz. Md.11). Giderler, yönetim kurulu ya da diğer yetkili organlarca alınacak kararlara göre, Vergi Usul Kanununda öngörülen fatura, makbuz, satış belgesi gibi bir evraka ve belgelere dayanılarak yapılır. Böyle bir evrakla yapılması mümkün olmayan küçük harcamalar, bu amaçla düzenlenecek bordrolarla yapılabilir. Bu giderler, ayrıntılı harcama listesinde gösterilir. Vergi, sosyal sigorta prim, haberleşme, su, elektrik, havagazı, kira, kırtasiye ve buna benzer zorunlu giderler, genel sekreter ya da yönetim kurulu

sayman üyesince yapılır, bunlar için ayrıca yetkili organ (Yönetim Kurulu) kararı alınmaz (Tüz. Md.12)¹³.

4. İçişleri Bakanlığı Tarafından Yapılan Denetleme

5253 sayılı Dernekler Kanununa göre, “özel kanunlarında hüküm bulunmamak kaydıyla”, işçi ve işveren sendikaları ile üst kuruluşları hakkında “genel denetim” ve “güvenlik denetimi” ile ilgili olarak “kolluk kuvvetlerini” kullanma yetkisi İçişleri Bakanlığına verilmiştir (Der. K.Md.35).

Buna göre, “dernekler, yılsonu itibariyle faaliyetlerini, gelir ve gider işlemlerinin sonuçlarını düzenleyecekleri beyanname ile her yıl Nisan ayı sonuna kadar mülki idare amirliğine vermekle yükümlüdürler. Gerekli görülen hallerde, derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterip göstermedikleri, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıkları İçişleri Bakanı veya mülki idare amiri tarafından denetlenebilir. Bu denetimlerde kolluk kuvveti mensupları görevlendirilemez. İçişleri bakanlığı ve mülki idare amirlerinin yapacağı denetimler mesai saatleri içerisinde yapılır. Bu denetimler en az yirmi dört saat önce derneklere bildirilir”.

Denetleme sırasında görevli memurlar tarafından istenecek “her türlü bilgi, belge ve kayıtların, dernek yetkilileri tarafından gösterilmesi veya verilmesi, yönetim yerleri, müesseseler ve eklentilerine girme isteğinin yerine getirilmesi zorunludur. Denetim sırasında suç teşkil eden fiillerin tespit edilmesi halinde, mülki idare amiri durumu derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirir” (Der.K. Md.19).

Bunun gibi, Dernekler Kanununun “güvenlik denetimi” yapan “kolluk kuvvetlerinin yetkisi” ile ilgili hükme göre, “kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülki idare amirinin yazılı emri bulunmadıkça, kolluk kuvvetleri dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. Mülki idare amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. Hakim kararı, mülki idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur” (Der.K.Md.20).

Bu şekilde girilen yerlerde; 1- Yanında veli veya vasisi olmadan 18 yaşından (sendika üyeleri için 15 yaşından) küçüklerin veya ortaokul ve ortaöğretim (lise) öğrencilerinin kabul edildiği, 2- Fuhuş yapıldığı, kumar oynandığı, veya genel ahlaka aykırı harekette bulunulduğu, 3- Uyuşturucu maddelerden herhangi birinin kullanıldığı, 4- Yasaların bulundurulmasını yasakladığı her türlü rejim ve ideolojileri temsil eden resim, afiş, pankart ve yazıların veya mahkemelerce yasaklanmış yayınların bulundurulduğu, 5- Yasalara göre suç sayılan faaliyetlerde bulunulduğu, 6- Suçlulara yataklık edildiği, 7- İzin almaksızın alkollü içki kullanıldığı,

Tespit edildiği takdirde o yer ve eklentileri hakkında 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu uygulanır (Mülki amirin emriyle kapatma).

¹³ Geniş bilgi için bkz.: F.DEMİR, Sendikalar, s.272 vd.

5. Devlet Denetiminin Yöntem ve Sonuçları

Sendika ve konfederasyonları denetlemekle görevli elemanlar, bağlı oldukları kamu kurumunun veya kuruluşunun (bakanlığın veya başbakanlığın) kimlikleri ve görev emirlerini, denetimlere başlamadan önce sendika veya konfederasyonun sorumlu yöneticilerine göstermekle yükümlüdürler. Denetime mahallinde ve kural olarak çalışma saatleri dışında da devam edilebilir. Denetleme görevi, Bakanlığın yazılı emri olmadıkça yarıda bırakılamaz ve başka denetim elemanlarına devredilemez. Denetleme sırasında istenen her türlü defter, belge ve yayınların yöneticiler tarafından gönderilmesi ve verilmesi zorunlu olduğu gibi; elde edilen bilgilerin de elemanın bağlı olduğu bakanlık ve mahkemeler dışında herhangi bir kişiye veya mercie açıklanması yasaktır. Denetime tabi bütün defter ve belgelerin, bunların dayanak ve eklerinin kuruluşların hizmet binasında bulundurulması ve ilgili oldukları yılı izleyen takvim yılından başlayarak on yıl süreyle saklanması zorunludur. Kuruluşlar, denetleme kurulu veya denetçiye denetim sırasında gerekli kolaylığı göstermek, istenilen her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadır. (Tüz.md.8/3).

Sendika ve konfederasyonlarda yapılan her denetim bir rapora bağlanır. Denetim sonucu belirlenen “suç niteliğinde olmayan” eksiklikler ve “hukuka aykırılıkların” iki aydan çok olmamak üzere raporda verilecek süre içinde düzeltilmesi istenir. Kuruluşlar, bu düzeltmeleri yapmak veya bunlarla ilgili görüşlerini bildirmek zorundadırlar. Denetim elemanı, ilgili kuruluşça verilen cevapları ve cevapla ilgili düşüncelerini de ekleyerek raporunu bağlı olduğu bakanlığın ilgili kurul veya birimine gönderir. Bununla birlikte, denetleme kurulu ve yeminli mali müşavirler tarafından yapılan denetimler sonucu işlemlerde usulsüzlük veya yolsuzluk tespit edildiğinde; 6356 sayılı Kanun, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar ile sendika ve konfederasyonların tüzük hükümlerine göre yapılması gereken işlemler denetimi yapanlar tarafından on beş gün içinde yerine getirilir (Tüz.Md.7; Yön. Md.10).

Gerçekten, denetim elemanlarınca saptanan eksiklik ve hukuka aykırılıklarda; Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlarda suç sayılan hususlar varsa, denetim elemanınca gönderilen rapor gereği yapılmak üzere doğrudan ilgili bakanlığa iletilir. İlgili bakanlık, işlemlerdeki eksikliğin ve kanuna aykırılığın niteliğine göre sendika veya konfederasyonun faaliyetinin durdurulması veya kapatılması istemiyle mahalli iş mahkemesinde dava açar (SETİSK. Md.31/1; KGSK Md.37). Ayrıca kanuna aykırılık, Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlarca suç sayılan fiillerden ise, açılan davalar sebebiyle görevli mahkemeler yargılamanın her safhasında talep üzerine veya resen sendika veya konfederasyonların faaliyetlerinin durdurulmasına ve yöneticilerin geçici olarak görevlerinden alınmasına karar verebilir (SETİSK. Md.31/2).

C. SENDİKALARIN KONFEDERASYON TARAFINDAN DENETLENMESİ

Devlet denetiminin yanında, pek etkili olmasa da sendikalar üyesi oldukları konfederasyonlar tarafından da denetlenebilmektedirler. Gerçi, 2821 sayılı Kanuna göre, “sendika ve konfederasyonlar” her hesap veya bütçe devresine ait “bilanço ve hesaplarıyla çalışma ve denetleme raporlarını” ait olduğu dönemi izleyen “üç ay içinde” Maliye ve Çalışma Bakanlıklarına gönderirken; ayrıca “sendikaların” bunların birer örneğini de bağlı buldukları “konfederasyonlara” göndermek zorunluluğu vardı. (2821 s. Sen. K. Md.51/1; 59/3: KGSK

Md.27/3,43). Buna karşılık, 6356 sayılı Kanun, bu denetimi “denetim yetkisine sahip yeminli mali müşavirlere” verdiği ve bu denetimin yapılmış olması, “denetleme kurulunun yükümlülüğünü de ortadan kaldırmadığı” için; bundan böyle “faaliyet, dış denetim ve denetleme kurulu raporları ile genel kurul kararlarının uygun vasıtalarla derhâl yayınlanması” (SETİSK Md.29/1,3,4), sendikaları başta konfederasyonlar olmak üzere, ilgili tüm kuruluşların denetimine açık hale getirmiştir.

İşte, bu hükümlerden yola çıkarak konfederasyonların da sendikaları denetleme yetkisinin olduğunu söyleyebiliriz. Bu yetki, ister “mahallinde” ister “evrak üzerinde” olsun her zaman kullanılabilir bir yetkidir. Üstelik Kanun hükümleri gereği yeminli mali müşavirlerin hazırlayacağı “bilanço ve hesaplar ile çalışma raporlarının” oldukça ayrıntılı ve geniş bilgiler içermesi zorunluluğu, bu denetimlerin gereği gibi ve kolayca yapılmasını sağlayacak niteliktedir¹⁴.

Gerçi, konfederasyonlar tarafından yapılacak denetimlerin sonucunda ne gibi yaptırımlar uygulanacağı yasa da belirtilmiş değildir. Bu nedenle, denetim sonucu konfederasyon en fazla üye sendikaya disiplin cezası vererek onu üyelikten ihraç edebilir. Ancak bu yaptırımın dahi uygulanabilmesi, konfederasyon tüzüğünde belirtilmiş olmasına bağlıdır. Bu durumda sendikanın etkili bir yaptırımla karşılaşmayacağı söylenebilir. Bununla birlikte Kanunda özellikle raporların “derhal ilan” zorunluluğunun, sendikalar üzerinde yaratacağı “manevi baskı” dahi konfederasyonlara “sendikal disiplin” sağlamada yardımcı olabilir¹⁵.

Nitekim sendikaların konfederasyonlar tarafından denetlenmesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi, her ne kadar “sendikalarda ve sendika birliklerinde demokratik kurallara uygun denetimin aşağıdan yukarıya; başka bir deyimle, üyelerin sendikayı, sendikanın da konfederasyonu denetlemesi biçiminde olmasının doğru” olduğunu belirtmekteyse de, aynı kararında devamla “burada tanınan yukarıdan denetim yetkisinin demokrasiye uygun olan ve aşağıdan yukarıya doğru yapılan denetime gölge düşüren bir yanı” olmadığını, “karşılıklı denetimin gerek hesaplardaki gerekse yönetimdeki aksaklıkların giderilmesine daha elverişli” olduğunu, “bu nedenle kuralda Anayasaya aykırılık bulunmadığını” hükme bağlamıştır¹⁶.

¹⁴ Geniş bilgi için bkz.: F.DEMİR, Sendikalar, s.287 vd.

¹⁵ F.DEMİR, Sendikalar, s.289; Aksi görüş, SÜMER, H.H: Sendikalar Kanununda Yapılan Değişiklikler, Çimento İşveren, Mart- 1996, s.12

¹⁶ Any. Mah., 8-09.02.1972, E.970/48, K.972/3- R.G., 19.10.1972-14341; TUĞ, A: Sendikalar Hukuku, Ankara, 1992, s.244, dn.23

TOPLU PAZARLIK VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ SİSTEMİNE ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

Prof. Dr. Ali Güzel*

I. GİRİŞ

1. İş sözleşmesi temelinde işverene karşı bağımlılık ilişkisi içinde, dolayısıyla ekonomik ve hukuki açıdan işveren karşısında zayıf durumda olan işçinin korunması, İş Hukuku kurallarının temel amaç ve varlık nedenini oluşturur¹. Ancak, belirtilen amaç doğrultusunda devletin koyduğu kuralların asgari düzeyde bir koruma sağladığı çok geçmeden anlaşılacak ve daha geniş kapsamlı bir koruma arayışları başlayacaktır. Özellikle, işçi sendikalarının, üyelerinin ortak çıkarlarını savunmak ve geliştirmek için yeni hukuki araçlara gereksinim doğmuş, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi, bu işlevi üstlenmek üzere, tarihin çok eski dönemlerine uzanan bir uygulaması olmakla birlikte, gelişmiş Batı ülkelerinde XX. Yüzyılın başlarından itibaren yine devletin bu amaçla koyduğu kurullarla düzenlenmeye başlamıştır. Bu tarihsel gelişim sürecinde, günümüzde de etki ve varlığını sürdüren, birbirinden çizgilerle ayrılan iki farklı model şekillenecektir: İş ilişkilerinde devlet müdahalesini dışlayan liberal hukuk anlayışının egemen olduğu ülkelerde (örneğin, İngiltere) işçilerin ücret ve çalışma koşullarının düzenlenmesi, büyük ölçüde, toplu pazarlık ve toplu sözleşme alanına terk edilecektir. Bu modelde, toplu iş sözleşmesi; esas olarak, işletme düzeyinde bağitlanan ve bağımsız bir hukuki etkiye sahip olmayan bir tür tip sözleşme anlamında, işçi ve işverenlerin, yararlandıkları varsayılan ve bu takdirde bireysel iş sözleşmelerine dahil olan (*incorporation*) bir belge anlamındadır. İkinci modelde, işçi-şveren arasında belirli bir eşitliğin sağlanması görevinin öncelikle devlete ait olduğu yönündeki görüş ön plana çıkacaktır. Devlet, bu görevini; ilk olarak, bizzat yürürlüğe koyduğu emredici kurullar aracılığıyla yerine getirebilir; bunun yanında, dolaylı olarak, işçi-şveren arasında bağitlanmış anlaşmalara hukuki bağlayıcılık tanıyarak da devlet müdahalesi söz konusu olabilir. Bu dolaylı yöntem, diğer ülkelere nazaran çok daha eskiden ABD ve Kuzey Avrupa ülkelerinde belirleyici olmuş, gerçek anlamda bir toplu pazarlık ve toplu sözleşme hukuku (*sözleşme politikası*) oluşmuş; buna karşılık, devletin koyduğu kurullar, çok sınırlı düzeyde kalmıştır. Bu model, güçlü işçi sendikalarının ve uzlaşma kültürüne sahip işverenlerin varlığını gerekli kılar. Türkiye'nin de dahil olduğu diğer Avrupa ülkelerinde ise, toplu pazarlık ve top-

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Akademik yaşamın ve bilimin çileli yollarına, yarım yüzyıl önce büyük bir ümit ve heyecanla birlikte düőtüğümüz, tüm akademik yaşamını ağırlıklı olarak sendikalar ve toplu sözleşme hukuku alanında yoğunlaştırmış, bu alanda tartışılmaz bilimsel otoritenin sahibi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan meslektaşımı ve çok sevgili dostumu onurlandırmak için hazırlanan Armağan kitabında yer almak üzere kaleme alınan bu makale, ortak yazgının beslediği değerler yanında, yolun başlangıcındaki ümit ve beklentilerin vardığı aşamaya bir virgöl ile soluk aldırılmak amacını taşımaktadır.

lu sözleşme, yasal ve idari düzenlemelerin, birer alternatifi olarak değil, anılan düzenlemelerin tamamlayıcısı işleyle ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bu anlam ve boyutu içinde toplu iş sözleşmesi, yasaların koruma alanı dışında bırakılmış bir alanda, mutlak emredici kurallara aykırılık oluşturmamak koşuluyla, işçilere yeni haklar sağlamak veya asgari düzeyde tanınmış haklardan daha fazla hak tanıma gibi bir işlev üstlenir.

2. Bu işlev, toplu iş sözleşmesinin, iş hukukunun kaynakları arasında, çok önemli bir yer almasını sağlamış²; dahası 1970'lı yılların sonuna kadar, toplu iş sözleşmesi karşısında, yasanın çok daha sınırlı bir işlev üstlenmesi, işçilerin ücret ve çalışma koşullarının geliştirilmesi ve pekiştirilmesi, toplu iş sözleşmeleriyle sağlanmaya başlanmıştır³. İşçi-işveren arasındaki eşitsizlik, sendikal örgütlerin işçiler adına işverenle toplu pazarlık yaparak ve toplu iş sözleşmesi bağtlayarak giderilmeye çalışılmıştır. Toplu iş sözleşmesinin, geçmişte olduğu gibi, günümüzde ve gelecekte de işverene karşı bağımlılık ilişkisi içinde bulunan işçilerin, sosyal ilerleme yönünde korunması açısından yaşamsal bir öneme sahip olduğu gerçeği yadsınamayacaktır. Ancak, etkin bir toplu

² Ünlü Fransız İş Hukukçusu Gérard Lyon-Caen, çok isabetli olarak, İş Hukukunun tarihsel gelişim evrelerini, üç dönem olarak belirtmekteydi: "Anomie" olarak adlandırdığı ilk dönem, devletin iş ilişkilerine müdahalesinin olmadığı, işçi ve işveren arasındaki ilişkinin herhangi bir sözleşmesel ilişki gibi kendiliğinden dengesini bulacağı varsayımına dayanan bu dönem, dilimize de "kuralızsızlık" dönemi olarak aktarılabilir. Bu dönemin doğurduğu ağır sonuçlar, "hétéronomie" döneminin temellerini atmıştır. Bu ikinci dönem, çalışma ilişkisi taraflarının dışında bir gücün yani devletin, koyduğu kurallarla bu ilişkileri düzenlediği, taraflar arasındaki dengesizlik ve eşitsizliğin bu kurallarla giderilerek, iş ilişkisindeki zayıf taraf olan işçinin korunmasıyla dengenin amaçlandığı dönemdir. Bunu izleyen ve 1950'li yıllardan itibaren başlayan süreç ise, sosyal tarafların, yalnızca devletin koyduğu kurallar çerçevesinde hareket etmekten çıkıp, toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkının tanınmasıyla, objektif yasa kuralı niteliğinde, kendi kurallarını koyabildikleri "autonomie" yani özerklik dönemidir (G.Lyon-Caen, Anomie, hétéronomie en droit du travail, En Hommage a Paul Horion, Liege 1972, 173 vd.; Aynı Yazar, Un droit sans papiers d'identité, Arch.phil.droit, 41 (1997) 181 vd.

³ Ayrıntı için bkz. Esener, T., İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri, 275 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Sistematik İncelenmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1964; Mimaroglu, S.K., Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1964; Reisoglu, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukda Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1967; Şahlanan, F., Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992; Oğuzman, K., Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır?, İstanbul 1973; Kutal, M./Ekonomi, M., Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Yasal Çerçevesi ve Başlıca Sorunlar, Uluslararası Deneyimler Işığında Türkiye'deki Endüstri İlişkileri, İstanbul, 1977, 113 vd; Ulucan, D., Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1981; Sur, M., Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Dokuz Eylül Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991, Tuğ, A., Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Minpa Matbaacılık, Ankara 1996; Engin, E.M., Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1999; Aktay, A.N./Arıcı, K./Senyen Kaplan, E.T.; İş Hukuku, Ankara 2011, 377 vd; Özveri, M., Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaştırma (1963-2009), Ankara 2013; Narmanlıoğlu, Ü., İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 2. Baskı, Beta, İstanbul 2013, 291 vd; Demir, F., İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2014, 587 vd; Canbolat, T., Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013, 25 vd; Sur, M., İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 5. Bası, Ankara 2015, 236 vd; Tuncay, A.C./Savaş Kutsal, B., Toplu İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, 152 vd; Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T., İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul, 2015,653 vd.

pazarlık ve toplu iş sözleşmesinin, ekonomik ve sosyal işlevleri de unutulmamalıdır. Dahası, 1980'li yıllardan itibaren, iş hukuku kurallarının esnekleştirilmesi amacıyla, devletin koyduğu kurallar yerine, bireysel iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi aracılığıyla iş ilişkilerinin düzenlenmesi görüşü egemen olmaya başlamış; bunun sonucu olarak, toplu iş sözleşmesi işletme yönetiminin önemli bir hukuki aracı olma işlevini üstlenmeye başlamıştır. Toplu iş sözleşmesinin üstlenmiş olduğu bu önemli işlevlerin, gerçek anlamda etkili olması, büyük ölçüde toplu iş sözleşmesi sisteminin sağlıklı işlemesine bağlıdır. Bu çerçevede, ilk olarak, etkin bir sosyal diyalog ve toplu pazarlık mekanizmalarının varlığı, ön ve temel koşullar arasında yer alır. Bunların yanında, teknik hukuk açısından, toplu sözleşme düzeyi ve toplu sözleşmesinin yapılmasına ilişkin esaslara da işlerlik kazandırılması gerekliliği tartışmalıdır. Toplu iş sözleşmesi işçilerin ücret ve çalışma koşullarını düzenleyen bir belge olduğundan, kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkını bu incelemenin kapsamı dışında bırakırsak, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışanlarının tümüne yakın bir bölümünün toplu iş sözleşmesi kapsamında yer alması ve bu sözleşmenin sağladığı haklardan yararlanması, Anayasal değerdeki toplu sözleşme hakkının yaşama geçirilmesiyle doğrudan bağlantılıdır.

3. Ne var ki, Türk toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi sistemi, başlangıçtan itibaren (1963) “özerklik” ve “vesayet” kısıncı arasında kalmış ve bunun sonucu olarak çok dar bir alanda oluşmuş ve gelişme göstermiştir. Gerçekten, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi, doğası gereği, devlet karışımından uzak, tam özerk bir alanın varlığını ve bu alanda normatif (düzenleyici) nitelikte kolektif norm oluşturmayı varsayar. Ne var ki, bu alandaki yasal düzenlemeler dikkatlice incelendiğinde, özerk alanın çok dar olduğu; buna karşılık, devlet vesayetinin ise çok geniş bir alanı kapsadığı, toplu pazarlığın özerk bir alanda değil, devletin gözetim ve denetiminde olduğu ve geliştiği olgusu doğruluk kazanmaktadır. 1963 yılından günümüze uzanan süreçte yürürlüğe konulan yasalar (275,2822 ve nihayet 6356) aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı gibi, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi sisteminin tüm yönlerini ve ayrıntılarını emredici kurallarla düzenlemişler ve tek özerk alan, tarafların toplu pazarlık masasında karşılıklı görüşmeleri ile sınırlı kalmıştır. Özerk alanın zayıf, vesayetin güçlü olduğu bir sistem, gerçek anlamda bir toplu pazarlık sisteminin gelişmesini engellemekle yetinmemiş, toplu sözleşme hakkının, bu hakkın asıl sahipleri olan işçilere ulaşımını da güçleştirmiştir. Toplu sözleşme hakkının varlık nedeni ve amacı değil, sistemin dar sınırlar içine alınması amacı ön plana çıkmıştır. Gerçekten, yasal düzenlemeler incelendiğinde, kural olarak, toplu sözleşme özerkliği alanına dahil olması gereken bazı önemli hususların (toplular sözleşme düzeyi vb.) emredici kurallarla düzenlendiği, diğer bazı önemli konuların (örneğin, işyerinin girdiği işkolunun ve yetkili sendikanın belirlenmesi) ise kamu makamlarının gözetim ve denetimine (kamu vesayeti) bırakıldığı görülmektedir. Oysa aşağıda açıklanacağı üzere, gerek konuyu düzenleyen ILO normları, gerek Avrupa ülkeleri hukuklarında, belirtilen konuların toplu sözleşme özerkliği alanında kaldığı ve dolayısıyla bu konuların toplu sözleşme taraflarının özgür iradelerine terk edildiği tespit edilmektedir. Olasılıkla bu düzenlemelerin yarattığı olumsuz etkiyle, sadece toplu pazarlık sistemi değil, sendikal örgütlenmenin de ileri bir aşama kaydetmediği gerçeği ile karşı karşıya gelinmiştir. Nitekim en son yürürlüğe giren 2012 tarihli 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun gerekçesinde, belirtilen hususlar resmen tescil edilmiş ve açıklanmıştır: “2821 ve 2822 sayılı kanunlarla Türk sendikacı-

lığını ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşımak mümkün değildir. Dahası bu kanunlarda yapılan kısmi değişiklikler bir bütünlük arz etmediğinden uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde yeteri kadar başarılı olamamıştır. Çoğu zaman özgürlükçü bir yaklaşımla getirilen bu değişiklikler kanunların değiştirilmeyen diğer maddeleri içinde anlamsız hale gelmiştir. Dolayısıyla yapılması gereken Türk Endüstri ilişkileri sistemini ileri taşıyan, çağın değerlerini yansıtan ve aynı zamanda Türk çalışma hayatının sorunlarına köklü çözüm getiren uzun soluklu bir kanun yapmaktır”.

Bu gerekçede, gerçekler çok isabetli olarak vurgulanmış, amaç ve varılması gereken hedefler de çok iyi bir şekilde ortaya konulmuş olmakla birlikte, sadece inceleme konumuzla sınırlı kalırsa bile, 6356 sayılı Yasa, 30 yıllık uygulamada sorunları çözmede ve toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşımada başarılı olamadığı ifade edilen 2822 Sayılı Yasanın, çerçeve sözleşme dışında, toplu sözleşme düzeyi ve yetkili sendikanın tespitine ilişkin hükümlerini büyük ölçüde yinelemiştir. Bu yasayla da, 2822 sayılı Yasa gibi, toplu sözleşme özerkliğine yine çok daha dar bir alan bırakılırken, özerklikle bağdaşmayan, devletin gözetim ve denetimine (vesayet) çok daha geniş bir alan bırakılmış olmaktadır. İfade edilenin aksine, 6356 sayılı Yasa da, çağın değerlerini yansıtan, toplu sözleşme düzenini daha ileriye taşıyabilen ve dolayısıyla uzun soluklu bir yasa olmaktan çok uzak bulunmaktadır. Bu tespit, doğal olarak yeni bir model arayışını da kaçırılmaz hale getirmektedir. Bu incelemede de, işaret edilen konularla sınırlı kalınarak, uluslararası normlar ve karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılarak, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi sisteminin kısa bir eleştirel değerlendirmesinin yapılması ve bazı çözüm önerilerinin ortaya konulması amaçlanmıştır.

Bu çerçevede, öncelikle etkili ve işlerliği olan bir toplu pazarlık sisteminin ön ve temel koşulu olan “sosyal diyalog” konusu üzerinde durulmalıdır (II). Toplu sözleşme hakkının, işçilerin ücret ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi amacıyla tanınan temel bir sosyal hak olduğu dikkate alındığında, toplu pazarlık ve toplu sözleşme sisteminin başarısının ölçüsü, hiç kuşkusuz, sistemden yararlanabilen işçi sayıdır. Toplu sözleşmeden yararlanarak, ücret ve çalışma koşullarını iyileştiren işçilerin oranı yükseldikçe, sistemin başarısından da söz edilebilecektir. Bu nedenle, model arayışında, sistemin bu yönden de sorgulanması ve değerlendirilmesi önem taşımaktadır (III). Bu konuyla ve toplu iş sözleşmesinin işlevleriyle bağlantılı diğer önemli bir husus, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesinin düzeyine ilişkin bulunmaktadır (IV). Toplu sözleşme hakkını yaşama geçirecek ve bu hakka işlerlik kazandıracak husus toplu sözleşmenin bağitlanmasıdır. Toplu iş sözleşmesinin bağitlanabilmesi ise, işçi ve işveren taraflarının ve özellikle de yetkili işçi sendikasının belirlenmesine bağlıdır. Bu nedenle, yetkili işçi sendikasının belirlenmesi, toplu pazarlık ve toplu sözleşme sisteminin en önemli ve en sorunlu konuları arasında yer almaktadır (V).

II. SOSYAL DİYALOG TEMELİNDEN YOKSUN BİR TOPLU PAZARLIK SİSTEMİ!...

İş hukukunun özerklik (*autonomie*)⁴ dönemi olarak adlandırılan ve esas olarak 1950’li yıllarda başlayan süreçte, ulusal ve uluslararası normların, artan

⁴ Ayrıntı için bkz. Ulucan, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği, 43 vd; Sur, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği, 26 vd.

oranda, sosyal özerklik ve bu kapsamda toplu pazarlık yoluyla iş ilişkilerinin düzenlenmesine ayrıcalıklı bir yer verdiği söylenebilecektir. Belirtilen bu yöntemin etkili olabilmesinin ön koşulu ise sosyal taraflar olarak adlandırılan işçi ve işveren tarafları arasındaki sosyal diyalogun⁵ kapsam ve içerik açısından, çok sağlam temellere oturmuş, en azından toplu pazarlık süreci açısından çatışmacı değil, uzlaşmacı bir kültürün mevcut olmasıdır. Böyle bir sonucu elde edebilmiş ülkelerde, endüstri ilişkilerinin hukuki temel ve kapsamında toplu pazarlık ile toplu sözleşme sisteminin ön plana geçtiği; bu sayede dengeli ve istikrarlı bir endüstri ilişkileri düzeninin sağlandığı gözlemlenmektedir.

Örneğin, sosyal diyalogun çok güçlü olduğu Kuzey Avrupa ülkelerinde, toplu pazarlık ve toplu sözleşme düzeninin çok daha sağlıklı işlediği, sosyal taraflar arasındaki uzlaşma kültürünün, uyumsuzlukların sayısını asgariye indirdiği, çok yüksek oranda işçinin toplu sözleşme hakkından yararlanmasını sağladığı tespit edilebilmektedir. Alman hukukunda da benzeri bir sistemin varlığı ve geniş kapsamlı yönetime katılma kurumlarının oluşturulmuş olması, toplu pazarlık sisteminin sağlıklı işleyişini sağlayan etmenler olmaktadır⁶.

Fransız hukukunda⁷, sosyal diyalogun anayasal temele oturtulması isteği 16 Temmuz 2001 tarihli sosyal tarafların ortak deklarasyonunda ifade edilmiş; daha sonra “sosyal diyalogun modernleştirilmesi” yasası olarak adlandırılan 31 Ocak 2007 tarihli Yasanın hazırlanması sürecinde aynı konu gündeme gelmiştir. Sözü edilen anayasal temele dayandırılma amacı gerçekleşememiş olsa dahi 20 Ağustos 2008 tarihli Yasa ile İş Kodu’nun başlangıç bölümüne sosyal diyalog başlığı ile madde L-1 ve L-2 hükümleri eklenmiş; bu hükümlerde sosyal diyalog, bireysel ve toplu iş ilişkileri, istihdam ve mesleki eğitim konusunda reform öngören tüm yasa taslaklarının öncelikle sosyal taraflara sunulması; sosyal tarafların da bu konuda meslekler arası bir pazarlık başlatması öngörülmüştür. Dolayısıyla belirtilen konularda bir yasa değişikliği yapılmadan önce, sosyal tarafların bu konuda uzlaşması istenmiş, bu uzlaşmaya paralel bir yasal düzenlemenin daha sonra yürürlüğe konulması ve böylece sosyal tarafların yasa koyucuya öncülük yapması amaçlanmıştır. Bunun yanında, işkolu ve işletme düzeyinde yıllık veya üç yıllık dönemler itibariyle toplu pazarlığın zorunlu kılınması, toplu pazarlık sürecinde özellikle işverenle sadakat yükümlü-

⁵ Ayrıntı için bkz. Koray, M./Çelik, A., Avrupa Birliği ve Türkiye’de Sosyal Diyalog, Ankara 2007, 17 vd; Dünya’da ve Türkiye’de Sosyal Diyalog, TİSK Yayın No: 115, Ankara 1992, 7 vd; Engin, E.M., İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, İstanbul 2012, 5 vd.; Kutal, M., Türk Çalışma Hayatında Üçlü Yapılanma, İHD., Ekim-Aralık 1993, 485-497; Tuncay, A.C., Uluslararası Çalışma Normlarının Geliştirilmesinde Sosyal Diyalogun Rolü, Münir Ekonomi Armağanı, Ankara, 1993, 89-102; Ekonomi, M., 1997 Yılı; İşçi-İşveren İlişkilerinde “Diyalog” a Gidiş, Mercek, Ocak 1997, 11-12; Süzek, S., İş Hukukunda Katılım, Coşkun Kırca’ya Armağan, Ankara 1996, 163-165; Ünsal, E., Endüstriyel Demokrasi, İstanbul, 2006, 84 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat., 653 vd.

⁶ Ayrıntı için bkz. Koray/Çelik, 116 vd; TİSK, Sosyal Diyalog, 16 vd; Kaufmann, O./Kessler, F./Köhler, P.A., Le droit social en Allemagne, Paris, 1991, 181 vd.

⁷ Ayrıntı için bkz. Verdier, J-M./Coeuret, A./Souriac, M-A., Droit du travail, V.1, Rapports collectifs, 16^e édit, Paris, 2011, 89 vd; Lokiec, P., Droit du travail, T.II, les relations collectives de travail, Parais, 2011, 39 vd; Favennec-Héry, F/Verkindt, P.Y., Droit du Travail, 4^e édit. Paris, 2014, 57 vd; Auzero, G./Dockès, E., Droit du travail, 29^e édit., Paris, 2015, 1023 vd; Peskine, E./Wolmark, C./Droit du travail, 9^e édit., Paris, 2015, 523 vd; Ray, J-E., Droit du Travail, Droit Vivant, 24^e édit., Paris 2016, 620 vd.

lüğüne uygun davranması yönündeki çaba ve düzenlemeler, sosyal diyalog ve toplu pazarlığa verilen önemin başlıca göstergelerini oluşturmaktadır⁸.

Ne var ki, böyle bir sistemin tüm boyutlarıyla işlerlik kazanması da kolay bir iş olarak görünmemektedir. Nitekim ülkemizde de, tüm çabalara karşın, gerçek anlamda bir sosyal diyalog oluşturulamamıştır. Toplu sözleşme düzenine müdahale anlamına gelmeksizin, işçi-işveren ve hükümet diyalogu ve işbirliğinin teşviki açısından, yasal bazı esaslar getirilmek istenmiştir. Buna göre, Uluslararası Çalışma Normları Uygulamasının Geliştirilmesinde Üçlü Danışma Hakkında 144 sayılı ILO Sözleşmesinin ülkemiz tarafından onaylanmasının ardından, ilk olarak Başbakanlık Genelgeleriyle, daha sonra 2001 yılında 4641 sayılı Yasa ile Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuştur⁹. 2010 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle¹⁰ Anayasanın 166. maddesinin kenar başlığı "*I.Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey*" biçiminde değiştirilmiş ve maddeye; "*Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümete istişari nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey Kurulur: Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir*" yönünde isabetli bir fıkra eklenmiştir¹¹. Anayasal bir temele kavuşturulan bu Konseyin, işsiz bir organ olmaktan çıkarılıp, gerçekten ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında çok daha etkin bir işlev üstlenmesi beklenmektedir¹².

Bu Konseyde, hükümet ile işçi ve işveren konfederasyonları yanında kamu meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının da temsili sağlanmasına karşın; esasında bu Konsey'in yasadaki belirtilen kurulma amacı 144 sayılı Sözleşmede belirtilen amaçtan farklı olduğundan, sözleşmeye uygun ayrı bir örgütlenmenin oluşturulması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesinde, çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının izlenmesi amacıyla, hükümet, işveren, kamu görevlileri ve işçi sendikaları konfederasyonları arasında etkin danışmayı sağlamak üzere, İş Yasasının 114. maddesi ile "*Üçlü Danışma Kurulu*"nun oluşturulması öngörülmüştür¹³. Ne var ki, söz konusu oluşumlar, kendilerinden beklenen işlevi yeterli düzeyde yerine getirememiştir. Sosyal taraflar arasında işbirliği alanında ülkemiz açısından değinilmesi gereken bir diğer nokta, 20 Temmuz 1978 tarihinde, dönemin başbakanı ile Türk-İş genel başkanı arasında yapılan "*Toplumsal Anlaşma*" başlığı taşıyan anlaşmadır¹⁴. Ülke sorunlarının çözümüne destek amacıyla yapılan bu anlaşma, sadece kamu kesimi işyerlerindeki toplu iş sözleşmeleri hakkında ilkeler içermesi yanında, uygulama kabiliyeti kazanamamış ve devamında bu nitelikte yeni anlaşmaların yapılabilmesi için örnek teşkil edememiştir.

⁸ Peskine/Wolmark, 513-514; Auzero/Dockès, 1420 vd.

⁹ Koray/Çelik, 396 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 658 vd.

¹⁰ 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG., 13.5.2010, 27560).

¹¹ Bkz. Kutal, M., Toplu Pazarlık Sistemi Açısından Anayasa'da 5982 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler, Mercek, Temmuz 2010, 23; Tuncay, A.C., Anayasanın İş Hukukuna İlişkin Bazı Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Mercek Temmuz 2010, 57.

¹² Kutal, Değişiklikler, 23; Tuncay, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 57.

¹³ Koray/Çelik, 422 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 659.

¹⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 660.

Sonuç olarak, ülkemizde dengeli ve sürekli bir sosyal diyalog¹⁵ oluşturulup, geliştirilememiştir. Bu durum, kaçınılmaz olarak, toplu iş sözleşmesi düzenini de olumsuz yönde etkilemiştir. Oysa, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesinin işlerliği açısından, kapsamlı bir sosyal diyalog yaşamsal bir öneme sahip bulunmaktadır.

III. HAK SAHIPLERİNE (İŞÇİLERE) HAK SAĞLAYAMAYAN BİR SİSTEM!...

Toplu sözleşme gibi temel bir hakkın bir anlam ifade edebilmesi, “kağıt üzerinde ölü bir hak” olarak kalmaması için, bu hakkın sahibi olan sùjelerin tümünün değilse bile, en azından büyük bir bölümünün bu haktan yararlanması gerekir. Dolayısıyla, toplu sözleşme hakkının bir ülkede etkili olup olmadığını belirleyen ölçütlerden birisi ve en önemlisi, toplu sözleşme kapsamında yer alan ya da toplu sözleşmeden yararlanabilen işçi sayısıdır. Bu konuda yapılan çalışmaların, ülkeden ülkeye veya işkolu ya da işletme düzeyinde farklılık göstermesine ve yine bu alanda sağlıklı istatistiklerin bulunmamasına karşın, genel bir fikir vermesi ve karşılaştırma yapılabilmesi için ülkemizde, toplu sözleşme kapsamında yer alan işçi sayısı ile diğer yabancı ülkelerdeki durumu, elde edebildiğimiz istatistiki bilgilere dayanarak açıklamaya ve buradan, 1963 yılından bu yana uygulanmakta olan toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi sistemimizin, işçiler açısından olumlu sonuçlar ortaya koyup koymadığını tespit etmeye çaba göstereceğiz.

1. Avrupa Birliği Ülkelerinde Toplu Sözleşmeden Yararlanan İşçilere İlişkin İstatistiki Bilgilerin Öğrettikleri!...

Avrupa Birliği genelinde, ülkeler arasında farklılık bulunmakla birlikte, ortalama 10 işçiden 6’sı (%62) bir toplu iş sözleşmesinin kapsamında yer almaktadır. Bazı ülkelerde bu oran, sendikalaşma oranından da yüksek olarak ortalama %80 oranına ulaşmaktadır. Avusturya, Belçika, Fransa, İtalya, Hollanda, Portekiz ve Slovakya’da toplu sözleşme kapsamındaki işçi sayısının nisbi yüksekliği, bu konudaki hukuki düzenlemelerin sonucudur. Örneğin, Avusturya’da, toplu pazarlığın işveren tarafı, ticaret ve sanayi odaları olup, bu odaların üyeleri durumunda olan işverenlerin işyerlerinde çalışan tüm işçiler bağitlanan toplu iş sözleşmesinin kapsamında yer almaktadır. Belçika’da, toplu sözleşme kapsamındaki işçi sayısının yüksekliği, işkolu düzeyinde bağitlanan bir toplu iş sözleşmesinin otomatik olarak o işkolundaki tüm işçileri kapsamına almasının bir sonucudur. Fransa’da, işverenlerin işletme düzeyinde – ve bazen de işkolu düzeyinde- her yıl toplu pazarlık prosedürünü uygulamak zorunda olmaları ve özellikle işkolu düzeyinde bağitlanmış toplu iş sözleşmelerinin Hükümet kararı ile toplu sözleşmeyi imzalamamış işverenlere de teşmil edilmesinin bir sonucu olarak, toplu sözleşme kapsamına giren işçi sayısı yüksek bir orana ulaşmaktadır. Toplu sözleşme kapsamına giren işçi sayısının düşük olduğu ülkelerde (örneğin İngiltere) genellikle işletme düzeyinde toplu pazarlık modeli egemendir. Bu modelde, sendikanın işletmedeki gücü ve sendikalaşma oranı, toplu iş sözleşmesinin kişiler açısından kapsamını belirlemede etken unsurlardır¹⁶.

¹⁵ Bkz. Kutal, Çalışma Hayatında Üçlü Yapılanma, 489 vd; Tuncay, Sosyal Diyalogun Rolü, 89-102; Ekonomi, “Diyalog”a Gidiş, 11-12; Süzek, Katılım, 163 vd; Ünsal, 84 vd; Çelik/Canikliöğlü/Canbolat, 659 vd.

¹⁶ Bkz. http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux/en-Europe/Negociation_collectives

Ülkelere özgü olarak, Avrupa Birliği'nin 2012 yılı istatistikleri esas alındığında; örneğin, Almanya'da toplu sözleşme kapsamında yer alan işçi sayısı %59, sendikali işçi sayısı ise %18'dir; Alman Hükümet Araştırma Merkezi (IAB) istatistiklerine göre, eski Batı Almanya'da işçilerin %61'i toplu iş sözleşmesi kapsamında olup, bu sözleşmelerin %54'ü İşkolu, sadece %7'si işletme düzeyinde bağlanmıştır. Eski Doğu Almanya'da ise işçilerin %49'u bir toplu iş sözleşmesi kapsamında olup, bu sözleşmelerin %37'si işkolu, %12'si ise işletme düzeyinde bağlanmıştır (2011) ¹⁷.

Fransa'da, sendikali işçi sayısı %8 civarında iken, toplu sözleşmeden yararlanan işçi sayısı %98 oranına ulaşmaktadır. İngiltere'de toplu sözleşmeden yararlananların oranı %33, buna karşın sendikali işçi oranı %18 olarak verilmektedir. İsveç, Norveç ve Avusturya, en fazla işçinin toplu iş sözleşmesi kapsamında yer aldığı ülkeler arasında yer almaktadırlar. Örneğin, İsveç'te, toplu sözleşme kapsamında yer alan işçi sayısı %88, sendikali işçi sayısı %70 iken, Avusturya'da bu oran %95'e yükselmekte, Norveç'te ise tüm işçiler (%100) toplu sözleşmeden yararlanmaktadır¹⁸.

Bu istatistiki bilgiler değerlendirildiğinde, inceleme konumuzla bağlantılı olarak şu hususlar ön plana çıkmaktadır: Öncelikle, sosyal diyalogun ve uzlaşmacı bir kültürün pekiştiği ülkelerde, toplu pazarlık sistemi işlerlik kazanmakta ve yüksek sayılabilecek bir işçi kitlesi bu toplu sözleşmelerden yararlanabilmektedirler. İkinci husus, toplu pazarlığın düzeyi ile toplu iş sözleşmesinin kapsadığı işçi sayısı arasındaki ilişkidir. Gerçekten, toplu pazarlık düzeyinin merkezi (işkolu, ulusal veya bölgesel) olduğu ülkelerde, toplu sözleşme, doğal olarak, daha çok işçiyi kapsamına almaktadır. Buna karşılık, ülkemizde olduğu gibi, yerel düzeyde (işyeri veya işletme) toplu pazarlık modelinin geçerli olduğu ülkelerde toplu sözleşmenin kapsadığı işçi sayısında ciddi bir düşüş söz konusu olmaktadır. Örneğin, anılan modelin uygulandığı İngiltere'de, sendikalaşma oranı yüksek (%28) olmasına karşın, toplu sözleşmeden yararlanan işçilerin oranı %33 civarında olmaktadır. Bu modelin daha da çarpıcı örneğini ABD oluşturmaktadır. Diğer Avrupa ülkelerine, örneğin Fransa'ya nazaran toplu pazarlık sisteminin en az yarım yüzyıl önce uygulanmaya başlandığı ABD'de¹⁹ işletme düzeyinde toplu pazarlık modeli esas olduğundan, toplu sözleşme kapsamına giren işçi sayısı oldukça düşük kalmakta, örneğin, 1986 yılında toplu sözleşme kapsamına giren işçi sayısı %19 iken²⁰, OCDE istatistiklerine göre 2012 yılında bu oran %13,1'e düşmüştür.

Üçüncü husus ise, Fransa örneğinde görüldüğü gibi, işkolu düzeyinde bağlanmış bir toplu iş sözleşmesinin teşmili halinde toplu sözleşme kapsamına giren işçi sayısında önemli bir artış söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, Fransa'da sendikalaşma oranı çok düşük (%8) olduğu halde, toplu sözleşmenin kapsadığı işçi sayısı %90'ların üstüne çıkabilmektedir.

¹⁷ <http://fr.worker-participation.eu/layout/set/print/Systemes-nationaux/Pays/Allemagne/>

¹⁸ Bkz. http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux/en-Europe/Negociation_collectives

¹⁹ Auzero/Dockès, 1332.

²⁰ Blanc-Jouvan, La négociation collective d'entreprise: L'expérience des Etats-Unis, Dr.Soc., 1990, 638 vd.

2. Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanan İşçi Sayısına İlişkin İstatistiksel Bilgiler

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından en son yayınlanmış bulunan 2014 yılı Çalışma Hayatı İstatistiklerine göre, özel sektörde, 2014 yılında imzalanmış olan toplu sözleşme sayısı 516’dır²¹. Buna göre 2014 yılında toplu sözleşme kapsamına giren 5.964 işyerinde, toplam 261.910 işçi çalışmaktadır. Toplu sözleşme kapsamındaki bu işyerlerinde sendika üyesi olan işçilerin sayısı ise 185.923 olarak açıklanmıştır.

Yıllara göre imzalanan toplu sözleşme sayıları farklılık gösterebilmektedir. Örneğin aynı istatistiğe göre, 2013 yılında imzalanan toplu sözleşme sayısı 822 iken, bu sayı 2012’de 331, 2011’de 820, 2010’da 443’tür.

Ülkemizde, işçiler açısından toplu sözleşmeden yararlanma oranını tespit edebilmek için, 2014 yılında toplu sözleşme kapsamında yer alan işyerlerindeki işçi sayısı ile 2014 yılı Temmuz ayı istatistiklerinde belirtilen toplam işçiyi gösteren 12.287.239 sayısını oranladığımızda, % 2,13 sonucuna ulaşılmaktadır.

Dolayısıyla, toplu sözleşme kapsamında yer alan işyerlerinde çalışan işçilerden sendika üyesi olmayanların tümünün dayanışma aidatı ödeyerek toplu sözleşmeden yararlandığı varsayımında, ülkemizde işçilerin sadece % 2,13’ünün toplu sözleşmeden yararlandığı ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan 2014 Temmuz ayı istatistiklerine göre sendika üyesi olan toplam 1.189.481 işçiden, yalnızca 185.923’ünün toplu sözleşme kapsamında bulunan bir işyerinde çalışıyor olduğu dikkati çekmektedir. Bu iki sayının birbiriyle oranlanmasının sonucunda ise, sendika üyesi işçiler arasında toplu sözleşmeden yararlanma oranının % 22 olduğu sonucuna varmak olanaklıdır.

Resmi istatistiklerin çarpıcı bir biçimde karşımıza çıkardığı ve üzerinde ciddiyetle düşünülmesi gereken husus, anayasal değerdeki toplu sözleşme gibi temel bir sosyal haktan işçilerin büyük çoğunluğunun yararlanamamış olmasıdır. Bu acı gerçek, sistemin bir bütün olarak yeniden değerlendirilmesi ve bugünkünden daha olumlu sonuçlar ortaya koyabilecek yeni bir modelin benimsenmesinin zorunluluğunu da ön plana çıkarmaktadır.

IV. TOPLU PAZARLIK VE TOPLU SÖZLEŞME DÜZEYİ

1. Toplu Sözleşme Düzeyinin Belirlenmesine İlişkin Genel İlke ve Esaslar

Bir ülkede uygulanan toplu pazarlık ve toplu sözleşme düzeyi, aşağıda görüleceği gibi, hukuk normunun konusu olmaktan çok, her ülkenin somut tarihsel, ekonomik, sosyal ve siyasal koşullarına göre biçimlenir. Bununla birlikte, sözü edilen koşulların oluşturduğu ve biçimlendirdiği hakların daha sonra hukuk normu içinde yer almış olmasının, belirli bir anlam ve değeri bulunmaktadır. Bu anlam ve değer, ayrıntılardaki kimi ayrımlara karşın, tüm çağdaş toplumların ortak yaşam değerlerine dönüşmüştür. Sendikal hak ve özgürlükler ile bunların ayrılmaz parçası olan toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkı da anılan koşulların bir ürünü olmakla birlikte, özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra evrensel düzeyde oluşturulan hukuk normlarının konusu olmuş, anlam ve değeri anılan bu normlar tarafından biçimlenmiştir.

²¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışma Hayatı İstatistikleri 2014, 22 (www.csgb.gov.tr).

İlk adım ve başlangıç olması açısından, hiç kuşkusuz, ILO normlarının ayrı bir önemi bulunmaktadır. Yukarıda işaret edilen toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesine ilişkin ILO normları, toplu pazarlık ve toplu sözleşmenin düzeyi konusundaki temel ilkeleri de belirlemiştir. Gerçekten, ILO'nun toplu pazarlık ve toplu sözleşme alanındaki Sözleşme ve Tavsiye'leri ile bu normları yorumlayan Denetim Organlarının kararlarıyla belirlenen en önemli ilkelerden birisi de toplu pazarlığın düzeyinin işçi-işveren taraflarının serbest iradeleriyle belirlenmesidir. Bu ilke, özgür toplu pazarlığın, doğal ve kaçınılmaz bir sonucudur. ILO'nun 1949 tarih ve 98 sayılı "Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkındaki Sözleşme" nin 4. maddesi, toplu pazarlığın isteğe bağlı niteliğini vurgulamaktadır. Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne göre de, toplu pazarlık konusundaki bu ilke, aynı zamanda sendika özgürlüğünün de temel bir ilkesini oluşturur. Söz konusu madde, isteğe bağlı toplu pazarlık prosedürlerinin teşvik edilmesi ve geliştirilmesini öngörmektedir. ILO'nun 1981 tarih ve 154 sayılı Toplu pazarlık Hakkında Sözleşmenin hazırlık aşamasında, 98 sayılı Sözleşmenin 4. maddesindeki kuralın, hükümetler için toplu pazarlığı zorunlu kılma ya da tarafları toplu pazarlığa, iradeleri dışında yönlendirme biçiminde yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir²².

Belirtilen bu hususlar, toplu pazarlığın düzeyi ile bağlantılı olarak, ILO'nun 1981 tarihli Toplu Pazarlık konusundaki 163 sayılı Tavsiye'nin 4. maddesinin birinci fıkrası önem kazanmaktadır. Gerçekten, söz konusu hükme göre, ulusal koşullara uygun önlemler alınarak; özellikle işyeri, işletme, işkolu, bölgesel veya ulusal olmak üzere hangi düzeyde olursa olsun toplu pazarlığın yapılması sağlanmalıdır. Bu ilkeye uygun olarak, ILO Uzmanlar Komitesine göre, toplu pazarlığın düzeyini emredici olarak üst bir düzey biçiminde (sektör, işkolu vb.) belirleyen ulusal mevzuat, ILO Sözleşmeleri ile uyum içinde olamayacaktır. Komiteye göre, normal olarak, toplu sözleşme düzeyinin belirlenmesi yönündeki tercih, toplu sözleşme taraflarına bırakılmalıdır. Çünkü, toplu sözleşmenin hangi düzeyde yapılacağı konusunda sosyal tarafların daha iyi değerlendirme yapabilecekleri, sosyal taraflar, arzu etmeleri halinde, yerel ya da işletme anlaşmaları ile tamamlayacakları çerçeve anlaşma (*accord-cadre*) biçiminde karma bir modeli dahi kabul edebileceklerdir²³.

Sendika Özgürlüğü Komitesi, toplu pazarlığın düzeyi konusunda daha kapsamlı bir görüş oluşturmuştur: Buna göre, özgür ve tarafların isteğine bağlı toplu pazarlık esasını düzenleyen 98 sayılı Sözleşmenin 4. maddesi hükmü, toplu pazarlığın düzeyinin belirlenmesinin esas olarak taraf iradelerine ve kararlarına terk edilmesini zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla, toplu sözleşme düzeyi, yasama ya da yürütme organı veya resmi çalışma makamlarının kararlarıyla taraflara empoze edilmemelidir. Toplu pazarlık taraflarının özerkliğini sağlamak adına, toplu pazarlığın yapılacağı düzeyin tarafların karşılıklı anlaşmaları ile belirlenmesinin en uygun çözüm olduğu²⁴, ancak birçok ülkede bu amaçla taraflardan bağımsız bazı organların yetkili kılındığı tespit edilmiştir²⁵.

²² Gernigon/Odero/Guido, La négociation collective, Normes de l'OIT et principes des organes de controle, BIT, Zurich, 2000, 27; Valticos., N., Droit international du travail, Paris, 1983, 256 vd; Servais, J.-M., Les normes internationales du travail, Paris 2004, 88 vd.

²³ Gernigon/Odero/Guido, 30; Alpagut, G., 6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi, KHÜ Hukuk Fakültesi Semineri (22 Aralık 2012), Seçkin Yayınları, Ankara, 2013,130 vd.

²⁴ Bkz. Alpagut, Uyum Açısından Değerlendirme, 131.

²⁵ Gernigon/Odero/Guido, 31.

Buna karşılık, ILO Denetim Organları, farklı düzeylerde (tüm işkolları, belirli bir işkolu, işletme, şirket grubu, işyeri, bir fabrika veya duruma göre farklı coğrafi mekanlar) bağitlanmış toplu iş sözleşmeleri arasındaki hiyerarşik bağ konusunda herhangi bir karar almamışlardır. Bu hususun da ilke olarak, tarafların özgür iradelerine bırakılması; bununla birlikte, farklı düzeydeki toplu iş sözleşmeleri arasındaki koordinasyonun (örneğin belirli bir düzeyde toplu sözleşme konusu yapılmış bir konunun başka düzeydeki bir toplu görüşmede ele alınmaması), toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle belirlenmesinin, yasa yoluyla konulacak ölçütlere tercih edileceği ifade edilmiştir. Kaldı ki, 163 sayılı Tavsiye'nin 4. maddesinin 2. fıkrasında, toplu pazarlığın farklı düzeylerde gerçekleştiği ülkelerde, tarafların bu hususta bir ölçüt kararlaştırmaları gereği ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, ILO normlarında ve ILO Denetim Organları Kararlarında, toplu pazarlığın tarafların istek ve serbest iradelerine bağlı kılınmasının doğal bir sonucu olarak, kamu otoritelerinin müdahalesinden bağımsız olarak, toplu pazarlık düzeyinin de tarafların özgür iradeleriyle tespiti, özerk toplu pazarlığın dayandığı temel bir ilke olarak kabul edilmektedir²⁶. Bunun gibi, AB Antlaşmasının metnine dahil edilen ve artık hukuki bağlayıcılığı söz konusu olan "Temel Haklar Şartı" (*La Charte des droits fondamentaux*) da işçi ve işverenlere, uygun gördükleri düzeyde toplu pazarlık hakkını tanımaktadır (m.28)²⁷.

Aşağıda tekrar üzerinde durulacağı gibi, yapılan bu açıklamalardan; ülkemiz hukukunda, önceki yasalar gibi, 6356 sayılı Yasayla da konunun emredici kurullarla düzenlenmiş olmasının, belirtilen ILO ve AB normlarına uyum sorununu gündeme getirdiği hemen dikkati çekmektedir²⁸.

2. Toplu Pazarlık Düzeyi ile Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Kapsamı Arasındaki İlişki

Anayasal değerde ve temel sosyal hak niteliğindeki toplu sözleşme hakkının varlık nedeni, tüm çalışanların bu haktan yararlanmasını gerekli ve zorunlu kalır; aksi halde toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında kalan işçiler açısından bu hakkın hiçbir önem ve anlamı kalmamaktadır. Toplu sözleşmenin kişiler açısından kapsam darlığı ve genişliğini belirleyen faktörlerden birisi de toplu pazarlığın düzeyidir. Bu bağlamda, toplu pazarlığın işkolu düzeyinde ya da işletme düzeyinde yapılması veyahut her iki düzeyde de yapılabilmesi, kapsama girecek işçi sayısını olumlu veya olumsuz yönde etkileyecektir.

Üzerinde durulan bu konuyla bağlantılı olarak, örneğin toplu pazarlığın işkolu düzeyinde gerçekleştiği ülkelerde, toplu iş sözleşmesinin kapsamında bir genişleme, işletme düzeyinde yapıldığı ülkelerde ise tersi bir durum söz konusu olmaktadır. AB ülkelerinin bazılarında, ulusal düzeydeki anlaşmalar, daha alt düzeyde yapılacak toplu iş sözleşmelerinin içerik ve kapsam olarak genel çerçevesini belirler. Toplu pazarlık, hem işkolu düzeyinde, hem de işletme düzeyinde yürütülür. Diğer bazı ülkelerde, toplu pazarlık işkolu düzeyinde yapılır ve toplu pazarlığın genel çerçevesi işkolu düzeyindeki bu sözleşme ile belirlenir. Örneğin, İsveç ve Danimarka'da, işkolu düzeyinde yürütülen toplu pazarlıkta, daha alt düzeydeki toplu pazarlıkta dikkate alınacak hususlar belirlenir. Ancak, alt

²⁶ Gernigon/Odero/Guido, 31; Morin, 564.

²⁷ Verdier/Coeuret/Souriac, 199.

²⁸ Alpagut, Uyum Açısından Değerlendirme, 131 vd.

düzeyde yapılacak toplu iş sözleşmesi açısından tarafların geniş bir hareket alanı mevcuttur. Bazı ülkelerde (örneğin, Hollanda ve İspanya) de hem işkolu düzeyinde, hem işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi birlikte söz konusu olmakta, ancak ikisinin birbirlerine doğrudan bağlılığı da mevcut değildir. Buna karşılık, toplu pazarlık, birbirinden bağımsız olarak, bazı sektörlerde sadece işkolu, diğerlerinde ise işletme düzeyinde yürütülür²⁹.

Yukarıda verilen istatistikî bilgilerin de açıkça ortaya koyduğu gibi, toplu pazarlığın ulusal veya işkolu düzeyinde yürütüldüğü durumlarda, toplu sözleşmenin kapsamına girecek işçi sayısında da artış olmaktadır. Aynı sonuç, toplu pazarlığın aynı anda hem işkolu, hem de işletme düzeyinde yapılması halinde de söz konusudur. Buna karşılık, sadece tek bir işletme veya işyeri düzeyinde yapılan sözleşmelerde, doğal olarak, sözleşmeden yararlanacak işçi sayısında azalma olacaktır. Toplu pazarlık düzeyinin, Türk hukukunda olduğu gibi, emredici kurullarla düzenlenmiş, değişkenlik göstermeyen katı bir formül olmadığı, ekonomik ve teknolojik gelişmelere koşut olarak değişkenlik gösterdiği, AB ülkelerindeki durum incelendiğinde kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Nitekim günümüzde, ekonomik krizin beraberinde getirdiği genel eğilimin, daha alt düzeylerde³⁰ (işletme veya işyeri) toplu pazarlık ve toplu sözleşme yönünde geliştiği dikkate alındığında, toplu sözleşme hakkından yararlanacak işçi sayısında büyük bir düşüş yaşanacağı söylenebilecektir. Ülkemizde de, toplu sözleşmelerin kapsamına giren işçi sayısındaki azlığın başlıca nedenlerinden birisi de toplu sözleşmenin, esas olarak, işyeri düzeyinde yapılmış olmasıdır. İşletme veya grup toplu iş sözleşmeleri de, esas olarak, işyeri toplu iş sözleşmesi niteliğinde olduğundan, varılan bu sonuç değişmemektedir. Öğretide, isabetle vurgulandığı üzere, ülkemizde de toplu iş sözleşmesinin işkolu düzeyinde yapılması halinde sendikalaşma oranı düşük olmasına karşın, toplu iş sözleşmesinden yararlananların ülke genelindeki oranı yüksek olacaktır³¹.

3. Toplu Pazarlık ve Toplu Sözleşme Düzeyi Açısından Yabancı Ülke Uygulamaları

a. Genel esaslar

Toplu pazarlık ve toplu sözleşme, tüm dünya ülkelerinde, öncelikle çalışma yaşamının kendiliğinden ortaya çıkardığı kurumlardır. İşçi-işveren arasındaki eşitsizliğin kısmen de olsa giderilmesi ve belirli bir dengenin kurulması, hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığı dönemlerde de işçi sendikaları ile işveren arasında bağitlanan toplu iş sözleşmeleriyle sağlanmaya çalışılmıştır. Bu tür sözleşmeler, bugünkü düzenleyici (normatif) anlamında değil, iki taraf arasında yapılan klasik bir Borçlar Hukuku sözleşmesi niteliğinde olmuştur. Dolayısıyla, Borçlar Hukukundaki sözleşmelerin nispiyeti ilkesi uyarınca, bağitlanan bu sözleşmeler, sendikaların üyeleri açısından hiçbir hukuki sonuç doğurmamaktaydı. Anılan türdeki toplu sözleşmenin, herhangi bir hukuki etki yaratma-

²⁹ Bkz. <http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux/en-Europe/Negotiations-collectives>

³⁰ Bkz. Perulli, A., Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe, Rev. Dr. Trav., 2015, 170 vd.

³¹ Doğan Yenisey, K., İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, 2007, 330 vd.; Aynı Yazar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul 2014, 428; Baycık, G., 6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi, İÜHFD., C: 5, S: 2, 2014, 226.

yacak biçimde, tip sözleşme biçiminde kabul edilerek, işçi ve işverenlerin referans norm olarak başvurabilecekleri ve bu durumda da toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine dahil olacağı (incorporation) esası öngörülebilirdi. İngiliz Hukukunda günümüzde dahi bu esas kabul görmektedir; çünkü sözü edilen hukuk sisteminde, geleneksel olarak, devletin çalışma ilişkilerine müdahalesi kabul edilmemektedir.

Türk Hukukunda olduğu gibi, diğer bazı Avrupa ülkelerinde, işçi-işveren arasındaki eşitsizlik ve dengesizliğin, işçinin korunması amacıyla devletin bizzat koyduğu emredici kurallarla (asgari ücret, çalışma ve dinlenme süreleri vb.) düzenlenmesi anlayışı, tarihsel gelişim içinde egemen olan bir husustur. Ancak; devlet, işaret edilen doğrudan müdahale yöntemi yanında, ayrıca ve dolaylı olarak, işçi ve işverenlerin bağıtladıkları toplu iş sözleşmelerine hukuki bir anlam ve bağlayıcılık tanıyarak dolaylı olarak da işçi-işveren ilişkilerine müdahalede bulunmuştur. İşte, bu dolaylı yöntem, birçok kuzey Avrupa ülkelerinde ve ABD’de egemen olan bir yöntemdir. Bu yöntemin sonucu olarak, anılan ülkeler, kapsamlı bir toplu pazarlık ve toplu sözleşme hukukunu geliştirmişler ve işçi-işveren ilişkilerini düzenlemek için çok seyrek olarak önemli yasal düzenlemelere başvurmuşlardır. Kuşkusuz, bu yöntemin başarılı sonuç doğurmasının ön ve temel koşulu olarak, çok güçlü işçi sendikalarının ve işveren tarafından da belirli bir uzlaşma kültürünün gelişmiş olmasına bağlıdır. Fransa gibi diğer bazı Avrupa ülkelerinde, belirtilen bu koşullar mevcut olmadığından, sözleşme temelinde dayalı politikalar çok geç ve yavaş gelişmiştir³².

İşte, toplu pazarlık düzeyi açısından, işaret edilen bu tarihsel ve kültürel koşullar yanında, toplu pazarlık ve toplu sözleşme düzeninin işlevleri de belirleyici faktörler olmuştur. Gerçekten, daha önce de işaret edildiği üzere, işkolu düzeyinde bağtlanan sözleşmeler, işçilerin ücret ve çalışma koşullarında genel bir uyumu sağlama işlevleri yanında, dengeli bir rekabetin sosyal koşullarını düzenleme işlevlerini de yerine getirirler. Buna karşılık, daha yerel (işyeri ya da işletme) düzeyde bağtlanmış sözleşmeler, aynı işkolunda farklı toplu sözleşmelerin yapılması nedeniyle, işçiler arasında toplu sözleşmeden kaynaklı değişik statülerin (ücret ve çalışma koşulları) ortaya çıkması gibi bir sonucu beraberinde getirir. Belirli bir meslek mensubunu (gazeteciler, pilotlar vb.) kapsayan toplu iş sözleşmeleri ise, işletmenin dahil olduğu işkoluna bakılmaksızın, belirli bir meslek grubunu kapsama alırlar. Özellikle Fransa’da önemli bir uygulamaya sahip ulusal düzeyde tüm işkollarını kapsayan anlaşmalar (*accords nationaux interprofessionnel*), ülkedeki tüm işkollarını ve işletmeleri kapsamına alır. Bu tür anlaşmalar (gerçek anlamda toplu sözleşme olmadıkları için “anlaşma” terimini kullanmak belki daha uygun olacaktır); ulusal düzeyde, yasa koyucuya öncülük etmek üzere, işsizlik sigortaları, mesleki eğitim gibi konularda, tarafları açısından bağlayıcı kurallar oluşturma işlevini üstlenirler³³.

Gelişmiş ülkelerde, toplu iş sözleşmeleri çok uzun bir süreden beri iş hukukunun en önemli kaynağını oluşturmuştur. Ancak, her ulusal sistem, farklı düzeyde toplu pazarlık modeline ve bunlar arasındaki ilişkiye verdiği öneme göre kendine özgü unsurlar içerir. Örneğin, Japonya, İngiltere ve A.B.D gibi ülkeler sadece işletme düzeyinde toplu pazarlık esasını tanırlar, diğerlerinde (örneğin son yıllara kadar Almanya) sadece işkolu düzeyinde toplu pazarlık söz konusudur. Almanya, Avusturya ve İsviçre gibi ülkelerde uygulanan “sosyal

³² Auzero/Dockès, 1331-1332.

³³ Auzero/Dockès, 1333; Lokiec, II, 314 vd; Verdier/Couret/Souriac, I, 238 vd.

pazar ekonomisi” sistemlerinde, yasa ile sosyal tarafların normatif yetkisi (*Tarifautonomie*) aynı bütünün parçalarını oluşturur; güçlü işçi ve işveren sendikaları, işkolu düzeyinde, mesleki eğitim gibi ortak ve genel nitelikli konuların kendileri tarafından belirlenmesini tercih ederler; sosyal tarafların bu şekilde işbirliği yapmaları ve yasal düzenlemelerin tamamlayıcısı niteliğinde toplu pazarlık sonucunda norm oluşturmaları kültürü, İngiliz modelinde mevcut değildir.

İngiltere’deki “*Collective bargaining*” modelinde, işçi ve işveren tarafı, çalışma yaşamını düzenleme konusunda kendiliğinden hareket eder ve devlet sadece temel özgürlükleri güvenceye kavuşturma işlevini üstlenir. Çalışma ilişkilerinin esas olarak toplu iş sözleşmeleri ile düzenlenmesi, kuzey Avrupa ülkeleri (örneğin, Danimarka, İsveç, Finlandiya ve Norveç) açısından da söz konusudur. Ancak, İngiliz sisteminden farklı olarak, bu ülkelerde toplu iş sözleşmelerin yasal bir temeli bulunmakta ve Alman modeline yakın biçimde sosyal taraflar arasında güçlü bir işbirliği ve uzlaşma kültürü yerleşik hale gelmiş bulunmaktadır³⁴.

Sözü edilen Kuzey Avrupa ülkelerinden farklı olarak, Fransa gibi batı ve güney Avrupa ülkelerinde, tarihsel süreç içerisinde, İş Hukuku normları, öncelikle yasa ve idari düzenlemelerden ibaret olmuş; işçi ve işveren tarafı arasındaki toplu iş sözleşmeleri sadece ücretlerle sınırlı kalmıştır. Bu ülkelerde, işçi ve işveren tarafının “*sosyal taraflar*” olarak işbirliği yapma yönünde eğilim ve çabaları da söz konusu olmamıştır. Taraflar, iş ilişkilerinin-kendi lehlerine olması yönünde baskı yaparak-önce devlet tarafından düzenlenmesini yeğlemişlerdir³⁵. Ne var ki, son yıllarda bu farklı modeller birbirine yaklaşmaya başlamış, örneğin daha önceleri hiç bilinmeyen yasal düzenlemeler artmaya başlamış (İngiltere ve kısmen A.B.D) iken, yasa ve idari düzenleme geleneğinin mevcut olduğu ülkelerde toplu iş sözleşmeleri, iş hukukunun en önemli kaynağı haline gelmiştir. Devlet müdahalesi yerini bir tür neo-liberalizme terk etmiştir. “*Yasama politikaları*” yerine “*sözleşme politikaları*”ndan söz edilmeye başlanmıştır³⁶.

Fransız Hukukunda, tarihsel gelişim sürecinde, işkolu (*branche d’activité*) düzeyinde toplu pazarlık, sistemin temelini oluşturmuş, toplu pazarlık ve toplu sözleşme düzeni bu temelde yapılanmıştır. İşkolunda düzeyinde toplu pazarlık sisteminin, aynı pazarda üretim veya hizmet yapan veya hizmet sunan işletmeler için ortak bir sosyal statü belirleme, düşük ücret ve kötü çalışma koşulları açısından işletmeler arasında rekabeti engelleme işlevine sahip olduğu kabul edilmekteydi. Ancak, tüm işkolları ve ulusal düzeyde toplu pazarlık ve işletme düzeyinde toplu pazarlık modeli, işkolu düzeyinde toplu pazarlığın etkisini azaltmıştır. Bununla birlikte, özellikle işkolu düzeyindeki toplu iş sözleşmelerinin teşmili uygulamaları sayesinde bu düzeydeki toplu iş sözleşmelerinin önemini koruduğu ifade edilmektedir³⁷.

³⁴ Auzero/Dockès, 1334.

³⁵ Auzero/Dockès, 1334.

³⁶ Auzero/Dockès, aynı yer.

³⁷ Auzero/Dockès, 1385; Despax, M., *Négociations, conventions et accords collectifs*, Paris 1989, 203 vd; Verdier/Coeuret/Souriac, 190 vd; Lokiec, II, 204 vd; Peskine/Wolmark, 510 vd.; Dufour, C./Hege, A., *Evolutions et perspectives des systèmes de négociation collective et de leurs acteurs: six cas européens*, Allemagne, Espagne, France, Grade Bretagne, Italie, Suède, IRES, 2010, 91 vd.

b. Ülke uygulamalarına toplu bakış

Yukarıda yapılan genel açıklamalardan sonra, yabancı ülke uygulamalarının biraz daha ayrıntılı incelenmesi, konunun daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacaktır. Avrupa ülkeleri arasında, Fransız hukuku ve uygulaması, diğer ülkelere nazaran farklı özelliklere sahip bulunmaktadır. Gerçekten, Fransız sisteminde, ulusal düzeyde tüm işkollarını kapsayan (*işkollarıarası veya mesleklerarası*: *accords interprofessionnels*) toplu pazarlık yanında; belirli bir işkolu, işletme, grup şirketleri olmak üzere dört farklı düzeyde toplu pazarlık söz konusu olabilmektedir³⁸. Alman sisteminden farklı olarak, Fransız hukukunda tüm işkollarını kapsamak üzere ulusal düzeyde işçi sendikaları konfederasyonları ile işveren konfederasyonları arasında yapılan anlaşmalar (*la négociation nationale interprofessionnelle*; *les accords nationaux interprofessionnels*) önemli bir işlev üstlenmişlerdir. Tüm işkolları ve ulusal düzeyde yapılan anlaşmalar, diğer toplu iş sözleşmeleri ve toplu anlaşmalar gibi hukuki sonuç doğurmakla birlikte, gerçek anlamda toplu iş sözleşmeleri değildir. Fransız İş Kodu, işkolu veya işletme düzeyinde bağtlanan toplu iş sözleşmelerinden farklı olarak, meslekler-arası (veya işkolları-arası) toplu iş sözleşmelerini öngörmemektedir³⁹. Bu tür anlaşmaların belli başlı üç işlevi söz konusudur: ilk olarak, bir toplu iş sözleşmesi niteliğinde, ancak çok daha geniş uygulanma alanına (birden fazla ve hatta tüm işkolları) sahip olup, hükümet kararı ile teşmil edilebilen sözleşmelerdir. İkinci olarak, bir yasanın uygulanma esaslarını belirlemek için yapılan ulusal işkolları-arası anlaşmalar söz konusudur.

Üzerinde durulan anlaşmaların üçüncü bir işlevi, belirli bir konuda yapılacak yasaya öncülük etmek ya da anlaşma ile belirlenen esasların daha sonra yasal düzenlemeye dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Fransız Hukukunda, bugün de yürürlükte olan, işsizlik sigortası veya tamamlayıcı emeklilik rejimleri, belirtilen anlaşmalarla oluşturulmuşlardır. Bu örneğin dışında, yıllık ücretli izin, istihdam, çalışma koşulları, çalışma süreleri, mesleki eğitim, sözleşme ve toplu pazarlık politikaları, istihdam pazarının modernleştirilmesi, işsizlik ödeneği, mesleki güvence sözleşmesi, gençlerin alternatif mesleki eğitimi ve nihayet 2013 yılında imzalanan işletmelerin rekabet güçleri konusunda yeni bir ekonomik ve sosyal model, konularında yapılan ulusal anlaşmalar daha sonra yasal düzenlemelere konu olmuştur. Böylece, devlet ile sosyal taraflar arasındaki diyalogun çalışma yaşamına somut olarak yansıtılması, sosyal tarafların oluşturdukları normların, bir anlamda, yasal düzenlemelere öncülük etmesi (*la loi négociée*) gibi bir durum söz konusu olmaktadır⁴⁰.

İşkolu düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmeleri; ulusal, bölgesel veya daha yerel düzeyde olabilmektedir. Kapsadığı işçi sayısının çokluğu nedeniyle, işkolu düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmeleri önemli bir işlev üstlenmektedirler. İşkolu düzeyindeki toplu iş sözleşmeleri bir veya birden fazla işçi sendikası ile işveren sendikaları arasında bağtlanmaktadır. Fransız İş Kodu (art.L.2241-1), ücret, kadın ve erkek işçilerin ücretleri arasındaki farkın giderilmesine ilişkin programların her yıl işkolu düzeyinde pazarlık konusu yapılmasını zorunlu kılar. Bunun gibi, her üç yılda bir kadın ve erkek işçiler arasında eşitliğin sağlanması (C.trav., art.L. 2241-3), mesleki eğitim (C.trav., art.L. 2241-6), çalışma

³⁸ Lokiec, II, 290 vd; Peskine/Wolmark, 510 vd; Auzero/Dockès, 516 vd; Verdier/Coeuret/Souriac, 190 vd; Ray, 622 vd; Favennec-Héry/Verkindt, 140 vd; Doğan Yenisey, 328 vd.

³⁹ Bkz. dn. 31'deki yazarlar.

⁴⁰ Bkz. Auzero/Dockès, 1428; Lokiec, 317 vd; Ray, 622.

koşulları (C.trav., art.L. 2241-4) gibi önemli konuların işkolu düzeyinde görüşülmesini zorunlu görmektedir. Ayrıca, ücrete ilişkin skalaların da beş yılda bir toplu pazarlık konusu yapılması söz konusudur (C.trav., art.L. 2241-7) ⁴¹.

Yukarıda işaret edildiği gibi, Fransız hukukunda, toplu iş sözleşmesi, uzun yıllar sadece işkolu düzeyinde bağitlanabilmekteydi, yasa işletme düzeyinde toplu pazarlığa çok sınırlı bir yer ayırmaktaydı. Ne var ki, 1971 yılında kabul edilen yasayla işletme düzeyinde gerçek anlamda toplu iş sözleşmesi bağitlanması olanaklı hale gelmiştir. 1982 yılında kabul edilen yasayla da, işkolu ve işletme düzeyinde olmak üzere, ikili düzeyde bir toplu pazarlık sistemi kabul edilmiştir. Bu ikili düzeydeki toplu pazarlık, işçi ve işverenlerin toplu mesleki çıkarları arasındaki farklılıktan doğmaktadır. İşkolu düzeyinde, o işkolunda çalışan işçilerin ve işverenlerin farklı çıkarlarının işkolu düzeyinde bağitlanan toplu iş sözleşmeleriyle uyumlaştırılması, dengelenmesi amaçlanırken, işletme düzeyindeki toplu pazarlık ise, işverenlerin ortak çıkarlarını değil, bir işletmedeki işçilerin, o işletmeye özgü ortak çıkarlarını ön planda tutar. İşletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi, işverenler ve temsil gücüne sahip işçi sendikaları arasında geniş bir serbesti içinde bağitlanır. Bu konudaki yasal düzenleme, toplu pazarlık özerkliğini sınırlamak değil, daha da pekiştirmek amacına sahiptir. Bu düzeyde toplu pazarlık, tüm bir işletmeyi kapsayabileceği gibi, işletmeye dahil bir veya birden fazla işyerini kapsayacak biçimde de yürütülebilir (C.trav., art. L.2232-16).

Tercih edilen toplu pazarlığın düzeyi ne olursa olsun, aynı koşullara bağitlıdır. Sözleşmelerin içeriği, bir işyerinden diğerine farklılık gösterebilir, bu takdirde farklı işyerleri arasında eşitsizlik söz konusu olmayacaktır. Çünkü işyeri düzeyinde toplu pazarlık, sadece aynı işletmeye bağitlı işyerlerinin işçileri arasında farklı koşulların belirlenmesi amacına yöneliktir. Buna karşılık, Yargıtay Sosyal Dairesi kararına göre, işletmeye dahil işyerlerindeki işçiler arasında farklı haklar öngören toplu sözleşme hükümleri, eşit veya eşdeğerde iş yapan işçiler arasındaki farklılık, yargıç tarafından gerçekliliği ve yerindeligi denetlenen objektif bir nedene dayanmalıdır⁴². Bununla birlikte, eşit işlem borcu, kaptamına aldığı işyerinde uygulanabilen işyeri toplu iş sözleşmesi açısından mutlak bir anlam ifade etmemektedir. Özgür toplu pazarlık esas olduğundan, işveren toplu pazarlık düzeyini; işletme veya işyeri olarak belirleme yetkisine sahip bulunmaktadır. En fazla temsil yetkisine sahip olan işçi sendikası, sadece toplu pazarlığın işletme veya işyeri düzeyinde olması hususunda işveren üzerinde baskı uygulayabilir⁴³.

Grup şirketleri düzeyinde toplu pazarlık süreci uzun süre olanaklı olmamıştır. Çok sayıdaki farklı tüzel kişiliği bir araya getiren, fakat kendisinin tüzel kişiliği olmayan grup ile toplu sözleşme bağitlanması hukuken söz konusu olamazdı. Bununla birlikte, konuyu düzenleyen bir yasal düzenleme bulunmadığı halde, ilk önce Yargıtay kararlarıyla uygulamada yaygınlaşan bu tür anlaşmalara bir çerçeve oluşturmaya çaba gösterilmiş⁴⁴, ardından da 4 Mayıs 2004 tarihli bir yasayla, işkolu ve işletme düzeyinde bağitlanmış sözleş-

⁴¹ Auzero/Dockès, 1385 vd; Lokiec, II, 275 vd; Peskine/Wolmark, 517.

⁴² Soc., 21 janv.2009, no 07-43.452 (Auzero/Dockès, 1408'den naklen)

⁴³ Auzero/Dockès, 1406 vd; Ayrıca bkz. Peskine/Wolmark, 516.

⁴⁴ Bkz. Auzero/Dockès, 1409 ve dn.2'de atf yapılan kararlar ve bu karara ilişkin bilimsel değerlendirmeler.

melerin bazı özelliklerini barındıran⁴⁵, fakat yine de işletme toplu iş sözleşmesinin bir başka türü⁴⁶ olarak grup toplu iş sözleşmeleri (*conventions de groupe*) düzenlenmiştir. Bu tür sözleşmelerin uygulanma alanı, sözleşme ile belirlenir; gruba dahil tüm şirketlerde veya bazılarında uygulanmak üzere sözleşmeye bir hüküm konulabilir. Grup düzeyinde toplu pazarlığın yapılması ve sözleşmenin imzalanması kendine özgü kurallara tabidir; sözleşmenin işveren tarafı, gruba dahil şirket temsilcilerinin de toplu görüşmelere katılmaları koşuluyla ana şirket olmakta, işçi tarafı ise, ilgili şirketlerde temsil yeteneğine sahip tüm sendikalar⁴⁷.

Almanya'da, Weimar Cumhuriyeti deneyiminden sonra, devletin toplu pazarlık alanına müdahalesi söz konusu olmamaktadır. Sendika özgürlüğü gibi, toplu pazarlık özerkliği de, Alman Anayasasının (m.9) öngördüğü temel haklar arasında yer aldığı için, devletin bu alana hiçbir müdahalesinin olmaması, üyelerini temsil eden sosyal tarafların tümüyle özerk olması, anılan temel hakkın en önemli yansımalarından biri olarak kabul edilmektedir. Nitekim, toplu pazarlık ve toplu sözleşme alanını düzenleyen yasal düzenlemeler, işaret edilen özerklik ilkesinin doğal bir sonucu olarak, çok sınırlı olup, esas olarak, işçi ve işveren taraflarının ayrıcalıklarını ve toplu sözleşme hükümlerinin hukuki bağlayıcılığına ilişkin hususları içerirler. Örneğin, bu konudaki tek yasal düzenleme, 1949 tarihli Toplu Pazarlık Hakkındaki yasadır (*Tarifvertragsgesetz*)⁴⁸.

Toplu pazarlık düzeyi de, yasal düzenlemelerden çok, işçi ve işveren örgütlerinin benimsedikleri örgütlenme modeline bağlı olarak, sosyal tarafların iradeleriyle belirlenmektedir⁴⁹. Bu kapsamda, Alman sendikaları, işkolu düzeyinde örgütlenmişlerdir. Toplu pazarlık düzeyi de, esas olarak *işkolu* düzeyidir (*Tarifvertrag*). İşkolu düzeyinde toplu pazarlık ve bu düzeyde toplu iş sözleşmesi bağlanması, Alman sisteminin en belirleyici ve başarılı özelliğini oluşturmaktadır. Ücret ve diğer çalışma koşulları, işkolu düzeyinde bağlanan toplu iş sözleşmeleriyle belirlenmektedir. İşkolu dışında, işçi sendikaları ile işveren sendikalarının, sadece belirli bir işletme düzeyini esas alarak, işkolunu dışlayarak, toplu sözleşme bağlatmaları çok seyrek rastlanan bir durumdur. Bu örneklerden ilkinin, otomobil sektöründe Volkswagen ile bağlanan toplu sözleşme oluşturmaktadır. İşkolu düzeyinde toplu pazarlık modelinin, Alman sisteminin en güçlü yönünü oluşturduğu ifade edilmektedir⁵⁰. Önemle belirtelim ki, işkolu düzeyinde bağlanan toplu iş sözleşmeleri, önceleri, daha çok birden fazla bölgeyi (*lander*) kapsayacak şekilde yapılmakta iken, günümüzde ise, belirli bir bölge (*land*) esas alınmaktadır. Fransız modelinin aksine, Alman modelinde ulusal düzeyde toplu sözleşme imzalama uygulaması söz konusu değildir.

⁴⁵ Peskine/Wolmark, 516.

⁴⁶ Auzero/Dockès, 1409; Ray, 629 vd; Peskine/Wolmark, 532 vd; Verdier/Coeuret/Souriac, 257 vd.

⁴⁷ Auzero/Dockès, 1409.

⁴⁸ Bosch, G., L'évolution de la négociation collective en Allemagne: une décentralisation coordonnée, Travail et emploi, no 92, Octobre 2002, 19 vd; Dufour/Hege, Négociation collective et acteurs, 15 vd; Charrier, M., Les niveaux de la négociation collective: comparaison franco-allemande, 3 vd.; Doğan Yenisey, 324 vd.

⁴⁹ Kaufmann/Kessler/Köhler, 167 vd; Canbolat, T., Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, 96; Doğan Yenisey, 325.

⁵⁰ Bosch, L'évolution de la négociation collective en Allemagne, 20 vd; Flamant, L'information sur les conventions collectives en Allemagne, 5 vd; Dufour/Hege, Négociation collective et acteurs, 15 vd.

Bazı durumlarda işkolu toplu iş sözleşmesinin yerine ikame edilmek üzere, işletme düzeyinde de toplu sözleşme bağlanabilmektedir. İşletmenin dahil olduğu işkolunda herhangi bir toplu iş sözleşmesi mevcut olmadığı (örneğin, hava taşımacılığı ve petrol sektörü) veya işverenin bir işveren sendikasına üye olmadığı veyahut işveren işkolu düzeyinde bağtlanan toplu iş sözleşmesinin tarafı işveren sendikasının üyesi bulunmakla birlikte, anılan sözleşmenin bazı hükümlerinin kendi işletmesi açısından uygulanabilir olmadığını düşünüyorsa, bölgedeki sendika seksiyonunu temsil eden daimi sendika sekreteri ile bir toplu iş sözleşmesi bağtlayabilecektir. Bu tür sözleşmeler de işletme toplu iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilir⁵¹.

Belirtilenlerin dışında, daha alt düzeyde bağtlanan, ancak toplu iş sözleşmesi olarak nitelendirilmeyen, “İşyeri anlaşmaları” (*Betriebsvereinbarung; BetrVG*) biçiminde adlandırılan düzenlemeler de mevcuttur. Alman Hukukunda, gerçek anlamda toplu sözleşme yapma yetkisi, sendikalara tanınmış bir ayrıcalıktır. Bunun sonucu olarak, işyeri kuruluna toplu sözleşme yapma yetkisi tanınmamaktadır. Bununla birlikte, işyeri (*Betriebsrat*) düzeyinde, işveren ile işyeri kurulu arasında işyeri anlaşmalarını imzalayabilmektedirler. İşyeri anlaşmalarıyla, ücret ve diğer çalışma koşullarının düzenlenmesi, esas olarak iki durumda olanaklıdır: İlk olasılık, işyerinde uygulanabilecek bir işkolu toplu iş sözleşmesinin bulunmaması, ikinci olarak, işkolu düzeyinde bağtlanan toplu iş sözleşmesine konulan hükümlerle işyeri düzeyinde de bunları tamamlamak üzere anlaşma yapılabilmesinin öngörülmüş olması. Önemle belirtelim ki, işyeri kurulları, işveren tarafı ile varılan uzlaşma sonucu böyle bir anlaşma bağtlama yetkisine sahip olup, uyuşmazlık halinde grev kararı alma yetkisine sahip bulunmamaktadır. İşyeri düzeyinde yapılan anlaşmalar, daha çok, işkolu düzeyindeki toplu iş sözleşmesinin işyerindeki uygulama esaslarını belirler. Son yıllarda işkolu düzeyinde bağtlanmış toplu iş sözleşmelerinde, işyerlerinin özel koşullarını dikkate alan işyeri düzeyinde anlaşma yapılabilmesine ilişkin hükümlere sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin, 2010 yılında metal işkolunda bağtlanan toplu iş sözleşmesinde, işletmelerin mali durumuna göre, ücret artışlarının erken veya iki ay geç uygulanmasını sağlayabilecek işyeri anlaşmalarının yapılabileceği hükme bağlanmıştır⁵².

Avusturya hukuku ile Alman hukuku arasında toplu sözleşme düzeyi açısından büyük bir benzerlik dikkati çekmektedir. Gerçekten, Avusturya’da da toplu iş sözleşmeleri esas olarak, sektörel (işkolu) düzeyinde bağtlanmaktadır. İşletme düzeyinde yürütülen tüm toplu pazarlıklar, işkolu düzeyindeki toplu iş sözleşmelerine bağlıdır⁵³.

Hollanda hukukunda toplu pazarlık, esas olarak işkolu düzeyinde gerçekleşir. Bununla birlikte, işletme düzeyinde toplu pazarlık da söz konusu olabilmektedir. Özellikle büyük işletmeler (Philips, DSM ve Shell), bu düzeyde toplu pazarlığı tercih etmektedirler. İşkolu düzeyinde bağtlanmış toplu iş sözleş-

⁵¹ Flamant, Conventions collectives en Allemagne, 7; Dufour/Hege, Négociation collective et acteur, 20 vd.

⁵² Ayrıntı için bkz. Flamant, Conventions collectives en Allemagne, 8; Bosch, la négociation collective en Allemagne, 21 vd; <http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux>; Dufour/Hege, Négociation collective et acteur, 15 vd; Charrier, Comparaison franco-allemand, 4.

⁵³ Fulton, L., La représentation des travailleurs en Europe. Labour Research Departement et ETUI (<http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux>).

meleri, her geçen gün bir tür çerçeve anlaşma işlevini üstlenmiş, burada belirlenmiş esasların ayrıntıları işletme düzeyindeki toplu iş sözleşmelerine bırakılmıştır. Ayrıca, her yılın güz aylarında, hükümet, işçi ve işveren sendikal örgütleri, ulusal düzeyde sosyal diyalog çerçevesinde bir araya gelerek, ekonomik perspektif konusunda görüş alışverişinde bulunurlar⁵⁴.

İngiliz ve Amerikan toplu pazarlık sistemleri, az önce açıklanan Avrupa ülkelerine nazaran çok farklı bir model içinde oluşmuş ve gelişmiştir. İngiliz sisteminde toplu pazarlık genellikle işletme ve çok seyrek olarak da işyeri düzeyinde gerçekleşir. Bununla birlikte, toplu pazarlığın düzeyi konusunda emredici bir kural bulunmadığından, sektörel (işkolu) düzeyinde de (örneğin, tekstil ve mobilya sektörü gibi) toplu iş sözleşmesi geleneğine rastlanmaktadır. Kamu sektöründe ise işkolu düzeyinde toplu pazarlık uygulaması daha yaygındır. Ancak, sadece bir kamu kurumu düzeyinde toplu pazarlık da söz konusu olabilmektedir. Ulusal düzeyde, İşçi Sendikaları Konfederasyonu (TUC), toplu pazarlığın tarafı olarak, bir dönem ulusal düzeyde toplu iş sözleşmeleri bağtılamıştır. Ancak, 1970'li yılların sonlarından itibaren, bu tür uygulamalara rastlanmamaktadır. Üstelik, (TUC) ile İngiliz Sanayi Konfederasyonu (CBI) arasında toplu pazarlık geleneği mevcut değildir. Son yıllarda bunun iki istisnası söz konusudur; İlki, AB'nin İşçilerin Temsili ve Bilgilendirilmelerine İlişkin AB Yönergesinin iç hukuka aktarılması, diğeri ise geçici iş ilişkisi. İngiliz Hükümetinin bu alandaki AB Yönergesine karşı çıkmasına da bu anlaşma son vermiştir⁵⁵. Önemle belirtelim ki, AB hukukuna göre, üye devletler, Yönergeleri, sosyal tarafların bağtılayacakları toplu iş sözleşmeleri aracılığıyla iç hukuklarında dahil etme olanağına sahiptirler⁵⁶.

ABD Hukukunda, toplu pazarlık, esas olarak, uygulamanın geliştirdiği bir sistem olmasına karşın, daha sonra 1935 tarihli Wagner Yasası (*National Labor Act, NLRA*) iş ilişkilerini pozitif bir temele kavuşturmuştur. Bu yasadın sonra yürürlüğe konulan Taft-Hartley yasaları olarak adlandırılan 1947 tarihli labor-Management Act ve 1959 tarihli Landrum-Griffin (*labor-management Reporting and Disclosure Act*) yasaları, köklü bir değişiklik öngörmemişlerdir. Bu düzenlemelere göre, işletme kavramı, endüstri ilişkileri sisteminin temelini oluşturmakta ve toplu sözleşme ünitesini de esas olarak geniş anlamıyla "işletme" oluşturmaktadır. İşletme ekseninde, "uygun toplu pazarlık ünitesi" (*appropriate bargaining unit*) esas alınarak toplu iş sözleşmesi bağtılanır. Toplu pazarlık için uygun toplu pazarlık ünitesinin belirlenmesi çok önemlidir. Çünkü, işçiler için, tüm ilişkiler açısından toplu pazarlığın tek çerçevesini oluşturacaktır. ABD hukukunda birbiriyle örtüşen veya kesişen birden fazla toplu pazarlık düzeyi mevcut değildir. Her işçi tek üniteye ve tek toplu iş sözleşmesine tabi olacaktır. Belirtildiği gibi, toplu iş sözleşmesi ünitesi işletme kavramına tekabül etmektedir. Bu ülke hukukunda, toplu iş sözleşmesi, inceleme konusu yaptığımız diğeri Avrupa hukuklarının aksine, yasa kuralı gibi, çalışma koşullarının uyumlaştırılması, eşit kılınması amacına değil; her işletmeye özgü koşulları ön plana çıkararak, toplu iş sözleşmesi ile ortaya çıkan hukuk kuralını bu koşul-

⁵⁴ Fulton, aynı yer.

⁵⁵ Fulton, L., La représentation des travailleurs en Europe. Labour Research Departement et ETUI (<http://fr.worker-participation.eu/Systemes-nationaux>)

⁵⁶ Verdier/Coeuret/Souriac, 199; Teyssié, B., Droit européen du travail, 5^e édition, Paris 2013, 60 vd; Hennion, S./Le Barbier-Le Bris, M./Del Sol, M., Droit social européen et international, Paris 2010, 55 vd.

lara uyumlu kılmaktır⁵⁷. Ekleyelim ki, işletme kavramı ve işletme düzeyinde toplu pazarlık, mutlak emredici bir kurala dayanmamaktadır. Tarafların uzlaşmasıyla daha küçük ölçekli bir düzeyde, örneğin işyeri (*plant unit*) veya daha geniş uygun bir toplu pazarlık ünitesi belirlenebilir. Bu nedenle, günümüzde toplu pazarlık, yerel ya da bölgesel, çok seyrek olmakla birlikte, ulusal düzeyde, birden fazla işletmeyi kapsayabilir (inşaat, konfeksiyon, ulaşım, otel, perakende ticari satış yerleri). Böylece, çok sayıdaki küçük işveren ulusal düzeydeki güçlü sendikalara muhatap olabilmektedir. Bu olasılıkta toplu pazarlık işveren örgütleri tarafından yürütülür⁵⁸.

Uygun toplu pazarlık ünitesi konusunda taraflar arasında uyumsuzluk ortaya çıktığında, söz konusu ünite, NLRA'yı uygulamakla görevli bağımsız Federal İş İlişkileri Kurulu, "National Labor Relations Board" (NLRB) tarafından belirlenir. Toplu pazarlık ünitesi, genellikle işverenin tüm faaliyetlerinin yürütüldüğü yerdir. Bununla birlikte, en uygun toplu sözleşme ünitesi olarak, bir fabrika ve hatta bir mağaza da belirlenebilir. Bunun gibi, NLRB, belirli bir coğrafi bölgede bir işverene ait tüm fabrikaları ya da tüm işyerlerini toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak belirleme yetkisine sahiptir. Birçok olayda, bir fabrika ya da bir işyerinde birden fazla toplu pazarlık ünitesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin, bir fabrikadaki büro personeli ayrı, geri kalan tüm işçiler ise ayrı bir toplu sözleşme ünitesi oluşturabilirler.

Toplu pazarlık ünitesinin belirlenmesinde, önemli koşul, işçileri temsil ettiği iddia eden sendikanın gücü olmaktadır. Toplu pazarlık üniteleri, çok sayıdaki işvereni de kapsayabilir. Bazı işkollarında veya bazı coğrafi sektörlerde toplu pazarlık ünitesinin belirlenmesi halinde durum böyledir. Ancak, bu halde, belirlenen düzeyde toplu pazarlığın yürütülebilmesi işverenlerin, grup halinde toplu pazarlığı yürütüp yürütmeyecekleri yönündeki isteklerine bağlıdır. NLRB'nin bu konuda herhangi bir zorlama yetkisi bulunmamaktadır⁵⁹.

4. Türk Hukukunda Toplu Pazarlık ve Toplu Sözleşme Düzeyi

Türk hukukunda toplu pazarlık düzeyi ve bunun belirlenmesi konusunda benimsenmiş olan modelin, yukarıda incelemeye çalıştığımız yabancı ülkelerle daha başlangıçta bir karşılaştırma yapıldığında, önemli farklılıklar gösterdiği dikkati çekmektedir. Gerçekten, 1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da toplu pazarlığın düzeyi hakkında herhangi bir kurala yer verilmemiş, konu yasa koyucunun tercihine bırakılmıştır. 1963 tarihli 275 sayılı Yasa, işyeri ve işkolu düzeyinde toplu pazarlık ve toplu sözleşme modelini benimsemiştir. Sözü edilen bu Yasanın konuya ilişkin 7. ve 9. maddeleri birlikte incelendiğinde, işkolu düzeyinde toplu pazarlığın, işçi federasyonu ya da işkolu esasına göre kurulmuş işçi sendikası ile işveren federasyonu veya işveren sendikası veyahut bunlara üye olmayan işverenler arasında gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır.

Ne var ki, özellikle işkolu düzeyinde toplu pazarlık amacından saptırılmış ve uygulamada gerçek anlamda bir işkolu toplu iş sözleşmesi yapılamamış veya yapıldığında da işyeri düzeyindeki toplu iş sözleşmesi ile olan hukuki ilişkileri,

⁵⁷ Despax, 161.

⁵⁸ Blanc-Jouvan, *expérience des Etats-Unis*, 638 vd.

⁵⁹ Despax, 150 vd; Grodin, J.R., *Représentativité syndical et négociation collective*, *Etats-Unis*, RDT., 2006, 336 vd; Blanc-Jouvan, *l'expérience des Etats-Unis*, 638 vd.

öğreti ve yargı kararlarında ciddi tartışmalara yol açmıştır⁶⁰. İşte, bu olguya tepki olarak, önce 1982 Anayasasının 53. maddesinin dördüncü fıkrası ile aynı işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu sözleşme yapılamayacağı ve uygulanamayacağı hükmü getirilerek, farklı düzeylerde toplu sözleşme yapılması engellenmiş⁶¹, daha sonra da 1983 tarihli ve 2822 sayılı Yasada, işkolu düzeyinde toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi esası, ortaya çıkan sorunlara çözüm getirici düzenleme yapma yerine, kanımızca, isabetsiz olarak tümüyle terk edilmiş, sadece “tek düzeyli” olarak “işyeri düzeyinde” toplu iş sözleşmesine olanak tanınmıştır. Öğretide⁶² isabetle vurgulandığı ve yukarıda yabancı ülke uygulamalarına ilişkin açıklamaların da doğruladığı gibi, “Batı Avrupa ülkele- rinde ise birbirleri ile uyumlu çok düzeyli toplu pazarlık sistemi başarı ile uygulanmaktadır”⁶³.

2822 sayılı Yasanın 3. maddesi, “işyeri” düzeyinde toplu pazarlık esasını benimsemiş olmakla birlikte, toplu iş sözleşmesi tek bir işyeri için yapılabileceği gibi, aynı işkolunda birden fazla işyerini kapsayacak biçimde (işyerleri veya grup toplu iş sözleşmesi) de yapılabilirdi. Yasa, ayrıca; 275 sayılı Yasada bulunmayan, “işletme toplu iş sözleşmesi” türünü de düzenlemiştir. Önemle belirtelim ki, Yasadaki düzenleniş biçimiyle “işletme toplu iş sözleşmesi”, inceleme konusu yaptığımız yabancı ülkelerdeki anlamı içinde değil, aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerleri için tek bir toplu iş sözleşmesi yapılması anlamında ve dolayısıyla yine işyeri düzeyinde bir toplu iş sözleşmesi söz konusu olup, işyeri-ışkolu dışında kalan, yeni ve üçüncü bir toplu sözleşme düzeyi değil, işyeri düzeyinde bağitlanmış toplu iş sözleşmelerinin bir türünü ifade etmektedir⁶⁴.

Ne var ki, toplu iş sözleşmesinin işyeri düzeyinde yapılması modeli benimsendiği için, sözleşme çok sayıda da olsa, belirli bir işyeri veya işyerleri ile sınırlı bir uygulama alanına sahip olmakta ve işkolu düzeyindeki toplu sözleşmeden farklı olarak, aynı işkolunda kurulu diğer işyerlerinde sözleşmeye taraf işçi ve işveren sendikalarının üyeleri bulunduğu halde, bu işyerlerinde uygulanması söz konusu olamamaktadır. Buna karşılık, diğer birçok yabancı ülkede uygulanan biçimiyle, “ışkolu” düzeyinde yapılan toplu pazarlık ve bağitlanan toplu iş sözleşmesi, coğrafi uygulanma alanı itibarıyla, yerel, bölgesel veya ülke çapında olabilmekte ve taraf işçi ve işveren sendikasının üyelerinin bulunduğu tüm işyerlerinde, hiçbir sınırlama olmaksızın uygulanabilmektedir⁶⁵.

Kanımızca, toplu pazarlık düzeyi açısından 2822 sayılı Yasanın benimsediği ve 30 yıllık bir uygulama süresine sahip, tek bir “işyeri düzeyinde” toplu

⁶⁰ Ayrıntı için bkz. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 25 ve özellikle dn.1; Oğuzman, 5 vd; Kutal/Ekonomi, 113 vd; Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, 1980, 375; Özveri, Sendikal Haklar, 103 vd; Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 97 vd; Engin, Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, 119 vd; Kutal, M., Toplu Pazarlık Sistemi Açısından Anayasa’da 5982 Sayılı Yasa ile Yapılan Son Değişiklikler, Mercek, Temmuz 2010, 21; Dereli, T., Yeni Anayasa Değişiklikleri ve Uluslararası Sendika Özgürlüğü Normları, Mercek, Temmuz 2010, 26-27.

⁶¹ Kutal, Toplu Pazarlık Sistemi, 21.

⁶² Kutal, aynı yer.

⁶³ Kutal, aynı yer.

⁶⁴ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 26; Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 102 vd.

⁶⁵ Bkz. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 26; Ayrıca: Ekonomi, M., Birden Çok İşyerini Kapsamak Üzere Yapılan İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi (Grup Toplu İş Sözleşmesi) ve Yargıtayın Bu Sözleşmelere İlişkin Görüşleri Sebebiyle Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, MESS Yayını, 1989, 18.

pazarlık modelinin, işçilerin temel sosyal hakkı olan toplu sözleşme hakkına kavuşmalarını sağlayan ve sorun yaratmayan başarılı bir model olarak nitelendirilememesine karşın, bu Yasanın yerini almak üzere, yürürlüğe konulan 6356 sayılı Yasada da, “çerçeve sözleşme” (m.2/1,b ve m.33/3,4) istisna olmak üzere, aynı modele bağlı kalınmış olması, uygun bir düzenleme olmamıştır. Çerçeve sözleşme, öğretilerde isabetle ifade edildiği gibi, ILO’nun eleştirilerini karşılayabilmek amacıyla kabul edilmiş⁶⁶; hukuki niteliği ve gerçek anlamda bir toplu iş sözleşmesi olup olmadığı hususu şimdiden tartışmaları üzerinde yoğunlaştırmış bulunmaktadır⁶⁷. Kanımızca, ILO Denetim Organlarının bazı kararlarında ifade edilen ve özellikle Fransız Hukukunda⁶⁸çerçeve sözleşme (accord-cadre), klasik anlamı içinde, iş sözleşmeleri üzerinde normatif etki gücüne sahip bir toplu iş sözleşmesi niteliğinde olmayıp, alt düzeydeki toplu iş sözleşmelerinin içeriğine ilişkin genel çerçeveyi belirleme amacıyla yönelik anlaşmalardır. Bu nedenle, 6356 sayılı Yasada düzenlenmiş olması, klasik anlamda yeni bir toplu sözleşme düzeyi olarak kabul edilmesini olanaksız kılmaktadır.

Düzenleniş biçimi ve hukuki niteliği itibarıyla işlerliği kuşkulu olan çerçeve sözleşme ayrık tutulursa, 6356 sayılı Yasa da, 2822 sayılı Yasada olduğu gibi, toplu iş sözleşmelerinin sadece “işyeri düzeyinde” yapılabileceğini öngörmüştür. Yasanın bu konuyu düzenleyen m. 34 hükmüne göre, “Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir” (f.1). Görüldüğü gibi, madde hükmüne göre toplu iş sözleşmesi işyeri düzeyinde olmak koşuluyla, birden çok işyerini kapsayacak biçimde de yapılabilecektir. Birden fazla işyerini kapsamak üzere yapılan toplu iş sözleşmesi, 2822 sayılı Yasada ifade edilmemiş olmakla birlikte, uygulamada “grup toplu iş sözleşmesi” biçiminde adlandırılmaktadır.

6356 sayılı Yasa, uygulamadaki bu terminolojiyi pozitif bir temele kavuşturmuş ve grup toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağını ayrıca düzenlemiştir⁶⁹ (m.34/3). 6356 sayılı Yasa, m.34/2 hükmüyle, 2822 sayılı Yasanın, 1986 tarih ve 3299 sayılı Yasa ile değişik m.3/2 hükmüne bağlı kalarak, aynı işverenin birden çok işyerini kapsamak üzere, işletme düzeyinde toplu sözleşmesi yapılmasını da öngörmüştür. Ancak, madde metninde, isabetsiz olarak, “işletme düzeyinde” ifadesi kullanılmış olmasına karşın, anılan bu sözleşme de aslında “işyeri” düzeyinde yapılan bir sözleşmeden ibarettir. Kaldı ki, madde metninde, “aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerinde” denilerek, 2822 sayılı Yasadaki (m.3/2) anlamında, gerçek anlamda işletme değil, “işyeri” düzeyinde yapılan bir toplu iş sözleşmesi olduğu hususu açıklığa kavuşturulmuştur⁷⁰.

⁶⁶ Alpagut, Uyum Açısından Değerlendirme, 131; Tuncay/Savaş Kutsal, 209.

⁶⁷ Ayrıntı ve farklı görüşler için bkz. Canbolat, Toplu Sözleşmenin Düzeyi, 149 vd; Alpagut, Uyum Açısından Değerlendirme, 131 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 669 vd; Demir, 558 vd; Özveri, Sendikal Haklar, 107 vd; Tuncay/Savaş Kutsal, 206 vd; Narmanlioğlu, II, 312-313.

⁶⁸ Bkz. Morin, M.L./Teysse, B., L'accord cadre, Dr.soc., 1988, 741 vd; Frossard, S., L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par des conventions de champ d'application plus large, Dr.soc., 2000, 617.

⁶⁹ Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat., 672 vd; Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 114; Aynı Yazar, 6356 sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3) Semineri (22 Aralık 2012), Seçkin yayınları, Ankara 2013, 69 vd.; Narmanlioğlu, II, 309 vd; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 411 vd; Sur, Toplu İlişkiler, 257 vd; Tuncay/Savaş Kutsal, 194 vd; Demir, 598 vd.

⁷⁰ Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 123.

Nitekim 34. maddenin gerekçesinde de, “kural olarak toplu iş sözleşmesi düzeyi olarak işyeri esası benimsenmiş”⁷¹ ifadesine yer verilerek, işletme düzeyinde yapılan toplu sözleşmenin aslında işyeri toplu iş sözleşmesi olduğu vurgulanmıştır.

Yasal düzenleme ve öngörülen toplu pazarlık modeli, aynı modeli benimsemiş olan 2822 sayılı Yasadan kaynaklanan sorunlar da dikkate alındığında, aynı sorunların devamını engelleyemeyecek ve dolayısıyla, işçilerin gerçek anlamda toplu sözleşme hakkından yararlanmalarının yolunu açacak bir model olmaktan uzaktır. 2822 sayılı Yasanın benimsediği “tek düzeyli” toplu pazarlık esasının ILO normlarıyla uyum sağlamadığı dikkate alınarak, 6356 sayılı Yasada, “işyeri” düzeyi dışında, “çerçeve sözleşme” adıyla başka bir sözleşme türüne de yer verilerek çok düzeyli bir toplu pazarlık modelinin benimsendiği ve böylece yasal düzenlemenin ILO normlarına uyum sağlayacağı düşünülmüştür. Çerçeve sözleşmesinin öngörülmüş olmasıyla, kuramsal olarak ve kısmen bu uyumun sağlandığı söylenebilecektir. Çünkü, ILO Uzmanlar Komitesi, 98 sayılı Sözleşmenin 4. maddesi ile 163 sayılı Tavsiye’nin 4. maddesinin birinci fıkrasına dayanarak; seçimin toplu pazarlık taraflarına ait olması koşuluyla, yerel düzeyde toplu iş sözleşmeleri veya işletme düzeyinde yapılan anlaşmalarla tamamlanması koşuluyla çerçeve anlaşmaların (*accord-cadre*) yapılması biçiminde karma bir toplu pazarlık düzeyinin söz konusu olabileceği, görüşündedir⁷².

6356 sayılı Yasayla, ILO normlarına uyum amacıyla öngörülen çerçeve sözleşmesine karşın, temelini Türkiye’nin de onaylayarak iç hukukuna dahil ettiği 98 sayılı Sözleşmeden alan önemli bir ilkeye göre, ulusal düzenlemeler, toplu pazarlığın; özellikle işyeri, işletme, işkolu, endüstri, bölgesel ya da ulusal düzeyde olmak üzere, herhangi bir düzeyde yapılmasına olanak tanımalıdırlar. ILO Uzmanlar Komitesine göre, söz konusu ilkenin bir sonucu olarak, toplu pazarlık düzeyinin emredici kurallarla düzenlenmesinin 98 sayılı Sözleşmeye aykırılık sorununu gündeme getireceğini, toplu sözleşme taraflarının uygun pazarlık düzeyini belirlemede tercih hakkına sahip olmaları gerektiği, görüşünü ifade etmiştir⁷³.

Hukukumuzda, yasa yapma tekniğine gereken özen gösterilmediğinden, birbirinden kopuk bir biçimde yapılan ve aralarında sistematik bağlantı kurulmayan düzenlemeler, çelişkili hükümlerin yürürlüğe konulması gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir. Örneğin, 1982 Anayasasının 53. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan; “aynı işyerinde, aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz” biçimindeki hükmün, 2010 yılında 5982 sayılı Yasayla⁷⁴ yürürlükten kaldırılmasının gerekçesi olarak, söz konusu fıkranın 98 sayılı Sözleşmenin 4. maddesinde öngörülen “serbest ve gönüllü toplu pazarlık” ilkesiyle bağdaşmadığı vurgulanmıştır⁷⁵. Bu değişiklikte, bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesinin yapılması ve uy-

⁷¹ Bkz. Özveri, Sendikal Haklar, 103.

⁷² Bkz. Gernigon/Odero/Guido, 30 ve dn.12

⁷³ Gernigon/Odero/Guido, 30.

⁷⁴ RG., 13.05.2010, 27580.

⁷⁵ Bkz. Canbolat, Toplu Sözleşmenin Düzeyi, 100-101; Tuncay, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 55-56. Yazar, isabetsiz olarak, Anayasa değişikliğinin ILO Normlarına aykırılık nedeniyle değiştirildiği yönündeki düşünceye katılmamakta, ulusal şartlara uygun düzenlemenin yapılacağı hususunun 98 sayılı ILO Sözleşmesinin 4. maddesinde belirtildiği görüşünü savunmaktadır.

gulanması engeli ortadan kaldırılmak istenmiş, dolaylı olarak farklı düzeylerde toplu sözleşme yapılmasının yolu açılmıştır⁷⁶. Bu açıdan bakıldığında, Anayasada yapılan bu değişiklik, ILO normlarına uyum açısından isabetli olmuş ve yasa koyucuya da farklı düzeylerde toplu sözleşme yapılabilmesi için düzenleme yapma olanağı verilmiştir. Çünkü bu hüküm Anayasada yer almış olsaydı, yasa koyucu, işyerinde bir toplu iş sözleşmesi varken, daha üst düzeyde (örneğin işkolunda) yapılmış bir toplu iş sözleşmesinin de aynı işyerinde uygulanması yönünde düzenleme yapamayacaktı. Bu nedenle, Anayasada yapılan değişikliğe karşın, 2822 sayılı yasada yer alan (m.7/3) ve 6356 sayılı Yasanın 35. maddesinin dördüncü fıkrasında yinelenen; “...Ancak, yapılacak toplu iş sözleşmesi önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez” biçiminde, belirli bir zaman dilimi içinde işyerinde tek toplu sözleşmenin uygulanmasını öngören kural, çerçeve sözleşmesinin de öngörüldüğü bir yasal düzenleme karşısında, Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

Çünkü Anayasa değişikliği, tek düzeyli toplu sözleşme modelinin ILO normlarına aykırılığı nedeniyle yapılmıştır⁷⁷. Anayasada bu konuda yapılan değişiklik yanında, 6356 sayılı Yasanın gerekçesinde de, “2821 ve 2822 sayılı kanunlarla Türk sendikacılığını ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşımak mümkün değildir...” denilmekle birlikte, sadece inceleme konumuzla sınırlı kalınsa bile, 6356 sayılı Kanun, 30 yıllık uygulamada sorunları çözmeye ve toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşımada başarılı olamadığı ifade edilen 2822 sayılı Kanunun, çerçeve sözleşme dışında, toplu sözleşme düzeyi ve yetkili sendikanın tespitine ilişkin hükümlerini büyük ölçüde yinelemiştir.

Dolayısıyla, toplu pazarlık düzeyi açısından aynı modelin esas alındığı 6356 sayılı Yasa, ILO normlarına uyum sağlamadığı gibi, gerekçede açıklandığının aksine, toplu sözleşme düzenini daha ileri taşıyabilecek ve işçilerin anayasal toplu sözleşme hakkından gerçek anlamda yararlanmasını sağlayacak hükümleri içermekten de çok uzak bulunmaktadır. Bu nedenle, yeni bir modelin tartışılması da zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır.

İşte, bu tartışmalara katkı sağlamak amacıyla, toplu pazarlık ve toplu sözleşme düzeyi açısından, ön plana çıkan esaslar üzerinde durulmalıdır: İlk olarak, ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmelerini onaylayarak iç hukukuna dahil etmiş ülkemizin, 6356 sayılı Yasanın gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu normlarla uyum sağlayacak bir toplu pazarlık ve toplu sözleşme düzeninin yaşama geçirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu yapılırken, ILO Uzmanlar Komitesinin, 98 sayılı Sözleşmesinin 4. maddesini yorumlarken önem verdiği hususların dikkate alınması gerekmektedir. Bunlar; toplu pazarlığın, olabildiği ölçüde her düzeyde, özellikle işyeri, işletme, işkolu, endüstri veya bölgesel ya da yerel düzeyde yapılmasının sağlanması ve bu düzeylerde, uygun olanın toplu sözleşme yapma yetkisine sahip sosyal tarafların seçimine bırakılmasıdır⁷⁸. Belirtilen bu esaslar ve bu esaslara dayalı toplu pazarlık modeli, yukarıda da

⁷⁶ Kutal, Değişiklikler, 21; Dereli, Yeni Anayasa Değişiklikleri, 26.

⁷⁷ Bkz.ve karş. Canbolat, Toplu Sözleşmenin Düzeyi; Ayrıca: Demir, F., Anayasa Değişikliklerinin Toplu İş Sözleşmesi Düzeni ve Sendikaların Geleceği Açısından Değerlendirilmesi, Mercek, Temmuz 2010, 68; Yazar, hükmün Anayasadan kaldırılmasını yerinde bulmakla birlikte, TİSGLK'da (2822) kalmasında yarar görmektedir (aynı yer).

⁷⁸ Ayrıca bkz. Özveri, Sendikal Haklar, 105 vd; aksi görüş; Tuncay, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 56.

incelendiği gibi, Avrupa Birliğine üye ülkelerin büyük bir bölümünde de uygulanmaktadır. Ülkemizde de, benzeri bir modelin benimsenmesi yararlı olacaktır. Bu çerçevede; işyeri, işletme ve işkolu düzeyinde; duruma göre, bölgesel ve yerel düzeyde toplu pazarlık esası düşünülebilecektir.

Böyle bir modelin benimsenmesi, doğal olarak, toplu iş sözleşmesinin kişiler açısından kapsamını da genişleteceğinden, işçilerin büyük bir bölümü gerçek anlamda toplu sözleşme hakkından yararlanma olanağına kavuşabileceklerdir. Çünkü mevcut sistem, tam tersi bir sonucu beraberinde getirmekle yetinmemekte, ciddi çelişkileri de bünyesinde barındırmaktadır. Gerçekten, ülkemizde, 1963 tarihli ve 274 ve 275 sayılı Yasalar ve izleyen diğer yasalar (2821 ve 2822) ve nihayet 6356 sayılı Yasayla, güçlü sendikal örgütler yaratmak temel amacına yönelik düzenlemeler yapılmış ve bu doğrultuda sendikal örgütlenmede işkolu esası benimsenmiştir. Buna karşılık, 275 sayılı Yasa düzenlemesi (işyeri-ışkolu toplu iş sözleşmesi) ayrık tutulursa, izleyen yasalar, işyeri düzeyinde toplu pazarlık modelini benimsemişlerdir. Oysa, işkolunda sendikal örgütlenmenin benimsendiği ülkelerde (Örneğin Almanya ve Fransa), işkolu düzeyinde toplu pazarlık modeli esastır. Bununla izlenen amaç, işkolu düzeyinde örgütlenmiş güçlü sendikaların, toplu pazarlık gücüne sahip olarak, bir işkolunun tamamında çalışan işçileri kapsayacak bir toplu iş sözleşmesinin yapılmasıdır. İşkolu düzeyinde sendikal örgütlenmeyi esas alıp, toplu iş sözleşmesinin düzeyini emredici kurallarla sadece işyerine özgülemek, çelişkili⁷⁹ bir durum olmakla kalmamakta, toplu sözleşme hakkının etkinliğini de önemli ölçüde azaltmaktadır.

Türk toplu pazarlık sisteminin zayıf ve sorun yaratan diğer bir boyutu, toplu pazarlık düzeyinin tanımı yapılamamış, kapsam ve sınırları belirlenmemiş, ancak boş kalıp olarak emredici kurallarla düzenlenmiş bazı kavramlara bağlanmış olmasıdır. Bunların başında, hiç kuşkusuz, işkolu, işyeri ve işletme kavramları gelmektedir. Toplu sözleşme özerkliği ve toplu sözleşme hakkı, söz konusu kavramların, emredici kurallarla düzenlenmesini değil, toplu sözleşmenin varlık nedenine bağlı olarak, esnek olmasını ve toplu sözleşme taraflarının, uygun buldukları anlam ve düzeyde toplu sözleşme bağtlayabilmelerini gerektirir.

Bu konuda esas alınacak temel ölçüt, ortak çıkarlara sahip ve dolayısıyla toplu sözleşme ile ücret ve çalışma koşullarının düzenlenmesi meşruiyet kazanmış bir işçi topluluğunun varlığıdır. Örneğin, işletme düzeyinde toplu pazarlığın esas olduğu ülkelerde (İngiltere, ABD ve Kanada) işletme kavramı, emredici kurallarla düzenlenerek, tanımı yapılmış ve sınırları önceden belirlenmiş bir kavram değildir. Bu ülkelerde, "işletme düzeyi" ifadesinin kullanılmış olması, herhangi bir yanılmayı beraberinde getirmemelidir. Teknik anlamdaki işletme kavramından çok, ilk aşamada tarafların özgür iradeleriyle belirledikleri, "uygun toplu pazarlık ünitesi" (*appropriate bargaining unit*) kavramı esastır. Bu kavramın belirlenmesinde de asıl olan, ortak çıkarlara sahip bir işçi topluluğunun varlığıdır. Ortak çıkarlara sahip işçi topluluğuna göre, toplu pazarlık ünitesi de, genişleyebilmekte veya daralabilmektedir. Örneğin, büyük işletmelerde, farklı meslek grupları, ortak çıkarlarını savunmak için ayrı bir ünite (*meslek üniteleri, craft units*) veya daha geniş olarak, endüstri ünitesi (*industrial unit*) oluşturarak toplu pazarlık düzeyini belirleyebilirler. Ayrıca, toplu pazarlık ünitesinin esası olan işletme seçimi (*employer unit*) de mutlak değildir; taraflar,

⁷⁹ Bkz. Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 159.

daha alt düzeyde (örneğin işyeri: *plan unit*) veya daha geniş kapsamlı olarak (örneğin, yerel ya da bölgesel ve hatta ulusal düzeyde birden fazla işletmeyi dahil eden: *multi-employeur*) toplu pazarlık ünitesini de belirleyebilirler⁸⁰.

Çok farklı bir toplu pazarlık sisteminin benimsendiği ülkelerde de, işyeri ve işletme gibi kavramlar, emredici kurallarla değil, yerine getirmeleri gereken işlevleri ve hukuk normunun koruma amacı dikkate alınarak belirlenir⁸¹. Hukukumuzda ise tam tersi bir durum söz konusu olup, normun koruma amacı hiç dikkate alınmamaktadır. Oysa, normun (toplular sözleşme hakkı) koruma amacı belirli bir işçi topluluğu ise, işyeri ve işletme kavramları da, bu topluluğun ortak çıkarlarına göre belirlenmelidir⁸². Ne var ki, Türk toplu pazarlık sisteminin temeli, sınırları çizilmemiş, somut ölçütleri ortaya konulmamış, işyeri kavramı üzerine yaslandırılmıştır. Öğretide isabetle vurgulandığı gibi, “işyerini nasıl örgütleyeceği işverenini girişim özgürlüğüne dahil olup, bütün toplu pazarlık sisteminin bu birim üzerine kurulması kanımızca ilke olarak yerinde değildir. Her ne kadar işçinin çalıştığı her yer işyeri olarak nitelendirilmemişse de, işin yapıldığı yer biçiminde fiziksel mekanla özdeşleşmiş bir işyeri tanımı, işyeri fiziksel mekan ilişkisini öne çıkarmış, ürün yandaki binada üretilirse farklı bir işkoluna, asıl binanın bir kenarında üretiliyorsa farklı bir işkoluna girmesi gibi çelişkilerle karşılaşılmasına yol açmıştır”⁸³.

Toplu pazarlık düzeyinin emredici kurallarla “işyeri” olarak belirlenmiş olması yanında, bu işyerinin girdiği “işkolu”nun belirlenmesi de toplu pazarlık sisteminin kanayan yaraları arasında yer almaktadır. Gerçekten, 2822 sayılı Yasa (m.3) gibi, 6356 sayılı Yasa da sendikal örgütlenme açısından işkolu kavramını (m.3/1,ğ), toplu pazarlık düzeyi olarak da işyeri kavramını esas temel almıştır (m.34). Dolayısıyla, işyeri ve işkolu gibi belirsiz kavramlar da, birbirinden kopmaz biçimde eklenmiş bulunmaktadır. İşyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi, toplu pazarlık düzeni açısından yaşamsal bir değer ve önem kazanmış bulunmaktadır. Toplu iş sözleşmesi hangi düzeyde yapılmak istenirse istensin, çekirdek kavram işyeri olarak kabul edildiğinde, işyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi kilit bir işlemlerle sahip olacaktır. Bu nedenle, işkolunun belirlenmesinin en önemli sonuçlarından birisi sendikal örgütlenme ise, ikincisi toplu iş sözleşmesinin düzeyinin (türünün) belirlenmesidir⁸⁴.

Ne var ki, üzerinde durulan kavramlar bu denli önemli olmasına karşın, işyeri gibi, işkolu kavramının da, bugüne kadar, herkesçe kabul edilmiş bir tanımı yapılamamış ve sınırları çizilememiş, bir anlamda belirsizliğin hüküm sürdüğü bir alana dönüşmüştür⁸⁵. Dahası, birbiriyle uyumlu olarak düzenlenmesi gereken bu iki kavram, birbiriyle ters düşen amaçlar doğrultusunda dü-

⁸⁰ Bkz. Blanc-Jouvan, l'expérience des Etats-Unis, 640 vd; Ayrıca: Despax, 150 vd.

⁸¹ Ayrıntı için bkz. Doğan Yenisey, 376.

⁸² Ayrıca bkz. Doğan Yenisey, 376.

⁸³ Doğan Yenisey, 376; ayrıca bkz. Özveri, Sendikal Haklar, 105 vd.

⁸⁴ Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 105-124; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 570-577; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 50-51.

⁸⁵ Ayrıntı için bkz. Eyrenci, Ö., Sendikalar Hukuku, İstanbul 1984, 55 vd; Şahlanan, F., Sendikalar Hukuku, İstanbul 1986, 47 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 593 vd.; Tuncaç/Savaş Kutsal, 36 vd.; Demir, 455 vd; Sur, Toplu İlişkiler, 77 vd; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 292 vd; Narmanlıoğlu, 77 vd; Doğan Yenisey, K., Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 43 vd; Baycık, İşkolunun Belirlenmesi, 214 vd.; Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 75 vd.

zenlenmişlerdir. Gerçekten, daha güçlü sendikaların oluşması için, işkollarının sayısı sınırlı tutulmuş (toplam 20 işkolu), işkoluna giren işler ise Yönetmelikle düzenlenmiştir (m.4). Oysa, çok daha geniş bir çerçevede düzenlenmesi gereken toplu pazarlık düzeyi de bu 20 işkolu kapsamında yer alan işyeri/işyerleri ile sınırlı tutulmuş, yetkili sendikanın belirlenmesi de bu esaslara bağlanmıştır. Birbirinden farklı olan sektörlerin, aynı işkolu içinde düzenlenmiş olması, uygulamada çok sayıda işçiyi toplu sözleşme hakkından yoksun bırakma gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir. Bu çelişkili duruma, öğretide, isabetli olarak, 15 No'lu taşımacılık işkolu örnek verilmiştir Kara, deniz ve hava taşımacılığı gibi birbirinden tümüyle farklı özellikleri olan sektörleri aynı işkolu içinde toplamak ve işkolu barajını, bu işkolunda çalışan toplam işçi sayısını esas alarak belirlemek, kendi sektöründe (örneğin hava taşıma) güçlü olan bir sendikanın yetki alamaması ve havacılık sektöründe toplu iş sözleşmesi yapamaması gibi bir sonucu kaçınılmaz kılacaktır⁸⁶.

Belirtilen nedenlerle, toplu pazarlık düzeyi açısından yeni bir model arayışından, toplu sözleşme hakkının varlık nedeni ve temel amacı esas alınarak, bu hakkın işlerlik kazanmasını sağlayacak mekanizmalar arasında yer alan işkolu ve işyeri kavramlarının bir bütün olarak yeniden gözden geçirilmesi çok önemli bir konu haline gelmiş bulunmaktadır.

V. TOPLU SÖZLEŞME TARAFI YETKİLİ İŞÇİ SENDİKASININ BELİRLENMESİ

1. Konuyu Yönlendiren Temel İlke ve Düşünceler

Bilindiği üzere, çalışanların ve işverenlerin önceden izin almaksızın sendika kurmaları, bunlara serbestçe üye olmaları veya üyelikten ayrılabilmelerini ifade eden sendika özgürlüğü, beraberinde sendika çokluğu ilkesini de getirir. Sendika çokluğu ise, işçilerin veya işverenlerin, birden fazla sendika kurabilmeleri ve bu sendikalardan dilediklerine üye olabilmeleri sonucunu doğurur.

Bu nedenle, çoğulcu sendikal örgütlenmenin benimsendiği ülkelerde, aynı işkolunda ya da aynı işletmede veya işyerinde örgütlenmiş sendikalardan hangisinin toplu pazarlık sürecinde işçileri temsil edeceği, daha teknik bir ifadeyle, "en fazla temsil yeteneğine sahip sendika"nın belirlenmesi tüm hukuk sistemlerinde, toplu iş hukukunun en önemli ve en sorunlu konuları arasında yer almaktadır. Bu konuda gözetilen en önemli ilke, toplu pazarlık sürecinde işveren tarafı üzerinde baskı gücünü kullanabilecek ve bu sayede toplu iş sözleşmesi aracılığıyla işçiler lehine hak elde edebilecek, iş ilişkisinin temelinde yer alan eşitsizliği, kısmen de olsa gidererek, işçi-işveren arasında iş barışını ve giderek emek-sermaye arasındaki dengesizliği, belirli bir dengeye kavuşturabilecek güce sahip işçi sendikasının belirlenmesidir.

Üzerinde durduğumuz konuyla bağlantılı olarak, değişik ülkelerde uygulanan modeller incelendiğinde, birbirinden farklı iki modelin mevcut olduğu dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, "çoğulcu model" diyebileceğimiz, aynı anda birden fazla işçi sendikasının en fazla temsil yeteneğine (gücüne) sahip kılınarak toplu pazarlık ve toplu sözleşme tarafı olabilmesidir. Söz konusu bu model, esas olarak, ana ilke düzeyinde; çoğulcu sendikal yapıya bağlı kalmak, toplu pazarlık sürecinde işveren karşısında, işçilerin güçlü bir biçimde temsiline olanak tanımak ve nihayet toplu sözleşme yetkisinin belirlenmesi sürecinde sen-

⁸⁶ Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 148.

dikal rekabeti aşgari bir düzeye indirmek gibi birden fazla amaç eksenine yaslanmaktadır. Bunun gibi, söz konusu model, toplu iş sözleşmesinin hukuki niteliğini ve hükümlerini de ön planda tutar. Eğer toplu iş sözleşmesi, normatif (düzenleyici) bir niteliğe ve *erga omnes* etkiye sahip bir hukuki belge ise ve eğer bu nitelikteki bir sözleşme, toplu sözleşme özerkliğinin bir uzantısı olarak objektif bir hukuk kuralı (yasa) gibi, bir işkolundaki, bir işletme ya da işyerindeki işçilerin ücret ve diğer çalışma koşullarını, sosyal ilerleme yönünde düzenleme, geliştirme ve pekiştirme gibi bir meşruiyet temelinde dayanıyorsa, aynı ortak çıkarlara sahip olmakla birlikte farklı sendikalara üye işçileri temsil eden birden fazla işçi sendikasının, aynı amaç doğrultusunda güç birliği yaparak, tüm işçiler yararına toplu iş sözleşmeleriyle ortak kural oluşturmaları da doğal karşılanmalıdır. Böyle bir hukuki yapı, temel sendikal hak ve özgürlüklerin etkinliği açısından olduğu kadar, bu özgürlüklerin asıl sahipleri olan çok sayıdaki işçinin bu haklardan yararlanması yönünde sonuçlar doğurması nedeniyle de önemlidir.

Yetkili sendikanın belirlenmesinde, çoğulcu modelin esas olduğu ülkelerde, sadece bir tek sendikaya değil, birden fazla sendikaya toplu sözleşme tarafı olma yönünde yetki tanınmaktadır. Bu model, özde, sendika çokluğu ilkesine uygun düştüğü gibi, bu ilkenin pekişmesine ve sendikal bölünmenin, parçalanmanın önlenmesine de hizmet etmektedir. Örneğin, Fransız hukuku, en fazla temsil gücüne sahip sendikanın belirlenmesinde, çoğulcu modeli benimsemiştir: toplu iş sözleşmesi, bir veya birden fazla temsil gücüne sahip sendikalar tarafından imzalanabilmektedir (C.trav., art.L.2231-1)⁸⁷. Ayrıca, çoğulcu modelin benimsendiği ülke hukuklarında, en fazla temsil gücüne sahip sendikanın belirlenmesinde, tekil modelin benimsendiği ülkelerin aksine, resmi bir makam tarafından yetki belgesi verilmesi prosedürü veya bu sendikanın yetkisinin resmi bir makam tarafından tanınması da söz konusu olmamaktadır⁸⁸.

Toplu pazarlık ve toplu sözleşme tarafı olabilecek sendikanın belirlenmesinde, bazı yabancı ülkelerde ve ülkemizde, “*tekil model*” olarak adlandırabilecek bir model uygulanmaktadır. Sözü edilen bu modelin uygulandığı ülkelerde, toplu pazarlık düzeyi açısından da, kural olarak, tek düzeyde (işletme veya işyeri) toplu pazarlık esasının uygulanmakta olması dikkati çekmektedir. Sendika çokluğu ilkesinin benimsenmiş olmasına karşın, sadece en fazla temsil yeteneğine sahip bir tek işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi imzalaması ve bu sendikanın sahip olduğu üye sayısına göre belirlenmesi, modelin ayırıcı özelliğini oluşturmaktadır. Ayrıca, bu konuda bir uyumsuzluk çıkması halinde, resmi makamların veya bağımsız kurulların kararı ile yetkili sendika tespit edilmektedir.

İşçilerin anayasal toplu sözleşme hakkı açısından da yaşamsal öneme sahip olan bu konunun daha iyi kavranması ve özellikle ülkemiz açısından yeni bir model arayışına katkı sağlaması düşüncesiyle, bazı yabancı ülke hukuk ve uygulamalarının incelenmesinde yarar görülmektedir.

⁸⁷ Lyon-Caen, A., La convention collective en quête d'un équilibre dans sa formation et d'une satabilité dans son exécution, Réflexions à partir de l'expérience française, Prof. Dr. Turhan Esener I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi 15-17 Mayıs 2014, İstanbul Kültür Üniversitesi (yayımlanmamış tebliğ).

⁸⁸ Lyon-Caen, La convention collective, 4.

2. Bazı Yabancı Hukuk Sistemlerinde Yetkili Sendikanın Belirlenmesi

Toplu sözleşme tarafı olabilecek yetkili sendikanın belirlenmesi konusunda, bazı yabancı ülkelerdeki düzenleme ve uygulamaların karşılaştırmalı bir incelemeye tabi tutulması, sorun ve çözümlerin daha iyi kavranmasına katkı sağlayacaktır. Öncelik Avrupa Birliği'ne üye ülkelere verildiğinde, örneğin Fransız hukukunda, 2008 yılına kadar, bir sendikanın toplu sözleşme yetkisi, İş Kodunda belirlenmiş yedi ölçüte göre belirlenmekteydi. Bu ölçütler şöyleydi: cumhuriyet değerlerine saygı, mali şeffaflık, asgari iki yıllık kıdem, faaliyet ve deneyime bağlı etkinlik, üye sayıları ve aidatlar, mesleki seçimlerde alınan sonuçlar. Sosyal tarafların 9 Nisan 2008 tarihinde imzaladıkları bir anlaşmayla vardıkları mutabakatı esas alan ve öğretilerde⁸⁹ de önceki sisteme nazaran daha isabetli bulunan 22 Ağustos 2008 tarihli Sosyal Demokrasi ve Çalışma Süreleri Hakkındaki Yasa (art. L.2232-2, L.2232-6, L.2232-12 C.trav.), mesleki seçimlerde (işletme komiteleri, sendika delegeleri, personel delegeleri seçimi) oyların en az %30'unu (*majorité de conclusion: toplu sözleşme bağütalama çoğunluğu*) kazanmış sendikanın yetkili sayılacağını ve böyle bir sendika tarafından bağütlanmış toplu iş sözleşmesine, aynı seçimlerde %50 (*majorité d'oppositon: muhalefet ya da itiraz çoğunluğu*) oranında oy elde etmiş başka bir sendikanın muhalefet yetkisi de bulunduğunu öngörmüştür. Bu düzenlemeyle, gerçek anlamda çoğunluğa sahip sendikanın toplu sözleşme yapmasını ve belirli bir dengeyi sağlama amaçlanmaktadır. Ancak bunun tersi olarak, yasal düzenlemenin tam anlamıyla çoğunluk iradesinin ortaya konulmasına izin vermediği ve işveren lehine olabilecek bir uzlaşmaya olanak tanıdığı da ifade edilmiştir. Bu nedenle, 14 Haziran 2013 tarihli yeni bir yasayla bir adım daha ileri gidilmiş, iş güvenliği konusunda bağütlanacak toplu iş sözleşmeleri için, taraf sendikanın son mesleki seçimlerde %50 oy oranına sahip olması koşulu getirilmiştir (art. L.5125-4 C.trav.)⁹⁰.

Alman hukukunda, 1949 tarihli Yasa, işveren veya işveren sendikası ile işçi sendikalarının toplu sözleşme ehliyetine sahip olduklarını öngörür. İşçi sendikalarının, işçilerin menfaatlerini koruma kabiliyetine sahip olmaları dışında, işveren, siyasi partilere ve kiliselere karşı da bağımsız olmaları gerekmektedir. Sendikanın bağımsızlığı açısından, işletme düzeyinde ya da daha bir üst düzeyde örgütlenmesinin gerekli olup olmadığı öğretilerde tartışma konusudur. Ancak, her durumda, işletme düzeyinde, işçiler tarafından seçilmiş "*İşyeri Kurulu*" tüm işçileri temsil eder. Yasal bir tanımın olmaması nedeniyle yargı kararlarıyla, toplu sözleşme yetkisi açısından ek koşul oluşturulmuştur. Bu koşul, toplu iş sözleşmesinin özerk toplu pazarlık sistemindeki işlevinden yola çıkılarak belirlenmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi, 28 Mart 2006 tarihli bir kararında, bir işçi sendikasının toplu sözleşme bağütlama yetkisine sahip olabilmesi için yeterli derecede "güçlü" olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu ise, toplu görüşme ya da toplu pazarlık masasında, işverene ilettiği önerilerinin ciddiye alınmasını sağlayacak ölçüde işveren tarafı üzerinde, baskı kurma gücüne sahip olabilmeyi ifade eder. Bir sendikanın bu anlamda güçlü olabilmesi ise, doğal olarak üye sayısına ve mali gücüne bağlı olacaktır. Ayrıca, sendikaların bir toplu iş uyuşmazlığını yürütebilecek güce de sahip olmaları gerekmektedir. Çünkü, Alman sisteminde grev hakkı, toplu pazarlık ile bağlantılı - organik- biçimde kabul edilmiştir. Greve başvurmak, işyeri kuruluna yasak-

⁸⁹ Peskine/Wolmark, 531 vd; Auzero/Dockes, 1348 vd.; Ray, 623 vd.

⁹⁰ Ayrıntı için bkz. Peskine/Wolmark, 531 vd; Auzero/Dockes, 1348-1349; Ray, 639 vd.

lanmıştır, bu nedenle işyeri kurulu tarafından bağitlanmış toplu iş sözleşmeleri, kural olarak sendika tarafından bağitlanmış sözleşmelere bağımlıdır. Bir sendikanın geçmişte toplu iş sözleşmesi imzalamış olması, toplu sözleşme yetkisi açısından önemli bir ölçüttür⁹¹.

Hollanda Hukukunda, toplu iş sözleşmesi bağitlayacak sendikanın yetkisi konusunda herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. Yasa koyucu, böyle bir düzenleme yapmak yerine, ortaya çıkan sorunların çözümünü yargı organına bırakmayı tercih etmektedir⁹².

İsveç hukukunda da, sendikaların temsil yeteneği konusunda herhangi bir yasa veya yasal bir prosedür veyahut sendikanın temsil kabiliyetine sahip olup olmadığını belirleyen bir ölçüt mevcut değildir⁹³.

İspanyol Hukukunda, sendikaların toplu sözleşme yapma açısından yetkileri, Fransız hukukunda olduğu gibi, mesleki seçimlerde temsilci seçiminde (işletme komiteleri, personel delegeleri, kamu makamları nezdinde temsil) alınan sonuçlara göre belirlenir. Bu seçimlere katılacak adaylar, sendikalar tarafından serbestçe belirlenir ve seçilen temsilci sayısına göre sendikanın en fazla temsil yeteneğine sahip olup olmadığı belirlenir. Seçimlerde en fazla oyu elde eden sendikalar, temsil ya da en fazla temsil yeteneğine sahip sendikalar olarak belirlenir. Seçimlerde alınan sonuçlara göre, üç dereceli bir temsil ayırımı yapılır: Ulusal düzeyde en fazla temsil yeteneğine sahip sendika, ulusal düzeyde en az %10 oranında işçi ve memur temsilciliği kazanan sendikadır. Dolayısıyla, bu sendikanın tüm işkolları düzeyinde en az %10 oy oranına sahip olması gerekir. Özerk bölgelerde, ulusal bir sendika üyesi olmayan sendikanın ise bu bölge düzeyinde en az %15 temsilcilik kazanmış ve yine aynı düzeyde en az 1500 temsilciye sahip olması gerekir. Basit temsil esasları ise, belirli bir işkolunda veya coğrafi alanda temsilcilerin %10'unu kazanmış sendikadır. Bunların dışında, ulusal veya özerk bölge düzeyinde, federasyon veya konfederasyonlara üyelik de temsil gücü açısından önem taşır. Bu sayede konfederasyonların tüm işkolları veya belirli bir coğrafi alanda daha fazla temsil gücüne sahip olmaları sonucunu doğurur. Genel İşçi Birliği ve İşçi Komisyonları bu durumdadır.

Temsil ve en fazla temsil yeteneğine sahip sendikalara, yasayla belirli bazı ayrıcalıkların tanınması Anayasa Mahkemesi tarafından da uygun bulunmuştur. Ulusal veya özerk bölgede en fazla temsil yeteneğine sahip sendikalar, toplu pazarlığın esaslarını ve farklı düzeylerde bağitlanmış toplu iş sözleşmeleri arasındaki ilişkileri belirleme yetkisine sahiptirler. Temsil yeteneğine sahip sendikaların ise, normatif etki doğuran (erga omnes) toplu sözleşme bağitlama yetkileri vardır. Sendikaların mesleki seçimlerde aldıkları oy oranına göre temsil veya en fazla temsil yeteneğine sahip olarak toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip olmaları, toplu pazarlık sisteminin demokratik meşruiyetini simgelemektedir⁹⁴.

ABD'de, daha önce de açıklandığı üzere, özel sektördeki iş ilişkileri, birçok değişikliğe karşın, halen yürürlükte olan 1935 tarihli "*National Labor Act*"

⁹¹ Wendeling-Schröder, U./Remy, P., Représentativité syndicale et négociation collective, Allemagne, RDT, 2006, 408; Kaufmann/Kessler/Köhler, 166; ayrıca bkz. <http://fr.worker-participation.eu/layout/set/print/Systemes-nationaux/Pays/Allemagne/>

⁹² Jaspers, T, Représentativité syndicale et négociation collective, Pays-Bas, RDT, 2007, 54.

⁹³ Rönmar, M., Représentativité syndicale et négociation collective, Suede, RDT., 2007, 54.

⁹⁴ Forteza Lahera J., Représentativité syndicale et négociation collective, Espagne, RDT., 2007, 54.

(NLRA) ile düzenlenmiştir. Bu Yasaya göre, işçiler kural olarak, toplu iş sözleşmesini bağitlayacak sendikayı seçme hakkına sahiptirler. İşveren, belirli bir toplu iş sözleşmesi ünitesinde, işçilerin çoğunluğunu temsil eden sendika ile toplu sözleşme yapmak zorundadır. Toplu sözleşmenin işçi tarafını, çoğunluk koşulunu yerine getirmiş sendika oluşturacaktır. Çoğunluğa sahip sendikanın belirlenmesinde, kural olarak, oylama (seçim) esas geçerlidir. Bir sendikanın, işçilerin çoğunluğu tarafından kendilerini temsil etmek üzere belirlenip belirlenmediğini doğrulamak için, NLRB (Ulusal İş İlişkileri Kurulu), gizli oy esasına dayalı seçim prosedürünü işletir. Seçimden önce, tüm ilgililer (işçi sendikaları, işçi grupları, işveren) işçiler nezdinde, Anayasa tarafından güvenceye kavuşturulmuş ifade özgürlüğü kapsamında serbestçe görüşlerini açıklayabilir, seçim propagandası yürütebilirler. Ancak, bu kapsamda dürüstlük ve sadakat kurallarına (*fair labor practice*) uyma zorunluluğu vardır. İşçilerin özgür seçim yapabilmeleri için çeşitli önlemler de alınmıştır. Çok seyrek olmakla birlikte, birden fazla sendika da seçime katılabilir. Seçim sonuçları, NLRB tarafından resmi bir belgeyle onaylanır. Bu aşamadan sonra en az bir yıllık süre içinde buna herhangi bir itiraz söz konusu olamaz.

Bazı durumlarda işveren, bir sendikanın çoğunluğa sahip olduğunu/olacağını önceden biliyorsa, seçime gidilmeden de, bu sendikayı toplu pazarlık tarafı olarak kabul edebilir veya bu yönde zorlanabilir. Sendikanın yeterli çoğunluğa sahip bir sendika olduğunun önceden bilinmesi, işçilerin anılan sendikanın kendilerini temsil etmesi konusunda bir belgeyi (*card checks*) imzalamış olmaları halinde de söz konusu olabilmektedir. Seçim süresinin çok kısa olması ve işçilerin, işverenin baskısından ötürü seçime katılmaktan çekinebilecekleri endişesini taşıyan sendikalar, bu tür bir belgeyi imzalatmayı tercih etmektedirler. Bununla birlikte, işveren yasal olarak, seçim yapılmasını talep etme hakkına da sahiptir. Toplu pazarlığın tarafı olacak işçi sendikası belirlendikten sonra, işveren başka bir sendika veya işçilerle toplu iş sözleşmesi bağitlama yetkisine sahip değildir⁹⁵.

Çoğunluğa sahip sendikanın seçimle belirlenmesi, uygulamada sendikalar için ciddi sorunları beraberinde getirmiştir. İşverenlerin çoğu, işçilerinin seçim için propaganda yapmalarına karşı oldukları gibi, sendikalar aleyhine de çok sert propaganda yapmaktadırlar. Kuramsal olarak, işçilerin sendika için oy kullanmalarına işveren engel olamaz. Ancak, işverenlerin sendikanın seçimi kazanması halinde ne olacağı konusunda görüş belirtmeleri olanaklı ve bu konuda herhangi bir yaptırım da söz konusu değildir. Bu nedenle, arzu etmediği bir sendikayı, işletmesinin dışında tutmak isteyen bir işveren çoğu kez bunda başarılı olabilmektedir.

Bunun içindir ki, sendikaların çoğu, oylama sistemini tercih etmemekte, “*card checks*” aracılığıyla toplu sözleşme bağitlamak için gerekli çoğunluğa sahip olmayı kendi lehlerine görmekteyler. Ancak, işverenin onayı olmadan bu yönetime işlerlik kazandırmak da olanaklı değildir. İşçi sendikaları, yasal değişikliğe gidilerek; çoğunluğa sahip sendikanın belirlenmesi esasının terk edilerek, sendikanın kendi üyelerini temsilen işverenle toplu iş sözleşmesini bağitlayabilmesi esasının öngörülmesini talep etmişlerdir. Ancak bu yönde bir düzenleme gerçekleşmemiştir. “*çoğunluğa sahip sendika*” ve “*her toplu pazarlık ünitesinde tek bir sendikanın temsil yeteneğine*” sahip olması gibi esasların birlikte

⁹⁵ Grodin, *négociation collective Etats-Unis*, 336 vd.; Blanc-Jouvan, *l'expérience des Etats-Unis*, 638 vd.

düzenlenmesi halinde, sakıncaları giderici diğer bazı önlemlerin de alınmasını zorunlu kılar⁹⁶.

Yetki almış sendikanın önemli sorumluluğu ise, toplu pazarlık ünitesindeki tüm işçileri, eşit ve dürüst bir biçimde temsil etmek zorunda olmasıdır (“*duty of fair and equal representation*”). Bu konuda federal mahkemeler tarafından oluşturulan içtihat, 1964 ve 1967 tarihli yasalarla da pekiştirilmiştir. Söz konusu yasalar, sendikalara ve işverenlere, kamu veya özel kurumlara, ırk, renk, din, cinsiyet, ulusal köken veya yaş esasına dayalı hiçbir ayırım yapmalarını yasağını öngörmüştür.

ABD sistemi, toplu pazarlık konusunda işçi sendikası ile işveren tarafı açısından zorunluluk esasını öngörür. Ancak, bu zorunluluk, mutlak olarak toplu iş sözleşmesi bağtlama anlamına gelmemektedir. 1947 sayılı Yasaya göre, taraflar, toplu pazarlığı dürüstlük kuralı çerçevesinde yürütmek ve toplu görüşmelerde bir uzlaşmaya varmak için samimi davranmak zorundadırlar (“*the Willingness to agree*”). Bu esaslara aykırılık halinde NLRB ve mahkemeler toplu pazarlığa devamı zorunlu kılabilirler.

İngiliz toplu pazarlık sisteminde bir sendikanın en fazla temsil yeteneğine sahip olarak, toplu iş sözleşmesi bağtlayabilmesi için toplu pazarlık ünitesinde çalışan işçilerin çoğunluğunun bu sendikanın üyesi olması gerekmektedir. Ancak, birçok durumda, sendika yeterli üye çoğunluğuna sahip olsa bile, yetkili sendikanın tespiti amacıyla, oylama yapılması söz konusu olabilecektir. Gizli yapılan oylama sonucunda, oylamaya katılanların toplu pazarlık ünitesinde çalışan işçilerin en az %40’ını oluşturması halinde ilgili sendika toplu sözleşme yapma yetkisini kazanacaktır. Kamu makamları, endüstri ilişkilerinin daha sağlıklı ve etkili işleyişi açısından gerekli gördüğü takdirde yetkili sendikanın tespitinde oylama yöntemine başvurulmasını kararlaştırabilir. Bunun gibi, ciddi sayıda sendika üyesi olan işçinin, sendikanın kendilerini temsilen toplu sözleşme yapmasını istemedikleri kesin olarak anlaşılıyorsa, kamu makamları oylama yapılmasına karar verebilirler. Bütün bu mekanizmalar, işçileri gerçekten temsil edecek sendikanın belirlenmesine yöneliktir⁹⁷.

Kanada hukukunda, toplu sözleşmenin tarafı olabilecek en fazla temsil yeteneğine sahip sendika, “*akreditasyon prosedürü*” çerçevesinde belirlenir. Buna göre, toplu pazarlık ünitesinde çalışan işçilerin çoğunluğuna sahip işçi sendikası, bu işçileri temsilen toplu iş sözleşmesi bağtlamaya tek yetkili sendika olacaktır. Bir sendikanın toplu pazarlık ünitesinde gerekli salt çoğunluğa sahip olup olmadığının belirlenmesinde iki yöntem söz konusudur: Kanada’nın altı bölgesinde uygulanan ilk sisteme göre, bir sendika toplu sözleşme ünitesinde %50 oranında üyeye sahip ise, toplu sözleşme yapmak üzere “akreditasyon” alabilecektir. Bu yöntemin uygulandığı bölgelerde, sendikanın %50 üye çoğunluğuna sahip olup olmadığını belirlemek için her zaman oylama sistemine gidilmez. Oylama, özel bazı durumlarda söz konusu olabilir. Örneğin, bir sendika, işçilerin %50 üye çoğunluğuna sahip olmadığı halde, yeterli desteğe sahip olduğunu kanıtlarsa oylama yapılır. Buna karşılık, Kanada’nın diğer beş bölgesinde, sendikanın mutlak çoğunluğa sahip olup olmadığını belirlemek için

⁹⁶ Grodin, *négociation collective Etats-Unis*, 338 vd; Blanc-Jouvan, *l’expérience des Etats-Unis*, 640 vd; Guyot, M., *La représentativité syndicale aux Etats-Unis et en France*, 2 vd. (<http://blog.u-paris10.fr/content/la-representativite>)

⁹⁷ Leader, S., *Représentativité syndicale et négociation collective*, Royaume-Uni., RDT., 2006,340 vd.

oylama yapılması zorunludur. Oylamaya gidilmesinin önkoşulu ise, sendikanın asgari düzeyde (bölgelere göre %25-%45) işçinin desteğine sahip olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Oylama sisteminin, sendikanın şansını azaltıcı yönde olumsuz bir etkisi de söz konusudur. Çünkü, oylama için belirlenen süre, işverene; gizli veya açık biçimde, sendikaya karşı olduğu yönünde propaganda yapma olanağı da tanımaktadır. Oylama sonuçları, işverenin bu yöntemlerinde olumsuz yönde etkilenebilir ve işçilerin gerçek iradesini yansıtmayabilir.

Bu nedenle, bazı bölgelerde, akreditasyon vermeye yetkili Komisyon, işverenin haksız uygulamaları olmasaydı, sendikanın çoğunluğa sahip olacağı kanısında ise yine de akreditasyon verme yetkisine sahip bulunmaktadır. Akreditasyon sistemi kapsamında, sendika ayrıca toplu pazarlık ünitesini, yani temsil etmek istediği işçi grubunu belirlemek zorundadır. Böyle bir grubun belirlenmesi hassas bir konudur. Çünkü bu gruba göre temsil gücüne sahip olup olmadığı belirlenecektir. Sendika, akreditasyon talebinde bulunurken, yeterli çoğunluğu elde edeceğini düşündüğü üniteyi de belirleyecektir. İşveren, stratejik nedenlerle sendikanın belirlediği üniteye itiraz edebilecektir. Yasal düzenleme ve özellikle yargı, bu tür sapmalara engel olmaya çaba göstermektedir. Toplu pazarlık ünitesi, bir işverenin tüm işçilerini kapsamına alabilir. Bununla birlikte, uygulamada, işverenle varılan anlaşma veya İş İlişkileri Komisyonun kararıyla sadece belirli bir grup işçi, toplu iş sözleşmesi ünitesi kapsamına alınabilmektedir. İşçilerin ortak çıkarları, anılan ünitenin belirlenmesinde önem taşır. Bunun içindir ki, aynı işverene ait işyerlerinde farklı toplu pazarlık ünitelerinin oluşturulması yönüne gidilmekte, örneğin, mavi yakalılar ile beyaz yakalılar ayrı birer ünite oluştururlar.

Sendikanın akreditasyon alması halinde, işveren bu sendikayı, artık işçilerin bu sendikaya üye olup olmadığına bakmaksızın, belirlenmiş toplu pazarlık ünitesinde tek yetkili sendika olarak tanımak ve dürüstlük kuralı çerçevesinde toplu pazarlık sürecini bu sendika ile yürütmek zorundadır. Akreditasyon almış bir sendika, toplu pazarlık ünitesinde çalışan işçilerin kendi üyeleri olup olmadıklarına bakmaksızın, tüm işçileri adil bir şekilde temsil etmekle yükümlüdür. Kanada sistemi, 1940 yıllarda Amerikan Wagner Yasasından (Vagner Act Américain) esinlenmiştir. Mevcut sistem, uygulamada ciddi bazı sorunlara da yol açmaktadır. Çünkü, bir sendika, herhangi bir toplu pazarlık ünitesinde çoğunluğu sağlayamadığı takdirde, işletmede işçilerin sendikal temsili artık söz konusu olmamaktadır. “*Hep ya da hiç*” anlamına gelen bu kural, işçilerin çoğunluğu tarafından bir işletmede veya bir toplu pazarlık ünitesinde, bir sendika tarafından temsil edilmelerini istemedikleri takdirde, azınlıkta kalan işçiler de toplu sözleşme hakkından yoksun kalabilmektedirler. Sitemin öngördüğü mutlak anlamda tek sendika esası (sendika tekeli), toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkını da ortadan kaldıran bir sonucu beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, öğretilerde, farklı işçi gruplarının çıkarlarına uygun bir toplu pazarlık ve en fazla temsil esasının değişik seçeneklere göre belirlenmesi yönünde görüşler ileri sürülmektedir⁹⁸.

⁹⁸ Ayrıntı için bkz. Vallée, G., Représentativité syndicale et négociation collective, Canada., RDT., 2006, 345 vd. Jardin, E., Principes de la négociation collective au Québec dans le secteur privé, Travail et Emploi, Octobre 2001, 83 vd; Blouin, R., Les droits d'organisation et de négociation collective au Canada, 13 vd.; Özveri, Yetki Belirleme Süreci, 21 vd.

3. Türk Hukukunda Yetkili Sendikanın Belirlenmesi: Yasal Düzenlemeler

Yukarıda, incelediğimiz yabancı ülke sistemlerinin açıkça ortaya koyduğu gibi, toplu pazarlık düzeyinde olduğu gibi, toplu iş sözleşmesini bağitlayabilecek yetkili işçi sendikasının belirlenmesinde de, bir ülkedeki endüstri ilişkileri sisteminin tarihsel gelişimi yanında; o ülkenin ekonomik, sosyal, siyasal koşulları ve gelişmeleri de belirleyici olmaktadır. Bu nedenle, kimi ortak yönlerine ve birbirinden esinlenmiş olmalarına karşın, tarihsel gelişim sürecinde, her ülkenin kendine özgü bir toplu pazarlık sistemi oluşmuştur. Sözü edilen ülke sistemlerinin ortak yönü, sözü edilen hakların (toplu pazarlık ve toplu sözleşme) ve bu alandaki uygulamaların, ülkemize nazaran çok erken bir tarihte ortaya çıkmış olmalarıdır. Bu konuda dikkati çeken diğer önemli bir konu, belirtilen alanlarda uygulamanın yasal düzenlemelere öncülük etmiş olması ve yasal düzenlemelerin de, bazı istisnalar dışında, sosyal tarafların irade ve kararlarına (toplu sözleşme özerkliğine) üstünlük tanyarak, ayrıntılı düzenlemelerden kaçınmış olmasıdır.

Ülkemizde ise, daha önce ifade edildiği gibi, Batı ülkelerine göre toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkı çok geç kabul edilmiştir. Bilindiği üzere, 1961 Anayasası ve 1963 yasalarına (274 ve 275) kadar, sendikal hak ve özgürlüklerin yasaklanmış olması veya çok sınırlı olarak tanınmış olmasına, ülkenin ekonomik gelişmişlik düzeyi ve siyasal koşullar da eklenince, güçlü sendikal örgütlerin ve toplu pazarlık uygulamasının ortaya çıkması da söz konusu olamamıştır⁹⁹. Bu nedenle, yasa aracılığıyla güçlü sendikalar oluşturmak ve geliştirmek, yapılan yasal düzenlemelerin ilk amaçları arasında yer almıştır. Sendikaların işkolu esasına göre kurulması, sendika çokluğu ilkesinin benimsenmiş olmasına karşın, toplu pazarlık ve toplu sözleşme tarafı açısından tek sendikanın yetkili kılınması ve bunun da üye çoğunluğuna dayandırılması, toplu pazarlık ve toplu sözleşme sürecinin Devletin gözetim ve denetimine (vesayetine) bağlı kılınması, anılan tarihsel koşulların bir sonucu olmaktadır. Ne var ki, 1961 Anayasasının yerini alan 1982 Anayasası ve bu Anayasanın hükümleri ışığında yürürlüğe konulan 1983 tarihli 2881 ve 2822 sayılı Yasalar ile bu yasaların yerini alan 2012 tarihli ve 6356 sayılı Yasada da, konumuzla bağlantılı olarak, örneğin, yetkili işçi sendikasının belirlenmesi açısından başlangıçtaki (1963) düşünce ve gerekçelere bağlı kalınmış, bu alanda ortaya çıkmış sorunlara çözüm getirici düzenlemelerin yerine, aynı sistem ve modele bağlı kalınmış olması, yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz toplu sözleşmenin düzeyi gibi, yetkili işçi sendikasının belirlenmesi konusu da sorun alanı olmaya devam etmektedir.

Bilindiği gibi, bir işçi sendikasının işçileri temsilen toplu pazarlık ve iş sözleşme tarafı olabilmesi için, ehliyet ve yetki koşullarına birlikte sahip olması gerekmektedir. 275 sayılı Yasanın 7. maddesi toplu iş sözleşmesinin işçi teşekkülleri ile işveren teşekkülleri veya işverenler arasında yapılacağını öngörerek, işçi ve işveren sendikalarının veya işverenlerin toplu sözleşme yapma ehliyetine sahip oldukları açıkça ifade edilmiştir¹⁰⁰. Aynı Yasa (m. 7, m. 11), işkolu düze-

⁹⁹ Ayrıntı için bkz. Makal, A., Çok Partili Dönemde Çalışma İlişkileri 1946-1963, Ankara 2002, 226 vd; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 555 vd; Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 43 vd.

¹⁰⁰ Bkz. Işık, R., Ehliyet ve Yetki, 3.baskı, Ankara 1977, 53 vd; Mimaroğlu, 137 vd; Ekonomi, M., Toplu İş Sözleşmesi Türleri Ehliyet ve Yetki, Toplu İş Sözleşmesine İlişkin

yinde bağtlanacak toplu iş sözleşmesi açısından, işçi sendikası yanında işçi federasyonunun da ehliyeteye sahip olduğunu belirtmiştir¹⁰¹. 1982 Anayasasının, toplu iş sözleşmesi hakkını düzenleyen 53. ve 54. maddeleri esas alınarak hazırlanan 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu da, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti açısından, 275 sayılı kanundaki-federasyonların toplu sözleşme ehliyeti ayrık tutulursa- esası benimseyerek, 2. maddesinde; toplu iş sözleşmesinin işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılacağını hükme bağlayarak, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetinin işçi sendikaları ile işveren sendikalarına ait olduğu işverenin toplu sözleşme ehliyetine sahip olması ise işveren sendikası üyesi olmama koşuluna bağlanmıştır¹⁰².

2821 ve 2822 sayılı Kanunları yürürlükten kaldıran, 2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 41. maddesinde bir açıklık olmamakla birlikte, ehliyet ve yetki açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın, işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapmasını öngördüğünden, toplu iş sözleşmesinin işçi tarafı açısından işçi sendikasının toplu sözleşme ehliyetine sahip olduğu da ifade edilmiş olmaktadır¹⁰³.

Toplu İş Sözleşmesi ehliyetine ilişkin düzenlemeler, yukarıda açıkladığımız ILO normlarına uyum sağladığı gibi, tüm yabancı hukuk sistemleriyle de özdeşlik göstermektedir. Gerçekten, ILO'nun toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkına ilişkin sözleşme ve tavsiyelerine göre, toplu pazarlığın sùjeleri, bir yandan işverenler veya işveren örgütleri, diğer yandan işçileri temsilen işçi sendikalarıdır¹⁰⁴.

Hukuk sistemimizde toplu iş sözleşmesi ehliyeti açısından, toplu pazarlık ve toplu sözleşme düzeninin anayasal ve yasal düzeyde benimsendiği 1961 yılından bu yana herhangi bir sorun tespit edilmediği halde, toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilecek yetkili sendikanın belirlenmesi, bu konunun ilk kez düzenlendiği 1963 tarihli ve 275 sayılı Yasanın yürürlüğünden bu yana yaklaşık yarım yüzyıl aşkın bir süre geçmiş olmasına, bu arada soruna çözüm getirmek amacıyla, birbirini izleyen iki ayrı yasa (2822 ve 6356) yürürlüğe konulmuş olmasına karşın, sorun önem ve güncelliğini korumaya devam etmektedir.

Gerçekten, ülkemizde toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkını ilk kez kapsamlı olarak düzenleyen 1963 tarihli ve 275 sayılı Yasanın 7. maddesi, “*çalışan işçilerin çoğunluğunu temsil eden*” sendikanın yetkili sayılacağını öngörmüş ve bu maddede belirtilen çoğunluğun “*salt çoğunluk*” biçiminde nitelendirilmesi gerektiği öğretide baskın görüş olarak benimsenmiştir¹⁰⁵. Ne var ki, üye

Temel Sorunlar Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Semineri, Kamu-İş Yayını Ankara, 1990, 24.; Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 43.

¹⁰¹ Ekonomi, Toplu İş Sözleşmesi Türleri, 23; Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 46 vd.

¹⁰² Bkz. Oğuzman, K., Hukuki Yönden İşçi ve İşveren İlişkileri, 4. Bası, 32; Ekonomi, Ehliyet ve Yetki, 26; Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, 21.bası, 2008, 511 vd; Narmanlıoğlu, Ü., İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, 323 vd. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 43.

¹⁰³ Engin, M., 6356 Sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 145-146; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 682; Özveri, Sendikal Haklar, 111 vd.

¹⁰⁴ Gernigon/Odero/Guido, La Négociation Collective, 13 vd.

¹⁰⁵ Işık, 53 vd.; Mimaroğlu, 150 vd; Kutal, M., En Fazla Temsil Kabiliyetini Haiz Sendika Mefhumu”, İ.Ü. İktisat Fakültesi, Sosyal Siyaset Konferansları, İstanbul, 1965,

çoğunluğuna dayanan ve sadece bir sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip kılınması, uygulamada bekleneni vermemiş, toplu sözleşme tarafı olacak yetkili işçi sendikasının tespiti konusu karmaşık sorunlara ve tartışmalara kaynaklık etmekten uzak kalmamıştır¹⁰⁶.

Gerçekten, belgelere (sendika üyelik kayıtları) dayalı üye çoğunluğunun belirlenmesine ilişkin yasal düzenlemenin, uygulamada gerçek üyeliği yansıtmaktan uzak kalması üzerine, bu sorunun oylama (referandum) ¹⁰⁷ yöntemiyle aşılacağı savunulmuş ve bazı işyerlerinde bu yönde uygulama yapılmış olmakla birlikte Yargıtayın, oylama sisteminin yasaya aykırı olduğu yönünde kararlar¹⁰⁸ vermesi nedeniyle yöntem terkedilmiştir.

Yargıtayın oylama sistemini yasaya aykırı bulması üzerine bu kez, “*durum tespiti*” veya “*irade beyanı*” olarak nitelendirilen yöntemle, özellikle üye kayıt fişlerine yönelik sahtecilik iddialarının varlığı halinde, sahteciliği iddia edilen üye kayıt fişlerinin işçiye ait olup olmadığının mahkeme tarafından doğrudan işçinin iradesine başvurularak yetkili sendikanın, yine yargıç kararıyla belirlenmesi yöntemine başvurulmuştur¹⁰⁹. Ne var ki, bu son yöntem de, işlerlik kazanamamıştır¹¹⁰.

1982 Anayasasının öngördüğü yeni esaslar ışığında, 2821 ve 2822 sayılı Yasalar yürürlüğe konulmuş ve 2822 sayılı Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Yasası, önceki dönemde yetkili sendikanın belirlenmesinde yaşanan sorunlara çözüm olarak ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Buna göre, işkolu esasına göre Türkiye çapında faaliyette bulunmak üzere kurulmuş birden fazla sendika arasında, bir işkoluna giren belirli bir işyerinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilecek sendikanın, yetki alabilmesi için biri önkoşul olmak üzere iki koşulu aynı anda gerçekleştirmesi zorunluluğu vardır. İlk ve önkoşul, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az %10'unu (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) üye bulundurması¹¹¹, ikinci koşul ise, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye yapmış olmasıdır. İşletme düzeyinde yapılacak toplu iş sözleşmesi aç-

16.Kitap, 48 vd; Dereli, T., Toplu Sözleşme Yetkisini Saptama Yolları ve Oylama”, İ.Ü. İktisat Fakültesi, Sosyal Siyaset Konferansları, İstanbul, 1966, 28.Kitap, 55 vd; Çelik, N., Toplu Sözleşme Yetkisi Uyuşmazlıklarının Çözümündeki Aksaklıkları Giderici Yollar, İTİD., İstanbul, 1974, 223 vd; Aynı Yazar, Toplu İş Sözleşmesi Yapma yetkisinin Oylama (referandum) Yolu ile Tespiti, İHU, 1975, TSGLK.11 (No. 4); Bu konudaki ayrıntı ve farklı görüşler için bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 77 vd.

¹⁰⁶ Ayrıntı için bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 131 vd.

¹⁰⁷ Çelik, Oylama, İHU, 1975, TSGLK.11 (No. 4); Apaydın, O., Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisinin Oylama (referandum) Yöntemi ile Saptanması, İHU, 1975, TSGLK.11 (No. 44).

¹⁰⁸ Bkz. dn. 48'deki karar incelemeleri; özellikle: Yarg. HGK., 24.12.1975, 1975/754, K.1975/1691, İHU,1975, TSGK., 11, No.5 ve N. Çelik'in incelemesi; ayrıca bkz. Oğuzman, K., Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır, Ankara, 1973, 50 vd.

¹⁰⁹ Bkz. Eyrenci, Ö., Durum Tespitinin Mahkemece Yapılması, Karar İncelemesi, İHU, 1979/İTSGLK., 11 (No.13); ayrıca bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 185 vd.

¹¹⁰ Bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 185 vd.

¹¹¹ Ayrıntı için bkz. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 50 vd; Narmanlıoğlu, II, 367 vd; Çelik, 21.Bası, 514 vd; Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 226 vd.

sından işletme merkezi esas alınarak yarıdan fazla çoğunluk belirlenecektir (m. 12) ¹¹².

Görüldüğü gibi, 2822 sayılı Yasa da, 275 sayılı Yasa gibi, yetkili sendikanın belirlenmesi açısından, o dönemde yaşanan sorunları hiç dikkate almadan, isabetsiz olarak, üye sayısına ve dolayısıyla belgelere dayalı sistemi devam ettirmekle kalmamış, yetki koşullarını daha da ağırlaştırmak amacıyla ek koşul olarak işkolu barajını ve yetki koşullarının sağlanıp, sağlanmadığının tespitinde Bakanlık kayıtlarını esas almıştır. Yasanın öngördüğü bu sistem de, 30 yıllık uygulamada, önceki dönemde yaşanan sorunları çözmek yerine, daha da karmaşık sorunların ortaya çıkmasına yol açmıştır¹¹³.

2821 ve 2822 sayılı Yasaların yerini almak üzere yürürlüğe giren ve Türk sendikacılığını ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşımak gerekçesine dayanan 6356 sayılı Yasa, önceki yasanın sistemini, büyük ölçüde korumuştur¹¹⁴. Gerçekten, Yasanın 41. maddesinde, yetkili sendikanın belirlenmesi açısından, 2822 sayılı Yasadaki gibi, işkolu ve işyeri çoğunluğu esasına yer verilerek, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin¹¹⁵ üyesi bulunduğu işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır (m.41/1). Aynı maddeye göre, işletme toplu iş sözleşmesi için, işletmeye dahil işyerleri bir bütün olarak dikkate alınarak, yüzde kırk çoğunluk buna göre belirlenecektir (m.41/2). İşletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi bağtlayacak sendikanın belirlenmesi açısından Yasanın öngördüğü diğer bir esasa göre, işletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya daha fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir (m.41/3)¹¹⁶.

¹¹² Ayrıntı için bkz. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 49 vd.; Oğuzman, İşçi-İşveren İlişkileri, 32 vd.; Reisoğlu, S., 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Şerhi, Ankara 1986, 169 vd.; Narmanlıoğlu, II, 336 vd.; Ekonomi, Ehliyet ve Yetki, 23 vd.; Çelik, 21.Bası, 512 vd.; Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 225 vd.

¹¹³ Bkz. Özveri, M., Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Belirlenmesindeki Açmazlar ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, Çalışma ve Toplum, 2004/2, 81 vd.; Aynı Yazar, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 273 vd; aynı Yazar, Sendikal Haklar, 112-113.

¹¹⁴ Ayrıntı için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 681 vd.; Demir, 604 vd.; Narmanlıoğlu, 323 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 420 vd.; Sur, Toplu İlişkiler, 267 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, 213 vd.; Özveri, Sendikal haklar, 113 vd.; Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 144 vd.

¹¹⁵ 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanununun 20. Maddesiyle, 41.maddenin birinci fıkrasında yer alan “yüzde üçünün” ibareleri, isabetli olarak, “yüzde biri” biçiminde değiştirilmiştir. Ancak, aynı Kanunun 21. maddesiyle 6356 sayılı Kanuna eklenen Ek m.1 hükmü ile, “41 inci maddenin birinci ve beşinci fıkraları ile 43 üncü maddenin ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde üç şartı, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye Konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları için yüzde üç olarak uygulanır” düzenlemesi getirilmiştir. Eşitlik ilkesine aykırılık oluşturan bu madde, isabetli olarak Anayasaya Mahkemesinin 14.5.2015 tarihli ve E. 2014/177, K. 2015/49 sayılı kararı ile çok isabetli olarak Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

¹¹⁶ Ayrıntı için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 682; Demir, 610; Narmanlıoğlu, II, 342-343; Sur, Toplu İlişkiler, 271 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, 222 vd.; Özveri, Sendikal Haklar, 111 vd.; Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 145 vd.

VI. TÜRK TOPLU PAZARLIK VE TOPLU SÖZLEŞME SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI VE YENİ BİR MODEL ARAYIŞI

Bu incelemenin dışında bırakılan, toplu sözleşmenin kişiler açısından kapsamı ya da toplu iş sözleşmeden yararlanma konusu istisna edilirse, sistemin ciddi sorunları barındırdığı ve sistemin bütününde reform niteliğinde köklü bir değişiklik yapılmadığı takdirde, toplu sözleşme gibi temel bir sosyal hakkın, işçiler açısından çok fazla bir değer ve öneminin kalmayacağı gözlemlenmektedir. Çünkü, mevcut modele bağlı kalındığında, yetki alabilecek sendika sayısındaki düşüşe koşut olarak, toplu sözleşme sayısından ve dolayısıyla toplu sözleşmeden yararlanabilecek işçi sayısından da ciddi azalmaların ortaya çıkacağı, yukarıda yansıtılan istatistikî bilgilerden de anlaşılmaktadır¹¹⁷.

Böyle bir sonucun ise kabul edilebilir bir yönünün bulunmadığı, herkesçe kabul edilmesi gereken çok acı bir gerçektir. Bu nedenle, yasal düzenlemenin öngördüğü toplu pazarlık modeli ve bunun uygulanması sürecinde ortaya çıkan sorunların toplu olarak gözden geçirilmesi, aynı zamanda yeni model arayışının da ana unsurlarını ön plana çıkarmaya katkı sağlayacaktır.

A. TEMEL SORUNLAR

1. Sendika Üyeliği ve Sendikanın Üye Çoğunluğuna Dayalı Sayısal Sistemden Kaynaklanan Sorunlar

a. Yasal sistemin isabetsiz düzenlemeleri!...

Önceki yasalarda (275 ve 2822 sayılı Yasalar) olduğu gibi, 6356 sayılı Yasa da, toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilecek yetkili sendikanın belirlenmesinde sendika üyeliğini temel almıştır. Uygulamada yaşanan sorunlar ve yetki sistemini çıkmaza sürükleyen sorunların başında da bu husus yer almaktadır. Gerçekten, Anayasalarımızda ve ilgili tüm yasalarda bireysel sendika özgürlüğü, değişik boyutlarıyla düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, işçi ve işverenler serbestçe sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahip olup, hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ve üyelikten ayrılmaya zorlanamaz (m.51/1; 6356 s'lı K. m.17)¹¹⁸.

Sendika üyeliği, doğal olarak, sendikal örgütlenmenin temel unsuru olup, sendikanın varlığını ve gücünü belirleyen ana ölçüttür. Bununla birlikte, sendika üyeliği, kural olarak, sendika ile üye arasında hukukî bir ilişki, hak ve yükümlülük doğurur. Sendikaların üye sayıları, sendikanın işveren karşısındaki gücünü de belirlediğinden, bunun sadece sendikanın iç işleyişi ile sınırlı kalması gerekmektedir. Bu nedenle, yabancı hukuklarda, sendikanın üye sayı-

¹¹⁷ Bkz.yuk.III.

¹¹⁸ Çelik, N., İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku 1 Sendikalar, 2.bası, İstanbul 1979, 81 vd; Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 175 vd; Eyrenci, 98 vd; Esener, T./Bozkurt Gümürkçüoğlu, Sendika Hukuku, İstanbul 2014, 137 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 610; Sur, Toplu İlişkiler, 129 vd; Narmanlıoğlu, II, 171 vd; Tuncay/Savaş Kutsal, 82 vd; Demir, 486 vd; Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen, 317 vd; Şahlanan, F., 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri 3, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Aralık 2012), Ankara 2013, 20 vd; Aynı Yazar, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 71 vd; Okur, Z., 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 72 vd.

sının, özellikle işveren tarafından bilinmemesine özen gösterilir. Ancak, ülkemizde sendika üyeliği, sadece sendikanın iç işleyişi açısından değil, sendikanın sahip olduğu önemli bazı yetki ve ayrıcalıklarının da temel koşuluna dönüştürülmüş; örneğin, toplu sözleşme yetkisinin belirlenmesi açısından, sendikaların üye sayıları, işveren, kamu makamları ve rakip sendikaların da bilgi ve değerlendirmelerine tabi kılınmıştır. Bu durumun, sendika özgürlüğü ve sendikaların baskı organı olma işlevleriyle bağdaşmayacağı açıktır.

Bilindiği üzere, hukukumuzda, toplu sözleşme yetkisi, sendikaların üye çoğunluğuna göre tespit edildiğinden ve bu üyelik kayıtlarına bağlı kılındığından, üyeliğin kazanılması ve yitirilmesi, sendikanın gerçek üye sayısının bilinmesi açısından yaşamsal bir önem kazanmaktadır. Bu nedendir ki, yasalarımızda konu ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Gerçekten, 2822 sayılı Yasanın 22.maddesinin ikinci fıkrası, işçi sendikasına üyeliğin, işçinin beş nüsha olarak doldurup imzaladığı ve notere tasdik ettirdiği üye kayıt fişini sendikaya vermesi ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile kazanılacağını hükme bağlamıştı¹¹⁹. Bu esasın uygulamada ortaya çıkardığı sorunlara çözüm olarak, 6356 sayılı Yasa, noter koşulunu terk etmiş, bunun yerine, “*e-Devlet kapısı üzerinden üyelik başvurusu*” sistemini benimsemiştir. Bu konuyu düzenleyen 17. maddenin 5. fıkrası hükmüne göre, “*Sendikaya üyelik, Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-Devlet kapısı üzerinden üyelik başvurusunda bulunulması ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile e-Devlet kapısı üzerinden kazanılır...*”. Sendika üyeliğinden çekilme de yine e-Devlet kapısı üzerinde gerçekleşecektir. Bu hususu düzenleyen m. 19/2 hükmüne göre, “*Her üye, e-Devlet kapısı üzerinden çekilme bildiriminde bulunmak suretiyle üyelikten çekilebilir. E-Devlet kapısı üzerinden yapılan çekilme bildirimini elektronik ortamda eş zamanlı olarak Bakanlığa ve sendikaya ulaştır*”¹²⁰. Yönetmelik¹²¹, hükümlerine göre, e-Devlet kapısı üzerinden yapılacak tüm işlemler, sendikanın Bakanlığa bildireceği yetkili kullanıcı tarafından gerçekleştirilir (Yön. m. 5).

2822 sayılı Yasanın öngördüğü esasların ve özellikle sendika üyeliğinin üye kayıt fişine dayalı olarak, noter onay koşuluna bağlanmasına karşın, toplu iş sözleşmesinin tarafı olacak sendikanın belirlenmesinde çok ciddi sorunları beraberinde getirmiş ve özellikle sahte üyeliklere engel olunamamış, dolayısıyla sendikaların gerçek üye sayılarını belirlemede başarılı sonuçlar verememiştir¹²². 6356 sayılı Yasanın öngördüğü, “e-Devlet kapısı üzerinden üyelik” esasının da çok farklı sonuçlar doğurmayacağı, yetkili sendikanın belirlenmesindeki sorunları çözmek yerine, daha karmaşık sorunlara yol açacağı, öğretide çok isabetli olarak ifade edilmiştir¹²³. Bu nedenle, özellikle toplu iş sözleşmesi yet-

¹¹⁹ Ayrıntı için bkz. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, 175 vd.; Eyrenci, Sendikalar Hukuku, 98 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 614 vd.

¹²⁰ Ayrıntı için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 620; Narmanlıoğlu, II, 189; Tuncay/Savaş Kutsal, 114; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 152; Sur, Toplu İlişkiler, 142; Demir, 499.

¹²¹ “Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi ile Üyelik Aidatının Tahsili hakkında Yönetmelik” (RG.09.07.2013).

¹²² Bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 273 vd.; Şahlanan, Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 21; Aynı Yazar, Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 118; Okur, Sendika Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi, 81 vd.

¹²³ Şahlanan, Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Güncel Sorunlar (3), 21; Özveri, Sendikal Haklar, 60 vd.

kisinin tespiti açısından bu sistemin tümüyle terkedilmesi kaçınılmaz bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

b. Üye sayısına göre en fazla temsil yeteneğine sahip sendikanın belirlenmesinin olanaksızlığı !...

1963 tarihli ve 275 sayılı Yasadan itibaren toplu sözleşme bağtlayacak en fazla temsil yeteneğine sahip sendikanın tespiti, tek seçenek olarak, sendikaların sahip oldukları üye sayılarına bağı kılınmıştır. 2822 sayılı Yasa, bu esasa bağı kalmakla yetinmemiş, güçlü sendikaların oluşması amacıyla¹²⁴ yetki için ek bir koşul olarak, "işkolu barajı"ni öngörmüştür. Gerçekten, Yasanın 12. Maddesinin birinci fıkrasına göre, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunun (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç) üyesi bulunduğu işçi sendikası, işkolu barajına ilişkin ilk koşulu yerine getirmiş sayılacaktır. ILO Denetim Organları tarafından öngörülen bu koşulun işçilerin toplu pazarlık ve giderek toplu sözleşme hakkını kısıtladığı gerekçesiyle, yasanın ilk yürürlük yıllarından¹²⁵ itibaren ve sürekli olarak eleştirilmiştir. Öğretide de konu tartışma yaratmış, anılan koşulun güçlü sendikaların oluşmasına katkı sağlayacağı ve düzenlemenin ulusal koşullara uygunluğu nedeniyle ILO Sözleşmelerine aykırılık oluşturmadığını savunan yazarların¹²⁶ aksine diğer bazı yazarlar ise kuralın ILO normlarına aykırı olduğunu ifade etmişlerdir¹²⁷.

6356 sayılı Yasa, ILO normlarıyla uyum sağlamak düşüncesiyle işkolu barajını %1 olarak belirlemiş, işyerinde yarım fazla, işletmede ise yüzde kırk çoğunluk esasını benimsemiştir. Görüldüğü gibi, yeni Yasa da, yetkili sendikanın belirlenmesini üye kayıtlarına dayandırmıştır. Ne var ki, yukarıda çeşitli vesilelerle açıklandığı üzere, ülkemizde 1963 yılından bu yana, üye kayıtlarına dayalı olarak, sendikaların gerçek üye sayılarını sağlıklı bir biçimde belirlemek olanaklı olamamıştır. Bu nedenle, bu sisteme bağı kalınarak yetkili sendikanın belirlenmesine çaba gösterilmesi, aynı sorunların devamına da seyirci kalma anlamını taşıyacaktır.

2. Yetkili Sendikanın Belirlenmesinin Kamu Makamlarının Gözetim ve Denetimine Bağı Kılınması

Sendika üyeliğinin belirlenmesinde en yetkili makam olarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na görev ve sorumluluk verilmiştir. Gerçekten, 2821 sayılı Yasa, sendika yetkili organının üyelik talebini kabul ettikten ve üyelik kesinleştikten sonra, noterden onaylayarak sendikaya sunduğu üyelik kayıt

¹²⁴ Yasanın Hükümet Gerekçesi için bkz. Mis, O./Özsoy, E., Hazırlık Çalışmalarıyla Birlikte Karşılaştırmalı-Gerekçeli 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1983, 49 vd.

¹²⁵ Ayrıntı için bkz. Gülmez, M., Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye, Ankara, 1988, 440-441;

¹²⁶ Ekonomi, M., 2821 ve 2822 sayılı Kanunların Uluslararası Normlara Uygunluğu, 39 vd; Oğuzman, K., 2821 ve 2822 Sayılı Kanunların ILO Sözleşmeleri'ne Aykırılığı Konusu, 23; Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, 515-516; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 50 vd.

¹²⁷ Gülmez, Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları, 440; Günay, İ.C., Batı ve Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi, Ankara, 1991,132; Arıcı, K., Türkiye'de Sendikal Örgütlenmenin Önündeki Hukuksal Engeller, Seminer, Türk-İş Yayını, Ankara, 2006, 123; ayrıca bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 248 vd.

fişinin birer nüshasının sendikaca onbeş gün içinde Çalışma ve Sosyal Bakanlığına ve işçinin çalıştığı işyerinin bağlı bulunduğu Bölge Müdürlüğüne gönderilmesini zorunlu kılmaktaydı (m. 22/2). 6356 sayılı Yasa ise, daha önce açıklandığı üzere, bu prosedürü terk etmiş, “basit, kolay ve ekonomik bir yöntem” olduğu gerekçesiyle¹²⁸ sendikaya üyeliği yine Bakanlıkça sağlanacak elektronik başvuru sistemine e-Devlet kapısı¹²⁹ üzerinden üyelik başvurusunda bulunma sistemini öngörmüştür. Görüldüğü gibi, her iki yasanın öngördüğü sistemde de siyasi bir makam olan Bakanlık ön plandadır. Bu ise, sendika özgürlüğüne olduğu kadar toplu pazarlık özerkliği ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, toplu iş sözleşmesi bağtlayacak bir işçi sendikasının yetkili olabilmesi için, 2822 sayılı Yasa gibi, 6356 sayılı Yasa da, biri önkoşul (işkolu barajı) diğeri ise, işyerinde/işyerlerinde veya işletmede çoğunluk olmak üzere iki koşulun gerçekleşmesini zorunlu kılmıştır. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesini de ilk aşamada yine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yetkisine terk etmiştir.

a. İşkolu ve işyeri çoğunluğunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından gerçeğe uygun olarak tespit edilememesi !...

Toplu pazarlık ve toplu sözleşme sistemimiz açısından, başlıkta yer alan ve birbirine zincirleme bağlı olan hususlarda karar verme yetkisi mutlak emredici hükümlerle kamu otoritesine terkedilmiştir. Gerçekten, 2822 sayılı Yasada (m.4) olduğu gibi, 6356 sayılı Yasanın konuyu düzenleyen 5. maddesinin birinci fıkrasına göre, bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır ve ilgililer Bakanlığın bu kararına karşı dava açabilir¹³⁰. Aynı kapsamda olmak üzere, 2822 sayılı Yasada (m. 12/3) olduğu gibi, 6356 sayılı Yasa da, işçi sendikasının yetkili sayılabilmesi için aranan işkolu barajını aşır aşmadığının belirlenmesinde, Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistiklerin esas alınacağı öngörülmüştür (m.41/5). Toplu sözleşmenin bağtlanacağı işyeri/işyerleri veya işletmede sendikanın yetkili olup olmadığı yine Bakanlık kararı ile tespit edilecektir (m.42/2). Toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilecek yetkili sendika, ilk aşamada Bakanlığın “yetki tespit yazısı” ile ikinci ve nihai aşamada da yine Bakanlık tarafından düzenlenen “Yetki belgesi” ile resmen belirlenmiş olmaktadır (m.44) ¹³¹.

¹²⁸ Yasanın Tasarı halindeki 17. madde gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi,1/567, 11.

¹²⁹ “e- Devlet Kapısı, tüm kamu hizmetlerine tek bir noktadan erişim imkanı sağlayan bir internet sitesidir (bkz. www.turkiye.gov.tr). E-Devlet kapısının kurulması, işletilmesi ve yönetilmesi görev ve sorumluluğu ise Başbakanlık adına Ulaştırma Bakanlığı yetkisine verilmiştir (BKK., 24.3.2006, 2006/10316, RG., 20.4.2006, 26145).

¹³⁰ Ayrıntı için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 596 vd; Doğan Yenisey, 51 vd; Baycık, İşkolunun Belirlenmesi, 231; örnek yargı kararları için bkz. Canbolat, T, Yargıtay’ın Toplu İş İlişkileri Açısından 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2013, 256 vd.; Başterzi, S., Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara 2014, 179 vd.; Güzel, A., Yargıtay’ın Toplu İş İlişkileri Açısından 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Milli Komite), İstanbul 2015, 302 vd; Özkaraca, E., Yargıtay’ın Toplu İş İlişkileri Açısından 2014 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi (yayınlanmamış tebliğ),1 vd.

¹³¹ Ayrıntı için bkz. Engin, E. M., 6356 sayılı Yasa’da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 146 vd.; Canbolat, T., 6356 sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri 3, Kadir Has Üniversitesi

Söz konusu sistem, bir yandan çoğu kez gerçeği yansıtmayan Bakanlığın sendika üyeliği konusundaki istatistiklerini temel almakta, öbür yandan bu istatistiklere göre, sendikaların gerekli çoğunluğu sağlayıp sağlamadığını Bakanlık kararına terk etmektedir¹³². 2821 ve 2822 sayılı Yasaların uygulandığı uzun zaman diliminde, işaret edilen her iki noktada da ciddi sorunların yaşandığı, yetki uyuşmazlıklarını ve giderek toplu iş sözleşmesinin bağitlanması sürecini uzattığı; siyasi makam olan Bakanlığın işkolu istatistiklerinin belirlenmesinde sıklıkla siyasi saiklerin ön plana çıktığı bilinen bir gerçektir¹³³. Oysa, söz konusu bu model, 2822 sayılı Yasanın gerekçesinde de açıklandığı üzere, Bakanlığın merkezi düzeyde bilgisayar teknolojilerinden yararlanarak oluşturacağı ve dolayısıyla herhangi bir hatanın, ayırım ya da ayrıcalığın söz konusu olamayacağı, nesnel istatistikî bilgilere göre yetkili sendikaların gerçeklere uygun olarak tespit edilebileceği yönündeki temel düşünce ve varsayma dayanmaktaydı.

Hukuk Fakültesi (22 Aralık 2012), İstanbul 2013, 79 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 688 vd.

¹³² Bakanlığın 6356 sayılı Yasanın uygulanma döneminde yayımladığı işkolu istatistikleri dikkatli bir biçimde incelendiğinde, ifade edilmeye çalışılan sorunların nedenleri ve sonuçları, kendiliğinden anlaşılacaktır. Gerçekten, 2015 Ocak Ayı işkolu istatistiklerine (24.1.2015, RG. 29246) göre, toplam işçi sayısı 12.180.945, sendikalı işçi sayısı 1.297.464 olarak tespit edilmiştir. Sendikalaşma oranı ise 10,65'tir¹³². 2015 yılı Ocak Ayı istatistiklerine göre, toplam 147 sendikadan 49 tanesi işkolunda %1 barajını sağlamaktadır. 2015 Temmuz Ayı istatistiklerine (29.7.2015, RG. 29429) göre ise, toplam işçi sayısı, 12.744.685, sendikalı işçi sayısı 1.429.056'dır. Böylece, sendikalaşma oranı 11,21'dir¹³². Bu istatistiklere göre, Yasanın aradığı işkolunda %1 barajını, tüm işkollarında örgütlü toplam 166 sendikadan 55 tanesi sağlamış bulunmaktadır. Ocak 2016 İstatistiklerine (30.1.2016, RG. 29609) göre, toplam işçi sayısı 12.663,783, sendikalı işçi sayısı 1.514,053, toplam sendikalı işçi sayısı ise 11,96'dır. Toplam 166 sendikadan %1 işkolu barajını aşan sendika sayısı ise 55 olmuştur. Bu istatistikî bilgileri değerlendiren Türk Metal Sendikası tarafından yapılan bir araştırmaya göre, sendikalı işçilerin yüzde 57,96'sı Türk-İş'e, yüzde 28,82'si Hak-İş'e, yüzde 9,53'ü DİSK'e bağlı sendikaların üyeleridir. Türkiye'deki mevcut 166 işçi sendikasıdan; 33'ü Türk-İş'e, 22'si Hak-İş'e, 21'i ise DİSK'e üye sendikalar; geri kalan 90 sendika ise herhangi bir konfederasyona üye değildir. 2016 Ocak Ayı istatistiklerine göre de, Türk-İş'e bağlı 33 sendikadan 31'i, Hak-İş'e bağlı 22 sendikadan 18'i, Disk'e bağlı sendikalardan ise sadece 5'i yüzde bir barajını aşmıştır; 90 bağımsız sendikadan da sadece bir sendika barajını aşmış bulunmaktadır (İşkollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin Ocak 2016 İstatistikleri, Türk Metal Sendikası Araştırması, Şubat 2016, 2 vd). Bu istatistikî bilgiler hakkında genel bir değerlendirme yapıldığında, toplam işçi sayısı, sendikalaşma oranı, %1 işkolu barajını aşan sendika sayılarında, üç yıl içinde değişken bir tablonun ortaya çıktığı dikkat çekmektedir. Bunun gibi, yıllardan beri, herhangi bir baraj sorunu olmadan, toplu iş sözleşmesi bağitlanmış sendikalardan bazılarının %1 barajını aşamadıkları halde, çok daha yeni kurulmuş bazı sendikaların ise üye sayılarını çarpıcı bir biçimde artırarak, %1 barajının üstünde bir çoğunluğa sahip oldukları dikkati çekmektedir. Örneğin, Disk'e bağlı sendikalardan sadece 5' i barajı aşabilmiştir. Üzerinde düşünülmesi gereken bir başka husus, örgütlü sendikalar arasında %1 barajını aşan toplam sendika sayısındaki değişkenliktir. Güçlü sendikacılık adına yapılan yasal düzenlemeler ve benimsenen model, sendika sayısını azaltmada başarılı görünmekle birlikte, çok sayıda sendikayı ise toplu sözleşme bağitlama olanağından, işçileri de toplu sözleşme hakkından yoksun bırakma gibi bir çelişki ve sonuç beraberinde getirmektedir. Somut rakamların yansıttığı bu gerçek, özellikle yetkili sendikaların tespiti açısından aranan %1 işkolu barajının isabetsizliğini de gözler önüne sermektedir.

¹³³ Bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 235 vd; Aynı Yazar, Sendikal haklar, 111 vd; Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 146 vd.

Öngörülen ve geçmiş dönemde uygulamada başarılı sonuçlar doğurmayan tüm bu esasların özerk toplu pazarlık sistemiyle bağdaşır bir yönünün bulunmadığı da açıktır. Dahası, anayasal temel bir hak olan toplu sözleşme hakkına hak sùjelerinin kavuşmasını güçleştiren ve bazı hallerde de olanaksız kılan boyutta sorunları bünyesinde taşımaktan geri kalmamaktadır. Bu nedenle, işyerinin girdiği işkolunun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı kararıyla tespiti yönündeki esas terkedilerek, sözü edilen yetki ve görevin, toplu sözleşme özerkliğiyle uyum sağlayacak bağımsız bir kurula verilmesi daha uygun bir çözüm olacaktır.

Mevcut sistemde, Bakanlık, ifade edildiği gibi, sadece işyerinin girdiği işkolunun tespitinde değil, üye çoğunluğu itibarıyla yetkili sendikanın tespitinde de yetkili kılınmıştır. Gerçekten, 2822 sayılı Yasa, Bakanlığın üye kayıt fişlerini esas alarak, kendi kayıtlarına göre, sendikanın çoğunluğu sahip olup olmadığını belirleyeceğini öngörmekteydi (m. 13/2). 6356 sayılı Yasa ise, Bakanlığın yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri yanında Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alacağını kurala bağlamıştır (m. 41/7). Yasada ayrıca ve çok isabetsiz olarak; “Sigortalılığın başlangıcı ile sona ermesine ilişkin bildirimlerden yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılmayanlar, yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmaz” (m.42/4) hükmüne yer verilerek, sigortalılığın tescili ile sendika üyeliği arasında anlamsız bir bağ kurulmuş, tescili yapılmamış işçilerin yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınmayacağı vurgulanmıştır.

Toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilecek yetkili sendika, ilk aşamada Bakanlığın “*yetki tespit yazısı*” ile ikinci ve nihai aşamada da yine Bakanlık tarafından düzenlenen “*Yetki belgesi*” ile resmen tespit edilmiş olmaktadır. Gerçekten, Yasanın m.42/2 hükmüne göre, Bakanlık, kayıtlarına göre başvuru tarihi itibarıyla bir işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiğinde; başvuruyu, işyeri veya işletmedeki işçi ve üye sayısını, o işkolundaki kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene altı iş günü içinde bildirir. Söz konusu olan bu bildiri, öğreti ve uygulamada “*olumlu yetki tespiti*” olarak nitelendirilmektedir. “*Olumsuz yetki tespiti*” yazısı ise, konuya ilişkin bilgilerin sadece başvuruyu yapan tarafa bildirileceği öngörülmüştür (m.42/3).

Aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı gibi, Bakanlığın belirtilen bu yazılarına karşı itirazlar ise iş mahkemesine yapılacaktır (m.43). Yetki tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemiş veya yapılmış itirazın mahkemece reddedilmesi yahut mahkemenin itiraz eden sendika lehine karar vermesi halinde, mahkeme kararlarının tebliği tarihinden itibaren altı iş günü içinde ilgili sendikaya, Bakanlıkça bir yetki belgesi verilir (m.44)¹³⁴.

Görüldüğü gibi, Bakanlık tarafından verilen ilk tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemişse sürenin bitimini takip eden altı iş günü içinde, yine Bakanlıkça yetkili görülen sendikaya yetki belgesi verilmektedir. İtiraz halinde ise kesinleşen mahkeme hükmüne dayanılarak yetki belgesi Bakanlıkça düzenlenmektedir (m.44).

¹³⁴ Ayrıntı için bkz. Engin, E. M., 6356 sayılı Yasa’da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 146 vd.; Canbolat, T., 6356 sayılı Kanununun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri 3, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Aralık 2012), İstanbul 2013, 79 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 688 vd.

Belirtilen bu yasal düzenlemelerin özerk toplu pazarlık sistemiyle bağdaşıp bağdaşmadığı yönündeki tartışmaları beraberinde getirdiği kuşkusuzdur. Nitekim, ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi, yetkili sendikaların belirlenmesi açısından ulusal mevzuatın zorunlu bir prosedür öngörmesi halinde, yetki belgesinin bağımsız bir kurul tarafından verilmesi gereğine vurgu yapmıştır¹³⁵. Hukukumuzda, öngörülen zorunlu prosedür ve Bakanlığın yetki belgesi vermesine ilişkin yasal düzenlemeler, özgür toplu pazarlık sistemine aykırı düşmekle yetinmemekte, anayasal temel bir hak olan toplu sözleşme hakkına hak süljesinin kavuşmasını güçleştiren ve bazı hallerde de olanaksız kılan boyutta sorunları bünyesinde taşımaktan geri kalmamaktadır.

b. Yetki sürecindeki hukuki uyumsuzluklar ve yargı organının karşılaştığı sorunlar

Toplu pazarlığın tarafı olacak ve dolaysısıyla toplu iş sözleşmesini imzalayacak yetkili işçi sendikasının belirlenmesi sürecinde ortaya çıkan ve yukarıda işaret olunan karmaşık sorunların çözümü, isabetsiz olarak, yargı organına bırakılmıştır. Gerçekten, Bakanlık tarafından, kendi kayıtlarına göre düzenlenen işkolu istatistiklerine karşı itiraz ile ortaya çıkacak hukuki uyumsuzluk, 2822 sayılı Yasada (m.12/3) olduğu gibi, 6356 sayılı Yasada da (m.41/6) iş mahkemesi tarafından karara bağlanacaktır. Bu konudaki uyumsuzluğun, ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından 15'er gün, yani toplamda 30 gün gibi çok kısa süre içinde çözüme kavuşturulacağı öngörülmüştür (2822 s'lı Yasa m. 12/5; 6356 s'lı Yasa m.41/6)¹³⁶.

Bunun gibi, Bakanlığın olumlu veya olumsuz yetki tespit yazılarına karşı itiraz da yine iş mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulacaktır. Gerçekten, olumlu tespit yazısını alan ilgililer, yazının tebliğ edildiği tarihten itibaren altı işgünü içinde iş mahkemesine itirazlarını yapabileceklerdir (2822 s'lı K.,m.15; 6356 s'lı K., m. 43/1). Olumsuz yetki tespit yazısına ise, sadece yetki koşullarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası yine altı iş günü içinde itiraz edebilecektir (6356 s'lı K., m. 43/4).

Yasa, işçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata veya süreye ilişkin itirazları mahkemenin altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlayacağını, bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanır (2822 s'lı K m.15/2; 6356 s'lı K., m. 43/3). 6356 sayılı Yasa, olumlu tespit yazısına yapılan itirazın sonuçlandırılması konusunda 2822 sayılı Yasada olduğu gibi, herhangi bir süre öngörmez iken, olumsuz yetki tespitine ilişkin davanın iki ay içinde sonuçlandırılacağını hükme bağlamaktadır (m. 43/4)¹³⁷.

¹³⁵ Bkz. Gernigon/Odero/Guido, 15-16.

¹³⁶ Ayrıntı için bkz. Engin, E. M., 6356 sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 146 vd.; Canbolat, T., 6356 sayılı Kanununun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri 3, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi (22 Aralık 2012), İstanbul 2013, 79 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 688 vd.; Özveri, Sendikal Haklar, 123 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, 230 vd.; Narmanlioğlu, II, 379 vd.; Demir, 623 vd.; Sur, Toplu İlişkiler, 277 vd.

¹³⁷ Ayrıntı için bkz. Engin, E. M., 6356 sayılı Yasa'da Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 146 vd.; Canbolat, T., 6356 sayılı Kanununun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri 3, Kadir Has Üniversitesi

Öngörülen sistemin içerdiği ilk olumsuzluk, yargılama süresine ilişkin olanıdır. İşkolu istatistiklerine itiraz davasında ilk derece mahkemesinin 15, Yargıtayın da yine aynı süre içinde uyuşmazlığı çözüme kavuşturulması öngörülmüştür. Ayrıca, uyuşmazlığın kısa süre içinde sonuçlanması amacıyla yönelik olarak, 43.maddenin üçüncü fıkrasında, yetki tespit yazısına itiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması halinde itirazın incelenmeksiz reddedileceği, hükme bağlanmıştır. Öte yandan, Yasanın 5. maddesinde, aynı Yasanın 34. maddesinin dördüncü fıkrası ile hiçbir bağlantı kurulmaksızın, işkolu talebi ve buna ilişkin açılan davaların, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacağı belirtilmiştir¹³⁸.

Tüm bu düzenlemelere karşın, yetki itirazına ilişkin olarak, 2822 sayılı Yasanın uygulandığı 30 yıllık dönemde yaşanan, toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkını işlevsiz kılan sorunların, benzeri düzenlemeleri içeren 6356 sayılı Yasa döneminde de varlığını sürdüreceği, haklı olarak ifade edilmiştir¹³⁹. Öncelikle yargı organlarının çok ağır iş yükü dikkate alındığında, bu uyuşmazlıkların yasada belirtilen sürede çözüme kavuşturulmasının olanaksızlığı kendiliğinden anlaşılacaktır. Nitekim uygulamada, 2821 sayılı Yasa m.4, şimdi ise 6356 sayılı Yasa m.5 kapsamında, işkolu istatistiklerine yapılan itirazların, en iyimser olasılıkta bir yıldan önce sonuçlanmadığı, küçümsenmeyecek sayıdaki uyuşmazlığın ise çok daha uzun bir süre aldığı tespit olunan bir gerçektir. Bunun gibi, önceki dönemde 2822 sayılı Yasa m. 15, şimdi ise, 6356 sayılı Yasa m. 43 kapsamında Bakanlığın olumlu yetki tespit yazısına yapılan itirazların, yasada öngörülen sürelerin çok ötesinde, ortalama iki yıldan çok daha uzun süre içinde sonuçlandığı tespit edilmiştir¹⁴⁰.

Hukuk Fakültesi (22 Aralık 2012), İstanbul 2013, 79 vd; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 688 vd; Özveri, Sendikal Haklar, 123 vd; Tuncay/Savaş Kutsal, 230 vd; Narmanlıoğlu, II, 379 vd; Demir, 623 vd; Sur, Toplu İlişkiler, 277 vd.

¹³⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Şahlanan, Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Güncel Sorunlar (3), 16; Aynı Yazar, Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 114; Güzel, 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 375 vd; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 694 vd; Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, 140 vd; Tuncay, A.C., Toplu İş Sözleşmesi Hukukunda 6356 sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş Yayını, Ankara 2013, 74; Doğan Yenisey, İşkolunun Belirlenmesi, 60 vd; Özkara, 2014 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 50 vd.

¹³⁹ Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 294 vd; Aynı Yazar, Sendikal Haklar, 111 vd; Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 146, 150 vd.

¹⁴⁰ Özveri tarafından yapılan ciddi bir saha araştırmasında, yetki tespitine herhangi bir itiraz olmadığı takdirde, örneğin Metal-İşkolunda Türk Metal Sendikasının yetki alma süresi 100 gün iken, itiraz halinde bu süre 1533 güne çıkmaktadır. Aynı işkolunda Birleşik- Metal İş Sendikasının, yetki alma süresi, itiraz olmaması halinde 112 gün, itiraz olması halinde ise 600 gün olarak tespit edilmiştir. Diğer işkollarında da durumun çok farklı olmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin, dokuma işkolunda, Teksif Sendikasının, itiraz olmadan yetki alma süresi 130 gün olurken, itirazlı en uzun yetki alma süresi tek bir işyeri için 2007 yılında 1091 gün olmuştur. Aynı işkolunda Öz İplik-İş Sendikasının yetki alma süreleri de 83 ve 631 gün olarak belirlenmiştir. Söz konusu süreler, Petrol-İş Sendikası açısından da sırasıyla, 81 ve 890 gün olmuştur (bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 327 vd). Bu sayısal veriler, anayasal değerdeki temel bir sosyal hakkın, yasal düzenlemenin öngördüğü prosedür yüzünden, uygulamada ne denli işlevsiz kılındığı da çok açık bir biçimde ortaya koymaktadır

Yargı organının ağır iş yükü dışında, yetki belgesi alma sürecinin uzaması, özde sistemin kendisinden kaynaklanmaktadır. Çünkü, sadece ve mutlak olarak işyeri ya da işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesinin yapılmasını zorunlu kılan bir sistem, doğal olarak; bir yandan, toplu iş sözleşmesini bağtılamak istemeyen işveren ile sendika; öbür yandan, aynı işkolunda örgütlü rakip sendikaları karşı karşıya getirecektir. Sözü edilen bu güçler, aralarındaki mücadeleyi, ister istemez yargı sürecine taşıyacaklardır. Benzeri bir sistemin öngörülmediği ABD ve Kanada uygulamalarında da aynı sorunların yaşandığı dikkati çekmektedir. Gerçekten, ABD toplu pazarlık sistemine yöneltilen eleştirilerden en önemlisini, işçilerin ve sendikal örgütlerinin, işverenlerin toplu iş sözleşmesini engellemek için başvurdukları her türlü engellemeler karşısında güvencesiz durumda olmaları, oluşturmaktadır¹⁴¹.

Ülkemizde yetki itirazı sürecinde yaşanan sorunlar ve yargı sürecinin uzamasının bir başka nedeni, sosyal diyalog temelinden yoksun, çatışmacı bir endüstriyel ilişkiler sisteminin varlığıdır. İşte, sosyal taraflar arasındaki bu çatışma ve uzlaşmazlık, her aşamada (sendikal örgütlenme, sendikal faaliyet, toplu pazarlık, toplu iş uyuşmazlığı) ortaya çıkmakta ve giderek anayasal değerlerdeki sosyal hakların (sendika hak ve özgürlüğü, toplu sözleşme hakkı, grev hakkı), gerçek hak sahiplerine (işçilere) teslimini büyük ölçüde sınırlamakta ve çoğu kez de tümüyle engelleyebilmektedir. İş ilişkilerinde, sosyal taraflar arasındaki çatışmacı gelenek ve kültürün önemli bir yansıması, somut olarak yetki itirazı aşamasında karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten, 2822 sayılı Yasanın uygulandığı 30 yıllık zaman diliminde, yetki tespitine sistematik olarak yapılan itirazların, itiraz hakkının kötüye kullanılması mekanizmasının önünde -yargıç tarafından bu olgunun tespit edilmesi dışında- herhangi bir engellenmemesinin da beraberinde getirdiği rahatlık ve kolaylıkla, ciddi hukuki gerekçelerden ve gerçek adaletin sağlanması amacıyla çok, işveren tarafı açısından; sürecin uzamasının, uzayan bu süreçte sendikanın güç yitirmesi ve olabiliyorsa toplu sözleşmenin bağtılanmaması saikinin ön planda tutulduğu; rakip işçi sendikalarının ise, yetki tespit yazısını almış sendikanın, dolambaçlı yollarla ve güç gösterisi yaparak bu yetkisini geçersiz kılarak, kendisine ya yetkinin verilmesi beklentisi içine girme çabalarıdır¹⁴². Çünkü, yetki tespit yazısına yapılan itiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurmaktadır (m.43/5). Öğretide, isabetle vurgulandığı üzere¹⁴³, özellikle bu hüküm, önceki otuz yıla damgasını vuran sorunun yeni yasa döneminde de süreceğinin bir göstergesi olmaktadır.

Belgelere dayalı üyelik sisteminde, belgelerin çoğu kez hatalı olması, sahte üyeliklerin geniş boyutlar kazanmış olması doğal olarak birbiriyle bağlantılı farklı uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına yol açarak, yargı sürecinin uzaması

¹⁴¹ Bkz. Blanc-Jouvan, l'expérience des Etats-Unis, 638 vd; Vallée, négociation Collective, Canada., 408 vd.

¹⁴² Uygulamada yetki tespitine yapılan itirazların; sendikanın üye sayısı, işyeri/işletme tartışmaları, bu hususların beklentici mesele yapılarak sürecin uzatılması, davaların yetkili olmayan mahkemelerde açılması, noktalarında odaklaştığı tespit edilmiştir (Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 303 vd; Aynı Yazar, Sendikal Haklar, 123 vd; ayrıca bkz. Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 150-151).

¹⁴³ Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 147.

sonucunu doğurmaktadır¹⁴⁴. Örneğin, üye kayıtlarındaki sahtecilik iddiaları, işletme düzeyinde yapılmak istenen toplu iş sözleşmesi açısından işyerinin girdiği işkolunun tespiti vb. konularda yapılan haklı ya da haksız itirazlar, uyuşmazlığın öncelikle bu boyutları içinde çözümünü, konunun görülmekte olan dava açısından bekletici mesele yapılmasını zorunlu kılmakta ve yargı sürecini uzatan önemli bir faktör olmaktadır¹⁴⁵. Ancak bütün bunların ötesinde, sendikaların gerçek üye sayılarını, üye kayıt belgelerine dayalı olarak tespit etmek veya işyerinin girdiği işkolunun tespiti, yargılama hukuku esasları çerçevesinde, aşılması çok güç sorunlar olarak yargı organını meşgul etmekte ve bu nedenle uyuşmazlığın çözümü de uzun bir zamana yayılmakta, giderek adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir¹⁴⁶. Üzerinde durulan bu konunun özünde, doğası gereği, yargı organının görev alanı dışında kalması gereken bir sorunun çözümünün yargı organından beklenmesi, yatmaktadır.

B. YENİ BİR MODEL ARAYIŞI...

İncelemenin buraya kadar olan bölümünde açıklamaya çalıştığımız gibi, toplu pazarlık ve toplu sözleşme sistemi, 1963 yılından beri birbirini izleyen çeşitli yasalarda (274-275; 2821-2822 ve nihayet 6356 sayılı yasalar) düzenlenmiş olmasına karşın, özü itibarıyla aynı sistem ya da modele bağlı kalmış; sonraki yasanın önceki dönemde ortaya çıkan sorunlara çözüm getireceği anlayışından yola çıkılmış, ancak sistemin temelinde yer alan ve sorun kaynağı olan modele büyük ölçüde bağlı kalmıştır. Bu modelin ise, sorunları çözmede başarılı olamadığı ve bu yüzden de anayasal değerdeki temel sosyal hakların, hak sahipleri açısından çok fazla bir anlam ve işlerlik kazanmadığı hususu da yukarıda yapılan açıklamalarla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Yapılan bu tespitle birlikte ortaya çıkan olumsuz tablo; doğal olarak, öğretinin yanında, sosyal taraflara ve yasa koyucuya da yeni bir model arayışı için görev ve sorumluluklar yüklemektedir. Bu çerçevede yapılacak açıklama ve öneriler, ifade edilen düşüncenin kağıda yansıyan somut ve mütevazı bir yansımaları oluşturmaktadır¹⁴⁷.

Bu model arayışında, sağlıklı bir toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi sisteminin vazgeçilmez unsurları olan ve ön plana çıkan hususlar şöyle sıralanabilir: Bunlardan ilki, sosyal diyalogdan yoksun, çatışmacı bir sistem yerine, etkin bir sosyal diyalogun oluşturulması ve geliştirilmesi; ikincisi, toplu sözleşme özerkliğinin doğal bir sonucu olarak, kamu makamlarının müdahale ve vesayetinden arınmış özerk bir alan, üçüncüsü toplu iş sözleşmesinin düzenleyici (normatif) işlevi ile uyum sağlayabilecek toplu pazarlık düzeyi ve toplu söz-

¹⁴⁴ Bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 277 vd; Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 147 vd.

¹⁴⁵ Bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 273 vd; Aynı Yazar, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisinin Belirlenmesindeki Açmazlar, 83 vd.

¹⁴⁶ Konuyu daha çarpıcı kılmak amacıyla sadece bir örnek vermek gerekirse, Anayasa mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ışığında, bir işe iade davasının üç yıl beş ayda sonuçlanmış olmasını, AY.m. 36 hükmü kapsamında, "makul sürede yargılanma hakkının ihlal" edilmiş olması gerekçesiyle başvurucuya manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir (AYMK., 7.11.2013, RG., 5.12.2013).

¹⁴⁷ Ayrıca bkz. Özveri, Yetki Belirleme Süreci, 13 vd; Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 151 vd.

leşme türü, nihayet dördüncü önemli unsur, toplu sözleşme tarafı olabilecek yetkili sendika veya sendikaların tespiti. Belirlenen bu hususların her biri, ayrı ve kapsamlı araştırmaları zorunlu kılacak genişliğe sahip bulunduğundan, yukarıda değinilen konulara (örneğin sosyal diyalog) ek olarak burada sadece, ön plana çıkan hususlar ekseninde bazı öneriler ortaya konulmakla yetinilecektir.

1. Farklı Düzeylerde Toplu Pazarlık ve Toplu Sözleşme Modeli

a. Modelin temel esasları

Yukarıda incelendiği gibi, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin hemen hemen tümünde, farklı düzeylerde toplu pazarlık ve toplu sözleşme sistemi esastır. Örneğin, Almanya'da, son yıllara kadar işkolu düzeyinde toplu pazarlık modeli egemen iken, son yıllarda herhangi bir yasal düzenlemeye gidilmeden, işletme düzeyinde toplu pazarlık esasına da olanak tanınmıştır. Fransız hukukunda, işkolu düzeyinde toplu pazarlık yanında, ayrı ayrı olmak üzere, işletme ve grup şirketleri düzeyinde de toplu iş sözleşmesi bağitlanabilmektedir. Ayrıca, teknik anlamda toplu iş sözleşmesi olmamakla birlikte, ulusal düzeyde tüm meslek gruplarını ya da işkollarını kapsayan anlaşmalar da (accords) sistem içinde çok önemli bir işlev üstlenmiştir. AB ülkeleri açısından yapılan bu tespit, tam üyelik süreci devam eden ülkemiz açısından, özellikle dikkate alınması gereken bir husustur.

Farklı düzeylerde toplu pazarlık ve toplu sözleşme olanağının tanınması yanında, farklı düzeylerden uygun olanının belirlenmesi de toplu sözleşme özerkliği açısından üzerinde ciddiyetle durulması gereken önemli bir husustur. Çünkü, toplu sözleşme özerkliği; bir yandan, tarafların toplu sözleşme yapma özgürlüğünü; öbür yandan, belirledikleri düzeyde (farklı düzeylerde toplu pazarlık özerkliği) toplu iş sözleşmesini bağitlama hak ve yetkilerini ifade eder¹⁴⁸. Söz konusu bu ilke, toplu pazarlığın doğasından gizli olup, işçilerin çıkarlarına en uygun olan düzeyde toplu iş sözleşmesi bağitlanması anlamına gelir. Çünkü, bir tek toplu çıkar değil, farklı düzeylerde, değişik toplu çıkarlar söz konusu olmaktadır. İşçilerin ortak çıkarlarının söz konusu olduğu her toplulukta (düzeyde) toplu pazarlığın yapılması ve toplu sözleşmenin imzalanması esastır. Bu esasın sınırlanması ya da ortadan kaldırılması, anayasal değerdeki toplu sözleşme hakkının da sınırlanması ya da yok sayılması anlamına gelecektir. Her düzeyde toplu pazarlık özerkliği, ortak çıkarları birbirinden farklı olan çoğulcu bir toplu pazarlık yapısının varlığına bağlıdır. Bu anlamda, tek bir toplu düzen değil, farklı çıkarlara dayalı düzenler söz konusudur. Bunların her biri, çıkarların özgünlüğüne bağlı olarak, diğerinden bağımsız bir konumdadır. Bu nedenle, işçilerin, ortak ve özgün çıkarlarının bulunduğu her düzeyde toplu sözleşme bağitlanabilmelidir. Çünkü, örneğin, sadece işkolu ya da sadece işyeri düzeyindeki toplu pazarlık mükemmel bir anlaşmayı ortaya çıkarmadığı gibi, diğer düzeylerdeki toplu pazarlığı da dışlamaktadır¹⁴⁹.

Bu konudaki temel kural, ILO'nun 98 sayılı Sözleşmesinin 4. maddesinde, "serbest ve gönüllü" toplu pazarlık biçiminde düzenlenmiş ve bu ilkenin sonucu olarak, toplu pazarlık düzeyinin, kural olarak, toplu pazarlığın taraflarınca belirlenmesi esası kabul görmüştür. Bu esas, ILO'nun 163 sayılı Tavsiye'sinin 4. maddesinin birinci fıkrasında ifade edilmiştir. Buna göre, gerekti-

¹⁴⁸ Morin, 564; Doğan Yenisey, 323 vd; Özveri, Sendikal Haklar, 102 vd.

¹⁴⁹ Morin, 565.

ğinde ulusal koşullara uygun önlemler alınarak; toplu pazarlığın, özellikle işyeri, işletme, işkolu, endüstri veya ulusal ya da bölgesel olmak üzere her düzeyde yapılabilmesinin olanaklı hale getirilmesi gerekir. ILO Uzmanlar Komitesi de, emredici kurullarla toplu pazarlığın düzeyinin üst bir düzey (sektör, işkolu vb.) olarak düzenlenmesinin 98 sayılı Sözleşme ile uyum sorununu gündeme getireceğini; toplu pazarlık düzeyinin, kural olarak tarafların seçimine bırakılması, sosyal tarafların en uygun düzeyi belirleme konumunda olduklarını; tercih etmeleri halinde, yerel veya işletme düzeyinde yapılacak sözleşmelerle desteklenmek üzere, “çerçeve-anlaşma” (*accord-cadre*) biçiminde karma bir sistemi de benimseyebileceklerini ifade etmiştir¹⁵⁰.

ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi, bu konuda çok daha ayrıntılı bir görüş ortaya koymuştur. Komite'ye göre, 98 sayılı Sözleşmenin 4. maddesinde düzenlenmiş bulunan serbest ve özgür toplu pazarlık ilkesinin bir sonucu olarak, toplu pazarlık düzeyinin belirlenme yetkisinin esas olarak taraflara ait olması ve dolayısıyla, toplu pazarlık düzeyinin tek yanlı olarak yasa koyucu veya başka bir idari makam tarafından empoze edilmemesi gerekir. Bunun gibi mevzuat, belirli bir endüstri dalında toplu pazarlığa engel olmamalıdır. Komite'ye göre, toplu pazarlık taraflarının tam bağımsızlığını korumak adına, en iyi çözümün, toplu pazarlık düzeyinin tarafların anlaşmasıyla belirlenmesidir. Komite, birçok ülkede, bu yetkinin, taraflardan bağımsız bir kurula verildiği; bu halde de, kurulun mutlak olarak tam bağımsız olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁵¹. Buna karşılık, ILO Denetim Organları, farklı düzeylerde (tüm ekonomik faaliyetler, işkolu ya da endüstri, işletme veya işletme grubu, bir işyeri veya bir fabrika ve duruma göre farklı coğrafi alanlar) bağitlanmış toplu iş sözleşmeleri arasındaki hukuki ilişki üzerinde durmamışlardır. Bu sorunun da, kural olarak tarafların iradelerine bırakılması esastır. Bununla birlikte, toplu sözleşmede, örneğin bir toplu iş sözleşmesi ile düzenlenmiş bir konunun başka bir sözleşmeyle düzenlenemeyeceği yönünde hükümlerle sözleşmeler arasındaki koordinasyonun sağlanabileceği; yasal düzenlemelerle, toplu sözleşmelerin konularının belirlenmesi, bir düzeydeki toplu sözleşmeye üstünlük tanınması, işçi lehine olan kuralın uygulanması veya hiçbir ölçüt kabul etmeyip, sorunu uygulamaya terk eden sistemlerin de kabul edilebileceği, görüşündedirler. 163 sayılı Tavsiye m. 4/2 hükmüne göre, farklı düzeylerde toplu pazarlık modelinin benimsendiği ülkelerde, toplu pazarlık taraflarının, sözleşmeler arasında koordinasyonun sağlanması konusunda dikkatli olmalıdırlar¹⁵².

Toplu pazarlık düzeyinin belirlenmesi konusunda yabancı ülkelerde benimsenen modeller incelendiğinde, Avrupa Birliği'ne üye tüm ülkelerde olduğu gibi, A.B.D ve Kanada hukuklarında da, uygun toplu pazarlık düzeyinin ya da ünitesinin belirlenme yetkisinin toplu pazarlık taraflarının özgür iradelerine terk edildiği gözlenmektedir. Örneğin Alman Hukukunda, yasa, ne toplu iş sözleşmelerinin düzeyini, ne de toplu pazarlık biçimlerini düzenlemektedir. Belirtilen noktalarda toplu pazarlık taraflarına geniş bir serbesti tanınmıştır¹⁵³. Fransız hukukunda, farklı düzeylerde toplu pazarlık esas yasa tarafından düzen-

¹⁵⁰ Bkz. Gernigon/Odero/Guido, 29-30.

¹⁵¹ Bkz. Gernigon/Odero/Guido, 31.

¹⁵² Gernigon/Odero/Guido, 32.

¹⁵³ Kaufmann/Kessler/Köhler, 167; Zachert, U., Tendances Récentes de la Négociation Collective, Bull. Dr.Com. Trav.et Séc.Soc., 1998, 119 vd; Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 96.

lendiği halde, bu düzeylerden uygun olanının belirlenmesi hususunda, işletme düzeyinde yıllık toplu pazarlık zorunluluğu istisna tutulursa, temsil yeteneğine sahip toplu pazarlık taraflarına geniş bir serbesti verilmiştir¹⁵⁴. A.B.D. hukukunda uygun toplu pazarlık ünitesi (*appropriate bargaining unit*), kural olarak taraflarca belirlenir. Bu konuda uyumsuzluk ortaya çıktığında, Federal İş İlişkileri Kurulu (*labor Relations Board- NLRB*) kararı söz konusu olur¹⁵⁵.

Türk hukukunda toplu pazarlık düzeyi ve bunun belirlenmesi konusunda benimsenmiş olan modelin, inceleme konusu yabancı ülkelerle bir karşılaştırma yapıldığında, önemli farklılıkların ortaya çıktığı dikkati çekecektir. Gerçekten, 1961 Anayasasında olduğu gibi, 1982 Anayasasında da toplu pazarlığın düzeyi hakkında herhangi bir kurala yer verilmemiş, konu yasa koyucunun tercihine bırakılmıştır. 1963 tarihli 275 sayılı Yasa, işyeri ve işkolu düzeyinde toplu pazarlık modelini benimsemiştir. Sözü edilen bu Yasanın konuya ilişkin 7.ve 9. maddeleri birlikte incelendiğinde, işkolu düzeyinde toplu pazarlığın, o işkolunda çalışan işçilerin sayısal çoğunluğunu üye bulunduran işçi federasyonu ya da işkolu esasına göre kurulmuş işçi sendikası ile işveren federasyonu veya işveren sendikası veyahut bunlara üye olmayan işverenler arasında gerçekleştirildiği sonucuna varılmaktadır.

Ancak, özellikle işkolu düzeyinde toplu pazarlık amacından saptırılmış ve uygulamada gerçek anlamda bir işkolu toplu iş sözleşmesi yapılamamış veya yapıldığında da işyeri düzeyindeki toplu iş sözleşmesi ile olan hukuki ilişkileri, öğreti ve yargı kararlarında ciddi tartışmalara yol açmıştır¹⁵⁶. İşte, bu olguya tepki olarak, 1983 tarihli ve 2822 sayılı Yasada, işkolu düzeyinde toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi esası, ortaya çıkan sorunlara çözümler getirici düzenleme yapma yerine, kanımızca isabetsiz olarak tümüyle terk edilmiş, sadece “*işyeri düzeyinde*” toplu iş sözleşmesine olanak tanımıştır. Ekleyelim ki, 2822 sayılı Yasanın 3. maddesi uyarınca, toplu iş sözleşmesi tek bir işyeri için yapılabileceği gibi, aynı işkolunda birden fazla işyerini kapsayacak biçimde (işyerleri veya grup toplu iş sözleşmesi) de yapılabilirdi. 2822 sayılı Yasa, ayrıca; 275 sayılı Yasada bulunmayan, “işletme toplu iş sözleşmesi” türünü de düzenlemiştir. Önemle belirtelim ki, Yasadaki düzenleniş biçimiyle “*işletme toplu iş sözleşmesi*”, inceleme konusu yaptığımız yabancı ülkelerdeki anlamı içinde değil, aynı işverene ait aynı işkolundaki işyerleri için tek bir toplu iş sözleşmesi yapılması anlamında ve dolayısıyla yine işyeri düzeyinde bir toplu iş sözleşmesi söz konusu olup, işyeri-ışkolu dışında kalan, yeni ve üçüncü bir toplu sözleşme düzeyi değil, işyeri düzeyinde bağitlanmış toplu iş sözleşmelerinin bir türünü ifade etmektedir¹⁵⁷.

Ne var ki, toplu iş sözleşmesinin işyeri düzeyinde yapılması modeli benimsendiği için, sözleşme çok sayıda da olsa, belirli bir işyeri veya işyerleri ile sınırlı bir uygulama alanına sahip olur ve işkolu düzeyindeki toplu sözleşme-

¹⁵⁴ Lokiec, 291 vd.

¹⁵⁵ Blanc-Jouvan, l'expérience des Etats-Unis, 640.

¹⁵⁶ Ayrıntı için bkz. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 25 ve özellikle dn.1; Oğuzman, K., Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Lokavt, Tahkim ve Arabuluculuk Düzeni Nasıl Olmalıdır?, İstanbul 1973, 5 vd; Kutal, M./Ekonomi, M., Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Yasal Çerçevesi ve Başlıca Sorunlar, Uluslararası Deneyimler Işığında Türkiye’deki Endüstri İlişkileri, İstanbul, 1977, 113 vd; Çelik, N., İş Hukuku Dersleri, 1980, 375; Özveri, Sendikal Haklar, 103 vd; Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 97 vd.

¹⁵⁷ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 26; Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 102 vd.

den farklı olarak, aynı işkolunda kurulu diğer işyerlerinde sözleşmeye taraf işçi ve işveren sendikalarının üyeleri bulunduğu halde, bu işyerlerinde uygulanması söz konusu olamayacaktır. Buna karşılık, diğer birçok yabancı ülkede uygulanan biçimiyle “işkolu düzeyinde” yapılan toplu pazarlık ve bağitlanan toplu iş sözleşmesi, coğrafi uygulanma alanı itibariyle, yerel, bölgesel veya ülke çapında olabilmekte ve taraf işçi ve işveren sendikasının üyelerinin bulunduğu tüm işyerlerinde, hiçbir sınırlama olmaksızın uygulanabilmektedir¹⁵⁸.

Kanımızca, toplu pazarlık düzeyi açısından 2822 sayılı Yasanın benimsediği ve 30 yıllık bir uygulama süresine sahip, “işyeri düzeyinde” toplu pazarlık modelinin, işçilerin temel bir sosyal hakkı olan toplu sözleşme hakkına kavuşmalarını sağlayan ve sorun yaratmayan başarılı bir model olarak nitelendirilememesine karşın, bu Yasanın yerini almak üzere, yürürlüğe konulan 6356 sayılı Yasada da, “çerçeve sözleşme” (m.2/1,b ve m.33/3,4) istisna olmak üzere, aynı modele bağlı kalmış olması, isabetli bir düzenleme olmamıştır. Gerçekten, 6356 sayılı Yasa da 2822 sayılı Yasada olduğu gibi, toplu iş sözleşmelerinin sadece “işyeri düzeyinde” yapılabileceğini öngörmüştür. Yasanın bu konuyu düzenleyen m. 34 hükmüne göre, “Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir” (f.1). Görüldüğü gibi, madde işyeri düzeyinde olmak koşuluyla, birden çok işyerini kapsayacak biçimde de yapılabilecektir. Birden fazla işyerini kapsamak üzere yapılan toplu iş sözleşmesi, 2822 sayılı Yasada ifade edilmemiş olmakla birlikte, uygulamada “grup toplu iş sözleşmesi” biçiminde adlandırılmaktaydı. 6356 sayılı Yasa, uygulamadaki bu terminolojiyi pozitif bir temele kavuşturmuş ve grup toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağını ayrıca düzenlemiştir (m.34/3). 6356 sayılı Yasa, m.34/2 hükmüyle, 2822 sayılı Yasanın, 1986 tarih ve 3299 sayılı Yasa ile değişik m.3/2 hükmüne bağlı kalarak, aynı işverenin birden çok işyerini kapsamak üzere, işletme düzeyinde toplu sözleşmesi yapılmasını da öngörmüştür. Ancak, madde metninde, isabetsiz olarak, “işletme düzeyinde” ifadesi kullanılmış olmasına karşın, anılan bu sözleşme de aslında “işyeri” düzeyinde yapılan bir sözleşmeden ibarettir. Kaldı ki, madde metninde de, “aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerinde” denilerek, 2822 sayılı Yasadaki (m.3/2) anlamında, gerçek anlamda işletme değil, “işyeri” düzeyinde yapılan bir toplu iş sözleşmesi olduğu hususu açıklığa kavuşturulmuştur¹⁵⁹. Nitekim, 34. maddenin gerekçesinde de, “kural olarak toplu iş sözleşmesi düzeyi olarak işyeri esası benimsenmiş”¹⁶⁰ ifadesine yer verilerek, işletme düzeyinde yapılan toplu sözleşmenin aslında işyeri toplu iş sözleşmesi olduğu vurgulanmıştır.

Yasal düzenleme ve öngörülen toplu pazarlık modeli, aynı modeli benimsemiş 2822 sayılı Yasadan kaynaklanan sorunlar da dikkate alındığında, aynı sorunların devamını sağlayamayacak ve dolayısıyla, işçilerin gerçek anlamda toplu sözleşme hakkından yararlanmalarının yolunu açacak bir model olmaktan uzaktır. Öncelikle, bu modelin, daha önce açıklandığı üzere, ILO normlarına uyum göstermediği, çünkü temelini, Türkiye’nin de onaylayarak iç hukukuna dahil ettiği 98 sayılı Sözleşmeden alan önemli bir ilkeye göre, ulusal düzen-

¹⁵⁸ Bkz. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, 26; Ayrıca: Ekonomi, M., Birden Çok İşyerini Kapsamak Üzere Yapılan İşyerleri Toplu İş Sözleşmesi (Grup Toplu İş Sözleşmesi) ve Yargıtayın Bu Sözleşmelere İlişkin Görüşleri Sebebiyle Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, MESS Yayını, 1989, 18.

¹⁵⁹ Canbolat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi, 123.

¹⁶⁰ Bkz. Özveri, Sendikal Haklar, 103.

lemeler, toplu pazarlığın; özellikle işyeri, işletme, işkolu, endüstri, bölgesel ya da ulusal düzeyde olmak üzere, herhangi bir düzeyde yapılmasına olanak tanımaldırlar. ILO Uzmanlar Komitesine göre, söz konusu ilkenin bir sonucu olarak, toplu pazarlık düzeyinin emredici kurallarla düzenlenmesinin 98 sayılı Sözleşmeye aykırılık sorununu gündeme getireceğini, toplu sözleşme taraflarının uygun pazarlık düzeyini belirlemede tercih hakkına sahip olmaları gerektiği, görüşünü ifade etmiştir¹⁶¹. Bunun içindir ki, 1982 Anyasasının 53. Maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan; “*aynı işyerinde, aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz*” biçimindeki hükmün, 2010 yılında 5982 sayılı Yasayla¹⁶² yürürlükten kaldırılmasının gerekçesi olarak, söz konusu fıkranın 98 sayılı Sözleşmenin 4. maddesinde öngörülen “*serbest ve gönüllü toplu pazarlık*” ilkesiyle bağdaşmadığı vurgulanmıştır¹⁶³. Bu değişiklikle, bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesinin yapılması ve uygulanması engelli ortadan kaldırılmak istenmiş, dolaylı olarak farklı düzeylerde toplu sözleşme yapılmasının yolu açılmıştır. Bu açıdan bakıldığında, Anayasada yapılan bu değişiklik, ILO normlarına uyum açısından isabetli olmuş ve yasa koyucuya da farklı düzeylerde toplu sözleşme yapılabilmesi için düzenleme yapma olanağı verilmiştir. Çünkü, bu hüküm Anayasada yer almış olsaydı, yasa koyucu, işyerinde bir toplu iş sözleşmesi varken, daha üst düzeyde (örneğin işkolunda) yapılmış bir toplu iş sözleşmesinin de aynı işyerinde uygulanması yönünde düzenleme yapamayacaktı. Bu nedenle, Anayasada yapılan değişikliğe karşın, 2822 sayılı yasada yer alan (m.7/3) ve 6356 sayılı Yasanın 35. maddesinin dördüncü fıkrasında yinelenen; “...Ancak, yapılacak toplu iş sözleşmesi önceki sözleşme sona ermedikçe yürürlüğe giremez” biçiminde, belirli bir zaman dilimi içinde işyerinde tek toplu sözleşmenin uygulanmasını öngören kural, eğer yasada farklı düzeylerde toplu iş sözleşmesinin yapılmasına olanak tanınmış olsaydı, Anayasaya aykırılık oluşturacaktı¹⁶⁴. Anayasada bu konuda yapılan değişiklik yanında, 6356 sayılı Yasanın gerekçesinde de, “2821 ve 2822 sayılı kanunlarla Türk sendikacılığını ve dolayısıyla toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşımak mümkün değildir. Dahası bu kanunlarda yapılan kısmi değişiklikler bir bütünlük arz etmediğinden uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde yeteri kadar başarılı olamamıştır. Çoğu zaman özgürlükçü bir yaklaşımla getirilen bu değişiklikler kanunların değiştirilmeyen diğer maddeleri içinde anlamsız hale gelmiştir. Dolayısıyla yapılması gereken Türk Endüstri ilişkileri sistemini ileri taşıyan, çağın değerlerini yansıtan ve aynı zamanda Türk çalışma hayatının sorunlarına köklü çözüm getiren uzun soluklu bir kanun yapmaktır” denilmekle birlikte, sadece inceleme konumuzla sınırlı kalınsa bile, 6356 sayılı Kanun, 30 yıllık uygulamada sorunları çözmede ve toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşımada başarılı olamadığı ifade edilen 2822 sayılı Kanunun, çerçeve sözleşme dışında, toplu sözleşme düzeyi ve yetkili sendikanın tespitine ilişkin hükümlerini büyük ölçüde yinelemiştir.

Dolayısıyla, toplu pazarlık düzeyi açısından aynı modelin esas alındığı 6356 sayılı Yasa, ILO normlarına uyum sağlamadığı gibi, gerekçede açıklandığının aksine, toplu sözleşme düzenini daha ileri taşıyabilecek ve işçilerin anaya-

¹⁶¹ Gernigon/Odero/Guido, 30.

¹⁶² RG., 13.05.2010, 27580.

¹⁶³ Bkz. Canbolat, Toplu Sözleşmenin Düzeyi, 100-101.

¹⁶⁴ Bkz.ve karşı. Canbolat, Toplu Sözleşmenin Düzeyi, 100 vd.

sal toplu sözleşme hakkından gerçek anlamda yararlanmasını sağlayacak hükümleri içermekten çok uzak bulunmaktadır.

Bu nedenle, ILO'nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmelerini onaylarak iç hukukuna dahil etmiş ülkemiz hukukunda, 6356 sayılı Yasanın gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu normlarla uyum sağlayacak bir toplu pazarlık ve toplu sözleşme düzeninin yaşama geçirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu yapılırken, ILO Uzmanlar Komitesinin, 98 sayılı Sözleşmesinin 4. maddesini yorumlarken önem verdiği hususların dikkate alınması gerekmektedir. Bunlar; toplu pazarlığın, olabildiği ölçüde her düzeyde, özellikle işyeri, işletme, işkolu, endüstri veya bölgesel ya da yerel düzeyde yapılmasının sağlanması ve bu düzeylerde, uygun olanının toplu sözleşme yapma yetkisine sahip sosyal tarafların seçimine bırakılmasıdır¹⁶⁵. Belirtilen bu esaslar ve bu esaslara dayalı toplu pazarlık modeli, yukarıda da incelendiği gibi, Avrupa Birliğine üye ülkelerin büyük bir bölümünde de uygulanmaktadır. Ülkemizde de, benzeri bir modelin benimsenmesi yararlı olacaktır. Bu çerçevede, işyeri, işletme ve işkolu düzeyinde; duruma göre, bölgesel ve yerel düzeyde toplu pazarlık esası düşünülebilir.

Böyle bir modelin benimsenmesi, doğal olarak, toplu iş sözleşmesinin kişiler açısından kapsamını da genişleteceğinden, işçilerin büyük bir bölümü gerçek anlamda toplu sözleşme hakkından yararlanma olanağına kavuşabileceklerdir. Çünkü, mevcut sistem, tam tersi bir sonucu beraberinde getirmekle yetinmemekte, ciddi çelişkileri de bünyesinde barındırmaktadır. Gerçekten, ülkemizde, güçlü sendikal örgütler yaratmak, yasal düzenlemelerin temel amacına dönüşmüş ve bu doğrultuda sendikal örgütlenmede işkolu esası benimsenmiştir. Buna karşılık, 275 sayılı Yasa düzenlemesi (işyeri-ışkolu toplu iş sözleşmesi) ayrı tutulursa, izleyen yasalar, işyeri düzeyinde toplu pazarlık modelini esas almışlardır. Oysa, işkolunda sendikal örgütlenmenin benimsendiği ülkelerde (Örneğin Almanya ve Fransa), işkolu düzeyinde toplu pazarlık modeli esastır. Bununla izlenen amaç, işkolu düzeyinde örgütlenmiş güçlü sendikaların, toplu pazarlık gücüne sahip olarak, bir işkolunun tamamında çalışan işçileri kapsayacak bir toplu iş sözleşmesinin yapılmasıdır. İşkolu düzeyinde sendikal örgütlenmeyi esas alıp, toplu iş sözleşmesinin düzeyini emredici kurullarla sadece işyerine özgülemek, çelişkili¹⁶⁶ bir durum olmakla kalmamakta, toplu sözleşme hakkının etkinliğini de önemli ölçüde azaltmaktadır.

b. Normun koruma amacının ön planda tutulması: belirsiz kavram ve kurumların terkedilmesi

Toplu pazarlık sisteminin zayıf ve sorun yaratan diğer bir boyutu, toplu pazarlık düzeyinin tanımı yapılamamış, kapsam ve sınırları belirlenmemiş, ancak boş kalıp olarak emredici kurullarla düzenlenmiş bazı kavramlara bağlanmış olmasıdır. Bunların başında, hiç kuşkusuz, *ışkolu*, *işyeri* ve *işletme* kavramları gelmektedir. Toplu sözleşme özerkliği ve toplu sözleşme hakkı, söz konusu kavramların, emredici kurullarla düzenlenmesini değil, toplu sözleşmenin varlık nedenine bağlı olarak, esnek olmasını ve toplu sözleşme taraflarının, uygun buldukları anlam ve düzeyde toplu sözleşme bağlayabilmeleridir. Bu konuda esas alınacak temel ölçüt, ortak çıkarlara sahip ve dolayısıyla toplu

¹⁶⁵ Ayrıca bkz. Özveri, Sendikal Haklar, 105 vd.

¹⁶⁶ Bkz. Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 159.

sözleşme ile ücret ve çalışma koşullarının düzenlenmesi meşruiyet kazanmış bir işçi topluluğunun varlığıdır. Örneğin, işletme düzeyinde toplu pazarlığın esas olduğu ülkelerde (İngiltere, ABD ve Kanada) işletme kavramı, emredici kurallarla düzenlenerek, tanımı yapılmış ve sınırları önceden belirlenmiş bir kavram değildir. Bu ülkelerde, “işletme düzeyi” ifadesinin kullanılmış olması, herhangi bir yanılmayı beraberinde getirmemelidir. Teknik anlamdaki işletme kavramından çok, ilk aşamada tarafların özgür iradeleriyle belirledikleri, “uygun toplu pazarlık ünitesi” (*appropriate bargaining unit*) kavramı esastır.

Bu kavramın belirlenmesinde de belirleyici olan, ortak çıkarlara sahip bir işçi topluluğunun varlığıdır. Bunun sonucu olarak, toplu pazarlık ünitesi de, genişleyebilmekte veya daralabilmektedir. Örneğin, büyük işletmelerde, farklı meslek grupları, ortak çıkarlarını savunmak için ayrı bir ünite (*meslek üniteleri, craft units*) veya daha geniş olarak, endüstri ünitesi (*industrial unit*) oluşturarak toplu pazarlık düzeyini belirleyebilirler. Ayrıca, toplu pazarlık ünitesinin esas olan işletme seçimi (*employer unit*) de mutlak değildir; taraflar, daha alt düzeyde (örneğin işyeri: *plan unit*) veya daha geniş kapsamlı olarak (örneğin, yerel ya da bölgesel ve hatta ulusal düzeyde birden fazla işletmeyi dahil eden: *multi-employeur*) toplu pazarlık ünitesini belirleyebilirler¹⁶⁷.

Çok farklı bir toplu pazarlık sisteminin benimsendiği ülkelerde de, işyeri ve işletme gibi kavramlar, emredici kurallarla değil, yerine getirmeleri gereken işlevleri ve hukuk normunun koruma amacı dikkate alınarak belirlenir¹⁶⁸. Hukukumuzda ise tam tersi bir durum söz konusu olup, normun koruma amacı hiç dikkate alınmamaktadır. Oysa, normun (toplu sözleşme hakkı) koruma amacı belirli bir işçi topluluğu ise, işyeri ve işletme kavramları da, bu topluluğun ortak çıkarlarına göre belirlenmelidir¹⁶⁹. Ne var ki, Türk toplu pazarlık sisteminin temeli, sınırları çizilmemiş, somut ölçütleri ortaya konulmamış, işyeri kavramı üzerine yaslandırılmıştır. Öğretide isabetle vurgulandığı gibi, “işyerini nasıl örgütleyeceği işverenin girişim özgürlüğüne dahil olup, bütün toplu pazarlık sisteminin bu birim üzerine kurulması kanımızca ilke olarak yerinde değildir. Her ne kadar işçinin çalıştığı her yer işyeri olarak nitelendirilmemişse de, işin yapıldığı yer biçiminde fiziksel mekanla özdeşleşmiş bir işyeri tanımı, işyeri fiziksel mekan ilişkisini öne çıkarmış, ürün yandaki binada üretilirse farklı bir işkoluna, asıl binanın bir kenarında üretiliyorsa farklı bir işkoluna girmesi gibi çelişkilerle karşılaşılmasına yol açmıştır”¹⁷⁰.

Toplu pazarlık düzeyinin emredici kurallarla “işyeri” olarak belirlenmiş olması yanında, bu işyerinin girdiği “işkolu”nun belirlenmesi de toplu pazarlık sisteminin kanayan yaraları arasında yer almaktadır. Gerçekten, 2822 sayılı Yasa (m.3) gibi, 6356 sayılı Yasa da sendikal örgütlenme açısından işkolu kavramını (m.3/1,ğ), toplu pazarlık düzeyi olarak da işyeri kavramını esas temel almıştır (m.34). Dolayısıyla, işyeri ve işkolu kavramları da, birbirinden kopmaz biçimde eklemlenmiş bulunmaktadır. İşyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi, toplu pazarlık düzeni açısından yaşamsal bir değer ve önem kazanmış bulunmaktadır. Ne var ki, kavramın bu denli önemli olmasına karşın, işyeri gibi, işkolu kavramının da, bugüne kadar, herkesçe kabul edilmiş bir tanımı yapı-

¹⁶⁷ Bkz. Blanc-Jouvan, l'expérience des Etats-Unis, 640 vd; Ayrıca: Despax, 150 vd.

¹⁶⁸ Ayrıntı için bkz. Yenisey Doğan, K., İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınları, İstanbul, 2007.

¹⁶⁹ Ayrıca bkz. Yenisey Doğan, 376.

¹⁷⁰ Yenisey Doğan, 376; ayrıca bkz. Özveri, Sendikal Haklar, 105 vd.

lamamış ve sınırları çizilememiş, bir anlamda belirsizliğin hüküm sürdüğü bir alana dönüşmüştür. Dahası, birbiriyle uyumlu olarak düzenlenmesi gereken bu iki kavram, birbiriyle ters düşen amaçlar doğrultusunda düzenlenmişlerdir. Gerçekten, daha güçlü sendikaların oluşması için, işkollarının sayısı sınırlı tutulmuş (toplam 20 işkolu), işkoluna giren işler ise Yönetmelikle düzenlenmiştir (m.4). Oysa, çok daha geniş bir çerçeve içerisinde düzenlenmesi gereken toplu pazarlık düzeyi de bu 20 işkolu kapsamında yer alan işyeri/işyerleri ile sınırlı tutulmuş, yetkili sendikanın belirlenmesi de bu esaslara bağlanmıştır. Birbirinden farklı olan sektörlerin, aynı işkolu içinde düzenlenmiş olması, uygulamada çok sayıda işçiyi toplu sözleşme hakkında yoksun bırakma gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir. Bu çelişkili duruma, öğretilde, isabetli olarak, 15 No'lu taşımacılık işkolu örnek verilmiştir Kara, deniz ve hava taşımacılığı gibi birbirinden tümüyle farklı özellikleri olan sektörleri aynı işkolu içinde toplamak ve işkolu barajını, bu işkolunda çalışan toplam işçi sayısını esas alarak belirlemek, kendi sektöründe (örneğin hava taşıma) güçlü olan bir sendikanın yetki alamaması ve havacılık sektöründe toplu iş sözleşmesi yapamaması gibi bir sonucu kaçınılmaz kılacaktır¹⁷¹.

Belirtilen nedenlerle, toplu pazarlık düzeyi açısından yeni bir model arayışından, toplu sözleşme hakkının varlık nedeni ve temel amacı esas alınarak, bu hakkın işlerlik kazanmasını sağlayacak mekanizmalar arasında yer alan işkolu ve işyeri kavramlarının bir bütün olarak yeniden gözden geçirilmesi çözümlen bekleyen konuların başında yer almaktadır.

2. Yetkili Sendikanın Belirlenmesi: Belgelere Dayalı Üyelik Sisteminin Terk Edilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere, daha önceki yasalarda (275 ve 2822) olduğu gibi, 6356 sayılı Yasa da, toplu sözleşme yetkisi açısından, en fazla temsil yeteneğine sahip olacak sendikanın belirlenmesinde, tek koşul olarak, sendikaların üye sayılarıyla bağlantılı sayısal çoğunluk modelini benimsemişlerdir. 2822 sayılı Yasa, önceki dönemde ortaya çıkan sorunlara tepki olarak, sendikal örgütlenmede, parçalanmayı ve zayıf sendikaların kurulmasını engelleyerek daha güçlü sendikal örgütlerin oluşumunu sağlamak amacıyla, toplu sözleşme tarafı olabilecek yetkili sendikanın belirlenmesinde, iki koşulun varlığını birlikte aramıştır (m.12): İlk koşul, sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu (tarım ve ormancılık, avcılık ve balıkçılık işkolu hariç), ikinci koşul ise, toplu sözleşme yapılacak işyeri veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye bulundurmasıdır. 6356 sayılı Yasa, özellikle işkolu barajına yönelik yoğun eleştirileri dikkate alarak; bu oranı, önce yüzde üç olarak belirlemiş, kısa süre sonra yapılan değişiklikle de yüzde bir olarak düzenlemiştir (m.41). Aynı hükme göre, işkolu düzeyinde yüzde bir üye çoğunluğu koşuluna ek olarak, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını, işletmede ise yüzde kırkını üye bulundurma zorunluluğu bulunmaktadır (m.41/1).

Öncelikle şu husus vurgulanmalıdır ki, tüm hukuk sistemlerinde, toplu sözleşme bağitlayacak bir işçi sendikasının işveren tarafı karşısında zayıf konumda olmaması, toplu görüşmede işçilerin çıkarlarını savunabilecek, gerektiğinde greve karar verebilecek ve bunu etkili biçimde sonuçlandıracak güce sa-

¹⁷¹ Engin, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 148.

hip olmasına özel bir dikkat gösterilir. Toplu pazarlık sürecinde, işverenin çıkarlarıyla işçilerin çıkarları, ancak bu sayede asgari bir dengeye ulaşabilir. Ancak, hukukumuzdaki aksine, yukarıda incelediğimiz yabancı hukuk sistemlerinin çoğunda, sendikanın gücünü belirleyen tek faktör üye sayısı olarak kabul edilmemektedir. Bunun yanında ve buna ek olarak diğer bazı nesnel koşul ve ölçütler de esas alınmaktadır. Bu kapsamda vurgu yapılması gereken diğer bir husus, sendikanın üye sayısının belirlenmesi açısından öngörülen yönetime ilişkin bulunmaktadır. Hukukumuzda, sendikanın yasanın öngördüğü çoğunluğa sahip olup olmadığı, üye kayıt belgeleri esas alınarak Bakanlık tarafından tespit edilmektedir. Bu yöntemin, demokratik bir temele yaslanması gereken toplu pazarlık özerkliğine aykırılık oluşturması yanında, daha önce de vurgulandığı gibi, uygulamada işçilerin toplu sözleşme hakkını sınırlayıcı ve bazen de tümüyle ortadan kaldıracı yönde olumsuz sonuçlar da doğurmaktadır. Başarılı sonuçlar doğurmadığı açık bir biçimde ortaya çıkmış bir sisteme bağlı kalmaktan ısrar etmenin savunulabilecek bir mantığı ve gerekçesi olamaz artık.

Bu konuda yeni bir model arayışında, hiç kuşkusuz, çeşitli seçenekler tartışma gündemine sunulabilecektir¹⁷². Bu tartışmada; toplu sözleşme özerkliği, toplu sözleşmenin normatif etkisi ve işlevleri, toplu sözleşme hakkının anayasal değerinde tüm işçilere tanınmış bir hak olduğu, tüm işçilerin ya da büyük bir bölümünün bu haktan etkili biçimde yararlanması vb. hususlar, hiçbir biçimde, gözden uzak tutulmamalıdır. Tüm bu ilke ve esasları birlikte yaşama geçirecek bir modeli belirlemek kolay bir iş olmasa da, daha sağlıklı bir model için bazı önerilerin tartışılmasında da yarar bulunmaktadır. Öğretide, isabetle işaret edildiği gibi, "işkolu barajının tümüyle geride bırakılması, işçilerin hak-kaniyete uygun temsilini sağlamaya ve toplu iş sözleşmesi özerkliğini güçlendirmeye hizmet edecek yeni bir yetki sistemi üzerinde uzlaşılması şarttır"¹⁷³.

İşte, yeni bir model ve uzlaşma arayışı sürecinde tartışılacak ilk seçenek, 275 sayılı Yasa döneminde de, yoğun bir biçimde tartışılan oylama (referandum) sistemidir¹⁷⁴. Bu sistem, öz olarak, yetkili sendikanın tespitinde uyumsuzluk ortaya çıktığında, işverenden ve kamu makamlarından tümüyle bağımsız bir kurul tarafından, oylama yapılması ve işçilerin, kendilerini temsil edecek yetkili sendikayı özgür irade ve oylarıyla belirlemeleri esasına dayanır¹⁷⁵. Bu modelin, demokratik esaslara ve toplu sözleşme özerkliğine uyum sağlama ve işçilerin oylarıyla güçlü sendikayı belirleme gibi yararları tartışma dışıdır¹⁷⁶. Buna karşılık, oylama yöntemi, ciddi sakıncaları barındırmaktan da geri kalmamaktadır. Özellikle, hukukumuzdaki gibi, toplu sözleşme düzeyinin yerel düzeyde (işyeri) belirlendiği ve toplu sözleşme tarafı olarak tek bir sendikanın yetkili kılınmış olması, bu sakıncaları daha da artırıcı olumsuz bir etki yaratacaktır. Oylama sisteminin, işçi ile sendika arasında olumsuz bir ilişki ağına dönüşmesi, sendikaların işlevsiz bırakılması, gibi sakıncaları da bulunmaktadır. Benzeri bir modelin uygulandığı ABD, İngiltere ve Kanada'nın bazı

¹⁷² Bkz. Özveri, Yetki Belirleme Süreci, 14 vd; Engin, Toplu Sözleşme Yetkisi, 159 vd.

¹⁷³ Engin, Toplu Sözleşme Yetkisi, 153.

¹⁷⁴ Bkz.Kutal, En Fazla Temsil Kabiliyeti, 48 vd; Dereli, Oylama, 56 vd; Çelik, Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi, 223 vd; Aynı Yazar, İHU,1975, TSGLK.11, No.4; Ayrıca bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 77 vd.

¹⁷⁵ 275 sayılı Yasa dönemindeki uygulama ve tartışmalar hakkında bkz. Özveri, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi, 151 vd; Aynı Yazar, Yetki Belirleme Süreci, 19 vd.

¹⁷⁶ Özveri, Yetki Belirleme Süreci, 19.

bölgelerinde sendikaların çoğu oylama sistemini değil, “card checks” yöntemiyle yetkiye sahip olmalarını tercih etmektedirler. Öğretide de, “tek sendika” ve “tek toplu pazarlık ünitesi” esaslarının birlikte düzenlenmesi halinde, ortaya çıkan sakıncaları giderici diğer bazı önlemlerin de alınmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁷.

Uyuşmazlık halinde yetkili sendikanın oylama yöntemiyle belirlenmesi, hiç kuşkusuz, mevcut sisteme göre çok daha isabetli bir yöntemdir. Toplu sözleşme düzeyi ve taraf sendika açısından teklik ilkesinin esas olduğu, bir toplu pazarlık sisteminde, kimi sakıncalarına karşın, oylama sisteminden başka bir seçenek de bulunmamaktadır. Böyle bir model benimsendiğinde, uygulamada ortaya çıkabilecek sakıncaları giderici önlemlere de gereksinim olacaktır¹⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki, toplu sözleşme tarafı olabilecek yetkili sendikanın belirlenmesi ile toplu sözleşmenin düzeyi arasında da bir etkileşim söz konusudur. Çünkü, merkezi düzeyde (örneğin işkolu) toplu pazarlık modelinin esas olduğu ülkelerin bazılarında, toplu sözleşmenin hukuki niteliği ve işlevine bağlı kalınarak, üye sayısı yanında, önceden belirlenmiş bazı nesnel koşullar da aranmaktadır. Diğer bazı ülkelerde ise, sendikanın üye sayısı, belirlenen bu nesnel ölçütlerden sadece bir tanesi olup, diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilir. Yukarıda incelemeye çalıştığımız Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin bir kısmında (örneğin, Almanya, Hollanda, İsveç) üye sayısı esas alınmakla birlikte, bunu belirlemek için herhangi bir resmi makamın kararı veya seçim yöntemine başvurulması söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık, Fransız ve İspanyol hukuklarında, önceden belirlenmiş nesnel koşulların (kadem, konfederasyon üyeliği, bağımsızlık vb.) varlığı, yetki açısından da kesin karine (présomption irréfragable) oluştururken, daha sonra yapılan düzenlemelerle, bu koşullara ek olarak; yönetime katılma çerçevesinde oluşturulmuş organ veya kurullara (örneğin, işletme komiteleri, işyeri sendika temsilcileri, personel delegeleri, kamu makamları nezdinde temsil) sendikaların temsilci atayabilmesi, tüm ülke düzeyinde, belirli dönemlerde yapılan mesleki (ya da sendikal) seçimlerde, belirli oranda oy alma koşulu da aranmaya başlanmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere, örneğin Fransız hukukunda, 2008 yılında kabul edilen bir yasayla, bir sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olabilmesi için sözü edilen mesleki seçimlerde oyların en az %30’unu elde etmiş olma zorunluluğu getirilmiş ve ayrıca anılan koşulu yerine getiren sendika/sendikalar tarafından bağitlanmış toplu iş sözleşmesine, aynı seçimlerde oyların en az %50’sini almış sendikaların itiraz yetkisi öngörülmüştür. 2013 yılında kabul edilen bir yasayla da, iş güvencesini sağlama amacına yönelik toplu iş sözleşmelerinin bağitlanabilmesi için sendikanın söz konusu seçimlerde oyların %50’sine sahip olması aranmıştır. Öğretide, bu modelin, eskisine nazaran daha açık ve iyi olduğu, ifade edilmektedir¹⁷⁹.

Benzeri bir model İspanyol hukukunda da benimsenmiştir. Gerçekten, ulusal düzeyde (tüm işkolları) yapılan seçimlerde oyların en az %10’nunu kazanan sendika yetkili sendika sayılmaktadır. Özerk bölgelerde, konfederasyon

¹⁷⁷ Ayrıntı için bkz. Blanc-Jouvan., *l’expérience des Etats-Unis*, 640 vd.; Grodin, *négociation collective Etats-Unis*, 339 vd.; Leader, *Représentativité syndicale et négociation collective*, Royaume-Uni, 340 vd.; Vallée, *Représentativité syndicale et négociation collective*, Canada, 348 vd.; Özveri, *Yetki Belirleme Süreci*, 3 vd.

¹⁷⁸ Bazı öneriler için bkz. Özveri, *Yetki Belirleme Süreci*, 21.

¹⁷⁹ Peskine/Wolmark, 531-532; Ray, 422-423; Auzero/Dockes, 1348 vd.

üyesi olmayan bir sendika açısından bu oran %15 olarak belirlenmiştir. Belirtilen koşullar dışında ayrıca, ulusal veya özerk bölge düzeyinde federasyon ya da konfederasyon üyeliği de en fazla temsil yeteneğine sahip sendikanın belirlenmesinde dikkate alınır¹⁸⁰.

Hukukumuz için model arayışı çerçevesinde, ikinci bir seçenek olarak, benzeri bir model tartışma gündemine getirilebilir. Çoğulcu ve demokratik bir temsil yanında, işveren karşısında güçlü sendikanın toplu pazarlık tarafı olarak, emek-sermaye arasındaki güç dengesini sağlaması, bu modeli destekleyen temel unsurlar olacaktır. Bu modelin tartışılabilmesi ise, kimi ön koşulların varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle, çok düzeyli toplu pazarlık esasının benimsenmesi gerekmektedir. Çünkü bu model daha çok, merkezi düzeyde (işkolu, ulusal, bölgesel vb.) toplu pazarlık esasının benimsendiği ülkelerde uygulanabilmektedir. Bunun gibi, yönetime katılma mekanizmalarının da oluşturulması sistemin işleyişi açısından zorunludur. Ayrıca, toplu sözleşme yetkisi dahil, sendikalara tanınacak tüm yetki ve ayrıcalıklar, belirlenen koşullarda en fazla temsil yeteneğine sahip sendika/sendikalara ait olmalıdır. Oylama ya da seçim, bu modelin de özünü oluşturmakla birlikte, ilk seçeneğe göre daha az sakıncalı sonuçlar doğuracak bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Gerçekten, tüm ülke genelinde ve tüm sendikaların katılacakları, örneğin beş yılda bir uygulanabilecek genel bir seçim sisteminde, işyeri/işletme düzeyinde yetki için yapılacak oylamaya nazaran, işçiler üzerindeki baskı veya sendikaların kendi aralarında ya da sendikalarla işveren arasında yaşanabilecek sorunlar, asgari düzeyde tutulabilecektir. Bu modelin sağlıklı işleyişi, doğal olarak, seçimlerin bağımsız bir kurulun yargı yolu açık gözetim ve denetiminde ve kötü niyetli uygulamaları etkisiz kılacak kuralların varlığına bağlı olacaktır¹⁸¹.

VII. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1. Bu inceleme; 1961 Anayasası, 274 ve 275 sayılı yasalarla ilk kez kapsamlı olarak düzenlenen, 1982 Anayasası, 1983 tarihli 2821 ve 2822 sayılı yasalar ve nihayet bu yasaların yerini alan 2012 tarihli 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasası ile yarım yüzyılı aşkın bir süredir uygulanan toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi sisteminin, temel sosyal hakların sahipleri işçiler açısından beklenen olumlu sonuçları doğurmadığını çok açık olarak ortaya koymuş bulunmaktadır. Gerçekten, toplam işçi sayısına göre sadece %2,3 oranında işçinin- sendika üyesi ve dayanışma aidatı ödeyerek- bir toplu iş sözleşmesinden yararlandığı (2014 yılı İstatistikleri), tüm AB ülkeleri ortalamasına göre bu oranın %62, Fransa'da %8 sendikalaşma oranına karşın toplu sözleşme kapsamına giren işçi sayısının %90'ların, Almanya'da (eski Batı) bu oranın %60'ların üstüne çıktığı dikkate alındığında, yapılan tespit çok daha çarpıcı ve düşündürücü hale gelmektedir.

2. Söz konusu tespit, iş ilişkilerinde sosyal taraflar arasında daha fazla uzlaşma ve sosyal diyaloga dayalı yeni bir toplu pazarlık ve toplu sözleşme modelinin tartışılması ve geliştirmesi hususuna da ivedilik kazandırmış, bu nedenle konunun; yasa koyucu, sosyal taraflar ve öğretinin de tartışma gündem ve arayışına teslim edilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Çünkü, Türk toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi sistemi, 2012 yılında 6356 sayılı Yasayla, önceki

¹⁸⁰ Bkz. Forteza Lahera, négociation collective, Espagne, 648.

¹⁸¹ Yeni bir model önerisi konusunda ayrıca bkz. Engin, Toplu Sözleşme Yetkisi, 159 vd.

modele bağlı kalınarak yeniden düzenlenen ve ne pahasına olursa olsun, sürdürülmeye çalışılan mevcut model temelinde, bugün varılan sonuçtan çok farklı bir sonucu gelecekte de ortaya koyamayacaktır.

3. Yeni bir model arayışında, yukarıda açıklamaya çalıştığımız toplu sözleşme özerkliğinin dayandığı temel ilke ve kurallardan uzaklaşmadan, çok daha geniş bir işçi kitlesinin toplu sözleşme hakkından yararlanması hedefine ulaşılması, temel amaç olmalıdır. Bu çerçevede iki önemli konu ön plana çıkmaktadır: Bunlardan ilki, toplu pazarlık ve toplu sözleşmesinin düzeyi ise, diğeri toplu iş sözleşmesi tarafı olabilecek yetkili sendikanın belirlenmesidir. Toplu sözleşmenin düzeyi ile toplu sözleşme kapsamına girecek işçi sayısı arasında doğrudan bir bağlantı söz konusudur. Merkezi, örneğin işkolu düzeyinde yapılacak bir toplu iş sözleşmesinden o işkolundan çalışan çok daha geniş bir işçi kitlesinin yararlanması olanaklı ise, tek bir işyeri/işletme esas alınarak yapılan bir toplu iş sözleşmesinden ise sadece o işyerinde çalışan sınırlı sayıdaki işçi yararlanabilecektir. Bu durum ise, toplu sözleşme hakkının varlığıyla bağdaşmamaktadır. Söz konusu bu çelişkiyi ortadan kaldıracı çözüm olarak, yukarıda ayrıntılı olarak incelenen Avrupa Birliğine üye ülkelerin çoğunda uygulanmakta olan farklı düzeylerde toplu sözleşme esasının ya da modelinin ülkemiz açısından da tartışılması isabetli olacaktır. Mevcut modelde, yetkili işçi sendikasının belirlenmesi, çözümü güç karmaşık sorunları barındırdığından ve giderek toplu sözleşme hakkını kısıtlayıcı sonuçlar doğurduğundan, belgelere dayalı çoğunluk sistemi yerine, işçilerin özgür iradelerine dayalı oylama (referandum) ya da ulusal düzeyde belirli periyotlarla yapılacak mesleki ya da sendikal seçimlere dayalı bir sistemin benimsenmesi, en fazla temsil yeteneğine sahip güçlü ve emek-sermaye arasında denge sağlayabilecek sendika ya da sendikaların toplu pazarlık sürecinde yerlerini almalarına büyük katkı sağlayabilecektir.

4. Toplu pazarlık özerkliği, doğası gereği, sosyal taraf olarak da adlandırılacak sendikal örgütlerin iradelerine üstünlük tanır. Bu temel ilke, özerk toplu pazarlık alanının, mutlak emredici kurallarla düzenlenmesini dışladığı gibi, kamu makamlarının vesayet ve denetimini de kabul etmez. Örneğin, toplu sözleşmenin hangi düzeylerde yapılabileceği yasal düzenlemelerin konusu yapılsa bile, tarafların belirlenen çerçevede, uygun buldukları düzeyde toplu sözleşme bağitlayacaklarına özgür iradeleriyle karar verebilmelidirler. Toplu pazarlığın ve toplu sözleşmenin bağitlanmasının her aşamasında, kamu makamlarına değil, oluşturulacak bağımsız kurullara (örneğin, Çalışma İlişkileri Kurulu, Toplu Sözleşme Yüksek Kurulu vb.) görev ve yetki verilmesi, sistemin özyle de uyum sağlayabilecektir.

6356 SAYILI SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU KAPSAMINDA PROFESYONEL SENDİKA YÖNETİCİLERİNİN GÜVENCESİ

Dr. Hasan Ali Kaplan*

1. Genel Olarak

Sendika üyesi çalışan sayısının artması sendikal örgütlenmenin gelişimi açısından zorunludur, ancak sendikaların güçlü ve tecrübeli bir yönetici kadrosuna sahip olması da son derece önemlidir¹. Sendika ve konfederasyonlarda yöneticilik görevinin gereği gibi yapılabilmesi açısından bütün emeğini sendikaya ayıran nitelikli ve profesyonel yöneticilere ihtiyaç bulunmaktadır; ancak bu görevlere nitelikli işçilerin gelebilmesi bazı güvenceler öngörülmesini gerektirmektedir².

Kanun koyucu belirtilen önemi nedeniyle, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu³ (STİSK) m. 23 ile bir işyerinde çalışmakta iken, işçi sendikası veya konfederasyonlarında ya da şubelerinde yöneticilik yapmaya başlayan ve bu görevinden ötürü işyerindeki çalışmasına ara veren kişilere bir güvence öngörmektedir. Bu güvence ile kolektif açıdan çalışanlar yararına bir davranışta bulunarak sendika veya konfederasyonlarda yöneticilik görevi üstlenen kişilerin, bu görevlerinin sona ermesiyle birlikte karşılaşabilecekleri güçlüklerle karşı korunması amaçlanmaktadır⁴.

Sendika yöneticiliği nedeniyle çalışmasına ara vererek zamanını tamamen sendikaya hasreden kişinin yöneticilik görevi çeşitli nedenlerle sona erebilir. Örneğin, tekrar seçilememe durumu ile karşılaşılabilmesi gibi kendi isteği ile seçimlere katılmama veya görevden çekilme de söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, sendika yöneticilerine ayrıldıkları işyerlerinde yeniden işe başlatılmaları olanağı tanınmaktadır.

Sendika veya konfederasyonlardaki yöneticilik görevi sona erenlerin yeniden işe başlatılmalarına ilişkin güvence, 4857 sayılı İş Kanunu⁵ (İK), 5953

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* YTÜ İİBF İşletme Bölümü

¹ ŞAHLANAN, Fevzi, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 26-27. Sendikal örgütlenmenin önemi ve önündeki engeller ile ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. DEMİR, Fevzi, Sendikal Örgütlenmenin Önündeki Hukuksal Engeller, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 541-561.

² GÜNAY, Cevdet İlhan, Profesyonel Sendika Yöneticisinin Yeniden İşe Alınmamasının Hukuki Sonuçları, Tühis, Ağustos 2000, s. 1; EKONOMİ, Münir, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri, İstanbul 1969, s. 80.

³ RG, 7.11.2012, 28460.

⁴ EKONOMİ, Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu, s. 81-82.

⁵ RG, 10.6.2003, 25134.

sayılı Basın İş Kanunu⁶, 854 sayılı Deniz İş Kanunu⁷ ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na⁸ (TBK) tabi çalışanların tümü için geçerlidir⁹. Ancak sendika veya konfederasyon yöneticiliğinin güvencesi kapsamında kıdem tazminatına hak kazanabilmek için, yöneticinin tabi olduğu kanunda kıdem tazminatına yer verilmelidir¹⁰. Bu çerçevede, TBK'ya tabi olmakla birlikte, iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde kıdem tazminatına yer verilen yöneticiler de kıdem tazminatı talep edebilecektir¹¹.

Mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu¹² (SK) döneminde, sendika yöneticilik görevi dışında başka bir nedenle işten ayrılıp, daha sonra sendika yöneticisi seçilenlerin yöneticilik güvencesinden yararlanamayacağı kabul edilmekteydi¹³. STİSK döneminde de aynı sonuç geçerlidir¹⁴. Zira iki kanun arasında farklı bir sonuca ulaşılmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır.

2. Sendika veya Konfederasyon Yöneticiliği Kavramı

Sendika veya konfederasyon yöneticisi seçildikten sonra, halihazırdaki işinden ayrılarak bütün çalışmasını yöneticilik görevine hasreden kişiler *profesyonel yönetici* olarak adlandırılmaktadır. Mülga SK m. 29'da ve STİSK m. 23'te öngörülen güvence profesyonel yöneticiler içindir. Bu güvence, mevcut işlerinde çalışmaya devam ederek yöneticilik görevi yürüten ve *amatör yönetici* olarak adlandırılan kişileri kapsamamaktadır. 2821 sayılı SK döneminde amatör yöneticiler yalnızca sendika üyeliğine ilişkin güvenceden yararlanabilmekteydi¹⁵. Ancak, öğretide bu kişilerin işyeri sendika temsilcilerinin sahip olduğu güvenceden yararlanabilmeleri için yasal değişiklik yapılması önerilmekteydi¹⁶.

⁶ RG, 20.6.1952, 8140.

⁷ RG, 29.4.1967, 12586.

⁸ RG, 4.2.2011, 27836.

⁹ EKONOMİ, Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu, s. 48; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri, 4. bs., İstanbul 2012, s. 199.

¹⁰ AKYİĞİT, Ercan, Yeni Kanun'da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, Legal İHSGHD, C. 9, S. 36, 2012, s. 32.

¹¹ ÖZKARACA, Ercüment, 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum, S. 38, 2013/3, s. 183; AKYİĞİT, Ercan, Yeni Sistemde İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, Terazi, Yıl: 8, S. 79, Mart 2013, s. 23; AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 32.

¹² RG, 7.5.1983, 18040.

¹³ ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 122; GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 3; BAYBORA, Dilek, Türk İş Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Sendika Yöneticiliği, Ankara 2001, s. 103-104. Seçime hazırlanmak üzere işten ayrılan işçi açısından da aynı yönde bkz. SUR, Melda, İş Hukuku: Toplu İlişkiler, 4. bs., Ankara 2011, s. 67. Sendika yöneticisi olmak için aday olan ancak seçilemeyen işçilerin korumadan yararlanabilecekleri yönünde bkz. AKTAY, Nizamettin, ARICI, Kadir, SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2012, s. 302.

¹⁴ NARMANLIOĞLU, Ünal, Sendika Yöneticisinin Güvencesinin Anlamı ve Kapsamı, Çalışma ve Toplum, S. 40, 2014/1, s. 19.

¹⁵ Amatör yöneticilerin haklı bir neden olmaksızın işten çıkarılmayacakları, aksi taktirde işe iade davası açabileceklerine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünün geçerli olmadığı yönünde bkz. Yargıtay 9. HD, 10.5.2000, 2000/2888 E., 2000/6824 K. (Karar metni ve eleştirisi için bkz. TUNCAY, A. Can, Karar İncelemesi, Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, s. 44-52).

¹⁶ GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 2; SUBAŞI, İbrahim, İşçi Kuruluşu Yöneticiliği ve Güvencesi, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 533-535; ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 121; SUR, Toplu İlişkiler, s. 73-74; UÇUM, Mehmet, OKCAN,

Hatta ILO denetim organları, işyeri sendika temsilcileri için geçerli olan güvencenin amatör yöneticilere de uygulanmasını istemekteydi¹⁷.

STİSK m. 24'ün son fıkrasında, işyeri sendika temsilcileri için öngörülen güvencenin işyerinde çalışmaya devam eden sendika yöneticileri (amatör sendika yöneticileri) hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir¹⁸. Bu hükümler uzun yıllardır ayrı ve özel bir güvenceye sahip olmayan bu kişiler açısından önemli bir güvence sağlanmıştır¹⁹. Nitekim, STİSK m. 24'te işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerinin haklı bir neden bulunmadıkça ve fesih nedeni yazılı olarak açık ve kesin bir şekilde belirtilmedikçe feshedilemeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Bu nedenle, amatör sendika yöneticisinin hangi kanuna tabi olduğu veya sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması fark etmeksizin, iş sözleşmesi ancak haklı nedenle feshedilebilecektir²⁰. Aynı hükme göre; işe iade kararı verilmesi durumunda temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret ve diğer haklar temsilciye ödenecektir; temsilcinin işe başlatılmaması durumunda ise ücret ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilecektir. Tüm bu güvenceler amatör sendika yöneticilerine de uygulanacaktır.

SK döneminde yöneticilik güvencesinin yalnızca sendika yönetim kurulu üyelerini mi yoksa yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerini birlikte mi kapsadığı hususunda görüş ayrılığı bulunmaktaydı. Zira, SK m. 29'da sendika veya konfederasyonların yönetim kurullarında veya başkanlığında görev alanlardan söz edilmekle birlikte, SK m. 9/VII'de yönetim ve denetim kurulu üyelerinin kanunun uygulanmasında yönetici sıfatını taşıdıkları belirtilmekteydi. Bu nedenle bir görüş²¹, bu güvencenin sadece yönetim kurullarında veya başkan-

Necdet, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nda Değişiklik İçeren Ön Tasarının Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi, Legal İHSGHD, C. 1, S. 1, 2004, s. 94; BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 130; KUTAL, Metin, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme, Sicil, S. 11, Eylül 2008, s. 80.

¹⁷ DERELİ, Toker, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Normları Açısından Türkiye'de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslağının Değerlendirilmesi, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 54, 2008, s. 228.

¹⁸ İşyeri sendika temsilcilerine sağlanan güvenceler ile ilgili bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Sicil, S. 29, Mart 2013, s. 145-149; ŞAHLANAN, Fevzi, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi Semineri, 22 Aralık 2012, Ankara 2013, s. 32-39; ALPAGUT, Gülsevil, 6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi Semineri, 22 Aralık 2012, Ankara 2013, s. 125-128; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 190-198; ASTARLI, Muhittin, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Oğuz Kürşat Ünal'a Armağan, C. 17, S. 1-2, Ocak-Nisan 2013, s. 154-161; İNCİROĞLU, Lütfi, Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Çalışma ve Toplum, S. 36, 2013/1, s. 65-68.

¹⁹ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 19-20; ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 25.

²⁰ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 23.

²¹ GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 2; BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 102-103; KUTAL, Metin, Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu, Hukuki Gelişmeler ve

lığında görev alan kişilerle sınırlı olduğunu belirtmekten; diğer bir görüş²² denetim kurullarında görev alanların da güvenceden yararlanabileceğini kabul etmekteydi.

STİSK m. 23'de, SK m. 29'da yer alan "yönetim kurulu üyeleri ve başkanları" ifadesi yer almamaktadır. Ancak "Tanımlar" kenar başlıklı STİSK m. 2'de yönetici kavramının, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini ifade ettiği, aynı maddede kuruluş kavramının ise sendika ve konfederasyonları ifade ettiği açıkça belirtildiğinden, artık güvenceden yalnızca sendika ve konfederasyonlar ile şubelerin yönetim kurulu üyeleri yararlanacaktır²³. Başka bir deyişle, SK m. 29 çerçevesinde denetim kurulu üyelerinin yöneticilik güvencesinden yararlanabilip yararlanamayacağı yönünde, öğretilerde yapılan tartışmalar sona ermiştir²⁴. Ancak SK çerçevesinde denetim kurulu üyelerinin de yöneticilik güvencesinden yararlanabilmesi olanaklı iken, STİSK'de denetim kurulu üyelerinin güvencenin kapsamı dışına çıkarılması bir geriye gidiş olarak nitelendirilebilir²⁵. Ayrıca yürürlükten kaldırılan hükümde yönetim kurulu başkan-

Sorunlar, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 520; KUTAL, Metin, Sendika Yönetici ve Temsilcilerinin Hukuki Durumları, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, Ankara 1997, s. 221; SUR, Toplu İlişkiler, s. 66-67; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, 5. bs., Ankara 2012, s. 487; TUNCAY, A. Can, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri-2009, Ankara 2011, s. 241; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 205; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 176; TUNCAY, Karar İncelemesi, s. 47; AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 7; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. bs., İstanbul 2013, s. 443. Toplu iş sözleşmesinde zorunlu organlarda görev alanların işe iadesini düzenleyen hükümlerin geçersiz olacağı yönünde bkz. Yargıtay 9. HD, 10.5.2000, 2000/2888 E., 2000/6824 K. (Karar metni ve eleştirisi için bkz. TUNCAY, Karar İncelemesi, s. 44-52).

²² ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 121; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 531,532, 536. SUBAŞI, yasada değişiklik yapılarak disiplin kurulu üyelerinin de güvenceden yararlandırılmalarını önermekteydi. Aynı yönde bkz. YORGUN, Sayım, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanun Tasarı Taslaklarına İlişkin Görüş ve Öneriler, İşGüç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C. 12, S. 2, Nisan 2010, s. 13.

²³ STİSK m. 23'te işçi kuruluşunda yönetici olmaktan söz edilmesine karşın, m. 2'de "kuruluş" sadece "sendika ve konfederasyonlar", "yönetici" ise "kuruluşun (yani sendika ve konfederasyonun) ve şubesinin yönetim kurulu üyeleri" olarak tanımlandığından hangi yönetim kurulu üyelerinin güvenceden yararlanacaklarının açık olmadığı yönünde bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. bs., İstanbul 2013, s. 290.

²⁴ DEMİRÇİOĞLU, A. Murat, CENTEL, Tankut, İş Hukuku, 18. bs., İstanbul 2015, s. 260; NARMANLIOĞLU, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, s. 18; AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 17; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 143; ŞAHLANAN, Fevzi, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, S. 39, 2013/4, s. 120; ŞAHLANAN, Fevzi, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 331; ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 25. Disiplin ve denetim kurulu üyelerinin toplu iş sözleşmesi yoluyla da, yöneticilik güvencesinden yararlandırılmayacağı yönünde bkz. ŞAHLANAN, Fevzi, Sendikalar Hukukunda 6356 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler, Genel Görüşme, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Ankara 2013, s. 60.

²⁵ Aksi yönde bkz. ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 178.

Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş), 2009 yılında yeni ve günün koşullarına uygun bir toplu iş ilişkileri yasası tasarısı hazırlanması için beş akademisyene çağrıda bulunmuş, hazırlanan taslak diğer işçi konfederasyonları (Hak-İş ve DİSK) ile işveren

larından açıkça söz edilmekle birlikte, yeni hükümde buna yer verilmemiştir. Bu durum yönetim kurulu başkanlarının güvenceden yararlanamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır²⁶. Zira, yönetim kurulu başkanları aynı zamanda yönetim kurulu üyesidir.

SK m. 29'un son fıkrasında güvenceden, sendika şube ve bölge şubelerinin yönetim kurulu üyeleri ile başkanlarının yararlanabilecekleri belirtilmekteydi. Nitekim, öğretide maddenin esas uygulama alanında şube başkan ve yönetim kurulu üyelerinin bulunduğu, sendika veya konfederasyonun merkez yönetim kurulu üyeleri ve başkanlarının görevleri sona erdikten sonra çoğu kez eski işyerlerine dönmedikleri, sendikacılık ile ilgili işlerde profesyonel olarak çalışmaya devam ettikleri, anılan güvencenin sendika ve konfederasyon yönetim kurulu üyeleri ve başkanları için uygulamaya konulmasının istisnai olduğu ifade edilmektedir²⁷. STİSK m. 23'de sendika şubesinin yöneticilerinin güvenceden yararlanabilecekleri açık bir şekilde düzenlenmemesine karşın, 2. maddede yönetici kavramının, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini ifade ettiği belirtildiğinden, sendika şubelerinin yönetim kurulu üyeleri de güvenceden yararlanacaktır.

3. Yöneticilik Görevinin Sendikanın Tüzel Kişiliğini Kaybetmesi, Seçime Girmeme, Yeniden Seçilmeme veya Kendi İsteğiyle Çekilme Nedeniyle Sona Ermesi

SK m. 29/1'de yöneticilik görevinin seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi istekleriyle çekilmek²⁸ suretiyle sona ermesi durumunda güvence öngörülmekteydi. Ancak öğretide, yeniden işe alım yükümlülüğünün²⁹ söz konusu olabilmesi için mutlak suretle yöneticilik görevinin bu üç şekilden biri ile sona ermesi koşulunun aranmasının bazı durumlarda haksız sonuçlara

konfederasyonu (TİSK) ve hükümete sunulmuştur. Anılan taslakta sendika veya konfederasyonların başkanlığında, yönetim veya denetleme kurullarında görev aldıkları için çalıştığı işyerinden ayrılan işçilerin iş sözleşmelerinin askıda kalacağı kabul edilmekteydi. Başka bir deyişle taslakta denetim kurulu üyeleri de yöneticilik güvencesinden yararlanılmaktaydı. Anılan taslak ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ULUCAN, Devrim, Toplu İş İlişkileri Yasa Taslağı İle Kolektif İş Hukuku Alanında Önerilen Bazı Değişiklikler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 231-240.

²⁶ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 25; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 120; NARMANLIOĞLU, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, s. 18; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 178; AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 16-17. Akyiğit, aynı anda aynı veya farklı işkollarında ayrı ayrı iş ilişkileri çerçevesinde farklı işçi sendikalarında yönetici konumu taşıyan işçilerin her bir yöneticiliği için ayrı ayrı güvenceye sahip olduğunu ve bir iş ilişkisi çerçevesinde güvencenin uygulanmamasının diğerlerini etkilemeyeceğini belirtmektedir.

²⁷ ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 121; ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 25; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 121.

²⁸ Sendika yöneticiliği görevinden "ücretsiz izinle" ayrılan kişinin yöneticilikten kendi isteğiyle ayrıldığı yönünde bkz. Yargıtay 9. HD, 31.5.2001, 2000/8540 E., 2001/9789 K. (www.corpus.com.tr). Karar incelemesi için bkz. EYRENCİ, Öner, Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001 Yılı Semineri, Ankara 2003, s. 163-164.

²⁹ SK m. 29'da öngörülen güvencenin uygulamada yanlış olarak "işe iade" diye adlandırıldığı, aslında bunun işe iade değil kanunen öngörülmüş bir "sözleşme yapma zorunluluğu" olduğu yönünde bkz. AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 7.

yol açabileceği ifade edilmekte ve sendikanın veya şubenin feshi³⁰, birleşme ve katılma³¹, profesyonel sendika yöneticiliğin kaldırılması³² gibi sebeplerle ve yönetici içinin kusuru ve katkısı bulunmaksızın³³ yöneticilik görevinin sona ermesi durumlarında da güvencenin uygulanması gerektiği önerilmektedir³⁴.

STİSK m. 23'te yöneticilik görevinin seçime girmek, yeniden seçilmek veya kendi isteğiyle çekilmek suretiyle sona ermesi yanında sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi durumunda da yöneticilik güvencesinden yararlanılabileceği belirtilmektedir. Belirtilen nedenler sınırlı olup³⁵, STİSK ile öğretilde

³⁰ 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, 2821 sayılı SK ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda (RG, 7.5.1983, 18040) da değişiklikler yapılması hazırlıkları başlamıştır. Bu çerçevede 2821 sayılı SK'da değişiklik yapılmasına ilişkin ön tasarıda SK m. 29'un da değiştirilmesi önerilmekteydi. Anılan tasarı ile sendika ve konfederasyonların yönetim kurulu veya başkanlığında görev aldığı için çalıştığı işyerinden ayrılan işçilerin iş sözleşmelerinin askıda kalacağı, bu kişilerin söz konusu görevlerinin seçime girmek, yeniden seçilmemek veya çekilmek ya da sendika şubesinin ortadan kalkması suretiyle sona ermesi halinde ayrıldıkları işyerine işe başlatılmak amacıyla başvurabilecekleri hüküm altına alınmaktaydı. Ön tasarılar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHLANAN Fevzi, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu İle 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Öngören Kanun Ön Tasarısının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, C. 1, S. 4, 2004, s. 1261-1290. Ayrıca bkz. KUTAL, 2821 ve 2822 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılması, s. 73-95; KUTAL, Metin, Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme-31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı, Sicil, S. 25, Mart 2012, s. 159-177; SAYIN, Ali Kemal, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri, Sicil, S. 26, Haziran 2012, s. 67-77.

³¹ KUTAL, Sendika Temsilcileri ve Yöneticileri, s. 521; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, İş Hukuku, s. 487; SUR, Toplu İlişkiler, s. 67-68.

³² ŞAHLANAN, Öntasarılar, s. 1272-1273; SÜMER, Haluk Hadi, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi-Karar İncelemesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, C. 2, s. 1657; Yargıtay HGK, 30.9.1998, 1998/9-636 E., 1998/631 K. (www.corpus.com.tr). Aksi yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 24.11.1998, 1998/13637 E., 1998/16633 K. (Karar metni ve eleştirisi için bkz. SÜMER, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, s. 1652 vd.).

³³ NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 206, dn. 122. SUBAŞI, bu görevin "seçime girmek, yeniden seçilmemek, kendi istekleriyle çekilmek veya haklı bir nedenle sona ermiş" olmasından söz etmektedir (SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 535).

³⁴ ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 122; GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 3; AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 7; BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 104-105; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 537. Ancak yöneticilikten çıkarılma (ihraç, azil) hali bu güvence kapsamında görülmemektedir.

Yöneticilik görevinin sona erme hallerini tek tek saymak yerine "yöneticilik görevinin herhangi bir nedenle sona ermesi" şeklinde bir ifadeye yer verilmesinin, öngörülemeden olasıları kapsamaması nedeniyle daha isabetli bir düzenleme olacağı yönünde bkz. ŞAHLANAN, Öntasarılar, s. 1272; EYRENCİ, Öner, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu İle Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Öngören Kanun Tasarı Taslağı Hükümlerinin Genel Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004, s. 208; UÇUM, OKCAN, Öntasarı, s. 92; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 539. Nitekim 3.12.2010 tarihli Sendikalar Kanunu Taslağı'nın 22. maddesinin 2. fıkrasında "İş sözleşmesi askıya alınan yönetici, görevinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilir" şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. Anılan tasarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ULUCAN, Devrim, NAZLI, Seçkin, Sendikalar Kanunu Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, C. 2, s. 1665-1697.

³⁵ ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler, s. 50; DEMİRCİOĞLU, CENTEL, İş Hukuku, s. 260; NARMANLIOĞLU, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, s. 21; AS-

ileri sürülen eleştiriler kısmen giderilmiştir. Örneğin, sendika şubesinin feshi veya kapatılmasında yöneticilik güvencesinden yararlanılabileceği belirtilmediğinden, bu konuda öğretiler ileri sürülen eleştiriler güncelliğini korumaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde, öğretiler “sendika veya şubenin herhangi bir nedenle tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde de sona erme tarihinde işçi kuruluşlarında yönetim kurulu üyesi olanlar, daha önce iş sözleşmelerini sona erdirmemiş olmak kaydıyla işverenlerine işe başlatılmak üzere başvurabileceklerdir”³⁶ şeklinde yapılan tespite “şube”ler açısından katılamamaktayız. Zira, sendika şubelerinin “tüzel kişiliğe” sahip olmadığı gözden kaçırılmaktadır. STİSK m. 23/II’de, “sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi”nden söz edildiğinden konfederasyon tüzel kişiliğinin sona ermesi durumunda konfederasyon yöneticilerinin güvenceden yararlanıp yararlanamayacakları sorusu ortaya çıkabilecektir. STİSK m. 23 gerek sendika gerekse de konfederasyon yöneticilerinin güvencesini temelde aynı hükümlere tabi tuttuğundan konfederasyon tüzel kişiliğinin ortadan kalkması halinde konfederasyon yöneticileri de güvenceden yararlanmalıdır.

İş sözleşmesi sendika yöneticiliğine seçilmeden önce veya bu sırada işverence haklı nedenle feshedilen veya yönetici seçilmeden önce sözleşmeyi kendisi haklı nedenle fesheden işçi sendika yöneticiliği güvencesinden yararlanamayacaktır³⁷.

4. Yöneticilik Görevinin Diğer Nedenlerle Sona Ermesi

STİSK m. 23/II’de işe yeniden başlatılma istemini içeren yöneticilik güvencesinin sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek nedeniyle görevin sona ermesi durumunda söz konusu olabileceği belirtilmekle birlikte, maddenin son fıkrasında bu nedenler dışında bir nedenle yöneticilik görevinin sona ermesi durumunda yöneticilik görevi sona eren kişinin başvurusu üzerine işverence kıdem tazminatının ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Örneğin STİSK m. 9/III’e göre, yöneticilik için aranan koşulları taşımasına karşın seçilen bir kimsenin göre-

TARLI, Sendikal Güvenceler, s. 147; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku: Toplu İş İlişkileri, 2. bs., İstanbul 2013, s. 113; NARMANLIOĞLU, Ünal, 19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri, Sicil, S. 27, Eylül 2012, s. 145-146; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, s. 443; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 184.

Ancak ŞAHLANAN, sendika yönetim kurulundaki görevin maddede sayılan dört hal ile sona ermesi koşulunun sıkı sıkıya aranmasının bazı durumlarda haksız sonuçların ortaya çıkmasına neden olabileceğini de (örneğin sendika şubesinin feshi durumunda mevcut yöneticilerin bu güvenceden yararlandırılması gerektiği) belirtmektedir (Bkz. ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 28-30; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 123-124; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, s. 336). ŞAHLANAN, yöneticiliğin değil, yöneticinin profesyonelliğinin sona ermesi hali ile ilgili de, STİSK m. 23’te bir hüküm olmamasından ötürü, burada kanun boşluğu bulunduğu kabul edilerek anılan maddedeki güvencenin kıyas yoluyla yöneticiliği sona ermeyen, fakat profesyonelliği sona eren kişilere de uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Profesyonelliği sona ererek, amatör yönetici durumuna gelen yöneticilerin, STİSK m. 24/son fıkrasından da yararlanarak işe iade davası açabileceği yönünde bkz. ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler, s. 51; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 124; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, s. 337.

³⁶ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 147.

³⁷ GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 3.

vine mahkemece son verilmesi; m. 9/V'e göre, kanunun 6. maddesinde³⁸ sayılan suçlardan mahkum olan yöneticinin yöneticilik görevinin kendiliğinden sona ermesi ve m. 9/VI'ya göre, yöneticinin milletvekili veya belediye başkanı seçilmesi nedeniyle görevinin kendiliğinden sona ermesi durumları bu kapsamdadır. Bu durumlarda, yöneticilik görevi sona eren kişiler işverenlerine başvurduğunda, kıdem tazminatlarını alabileceklerdir³⁹.

STİSK m. 23'ün son fıkrasında, yalnızca "kıdem tazminatını alabilecekleri" belirtildiğinden, bu kişiler iş sözleşmesinin askı halinin sona erdiğini belirterek, işverenden yeniden işe başlatılmalarını talep edemeyeceklerdir. Bu nedenle öğretide ileri sürülen ve yöneticilik için aranan koşulları taşımamasına karşın seçilen bir kimsenin görevine mahkemece son verilmesi; yöneticiliğe engel suçlardan mahkum olunması, yöneticinin milletvekili veya belediye başkanı seçilmesi hallerinde "iş sözleşmesini feshetme yolunu seçmeyen" işçinin, sözleşmenin askı durumunun sona ermesi nedeniyle işyerine dönerek iş ilişkisini kaldığı yerden sürdürmesi gerekeceğini belirten görüşe⁴⁰ katılmamaktayız. Zira anılan görüşe göre, yöneticilik için aranan koşulları taşımamasına karşın seçilen bir kimsenin görevine mahkemece son verilmesi; yöneticiliğe engel suçlardan mahkum olunması, yöneticinin milletvekili veya belediye başkanı seçilmesi hallerinde işçi iki seçeneğe sahip olacaktır: Birincisi iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatını alma, ikincisi işyerine dönerek çalışmasına devam etme. Oysa, STİSK m. 23/III, belirtilen durumdaki işçiler tek bir seçenek tanımaktadır, bu da kıdem tazminatını talep etmedir. Şüphesiz ki, işveren, anılan fıkranın kapsamındaki işçileri istihdam etmeye devam etmek istiyorsa tarafların anlaşmasıyla iş ilişkisi devam ettirilebilir. Ancak taraflar arasında böyle bir anlaşma bulunmadıkça, işçi işyerine dönerek çalışmaya devam edemeyecektir. Bu açıklamalar çerçevesinde, STİSK m. 23/III kapsamına giren işçiler ile işveren arasında askıda olan iş sözleşmesinin yöneticilik görevinin sona ermesiyle kendiliğinden ve kanun gereği sona erdiğini kabul etmekteyiz⁴¹.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, STİSK m. 23/III'te işçiye kıdem tazminatı alma olanağı veren bir derhal fesih hakkı tanındığı, işçinin işverene başvurmasının yöneticilik görevinin son bulması nedeniyle sözleşmenin sona erdirildiği anlamına gelen bir bildirim olduğu yönündeki görüşe⁴² ve burada

³⁸ STİSK m. 6'da kurucularda aranacak koşullar belirtilmekte olup, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (RG, 12.10.2004, 25611) 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama ve kaçakçılık suçlarından birinden mahkûmiyeti bulunanların sendika kurucusu olamayacakları hüküm altına alınmaktadır. Buna göre; belirtilen suçlardan biriyeli mahkum olan kişinin yöneticilik görevi kendiliğinden sona erecek, ancak kıdem tazminatları ödenecektir.

³⁹ 2821 sayılı SK m. 29/II'de yer alan yönetim kurulundaki veya başkanlıktaki görevlerinden ötürü hüküm giymiş olanların bu haklardan yararlanamayacakları yönündeki hükmün varlığını sürdürmesi gerektiği yönünde bkz. ULUCAN, NAZLI, Taslağın Değerlendirilmesi, s. 1676. Aksi yönde bkz. ŞAHLANAN, Öntasarılar, s. 1273; UÇUM, OKCAN, Öntasarı, s. 92.

⁴⁰ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 18.

⁴¹ Yöneticinin milletvekili veya belediye başkanı seçilmesinde aynı sonuç için bkz. AS-TARLI, Sendikalar Güvenceleri, s. 152.

⁴² AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 34; AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 22.

“işçi tarafından yapılan ancak kendisine kıdem tazminatı hakkı kazandıran bir fesih” bulunduğu yönündeki görüşe⁴³ katılmamaktayız.

STİSK m. 23/III’te herhangi bir nedenle yöneticilik görevinin sona ermesinden söz edildiğinden, yöneticilik görevinin ölüm ile sona ermesi de hükmün kapsamına girecektir. Bu durumda yöneticinin ölümü hem yöneticilik görevini hem de askıdaki iş sözleşmesini sona erdireceğinden kıdem tazminatının yasal mirasçılara ödenmesi gerekir⁴⁴.

SK m. 42 uyarınca mal bildiriminde bulunulmamasından ötürü yöneticilik görevinin sona ermesi durumunda güvencenin uygulanamayacağı kabul edilmekteydi⁴⁵. Ancak, STİSK m. 29/IV’te de mal bildirim yükümlülüğü getirilmiş olmakla birlikte, mal bildiriminde bulunulmamasının yöneticilik görevini sona erdireceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Kanunda istisnai bir hükme yer verilmediğinden mal bildiriminde bulunmamış yöneticiler de STİSK m. 23’te öngörülen güvencelerden yararlanacaktır.

5. Yöneticilik Görevi Süresince İş Sözleşmesinin Askıya Alınması

SK m. 29’da sendika yöneticilerinin iş sözleşmelerinin askıya alınması kabul edilmemiş, yalnızca görevlerinin sona ermesi durumunda eski işyerlerinde yeniden işe alınmaları olanağı tanınmıştır. Bu dönemde, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile tarafların iş sözleşmesinin askıda kalacağını kararlaştırabilip kararlaştıramayacakları konusu da tartışmalıydı. Bir görüş kanunda yer almayan askı durumuna sözleşmede yer verilemeyeceğini belirtirken⁴⁶, başka bir görüş sözleşme ile askı durumunun kabul edilebileceğini savunmaktaydı⁴⁷. STİSK ile yürürlükten kaldırılan SK karşılaştırıldığında yöneticilere sağlanan güvence açısından en önemli değişiklik iş sözleşmesinin askıda kalacağının kabul edilmesi noktasında toplanmaktadır.

STİSK m. 23/I’de işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıda kalacağı belirtilmektedir⁴⁸. İş sözleşmesinin askıya alınmasıyla iş sözleşmesi varlığını devam ettirmekle beraber tarafların bu sözleşmeden doğan temel yükümlülükleri olan işgörmeye ve ücret

⁴³ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 29; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 151. ASTARLI, STİSK m. 23/III kapsamına giren durumlarda iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiğini belirtmesine karşın, STİSK m. 23/III’ün kapsamına girdiği tartışmasız olan yöneticinin milletvekili veya belediye başkanı seçilmesi nedeniyle yöneticilik görevinin sona ermesi durumunda, askıda olan iş sözleşmesinin yöneticilik görevi sona erdiği tarihte kanun gereği kendiliğinden sona ereceğini belirtmektedir (a.e., s. 152).

⁴⁴ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 151-152; UÇUM, OKCAN, Öntasarı, s. 92.

⁴⁵ ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 122; GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 4.

⁴⁶ GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 3 ve 7; Yargıtay 9. HD, 5.4.2007, 2007/1324 E., 2007/9484 K. (www.corpus.com.tr).

⁴⁷ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 10; SÜMER, Haluk Hadi, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri-2007, İstanbul 2009, s. 221; Yargıtay HGK, 30.9.1998, 1998/9-636 E., 1998/631 K.; Yargıtay HGK, 1.4.1998, 1998/9-238 E., 1998/252 K. Kararlarda ayrıca SK m. 29’da öngörülen güvencenin işlerliğinin sağlanabilmesi için yalnızca cezai yaptırımla yetinilmemesi, hukuki yaptırım da öngörüldüğünün kabulünün zorunlu olduğu, bu açıdan maddeye aykırı davranış durumunda işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağı belirtilmektedir. (Kararlar için bkz. www.corpus.com.tr).

⁴⁸ 2821 sayılı SK döneminde yaşanan pek çok sorunun sözleşmenin askıda kalacağının kabul edilmesiyle çözülmüş olacağı yönünde bkz. ŞAHLANAN, Öntasarılar, s. 1272.

ödeme borçları askı süresince hüküm doğurmayacaktır⁴⁹. Ancak askı süresi içerisinde tarafların temel edimleri dışında kalan işçinin sadakat yükümlülüğü ile işverenin işçiyi gözetme borcu devam etmektedir. Bu nedenle askı süresi içerisinde işçinin iş sözleşmesinden doğan sadakat yükümlülüğüne aykırı bir davranışta bulunması, işverene sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yetkisi verebilir⁵⁰.

STİSK m. 23, iş sözleşmesi askıya alınan işçiye iki olanak tanımaktadır⁵¹. Buna göre yönetici seçilen işçi dilerse yöneticilik görevinden ötürü bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin sözleşmeyi feshedebilir⁵². Bu bir derhal fesih⁵³, burada adeta bir haklı fesih nedeni yaratılmıştır⁵⁴. Bu ihtimalde işçi kıdem tazminatına da hak kazanmaktadır. İkinci olanak ise, yönetici seçilen işçinin sözleşmeyi sona erdirmemesi durumudur. Bu olasılıkta sözleşme yöneticilik görevi boyunca askıda kalmaktadır. Sözleşmenin sona erdirilmesi veya askıya alınması arasındaki tercih işçi tarafından yapılacaktır. Bu nedenle öğretilde, sözleşmenin yöneticilik görevi süresince askıya alınmasının taraflar arasındaki anlaşma ile söz konusu olabileceğini belirten görüşe⁵⁵ katılamamaktayız. Özellikle belirtilmelidir ki, yönetici seçilen işçinin iş sözleşmesini sona erdirmeye veya sözleşmenin askıda kalması olanakları arasındaki tercihi yönetici seçildiği anda yapması zorunlu değildir. Başka bir anlatımla, yönetici seçildiği anda sözleşmesini sona erdirmeyen işçi, yöneticilik görevi devam ederken iş sözleşmesini sona erdirmesi durumunda da kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İşveren süreli fesih bildirimini yaptıktan sonra da (bildirim süresi işlerken) işçi STİSK m. 23/I'de tanınan fesih hakkını kullanabilecektir⁵⁶. Yöneticinin yönetim görevi sırasında iş sözleşmesi askıda

⁴⁹ ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler, s. 50; AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 18; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 144.

⁵⁰ SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 89; AKTAY, ARICI, SENYEN-KAPLAN, s. 158; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, İş Hukuku, s. 703; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 181.

⁵¹ ULUCAN, NAZLI, Taslağın Değerlendirilmesi, s. 1675-1676; NARMANLIOĞLU, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, s. 19; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 182.

⁵² Sendika yöneticisi seçilen işçiye tanınan sözleşmeyi fesih hakkının ikinci fıkrada yöneticiye sağlanan güvenceyi anlamsız kıldığı yönünde bkz. ULUCAN, NAZLI, Taslağın Değerlendirilmesi, s. 1676.

⁵³ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 18; AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 21; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 145; YILDIRIM, Akif, 6356 Sayılı Kanunun Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Hukukuna Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Terazi, S. 81, Mayıs 2013, s. 58.

Askı süresi içerisinde bildirimli fesih hakkının kural olarak kullanılabilmesi ancak bildirim sürelerinin askının sona ermesiyle işlemeye başlayacağı yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, İş Hukuku, s. 705; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 182; SÜZEK, Askı Teorisi, s. 95-97; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 9. bs., İstanbul 2013, s. 506. SÜZEK, askı süresi içerisinde bildirim önellerine ilişkin ücretin peşin ödenmesi yoluyla da iş sözleşmesinin işverence derhal feshedilemeyeceğini, feshin ancak askı süresinin sonunda hüküm doğurabileceğini belirtmektedir. Nitekim TBK m. 432/VI'da da "Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işleme" hükmü yer almaktadır.

⁵⁴ ALPAGUT, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 124.

⁵⁵ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 20.

⁵⁶ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 32-33; AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 21.

iken sözleşmeyi feshetmesi durumunda, feshin türünün uygulamada bazı te-
reddütlere yol açabileceği belirtilmektedir⁵⁷. Ancak, sözleşmenin yöneticilik
görevi devam ederken feshedilmesi de derhal fesihdir⁵⁸; burada sözleşmenin
feshi için bir süre sınırlaması bulunmayıp, tek koşul feshin iş sözleşmesi de-
vam ederken gerçekleştirilmesidir. Yönetici seçilen işçinin iş sözleşmesini işye-
rinden ayrıldığı tarihte veya yöneticilik görevi devam ederken feshetmesi ara-
sındaki tek farklılık, ilk halde işten ayrıldığı tarihteki ücreti üzerinden ikinci
halde ise iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki *emsal ücret* üzerinden kıdem
tazminatının hesaplanacak olmasıdır. İkinci durumda tazminatın emsal ücret
üzerinden hesaplanmasının nedeni, uzun bir süre yöneticilik görevinde bulu-
nan bir işçinin kıdem tazminatı konusunda mağdur olmamasını sağlama ama-
cıdır⁵⁹. Buradaki emsal ücret, işçinin yönetici seçildiği tarihteki görevi ve pozis-
yonu dikkate alınarak aynı konumdaki bir işçinin, yöneticinin iş sözleşmesini
feshettiği tarihte aldığı ücret ve ekleri olarak anlaşılmalıdır⁶⁰. Dolayısıyla, işye-
rinde emsal işçilerin ücretlerine yapılan zamlar kıdem tazminatına esas ücret
bakımından dikkate alınacaktır⁶¹. Bu açık yasal düzenleme nedeniyle, Yargı-
tay'ın iş sözleşmesinin askı süresi içerisinde feshinde, kıdem tazminatının iş
sözleşmesinin askıya alınmasından önce hak kazanılan son ücret üzerinden
hesaplanacağını belirten içtihatları⁶² sendika yöneticileri açısından uygulan-
mayacaktır⁶³.

6. Yöneticilik Görevi Belirli Nedenlerle Sona Erenlerin Yeniden İş Başlatılması

A. İşyerinde Boş Yer Bulunması Koşulunun Aranmaması

SK döneminde işverenin yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünün
söz konusu olabilmesi için işyerinde boş yer bulunması gerekip gerekmediği
tartışmalıdır⁶⁴. STİSK'de ise iş sözleşmesinin askıda kalacağı kabul edildiğin-
den bu tartışma güncelliğini kaybetmiştir. Zira askıda kalan bir iş sözleşmesi,

⁵⁷ DERELİ, Toker, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum, S. 36, 2013/1, s. 52; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 114; NARMANLIOĞLU, Kanun Tasarısının Getirdikleri, s. 146; NARMANLIOĞLU, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, s. 25.

⁵⁸ ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 182-183.

⁵⁹ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 146.

⁶⁰ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 28.

⁶¹ ALPAGUT, 6356 Sayılı Kanununun Değerlendirilmesi, s. 124.

⁶² Yargıtay 9. HD, 14.10.2010, 2008/35277 E., 2010/29102 K.; Yargıtay 9. HD, 30.4.2009, 2008/352 E., 2009/12165 K.; Yargıtay 9. HD, 21.2.2012, 2012/3497 E., 2012/5321 K. (Kararlar için bkz. www.corpus.com.tr).

⁶³ ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 183.

⁶⁴ Boş yer olması koşulunun aranmayacağı yönünde bkz. ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 124; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 206, dn. 124; KUTAL, Sendika Temsilcileri ve Yöneticileri, s. 522; KUTAL, Yönetici ve Temsilciler-Seminer, s. 223; MOLLAHAMMUTOĞLU, ASTARLI, İş Hukuku, s. 488; SÜMER, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, s. 1655; GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 6, dn. 23; BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 124. Yargıtay ise, işyerinde boş yer bulunmaması durumunda işverenin işe alma yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmekteydi. Yargıtay 9. HD, 22.9.1981, 1981/7370 E., 1981/10691 K. (YKD, Ocak 1982, s. 57-58). Sendika yönetiminde görev yapan bir kişinin kadrosunun yıllarca boş tutulmasının güç olması nedeniyle Yargıtay uygulamasının gerçekçi olduğu yönünde bkz. SUR, Toplu İlişkiler, s. 69.

askı durumunun sona ermesiyle, kendiliğinden tüm hükümleriyle uygulanmaya başlanacak⁶⁵, boş yer bulunması koşulu aranmayacaktır⁶⁶. Çünkü yeniden bir iş sözleşmesi yapılması değil, mevcut ancak askıda olan bir iş sözleşmesinin tüm hükümlerini doğurmaya başlaması söz konusudur⁶⁷. Ayrıca, SK döneminde m. 29'da yer alan ve boş yer bulunması koşulunu içerdiği belirtilen "diğer isteklere nazaran öncelik vererek" ifadesine STİSK'de yer verilmemiştir.

B. Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Durum

Burada belirli süreli iş sözleşmelerinin durumu özellik arz etmektedir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde askı durumu sözleşme süresinin işlenmesini engellemektedir. Bu nedenle, askı süresi içerisinde sözleşmede öngörülen sürenin dolmamış olması koşuluyla, askı halinin ortadan kalkmasıyla sözleşme geriye kalan süre kadar devam edecektir⁶⁸. Başka bir anlatımla askıda geçen süre sözleşmede öngörülen süreye eklenemeyecektir.

STİSK m. 23'de düzenlenmeyen ancak uygulamada uyuşmazlık konusu olabilecek bir nokta işveren ile belirli süreli bir iş sözleşmesi yaptıktan sonra sendika yöneticisi seçilen ve bu görevi devam etmekte iken iş sözleşmesinde öngörülen süre sona erenlerin durumudur. Kanaatimizce bu durumda da, iş sözleşmesi yöneticilik görevine seçilmekle birlikte askıda kalır. Ancak sözleşmede öngörülen sürenin dolmasıyla sözleşme kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi STİSK m. 23/II'de öngörülen güvenceden yararlanamaz⁶⁹. Nitekim askı hali belirli süreli iş sözleşmelerinde iş sözleşmesinin süresini kesmez ve belirli süreli iş sözleşmesinde öngörülen sürenin askı süresi içinde sona ermesi durumunda iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer⁷⁰. Burada da, yöneticilik görevi devam ederken, sözleşmede öngörülen sürenin dolmasıyla sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. Ancak, sözleşmede yer alan süre dolmadan, sözleşme işçi tarafından feshedilebilir ve bu durumda işçi kıdem tazminatına hak kazanabilir. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmakta iken yönetici seçilen işçilerin STİSK m. 23/I kapsamında iş sözleşmelerini feshetmeleri kendi yararlarına olacaktır. Aksi taktirde, yöneticilik görevleri devam ederken iş sözleşmesinde öngörülen sürenin dolmasıyla hem STİSK m. 23/II'de yer alan güvenceden yararlanamayacaklar hem de sözleşme kendiliğinden sona ereceğinden kıdem tazminatı alamayacaklardır.

⁶⁵ AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 18. Askının sona ermesinin iş sözleşmesine etkisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, Askı Teorisi, s. 116 vd.; AKTAY, ARICI, SENYEN-KAPLAN, İş Hukuku, s. 155 vd. Ayrıca bkz. SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı (Ünal Narmanlıoğlu Armağanı), 2007, s. 115-133.

⁶⁶ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 148.

⁶⁷ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 31; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 147.

⁶⁸ SÜZEK, Askı Teorisi, s. 117; SÜZEK, İş Hukuku, s. 508; AKTAY, ARICI, SENYEN-KAPLAN, İş Hukuku, s. 158; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, İş Hukuku, s. 705; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 181.

⁶⁹ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 145.

⁷⁰ SÜZEK, Askı Teorisi, s. 90; SÜZEK, İş Hukuku, s. 505.

C. Çalışma Koşullarının Belirlenmesi

SK m. 29'da yer alan "o andaki şartlarla" ibaresinin yeni sözleşmenin içeriğine ilişkin bir sınırlama getirdiği kabul edilmektedir⁷¹. STİSK m. 23/II'de de işçinin "o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun bir diğer işe" başlatılacakları hükmü yer almaktadır. STİSK'de yer alan bu hükümlerle de sözleşmenin içeriğine ilişkin bir sınırlama getirilmektir. Genel olarak askı teorisi açısından da, askı süresinin sonunda iş sözleşmesi taraflar arasında hiçbir değişikliğe uğramaksızın devam edeceğinden, işçi askıdan önceki işini yapacaktır, ancak işverenin işçiye aynı işi verme olanağı ortadan kalkmışsa, işveren işçinin eski işine denk veya ona uygun bir işi, ücretinde bir azalma olmaksızın vermek zorundadır⁷². Eski iş, işçinin o ana kadar göstermiş olduğu faaliyetlerin tümü göz önünde bulundurularak belirlenmelidir⁷³.

SK m. 29'da yöneticilik görevinin bitiminden sonra yeniden işe başlayan işçilerin eski kıdem hakları ile ücretlerinin saklı olduğu belirtilmekteydi. Bu nedenle, yeniden çalışmaya başlayan işçinin işten hiç ayrılmamış olması durumunda, o günün koşullarına göre kendisine hangi ücretin ödenmesi gerekiyor ise, o ücret üzerinden işe alınması yani emsal kıdem ve görevdeki işçiye ödenmesi gereken ücretin ölçüt olarak alınması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁴. Ayrıca işçinin işyerinden ayrı kaldığı süre içerisinde işyerinde uygulanan ve sona eren toplu iş sözleşmeleri ile getirilen tüm haklardan yararlanacağı da belirtilmekteydi⁷⁵. Ancak toplu iş sözleşmeleri konusunda bir ayırım yapılmakta ve işçinin talepte bulunduğu tarihte işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinde yer alan haklardan yararlanabilmesi için taraf işçi sendikasına üye olması veya dayanışma aidatı ödemesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁷⁶. SK döneminde öğretide dile getirilen bu esaslar STİSK döneminde de geçerliliğini sürdürecektir. Zira STİSK m. 23'ün son fıkrasında fesih durumu için de olsa "emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakların" esas alınacağından söz edilmektedir. Ayrıca STİSK iş sözleşmesinin askıda kalma esasını benimseydiğinden, bu esasın doğal bir sonucu olarak da askıdan önceki döneme ilişkin kıdem süresi göz önünde bulundurulacaktır.

Sendika yöneticiliğinde geçen sürenin, kıdeme bağlı haklarda işçinin kıdem süresinden sayılabiliş sayılamayacağı hususu da önemli bir konudur. Bir görüş, iş sözleşmesinin askıda olduğu sürenin kıdem süresinin hesabında kural olarak dikkate alınamayacağını, ancak sözleşme ile aksinin kararlaştırılabi-

⁷¹ ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 123.

⁷² SÜZEK, Askı Teorisi, s. 117.

⁷³ BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 125; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 543.

⁷⁴ BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 124-125; SUR, Toplu İlişkiler, s. 69-70; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 207; AKTAY, ARICI, SENYEN-KAPLAN, İş Hukuku, s. 86; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 544. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 20.3.1997, 1996/22609 E., 1997/5569 K. Kararda, işçi toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecek durumda ise bunun da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir (www.corpus.com.tr).

⁷⁵ ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 123; BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 125; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 544. STİSK açısından da aynı yönde bkz. ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 30; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanununun Değerlendirilmesi, s. 124; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, s. 337-338.

⁷⁶ ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 123; BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 125. Ayrıca bkz. SUR, Toplu İlişkiler, s. 70.

leceğini ileri sürmektedir⁷⁷. Diğer bir görüşe göre ise, askıda geçen sürenin kısa veya uzun olması veya askı durumu yaratan ifa engelinin niteliği (hastalık, iş kazası, analık, askeri veya kamusal görevler, zorlayıcı ya da kişisel nedenler, grev, lokavt vb.) fark etmeksizin ve yasadaki aksine bir düzenleme getirilmediği müddetçe bu süreler işçinin kıdem süresinin hesabında ve kıdem tazminatına esas sürenin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁷⁸. Kanaatimizce, askı süresinin somut olayın durumuna göre, makul kabul edilebilecek bir süreyi aşmadığı durumlarda işçinin kıdeminden sayılması olanaklı ise de, uzun süreli askı durumlarında askı süresinin işçinin kıdeminden sayılacağını kabul etmek oldukça güçtür. Zira yasal düzenlemelerimizde kıdem süresinin esas alındığı durumlarda, kıdem süresi en az 1 yıl süren işçilerin yıllık ücretli izin veya kıdem tazminatı hakkı doğabilmektedir. Bu çerçevede mevcut düzenlemeler açısından özellikle 1 yıldan uzun süren askı durumlarında, işçinin geçen 1 yıllık süre içerisinde hiç işgörmeye edimini yerine getirmediği sürenin dahi kıdem süresinin hesabında dikkate alınması açıklanması güç sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle somut olayın koşullarına göre kısa süreli sayılabilecek askı halleri kıdem süresinden sayılabilir ise de, uzun süreli askı halleri (özellikle 1 yılı aşan) kıdem süresinden sayılmamalıdır.

Yargıtay HGK'nun eski tarihli bir kararında⁷⁹, şu sonuca varılmaktadır: "kıdem tazminatının hesabında işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl gözönünde tutulacak ve yıldan artan süreler de maddede öngörülen oran üzerinden değerlendirilecektir. Davacının raporlu bulunduğu süre içerisinde işyerinde çalışması söz konusu değildir. İşçinin hizmet sözleşmesinin bozulması itibarıyla kısa süreli rapor dönemi kıdem tazminatında dikkate alınmakla beraber, bu süre makul ölçüyü aştığı takdirde sözleşme askıya alınmış sayılarak yukarıda değinilen 14.maddedeki tam yıla dahil edilmemeli ve kıdem tazminatı hesabına katılmamalıdır". Yeni tarihli bir başka kararda⁸⁰ da ücretsiz izinde geçen süreler ile tutukluluk ve hükümlülükte geçen sürelerin ve iş sözleşmesinin askıda olduğu diğer sürelerin kıdem süresinden sayılmayacağı vurgulanmaktadır. Başka bir kararda ise, işçinin kıdem tazminatına esas olacak sürenin sendika yönetim kurulunda görev olarak işyerinden ayrıldığı tarihte sona ereceği; yönetim kurulunda geçen sürenin kıdem tazminatı hesabına dahil edilemeyeceği açıkça belirtilmektedir⁸¹. Yüksek Mahkemenin bu içtihatları dikkate alındığında, özellikle sendika yöneticiliği nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda birkaç yıl süren askı durumunun işçinin kıdem süresi açısından dikkate alınacağını kabul etmek hayatın gerçeklerine aykırı olacaktır.

⁷⁷ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 10; AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 18, dn. 1; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 544.

⁷⁸ SÜZEK, Askı Teorisi, s. 110-112 ve 115. Aynı yönde MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, İş Hukuku, s. 702. Eski yöneticinin askıda geçirdiği sürenin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacağı yönünde ayrıca bkz. TUNCAY, A. Can, Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri, Sicil, S. 21, Mart 2011, s. 159.

⁷⁹ Yargıtay HGK, 16.11.1983, 1981/9-1067 E., 1983/1169 K. (www.kazanci.com.tr). Yargıtay 9. HD, 27.3.2007, 2007/512 E., 2007/8589 K. sayılı kararda (www.corpus.com.tr) ise, uzun süreli istirahat raporu alınarak çalışılmayan sürelerin ihbar önelini altı hafta aşan kısmının kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı sonucuna varılmaktadır.

⁸⁰ Yargıtay HGK, 11.4.2012, 2012/9-277 E., 2012/303 K. (www.corpus.com.tr).

⁸¹ Yargıtay 9. HD, 28.1.1999, 1998/17923 E., 1999/1089 K. (www.kazanci.com).

İş sözleşmesinin askıda kaldığı dönem ile ilgili bir soru işareti de, askı süresi içerisinde yöneticinin işyerindeki çalışan sayısı ile ilgili kuralların uygulanması bağlamında (örneğin yetkili sendikanın tespiti, grev oylaması, iş güvencesine ilişkin 30 işçi koşulu, engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü vb.), işyerindeki çalışan sayısına dahil edilip edilmeyeceği konusunda ortaya çıkmaktadır. İlk bakışta iş sözleşmesinin sona ermeyip, askıda olmasından ötürü yöneticinin çalışan sayısının tespitinde dikkate alınması gerektiği düşünülebilirse de, bu sonuç uzun yıllar sendika yönetiminde kalan kişilerin fiilen çalışmadıkları işyerinin işçi sayısına dahil edilmesi gibi hakkaniyete aykırı bir sonuç yaratmaktadır. Nitekim, işyerinde çalışan işçi sayısını referans alan bir çok düzenlemede de “çalışan”, “çalıştıran” gibi fiili durumu çağrıştıran ifadeler bulunduğu dikkate alındığında, söz konusu kişilerin işyerindeki çalışan sayısına dahil edilmemesi daha isabetlidir⁸².

D. Başvuru Süresi ve İşe Başlatmada Süre

STİSK m. 23'e göre; işçi yöneticilik görevinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde⁸³ işe başlatılmak üzere işverene başvurmalıdır. Bu süre yöneticilik görevinin sona erdiği tarihi takip eden günden itibaren başlayacaktır⁸⁴. Hak düşürücü nitelikte olan bu sürenin geçmesiyle başvuru hakkı ortadan kalkacaktır⁸⁵. Bu nedenle, yöneticilik görevinin sona ermesinden sonra bir aylık süre içerisinde işçinin işe başlatılmak için başvuruda bulunmaması halinde askı durumu ortadan kalkacaktır. Burada sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş sayılacağı ileri sürülmektedir⁸⁶. Başvuru süresinin başlangıcında veya içinde *zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması, haklı sebep veya yöneticinin aldatılması gibi nedenlerle sürenin geçirilmesi durumunda ek süre verilmesi* önerilmektedir⁸⁷. Ancak bu öneride bulunan yazarlar, “haklı nedenlerle bile olsa sürenin geçirilmesi durumunda, bu hakkın ortadan kalkacağı” şeklindeki kendi tespitleri ile uyumsuz bir sonuca ulaşmaktadırlar.

SK'da olduğu gibi STİSK'de de, işçinin başvurusu üzerine işverenin, bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir⁸⁸. Görevi,

⁸² ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 26; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 121-122; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, s. 333.

⁸³ SK m. 29/I'de, üç aylık bir süre öngörülmekteydi.

⁸⁴ GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 4; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 540.

⁸⁵ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 30-31; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 125; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, s. 338; NARMANLIOĞLU, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, s. 21; SUR, Toplu İlişkiler, s. 68; AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 23; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 147; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, İş Hukuku, s. 487; EKONOMİ, Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu, s. 86; AKTAY, ARICI, SENYEN-KAPLAN, İş Hukuku, s. 86; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 540; GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 4; NARMANLIOĞLU, Ferdi İş İlişkileri, s. 206; BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 105.

⁸⁶ Bkz. ŞAHLANAN, Öntasarılar, s. 1272; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 125. Eski yöneticinin süresi içerisinde başvurmamasının, sözleşmeyi kendisinin sona erdirmek istediği şeklinde yorumlanabileceği yönünde bkz. EYRENCİ, Taslak Hükümlerinin Değerlendirmesi, s. 208.

⁸⁷ BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 105; SUBAŞI, Yöneticilik Güvencesi, s. 540; UÇUM, OKCAN, Öntasarı, s. 92.

⁸⁸ İşverenin işçiyi bir aylık sürenin dolmasından sonra işe başlatması durumunda arada geçen süreye ilişkin ücret ve ikramiye haklarının işçiye ödenmesi gerektiği yönünde

STİSK m. 23/II'de belirtilen nedenlerle sona eren ancak bir aylık hak düşürücü süre içerisinde işe başlatılmak üzere işverene başvuruda bulunmayan yöneticinin daha sonra işverenden kıdem tazminatı talebinde bulunabilip bulunamayacağı tereddüt konusu olabilecek niteliktedir. Ancak, STİSK m. 23/III'te görevi herhangi bir nedenle sona eren yöneticilere kıdem tazminatı talep etme hakkı tanındığından, bu kişilere de kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini belirten görüşe katılmaktayız⁸⁹. Zira, STİSK m. 23'te yer alan düzenleme yöneticilik görevinin hangi nedenle sona erdiğine bakılmaksızın işçinin kıdem tazminatına hak kazanması esası üzerine oturtulmaktadır. STİSK m. 23/II'de belirtilen nedenlerle yöneticilik görevi sona eren kişilerin bir aylık süre içinde başvuruda bulunmaması durumunda, yalnızca yeniden işe başlatılma hakkı ortadan kalkacaktır. Yoksa, STİSK m. 23/III çerçevesinde (yöneticilik görevinin sona erme nedenine bakılmaksızın) kıdem tazminatı talep etme hakkına hanel gelmemektedir. İş sözleşmesinin kanun gereği kendiliğinden mi sona erdiği veya işçi tarafından mı sona erdirildiğinden bağımsız olarak, bir aylık sürenin geçmesinden sonra kıdem tazminatı talebinde bulunulması ancak temerrüt tarihi ile faiz ödenmesi gereken durumlarda faizin başlangıç tarihinin belirlenmesinde etkili olacaktır. Ancak, bir aylık süre içerisinde işçinin işe başlatılmak üzere işverene başvurmaması durumunda, yöneticilik nedeniyle askıda olan iş sözleşmesinin bir aylık süre sonunda işçi tarafından feshedilmiş sayılacağı⁹⁰, bu nedenle işçinin kıdem tazminatı hakkını kaybedeceği gerekçesiyle bu görüşe karşı çıkmaktadır⁹¹.

7. Yeniden İşe Başlatma Yükümlülüğüne Aykırılık ve Yaptırım

SK'da işverenin yöneticilik görevi sona erenleri yeniden işe almak zorunda olduğu belirtilmekte idiye de, Yargıtay işe alınmayan kişilerin işe iade davası açmalarına olumlu yaklaşmamaktaydı⁹². Öğretide, işe alınma istemi reddedilen işçinin işe alma yükümlülüğünün aynen ifası amacıyla işveren aleyhine dava açabileceği, hakimın vereceği kararın işverenin irade beyanı yerine geçerek taraflar arasında iş sözleşmesini kurmuş sayılacağı görüşü öne sürülmekteydi⁹³.

SK dönemine ilişkin bir Yargıtay HGK kararında, koşulları gerçekleşmesine karşın eski işçisini işe almayan işverenin sözleşmeyi feshettiği kabul edilerek işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağı sonucuna varılmakta-

bkz. Yargıtay HGK, 14.10.1987, 1987/313 E., 1987/728 K. (www.corpus.com.tr). Aynı yönde bkz. BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 122.

⁸⁹ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 148.

⁹⁰ NARMANLIOĞLU, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, s. 21.

⁹¹ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 30-31; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 125; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, s. 338.

⁹² Yargıtay 9. HD, 14.6.2010, 2009/22962 E., 2010/18561 K.; Yargıtay 9. HD, 23.7.2009, 2009/19629 E., 2009/22534 K. (Kararlar için bkz. www.corpus.com.tr); Yargıtay 9. HD, 8.3.1993, 1993/3445 E., 1993/3622 K.; Yargıtay 9. HD, 7.12.1987, 1987/10483 E., 1987/10747 K. (Kararlar için bkz. www.kazanci.com); Yargıtay 9. HD, 10.5.2000, 2000/2888 E., 2000/6824 K. (Karar metni ve incelemesi için bkz. TUNCAY, Karar İncelemesi, s. 44-52).

⁹³ TUNCAY, Karar İncelemesi, s. 51-52; ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 125; BAYBORA, Sendika Yöneticiliği, s. 127.

dır⁹⁴. Yargıtay'ın farklı tarihlerde bu konuya ilişkin verdiği çok sayıda karar⁹⁵ bulunmakla birlikte, anılan kararlar henüz kurulmuş bir iş sözleşmesi bulunmadan işverence yapılan fesihten söz edilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmekte ve Yargıtay'ca iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverene karşı aynen ifa davası açılabilmesinin kabul edilmesi durumunda konunun tutarlı ve sağlam bir esasa oturmuş olacağı ifade edilmekteydi⁹⁶.

Öğretide bir başka görüş ise⁹⁷, kurulmayan bir iş sözleşmesinin feshinden söz edilemeyeceğini, bu nedenle işçinin ihbar tazminatı ile kıdem tazminatına hak kazanamayacağını belirtmekte, ancak işverenin işçiyi yeniden işe almaması halinde tazminat sorumluluğu doğacağını, bu tazminatın hesabında da ihbar ve kıdem tazminatının dikkate alınması gerektiğini kabul ettiğinden yurkarda değinilen Yargıtay kararında varılan sonuca yaklaşmaktaydı.

Kanaatimizce, STİSK m. 23 kapsamında, işe başlatılma talebinde bulunan işçinin bu talebinin işverence kabul edilmemesi durumunda işe iade davası açılabilip açılmayacağı, başka bir ifadeyle iş sözleşmesinin feshinde haklı veya geçerli bir nedenin bulunup bulunmadığının yargı organı önünde tartışmaya açılabilip açılmayacağı konusunda madde metni sistematik bir inceleme tabi tutulmalıdır.

STİSK m. 23'ün ilk fıkrasında iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi düzenlenmiş iken, ikinci fıkrada sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılacağı belirtilmektedir. İş sözleşmesinin işverence feshinde işçinin talepte bulunabileceği iki önemli konu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi koşulları bulunmakta ise kıdem ve ihbar tazminatı, ikincisi ise işe iade talebidir. Bir görüşe göre; STİSK m. 23/II kapsamında iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılmasında derhal fesih faraziyesi öngörüldüğünden işveren ihbar tazminatı ile sorumlu tutulamayacaktır⁹⁸. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, STİSK m. 23/II hükmü sözleşmenin işverence usulsüz (belirsiz süreli sözleşmelerde bildirim süresi verilmeksizin, belirli süreli sözleşmelerde ise süresinden önce) feshedildiği şeklinde anlaşılacak ve somut olayın koşullarına göre işveren ihbar tazminatı, kıdem tazminatı ve bakiye süreye ilişkin ücret tutarında tazminat ödemekle yükümlü tutulabilecektir⁹⁹.

⁹⁴ Yargıtay HGK, 4.2.1998, 1998/9-46 E., 1998/11 K. Karar metni ve kararın SK m. 29'a aykırılığı hukuki bir yaptırıma bağlamasından ötürü yerinde olduğu, ancak hukuki yaptırımın dayanağı yönünden eleştirisi için bkz. ALPAGUT, Gülsevil, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, C. 12, S. 3, Mayıs 1998, (Çevrimiçi) <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/kik983.htm>, 1.10.2015. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 1.4.1998, 1998/9-238 E., 1998/252 K.; Yargıtay HGK, 30.9.1998, 1998/9-636 E., 1998/631 K. Aksi yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 4.12.1997, 1997/16268 E., 1997/20354 K.; Yargıtay 9. HD, 14.6.2010, 2009/22962 E., 2010/18561 K. (Kararların metni için bkz. www.corpus.com.tr); Yargıtay 9. HD, 4.11.1997, 1997/14430 E., 1997/18485 K. (www.kazanci.com).

⁹⁵ İşverenin yükümlülüğüne aykırı davranmasının işçiye tazminat davası açma hakkı vereceği yönünde bir karar örneği için bkz. Yargıtay HGK, 21.3.1984, 1982/9-875 E., 1984/283 K. (www.kazanci.com).

⁹⁶ ŞAHLANAN, Sendikalar Hukuku, s. 126; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, s. 444-445.

⁹⁷ GÜNAY, Profesyonel Yönetici, s. 7-9.

⁹⁸ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 34; AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 22.

⁹⁹ ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 184-185; NARMANLIOĞLU, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, s. 22.

STİSK m. 23'ün üçüncü fıkrasında, ikinci fıkrada sayılan nedenler dışında (sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek) yöneticilik görevi sona erenlere başvuruları üzerine işveren tarafından kıdem tazminatı ödeneceği, ödenecek tazminatın hesabında işyerinde çalışılmış sürelerin göz önünde bulundurulacağı ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakların esas alınacağı belirtilmektedir. Fıkranın son cümlesinde ise işçinin iş kanunlarından doğan haklarının saklı olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰.

Bu tespitler ışığında, acaba yöneticilik görevi sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona eren ve bir ay içerisinde ayrıldığı işyerinde işe başlamak üzere işverene başvuran ancak bu başvurusu herhangi bir nedenle kabul edilmeyen işçi işe iade davası açabilecek midir? Öğretide bu durum tartışmalıdır. Bir görüş işe iade davası açılabileceğini belirtmekte iken¹⁰¹, diğer bir görüşe göre¹⁰² işe iade davası açılmayacaktır.

Kanaatimizce yeniden işe başlatılma talebi işverence reddedilen işçinin işe iade davası açabileceği kabul edilmelidir. Zira, belirtilen durumdaki bir işçinin işe iade davası açamayacağına kabulü durumunda; maddenin ikinci fıkrasında öngörülen işçilerin, maddenin ilk fıkrası kapsamında iş sözleşmesini kendi iradesi ile fesheden işçiler¹⁰³ ve daha da önemlisi maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek halleri dışında bir nedenle

¹⁰⁰ İşçinin iş kanunlarından doğan haklarının saklı olduğunu belirten ifadenin adeta işe geri alınmayan eski yöneticiye kıdem tazminatı yanında sendikal tazminat hakkını da tanıdığı yönünde bkz. TUNCAY, Sendikalara İlişkin Kanun Taslağı, s. 159; TUNCAY, A. Can, Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, III. Çalışma Yaşamı Kongresi Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı, Ankara, ASMMMO, 2010, s. 419.

¹⁰¹ ALPAGUT, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 124; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 125; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, s. 339; ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 31; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler, s. 50; DEMİRCİOĞLU, CENTEL, İş Hukuku, s. 260; EYRENCİ, Taslak Hükümlerinin Değerlendirmesi, s. 208; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 185. 2821 sayılı SK'da değişiklik yapılmasına ilişkin ön tasarı hükmü açısından aynı yönde bkz. ŞAHLANAN, Öntasarılar, s. 1273; SÜZEK, İş Hukuku, s. 314.

İşe iade davası açılıp açılmayacağına değinmeksizin işverenin işçiyi süresinde işe başlatmaması durumunda sözleşmeyi feshetmiş sayılacağı ve fesihle ilgili hukuki sonuçlarla karşılaşacağı, böylece yönetici güvencesinin hukuki yaptırımının pekiştirilmiş olduğu yönünde bkz. DERELİ, Genel Bir Değerlendirme, s. 51; CANBOLAT, Talat, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler, Toprak İşveren, S. 96, Aralık 2012, s. 12; NARMANLIOĞLU, Toplu İş İlişkileri, s. 113. Ancak NARMANLIOĞLU, diğer incelemelerinde yönetici işçinin işe iade davası açamayacağı yönünde görüş belirtmektedir (NARMANLIOĞLU, Kanun Tasarısının Getirdikleri, s. 146, dn. 15; NARMANLIOĞLU, Sendika Yöneticisinin Güvencesi, s. 22-24).

¹⁰² UÇUM, OKCAN, Öntasarı, s. 91; ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 149-150. Eski işine başlamak üzere başvuran işçinin, işverence bir ay içerisinde işe başlatılmaması durumunda iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılmasının yöneticinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilip yararlanamayacağı konusunda tartışma yaratacağı yönünde ULUCAN, NAZLI, Taslağın Değerlendirilmesi, s. 1677; KUTAL, Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme, s. 166.

¹⁰³ Bu işçiler ikinci fıkrada düzenlenen güvenceden yararlanamayacaktır. Bkz. ULUCAN, NAZLI, Taslağın Değerlendirilmesi, s. 1676.

yöneticilik görevi sona eren işçiler karşısında hiçbir farklılığı kalmayacaktır. Çünkü, üç halde de işçi yalnızca kıdem tazminatını almaya hak kazanacaktır. Kanun koyucunun iradesi bu yönde olsaydı ikinci ve üçüncü fıkranın tek bir cümle şeklinde “Yöneticilik görevi herhangi bir nedenle sona erdiğinde, işverenden kıdem tazminatı talep edilebilir” şeklinde kaleme alınması daha yararlı olurdu. Kanun koyucunun ikinci fıkrada belirli nedenleri dikkate alması ve sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılacağını belirtmesi, üçüncü fıkrada ise “yukarıda sayılan nedenler dışında” ifadesini kullanmış olması nedeniyle ikinci fıkranın sonuçları ile üçüncü fıkranın sonuçları arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

STİSK m. 23’ün ikinci ve üçüncü fıkralarında kıdem tazminatı konusunda bir farklılık bulunmadığından, iki hüküm arasındaki farklılığın işe iade davası açılması noktasında toplandığı açıktır. Başka bir deyişle, STİSK m. 23/II kapsamında iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılan işçi işe iade davası açabilecekken, aynı maddenin üçüncü fıkrası kapsamında olanlar bu davayı açamayacaktır.

Açılacak işe iade davasında STİSK m. 23’de aksi yönde bir hüküm bulunmadığından İK m. 18’de yer alan (altı aylık kıdem ve işyerinde en az 30 işçinin çalışması) koşullarının varlığı aranacaktır¹⁰⁴. Bu açıdan, STİSK m. 23/II’de işverenin işçinin talebinden itibaren bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmakla yükümlü olduğu, anılan süre içerisinde işçinin işe başlatılmaması durumunda iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılacağı belirtilmektedir. Başka bir deyişle, başvurudan itibaren bir aylık sürenin dolmasıyla sözleşme feshedilmiş sayıldığından, işe iade davası açmak için İK m. 20/I’de öngörülen bir aylık süre sözleşmenin feshedilmiş sayıldığı tarihten itibaren başlayacaktır¹⁰⁵. Ancak, STİSK m. 23/II’de işçinin işe başlatılması için öngörülen bir aylık süre dolmadan, işveren işe başlatılmayacağını kesin bir şekilde işçiye bildirmiş ise, bir aylık dava açma süresi bu bildirimden itibaren işleyecektir.

STİSK m. 23/II işverenin sessiz kalmasına sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılması sonucunu bağlamıştır. İK m. 21/I’de iş sözleşmesinin feshinde “geçerli bir sebep bildirilmemesi” başlı başına feshin geçersiz sayılması için yeterli kabul edildiğinden, bir aylık süre içerisinde işverence hiçbir geçerli neden bildirilmemesi durumunda açılacak işe iade davasında işverence yapılan feshin geçersiz sayılması zorunlu hale gelecektir¹⁰⁶.

Bir aylık sürenin tamamlanmasından sonra veya işe iade davasının görülmesi sırasında işveren artık geçerli bir neden bildiremeyecektir. Ayrıca STİSK m. 23’de işçinin işe başlatılması “boş yer” bulunması koşuluna bağlı tutulmadığından, işverenin boş kadro bulunmadığı, işçinin istihdam edilebileceği kadroların dolu olduğu, yeni işçi alımının mümkün olmadığı şeklindeki

¹⁰⁴ ALPAGUT, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 125.

¹⁰⁵ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 31; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 125.

¹⁰⁶ Taraflarca iş sözleşmesinin askıya alındığı ancak askı süresinin dürüstlük kuralına göre makul süreyi aşmasına karşın işverenin işçiyi işe başlatmadığı durumlarda, iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayıldığı, ancak feshin bildiriminde şekle ve nedenle açıkça belirtilmesi koşuluna uyulmadığından, işletme gereklerinin var olup olmadığı araştırmasına girilmeksizin feshin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sayılacağı görüşü için bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s. 499-500. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 13.1.2005, 2005/282 E., 2005/1046 K. (www.corpus.com.tr).

savunmaları geçerli kabul edilemeyecektir. İşe başlatılma talebinde bulunan işçi “fiilen” işyerine çalışmadığından, işveren işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan bir nedene dayanamayacak, yalnızca işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebin varlığı iddiasıyla işçinin işe başlatılma talebini reddedebilecektir. İş sözleşmesinin askıda olması işçinin sadakat yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağından, işçinin askı süresi içerisinde sadakat yükümlülüğünü ihlal eden (örneğin işverenin sırlarını ifşa etme, ağır ve asılsız ithamlarda bulunma gibi) davranışları elbette ki iş sözleşmesinin feshi için haklı veya geçerli bir neden olarak kullanılabilir. Bu nedenle iş sözleşmesinin feshinde işçinin davranışlarına dayanılmamasında, sadakat yükümlülüğünü ihlal eden davranışlar istisna tutulmalıdır. Kuşkusuz bu noktada, geçerli sebebin bulunup bulunmadığının saptanmasında sorun yaşanması olasıdır. Örneğin, 5-10 yıl önce iş sözleşmesi askıya alınarak işyerinden ayrılan yöneticinin işe başlatılmaması durumunda geçerli sebebin varlığını tespit etmek güçtür¹⁰⁷. Ancak özellikle belirtilmelidir ki, işçinin işe başlatılması talebini reddeden işverenin bu davranışı (ayrıca sendikal bir nedenin varlığı söz konusu olmadıkça) tek başına iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi olarak kabul edilemeyecektir. Ancak öğretilde, işverenin iş sözleşmesinin feshinin, işçinin askı süresi içerisindeki davranışları, işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklandığı; işçinin ise feshin sendika yöneticiliği yapmasından kaynaklandığını iddia ettiği durumlarda, işe iade davasının davacı işçinin sendika yöneticiliğinin güvencesini düzenleyen STİSK m. 23'teki süreç sonunda açıldığı göz önünde bulundurularak, feshin sendikal nedenle yapıldığına ilişkin bir karinenin varlığından söz edilebileceği de ifade edilmektedir¹⁰⁸.

Kanunda açıkça sonuç bağlanmayan ancak uygulamada karşılaşılabilecek bir başka durum da belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmakta iken yönetici seçilen, yöneticilik görevi STİSK m. 23/II kapsamında sona eren işçinin durumuna ilişkindir. Örneği somutlaştıracak olursak 5 yıl süreli bir iş sözleşmesiyle çalışmaya başlayan, ancak 1 yıl sonra yönetici seçilmesinden ötürü iş sözleşmesini feshetmeden işten ayrılan bir işçinin 2 yıl yöneticilik görevinde bulunduğu ve daha sonra yeniden seçilemediği kabul edilecek olursa, bu işçi STİSK m. 23/II kapsamında işe başlatılması için başvuruda bulunduğu anda, işveren tarafından bir aylık süre içerisinde işe başlatılmazsa işe iade davası açabilecek midir? İK m. 18 vd.'da öngörülen işe iade davasının belirsiz süreli iş sözleşmeleri için öngörüldüğü gerekçesiyle bu işçinin işe iade davası açamayacağı ileri sürülebilir. Ancak bu ihtimalde işçi, TBK m. 438/I kapsamında kalan süreye ilişkin ücretini tazminat olarak talep edebilecektir.

İşverenin işe alma zorunluluğuna uymaması durumunda, SK m. 59 hükmü kapsamında idari para cezası öngörülmekteydi. STİSK'de ise bu konuda herhangi bir idari para cezası öngörülmemiştir. Kanaatimizce bunda, STİSK m. 23'de iş sözleşmesinin askıda kalacağına kabul edilmesi etkili olmuştur.

¹⁰⁷ ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler, s. 50-51. ŞAHLANAN, yöneticilikte geçen süre içerisinde, yöneticinin işverene karşı tutumunda, İK m. 25 kapsamında değerlendirilebilecek bir haklı feshin sebebi varsa; işin ve işletmenin gereği bunu öngörüyorsa işe başlatılmamanın bir geçerli sebebe dayandığının kabul edilebileceğini belirtmektedir (a.e., s. 51).

¹⁰⁸ ŞAHLANAN, Sendikalara İlişkin Hükümler, s. 31-32; ŞAHLANAN, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 125-126; ŞAHLANAN, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, s. 339.

8. Kanunun Yürürlüğünden Önce İş Sözleşmeleri Sona Eren Yöneticilerin Durumu

STİSK m. 23/II ve III'te öngörülen haklardan, kanunun yayımı tarihinde sendika yöneticisi olduğu için iş sözleşmesini feshetmiş olan yöneticiler de yararlanacaktır (STİSK geçici m. 5). STİSK geçici m. 5'te, m. 23/II kapsamında olanlar için bir aylık başvuru süresi öngörülmesine karşın, m. 23/III kapsamında olanlar için herhangi bir başvuru süresi öngörülmemesi nedeniyle bu kapsamdaki işçilerin yöneticilik görevinin sona erdiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde kıdem tazminatı ödenmesi için talepte bulunabilecekleri kabul edilmektedir¹⁰⁹. Anılan geçici maddenin kapsamında olan işçilerden STİSK m. 23/III çerçevesinde kıdem tazminatına hak kazananlarının hak ettikleri tazminatın başvuru anındaki emsal ücretten hesaplanamayacağı, kanunun yürürlüğünden önce gerçekleşen fesih tarihindeki ücretin esas alınacağı ileri sürülmektedir¹¹⁰. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira anılan geçici maddede; “Kanunun yayımı tarihinde sendika yöneticisi olduğu için iş sözleşmesini feshetmiş olan yöneticiler hakkında 23 üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri uygulanır. Ancak 23 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki nedenlerden biri ile görevi sona eren yöneticiler, bu tarihten itibaren bir ay içerisinde işverene başvurmak kaydıyla emsal ücret üzerinden kıdem tazminatına hak kazanır” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde açıkça STİSK m. 23/II ve III'ün uygulanacağından söz edilmektedir. STİSK m. 23/III'te ise; “Yukarıda sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise başvuruları hâlinde işveren tarafından kıdem tazminatı ödenir. Ödenecek tazminatın hesabında, işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulur ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınır” denilmektedir. STİSK m. 23/III'te açıkça emsal ücretin esas alınacağına belirtilmesi nedeniyle, kanunun yürürlük tarihinden önce iş sözleşmesini fesheden ancak STİSK geçici m. 5 nedeniyle kanunun kapsamına giren yöneticilerin m. 23/III kapsamında yapacakları başvurularda da, sözleşmenin fesih tarihindeki ücretin değil başvuru tarihindeki emsal ücretin esas alınması gerekmektedir. Nitekim öğretilerde de, geçici madde 5 kapsamında, yöneticilik görevi 23. maddenin ikinci fıkrasındaki nedenlerle sona eren yöneticilerle, bu nedenler dışında görevi sona eren yöneticilerin talep hakları bakımından bir fark bulunmadığı belirtilmektedir¹¹¹.

STİSK geçici m. 5'e tabi olan yöneticilerden, yönetici seçildiği sırada iş sözleşmesini feshetmiş olanlar, yöneticilik görevleri STİSK m. 23/II kapsamında sona erdiğinde, yeniden işe başlatılmayı talep hakkına sahip olmayıp, yalnızca emsal ücret üzerinden kıdem tazminatı talep edebilecektir¹¹². Zira bu kişilerin iş sözleşmeleri askıda olmayıp, daha önce sona ermiştir. Ancak öğretilerde, geçici m. 5'in ikinci cümlesi gözden kaçırılarak 6356 sayılı Kanunun yayımı tarihinde

¹⁰⁹ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 35; AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 22; ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 188. ÖZKARACA, yöneticinin işverene başvurduğu tarihten itibaren tazminata faiz yürütülebileceğini haklı olarak belirtmektedir. Ancak yazarnın, STİSK m. 23/III kapsamındaki yöneticilerin kıdem tazminatına hak kazanabilmeleri için, maddenin ikinci fıkrasında ve geçici 5. maddesinde yer alan bir aylık başvuru süresinin kıyasen uygulanabileceği şeklinde önerisine katılmamaktayız.

¹¹⁰ AKYİĞİT, Yöneticilik Güvencesi, s. 35; AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 23.

¹¹¹ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 153-154.

¹¹² ÖZKARACA, Sendikal Güvenceler, s. 189.

sendika yöneticisi olduğu için iş sözleşmesini feshetmiş olan yöneticilerden, yöneticilik görevi sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle sona erenlerin eski işverenlerine başvurarak işe alınmalarını talep edebilecekleri, burada bir iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun bulunduğu belirtilmektedir¹¹³. Bu görüşe katılmamız olanaklı değildir. Zira, STİSK geçici m. 5/c.2'de, bu kişilerin yalnızca kıdem tazminatı talebinde bulunabilecekleri açıkça belirtilmektedir.

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte işçi kuruluştaki yöneticisi olan, ancak geçici m. 5'te belirtilenin aksine iş sözleşmesini feshetmeyip, işverenle karşılıklı anlaşma ile askıya almış yöneticilerin güvenceden yararlanıp yararlanamayacağı sorusu akla gelebilir. Öğretide, belirtilen şekilde iş sözleşmesi yöneticilik görevi nedeniyle askıya alınanların STİSK m. 23 birinci fıkraya uyarınca görevlerinin devamı sırasında iş sözleşmesini feshederek fesih tarihindeki emsal ücret üzerinden kıdem tazminatına hak kazanabilecekleri; iş sözleşmelerini feshetmeyen yöneticilerin ise ikinci ve üçüncü fıkralarda yer alan güvencelerden yararlanabilecekleri ifade edilmektedir¹¹⁴. Bu görüşe biz de katılmaktayız. Zira kanunun yürürlüğe girmesinden önce tarafların anlaşması ile askıda olan sözleşme kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da STİSK m. 23/1 uyarınca askı halini devam ettirecektir. Bu nedenle askı halini devam ettiren sözleşmeye durumuna uygun fıkra hükümleri uygulanmalıdır.

SONUÇ

Profesyonel sendika yöneticilerinin güvenceleri konusunda 6356 sayılı STİSK ile uygulamadaki sorunları bir ölçüde çözüme kavuşturacak bir sistem benimsenmiştir. Buna göre; işçinin yöneticilik görevine seçildiği anda iş sözleşmesi askıya alınmaktadır. İşçi dilerse iş sözleşmesini sona erdirerek kıdem tazminatını alabilme olanağına da sahip kılınmaktadır. Burada bir anlamda iş sözleşmesinin derhal feshi için yeni bir fesih nedeni yaratılmaktadır. Ancak, belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışmakta olan yöneticiler açısından yeniden işe başlatılmada çeşitli güçlükler ortaya çıkabilecektir. Örneğin, iş sözleşmesinde öngörülen süre yöneticilik görevi devam ederken sona eren kişiler hem kıdem tazminatı alma hakkından mahrum kalacak hem de yeniden işe başlatılmalarını talep edemeyeceklerdir. Zira, iş sözleşmesinin askıda olması sözleşmede öngörülen sürenin işlemini engellemektedir.

İş sözleşmesi askıda olan yöneticilerin işyerinde işçi sayısının esas alındığı durumlarda işçi sayısına dahil edilip edilmeyecekleri de önemli bir sorun yaratabilecek niteliktedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu kişiler işçi sayısının esas alındığı durumlarda sayıya dahil edilmemelidir.

2821 sayılı SK döneminde denetim kurulu üyelerinin de yöneticilik güvencesinden yararlanmaları olanaklı iken, STİSK ile açık ve net bir şekilde yalnızca yönetim kurulu üyelerinin bu güvenceden yararlanabilecekleri belirtilmiştir. Bu durumu bir geriye gidiş olarak nitelendirmek mümkündür.

STİSK m. 23/II'de sendikanın tüzel kişiliğini kaybetmesi, seçime girmeme, yeniden seçilmeme veya kendi isteğiyle çekilmeden söz edilmektedir. Öğretide bu nedenlerin sınırlı olup olmadığı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu nedenlerin sınırlı olmadığı kabulü durumunda maddenin üçüncü

¹¹³ AKYİĞİT, İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, s. 22.

¹¹⁴ ASTARLI, Sendikal Güvenceler, s. 154.

fıkrası anlamsız hatta gereksiz bir hüküm niteliğini kazanacaktır. Bu nedenle, belirtilen nedenlerin sınırlı olduğunu kabul etmekteyiz.

Benzer şekilde STİSK m. 23/II'de öngörülen nedenlerle sendika yöneticiliği görevi sona erenlerin işverence yeniden işe başlatılmamaları durumunda işe iade davası açabilip açamayacakları konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre; belirtilen nedenlerle yöneticilik görevi sona eren ve işveren tarafından işe başlatılmayan kişiler işe iade davası açabileceklerdir. Zira, aksi bir durumunun kabul edilmesi maddeyi yalnızca kıdem tazminatı ödenmesini öngören bir hüküm niteliğine büründürülecek ve maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen ayrımı gereksiz hale getirecektir.

Yeniden işe başlatılma talebinde bulunan yöneticinin bir ay içinde işverence işe başlatılmaması durumunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılmaktadır. Bu çerçevede işverenin bir aylık süre içerisinde sessiz kalması durumunda açılacak olası bir işe iade davasında işe iade kararı verilmesi zorunlu hale gelecektir. Zira fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde işçiye bildirilmemesi tek başına feshi geçersiz kılmaktadır.

Yeniden işe başlatılmayan işçi tarafından açılan işe iade davasında işveren işyerinde boş yer bulunmadığı, işçi ihtiyacı olmadığı vb. savunmalar ileri sürmeyecektir. Zira işçinin yeniden işe başlatılması işyerinde boş yer bulunması koşuluna tabi değildir. Ancak işverenin hangi gerekçeleri ileri sürerek işçinin iş sözleşmesini geçerli bir şekilde feshedebileceği öğretisi ve uygulamayı oldukça meşgul edebilecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

AKTAY, Nizamettin, ARICI, Kadir, SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2012.

AKYİĞİT, Ercan, Yeni Sistemde İşçi Sendikası Yöneticilerinin Kıdem Tazminatı, Terazi, Yıl: 8, S. 79, Mart 2013, s. 18-23.

AKYİĞİT, Ercan, Yeni Kanun'da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, Legal İHSGHD, C. 9, S. 36, 2012, s. 3-36.

ALPAGUT, Gülsevil, 6356 Sayılı Kanununun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi Semineri, 22 Aralık 2012, Ankara 2013, s. 113-148.

ALPAGUT, Gülsevil, Karar İncelemesi, Çimento İşveren, C. 12, S. 3, Mayıs 1998, (Çevrimiçi) <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/kik983.htm>, 1.10.2015.

ASTARLI, Muhittin, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Oğuz Kürşat Ünal'a Armağan, C. 17, S. 1-2, Ocak-Nisan 2013, s. 141-183.

BAYBORA, Dilek, Türk İş Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Sendika Yöneticiliği, Ankara 2001.

CANBOLAT, Talat, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler, Toprak İşveren, S. 96, Aralık 2012, s. 8-18.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. bs., İstanbul 2013.

DEMİR, Fevzi, Sendikal Örgütlenmenin Önündeki Hukuksal Engeller, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 541-561.

DEMİRCİOĞLU, A. Murat, CENTEL, Tankut, İş Hukuku, 18. bs., İstanbul 2015.

DERELİ, Toker, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Normları Açısından Türkiye'de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslağının Değerlendirilmesi, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 54, 2008, s. 215-235.

DERELİ, Toker, 6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum, S. 36, 2013/1, s. 41-64.

EKONOMİ, Münir, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri, İstanbul 1969.

EYRENCİ, Öner, Toplu İş İlişkileri, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001 Yılı Semineri, Ankara 2003, s. 160-180.

EYRENCİ, Öner, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu İle Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Öngören Kanun Tasarı Taslağı Hükümlerinin Genel Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004, s. 199-217.

GÜNAY, Cevdet İlhan, Profesyonel Sendika Yöneticisinin Yeniden İşe Alınmamasının Hukuki Sonuçları, Tühis, Ağustos 2000, s. 1-10.

İNCİROĞLU, Lütfi, Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Çalışma ve Toplum, S. 36, 2013/1, s. 65-68.

KUTAL, Metin, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme, Sicil, S. 11, Eylül 2008, s. 73-95.

KUTAL, Metin, Sendika Temsilcileri ve Yöneticilerinin Hukuki Durumu, Hukuki Gelişmeler ve Sorunlar, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 511-524.

KUTAL, Metin, Sendika Yönetici ve Temsilcilerinin Hukuki Durumları, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, Ankara, 1997, s. 203-226.

KUTAL, Metin, Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme-31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı, Sicil, S. 25, Mart 2012, s. 159-177.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, 5. bs., Ankara 2012.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri, 4. bs., İstanbul 2012.

NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku: Toplu İş İlişkileri, 2. bs., İstanbul 2013.

NARMANLIOĞLU, Ünal, 19.03.2012 Tarihli Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısının Getirdikleri, Sicil, S. 27, Eylül 2012, s. 139-155.

NARMANLIOĞLU, Ünal, Sendika Yöneticisinin Güvencesinin Anlamı ve Kapsamı, Çalışma ve Toplum, S. 40, 2014/1, s. 11-28.

ÖZKARACA, Ercüment, 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum, S. 38, 2013/3, s. 173-215.

SAYIN, Ali Kemal, Toplu İş İlişkileri Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri, Sicil, S. 26, Haziran 2012, s. 67-77.

SUBAŞI, İbrahim, İşçi Kuruluşu Yöneticiliği ve Güvencesi, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 525-561.

SUR, Melda, İş Hukuku: Toplu İlişkiler, 4. bs., Ankara 2011.

SÜMER, Haluk Hadi, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi-Karar İncelemesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, C. 2, s. 1652-1658.

SÜMER, Haluk Hadi, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri-2007, İstanbul 2009, s. 207-265.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 9. bs., İstanbul 2013.

SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989.

SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı (Ünal Narmanlıoğlu Armağanı), 2007, s. 115-133.

ŞAHLANAN, Fevzi, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995.

ŞAHLANAN, Fevzi, İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi, Sicil, S. 29, Mart 2013, s. 145-149.

ŞAHLANAN, Fevzi, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Sendikalara İlişkin Hükümler), İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi Semineri, 22 Aralık 2012, Ankara 2013, s. 13-50.

ŞAHLANAN, Fevzi, Sendikalar Hukukunda 6356 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Ankara 2013, s. 41-55.

ŞAHLANAN Fevzi, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu İle 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Öngören Kanun Ön Tasarılarının Değerlendirilmesi, Legal İHSGHD, C. 1, S. 4, 2004, s. 1261-1290.

ŞAHLANAN, Fevzi, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi (6356 Sayılı Kanununun Değerlendirilmesi), Çalışma ve Toplum, S. 39, 2013/4, s. 110-142.

ŞAHLANAN, Fevzi, Sendika Yöneticilerinin Güvencesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 331-339.

TUNCAY, A. Can, Karar İncelemesi, Tühis, Kasım 2000-Şubat 2001, s. 44-52.

TUNCAY, A. Can, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri-2009, Ankara 2011, s. 229-280.

TUNCAY, A. Can, Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri, Sicil, S. 21, Mart 2011, s. 153-164.

TUNCAY, A. Can, Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, III. Çalışma Yaşamı Kongresi Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları ve İş Mevzuatı, Ankara, ASMMMO, 2010, s. 413-422.

TUNÇOMAĞ, Kenan, CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. bs., İstanbul 2013.

UÇUM, Mehmet, OKCAN, Necdet, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nda Değişiklik İçeren Ön Tasarının Hükümleri ve Genel Değerlendirmesi, Legal İHSGHD, C. 1, S. 1, 2004, s. 81-118.

ULUCAN, Devrim, Toplu İş İlişkileri Yasa Taslağı İle Kolektif İş Hukuku Alanında Önerilen Bazı Değişiklikler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, 2010, s. 231-240.

ULUCAN, Devrim, NAZLI, Seçkin, Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan, İstanbul 2011, C. 2, s. 1665-1697.

YILDIRIM, Akif, 6356 Sayılı Kanunun Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Hukukuna Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Terazi, S. 81, Mayıs 2013, s. 56-64.

YORGUN, Sayım, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanun Tasarı Taslaklarına İlişkin Görüş ve Öneriler, İşGüç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C. 12, S. 2, Nisan 2010, s. 9-23.

SENDİKALARIN DAVA EHLİYETİ, TARAF SIFATI VE DAVAYI TAKİP YETKİSİ

Bektaş Kar*

I. Kavramlar

1. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usuli işlemleri yapabilme ehliyetidir. Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildedir; dolayısıyla, medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip gerçek ve tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirler.

Bir davada tarafların taraf ehliyetine sahip olmaları dava koşullarından olup, bu hususun mahkemece kendiliğinden gözetilmesi zorunludur. Taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan; taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel teşkil etmekle defî değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir¹.

2. Taraf Sıfatı

Taraf sıfatına gelince; bir hakkı dava etme yetkisi (dava hakkı) kural olarak o hakkın sahibine aittir. Bir hakkın sahibinin kim olduğu, dolayısıyla o hakkı dava etme yetkisinin kime ait olduğu, (o davada davacı sıfatının kime ait olacağı) tamamen maddi hukuk kurallarına göre belirlenir. Sıfat, dava konusu sübjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkidir. Taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve davayı takip yetkisi, davanın taraflarının kişilikleriyle ilgili olduğu halde, taraf sıfatı dava konusu sübjektif hakka ilişkindir².

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 49 ve 50. maddelerinde; tüzel kişilerin, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanacakları ve iradelerini bu organları aracılığıyla açıklayacakları, aynı şekilde 6100 sayılı HMK.'un 52. maddesine göre ehliyeti haiz olan tüzel kişilerin yasal organları ile hareket edecekleri hüküm altına alınmıştır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi.

¹ Aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 gün ve E: 2004/4-371, K: 2004/375; 18.04.2007 gün ve E: 2007/5-233, K: 2007/221; 04.03.2009 gün ve E: 2009/10-34, K: 2009/104; 04.11.2009 gün ve E: 2009/2-402, K: 2009

² Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 1995, s.231

3. Dava Takip Yetkisi (HMK. Mad. 53)

Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir (HMK. Mad. 53).

Esas itibarıyla davayı takibi de kapsamaktadır. Davayı takip yetkisi tamamen şekli taraf kavramının bir sonucudur. Kural olarak dava ehliyeti bulunan kimsenin davayı takip yetkisi de mevcuttur; ancak, bazı durumlarda tarafın dava ehliyeti olmakla birlikte davayı takip yetkisi kendisi dışında üçüncü bir kişi tarafından kullanılabilir ya da kanun gereği kullanılması zorunlu olabilir. Bu yetkiyi kullanan kişinin gerçekte hukuki ilişkinin tarafı olmasına gerek yoktur. Davayı takip yetkisi bir dava şartı olup, mahkeme bunu kendiliğinden göz önüne alır³.

4. Sendika

Sendika kavramının temelinde “dayanışma yoluyla ortak çıkarların birlikte koruma ve geliştirme ihtiyaç ve kaygısının yattığı” kabul edilir⁴. Anayasa’nın 51/1 maddesi uyarınca “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir”.

Sendika; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 2/ğ maddesinde; İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar”, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 3/f maddesinde ise “Kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar” olarak tanımlanmıştır.

Bu düzenlemelerden hareket edersek, sendikanın “belli koşullarla hem çalışanların (işçiler veya kamu görevlileri) kurup üye olduğu, hem de işverenlerin kurup üye olabildiği, özel amaçlı ve özel hukuk tüzel kişiliğine sahip çalışma örgütü” olarak anlaşılması gerekir⁵.

Sendikalar, çalışma yaşamına ilişkin sorunlarını çözmek, ortak çıkarları ve hakları korumak, geliştirmek için kurulurlar. Sendika ayırım yapılmadan bütün herkesi kapsayan ekonomik ve demokratik bir kitle örgütü olup, çalışanların veya işverenlerin ortak hak ve çıkarları uğruna hareket eder.

II. Sendikanın Taraf Ehliyeti ve Taraf Sıfatı

Sendika tüzel kişiliğe sahip olması nedeni ile bir özel hukuk kişisidir ve bu tüzel kişiliği nedeni ile davada taraf olur. Bu nedenle Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraf sıfatına sahiptir. Bu taraf sıfatı doğrudan kendi tüzel kişiliğinden kaynaklanır.

Sendikalar özellikle toplu iş sözleşmesi yapmak ve bu arada gerekirse grev ve lokavt haklarını kullanmak için özel bir hukuku tüzel kişisi oluşturur-

³ HMK. Mad. 53. Gerekçesi.

⁴ Akyiğit, E. Toplu İş Hukuku El Kitabı. Şubat 2015. Seçkin. s: 157

⁵ Akyiğit, E, s: 158

lar⁶. Bu nedenle de Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda taraf ehliyeti ve taraf sıfatına haiz olurlar.

Bir tüzel kişi sıfatıyla sahip oldukları genel dava ehliyeti dışında sendikaların çalışma hayatındaki kimi noktalarda özel olarak dava ehliyetine sahip kılındığını söylemek mümkündür⁷.

Medeni yargılama hukukunda davada hukuki menfaat denildiğinde genelde anlaşılan bireysel hukuki menfaattir. Her kişi kendisinin bireysel ve doğrudan menfaatini temin için dava açar⁸. Sendikanın doğrudan kendi tüzel kişiliği ile ilgili uyuşmazlıkta bireysel menfaati vardır.

Ancak sendikanın, temsil ettiği topluluğun haklarını da koruma görevi vardır. Bu durumda ise kolektif hukuki menfaat devreye girer. Kolektif hukuki menfaat, birçok kişiden oluşan topluluğa ait menfaati ifade eder.

Sendikanın mevzuat, TİS, vs gibi hukuki temelden doğan ve birey olarak sadece belli bir üyeyi yahut sadece sendikayı ilgilendirmeyen uyuşmazlıktaki dava hakkı, kolektif nitelikte dava hakkı olarak nitelendirilir. Kolektif nitelikte açılan dava sonucunda sendika üyeleri yanında dayanışma aidatı ödeyen işçiler de yeri geldiğinde yararlanırlar.

Sendikanın Toplu İş Sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta bizzat kendi adına taraf olması da mümkündür. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 53. Maddesindeki yorum davası, keza uygulanan grevin/lokavtın yasadışıluğunun tespiti, keza TİS yetkisine itiraz davaları örnek gösterilebilir⁹. Bu tür davalarda, davayı sendika açar, ancak sonuçları sendika üyelerini bağlar.

Sendika yeri geldiğinde kendi adına ve fakat bireysel nitelikte dava da açabilir. Bunun en önemli örneği, sendika aidat alacağıının tahsili istemi ile açılacak davadır (6356 sayılı Kanun Mad.18).

Sendikanın özel hukuk tüzel kişisi olarak 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklarda taraf olduğu davalar;

- Sendika kapatılması (6356 sayılı STİSK. Mad. 7-31)
- Sendika yöneticiliği görevine son verme (Mad. 9)
- Genel kurulun işten el çektirilmesi-Kayyum tayini (Mad.12/6)
- Genel Kurul iptali (6356 sayılı STİSK. Mad. 15/2)
- Delege seçiminin iptali (Mad. 16)
- Sendika Üyeliğinin tespiti (6356 sayılı STİSK. Mad. 17/5)
- Sendika üyeliğinde çıkarma kararının iptali (Mad.19/4)
- İşyerlerinin Toplu İş Sözleşmesi yapma niteliğine sahip olup olmadığı (Mad. 34/4)
- İş kolu tespiti (Mad. 41)
- Yetki tespiti (Mad.43)

⁶ Günay, C. İlhan. Sendikalar Kanunu Şerhi. Ankara 1999. S: 135. Çelik, N. İş Hukuku Dersleri. İstanbul 1996. S: 262 vd.

⁷ Akyiğit, E, s: 338-339

⁸ Özkan, M. S. Sendikalar Kanunu Madde 32/3'e Göre Açılan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesinde Düzenlenen Topluluk Davaları Bağlamında Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011 S: 24. s: 173

⁹ Akyiğit, E. s: 339

- Toplu İş Sözleşmesinin hükümsüzlüğü (Mad. 45)
- Yorum davası. (Mad. 53)
- Grev oylamasına itiraz (Mad. 61)
- Grev ve lokavt dışında kalacak işçilerin tespitine itiraz (Mad.65)
- Grev ve lokavtın kanun dışı olduğunun tespiti-durdurulması (Mad. 71-72)
- Grevin sona erdirilmesi (Mad.75/6)
- Sendika aidat alacağı davası (Mad.18)

Sendikalar, hukukumuzda özel hukuk tüzel kişisi sayılmaktadır. Sendika şubelerinin ise tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Üye ve delegelerin dava açma ehliyetine karşılık, sendika şubelerinin tüzel kişiliği olmadığından dava açma ehliyetleri yoktur. Sendika ve şubesi aralarındaki ilişkilerde sendika hürriyetinin temel ilkelerine uymakla yükümlüdürler. Sendika şubelerinin genel kurul faaliyetleri de dahil faaliyet ve işleyişleri aynen sendikalarda olduğu gibi demokratik ve hür sendikacılığın ilkelerine ve hukuk devletinin esaslarına uygun olmalıdır. Kanuni ve hukuka uygunluk birlikte aranmalıdır¹⁰.

Kural olarak sendika şubelerinin tüzel kişiliği bulunmadığından davada taraf ehliyetleri yoktur. Sendika genel merkezi yetki verirse, şube yönetim kurulu dava açabilir. Ancak şube ile genel merkez arasında menfaat çatışması olduğu zaman, şubenin dava açması ve taraf olması kabul edilmektedir¹¹.

III. Sendikanın Dava Takip Yetkisi

Sendikaların çalışma hayatına ilişkin faaliyetlerinden birisi ve en önemli de üyeleri adına dava açmaktır¹². Bu dava takip yetkisi, üye adına kullanılan bireysel nitelikte bir haktır.

1982 Anayasa'nın 5982 sayılı yasa ile kaldırılan 53. maddesinin üçüncü fıkrasında, açıkça "...sendikalar ve üst kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilir..." hükmü yer almıştır. Sendikanın davayı takip yetkisi hem maddi hukuk, hem de usul hukuku içinde yer alan kurallar ile belirlenmiştir.

Sendikanın açacağı dava çalışanın, çalışma ilişkisinden ve sosyal güvenlik haklarından doğması gerekir. Sendika üyesinin çalışma hayatından, işçi ise iş ilişkisinden, kamu görevlisi ise statü ilişkisinden ve sosyal güvenlik hakkından doğmayan uyuşmazlıklarını takip yetkisi bulunmamaktadır. Kısaca sendika, üyesi çalışanın ticari, taşınmaz veya aile hukuku gibi uyuşmazlıklarını takip edemez.

¹⁰ Ancı, K. Demokratiklik Ve Hukuka Uygunluk Açısından Sendika Şube Genel Kurulları Kamu-is; C: 9, S: 1/2007, s. 26

¹¹ Y. 9. HD. 12.05.2015 gün ve 2015/13988 E, 2015/17426 K. "Sendikalar hukukunda, tüzel kişiliğin sadece sendika genel merkezlerine ait olması ve sendika şubelerinin tüzel kişiliğinin bulunmaması sebebiyle, sendika şubelerine dava yöneltilmeyeceği söylenilebilirse de, şube genel kurulunun iptali davaları söz konusu olduğunda konuya ihtiyatla yaklaşmakta zaruret bulunmaktadır. Nitekim sendika şubelerinin, merkez ile menfaat çatışması bulunması durumunda anılan davada taraf olarak yer almaması, şubelerin haklarını yeterince savunamama sonucuna yol açabilmektedir".

¹² Günay, C.İ. s: 702.

1. 6356 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca

Sendika, üyesi işçi adına 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş İlişkileri Kanunu'nun 26/2 maddesi¹³ uyarınca dava açma ehliyetine sahiptir.

Maddeye göre, "Kuruluşlar (Aynı kanunun 2/ğ gereği, Sendika ve konfederasyonları ifade eder), çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyumsuzluklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez".

Hükümde iki dava türü düzenlenmiştir.

Bunlardan ilki, sadece sendikalara tanınıp konfederasyonlara tanınmamış olan, yazılı başvuru üzerine sendikanın iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava takip yetkisine sahip olmasıdır. 6356 sayılı Kanun, bu tür uyumsuzluklarla ilgili olarak, üyenin yazılı onay vermesi koşuluyla yargılama sırasında üyeliğin sona ermesinin sendikanın dava takip yetkisini etkilemeyeceğini öngörerek bireyin iradesi dışında temsil edilmesini önlemiştir¹⁴. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerine dayanan eda davaları bu kategoride yer almaktadır.

İkinci türü ise, kuruluş olarak sendikanın, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyumsuzluklarda işçi ve işverenleri temsilen dava takip yetkisine sahip olmasıdır. Bu yetki, 2821 sayılı Kanunda sadece sendikalara tanınmışken, m.26/2'de "kuruluşlar" denilerek konfederasyonlara da tanınmıştır. Bu yetkinin kullanılabilmesi için sendika veya konfederasyona yazılı başvuru şartı aranmamaktadır. Bu dava ile korunmak istenen yarar, bireysel değil, çalışma hayatının ortak çıkarlarıdır¹⁵. Bu dava türü aşağıda incelenecek topluluk davası olarak 6100 sayılı HMK.'un 113. Maddesinde kurala bağlanmıştır.

İşçi adına, üyesi olduğu sendikanın yetkili olması için, sendikanın davacının çalıştığı iş kolunda örgütlenmesi gerekir. Bir başka anlatımla, davacı sadece işyerinin bağlı olduğu işkolundaki sendikaya üye olabilir. Farklı işkolundaki sendikaya üye olması halinde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, üyelik geçersiz olduğundan, söz konusu sendikanın işçi adına dava açma olanağı yoktur¹⁶.

¹³ Daha önce yürürlükte olan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 32. Maddesi.

¹⁴ Özkaraca, E. Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Tebliği, Tuncay/Savaş Kutsal, 121)

¹⁵ Özkaraca, E. Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Tebliği, Şahlanan, İşçi Sendikalarının Üyeleri Adına Dava Açması ve Sorumluluğu, Tekstil İşveren, Ocak 2012, Hukuk Eki 66, 3; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 70; Tuncay/Savaş Kutsal, 122; Sümer, Değerlendirme 2007, 240-241.

¹⁶ Y. 9. HD. 15.05.2006 gün ve 2006/9887 E, 2006/13508 K. "İşçi adına, üyesi olduğu sendikanın yetkili olması için, sendikanın davacının çalıştığı iş kolunda örgütlenmesi gerekir. Bir başka anlatımla, davacı sadece işyerinin bağlı olduğu işkolundaki sendikaya üye olabilir. Farklı işkolundaki sendikaya üye olması halinde 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 22. maddesi uyarınca, üyelik geçersiz olduğundan, söz konusu sendikanın işçi adına dava açma olanağı yoktur. Somut uyumsuzlukta, davalı işveren vekili, işverenin güvenlik hizmeti verdiğini ve genel iş kolunda faaliyet gösterdiğini, davacının ise 19

Sendikanın husumete ehil olması, işçinin sendikaya üyeliğinin kabulü ile başlar. Bir anlamda işçinin üye olması, sendikanın dava açması için yeterlidir¹⁷.

Sendikanın üye adına ve bireysel dava hakkı için, üye işçiden yetki alınması gerekir. Üye olmayan işçi adına dava açamaz. Dolayısı ile dayanışma aida-tı veren işçi adına, sendikanın bireysel dava takip yetkisi bulunmamaktadır¹⁸.

İşkolunda örgütlü sendikaya üye olunduktan sonra, sendikanın üyesi veya üye ölmüş ise mirasçıları adına dava açılabilmesi için üyenin veya mirasçıların yazılı başvuruda bulunmaları, sendikayı yetkilendirilmeleri gerekir. Zira sendikanın buradaki dava/temsil yetkisi kanundan değil, üyenin iradesinden doğmakta ve bireysel nitelik taşımaktadır¹⁹.

İşçinin iş sözleşmesinin sona ermiş olmasının sendika üyeliği devam etmekte olması halinde, sendikanın bu işçi adına dava açabilmesine engel bir durum oluşturmaz²⁰. Sendika üyesinin ölmesi üzerine mirasçıları temsil eden örneğin kıdem tazminatı davası açabilir. Keza üye işçi atılmış ise, sendika üyesi adına feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile sendika bireysel dava takip yetkisini kullanabilir²¹.

Sendika, işyerinde Toplu İş Sözleşmesi yapma için yetkili olmasa bile, üyesi adına dava açabilecektir²².

İşçinin sendikanın dava açması için ayrıca muvafakatname vermesi madde de öngörülmediği gibi bir geçerlilik veya şekil şartı olarak belirtilmemiştir. Sendikanın üye işçisi adına bu madde kapsamında dava açması halinde, üyelik fişi ve işçinin dava açması için sendikaya muvafakatname belgesinin dava dilekçesinde yer almaması halinde, bu eksikliğin giderilmesi için tarafa süre verilmesi ve sonucunun beklenmesi gerekir²³.

Sendikalar sosyal sigorta haklarının sağlanması amacıyla üyelerini temsilen dava açmağa yetkilidirler²⁴.

nolu demiryolu taşımacılığı işkolunda örgütlenen sendikaya üye olduğunu savunmuştur. Davalı işverenin bu savunması üzerinde durulmamıştır. Ön mesele olarak davalı işverenin faaliyet gösterdiği iş kolu ve davacının üye olduğu sendikanın örgütlendiği iş kolunun aynı olup olmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir”.

¹⁷ Y.9. HD. 17.05.2010 gün ve 2009/43904 E, 2010/13484 K.

¹⁸ Günay, C.İ. s: 702, Y. 9. HD. 17.06.1997 gün ve 1997/8854 E, 1997/12023 K.

¹⁹ Akyiğit, E. 341.

²⁰ Y. 9. HD. 16.6.1997 gün ve 1996/9938E, 1996/11805 K.

²¹ Y. 9. HD. 01.07.2010 gün ve 2010/26614 E, 2010/21355 K.

²² Günay, C.İ. s: 706, Y. 9. HD. 22.09.1995 gün ve 1995/8821 E, 1995/27947 K.

²³ Dipnot. 22’de belirtilen karar. “Dosya içeriğine göre davacı adına dava açan sendika vekili, davacının sendika üyelik fişini dava dilekçesi ekinde sunmuştur. Sendika davacı adına Sendikalar Kanunu’nun 32.maddesi uyarınca dava açma ehliyetine sahiptir. 17.08.2009 tarihli fesih bildirim tarihine göre dava bir aylık süre içinde 21.08.2009 tarihinde açılmıştır. Davacının üyesi olduğu sendika vekili, yargılama sırasında ayrıca davacının dava açılması için sendikaya muvafakatname verdiğine ilişkin belgeyi de sunmuştur. Dava açılması için belirtilen usulü işlemler tamamlandığına ve dava da süresinde açıldığına göre davanın esasına girilerek karar verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı şekilde ret kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

²⁴ Y. 10. HD. 13.05.2010 gün ve 2009/44 E, 2010/7147 K. “davacı Sendikaya dava açma konusunda yetki verdiğinin açıkça anlaşılması karşısında, söz konusu madde gereğince davacı Sendikanın aktif husumet ehliyetine sahip olduğu kabul edilerek işin esasına girilip varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde husumet ehli-

Sendika şubesinin tüzel kişiliği olmadığı için, varsa sendika tüzüğüne göre sendika genel merkezince yetki verilmiş olmadıkça şube yönetim kurulu dava açamayacağı gibi, sendikanın işçiler adına eda davası açabilmesi için işçilerden yazılı yetki belgesi alması gerekir²⁵.

Yargıtay 1086 sayılı HUMK zamanında sendikanın birden fazla üyesini temsilen ve onlardan alınan yetki belgelerine dayanarak açılan davada her bir işçinin haklarının diğerinden bağımsız olduğu gerekçesi ile birlikte görülmeceğine, her bir üye işçi adına ayrı ayrı görülmesi ve bu nedenlerle tefrik kararı verilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁶. Aslında benzer sebeplerden dolayı üye işçiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğundan usul ekonomisi yönünden birlikte görülmesi daha isabetli olacaktır. Nitekim doktrin bu yöndeki ihtihadi eleştirmiştir²⁷.

Sendikanın, işçinin ceza davası ile ilgili takip yetkisi olup olmadığı konusuna gelince; Burada işçinin sanık konumu ile mağdur/katılan konumu etkili olabileceği gibi işçinin iş ilişkisi kapsamında işlenen suçlar (işyerinde cinsel tacize uğraması, darp edilmesi, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu iş kazası sonucu yaralanması, sendikal örgütlenmesinin engellenmesi gibi hukuk yargılaması ile tazminat talep edilmesini gerektiren suçlar gibi) da etkili olacaktır. İşçinin katılan olarak iş ilişkisi kapsamında muhatap kaldığı ceza davalarında sendikanın davayı takip etmesi gerekir²⁸. Ancak sendikanın, üye işçinin ceza davasını takip edip etmeyeceği konusunda Yargıtay 5. Ceza Dairesi olumsuz içtihatlarla bulunmuştur. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26/2 maddesindeki düzenlemenin hukuk davaları/hukuk uyuşmazlıkları için geçerli olduğu gerekçesine dayanmaktadır²⁹. Örneğin sözkonusu ceza uyuşmazlıklarına konu olan ücretlerin geç ödenmesinden veya promosyon ödemesinin yapılmamasından dolayı görevi kötüye kullanma suçundan işveren vekili hakkında açılan kamu davasında sendikanın mağdur olan işçi adına kamu davasını takip etmesi gibi.

Belirtmek gerekir ki işveren veya vekilinin sendikal haklarını kullanılmasını engelleme suçundan yargılandığı kamu davasında, sendikanın mağdur işçiyi temsil etmesi, sendikanın kuruluş amacına ve faaliyetine de uygun düşecektir.

2. 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Uyarınca

Kanun "Sendika ve konfederasyonların yetki ve faaliyetleri" başlığını taşıyan 19. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendinde; "Üyelerin idare ile ilgili do-

yetinin yokluğundan davanın reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

²⁵ Günay, C.İ. s: 707. Y. 9. HD. 30.10.1987 gün ve 1987/9401 K. 1987/9694 K.

²⁶ Günay, C.İ. s: 702. Y. 9.HD. 21.10.1993 gün ve 1993/5055 E, 1993/14952 K.

²⁷ Günay, C.İ. s: 702. Postacıoğlu İ.E. Medeni Usul Hukuku Dersleri. B.6. İstanbul 1975. s: 285, Üstündağ, S. Medeni Yargılama Hukuku. C.I. İstanbul 1994, s: 297, Kuru, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, B.5 İstanbul 1991 C.III. s: 775-776, Narmanlıoğlu, Ü. Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1993. S: 145

²⁸ Aynı düşüncede Özkaraca, E. Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi.

²⁹ Y. 5. CD, 08.07.2014 gün ve 2013/1419 E. 2014/7523 K. Y. 5. CD, 23.06.2014 gün ve 2013/909 E. 2014/6874 K. Özkaraca, E. Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Tebliğinden.

ğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda, üyelerini veya mirasçılarını her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak", sendika ve üst kuruluşlarının yetkileri arasında sayılmıştır.

Kanun koyucu, 4688 sayılı Kanun'un yukarıda metni yazılı 19/2-f. maddesi hükmü ile, sendika ve üst kuruluşlarını, diğer tüzel kişiliklere genel hükümler uyarınca tanınan taraf olma ve dava açma ehliyetinin dışında, üyelerini ve bunların mirasçılarını temsil etme ve ettirme yetkisiyle de donatmıştır. Kamu görevlilerince kurulan sendika ve konfederasyonların, üyelerinin ortak ekonomik hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla üyelerini yönetim ve yargı organları önünde temsil etmeye ve dava açmaya yetkili oldukları; üyelerini ilgilendiren genel ve nesnel nitelikteki yönetsel işlemlere karşı yetkili organları aracılığıyla doğrudan dava açabilecekleri kuşkusuzdur.

4688 sayılı Kanun'un 19/2-f. maddesi, sendika ve üst kuruluşlarının, bizzat taraf oldukları hukuki ilişkiler dolayısıyla davacı ve davalı oluş şartları ile ortak çıkarların korunması için tanınan davacı olabilme sıfatından başka, hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya bunların mirasçılarını her derecedeki yargı organları önünde temsil etme ve dava açma hakkı da tanımaktadır. Kanun koyucu, getirdiği bu düzenleme ile, idare tarafından sendika üyesi kamu görevlisi hakkında kurulan bireysel (subjektif) işlemler nedeniyle bu ilişkinin tarafı olmayan sendika ve üst kuruluş, üyesinin isteğine bağlı olarak uyuşmazlığın çözümünde taraf olarak kendisini temsil etme yetki ve sorumluluğu vermektedir. Bu "hukuki yardım"ın sağlanmasının, sendika üyesinin "isteği"nin bulunması koşuluna bağlı olduğu ve ilgili üye ya da üyeler tarafından bu konuda açık bir temsil yetkisi verilmediği sürece sendikanın bireysel uyuşmazlıklar dolayısıyla üyeleri adına dava açma ehliyetine sahip olmadığı kuşkusuzdur.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19'uncu maddesinin (f) bendi uyarınca kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşlarının üyeleri hakkında tesis edilen bireysel (subjektif) işlemlere karşı üyelerini temsilen dava açma ve bu nedenle açılan davalarda taraf olma hakkı bulunmaktadır³⁰.

3. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesi Uyarınca Sendikanın Topluluk Davası Açması

Topluluk davaları, kolektif menfaatleri korumaya yönelik olup; bu suretle topluluk üyeleri, tek tek hak aramanın sıkıntısını yaşamaktan kurtarılmaktadır. Bu, hem usul ekonomisine uygun olarak ortaya çıkmakta; hem de hakların yaşama geçişi çok daha geniş kapsamlı olarak gerçekleşmektedir³¹.

Aslında 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmeden de 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 32. Maddesi kapsamında, sendikalar hukuku bağlamında topluluk davaları uygulanmakta idi. Ancak bu dava türü 6100 sayılı HMK ile yasal tanıma kavuşmuş oldu.

³⁰ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 03.03.2006 gün ve 2005/1 E, 2006/1 K.

³¹ Özkan, M. S. Sendikalar Kanunu Madde 32/3'e Göre Açılan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesinde Düzenlenen Topluluk Davaları Bağlamında Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011 S: 24. s: 173

Bu davada sendika üyeleri adına değil, ancak kendi adına dava açmakta, ancak açılan davanın sonuçları işçi topluluğunu etkilemektedir³². Bir anlamda sendikanın kolektif nitelikte dava takip yetkisi bulunmaktadır.

Bu davalarda, taraf olan sendikadır. Ancak dava işçi hakkı için açıldığından ortaya çıkan kesin hüküm, aynı zamanda işçi hakkında da kesin hüküm teşkil eder³³.

Burada sendikaların üyelerinin çalışma hayatı, mevzuat ve TİS'den kaynaklanan kolektif nitelikli haklarının sendikaca savunulması ile ilgili düzenleme getirilmiştir³⁴.

Bu davaların başında, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 53. Maddesinde düzenlenen yorum davası gelir³⁵.

6100 sayılı HMK.'un 113. Maddesinde düzenlenen topluluk davası ile ilgili hükme göre;

“Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir”.

Sendika bu madde kapsamında belirtilen tüzel kişilerden biri olduğundan üyeleri adına bu madde kapsamında dava açabilir. Topluluk davası ile sendika 6356 sayılı kanununun 26. Maddesi uyarınca üyelerini temsil etmektedir. Açılan dava üyelerinin menfaatleri ile ilgilidir.

Dolayısı ile sendikalar bu dava türü ile;

- 1) Üyelerinin haklarının tespitini (Tespit davası),
- 2) Üyeleri hakkında hukuka aykırı durumun giderilmesini ve
- 3) Üyelerinin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesini (Önleme-Ref davası), talep edebilir.

Öğretide bu tür davalara örnek olarak;

* Bir idari işlemin örneğin grev hakkını yasal çerçeveye aykırı biçimde sınırlayan bir yönetmeliğin iptali,

* Çevre kirliliğine son verilmesi, mevzuatın uygulanmasına yönelik talepler,

* Yorum davası,

* İşyerinde uygulanan grevin/lokavtın yasadışıluğunun tespiti,

* Olumlu/olumsuz yetki tespiti,

³² Özkaraca, E. Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Tebliği, Akyığıt, E. s: 339.

³³ Özkan, M. S. Sendikalar Kanunu Madde 32/3'e Göre Açılan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesinde Düzenlenen Topluluk Davaları Bağlamında Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011 S: 24. s: 174, HANAGASI, E., “Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları”, Haluk Konuralp Anısına Armağan C.I, s. 366 vd.

³⁴ Özkan, M. S. Sendikalar Kanunu Madde 32/3'e Göre Açılan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesinde Düzenlenen Topluluk Davaları Bağlamında Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011 S: 24. s: 175, ÖZBAY, İ. Grup Davaları, Ankara 2009, s. 31 vd

³⁵ Maddeye göre “Uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıklarda sözleşmenin taraflarınca dava açılabilir”.

* Kurulu bulunduğu işkolundaki bir işletmenin özelleştirilmesi işleminin iptali,

* Toplu iş sözleşmesinin düzenleyici bölümünün uygulanmaması veya eksik uygulanmasının tespiti talepleri gösterilmektedir³⁶.

Yargıtay'ın iş ve sosyal güvenlik hukuku uyuşmazlıklarına bakan Daireleri, 6100 sayılı HMK.'un topluluk davası ile ilgili hükmü yürürlüğe girdikten sonra eski 1086 sayılı HUMK zamanındaki alışkanlıklarından ne yazık ki vazgeçmemiş ve bu dava türünü benimseyememiştir.

Yargıtay'ın konu ile ilgili önüne gelen bu uyuşmazlıklarda topluluk davası yönündeki bakış açısına bakarsak;

1) Bunlardan ilki sendikanın asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmadığı yönündeki iş müfettişliği raporuna karşı itirazının dinlenip dinlenmeyeceği konusudur.

İş mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta³⁷ sendika asıl işveren ve alt işverenler arasındaki sözleşmelerin muvazaalı olduğunun tespiti için Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurur. Bölge Çalışma Müdürlüğü İş Müfettişliği, birden fazla alt işveren sözleşmelerinde bir kaçının muvazaalı, bir kaçının ise muvazaalı olmadığını tespiti yönünden rapor hazırlar ve sendika iş müfettişliği raporunun hatalı olduğunu belirterek ve davalı bakanlık ile işverenliği taraf göstererek, raporun iptali ve muvazaanın tespiti istemi ile dava açar.

Yerel iş mahkemesi yaptığı yargılama sonunda “dava konusu edilen alt işverenlik sözleşmelerinden iki sözleşmenin muvazaalı olduğunun ve bu sözleşme kapsamında çalışan işçilerin başlangıçtan itibaren davalı işveren işçisi olduklarının tespitine karar verir ve kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 24.11.2014 tarihli 2014/30415 E. 2014/34988 K. Sayılı kararı ile “sendikanın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3. Maddesi uyarınca asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti veya olmadığı yönündeki tespite, anılan madde uyarınca sadece asıl ve alt işverenin madde uyarınca itiraz hakkı olduğundan, bu madde kapsamında itiraz yolu ile takip yetkisi olmadığı, ancak 6100 sayılı HMK.'un 106. Maddesi (Aslında aynı yasanın 113. Maddesi uyarınca denilmesi daha isabetli olurdu) ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26/2 maddeleri uyarınca tespit isteminde bulunacağı vurgulandıktan sonra “*Asıl-alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti, madde kapsamında olanaklıdır. Ancak muvazaalı işleme konu olan alt işverenlik sözleşmesi kapsamında çalışan işçilerin sendika üyesi olduğunu ve onlar adına dava açtığını iddia etmediği gibi herhangi bir işçi adına temsilen de muvazaanın tespitini talep etmemiştir. Davacı sendikanın salt tüzel kişi olarak bu davayı açmakta güncel hukuki yararı bulunmadığından, davanın davacının sıfatına göre HMK.'un 114/e-h ve 115/2 maddesi uyarınca dava şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verilmesi gerekir. Mahkemece yazılı şekilde davanın esas tan kabulü hatalıdır*” gerekçesi ile kararı bozmuştur.

Ancak yerel mahkeme;

“*Sendika alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu belirterek dava açmıştır. Sendikanın dava açmakta güncel hukuki yararının bulunup bulunmadığı-*

³⁶ Özkaraca, E. Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Tebliği, Şahlanan, Sendikaların Üyeleri Adına Dava Açması, 3; Tuncay/Savaş Kutsal, 122; Sur, Toplu İlişkiler, 166-167; Sümer, Değerlendirme 2007, 241).

³⁷ Milas 1. Asliye Hukuk (İş) 02.02.2012 gün ve 2010/28 Esas, 2012/52 K.

nı anlayabilmek için alt işverenlik uygulamasının Sendika açısından etkileri üzerinde durmak gerekir. Asıl-alt işverenlik ilişkisinin kurulması halinde "Birinci olarak mevcut sendikalı işyerlerinde asıl işlerin bölümlerinin alt işverenlere dağıtılması ile işyerlerinde sendikal örgütlenmenin tasfiye edilmesi kolaylaşacaktır. İşyerinde sendikal örgütlülük muhafaza edilse dahi, asıl işin bölümlerinin alt işverenlere paylaştırılması ile toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi kitlesi daralacaktır." (İşletme ve İşin Gereği Taşeronlaştırma - Taşeron Cumhuriyetine Doğru - Necdet Okcan, Onur Bakır Çalışma ve Toplum, 2010/4). Yine aynı makalede belirtildiği gibi "alt işverenlik gerek sendikalı gerek sendikasız işyerlerinde asıl iş parçalanarak taşeron şirketlere dağıtılacak, bilhassa sendikalı işyerlerinde sendikal örgütlülük aşamalı olarak tasfiye edilecek, sendikasız işyerlerinde sendikalaşma neredeyse imkansız hale gelecektir."

Sendikalar alt işverenlere ait işyerlerinde örgütlenmede güçlükler yaşamaktadır. "Alt işveren uygulamasının yaygınlaşmasıyla birlikte parçalanmış iş gücünün örgütlenebilmesi her geçen gün neredeyse olanaksızlaşmış, alt işveren uygulaması Toplu İş Hukukunda ortaya çıkardığı hukuki sorunlarla sistemi kilitleme aşamasına getirmiştir." Murat Özveri, (2004), "Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Nisan-Mayıs-Haziran, S.2, Legal Yayınları, İstanbul, s.394. Doktrinde alt işveren uygulamasının sendikal örgütlenmeyi azaltma amacıyla kullanıldığı da ileri sürülmüştür. Aynı makalede bu konuya değinilmiştir: "Yargıtay kararları incelendiğinde, belirtilen biçimiyle alt işveren uygulamasının, sendikasızlaştırma ve giderek, toplu iş sözleşmesinin yapılmasının engellenmesi amacıyla sıkça kötüye kullanıldığını, kamu işyerleri de içinde olmak üzere, yasaya karşı hilenin etkili bir aracı olduğunu ortaya koymaktadır."

Alt işveren işyerinde çalışan işçilerin sendikal örgütlenmeleri daha zor sağlanabilmektedir. "Özellikle alt işveren işçileri ile geçici istihdam işletmeleri aracılığıyla işyerinde çalıştırılan işçiler, sendikal örgütlenme ve toplu sözleşme düzeninin dışına itilmekte, daha ağır çalışma koşullarına tabi kılınmakta ve çok düşük ücret ve sosyal yardımlara sahip bulunmaktadır." Prof. Dr. Ali Güzel, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, 2004/1). "İş Yasasının, alt işverenin asıl işverenin işyerinde, yardımcı iş-asıl iş ayırımı yapılmaksızın her türlü işi üstlenmesine engel herhangi bir kural içermemesi nedeniyle alt işverene iş verme uygulaması yaygınlık kazanmış ve bu mekanizma ucuz işçi çalıştırmanın ve sendikasızlaştırmanın etkili bir aracına dönüşmüştür." Prof. Dr. Ali Güzel, Alt İşveren Uygulamasında Güvencesiz Bir Sisteme Doğru Çalışma ve Toplum 2010/4).

Alt işveren uygulamasının sendikal örgütlenmeyle ilgili olumsuz etkilerine ilişkin bilimsel görüşler genel olarak benzer niteliktedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 tarihli Demir ve Baykara - Türkiye davası kararında Sendikal hakları oluşturan unsurlara ilişkin AİHM içtihadının gelişiminin anlatıldığı bölümde genel olarak bu konudaki içtihadın gelişimine değinildikten sonra sendikal haklarla ilgili temel unsurların neler olduğu sıralanmıştır. Kararın Mahkememizdeki uyumsuzluk ile ilgili olduğu düşünülen kısım ise şu şekildedir: "Bu liste nihai değildir. Aksine işçi-işveren ilişkilerindeki belirli gelişmelere bağlı olarak gelişmeye açıktır. Bu bağlamda AİHS'nin, insan haklarının korunması alanında gerekli olan gittikçe artan yüksek standardı yansıtmak amacıyla günün koşulları ışığında ve uluslararası hukuktaki gelişmelere uygun olarak yorumlanması gereken yaşayan bir Sözleşme olduğunun ve dolayısıyla demokratik toplumların temel değerlerine, ilişkin ihlallerine değerlendirilmesinde

daha büyük bir kararlılık gerektirdiğinin hatırlanması uygun olacaktır. Başka bir deyişle haklara getirilen kısıtlamalar, insan haklarının pratik ve etkili bir şekilde korunmasını sağlayacak şekilde dar yorumlanmalıdır. Dolayısıyla Sendikal haklar söz konusu olduğunda da Sendikanın gelişen işçi-işveren ilişkilerinde, işyerinde örgütlenmesini zorlaştıran ve hukuka aykırı olarak kurulduğunu iddia ettiği bir alt işverenlik ilişkisini doğrudan dava imkanının bulunduğunu da kabul etmek gerekir. Sendikanın muvazaalı olduğunu iddia ettiği bu alt işverenlik ilişkisini dava etmesinde korunmaya değer hukuki yararı vardır. Çünkü kanuna aykırı kurulan alt işverenlik ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde sendika kolay örgütlenememektedir.

İkinci olarak yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı ile birlikte ele alındığında, hızla değişen, gelişen, karmaşıklaşan ve gelişmeye devam eden günümüz işçi- işveren ilişkilerinde Sendikanın dava açma hakkının bu şekilde HMK.nun 106.maddesi kapsamında dar tutulması Sendikal örgütlenmeyi sınırlandırıcı bir etki yaratır. Bu anlamda çeşitli ülkelerde farklı kurumların geliştiği de görülmektedir. "Bu mekanizmalar, ortak hukuk sisteminin (Comman Lavv) egemen olduğu her yerde uygulanan ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde önemli olan sınıf davasını (grup davası, class action) kapsamaktadır. Ortak menfaatlerin temsil edilmesi fikrine dayanan sınıf davası, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde hâlen uygulanmaktadır. Bir davada davalının yapacağı savunma, mahiyeti itibariyle çok sayıda kişiyi ortak bir yolla etkiliyorsa, etkilenen kişilerin oluşturduğu sınıfın temsilcisi olan bir kişi, temsil ettiği kişilerin açık rızalarını almadan, ilgili sınıfın menfaatlerini korumak amacıyla mahkemede dava açabilir. Bu davaya sınıf davası denmektedir. Sınıf davasının amaçları hukukî güvenliği sağlamak, bireylerin daha etkin bir hukukî himayeden yararlanabilmelerini temin etmek ve dava sayısını azaltmak suretiyle usul ekonomisini gerçekleştirmektir. Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinde başarıyla uygulanmakta olan sınıf davası tüzel kişileri hedef tutmaktadır. Sınıf davası bu yapıyla, Roma hukukunda tasnif edilen dava türlerinden 'actiones populares'e dayanmaktadır.....Sınıf davası açan davacıların, bütün sınıfın ortak yararlarını korumak amacıyla hareket ettikleri ve dava sonunda verilen hüküm kendilerini de kapsadığı için (kamu yararıyla) kendi adlarına talepte bulduklarını kabul etmek gerekir." (Mustafa Özbek, Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. s 125). Dolayısıyla hukuki yarar konusunda da bir ileri adım atıldığı ve bu müessesenin de zaman içinde geliştiği görülmüştür. ... Sendikanın doğrudan alt işverenliğin muvazaalı olduğunu dava edebileceği sonucuna varılmıştır."

gerekçesi ile bozmaya karşı direnme kararı vermiştir³⁸.

Direnme kararının davalılar tarafından temyizi üzerine dosyayı 5521 sayılı Kanununun geçici 2.maddesi³⁹ uyarınca tekrar inceleyen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi **07.10.2015 gün ve 2015/19998 E. 2015/27698 K. sayılı kararı ile**

³⁸ Milas 1. Asliye (İş) Hukuk Mahkemesinin 03.03.2015 gün ve 2015/63 E. 2015/144 K.

³⁹ 5521 sayılı Kanuna 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla eklenen Geçici 2. maddesi uyarınca, "Bölge adliye mahkemelerinin, 5235 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, Yargıtay'ın bozma kararlarına karşı verilen direnme kararının temyizi halinde dava dosyası, önce kararı veren daireye gönderilir. Direnme kararları daireler tarafından öncelikle incelenir. Kararı veren daire, direnmeyi yerinde görürse kararı düzeltir; yerinde görmezse talebi on gün içinde Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna iletir."

“yerel mahkemece çeşitli öğreti görüşlerine yer vererek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararına gönderme yapmak suretiyle, alt işveren işyerlerinde sendikal örgütlenmenin zorluklarına dikkat çekilerek davacı sendikanın tespit davası açmasında hukuki menfaatinin olduğu sonucuna varıldığı ve direnme kararı verildiği, İş Müfettişleri tespitine esas başvuru da sendika tarafından yapılmış olup, bir işyerinde kurulan alt işverenlik ilişkisinin geçerli olup olmadığının tespiti noktasında asıl işverene ait işyerinde örgütlü bulunan sendikanın hukuki menfaatinin olduğunun kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle direnmenin doğru olduğu, yerel mahkemesince bu hususun düzeltilmediği anlaşıldığından, dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan davahalar vekillerinin bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun geçici ek ikinci maddesi uyarınca onanmasına” karar verilmiştir.

Bozma ve direnme kararını incelemek gerekirse;

Özellikle 4857 sayılı İş Kanunu’nun 3. Maddesi kapsamında muvazaalı asıl-alt işveren ilişkisinin tespiti ile ilgili itirazın sadece asıl ve alt işverene ait olduğu, sendikanın asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının tespiti istemini, ancak Sendikalar Kanunu’nun 26/2, 6100 sayılı HMK.’ün 106 ve 113. Maddesi uyarınca talep edebileceği açıktır. Bu yönde gerekçe ve karar isabetlidir.

Ancak ilk bozma kararında belirtildiği gibi “sözleşme kapsamındaki işçilerin kendi üyesi olmasını ve sendikanın onlar adına dava açtığını belirtmesini ya da bir işçi adına onu temsilen yani yazılı başvuru üzerine dava açmış olmasını arama” gerekçesi doğru değildir. Sayın Ercüment Karaca’nın 2014 yılı kararlarının değerlendirilmesi tebliğinde belirttiği gibi “Her şeyden önce davacı Sendikanın ancak sözleşme kapsamındaki işçiler kendi üyesiye bir hukuki yararının bulunacağını kabulü isabetli değildir. Zira bu dava sonucunda yapılabilecek, yardımcı iş olduğu düşünülen bir işin asıl iş olduğu, ilişkinin muvazaaya dayandığı vb. tespitlerin sendika açısından çok önemli sonuçları olabilir. Şöyle ki, bir işyerinde yürütülen yardımcı işlerin asıl işin girdiği işkolunda dahil sayılması kuralı işin alt işverene verilmemiş olması hali için geçerli olup, yardımcı iş alt işverene verilmişse bağımsız değerlendirilmektedir. Dolayısıyla geçerli bir alt işveren ilişkisinde alt işveren işçileri farklı bir işkolunda faaliyet gösteren asıl işin yapıldığı işyerinde örgütlü sendikaya üye olamamaktadır. Sendika bu şekilde söz konusu işçileri de üye yapma imkanına kavuşabilir. Hukuken ya da teknik olarak söz konusu işçilerin böyle bir tespit yapılmadan da bu sendikaya üye olabileceği yönündeki mülahazalar, sendikanın bu tespitteki hukuki yararını ortadan kaldırmaz. Muvazaanın tespiti sonucu işçilerin çalıştıkları işkolunun değişmesi, sonraki işkolu istatistiğini, bir işkolundaki sendikaların barajı aşma durumlarını dahi etkileyebilecek sonuçlar doğurabilir. Yine ilişkinin muvazaalı olup alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçisi sayılmasına bağlı olarak, bu işçilerin -varlığı halinde- söz konusu sendikanın yapmış olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için bu sendikaya üye olmak veya dayanışma aidatı ödemek yolunu seçmeleri yüksek olasılıktır ki, bunda da sendikanın güncel hukuki yararı bulunduğu kuşkusuzdur⁴⁰.

⁴⁰ Özkaraca, E. Yargıtay’ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Tebliği.

Kaldı ki gerek 6356 sayılı kanununun 26/2 ve gerekse 6100 sayılı HMK.'un 113. Maddesinde kuruluşların kolektif nitelikteki dava yetkileri düzenlenirken, bireysel nitelikteki farklı olarak, "üyelerini ve mirasçılarını temsilen" denilmemiş "işçi ve işverenleri temsilen" dava açabilecekleri belirtilmiş, üyelik bir koşul olarak aranmamıştır. Kuruluşlarca açılacak davalar işçi ve işverenleri temsilen açılmaktadır. Burada güncel bir hukuki yarar aranacaksa temsil olunan kolektif işçi/işveren topluluğunun hukuki yararına bakmak gerekir. Bu nedenle de Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerel mahkemenin direnme kararı üzerine bozma kararından dönmesi ve yerel mahkemenin kararını onaması yerinde olmuştur⁴¹.

2) Yargıtay'ın topluluk davası ile ilgili verdiği ikinci karar ise, yararlılık (işçi lehine şart) ilkesi ile ilgili içtihadıdır.

Yerel mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta işyerinde örgütlenen ve TİS bağtlayan sendika, işyerinde imzalanan Toplu İş Sözleşmesi ile yararlılık ilkesi kapsamında söz konusu sözleşmeye rağmen sendikaya üye işçilere imzalatılan bireysel iş sözleşmelerinde yer alan işçi lehine düzenlemelerin 6356 sayılı Kanununun 36. maddesi hükmü gereği toplu iş sözleşmesiyle birlikte uygulanması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme yararlılık ilkesi kapsamında açılan davayı kabul ederken, kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi **14.10.2014 gün ve 2014/24606 E. 2014/29508 K.** Sayılı kararı ile "bizatihi kendi tüzel kişiliği adına dava açan sendikanın HMK.'un 114/e maddesi uyarınca dava takip yetkisine sahip olmadığına, bu nedenle davanın dava şartı yokluğundan reddi gerektiği" gerekçesi ile kararı bozmuştur. Yargıtay'ın iş uyuşmazlıklarına bakan 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri⁴² istikrarlı olarak bu tür uyuşmazlıkta, ne yazık ki topluluk davası türünü yok sayarak aynı gerekçelerle sendikanın bu davayı açmada hukuki yararının bulunmadığını belirtmişlerdir.

İş uyuşmazlıkların bakan Yargıtay'ın 7,9 ve 22. Hukuk Daireleri'nin gerekçesi "*Toplu İş Sözleşmesinden veya yararlılık ilkesi uyarınca lehe olan iş sözleşmesinin ilgili hükmün uygulanmasından doğan hakların ihlali veya inkâr halinde, yani kısaca ademi ifa halinde ortaya çıkacak bir hak uyuşmazlığı mahkemede bir eda davasına konu yapılabileceği, eda davasını düzenleyen 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu m.61'deki "taraf" sözcüğüyle sözleşme taraflarının kastedilmediği; öyleyse, Toplu İş Sözleşmesinin tarafı işveren sendikası olsa bile, işçiler haklarını ihlâl eden işverenlerine karşı ifaya zorlama (eda) davası açabilecekleri, 6356 SK.'nın düzenlemesinde Toplu İş Sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda dava açma imkânına yer verilmediğinden, konfederasyonların toplu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda kolektif nitelikli dava açma imkânı olmadığı, buna karşılık bir toplu iş sözleşmesinin borç*

⁴¹ Aynı görüşte. Özkaraca, E. Yargıtay'ın Toplu İş Hukukuna İlişkin 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi

⁴² Y. 7. HD. 27.04.2015 gün ve 2015/14409 E, 2015/7293 K.
Y. 9.HD, 14.10.2014 gün ve 2014/30378 E. 2014/29509 K.
Y. 9.HD, 23.10.2014 gün ve 2014/30382 E. 2014/30768 K.
Y. 9.HD, 04.11.2014 gün ve 2014/31632 E. 2014/32410 K.
Y. 9. HD. 28.04.2015 gün ve 2015/11497 E, 2015/15217 K. Bu karar oy çokluğu ile verilmiştir. Karşı oy gerekçesinde sendikanın 6100 sayılı HMK.'un 113. Maddesi uyarınca tespit davası açmasında hukuki yararı olduğu belirtilmiştir.
Y. 22. HD, 14.04.2014 gün ve 2014/9649 E. 2014/7931 K.

doğurucu hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda sendikanın, uyuşmazlığın doğrudan tarafı olarak dava ehliyetine sahip olduğu, Toplu İş Sözleşmesinin normatif kısmının; iş sözleşmelerinin yapılması, içeriği ve sona ermesiyle ilgili hükümler olduğu, işçilerin bireysel haklarını ilgilendirdiği için bu kısma ilişkin eda davalarında, işçilerin yazılı temsil yetkisi vermesi gerektiği, Sendikaların kendi adına eda davası açamayacağı, buna karşılık toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yorumuna ilişkin davalarda sendikaların üye işçilerin yazılı başvurularına ihtiyaç duymadan kendi adlarına kolektif nitelikli bir dava açabilecekleri, üye adına ve eda davası açılması gereken bu uyuşmazlıkta hukuki yararının olmadığı” şeklindedir.

İlkesel olarak gerekçelere katılmakla birlikte, 6100 sayılı HMK.’un topluluk davası ile ilgili düzenlemesi dikkate alındığında, artık bu tür davaların dinlenmesi gerekir. Sendikaların anılan düzenleme gereği “üyelerinin haklarının tespitini, üyeleri hakkında hukuka aykırı durumun giderilmesini ve üyelerinin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesini” talep edebilecekleri ve somut uyuşmazlıkta Toplu İş Sözleşmesi ile yararlılık ilkesi uyarınca iş sözleşmesindeki lehe hükümleri uygulamayarak, işverenin sendika üyelerinin haklarını ihlal ettiği, sendikanın bunun giderilmesini istediği açıktır. Zira burada bir Toplu İş Sözleşmesinin uygulanmaması veya eksik uygulanması sözkonusudur. Bu uyuşmazlık kolektif nitelikte bir dava türü ile yargı organları önüne getirilebilir. Burada artık üye işçinin yetki belgesi vermesi ve eda davası açması gerekmez. Aksi takdirde topluluk davası ile getirilen düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır.

3) Sosyal Güvenlik uyuşmazlığı kapsamında sendikanın üyeleri adına açtığı uyuşmazlıkta, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Topluluk Davası kapsamında “sözleşmeli öğretmenlere ödenen öğretim yılına hazırlık ödeneğinden yapılan kesintilerin hukuka aykırı olduğunun tespiti” istemi ile sendikanın üyeleri adına 6100 sayılı HMK. 113. Maddesi kapsamında dava açabileceğini belirtmiş ve yerel mahkemenin aksi yöndeki kararını bozmuştur⁴³. Bir sosyal güvenlik Dairesi olarak Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, kanımca topluluk davasını kavram olarak yerinde ve isabetli olarak tanımlamış ve kabul etmiştir.

IV. Sonuç

Sendikaların (kuruluşların) 6356 sayılı ve 4688 sayılı yasalardan kaynaklanan kendi adına ve tüzel kişiliği ilgilendiren davalarında dava ve taraf ehliyetine sahip olmaları tüzel kişilik haklarından kaynaklanmaktadır. Aynı kanunlardan ve çalışma hayatından iş veya statü ilişkisinden doğan uyuşmazlıkları bireysel hukuki menfaat kapsamında üyeleri adına dava takip etmeleri yanında, bu kanunlarda kolektif hukuki menfaat nedeni ile üyelerinin haklarını korumak amacıyla dava takip yetkileri de (kolektif dava takip yetkisi) bulunmaktadır. Ancak 6100 sayılı HMK.’un topluluk davası ile ilgili 113. Madde-

⁴³ Y. 10. HD. 12.12.2013 gün ve 2012/9082 E, 2013/24142 K. “HMK.’nın yürürlük tarihinden önce açılan eldeki davada; her ne kadar tüzel kişiliği haiz Eğitim Bir-Sen’in, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 32’nci maddesi gereğince, davanın açıldığı tarih itibarıyla, aktif husumet ehliyeti bulunmuyor ise de, yeni usul hükümlerinin devam etmekte olan davalar bakımından derhal uygulanması mümkün olduğundan, Eğitim Bir-Sen’in, temsil ettiği sözleşmeli öğretmenlerin menfaatlerini korumak amacıyla, HMK.’nın 113’üncü maddesi gereğince iş bu davayı açma ehliyetine haiz olduğu anlaşılmaktadır.

sinin yürürlüğe girmesi ile dava takip yetkileri genişlemiştir. Sendika ve kuruluşlar, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler.

Ayrıca üyeleri adına dava takip yetkisinin sadece çalışma hayatından, iş ilişkisi veya statü hukuku ile bu ilişkinin tabi olduğu mevzuattan doğan hukuk uyumsuzlukları ile sınırlandırılmaması gerekir. Çalışana çalışma ortamında karşılaştığı ve mağdur olduğu suçların ceza yargılamasında da sendikanın çalışanı temsil etmesine olanak tanıma gerekir.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ'NİN TARAFLARCA DEĞİŞTİRİLMESİ

(CHANGING OF COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT BY PARTIES)

Doç. Dr. İbrahim Subaşı*

ÖZ

Toplu iş sözleşmesinin tarafları, gerek kendi aralarındaki ve gerekse üyelerinin karşılıklı hukuki ilişkilerini sözleşme süresinin sonuna kadar yeterli açıklıkla düzenlemek durumunda olmayabilirler. Bu bağlamda taraflar, sözleşmenin bazı hükümlerinin belirlenmesini daha sonraki bir tarihe bırakmak isteyebilirler. Sonra, toplu iş sözleşmesinde sonradan değişiklik yapılması, sözleşmenin imzadan sonra ortaya çıkan aksak yönlerinin giderilmesi veya ekonomik değişimlerin ortaya çıkması gibi yeni durumlara uydurulması bakımından bir gereksinim olarak da ortaya çıkabilir.

Günümüzde yaşanan çeşitli nedenler, tarafların toplu iş sözleşmesi ile kendi aralarındaki ve üyelerinin birbirleri ile olan hukuki ilişkilerini isabetli bir biçimde düzenlemelerini güçleştirmektedir. Bu durumda sözleşmenin yeni koşullara uydurulması ve uygulamada ortaya çıkan aksayan yönlerinin değiştirilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu bağlamda tarafların sözleşmenin bazı hükümlerini yeniden düzenlenmeleri gerekmektedir. Dirlik borcu gereği tarafların toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapabilmek için birbirlerini zorlamasına olanak verilmemesi yerinde ise de, tarafların anlaşarak toplu iş sözleşmesinde değişiklik yapmasına imkan verilmemesi için geçerli bir neden bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tarafların sonradan anlaşarak toplu iş sözleşmesinde dilediği değişikliği yapması mümkün değildir. Bu hak şekil ve içerik bakımından bazı sınırlamalara tabidir.

Anahtar kelimeler: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu Sözleşme Kanunu, Toplu iş sözleşmesinde sonradan değişiklik yapılması.

ABSTRACT

Sometimes parties of collective bargaining agreement are not able to arrange entire judicial relations with enough clarity. In this regard, needs of determining in some provisions of agreement would be postponed by parties. After signing the agreement, new situations such as solving the problems or economic changes would create needs for new arrangement.

Nowadays, some reasons create difficulties for well-directed arrangement on collective bargaining agreements in terms of union members and between

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu Sigortacılık Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

parties. In this situation, following the new conditions and change of defective aspects in the agreement must be unavoidable. In this regard, changing of some provisions in the agreement must be requirement. There is no reason to rule out changes when both sides agree with each other on the agreement although there is no opportunity to force each side for changing the agreement by peace duty. After all, parties cannot modify whatever they wish on the agreement after signing by agreeing with each other. This right subject to some limitation in terms of form and content.

Keywords: *The Labor Unions and Collective Bargaining Act, no.6356, Afterwards Changing on Collective Bargaining Agreement.*

I. 6356 SAYILI SENDİKALAR VE TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ KANUNU

1982 Anayasası sonrası çıkarılan 2821 ve 2822 sayılı Kanunlara ilişkin değişiklikler toplu iş ilişkilerinin önündeki engelleri ve yöneltilen eleştirileri ortadan kaldıramamıştır. Sendikal faaliyetlerde gelişme olmamış tersine işçi sendikaları ücret sendikacılığının dışına çıkamamış, toplu iş sözleşmesi dışındaki faaliyetleri oldukça sınırlı kalmıştır. Belirtilen olumsuz gelişmeler bu alanda yeni bir düzenleme yapma ihtiyacını zorunlu kılmıştır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu olarak yasalaşarak yürürlüğe girmiştir. 6356 sayılı Kanun; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) 'nun yerini almış ve tek bir kanunda 6356 sayılı Sendikalar Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) 'nda toplanmıştır.¹

Kanunun gerekçesine göre; bu Kanun, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepkiyi dikkate alarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını; özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlemektedir. Türk endüstri ilişkileri sistemini ileri taşıyan, çağın değerlerini yansıtan ve aynı zamanda Türk çalışma hayatının sorunlarına köklü çözüm getiren uzun soluklu bir kanun yapmak gerekmektedir. Kanun, Türk çalışma hayatının öteden beri evrensel normlara verdiği tepkiyi dikkate alarak, sendikal hak ve özgürlükler ile toplu sözleşme ve serbest toplu pazarlık hakkını; özgürlükçü ve demokratik toplum esasları temelinde yeniden düzenlemelidir.

Kanunda sendikal hak ve özgürlükler ile serbest toplu pazarlık süreçleri, toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Sendika kurma, sendikaya üyelik, sendika yöneticisi olma, sendikal güvenceler, sendikal faaliyetler, sendikaların işleyişleri, denetimleri, serbest toplu pazarlık, iş uyuşmazlıklarının çözümü ve toplu iş sözleşmelerinin düzeyi, 87 ve 98 No.lu ILO Sözleşmeleri paralelinde düzenlenmiştir.

6356 sayılı Kanunun amacı; işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarını düzenlemektir.

6356 sayılı Kanunda da 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi; toplu iş sözleşmesi (TİS) 'nde, aktedildikten sonra değişiklik yapılabilmesine ilişkin olarak

¹ RG., 07.11.2012, 28460

açık bir hüküm yoktur. 275 sayılı Kanunda ise TİS'nde sonradan değişiklik yapılabilmesine açıkça imkan tanıyan hükümler yer almaktaydı. 275 sayılı Kanunda; TİS'nin değiştirilmesinin yazılı olmadıkça geçerli olmayacağı (m.2), bir TİS'ne taraf teşekkül ile ilişkileri kesilmesine rağmen, o sözleşme ile bağlı sayılan işveren ve işçilerin, sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle getirilen hükümler ile bağlı olmadıkları (m.6), TİS değişikliklerinin dört nüsha olarak düzenleneceği ve altı işgünü içinde ilgili yerlere gönderileceği hükmüne bağlanarak, TİS'nde sonradan yapılacak değişikliğin şekli ve hükümleri açıkça düzenlenmişti (m.13/II).

275 Sayılı TİSGLK, tarafların yürürlükteki TİS'nde değişiklik yapma yetkisine sahip oldukları esastan hareketle, TİS'nin değiştirilmesine ilişkin hükümlere yer vermişti. Nitekim Kanunda değişikliğin yazılı olacağı (m.2); bir TİS'ne taraf işçi veya işveren teşekkülüne sözleşmenin yapılması sırasında üye olan işçi veya işverenin o teşekkül ile ilgisinin daha sonra herhangi bir suretle kesilmesi halinde dahi, sözkonusu işçi veya işverenin sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle getirilen hükümler dışında, o sözleşme ile bağlı kalacağı (m.6); TİS'nin değiştirilmesi halinde aynı maddenin 1. fıkrası hükmünün uygulanacağı, dört nüsha olarak düzenlenecek değişiklik hakkındaki anlaşma tutanağının birer nüshasının taraflara verileceği, iki nüshasının da çağırıcı yapmış olan tarafça altı iş günü içerisinde sözleşmenin işyeri veya işkolu düzeyinde yapılmış olmasına göre Bölge Çalışma Müdürlüğü veya Çalışma Bakanlığı'na gönderileceği belirtilmiş (m.13/2); TİS'nin değiştirilmesi hakkındaki hukuki belgeleri süresi içinde resmi mercilere göndermeyen işveren veya işçi veya işveren teşekkülü hakkında cezai bir yaptırım da öngörülmüştü (m.52)². 2822 sayılı TİSGLK hazırlanırken Hükümet Tasarısı'nın 2,6 ve 12. maddelerinde de benzer hükümler yer almıştı. Tasarı'nın TİS'nin değişikliğine ilişkin hükümleri Milli Güvenlik Kurulu Komisyonu'nda metinden çıkarılmış ve bu metin yasalaşmıştır.³ Bu nedenle 2822 sayılı Kanunda TİS'nde sonradan yapılacak değişikliklere ilişkin düzenlemeler yer almamıştır. Bu husus kanun koyucunun toplu iş sözleşmelerinin değiştirilmesini yasakladığı biçiminde yorumlanabilir. Ancak Kanunda; TİS'nin süresinin sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamayacağı, kısaltılamayacağı ve sözleşmenin süresinden önce sona erdirilemeyeceği hükmüne (m.7/I) bağlanmıştır. Kanun koyucu sonradan değişikliğe ilişkin olarak süre dışında bir kısıtlamaya yer vermemiştir. Bu nedenle, tarafların anlaşarak TİS'nde değişiklik yapabilecekleri sonucuna varmak gerekir, aksi takdirde TİS'nde değişiklik yapılamayacağına göre sözleşmenin imzalanmasından sonra süresinin taraflarca değiştirilemeyeceğine ilişkin kısıtlamanın bir anlamı kalmaz.⁴

² Münir EKONOMİ, Toplu İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, İHU (İş Hukuku Uygulaması), TSGLK, m.2 (No: 1).

³ Bkz. Olcay MİS/Erbaşar ÖZSOY, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, Ankara 1983, s.21, 35, 77.

⁴ Aynı görüş için bkz. M. Kemal OĞUZMAN, (İlişkiler) Hukuki Yönden İşçi - İşveren İlişkileri, C.1, 4.Bası, İstanbul 1987, s.94-95; Ömer EKMEKÇİ, (Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması) Toplu İş Sözleşmesinde Tarafların İradeleriyle Sonradan Değişiklik Yapılması, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 5, Eylül 1996, s.14-15; Seza REİSOĞLU, (Şerh) 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.81; ÜNAL NARMANLIOĞLU, (Grev) Grev, Ankara 1990, s.132; A. Can TUNCAY, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, Kasım 1989, s.35; Kenan TUNÇOMAĞ, (İş Hukuku) İş Hukukunun Esasları, Beta Yayınevi, İstanbul 1989, s.453; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s.421; ÇE-

6356 sayılı Kanunda da 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi (m.7/1); benzer hükümlere yer verilmemiş yalnızca; TİS'nin süresinin, imzalanmasından sonra uzatılmayacağı ve kısaltılmayacağı hükmüne bağlanmıştır (m.35/2). Sonradan değişikliğe ilişkin olarak ise süre dışında bir yasak getirilmemiştir. Bundan hareketle, 2822 sayılı Kanun döneminde öğretilen; tarafların anlaşmak suretiyle TİS'nde sonradan değişiklik yapabilecekleri sonucuna varmak gerektiği, aksi takdirde Yasada yalnızca sürede değişikliğe ilişkin yasak getirilmesinin anlaşılacakları isabetle ileri sürülmektedir. Kaldı ki, tarafların, üyeleri üzerinde bağlayıcı nitelikte kurallar koyabilme yetkisi, TİS'nin aktedilmesiyle birlikte sona ermez. Tarafların, bu kurallarda sonradan değişiklik yapabileceklerinin de kabulü gerekir. Zira, sonradan değişiklik yapabilme yetkisi de kural koyma yetkisinin bir parçasıdır.⁵

TİS'nin tarafları, gerek kendi aralarındaki ve gerekse üyelerinin karşılıklı hukuki ilişkilerini sözleşme süresinin sonuna kadar yeterli açıklıkla düzenlemek durumunda olmayabilirler.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

Toplu iş sözleşmesinin tanımı 6356 sayılı Kanunda; “İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır (m.2). Bu tanım 2822 sayılı Kanundaki tanımla (m.2) aynıdır. 6356 sayılı Kanun, TİS konularında 2822 sayılı Kanunun sistematüğünü benimsemiş ve bazı maddelerini aynen tekrarlamıştır.⁶

1. Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği

Toplu sözleşme düzeninin özerkliği, sözleşme taraflarının dıştan bir müdahale olmaksızın ücret ve çalışma koşullarını Anayasa ve Kanunların emredici kurallarına aykırı olmayacak bir şekilde serbestçe düzenlemeleri anlamına gelmektedir. Bu özerklik Anayasada da yer almaktadır. Anayasada açıkça “özerk-

LİK/Nurşen CANIKLIOĞLU/Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s.653-660; Öner EYRENCİ, Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Etkisi, İHU, TSGLK m.3 (No.2); Algun ÇİFTER, Toplu İş Sözleşmesinin Taraflarca Değiştirilmesi, Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, Ankara 1998, s.65-66.

⁵ Bkz. OĞUZMAN, İlişkiler, s.95; EKONOMİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); Seza REİSOĞLU, Şerh, s.81; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s.452; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.14-15.

⁶ CANBOLAT, (6356 sayılı Kanun) 6356 sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3 - 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Seçkin Yayınları, İstanbul 2013, s.59-60; Aynı yazar, (Toplu İş Sözleşmesi) 6356 sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.25; İbrahim SUBAŞI, (6356 sayılı Kanun) 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, Öz İplik İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen 30.Yılında Yeni Toplu İş Hukuku Düzeni Konferansı, Öz İplik İş Sendikası Eğitim Yayınları, İstanbul 2013, s.69; Aynı yazar, (Toplu İş Sözleşmesi) 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre Toplu İş Sözleşmesi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, İstanbul 2014, s.604.

lik” sözcüğüne yer verilmemiş olmakla birlikte, Anayasada m.53 hükmü bu sonucu doğurmaktadır. “Sözleşme muhtevasının serbestçe kararlaştırılabilmesi” anlamına gelen sözleşme özerkliği, toplu iş sözleşmesi tarafı işçi ve işveren ile sendikalarına ve kamu kesimi işvereni olarak Devlete de büyük sorumluluklar yüklemektedir.⁷

Toplu sözleşme özerkliği, işçi sendikaları ile işveren ve sendikalarına tanınan ve “kendi kendine yönetim” olarak adlandırılan geniş bir özerlik kavramının en önemlisini oluşturmaktadır. İşçi ve işveren taraflarına tanınan toplu sözleşme yapma özerkliği ile “siyasi demokrasi” yanında “iktisadi demokrasi” yaratılmış ve gelirin paylaşılması mücadelesinde işçi sendikalarına önemli bir güç sağlanmış bulunmaktadır.⁸

2. Toplu İş Sözleşmesinin İçeriği

Kanununun 2.maddesindeki tanıma uygun olarak 33.maddesinin ilk fıkrasında TİS'nin; iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içereceği belirtilmiştir. Belirtilen konular TİS'nin normatif (düzenleyici) kısmını teşkil etmektedir. 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi TİS'nin varlığı için normatif kısım zorunludur. Ancak bundan TİS'nin belirtilen konuların tümünü kapsamaması değil bunlardan en az birinin düzenlenmesi şeklinde anlaşılması gerektiği açıktır.⁹

6356 sayılı Kanunda 2822 sayılı Kanundaki düzenlemeye uygun olarak “*Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir.*” hükmüne de yer verilmiştir (m.33/2). Madde metnindeki “*içerebilir*” deyiimiyle TİS'nin varlığı için bu hükümlerin zorunlu bir unsur olmadığı ifade edilmiştir. 2822 sayılı Kanun döneminde yapılan açıklamalar ve konuya ilişkin varılan sonuçlar 6356 sayılı Kanun yönünden de geçerliliğini devam ettirecektir. Tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümlerin başında üyelik ve dayanışma aidatlarının kesilmesi ve yatırılması, işyeri sendika temsilcileri, temsilci odaları ve ilan tahtalarına ilişkin hükümler gelmektedir. 6356 sayılı Kanunla getirilen çerçeve sözleşmesinin içeriği de daha çok tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hüküm niteliğindedir. Sözleşmenin uygulanması ve denetimi ile uyuşmazlıkların çözüm yollarını düzenleyen hükümlerin başlıcaları ise TİS'nin uygulanmasında sendikanın sorumluluğu,

⁷ Devrim ULUCAN, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1981, s.69; Fevzi ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s.3-7; Fevzi DEMİR, (İş Hukuku) İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, Albi Yayınları, İzmir 2013, s.546; Melda SUR, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1990, s.3 vd.; TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s.331; TUNCAY/Burcu SAVAŞ KUTSAL, Toplu İş Hukuku, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s.152 vd.; A. Nizamettin AKTAY/Kadir ARICI/Emine Tuncay Senyen KAPLAN, İş Hukuku, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2012, s.413-414; Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku, 16. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2011, s.215-216; Murat DEMİRCİOĞLU/CENTEL, İş Hukuku, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.274-275; Kübra DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Etkisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.196-205.

⁸ ÇELİK, (İş Hukuku, 26. Bası) İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.509-510; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.653-660.

⁹ Turhan ESENER, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s.415; ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.524; TUNCAY, Toplu İş Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s.149; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.11-12; DEMİR, İş Hukuku s.551.

işçilerin şikâyetleri ve TİS'nin yorumlanmasından çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin hükümler oluşturmaktadır.¹⁰

Bazı yazarlara göre; toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri; emredici, zorlayıcı, yasa hükmü niteliğinde hükümlerdir. Taraflar dilerlerse, borç doğurucu (vecibevi) hükümleri de düzenleyebileceklerdir. Bu hükümler, borç doğurucu hükümlerdir. Bu hükümler Türk Borçlar Kanununun yorum ilkelerine göre yorumlanır. Taraflar iki grup hüküm dışında, TİS serbestisi içinde başka düzenlemeler de yapabilirler.¹¹

Tarafların kendi iradelerine tabi olarak TİS'ne koyabilecekleri hükümler Kanunda düzenlenmiştir. Bunlar TİS'nin Borçlar Hukuku'na ilişkin hükümleri ile düzenleyici hükümleridir. Kanun gereği, TİS tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanması ve denetimi ile uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri içerebilir. İrade serbestisi çerçevesinde taraflar sözleşmenin Borçlar Hukuku'na ilişkin kısmında sonradan diledikleri değişikliği yapabilir. Kanunda bu konuda bir sınırlama yoktur. Kanuna göre, TİS'nin iş sözleşmesinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenleyen hükümleri içermesi şarttır. Ancak, sözleşmenin bu konuların tümünü değil, en az birini düzenlemesi yeterlidir. Bu düzenleme ile sözleşmenin taraflarına emredici hukuk kuralları koyabilme yetkisi tanınmış ve bu yetkinin sınırları da belirtilmiştir. Taraflar yalnızca iş sözleşmesine ilişkin konularda üyelerini bağlayıcı kural koyma yetkisine sahiptir. Tarafların sonradan değiştirebilecekleri hususlar da bu konularla sınırlıdır.¹²

Taraflar işçinin hizmet ilişkisinden bağımsız nitelik kazanmış bulunan, doğmuş haklarına müdahale edemez. Taraflar üyelerinin hak ve borçlarına ilişkin hukuk kurallarını düzenleyebilir, ancak bu kuralların iş sözleşmelerini doğrudan doğruya etkilemesi sonucu üyelerinin doğmuş olan talep hakları üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamaz. Talep hakkı doğumuyla birlikte subjektif bir nitelik kazanır ve bu hakkı kullanıp kullanmamak hak sahibinin iradesine tabi olur. İşçi dilerse ibra akdi ile alacağından vazgeçebilir. TİS'nin geçerliliği yazılı şekil şartına bağlı olduğu için ibra akdinin de yazılı şekilde yapılması gerektiği söylenebilir.¹³ Buna karşın, TİS'ndeki bir kuralın düzenleyici etkisi o kural geçerli olduğu sürece vardır. Düzenleyici etki bu kuralların sözleşme süresinin bitimine kadar değiştirilememesi anlamına gelmez. Taraflar hakkın doğumunu sağlayan kuralı geleceğe yönelik olarak değiştirebilir, geçmişe yönelik olarak değiştiremez. Geleceğe yönelik haklar henüz doğmamış ve iş sözleşmesinin dışına çıkarak hak sahibinin tasarrufuna tabi talep hakkına dönüşmemiş ise, taraflar TİS'ndeki bir hakkı geleceğe yönelik olarak işçinin daha çok yararına veya daha az yararına değiştirebilir. İşçinin daha az yararına değişiklik hukuken geçerlidir. Bu yetki tarafların üyelerinin iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını düzenleyebilme erkinin bir sonucudur.¹⁴

¹⁰ DEMİR, İş Hukuku s.552-554; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.61-62; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi, s.27.

¹¹ Naci ÖNSAL, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Üzerine Notlar, Türk Metal Sendikası Yayını, Ankara 2013, s.71.

¹² ÇİFTER, s.70.

¹³ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.422; ÇİFTER, s.70.

¹⁴ ÇİFTER, s.70-71.

III. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

275 sayılı TİSGLK değişiklik anlaşmasının şekli konusunda hükümlere yer vermişti. Kanunda, TİS'nin değiştirilmesinin yazılı olmadıkça geçerli olmayacağı belirtilmişti. Yine, değişiklik anlaşmasının dört nüsha olarak düzenleneceği, birer nüshanın taraflara verileceği ve iki nüshanın da çağrısı yapan tarafça sözleşmenin işyeri veya işkolu düzeyinde aktedilmiş olmasına göre görevli makama gönderileceği öngörülmüştü. Bu hususları yerine getirmeyenler hakkında ceza yaptırım getirilmiştir.

2822 sayılı TİSGLK'nda değişiklik anlaşmasının şekli konusunda hükümlere yer verilmemiştir. Kanunun atfı uyarınca Borçlar Kanunu'nun uygulanması ve yazılı şekle tabi olan TİS'nin değişikliğinin de yazılı şekle tabi olması gerekir. Değişikliğe ilişkin metnin kaç nüsha olacağı ve kimlere verileceği hususları da Kanunda düzenlenmemiştir. Kanunun 20. maddesine paralel olarak beş nüsha olarak düzenlenmesi, birer nüshanın taraflara verilmesi, üç nüshanın da değişiklik talebinde bulunan tarafça görevli makama gönderilmesi Kanunun amacı bakımından gereklidir. Fakat bu hükme uyulmamış olsa bile değişiklik anlaşması yazılı olarak yapılmışsa geçerlidir.¹⁵

TİS'nin şekli ve süresi 6356 sayılı Kanunda 2822 sayılı Kanuna paralel şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; *toplu iş sözleşmesi yazılı olarak yapılacaktır* (m.35/1). 2822 sayılı Kanundaki gibi TİS'nin yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmayacağına ilişkin açık hüküm olmamakla birlikte burada belirtilen yazılı şeklin geçerlilik koşulu olduğu ve yazılı yapılmadıkça geçerli olmayacağı açıktır. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu; Kanunlarda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğunu, öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin hüküm doğurmayacağını belirtmektedir (m.12). Yazılı şeklin geçerlilik koşulu olmasının doğal sonucu olarak TİS'nde yapılacak değişikliklerin de ancak yazılı olarak yapılabileceğidir. Çerçeve sözleşmenin şekline ilişkin ise Kanunda bir düzenleme yoktur.¹⁶

6356 Sayılı STİSK'na göre; TİS yazılı olarak yapılır (m.35/1). TİS'nin yazılı yapılması bir geçerlik şartıdır.¹⁷ 6356 Sayılı STİSK'na göre; Toplu iş sözleşmeleri hakkında, bu Kanunda hüküm olmayan hâllerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanun ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile iş sözleşmesini düzenleyen diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır (m.80/2). Yasanın bu atfı gereğince uygulama alanı bulan 6098 sayılı BK hükmüne göre; Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur (m.13/1).

Böylece; yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmede yapılacak değişikliklerin de yazılı yapılması gerektiğinden (TBK md. 13), toplu iş sözleşmesinde sonradan yapılacak değişikliklerin de *yazılı şekilde* yapılması gerekir.¹⁸ Aksi takdirde geçersiz olur. Tarafların, sonradan değişiklikte uyulması gereken yazılı şekil hükmünü hafifletmeleri, örneğin değişiklik anlaşmasının sözlü olarak yapılabilmesini kararlaştırmaları mümkün değildir. Buna karşılık, şekil hükmünü ağırlaştırmalarına, örneğin 6356 Sayılı STİSK'na göre gereken ilan

¹⁵ OĞUZMAN, İlişkiler, s.95-96.

¹⁶ CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.69.

¹⁷ TUNCAY/KUTSAL, s.296.

¹⁸ OĞUZMAN, İlişkiler, s.95-96; Seza REİSOĞLU, Şerh, s.81; EKMEKÇİ, (Düzenleme Yetkisi) Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, s.111 vd.; TUNCAY/KUTSAL, s.296.

hükümünü (m.48/2) bir geçerlik koşulu haline dönüştürerek, değişikliğin ancak işyerinde ilan edildikten sonra yürürlüğe gireceğini kararlaştırmalarına bir engel yoktur.¹⁹ Noterde onaylanmış olması şart değildir.²⁰ Yargıtay'ın bir kararına göre; Protokolün geçerli olması için Noterden onaylanmış olması da gerekmez²¹.

TİS'nde sonradan değişiklik yapan metnin (protokolün), 6356 Sayılı STİSK (m.48/1) uyarınca, görevi makama tevdi edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu sonuç, TİS'nin görevli makama tevdi edilmesi yükümü getirmesinde izlediği amaca uygundur ve taraflarda bulunan değişiklik metninin birbirinden farklı olmasından kaynaklanan olası bir uyuşmazlıkta, Bakanlıkta bulunan metnin esas alınabilmesi ve değişiklik tarihinin belirlenmesi bakımından yararlıdır.²²

Bu konuya ilişkin olarak 6356 Sayılı STİSK'nda da 275 sayılı Kanuna paralel düzenlemeler getirilmesi daha isabetli olur.²³

IV. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKMÜ

6356 sayılı Kanuna göre; *TİS'nde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri TİS'ne aykırı olamayacaktır. İş sözleşmelerinin TİS'ne aykırı hükümlerinin yerini TİS'ndeki hükümler alacaktır* (m.36/1). Diğer yandan yararlılık ilkesi de korunarak *“Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir.”* hükmüne yer verilmiştir. Belirtilen düzenleme 2822 sayılı Kanuna paralel olup, sadece madde metninde *“hizmet akitleri”* yerine *“iş sözleşmeleri”* deyimine yer verilmiş²⁴ ve 2822 sayılı Kanunda yer alan *“Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır.”* hükmüne yer verilmemiştir. Esasen 2822 sayılı Kanundaki belirtilen hüküm gereksiz bir tekrardan ibaretti. Zira madde metninde yer alan iş sözleşmelerinin TİS'ne aykırı olamayacağı ve aykırı hükümlerin yerini TİS'ndeki hükümlerin alacağına ilişkin düzenlemeden başka bir sonuca varmak zaten mümkün değildir. Bu nedenle 6356 sayılı Kanunda yer verilmemiş olması isabetlidir.²⁵ Tüm düzenlemede işçi yararı öne alınmış, TİS ile iş sözleşmesi arasındaki farklılıklarda işçi lehine olan hükmün uygulanacağı düzenlenmiştir. İş sözleşmelerinin TİS'ne aykırı olmakla birlikte *“işçi yararına”* olan hükümleri korunmaktadır.²⁶

Belirtilen düzenleme tarafların toplu iş sözleşmeleri ile tıpkı yasa koyucu gibi emredici hukuk kuralları koyabilme özerkliğini ortaya koymaktadır. Bununla TİS'nin normatif kısmı (iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri) iş sözleşmelerini kanun gibi doğrudan doğruya ve emredici olarak etkileyeceği belirtilmiş olmaktadır. Konu sadece iş sözleşmesini etki-

¹⁹ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.17.

²⁰ TUNCAY/KUTSAL, s.296.

²¹ Yarg. 9. HD, 25.02.2014, E.2014/2478, K.2014/5936, Çalışma ve Toplum, 2014/3, s.387-389.

²² EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.17; TUNCAY/KUTSAL, s.296.

²³ Bkz. ÇİFTER; s.69.

²⁴ Bu konuda Kanunlar arasında birliktelik sağlanamamıştır. 4857 ve 6356 sayılı Kanunların yayım tarihleri arasında bir tarihte (RG., 04.02.2011, 27836) yayımlanan Türk Borçlar Kanunu “hizmet sözleşmesi” kavramını kullanmıştır.

²⁵ CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.70-71.

²⁶ DEMİR, İş Hukuku, s.590; ÖNSAL, s.77.

lemesi yönünden değil TİS'ndeki normatif hükümlerin hukuki niteliğinin “*objektif hukuk kuralı*” (maddi anlamda yasa hükmü) olarak kabul edilmesi nedeniyle bunların yorumunun yasaların tabi olduğu yorum kurallarına göre yapılması gerekir.²⁷ Nitekim Yargıtay da; 2822 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu kararlarında bu hususu kabul etmiştir.²⁸ Yargıtay'ın bu görüşü aynı esası benimseyen 6356 sayılı Kanun yönünden de geçerli olacaktır.²⁹

TİS'nin ard etkisine ilişkin 2822 sayılı Kanundaki esas korunarak 6356 sayılı Kanunda; “*Sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder.*” hükmüne yer verilmiştir (m.36/2). TİS'nin sona erme şekline ilişkin olarak 2822 sayılı Kanundaki “*Her ne sebeple olursa olsun*” ibaresine yer verilmemiştir. Ancak bu durum farklı bir sonuca varmayı gerektirmeyecektir. Bu nedenle TİS'nin ard etkisi için sona erme şekli önemli olmayacaktır. Belirtilen hükümlerle 2822 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi TİS'nin sona ermesiyle işçilerin sözleşme ile kazandıkları hakları devam ettirmeleri amaçlanmaktadır.³⁰

TİS'nin sona erdikten sonra yeni TİS'nin yapılıncaya kadar, sona eren TİS'nin art etkisini sürdüreceği, bu TİS hükümlerinin iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam edileceği düzenlenmiştir. Belirtilen düzenlemeyle TİS'nin sona ermesiyle normatif hükümlerinin emredici etkisinin sona ereceği ifade edilmiş olmaktadır. Bunun sonucu olarak Kanunda düzenlenen ard etki TİS'nin emredici etkisine maruz kalan iş sözleşmeleri yönünden geçerli olacaktır. Ard etki; TİS'nin sona erdiği tarihte var olan ve taraf sendikaya üyelik veya dayanışma aidatı ödemek suretiyle TİS'nden yararlanıyor olması nedeniyle belirtilen emredici etkiye maruz kalan iş sözleşmeleri için geçerli olacaktır. Bu nedenle TİS'nin sona erme tarihinden sonra yapılan iş sözleşmeleri ile sona erme tarihinden önce yapılmış olmasına rağmen emredici etkiye maruz kalmayan (yararlanma koşulları bulunmayan) iş sözleşmeleri için ard etkiden söz edilemeyecektir.³¹ Sona eren TİS'ndeki hizmet akdine ilişkin hükümlerin yenisi

²⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.550-551; NARMANLIOĞLU, (İş Hukuku) İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.486-491; Adnan TUĞ, Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara 1996, s.9.

²⁸ Yargıtay'a göre; TİS'nin ihtiva edeceği ve etmeyeceği hükümler 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununda düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 19. maddesine göre kanunun açık buyurucu hükmüne aykırı olmayan sözleşme hükümleri taraflar için uyulması zorunlu bağlayıcı objektif hukuk kurallarıdır. Bunlar arasında yer alan disiplin kurallarına taraflar uymak zorundadırlar. Disiplin kurallarına aykırı davranışlardan hangilerinin ne gibi disiplin cezalarını gerektireceği ve bu cezaların nasıl ve kim tarafından verilip uygulanacağı TİS ile düzenlenebilir. Herhangi bir disiplin cezasına maruz kalan işçi gerek fiil bakımından ve gerekse ceza bakımından verilen cezanın TİS düzenlenmesine aykırı olduğunu ileri sürerek yargı mercii önünde dava açıp bu cezanın sözleşmeye uygun olmadığını tespitini ve iptalini isteyebilir. (Yarg.9.HD., 20.04.1987, E.1987/3816, K.1987/3991).

²⁹ CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.71.

³⁰ DEMİR, İş Hukuku, s.623-625; CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.71; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.486-488.

³¹ CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.72; “Davacı TİS sona ermeden TİS'ne taraf işçi sendikası istifa etmiş ve istifa gerçekleşmiştir. Başka bir anlatımla TİS'nin sona erdiği tarihte davacı taraf işçi sendikasının üyesi olmadığı gibi, TİS'den de yararlanmamaktadır. Bu nedenle TİS'nin davacı yönünden hizmet akdi olarak devam ettiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.” (Yarg. 9.HD., 22.11.2006, E.2006/9890, K.2006/30806, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/2, s.258-259, direnme üzerine Yargıtay Hukuk Genel

yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam etmesi toplu iş sözleşmeden yararlanma niteliğinde değildir. Bu nedenle ard etkinin başlayabilmesi için TİS'nin sona erme tarihinde işçinin TİS'nden yararlanıyor olması gerekli ise de bu tarihten sonra ortada mevcut bir TİS'nin bulunduğundan söz edilemeyecektir. Bu nedenle ard etkinin devamı için yararlanma koşullarının da devam ediyor olması ya da işçinin üyelik veya dayanışma aidatı gibi herhangi bir aidat ödeme yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.³²

V. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİ

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre; TİS en az bir ve en çok üç yıl süreli olarak yapılabilir. TİS'nin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez (m.35/II).

Kanunun; TİS'nin yürürlük süresine ilişkin hükmü, emredici nitelikte olduğundan, sözleşmenin buna aykırı hükmü geçersiz olacaktır. TİS'ndeki böyle bir düzenleme sözleşmenin tamamını hükümsüz kılmaz. Kanunda TİS'nin kararlaştırılabilecek en az ve en uzun süresinin belirtilmiş olması nedeniyle, sözleşmede bir yıldan az sürenin kararlaştırılmış olması durumunda bir yıllık ve üç yıldan uzun sürenin kararlaştırılmış olması halinde de, kararlaştırılabilecek azami süre olan üç yılın, sözleşmenin yürürlük süresi olarak kabul edilmesi gerekir.³³

TİS'nin süresi 6356 sayılı Kanununda 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi *en az bir ve en çok üç yıl* olarak düzenlenmiştir (m.35/II). TİS bir yıldan kısa süreli yapılamaz, ancak işin süresi bir yıldan kısa ise TİS'nin süresi de bir yıldan kısa yapılabilir. İşin bitmemesi halinde bu sözleşmeler ancak takvim yılı sonuna kadar uzatılabilir. Eskiden olduğu gibi mevsimlik işler gibi faaliyeti bir yıldan az süren işler göz önüne alınarak sözleşme süresinin en az bir yıl olması koşuluna istisna getirilmiştir. Buna göre; *faaliyetleri bir yıldan az süren işlerde uygulanmak üzere, toplu iş sözleşmelerinin süresi bir yıldan az olabilir. Ancak bu durumda da işin bitmemesi halinde TİS bir yılın sonuna kadar uygulanacaktır* (m.35/III). Burada TİS sona ermemekte süresi Kanunda belirtildiği şekilde işin bitimi ve nihayet bir yılın sonuna kadar uzatılmış olmaktadır. Bu nedenle sona eren TİS'nin hizmet akdi hükmü olarak uygulanması mahiyetinde değil Kanunun açık hükmü gereği TİS'nin kararlaştırılan süresinin uzamasıdır. Bunun dışında Kanunun açık hükmü gereği *TİS'nin süresi, sözleşme imzalandıktan sonra taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez* (m.35/II). Kanunun TİS'nin süresine ilişkin hükmü emredici niteliktedir. Çerçeve sözleşmenin süresi de aynı şekilde *Kanunda en az bir ve en çok üç yıl olarak düzenlenmiştir* (m.33/IV).³⁴

STİSK, TİS'nin süresi konusunda kesin ve kararlı bir tutum izleyerek sözleşmenin imzalanmasından sonra sürenin uzatılıp kısaltılmayacağını, sözleşmenin kararlaştırılan süreden önce sona erdirilemeyeceğini öngörmüştür. Bu hüküm mutlak emredicidir. Böylece asgari ve azami sınırlar içinde kalmak

Kurulu yerel mahkemenin direnme kararını Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin gerekçeleri doğrultusunda bozmuştur, Yarg. HGK., 26.3.2008, E.2008/9-275, K.2008/282).

³² ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.551-552; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.488-490.

³³ ŞAHLANAN, s.186; EKMEKÇİ, Düzenleme Yetkisi, s.209.

³⁴ CANBOLAT, 6356 sayılı Kanun, s.70; SUBAŞI, 6356 sayılı Kanun, s.78; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesi, s.617-618.

kaydıyla dahi olsa tarafların sözleşmenin süresinde değişiklik yapmaları mümkün değildir. TİS imzalandıktan sonra hiçbir durumda süreye ilişkin değişiklik yapılamaz. Bu kesinlik sadece süreye ilişkin olup tarafların sonradan TİS'nin başka madde ve şartlarında değişiklik yapmalarına bir engel bulunmamaktadır.³⁵

TİS'nin imzalanması sırasında taraflar kanunda öngörülen sınırlar içerisinde sözleşmenin süresini istedikleri şekilde kararlaştırabilirler. Ülkemiz uygulamasında toplu iş sözleşmelerinin genellikle iki yıl süreli olarak yapıldığı görülmektedir. Sözleşme imzalandıktan sonra taraflar artık kanunda öngörülen azami üç yıllık süre içerisinde kalsa da sözleşmenin süresi konusunda herhangi bir değişiklik yapamazlar.³⁶ Bu nedenle taraflar açık bir anlaşma ile sözleşmenin süresini kararlaştırılan süre dışında uzatamayacakları gibi, örneğin iki yıllık yapılan bir toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce feshi ihbarının yapılmadığı takdirde kanunda öngörülen azami süre olan üç yılın sonuna kadar uygulanacağını kararlaştırmış olmalarına da herhangi bir geçerlilik tanınmayacak, sözleşme kararlaştırılan iki yılın sonunda kendiliğinden sona erecektir.³⁷ Esasen; TİS'nin bitiminden önceki yüzyirmi gün içinde yeni sözleşme için yetki işlemlerine başlanabileceğini öngören 6356 sayılı Kanunun m.35/IV hükmü de bu düşünceyi doğrulamaktadır.³⁸ Kanunda yenilemeye ilişkin hükme yer verilmemiş olması ve sözleşmenin süresine ilişkin anılan hükmü karşısında 275 sayılı Kanun döneminde sorun yaratan "yenilemeye" de olanak tanınmadığı anlaşılmaktadır.³⁹

Kural olarak; TİS'nin tarafları birlikte düzenledikleri hükümleri yine birlikte (anlaşarak) değiştirebilirler, bunun tek istisnası toplu iş sözleşmesinin süresidir.⁴⁰

Taraflardan biri TİS'nin bitiminden yüz yirmi gün önce yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilecektir. Ancak yapılacak TİS yürürlükteki TİS sona ermeden yürürlüğe girmeyecektir (m.35/IV).

VI. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

TİS'nin tarafları, gerek kendi aralarındaki ve gerekse üyelerinin karşılıklı hukuki ilişkilerini sözleşme süresinin sonuna kadar yeterli açıklıkla düzenlemek durumunda olmayabilirler. Bu bağlamda taraflar, sözleşmenin bazı hükümlerinin belirlenmesini daha sonraki bir tarihe bırakmak isteyebilirler. Sonra, TİS'nde sonradan değişiklik yapılması, sözleşmenin imzadan sonra ortaya

³⁵ TUNCAI/KUTSAL, s.287.

³⁶ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.578-579; Aynı yazar, Toplu İş Sözleşmesinin Kişi ve Zaman Açısından Uygulama Alanına İlişkin Bazı Sorunlar, İşçi ve İşveren İlişkilerinde Gelişmeler Semineri, Tühis Yayını, İstanbul 1980, s.146; EKONOMİ, (Toplu İş Sözleşmesi) Toplu İş Sözleşmesinin Niteliği, Hükümleri, Uygulama Alanı ve Sona Ermesi Konularında Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Toplu İş İlişkilerini Düzenleyen yeni Kanunlar Karşısında Önceki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1983, s.85-86; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.187; EKMEKÇİ, Düzenleme Yetkisi, s.212; TUĞ, s.215.

³⁷ ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi s.187.

³⁸ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.579-580; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.187-188.

³⁹ CANBOLAT, (Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı) Toplu İş Sözleşmesinin Kişiler Açısından Uygulama Alanı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 1998, s.60.

⁴⁰ ÖNSAL, s.76.

çıkan aksak yönlerinin giderilmesi veya ekonomik değişimlerin ortaya çıkması gibi yeni durumlara uydurulması bakımından bir gereksinim olarak da ortaya çıkabilir. Türk Hukukunda tarafların TİS'ni süresinden önce sona erdirerek, gereksinimlere uygun yeni bir TİS aktedemeyecekleri hususu gözönünde bulundurulduğunda, bu gibi gereksinimlerin karşılanabilmesi bakımından sözleşmede sonradan değişiklik yapılabilmesinin önemi daha iyi ortaya çıkar.⁴¹

Günümüzde yaşanan ekonomik durgunluk, enflasyon ve diğer nedenler, tarafların TİS ile kendi aralarındaki ve üyelerinin birbirleri ile olan hukuki ilişkilerini isabetli bir biçimde düzenlemelerini güçleştirmektedir. Bu durumda sözleşmenin yeni koşullara uydurulması ve uygulamada ortaya çıkan aksayan yönlerinin değiştirilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Bu bağlamda tarafların sözleşmenin bazı hükümlerinin düzenlenmesini daha sonraki bir tarihe bıraktıkları veya ileride gerçekleşecek bazı unsurlara yollama yaptıkları da görülmektedir. Dirlik borcu gereği tarafların TİS'nde değişiklik yapabilmek için birbirlerini zorlamasına olanak verilmemesi yerinde ise de, tarafların anlaşarak TİS'nde değişiklik yapmasına imkan verilmemesi için geçerli bir neden bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tarafların sonradan anlaşarak TİS'nde dilediği değişikliği yapması mümkün değildir. Bu hak şekil ve içerik bakımından bazı sınırlamalara tabidir.⁴²

2822 sayılı Kanununun TİS'nin yürürlük süresine ilişkin 7. maddesi kamu düzenine ilişkin olup, emredici niteliktedir. Bu nedenle, tarafların, en az bir yıl en çok üç yıl olmak üzere kararlaştırılacakları süre üzerinde sonradan herhangi bir değişiklik yapmaları mümkün değildir. Kanunun hükmüne göre, "toplu iş sözleşmesinin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılmaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez." Böylece, önceki kanun döneminde uygulamada karşılaşılan sorunlar ve tartışmalar ortadan kaldırılmış olmaktadır.⁴³

Gereksinimlerin giderilmesi isteği taraflara TİS'nde sonradan diledikleri değişikliği ve diledikleri şekilde yapma hakkını vermez. TİS'nde sonradan hukukun geçerli bir değişikliğin yapılabilmesi, gerek değişikliğin şekli ve gerekse değişikliğin içeriği bakımından belirli sınırlara tabidir.⁴⁴

TİS'nin her unsuru sonradan değişikliğe konu olmaz. Herşeyden önce, tarafların TİS'nin süresi konusunda, imzalanmasından sonra değişiklik yapmaları TİSGLK ile açık olarak yasaklanmıştır. Kanundaki, TİS süresinin imzalanmasından sonra uzatılamayacağı, kısaltılamayacağı ve süresinden önce sona erdirilemeyeceğine ilişkin düzenleme, sözleşme süresinin imza tarihinde belirlenmiş olmasını gerektirir. Bu bakımdan, tarafların belirledikleri süreyi sonra-

⁴¹ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.13.

⁴² ÇİFTER, s.65.

⁴³ Madde gerekçesinde bu durum şu şekilde anlatılmaktadır: "Toplu iş sözleşmelerinin süresi 275 sayılı Kanunda olduğu gibi asgari bir yıl azami üç yıl olarak tespit edilmiştir. Uygulamada sorun yaratan ve çalışma barışını da bozan yenileme kaldırılmış, ayrıca üç yıllık azami süre içinde kalmak şartıyla da olsa, tarafların anlaşmasıyla imza sırasında kararlaştırılan sürenin uzatılması yolundaki uygulamaya yer verilmemiştir." (Şemsettin KIRAL, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Basisen Yayınları, İstanbul 1988, s.275).

⁴⁴ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.13.

dan değiştirmeleri mümkün olmadığı gibi, süreyi önceden belirlemeyerek, bunun sonradan belirleneceğini kararlaştırmaları da mümkün değildir.⁴⁵

Kanunun, yalnızca toplu iş sözleşmesinin süresi konusunda değişiklik yapılamayacağına ilişkin hükmünden (STİSK.m.35/2), süre dışında kalan tüm hususlarda sonradan değişiklik yapma hakkının bulunduğu sonucu da çıkarılamaz. Tarafların TİS'nde değişiklik yapabilecekleri hususlar, sözleşmenin aktedilmesi esnasında belirlenmesi tarafların iradelerine tabi olan konulardır. Tarafların önceden belirleme yetkileri bulunmayan hususlarda sonradan değişiklik yapabilme yetkileri de yoktur. Bu bağlamda, örneğin, TİS'nin uygulanacağı yer itibarıyla kapsamının, sözleşmenin kapsamına hangi işyeri veya işyerlerinin gireceğinin belirlenmesi konusu kamu düzenine ilişkin olup tarafların iradelerine tabi değildir, sonradan değiştirilmesi mümkün değildir. Uygulamada toplu iş sözleşmelerinde yer verilen ve sözleşmenin yer itibarıyla kapsamını gösteren hükümler yalnızca açıklayıcı nitelik taşır. Bu bakımdan tarafların önceden belirleme yetkileri bulunmayan, sözleşmenin uygulanacağı yer konusunda, sonradan değişiklik yapabilme, sözleşmenin uygulanacağı işyeri veya işyerlerini daraltma veya genişletme yetkileri de bulunmamaktadır.⁴⁶

Böylece; TİS'nin yer itibarıyla kapsamının belirlenmesi de kamu düzenine ilişkin bir husus olması nedeniyle, tarafların iradesine tabi değildir. Böylece tarafların önceden belirleme yetkileri olmayan sözleşmenin yer itibarıyla uygulama alanı konusunda sonradan değişiklik yapabilme yetkisi de bulunmamaktadır.⁴⁷

TİS'nin sonradan değişikliğe konu olabilecek hükümleri, önceden de kendilerince beirlenebilecek hükümlerle sınırlıdır. Ancak, tarafların önceden belirleyebildikleri her konuda sonradan değişiklik yapabilmeleri de mümkün değildir. Böyle bir durumda, değişikliğin TİS taraflarının karşılıklı hak ve borçlarına mı yoksa sözleşmenin düzenleyici bölümüne mi ilişkin olduğuna bakarak bir sonuca varmak gerekir. TİS imzalandıktan sonra tarafların karşılıklı hak ve borçlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapmaları mümkündür. Bu bağlamda taraflar, sözleşmede sonradan değişiklik yaparak yeni bir borç ihdas edebilecekleri gibi mevcut borçların kapsamını değiştirebilir veya tamamen ortadan kaldırırlar. Örneğin, sözleşmenin tarafların borçlarına ilişkin hükümlerinden, taraf sendikanın işyerinin seminer salonundan ücretsiz yararlanmasına ilişkin bir hüküm üzerinde sonradan değişiklik yapabilirler. Bu sonucu, bir borç ilişkisi taraflarının irade özerkliği çerçevesinde mevcut borçlarında sonradan değişiklik yapabileceklerine ilişkin Borçlar Hukukunun genel prensiplerinden çıkarmak mümkündür.⁴⁸

2822 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı Kanunda da; TİS'nde imzalandıktan sonra değişiklik yapılabilmesini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte STİSK m.35/2'de TİS'nin sadece vaktinden önce

⁴⁵ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.17.

⁴⁶ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.17-18; Karşıt görüş; TUNCAY, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, Kasım 1989, s.35; TUNCAY/KUTSAL, s.296.

⁴⁷ ÇİFTER, s.65; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.17-18; Bazı yazarlar ise; buna karşın tarafların anlaşması ile yeni kurulan işyerinin yürürlükteki işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına dahil edilebileceği görüşündedir. (Bkz. TUNCAY, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 6, Kasım 1989, s.35).

⁴⁸ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.18.

feshedilemeyeceği ve süresinin değiştirilemeyeceğinden söz edilmiş olması yolundaki düzenlemeden, süre dışındaki konularda değişiklik yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁴⁹ 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı STİSK m.35/2'deki "Toplu iş sözleşmesinin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılamaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez." hükmü sözleşme süresine kesinlik kazandırmak suretiyle kötü niyetli sona erdirmeleri önleme, sendikalar arası rekabette eşitliğin bozulmamasını sağlama amacına yöneliktir.⁵⁰

Kanunda; sadece TİS'nin süresine ilişkin bir değişiklik engellenmiş olduğundan (m.35/2), sözleşme taraflarının bunun dışındaki konularda her türlü değişikliği yapabileceklerini kabul etmek gerekir.⁵¹ Hâkimin sözleşmeye müdahale edememesine karşılık, TİS'nin tarafları, değişen ekonomik durumlar karşısında, sözleşmede değişiklikler yapmak ve sözleşmeyi yeni koşullara uyarlamak olanağına sahiptirler. Bunu gerçekleştirebilmek için tarafların sözleşme süresinin sona ermesini ve yeni sözleşmeyi yapma koşullarının doğmasını beklemelelerine gerek yoktur.⁵²

TİS imzalandıktan sonra, tarafların karşılıklı hak ve borçlarında değişiklik yapmaları, mevcut bir borcu ortadan kaldırmaları veya borcun kapsamını değiştirmeleri mümkündür. Bu da genellikle "protokol" adı verilen sözleşmelerle yapılmaktadır. Tarafların, sözleşmenin normatif hükümlerinde sonradan diledikleri değişikliği yapma yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusu bu kadar açık değildir. Normatif hükümlerde sonradan yapılacak değişiklik, sadece *gelecekteki (beklenen) haklara ilişkin* olabilir. Doğmuş bulunan (kazanılmış) hakların sonradan değişikliğe konu olması mümkün değildir.⁵³ Bu nedenle doğmuş ve işçi için talep edilebilir (kazanılmış) hale gelmiş bir hak sonradan TİS taraflarınca ortadan kaldırılmış ya da değiştirilmiş olsa bile işçiyi bağlamaz.⁵⁴ Yargıtaya göre de; sözleşme yapıldığı tarihten itibaren ileriye doğru hüküm doğurur. Bu nedenle işçinin doğmuş hakkı sonradan yapılan protokolle ortadan kaldırır-

⁴⁹ Bkz. OĞUZMAN, İşçi-İşveren İlişkileri, s.95; REİSOĞLU, Şerh, s.124; EKONOMİ, İHU, TSGLK. m.2 (No: 1); ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.187, dn.5; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s. 15.

⁵⁰ Bkz. ÇELİK, Değerlendirme Semineri 1995, 147.

⁵¹ OĞUZMAN, Toplu İlişkiler, s.94-95; Seza REİSOĞLU, Şerh, s.81; NARMANLIOĞLU, Grev, s.132; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.187 dn. 5; EKONOMİ, Esnekleşme Geceği, s.75; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 13. Bası, 1996, 421; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.13-15; ÇİFTER, s.66; Ali GÜZEL, 1996 Yılı Kararları Semineri, s.193; Serdar ÇETİNKAYA, Değişen Durumlar Karşısında Toplu İş Sözleşmelerinde Taraflarca Değişiklik Yapılması, TÜHİS, Şubat-Mayıs 1999, s.57-58; Cevdet İlhan GÜNAY, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s.258; Polat SOYER, İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İradelerine Göre Uygulanması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2002, s.157; ALPAGUT, İşlem Temelinin Çökmesi, s.111; TUNCAY/KUTSAL, s.273; Bu görüşün Borçlar Hukuku hükümleriyle bağdaştırılmasının zor ve özellikle toplu iş sözleşmesinin hükümlerini paraya ilişkin olanlar ve olmayanlar olarak ayırmanın güç olduğu görüşü, Aydın BAŞBUĞ, Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara 2012, s.201-202.

⁵² ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.740.

⁵³ ÇELİK, İş Hukuku, 26.Bası, s.577; GÜZEL, Değerlendirme Semineri 1996, s.193-194; TUNCAY/KUTSAL, s.296.

⁵⁴ NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, s.364; SUR, Toplu İlişkiler, s.298; TUNCAY/KUTSAL, s.296.

lamaz.⁵⁵ Protokolün TİS yapmaya yetkili kişiler tarafından ileriye etkili olarak yapıp imzalanması gerekli ve yeterli olup değişikliğin ayrıca işçiler tarafından kabulü gerekmez.⁵⁶ Ancak, kazanılmış bir hakkın protokol ile ortadan kaldırılması ancak her üye işçinin bunu ayrıca imzasıyla onaylaması ile mümkün olur. Tarafların TİS'nde sonradan değişiklik yapmak üzere birbirlerini iş müca-delesi yoluyla zorlama hakları yoktur.⁵⁷

TİS taraflarının, sözleşmenin, üyelerinin karşılıklı hak ve yükümlülüklerine ilişkin olarak koydukları kurallarda sonradan diledikleri her türlü değişikliği yapma yetkileri bulunup bulunmadığı konusu ise açık değildir. Tarafların, üyelerinin karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerde sonradan yapabilecekleri değişiklikler, bunların üyeleriyle ilgili olarak ne gibi kurallar koyabilecekleri konusu ile de yakından ilgilidir. TİS taraflarının, üyeleri üzerinde bağlayıcı kurallar koyma yetkisine sahip bulunduğu tereddüt yoktur. Ancak, bu yetki konu bakımından sınırlıdır. TİS taraflarının, üyeleriyle ilgili bağlayıcı kurallar koyma erki; iş sözleşmesinin yapılması, konusu ve sona ermesine ilişkin konularla sınırlıdır. Tarafların, hangi konularda sonradan değişiklik yapma yetkisinin bulunduğu belirlenirken, yapılmak istenen değişikliğin konu bakımından düzenleyebilecekleri alanın içerisinde olup olmadığına saptanması gerekir.⁵⁸

TİS'nin değiştirilmesi ihtiyaçların sonucudur ve kural olarak engellenmemelidir. 6356 sayılı Kanunda da 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi; TİS'nde sonradan yapılacak değişikliklere ilişkin hükümler yer almamasına karşın, tarafların bu yetkisi kısıtlanmış da değildir. TİS'nin değişen koşullara uydu-rulmasının ve aksayan yönlerinin değiştirilmesinin taraflara bırakılması Anayasa-da yer alan TİS özerkliğinin gereğidir. Ancak uygulamada çıkabilecek sorun-ları önlemek açısından Kanun'da konunun daha açık olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır.⁵⁹

1. Toplu İş Sözleşmesinde Sonradan Değişiklik Kavramı

Bir TİS'nde sonradan değişiklik yapıldığından söz edebilmek için, TİS'nden mevcut olan bir hükmün ortadan kaldırılması veya içeriğinin değiştirilmesi yahut önceden mevcut olmayan yeni bir hüküm getirilmesi gerekir.⁶⁰ Örneğin; TİS'nin aktedildiği tarihte mevcut olmayan bir taşıma yardımının kararlaştırılması veya mevcut olan çocuk yardımının kaldırılması yahut yılda bir kez verilen ikramiyenin ikiye çıkarılması halinde, yahut yılda iki kez verilen ikramiyenin bire indirilmesi halinde TİS'nde sonradan değişiklik yapılmış olur. Uygulamada taraflar bazan, TİS'nde yer almasını istedikleri konulardan bazılarını, örneğin, ikinci yıl için uygulanacak bazı hakları önceden belirle-mekte, ileride bunun belirlenmesi için toplu görüşme kabul etmektedirler. Böy-

⁵⁵ Yarg. 9. HD., 24.10.2003, E. 20251, K. 4018, Legal İHSGHD, Sayı: 3 Temmuz-Ağustos-Eylül 2004, s.957-959; Erdem ÖZDEMİR'in kararı isabetli bulan Karar İncelemesi, Toplu İş Sözleşmesi Taraflarının Sözleşmede Sonradan Değişiklik Yapma Yetkilerinin Kapsamı, Legal İHSGHD, Sayı: 3 Temmuz-Ağustos-Eylül 2004, s.960-966.

⁵⁶ Yarg. 9. HD., 25.2.2014, E. 2478, K. 5936, Çalışma ve Toplum D., 2014/3, s.387 vd.

⁵⁷ TUNCAY/KUTSAL, s.296-297.

⁵⁸ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.18.

⁵⁹ ÇİFTER, s.76.

⁶⁰ EKONOMİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.13.

le bir durumda tarafların sonradan yaptıkları bu gibi belirlemeler de TİS'nde sonradan yapılan değişiklik niteliğindedir.⁶¹

TİS'nde, hakkın miktarının belirlenmesi bakımından, akteildiği tarihte henüz belirsiz olan bazı unsurlara atf yapılması sonradan değişiklik niteliği taşımaz.⁶² Bu bağlamda; örneğin, TİS'ne konulacak bir hükümle ikinci yıl zammı için fiyat değişim endekslerine veya işverenin diğer bir işyerinde henüz müzakereleri süren bir TİS gibi, bir başka unsura atf yapılması durumunda, atf yapılan unsur gerçekleştiğinde, sözleşmedeki hakların buna uydurulması, TİS'nde sonradan değişiklik yapılması anlamına gelmez. Bu durumda TİS hükmünde herhangi bir değişiklik yapılmamakta, yalnızca hükmün atfta bulunduğu unsurun sonradan kendiliğinden belirginleşmesi söz konusu olmaktadır. Bu ihtimalde, atf yapılan unsurun gerçekleşmesiyle meydana gelen değişiklik, yine TİS'nin baştan itibaren mevcut bulunan bir hükmüne dayanmaktadır. Ancak, TİS'nde örneğin, ikinci yıl zammının fiyat endeklerindeki değişim oranından az olmamak üzere taraflarca belirleneceği kararlaştırılıp da bu belirleme yapılmışsa, yine sonradan değişiklikten söz edilir.⁶³ Tarafların TİS'nde mevcut bulunan bir hükmün yorumu konusunda anlaşmaya varmaları da sözleşme değişikliği niteliğinde değildir. Ancak, tarafların yorum anlaşması yoluyla belirledikleri hüküm, bu hükmün önceki içeriğinden farklı bir içeriğe sahip ise, yine TİS'nin sonradan değiştirilmesinden söz edilmek gerekir.⁶⁴ Bir TİS'nde sonradan değişiklik yapılması ile TİS hükmünün henüz belirsiz olan unsurlara atf yapılması yoluyla hakkın miktarında zaman içerisinde değişiklik meydana gelmesi, hukuki sonuçları birbirinden farklı iki durumdur. TİS'nde sonradan değişiklik yapılabilmesi için tarafların dava yoluyla birbirini zorlaması kural olarak mümkün değil iken, ikinci durumda tarafların anlaşmasına gerek bulunmayıp hakkın atf yapılan unsura uydurulmasını dava etmek mümkündür.⁶⁵

Taraflar yürürlükteki TİS'nin bazı hükümlerini kaldırabilir, sözleşmede yer almayan yeni hükümler koyabilir veya sözleşmede var olan hükümlerin içeriğini başka bir biçime sokabilir. Tarafların TİS'nde yer alan bir hükmün anlamını belirlemek için yaptıkları yorum anlaşması, hükmün içeriğine yeni bir biçim vermediği için değişiklik anlaşması sayılamaz.⁶⁶

Değişen ekonomik koşulların her sözleşmeyi olduğu gibi, TİS'ni de etkilemesi ve sözleşme içeriğinde bir değişiklik ihtiyacı ortaya çıkarması mümkündür. Bu değişiklik, TİS'nin taraflarınca gerçekleştirilebilir. Bunun dışında ülkemizde 1994 yılında yaşanan önemli ekonomik kriz, TİS'ne hâkim tarafından müdahale edilmesi olgusunu gündeme getirmiş ve konu o günden bu yana doktrin ve yargı kararlarında tartışılmıştır.⁶⁷

⁶¹ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.13.

⁶² OĞUZMAN, İlişkiler, s.97-98; EKONOMİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.13.

⁶³ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.13-14.

⁶⁴ EKONOMİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.14.

⁶⁵ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.14.

⁶⁶ Yarg. 9.HD., 15.2.1974, E.1973/18933, K.1974/3597, Kararın incelenmesi için bkz. EKONOMİ, Toplu İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); ÇİFTER, s.69.

⁶⁷ TUNCAIY/KUTSAL, s.292.

TİS'nde sonradan değişiklik yapılmasına ilişkin olarak taraflar arasında çıkan uyuşmazlık bir çıkar uyuşmazlığı niteliğinde olmakla birlikte⁶⁸, Türk Hukukunda ancak TİS'nin yapılması sırasında meydana gelen çıkar uyuşmazlıkları için grev ve lokavt uygulanması mümkün olduğundan, tarafların sonradan birbirlerini grev ve lokavt yoluyla değişiklik anlaşması yapmaya zorlaması mümkün değildir.⁶⁹ Esasen tarafların "mutlak dirlik borcu" da buna engeldir.⁷⁰

Mahkemeler de ancak hak uyuşmazlıklarını çözmeye görevli ve yetkili olduğundan, taraflar arasında sonradan değişiklik konusunda meydana gelen uyuşmazlığı çözmeye yetkileri de bulunmamaktadır. Bununla birlikte sınırlı bazı hallerde, tarafların belirlenmesini geleceğe bıraktıkları bir konu TİS'nde öyle düzenlenmiş olabilir ki, bunun belirlenmemesi durumunda bir hak ihlalden ve dava açma hakkından söz etmek mümkün olabilir.⁷¹ Ayrıca, işlem temelini çökmesi halinde mahkemeler uyarılama yoluna gidebilir.⁷² Ancak, uyuşmazlığın özel hakem tarafından çözüleceği öngörülmüşse bu yola gidilebilir ve bu durumda özel hakem kararı TİS'nde sonradan değişiklik niteliği taşır.⁷³

Tarafların süre dışındaki konularda sözleşmede her türlü değişikliği yapabilecekleri konusunda bir duraksama olmamakla birlikte, sözleşmenin yapılması sırasında tarafların bazı konuları daha sonra görüşmeyi kararlaştırdıkları (revizyon kayıtları), fakat bu konularda anlaşamadıkları takdirde ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak öğretide görüş ayrılığı vardır. İsa-betli bulunan baskın görüş, bu uyuşmazlığın bir menfaat uyuşmazlığı olmaması nedeniyle taraflardan birinin diğerini grev ve lokavt hakkını kullanarak anlaşmaya zorlayamayacağı, mahkemenin de bu konudaki bir uyuşmazlığı çözmeye yetkisinin bulunmadığı⁷⁴ yolundadır. Bu görüşe göre; sözleşmede uyuşmazlığın özel hakem tarafından çözümü öngörülmüşse bu yola gidilebilir ve hakem kararı TİS değişikliği anlamını taşır⁷⁵. Buna karşı öne sürülen bir görüşe göre ise taraflar böyle bir uyuşmazlıkta grev ve lokavt haklarını kullanabilirler.⁷⁶

2. Sonradan Değişikliğin Hukuki Niteliği

TİS'nde sonradan yapılan değişikliğin hukuki niteliğinin belirlenmesi, değişikliğin koşulları ve hükümleri bakımından önem taşır. TİS'nde sonradan

⁶⁸ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.21.

⁶⁹ OĞUZMAN, İlişkiler, s.96; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.21; Karşıt görüşte; EKONOMİ, Toplu İş Sözleşmesinin Taraflara Yüklediği Borçlar, İHD., Ocak-Mart 1993, s.13.

⁷⁰ TUNCAY/KUTSAL, s.297.

⁷¹ Bak. Yarg. 9. HD., 5.12.1995. E. 11393, K. 11334: Tekstil İşveren, Haziran 1986, s.19.

⁷² TUNCAY/KUTSAL, s.297.

⁷³ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.23 vd.

⁷⁴ Ayrık bazı durumlarda, bir Yargıtay kararına konu olan olayda görüldüğü gibi, sözleşmede "meslek riski zammı"nın kimlere verileceğinin protokolle belirleneceği öngörülmüş fakat bu yapılamamışsa, eda davası açılabileceği kabul edilmektedir. (OĞUZMAN, İlişkiler, s.97 ve dn.114a; Başka bir Yargıtay kararı; Yarg. 9.HD., 5.12.1985, 11393/11334, Tekstil İşveren D., Haziran 1986, s.19).

⁷⁵ OĞUZMAN, İlişkiler, s.97; NARMANLIOĞLU, Grev, s.132-133; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.187; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.21 vd.; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 14. Bası, İstanbul 1998, s. 473; TUNCAY/KUTSAL, s.273; ÇETİNKAYA, s. 67; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.740.

⁷⁶ EKONOMİ, Toplu İş Sözleşmesinin Taraflara Yüklediği Borçlar, İHD., Ocak-Mart 1993, s.13.

yapılan değişiklik hukuken bir sözleşmedir.⁷⁷ Bu bakımından değişiklik yapılması her iki tarafın bu konuda anlaşmasına bağlıdır. TİS'nde sonradan yapılan değişiklik, bu sözleşmeden ayrı ikinci bir TİS olmayıp, onun eki niteliğindedir. Yapılan değişiklikle getirilen hükümler mevcut TİS'nin bütünü içerisinde yer alır. TİS'nde sonradan değişiklik yapabilmek için işçi sendikasının değişiklik tarihinde işyerinde çoğunluğa sahip olması gerekmediği gibi yetki tespiti prosedürünün izlenmesine gerek yoktur. TİS akdedildikten sonra, sözleşmenin uygulama alanına giren işyeri bağımsız ünite niteliğini yitirerek, bir sonraki toplu sözleşme dönemi bakımından aynı işverene ait olmak üzere, bir işletmeye dahil olmuş olsa dahi durum değişmez. TİS'nde sonradan yapılan değişiklikle getirilen düzenleme de bir TİS hükmü olduğu için doğrudan ve emredici etkiye sahiptir.⁷⁸ Bu hükmün ihlali halinde açılacak davada işletme kredisi faizi uygulanır ve TİS'nin sona ermesiyle birlikte bu hüküm ard etkiye sahiptir.⁷⁹

TİS'nde sonradan değişiklikten sözedebilmek için bu değişikliğin sözleşme normlarının içeriğinde yapılması zorunlu değildir. Taraflar, sözleşmedeki kuralların içeriğinde değişiklik yapmaksızın, bu kuralların hukuki niteliğinde değişik de yapabilirler. Tarafların sonradan TİS'nin iş sözleşmesine ilişkin kurallarından bazılarının emredici nitelikte olmadığını veya bunun aksine, baştan tamamlayıcı nitelikte olmasını kararlaştırdıkları kuralların sonradan emredici nitelikte olduğunu kararlaştırmaları mümkündür.⁸⁰

3. Değişiklik Yapma Yetkisinin Süresi

Tarafların TİS'nde değişiklik yapma yetkisi yalnızca sözleşmenin yürürlük süresinde mevcuttur, Çünkü; TİS'nde sonradan değişiklik yapılması, tarafların, üyelerine ilişkin olarak yeni kurallar koymasına anlamına gelir. Toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte bu kural koyma yetkisi ortadan kalkar ve sona eren TİS'nin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri Yasa gereği (6356 sayılı STİSK m. 36/2) yenisi yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam olunur. Taraflar, TİS sona erdikten sonra, gerek sözleşmenin yürürlükte bulunduğu döneme ve gerekse sona erdikten sonra ard etki gereği uygulanmaya devam olunan döneme ilişkin herhangi bir değişiklik yapamazlar. Yargıtay; konuya ilişkin bir kararında; sözleşme süresi bittikten sonra geriye doğru o sözleşmenin kapsadığı dönem için protokol yapılamayacağına hükmetmiştir.⁸¹

4. Sözleşmenin Süre Dışındaki Hükümlerinin Değiştirilmesi

2822 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı Kanunda da sadece toplu iş sözleşmesinin süresinin değiştirilmesi yasaklanmış olup bunun dışında kalan sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi konusunda herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir. Bu nedenle, taraflar TİS'nin süresi içerisinde değiştirilerek söz-

⁷⁷ EKONOMİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); Öner EYRENCİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 2); EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.14.

⁷⁸ Yarg. HGK., 18.12.1973, 9-875/1137; EYRENCİ, İHU, TSGLK, m.3 (No: 2)

⁷⁹ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.14.

⁸⁰ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.21.

⁸¹ Yarg. 9. HD., 23.11.1987, 9934/10340, YKD., Ekim 1998, s.1378-1379; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.18-19.

leşmenin süresi dışındaki hükümlerinde değişiklik yapabilirler.⁸² Taraflar, kendi imzaladıkları TİS'nde değişiklik yapabileceği gibi, Yüksek Hakem Kurulu kararı ile ya da özel hakem kararı ile oluşan bir TİS'nde de değişiklik yapabilirler.⁸³ Tarafların bu yetkisi yürürlükte olan bir TİS için geçerlidir. Sözleşmenin sona ermesi ile birlikte tarafların anılan yetkisi de sona erer.⁸⁴ Zira, yürürlüğü sona eren TİS ile birlikte, sözleşmenin borç ilişkisi doğuran hükümlerinin yanı sıra yanların taraf olma sıfatları da ortadan kalkacaktır. Taraflar, yetkili olmaları koşuluyla ve sözleşmenin yapılmasına ilişkin yasal prosedüre uyarak ancak yeni bir toplu iş sözleşmesi yapabilirler. Sona eren TİS'nin normatif hükümleri yenisi yürürlüğe girene kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edecektir (m. 6/III).⁸⁵

Değişiklik anlaşması ile toplu iş sözleşmesinin süre dışındaki hükümlerinde değişiklik yapılabilir. 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı Kanunda; TİS'nin süresinin, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılmayacağını, kısaltılmayacağını ve sözleşmenin süresinden önce sona erdirilemeyeceğini hükme bağlamış bulunmaktadır. Böylece 275 sayılı Kanun döneminde taraflara tanınmış olan TİS'nin süresi üzerinde tasarruf etme yetkisi sonraki yasalar ile kaldırılmıştır. Yenilemeye ilişkin eski yasa düzenlemesinin sonraki yasalar yer almaması karşısında, yenilemenin de mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir.⁸⁶ 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı Kanunda; belirsiz süreli toplu iş sözleşmesi türünü de 275 sayılı eski Kanundan farklı olarak kabul etmemiştir. Bu nedenle, tarafların sürenin sonradan belirleneceğini kararlaştırmaları mümkün bulunmamaktadır.⁸⁷

TİS'nin tarafları, değişen ekonomik durumlar karşısında, sözleşmede değişiklikler yapmak ve sözleşmeyi yeni koşullara uyarlamak olanağına sahiptirler. Bunu gerçekleştirebilmek için tarafların sözleşme süresinin sona ermesini ve yeni sözleşmeyi yapma koşullarının doğmasını beklemelerine gerek yoktur.⁸⁸

⁸² OĞUZMAN, İlişkiler, s.94 vd; ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.575-578; Seza REİSOĞLU, Şerh, s.81; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s.452; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.407; EKONOMİ, Toplu İş Sözleşmesi, s.64; Aynı yazar, Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Esneklik, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı Yayını, İzmir 1994, s.75; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.187; TUNCAY, s.239; TUNCAY/KUTSAL, s.287; NARMANLIOĞLU, Grev, s.132; Savaş TAŞKENT, Toplu İş Sözleşmeleri ve Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989, s.208; ÇİFTER, s.65; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.13 vd; Gülsevil ALPAGUT, (İşlem Temelinin Çökmesi) Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi, İstanbul 2002, s.111; SUR, İş Hukuku Toplu İş İlişkiler, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2008, s.278-281; Yarg. 9.HD., 23.11.1987, E.9934, K.10340, Tühis, Kasım 1987, s.19; Yarg. 9.HD., 22.4.1996, E.1996/906, K.1996/9229, Çimento İşv, Temmuz 1996, s.31; Yarg. 9.HD., 8.7.1996, E.1996/5525, K. 1996/15513, Çimento İşv, Eylül 1996, s.34.

⁸³ OĞUZMAN, İlişkiler, s.95; ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, s.187, dn.5; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15.

⁸⁴ Yarg. 9.HD., 23.11.1987, E. 1987/9934, K. 1987/10340, YKB, Ekim 1988, s.1378-1379; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15.

⁸⁵ CANBOLAT, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı, s.60-61.

⁸⁶ Halid Kemal ELBİR, İş Hukuku, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s.220; ÇİFTER; s.69.

⁸⁷ ÇİFTER; s.69.

⁸⁸ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.576.

TİS'nde değişiklik yapılması yeni bir TİS niteliğinde olmayıp önceki sözleşmenin eki niteliğindedir. Bu nedenle, TİS'nin yapılmasına ilişkin prosedüre uyulması ya da taraf işçi sendikasının işyerinde sahip olduğu çoğunluğu muhafaza ediyor olmasına gerek yoktur. Zira, TİS'nin tarafı olmak sözleşmede değişiklik yapabilmek için yeterlidir.⁸⁹ Öte yandan, "Toplu iş sözleşmesi yazılı olarak yapılır" diyen 6356 sayılı Kanunun hükmü (m.35/I) karşısında, sözleşmede yapılacak değişikliklerin de aynı koşula tabi olduğunun kabul edilmesi gerekir.⁹⁰

Taraflar TİS ile kararlaştırılan çalışma koşullarında, miktar itibariyle indirim veya artırım yapabilecekleri gibi, mevcut bir çalışma koşulunu geçici veya sürekli olarak kaldırabilirler ya da sözleşmede düzenlenmemiş bir konuda yeni düzenleme getirebilirler. Anılan böyle bir değişiklik, mevcut durumu, ancak ilerisi için etkiler. Taraflar henüz tahakkuk etmemiş TİS'nde kararlaştırılan hükümler üzerinde değişiklik yapabilirler.⁹¹ Örneğin TİS ile öngörülen ücret zammına ilişkin normatif hüküm sözleşmede kararlaştırılan tarihin geçmesi ile hizmet akitlerini doğrudan etkileyecek ve ücretler zamlı düzeye yükseltilmiş olacaktır. Tarafların belirtilen tarihten sonra ücret zamlarının kaldırılması veya düşürülmesi konusunda anlaşmış olmaları işçiyi bağlamayacak ve işçinin zamlı ücreti talep etmesini engellemeyecektir. Ancak, işçilerin, değişiklikten önce doğmuş bulunan haklarından, ibra akdi çerçevesinde, vazgeçmeleri mümkündür.⁹²

Uygulamada, tarafların, TİS'yle kararlaştırılan ücret ve diğer sosyal hakların ileride belirli bir tarihte ya da enflasyon rakamlarının kararlaştırılan belirli bir miktarın üzerinde olması gibi, belirli bir koşulun gerçekleşmesi halinde sözleşmenin bazı hükümlerinin yeniden gözden geçirilmesini kararlaştırdıkları

⁸⁹ EKONOMİ, Karar İncelemesi, İHU, TSGLK (275), m.2, (No.1); OĞUZMAN, İlişkiler, s.96; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15-16; Bazı yazarlara göre, TİS'nin tarafı olmadığı için, sendikanın üyesi bulunduğu konfederasyonun, TİS'nde değişiklik yapma yetkisi yoktur. Ancak, kuşkusuz taraf sendikanın, değişiklik görüşmelerine katılmak üzere üyesi bulunduğu konfederasyona yetki vermesi mümkündür (EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.14-15). Sözleşmede değişiklik yapma yetkisine sahip olan tarafların, kuşkusuz, değişiklik görüşmelerine kendilerini temsil eden kimin katılacağını belirleme yetkileri de vardır. Böyle bir temsil yetkisi, niteliği gereği toplu görüşmeye sendika adına katılacak gerçek kişilere verilebilir. Bu nedenle, herhangi bir tüzel kişiliğe ya da sendikanın üyesi bulunduğu konfederasyona anılan temsil yetkisinin verilmesi mümkün değildir. Bu yetki ancak Konfederasyonun yönetim kurulu üyeleri ya da başkanına verilebilir. (CANBOLAT, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı, s.61).

⁹⁰ TİS'nde yapılacak değişikliklerin şekline ilişkin 2822 sayılı Kanunda açık bir hüküm yoktur. Bu Kanunun 66. maddesinde belirtilen esas uyarınca Borçlar Kanununun 12. maddesi hükmü uygulama alanı bulacaktır. Burada, yapılması kanunen yazılı olan sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin de yazılı olarak yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, yapılması yazılı şekil koşuluna bağlanan toplu iş sözleşmelerinde yapılacak değişiklikler de yazılı olarak yapılmak zorundadır (OĞUZMAN, İlişkiler, s.95-96; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.17; CANBOLAT, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı, s.63 vd.)

⁹¹ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.575-578; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.19; EKONOMİ, (Çalışma Şartları) Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu, M. Kemal Oğuzman'a Armağan, Kamu İş Yayını, Ankara 1997, s.174.

⁹² ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.578; EKONOMİ, Çalışma Şartları, s.174.

görülmektedir. Buna “revizyon koşulları” denilmekte ve bu tür hükümler geçerli sayılmaktadır.⁹³

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre; taraflar TİS'nin yapılması sırasında sözleşme yer almasını istedikleri konulardan birini veya bir kaçını, önceden belirlemeyip daha sonra aralarında tespit etmek üzere toplu görüşmeyi saklı tuttuklarında, zamanı geldiğinde aralarında bir anlaşma sağlanamaması halinde saklı tutulan konu veya konularda anlaşmaya ulaşmak için grev ve lokavt haklarını kullanabilirler.⁹⁴ Buna karşı öğretilerdeki baskın görüş; tarafların sözleşmede öngörülen revizyon koşullarına rağmen anlaşamamaları halinde grev ve lokavta başvuramayacakları yönündedir.⁹⁵ Gerçekten de, Anayasada (m.54/I) ve 2822 sayılı Kanunda, ancak TİS'nin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde greve gidilebileceği hükmü yer almakta (m.25/I) ve kanunun sistemi içerisinde alınmış bir grev kararı olmadan lokavta başvurma olanağı da bulunmamaktadır (m.26/II). Bununla 275 sayılı Kanun döneminde TİS'nin yapılmasından sonra, mevzuatla veya sözleşmeyle tanınan hakların taraflardan biri veya onun teşvik veya tahriki ile ihlal edilmesi halinde (toplu hak uyuşmazlıklarında) diğer tarafın grev veya lokavta gidilebilmesi karşısında uygulamada karşılaşılan sorunlar⁹⁶ önlenmiştir. Yargıtay da; TİS'nde düzenlenmemiş konularda çıkan uyuşmazlığın “hak uyuşmazlığı” değil “menfaat uyuşmazlığı” olduğu görüşündedir.⁹⁷

5. Paraya İlişkin Sözleşme Hükümlerinin Değiştirilmesi

Değişen ekonomik durumlar karşısında önem kazanan paraya ilişkin TİS hükümlerinin başında ücret zamlarının geldiği kuşkusuzdur. Ücret zamları uygulamada her sözleşme yılı veya sözleşmenin her altı aylık dönemi için kararlaştırılmaktadır. Sözleşme taraflarının değişen ekonomik koşulları göz önüne alarak işçiler için henüz bir hak olarak doğmayan sözleşmenin sonraki yılına veya dönemine yahut dönemlerine ait ücret zamlarını düşürmeye yönelik bir değişiklikte bulunabileceklerini kabul etmek gerekir.⁹⁸ Buna karşılık, bir ücret

⁹³ ESENER, s.534-535; ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.576-577; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s.372, 452; REİSOĞLU, Şerh, s.81; OĞUZMAN, İlişkiler, s.97; ŞAHLANAN, s.23; EKONOMİ, (Tarafların Borçları) Toplu İş Sözleşmesinin Taraflara Yüklediği Borçlar, İş Hukuku Dergisi, s.13; EKMEKÇİ, Düzenleme Yetkisi, s.40.

⁹⁴ EKONOMİ, Tarafların Borçları, 13-14; Aynı yazar, Karar İncelemesi, İHU, TSGLK (275), m.2, No.1.

⁹⁵ ESENER, s.535; OĞUZMAN, İlişkiler, s.97; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s.372; NARMANLIOĞLU, Grev, s.135; ŞAHLANAN, s.23; EKMEKÇİ, Düzenleme Yetkisi, s.40.

⁹⁶ Seza REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1967, s.62 vd; ESENER, s.534-535; OĞUZMAN, Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, 2.Bası, İstanbul 1967, s.81 vd; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 5.Bası, İstanbul 1981, s.337; Metin KUTAL/EKONOMİ, Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Yasal Çerçevesi ve Başlıca Sorunlar, Uluslararası Deneyimler Işığında Türkiye'deki Endüstri İlişkileri, İstanbul 1977, s.111-112.

⁹⁷ “TİS'in ilgili maddesinde izin harçlığı, bayram harçlığı ve yakacak yardımı konusunda işçiye belirli hak sağlayan bir hüküm yer almamış, bu düzenlemenin yapılması ileriye bırakılmıştır. Bu durumda ortada bir hak uyuşmazlığı değil, menfaat uyuşmazlığı vardır.” (Yarg. 9. HD., 26.6.1986, E.1986/4891, K.1986/6559, İşveren D., Kasım 1986, s.16-18).

⁹⁸ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.576-577; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.741; Yarg.9.HD., 20.01.2004, E.2003/18300, K.2003/426 ve Tankut CENTEL'in İncelemesi, Tekstil İşveren D., Ekim 2004, s.36-39.

zammını uygulama tarihinden sonra zammı ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik bir kararlaşırma yapılamaz. Zira, toplu sözleşme ile öngörülen zam tarihinde ücret zammına ilişkin normatif nitelikteki emredici hüküm iş sözleşmelerini doğrudan doğruya etkileyeceğinden işçilerin ücretleri zam tarihinden itibaren zamlı düzeye yükselmiş olur. Bunun sonucu olarak işçi için artık doğmuş bir hak niteliğinde olan zamlı ücret toplu sözleşme taraflarının anlaşmasıyla düşürülemez. Tarafların bu yolda yapacakları bir kararlaşırma işçilerin toplu sözleşmede öngörülen zamlı ücreti talep etmelerini önleyemez.⁹⁹

Borçlar Kanununun ibra konusundaki yeni düzenlemesinde engelleyici bir hüküm bulunmadığından, işçilerin ibra sözleşmesi çerçevesinde zamma ilişkin alacaklarından vazgeçmeleri mümkün sayılmalıdır.¹⁰⁰ Borçlar Kanununda ibra sözleşmesinin geçerliliği yazılı olma koşuluna bağlı olduğundan (m.420/II), vazgeçmenin yazılı olarak yapılması gerekir.¹⁰¹

Yargıtaya göre; sözleşme yapıldığı tarihten itibaren ileriye dönük olarak hüküm doğurur.¹⁰²

Bununla birlikte, Borçlar Kanununun ibra konusundaki yeni düzenlemesinde engelleyici bir hüküm bulunmadığından, işçilerin ibra sözleşmesi çerçevesinde zamma ilişkin alacaklarından vazgeçmeleri mümkün sayılmalıdır. Vazgeçmenin şekli; Borçlar Kanununda ibra sözleşmesinin geçerliliği yazılı olma koşuluna bağlı olduğundan (m.420/II), vazgeçmenin yazılı olarak yapılması gerekir.¹⁰³

⁹⁹ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.577; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.741; Ali GÜZEL, 1996 Yılı Kararları Semineri, s.193-194; Cevdet İlhan GÜNAY, (TİSGLH) Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku, Ankara 1999, s.258; TUNCAY, s.239; Tuncay/KUTSAL, s.273; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2009, s.468; Yarg. 9.HD., 21.02.2006, E.2005/38526, K.2006/4481 ve ŞAHLANAN'ın İncelemesi, Tekstil İşv. D., Nisan 2007 eki, s.2-5. Bkz. ve Karş. EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.18 vd.; ÇİFTER, s.70 vd.; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, s.364; Melda SUR, İş Hukuku, Toplu İlişkiler, 4. Bası Ankara 2011, s.299.

¹⁰⁰ Eski dönemle ilgili olarak Bkz. ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.577; GÜZEL, 1996 Yılı Kararları Semineri, s.193-194; GÜNAY, İş Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2004, s.892; BAŞBUĞ, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat, Sicil İHD, Eylül 2007, s.73-74; Aynı yönde, Yarg. 9. HD., 6.7.2004, E. 2004/12658 K. 2004/17179 ve Murat ŞEN'in kararı isabetli bulan incelemesi, TÜHİS, Ağustos 2005, s.19-41; Yarg. 9. HD., 1.6.2005, E. 2004/24860 K. 2005/20002, İşv. D, Kasım 2005 eki, s.23-29; SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, s.469-470; Aksi yönde, Erdem ÖZDEMİR, İnceleme, s.963 vd.; Yarg. 9. HD., 11.5.2005, E. 2005/19012 K. 2005/24835 ve M. ULUSOY'un kararı isabetsiz bulan incelemesi, Sicil İHD, Mart 2006, s.98-112; Yarg. 9. HD., 21.2.2006, E. 2005/38526 K. 2006/4481, Legal HD, Ekim 2006, s.3159-3161 ve ALPAGUT'un kararı isabetli bulan incelemesi, Legal YKİ, 2007/6, s.439-476; Yarg. 9. HD., 10.5.2007, E. 2007/27830 K. 2007/14717, Çalışma ve Toplum, 2008/1, s.313-315; BAŞBUĞ, Toplu İş İlişkileri, s.204-205.

¹⁰¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.741.

¹⁰² Yarg. 9.HD., 02.03.2004, E.2003/20251, K.2004/4018 ve Erdem ÖZDEMİR'in İncelemesi, Legal İHD., 2004/3, s.957-966; Yarg. 9.HD., 09.03.2004, E.2003/12327, K.2004/4517, Şahin ÇİL, İş Kanunu Şerhi, C.2, 2. Baskı, Ankara 2007, s.2305-2306; Yarg. 9.HD., 13.09.2006, E.2006/21095, K.2006/22417, Legal İHD., 2007/13, s.336-337; Karş. SOYER, İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesi, s.157; Aynı yönde BAŞBUĞ, Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat, Sicil İHD, Eylül 2007, s.70-71.

¹⁰³ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.577.

TİS'nin tarafları, ücret zamlarından başka, uygulama bakımından parasal konulara ilişkin diğer sözleşme hükümlerinde de ileriye yönelik olarak kuşkusuz değişiklikler yapabilir ve henüz işçiler için tahakkuk etmemiş durumdaki her türlü ödeme tutarında indirimde gidebilir veya bunlara ilişkin düzenlemeleri kaldırabilirler.¹⁰⁴

a. Doğmuş Bulunan Haklara İlişkin Değişiklik

Bir hakkın doğması ile bu hakkın doğumuna temel oluşturan hukuki ilişki birbirinden farklı iki olgudur. Hukuki ilişki ile bundan doğmuş bulunan somut talep hakkı arasında sürekli bir ilişki bulunmaz. Bir hakkın doğması ile birlikte, doğumuna temel oluşturan hukuki ilişkiyle bağı kesilir ve hak bağımsız bir yaşama olanağına sahip olur. Örneğin, bir kez doğmuş bulunan hak, doğumuna neden olan hukuki ilişkiden bağımsız olarak zamanaşımı süresine tabi olur. Talep hakkı, doğumuyla birlikte subjektif nitelik kazanır. Bir hukuki ilişki ile bundan doğmuş bulunan hakkın birbirinden farklı olması olgusu, ilişkinin artık mevcut olmaması durumunda daha belirgin bir şekilde ortaya çıkar. Hukuki ilişkinin ortadan kalkması bu ilişkiden doğmuş bulunan talep hakkının devamına engel olmaz. Bir kimse diğerine karşı bir talep hakkı elde ettiğinde subjektif nitelik kazanan, bu hakkını kullanıp kullanmamak kural olarak tamamen o kişinin iradesine tabi olur.¹⁰⁵

Bu bağlamda, hizmet ilişkisi ile bu ilişkiden doğmuş bulunan talepler de farklıdır. Hizmet ilişkisine dayanan talepler, doğmalarıyla birlikte subjektif nitelik kazanır ve artık hizmet ilişkisinin konusu olmaktan çıkar. TİS tarafları ise, üyelerinin yalnızca hizmet sözleşmesine ilişkin konularda bağlayıcı kural koyma yetkisine sahiptir. Bu nedenle, TİS tarafları işçinin hizmet ilişkisinden bağımsız nitelik kazanan, doğmuş bulunan hakları üzerinde artık tasarruf yetkisine sahip değildir ve bu haklara müdahalede bulunamaz. TİS tarafları üyelerinin karşılıklı hak ve yükümlülüklerine ilişkin hukuk normunu düzenleyebilirler. Ancak, bu hukuk normundan doğmuş bulunan haklara ilişkin düzenlemede bulunamazlar. Bu bağlamda işçinin hizmet ilişkisinden doğmuş bulunan somut talep hakları, TİS taraflarının sonradan farklı düzenleme yapma yetkisine bir sınır oluşturur. Tarafların sözleşmede sonradan değişiklik yapma yetkisinin sınırlarının belirlenmesi bakımından toplu sözleşme düzeninde hangi hakların "doğmuş hak" niteliğinde olduğu ve böylece TİS taraflarının tasarrufundan çıktığının belirlenmesi gerekir. Bir TİS'nin aktedilmesiyle birlikte, işçinin sözleşme süresi içerisinde zamana yayılmış bir şekilde hangi koşullarla ve ne miktar hak elde edeceği, kural olarak, ortaya çıkmış olur. Ancak, TİS'nde öngörülen tüm bu haklar işçi bakımından doğmuş hak niteliğinde değildir. Bir hak ancak; ortaya çıkması için öngörülen bir veya birkaç olgunun gerçekleşmesiyle doğmuş hak niteliğini kazanır. Öngörülen bu olgular tamamlanmadıkça yalnızca bir beklenen haktan sözedilir.¹⁰⁶ Bu anlamda, TİS taraflarının, üyelerinin bu sözleşmeden doğmuş hakları üzerinde artık tasarrufta bulunamaması, sözleşmede sonradan yaptıkları değişiklikleri geriye yürütememeleri, bu deği-

¹⁰⁴ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.577; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.741-742; Yarg. 9.HD., 28.11.2007, E.2007/9-872, K.2007/899 ve Murat ENGİN'in İncelemesi, Sicil İHD., Mart 2009, s.142-147.

¹⁰⁵ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.18-19.

¹⁰⁶ Şener AKYOL, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1995, s.178; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.19.

şikliğın ancak geleceğe yönelik olabilmesi anlamına gelir. Bu durum kişilerin mevcut düzenlemeye güvenerek elde ettikleri hakların korunması gereğinin bir sonucudur.¹⁰⁷

TİS'nde, verilmesi belli bir olayın meydana gelmesine bağlanmış bulunan haklar da, ancak bu olayın meydana gelmesiyle doğmuş hak niteliği kazanır. Örneğın, sözleşmede evlenen işçilere evlenme yardımı verilmesi öngörölmüşse, bu yardım ancak evlenme olayı gerçekleştiğinden itibaren doğmuş hak niteliği kazanır. TİS tarafları mevcut düzenlemeyle bu şekilde doğmuş bulunan haklara artık müdahalede bulunamaz, bu bağlamda sözleşmede yapacakları değişikliklerle, geride kalan aylar için ücretlerin düşürölmesini veya hak kazandığı bir evlenme yardımının geri alınmasını kararlaştıramazlar. İşçinin hak kazandığı bir ödemenin henüz verilmemiş olması veya verilmesinin belirli bir süreye bağlanması da doğmuş hak niteliğini engellemez. Örneğın, TİS'nde işçilere her üç ayda bir ikramiye verilmesi öngörölmüş ve fakat bu ikramiyenin bir sonraki ayın ücretleri ile birlikte ödenmesi kararlaştırılmışsa, üç ayın dolmasıyla birlikte ikramiye alacağı doğmuş hak haline gelir, henüz ödeme zamanının gelmemiş olması bu anlamda önem taşımaz. Tarafların TİS'nde sonradan değişiklik yapma yetkisi, bir hakkın doğmuş bulunup bulunmamasına bağlıdır. Yoksa henüz ödenmemiş olması sonucu değıştirmez.¹⁰⁸

b. Gelecekteki Haklara İlişkin Değışiklik

TİS tarafları; işçinin hak kazanmadığı geleceğe ilişkin alacaklarda değışiklik yapmaya, değışen durumlara uydurmak üzere, mevcut sözleşme hükmünü geleceğe yönelik olarak değıştirmeye veya uyarlamaya ise yetkilidir. Çünkü, geleceğe yönelik haklar henüz doğmuş ve böylece iş (hizmet) sözleşmesinin konusunun dışına çıkmamıştır. Bu yetki tarafların, üyelerinin hizmet ilişkilerini kolektif ve normatif bir şekilde düzenleme yetkilerinin bir parçasıdır. Taraflar, sözleşmede hakkın doğumuna temel olan normu değıştirerek, henüz doğmamış bulunan bir hakkı artırabilir, azaltabilir veya tamamen ortadan kaldıracırlar. TİS'nin normatif etkisi de iş sözleşmesi taraflarının geleceğe ilişkin haklarında değışiklik yapılabileceğı sonucuna varmayı engellemez. Normatif etki, sözleşmedeki kuralların, sözleşme süresinin bitimine kadar devam etmesi, bundan önce değıştirilmemesi anlamına gelmez. TİS'ndeki bir kuralın normatif etkisi, o kural devam ettiğı sürece vardır. Tarafların üyelerinin hizmet ilişkisi, halen mevcut hükmün normatif etkisinin sağladığı içeriğe sahip olur ve bu şekilde doğmuş bulunan haklara taraflar müdahalede bulunamaz. Ancak bunun devam etmesi, hükmün varlığını devam ettirmesine bağlıdır. Bu olasılıkta ise taraflar hakkın doğumunu sağlayan normu geleceğe yönelik olarak değıştirmekte veya ortadan kaldırmaktadır.¹⁰⁹

Gelecekteki taleplere ilişkin değışikliğın işçinin lehine veya aleyhine olmasının da değışikliğın geçerliğı bakımından bir önemi yoktur. TİS'nde sonradan yapılan değışiklik, işçinin geleceğe ilişkin haklarında bir artış sağlayabileceğı gibi, bir azalmaya da neden olabilir.¹¹⁰ Buna göre taraflar yapacakları değış-

¹⁰⁷ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değışiklik Yapılması, s.19.

¹⁰⁸ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değışiklik Yapılması, s.19-20.

¹⁰⁹ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değışiklik Yapılması, s.20.

¹¹⁰ EKONOMİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); OĞUZMAN, İlişkiler, s.96; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değışiklik Yapılması, s.20.

şiklikle, mevcut TİS'yle işçinin yükseltilmiş bulunan ücretini bundan sonrası için düşürebilecekleri gibi, üç ayda bir ödenen ikramiyenin dört ayda bir ödenmesini veya belirli hakkın doğumu için öngörülen bekleme süresinin uzatılmasını kararlaştırabilirler. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında; TİS'nde işçiye verilmesi kabul edilen bir günde bir kilo yoğurdun sözleşme taraflarınca yarım kiloya indirilmesini öngören ek protokolü geçerli kabul etmiştir.¹¹¹

6. Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Hâkim Tarafından Değişen Koşullara Uyarlanması

Ahde vefa (pacta sunt servanda, söze sadık kalma) ilkesi uyarınca, tarafların; aksine bir hüküm bulunmadıkça, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekir. Bununla birlikte, ahde vefa ilkesini katı ve kesin bir şekilde uygulamanın her zaman adil olmadığı da görülmüştür. Örneğin, belirli bir bedel üzerinden bir malın devamlı teslimi taahhüdünün, para değerinin önemli ölçüde düşmesinden sonra yine aynı şartlarla ifasını beklemek adil değildir.¹¹²

İsviçre ve Türk Hukuklarında çoğunluk görüşü, dürüstlük kuralı (MK. m.2) uyarınca buna bir çözüm bulunması yönündedir. Sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelen değişiklikler nedeniyle borçludan borcunu aynı şartlarla ifa etmesini beklemenin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu halde, borçlu sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını veya feshini talep edebilir. Dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkimin sözleşmede değişikliğe karar vermesi için ilk olarak; tarafların yüklendikleri edimler arasındaki dengenin borçludan sonuçlarına katlanması istenemeyecek derecede bozulmuş olması gerekir. Buna "işlem temelinin çökmesi"de denilmektedir.¹¹³ Ayrıca, edimler arasındaki dengede meydana gelen değişikliğin, sözleşme yapılırken öngörülemeyen; savaş, ekonomik kriz, doğal afetler, hükümet kararlarında önemli değişiklikler, yüksek devalüasyon gibi nedenlerden ileri gelmesi gerekir. Bu durumda hâkimin sözleşmeye müdahalesi istenebilir. Ancak hâkimin sözleşmeye müdahalesinin istenebilmesi için, edimlerin henüz ifa edilmemiş olması gerekir. İfa edilmiş edimler için hâkimin sözleşmeye müdahalesi istenemez.¹¹⁴

Borçlar Hukukunda kabul edilen esasların¹¹⁵ serbest toplu pazarlık ilkesinin hâkim olduğu sistemlerde toplu iş sözleşmeleri için de kabul edilip edilemeyeceği çok tartışmalıdır. Ülkemizde ise bir hükümet genelgesi ile kamu kesimi işyerlerinde TİS'nden doğan zamların ileri bir tarihte ödenmesi üzerine doğan uyuşmazlıklarda Yargıtay; tarafların serbest iradeleriyle akdettikleri toplu iş sözleşmeleriyle bağlanmalarının asıl olduğu, bununla birlikte edimler arasındaki dengenin taraflardan biri için katlanılamayacak derecede bozularak işlem temelinin çökmesi durumunda sözleşmeye sıkı sıkıya bağlılık aranmasının adalet, hakkaniyet ve iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağı, bu durumda hâkimin sözleşmeye müdahalesinin istenebileceği, toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra ülke çapındaki olumsuz ekonomik gelişmelerin işvereni BK.

¹¹¹ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.20.

¹¹² Bak. OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2011, s.602; ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.571.

¹¹³ OĞUZMAN/ÖZ, s.602; ALPAGUT, İşlem Temelinin Çökmesi, s.10 vd.

¹¹⁴ TUNCAY/KUTSAL, s.293.

¹¹⁵ Bak. İbrahim KAPLAN, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s.114 vd.

m.44 (TBK m.52) uyarınca zor duruma düşürdüğü, taraflarca yüklenen edimler arasındaki dengenin bozulduğu, işverenin TİS'nden doğan ücret zammını bir ödeme planı çerçevesinde erteleme önerisinin bir uyarılma önerisi niteliğinde olduğu, ücret zammının birkaç aylık gecikme ile ödenmesi önerisinin kabul edilmemesinin Medeni Kanununun 2.maddesindeki dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı sonucuna varmış ve bu görüşü muhtelif kararlarında tekrarlamıştır.¹¹⁶

Yargıtayın bu görüşü öğretilerde bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Onlara göre; toplu iş sözleşmesi niteliği itibariyle diğer sözleşmelerden farklıdır. Taraflar toplu iş sözleşmeleri ile maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde hukuk kuralları koyarlar. Hâkimin bu sözleşmeye müdahalesi, onun tarafların yerine geçerek düzenleme yapması anlamına geleceğinden toplu iş sözleşmesi taraflarına Anayasanın 53.maddesi ile tanınan "toplu sözleşme özerkliği" kavramına ters düşer. Bu özerkliğin sonucu olarak sadece hâkimin değil, Yasakoyucunun dahi toplu iş sözleşmelerine konulacak ücret zamlarına bir sınırlama getirmesi mümkün değildir.¹¹⁷ Bununla birlikte Yargıtay görüşünü isabetli bulanlar da vardır. Şöyle ki, bugün artık TİS'nde beklenemezlik kriteri, borçlunun mahvı, malvarlığının ve işçi haklarının tehlikeye düşmesi gibi şartların varlığı halinde ve istisnai durumlarda ve tarafların anlaşamaması durumunda TİS'ne hâkimin müdahale etmesi hatta TİS'nin uyarlanmasına karar vermesi mümkün görülmektedir. Tüm bu durumlarda MK.m.2'deki dürüstlük kuralı sonuca etkili olacaktır.¹¹⁸

TİS'nin hâkim tarafından değişen ekonomik koşullara uyarlanıp uyarlanamayacağı son yıllarda ülkemiz uygulamasında önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Borçlar Hukukunda kabul edilen esasa göre, akde bağlılık ilkesi kural olmakla birlikte, akdin yapılmasından sonra ortaya çıkan ve önceden öngörülemez olayların, akdi ilişkide taraflar arasındaki dengeyi taraflardan biri katlanılamayacak derecede bozması durumunda borçlunun, hâkimden, akdin değişen koşullara uyarlanması veya feshini isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁹

7. Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapma Ehliyeti ve Yetkisi

TİS değişikliğini STİSK'na göre (m.41) sözleşmenin tarafını oluşturan İşçi Sendikası ile İşveren Sendikası veya Sendika üyesi olmayan İşverenin yapabile-

¹¹⁶ Bak. Yarg. 9. HD., 31.1.1995, E. 16730, K. 1307, YKD, Nisan 1995, s.576-583; Yarg. 9. HD., 6.2.1995, E. 17670, K. 2538, TÜHİS, Mayıs 1995, s.38; Yarg. 9. HD., 14.3.1996, E. 4479, K. 5354, İşveren D., Mart 1996, s.15-16; Yarg. HGK., 3.5.1995, E. 9-267, K. 442, Çimento İşveren D., Temmuz 1995, s.40-44; Yarg. HGK., 26.2.1997, E. 9-679, K. 119; İşveren D., Mart 1997, s.15; Yarg. 9. HD., 27.1.1997, E. 17387, K. 1182, YASA D., Haziran 1997, s.186.

¹¹⁷ ÇELİK, İş Hukuku, 26.Bası, s.573; Aynı yazar, Değerlendirme Semineri 1995, s.143 vd.; Ali GÜZEL, Değerlendirme Semineri 1995, s.198. Farklı gerekçelerle bak., OĞUZMAN, İşçi-İşveren İlişkileri, s.97 vd.

¹¹⁸ ALPAGUT, İşlem Temelinin Çökmesi, s.167, 198; EKONOMİ, Değerlendirme Semineri 1997, s.216-218; TUNCAY/KUTSAL, s.294; Karş. Melda SUR, İş Hukuku, Toplu İlişkiler, 4. Bası, Ankara 2011, s.357; AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013, s.578-579.

¹¹⁹ Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 1997, s.325 vd.; CANBOLAT, Toplu İş Sözleşmesinin Uygulama Alanı, s.63 vd.

ceği açıktır. İşçi ve İşveren Konfederasyonlarının veya Hükümetin TİS yapma veya sözleşmeyi değiştirme hak, ehliyet ve yetkisi yoktur.¹²⁰

TİS'nde sonradan değişiklik yapma yetkisi, bu sözleşmenin taraflarına tanınmıştır. Grev ve lokavt yasakları veya grev oylamasında işçilerin çoğunluğunun grevin uygulanmasına karar vermesi nedeniyle TİS, Yüksek Hakem Kurulu tarafından veya tarafların anlaşarak özel hakeme başvurusu nedeniyle özel hakem tarafından aktedilmiş olsa bile değişiklik yapma yetkisi taraflara aittir.¹²¹ Çünkü 2364 sayılı Süresi Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Sosyal Zorunluluk Hallerinde Yeniden Yürürlüğe Konulması Hakkında Kanunun aksine 2822 sayılı TİSGLK Yüksek Hakem Kurulu'na aktettiği toplu iş sözleşmelerinde süresi içinde değişiklik yapabilme yetkisi tanınmamıştır.¹²²

Sözleşmede yapılacak değişiklik konusunda da sözleşmenin tarafı olan sendika, üyesi bulunduğu konfederasyon tüzel kişiliğine veya başka bir kuruluşa yetki veremez.¹²³

TİS yapma ehliyeti ve yetkisi konusunda; ehliyet sadece sendikalara ve yetki de Kanunda gösterilen koşullara sahip olan sendikaya tanınmıştır (m.41). Bu hüküm karşısında, sendikanın zorunlu organlarının görev, yetki ve sorumluluklarının, sözleşme yapma yetkisinin başka bir kuruluşa devri olanaksızdır. Bununla birlikte, sendika yönetim kurulunun söz konusu faaliyetin yerine getirilmesi için kurul üyeleri yanında bazı gerçek kişilere ve bu arada konfederasyon yöneticilerine ismen yetki verebileceği kuşkusuzdur.¹²⁴

Değişiklik yapma yetkisi TİS'nin tarafı olma sıfatına bağlı olduğundan, sendikanın üyesi bulunduğu konfederasyonun TİS'nde değişiklik yapma yetkisi bulunmamaktadır.¹²⁵ Konfederasyonun esasen TİS ehliyeti dahi bulunmamaktadır. TİS'nde sonradan değişiklik ancak tarafların anlaşmasıyla mümkündür. Bunun yanı sıra, uygulamada görüldüğü gibi, taraflar, ileride değişiklik konusunda anlaşamamaları halinde doğan uyuşmazlığın özel hakem tarafından çözümleneceğini de kararlaştırabilirler.¹²⁶ Yargıtay; kötüleşen ekonomik koşullar nedeniyle işverenin tek taraflı iradesiyle muvazaalı işe giriş çıkışlar yaparak, her girişte işçi ücretlerinde indirimle giderek yürürlükteki TİS'nde fiili değişikliğe gitmesini iyiniyetli bir davranış olarak değerlendirmemiş ve işçilerin fark taleplerinin kabulü gerektiğine karar vermiştir.¹²⁷

Bazı yazarlara göre; TİS'nde anlaşarak sonradan değişiklik yapılması yetkisi, TİS'nin taraflarına aittir. Sonradan değişiklik yapılması yetkisi, TİS'nin tarafı olma sıfatına bağlıdır. Bu bakımdan, TİS'nin tarafı olmadığı için, sendikanın üyesi bulunduğu konfederasyonun, TİS'nde değişiklik yapma yetkisi yoktur. Ancak, kuşkusuz taraf sendikanın değişiklik görüşmelerine katılmak

¹²⁰ ÇELİK, İş Hukuku, 26. Bası, s.578; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.742; GÜNAY, TİSGLH, s.262-263; Güzel, 1996 Yılı Kararları Semineri, s.194-195; SOYER, İktisadi Kriz Döneminde Toplu İş Sözleşmesi, s.158; ALPAGUT, İşlem Temelinin Çökmesi, s.121-122; DEMİR, İş Hukuku, s.551.

¹²¹ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15; TUNCAY/KUTSAL, s.295.

¹²² ÇİFTER, s.66-67.

¹²³ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.742; Aksi görüş EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15.

¹²⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.742.

¹²⁵ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15; TUNCAY/KUTSAL, s.295.

¹²⁶ TUNCAY/KUTSAL, s.295.

¹²⁷ Yarg. 9. HD., 19.6.2012, E.15673, K.23729, Çalışma ve Toplum, 2012/4, s.402 vd.

üzere üyesi bulunduğu konfederasyona yetki vermesi mümkündür. TİS'nin taraflarca akteğilmediği hallerde dahi, sonradan değişiklik yapılması yetkisi yine sözleşmenin taraflarına aittir. Bu bağlamda, TİS, iş mücadelesi yasağı (2822 sayılı TİSGLK m.32-34) veya grev oylamasında grevin uygulanmaması sonucunun çıkması nedeniyle (2822 sayılı TİSGLK m.36) Yüksek Hakem Kurulunca akteğilmiş veya tarafların özel hakeme başvurmaları nedeniyle (2822 sayılı TİSGLK m.58) özel hakem tarafından akteğilmiş olsa dahi, sonradan değişiklik yapılması yetkisi sözleşmenin taraflarına aittir. TİS'nin imzalanması esnasında sendika üyesi olmayan işverenin sonradan işveren sendikasına üye olması halinde, üye olunan sendika o sözleşme bakımından taraf sıfatını kazanamayacağından, değişiklik yetkisi işverene ait olur. Sonra, sözleşmenin akteğildiği sırada sendika üyesi olan işverenin sonradan üyeliğinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, değişiklik yapma yetkisi yine işverene aittir. Çünkü, üyelik ilişkisinin sona ermesi ile, sendikanın artık işveren üzerindeki kural koyma gücü ortadan kalkacağından, işveren sendikasının değişiklik yapma yetkisi de ortadan kalkar veya ancak grup toplu iş sözleşmelerinde görülebileceği gibi, işveren ve işçi sendikasının grup TİS'nde sonradan yapacakları değişiklikler, üyelik ilişkisi sona ermiş bulunan işvereni bağlamaz.¹²⁸

Bazı yazarlara göre de; TİS'nin yapıldığı sırada işveren sendikasının üyesi olan işverenin, sonradan üyeliğinin sona ermesi halinde, işveren sendikasının işveren üzerindeki kural koyma erki ortadan kalkacağı için, TİS'nde değişiklik yapma yetkisi vardır. Buna karşılık, TİS'nin imzalanması sırasında sendika üyesi olmayan işverenin, daha sonra sendikaya üye olması halinde değişiklik yapma yetkisi ortadan kalkar. Çünkü, bu durumda kural koyma erki sendikaya ait olacağı ve işverenin artık böyle bir erki kalmayacağı için değişiklik yapma yetkisi sendikaya ait olur.¹²⁹

TİS'nde sonradan değişiklik yapılması yeni bir TİS yapılması olmayıp, mevcut bulunan TİS'nin eki niteliğindedir.¹³⁰ Bu bakımdan, sonradan değişiklik yapılması yeni bir TİS yapılması anlamına gelmediğinden, TİS'nde sonradan değişiklik yapılabilmesi için, yetki tespitindeki prosedüre uyulması gerekmediği gibi, sendikanın işverendeki çoğunluğu yitirmiş olması da değişiklik yapma yetkisine engel oluşturmaz. İçeriğindeki değişiklik yapılmak istenilen TİS'nin tarafı olmak yeterlidir.¹³¹

Yürürlükteki TİS'nin değiştirilmesi yönündeki tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı teknik anlamda bir sözleşme (akit) ise de, değiştirilen TİS'nden ayrı, aynı düzeyde ikinci bir sözleşme niteliğinde değildir. Bu sözleşme, değiştirilen TİS'nin eki niteliğindedir ve onun bütünü içinde yer alır. Bu nedenle tarafların TİS'nde değişiklik yapabilmeleri için ayrı bir yetki işlemine gerek yoktur. Taraflar çoğunluğu kaybetsele dahi, TİS'ni sona erdirinceye kadar sözleşmeyi değiştirebilirler.¹³²

¹²⁸ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15.

¹²⁹ ÇİFTER, s.67.

¹³⁰ OĞUZMAN, İlişkiler, s.96; EKONOMİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15.

¹³¹ OĞUZMAN, İlişkiler, s.95; EKONOMİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); REİSOĞLU, Şerh, s.81; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s.452; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15-16; ÇİFTER, s.67; TUNCAY/KUTSAL, s.295-296.

¹³² ÇİFTER, s.67.

TİS'nde değişiklik yapma yetkisi, sözleşmenin yürürlük süresi içerisinde mevcuttur. Sözleşme süresi sona erdikten sonra değişiklik yapılması mümkün değildir. TİS'nde yapılan değişiklik, bu sözleşmeden ayrı ikinci bir sözleşme olmayıp, onun tadili ve eki niteliğindedir. Yapılan değişiklikle getirilen hükümler, mevcut TİS'nin bütünü içerisinde yer alır ve STİSK m.36/1 uyarınca doğrudan ve emredici etkiye sahiptir.¹³³

6356 sayılı Kanunda da 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi (m.12/III); yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayınlanacak istatistikler etkilemez (m.41/5); hükmü bu sonuca varmayı gerektirir. Ancak tarafların TİS'nde değişiklik yapma yetkisi sözleşmenin süresi ile sınırlıdır. Değişiklikler taraflarca imza tarihinde yürürlüğe konulabileceği gibi, bu tarihten önceki veya sonraki bir tarihte de yürürlüğe konabilir. TİS'nin süresi sona erdikten sonra tarafların kural koyma erki sona ermiş olduğundan, gerek sözleşmenin yürürlükteki dönemine ve gerekse hizmet akdi olarak uygulandığı döneme ilişkin değişiklik yapılamaz.¹³⁴ Ayrıca sözleşmeyi değiştirme yetkisi gerçek veya tüzel kişilere aittir. Sözleşmeyi temsilci sıfatıyla imzalayan kişi veya kişiler bu sıfatları devam etmiyorsa TİS'ni değiştiren anlaşmayı imzalamaz.¹³⁵

Bazı yazarlara göre; işyerinde çoğunluğu kaybeden işçi sendikasının sırf işçileri cezalandırmaya yönelik TİS değişiklikleri hakkın kötüye kullanımını oluşturacağı için Medeni Kanun (MK.m.2) uyarınca mahkeme tarafından geçersiz sayılacaktır.¹³⁶ Bazı yazarlara göre ise; bu görüşü benimsemek mümkün değildir. Hakimin bu konuda karar verebileceğinin kabulü hakime TİS kuralı koyabilme yetkisini tanımak anlamını taşır. Bu ise Anayasa'nın 53. maddesi ile taraflara tanınmış olan TİS özerkliğine müdahale sonucunu doğurur ve Anayasa aykırı düşer.¹³⁷

TİS'nde sonradan değişiklik, ancak tarafların karşılıklı olarak anlaşmasıyla mümkündür. Bunun yanı sıra taraflar, uygulamada görüldüğü üzere, değişiklik hususunda anlaşamamaları halinde uyuşmazlığın özel hakem tarafından çözüleceğini de kararlaştırabilirler.¹³⁸

TİS'nde sonradan değişiklik yapma yetkisi konusunda; sözleşmenin tarafı olma durumuyla, sözleşme aktedilirken temsilci sıfatıyla sözleşmeyi imzalamış olma durumunun da birbirinden ayrılması gerekir. Sonradan değişiklik yetkisi, sözleşmeyi temsilci sıfatıyla imzalayan kişi veya kişilerde değil, sözleşmenin taraflarındadır. Sözleşmeyi temsilci sıfatıyla imzalamış bulunan kişilerin sözleşmede sonradan değişiklik içeren bir protokol imzalaması durumunda, bu kişilerin sözleşmede sonradan değişiklik yapma yetkilerinin bulunup bulunmadığının taraflar nezdinde ayrıca araştırılması, böyle bir yetkinin tespit edilemediği hallerde imzalanan protokolün geçersizliğine karar verilmesi gerekir.

¹³³ TUNCAY/KUTSAL, s.296.

¹³⁴ Yarg. 9.HD., 24.12.1987, E.1987/10974, K.1987/11554, Yargıtay Kararları Dergisi (YKD), Cilt: 14, Sayı: 10, Ekim 1988, s.1378-1379.

¹³⁵ Yarg. 9.HD., 20.04.1996, E.1996/906, K.1996/9229, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 4, Temmuz 1996, s.31; ÇİFTER, s.68.

¹³⁶ REİSOĞLU, Şerh, s.81-82.

¹³⁷ ÇİFTER, s.68.

¹³⁸ OĞUZMAN, İlişkiler, s.97; EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.15-16.

Yargıtayın konuya ilişkin bir kararında¹³⁹ isabetli bir şekilde, TİS'ni sendika temsilcisi olarak imzalamış bulunan Bölge Başkanının, sözleşmede sonradan değişikliği konu alan bir protokol imzalamaya yetkili olup olmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁴⁰

Yargıtay da, kural olarak TİS'nin taraflarının, TİS hükümlerini tadil etmeleri mümkün olduğunu, ancak değişikliğin TİS yapmaya yetkili kişilerce gerçekleştirilmesi ve ileriye dönük olarak yürürlüğe konulması gerektiğini belirterek, protokolü sendika adına imzalayan kişinin protokolün düzenlendiği tarihte tek başına TİS bağitleme yetkisi olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁴¹

Teşmil edilen TİS'nde¹⁴²; Bakanlar Kurulu, sonradan TİS'nde değişiklik yapma yetkisine sahiptir. 6356 sayılı Kanunda da 2822 sayılı Kanunda olduğu gibi; Bakanlar Kurulunun teşmil edilecek TİS'nde zorunlu değişiklikleri yapabileceği hükme bağlanmıştır (m.40). Kanunda sözü edilen bu değişiklik yetkisi, henüz teşmil gerçekleştirilirken TİS'nde yapılabilecek değişiklikleri ifade etmekte ise de, bu yetkinin aynı zamanda teşmil gerçekleştirildikten sonra ortaya çıkan bir gereksinim nedeniyle Bakanlar Kurulunca tekrar bir değişiklik yapılabilmesini de kapsadığını kabul etmek uygun olur. Bu sonuç, Bakanlar Kurulunun, teşmil kararnameyi gerekli gördüğü zaman gerekçesini de açıklayarak yürürlükten kaldırayabileceğine ilişkin yasal düzenleme ile de uyumludur. Çünkü, teşmil uygulamasını, gerekli gördüğünde süresinden önce sona erdirebilen Bakanlar Kurulunun, bu sözleşmede sonradan değişiklik yapabilme yetkisi bulunduğunu evleviyetle kabul edilmesi gerekir. Yeter ki, teşmil için gerekli bulunan kamu yararı, sonradan TİS'nde değişiklik yapılması için de mevcut olsun.¹⁴³

Bazı yazarlara göre; toplu iş sözleşmesi Bakanlar Kurulu kararı ile teşmil edildiğinde de durum değişmez, taraflar teşmil konusu sözleşme hükümlerini değiştirebilir.¹⁴⁴ Ancak, Bakanlar Kurulu teşmil ettiği TİS'nde sonradan değişiklik yapma yetkisine sahip değildir. Esasen, TİS özerkliğine aykırı olan ve Anglo-sakson ülkelerinde benimsenmeyen teşmil kurumu bir istisnadır ve kural olarak teşmili yapacak makamın TİS'ni değiştirmeye yetkisi yoktur. 2822 sayılı Kanun bir istisna olarak Bakanlar Kurulu'na teşmili gerçekleştirirken zorunlu değişiklikleri yapma yetkisini vermiştir. Bu nedenle, yasa dar olarak yorumlanmak ve yetkinin sonradan yapılacak değişiklikleri kapsamayacağı sonucuna varılmalıdır.¹⁴⁵

¹³⁹ Yarg. 9 HD, 22.4.1996, 906/9229. Çimento İşveren D. Temmuz 1996, s.31.

¹⁴⁰ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.16.

¹⁴¹ Yarg. 9. HD, 25.02.2014, E.2014/2478, K.2014/5936, Çalışma ve Toplum, 2014/3, s.387-389.

¹⁴² Teşmil hakkında Geniş bilgi için bkz. SUBAŞI, İş Hukukunda Toplu İş Sözleşmelerinin Teşmili, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Hukuk Fakültesi), Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1994, s.1 vd.; Aynı yazar, Türk Toplu İş Hukukunda Teşmil, Prof.Dr. Halit Kemal ELBİR'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1996, s.438 vd; Aynı yazar, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı 39, 2013/4, s.209 vd.

¹⁴³ EKMEKÇİ, Toplu İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması, s.16.

¹⁴⁴ EKONOMİ, İHU, TSGLK, m.2 (No: 1); ÇİFTER, s.67.

¹⁴⁵ ÇİFTER, s.67.

SONUÇ

Toplu sözleşme düzeninin özerkliği, sözleşme taraflarının dıştan bir müdahale olmaksızın ücret ve çalışma koşullarını Anayasa ve Yasaların emredici kurallarına aykırı olmayacak bir şekilde serbestçe düzenlemeleri anlamına gelmektedir. "Sözleşme muhtevasının serbestçe kararlaştırılabilmesi" anlamına gelen sözleşme özerkliği, TİS tarafı işçi ve işveren ile sendikalarına ve kamu kesimi işvereni olarak Devlete de büyük sorumluluklar yüklemektedir.

Toplu sözleşme özerkliği, işçi sendikaları ile işveren ve sendikalarına tanınan ve "kendi kendine yönetim" olarak adlandırılan geniş bir özerlik kavramının en önemlisini oluşturmaktadır.

6356 sayılı Kanun, 2821 sayılı Kanun ile 2822 sayılı Kanunu'ndaki hükümleri tek bir kanun içinde toplamış, ancak bu kanunların temel felsefesinde önemli bir değişiklik gerçekleştirilmemiştir. Eski Kanunlardaki müesseseler genel olarak bakıldığında aynen muhafaza edilmiş, sadece ufak bazı değişikliklerle yetinilmiştir. TİS yapma yetki koşullarında değişiklik, sendikal güvenceler, teknolojik gelişmelerle uyumlu olarak elektronik ortamda üyelik ya da bildirim yapma olanağı tanınması ve belge toplamak yerine beyana dayanan bildirimlere değer verilmesi yeni Kanunda yer verilmiştir.

6356 sayılı Kanunda 2822 sayılı Kanundaki düzenlemeye uygun olarak "Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir" hükmüne de yer verilmiştir (m.33/2).

TİS'nin şekli ve süresi 6356 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Buna göre; *TİS yazılı olarak yapılacaktır* (m.35/1). 2822 sayılı Kanundaki gibi TİS'nin yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmayacağına ilişkin açık hüküm olmamakla birlikte burada belirtilen yazılı şeklin geçerlilik koşulu olduğu ve yazılı yapılmadıkça geçerli olmayacağı açıktır. Yazılı şeklin geçerlilik koşulu olmasının doğal sonucu olarak TİS'nde yapılacak değişikliklerin de ancak yazılı olarak yapılabileceğidir.

6356 sayılı STİK'na göre; TİS en az bir ve en çok üç yıl süreli olarak yapılabilir. TİS'nin süresi, sözleşmenin imzalanmasından sonra taraflarca uzatılmaz, kısaltılamaz ve sözleşme süresinden önce sona erdirilemez (m.35/II).

Kanunun, TİS'nin yürürlük süresine ilişkin hükmü, emredici nitelikte olduğundan, sözleşmenin buna aykırı hükmü geçersiz olacaktır.

Kural olarak, TİS'nin tarafları birlikte düzenledikleri hükümleri yine birlikte (anlaşarak) değiştirebilirler, bunun tek istisnası TİS'nin süresidir.

6356 sayılı Kanunda sadece TİS'nin süresinin değiştirilmesi yasaklanmış olup bunun dışında kalan sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi konusunda herhangi bir kısıtlama sözkonusu değildir. Bu nedenle, taraflar TİS'nin süresi içerisinde anlaşarak sözleşmenin süresi dışındaki hükümlerinde değişiklik yapabilirler.

Taraflar, kendi imzaladıkları TİS'nde değişiklik yapabileceği gibi, Yüksek Hakem Kurulu kararı ile ya da özel hakem kararı ile oluşan bir TİS'nde de değişiklik yapabilirler. Tarafların bu yetkisi yürürlükte olan bir TİS için geçerlidir. Sözleşmenin sona ermesi ile birlikte tarafların anılan yetkisi de sona erer. Zira, yürürlüğü sona eren TİS ile birlikte, sözleşmenin borç ilişkisi doğuran hükümlerinin yanı sıra yanların taraf olma sıfatları da ortadan kalkacaktır. Taraflar, yetkili olmaları koşuluyla ve sözleşmenin yapılmasına ilişkin yasal prosedüre uyarak ancak yeni bir TİS yapabilirler. Sona eren TİS'nin normatif hükümleri

yenisi yürürlüğe girene kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edecektir (m. 6/III).

TİS'nin tarafları, değişen ekonomik durumlar karşısında, sözleşmede değişiklikler yapmak ve sözleşmeyi yeni koşullara uyarlamak olanağına sahiptirler. Bunu gerçekleştirebilmek için tarafların sözleşme süresinin sona ermesinin ve yeni sözleşmeyi yapma koşullarının doğmasını beklemelerine gerek yoktur.

TİS'nde değişiklik yapılması yeni bir TİS niteliğinde olmayıp önceki sözleşmenin eki niteliğindedir. Bu nedenle, TİS'nin yapılmasına ilişkin prosedüre uyulması ya da taraf işçi sendikasının işyerinde sahip olduğu çoğunluğu muhafaza ediyor olmasına gerek yoktur. Zira, TİS'nin tarafı olmak sözleşmede değişiklik yapabilmek için yeterlidir. Öte yandan, "Toplu iş sözleşmesi yazılı olarak yapılır" diyen 6356 sayılı Kanunun hükmü (m.35/I) karşısında, sözleşmede yapılacak değişikliklerin de aynı koşula tabi olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Taraflar TİS ile kararlaştırılan çalışma koşullarında, miktar itibariyle indirim veya artırım yapabilecekleri gibi, mevcut bir çalışma koşulunu geçici veya sürekli olarak kaldırabilirler ya da sözleşmede düzenlenmemiş bir konuda yeni düzenleme getirebilirler. Anılan böyle bir değişiklik, mevcut durumu, ancak ilerisi için etkiler. Taraflar henüz tahakkuk etmemiş TİS'nde kararlaştırılan hükümler üzerinde değişiklik yapabilirler. Örneğin, TİS ile öngörülen ücret zammına ilişkin normatif hüküm sözleşmede kararlaştırılan tarihin geçmesi ile hizmet akitlerini doğrudan etkileyecek ve ücretler zamlı düzeye yükseltilmiş olacaktır. Tarafların belirtilen tarihten sonra ücret zamlarının kaldırılması veya düşürülmesi konusunda anlaşmış olmaları işçiyi bağlamayacak ve işçinin zamlı ücreti talep etmesini engellemeyecektir. Ancak, işçilerin, değişiklikten önce doğmuş bulunan haklarından, ibra akdi çerçevesinde, vazgeçmeleri mümkündür.

Uygulamada, tarafların, TİS'yle kararlaştırılan ücret ve diğer sosyal hakların ileride belirli bir tarihte ya da enflasyon rakamlarının kararlaştırılan belirli bir miktarın üzerinde olması gibi, belirli bir koşulun gerçekleşmesi halinde sözleşmenin bazı hükümlerinin yeniden gözden geçirilmesini kararlaştırdıkları görülmektedir. Buna "revizyon koşulları" denilmekte ve bu tür hükümler geçerli sayılmaktadır.

TİS'nin tarafları, ücret zamlarından başka, uygulama bakımından parasal konulara ilişkin diğer sözleşme hükümlerinde de ileriye yönelik olarak kuşkusuz değişiklikler yapabilir ve henüz işçiler için tahakkuk etmemiş durumda ki her türlü ödeme tutarında indirimde gidebilir veya bunlara ilişkin düzenlemeleri kaldırabilirler.

TİS'nin değiştirilmesi ihtiyaçların sonucudur ve kural olarak engellenmemelidir. 6356 sayılı Kanunda da; TİS'nde sonradan yapılacak değişikliklere ilişkin hükümler yer almamasına karşın, tarafların bu yetkisi kısıtlanmış da değildir. TİS'nin değişen koşullara uydurulmasının ve aksayan yönlerinin değiştirilmesinin taraflara bırakılması Anayasada yer alan TİS özerkliğinin gereğidir. Ancak uygulamada çıkabilecek sorunları önlemek açısından Kanun'da konunun daha açık olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır.

GREV, TOPLUMSAL İHTİYAÇLAR VE ASGARİ HİZMET

Prof. Dr. Melda Sur*

Anayasamız, Cumhuriyetin temel niteliklerinden “sosyal hukuk devleti” ilkesi ile birlikte, sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını da güvence altına almıştır. Grev hakkı, çalışanların bir temel hakkı olarak dünyanın büyük kısmında tanınmakta ve korunmaktadır. Türkiye, taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve üyesi olduğu uluslararası örgütlerin, özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyinin denetim organlarının değerlendirmelerine de uyarak grev yasaklarını tedricen azaltma yoluna gitmektedir. Bu eğilim sosyal denge yönünden ve ülkemizin uluslararası yükümlülükleri kapsamında bir ilerleme sayılmalıdır.

Grevin birtakım olumsuz etkiler doğurması doğaldır ve baskı amacını taşımasının gereğidir. Ancak, grevlerin bazı hâllerde ekonomik ve toplumsal hayati felce uğratma tehlikesi de mevcuttur. Bu incelemenin amacı, grev hakkının kapsamının genişletildiğini gördükten sonra (I), barışçı çözüm yollarını (II) ve grev hakkının özüne dokunmadan ve grevi etkisiz kılmadan, toplumun temel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bazı yolları inceleyip (III), en son olarak “asgarî hizmet” üzerinde durarak, bazı öneriler getirmektir (VI).

I. GREV HAKKININ GENİŞLETİLMESİ

A. Hukukumuzda Greve İlişkin Temel Esaslar

1. Anayasa Hükümleri

Grev hakkı, *Anayasanın* 54. maddesinde şöyle tanınmaktadır:

“Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.”

“Grev hakkı ve lokavt iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.”

“Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelenmenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.”

“Yüksek Hakem Kurulunun kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.”

“Greve katılmayanların işyerinde çalışmalarını, greve katılanlar tarafından hiçbir şekilde engellenemez.”

Görüldüğü üzere, grev hakkının anayasal korunma alanı bir toplu iş sözleşmesinin yapılması sürecine bağlıdır ve kanun koyucunun düzenlemesine tâbi tutulmaktadır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

2. 6356 sayılı Kanunun Greve İlişkin Genel Esasları

6356 sayılı *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa* göre, işi bırakanın kanuna uygun olabilmesi için:

1. Hareket grev kavramına uymalıdır. Grevin tanımı *STİSK m.58/1'de* şöyledir: “(1) *İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği bir karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.*” Böylece işi yavaşlatma, verim düşürme gibi eylemler grev tanımına uymadığından, grev hakkının kapsamına girmemektedir. Bunun sonucu olarak, bu gibi hareketler duruma göre haklı veya geçerli fesih nedeni oluşturabilecektir. İş bırakmanın süresi bakımından da kanun bir ölçü getirmemiştir.

2. Yukarıda tanımlanan grevin yasaya uygun olması gerekir. Bunun için de grev, kanunun öngördüğü şartlara uygun olarak kararlaştırılıp uygulamaya konulmuş olmalıdır. *STİSK m.58/2* uyarınca: “(2) *Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyumsuzluk çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanunî grev denir.*” 60. maddede düzenlendiği şekilde yasal bir grev kararını ancak toplu iş sözleşmesi süreci içinde yetki belgesini haiz sendika alabilir. Bu karar arabuluculuk aşamasından geçildikten sonra, m.50/5'de belirtilen uyumsuzluk tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve grev bu süre içinde altı işgünü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir.

Yürürlükteki yasal düzenleme bakımından genel grevlerin, dayanışma grevlerinin ve salt siyasi grevlerin yasaya uygun olması mümkün değildir. Nitekim 58. maddenin Gerekçesinde belirtildiği üzere: “*Genel grev, siyasi amaçlı grev ve dayanışma grevi ile işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişlerin Kanunda belirtilmemiş olması bunları kanuna uygun hâle getirmez. Belirtilen eylem ve direnişleri yapma hakkını veren ve hukuka uygun hale getiren hukuki bir dayanak da yoktur. (...) İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler aynı zamanda işçilerin aylık borcu ile iş görme borcuna ayrırlık oluşturacaktır.*”¹

B. Toplu Eylem Hakkına İlişkin Gelişen İçtihat

Yargıtayın nispeten yeni kararlarında İLO denetim organlarının görüşleri ve Avrupa İnsan Hakları Divanı içtihadı referans alınarak, mevcut yasal düzenlemelere ters düşebilecek sonuçlara varıldığı gözlenmektedir. Örneğin, hava işkolunda grev yaşağı TBMM'de görüşülürken bir günlük grev, “toplu eylem hakkına” dâhil kabul edilmiştir². Bir diğer olayda işyerinde bazı işçilerin işten

¹ Gerekçe için bkz. örneğin: TAŞKENT Savaş – SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem – MUTLAY, Faruk Barış: *İş Hukukunun Temel Yasaları*, Yen. 3. Bası, İstanbul 2012, s.434-435.

² 22.HD, 29.3.2013, 276/144, Çalışma ve Toplum, 2014/3, S.42, s.265-273 ve Can TUNCAY'ın İncelemesi, s.274-283. Bu olayda meydana gelen önemli hizmet aksaması nedeniyle eylem ölçülülük ilkesine uygun bulunmadığından 22. Hukuk Dairesi tarafından fesih geçerli sayılmıştır.

çıkarılacağına dair duyum üzerine yarım günlük protesto eylemi, meşru bir “topluy eylem hakkı” kapsamında değerlendirilmiştir³.

Anayasa Mahkemesi de, yapılan bireysel başvuru sonucu, Eğitim Sen sendikasının çağrısı üzerine kamu görevlisinin yurt çapında yapılan iki günlük “göreve gelmeme eylemi”ne katılması dolayısıyla disiplin cezası verilmesini Anayasanın 51. maddesini ihlal edici bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Divanı kararlarına atıf yapan Anayasa Mahkemesine göre: “Açıklanan nedenlerle, her ne kadar hafif bir ceza olsa da şikâyet edilen uyarma cezasının “toplumsal bir ihtiyaç baskısına” tekabül etmemesi nedeniyle “demokratik toplumda gerekli olmadığı” sonucuna varılmıştır. Bu sebeple başvuruçunun Anayasa’nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir”⁴.

Geçmişte de Fransız öğretisi ve içtihadından hareket eden bazı yazarlarımız, çok kısa süreli işi bırakmaların bazı koşullar altında grev değil, toplu protesto eylemi sayılarak korunması gerektiği görüşündeydiler. Bu yazarlarımızın işaret ettikleri üzere, verime tesir etmeyen bir defaya mahsus kısa süreli işi bırakma ne grev ne de verim düşürme suçunu oluşturup, sadece işverene karşı “topluy bir protesto gösterisi” niteliğinde kalır⁵. Ancak önceki dönemlerde bu görüşlerde “kısa süreli işi bırakma”nın günümüzdeki örneklerden farklı ve çok daha kısa süren hareketleri ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Günümüzdeki uluslararası gelişmeler ışığı altında oluşan Yargıtay içtihadında ise birtakım ölçütler benimsenmektedir. Aranılan koşullar, özetle, eylemin çalışanların ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin olması, eyleme son çare olarak başvurulması, eylemin barışçı olması ve ölçülülük esasındır. Bu koşullardan birine uyulmamasının ise eylemin hukukî niteliğinden ziyade eyleme bağlanacak hukukî sonuçları (geçerli fesih sebebi teşkil edip etmemesi) etkilediği anlaşılmaktadır.

Söz konusu içtihat, ülkemizin uluslararası alanda zor duruma düşmesi açısından ve aynı zamanda sosyal yönden isabetli görünmektedir. Buna karşılık içtihadın hukukî dayanağı bakımından bazı sorunlar olduğunu da ifa-

³ Örneğin: 7.HD, 3.12.2013, 7358/13055, Çalışma ve Toplum, 2014/4, S.43, s.239-243 ve Mesut GÜLMEZ’in İncelemesi, s.239-261; İşveren, Eylül-Ekim 2014, s.44-45 ve Av. Derya KARADEMİR’in İnceleme ve eleştirisi, s.36-41. Söz konusu içtihat hakkında daha genel olarak bkz. örneğin: AKBULUT, Olgun: AIHS ve AIHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar -5-, Seminer 28 Şubat 2015, s.21-53; ENGİN, Murat: Sendikal Hak ve Özgürlüklere İlişkin AIHS Hükümleri, AIHM Kararları ve Türk Hukuku, İş Hukukunda Güncel Sorunlar -5-, Seminer 28 Şubat 2015, s.139-159; aynı yazar: İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m.90 Son Cümle Hükümü ve Toplu Eylemler Üzerine, Sosyal Güvenlik Dergisi, 09, 2015, C.5, S.2, s.9-36.

⁴ Tayfun Cengiz Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/8463) Karar Tarihi: 18/9/2014, R.G. Tarih-Sayı: 4/12/2014-29195.

⁵ OĞUZMAN, Kemal: Hukukî Yönden Grev ve Lokavt, 2. Bası, İstanbul 1967, s.37; İşçi-İşveren İlişkileri, C. 1, 4. Bası, İstanbul 1987, s.162 (ancak, bu ikinci eserde bir sonraki “buna mukabil, işyeri terk edilmiş olmasa bile işin topluca bırakılması, hiç şüphesiz ki grevdır” cümlesi görüşe farklı bir anlam kazandırmaktadır). Bu yönde ayrıca bkz.: AKYOL, Şener: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967, s.21; SUR, Melda: Grev Kavramı, İzmir 1987, s.63-65; TUNÇOMAĞ, Kenan - CENTEL, Tan- kut: İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul 2013, s.447; TUNCAY, Can - SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Toplu İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, s.360.

de etmek isteriz. Yürürlükteki mevzuatımıza ters düşen bu kararları bir hukuki temele oturtma ihtiyacı bulunmaktadır. Zira ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde grevin usul ve şartlarını belirleyen hükümler yoktur ve grev hakkının kullanılmasına ilişkin somut esaslar geniş ölçüde UÇÖ Sendika Özgürlüğü Komitesi ile Sözleşme ve Tavsiyelerin Uygulanması Komisyonu görüşleriyle oluşturulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın Türkiye hakkında verdiği kararlar ise ülkemizde grev hakkından tümüyle yoksun bulunan kamu görevlilerinin genel anlamda toplu eylem hakkını gözeten kararlardır⁶.

Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisini düzenleyen Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrası şöyledir: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”*. Oysa uluslararası denetim organları görüşleri ve uluslararası yargı kararları “andlaşma hükmü”nden farklı nitelikte kaynaklardır; bu itibarla ulusal yargıcın yasa hükmünü bir kenara koyarak denetim organları görüşlerini “hukuk normu” gibi uygulaması Anayasamızın 90. maddesinde öngörülenden farklı bir yol gibi görünmektedir.

C. Grev Yasaklarının Tedricen Azaltılması

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 62. maddesinde grev ve lokavt yasakları yer almaktadır. Yasa hükmünün Gereğesinde belirtildiği üzere: *“Maddenin ilk fıkrasında grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve yerler İLO'nun talepleri de dikkate alınarak yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleri ile sınırlandırılmıştır.”*

Grev yapılamayacak işler şunlardır: *Can ve mal kurtarma işleri, cenaze işleri ve mezarlıklar, şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtım ile nafta ve doğal gazdan başlayan petrokimya işleri, Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerleri, kamu kuruluşlarınca yürütülen ifaiye ve hastaneler. Yasada yer alan “bankacılık hizmetleri” ve kamu kuruluşlarınca yürütülen “şehir içi toplu taşıma hizmetleri”ndeki grev yasağı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş bulunmaktadır⁷.*

Ayrıca, 6362 sayılı *Sermaye Piyasası Kanunu*, bankacılık hizmetleriyle ilgili borsalarda da grev yasağı getirmektedir⁸. Bu Kanunun m.137/2 hükmüne göre: *“Bu Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamaz”*. Böylece, borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları ile Merkezî Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi tarafından yürütülen hizmetler de grev yasağı-

⁶ Bu kararlar hakkında bkz. örneğin: SUR, Melda: İş Hukuku - Toplu İlişkiler, Günc. 5. Bası, Ankara 2015, s.32-36.

⁷ Anayasa Mahkemesi, 22.10.2014, E. 2013, K. 2014/191, RG 11.11.2015, S. 29529.

⁸ Bu konuda, bkz.: CENTEL, Tankut: Grev Yasak ve Sınırlamalarına Topluca Bakış, TİSK Akademi 2013/1, s.6 vd., s.9.

na tâbidir. Belirtmeliyiz ki, bu hizmetlerde öngörülen grev yasağı Anayasaya aykırı bulunmamıştır⁹.

STİSK m.62'deki mevcut bir kısım grev yasaklarının ve bunlar arasında bankacılık ve şehir içi toplu ulaşım hizmetlerindeki grev yasağının İLO denetim organınca eleştirilmeye müsait olduğuna zamanında işaret edilmekteydi¹⁰. Nitekim daha önce Uluslararası Çalışma Örgütü Sendika Özgürlüğü Komitesinin örneğin 303 sayılı Raporunda Türkiye'de bankalarda grevin yasaklanması eleştirilmiştir (Olay No.1830, par. 62).

Belirtmeliyiz ki, önceleri 2008 yılında Meclise sunulan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifinde (20.5.2008), banka işlerinde grev yasağı kaldırılmıştı; ancak "bankacılık sektöründe sözleşmeleri gereği taahhüt edilen hizmetlerin grev ve lokavt uygulaması sırasında verilmesine devam olunur" kaydı yer almaktaydı. Oysa daha sonra kabul edilen 6356 sayılı STİSK m.62/1'de böyle bir ayrıma gidilmeksizin bankacılık hizmetleri tümüyle grev yasağı kapsamında yer almıştır.

Anayasa Mahkemesinin 22.10.2014 tarihli kararında, 6356 Sayılı Kanunun diğer bazı hükümleriyle birlikte, 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan 1- "bankacılık hizmetlerinde;" ve "...ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde..." ibareleri Anayasa'ya aykırı bulunarak iptallerine karar verilmiştir. Kararın gerekçesine bakıldığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve İLO denetim organlarının görüşlerinin dikkate alınarak sonuca varıldığı anlaşılmaktadır. Kararda belirtildiği üzere:

"Grevin yasaklanabileceği işler ve işyerleri geniş toplum kesimlerini ilgilendiren ve yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleridir. Buna göre kesilmesi hâlinde toplumun ciddi ölçüde zarara uğrayabileceği yaşamsal nitelikteki hizmetler, insan sağlığını, millî savunma ve güvenliği ilgilendiren işler için grev ve lokavt yasaklanabilecektir. İptali istenilen kurallar ile getirilen yasak kamu düzeni ve toplum hayatını doğrudan etkileyen faaliyetler değildir. Kurallar ile grev ve lokavt kapsamına alınan alanlar, yaşamsal nitelik taşımayan, insan sağlığına doğrudan etki etmeyen, millî savunma ve güvenlik ile ilgili yönleri bulunmayan ve toplumun tümünü doğrudan etkilemeyen hizmetlerdir. Dolayısıyla bu tarz hizmetlerde toplumun tümünü ilgilendiren stratejik öneme sahip olan kamusal çıkarlar bulunmamaktadır" (par. 235). (...) "Buna göre kanun koyucunun kurallar

⁹ Anayasa Mahkemesine göre, sermaye piyasalarının işleyişi bakımından kritik önem arz eden bu kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin sürekliliğini sağlamak ve üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla grev ve lokavt yasağı getirilmiştir. Bu alanlarda grev yasağının getirilmiş olması demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmeyip, ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı gibi, Anayasanın 54. maddesine de aykırı değildir. Anılan hizmetlerde grev sebebiyle bu kurumlardaki işlerin aksaması durumunda meydana gelebilecek ekonomik olaylar ve etkileri göz önüne alındığında, Anayasa'nın 49. maddesi uyarınca Devlete verilen görev kapsamında kamu yararı amacına yönelik bir düzenleme söz konusu olduğu da belirtilmiştir. Karara karşı üç üye muhalif kalmıştır (Anayasa Mahkemesi, 14.11.2013, E. 2013/24, K. 2013/133, RG 22.7.2014, S. 29068).

¹⁰ Bkz. örneğin: KUTAL, Metin: Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme (31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı), Sicil, Mart 2012, s.159-177, s.176; SUR, Melda: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Grev Hakkı, Sicil, Aralık 2012, s.163-171, s.167 ve dipnot 24; 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, S.39, s.323-362, s.356.

ile getirmiş olduğu grev yasağı temel hizmetler kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan hizmetler içindir ve bu hizmetlere getirilen grev yasakları demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmamaktadır” (par. 237). (...) “Ölçülülük ilkesiyle devlet, grev yasaklamanın topluma sağladığı kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İtiraz konusu kuralların, bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde grev yasağının, korunması düşünülen yarar ile çatışan hak ve özgürlükler arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi ve stratejik öneme sahip olmaması nedeniyle Anayasa’nın 54. maddesinde yer alan grev hakkına ölçüsüz bir müdahale olduğu açıktır.” (par. 239).¹¹

D. UÇÖ Sendika Özgürlüğü Komitesinin Grev Hakkında Bazı Görüşleri

Yargıtayın ve Anayasa Mahkemesinin bu çalışmamızda değindiğimiz bazı kararlarını daha iyi anlayabilmek açısından Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organlarının greve ilişkin bazı görüşlerini de burada belirtmek yararlı olacaktır.

Türkiye’nin de taraf olduğu 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca:

“1. Çalışanların ve işverenlerin örgütleri, tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.”

“2. Kamu makamları, bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınlıdır.”

Bu hükümden hareketle, UÇÖ organları eskiden beri grevin de bu etkinlikler içinde yer alması gerektiğini kabul etmektedir ve bu çerçevede özellikle üçlü yapıya sahip bir organ olarak 1951’de kurulan Sendika Özgürlüğü Komitesinin grev hakkında oluşturduğu bir “içtihat” mevcuttur. Bu içtihatla yer alan görüşlerin bazıları özetle şöyledir¹²:

- Hak uyuşmazlıklarının, bir başka deyişle, bir kanun veya sözleşme hükmünün yorumuna ilişkin ihtilafların yetkili mahkemelerce çözümlenmesi esastır. Hak grevinin yasaklanması sendika özgürlüğüne ters düşmez (par. 532). Ayrıca, bir toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken greve başvurulması kısıtlanabilir, yasaklanabilir. Bu durumda etkili ve tarafsız başvuru mercilerinin bulunması gerekir (par. 533).

- Grev hakkı salt bir toplu iş sözleşmesinin yapılması sürecindeki iş uyuşmazlıklarıyla sınırlı tutulamaz (par. 352). Bu itibarla, çalışanları doğrudan etkileyecek ekonomik ve sosyal politika sorunları karşısında greve gidilebilir. Buna karşılık salt siyasal grev sendika özgürlüğü kapsamında değildir (par. 520, 527-529, par. 541-542).

- Salt işi bırakmanın yanında, işi yavaşlatma, aşırı kurallı çalışma, oturma grevi gibi eylemler de, barışçıl olduklarında korunmalıdır (par. 545).

¹¹ Bu karara iki karşı oy yazısı bulunduğu da işaret edilmelidir.

¹² Recueil de décisions du Comité de la liberté syndicale, 5ème éd. (révisée), 2006, www.oit.org, Kasım 2014.

Kabul edilen grev yasakları hakkında temel esaslar ise şöyledir:

- Grev ancak devlet adına kamu gücünü kullanan memurlar bakımından yasaklanabilir (par. 541) veya dar anlamda temel hizmetlerde, yani kesintiye uğraması durumunda, halkın tamamının veya bir kısmının yaşamı, güvenliği veya sağlığını tehlikeye düşürebilecek hizmetlerde grev yasaklanabilir (par. 540, par. 576). Zorunlu tahkim de ancak bu durumlarda öngörülebilir (par. 564).

- Temel hizmetlerin kapsamı geniş ölçüde her devletin kendine özgü koşullarına bağlıdır. Bu kavram mutlak ve kesin bir anlam taşımaz, zira temel sayılmayacak bir hizmette grevin süresi ve kapsamı belli ölçüleri aşarak bu surette halkın tamamı veya bir kısmının yaşam, güvenlik veya sağlığını tehlikeye düşürebilecekse, bu alan temel hizmet olarak nitelendirilebilir (par. 582).

- Söz konusu temel hizmetler kapsamında şunlar sayılmıştır: hastaneler, elektrik ve su dağıtımı, telefon hizmetleri, polis ve silahlı kuvvetler, itfaiye, cezaevleri, okullara gıda temini ve temizlik işleri, hava trafik kontrolü (par. 585).

- Buna karşılık temel hizmet sayılmayan çeşitli işler arasında, radyo ve televizyon, petrol tesisleri, limanlar, bankalar¹³, vergi tahsilinde bilgi işlem hizmetleri, genel olarak taşıma işleri, pilotlar, demiryolları, posta, çöp toplama işleri (ancak işin durması belli bir süre veya kapsamı aştığında çöp toplama işleri temel hizmete dönüşebilir) ve soğutucular (par. 587).

Ülkemizdeki içtihat ve özellikle nispeten yeni Anayasa Mahkemesi kararları bir ölçüde UÇÖ denetim organlarının görüşleri doğrultusunda gelişmiştir ve gelecekteki düzenleme ve uygulamalarda bu görüşlerin dikkate alınabileceği anlaşılmaktadır.

II. BARIŞÇI ÇÖZÜM YOLLARININ İŞLETİLMESİ

Greve gidilmesi hukukumuzda bir bakıma “son çare”yi teşkil etmektedir. Yasa koyucu eskiden beri grevden önce bir barışçı çözüm aşamasını (önceleri uzlaştırma, daha sonra arabuluculuk) düzenlemiştir. Resmî nitelik taşıyan arabuluculuk her grevden önce başvurulacak zorunlu bir aşamadır. Bunun yanında, kanun koyucu tahkim olanağına da yer vermektedir; tahkime gidilmesi ihtiyaridir, fakat tahkim hâlinde grev yolu kapatılmış olur. Aşağıda ilk önce tahkim, daha sonra arabuluculuk kısaca incelenecektir.

A. Tahkime Gitme Olanağı

STİSK m.52 uyarınca taraflar anlaşarak toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilirler. Toplu iş sözleşmesine, taraflardan birinin başvurması üzerine özel hakeme gidileceğine dair hükümler konulabilir. Toplu iş sözleşmesinde aksine hüküm yoksa Hukuk Muhakemeleri Kanununun özel hakeme ilişkin hükümleri uygulanır. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar anlaşarak özel hakem olarak Yüksek Hakem Kurulunu da seçebilirler. Taraflar özel hakeme başvurma hususunda yazılı anlaşma yaparlarsa, *bundan sonra arabuluculuk, grev ve lokavt, kanunî hakemlik hükümleri uygulanmaz.*

Böylece, her ne kadar “Grev hakkının ve lokavtın güvencesi” başlıklı STİSK m.66'nın 1. fıkrasına göre “*Toplu iş sözleşmelerine, grev hakkı veya lo-*

¹³ Diğerleri arasında, Türkiye’de bankalarda grev yasağı hakkında 1810/1830 sayılı Olay, 303. rapor, paragraf 62 (Recueil 2006, No.587).

kavttan vazgeçilmesine veya bunların kısıtlanmasına dair konulacak hükümler geçersiz” ise de, hakeme başvurulmasına bir yasal engel yoktur. Sonuçta, toplu çıkar uyumsuzluklarında özel hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmünde olacaktır.

Nitekim STİSK m. 52 hükmünün *Gerekçesinde* belirtildiği üzere:

“Maddede, menfaat ve hak uyumsuzluklarında özel hakemin konumu düzenlenmiş, hak uyumsuzluklarında özel hakemlikle ilgili genel hükümlerin işletileceği esası benimsenmiştir. Tarafların tahkim sözleşmesi yaparak uyumsuzluğun hangi esaslara göre (maddî hukuk ve yargılama usulü) çözüleceğini kararlaştırmaları yanında, toplu iş sözleşmelerinde borç doğuran hükümler arasında tahkimle ilgili düzenleme yapmaları da mümkündür. Bu çerçevede, sadece bir tarafın isteği üzerine dahi özel hakeme gidilebileceğine ilişkin toplu sözleşme hükümleri geçerli olacaktır. Menfaat uyumsuzluğunda özel tahkime gidilmesi hâlinde hakem kararı toplu iş sözleşmesi niteliği kazanacağından, taraflar bu suretle grev ve lokavt yetkilerini kullanmaktan feragat etmiş sayılmaktadır (...).”

B. Arabuluculuk

1. Arabuluculuğa Başvurma Zorunluluğu

Grevin “son çare olması” hâlen sistemimizde benimsenen yaklaşımdır. 6356 sayılı Yasada düzenlenen barışçı çözüm aşamasından (arabuluculuk) geçiş tekrar bir anlaşma zemini bulmayı aramadan ve bunu bir resmî tutanakla saptamadan yasal bir grev kararı alınıp uygulamaya konulamaz. 6356 sayılı STİSK m.50 ve *Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliğinde*¹⁴ de düzenlenen bu (olağan) arabuluculuk, toplu iş ilişkileri sistemimizde özel bir önem taşır. Maddenin *Gerekçesinde* belirtildiği üzere: “*Toplu iş mücadelesi aşamasından önce barışçı çözüm yollarının denenmesi zorunluluğu ve arabuluculuk mekanizması, sistemin tıkanmasını önlemeyi ve iş mücadelelerini azaltmayı amaçlamaktadır (...)*”

Somut olarak, yetkili sendikanın yürüteceği toplu iş sözleşmesi pazarlığı için belirli bir süre öngörülmüştür ve m.47/3 uyarınca bu süre ilk toplantıdan itibaren altmış gündür. Bu süre sonunda taraflar anlaşmaya varamamışlarsa arabuluculuk aşamasından geçilmelidir.

“Olağan arabuluculuk” olarak da adlandırılan bu aşamada taraflar arabulucuyu resmî arabulucu listesinden seçebilir veya katılım sağlanamaması hâlinde arabulucu görevli makam tarafından resmî listeden resen seçilerek görevlendirilir. Arabulucu, tarafların anlaşmaya varması için her türlü çabayı harcar, bu amaçla taraflara önerilerde bulunur (m.50/2). Taraflar ve diğer bütün ilgililer, arabulucunun anlaşmazlık konusu ile ilgili istediği her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Arabulucunun görevi, kendisine yapılacak bildirimden itibaren en çok on beş gün sürer; bu süre tarafların anlaşması ile en çok altı iş günü uzatılabilmektedir ve böylece azamî arabuluculuk süresi 21 gündür.

Bu barışçı çözüm aşamasında taraflar anlaşmaya varırlarsa, toplu iş sözleşmesi imzalanır. Arabuluculuk süresinin sonunda anlaşma sağlanamamışsa, arabulucu, uyumsuzluğu belirleyen bir tutanak düzenler; uyumsuzluğun sona

¹⁴ Bu Yönetmelik 7.12.2013 tarih, 28844 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

erdirilmesi için gerekli gördüğü önerileri de ekleyerek, görevli makama (Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne) verir.

2. Grev Kararı İçin Öngörülen 60 Günlük Süre İçindeki Çabalar

Arabuluculuk süreci sonucunda taraflar anlaşmaya varamamışlarsa, *m.50/5'de belirtilen uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde*, yetkili sendika bir grev kararı alabilecektir (m.60/1); bu süre içinde altı işgünü önceden karşı tarafa grevin uygulanacağı tarih de bildirilir. Bu süre içinde grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi hâlinde *sendikanın yetkisi düşer*.

6356 sayılı Yasanın 60. madde hükmünün *Gerekçesinde* belirtildiği üzere: *“Düzenleme, aynı zamanda grev kararı ve grev uygulama süresini birleştirerek taraflara anlaşabilmeleri için son bir ek süre vermektedir.”*

3. Olağanüstü Arabuluculuk

Grev kararı alınmasından sonra da ayrı bir arabulma faaliyeti daha düzenlenmiştir. Buna göre, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, grev kararından sonra, grev esnasında bizzat bir arabulma denemesinde bulunabilecektir (m.60/7): *“Kanunî grev kararı alınan uyuşmazlıkta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendirebilir.”*

6356 sayılı Yasayla bu olağanüstü arabuluculuk ilk kez düzenlenmiş bulunmaktadır. Böylece grev kararından önceki olağan arabuluculuğun olumlu sonuç vermemesi durumunda, grev kararından sonra bir ikinci arabulma denemesi söz konusu olup, bu kez daha etkili ve siyasî ağırlığı olan Bakan, uygun gördüğü takdirde ve kendiliğinden devreye girebilmektedir. Bir açıdan yasal greve müdahale olarak da değerlendirilebilen¹⁵ bu yeni yöntem her şeye karşın sonuçta tarafları zorlama amaçlı değildir ve iradî bir temele dayanır. Zira bakan veya görevlendirdiği arabulucu zorunlu bir çözümü taraflara dayatmaz. Bu faaliyet gene “arabuluculuk” niteliğindedir ve sadece tarafların anlaşmaya varmalarını kolaylaştırmaya yönelik bir ikinci denemedir.

III. YASAL GREV ESNASINDA ALINABİLECEK BAZI ÖNLEMLER

Yasal bir greve müdahale edilmesi ancak bazı durum ve koşullara bağlıdır ve istisnai olarak öngörülmektedir. Yürürlükteki mevzuatımızda *grevin erte-*

¹⁵ Bkz.: SUR, Melda: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Grev Hakkı, Sicil, Aralık 2012, S. 28, s.163-171; aynı yazar: Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanununun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri, Prof.Dr. M. Polat Soyler'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı 2013, s.255 vd.; 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, S. 39, s.323 vd.; ALPAGUT, Gülsevil: 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi – Uluslararası Normlara Uyum, Legal İHSGHD, S. 35, s.41; CANIKLIOĞLU, Nurşen: 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Yeni Düzenlemeleri, İşveren, Kasım-Aralık 2012, s.53-56; s.54; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, Toplu İş Hukuku, s.333.

lenmesi (STİSK m.63) ve mahkeme kararıyla durdurulması (STİSK m.72) düzenlenmiştir.

Bunun yanında, farklı nitelikte olarak, grev süresince greve katılmayacak işçiler (STİSK m.65) ve mülki amirin yetkilerinden (STİSK m.74) de söz etmek gerekmektedir.

A. Yasal Greve Müdahale

1. Grevin Ertelenmesinin Hukukî Çerçevesi

Anayasa m.54/IV-V uyarınca: “Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir.”

“Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelenmenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kuruluna çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.”

STİSK m.63 uyarınca da: “(1) Karar verilmiş veya başlanmış olan kanunî bir grev veya lokavt genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir.”

“(2) Erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60 ıncı maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı gösterir. Erteleme süresi içerisinde taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilir.”

“(3) Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı işgünü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer.”

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, grevin ertelenmesi ancak genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte olması hâlinde mümkündür ve erteme hâlinde artık greve gidilemeyecek, erteleme süresi sonunda taraflar anlaşmaya varamamışsa, tarafların birinin başvurusu üzerine Yüksek Hakem Kurulu tarafından uyuşmazlık çözümlenerek toplu iş sözleşmesi yapılacaktır.

Belirtmek gerekir ki, *Sendika Özgürlüğü Komitesi*, grev ertelenmesinin hükümetin değil, ancak ilgili tüm tarafların güvenine sahip bağımsız bir organ tarafından kararlaştırılabileceği görüşündedir¹⁶.

Ülkemizde bazı erteleme kararları yeterince somut gerekçelere dayandırılmadığından, sendika ve grev hakkını ihlâl edici sayılmaktadır. *Anayasa Mahkemesi*, Kristal-İş Sendikasının başvurusu üzerine aldığı bir kararda, Avrupa İnsan Hakları Divanı içtihadına da atıf yaparak, ŞİŞECAM tesislerine dair grev erteleme kararının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayandığının yeterli gerekçelerle ortaya konulmadığına işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu erteleme kararının “demokratik toplumda gerekli” bir önlem olarak değerlendirilemeyeceği ve anayasal sendika hakkının (m.51) ihlâl edildiği sonucuna oybirliğiyle varmıştır¹⁷.

¹⁶ Türkiye hakkında 335. rapor, Olay No. 2303, par. 1377 ve 338. rapor, Olay No. 2329, par. 1279 (Recueil, 2006, No.571).

¹⁷ Anayasa Mahkemesi 2.7.2015, 2014/12166, RG 12.8.2015, S. 29443.

2. Grevin Mahkeme Kararıyla Durdurulması

Anayasada belirtildiği üzere (m.54/2): “Grev hakkı ve lokavt iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.”

6356 sayılı STİSK m.72’de “Grev hakkının ve lokavtın kötüye kullanılması” başlığı altında, grevin mahkeme kararıyla durdurulması düzenlenmektedir. Grevin durdurulmasına ilişkin ilk fıkra şöyledir:

“(1) Taraflardan birinin veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başvurusu üzerine mahkemece, grev hakkı veya lokavtın iyi niyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına veya millî servete zarar verecek şekilde kullanıldığı tespit edilmesi hâlinde, uygulamakta olan grev veya lokavtın durdurulmasına karar verilir.”

Bu hüküm, geçmişte grev yasaklarının kapsamlı oluşu ve ayrıca grev ertelemesi yönteminin de mevcudiyeti dolayısıyla işletilmemiştir. Ancak, grev yasakları azaldıkça bu hükme başvurma ihtiyacı doğabilecektir ve bankacılık (ve toplu yolcu taşıma işleri) alanlarında bazı durumlarda bu yola gidilmesi grev ertelemesine nazaran daha uygun görünmektedir. Zira STİSK m.72’deki anlatım hukuk kurallarını zorlamadan nispeten geniş bir yoruma elverişlidir.

Bu maddenin kapsamına girecek hâller arasında, işverenin malî güç ve olanaklarının çok üstünde taleplerle greve gidilmesi, çok önemsiz sayılabilecek bir nokta yüzünden greve gidilmesi, öne sürülen taleplere nazaran grevin topluma aşırı zararlar vermesi, karşı tarafın talepleri kabul etmesine karşın grevin sürdürülmesi, grevin bir rakip işletme tarafından kışkırtılması, sırf işverene zarar vermek amacıyla greve gidilmesi gibi muhtelif hâller örnek olarak gösterilebilir¹⁸. STİSK m.72’de öngörülen mahkeme kararıyla grevi durdurma nedenleri böylece sadece dar anlamda hakkın karşı tarafa zarar verme amacıyla kullanılmasıyla sınırlı değildir; daha geniş bir şekilde, Alman hukukunda da benimsendiği şekilde, grevin ölçülülük ilkesine aykırı kullanılması hâllerini de kapsayabilecektir¹⁹. Hâkim, her grev uygulamasında belli ölçüde toplumun veya ulusal servetin zarara uğramasının kaçınılmaz olacağını dikkate alıp, mevcut olayda ağır, yani makul ölçüyü aşan bir zararın bulunup bulunmadığını araştırarak kararını vermelidir²⁰.

İş Mahkemesinde açılacak bu dava devam ederken mahkemeden grevin ihtiyatî tedbir kararıyla durdurulması istenebilir²¹.

B. İşyerinde Bazı İşlerin Devam Etmesi ve Mülki Amirin Yetkileri

“Asgari hizmet”i ele almadan önce, bununla ilişkili olabilen ancak ayrıt edilmesi gerekli diğer bazı kural ve müesseselere değinmek yararlı olur. Bunlardan biri STİSK m.65 uyarınca grevde bir kısım işçilerin çalışmaya devam etme zorunluluğu, diğeri de STİSK m.74’e dayanarak mülki amirin alacağı tedbirlerdir.

¹⁸ REİSOĞLU, Seza: 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.382; SUR, Toplu İlişkiler, s.422; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s.409-412. Ayrıntılı bir inceleme için bkz. özellikle: KANDEMİR, Murat: Grev Hakkının Kötüye Kullanılması, Legal İHSGHD 2007/15, s.982-1011, öz. s.997 vd.

¹⁹ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s.412 ve dipnot 354’de zikredilen Almanca kaynaklar.

²⁰ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.439; KANDEMİR, s.1000.

²¹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.439-440.

1. STİSK m.65'de Düzenlenen “Greve Katılamayacak İşçiler”

Hâlen hukukumuzda ve çeşitli hukuk sistemlerinde grev esnasında çalışmaya devam edecek bir işçi kadrosu öngörülmüştür. İşyerinde güvenliğin sağlanması ve işletme varlıklarının korunması amaçlı bu sürekli etkinlik hiçbir şekilde üretim ve satışa yönelik olamaz. Zira *STİSK m.65'deki “Kanunî grev ve lokavta katılamayacak işçiler”* düzenlemesi uyarınca:

“Hiçbir şekilde üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, hammadde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıda işçi” grev sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır.

Grev ve lokavt dışında kalacak işçilerin belirlenme usulü maddenin diğer fıkralarında düzenlenmiştir.

Bu düzenlemenin niteliği aşağıda incelenecek olan “asgarî hizmet”ten farklıdır. Burada devamlılık arz edecek çalışmalar işletme varlıklarını koruma ve grev son bulunca faaliyetin gecikmeksizin yeniden sürdürülebilmesi amaçlıdır. Örneğin, güvenlik görevlileri, gıda fabrikasında soğutucularda çalışanlar, hayvanlara yem verenler gibi işyerindeki varlıkların muhafazasına yönelik işler söz konusudur.

2. Mülkî Amirin Yetkileri

STİSK'da yer alan “grev ve lokavt hâlinde *mülkî âmirin yetkileri*” başlıklı m.74/1 uyarınca:

“(1) Mahallin en büyük mülkî amirleri halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak, işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak tedbirler alır.”

“(2) Grev ve lokavtın uygulanması sırasında mahallin en büyük mülkî amirinin kamu düzenine ilişkin alacağı tedbirler, kanunî bir grev veya lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamaz.”

Bu hükmün 1. fıkrası bazı tereddütlere yol açmaktadır²². Geçmişte halkın gündelik yaşamı için zarurî ihtiyaçların sağlanmasına verilen bir örnek, fırın işçilerinin grevi hâlinde, civar kasabalardan ekmeğin temininin en büyük mülkî amir tarafından sağlanmasıdır²³.

Anayasa Mahkemesinin 22.10.2014 tarihli kararında, bu maddede aykırılık iddiasına konu olan “işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak” ibaresi Anayasaya aykırı bulunmamıştır²⁴. Kararın gerekçesinde işaret edildiği üzere: *“Kural ile getirilen, işyerinde faaliyetin devamını sağlayacak tedbirler alınması yetkisi, halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak olan tedbirler ile sınırlıdır. Burada koruma altına alınan,*

²² Mülkiye âmirinin yetkilerinin açıklığa kavuşturulması ihtiyacı önceki Yasa döneminde ifade edilmişti (bkz. OĞUZMAN, İlişkiler, s.246). Bu konuda bir tüzük çıkarılmıştı (Grev ve Lokavtlarda Mülki İdare Amirlerince Alınacak Önlemlere İlişkin Tüzük, 9.8.1989). Bu tüzük (ancak) 16.3.2015 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır (RG 5.5.2015, S.29346).

²³ REİSOĞLU, Şerh, s.390.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, 14.11.2013, E.2013/24, K. 2013/133, RG 22.7.2014, S. 29068. Bu karara iki üye muhalif kalmıştır.

işyerinde üretilen ya da sunulan mal veya hizmetin kullanıcıları olan toplumun tümüdür. Grevin işverene karşı kullanılabilir bir hak, lokavtın ise greve karşı geliştirilmiş bir araç olduğu düşünüldüğünde, sosyal taraflar dışında toplumun korunması gerekliliği doğmaktadır.” Bir sonraki fıkradaki mülki amirin tedbirlerinin kanunî bir grev veya lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamayacağı hükmüne işaret eden Anayasa Mahkemesi, greve katılmayan işçilerin işyerinde çalışmaları durumunda “işyerinde faaliyetin devamlılığı” söz konusu olduğundan, bu devamlılığı sağlayacak önlemlerin alınmasının zorunlu olduğunu da belirtmektedir (par. 283). Anayasa Mahkemesine göre, mülki amirlerce alınacak tedbirler kanunî bir grev veya lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamayacağından, bu tedbirlerin grev hakkının özünü zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, getirilen düzenleme grev hakkı ve lokavta ölçsüz bir müdahale teşkil etmemektedir.

IV. ASGARİ HİZMET

A. Asgarî Hizmet ve UÇÖ Sendika Özgürlüğü Komitesinin Görüşleri

“Asgarî hizmet” (*service minimum*), yasal bir grev esnasında, halkın büyük önem taşıyan bazı ihtiyaçlarını sağlamaya yönelik bazı işlerde küçük bir kadronun çalışmaya devam etmesini ifade eder. Özellikle kamu hizmeti gören işletmelerde halkın temel ihtiyaçlarını karşılamak üzere grev süresince gereken *asgarî düzeyde* bir hizmet sağlanır. Avrupa’da asgarî hizmet özellikle toplu yolcu taşıma işlerinde görülmektedir ve örneğin Fransa’da grev sırasında işe gidiş-geliş saatleriyle sınırlı olarak şehir içi toplu yolcu taşıma hizmetlerinin üçer saat yerine getirilmesi gibi bir faaliyet sürdürülmektedir.

UÇÖ denetim organları bazı alanlarda ve bazı koşullarda grev esnasında bir asgarî hizmetin (*service minimum*) sağlanmasını kabul etmektedir. Geniş bir şekilde anlaşıldığında, asgarî hizmetin iki türü söz konusudur: Güvenliğe ilişkin asgarî hizmet ve işleyişe dair asgarî hizmet. Asgarî hizmetlerin sürdürülmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü Sendika Özgürlüğü Komitesine göre şu durumlarda caizdir ²⁵:

- Kesintiye uğraması hâlinde kişinin yaşamı, güvenliği ve sağlığı tehlikeye düşecek işlerde, veya,
- Dar anlamda temel hizmetlerde olmamakla birlikte, grev belli bir kapsam ve süreyi aştığında halkın normal yaşam koşullarını tehdit eden ciddi bir ulusal krize yol açabilecekse, veya,
- Birincil önem taşıyan kamu hizmetlerinde.

Asgarî hizmetin kapsam ve özellikleri hakkında birtakım koşullar şekillenmiştir:

1. Asgarî hizmette çalışacakların oranı sektördeki daha geniş bir işçi kesiminin grev hakkına zarar verecek ölçü ve boyutlara varamaz. Ancak hizmet alan halkın en temel ihtiyaçlarının sağlanabilmesi veya tesislerin güvenlik veya işleyişinin sürekliliğine yönelik bir kadro asgarî hizmetle görevlendirilebilir (par. 607).
2. Bu asgarî hizmetin kapsamının belirlenmesine kamu otoriteleri ve işverenin yanında sendikal örgütler de katılmalıdır (par. 609).

²⁵ Daha önce anılan Recueil de décisions du Comité de la liberté syndicale, 5ème éd. (révisée), 2006, par. 606.

3. Ancak, halkın tamamı veya bölümünün yaşamını veya normal yaşam şartlarının korunması için gereken ölçüyü aşmayacak bir asgarî hizmet öngörülebilir (par. 610).

4. Sağlanacak asgarî hizmet açık ve net bir şekilde düzenlenmeli ve yapılan düzenleme ilgililerin zamanında bilgisine ulaşılmış olmalıdır (par. 611).

5. Bu asgarî hizmetlerin ve çalışacak işçilerin belirlenmesine tüm taraflar (kamu otoritesi, işveren ve işçi kuruluşları) katılmalı ve görüş alışverişinde bulunmalıdır. Böylece asgarî hizmetin grevi etkisiz kılacak boyutlara varmaması, işçi kuruluşlarınca grev kısıcılığı olarak algılanmaması sağlanabilecektir (par. 612).

Asgarî hizmetin düzeyi hakkında nihai değerlendirme mahkemelere aittir. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi ilgili işletme ve kuruluşların yapı ve işleyişlerinin yanında, grevin etkileri hakkında etraflı bir bilgi birikimini de gerektirmektedir (par. 614).

Sendika Özgürlüğü Komitesine göre, asgarî hizmet sağlanacak temel hizmetlerden bazıları şunlardır: Metro işletmeleri, demiryolları, posta, çöp toplama işleri, hizmet alanların temel ihtiyaçları bakımından asgarî hizmetin sağlanabileceği bazı alanlardır (par. 617-624). Para kurumları, bankalar ve petrol sektörü de asgarî hizmetin sendikalarla anlaşarak belirlenmesinin kabul edildiği (*service minimum négocié*) alanları teşkil eder (par. 624).

B. Bazı Ülkelerdeki Uygulama Örnekleri

1. KKTC Örneği ve Anayasa Mahkemesi Kararı

Asgarî hizmetin düzenlenmesi hakkında bize yakın (olumsuz) bir örnek, KKTC mevzuatı ve ardından düzenlemeyi iptal eden Anayasa Mahkemesi kararıdır²⁶: KKTC Anayasasında grev hakkı güvence altına alınırken, Bankacılık alanına ilişkin olarak Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Merkez Bankası Yasasının 21 (2) maddesi geniş kapsamlı bir “sürekli hizmet” düzenlemesi içermekteydi²⁷.

²⁶ KKTC Anayasa Mahkemesi Kararı, Dağıtım No: 6/03, Dava No: 37/01; ERSÖZER, Bahar: KKTC’de Grev Hakkı, Mehmet Ali Şefik Makale Yarışması, 2012.

²⁷ “M. 21 (2) Banka personelinin grev hakları vardır.

Ancak personel bu hakkını, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Referandum Yasasındaki Kurallara bakılmaksızın Yönetim Kuruluna üç işgünü önceden bilgi verilmesi ve Bankanın;

(A) İskonto ve avans işlemleri;

(B) Müşterek muhafaza işlemleri;

(C) Tevdiat hesapları, tahvilat ve havale işlemleri;

(D) Bankaların ve kredi vermek amacıyla kurulmuş diğer kuruluşların denetimi işlemleri;

(E) Takas odası işlemleri;

(F) Risk Merkezi işlemleri;

(G) Açık piyasa işlemleri;

(H) Para piyasasının işleyişiyle ilgili işlemler (İnterbank piyasası);

(I) Zorunlu karşılıklarla ilgili işlemler;

(İ) Kambiyo işlemleri;

(J) Muhabirlerle ilgili işlemler; ve

(K) Tüm bu işlemlerin muhasebeleştirilmesi ve banka vaziyetinin çıkarılması ile ilgili işlemlerini;

Bu hususta Kıbrıs Türk Kamu Görevlileri Sendikası Anayasa Mahkemesinde, 41/2001 sayılı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Merkez Bankası Yasasının 21 (2) maddesinin Anayasanın 54. maddesine aykırılığını öne sürerek iptal davası açmıştır.

Davacı “Kamu-Sen” in iddiaları, ilgili yasanın 21 (2). maddesinde banka personelinin grev hakkı olduğunun kabul edilmesine karşılık bu hakkın kullanılmasının maddede belirtilen hizmetlerin çekirdek bir kadro ile yürütülmesi koşuluna bağlandığı, banka hizmetlerinin çekirdek bir kadro ile yürütülmesi durumunda çalışanın grev hakkının bir anlamı kalmayacağı, getirilen sınırlamanın ölçülülük ilkesine ters düştüğü gibi makul ve orantılı bir sınırlama teşkil etmediği ve bu nedenlerle ilgili maddenin Anayasanın 54. maddesine aykırı olduğu yönündedir.

Anayasa Mahkemesinin verdiği karara göre, grev hakkının kamu güvenliği nedeniyle kısıtlanması mümkün olmakla birlikte bu kısıtlamanın ölçülü olması ve hakkın özüne dokunmaması gerekir. 41/2001 sayılı Merkez Bankası Yasasının 21 (2) maddesinde aksamadan devam etmesi gereken o kadar çok hizmet sayılmıştır ki, yasa gözetmesi gereken ölçüyü aşmış, hatta grev hakkını ortadan kaldırmıştır. Merkez Bankasında grev yapılmasına olanak veren Anayasa maddesi ile bu hakkın kullanılmasını uygulamada ortadan kaldıran yasa hükmünün bağdaşması mümkün bulunmamıştır. Sonuçta, Anayasa Mahkemesi 41/2001 sayılı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Merkez Bankası Yasasının 21 (2). maddesinin Anayasanın 54. maddesine aykırı olduğuna karar vermiş ve 21 (2). maddeyi iptal etmiştir.

Anlaşıldığı üzere, bu kararda bizzat bir asgari hizmetin düzenlenmiş olması anayasaya aykırı bulunmamış; asgari hizmet kapsamının pek geniş tutulması nedeniyle grev hakkının özüne dokunulduğu sonucuna varılmıştır. Bu itibarla, yapılacak asgari hizmet düzenlemesinde ancak halkın günlük önemli ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek ve çalışanların küçük bir kısmını oluşturan gerçekten bir “çekirdek” kadronun çalıştırılmaya devam etmesi uygundur.

Bankacılık faaliyetlerinden kanımızca özellikle mevduat sahiplerinin paralarını çekebilmeleri, çalışanların maaş ve ücretlerini alabilmeleri, muaccel borçların ödenebilmesi için gereken havale hizmetinin devam etmesi, toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi yönünden yaşamsal önem taşıyan işlerden kabul edilebilir²⁸.

2. AB Üyesi Bazı Ülkelerden ve Québec'ten Örnekler

a. Fransa

Grev hakkının Anayasa tarafından tanınıp bu hakkın yasalar çerçevesinde kullanılacağına öngörüldüğü Fransa’da, kanun koyucu greve ilişkin bir genel düzenleme getirmekten kaçınmıştır. Böylece özel sektörde grev olabildiğince serbesttir ve ancak yargı içtihatlarıyla az da olsa özellikle hakkın kötüye

Aksatmayacak şekilde gerekli tedbirlerin alınmasından sonra, çekirdek bir kadro ile sürekli hizmet verilmesi şartlarına tabi olarak kullanılabilir.”

²⁸ Bankacılık alanında ülkemizde uzmanlaşmış çevrelerde önerilen asgari hizmet düzenlemesinde esas alınacak bankacılık hizmet grupları (7 adet) şöyle sıralanmıştır: İskonto ve avans işlemleri; muhafaza işlemleri; para transferleri işlemleri; tevdiat hesapları, tahvilat ve havale işlemleri; hazine ve para piyasası işlemleri; kambiyo işlemleri; muhabirlerle ilgili işlemler. Belirtilen tüm bu işlemlerin asgari düzeyde gerçekleştirilmesine yönelik operasyon ve bilgi sistemleri işlemlerinin yürütülmesi.

kullanılması temelinde birtakım esaslara tâbi tutulmaktadır. Kamu sektöründe ise grev hakkı yasalarla kısmen sınırlandırılmış ve bazı memur kategorilerine yasaklanmıştır (yargıçlar, polis ve silahlı kuvvet mensupları ve cezaevi görevlileri). Diğer memurlar ise greve gidebilir; ancak kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi uyarınca grev hakkı sınırlandırılabilir²⁹. Bu konuda bir genel yasa bulunmamasına karşın, bazı idareler kendi yetkilerine giren alanda asgarî hizmeti düzenlemiştir. Böyle bir asgarî hizmet özellikle kamusal nitelikli düzenli toplu yolcu taşıma işlerinde mevcuttur (Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs). Bu Yasada (m.1) asgarî hizmetin temellerine de yer verilmektedir: kişilerin gidip-gelme özgürlüğü, kamu hizmetlerine ve özellikle sağlık, sosyal ve eğitim hizmetlerine erişim özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, ticaret ve sanayi özgürlüğü gibi bazı anayasal ilkeler belirtilerek, bir bakıma bir “temel hizmetler genel teorisi”nin bazı unsurları da getirilmiş bulunmaktadır. Bu Yasa daha sonra ilga edilerek, hükümleri Taşıma Kanununun kapsamına alınmıştır (2010). Fransız hukukunda hâlen zikredilen bir diğer asgarî hizmet ilk ve anaokullarında çocukların karşılanmasına ilişkin olarak ayrı bir yasada öngörülmektedir³⁰.

Daha önce ise kamu hizmetleri kapsamında devlet radyo-televizyonunda (1979), nükleer maddeler bulunan işyerlerinde (1980), hava trafiği kontrolü sisteminde (1984) asgarî hizmet tesis edilmişti. Buna karşılık temel hizmetler hakkında genel ve sistemli bir düzenleme yoktur.

Fransız hukuk doktrini “temel hizmetler” kavramı üzerinde fazla da durmamıştır³¹. Yasal düzenleme yoluna da fazla gidilmemektedir; buna karşılık bazen yargıç ve özellikle Fransız Yüksek İdare Mahkemesi (Conseil d’Etat) idari mercilerin kendi alanlarında kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlama konusunda yetkili olduklarını kabul etmektedir. Böylece, örneğin hastanelerde (1983 genelgesi) olduğu üzere, her duruma özgü bazı asgarî hizmetler düzenlenmektedir. Buna karşılık genel bir düzenleme ancak yasama organı tarafından yapılabilir.

Gerek Yüksek İdare Mahkemesi, gerek Anayasa Konseyi içtihadı yoluyla bazı ilke ve sınırlamalar oluşturulmuştur: Buna göre, grev sırasında normal ve olağan bir hizmetin devamı beklenemez; burada sadece gerçek anlamda bir *asgarî* hizmet söz konusudur; aksi takdirde grev hakkı ihlal edilir.

Mahkemeler kamu idarelerinin bu konudaki düzenleme ve uygulamalarını sıkı bir denetime tâbi tutmuşlardır; özellikle bu şekilde çalışmayı sürdürmeleri istenen işçi sayısı asgarî hizmet için gerekli olanı aştığında işlem hukuka aykırı sayılmaktadır.

1990’lı yıllardan itibaren ise, zaten grev hakkında çok sınırlı olan düzenlemelerin yerini “sosyal diyalog” yolu almış görünüyor. Bu yönde başlıca örnek, Paris bölgesinde toplu taşıma sektöründe (RATP) grev hâlinde “anlaşılacak tesis edilen asgarî hizmet” (*service minimum négocié*) sıkça zikredilir³².

²⁹ Fransız Conseil d’Etat (Yüksek İdare Mahkemesi) Dehaene kararı, 7.7.1950, JCP 1950, II, 5681. Bu ilke kararı günümüzde de geçerliliğini korumaktadır.

³⁰ Loi n° 2008-790 du 23 juillet 2008 instituant un droit d’accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire.

³¹ Philippe MARTİN: Droit de grève et service minimum en France: la démocratie en péril - To cite this version: Philippe Martin. Droit de grève et service minimum en France: la démocratie en péril. Version française d’un article publié en espagnol: Martin, Ph.: "El derecho de huelga y los ser.. 2009. <halshs-00823482> HAL Id: halshs-00823482 <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00823482>

³² Aynı yer.

b. Diğer bazı Avrupa ülkeleri ve Québec

Fransız Parlamentosunun bir raporuna göre³³, Avrupa ülkelerinin tümünde grev hakkı tanımıştır ve bu ülkelerin yaklaşık yarısında mevzuat yoluyla bir asgari hizmet öngörülmektedir.

Asgari hizmetin Avrupa uygulamalarında en çok toplu yolcu taşıma işleminde görülmesi dolayısıyla, araştırma ve tespitler bu alanda yoğunlaşmaktadır. Bu açıdan örneğin *İtalya*'da 15 civarında kamu sektörü için asgari hizmet teorik olarak öngörülmüştür. Başlıca kamu hizmetleri, su, gaz, telefon, acil tıp hizmetleri, çöp toplama, kamu radyo-televizyon yayınları, taşıma ve eğitimidir. 1990 tarihli Yasa uyarınca asgari hizmetin kapsamı toplu pazarlık usulüyle belirlenir³⁴.

İspanya'da bizzat anayasa « toplumun temel hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için gerekli güvencelerle birlikte » bir asgari hizmet öngörmektedir. *Portekiz*'de bir yasa, toplum için kesin gereklilik taşıyan tüm hizmetlerde bir asgari hizmet öngörmüştür. *Romanya*'da kamu sektöründeki grevlerde hizmetin üçte birini sürdürme mecburiyeti vardır. *Yunanistan*'da ise tüm kamu sektörü bakımından bir « güvenlik personelinin » harekete geçirmek suretiyle bir asgari hizmetin sağlanmasını öngören yasa mevcuttur. Ancak uygulamada bu yönetime sadece hava trafik kontrolü ve hastanelerdeki grevlerde uyulmaktadır.

Québec'de ise, 1982'de çıkarılan bir yasa halkın sağlığı ve güvenliği bakımından zorunlu olan temel hizmetlerde (ekonomik yaşamdan söz edilmemektedir) asgari hizmet öngörmektedir. Bu amaçla bir "Temel Hizmetler Konseyi" teşekkül etmiş olup, Konsey üyeleri ülkedeki işçi ve işveren örgütleriyle anlaşarak atanır ve bu organ asgari hizmetin kapsamı konusunda tavsiye yetkisiyle donatılmıştır. Asgari hizmetler esasen grevden önce sosyal taraflar arasında anlaşarak belirlenir. Bu görüşmelere Konseyin görevlendirdiği bir arabulucu da katılmaktadır.

Yukarıdaki bilgilerden itibaren şu sınıflama ve tespitleri yapabiliriz:

- Avrupa ülkelerinin bir kısmında *temel hizmetler alanında "asgari hizmet"* kabul edilmiştir. "Temel hizmet"lerin kapsamı ülkeden ülkeye değişmektedir. Genel anlamı itibarıyla "temel hizmet", toplumsal yaşam yönünden kesinlikle zorunluluk gösteren işleri ifade eder.

- İtalya, İspanya, Portekiz ve Québec'de yasalar temel hizmetlerde bir asgari hizmet öngörürken, bu ülkelerde dahi ve genellikle diğer Avrupa ülkelerinde asgari hizmetin somut içeriği sosyal taraflar arasında anlaşmak suretiyle tesis edilmektedir ve bu yöntem Batıda en çok kabul gören yoldur.

Sonucumuz:

1. Hukukumuzda hem greve gitmeden önce başvurulacak barışçı yollar, hem de grevin uygulanması esnasında farklı müdahale olanakları mevcuttur. Bu yolların başında, her *grevden önce barışçı çözüm arayışı* çerçevesinde geçilmesi zorunlu bir *arabuluculuk* aşaması gelir. Bundan başka, *özel (ihtiyari) tahkime gidilmesi* (STİSK m.52) ülkemizde şimdiye kadar yaygınlık göstermese de, göz ardı edilmeyecek bir çözüm yoludur.

³³ L'organisation d'un service minimum dans les... Sénat www.senat.fr/lc/1c50/lc500.html (erişim tarihi: 29.9.2015). Ayrıca: Un article de Wikipédia, l'encyclopédie libre, publié le 08-08-2007 à 11h55.

³⁴ Somut olarak, örneğin, trafiğin yoğun olduğu saatlerde sabah ve akşamları uçak, tren ve deniz yollarında grev yapılamamakta ve kuzey-güney ve doğu-batı yönlerinde demiryolu ulaşımı sağlanmaktadır. Seçim zamanında, Noel'de, Paskalya'da ve 15 Ağustos günü greve gidilememektedir.

Yasal grevin kötüye kullanıldığı veya toplum zararına işletildiğinin tespit edileceği ender ve istisnai hâllerde *STİSK m.72* uyarınca *grevin iş mahkemesi kararıyla durdurulması* ve bu çerçevede ihtiyatî tedbir kararı alınması istenebilir. Bu hükme grev yasaklarının genişçe tutulduğu dönemde ve bugüne kadar pek başvurulmamıştır; ancak grev yasakları azaldıkça hükmün anlam ve işlevliğinin artabileceği düşünülebilir.

2. Hukukumuzda grev hakkındaki bugüne kadar mevcut geniş kısıtlamalar ve müdahale olanakları dolayısıyla olsa gerek, *temel hizmetlerde bir asgarî hizmet* öngörülmemiştir. Bununla birlikte greve ilişkin kısıtlamaların tedricen azalması karşısında “asgarî hizmet” gündeme gelebilir. Anayasal grev hakkı karşısında asgarî hizmetin hukukî temelleri arasında, özellikle *kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi, yapılan eylemler toplu iş uyuşmazlığına taraf olmayan halkın zarar görmesi, halkın seyahat ve çalışma özgürlüğünün zedelenmesi, hatta bazen sağlık hakkı* değerlendirilebilir.

Asgarî hizmet yolunun ülkemizde *yasayla* getirilecek bir düzenlemeyle açılması tercih edilmelidir. Zira bir kere *STİSK m.66/1* uyarınca grev hakkı (ve lokavt) iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleriyle ortadan kaldırılamaz ve kısıtlanamaz. Diğer yandan, grev hakkının kullanılmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları (ancak) kanunla düzenlenir (Anayasa m.54/I). Nihayet, grevde olanların yerine başka işçi çalıştırma yasağı yasamızda en geniş ifadesini bulmuştur (*STİSK m.68/1-2*).

3. *Mülkî amirin yetkilerine ilişkin STİSK m.74/1 hükmü* asgarî hizmetin de yolunu açabilir mi? “Mahallin en büyük mülkî amirleri halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak, işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak tedbirleri alır” hükmü bazı tereddütlere yol açmaktadır. Bir sonraki fıkrada belirtildiği üzere, mülkî amirin “kamu düzenine ilişkin alacağı tedbirler, kanunî bir grev veya lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamaz.” Bu hükümler birbiriyle bağlantılı olarak anlaşılmalıdır; nitekim “işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak” ibaresinin iptali istemini reddeden Anayasa Mahkemesi, kararının gerekçesinde mülkî amirin tedbirlerinin grevi engelleyici olamayacağına da işaret etmiştir. Ayrıca işverenin greve katılan işçiler yerine başka işçi çalıştırması ve grevde olan işçilerin işlerinin işyerinde başkalarına yaptırılması kanunumuzda en geniş ve kesin ifadeyle yasaklanmaktadır (*STİSK m.68/1-2*).

4. Çağdaş Avrupa sistemlerinde *temel hizmetlerde sendikaya danışarak* kapsamı kararlaştırılan bir asgarî hizmet uygulamasına gidilmektedir. Yasaya eklenmesi önerilecek düzenlemede “grev nedeniyle kesintiye uğraması hâlinde toplumun temel ihtiyaçlarının büyük ölçüde zarar göreceği işlerde bir asgarî hizmetin sağlanabileceği” öngörülebilir.

Sağlanabilecek asgarî hizmetin usul ve somut kapsamı yönünden ise pek geniş bir kadronun çalışmaya devam etmesi bu hizmetin “asgarî” niteliğiyle bağdaşmaz ve grev hakkının özüne dokunabilir. Karşılaştırmalı hukuktan esinlenerek tercih edilecek bir yöntem, toplum için yaşamsal önem taşıyan temel hizmetlerde asgarî hizmetin işverence tek yanlı olarak değil, *toplulu pazarlık sürecinde de sosyal taraflarca* ele alınıp belirlenmesidir. Böylece uluslararası normlara ters düşmeden ve grev hakkının özünü zedelemeyen, bazı durumlarda asgarî hizmetin sağlanması suretiyle grevin yol açabileceği toplumsal krizin önüne geçme olanağı olacaktır.

6356 SAYILI KANUN BAKIMINDAN İŞKOLUNUN TESPİTİNE İLİŞKİN TEMEL ESASLAR

(DETERMINATION OF BASIC PRINCIPLES OF THE BRANCH OF ACTIVITY IN TERMS OF
THE ACT NO. 6356)

Araş. Gör. Asiye Şahin Emir*

ÖZ

Sendikalar meslek, işyeri ve işkolu olmak üzere üç şekilde örgütlenebilirler. Türk hukuk sisteminde işkolu esasına göre örgütlenme sistemi benimsenmiştir. Bu sistemin benimsenmesinin temel amaçlarında biri, güçlü sendikaların kurulabilmesini sağlamaktır. Çalışmamızda işkolu kavramı, işkolunun tespitinde esas alınması gereken kriterler, mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki düzenlemeler çerçevesinde, öğretinin görüşleri ve yargı kararları dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İşkolu Sendikacılığı, Asıl İş, Yardımcı İş, İşkolunun Tespiti

ABSTRACT

Unions can organize themselves in three ways, namely profession, workplace and branch of activity. In Turkish legal system, organization according to basis of branch of activity is adopted. One of the main objectives of the adoption of this system is to ensure the establishment of strong trade unions. In this study, branch of activity concept, criteria should be taken into consideration in determining the branch of activity, abolished the 2821 Trade Unions Act and the 6356 Law on Trade Union and Collective Agreement within the framework of the regulations in the law were examined taking into consideration jurisprudence and reviews of the doctrine.

Keywords: Industry Unionism, Main Activity, Auxiliary Activity, Determination of Branch of Activity.

GİRİŞ

7 Kasım 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) ile 2821 sayılı Sendikalar Kanunu (SK) ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. 6356 sayılı Ka-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

nun mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda olduğu gibi sendikal örgütlenmede işkolu esasını benimsemiştir. Bu nedenle de

hukuk sistemimizde sendikal örgütlenmede temel öge "işkolu" kavramıdır. İşkolu sendikacılığı endüstriyel gelişmeler sonucunda doğmuştur. Gelişen teknoloji nedeniyle aynı işyerinde farklı mesleklerden olan kişilerin bir arada çalışması kaçınılmazdır. Bu nedenle de işyerinde çalışan kişilerin aynı işkolundaki sendikaya üye olmaları ve bu sayede güçlü sendikacılığın oluşması için işkolu esasına göre örgütlenme ilkesi günümüz koşulları açısından daha uygundur.

Toplu iş hukukunda işkolu kavramı sendikaların faaliyet alanlarının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 3. maddesinde sendikaların kuruldukları işkolunda faaliyet gösterecekleri belirtilmiştir. İşkoluna göre örgütlenme toplu iş hukukunun temel ilkelerinden biridir. Toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeler yapılırken de işkolu ilkesi esas alınmıştır. Örneğin, bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir (STİSK md. 34).

Toplu iş hukukunda işkolu kavramına önemli sonuçlar bağlandığı için bir işyerinin girmiş olduğu işkolunun tespiti de büyük önem arz etmektedir. Çünkü sendika üyeliğinin kazanılmasında, toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen sendikanın yetkisinin ve imzalanacak olan toplu iş sözleşmesinin türünün belirlenmesinde, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasında işyerinin girdiği işkolu önemlidir. Biz de çalışmamızda işkolunun tespitini ve bu tespitite önem arz eden hususları incelemek istedik. Çalışmamızda, ilk önce 6356 sayılı Kanun ve 2821 sayılı mülga Sendikalar Kanunu çerçevesinde işkolu kavramını inceleyeceğiz, daha sonra işkolunun tespitini ve bu tespite ilişkin itiraz sürecini öğretici görüşleri ve Yargıtay kararları çerçevesinde ele almaya çalışacağız.

I. İŞKOLU KAVRAMI

A. Tanım

Sendikal örgütlenmenin temeli işkolu esasını dayanmasına rağmen mevzuatımızda işkolunun yasal bir tanımı yapılmamıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda¹ sendikaların işkolu esasına göre kurulacağı, kurulmuş oldukları işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunacağı belirtilmiştir (SK md. 3). 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki² tanıma göre de sendika, "işçilerin ve işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak amacıyla oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluş"tur (STİSK md. 2-ğ). Böylece, iki düzenleme de sendikaların işkolu esasına göre örgütlenmesini temel almıştır.

İşkolu, sendikaların çalışma alanını belirler. Kanunun birçok maddesinde "işkolu"na yer verilmiş, ancak işkolunun tanımı yapılmamıştır. Kanun koyucu bir işkoluna giren işlerin yönetmelikle belirleneceğini belirtmekle yetinmiştir (STİSK md. 4/3). İşkolu kavramına ilişkin tanımın yapılmamış olması uygulamada sorun yaratmamaktadır; ancak işyerinin girmiş olduğu işkolunun tespitinde sorunlar yaşanmaktadır.

¹ Kabul Tarihi: 05.05.1983, RG., 07.05.1983, S.18040.

² Kabul Tarihi: 18.10.2012, RG., 07.11.2012, S. 28460.

Nitelikleri bakımından benzer faaliyetlerin sınıflandırılması ve bu sınıflandırma sonucu ortaya çıkan temel iktisadî faaliyet türlerine “işkolları” denilebilir. Daha genel bir ifadeyle, işkolu ülkede yapılan işlerin belirli sayıda gruplandırılması olarak tanımlanabilir³. İşkolu esasına göre sendikalaşma sisteminde, bir endüstri alanında faaliyet gösteren işyerinde çalışan işçilerin meslekleri dikkate alınmaksızın aynı sendikaya üye olmaları öngörülür. Bu nedenle de bu sendikalar sadece belirli bir işyeri ve o işyerinde çalışan işçilerle ya da işyeri ile sınırlı olmaksızın bir bölge veya ülke düzeyinde belli bir endüstri alanında faaliyet gösteren işyerinde çalışan kişileri kapsayacak şekilde kurulabilir⁴.

İşkolu esasına göre sendikalaşma sisteminde, bir işyerinde çalışan işçilerin mesleklerine bakılmaksızın işçilerin çalışmış oldukları işyerindeki temel faaliyet esas alınır⁵. Örneğin, bir demir çelik fabrikasında çalışan kaynak ustası ve aşçı metal işkolunda örgütlenmiş bir sendikaya üye olabilir. Oysa bir yemek fabrikasında çalışan aşçı gıda işkolundaki bir sendikaya üye olabilir. İşkolu sendikacılığında esas olan işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğidir⁶. Bu nedenle de yardımcı işte çalışanların asıl işin girdiği işkolunda faaliyet gösteren işçi sendikasına üye olacağı esası getirilmiştir (STİSK md. 4/2).

İşkolu sendikacılığı anlayışı sonucunda, sendikalara faaliyette buldukları işkolundaki işçiler veya işverenler üye olabilir. Örneğin, metal işkolunda faaliyette bulunan bir sendikaya tekstil fabrikasında çalışan işçi üye olamaz. Ayrıca işkolu sendikacılığında sendikalar sadece kurulu buldukları işkolunda toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

³ Kutal, Metin, “Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulaması ve Sorunları)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, (İşkolu), s. 119; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, Beta Yayınları, İzmir 2013, s. 83; Şen, Murat, “Yargıtay’ın İki Farklı İçtihadı Çerçevesinde İl Özel İdaresi İşyerlerinin Dahil Olduğu İşkolu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, s. 174; Başterzi, Süleyman, “Toplu İş Hukuku Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2014, s. 180; Yuvalı, Ertuğrul/Güleşçi, Yusuf. “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından İşkolu Kavramı”, Legal-İSGHD, C.10, S. 38, s. 60; Doğan, İlhan, “Toplu İş Hukukumuzda İşkolu Tespiti Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, Haziran 2007, s. 129; Yarg. 22. HD., 09.02.2015, 2015/3549 E., 2015/4091 K., “İşkolu kavramının, sendikaların faaliyet alanlarını belirleyen temel bir öge olduğu söylenebilir. İşkolu kavramı ile, benzer işler bir hukuki kalıp altında toplu iş hukukuna sunulmaktadır.” <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 26.11.2015).

⁴ Şahlanan, Fevzi, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi), s. 15; Doğan, s. 129.

⁵ Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nursen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 593-594; Eyrenci, Öner, Sendikalar Hukuku, Banka ve Sigorta İşçileri Yayınları, İstanbul 1984, s. 55-56; Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, Burcu, Toplu İş Hukuku, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 46; Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 81; Canbolat, Talat, 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 68-69; Başterzi, s. 179-180; Yuvalı/Güleşçi, s. 61.

⁶ Narmanlıoğlu, s. 83; Sur, s. 82.

İşkolu sendikacılığı değişik mesleklerden kişilerin bir araya gelerek örgütlenmesine olanak sağlamaktadır. Bu sendikacılık anlayışında geniş çapta güçlü sendikalar kurulabilmektedir⁷.

Kanun tek işkolu esasına göre, sendikalaşma ilkesini benimsemesine karşılık buna bir istisna getirmiştir. Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, kamu işveren sendikalarının aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve faaliyette bulunması gerekmez. 2821 sayılı mülga Kanunda da aynı hüküm bulunmaktaydı⁸ ve hüküm öğreti tarafından eleştirilmekteydi⁹. Ancak bu eleştiriler 6356 sayılı Kanun hazırlanırken dikkate alınmayarak aynı düzenlemeye tekrar yer verilmiştir.

İşkolu sendikacılığı ilkesinin işyeri sendikaları ile meslek sendikalarının kurulması ve faaliyet göstermesine imkân bırakmadığı, sendika özgürlüğünün, sendikaya üye olmak, üyelikten çekilmek, üst kuruluşlar kurmak ve sendikal faaliyetleri kapsayan bir özgürlük olduğu, sendika hakkını sınırlama nedenlerinin genel sınırlama nedenleri yanında Anayasa'nın¹⁰ 51. maddesinde özel olarak düzenlendiği, Türkiye'de yalnızca işkolu sendikacılığını zorunlu kılan söz konusu düzenlemelerin sendika kurma ve örgütlenme hak ve özgürlüklerine yönelik ağır, ölçüsüz, demokratik toplum niteliklerine aykırı bir sınırlama getirdiği, bu durumun Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile bağdaşmadığı belirtilerek sendikaların işkolu esasına göre örgütlenmesini öngören kuralların Anayasa'nın 13., 51. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür¹¹. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre, söz konusu kurallar, kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek, daha etkin ve daha güçlü bir sendikacılığı temin etmek için çıkarılmıştır. Zira mevcut sistem içerisinde güçlü yapılar haline gelen sendikalar işkolu esasına göre faaliyette bulunan sendikalardır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararında diğer sendikal örgütlenme biçimlerinin açıkça yasaklanmadığını, nitekim diğer örgütlenme modelleri ile kurulup faaliyette bulunan sendikaların mevcut olduğunu ve şartlar sağlandığında toplu iş sözleşmesi imzalayabilme haklarının bulunduğu gerçeği göz önüne alındığında getirilen sınırlamaların meşru temellere dayandığını, hakkın özünü zedelediğini ve ölçüsüz bir müdahale oluşturmadığını belirtmektedir¹².

⁷ Şahlanan, Fevzi, Sendikalar Hukuku, Banksis Yayınları, İstanbul 1995, (Sendikalar Hukuku), s. 28; Tuncay/Kutsal, s. 42; Sur, s. 81; "Almanya'da sendikaların işkolu düzeyinde örgütlenmelerine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamasına rağmen, işkolu düzeyinde kurulan sendikalar uygulamada güç kazanmış ve yaygınlaşmıştır.", Canbolat, s. 70; Yayvak, İrem, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Göre İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma", Legal-İSGHD, C. 11, S. 42, s. 48.

⁸ 2821 sayılı Kanun md. 3/2, "İşveren sendikaları, işkolu esasına göre bir işkolunda ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacı ile bu işkolundaki işverenler tarafından kurulur. Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve aynı işkolunda faaliyette bulunması şartı aranmaz."

⁹ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 33-34; Narmanlıoğlu, s. 78-80; aksi görüş için bkz., Canbolat, s. 74-75.

¹⁰ RG., 09.11.1982, S.,17863 Mükerrer.

¹¹ Gülmez, Mesut, "Ulusalüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu: Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3, S. 38, s.26; Baycık, Gaye, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 5, S. 2, s. 218.

¹² AYM., Karar Tarihi: 22.10.2014, 2013/1 E., 2014/161 K., RG., 11.11.2015, S. 29529.

2821 sayılı Kanunda işyeri ve meslek esasına göre sendika kurulamayacağı düzenlenmiştir (SK md. 3/3). 6356 sayılı Kanunda ise bu konuda herhangi bir yasak bulunmamaktadır. 6356 sayılı Kanunun 2. maddesinin 4. fıkrasında, iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme kısmen de olsa meslek esasına dayalı örgütlenmeye imkân tanımıştır¹³. Ancak bu kişilerin toplu sözleşme ve grev hakkına sahip olduklarından bahsetmek mümkün değildir¹⁴.

B. Mevzuatımızda Düzenlenen İşkolları ve Sayıları

Kanun koyucu işkollarının kanun ile belirleneceğini belirtmiş ve 2821 sayılı mülga Kanunda 28 olan işkolları sayısı 6356 sayılı Kanunda 20'ye indirilmiştir¹⁵. İşkolları sayısının azaltılmış olması güçlü sendikacılığın oluşması için doğru bir adım olarak nitelendirilmektedir¹⁶. 2821 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde de işkolları sayısının uluslararası normlara göre fazla olduğu ve bazı işkollarının birleştirilmesi gerektiği belirtilmekteydi¹⁷.

6356 sayılı Kanunda işkollarının işçi, işveren konfederasyonlarının görüşü alınarak ve uluslararası normlar göz önünde bulundurularak Bakanlık tarafından çıkarılacak olan yönetmelikle belirleneceği belirtilmiştir (STİSK md. 4/3). Oysa, 2821 sayılı Kanun döneminde işkollarının tüzükle belirleneceği düzenlenmişti. 6356 sayılı Kanunda bu konunun yönetmelikle belirlenmesine ilişkin düzenleme öğreti tarafından eleştirilmektedir. Çünkü yönetmeliklerin çıkarılması Danıştay denetimine tâbi değildir ve değiştirilmesi tüzüklere kıyasla daha kolaydır¹⁸. 274 sayılı Kanun¹⁹ döneminde de işkollarının belirlenmesi yönetmelikle yapılmaktaydı. Bu düzenleme nedeniyle sendikaların yetkileri yürütme organının yetkisine tâbi kılınmıştı ve bunun sonucunda da hem bireysel hem de kolektif sendika özgürlüğünü zedeleyici sonuçlar ortaya çıkmıştı²⁰. 6356 sayılı Kanunda yer alan düzenleme sonrası 19.12.2012 tarihinde İşkolları Yönetmeliği²¹ Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³ Sur, s. 24; Doğan Yenisey, Kübra, "Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi", Çalışma ve Toplum, 2013/4, S. 39, (İşkolu), s. 47

¹⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 84; Sur, s. 25.

¹⁵ Kanunun 1. numaralı ekine baktığımızda İşkolları Tüzüğünde yer alan gıda ve şeker işkolları "gıda sanayi" işkolu; Dokuma ve deri işkolları "dokuma, hazır giyim ve deri işkolu"; ağaç ve kağıt işkolları "ağaç ve kağıt işkolu"; demiryolu, kara taşımacılığı, hava taşımacılığı, "taşımacılık işkolu"; gemi, deniz taşımacılığı, ardiye ve antrepoculuk "gemi yapımı ve deniz taşımacılığı, ardiye antrepoculuk" işkolu adı altında birleştirilmiştir.

¹⁶ Kutal, İşkolu, s. 124; Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 28; Sur, s. 81.

¹⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 595; Sur, s. 81.

¹⁸ Kutal, Metin, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Yorumu", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş., (Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi), s. 400; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 434; Doğan Yenisey, s. 50; Başterzi, s. 183 ve dp. 1.

¹⁹ RG., 27.07.1963, S. 11462.

²⁰ İşkollarının yönetmelikle belirlenmesinin ortaya çıkaracağı sorunlar hakkında daha geniş bilgi için bkz. Başterzi, s. 183 ve dp. 1.

²¹ RG., 19.12.2012, S. 28502.

İşkollarına giren işler tespit edilirken ekonomik faaliyetlerin sınıflandırılmasına ilişkin uluslararası norm ve standartlar göz önünde bulundurulur (Yön. md. 2/1). İşkollarının tespitinde NACE Rev 2- Altılı Ekonomik Faaliyet Sınıflandırma sistemi kullanılmıřtır²². Yönetmeliğin 2. maddesinin 2. fıkrasında da NACE Rev 2- Altılı Ekonomik Faaliyet Sınıflandırma yöntemi kapsamında tanımlanmayan ya da sınıflandırılmayan işlere ve işyerlerine kodsuz olarak yer verildiği ifade edilmiştir.

Yönetmeliğin 4. maddesinin 3. fıkrasının ilk hâlinde işkolu, İşkolları Tüzüğü'ne²³ göre belirlenmiş olan işyerinin, en son yetki belgesi almış sendikanın kurulduğu işkolunda sayılacağı düzenlenmişti. Bu hüküm öğreti tarafından eleştirilmekteydi. Çünkü bu düzenleme nedeniyle 2821 sayılı Kanun döneminde işkolu tespiti yapılmış işyerleri için en son yetki belgesi almış olan sendikanın kurulu bulduğu işkolu sabitlenmiş olmaktadır²⁴. Bu eleştiriler de göz önünde bulundurularak Yönetmelikte yer alan bu düzenleme deđiřtirildi²⁵. Yeni düzenlemede, İşkolu Tüzüğü'ne göre işkolu tespiti yapılan işyerlerinin girdiği işkolu yeni bir işkolu tespiti yapılıncaya kadar en son yetki belgesi almış olan sendikanın kurulu bulduğu işkolunda sayılacağı belirtilmiştir. Böylece yeni düzenlemeyle, Tüzüğe göre işkolu tespiti yapılan işyerinde yeni bir işkolu tespiti yaptırılarak işkolunun sabitlenme durumunun ortadan kaldırılması mümkün olacaktır.

Kanun koyucu Kanunun geçici 1. maddesi ile sendikalara, işkollarına ilişkin yönetmeliğin yayım tarihinden itibaren bir ay içinde kurulu buldukları işkollarını belirleme yetkisi vermiştir. Maddeye göre, ".....sendikalar faaliyet göstereceği işkolunu, bu Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren bir ay içerisinde yönetim kurulu kararıyla belirler." Bu düzenleme ile kanun koyucu sendikalara örgütlendikleri işyerlerinin girdiği işkolunu 19.12.2014 tarihinde yürürlüğe giren İşkolları Yönetmeliği'ne göre uyarlama olanağı sađlamıřtır²⁶. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda da işkolu tespitine ilişkin işlemlerin kamu düzenine ilişkin ve emredici nitelikte olduğunu bu nedenle de yeni düzenlemenin sürmekte olan işkolu tespitine ilişkin işlemlerde derhal uygulanması gerektiğini belirtmiřtir²⁷.

²² Avrupa Topluluğuında Ekonomik Faaliyetlerin İstatistik Sınıflandırma Yöntemi'dir. AB tarafından üretilmiş NACE sınıflamasından türetilmiş bir sınıflamadır. Bu kodlama sistemi altılı bir sınıflandırmaya dayanmakta ve yirmi bir ana kısımdan toplanan ekonomik faaliyetler aşağı doğru alt bölümlere, gruplara, sınıflara ayrılmaktadır. Bu birimler arasında yer alan ekonomik faaliyetler tanımlanmakta ve kapsam dışı bırakılan faaliyetler ayrıca belirtilmektedir. Daha geniş bilgi için bkz., Başterzi, s. 184; <http://www.turmob.org.tr/GaleriArsiv/TurmobGaleri/Dosyalar>.

²³ Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 10.11.1983, No: 83/7376; RG., 06.12.1983, S. 18243.

²⁴ şahlanan, Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, s. 15-16; şahlanan, Fevzi, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, İstanbul, s. 368; Canbolat, s.75-76.

²⁵ RG.26.07.2013, S. 28719.

²⁶ Yarg. 7. HD. 13.03.2013, 2013/4407 E., 2013/2777 K., <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 27.10.2015).

²⁷ Yarg. 7. HD., 17.12.2013, 2013/22323 E., 2013/22413 K., <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 27.10.2014).

Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespitinin bir sonraki dönem için geçerli olacağı belirtilmiştir. Ayrıca kanunda işkolu tespit tabii ve buna ilişkin açılan davaların, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacağı düzenlenmiştir. Mülga 2821 sayılı Kanun döneminde Yargıtay yetki sürecinde yapılan işkolu tespiti ve buna ilişkin itirazlarının bekletici mesele yapılması gerektiğini kabul etmekteydi²⁸. 6356 sayılı Kanun ile kanun koyucu yetki sürecini uzatmak amacıyla yapılan işkolu itirazlarının bekletici mesele olarak kabul edilmeyeceğini hüküm altına almıştır. İşyeri toplu iş sözleşmelerinde yetki sürecinin kötünietli olarak uzamasını engellemeye yönelik bu düzenleme²⁹ bazı sorunları da bünyesinde barındırmaktadır³⁰. Bu düzenlemenin işletme toplu iş sözleşmeleri açısından uygulanmaması gerektiği görüşü Yargıtay³¹ ve doktrin tarafından benimsenmektedir³². İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeler emredici niteliktedir ve kamu düzenine ilişkindir. Kanun koyucu işyerinin işletmeye dâhil olup olmadığı konusundaki tespit davasını özel olarak düzenlemiştir. 6356 sayılı Kanunun 34. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi hâlinde Yargıtay on beş gün içinde kesin olarak karar verir (STİSK md. 34/4). İşletme niteliğine ilişkin itiraz kamu düzenine ilişkin olduğu için yetki itirazına bakan mahkemede değil; kanunda gösterilen mahkeme tarafından uyuşmazlığın incelenmesi ve bekletici mesele yapılması gerekir. Açıklanan nedenlerden dolayı, 6356 sayılı Kanun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme söz konusu durumda uygulama alanı bulmayacaktır³³.

²⁸ Yarg. 9. HD., 26.4.2011, 2011/1308 E., 2011/12318 K., Çalışma ve Toplum, 2011/4, S. 31, s. 222-223.

²⁹ Şahlanan, Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, s. 16; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 233; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 596-597; Canbolat, s. 77; Yayvak, s. 78.

³⁰ Bu konu hakkında bkz., Doğan Yenisey, İşkolu, s. 62-63.

³¹ Yarg. 22 HD., 06.12.2013, 2013/33468 E., 2013/28331 K., “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin yetki süreci devam ederken ortaya çıkan ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında özel olarak düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi gereklidir. Ancak gerek 6356 sayılı Kanun’da gerekse mülga 2822 sayılı Kanun’da işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair yukarıdaki düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı ile varsa kapsamına ilişkin uyuşmazlığın, mülga 2822 sayılı Kanun’un uygulandığı olaylarda söz konusu Kanun’un 3. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, 6356 sayılı Kanun’un uygulandığı olaylarda ise anılan Kanun’un 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir.” Şahlanan, Fevzi, “İşletme İtirazının Yetki Davasında Bekletici Mesele Yapılması”, *Tekstil İşveren Dergisi*, Hukuk 89, Eylül 2014, S. 404, s. 2-4.

³² Tuncay/Savaş Kutsal, s. 233; Narmanlioğlu, s. 317-318; Sur, s. 264.

³³ Yarg. 7 HD., 21.20.2014, 2014/17409 E., 2014/19210 K., “6356 s. Kanun’un 5 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan düzenlemeyi, işyeri düzeyinde yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamışken ve çözümü aynı maddenin 1 inci fıkrasında düzenlenen işkolu tespit prosedürüyle mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmek gereklidir. 6356 s. Kanunda işletme kapsamına ilişkin uyuş-

II. İŞYERİNİN GİRDİĞİ İŞKOLUNUN TESPİTİ

A. İşyeri

1. İşyerinin Tanımı

İşkolu tespitinde işyerinde yürütülmekte olan asıl iş esas alınmaktadır³⁴. Bu nedenle de işyeri kavramının ve sınırlarının tespiti toplu iş hukukunda önemli bir yere sahiptir.

6356 sayılı Kanun işyeri kavramının tanımını yapmak yerine 4857 sayılı İş Kanunu'na atıf yapmakla yetinmiştir³⁵. Böylelikle kanunlar arasında birlik sağlanmıştır. Bu durum Kanunun gerekçesinde de belirtilmiştir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denilir (İK md.2/1). Yalnız işyerinin meydana gelmesi için maddi ve manevi unsurların bir araya gelmesi tek başına yeterli değildir. İşyerinin belirli bir amaç için örgütlenmesi ve bu örgütlenmenin ortak bir yönetim altında organize edilmesi gerekmektedir³⁶. Öğretide, 6356 sayılı Kanunun en azından 2821 sayılı Kanun döneminde karşılaşılan sorunları ve belirsizlikleri göz önünde bulundurarak işyeri kavramını tanımlamasının daha yerinde bir düzenleme olacağı savunulmuştur³⁷.

mazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı 6356 s. Kanun'un 34 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır.” Çalışma ve Toplum, 2015/4, S. 47, s. 417-422; Aynı yönde karar için bkz., Yarg. 7. HD., 31.12.2013, 2013/23890 E., 2013/24204 K., Çalışma ve Toplum, 2014/2, S. 41, s. 222 vd.

³⁴ Ekonomi, Münir, “İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi”, İş Hukuku Dergisi, C.1, S. 1, Ocak-Mart 1991, s. 37; Esener, Turhan/Gümrükçüoğlu Bozkurt, Yeliz, Sendika Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 96; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 46; Sur, s. 83; Akın, Levent “İşkolu Tespitinde İşkolu ve İşletme”, Çimento İşveren Sendikası, C. 27, S. 1, Ocak 2013, s. 47; Yuvalı/Güleşçi, s. 75; Yayvak, s. 63.

³⁵ Doğan Yenisey'e göre, “İşyeri, kendi başına hukuken korunması gereken bir değer oluşturmayıp, iş hukukundaki işlevi pek çok normun uygulanabilmesinde esas alınan bir bağlama noktası olmakla sınırlıdır. Üretimin yapısı değiştikçe bu birimin öneminin artabileceği veya azalabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle toplu iş hukukunda işyerinin, toplu iş hukukunun temelinde yatan değerler esas alınarak ve işyerine gönderme yapan normların koruma amacı doğrultusunda belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz.” Doğan Yenisey, İşkolu, s. 52; Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yaynevi, İstanbul 2007, (İşyeri ve İşletme), s. 360.

³⁶ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 85-86; Süzek, Sarper, İş Hukuku Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 201; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, s. 9; Aydınlı, İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Demiryol- İş Eğitim Yayınları, Ankara 2001, (İşyeri), s. 10.

³⁷ Kutal, Metin, “Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme” (31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı), Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, (Toplu İş Hukuku), s. 160.

2. İşyerinin Sınırlarının Belirlenmesi

6356 sayılı Kanun bakımından işyerinin sınırlarının belirlenmesi önem taşımaktadır. Çünkü işyeri 6356 sayılı Kanunun uygulanması ve özellikle işkolu tespiti ve bunun sonucunda toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin alınması ile toplu pazarlığın kapsamının ve imzalanacak toplu iş sözleşmesinin türünün belirlenmesi açısından önem taşımaktadır³⁸.

Gelişen teknoloji ve esneklik anlayışı sonucunda yeni istihdam türleri ortaya çıkmış ve bu durum iş akdinin önemli unsurlarından biri olan bağımlılık unsurunun daha esnek bir şekilde değerlendirilmesine neden olmuştur. Böylece, işyeri kavramı da klasik tanımının dışına çıkmış ve genişlemiştir³⁹.

İşyerinin tanımında teknik amaç ön planda tutulmuştur. İş Kanunu işyerini sadece mal ve hizmet üreten bir birim olarak görmemektedir. İş hukukunda ortaya çıkan esnek çalışma modelleri nedeniyle işyerinin sınırlarında da değişiklik meydana gelmiştir. Bu nedenle de işyerinin tek bir birimden oluşmasını beklemek mümkün değildir. Kanun koyucu bu yönde bir düzenleme yapmış ve İş Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılmaktadır.

İşyerinin sınırlarının belirlenmesinde en önemli zorluk işyerine bağlı yerlerin tespitinde yaşanmaktadır. Özellikle toplu iş hukukunda işyerine bağlı yerlerin tespiti birçok uyuşmazlığa konu olmaktadır. Bunun nedeni de sendikalarla örgütlenmede işkolu esasının benimsenmesidir. Çünkü bir birim işyerine bağlı

³⁸ Şahlanan, Fevzi, 6356 Sayılı Kanuna Göre Yetki Prosedürü ve Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, Geçiş Hükümleri, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, 14.02.2013, İzmir, Ankara TİSK Yayını, s. 50-51; Başterzi, 185-197; Doğan Yenisey, İşkolu, s. 53.

³⁹ Güzel, Ali, "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, s. 109-110; Süzek, s. 204; 4857 sayılı İş Kanunu 2. madde gerekçesi: ".....'İşyeri' tanımı; teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal veya hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmek suretiyle verilmiştir. İşyerinin sınırlarının belirlenmesinde 'işyerine bağlı yerler' ile eklentiler ve araçların bu birim kapsamında oldukları, önceki hükümden farklı bir ölçüt aranmamış olmakla beraber; özellikle bir işyerinin mal veya hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyeri mi, yoksa birbirinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda 'amaçta birlik', aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünde bağlılık ile 'yönetimde birlik', aynı yönetim altında örgütlenmiş olma şartları gerek yargı kararları ve gerek doktrindeki görüşlere paralel şekilde düzenlenmiştir. Diğer yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu 'yerin' dışına taşmış, işveren, kurulan 'iş organizasyonu' işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde (ilaç fabrikası satış elemanları gibi) veya ilin içinde (beyaz eşya bakım ve onarım işlerinde çalışanlar gibi) işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimini 79 duymuştur. Bu olgular dikkate alınarak ve Avrupa Birliğine üye devletlerdeki değerlendirme ve kavramsal gelişmeler göz önünde tutularak maddeye üçüncü fıkra olarak 'İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür' hükmü eklenmiştir."

verse asıl işin girdiği işkoluna girer ve o işyerinde geçerli olan toplu iş sözleşmesinin kapsamına dâhil olur. Ancak bağımsız bir işyeri olarak kabul edilirse böyle bir durum söz konusu olmaz.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesindeki işyeri tanımı dikkate alındığında, işyerine bağlı yerlerin belirlenmesinde bazı unsurların varlığı aranmaktadır. Bu unsurlardan ilki, hukukî bağlılıktır. Bir birimin işyerine "bağlı yer" olarak nitelendirilebilmesi için asıl işin yapıldığı yer ile aynı işverene ait olması ve aynı işveren tarafından yönetilmesi gerekir⁴⁰.

Bir yerin işyerine bağlı yer olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan ikinci unsur, teknik amaçta birliktir. Aynı işverene ait iki birimin tek bir işyeri sayılabilmesi için bu birimler arasında amaçta birliliğin bulunması gerekir. Farklı birimler aynı mal veya hizmet üretmek amacıyla örgütlenmişse ya da söz konusu birimler aynı teknik amacın farklı aşamalarını gerçekleştirip birbirini tamamlıyorsa amaçta birliliğin varlığı kabul edilmelidir⁴¹. Örneğin, yoğurt ve peynir üreten bir fabrika ile bu ürünleri paketlemesi için gerekli olan malzeme-yi sağlayan birim arasında amaçta birliliğin bulunduğunun kabulü gerekir. Çünkü bu birimler aynı teknik amacın farklı üretim aşamalarını gerçekleştirmektedirler.

Bir birimin bağlı yer sayılması için aranan son unsur, yönetimde birlik-tir. İşyerine nitelik yönünden bağlı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler de işyerinden sayılmaktadır. Aynı işverenin işyerinde yürütölen işlerden birinin varlığı diğerinin veya diğerlerinin varlığını etkiliyorsa, işin göröldüğü çeşitli yerlerin tâbi olduğu organizasyonu ile işleyiş tarzı, özellikle işin yönetimi ve hesapların yürütölmesi bir bütönlük teşkil ediyorsa birbirine bağlı yerlerin varlığından söz edilebilir⁴².

Yönetimde birliliğin tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Öğretide, işkolu tespitinde bir birimin işyerine bağlı yer olarak kabul edilmesi için gerekli olan yönetimde birlik unsurunun belirlenmesinde toplu iş sözleşmesi sisteminin temel değerlerinden hareket edilmesi gerektiği belirtilmiřtir⁴³. Çünkü sendikal örgütlenmede amaç, günlük çalışma koşulları ve iş hayatında maruz kaldıkları riskler açısından birbirleriyle menfaat birliliği bulunan işçiler arasında dayanışma sağlanmasıdır. Bu nedenle bir yerin bağlı yer olup olmadığının tespitinde, ayrıca uyumsuzluk konusu birimlerde istihdam edilen işçiler arasında ortak menfaat bulunup bulunmadığının göz önüne alınması gerekir. Aksi halde, birbiriyle aynı çalışma koşullarına tâbi olmayan ve aynı risklere maruz

⁴⁰ Süzek, s. 202; elik, Nuri, "Karar İncelemesi-Toplu İş Sözleşmesinin Yetkisinin Tespitinde Asıl İş-Yardımcı İş Ayrımına Göre İki Ayrı İşyerinin Tek İşyeri Sayılması", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 125; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, s. 26, Aydınlı, İşyeri, s. 52; Doğan Yenisey, İşkolu, s. 53-54; Baycık, s. 246.

⁴¹ Süzek, s. 202-203; Kutal, İşkolu, s. 123; Mollamahmutöğü, Hamdi/Astarlı, Muhitin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 257-259; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, s. 27; Doğan Yenisey, İşkolu, s. 54; Kızıloğlu, Hakkı, "Bir İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespitinde İşyerinde Faaliyet Hangi Amacı Taşıyorsa Asıl İş Odur. Alt İşverenin İşkolu Tespiti Asıl İşverenden Ayrı Olarak Yapılmalıdır.", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012, s. 175.

⁴² Ekonomi, s. 31; Süzek, s. 202; Kutal, İşkolu, s. 123; şahlanan, Fevzi, "Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi Açısından İşyeri ve İşletme Kavramları", Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk 61, Temmuz 2011, S. 376, s. 6-7; Mollamahmutöğü/Astarlı/Baysal, s. 260; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, s. 29; Doğan Yenisey, İşkolu, s. 54.

⁴³ Doğan Yenisey, İşkolu, s. 56.

kalmayan işçilerin aynı işkolunda ve hatta bazen fiilen çalışmadıkları işkolundaki sendikaya üye olmaları ve bu sendikal örgütlenmeden fayda sağlayamamaları söz konusu olur. Bu durum 6356 sayılı Kanunun ve işkolu esasına dayalı sendikal örgütlenmeyi düzenleyen normların koruma amacına aykırılık teşkil edecektir⁴⁴. Yargıtay da verdiği bir kararda toplu iş hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverende asıl işin girdiği işkolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerektiğini belirtmiştir⁴⁵.

Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunması gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalıdır; çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorunluluğu tartışılmazdır⁴⁶. Bu nedenle Yargıtay irtibat bürolarının coğrafi uzaklığının işin tek elden yürütümüne engel olmadığını ve işyerine bağlı yer olarak sayılması için gereken unsurların varlığı durumunda asıl işin girdiği işkoluna gireceğini belirtmiştir⁴⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir yerin Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne kayıt ettirilmiş olması o yerin ayrı bir örgütlenme içinde yer aldığı ve ayrı işyeri olduğunun kabulü için yeterli değildir. Bu kayıtlar işyerinin bağımsızlığının kanıtlanması için değil; mevzuatın uygulanması ve iş denetiminin sağlanması amacıyla yapılmaktadır⁴⁸.

⁴⁴ Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, s. 370-371; Doğan Yenisey, İşkolu, s. 56-57; Yıldız, Gaye Burcu, "Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, s. 139.

⁴⁵ Yarg. 9. HD., 19.10.2010, 2010/28347 E., 2010/29733 K., Çalışma ve Toplum, 2011/2, S. 29, s. 369-376.

⁴⁶ Yarg. 9. HD. 02.11.2010, 2010/34471 E., 2010/31408 K., <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 27.10.2015), Aynı yönde kararlar için bkz., Yarg. 9. HD. 24.01.2012, 2012/441 E., 2012/1602 K.; Yarg. 9. HD., 26.04.2011, 2011/15435 E., 2011/12313 K.; Yarg. 9. HD., 24.05.2011, 2011/21622 E., 2011/15363 K.

⁴⁷ 2821 Sayılı Yasa'nın 60. maddesinin ikinci fıkrasında; "Bir iş yerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde asıl işin dâhil olduğu iş kolundan sayılır...." denilmektedir. Asıl işin görülmesi bakımından doğrudan doğruya yardımcı olan ve o kişi tamamlayan nitelikte işler asıl işe yardımcı işler olarak nitelendirilmektedir. O halde; işyerlerinden fabrika işyerinde üretim yapılmakta, merkez iş yerinde de ise fabrikada çalışan işçiler ve üretilen ürünler ile ilgili muhasebe ve büro işleri görülmekte ise, bu durumda şirket merkezi ile fabrika işyerinde yapılan işlerin aynı işkolunda kurulu işyerleri olmayıp nitelik itibarıyla birbirini tamamlayan işler olacağından, dolayısıyla merkez iş yerinde yapılan işler yardımcı iş niteliğinde olup asıl iş olan fabrika işyerinin girdiği işkolunda sayılması gerekeceğinden, 2888 Sayılı Yasa'nın 3/2. maddesinde belirtilen aynı iş kolu da birden çok işyerine sahip olma koşulu gerçekleşmemiş olacaktır. Dolayısıyla her iki işyerinin işletme kapsamı içinde düşünülmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda yetkili mahkeme işyerlerine göre belirlenmesi gerekecektir. Asıl iş görüldüğü yer olan fabrika işyerinin bağlı olduğu, Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yer mahkemesi yetkili mahkeme kabul edilecektir. Yıldız, s. 133 vd.; Aynı yönde bkz., Yarg. 9. HD., 25.02.1999, 1999/3231 E., 1999/3568 K.; Yarg. 9. HD., 19.07.2005, 2005/22413 E., 2005/26464 K.

⁴⁸ Süzek, s. 203-204; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 86; Aydın, İşyeri, s. 54, Yarg. 9. HD., 07.05.1985, 1985/6069 E., 1985/6260 K., "...Bir yerin Bölge Çalışma Müdürlüğü'nce ayrı işyeri olarak kaydedilmesi, o yeri ayrı bir işyeri olarak nitelendirmeye ye-

B. İşyerinde Birden Fazla Faaliyetin Yapılması Hâlinde Asıl İşin Tespiti

İşyerinde yürütülen iş, asıl iş ve yardımcı iş olmak üzere ikiye ayrılır. 2821 sayılı Kanunda olduğu gibi 6356 sayılı Kanunda da işyerinin girdiği işkolunun, işyerinde yürütülen asıl işe göre belirleneceği düzenlenmiştir (STİSK md.4/2). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2012 yılında verdiği bir karara göre, asıl iş, işyerinin teknik amacına ulaşmak için yürüttüğü faaliyetdir⁴⁹. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin⁵⁰ (Alt Yön.) 3. maddesinin c. bendine göre, mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan işe asıl iş denilir.

Günümüz şartlarında işyerinde tek bir teknik amacın yürütülmesini beklemek pek mümkün değildir. Teknolojinin ilerlemesi ve üretilen mal ve hizmetlerin daha karmaşık bir hale gelmesi işyerinde birden fazla teknik amacın yürütülmesi sıklıkla karşılaşılan durumlardır. Yürütülen birden fazla teknik amaç aynı işkoluna giriyorsa, işyerinin girdiği işkolunun tespitinde herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır; ancak bu birden fazla teknik amaç farklı işkollarına giriyorsa işkolu tespitinde problem yaşanabilecektir. Böyle bir durumda hangi işin asıl iş olarak kabul edilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır. Her ne kadar işyerinde yürütülen birden fazla faaliyet değişik işkollarına girse de Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu sisteminde her bir işyerinin tek bir işkoluna girdiği kabul edildiğinden işyerindeki en baskın olan teknik amaç asıl iş olarak kabul edilmelidir⁵¹.

Birden fazla teknik amacın olduğu işyerlerinde asıl işin nasıl tespit edileceği konusunda öğretici ve yargı kararlarındaki ölçütler esas alınmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre, işyerinde fiilen yapılan işin/işlerin neler olduğu, ağırlıklı olarak hangi işin yapıldığı, ihale ile alınan işler, yatırım oranları, üretimde kullanılan girdiler ve oranları, üretilen nihai ürünlerin neler olduğu, işyerinde kaç işçi çalıştığı, hangi işleri yaptıkları gibi hususlar somut olarak belirlenir ve bu hususlara göre asıl iş tespit edilir⁵².

İşkolu tespitinde bir işyerinde çalışan işçilerin büyük bir bölümünün hangi işte çalıştıklarının tespiti önemlidir⁵³. Bunun nedeni de işkolu esasına göre sendikalaşma ilkesinde asıl işi yapan işçilerin çoğunlukta olmalarıdır. Ancak bu ölçütün tek başına kabul edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, Yargıtay da 2000 yılında verdiği bir kararda işkolu tespitinde işçi sayısını değil, işyerinde yapılan işin niteliğini esas almıştır. Karara göre, "İşçilerinin önemli bir bölümünün toplu taşıma ve temizlik işlerinde çalıştıkları konusunda herhangi bir

terli değildir. Bu kayıt işyerinin bağımsızlığını göstermez. Ancak ilgili özel kanun uygulama, denetleme için yeterli olabilir." YKD., Ekim 1986, s. 1478 vd.

⁴⁹ Yarg. 9. HD. 15.05.2012, 2012/15427 E., 2012/17221 K., <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 29.10.2015)

⁵⁰ RG. 27.09.2008, S. 27010.

⁵¹ Ekonomi, s. 48; Narmanlıoğlu, s. 88; Sur, s. 82-83; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme s. 317; Doğan Yenisey, İşkolu, s. 58; Şen, s. 178; Başterzi, s. 186; Doğan, s. 132; Bedük, M. Nusret, "İşkolu Tespiti Konusunda Yargıtay Kararlarının Yol Açtığı Usul Sorunu ve Çözümü (İş Özel İdaresi Genel Sekreterlikleri Hakkında Verilen Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.1, s. 16; Yuvalı/Güleşli, s. 76.

⁵² Yarg. 9. HD. 12.02.2013, 2013/1559 E., 2013/5316 K., <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 25.10.2014).

⁵³ Günay, İlhan Cevdet, "İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespiti", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Haziran 2008, s. 130.

tereddüt yoktur. Limited Şirketin İzmir Büyükşehir Belediyesi iştirakleri tarafından kurulup paylarının %50'ser olduğu işyerinde belediye hizmetlerine ilişkin temizlik denetim toplu ulaşım gibi işlerin görüldüğü, bunlar için belediyeye alındığında işyerinin İşkolları Tüzüğü'nün 28 numaralı "Genel işler" işkoluna girdiğinin kabulü gerekir. Mahkemenin yanlış değerlendirme ile işyerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının taşımacılık işinde çalıştığı dikkate alınarak işyerinin 18 numaralı "Kara taşımacılığı işkoluna girdiği kabulü isabetsiz olduğundan kararın bozularak ortadan kaldırılmasına ve bunun sonucu olarak itiraz davasının kabulü doğrultusunda karar verilmiştir⁵⁴."

Tüm öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları birlikte değerlendirildiğinde, asıl işin tespiti konusunda kesin kriterler ortaya koymanın mümkün olmadığı görülmektedir. Öğretinin ve Yargıtay'ın kararlarında belirttiği gibi bir işyerinde birden fazla teknik amacın mevcut olması durumunda fiilen yapılan işlerin neler olduğunun, işyerinde ağırlıklı olarak hangi işin yapıldığının, ihale ile alınan işlerin, yatırım oranlarının, üretimde kullanılan girdilerin ve bunların oranlarının, üretilen nihai ürünlerin, işyerinde kaç işçi çalıştığının, bu işçilerin hangi işleri yaptıklarının, ağırlıklı olarak işçilerin çalıştığı işlerin somut olarak keşif yapılmak suretiyle belirlenmesi yerinde olacaktır⁵⁵.

C. Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı

İşkolu sendikacılığı ilkesinin benimsenmesi sonucu ortaya çıkan örgütlenmede işyeri bir bütün olarak ele alınmış ve işyerinde görülen asıl iş dışındaki diğer işlerin ayrı ve değişik işkolları oluşturmasına imkân verilmemiştir⁵⁶.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, mülga Sendikalar Kanunu'nda olduğu gibi asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin girdiği işkolundan sayılacağı belirtilmiştir (STİSK md.4/2). Bu düzenleme sayesinde işyerlerinde örgütlenme yönünden bütünlük sağlanmaktadır. Örneğin, bir tekstil fabrikasındaki güvenlik görevlisi de dokuma, hazır giyim ve deri işkolundaki bir sendikaya üye olacak ve diğer işçilerle aynı toplu iş sözleşmesinden yararlanacaktır⁵⁷.

İşyerinde yürütülen iş bir organizasyon kapsamında yürütülüyorsa asıl iş yardımcı iş kavramı önem taşır⁵⁸. Diğer bir deyişle, asıl iş yardımcı iş kavra-

⁵⁴ Yarg. 9. HD. 02.03.2000, 2000/2426 E., 2000/2448 K., bkz. Günay, 13. dp.

⁵⁵ Ekonomi, s. 48; Sur, s. 82; Günay, s. 131; Şen, s. 177-178; Doğan Yenisey, İşyeri İşletme, s. 315; Doğan Yenisey, İşkolu, s. 57; Başterzi, s. 185-186; Aydınlı, İbrahim, "Yargıtay'ın İl Özel İdarelerine İlişkin Verdiği "Parçalı İşkolu" Tespiti ve Uygulamasına İlişkin Bozma Kararlarının Kamu Kurumlarında Meydana Getirdiği ve/veya Getirebileceği Vahim Sonuçların Düşündürdükleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 23, Eylül 2011, (Parçalı İşkolu), s. 174.

⁵⁶ Ekonomi, s. 37; Süral, A. Nurhan, "Güçlü Sendikacılığın Sağlanmasında İşkolu Sendikacılığı", Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 3, S. 4, s. 73.

⁵⁷ Benzer örnekler için bkz., Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 29; Çelik, s. 122-123; Sur, s. 81.

⁵⁸ Günay, s. 129; Yarg. 22. HD., 09.02.2015, 2015/3549 E., 2015/4091 K., "Mülga 2821 sayılı Kanun'un 60. maddesinde yer alan bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır kuralı ise, bir işyeri sınırları ve organizasyonu içerisinde yürütülen işler için önem taşır. Bununla birlikte birbirinden ayrı işyerlerinde asıl iş yardımcı iş kavramı geçerli olmaz."

mı bir işyeri sınırları ve organizasyonu içinde yürütülen işler açısından önem taşımaktadır⁵⁹.

Yardımcı iş kavramı doktrinde ve yargı kararlarında farklı yorumlara neden olmuştur. Yardımcı işler, öğretide, işyerinde yürütülen ve asıl iş dışında kalan bütün işler⁶⁰ ya da bir işyeri bütünlüğü içinde asıl işle bağlantılı olan ya da olmayan bütün işler olarak nitelendirilir⁶¹. Kanunda sözü edilen yardımcı işlerin asıl işin dâhil olduğu işkolundan sayılması için yardımcı işlerin asıl işin tamamlayıcısı ya da zorunlu bir unsuru olması da şart değildir⁶². Burada önemli olan yardımcı işin ya da işlerin sadece o işyerinde yürütülen işlerden olmasıdır. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, asıl işe yardımcı iş kavramından asıl işin görülmesi ve sonuçlandırılması bakımından doğrudan doğruya yardımcı olan ve asıl işi tamamlayan işlerin anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir⁶³. Öğretide de Günay asıl işin yürütülmesi bakımından doğrudan doğruya yardımcı olan ve asıl işi tamamlayan işleri asıl işe yardımcı iş olarak kabul etmiştir⁶⁴.

Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin⁶⁵ 3. maddesinde yardımcı iş kavramı açıklanmıştır. Maddeye göre, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş yardımcı iştir (Alt Yön. md. 3/ğ).

Asıl iş yardımcı iş kavramı her bir bağımsız işyeri için bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Asıl iş yardımcı iş ayrımı işyeri bünyesindeki işler için dikkate alınması gereken bir kavramdır. Yani işletme⁶⁶ seviyesinde asıl iş yardımcı iş ayrımı incelenemez. Diğer bir deyişle, bir işletmeyi oluşturan farklı işyerleri arasında asıl iş yardımcı iş ilişkisi kurulamaz⁶⁷. Aynı şekilde tek bir işyerinin

⁵⁹ Yarg. 9. HD. 05.07.2012, 2012/18727 E., 2012/26716 K., www.kazancı.com.tr, (ET., 27.10.2015)

⁶⁰ Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, s. 46; Sur, s. 82; Narmanlıoğlu, s. 83-84; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, s. 315-316; Başterzi, s. 185.

⁶¹ Ekonomi, s. 29.

⁶² Ekonomi, s. 37, 41-42; Şahlanan, Fevzi, "İşkolu Tespitinde Alt İşverenin İşyeri", Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S. 379, Kasım 2011, (Karar İncelemesi), s. 6; Sur, s. 82; Narmanlıoğlu, s. 83; Doğan, s. 132; Doğan Yenisey, s. 57; Yuvalı/Güleşçi, s. 75.

⁶³ Yarg. 9.HD., 09.09.1987, 1987/8782 E., 1987/7453 K., Kamu-İş, Ekim 1987, s. 25; Şahlanan, Karar İncelemesi, s. 6.

⁶⁴ Günay, s. 129.

⁶⁵ RG., 27.09.2008, S., 27010.

⁶⁶ İşletme, iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya birden fazla işyerinden oluşan organize edilmiş bütündür. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 205-206; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 97; Doğan Yenisey, s. 32-37; Aydın, İşyeri, s. 65-69; Şen, s.187.

⁶⁷ Ekonomi, s. 41-43; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 598; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 46; Sur, s. 83; Narmanlıoğlu, s. 88- 89; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, s. 316; Doğan, s. 135; Yıldız, s. 138; Bedük, s. 17; Yuvalı/Güleşçi, s. 77; Yayvak, s. 69; Yarg. 9 HD. 14.07.2010, 2010/25648 E., 2010/24131 K., Çalışma ve Toplum, 2014/1, S. 40, s. 487; Yarg. 9. HD. 26.04.2011, 2011/15435 E., 2011/12313 K., "İşyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekleşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir. Mal ve hizmetler için yatırım araçları ve işçi sayısı bu konuda ölçüt olabilir. Ancak bir işyerinde başka bir işverene ait ayrı bir işkolunda faaliyet var ise ayrı işkolundan söz edilebilir., işletme işkolu tespiti için

bölgümlere ayrılarak birden çok asıl işi barındırdığını ileri sürerek ayrı ayrı işkolu tespiti yapılması da kanuna aykırı olacaktır.

Bir işyerinde yürütölen yardımcı iş başka bir işverene verilmişse alt işverenlik ortaya çıkacak ve böyle bir durumda bu iş artık alt işveren için asıl iş niteliğinde olacak ve alt işverene ait ayrı bir işyeri olduğu için ayrı bir işkolu belirlenecektir⁶⁸.

Kanun koyucu asıl işe yardımcı işlerin de asıl işin girdiği işkolundan sayılmasına ilişkin temel kurala bir istisna getirmiştir. 19 numaralı Milli Savunma işkolunda yer alan işleri Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı ile ilgili her türlü askeri işyerleri (uluslararası ve yabancı askeri işyerleri dâhil) subay, astsubay kulüpleri, gazinoları ve otelleri, orduevleri, askeri hastaneler, okullar, askeri basımevleri ve Milli Savunma Bakanlığı'nca işletilen diğer işyerlerinde yapılan işler ile sınırlamıştır. Bunun nedeni ise, bu kurumların çalışma hayatının ve toplu pazarlığın en önemli unsurlarından olan grev ve lokavt hakkının bulunmamasıdır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında bu düzenleme yapılırken genel kuraldan ayrılarak istisnai bir düzenleme yapıldığını belirtmiştir. Karara göre, *“Mahkememizce dosyaya toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilmiş, sonuç itibarıyla ilgili tüzükte işyerinin hangi işkoluna gireceği belirlenirken işyerinde yapılmakta olan asıl işin esas alınacağı, yardımcı işlerin ise asıl işe tâbi olacağı, genel kuralı mevcut iken 26 sıra numaralı Milli Savunma işkolu tarif edilirken bu genel kuraldan ayrılarak istisnai bir düzenleme yapılmış olup, bu işkoluna girecek işlerin tahdidi olarak gösterildiğini, bu istisnai düzenlemenin davalı tarafta delil olarak raporlarda da açıkça kabul edildiğini, bu nedenle istisnai olarak yapılan bir düzenlemenin yorum yolu ile genişletilmesi mahkememizce uygun bulunmamış, sonuç itibarıyla dosyaya sunulan MKE ile ilgili yazışmaların ve kararların incelenmesinde adı geçen Genel Müdürlüğü'n hukuki statüsünde, faaliyetlerinde, idari yapısında yetki ve denetim gibi konularda bir değişiklik yapılmadığı açık bir ifade ile sözü edilen Genel Müdürlüğe bağlı işyerlerinin Milli Savunma Bakanlığı'nca işletilen işyeri statüsü kazandırmadığı, bu nedenle sonuç itibarıyla Bakanlıkça yapılan tespit işleminin yerinde olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir⁶⁹.”*

D. Parçalı İşkolu Kavramı

13.01.2005 tarih 5286 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün Kaldırılması Hakkında Kanun⁷⁰ ile genel müdürlüğün taşra teşkilatı il özel idarelerine devredilmiştir (Geçici md. 1). Bunun sonucunda 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdareleri Kanunu⁷¹ ile il özel idareleri yeni bir yapıya kavuşturulmuştur. 5302 sayılı Kanunun 35. maddesi ile il özel idaresi teşkilatının genel sekreterlik, mali işler, sağlık, tarım, imar, insan kaynakları, hukuk işleri birimlerinden oluşacağı düzenlenmiştir.

asıl iş yardımcı iş kavramına yer verilmez.” www.kazancı.com.tr, (ET., 27.10.2015); Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 9 HD. 05.07.2012, 2012/18727 E., 2012/26716; Yarg. 9. HD. 12.06.2012, 2012/16633 E., 2012/20456 K; Yarg. 9 HD., 20.09.2011, 2011/39908 E., 2011/32475 K.

⁶⁸ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. III.

⁶⁹ Yarg. 9 HD. 21.02.2006, 2006/2295 E., 2006/4500 K.; http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#, (ET., 27.10.2015).

⁷⁰ RG., 28.01.2005, S., 25710.

⁷¹ RG., 04.03.2005, S., 25745.

Bakanlık 2007 yılında yapmış olduğu işkolu tespit kararında, İl Özel İdaresi Kanun'undaki düzenlemeyi dikkate almış ve il özel idareleri kapsamında yapılan faaliyetlerin ayrı işkollarında değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir⁷². Bu konuda herhangi bir dava açılmadığı için, Bakanlık tarafından yapılan işkolu tespit kararı kesinleşmiştir⁷³. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.07.2010 tarihli 2010/25648 esas ve 2010/24131 numaralı kararında Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin inşaat işkoluna girdiğine karar vermiştir⁷⁴. Daha sonra Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu karardan dönmüş ve İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nin işletme olarak kabul edilmesi gerektiğini ve parçalı işkolu tespiti yapılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁵.

Öğretide Yargıtay'ın il özel idarelerinde iki ayrı asıl işin ve iki ayrı işkolunun olduğu sonucuna ilişkin kararları haklı olarak eleştirilmiştir⁷⁶. İşkolu belirlenirken, mal veya hizmet üretmeye yönelik teknik amaç doğrultusunda örgütlenmiş iş organizasyonunun esas alınması gerekir. Yargıtay'ın il özel idaresi bünyesinde yer alan daire başkanlıkları ve/veya müdürlükleri birbirinden ayrılarak farklı işyerleri, dolayısıyla farklı teknik amaçlar doğrultusunda örgütlenmiş iş organizasyonları olarak nitelendirilmesi hem 4857 sayılı İş Kanunu'na hem de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na aykırılık teşkil etmektedir⁷⁷. Sonuç olarak, il özel idaresi bünyesinde yer alan genel sekreterliklerini ve daire başkanlıklarını ya da müdürlüklerini ayrı işyeri niteliğinde değerlendirmek doğru değildir. Çünkü il özel idaresi, il sınırları dikkate alınmak

⁷² 08.05.2007 Tarih 2007/25 nolu işkolu tespit kararı, RG., 12.05.2007, S., 26520.

⁷³ Şen, s. 179, 181.

⁷⁴ Yarg. 9 HD., 15.07.2012, 2010/25648 E., 2010/24131 K., "İşyerindeki işçi sayısı ve çalıştığı kısımlar dikkate alındığında ağırlıklı olarak çalışanların inşaat işkoluna giren faaliyetlerde bulunması, İş organizasyonu içindeki üretilen mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işlerinin ilerde olması, yatırım araçları ile makine parkındaki makinelere yapılan yatırım miktarında inşaat işlerine ilişkin olanların çoğunluğa sahip olması dikkate alındığında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararının yerinde olduğunun kabulü gerekir." <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 27.10.2015).

⁷⁵ Yarg. 9. HD., 02.11.2010, 2010/34471 E., 2010/31408 K., "Manisa İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği işyerinin kapsamı itibari işyeri olarak sınırlandırılması da yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca yerinde olmayacağı gibi, parçalı işkolu tespiti yapılması ve işletme olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Her ne kadar dairemizin 2010/25648 Esas, 2010/24131 Karar sayılı 15.7.2010 tarihli kararında "... İşyerindeki işçi sayısı ve çalıştığı kısımlar dikkate alındığında ağırlıklı olarak çalışanların inşaat işkoluna giren faaliyetlerde bulunması, iş organizasyonu içindeki üretilen mal hizmetlerin ağırlığı ve üretim miktarında inşaat işlerinin ilerde olması, yatırım araçları ile makine parkındaki makinelere yapılan yatırım miktarında inşaat işlerine ilişkin olanların çoğunluğa sahip olması dikkate alındığında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Kayseri İl Özel İdaresi Genel Sekreterliği'nde yapılan işlerin niteliği itibariyle İşkolları Tüzüğü'nün 15 sıra numaralı "İnşaat" işkoluna girdiğine ilişkin tespit kararı yerinde olup, bu nedenlerle doğru alan mahkeme kararının ONANMASINA..." şeklinde karar verilmiş ise de; yukarıdaki esaslar doğrultusunda, tüm dairece yapılan görüşmede bu içtihattan dönmüştür." <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 27.10.2015). Aynı yönde kararlar için bkz. YHGK., 18.05.2011, 2011/9-347 E., 2011/311 K., Yarg. 9. HD., 24.05.2011, 2011/21622 E., 2011/15363 K.

⁷⁶ Doğan Yenisey, s. 56; Şen, s. 180; Aydın, Parçalı İşkolu, s. 175; Başterzi, s. 192-197; Bedük, s. 14-15.

⁷⁷ Doğan Yenisey, s. 56; Şen, s. 180; Aydın, Parçalı İşkolu, s. 175; Başterzi, s. 192-197.

üzere kanunda öngörülmüş kamu hizmeti üretmek amacıyla il genel sekreterliği bünyesinde çalıştırılan işçilerle maddi olan ve olmayan unsurlardan oluşan bir organizasyondur. İl özel idaresine bağlı birimler iktisadî, hukukî, teknik açıdan birbirlerine bağlı olduğu ve bu birimler arasında amaç ve yönetimde birlik bulunduğu için tek bir işyeri sayılmalı ve işyerinde asıl iş tespit edilip ona göre işkolu tespiti yapılmalıdır⁷⁸. Nitekim Yargıtay 2012 tarihli kararlarında parçalı işkolu tespitine ilişkin kararlarından dönmüş ve il özel idarelerinin tek işyeri şeklinde dikkate alınarak işkolu tespiti yapılmasını karara bağlamıştır. Kararda, İl Özel İdarelerinin birden çok müdürlüklerden oluşmasına rağmen eylemli olarak gözlemlenen il özel idaresinin amacının inşaat işi olduğu, diğer büro işlerinin inşaat işleri içerisinde eridiği başka bir ifade ile diğer büro işlerinin inşaat işlerinin yardımcı işi niteliğine dönüştüğü, dolayısı ile bağımsız bir organizasyona sahip olmadığı ve ayrı teknik bir amaca özgülendiği kabul edilmiştir. Köy hizmetleri genel müdürlüğü teşkilatının kaldırılması ve bu genel müdürlüğün gördüğü hizmetlerin, büyükşehir belediyelerince, diğer illerde ise il özel idarelerince yerine getirilmesinin öngörülmesi ve taşra teşkilatı ile birlikte il özel idarelerine devrinden sonra, daha önce çalışan il özel idaresi işçilerinin inşaat işinin büro hizmetlerini yürüttükleri belirtilmiştir⁷⁹.

III. ALT İŞVERENİN İŞYERİNİN İŞKOLU TESPİTİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında belirtilen şartların varlığı hâlinde asıl işveren alt işveren ilişkisi ortaya çıkar. Maddeye göre, *"Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur."* Maddeden de anlaşılacağı üzere asıl işin bir bölümünde ve yardımcı işlerde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulabilir.

Alt işveren asıl işverenden ayrı bağımsız bir işverendir. Çünkü alt işverenin emir ve talimatı altında bulunan işçiler vardır. Ayrıca alt işverenin kendi

⁷⁸ Şen, s. 189; Aydınlı, Parçalı İşkolu, s. 174; Baycık, s. 244-245; Bedük, s. 15.

⁷⁹ "Somut olayda Karabük İl Özel İdaresi birden çok müdürlüklerden oluşmakta ise de, eylemli olarak gözlemlenen il özel idaresinin amacının inşaat işi olduğu, diğer büro işlerinin inşaat işleri içerisinde eridiği başka bir ifade ile diğer büro işlerinin inşaat işlerinin yardımcı işi niteliğine dönüştüğü, dolayısı ile bağımsız bir organizasyona sahip olmadığı ve ayrı teknik bir amaca özgülendiği kabul edilmiştir. Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü teşkilatının 13.05.2005 tarihli, 5286 sayılı "Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün Kaldırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile kaldırılması ve bu genel müdürlüğün gördüğü hizmetlerin, İstanbul ve Kocaeli'nde Büyükşehir Belediyelerince, diğer illerde ise il özel idarelerince yerine getirilmesinin öngörülmesi ve taşra teşkilatı ile birlikte il özel idarelerine devrinden sonra, daha önce çalışan il özel idaresi işçilerinin inşaat işinin büro hizmetlerini yürüttükleri anlaşılmıştır. Bu nedenle kararın bozularak ortadan kaldırılması ve davanın reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir."; Yarg. 9. HD., 24.01.2012, 511/1601; Aynı yönde bkz., Yarg., 9. HD., 24.01.2012, 441/1602, Başterzi, 196.

işçilerini çalıştırdıkları yer de alt işveren açısından işyeri sayılmaktadır⁸⁰. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararda bu hususu belirtmiştir. Karara göre, “*Alt işverenlerin işyeri ya da işyerleri coğrafi olarak asıl işverenin işyeri içinde yer alsın bile hukuken ayrı işyeri ya da işyerleri niteliğindedir. Alt işveren, asıl işverenden ayrı olarak işveren sıfatına sahiptir. Alt işveren işyeri ya da işyerleri için yapılacak işkolu tespitinin asıl işverenin işyeri ya da işyerlerinden bağımsız yapılması gerektiği açıktır*⁸¹.”

Yardımcı işler alt işverene verileceği gibi bizzat asıl işveren tarafından da yürütülebilir. Yardımcı iş asıl işveren tarafından yürütülüyorsa asıl işe yardımcı işler de asıl işin girdiği işkoluna girer (STİSK md.4/2). Yardımcı iş alt işverene verilmiş ise, alt işveren bağımsız bir işveren olduğu için alt işveren tarafından yürütülen işin niteliğine göre işkolu tespiti yapılır⁸². Örneğin, bir demir

⁸⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 599; Tuncay/Savaş Kutsal, 46; Şahlanan, Karar İncelemesi, s. 2-7; Baycık, s. 244.

⁸¹ Yarg. 9. HD., 13.02.2014, 2014/2891 E., 2014/4472, Çalışma ve Toplum, 2014/2, S. 41, s. 329-332; Aynı yönde karar için bkz. Yarg. 9. HD., 26.04.2011, 2011/15435 E., 2011/12313 K., Çalışma ve Toplum, 2011/4.

⁸² Kutal, İşkolu, s. 122; Doğan, s. 136, Günay, s. 130; Yuvalı/Güleşi, s. 77; Yarg. 9. HD., 13.02.2014, 2014/2891 E., 2014/4472K., “Yerel Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, dosyaya ibraz edilen teknik şartnamede İstanbul Eyüp Devlet Hastanesi’nde 49 işçinin veri hazırlama işletmeni, 11 kişinin karşılama yönlendirme ve danışma elemanı olarak istihdam edileceği, yapılacak işlerin niteliği ve işin yapıldığı yer itibarıyla iş kolu tespitinde asıl ölçütün o iş yerinde görülmekte olan işlerin niteliği olduğu, davacı şirkete ait işçilerin yaptığı görevlerin asıl işe yardımcı işlerden olduğu 2821 sayılı Yasanın 60. maddesi uyarınca bir iş yerinde yürütülen asıl işe yardımcı işlerde asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılmasının gerekeceği, asıl işin yapıldığı yerde sağlık hizmetinin verildiği, hastanenin çeşitli birimlerinde görev yapan kişilerin değişik şirketler üzerinde hastanede aynı işi uzun süredir yapmakta oldukları, hastanede işyerinde talimat verme yetkisi ve yönetim hakkının hastanede olduğu, aralarında asıl iş veren alt iş veren ilişkisinin bulunduğu, davacı şirketin işçilerinin hastanenin tedavi yapılan servis ve poliklinikleri dahil olmak üzere bir çok bölümünde hasta bakım ve tedavi sürecinde istihdam edildiği, hastanenin servis ve poliklinikleri arasında hasta transferi, ameliyathane, film ve röntgen vb. yerlere hastanın götürülmesi, hastanın hazırlanması, tıbbi araç ve gereç temini, hasta kabul kayıtlarının yapılması, tahlil numunelerinin takip işi ile ilgilendiği, esasen bu işlerin asıl işin bir bölümünü oluşturduğu, bilgisayara hasta kaydının yapılması hastaların şahsi verilerinin girilmesi, muhafazası gibi işlerinde asıl sağlık işinin bir parçası olduğu bu nedenle klasik anlamda yemek, güvenlik ve temizlik gibi yardımcı işler gibi değerlendirilemeyeceği, bu gibi işlemlerde talimat verme ve denetim yetkisinin tamamen hastanenin yetkisinde bulunduğu, bu nedenle davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca yapılan sağlık iş kolu tespitinin yerinde olduğu gerekçesiyle davacının iş kolu tespitinin iptaline yönelik davasının reddine karar verilmiştir. Yargıtay’a göre, alt işverenlerin işyeri ya da işyerleri coğrafi olarak asıl işverenin işyeri içinde yer alsın bile hukuken ayrı işyeri ya da işyerleri niteliğindedir. Alt işveren, asıl işverenden ayrı olarak işveren sıfatına sahiptir. Alt işveren işyeri ya da işyerleri için yapılacak işkolu tespitinin asıl işverenin işyeri ya da işyerlerinden bağımsız yapılması gerektiği açıktır. Mahkemece yetersiz bilirkişi raporuna göre davacı şirketin hizmet alım sözleşmeleri kapsamında işyerlerinde yaptığı tüm işlerin sağlık işkoluna giren işlere yardımcı iş olarak kabul edilip davanın reddedilmesi hatalıdır.

Davacı şirketin ihaleyle iş aldığı hastanelerde çalıştırdığı işçilerin hangi adla çalıştırılırsa çalıştırılsın doğrudan sağlık işkoluna giren işleri yaptıkları da iddia edilmektedir. Bu sebeple işçilerin fiilen yaptıkları işin belirlenmesi noktasında,

çelik fabrikasında işçilerin yemeklerinin yapım işi alt işverene verilmiş ise, asıl işverenin işi metal işkoluna, alt işverenin işi ise gıda sanayi işkoluna girmektedir. Yemek işi alt işverene verilmeyip bizzat fabrika sahibi tarafından yürütülürse bu işi yapan işçi metal işkolundaki sendikaya üye olmalıdır. Çünkü işveren tarafından yürütülen asıl iş metal işkolundadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre, "İşkolunun tespiti davalarında her işverenin, bağımsız işyeri olarak kabul edilip o işyerinde yapılan işlerin niteliği itibarıyla işkolunun tespiti gerekir. Alt işverenin işkolunun tespiti asıl işverenin yaptığı işe göre belirlenmez. Alt işverenin işkolunun tespiti asıl işverenden ayrı olarak yapılmalıdır. Alt işverene ait işyerinde yapılan işlerin, asıl işverene ait işyerinde yapılan işlere yardımcı iş olarak değerlendirilmesi de doğru olmaz. 2821 Sayılı Kanun'un 60/2 maddesinde öngörülen ve "bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de asıl işin dâhil olduğu işkolundan sayılır" kuralı, bir işyeri sınırları ve organizasyonu içerisinde yürütülen işler için önem taşır⁸³."

Asıl işverenin işkolunun tespiti ve alt işverenin işkolunun tespitinin birbirinden ayrı olmasının doğal bir sonucu olarak, asıl işverenin işyerini kapsayacak bir toplu iş sözleşmesinde, yetki işlemleri yapılırken sadece asıl işverenin işçileri dikkate alınacak ve Yargıtay'ın da yerleşik içtihadında belirttiği asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işverenin işçileri yararlanamayacaktır⁸⁴.

Alt işveren işkolunun tespiti için Bakanlığa başvurmuşsa ve alt işveren işçilerinin muvazaa iddiası varsa bu iddia iş mahkemesinde dava konusu edilmelidir. Muvazaa varsa alt işveren işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçisi sayılacağı için asıl işverenin işyerinin girdiği işkolundaki sendikaya üye olabilirler ve asıl işverenin yaptığı toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Bakanlık zaman zaman alt işverene ait işkolunun tespitine ilişkin kararlarında yargının görevini üstlenip muvazaa tespitine varmakta ve bunun sonucunda da asıl işin bir bölümünden iş alan alt işverenin işçilerini asıl işverenin işçisi saymakta ve buna göre işkolunun tespiti yapmaktadır⁸⁵. Oysa Bakanlığın işkolunun tespiti yapar-

uyuşmazlık konusu işkollarında yapılan işler bakımından uzman bilirkişilerle işyerlerinde keşif yapılmalı ve bilirkişilerden rapor alınmalıdır.

Ağırlıklı iş belirlenirken de işçilerin hangi işleri yaptıkları, birden fazla iş yapıyorsa işçilere göre istatistiksel verilerin nasıl olduğu, bir işçi birden fazla iş yapıyorsa ayrı ayrı zamanının ne kadarını söz konusu işlere ayırdığı, yaptığı işler bakımından eğitim almasının gerekip gerekmediği, gerekiyorsa bu eğitimin verilip verilmediği, hizmet alım sözleşmeleri kapsamında çalışan alt işveren işçilerinin üstlenilen işleri yapmak için yeterli olup olmadıkları gibi kriterler dikkate alınmalıdır." Çalışma ve Toplum, 2014/2, S. 41, s. 329-332.

⁸³ Yarg. 9. HD. 05.07.2012, 2012/18727 E., 2012/26716 K., <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 22.10.2015).

⁸⁴ Yarg. 9. HD., 11. 05.1998, 1998/5822 E., 1998/8740 K., Yarg. HD., 11.12.2001, 2001/14868 E., 2001/19188 K., <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 22.10.2015).

⁸⁵ 2006/36 nolu İşkolunun Tespit Kararı, bkz. RG., 16.06.2006, S., 26200, "Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Güney Ege Linyitleri İşletmesi Müessesesi Müdürlüğü'ne bağlı Yeniköy İşletmesi Müdürlüğünde Bakanlığımızca yapılan incelemede; Müdürlüğün ana statüsünde sayılan amaç ve faaliyet konuları doğrultusunda açık kömür ocaklarında linyit kömürü üretiminin yapıldığı, Sekköy açık ocaklarda kömürün çıkarılması ve işlenmesi aşamalarında Dekapaj, Patlatma ve Delme İşi, Kriblaj tesisleri çalıştırılması ve Kömür Taşıma işlerinin asıl iş, ısı merkezlerinin çalıştırılması, Müesseseye ait hafif araçların ve iş makinelerinin tamir bakım işinin asıl işlerinin yardımcı işlerden olduğu ve bu işlerin müessesenin işçileri tarafından yapıldığı, Yeniköy İşletme Müdürlüğü

ken asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa olup olmadığını inceleme yetkisi yoktur. Böyle bir durumda Bakanlık Kanun ile kendisine verilen yetkinin sınırlarını aşmaktadır⁸⁶.

IV. İŞKOLUNUN BELİRLENME USULÜ

İşyerinin girdiği işkolunun tespiti TİSK'nın 5. maddesi gereğince Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na aittir. 2821 sayılı Kanun döneminde de işkolu tespiti Bakanlık tarafından yapılmaktaydı. Bu durum ILO tarafından eleştiri konusu olmuştur. Öğretide işkolu tespitinin Bakanlık yerine üçlü yapılanma modelinden oluşan bağımsız bir kurul tarafından yapılması ve böylece işkolu tespitinin yürütme organının yetkisinden çıkarılmasının daha yerinde olacağı belirtilmiştir⁸⁷. Başka bir görüşe göre ise, önemli olan denetimin kim tarafından yapıldığı değil, nasıl yapıldığıdır. Bu nedenle de üçlü yapılanma modeli esas alınarak oluşturulacak kurulun kararlarının Bakanlık tarafından verilen kararlardan daha objektif olup olmayacağı ayrı bir tartışma konusudur. Üçlü yapılanma modelinde bir kurul oluşturulmak isteniyorsa ILO'nun Sendika Özgürlüğü Komitesi raporlarında belirtilen hususların da dikkate alınması gerekmektedir⁸⁸.

Önemle belirtmek gerekir ki, işkolu tespiti her durumda Bakanlık tarafından yapılmak zorunda değildir. İşyerinin girdiği işkolu, İşkolları Yönetmeliği'ne ekli liste dikkate alınarak rahatlıkla belirlenebiliyorsa ve tespit yapılmamasında herhangi bir uyumsuzluk yoksa, Bakanlıktan işkolu tespiti yapılmasının talep edilmesi gerekli değildir. Söz konusu Bakanlık tespiti, genellikle bu konuda ihtilaf olduğu durumlarda⁸⁹ veya Bakanlığın resen⁹⁰ işkolu tespiti yapması durumunda söz konusu olur.

İkizköy Ocağı A2 Panosu Dekapaj işinin Özerdemler Maden San. Tic. A.Ş.'ye, Hüsamlar A3 Panosunda tüvenan kömür kazı, yükleme, stok yerlerine taşıma ve kömür içerisindeki ara kesmelerin ayrılarak döküm harmanına taşınması işinin Çiftay İnşaat Tic. A.Ş.'ye, Üretim faaliyetlerinin takibi ve kontrolü, saha içi insan ve malzeme taşımıcılığı için araç kiralama işinin, Ekol Turizm Taş. Otom. Temizlik Tic. San. Ltd.Şti., Ünal GÜLTEN ve Mustafa AKAR'a ihale ile verildiği ve 4857 sayılı Yasanın 2 nci maddesine göre, bu işlerde çalıştırılan işçilerin asıl işverenin işçileri sayılması ve yapılan işlerin asıl işin girdiği işkoluna dâhil edilmesi gerektiği, ayrıca TKİ Genel Müdürlüğü ile Aydın Madencilik San. Tic. Ltd. Şti. arasında akdedilen rödovans sözleşmesi ile İR-3801 ruhsat nolu Alatepe alanı içerisinde mevki ve sınırları belirtilen sahada arama, işletme ve maden varlıklarının değerlendirilmesi işinin yapıldığı ve şirket tarafından yapılan işin niteliği itibarıyla "İşkolları Tüzüğü" nün 02 sıra numaralı "Madencilik", işkoluna girmektedir." Aynı yönde başka bir işkolu tespiti kararı için bkz. RG., 12.07.2006, S., 26226, 2006/50 nolu İşkolu kararı.

⁸⁶ Centel, Tankut, "Alt İşverenlere Ait İşkolu Tespitleri", TİSK Akademi, C. I, S. 2, s. 11; Doğan, s. 136.

⁸⁷ Kutal, Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, s. 400-401; Şahlanan, Akademik Forum Tartışmaları, s. 439.

⁸⁸ Sur, Akademik Forum Tartışmaları, 405.

⁸⁹ Tuncay/Savaş Kutsal, 45.

⁹⁰ Esener/Gümrükçüoğlu Bozkurt, s. 93, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 597; Aksi yönde bkz. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 30; Doğan Yenisey, İşkolu, s. 61; Şen, s. 176; Yayvak, s. 73-74.

V. İŞKOLU TESPİTİNE İTİRAZ

İşyerinin girdiği işkolunun tespitinde anlaşmazlık ortaya çıkması durumunda ilgililer tespitin Bakanlık tarafından yapılmasını talep ederler. Bakanlığın yaptığı tespit Resmi Gazete’de yayınlanır.

Bakanlık tarafından yapılan işkolu tespit kararının Resmi Gazete’de yayınlanmasından itibaren ilgililer 15 gün içinde yapılan tespite itiraz etmek için dava açabilirler (STİSK md. 5/1). Kanunda öngörülen bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir⁹¹. İlgililerden anlaşılması gereken işkolu tespitinde yararı olan kişiler ve sendikalar⁹². Maddede davanın hangi mahkemede açılacağı belirtilmemiştir. Ancak Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 79. maddesinde Kanunun uygulanmasından doğan uyumsuzlukların iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görüleceği belirtilmiştir. Bu nedenle işkolu tespitine itiraz davasında da görevli mahkeme iş mahkemesi, yetkili mahkeme de işyerinin bulunduğu yer mahkemesidir⁹³. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi hâlinde Yargıtay uyumsuzluğu iki ay içinde kesin olarak karara bağlar (STİSK md. 5/1).

⁹¹ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 31; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 97; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 45; Günay, s. 133; Yayvak, s. 87; Yarg. 9. HD. 14.07.2010, 2010/25648 E., 2010/24131 K.; “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan tespit ile ilgili kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasına müteakip bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede onbeş gün içinde dava açabileceği belirtilmiştir. Belirtilen süre hak düşürücüdür.” Çalışma ve Toplum, 2011/3, S. 30, s. 487; aynı yönde karar için bkz. Yarg. 9. HD. 26.04.2011, 2011/15435 E., 2011/12313 K., Çalışma ve Toplum, 2011/4, S. 31, s. 228.

⁹² Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 53; Narmanlıoğlu, s. 85; Sur, s. 86; Doğan, s. 135; Günay, s. 132; Yuvalı/Güleşi, s. 74; Yarg. 9. HD. 13.02.2014, 2014/2951 E., 2014/4473 K., “Dava işkolu tespitine itiraz davası olup tespiti yapılan iş kolunda yer alan sendikaların dava sonucundan etkilenecek olmaları sebebiyle davaya dâhil edilmesi gereklidir. Mahkemece tespit kararından etkilenecek işyerlerinin örgütlenmiş veya işkolu tespit kararında işyerinin girdiği işkolu olarak gösterilen sendikaların davaya dâhil edilerek göstereceği deliller ve karşı deliller toplanıp birlikte bir değerlendirme yapılmalıdır. Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Çalışma ve Toplum, 2014/2, S. 41, s. 33-34.

⁹³ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 53; Şen, s. 177; Yarg. 22. HD., 27.01.2014, 2014/1643 E., 2014/957 K., “İnceleme konusu davada, davalı Kontrol Bilgi Sistemleri Nakliye San. Tic. Ltd. Şti. Salihli, Aydın ve İzmir’de bulunan hastanelerde hizmet alımı yoluyla faaliyet yürütmekte ise de, iş organizasyonu kapsamında, işyeri merkezinin İzmir’de bulunduğu anlaşılmaktadır. Şu halde, uyumsuzluk konusu olayda İzmir İş Mahkemesi’nin kesin yetkili olduğu anlaşıldığından, mahkemece, kesin yetki sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Çalışma ve Toplum, 2014/3, S. 42, s.490-492; Yarg. 9. HD., 10.07.2014, 2014/19901 E., 2014/24440 K., “Davacı şirkete ait Ankara’daki şubenin asıl (İstanbul’daki) işyerinden ayrı ve bağımsız mal ve hizmet üretimi yapmadığı, tamamen asıl işyerine ve ürünlerine bağlı faaliyette bulunduğu, aynı ve tek yönetim altında örgütlenen yerlerden olduğu, bu nedenle İş Kanununun 2. maddesinin iki ve üçüncü fıkrasına göre asıl işyerine bağlı yerlerden sayılması gerektiği, davacı A... Et ve Et Mamülleri San ve Tic AŞ.’nin Sanayi Cad. No: 16 Şeyhli -Pendik/İstanbul adresinde faaliyet gösterdiği, 6356 sayılı Sendika Kanunu gereğince işkolu tespitine itiraz davaların tespitine konu işyerinin bulunduğu mahalli mahkemede açılması gerektiği, somut olayda şirket merkezinin bulunduğu İstanbul Anadolu İş Mahkemesi’nin davaya bakmaya yetkili olduğundan yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.” <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 26.10.2015).

İşkoluna itiraz davasında davalı genellikle Bakanlıktır. Ancak, Bakanlık- la birlikte dava sonucunda hakları etkilenecek olan işverenin varsa işveren sendikasının, ayrıca dava konusu işyerinde örgütlenme çalışması içinde olan işçi sendikalarının davaya dâhil edilmeleri gerekir⁹⁴. Bu husus Yargıtay kararlarında da belirtilmiştir⁹⁵.

Bakanlık tarafından herhangi bir işkolu tespiti yapılmadan doğrudan adli yargıya başvurarak işkolu tespiti istenemez. İşkolu tespitine itiraz davası için önkoşul Bakanlık tarafından yapılmış olan tespit bulunmasıdır. Bu durum Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda da belirtilmiştir. Karara göre, *“Davacı sendika tarafından, 04.10.2012 tarihinde dava konusu işletmeye ilişkin yeniden işkolu tespit işlemi yapılması talep olunmuş, Bakanlık tarafından 16.10.2012 tarihli yazı ile yargı kararıyla kesinleşmiş işkolu tespiti bulunması ve yapılacak işlem bulunmadığının bildirilmesi üzerine işkolu tespit kararı verilmesi gerektiğinin tespiti istemli eldeki dava açılmıştır. Mevcut durumda, dava konusu edilebilecek, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından usulüne uygun olarak yapılmış bir işkolu tespit işlemi ve Resmi Gazete’de yayımlanan bir işkolu tespit kararı bulunmamaktadır. Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, Bakanlık tarafından usulünce alınmış bir işkolu tespit kararı ve bu kararın Resmi Gazete’de yayımlanması, işkolu tespitine itiraz davası açılabilmesinin ön şartı olduğu gibi, işkolu tespiti görev yetkisinin münhasıran Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında olduğu dikkate alındığında, adli yargıda işkolu tespit kararı verilmesi gerektiğinin tespiti istemli dava açılmayacağı da tartışmasızdır⁹⁶.”*

Mahkeme Bakanlık tarafından verilen işkolu tespit kararını iptal ettikten sonra, dava konusu işyerinin girdiği işkolunu gerekçesiyle birlikte tespit edip bu durumu kararında belirtmelidir⁹⁷. Mahkeme tarafından işkolu tespiti yapıldıktan sonra işyerinde görülen işin başka bir işkoluna girmesini gerektiren yeni bir iş söz konusu olursa yeniden işkolu tespiti için Bakanlığa başvurmak gerekir⁹⁸.

⁹⁴ Sur, s. 87; Doğan Yensiey, İşkolu, s. 64; Günay, s. 137; Doğan, s. 133.

⁹⁵ Yarg. 22 HD., 09.04.2013, 2013/4712 E., 2013/7590 K., *“Dava işkolu tespitine itiraz davası olup tespiti yapılan iş kolunda yer alan sendikaların ve işverenin, dava sonucundan etkilenecek olmaları sebebiyle davaya dâhil edilmesi gereklidir. Mahkemece tespit kararından etkilenecek işyerlerinde örgütlenmiş veya işkolu tespit kararında işyerinin girdiği işkolu olarak gösterilen işkolunda faaliyet gösteren sendikaların davaya dâhil edilerek göstereceği deliller ve karşı deliller toplanıp birlikte bir değerlendirme yapılmalıdır. Bunun yapılmayarak davanın sadece bakanlığa ve işverene karşı görülmesi hatalıdır.”* <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf#>, (ET., 29.10.2015).

⁹⁶ Yarg. 22 HD. 15.09.2014, 2014/20883 E., 2014/23770 K., Çalışma ve Toplum, 2015/4, S. 47, s. 606-609.

⁹⁷ Şahlanan, Sendikalar Hukuku, s. 31; Şahlanan, Karar İncelemesi, s. 5; Sur, s. 87; Doğan Yenisey, İşkolu, s. 64; Günay, s. 133; Şen, s. 177; Bedük, s. 7; Yayvak, s. 88; Yarg. 9. HD., 11.03.1987, E.1987/2597, K.1987/2807; *“İşkolu tespitine itiraz davası bir tespit davası niteliğindedir ve yargılama sonucu davanın kabulüne karar verildiğinde, mahkemenin kararı işkolu tespit kararı yerine geçer”, Çimento İşveren, Mayıs 1987, s. 35.*

⁹⁸ Şen, s. 176; Yarg. 9. HD. 06.02.1993, 1993/16091 E., 1993/17873 K., İşveren, Mart 1994, s. 18.

SONUÇ

6356 sayılı Kanun, 2821 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeleri temel olarak korumakla birlikte, 2821 sayılı Kanun dönemindeki aksaklıkları gidermeye yönelik bazı düzenlemeler içermektedir. 2821 sayılı Kanunda meslek ve işyeri esasına göre işçi sendikası kurulamayacağı açıkça yasaklanmıştır (SK md. 3/3). 6356 sayılı Kanunda ise bu yönde yasaklayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla günümüzde bu tür sendikaların kurulabileceğinin kabulü gerekmektedir. Ayrıca Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nu güçlü sendikacılığın oluşması için daha önce 28 olan işkolları sayısını 20'ye indirmiştir.

6356 sayılı Kanunda işkollarının yönetmelikle düzenleneceğini belirtmiştir. Oysa 2821 sayılı Kanun döneminde bu konu tüzükle belirlenmekteydi. İşkollarının yönetmelikle belirlenmesine ilişkin düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. İşçilerin sendikal örgütlenmelerine ilişkin önemli bir konunun Bakanlığın tekelinde olması birçok sıkıntıya neden olabilir.

Toplu iş hukukuna ilişkin birçok hükmün uygulanmasında işkolunun tespiti çok önemlidir. Bir işyerinin işkolunun tespiti yanlış yapıldığında bazı işçilerin sendikaya üye olması, toplu iş sözleşmesinden yararlanması engellenmiş olabilir. İşkolunun tespiti yapılırken de işyerinde yürütülen asıl iş dikkate alınır. Bu nedenle de önce işyerinin sınırlarının doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekir. İşkolu tespiti yapılırken bir birimin işyerine bağlı yer olarak kabul edilmesi için toplu iş sözleşmesi sisteminin temel değerlerinden hareket edilmelidir. Çünkü sendikal örgütlenmenin temel amaçlarından biri de günlük çalışma koşulları ve iş hayatında maruz kaldıkları riskler açısından birbirleriyle menfaat birliği bulunan işçiler arasında dayanışma sağlanmasıdır.

Birden fazla teknik amacın bulunduğu işyerlerinde asıl işin belirlenmesi uygulamada bazen sıkıntılara neden olmaktadır. Bu nedene mahkeme tarafından işyerinde keşif yapılarak öğretinin ve Yargıtay'ın kararları göz önünde bulundurulurken asıl iş tespit edilmelidir.

KAYNAKÇA

Akın, Levent, "İşkolu Tespitinde İşkolu ve İşletme", Çimento İşveren Sendikası, C. 27, S. 1, Ocak 2013, s. 42-48.

Aydınlı, İbrahim, "Yargıtay'ın İl Özel İdarelerine İlişkin Verdiği "Parçalı İşkolu" Tespiti ve Uygulamasına İlişkin Bozma Kararlarının Kamu Kurumlarında Meydana Getirdiği ve/veya Getirebileceği Vahim Sonuçların Düşündürdükleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 23, Eylül 2011, s. 164-183, (Parçalı İşkolu).

Aydınlı, İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Demiryol- İş Eğitim Yayınları, Ankara 2001, (İşyeri).

Başterzi, Süleyman, "Toplu İş Hukuku Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2014, s. 179-345.

Baycık, Gaye, "6356 Sayılı Kanunun Uygulanması Bakımından Sendikal Örgütlenme Düzeyi ve İşkolunun Belirlenmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 5, S. 2, s. 209-258.

Bedük, M. Nusret, “İşkolu Tespiti Konusunda Yargıtay Kararlarının Yol Açtığı Usul Sorunu ve Çözümü (İş Özel İdaresi Genel Sekreterlikleri Hakkında Verilen Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.1, s. 1-30.

Canbolat, Talat, 6356 Sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Centel, Tankut, “Alt İşverenlere Ait İşkolu Tespitleri”, TİSK Akademi, C. I, S. 2, s. 7-12.

Çelik, Nuri, “Karar İncelemesi-Toplu İş Sözleşmesinin Yetkisinin Tespitinde Asıl İş-Yardımcı İş Ayırımına Göre İki Ayrı İşyerinin Tek İşyeri Sayılması”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 119-127.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nursen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 28. Bası Beta Yayınları, İstanbul 2015.

Doğan, İlhan, “Toplu İş Hukukumuzda İşkolu Tespiti Üzerine”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 6, Haziran 2007, s. 129-141.

Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal Yayınevi, İstanbul 2007, (İşyeri ve İşletme).

Doğan Yenisey, Kübra, “Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi”, Çalışma ve Toplum, S. 39, 2013/4, s. 43-68, (İşkolu).

Ekonomi, Münir, “İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma ve İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesi”, İş Hukuku Dergisi, C.1, S. 1, Ocak-Mart 1991, s. 31-49.

Esener, Turhan/Gümrükçüoğlu Bozkurt, Yeliz, Sendika Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Eyrenci, Öner, Sendikalar Hukuku, Banka ve Sigorta İşçileri Yayınları, İstanbul 1984.

Gülmez, Mesut, “Ulusalüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu: Çelişen İki Yargıtay Kararı”, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3, S. 38, s.13-55.

Günay, İlhan Cevdet, “İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespiti”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 10, Haziran 2008, s. 126-137.

Güzel, Ali, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, s. 83-127.

Kızıoğlu, Hakkı, “Bir İşyerinin Girdiği İşkolunun Tespitinde İşyerinde Faaliyet Hangi Amacı Taşıyorsa Asıl İş Odur. Alt İşverenin İşkolu Tespiti Asıl İşverenden Ayrı Olarak Yapılmalıdır.”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012, s. 170-179.

Kutal, Metin, “Türk Toplu İş Hukukunda İşkolu Kavramı (Önemi, Uygulanması ve Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, s. 118-125, (İşkolu).

Kutal, Metin, “Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme” (31.01.2012 Tarihli Kanun Tasarısı)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, s.159-177, (Toplu İş Hukuku).

Kutal, Metin, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Yorumu”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş. s. 400-404, (Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi).

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, Beta Yayınları, İzmir 2013.

Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Süral, A. Nurhan, “Güçlü Sendikacılığın Sağlanmasında İşkolu Sendikacılığı”, Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 3, S. 4, s. 45-80.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

Şahlanan, Fevzi, Sendikalar Hukuku, Banksis Yayınları, İstanbul 1995, (Sendikalar Hukuku).

Şahlanan, Fevzi, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 13-50, (Sendikalara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi).

Şahlanan, Fevzi, “İşkolu Tespitinde Alt İşverenin İşyeri”, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, S. 379, Kasım 2011, s. 1-7, (Karar İncelemesi).

Şahlanan, Fevzi, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2013, S. 4, s.111-144 (6356 Sayılı Kanun).

Şahlanan, Fevzi, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, s. 366-399.

Şahlanan, Fevzi, 6356 Sayılı Kanuna Göre Yetki Prosedürü ve Toplu İş Sözleşmesinin Yapılması, Geçiş Hükümleri, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bilgilendirme Semineri, 14.02.2013, İzmir, Ankara TİSK Yayını, s.49-61.

Şahlanan, Fevzi, “Toplu İş Sözleşmesi Yapma Yetkisi Açısından İşyeri ve İşletme Kavramları”, Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk 61, Temmuz 2011, S. 376, s. 2-8.

Şahlanan, Fevzi, “İşletme İtirazının Yetki Davasında Bekletici Mesele Yapılması”, Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk 89, Eylül 2014, S. 404, s. 2-8.

Şen, Murat, “Yargıtay’ın İki Farklı İçtihadı Çerçevesinde İl Özel İdaresi İşyerlerinin Dahil Olduğu İşkolu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, s. 174-191.

Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal, Burcu, Toplu İş Hukuku, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

Yayvak, İrem, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na Göre İşkolu Esasına Göre Sendikalaşma”, Legal-İSGHD, C. 11, S. 42, s. 41-95.

Yıldız, Gaye Burcu, “Toplu İş Hukuku Açısından İdare Merkezi ile Fabrika İşyeri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, s. 135-140.

Yuvalı, Ertuğrul/Güleşçi, Yusuf, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Bakımından İşkolu Kavramı”, Legal-İSGHD, C.10, S. 38, s. 59-81.

KAMU OTORİTESİNİN TOPLU PAZARLIK SÜRECİNE MÜDAHALESİ

Prof. Dr. A. Can Tuncay*
Araş. Gör. Şebnem Kılıç**

GİRİŞ

İş Hukukunun özelliği, sosyal taraflara (işçi ve işverenlere) kendilerine uygulanacak kuralların oluşmasına katılım sağlama imkânı tanımış olmasıdır. Çalışma ilişkilerini düzenleme imkânı sadece devlete bırakılmamış; sosyal taraflara da belli ölçülerde norm koyma serbestisi tanınmıştır. İşçi ve işveren taraflarının katılımı ile sosyal diyalogun oluşturulması ancak sosyal özerklik, yönetime katılma ve üçlü yapılanma ile mümkün olabilmektedir¹.

Sosyal özerklik ile taraflara, kendilerine uygulanacak kuralların toplu iş sözleşmesi yoluyla düzenlenmesinde bir özerklik alanı tanınmaktadır. Esasında sosyal özerklik, toplu iş sözleşmesi özerkliği de kapsayan ve 'kendi kendini yönetim' olarak adlandırılan daha geniş bir özerklik kavramını ifade etmektedir. Hukukumuz açısından ise Anayasa md. 53'e göre, «*İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.*». Görüldüğü gibi Anayasa'da sosyal özerklik veya toplu iş sözleşmesi özerkliği ifadeleri açıkça yer almamaktadır. Bununla birlikte Türk Hukuku açısından da toplu iş sözleşmesi özerkliğinin anayasal düzeyde tanındığı öğretide kabul edilmektedir². Kamu otoritesi, bu özerkliğe aykırı düşmemek kaydıyla toplu pazarlık sisteminin ve toplu iş sözleşmelerinin hukuki sınırlarını belirleyen yasal düzenlemeler yapabilir. Kamu otoritesinin serbest toplu pazarlık sürecine bu sınırı aşan müdahaleleri ILO tarafından sıklıkla eleştiri konusu olmaktadır.

Üçlü yapılanma ise sosyal tarafların resmi karar alma mekanizmalarına katılımının bir görünümüdür. İşçi ve işveren kuruluşları ulusal düzeyde bir katılım sağlayarak ve devlet veya hükümet temsilcilerinin yanında yer alarak çalışma yaşamının düzenlenmesinde rol oynamak üzere üçlü temsile dayalı kurullarda yer alabilmektedir. Türk Hukukunda Ekonomik ve Sosyal Konsey ile Üçlü Danışma Kurulu gibi 'işişari' kurullar aracılığıyla kamu otoritesinin yönetimindeki resmi karar alma mekanizmaları da sosyal tarafların görüş ve düşüncelerine açık hale gelmiştir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Profesörü.

** Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma Görevlisi.

¹ S. Süzek, İş Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2014, 42.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s. 4 vd.; D. Ulucan, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği, İstanbul 1981, s. 69 vd.; N. Çelik/N. Caniklioğlu/T. Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul 2014, s. 557 vd. Karş. M. Sur, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara 1991, s. 75.

Yönetime katılma ise bireysel işçileri olduğu kadar sosyal taraflar olan işçi ve işveren sendikalarını da ilgilendirmektedir. Bununla beraber bu mekanizma kamu otoritesinin sendikal hayata müdahale alanı dışında kaldığı için bu makale kapsamında incelenmeyecektir.

I. Kamu Otoritesi Kavramı

Bilindiği gibi devlet, kamu gücünü kullanarak tek yanlı iradesi ile hukuki sonuç yaratma ve gereğinde zor kullanarak almış olduğu kararları re'sen uygulama yetkisine sahip olduğu için özel kişilerin sahip olmadığı bazı kamu gücü ayrıcalıklarına sahiptir³. Bir başka deyişle, kamu makamlarının haiz olduğu kamu kudreti (veya kamu gücü ayrıcalığı) idari karar alma süreçlerinde tek yanlı karar alabilme ve bu kararı uygulayabilme gücünü ifade etmektedir⁴. Dolayısıyla kamu makamı, açıkladığı tek yanlı iradesiyle özel kişiler hakkında onların rızası hilafına hukuki işlemler tesis edebilmekte veya kendi aldığı kararları yine kendisi cebren (zor yoluyla) icra edebilmektedir⁵. Sahip olduğu bu ayrıcalıklı konum nedeniyle, sosyal tarafların özerk düzenleme alanına kamu makamlarının müdahalesinin sınırları belirlenmiş olmalıdır.

Belirlenmiş sınırları içinde kamu otoritesi, kamu adına otorite kurma hakkında sahip olup düzenleyici, belirleyici ve denetleyici rollere sahip olabilmektedir. Kamu otoritesi bir anlamıyla da devlet ve onun yönetim organları anlamına gelmektedir. Toplu pazarlık sürecine ilişkin uluslararası düzenlemelerde yer alan «*public authority*» (kamu otoritesi) kavramı üzerinde ise özellikle durmakta yarar vardır. 87 sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin ILO Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 2. fıkrası, çalışanların ve işverenlerin örgütlerinin kendi tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenleme hakkına ilişkin olarak «*Kamu otoritesinin bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahale-den sakınması*» gerekliliğini öngörmekte; ancak söz konusu kavramı açıklamamaktadır. Keza 151 sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin ILO Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarında da söz konusu kavram doğrudan tanımlanmamış, dolaylı olarak açıklanmıştır⁶. Buna göre «kamu otoritesi (kamu makamları) tarafından oluşturulmuş olan her türlü kurum veya kuruluşlarca sunulan hizmetler, kamu hizmeti (görevi) olarak anlaşılmalıdır»⁷. Böylece Sözleşmede kamu hizmeti tanımlanmış, kamu görevlilerinin örgütlerinin kamu makamlarından bağımsızlığı üzerinde durulmuş; ancak kamu hizmeti gören bu kurum ve kuruluşları oluşturan kamu makamlarının kimler olduğu sorusuna cevap verilmemiştir.

Görüldüğü üzere ILO sözleşmelerinde kamu otoritesi kavramının açıkça tanımı yapılmamış, bununla birlikte ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi tarafından örgütlenme özgürlüğü ve sosyal tarafların özerkliği ile ilgili kararlarında sık sık kamu otoritesi kavramı dile getirilmiş ve kamu otoritesinin sınırlarının

³ Ş. Gözübüyük/T. Tan, İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Ankara 2013, s. 5; C. Erkut, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, İstanbul 2004, s. 47.

⁴ Erkut, s. 37; K. Gözler/G. Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 16. Bası, Bursa 2015, s. 50.

⁵ Gözler/Kaplan, s. 52.

⁶ B. Gernigon/A. Odero/H. Guido, Collective Bargaining, ILO Standards and Principles of the Supervisory Bodies, International Labour Office Publications, Geneva 2000, s. 50.

⁷ ILO Conference, Record of Proceedings, 1978, Report of the Committee on the Public Service, p. 25/3, para. 23.

çizilmesi yoluna gidilmiştir. 2006 yılında yayımlanan Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi İlke ve Kararları Raporu'na göre, ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'nin sendikaların tüzüklerini düzenlerken kamu otoritesinin ön iznine tabi olmaması (Parag. 371, 373), sendikaların üst düzey örgütlerle ilişkilerine kamu otoritesince saygı gösterilmesi (Parag. 386), kamu otoritesinin sendikaların iç işlerine, yönetimlerine, mali durumlarına müdahale etmemesi (Parag. 454, 461, 472, 487, 490), yasal grev ve toplu eylemlere engel olmaması (Parag. 640, 648), sendikaların idari makamlarca feshedilmemesi (Parag. 683 vd.) konularına ilişkin görüşleri bu sınırlamalara örnek gösterilebilir⁸. Bu kararlarda Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'nin, kamu otoritesi kavramını idari makam ve yasa organı anlamında kullandığı görülmektedir.

II. Sosyal Diyalog-Kamu Otoritesi İlişkisi

Çalışma ilişkilerinin doğasında yer alan tarafların karşılıklı çıkar çatışmalarını dengeleyerek işbirliğinin geliştirilmesi amacıyla ortaya çıkan mekanizmalardan biri olan sosyal diyalog, işçi ve işveren taraflarının yanı sıra kimi zaman siyasi iktidarların da yer aldığı kurumsallaşmış ilişkileri ifade etmektedir⁹. ILO ve AB normlarıyla desteklenen sosyal diyalog açısından kamu otoritesinin süreçte doğrudan etkisi pek görülmemekle beraber dolaylı etkileri söz konusu olabilmektedir. Aslına bakılırsa demokrasinin ve sendikal özgürlüklerin tam olarak uygulanmadığı ülkelerde sosyal diyalog mekanizmaları içinde kamu otoritesinin rolünün arttığı görülmektedir.

AB düzeyinde Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın (2009 Lizbon) 151 ve 152. maddelerinde sosyal diyaloga yer verilmektedir¹⁰. Açık düzenleme olmasa da ILO sözleşmeleri ve 163 sayılı Tavsiye Kararı ile çeşitli AB düzenlemelerinde de sık sık sosyal diyalog fikrine yer verilmektedir. Bunlara göre, sosyal diyalog sadece güçlü taraflar arasında mümkündür¹¹. Dolayısıyla öncelikli olarak en güçlü temsile dayanan bağımsız işçi ve işveren kuruluşları sosyal diyalog içerisinde yer almalıdır. AB İlerleme Raporlarında da belirtildiği üzere, üçlü diyalog mekanizmalarının yanı sıra sadece sosyal tarafları içeren ikili diyalog mekanizmaları da geliştirilmelidir¹². Türkiye tarafından onaylanmış olan 98 sayılı ILO Sözleşmesi'nin madde 4 hükmü de ikili sosyal diyalogu desteklemektedir: «*Çalışma şartlarını kolektif sözleşmelerle düzenlemek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında gönüllü müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde ulusal şartlara uygun tedbirler alınacaktır.*». Buna göre kamu otoriteleri sosyal diyaloga doğrudan katılmasalar bile «ulusal şartlara uygun tedbirler» kriteri altında düzenleyici rolleri gereği kamu makamları ile sosyal diyalog kavramı arasında dolaylı olarak da olsa

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, International Labour Office Publications (Fifth-revised Edition), Geneva 2006.

⁹ M. Engin, İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, İstanbul 2012, s. 5 vd.; C. Tuncay, Uluslararası Çalışma Normlarının Geliştirilmesinde Sosyal Diyalogun Rolü, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s. 90 vd.

¹⁰ Sosyal diyaloga üstü kapalı olarak verilen AB düzenlemelerinin geçmişi için bkz. P. Humblet, Social Dialogue and Fundamental Rights, the Essence of Social Dialogue in (South East) Europe, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s. 1.

¹¹ Humblet, s. 3.

¹² Engin, s. 127 vd.

ilişki kurulabilmektedir¹³. Son olarak belirtmek gerekir ki, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'na¹⁴ taraf bir ÷lke olarak da Türkiye'nin, Şart'ın 22. maddesi uyarınca önerilen sosyal diyalog mekanizmalarını iç hukuka aktarma yükümlülüğü vardır¹⁵.

Ulusal hukukumuz açısından ise işçi ve işveren örgütleri ile hükümet arasında kurulan üçlü kurumsal yapılar sosyal diyalog örnekleridir. Kamu otoritesi, sosyal diyalog mekanizmalarından olan Asgari Ücret Tespit Komisyonu, Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliğı Konseyi, Çalışma Meclisi, Ekonomik ve Sosyal Konsey ve Üçlü Danışma Kurulu gibi farklı organlarda temsil edilmektedir. Bununla beraber kamu otoritesinin müdahalesi asıl olarak sendikalar hukukunda, toplu iş görüşmeleri ve uyuşmazlıklarında önem kazanmaktadır. Aşağıda sırasıyla bu hususlara değinilecektir.

III. Uluslararası Düzenlemelerde

Yukarıda da belirtildiğı üzere ILO düzenlemelerinde ve komite raporlarında sosyal diyalogun yanı sıra sosyal tarafların bağımsızlığına da özel önem verilmekte, ilgili sözleşmelerde sendika ve üst kuruluşların bağımsızlığına, diğer bir ifadeyle bunların kamu otoritesinden bağımsız olmalarının gerekliliğine işaret edilmektedir. Örneğın, 87 sayılı ILO Sözleşmesinin md. 3/2 düzenlemesi uyarınca kamu otoritesinin, sendikal örgütlenme hakkının yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınması gerektiğı kabul edilmiştir. Keza 1951 tarih ve 91 sayılı Toplu Sözleşmelere Tavsiye Kararında teşmile ilişkin olarak, 1960 tarihli ve 113 sayılı (Sinai ve Ulusal Düzeyde) İstişare Tavsiye Kararında tarafları uzlaştırma mekanizmalarına ilişkin olarak ve 1981 tarih ve 163 sayılı Toplu Uyuşmazlıklara İlişkin Tavsiye Kararında anlamlı toplu görüşmeler için gereken araçlara ilişkin olarak yapılan ILO yorumlarında kamu otoritesinin rolünün ve sınırlarının genel çerçevesi çizilmiştir. Bunlara yeri geldikçe değinilecektir. Aşağıda ise karşılaştırmalı hukukta çeşitli ÷lke örneklerinde kamu otoritesinin toplu pazarlık sürecine müdahalesi incelenecek, daha sonra Türkiye'deki sistem üzerinde durulacaktır.

A. Ülke Örnekleri

1. Almanya

Almanya'da sendikalar, devlet organlarından bağımsız olarak görevlerini yerine getirmektedir. Nitekim tüzüklerinde de bu husus belirtilmiştir¹⁶. Çalışanların % 25'inin sendikalı olduğı Almanya'da sosyal taraflar çalışma koşullarının düzenlenmesinde önemli role sahiptir. İşçiler gibi birçok işveren de sendikaya üyedir. Sendikalar ayrıca önemli toplumsal işlevlere sahip olup toplu sözleşme imzalamanın yanı sıra sosyal uzlaşmayı da destekler ve geliştirirler¹⁷.

¹³ 2002/14 sayılı İşçilerin Bilgilendirilmesi ve İşçilere Danışılmasında Genel Çerçevenin Kurulmasına İlişkin AB Yönergesi'nin 1. maddesine göre, bilgi edinme ve danışma yöntemleri ulusal mevzuat ve sosyal taraflar arasındaki uygulamalar çerçevesinde bu yönergenin etkinliğini sağlayacak şekilde hayata geçirilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Engin, s. 19-25.

¹⁴ Şart'ın onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı için: RG. 9.4.2007, No. 26488.

¹⁵ Engin, s. 129 vd.

¹⁶ M. Löwisch, Arbeitsrecht, 8. Aufl., Köln 2007, Nr. 185.

¹⁷ U. Wendeling-Schröder/Jens M. Schubert, German Report, the Essence of Social Dialogue in (South East) Europe, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s. 123 (123-155):

Alman Hukuku'nda toplu pazarlıkların yapısı incelendiğinde, Alman Toplu Sözleşme Kanunu'nda (*Tarifvertragsgesetz*) sadece toplu görüşmelerin sonuçlarının düzenlendiği görülmektedir. Diğer hususlar, yargı içtihatlarına ve sendika özgürlüğüne ilişkin Anayasa'nın 9. maddesinin 3. fıkrası hükmüne dayanılarak düzenlenmektedir¹⁸. Alman Hukuku'nda diğer ülkelerin aksine, ILO sözleşmeleri belirleyici bir role sahip değildir. Zira bu sözleşmelerin uygulandığı alanların zaten Anayasanın güvencesi altında olduğu ve normlar hiyerarşi uyarınca uluslararası sözleşmelerin Anayasanın altında yer aldığı kabul edilmektedir¹⁹. Dolayısıyla hukuki düzenlemelerin çerçevesi daha çok Federal İş Mahkemesi Büyük Dairesinin vermiş olduğu iki karar ile Federal İş Mahkemesinin yüzden fazla kararı ile şekillenmiştir²⁰.

Bu ülkenin endüstri ilişkilerinde esas itibarıyla işkolu sendikacılığı egemendir. Ancak bazı önemli meslek sendikaları da bulunmaktadır. Uçuş personelinin, tren makinistlerinin, doktorların üye olduğu sendikalar meslek sendikacılığına örnektir. Toplu sözleşmeler ise genelde işkolu düzeyinde yapılmaktadır, dolayısıyla meslek değil endüstri (iş) kolu belirleyici olur. Diğer taraftan son yıllarda endüstriyel ilişkilerde büyük ölçekli işkolu sendikalarından ziyade, giderek daha etkin bir biçimde söz konusu küçük boyutlu meslek sendikaları öne çıkmaktadır²¹.

İşkolu sendikaları Alman İşçi Sendikaları Birliği (DGB) çatısı altında toplanmaktadır. DGB, üyesi olan işkolu sendikalarını desteklemekle beraber üye sendikalar bağımsız hareket eder. Üst örgütler, diğer bir ifadeyle işçi ve işveren kuruluşlarının çatı örgütlenmeleri toplu sözleşme imzalama konusunda yetkilidir. En önemli işçi sendikaları DGB şemsiyesi altındaki sendikalardır. Bu organizasyon çatısı altında birçok işkolu sendikası bulunduğu gibi DGB üyesi olmayan DAG (Alman Ücretli Çalışanlar Sendikası) ile DGB üyesi dört işkolu sendikasının birleşerek 2001 yılında kurduğu, kamu ve özel sektörde hizmet işkolunda örgütlü Ver.di sendikası da yer almaktadır. Ver.di sendikasının halihazırda 2 milyon üzerine üyesi bulunmaktadır. Ver.di sendikasının kendi içinde otonomisi bulunmakla beraber Almanya'da sendikaların geleneksel olarak tüzel kişiliği bulunmamaktadır²².

Sendikalar, çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları iyileştirme amacı taşıyorsa, örgütlenme süreklilik arz ediyorsa, siyasi partilerden ve kiliselerden bağımsızsa, endüstriye yayılmışsa ve son olarak demokratik bir yapıya, toplu sözleşme imzalama iradesi ve gücüne sahipse toplu görüşme yürütebilir ve hatta greve gidebilirler²³.

Almanya'da sendika üyesi olmayan işverenler de toplu iş sözleşmesi tarafları olabilir. Bunlarla yapılan toplu sözleşmelere işyeri-şirket toplu iş sözleşmesi (*Firmentarifvertrag*) denir. Bunun dışında işyeri konseyleri de işverenle çalışma anlaşmaları imzalayabilir. Bunlar toplu iş sözleşmelerinden farklı hukuki

Almanya'da da sendikaya üye işçi sayıları son yıllarda düşüşe geçmiştir. Bununla birlikte sosyal uzlaşma anlayışı temel olarak korunabilmiştir.

¹⁸ W. Däubler, Avrupa Topluluğu Hukuku ve Ulusal Toplu Sözleşme Sistemleri, çev. A. Hekimler, Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile AB Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, İstanbul 2010, s. 32.

¹⁹ Wendeling-Schröder/Schubert, s. 124.

²⁰ Däubler, s. 33.

²¹ Däubler, s. 44.

²² Wendeling-Schröder/Schubert, s. 124.

²³ Wendeling-Schröder/Schubert, s. 126.

temellere dayanırlar ve farklı şekillerde yapılırlar. Toplu Sözleşme Kanunu (TVG) ile 2001 yılında kapsamlı bir değişim geçiren İşyeri Teşkilat Kanunu (BetrVG) arasında, dolayısıyla toplu sözleşmeler ile çalışma anlaşmaları arasında da katı bir hiyerarşi vardır. İşyeri konseyi seçildiğinde ve çalışma anlaşması imzalandığında bu işyerindeki herkese uygulanır; ancak bu oluşum örgütlenme özgürlüğüne dayanmaz ve işyeri konseyleri greve gidemez. Toplu iş sözleşmeleri genelde işkolu düzeyinde yapıldığı için toplu iş sözleşmesi içinde tekil olarak işletmelerin özelliğinin dikkate alınması mümkün olmamaktadır. Toplu iş sözleşmesi içindeki açılım kayıtları (*Öffnungsklauseln*)²⁴ aracılığı ile çalışma anlaşmalarında özel düzenlemeler getirilmesi kabul edilmekte, sorun böylece aşılmalıdır²⁵.

Bazı toplu iş sözleşmelerinin uygulama alanı ise teşmil mekanizmasıyla genişleyebilmektedir²⁶. Alman Hukukunda teşmil bir toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin o toplu iş sözleşmesinin kapsama alanı içinde çalışan ve fakat toplu iş sözleşmesi ile bağı olmayan işçi ve işverenlere kamu otoritesinin kararıyla uygulanması demektir²⁷. Böylece bir toplu iş sözleşmesi ile bağı olmayan, işveren ve işçiler korunur ve bu sayede ekonomik konjonktürün göz ardı edilmesi ve işverenlerin sendikası işçi çalıştırması önlenmiş olur. Hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte Alman Federal İş Mahkemesinin (BAG) 1990 yılında verdiği bir karara göre teşmil çift karakterli (yani hem idari işlem, hem sözleşme) bir hukuki işlemdir. Teşmile federal ya da eyalet Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlıkları karar verir. Ancak Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı kendiliğinden teşmil kararı alamaz. Bunun için sosyal taraflardan birinin talebi gerekir. Teşmil kararı verilebilmesi için teşmil edilecek toplu iş sözleşmesinin ilgili işkolunda en az % 50 oranında sendikası işçiye uygulanıyor olması ve teşmilde kamu yararı bulunması aranır. Ayrıca ülkedeki en üst işçi ve işveren kuruluşlarının eşit sayıda temsilcisinden oluşan kurulun da olumlu görüşü alınmalıdır. Teşmil çalışma ilişkilerinde kamu otoritesinin etkin olarak rol aldığı en önemli alandır. Böyle bir durumda belli bir toplu sözleşmesinin kapsamına giren, fakat sendikaya üye olmayan tüm işçi ve işverenlere teşmil edilen toplu iş sözleşmesi uygulanır (TVG par. 5).

Anayasaya dayanan toplu sözleşme özerkliği, sosyal tarafların devletten bağımsız olarak çalışma koşullarını aralarında görüşmeler yoluyla serbestçe belirleyebilme yetkisini ifade eder. Elbette bu değerlendirme devletin işveren olarak toplu görüşmelere dahil olmadığı durumlar için söz konusudur. Kamu otoritesinin işveren durumunda olduğu hallerde ise kamu otoritesi herhangi bir işveren gibi işlem görür.

Sosyal diyalog açısından ise kural olarak sürecin bir tarafında işveren veya işveren sendikası, diğer tarafında işçi sendikası yer alır. Toplu iş sözleşmesinin genelleştirilmesi -teşmili- uygulaması dışında (TVG par. 5) kamu otoritesi bir aktör olarak sosyal diyalogda yer almaz. Dolayısıyla sosyal diyalogun üçlü değil, ikili bir yapısı vardır, devlet ancak ikincil rol oynar²⁸. Kamu otoritesinin sosyal diyalogdaki rolüne ilişkin bir diğer küçük istisna Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığında tutulan özel sicile toplu iş sözleşmelerinin tescil edilmesi

²⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 190.

²⁵ Wendeling-Schröder/Schubert, s. 137.

²⁶ Wendeling-Schröder/Schubert, s. 127.

²⁷ Brox/Rüthers/Hennsler, Arbeitsrecht, 18. Aufl., Stuttgart 2011, Nr. 714-715; Löwisch, Nr. 275.

²⁸ Wendeling-Schröder/Schubert, s. 136.

gereğidir (TVG par. 6). Denilebilir ki, Almanya'da toplu iş ilişkilerini sosyal taraflar, kendi aralarında kendi kendini yönetim (*Selbtsverwaltung*) ilkesi çerçevesinde düzenlerler. Bununla beraber Çalışma İttifakı diye çevrilebilecek *Bündnis für Arbeit*, bir dönem kamu otoritesinin başkanlık ettiği işçi ve işveren sendikaları arasındaki sosyal diyalog türlerinden biriydi. Böylece sosyal taraflar istihdam piyasası içinde, personel sayılarının düşürülmesini önleme amacıyla bir çerçeve oluşturmaya çalışırdı. Federal hükümet bir hakem gibi davranarak politik bir etkiye sahipse de asla sözleşmenin tarafı haline gelmemekteydi. Kamu otoritesinin müdahalesini öngören söz konusu uygulama artık yürürlükte değildir²⁹.

Almanya'da toplu iş uyuşmazlıkları grev ve lokavt dışında uzlaştırma yoluyla da çözümlenmektedir. Uzlaştırmaya toplu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların barışçıl yolla çözümlenmesi için gidilir. Uzlaştırma resmi ya da gönüllü usulle olur³⁰. Resmi uzlaşma federal devlet düzeyinde bir anlaşmadır. Bunun için bir uzlaşma komitesi kurulur, komitede bir başkan ve her iki taraftan beşer kişi anlaşmazlık konularını görüşür ve bir uzlaşma tutanağı düzenlenir. Anlaşma bağlayıcı sayılmaz. Bağlayıcı olması için bunu her iki tarafın da kabul etmesi gerekir. Bu halde ortaya çıkan anlaşma toplu iş sözleşmesi hükmündedir³¹. Komite başkanları genelde o alanda uzmanlaşmış emekli politikacılar ya da hâkimlerdir. Resmi uzlaşma sadece işkolu düzeyindeki uyuşmazlıklarda devreye girer ve belli sınırları vardır. Resmi uzlaşmaya bazı istisnai hallerde gitme zorunluluğu bulunmaktadır³².

Gönüllü uzlaştırmaya ise işyeri düzeyinde gidilir ve rızaidir. Dolayısıyla tarafların kabulüne bağlıdır. Uzlaştırma kurulunda işveren ve işçiler eşit sayıda temsil edilirler. Başkan, bağımsız bir kişi olarak taraflarca seçilir ve kurul üç kişiden oluşur. Çözüme ilişkin ortaya çıkan karar yine de bağlayıcı değildir. Bağlayıcı olabilmesi için tarafların ya işin başında ya da karar alındıktan sonra bunun bağlayıcı olması hususunda anlaşmaları gerekir. Ancak bu takdirde ortaya çıkan karar toplu iş sözleşmesi hükmünde olur³³.

Son olarak Alman Hukukunda devletin, yasa koyucu olarak da sosyal taraflara müdahale sonucu doğuracak hükümler getirmemesi gerektiği kabul edilmektedir³⁴.

2. Belçika

1830 yılında Hollanda'dan ayrılarak bağımsız olan Belçika çevre, ekonomi, istihdam gibi bazı konularda politika belirleme yetkisini haiz üç adet bölgeden oluşmuş federal bir devlettir³⁵ ve Avrupa Birliği üyesidir. Belçika'da ILO sözleşmeleri ve AB müktesebatı uyarınca sosyal diyalog teşvik edilmektedir. Devlet ise sosyal tarafları diyaloga teşvik edecek hukuki altyapıyı kurmakla yükümlü sayılmaktadır³⁶. Bununla beraber devlet sosyal diyalogun ikili yapısı-

²⁹ Wendeling-Schröder/Schubert, s. 133.

³⁰ Löwisch, Nr. 318 vd.

³¹ Wendeling-Schröder/Schubert, s. 151; Löwisch, Nr. 323.

³² Löwisch, Nr. 332.

³³ Löwisch, Nr. 329.

³⁴ Däubler, s. 33.

³⁵ V. Jadoul, Labour Law and Social Partnership under Pressure, Belgian Case, Labour Law: Its Role, Trends and Potential, Labour Education No. 143-144, ILO Geneva 2006, s. 55.

³⁶ M. Rigaux/J. Rombouts, Belgian Report, the Essence of Social Dialogue in (South East) Europe, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s. 22. Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Hend-

na saygı göstermekte, toplu iş ilişkilerinin seyrini yakından takip etmekle beraber kural olarak sürece müdahale etmemektedir. Belçika'nın endüstri ilişkilerinin karakteristik özelliği kurumsal olarak üçlü temsile dayalı kuruluşları olmamasıdır. İkili temsile dayanan ve 1952'de kurulan Ulusal İş Konseyi (*National Labour Council*) ile ülkenin ekonomik hayatına ilişkin genel istişari organ olma görevini yürüten Merkezi Ekonomi Konseyi'nde (*Central Economic Council*) hükümet temsilcilerine yer verilmemiştir. Her iki konseye de bağımsız kişiler başkanlık etmektedir³⁷. Kanun ve yönetmelik tasarılarında Ulusal İş Konseyi'nin (*National Labour Council*) görüşleri alınmalıdır; ancak Belçika'da, devlet ile söz konusu ikili temsile dayalı kuruluşlar arasında öngörülen zorunlu görüş alışverişinin dışında resmi olarak üçlü temsile dayalı bir kurum bulunmamaktadır³⁸.

Bununla birlikte Belçika'da üçlü sosyal diyaloga hiç yer verilmediği söylenemez. Sosyal diyalog dolaylı olarak da olsa kamuyu kapsayacak şekilde genişlemiştir. Bazı konular sosyal tarafların düzenleme alanı dışında kaldığı için sosyal taraflar ve hükümet arasında işbirliği önem kazanmaktadır. Yine de bu işbirliği resmi olmayıp genelde federal düzeyde yürütülür³⁹. Keza bölgelerdeki ya da belediyelerdeki yerel otoriteler de sosyal diyalog çerçevesinde resmi bir rol oynamazlar⁴⁰.

Bunun önemli bir istisnası, belli bir ücret politikası yürüten devletin sosyal tarafların ücrete ilişkin görüşmelerine müdahale etmesidir. 1996 yılında kabul edilen *Act on Promotion of Employment and Maintaining Competiveness* düzenlemesine göre Belçika'da ulusal düzeyde belirlenmiş ücret politikasıyla göreceli olarak katı bir ücretlendirme politikası izlenmekte, sosyal taraflar ulusal seviyede standart ücret belirlemektedir. Böylece iki yıl için bir ücret aralığı belirlenmiş olur. Tarafların ücrete ilişkin bir standart belirleyememeleri halinde ise hükümet düzenleyici işlemlerle bir standart belirleme yetkisine sahiptir⁴¹.

Belirtildiği gibi, iki yıl için belirlenen ücretlere ilişkin standardın belirlenmesinde taraflar uzlaşmazsa hükümetin müdahale ederek uzlaşma için bir öneri sunma imkanı bulunmaktadır. Uzlaşma sağlanamazsa hükümet iki yıl için ücret artışlarının sınırını belirler ve konuya ilişkin tamamlayıcı düzenlemeler yapabilir⁴². Dolayısıyla şayet taraflar anlaşırsa süreç iki taraflı kalmaya devam eder; ancak işçi ve işveren örgütleri anlaşamazsa ancak bu halde süreç üç taraflı hale gelebilmektedir.

Bunun dışında da işçi-işveren grupları ve kamu otoritesi arasında üçlü toplantılar yapılabilmektedir. Gayriresmi olmakla beraber kamuoyunda etkileri olan bu organizasyonlar son zamanlarda Ulusal İstihdam Konferansı (*National*

rickx, Belçika'da Toplu Sözleşme Sistemi, çev. Duygu Doğan, Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile AB Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, İstanbul 2010, s. 83 vd.

³⁷ Konseyin başkanı ve sekreteri bağımsız kişiler olmakla beraber hükümet tarafından atanırlar. Konsey'in bütçesini hükümet sağlar, ancak bütçenin sorumluluğu Konsey'e bırakılmış olup özerkliği korunmuştur: Rigaux/Rombouts, s. 32.

³⁸ Rigaux/Rombouts, s. 26.

³⁹ İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku federal makamların yetki alanına girmektedir: Rigaux/Rombouts, s. 26.

⁴⁰ Rigaux/Rombouts, s. 23.

⁴¹ Rigaux/Rombouts, s. 23. Söz konusu düzenlemenin ILO'nun tarafından serbest ücret pazarlığına ilişkin hükümleri ile her zaman uyumadığı yönünde: aynı yer.

⁴² Rigaux/Rombouts, s. 25.

Employment Conference) olarak adlandırılmaktadır. Sadece ücret ve ücret ekleri açısından değil, sosyal ve ekonomik politikalar da üçlü temsile ve uzlaşmaya dayalı görüşmelerin konusu olabilmektedir. Örneğin mali politikalar, sosyal güvenlik ve sağlık politikası, tüketicilerin korunması gibi konular toplantıların gündemine alınabilmektedir. Bununla birlikte bu toplantılarda icra edilebilir ve hukuken bağlayıcı anlaşmalara ulaşılmaya çalışılmaz⁴³. Sosyal taraflar 'genel sosyal politikalar anlaşması' (*general social policy agreement*) adı altında bir anlaşma imzalayabilir. Söz konusu anlaşma toplu sözleşme niteliği taşımamakta, daha çok gelecek iki yıl için sosyal ve ekonomik politikalara ilişkin bir uzlaşma niteliği taşımaktadır. Hukuken bağlayıcı olmasa da uzlaşmanın tarafı olan hükümet açısından politik bir etkiye sahip olduğu, siyaseten bağlayıcı olduğu söylenebilir. Bu nedenle bu anlaşmaların önemi hukuki olarak değil, daha çok politik olarak ölçülmelidir⁴⁴.

Belçika Hukukunda sektör düzeyinde bir toplu sözleşmenin teşmili ise ancak sektörel ortak komitenin talebi üzerine çıkarılan Kraliyet Kararnamesi (*Royal Decree*) ile söz konusu olabilmektedir⁴⁵.

Görülüyor ki, bu ülkede kamu otoritesinin toplu pazarlık sürecine olan müdahalesi asgari düzeyde olup sosyal diyalog kural olarak kamu otoritesinden bağımsız olarak yürütülmektedir.

3. İsveç

İsveç, çalışma hayatında «iş piyasasının özgür çalışması» nosyonu çerçevesinde kamu otoritesine (idarenin ve yasamanın) toplu iş ilişkilerine müdahale imkanı tanınmasını asgari düzeyde benimsemiş olan bir ülkedir⁴⁶. Bu nedenle İsveç'te çalışma ilişkileri kanunlardan çok, toplu iş sözleşmeleri aracılığıyla düzenlenmektedir. *Case law* yani emsal yargı kararlarına göre uyumsuzlukların çözümü sistemi de bu ülkenin çalışma hayatında önemli yer tutmaktadır. Bu sistemde endüstriyel eylemlere (grev, lokavt vs.) sıkça başvuruluyor ise de sosyal diyalog hemen her zaman ön plana çıkmaktadır. Düzenli ve barışçıl toplantı ve görüşmeler yoluyla sosyal tarafların uyumsuzlukları çözümlenmeye çalışmaları esasına dayalı bu sistem «İsveç modeli» olarak anılmaktadır. Bu modelde sosyal tarafların özerk ve sorumlu oldukları bilinci belirleyici olmaktadır⁴⁷. İsveç İş Hukukunun ilkeleri yıllardan beri sosyal taraflar tarafından belirlenmiş olup yürürlükteki yasalar yerleşmiş olan uygulamanın kağıda dökülmüş olan halini ifade etmektedir. Denebilir ki, sendikalar endüstriyel demokrasinin, emek piyasasının ve emek piyasasına katılımın düzenleyicisi olarak adeta norm koyucularına dönüşmüştür.

İsveç'te genel bir İş Kanunu mevcut olmayıp dağınık halde çalışma hayatını düzenleyen özel kanunlar bulunmaktadır. Endüstriyel ilişkiler ve toplu pazarlık konuları bugün dahi 1976 tarihli Birlikte Yönetim (ya da Yönetime Katılma) Kanunu (*CoDetermination Act*) ile düzenlenmiştir. İsveç'te çalışanların % 40'ı kamu, % 60'ı özel sektörde çalışmakta olup sendika özgürlüğünü, toplu görüşmeleri, toplu iş sözleşmelerini ve arabuluculuğu düzenleyen Birlikte Yö-

⁴³ Rigaux/Rombouts, s. 27.

⁴⁴ Rigaux/Rombouts, s. 26.

⁴⁵ Jadoul, s. 59.

⁴⁶ R. Fahlbeck, *Labour and Employment Law in Sweden*, Lund 1997, s. 13.

⁴⁷ A. Numhauser-Henning, *Labour Law, Swedish Law in the New Millennium*, Norstedts Juridik, Stockholm 2000, s. 343 vd.

netim Kanunu ayırım gözetmeksizin her iki sektördeki toplu iş ilişkilerine uygulanmaktadır. TİS kapsamındaki işçi oranı kamu sektöründe % 100, özel sektörde % 83'tür (toplamda % 88) ⁴⁸.

Sendika temsilcilerine ilişkin konular ise 1974 tarihli Kanun ile düzenlenmiş durumdadır. Bireysel İş Hukuku, 1982 tarihli Çalışmayı Koruma Kanunu (*Employment Protection Act*) ile düzenlenmişse de bu kanun iş sözleşmesini, işçi ve işverenlerin hak ve borçlarını, ücret vesair konuları düzenleyen bir kanun olmayıp iş sözleşmelerin türleri ve sözleşmelerin feshi ve yeniden işe alım usullerini düzenlemektedir.

İsveç % 85 civarında çok yüksek bir sendikalaşma oranına sahip olup hem mavi hem beyaz yakalı, hem özel sektörde hem kamu sektöründe çalışan işçiler arasında sendikalaşma yoğundur. Bu sendikalaşma oranı yüksekliğine rağmen sosyal taraflar düzenli ve barışçıl görüşmeler yoluyla uyuşmazlıkları çözümlenmeye çalışırlar. Esasında İsveç modelinin özelliği de budur⁴⁹. Bu nedenle devletin toplu iş ilişkilerine müdahalesi asgari düzeydedir. Bununla beraber bu sistemde de Ulusal Uzlaştırma Komisyonu isminde (*National Mediation Office*) bir kamu kurumu yer almaktadır. Ancak söz konusu kamu otoritesinin toplu iş uyuşmazlıklarında uzlaştırma ve ücrete ilişkin kamu istatistikleri yayınlamak dışında bir görevi bulunmamaktadır. Ayrıca bir grev veya lokavta gitmeden önce buna başvuracak tarafın en az 7 işgünü önceden Ulusal Uzlaştırma Bürosuna başvurup uzlaştırma sürecini başlatma veya arabulucu atanmasını isteme zorunluluğu vardır. Arabulucunun görevi tarafları anlaştırmaya çalışmak olmakla beraber karar empoze etme, grev veya lokavtı erteleme gibi bir hakkı yoktur⁵⁰.

Toplu iş sözleşmeleri süreci oldukça merkezi olup genelde işkolu düzeyinde olmakla beraber mesleki, ulusal, bölgesel düzeyde de olabilmektedir⁵¹. İşçiler ve işverenler arasında karşılıklı anlayış ve güven, işbirliği ve işçilerin sendikalaşma hakkına saygı İsveç endüstriyel ilişkiler sisteminin karakteristik özelliğidir⁵². 1976 Birlikte Yönetim Kanunu gibi 1906 tarihli işçi ve işverenler arasındaki uzlaşmayı vurgulayan Endüstriyel Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu da (*Act on Mediation in Industrial Disputes*), İsveç endüstriyel ilişkiler sisteminin bugün dahi yürürlükte olan temel yasalarındandır.

İşçi ve işverenler ister özel sektör ister kamu sektörü olsun tam bir sendika özgürlüğüne sahiptir⁵³. Tüm işçi sendikaları isterse işyerinde bir üyesi olsun toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. Ancak hiçbir taraf diğerini bu konuda zorlayamaz. Toplu iş sözleşmesi yapmak da isteğe bağlıdır⁵⁴. İsveç'te toplu iş sözleşmesi tarafı olan sendikalar ilke olarak üye olsunlar olmasınlar tüm işçilerin temsilcileridir⁵⁵. Toplu iş sözleşmesi yapabilmek için çoğunluk

⁴⁸ Sweden Industrial Relations: <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/sweden/sweden-industrial-relations-profile>. Erişim tarihi: 30.04.2015.

⁴⁹ Numhauser-Henning, s. 345.

⁵⁰ Numhauser-Henning, s. 352.

⁵¹ Fahlbeck, s. 9. Bununla beraber önce tarafları gönüllü ertelemeye teşvik etme, olmadığı takdirde 14 günle sınırlı olmak üzere grevi erteleme imkanı bulunmaktadır: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/43-5.pdf>. Erişim tarihi: 30.04.2015.

⁵² Fahlbeck, s. 10.

⁵³ Fahlbeck, s. 19.

⁵⁴ Fahlbeck, s. 23.

⁵⁵ Fahlbeck, s. 15.

şartına ve yetki belgesine gerek yoktur. Bu husus aslında tüm Nordik ülkeler için geçerlidir⁵⁶.

İsveç toplu iş hukukunun karakteristik özelliklerinden bir diğeri de si-lahların (yani grev ve lokavtın) eşitliğidir. Biri diğerinin üstünde bir hak değildir. Gerekirse saldırı lokavtı da yapılabilmektedir⁵⁷. İsveç'te sınırlı birkaç alan dışında grev yasağı yoktur. Grev ve lokavt, çok önemli hak ve yararları (kamu yararını) tehdit etmedikçe durdurulamaz. Devlet buna karışamaz. Bu ancak bir kanun hükmüyle mümkün olabilir. Örneğin, 1990'da tüm bankacılık sektöründe haftalar boyunca önce grev, sonra lokavt uygulanmış; ancak kamu otoritesi bu sürece müdahale etmemiştir. Tüm ülkede ancak nakit *-cash-* işlemler yapılabilmiş, bankalardan para çekme imkânı durmuş, satış yerleri bankalar kapalı olduğundan nakit muhafazası zorluğunu dikkate alarak gönüllü olarak şahsi çek kabul etmişlerdir. Bu süre zarfında idarenin tüm yapabildiği tarafları ikna yoluyla uzlaştırmaya çalışmak olmuştur⁵⁸.

İsveç'te zorunlu tahkim mekanizması da bulunmamaktadır. Uzlaştırma ve arabulucu ayırımı bulunmayan bu ülkede sadece grev ve lokavta gitmeden önce arabuluculuk (uzlaştırma) aşamasından geçilmesi zorunludur. Arabulucunun, tarafları kararları kabul etmeye zorlama, grev ve lokavtı erteleme veya yasak kılma gibi yetkileri bulunmamaktadır⁵⁹.

İsveç Hukukunda kamu otoritesinin kararı ile TİS'nin teşmili mekanizması da yer almamaktadır. Bununla beraber gönüllü teşmil mekanizması mevcuttur. Buna göre TİS kapsamındaki işçi sayısı gerçekte % 86 iken, gönüllü teşmil mekanizması yoluyla bu sayı % 88'i bulmaktadır⁶⁰.

Görüldüğü üzere İsveç Hukuku'nda toplu pazarlık sürecine kamu otoritesinin müdahalesi geleneksel olarak çok sınırlıdır. Zira uzlaştırma kültürünün yerleştiği diğer Nordik ülkelerle kıyaslandığında dahi, İsveç, kamu otoritesinden bağımsız olan uzlaştırma kurumlarının en uzun geçmişe sahip olduğu ülkedir.

4. Avustralya

Avustralya'da 1996 yılına kadar hukuki çerçeve sendikaları kapsamlı bir şekilde desteklemekte, onlar aracılığıyla bazı hak ve menfaatler elde edilmesine imkân vermektedir. Örgütlenme özgürlüğü açısından sendikalara, üyelerinin hak ve menfaatlerini korumak ve güçlendirmek imkânı sağlandığı gibi, kamu otoritelerinden bağımsız olarak örgütlenme ve faaliyette bulunma güvencesi de tanınmıştı⁶¹. Ancak söz konusu hukuki çerçeveye rağmen kamu otoritesinin bir biçimde sürece müdahalesi söz konusu olabilmekte, bu müdahale genelde bir sendikanın yapısını yasa dışı sayma ya da belli bir yapıyı teşvik etme şeklinde ortaya çıkmaktaydı⁶².

Endüstri ilişkileri açısından ilk olarak 1904 yılında Commonwealth Uzlaştırma ve Tahkim Kanunu uyarınca Avustralya sınırlarını aşan bir düzenleme

⁵⁶ Fahlbeck, s. 21.

⁵⁷ Fahlbeck, s. 27, 31.

⁵⁸ Fahlbeck, s. 32.

⁵⁹ Fahlbeck, s. 34.

⁶⁰ Sweden Industrial Relations: <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/sweden/sweden-industrial-relations-profile>. Erişim tarihi: 30.04.2015.

⁶¹ M. Bromberg, Trade Unions and the Law on Australia Overview, Labour Law: Its Role, Trends and Potential, Labour Education No. 143-144, ILO Geneva 2006, s. 63.

⁶² Bromberg, s. 63.

aracılığıyla Commonwealth ülkelerinde zorunlu uzlaştırma ve tahkim kurumu kabul edilmiřtir⁶³. Tahkim veya uzlaştırma kararları veren federal mahkeme (günümüzde ulusal iş uyuşmazlıklarını çözen bağımsız bir kurum olan Avustralya Endüstri İlişkileri Komisyonu adını almıştır) endüstri ilişkilerindeki uyuşmazlıkları çözümler ve verdiği kararlar tarafları bağlayıcı olup bu kararlara karşı grev veya lokavt yolu kapalıdır⁶⁴. Bu sistemin en önemli özelliklerinden biri, işçi ve işveren kuruluşları için kayıt sistemi oluşturmuş olmasıdır. Ancak kayıt sistemi aracılığıyla, söz konusu kuruluşlar tüzel kişilik kazanır ve federal endüstri ilişkilerinde taraf olma imkânı elde ederler⁶⁵. Zorunlu tahkim ve arabuluculuk dayanağını Anayasadan almaktadır. Bu konuda gerekli önlemleri almak için parlamento yetkili kılınmıştır. Parlamento da bu amaçla zorunlu tahkim mekanizmasını kurmak üzere hakem mahkemelerinin (*industrial tribunals*) kurulmasını kabul etmiřtir⁶⁶.

Zorunlu tahkim mekanizmasıyla işçi sendikası, işveren veya işveren sendikası arasındaki toplu iş ilişkileri düzenlenmektedir. İşçi sendikalarının talepleri (ücret zammı, çalışma şartları vs.) işverenlerce kabul edilmezse uyuşmazlık zorunlu tahkime (*Arbitration Court*) gitmektedir. Hakem mahkemesinin kararları (*awards*) nihaidir. Bireysel uyuşmazlıklar ise mahkemelerde çözümlenmektedir⁶⁷. 1980 yılına gelinceye kadar Avustralya'da toplu pazarlık sistemi geleneksel nedenlerle hayli merkeziyetçiydi⁶⁸. Özellikle 1988'den beri bu görünüş yerini Avustralya Endüstriyel İlişkiler Komisyonunca federal düzeyde verilen asgari ücret kararlarına bırakmaya başlamıştı. 1991 ve 1992'deki tahkim mahkemesinin ücrete ilişkin kararları açıkça işletme (veya işyeri) düzeyinde toplu görüşmeler yapılmasını destekliyordu. Avustralya'da özellikle tahkim kararlarının teşmili mekanizması önem arz etmektedir⁶⁹. Zira bazı mahkeme kararları tahkim hükümlerini genel kural (*common rule*) sayabilmekte ve uygulanan hükümleri kapsama alanındaki tüm işverenlere genişletebilmektedir⁷⁰. Geçmiş 19. yüzyıldaki mücadelelere dayanarak Avustralya sisteminde ilk olarak 1980'lerden itibaren hayli yürütülen pazarlıkların sayısı azalmıř⁷¹, piyasaların esnekleşme ihtiyacı ve artan ekonomik rekabet nedeniyle var olan sistem eleştirilere maruz kalmış, bireysel sözleşme özgürlüğü ön plana çıkmış ve kolektif haklar azalmıştır. Bununla birlikte sendikaların önemi varlığını korumuřtur⁷².

⁶³ Bromberg, s. 64.

⁶⁴ Bromberg, s. 64.

⁶⁵ Bromberg, s. 65.

⁶⁶ R. Cooper/B. Ellem, *The Neoliberal State, Trade Unions and Collective Bargaining in Australia*, *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 46, September 2008, s. 534.

⁶⁷ Cooper/Ellem, s. 535.

⁶⁸ H. C. Katz, *The Decentralization of Collective Bargaining: A Literature Review and Comparative Analysis*, *Industrial and Labour Relations Review*, Vol. 47 No. 1, Cornell University, October 1993, s. 553.

⁶⁹ Federal Parlamenteoya çalışma koşullarını federal düzeyde ve etraflı olarak düzenleme yetkisi vermediği şeklinde yorumlanan Anayasal düzenlemeler nedeniyle tahkim kararları özellikle önemlidir. Zira tahkim kararlarının teşmili sadece işçiler ve onların kuruluşları açısından değil konu hakkında doğrudan düzenleme yapma imkânı olmayan veya bunu tercih etmeyen hükümetler açısından da tercih edilmektedir: F. Traxler, *Collective Bargaining: Levels and Coverage*, OECD Employment Book, Paris 1994, s. 179.

⁷⁰ Traxler, s. 178.

⁷¹ Traxler, s. 185.

⁷² Bromberg, s. 66.

1996 yılında muhafazakâr hükümet görev başına geçene kadar sistem neredeyse bozulmadan bu haliyle sürdürülmüş, ücretle ilişkin uyumsuzluklar tahkim önünde çözülmüş⁷³, komisyonun belli alanlarda verdiği ilke kararlarının belli başlı endüstri kollarına teşmili vasıtasıyla söz konusu bağımsız kurum endüstri ilişkilerinde iyileştirici bir etkiye sahip kılınmıştı⁷⁴.

1996 yılına gelindiğinde ise John Howard seçimi kazanıp başbakan olduktan sonra İş Hukuku alanında radikal değişiklikler gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Yeni sistem ülke geçmişiyle bağdaşmayacak şekilde işçi sendikası karşıtı hale gelmiş, çalışma hayatına ilişkin kurallar bu bakış açısıyla yeniden kaleme alınmıştır. Bu ülkede çalışma ilişkilerine tüm 20. yy. boyunca hakim olan tahkim, 1996'dan sonra İşyeri İlişkileri Kanunu ile yerini devlet müdahalesine bırakmıştır⁷⁵.

Diğer taraftan kollektif haklardaki geriye gidiş sürmüştür, 1996 Değişiklik Kanunu ile Avustralya Endüstri İlişkileri Komisyonu'nun yetkileri önemli ölçüde kısıtlanmış, sistem giderek merkeziliğini yitirmeye başlamış, işyeri bazında yürütülen pazarlıklarla ücretler belirlenmeye başlanmış, sendikaların dışlandığı bireysel işyeri anlaşmaları ön plana çıkmıştır⁷⁶. Söz konusu değişiklikler ILO'nun da eleştirilerine konu olmuş, düzenlemeler sendikal haklara ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin sözleşmelere aykırı bulunmuştur⁷⁷. 2005 tarihli İşyeri Seçimleri Kanunu ise sendikaların faaliyetlerini sınırlandırarak sendikal hakları sınırlamış, sendikal güvenceleri ortadan kaldırmış, böylece 1996 değişikliklerini daha da perçinlemiştir⁷⁸. Söz konusu düzenlemeye göre bağımsız kurulum zorunlu tahkim ve uzlaştırma görevi elinden alınmış, aldığı kararların kapsamı daha da daraltılmış, işyeri anlaşmalarını denetleme görevi sona erdirilmiştir. Bu da bireysel iş ilişkilerine, kollektif iş ilişkilerinden daha öncelikli bir nitelik kazandırmış ve ILO eleştirilerini beraberinde getirmiştir⁷⁹. Görülüyor ki, kamu otoritesi Avustralya'da birçok demokratik ülkeden çok daha fazla oranda toplu pazarlık sistemine müdahil hale gelmiştir.

5. Macaristan

Bu makalede, halen AB üyesi olmakla beraber geçmişte Sovyet blokuna üye bir ülke olduğu için totaliter rejimden demokratik rejime geçiş süreci yaşayan Macaristan'ı örnek ülke olarak ele alarak bu ülkenin toplu iş ilişkileri sistemine ve bu sistemde devletin müdahalesine kısaca değinmeyi yararlı gördük.

Bu ülkede sendikal hak ve özgürlükler Anayasada, Dernekler Kanununda ve İş Kanununda; grev hakkı ise ayrı bir düzenleme ile Grev Kanununda düzenlenmiş bulunmaktadır⁸⁰. 1992 tarihli İş Kanunu ILO'nun 87 ve 98 sayılı sözleşmelerindeki hükümlerin bir tekrarı ve tamamlayıcısı niteliğinde olup işveren ve işçilerin sendika ve toplu pazarlık haklarını düzenlemektedir. Ayrıca çalışan ve çalıştırılanların sendika kurma, sendikaya katılma hakları, sendikala-

⁷³ Traxler, s. 168.

⁷⁴ Bromberg, s. 65.

⁷⁵ Cooper/Ellem, s. 537 vd.

⁷⁶ Bromberg, s. 66; Traxler, s. 186.

⁷⁷ Bromberg, s. 67.

⁷⁸ Bromberg, s. 68.

⁷⁹ Gernigon/Odero/Guido, s. 67 vd.

⁸⁰ I. J. Czuglerne, Hungarian Report, The Essence of Social Dialogue in (Southern Eastern) Europe, Legal Survey, Belgian Federal Ministry of Labour, Intersentia, Antwerpen-Oxford 2006, s. 157 vd.

rın birleşmesi, bunların üst kuruluşlara katılması hususları da İş Kanunu içinde düzenlenmektedir. Sendikaların kurulması, organizasyonu, faaliyetleri, tescil ve sona ermesi konuları ise sendikaları ve işveren birliklerini «sosyal organizasyon» kabul eden Dernekler Kanunu tarafından düzenlenmiş, Avrupa Birliğine katılım süreci ile birlikte son yıllarda İş Hukuku mevzuatı topluluk müktesebatına uyumlu hale gelmiştir⁸¹.

Macaristan'da komünist dönemin sona ermesi ile birlikte o dönemin sendikaları batılı anlamda demokratik sendikalara dönüşmüş, üyeleri de yeni sendikalara devrolunmuştur. Bugün ülkede ikisi kamu sektöründe, dördü özel sektörde kurulu olmak üzere 6 işçi sendikaları konfederasyonu görev yapmaktadır. Bu ülkede işçi sendikaları işkolu düzeyinde örgütlenmiş olup bunlar birleşip federasyon, sendika ve federasyonlar da birleşip konfederasyon oluşturmaktadır⁸². 1990'da kurulan Macar İşçi Sendikaları Ulusal Konfederasyonu eski bir komünist dönem örgütlenmesi iken Ulusal İşçi Sendikaları Konseyinin şekil değiştirmiş bir uzantısı olup enerji, tarım, gıda, ulaşım, hizmet, ticaret ve kamu hizmetleri sektörlerinde örgütlenmiştir. Su, kimya, kamusal ulaşım, otel, petrol üretim ve işleme sektörlerinde örgütlenmiş olan Özerk İşçi Sendikaları Konfederasyonu 1993'te kurulmuştur. Ayrıca fikir işçilerini örgütleyen Özgür İşçi Sendikaları Demokratik Ligi değişen rejimin doğurduğu bir sendika olup 1988'de kurulmuştur. 1956 Macar Ayaklanmasının ruhuna taşıyan İşçi Konseyleri Ulusal Federasyonu 1990'da kurulmuştur. Ayrıca 1990'da kurulan İşçi Sendikaları İşbirliği Forumu ve 1989'da kurulan, genelde yüksek öğretimde çalışan fikir işçilerini örgütleyen Profesyonel Sendikalar Konfederasyonu da bulunmaktadır⁸³. Sözü geçen altı işçi konfederasyonu da Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonuna (ETUC) üyedir. Ayrıca işverenlerin de 9 adet sendikası vardır. Bunlar ulusal çapta faaliyet gösterir ve tüzel kişiliği haizdir⁸⁴.

Yasalara göre işçi sendikalarının yönetimi demokratik olmak zorundadır. Sendikalar tüzel kişiliğe sahip olup sendikaların faaliyetlerinin yasalara uygun olarak yürütülüp yürütülmedikleri savcılık tarafından denetlenmektedir⁸⁵. Yeni kurulan sendikalar komünist rejimden demokratik rejime geçişte aktif rol oynamışlardır. Düzenlemeler ve rejim değişikliği yeni olmakla beraber bazı eskiye ait kararlar yine de hukuki uyumsuzlukların çözümünde emsal teşkil etmektedir⁸⁶.

Ülkede endüstriyel uyumsuzlukların çözümünde sosyal diyalog yoluna da sıkça başvurulmaktadır. Bu amaçla üçlü temsile dayalı kurullar ve konseyler bulunmaktadır. Yürütülen toplu pazarlıklarda sosyal diyalog kanalları açık olup devlet de bir aktör olarak pazarlıklarda yer almaktadır⁸⁷. Bununla beraber hükümet işçi ve işveren taraflarından daha fazla bir yetkiye sahip değildir, sosyal diyalogda daha çok dengeleyici ve belirleyici bir rol üstlenir. Sosyal diyaloga işçi ve işveren yanında hükümet de eşit oranda temsilciyle katılmakta, bu sebeple de süreç içerisinde hükümetin pek etkin olmadığını şikâyet edilmek-

⁸¹ E. Kovacs, Macaristan'da Toplu Sözleşme Sistemi, çev. Alpay Hekimler, Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile AB Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, İstanbul 2010, s. 271, 273.

⁸² Czuglerne, s. 158.

⁸³ Czuglerne, s. 159.

⁸⁴ Czuglerne, s. 164-165.

⁸⁵ Kovacs, s. 274.

⁸⁶ Czuglerne, s. 160.

⁸⁷ Kovacs, s. 281.

tedir⁸⁸. Pazarlıklar sonuca ulaşırsa, varılan çözüm metni toplu iş sözleşmesi hükmünde sayılır.

Macaristan'da grev hakkının tanınması ise çok önemli bir olaydır; çünkü işçilerin komünist dönemde yoksun oldukları grev hakkını tanımak demek ülkedeki eski rejimin çökmesi anlamına gelmektedir. Grev hakkını tanımak amacıyla 1989'da Grev Kanunu kabul edilmiştir. Her ne kadar grev işçilerin hakkı ise de işçiler yararına grev ilan etme yetkisi sendikalara aittir. Ayrıca İş Hukuku kurallarının yorumundan doğan ihtilaflar mahkemede, çıkar uyuşmazlıkları ise grev yoluyla çözülür⁸⁹. Ancak grevden önce uzlaştırmaya gidilmesi gerekir, bunun için en çok 7 gün süre tanınmıştır. Bu 7 günlük süre içinde işçilerin uyarı grevi yapma hakları vardır. Şu kadar ki, bu süre 2 saati geçmemelidir⁹⁰. Aksi halde yasa dışı grev olur. İşverenlere ise lokavt hakkı tanınmamıştır. Anayasal ilkelere aykırı, uzlaştırma aşamasından geçmemiş grev ile birlikte hak uyuşmazlığını ilgilendiren bir konuda veya bir toplu iş sözleşmesi henüz yürürlükte iken yapılan bir grev yasa dışı olur⁹¹. Yani toplu iş sözleşmesi yürürlükte iken grev yapılamaz⁹². Denebilir ki, Macaristan'da mutlak dirlik borcu vardır.

Teşmil mekanizması ise toplu iş sözleşmesini imzalayan tarafın yetkili olması şartıyla ve onun talebi üzerine yetkili Bakan tarafından verilen kararlar işletilebilmektedir. Verilen teşmil kararları sınırlı sayıda ve tarafların ikna edilmesi uzun zaman almaktadır⁹³.

Toplu pazarlık sürerken taraflarca seçilen arabulucu aracılığıyla gönüllü arabuluculuk yoluna da başvurulabilmektedir. Öngörülen toplu iş uyuşmazlıklarının barışçıl ve gönüllü bir çözüm yollarından bir diğeri de uzlaştırmadır. Arabuluculuk tek bir kişi, uzlaştırma ise bir kurul tarafından gerçekleştirilmektedir. Uzlaştırma kurulu taraflar arasından seçilecek eşit sayıda delegeden oluşmaktadır. Bu hizmetler 1996 yılında kurulan İş Arabuluculuk ve Tahkim Servisi tarafından organize edilmekte olup giderleri devlet bütçesinden karşılanmaktadır⁹⁴. Eğer toplu iş uyuşmazlığı arabuluculuk ve uzlaştırma safhasında çözümlendiyse varılan karar toplu iş sözleşmesi hükmündedir⁹⁵. Bazı konularda ise grev yasak olduğundan zorunlu olarak tahkime başvurulmaktadır. İşçilerin hangi konularda bilgilendirilmesi gerekip gerekmediği hususunda taraflar arasında uyuşmazlık çıkması, işverenin işçi sendikasına uygun bir yer sağlamaması, işverenin çalışma konseyinin giderlerini karşılamak istememesi, çalışma konseylerinin birlikte yönetim hakkı gibi konular grev yoluna başvurulmasının mümkün olmadığı uyuşmazlık konularına örnek gösterilebilir.

Görülüyor ki, günümüzde eski bir Doğu Bloku ülkesi olan Macaristan'da bile kamu otoritesinin toplu pazarlık hakkına müdahalesi oldukça sınırlı tutulmuştur.

⁸⁸ Czuglerne, s. 166.

⁸⁹ Czuglerne, s. 187.

⁹⁰ Czuglerne, s. 184.

⁹¹ Czuglerne, s. 185. Greve ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kovacs, s. 289 vd.

⁹² Czuglerne, s. 189. Sadece toplu görüşmeler sürerken bir defa olmak kaydıyla ve 2 saati geçmemek üzere uyarı grevi yapılabilir.

⁹³ Kovacs, s. 288.

⁹⁴ Czuglerne, s. 188.

⁹⁵ Czuglerne, s. 189.

6. Latin Amerika ülkelerinde

Latin Amerika'daki endüstri ilişkilerine bakıldığında son yıllarda Meksika'daki önemli endüstri kolları üzerindeki hukuki düzenlemelerin git gide esnediği, kayıt dışı sektör sayısının arttığı ve sendikaların zayıfladığı görölmektedir. Brezilya'ya ilişkin yeterli sayısal veri bulunmasa da burada da Meksika'dakine benzer liberal bir seyir gözlemlenmektedir⁹⁶. Bununla beraber Arjantin'de, kayıtlı ekonomi dramatik olarak düşmekteyse de kolektif mücadelelerin sayısı artmakta ve bunların kapsadığı konular genişlemektedir.

Endüstri ilişkilerinde sosyal diyalog ise ayrıca önem taşımaktadır. Meksika'da sosyal diyalog kavramına ilişkin güçlü bir tarihi miras bulunmaktadır. Arjantin'de ise sosyal diyalogun geçmişi tarihsel olarak Peron'un etkisine dayanmaktadır; ancak zamanla etkili olan muhafazakâr hükümetler ve askeri iktidarlar işçi hareketlerini baskılamış ve çalışma hayatına ilişkin düzenlemelerin içeriğini tek taraflı olarak belirlemiřtir⁹⁷. Son yıllarda tekrar öne çıkan Peronizm sosyal diyalogu yeniden kurmaya çalışsa da net sonuçlar elde edilememiştir. Son olarak sosyal diyalogu teşvik için çeşitli paketler kabul edilmiştir. 1995 yılında kabul edilen Yeni Çalışma Kültürü (Nueva Cultura Laboral) Paketi bunun örneklerinden biridir. Ancak söz konusu çabalara rağmen bu paketler işgücünün korunmasına ilişkin köklü değişikliklere yönelmemektedir. Söz konusu mekanizmalar, genelde dönemsal krizleri ve enflasyonu kontrol altında tutmaya yönelik geçici tedbirler içermektedir⁹⁸.

Arjantin'de ise Ulusal Minimum Gelir Konseyi, Sosyal ve Ekonomik Konsey gibi sosyal diyalog mekanizmaları kurulmuş olmakla birlikte bu mekanizmalar bürokrasi tarafından tek taraflı olarak belirlenen politikaların meşrulaştırılmasına aracılık ettiği, gerçek anlamda sosyal tarafların temsiline olanak vermediği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁹⁹. Keza Brezilya'da kamu otoriterleri tarafından tek taraflı olarak belirlenen düzenlemelerin geçmişine bakıldığında sosyal uzlaşmanın önemli bir yer tuttuğunu söylemek mümkün değildir. Brezilya'da da sosyal diyalog neredeyse hiçbir zaman önemli bir rol oynayamamış, Arjantin gibi hükümetlerin tek taraflı olarak belirlediği programların kabulünden hemen önce veya bunların sonuç vermemesinden sonra uygulamaya konmuş planlarla sınırlı kalmıřtır¹⁰⁰.

Kamu otoritesinin müdahalesinin yoğun olduğu teşmil mekanizması ise farklılıklar taşımakla beraber her üç ülkede de mevcuttur. Arjantin'de yalnızca devlet onaylı (*State-approved*) anlaşmalar teşmil edilebilirken, Meksika'da bir toplu sözleşmeyi teşmil edebilmek tamamen kamu otoritesinin imtiyazındadır.

Sonuç olarak, Latin Amerika örnekleri incelendiğinde kamu otoritesinin toplu pazarlık sürecine sıklıkla müdahale ettiği görölmektedir. Sosyal taraflar kamu otoritesinden bağımsız olmadıkça sosyal diyalog mekanizmalarının tek başına başarıya ulaşma şansına sahip olmayacağı bu örneklerle sabittir¹⁰¹.

⁹⁶ A. Cardoso/J. Gindin, *Industrial Relations and Collective Bargaining: Argentina, Brazil and Mexico, Compared*, Working Paper No. 5, ILO Geneva 2009, s. 24 vd.

⁹⁷ Cardoso/Gindin, s. 45 vd.

⁹⁸ Cardoso/Gindin, s. 47.

⁹⁹ Cardoso/Gindin, s. 48.

¹⁰⁰ Cardoso/Gindin, s. 50.

¹⁰¹ Cardoso/Gindin, s. 53.

IV. Ulusal Düzenlemelerde

Türk Hukukunda toplu pazarlık kural olarak sosyal tarafların özerkliği ilkesine dayanır. Bununla birlikte kamu otoritesinin toplu pazarlığa müdahalesi üç şekilde söz konusu olabilmektedir: Kamu otoritesinin arabulucu olarak müdahalesi, düzenleyici-belirleyici-denetleyici olarak müdahalesi ve son olarak işveren olarak müdahalesi. Türk Hukukunda kamu, önemli işverenlerden biridir ve özelleştirmelerle kamu sektörü küçülse de ekonomide önemli bir paya sahiptir. Kamu sektöründe imzalanan toplu iş sözleşmeleri özel sektörü de etkileyebilmektedir. Kamu otoritesinin işveren olarak toplu pazarlık sürecinde yer alması bu makale kapsamında incelenmeyecektir. Zira bu halde bağımsız işçi ve işveren taraflarına üçüncü bir taraf olarak kamu otoritesinin müdahalesi söz konusu olmamakta, kamu otoritesi sürecin işveren tarafını meydana getirmektedir. Bununla beraber kamu işverenleri ile yürütülen toplu pazarlığa üçüncü bir taraf olarak kamu otoritesinin müdahil olduğu alanlar aşağıda ayrıca incelenecektir.

Kamu otoritesinin düzenleyici olarak sürece müdahalesi ise kanun tasarıları hazırlanmasında ve kararname, tüzük ve yönetmeliklerde kendini gösterir. Ayrıca aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere Bakanlar Kurulu'nun teşmil kararı vermesi de bir yönüyle bu kapsamda değerlendirilebilir. Sistemimizde kamu otoritesinin belirleyici ve denetleyici rolü yetkin ve işkolunun tespiti ile üye sayılarının belirlenmesinde kendini göstermektedir. Arabulucu olarak sürece müdahalesi de toplu iş uyuşmazlıklarında kamu otoritesinin rolü başlığında ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Sendikalar Hukuku Açısından Kamu Otoritesinin Rolü

1. Örgütlenme tipinin ve işkollarının belirlenmesi

Anayasa'da sendika ve üst kuruluşların hangi esaslara göre kurulabileceği belirtilmiş değildir. 6356 sayılı Kanun ise kural olarak işkolu esasına göre sendikalaşmayı kabul etmiştir¹⁰². Bununla beraber Kanun'da işkolunun tanımına ilişkin bir düzenleme de yapılmamış, her bir işkoluna numara verilme suretiyle işkollarının belirtilmesiyle yetinilmiştir (6356 sK. md. 4 ve ekli cetvel). Yasa koyucu işkollarını sınırlı sayıda olmak üzere ismen belirlemiş, İşkolları Yönetmeliğiyle¹⁰³ ise bu işkollarına giren işler detaylı olarak tespit edilmiştir. Bu hususun tüzük yerine yönetmelik ile düzenlenmesinin öngörülmesi, sendikaların toplu iş sözleşmesi yetkisi alma sürecine kamu otoritesinin müdahalesini dolaylı da olsa kolaylaştıracağı ve 1983 öncesi uygulamada ortaya çıkan sakıncaları yeniden doğurabileceği gerekçesiyle öğretilmektedir¹⁰⁴. Keza 6356 sayılı Kanun'un birçok hükümüne ilişkin olarak ana muhalefet partisi Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine 3.1.2013 tarihinde iptal davası açmıştır. Dava dilekçesinin genel açıklamalar bölümünde işyerinin hangi işkoluna gireceğine ilişkin tespitin Bakanlık tarafından yapılmasının ve işkollarına giren faaliyet alanlarının bir tüzük yerine bir yönetmelikle belirlen-

¹⁰² Hukukumuz açısından işkolu esasına göre örgütlenmenin tek istisnası ise kamu işveren sendikalarının örgütlenme yapısıdır.

¹⁰³ RG. 19.12.2012, No. 28502.

¹⁰⁴ C. Tuncay/B. Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 43 ve dn. 119'da anılan yazarlar. Keza İşkolları Yönetmeliğindeki 26.7.2013 tarihli değişiklik de endişelerin yersiz olmadığını bir göstergesi sayılmıştır: K. Doğan Yenisey, Sendikalar Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 50.

mesinin sakıncalarına işaret edilmiştir. Bununla beraber iptal istemleri arasında yönetmelik düzenlemesi yer almamıştır. Hâlbuki işkollarının değiştirilmesi çok kolay olan yönetmelikler aracılığıyla belirlenmesi suretiyle siyasal iktidarların sendikalar üzerinde baskı kurabileceği unutulmamalıdır¹⁰⁵.

Diğer taraftan işkolu esasının yegâne yasal örgütlenme tipi olması da ayrıca eleştiri konusudur. Bu durumun ILO'nun örgütlenme düzeyinin serbestçe belirlenmesi gerektiğine ilişkin ilkeleriyle uyumlu olmadığını savunan görüşlerin yanı sıra¹⁰⁶, bu düzenlemenin örgütlenme düzeyinin 'ulusal koşullara uygun olarak' sınırlandırılabilmesi ilkesinden hareketle sendika özgürlüğüne müdahale sayılamayacağını kabul eden görüşler¹⁰⁷ de öğretide yer almaktadır. Bununla birlikte örgütlenme tipinin serbestçe belirlenememesi ILO yetkili organları tarafından sıklıkla eleştirilmekte ve bunun 87 sayılı Sözleşmeye aykırı olduğu savunulmaktadır¹⁰⁸. Diğer taraftan henüz gerekçeli olarak Resmi Gazete'de yayımlanmamış AYM kararında tek tip işkolu sendikacılığına ilişkin iptal istemi reddedilmiştir¹⁰⁹.

Benzer bir tartışma üst kuruluş tipinin belirlenmesinde de söz konusudur. Uluslararası normlara göre üst kuruluş tipinin de serbestçe belirlenebilmesi gerekmektedir. 6356 sayılı Kanun'da ise yegâne üst kuruluş tipi olarak konfederasyona yer verilmiştir. Mutlaka iki kademeli üst kuruluş tipi öngörülmesine gerek olmadığı gerekçesiyle ilgili düzenlemenin uluslararası normlara aykırı olmadığını savunan görüşlerin¹¹⁰ yanında üst kuruluş tiplerinin de serbestçe belirlenebilmesi gerektiğini savunan görüşler¹¹¹ de öğretide yer bulmaktadır.

Görülmektedir ki, Türk Hukukunda gerek örgütlenme tipinin, gerekse üst kuruluş tipinin belirlenmesinde kamu otoritesi düzenleyici bir rol üstlenmektedir. Böylelikle diğer sosyal tarafların düzenleme serbestisi onlar aleyhine oldukça daraltılmış olmakta, hangi örgütlenme tipinin seçileceği hususunda münhasıran kamu otoritesi belirleyici olmaktadır. Keza işkollarının tüzük yerine yönetmelikle belirlenmesi suretiyle de kamu otoritesinin düzenleme yapma yetkisi kolaylaştırılmış, bu alan kamu otoritesinin müdahalesine daha açık hale getirilmiştir.

2. İşyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi

Bir işyerinin girdiği işkolunu tespit etme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına verilmiştir (6356 sK. md. 5). Bakanlığın tespit kararı Resmi

¹⁰⁵ M. Kutsal, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasasının Kimi Hükümlerinin İptali İstemi ile Anayasa Mahkemesine Açılan Davaya İlişkin Notlar, Çalışma ve Toplum, 2014/4, s. 27.

¹⁰⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 43; M. Sur, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 326 vd., dn. 9-11 ve orada anılan yazarlar.

¹⁰⁷ M. Ekonomi, 2821 Sayılı Kanunun Uluslararası Normlara Uygunluğu, TİSK, Ankara 1986, s. 31; K. Oğuzman, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı TİS, Grev ve Lokavt Kanununun Uluslararası Normlara Uygunluğu, TİSK, Ankara 1986, s. 14; Çelik/Canıklioğlu/Canbolat, s. 512; F. Demir, Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 23 vd.

¹⁰⁸ Gernigon/Odero/Guido, s. 30 vd.

¹⁰⁹ Karara ilişkin AYM gündem raporu için: <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/636/636.pdf>. Erişim tarihi: 7.7.2015.

¹¹⁰ Çelik/Canıklioğlu/Canbolat, s. 515; Kutsal, İptal İstemi, s. 16.

¹¹¹ M. Gülmez, Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye, TODAİE Yayını, Ankara 1988, s. 448.

Gazete’de yayımlanır ve yayım tarihinden itibaren bu karara karşı ilgililer on beş gün içinde itiraz edebilirler. İtiraz süresinin Bakanlığın işkolu tespit kararının Resmi Gazete’de yayınlandığı tarihten itibaren işlemeye başlaması, öğretilde öteden beri eleştiri konusu olmuş, Bakanlığın kararının objektif kural koyucu bir idari işlem niteliğinde olmadığı, on beş günlük hak düşürücü sürenin kararın taraflara tebliğ edilmesinden itibaren işlemeye başlaması gerektiği üzerinde durulmuştur¹¹². Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun’da da söz konusu usul değişmemiş, sürenin Resmi Gazete’de yayım tarihinden itibaren işleyeceği kabul edilmiştir. Diğer taraftan kamu otoritesinin buradaki rolünün düzenleyici değil, belirleyici olduğunu kabul etmek daha uygun olur. Keza Kanun’da açıklık bulunmamakla birlikte Yargıtay içtihatlarıyla, ilgililerin bu tespit işlemine karşı yerel mahkemede (tespitin yapılacağı işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde) dava açması usulü 6356 sayılı Kanun zamanında da sürdürülmüştür¹¹³. İtiraza yetkili ilgililer ifadesinden ise işçi-işveren sendikaları ile sendika üyesi olmayan işverenler anlaşılmalıdır¹¹⁴.

3. İşkollarındaki işçi sayıları ve sendikaların üye sayılarına ilişkin istatistiklerin yayımlanması

6356 sayılı Kanun ILO ve AB ilerleme raporlarında eleştirilen iki kriterli (ülke barajı ve çoğunluk şartına dayalı) yetki sistemini korumuş; ancak 2822 sayılı Kanun’da yüzde on olarak belirlenmiş oranı eleştirileri hafifletebilmek amacıyla önce yüzde üçe, daha sonra ise yüzde bire indirmiştir (ayrıca bkz. 6356 sK. geçici md. 6)¹¹⁵. Yürürlükteki hükümlerle işçi ve işveren kuruluşlarının üye sayılarının tespitinde merkezi bir sistem öngörülmüş, tespitle görevli tek otorite olarak da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı belirlenmiştir¹¹⁶.

Aranan yüzde bir oranının tespitinde eskiden olduğu gibi ilgili Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında Resmi Gazete’de yayımlanan işkollarındaki işçi sayıları ve sendikaların üye sayılarına ilişkin istatistikler esas alınır. Bakanlıkça yayımlanan bu istatistiklere ilişkin tebliğler baz alınarak (ve yetki için başvurulduğu tarihteki sayılara bakılarak) işçi sendikasının yetki için aranan ilk şartı sağlayıp sağlamadığı tespit edilir. Söz konusu istatistikler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından düzenli olarak yayımlanmakta olup bunun için şüphesiz hiçbir talep gerekmemektedir. Zira 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenliği Bakanlığının Teşkilat ve Çalışma Görevleri Hakkında Kanun md. 9/d hükmü uyarınca kamu otoritesi (Çalışma Genel Müdürlüğü) Sendikalar ve Toplu İş Sözleşme Kanunu’nda öngörülen işleri yapmakla yükümlüdür. Bununla beraber bir dönem bu istatistikler yayınlanmamış, bu durumun yaptırımını da düzenlenmemiştir. Kamu otoritesinin görevini yapmasını sağlayacak etkin bir hukuki mekanizmanın bulunmaması idarenin keyfi tutumunun önlenememesi sonucunu doğurduğu için öğretilde eleştirilmektedir¹¹⁷.

Düzenli olarak yayımlanması gereken bu istatistiklere karşı Resmi Gazete’deki yayım tarihinden itibaren 15 gün içinde itiraz edilmesi mümkündür.

¹¹² F. Şahlanan, Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 30.

¹¹³ Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2013, s. 86.

¹¹⁴ Narmanlıoğlu, s. 85. Yararları bulunmak kaydıyla işçilerin de ‘ilgili’ sayılması yönünde: aynı yer.

¹¹⁵ 6356 sayılı Kanun’un geçici madde 6 hükmünde yer alan istisnalar ve bunlara yönelik eleştiriler için bkz. Tuncay/Savaş Kutsal, s. 219, dn. 296.

¹¹⁶ Narmanlıoğlu, s. 344.

¹¹⁷ Narmanlıoğlu, s. 346, dn. 162.

Zira kamu otoritesinin yetki aşamasındaki belirleyici rolü mutlak bir takdir yetkisi değildir. Söz konusu düzenleme Bakanlığın toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen sendikaya verdiği idari bir izin anlamına gelmemekte, idareye bu yönde bir takdir hakkı tanınmamaktadır¹¹⁸. Keza söz konusu işlem yargı denetimine açıktır. Bununla birlikte herhangi bir itiraz ileri sürülmediğinde söz konusu istatistikler kesinleşir (6356 sK. md. 41/6) ve bu veriler bir sonraki dönemde yayımlanacak istatistikler için de belirleyici olur¹¹⁹. Bu nedenle istatistiğin gerçeğe uymadığı kanısını taşıyan ilgililer, 15 günlük süre içinde kalmak kaydıyla Ankara İş Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunmalıdır. İtirazda hukuki yararı bulunanlar yani istatistiklerdeki bilgilerden etkilenen ve o işkolunda kurulu işçi ve işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işverenler, dilekçelerinde sadece Bakanlığı değil, o işkolundaki tüm diğer sendikaları da taraf olarak göstermelidir¹²⁰. İtiraz üzerine mahkemece verilen karara karşı temyiz başvurusunda bulunma imkânı da Kanun tarafından tanınmış olup Yargıtay'ın verdiği karar kesindir (6356 sK. md. 41/6).

6356 sayılı Kanun, 2822 sayılı Kanun'dan farklı olarak Bakanlığın istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini de esas alacağını öngörmüştür (6356 sK. md. 41/7). Böylece geriye yönelik işçi bildirimleri yapılması gibi sahteciliklerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır¹²¹.

4. Sendikaların kuruluş usulü ve valiliğin tüzüğü inceleme yetkisi

6356 sayılı Kanun kurucu olabilmek için aranan şartlar ile sendikaların kuruluş sürecini sadeleştirmiş, Türkçe okuryazar olma şartını kaldırılmış, kurucuların mahkûm olmaması aranan suçların sayısı azaltılmıştır. İşkolunda fiilen çalışır olma koşulunun sadece fiilen çalışma olarak değiştirilmesi öğretide isabetli bulunmamıştır¹²². Bunun gibi kurucu olabilmek için aranan Türk vatandaşlığı olma şartı da kaldırılmıştır. Yapılan değişikliklere genel olarak bakıldığında, ILO normlarına uyum sağlamak amacıyla düzenlemelerin sade tutulduğu görülmektedir¹²³.

Kuruluşlar, kurucularının kuruluşun merkezinin bulunacağı ilin valiliğine dilekçelerine ekli olarak kuruluş tüzüğünü vermeleriyle tüzel kişilik kazanır (6356 sK. md. 7/1). Kuruluş usulü 2821 sayılı Kanun'a nazaran kolaylaştırılmış, tüzükle beraber verilmesi gereken belgeler azaltılmıştır¹²⁴. Serbest kuruluş ilkesi gereği valiliğin başvuruyu kabul etme ya da etmeme, evrakı reddetme gibi bir yetkisi yoktur¹²⁵. Tüzüğü inceleyen valiliğin aykırılık tespit etmesi ha-

¹¹⁸ Narmanlıoğlu, s. 344.

¹¹⁹ Zira üyelik sayılarındaki değişiklikler bir önceki döneme ait kesinleşen istatistiklere ekleme ve çıkarma yapılarak belirlenmektedir: Tuncay/Savaş Kutsal, s. 220. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 54.

¹²⁰ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 220; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 55.

¹²¹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 221; T. Canbolat, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler, Toprak İşveren, S: 96, Aralık 2012, s. 17

¹²² F. Şahlanan, 6356 sayılı Sendikalar ve TİS Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Semineri, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), İstanbul 2012, s. 17; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 52; Doğan Yenisey, İşkolu Esası, s. 49.

¹²³ Sur, 6356 sayılı Kanununun Değerlendirilmesi, s. 327, 329.

¹²⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 55; Canbolat, Yenilikler, s. 10;

¹²⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 55.

linde başvurabileceği imkân, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini istemek, giderilmediği takdirde mahkemeye başvurmaktır (6356 sK. md. 7/3).

Diğer taraftan idarenin tüzüğü inceleme yetkisine bir süre sınırı getirilmemiş, inceleme sonucunda tüzükte kanuna aykırılık bulunmaması halinde bunun taraflara bildirilmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Öğretide de 2821 sayılı Kanun döneminde bu konuya ilişkin yasal boşluğun 1983 tarihli ve 2908 sayılı Dernekler Kanunu ile giderilebileceği kabul edilmişti¹²⁶. 6356 sayılı Kanun da bu konuda bir hüküm getirmemiş, 5253 sayılı ve 2004 tarihli yeni Dernekler Kanunu da ayrıntılı düzenleme usulünü terk ettiği için konuyu yönetmeliğe bırakmıştır. Dernekler Yönetmeliği¹²⁷ uyarınca «*Kuruluş bildirimi ve ekinde verilen belgelerin doğruluğu ile dernek tüzüğü, alındı belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren altmış gün içinde mülki idare amiri tarafından bizzat veya dernekler birimlerine yetki verilme suretiyle incelenir. İlçelerde kurulan derneklerin tüzükleri de ilgili valiliklerce incelenir. Yapılan inceleme sonucunda, tespit edilen Kanuna aykırılık veya noksanlığın giderilmesi kuruculardan yazılı olarak istenir.*

Kuruluş bildirimi ve ekleri ile dernek tüzüğünde, Kanuna aykırılık veya noksanlık bulunmadığı takdirde ya da Kanuna aykırılık veya noksanlığın yapılan tebliğat üzerine otuz gün içinde giderilmiş olması halinde, mülki idare amirliği tarafından keyfiyet bir yazı ile dernek geçici yönetim kurulu başkanlığına derhal bildirilir.

Kanuna aykırılık veya noksanlık otuz gün içinde giderilmediği takdirde mülki idare amiri, yetkili asliye hukuk mahkemesinde derneğin feshi hakkında davanın açılması için durumu Cumhuriyet savcılığına bildirir.» (md. 6).

Her ne kadar tüzüğün gerçekten yasaya aykırı olup olmadığını inceleyecek olan yargı organı olsa da aykırılığın sadece kamu otoritesinin münhasır başvurusu ile ileri sürülebiliyor oluşu öğretide haklı olarak eleştirilmiştir¹²⁸. Kanımızca da sendika üyeliğinden doğan hakların arasında tüzüğün hukuka aykırılığının tespiti ve bu aykırılığın giderilmesini talep etme hakkının da bulunduğunu kabul etmek ve kamu otoritesi dışında sendika üyelerinin de tüzükteki hukuka aykırılığın giderilmesini talep etme hakkı bulunduğunu kabul etmek gerekir.

5. Genel kurul seçimlerinde ilçe seçim kurulu hakiminin yargı gözetimi

Genel kurullarda yapılacak zorunlu organlara üye veya delege seçimleri yargı gözetim ve denetiminde yapılmaktadır (6356 sK. md.14). Bunun dışındaki seçimlerin ise yargı gözetiminde yapılması söz konusu değildir. Delege seçimlerine ilişkin hükümler bir arada incelendiğinde zorunlu olmayan organlar ile organ anlamında genel kurul niteliği taşımayan şube genel kurullarına katılacak delegeleri belirleyen seçimlerin yargı gözetimi dışında tutulduğu sonucuna varılmaktadır¹²⁹. Diğer taraftan bu seçimlerin yargı gözetimi dışında olması şüphesiz seçim sonuçlarına karşı yargı denetimi yolunun açık olmasını engellemektedir (6356 sK. md. 16/2).

¹²⁶ Şahlanan, Sendikalar, s. 293.

¹²⁷ RG. 31.3.2005, No. 25772.

¹²⁸ Benzer düzenleme içeren 2908 sayılı Kanun dönemine ilişkin olarak: Şahlanan, Sendikalar, s. 294.

¹²⁹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 58. Mülga Kanun döneminde benzer yönde: Şahlanan, Sendikalar, s. 100 vd.

6356 sK. md. 15 uyarınca «Genel kurulda yapılan organ ve delege seçimlerinin devamı sırasında yapılan işlemlere ilişkin olarak seçim sonuç tutanaklarından düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde yapılacak itirazlar hâkim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır.». İtiraz süresinin geçmesi ve itirazların karara bağlanmasından hemen sonra hâkim, 14'üncü madde hükümlerine göre kesin sonuçları ilan eder ve ilgili kuruluş veya şubesine bildirir. Böylece genel kurullarda yapılacak zorunlu organlara üye veya delege seçimleri seçim kurulu başkanı hakimin denetimine tabi tutulmuştur.

Daha önceki yıllarda ilçe seçim kurulu kararlarının kamu otoritesinin idari bir kararı mı, yoksa yargı kararı mı olduğu konusunda yüksek yargı organları arasında içtihat farklılığı oluşmuştu¹³⁰. Bununla birlikte kanımızca, 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun uyarınca ilçe seçim kurulu başkanı olan hakimin verdiği kararların da yargı kararı niteliğinde olduğu sonucuna varılmalıdır. Zira konuya ilişkin en güncel içtihat olan AYM'nin 6.2.2014 tarih ve 2013/3912 başvuru numaralı kararıyla¹³¹ ilçe seçim kurulunun bağlı bulunduğu Yüksek Seçim Kurulu, her ne kadar Anayasa'nın yasama faaliyeti başlığında düzenlenmişse de, tarafsız ve bağımsız olma ve de kanunla kurulmuş olma özelliklerini taşıyan ilçe seçim kurulu hakiminin verdiği kararlara karşı bireysel başvuru yoluna başvurulabileceği, özetle bu kararların niteliği itibari ile yargı kararı olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla seçim kurulu başkanı olan hakimin verdiği seçim sonuçlarına ilişkin karar idari bir karar olmayıp yargı kararı niteliğindedir. Bununla beraber ilan edilmiş kesin sonuçların kanun veya tüzüğe aykırılık nedeniyle iptali iş mahkemesinden istenebilir¹³².

6. Sendikaların denetlenmesi

ILO sendikaların iç işleyişini ayrıntılı bir şekilde düzenleyen mevzuat hükümlerinin kamu otoritelerinin müdahalesi tehlikesi doğuracağından hareketle bunların sınırlı tutulması ve örgütlerin işleyiş ve yönetimlerinin mümkün olan en geniş ölçüde özerk olması gerektiğini kabul etmektedir¹³³. Bu nedenle getirilen düzenlemelerde esas olan üyelerin çıkarlarının gözetilmesini ve sendika içi demokrasiyi sağlamak olmalı, sendikaların oluşumunu ve gelişmelerini engelleyici düzenlemelerden kaçınılmalıdır.

Hukukumuzda işçi ve işveren kuruluşları için öngörülen iç denetim, öncelikle denetleme kurulu eliyle yerine getirilir. 6356 sayılı Kanun, sendika ve konfederasyonların denetleme kurullarının görevlerini düzenleyen madde 8/I-f ve madde 29/I hükümleriyle söz konusu denetimi düzenlemiştir. Bununla beraber Kanun denetleme kurulunu düzenlemekle yetinmemiş, madde 28 hükmüyle gelir ve giderlerin denetimi açısından sendika ve konfederasyonların

¹³⁰ Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin ilçe seçim kurulu kararlarının hukuki niteliğini birbirinden farklı değerlendiren kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi bkz. D. Yılmaz, İçtihadı Hukuk Çerçevesinde Türk Hukukunda Seçimlerin Yönetimi ve Denetiminden Sorumlu Daimi Kurullar, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2010, s. 296-314.

¹³¹ RG. 13.3.2014, No. 28940.

¹³² E. Tuncay Kaplan, Sendika Genel Kurul Kararlarının İptali Davası ve Şartları, AÜHFĐ., 1994 C. 49, S. 1, s. 264.

¹³³ Sur, 6356 sayılı Kanununun Değerlendirilmesi, s. 335; Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva 2006, par. 369; 466-469.

gelirlerine hangi kalemlerin dahil olduğunu ve bunların bildirimlerini de düzenlemiştir. Buna göre sendika ve konfederasyonların gelir olarak yurt dışındaki kurum ve kuruluşlardan yardım ve bağış alabilmeleri için bunun Bakanlığa bildirilmesi şartı aranmıştır¹³⁴. Bu hükme aykırı olarak alınan bağış ve yardımlar ise durdurma nedeni olarak sayılmamıştır¹³⁵. Bunun yerine üyelerden birinin veya Bakanlığın başvurusu üzerine mahkeme kararıyla alınan miktarların Hazineye aktarılmasını öngörmüştür (md. 28/4). Keza sendikaların giderlerinin neler olacağı konusu da sadece tüzüklere ve yönetmeliklere bırakılmamış, kamu otoritesi tarafından kanunla sınırlandırılmıştır. Kanun'un madde 26/9 ve 28/6 düzenlemeleri kanun koyucu tarafından getirilen bu sınırları düzenlemektedir. Bunların dışındaki sendika giderleri «Kuruluşların organlarındaki üyelere verilecek her türlü ödenek, yolluk ve tazminatlar ile sosyal haklar genel kurul tarafından» tespit edilebilir (md. 11/1-f)¹³⁶.

2821 sayılı mülga Kanun döneminde bilanço ve denetleme kurulu raporlarının hem bağlı bulunan konfederasyona hem de Bakanlığa gönderilmesi usulü benimsenmişti. Sendikalarca yürütülen iç denetime kamu otoritesinin müdahalesini öngören bu sistem kolektif sendika özgürlüğüne aykırı sayılarak eleştirilmekte idi¹³⁷. 6356 sayılı Kanun ile bilanço ve denetleme raporlarının Bakanlığa ve bağlı olunan konfederasyona gönderilmesi usulünden vazgeçilmiştir. Sendika ve Konfederasyonların Denetim Esasları ve Tutacakları Defterler İle Toplu İş Sözleşmesi Sicili Hakkında Yönetmelik¹³⁸ konuyu düzenlemektedir.

6356 sayılı Kanun'un yürürlüğü ile getirilen yeniliklerden biri de sendika ve konfederasyonlarda organlar eliyle yürütülen iç denetiminden başka mali müşavirlerce dış denetim usulünün de kabul edilmiş olmasıdır (md. 29/2). Bundan böyle artık Hukukumuzda derneklerde olduğu gibi işçi ve işveren kuruluşları için de iç denetimin yanı sıra dış denetime yer verilmiştir. Ancak mali müşavirlerce yapılacak bu denetim gelir ve giderlerle sınırlıdır ve denetleme kurulunun denetleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır¹³⁹. Mali açıdan denetim yeminli mali müşavirlerce yapıldığı için de sendikanın iç işleyişine müdahale sayılamayacak ve ILO eleştirileri ile karşılaşılmayacak olması muhtemeldir¹⁴⁰. Zira dış denetim yoluyla sendikaları iç işleyişi, kamu otoritesinin müdahalesine açık hale getirilmiş olmamaktadır.

Sendikaların güvenlik denetimi konusunda ise 6356 sayılı Kanun'da boşluk bulunmaktadır. Söz konusu boşluğun Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde uygulanacak olan Dernekler Kanunu md. 35'in atfıyla md. 20 düzenlemesiyle doldurulması ise ILO'nun eleştirilerine sebep olabilecek niteliktedir. Zira bu halde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim kararı olmaksızın, kamu otoritesinin yazılı emriyle kolluk kuvvetlerine, kuruluşa girme, arama

¹³⁴ 2821 sayılı Kanun döneminde bu tür bağışları kabul etmek için Bakanlığın haberdar olması yeterli olmayıp buna muvafakati de aranmakta idi.

¹³⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 132.

¹³⁶ Bununla beraber yargı organları, kıdem tazminatı adı verilen bazı düzenlemeleri 1475 sayılı Kanun md. 14 hükmüne tabi kılarak bu tazminatlar için bir tavan öngörmektedir.

¹³⁷ Şahlanan, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 139.

¹³⁸ RG. 26.11.2013, No. 28833.

¹³⁹ Şahlanan, 6356 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 139.

¹⁴⁰ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 133; Narmanlıoğlu, s. 281; T. Dereli, 6356 sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 53; Kutal, İptal İstemi, s. 18, dn. 2 ve 3.

yapma ve eşyalara el koyma imkanı tanınmış olmaktadır. Keza yine Dernekler Kanunu md. 35'in atfıyla md. 19 düzenlemesi uyarınca kamu otoritesinin 24 saat önce bildirmek kaydıyla sendikanın defter ve belgelerini her zaman inceleyebilmeleri ILO tarafından eleştirilmektedir¹⁴¹.

Son olarak eklemek gerekir ki, Cumhurbaşkanlığına bağlı Devlet Denetleme Kurulunun her seviyedeki işçi ve işveren kuruluşları üzerinde, Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığının ise sadece her seviyedeki işveren kuruluşları üzerinde olağanüstü denetim yetkisi bulunmaktadır. Devlet Denetleme Kurulunun ve Başbakanlığa bağlı Teftiş Kurulu Başkanlığının sendika ve konfederasyonlar üzerindeki söz konusu yetkileri kanımızca tartışmalıdır. ILO tarafından da denetimlerin kamu otoritelerince yapılması sendikaların serbest işleyişine aykırı bulunmaktadır¹⁴². 87 sayılı ILO Sözleşmesinin 3. maddesi uyarınca sendikaların yönetim ve etkinliklerini serbestçe belirleme hakkı da bulunmaktadır. Söz konusu yönetim ve çalışmaları düzenleme hakkı kuşkusuz özenetim hakkını da kapsamakta, aksine düzenlemeler bu hakkı ihlal etmektedir¹⁴³. Zira sendikaların hükümet politikalarına karşı çıktıkları ya da aykırı görüşlerini ortaya koydukları takdirde söz konusu yetkilerin siyasal amaçlı olarak kullanılması ihtimal dahilindedir¹⁴⁴. Yürütmenin başı olarak Başbakanlığın denetim yetkisini düzenleyen 3056 sayılı Başbakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığı Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanununun 20. maddesinin ilk halinde bu yetki işçi kuruluşları açısından da tanınmıştı. Ancak söz konusu denetim yetkisi Anayasa Mahkemesi'nin 2.6.2011 tarih ve E. 2009/50, K. 2011/89 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Bununla beraber Başbakanlık Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin¹⁴⁵ başta görev ve yetkiyi düzenleyen 5. madde olmak üzere çeşitli düzenlemelerinde işçi kuruluşları üzerindeki denetim yetkisine ilişkin hükümler korunmaktadır. Kuşkusuz kanuna ve Anayasa'ya aykırı bu hükümlerin uygulanma imkanı yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı uyarınca, Anayasa'nın 87 sayılı ILO Sözleşmesine aykırılık nedeniyle Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle iptal edilen 52. maddesinde yer alan «sendikalar üzerindeki devletin idari ve mali denetimi, gelir ve giderleri ile üye aidatının sendikaya ödenme şeklinin kanunla düzenleneceği» hükmünün yürürlükten kaldırılması ile sendikal faaliyetlere ilişkin söz konusu maddede yer alan sınırlamaların yanı sıra sendikal faaliyetlere yönelik diğer bir sınırlama olan devletin sendikal faaliyetler üzerinde idari ve mali denetim yetkisi de ortadan kalkmıştır. Anayasa'da yapılan bu değişikliklere paralel olarak devletin sendikalar üzerindeki idari ve mali denetim yetkisi dayanaksız kalmış; dolayısıyla Başbakanlık Teftiş Kuruluna işçi sendikaları üzerinde inceleme, araştırma, soruşturma ve teftişi yapmak veya yaptırmak yetkisi veren hüküm Anayasa'ya aykırı hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan ve somut norm denetimine başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davanın konusu bir işçi sendikasının mali denetimine ilişkin olduğu için anayasaya aykırılık iddiası ile sınırlı bir inceleme

¹⁴¹ Sur, 6356 sayılı Kanununun Değerlendirilmesi, s. 337.

¹⁴² Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva 2006, par. 466-469.

¹⁴³ E. Ünsal, Sendikaların Denetimi, Legal İşSGHD, 2004/4, s. 1324.

¹⁴⁴ Ünsal, s. 1323.

¹⁴⁵ RG. 5.6.1993, No. 21608.

yapmış, işveren kuruluşları üzerindeki denetim yetkisini ise incelememiştir. Kanımızca işveren kuruluşları açısından aykırılık devam etmektedir.

Diğer taraftan Devlet Denetleme Kurulunun her seviyedeki işçi ve işveren kuruluşları üzerindeki denetim yetkisi varlığını korumaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında belirtildiği üzere Başbakanlık Teftiş Kurulundan farklı olarak, Devlet Denetleme Kurulunun her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşları üzerindeki yetkisinin anayasal dayanağı olan Anayasa madde 108 hükmü varlığını korumaktadır. Bununla beraber söz konusu yetkiler öğretide olağanüstü denetim mekanizmaları olarak nitelendirilmekte¹⁴⁶ ve haklı olarak eleştirilmektedir¹⁴⁷. Dolayısıyla anayasal açıdan Devlet Denetleme Kurulunun mali ve idari denetim yetkisi saklı ise de ILO düzenlemeleri açısından bu Kurulun sendikalar üzerindeki denetim yetkisi halen eleştirilere açıktır.

7. Faaliyetlerin durdurulması ve sendikanın kapatılması

Sendikalar Hukukumuz açısından sendikaların kamu otoritesinin verdiği idari bir kararla kapatılması mümkün değildir¹⁴⁸. Özgür sendikacılık anlayışı sendikaların idareye karşı bağımsız olması anlamına gelmekte olup kapatma veya durdurma yetkisinin münhasıran yargının elinde olması yerindedir. 6356 sayılı Kanunun 31. maddesi uyarınca sendika ve konfederasyonlar ancak yargı organlarına verilen bir karar sonucunda kapatılabilir. Ekleme gerekir ki, kanunda sayılan kapatma sebepleri de sınırlı sayıda olup bu sebepler yorum yoluyla genişletilemez¹⁴⁹. Esasen sendikaların idari kararlar kapatılmayacağı ya da feshedilemeyeceği 87 sayılı ILO Sözleşmesinin madde 4 hükmünün de bir gereğidir¹⁵⁰.

Kapatmadan farklı olarak sendikanın faaliyetinin durdurulması halinde tüzel kişilik sona ermez. Bu nedenle, mallarının yönetimi ve çıkarlarının korunması ve durdurma süresi sonunda yeniden faaliyete geçebilmesi için genel kurul yapılması, Medeni Kanun hükümleri gereğince tayin olunacak bir veya üç kayyım tarafından sağlanır (6356 sK. md. 31/3).

Yukarıda da belirtildiği üzere tüzüğün veya tüzük değişikliğinin ya da kuruluş için sayılan gereken belgelerin içerdikleri bilgilerin kanuna aykırılığının tespit edilmesi ya da bu Kanunda öngörülen kuruluş şartlarının sağlanmadığının anlaşılması halinde ilgili valilik kanuna aykırılık veya eksikliklerin bir ay içinde giderilmesini ister. Bu süre içinde kanuna aykırılığın veya eksikliğin giderilmemesi halinde, Bakanlığın veya ilgili valiliğin başvurusu üzerine mahkeme, gerekli gördüğü takdirde kurucuları da dinleyerek üç iş günü içinde kuruluşun faaliyetinin durdurulmasına karar verebilir. Mahkeme kanuna aykırılığın veya eksikliğin giderilmesi için altmış günü aşmayan bir süre verir (6356 sK. md. 7/3).

Kurucu olmaya engel suçlardan biriyle mahkûm olan birisi, kuruluşların genel kurul dışındaki organlarına seçilmiş ise bu durumu tespit eden kamu otoritesinin (valiliğin veya Bakanlığın) başvurusu üzerine mahkeme, bu kişinin görevine son verir. Mahkemenin kararı kesindir (6356 sK. md. 9/3). Söz konu-

¹⁴⁶ Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 551; Şahlanan, Sendikalar, s. 286.

¹⁴⁷ Ünsal, s. 1322 vd.

¹⁴⁸ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 145; Narmanlıoğlu, s. 283 vd.

¹⁴⁹ Narmanlıoğlu, s. 284; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 147 ve dn. 465'te anılan yazarlar.

¹⁵⁰ Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva 2006, par. 685-687.

su durumda ilgili kişinin görevine son verilmemesi halinde sendikanın faaliyeti-
nin durdurulmasını öngören mülga 2821 sayılı Kanun düzenlemesi yerine
böyle bir hükme yer verilmesi isabetli olmuřtur¹⁵¹.

B. Toplu İş Sözleşmeleri Açısından Kamu Otoritesinin Rolü

ILO, Türkiye'yi toplu iş sözleşmesinin yapılması aşamasında taraflara muhtelif pazarlık düzeylerini seçebilme imkânı tanınmaması gerekçesiyle de sıklıkla eleştirmektedir¹⁵². Özellikle işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılmasına herhangi bir engel olmaması gerektiği, bunun gönüllü yürütülmesi gereken toplu pazarlık sürecine müdahale teşkil ettiği ILO tarafından yinelenmektedir¹⁵³. Son olarak 7.11.2012 tarihinde kabul edilen 6356 sayılı Kanun da toplu pazarlık ünitesi olarak işyerini esas almıştır. Yeni Kanunla getirilen çerçeve sözleşmelerin ise gerçek anlamda bir toplu iş sözleşmesi (TİS) olup olmadığı kuşkulu olup bu sözleşmelere ilişkin düzenlemelerin işkolu düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılamamasına yönelik eleştirileri bertaraf etmeye yetmeyeceği öğretilmektedir¹⁵⁴. Diğer taraftan grup toplu iş sözleşmeleri işkolu toplu iş sözleşmeleri ile özdeş olmasa da aynı işkolunda birden fazla işyerini kapsamayı yönünden işkolu TİS boşluğunu bir ölçüde doldurmaktadır. Bununla birlikte grup toplu iş sözleşmelerinin birden fazla işyerini kapsasa dahi temelde işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmeleri olduğu unutulmamalıdır. Keza teşmil kurumunun yardımıyla işkolu düzeyinde belli bir uyumun sağlanabilmesi mümkünse de bunlar, sosyal tarafların özgür iradesiyle işkolu düzeyinde TİS yapamadığı gerçeğini değiştirmemektedir.

Özetle, sistemimizde işkolu düzeyinde TİS yapılamamasının olumsuz yönlerini bertaraf etmeye yönelik söz konusu düzenlemelere rağmen Türk Hukuku açısından sosyal tarafların serbestçe TİS düzeyini belirleyebilmelerinden söz etmek mümkün değildir.

1. Toplu iş sözleşmesi türlerinin belirlenmesi

6356 sayılı Kanun'da kamu otoritesi düzenleyici rolünü kullanarak toplu sözleşme düzeyi gibi türlerini de sınırlı olarak belirlemiştir. Buna göre toplu pazarlık ünitesi olarak işyeri esas alınmış ve işyeri, işletme ve grup toplu iş sözleşmesi türleri öngörülmüştür. Son olarak 6356 sayılı Kanun «çerçeve sözleşme» ismini verdiği bir sözleşme türü daha kabul etmiştir¹⁵⁵. 6356 sayılı Kanun md. 2/1 (b) hükmüne göre «*Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu*

¹⁵¹ F. Şahlanan, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 115.

¹⁵² Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva 2006, par. 988-991; Sur, 6356 sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 339; Kutal, İptal İstemi, s. 15.

¹⁵³ Gernigon/Odero/Guido, s. 30. Birçok ülkede taraflar arasında görüşmelerin hangi düzeyde yürütüleceği hususunda uyuşmazlık çıkması durumunda konunun bir kurul aracılığıyla çözümleneceği düzenlenmektedir. ILO açısından ise önemli olan bu kurulun gerçekten bağımsız nitelikte olmasıdır: Gernigon/Odero/Guido, s. 31 vd.

¹⁵⁴ Sur, 6356 sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 339; G. Alpagut, 6356 sayılı Yasanın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi- Uluslararası Normlara Uyum, Legal İşSGHD, 2012/35, 29.

¹⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. T. Canbolat, 6356 sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013.

düzeyinde yapılan sözleşmeyi ifade eder.». Kanunun md. 33/3 hükmü uyarınca ise «Çerçeve sözleşme, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikasının üyeleri hakkında uygulanır ve meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir.». Bu hükümler oldukça kafa karıştırıcı nitelikte olduğu için çerçeve sözleşmenin hukuki niteliği ve TİS olup olmadığı tartışmalıdır¹⁵⁶. Belirtildiği gibi sosyal özerklik bağlamında ILO, serbest toplu pazarlık ilkesi gereği taraflara diledikleri toplu pazarlık usulünü seçebilme imkânı verilmesini gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁷. 6356 sayılı Kanun'la getirilen çerçeve sözleşmeye ilişkin düzenlemelerin ise ILO tarafından getirilen eleştirileri bertaraf etmeye yetmeyeceği açıktır. Kaldı ki, çerçeve sözleşmelerin sadece Ekonomik ve Sosyal Konsey'de temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye sendikalar tarafından imzalanabilmesi bazı örgütleri dezavantajlı duruma sokabilecek nitelikte bir düzenleme olduğu için ayrıca ILO'nun eleştirilerine konu olabilecek niteliktedir.

2. Yetki aşaması

Yetki, toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip işçi veya işveren sendikaları ile sendika üyesi olmayan işverenlerden hangisinin, belli bir işyeri veya işyerlerinde kiminle toplu iş sözleşmesi yapabileceğini ifade eder¹⁵⁸. Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun, yetki ve ehliyet ayırımına açıkça yer vermediği gibi yetkinin tanımını da yapmamıştır. Kanun'un 41inci madde hükmü yetki için aranan şartları, 42nci madde hükmü ise yetki tespiti için başvuruyu düzenlemiştir. Buna göre işçi sendikaları, işveren sendikaları ve hatta bağımsız işverenler her zaman yetki tespiti için Bakanlığa başvurabilirler.

Yukarıda açıklandığı üzere yetki için aranan şartlardan olan kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üye kaydedilip kaydedilmediğinin tespitinde de Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Dolayısıyla yetki tespiti aşamasında işkollarındaki işçi sayılarını ve sendikalarının üye sayılarını dikkate alarak hem yüzde bir barajının tespitini yapan, hem de yetki başvurularının muhatabı olan makam olarak kamu otoritesi, toplu pazarlık sürecine belirleyici rolüyle müdahil olmaktadır.

a. İşveren tarafının yetkisinin belirlenmesi

Toplu pazarlık sürecinde işveren tarafının yetkili olması için 6356 sayılı Kanun herhangi bir şart aramamıştır¹⁵⁹. Kanun'un md. 41/4 ve md. 2/1 (h) hükümleri birlikte değerlendirildiğinde işveren tarafının ehliyet şartının yetki açısından da tekrar edildiği, sendika üyesi olmayan bir işveren açısından yetki ve ehliyet ayırımının ortadan kalktığı baskın olarak kabul edilmektedir¹⁶⁰. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverenin, yetki şartlarını haiz olduklarından kendilerine ilişkin yetkinin tespiti

¹⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Canbolat, Düzey ve Tür, s. 146 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 194 vd., 206 vd.

¹⁵⁷ Gernigon/Odero/Guido, s. 30 vd.; Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva 2006, par. 988-991; Sur, 6356 sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 339.

¹⁵⁸ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 216.

¹⁵⁹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 216 vd.

¹⁶⁰ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 217; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 48 vd. Ayrıca bak. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 578.

için Bakanlığa başvurularına gerek bulunmamaktadır. Diğer taraftan yetkili olan işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işveren, hem işçi tarafının yetkisinin tespitini Bakanlıktan isteyebilir (md. 42/1, ikinci cümle) hem de işçi tarafının yetki talebinin muhatabı olabilir.

İşveren sendikası üyesi olan bir işverenin, üyesi bulunduğu işveren sendikasının onayı dışında işçi sendikası ile anlaşarak imzalamış olduğu toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıkların çözüm yeri ise genel mahkemelerdir¹⁶¹.

Denilebilir ki, Türk Hukuku açısından işveren tarafının yetkisinin belirlenmesinde kamu otoritesinin müdahalesi söz konusu olmamaktadır. Bununla beraber işveren tarafı, sadece kendisinin değil işçi tarafının yetkisinin tespiti için de Bakanlığa başvurabilecektir. Ancak uygulamada işveren tarafının, işçi tarafının yetkisinin tespiti için başvurmasına hemen hemen hiç rastlanmamaktadır.

b. İşçi tarafının yetkisinin belirlenmesi

6356 sayılı Kanun, toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının buna yetkili olabilmesi için iki şartın varlığını aramaktadır. Madde 41/1 uyarınca aranan birinci şart, sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin (baraj şartı)¹⁶², diğeri ise yapılmak istenen toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri ve işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının ilgili sendikaya üye bulunmasıdır (çoğunluk şartı). Belirtmek gerekir ki, toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerleri bir işletme toplu iş sözleşmesi ünitesi oluşturuyorsa hem çoğunluk şartında bu işletme ünitesinin bütünü esas alınmakta, hem de çoğunluğun tespitinde % 40 oranı aranmaktadır (madde 41/f. 2 ve f. 3).

c. Yetki şartlarının araştırılması

Yukarıda sayılan yetki şartlarını taşıdığı düşünün bir işçi sendikası yetkili olduğunun tespiti için her zaman Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurabilir (6356 sK. md. 42/1). Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa yazı ile başvurarak kurulu bulunduğu işkolundaki üye sayısı itibarıyla yüzde bir oranını sağladığının ve sözleşme kapsamına girecek işyeri ve işyerlerinde başvuru tarihinde çalışan işçiler ile üye sayılarının tespitini isteyebilir. Yetki tespit başvurusunun Bakanlığın evrak kayıtlarına alındığı tarih, yetki başvurusunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir (Yetki Tespitine

¹⁶¹ Yarg. 9. HD., 9.2.1987, E. 1925, K. 1557: Tuncay/Savaş Kutsal, s. 216, dn. 290. Sendika üyesi olan işverenin yetkisi ve ehliyeti açısından konu tartışmalı olup bu makalenin kapsamı dışındadır.

¹⁶² Yetki için aranan barajın, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyon üyesi olmayan sendikalar için yüzde üç olarak aranmasını öngören Kanun'un ek 1. madde düzenlemesi Anayasa Mahkemesi'nin 14.5.2015 tarih ve E. 2014/177, K. 2015/49 sayılı kararı ile sendika özgürlüğüne aykırı bulunarak iptal edilmiştir (RG. 11.6.2015, No. 29383). Söz konusu düzenleme, AYM kararı öncesinde de Ekonomik ve Sosyal Konseye üye olan konfederasyon üyesi sendikalar ile bu konfederasyonlara üye olmayan sendikalar arasında farklılık gözetilmesi nedeniyle öğretilde eleştirilmekte, eşitlik ilkesine ve üst kuruluşlara üyelik açısından olumsuz sendika özgürlüğüne aykırı sayılmaktaydı: Tuncay/Savaş Kutsal, s. 219; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 582.

İlişkin Yönetmelik¹⁶³ md. 7/2). Görüldüğü üzere yetkiyi belirleme işi hukukumuzda münhasıran kamu otoritesine verilmiştir. Öğretide Bakanlık işlemlerinin güvenilir ve inandırıcı olmadığı, hakimlerden, akademik kadrolardan oluşan veya tarafların katılacağı bağımsız bir yetki tespit kurumu oluşturulması gibi çeşitli öneriler ileri sürülmüş¹⁶⁴; ancak 6356 sayılı Kanun da mülga kanunlar gibi Bakanlığa yetkili kılınmıştır.

Bakanlık yapacağı tespitte, işletme toplu iş sözleşmesinin emredici niteliği (6356 sK. md. 34/2) ve bir işyerinde aynı dönemde sadece bir toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olabilmesi (6356 sK. md. 35/4) gibi kamu düzenine ilişkin kurallar ile bağlıdır. Dolayısıyla Bakanlık, her şeyden önce toplu iş sözleşmesi yapılmak istenen işyeri veya işyerlerinin sendikanın kurulu bulunduğu işkoluna girip girmediğini, sonrasında da bu işyerinde bir toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olup olmadığını tespit edecektir¹⁶⁵. Ancak bunun ardından sendikanın yetkisi için aranan şartların varlığı aranacaktır. Bakanlık, kesinleşen istatistiklere göre yüzde bir şartını sağlamış başvuru işçi sendikasının kendi kayıtlarına göre çoğunluk şartını da sağlamış olup olmadığını araştıracaktır. Belirtmek gerekir ki, sigortalılığın başlangıcı ve sona ermesine ilişkin bildirimlerin yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılması halinde bunlar da yetkili işçi sendikasının tespitinde dikkate alınacak, süresi içinde yapılmayan bildirimler ise dikkate alınmayacaktır (6356 sK. md. 42/4).

Bakanlık, yaptığı araştırma sonunda işçi sendikasının çoğunluğu sağladığı sonucuna varırsa bu tespitini o işkolunda kurulu bulunan diğer işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikası veya sendikası üyesi olmayan işverene 6 işgünü içinde bildirir. Bu bildirim «olumlu yetki tespiti»dir. Söz konusu süre, kamu otoritesine tanınan bir süre olup düzen hükmü niteliğindedir. Tespitin bu süre içinde yapılmaması sendikanın yetkisini etkilemez. Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik madde 8 hükmü uyarınca Bakanlığın hazırladığı yetki tespit yazısında; yetki şartlarını taşıyan sendikanın adı, yetki kapsamına giren işyeri veya işyerleri ile işçi ve üye sayısı, toplu iş sözleşmesinin düzeyi ve görevli makamın neresi olduğu yer almalıdır. Ayrıca söz konusu Yönetmeliğin aynı maddesi gereği olumlu tespit yazısı, Kanun'da belirtilenler yanında ilgili çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerine de bildirilmelidir; ancak kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan sendikalara bildirim yapılması gerekmemektedir.

Bakanlığın başvuran sendikanın yetki şartlarına sahip olmadığını tespit etmesi halinde ise bu bilgiler sadece başvuruyu yapan sendikaya aynı süre içinde bildirilir (6356 sK. md. 42/3). Bu bildirimde de «olumsuz yetki tespiti» denilir. Söz konusu Yönetmelik madde 9 hükmü uyarınca olumsuz yetki tespit yazısında, işyeri ya da işletmenin unvan ve adresi ile çalışan işçi sayısı ve kendi üye sayısı yer almalıdır.

¹⁶³ Yetki tespitine ilişkin Kanun'da öngörülen yönetmelik 11 Ekim 2013 tarih ve 28792 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti ile Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik' adıyla yürürlüğe girmiştir.

¹⁶⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 224 ve dn. 317'de anılan yazarlar. Ayrıca bkz. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, İstanbul 2014, Genel Görüşmeler, s. 478 vd. ve orada getirilen öneriler.

¹⁶⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 224 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 584; Narmanlıoğlu, s. 373 vd.

Söz konusu bildirimler kamu otoritesi (Bakanlık) tarafından Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Yönetmelik madde 4/4 hükmüne göre, aynı işkolunda kurulu işçi sendikalarının aynı işyeri veya işletme için farklı tarihlerde yetki tespit başvurusunda bulunması halinde Bakanlık ilk başvuruyu öncelikle sonuçlandıracaktır¹⁶⁶. İşletme toplu iş sözleşmesi söz konusu olduğunda ise başvuran sendikaların % 40'ı sağlamakta beraber üye oranları birbirine eşit ise her iki başvuru da reddedilecektir.

Bakanlığın söz konusu işlemleri de kamu otoritesinin belirleyici rolü kapsamında değerlendirilebilir.

d. Yetki belgesinin verilmesi

Yetki tespitine yönelik itirazlarda uyuşmazlığın çözüm yeri mahkemelerdir. İtirazlar kamu otoritelerine değil, mahkemelere yönlendirilir. Bununla beraber, ister yetkiye mahkemede itiraz edilmiş ve karar kesinleşmiş olsun, ister itiraz söz konusu olmaksızın süresi içinde itirazlar yapılmadığı için yetki kesinleşmiş olsun, ilgililere yetki belgesini Bakanlık yani kamu otoritesi vermektedir. Yetki tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemişse, sürenin bitimini takip eden 6 iş günü içinde ilgili sendikaya Bakanlıkça bu belgenin verilmesi gerekmektedir (6356 sK. md. 44, Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik md. 11).

Sendikaya verilen olumlu tespit yazısına o işkolundaki diğer sendikaların ya da işveren veya işveren sendikasının yaptığı itiraz mahkemece reddedilirse, kesinleşme şerhli mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren 6 iş günü içinde ilgili sendikaya Bakanlıkça yetki belgesi verilecektir.

Olumsuz yetki tespit yazısı ile kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen sendikanın itirazı mülga kanun döneminde düzenlenmiş değildi. Ancak idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması Anayasa madde 125 hükmünün de bir gereği olduğundan öngretilen ve yarı kararlarında bu tespite ilişkin itirazın da mümkün olduğu kabul edilmişti¹⁶⁷. 6356 sayılı Kanun ise madde 43/4 hükmüyle konuyu açıkça düzenlemiştir. Olumsuz yetki tespit yazısı alan sendikanın esasında yetkili olduğunu ileri sürerek açtığı itiraz davasında, yetki şartlarına sahip olduğunun yargı kararı ile tespit edilmesi halinde olumlu yetki tespitine itirazda olduğu gibi, kesinleşme şerhli mahkeme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren 6 işgünü içinde ilgili sendikaya Bakanlıkça yetki belgesi verilmesi gerekmektedir. Her üç halde de kamu otoritesi tarafından verilen yetki belgesi, bunu haiz işçi sendikasının hangi işveren veya işveren sendikasıyla hangi işyeri, işyerleri veya işletmede toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğunu gösteren resmi bir yazıdır¹⁶⁸. Bu yazının hazırlanması ve taraflara tebliği için öngörülen süre ise düzen hükmü olup yetki belgesinin bu süreler geçirildikten sonra ilgililere verilmesi yetki belgesinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 224; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 69; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 585.

¹⁶⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 234; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 84; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 592; Narmanlioğlu, s. 384.

¹⁶⁸ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 235.

¹⁶⁹ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 87.

Belirtildiği gibi yetkiye itirazları mahkemeye yapılır, yetki tespitiyle görevli olan kamu otoritesi yetki itirazını inceleyemez. Bununla birlikte usulüne uygun yetki itirazı üzerine Bakanlığın yetki işlemlerini mahkeme kararı kesinleşinceye kadar durdurması gerekir (6356 sK. md. 43/5). Son olarak itirazın mahkemeye intikali aşamasında mahkemeye yapılan itiraza ilişkin dilekçenin Kanun'un md. 2/1 (c) hükmünde belirtilen görevli makama verilmesi de gerekir (6356 sK. md. 43/2). Kamu otoritesine kayıt ettirilmeden mahkemece kabul edilen itiraz dilekçesine dayanılarak açılan davada verilen kararlar bozmayı gerektirmektedir¹⁷⁰. Zira itirazdan haberdar olmayan kamu otoritesi makamlarının yetki işlemlerini durdurması mümkün olamayacaktır¹⁷¹. Yargıtay içtihadına göre de «İşçi sendikaları ve işverenlerin yetki tespitlerine itiraz nedeniyle mahkemeye verdikleri dava dilekçelerini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili Bölge Müdürlüğü'ne (şimdi Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne) kaydettirmesi zorunludur. Davacının mahkemeye müracaatından bir gün önce yetki tespitine itiraz şeklinde Çalışma Bakanlığı'na vermiş olduğu dilekçe, mahkemeye verilen itiraz dilekçesinin Bakanlığa kayıt ettirilmesi anlamını taşımaz. Bu durumda itiraz dilekçesinin reddine karar vermek gerekir.»¹⁷².

3. Toplu görüşme tarihinin belirlenmesi

Taraflardan biri, yetki belgesinin alındığı tarihten itibaren 15 gün içinde yetki belgesinde belirtilmiş olan karşı tarafı toplu görüşmeye çağırmalıdır (6356 sK. md. 46). Taraflardan biri karşı tarafı süresi içinde toplu görüşmeye çağırırken çağrı tarihini de derhal görevli makama bildirmelidir (6356 sK. md. 46/1). Çağrının karşı tarafa tebliğ edilmesi ile beraber, bu sefer de taraflarca toplantının yer, gün ve saatini belirlenmesi ve çağrı tarihi gibi toplantı tarihinin de bir kamu otoritesi olan görevli makama bildirilmesi gerekmektedir. Kamu otoritesine yapılacak bildirim taraflardan biri eliyle yapılması yeterlidir¹⁷³. Görevli makam ise 6356 sayılı Kanun'un md. 2/1-c hükmünde belirtilmektedir.

Taraflar toplu görüşmelerin başlaması için belirlenmesi gereken yer, gün ve saat hususunda anlaşamazlarsa taraflardan birinin başvurusu üzerine görevli makam tarafından derhal belirleme yapılır ve taraflara da bildirilir (6356 sK. md. 47/1). Kanun'un açık hükmü uyarınca görevli makam re'sen yer, saat ve günü belirleyemez¹⁷⁴. Toplantı tarihine ilişkin anlaşma sağlanamamasına rağmen görevli makama başvurulmaması halinde yetkinin hemen düşeceğini söylemek mümkün değildir. Zira görevli makama başvurmayan tarafların çağrı tarihinden itibaren 30 günlük süre içinde kalmak kaydıyla aralarında anlaşarak herhangi bir günde görüşmeye başlamasının önünde bir engel yoktur¹⁷⁵.

2822 sayılı Kanun döneminde, toplantı yeri, günü ve saatinin belirlenmemesi halinde 3 işgünü içinde görevli makama başvurma ve görevli makamın da 6 işgünü içinde tarih belirlenmesi şartına ilişkin fazla ayrıntılı hükümlere 6356 sayılı Kanun'da yer verilmemesi isabetli olmuştur¹⁷⁶. Diğer taraftan çağrı

¹⁷⁰ Yarg. 9. HD., 22.10.1984, E. 9922, K. 8987: Tuncay/Savaş Kutsal, s. 232, dn. 355; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 74.

¹⁷¹ Narmanlıoğlu, s. 387; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 74.

¹⁷² Yarg. 9. HD., 1.12.1992, E. 14038, K. 13118: www.kazanci.com.

¹⁷³ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 238; Narmanlıoğlu, s. 395.

¹⁷⁴ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 98.

¹⁷⁵ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 98.

¹⁷⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 238.

tarihi ile toplantının yer ve zamanının belirlenmesi arasındaki süreye ilişkin hiçbir süre sınırlaması olmaması da mümkündür. Bu süreye ilişkin mülga Kanun'da yer alan süreye ilişkin düzen hükümlerinin kaldırılmış olması karşısında söz konusu boşluk 6356 sayılı Kanun'un 47nci maddesinin ikinci fıkrası dikkate alınarak doldurulmalıdır. Buna göre toplantı yeri ve zamanında anlaşılabilmesi halinde çağrı tarihinden itibaren en geç 30 gün içinde görevli makamın toplantının yapılacağı yer ve zamanı belirlemiş olması gerekir. Zira söz konusu ikinci fıkra uyarınca, çağrı tarihinden itibaren 30 gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmeyen işçi sendikasının yetkisi düşecek, dolayısıyla bu süreyi aşan bir tarihin toplantı tarihi olarak belirlenmesi sonuçsuz kalacaktır. Bununla birlikte öğretilerde bir görüşe göre, 30 günlük sürenin başlangıcı olan tarih, toplu görüşme çağrısının yapıldığı tarih olarak değil, toplu görüşmelerin başlayacağı ilk gün olarak anlaşılmalıdır¹⁷⁷. Fakat bu takdirde 6356 sayılı Kanun açısından, görevli makamın toplantı tarihini belirlemesi için hiçbir düzen hükmü de öngörülmediğinden toplantının başlangıç tarihi için bir sınır kalmamış olacaktır. Dolayısıyla kanımızca, 30 günlük sürenin başlangıcı olarak çağrı tarihi dikkate alınmalıdır¹⁷⁸.

4. Toplu iş sözleşmesinin görevli makama tevdi

Toplu görüşmenin sonunda bir anlaşmaya varılırsa, toplu iş sözleşmesi dört nüsha olarak düzenlenir ve taraf temsilcilerince imzalanır. İki nüshası 6 işgünü içinde çağrıyı yapan taraf tarafından görevli makama tevdi edilir (6356 sK. md. 48). Nüshalardan biri görevli makamda kalır, diğeri görevli makam tarafından Bakanlığa gönderilir¹⁷⁹. Belirtmek gerekir ki, maddede öngörülen toplu iş sözleşmesi nüshalarının 6 işgünü içinde görevli makama tevdi edilmesinin yaptırımı düzenlenmemiştir. Şüphesiz, bu hükme aykırılığın yaptırımı toplu iş sözleşmesinin geçersizliği ya da yetkinin düşmesi olamaz¹⁸⁰.

Bakanlık, kendisine gönderilen toplu iş sözleşmeleri için Çalışma İstatistikleri Bilgi Sistemi üzerinden bir sicil tutar. Toplu iş sözleşmesinin metni üzerinde anlaşmazlık çıktığı takdirde, Bakanlıkça sicile kaydedilmiş metin esas alınır (6356 sK. md. 77; Sendika ve Konfederasyonların Denetim Esasları ve Tutacakları Defterler İle Toplu İş Sözleşmesi Sicili Hakkında Yönetmelik¹⁸¹ md. 14/2, 14/3).

5. Teşmil kararı verilmesi

Teşmil, bir işkolunda bir veya birden fazla işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin uygulama alanının o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan diğer işyerlerine de idari bir kararla yayılması, genişletilmesidir¹⁸². Teşmil yoluyla aynı işkolunda çalışan işçilerin olabildiğince benzer bir çalışma düzenine kavuşturulması ve toplu iş sözleşmesi koruması dışında kalan işyerlerinin azaltılması sağlanmaktadır.

¹⁷⁷ Canbolat, *Arabuluculuk*, s. 258.

¹⁷⁸ Karş. Tuncay/Savaş Kutsal, s. 238.

¹⁷⁹ Konunun birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına girmesi halinde görevli makam Bakanlığın kendisi olduğu için tek gönderim gerekli ve yeterlidir.

¹⁸⁰ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 241; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 595.

¹⁸¹ RG. 26.11.2013, No. 28833.

¹⁸² Tuncay/Savaş Kutsal, s. 269.

Kamu otoritesi (Bakanlar Kurulu), imzalanmış bir toplu iş sözleşmesini, toplu iş sözleşmesinin bulunmadığı alanlara da teşmil edebilir. Ancak kamu otoritesinin bu imkânı sınırlıdır. İlk olarak kamu otoritesi, akdedilen toplu iş sözleşmesinin içeriğini zorunlu olmadıkça değiştirmemelidir¹⁸³. Ayrıca asıl olan tarafların toplu iş sözleşmesi sürecini serbestçe yürütmesi olduğundan teşmil edilen toplu iş sözleşmesi, bu süre zarfında tarafların kendi aralarında anlaşarak toplu iş sözleşmesi yapma imkânını ortadan kaldırmamalıdır. Böylece teşmil, serbest toplu pazarlığın önünde bir engel teşkil etmemelidir¹⁸⁴.

Türk Hukukunda teşmile karar verme yetkisi veya verilmiş teşmil kararını yürürlükten kaldırma yetkisi münhasıran Bakanlar Kuruluna aittir. İşçi veya işveren sendikaları veya diğer ilgililer ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı teşmil kararı alınmasını talep edebilir; ancak Yüksek Hakem Kurulu'nun istişari görüşünü dikkate alarak kararını verecek olan Bakanlar Kuruludur. Bununla birlikte bir talep olmaksızın Bakanlar Kurulu kendiliğinden teşmile karar veremez¹⁸⁵.

Teşmil için aranan şartlar Kanun'da gösterilmiştir. 6356 sayılı Kanun'un teşmili düzenleyen md. 40 hükmü uyarınca Bakanlar Kurulu kararıyla teşmil edilecek toplu iş sözleşmesinin, kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip olan sendikanın yapmış olduğu toplu iş sözleşmesi olması gerekir. 2822 sayılı Kanun döneminden farklı olarak teşmil edilecek toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikanın işçilerin en az yüzde birini temsil etmesi şartı aranmamıştır. Yine 2822 sayılı Kanun'dan farklı olarak teşmil için Yüksek Hakem Kurulu'nun istişari görüşünü alma şartı korunmuşsa da bu görüşün Bakanlar Kuruluna verilme süresi 30 günden 15 güne indirilmiştir¹⁸⁶.

Teşmil kararıyla Bakanlar Kurulu, toplu iş sözleşmesi düzenini toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerlerine de genişletmektedir. Dolayısıyla idarenin teşmil kararı, bir açıdan serbest toplu pazarlık hakkında bir müdahale görünümündedir. Bu nedenle idarene söz konusu teşmil yetkisi sınırsız değildir. Aksi halde sosyal tarafların Anayasa güvencesi altındaki serbest toplu pazarlık hakkı yasaların öngörmediği biçimde sınırlandırılmış olur¹⁸⁷. İlk olarak yetki için başvurulduktan sonra bu yetki işlemleri tamamlanana kadar veya yetki belgesi alındıktan sonra yetki devam ettiği sürece yetki kapsamına giren işyeri veya işyerleri için teşmil kararı alınmamasıdır (6356 sK. md. 40/6). Bu yasak, grev ve lokavt kararı alınmış ve uygulanmakta olan işyerleri için de kuşkusuz geçerlidir¹⁸⁸.

İkinci olarak teşmil edilmiş bir toplu iş sözleşmesinin varlığı teşmil edilen işyeri veya işyerlerinde yetki başvurusu yapmaya engel değildir. Keza bir toplu iş sözleşmesi imzalandığı takdirde orada uygulanmakta olan teşmil kendiliğinden sona erecektir (6356 sK. md. 40/7). Aksi takdirde Anayasal güvence altındaki olan serbest toplu pazarlık hakkı Anayasanın ve yasaların öngörmediği bir biçimde sınırlandırılmış olacaktır.

Bakanlar Kurulu'nun teşmil kararı gerekçesi ve yürürlük tarihi ile beraber Resmi Gazete'de yayımlanır. Buna göre, gerekçenin somut teşmil uygula-

¹⁸³ Sur, 6356 sayılı Kanununun Değerlendirilmesi, s. 344.

¹⁸⁴ Sur, 6356 sayılı Kanununun Değerlendirilmesi, s. 344.

¹⁸⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 272; Narmanlıoğlu, s. 461.

¹⁸⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 270.

¹⁸⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 271.

¹⁸⁸ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 271.

masına dönük olması gerekir. Genel ve soyut teşmil gerekçeleri yasanın aradığı gerekçe şartını sağlamamaktadır¹⁸⁹. Teşmil kararının yürürlüğe girişi ise kararın RG.'de yayımı ile başlar. Teşmil kararlarının geriye etkili olup olamayacağı konusu mülga Kanun döneminde tartışma konusu olmuş, kamu gücünü kullanarak idarenin işverenin iradesi yerine geçmesi ve Bakanlar Kurulunun sözleşmeyi geriye yürütülmesi eleştirilmiştir¹⁹⁰. 6356 sayılı Kanun «*Ancak yürürlük tarihi yayım tarihinden önceki bir tarih olarak belirlenemez.*» diyerek teşmilin geriye etkisini açıkça ve isabetli olarak yasaklamıştır (6356 sK. md. 40/2). Teşmil edilen toplu iş sözleşmesi, süresi bitince sona erebileceği gibi teşmil kararını veren kamu otoritesinin (Bakanlar Kurulunun) kararı ile de sona erdirilebilir.

Belirtmek gerekir ki, bir idari kararla toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı genişletilmiş olmakla beraber teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika, teşmil edilen işyerlerinde taraf sendika konumuna gelmez¹⁹¹. Bunun gibi teşmilden yararlanan işçiler de taraf sendikaya üye haline gelmez¹⁹². Örneğin teşmile konu olan işyerlerinde işyeri sendika temsilcisi atayamaz, işverenin muhatabı olmaz. Keza teşmil edilen işyerlerindeki işçilerin teşmil edilen toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları için taraf sendikaya herhangi bir aidat ödemeleri gerekmez¹⁹³.

Görüldüğü üzere teşmil kararı, bir taraftan idari bir tasarruf olan kararname ile yürürlüğe girmekte; diğer taraftan teşmil edilen toplu iş sözleşmesi kamu otoritesi tarafından Kanun md. 40/1 hükmü uyarınca lüzum görülmesi kaydıyla idare tarafından tamamen veya kısmen değiştirilebilmektedir. Buna rağmen uygulanan sözleşme toplu iş sözleşmesi niteliğini korumaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından ortada karma nitelikli bir hukuki işlem olduğu kabul edilmektedir. Teşmil kişiler açısından bir kaide-i tasarruf işlemidir. O halde teşmil, bir kamu otoritesinin iradesiyle toplu iş sözleşmesinin taraflarının iradesinin yan yana bulunduğu, çift karakterli bir hukuki işlemdir¹⁹⁴.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, gerek teşmil kararnamesi gerekse teşmilin geri alınması kararnamesi idari bir tasarruf olduğundan Kanun'da bu yönde açık bir düzenleme bulunmasa da Danıştay'ın yargı denetimine tabidir¹⁹⁵.

6. Toplu iş sözleşmesinin yetkisizlik nedeniyle iptal edilmesi

6356 sayılı Kanun'un 45inci maddesine göre yetki belgesi bulunmaksızın yapılan toplu iş sözleşmesinde taraflardan birinin veya ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı ve bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğü, Bakanlıkça durumun tespitinden itibaren 45 gün içinde ilgililerce veya Bakanlıkça mahkemede dava yolu ile ileri sürülebilir. Madde uyarınca hükümsüzlüğe karar verebilecek

¹⁸⁹ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 161, dn. 17.

¹⁹⁰ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 163. Geçmişe etkili yürürlüğün, teşmilin ancak aynı işyeri için yenilenmiş olması halinde geçerli olacağı yönünde: Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 619.

¹⁹¹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 276; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 164; Narmanlıoğlu, s. 462.

¹⁹² Tuncay/Savaş Kutsal, s. 276.

¹⁹³ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 275; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 164; Narmanlıoğlu, s. 462.

¹⁹⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 275 vd.; Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 162.

¹⁹⁵ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 164.

olan sadece yargı organı olup görevli ve yetkili mahkeme md. 79 uyarınca başvuru mahkemedir.

Uyuşmazlığı çözümlen yargı organı olmakla birlikte, durumun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılmaktadır. Bakanlığın durumu tespit etmesinden sonra 45 gün içinde ya Bakanlık ya da diğer ilgililer tarafından davanın açılması gerekmektedir. Görüldüğü gibi, kamu otoritesinin yetkisizliği tespit etmesi halinde konuyu bizzat kamu otoritesinin kendisi mahkemeye taşıyabileceği gibi diğer ilgililer de davayı açabilir¹⁹⁶. Söz konusu süre hak düşürücü süre olup bu sürenin geçirilmesi halinde artık toplu iş sözleşmesinin iptali istenemez. Ancak Bakanlığın bu tespiti yapması bir süre ile sınırlı olmayıp bu anın tespiti son derece güçtür¹⁹⁷. Her durumda hak düşürücü süre, Bakanlığın yetkisizliği tespit ettiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak yetki belgesi alınmamış olsa dahi «sözleşmenin yapıldığı tarihte işyerinde çoğunluğa sahip bulunan»¹⁹⁸ yetkili bir sendika tarafından bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesi varsa bu takdirde dava yoluyla sözleşmenin iptali istenemez. Yetkisizlik nedeniyle TİS iptali davasının söz konusu olabilmesi için bağitlanan toplu iş sözleşmesinin gerçekten yetkisiz taraf ya da taraflarca imzalanmış olması gerekmektedir.

Uygulamada, Bakanlığın yetki belgesi alınmadan imzalanan toplu iş sözleşmesinin iptali için açtığı davada Yargıtay 9. HD.¹⁹⁹, her ne kadar sendika yetki tespit yazısı aldıktan sonra yetki belgesi almadan toplu iş sözleşmesi imzalanmışsa da, tarafların sendikadan çoğunluğu bulunmadığı gerekçesiyle açılan yetki tespit belgesine itiraz davasını takip etmeyerek müracaata bırakmaları ve bu sürecin sonunda toplu iş sözleşmesi imzalanması karşısında sendikanın yetki belgesi olmamasının hükümsüzlüğü gerektirmeyeceği sonucuna varmıştır²⁰⁰. Zira yetki için aranan çoğunluk tespitine ilişkin itiraz usulü takip edilmeden ve yetki kesinleştikten sonra –yetki belgesi alınmamış olsa da– artık bu tespiti itiraz olanağı kalmamaktadır. Bununla beraber Yüksek Mahkeme, yetki itirazı incelenmekteyken TİS imzalanıp yürürlüğe konmasını usul ve yasaya aykırı saymış, yetki itirazının devam eden yetki işlemlerini durdurduğu yönündeki yasa hükmünün kamu düzenine ilişkin olduğundan hareketle ilgili TİS'in yetkisiz sendika tarafından imzalandığına ve hükümsüzlüğüne karar vermiştir²⁰¹.

C. Toplu İş Uyuşmazlıklarında Kamu Otoritesinin Rolü

Ülkemizde toplu iş ilişkileri alanında kamu otoritesinin müdahalesi en çok toplu iş uyuşmazlıklarında ortaya çıkmaktadır. Özellikle son dönemlerde yaşanan grev erteleme kararlarıyla konu sıklıkla kamuoyunun gündemine de gelmektedir. Gerek barışçı uyuşmazlık çözümlerinde gerekse grev ve lokavt gibi kavgacı çözüm yolları sırasında kamu otoritesi sendikal hayata müdahale edebilmektedir.

¹⁹⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 286.

¹⁹⁷ Şahlanan, Toplu İş Sözleşmesi, s. 183.

¹⁹⁸ Yarg. 9. HD. 8.4.1992, E. 3561, K. 3931: www.kazanci.com.

¹⁹⁹ Yarg. 9. HD., 23.3.2000, E. 3886, K. 3245: www.kazanci.com.

²⁰⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 643; Narmanhoğlu, s. 472.

²⁰¹ Yarg. HGK., 11.11.1987, E. 9-353, K. 834: www.kazanci.com.

1. Arabuluculuk aşaması

Grev ve lokavta başvurmada önce ya da grev ve lokavt yasağı olan halde barışçı çözüm yolu olan arabuluculuk aşamasının tüketilmesi şarttır (6356 sK. md. 47/2, 49). 6356 sayılı Kanun 2822 sayılı Kanun'un öngördüğü arabuluculuk sisteminden daha sade bir prosedür öngörmüş, gönüllü-zorunlu arabuluculuk ayırımına son vermiştir. Arabulucu atanması aşamasında mahkeme devreden çıkarılmış, arabulucunun Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından belirlenmesi öngörülmüştür. Bununla beraber sistemin özünde temel bir değişiklik öngörülmediği söylenebilir²⁰².

Türk Hukukunda arabulucuya ancak çıkar uyumsuzluklarında başvuru yapılabilir. Arabulucu toplu iş uyumsuzluğunun çözülmesi için taraflara yardımcı olur, buna karşılık tarafları zorlama yetkisine sahip değildir²⁰³. Arabuluculuk grev ve lokavt öncesinde gidilmesi zorunlu bir aşama olsa da tarafların bu aşama sonucunda mutlaka anlaşmaya varması aranmamaktadır. Aksi, serbest toplu pazarlık ilkesi ile bağdaşmaz. Bununla birlikte taraflar arabulucunun karar alma yetkisini kabul eden bir anlaşma yapmışlarsa artık burada arabulucudan değil hakemden söz etmek daha yerinde olur.

2822 sayılı mülga Kanun Bakanlığa bağlı resmi bir arabulucu teşkilatı öngörmüştü. 6356 sayılı Kanun ise yasayı sadeleştirme maksadıyla bu düzenlemelere yer vermemiştir. Ancak bu durum bu teşkilatın kaldırıldığı anlamına gelmez²⁰⁴. Nitekim Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği²⁰⁵ yayınlanmış, teşkilat yapısı düzenlenmiştir. Buna göre arabuluculuk faaliyeti resmi bir kuruluş olan arabuluculuk teşkilatı tarafından yürütülmekte, resmi arabulucu olarak görevlendirilenler bir anlamda kamu görevi ifa etmektedirler²⁰⁶. Zira bu kişiler kanuna dayanan zorunlu bir kamu görevini yerine getirmekte, çalışma barışını sağlama amacını gerçekleştirmeye çalışmaktadırlar.

Arabuluculuk aşamasının sonunda anlaşma sağlanmadığı takdirde uyumsuzluk tutanağını alan taraflardan biri durumu altı işgünü içinde görevli makama bildirmelidir. Bu süre içinde kamu otoritesine uyumsuzluğun bildirilmesi özellikle önemlidir, zira bu bildirim yapılmadığı takdirde sendika yetkisini kaybetmektedir²⁰⁷. Diğer taraftan taraflar süre henüz sona ermeden birlikte düzenleyecekleri bir tutanakla arabuluculuk faaliyetinin başlamasını görev makamdan talep edebilirler²⁰⁸.

Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız arabuluculuk sistemi, kamu otoritesinin süreç üzerinde belirleyici olması, arabulucunun taraflara etkin herhangi bir öneri sunma imkânı bulunamaması ve arabulucunun belirlenmesi aşamasında tarafların etkisinin çok sınırlı olması gibi nedenlerle sıklıkla eleştiri-

²⁰² Sur, 6356 sayılı Kanununun Değerlendirilmesi, s. 344. Ayrıca bkz. Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği, md. 5, 8-9.

²⁰³ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 326; T. Canbolat, 6356 sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 253.

²⁰⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 326.

²⁰⁵ RG. 7.12.2013, No. 28844. Konunun tüzük yerine yönetmelik ile düzenlenmesine ilişkin eleştiri için bkz. Canbolat, Arabuluculuk, s. 255.

²⁰⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 326; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 656.

²⁰⁷ N. Caniklioğlu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyumsuzluklarının Çözümüne İlişkin Yeni Düzenlemeleri, İşveren Dergisi, C. 50, S. 6, Kasım-Aralık 2012, s. 54.

²⁰⁸ Canbolat, Arabuluculuk, s. 254.

rilmektedir²⁰⁹. Zira Bakanlığın çağrısı ile toplanan seçici kurul resmi arabulucu listesini hazırlamakta, taraflar da kamu otoritesi tarafından belirlenen söz konusu listede yer alan kişiler arasında arabulucu seçilmesi üzerinde anlaşma sağlamak zorunda bırakılmaktadır. Anlaşma sağlanmadığı takdirde bu defa bir diğer kamu otoritesi olan Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü aynı liste içinden bir arabulucuyu re'sen tayin etmektedir. Oysa aşağıda inceleneceği üzere kamu otoritesine tanınan siyasi arabuluculuk yetkisi kullanıldığı takdirde kamu otoritesi söz konusu liste ile bağlı değildir. Böylelikle taraflara tanınmayan bir serbesti kamu otoritesine tanınmış olmaktadır ki, bu düzenleme de kanımızca eleştiriye açıktır²¹⁰.

2. Siyasi organın arabuluculuğu

6356 sayılı Kanun grev ve lokavtın ertelenmesi halinde uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk aşamasına başvurulmasını, Bakanlığın arabuluculuk yapmasını öngörmüştür. Buna aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun yeni bir düzenleme ile siyasi organın arabuluculuğu kurumunu genişletmiştir²¹¹. Kanun'un md. 60/7 hükmüne göre kanuni grev kararı alınan bir uyuşmazlıkta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendirebilir. Bu yola başvurulması zorunlu olmamakla beraber söz konusu düzenlemeyle Bakana istediği her toplu iş uyuşmazlığına arabulucu sıfatıyla da olsa müdahale imkânı verilmektedir. Bu hüküm kuşkusuz serbest toplu pazarlık ilkesi ile bağdaşmamaktadır²¹². Zira alınmış bir grev kararı için zaten öncelikle arabulucu aşamasından geçilmesi gerekmektedir. Bakanın takdirine göre bir kez daha bu yola başvurulması gerekecek ve süreç siyasi otoritenin müdahalesine açık hale gelecektir. Üstelik Bakanın bu durumda görevi bizzat ya da başka kişi aracılığı ile yerine getirebileceği ifadesinden Bakanın atayacağı arabulucunun resmi listede yer almasına gerek olmadığı sonucu da çıkmaktadır²¹³.

3. Grev oylaması

Grev oylaması, toplu pazarlık sistemimizin uygulanmasında başvuru demokratik yollardan biridir. 6356 sayılı Kanun yasal greve karar verme yetkisini işçilere değil, işçi sendikalarına tanımış olmakla beraber işçilere çoğunluk iradesi ile greve engel olma imkânı vermiştir. Buna göre grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az 1/4'ünün talebiyle,

²⁰⁹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 333-334; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 656 vd. Ayrıca konunun Tüzük yerine Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi de eleştirilmektedir: Canbolat, Arabuluculuk, s. 255.

²¹⁰ Canbolat, Arabuluculuk, s. 254 vd., 264. Bakan'ın atayacağı siyasi kişinin arabuluculuğu söz konusu olduğunda kamu otoritesinin resmi liste ile bağlı olduğu yönünde aksi görüşte: K. Tunçomağ/T. Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, s. 420.

²¹¹ Söz konusu kurum öğretide olağanüstü arabuluculuk olarak da ifade edilmektedir: Tuncay/Savaş Kutsal, s. 333; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 652.

²¹² Tuncay/Savaş Kutsal, s. 333; Caniklioğlu, Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümü, s. 54; Alpagut, Uluslararası Normlara Uyum, s. 41. Aksi yönde: Canbolat, Arabuluculuk, s. 255. Karş. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 653 vd. Bu imkanın ihtiyatla kullanılması gerektiği yönünde: Sur, 6356 sayılı Kanununun Değerlendirilmesi, s. 345.

²¹³ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 333. Aksi yönde: Tunçomağ/Centel, s. 420. Ayrıca bu görüşe göre atanan kişi Bakana yardımcı olmakla görevlidir.

ilandan itibaren 6 işgünü içinde işyerinin bağlı bulunduğu görevli makamca, yani bir kamu otoritesi tarafından grev oylaması yapılır. Bunun için grev oylaması talebinin, grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yazılı olarak bildirilmesi gerekir (6356 sK. md. 61; Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik, md. 12/1).

Belirtmek gerekir ki, grev oylaması her grev için öngörülmüş olan, grevin yasal hale gelmesi için geçirilmesi gereken bir aşama değildir²¹⁴. Yasa dışı grev için oylama talep edilmesi zaten söz konusu olamayacaktır. Ancak yeterli çoğunluktaki grev oylaması talebi üzerine oylamanın yapılması zorunlu hale gelmekte, aksi halde grev yasa dışı sayılmaktadır. 2822 sayılı Kanun'da en büyük mülki amire yönetilen grev oylaması talebi, 6356 sayılı Kanun Kanun'da değiştirilmiş ve talebin muhatabı görevli makam olarak belirlenmiştir²¹⁵. Söz konusu değişiklik yerindedir, zira mülga Kanun uygulamasında da mülki amir bu talepleri görevli makama iletmekteydi. Bu halde grev oylamasının Kanunda aranan işçilerin 1/4'ünün talepte bulunması şartını sağlanıp sağlanmadığını görevli makam belirleyecektir.

Yapılan grev oylaması neticesinde grevin ilan edildiği tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu greve hayır oyu vermişlerse o işyerinde grev uygulanamaz (6356 sK. md. 61/3). Grev oylamasının sonucu görevli makam tarafından üç nüsha olarak bir tutanakla düzenlenir. Tutanağın bir nüshası görevli makamda saklanır. Diğer nüshalar ise, işveren veya işveren sendikası ile grev kararı veren işçi sendikasına gönderilir (Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik, md. 14/2). Grev oylamasına taraf işçi veya işveren sendikaları ya da sendika üyesi olmayan işverenin oylamaya itiraz hakları saklıdır.

Greve hayır oyu çıkması durumunda, oylamadan itibaren 60 gün içinde taraflar anlaşamazlar veya grev kararının kesinleşmesinden itibaren işçi sendikası 6 işgünü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz (6356 sK. md. 61/3). Görülmektedir ki, bu halde YHK'na başvurma hakkı sadece uyuşmazlığa taraf işçi sendikasına tanınmıştır²¹⁶. Bu aşamada kamu otoritesinin uyuşmazlığa kendiliğinden el koyma yetkisi bulunmamaktadır²¹⁷.

Diğer taraftan hükmün «Oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanamaz. Bu durumda 60 ıncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar anlaşma sağlanamazsa veya 51 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.» şeklindeki ifadesinden iki imkan varmış izlenimi doğmaktadır. «Oylamadan itibaren 60 gün içinde taraflar anlaşamazlar ise» ifadesi, olağan arabuluculuk için öngörülen 60 günlük süre içinde taraflar uyuşmazlığı tutanakla tespit edip sendika tarafından grev kararı alınmış, ancak henüz 60 günlük toplu görüşme süresi sona ermeden grev oylaması tamamlanmışsa yani taraflara tanınan 60 günlük süre henüz dolmadıysa, bu ihtimalde grev oylamasında greve hayır oyu çıkmış olsa bile tarafların anlaşma

²¹⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 380; Narmanlıoğlu, s. 648.

²¹⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 380.

²¹⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 383.

²¹⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 384.

yoluna devam etmesine imkân tanınmış olması olarak yorumlanabilir²¹⁸. Zira 60 günlük süre tüketilmişse görüşmelere devam etme imkânı söz konusu olmayacaktır. Bu halde başvurulacak tek imkân Kanun ve Yönetmelik madde 16/2 ifadesi uyarınca işçi sendikasının « (veya) grev kararının kesinleşmesinden itibaren 6 işgünü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurması » yoluna gitmesi olacaktır. Bununla beraber uygulamada bu işlemlerin tümünün 60 günlük toplu görüşme süresi içinde tamamlanıp bitirilmesi mümkün değildir. Öğretide de baskın görüş, madde gerekçesinin de konuya ilişkin sessizliği karşısında sendikanın başvurabileceği tek yolun altı işgünü içerisinde YHK'na başvurulması olduğu²¹⁹ ve maddede yer alan ifadenin ilk kısmının göz ardı edilmesi gerektiği yönündedir.

Konuya ilişkin bir diğer düzenleme ise Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır. Yönetmeliğin ilgili fıkrasının devamında altı işgünlük sürenin grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren başlayacağı düzenlenmiştir (Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik md. 16/3). Söz konusu prosedür Kanun'un yarattığı çelişkiyi giderdiği için yerinde olmakla beraber konunun Yönetmelik düzenlemesi ile değil Kanun düzenlemesiyle çözümleniş gerektiği kanısındayız²²⁰.

Oylamanın tekrarını gerektiren bir sebeple grev oylamasının iptali halinde ise yeni talebe gerek olmaksızın oylamanın tekrar edilmesi gerekir²²¹. Aksi halde alınan grev kararının kanuna uygun olmadığını kabul etmek gerekir. Yönetmelik düzenlemesi de bu yöndedir (Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik md. 15/3).

4. Grev ve lokavt yasakları ve zorunlu tahkim

6356 sayılı Kanun grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve işyerlerini tek bir madde altında birleştirmiştir. Kanun'un md. 62/1 hükmünde sürekli grev yasakları sayılmıştır. Buna göre, can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; 'bankacılık hizmetlerinde'²²²; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve 'şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde'²²³ ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz. Grev ve lokavtın yasak olduğu bu hallerde toplu iş sözleşmesi uyumsuzluğun ortaya çıktığında taraflardan her biri YHK'na başvurabilir (6356 sK. md. 51). Bu kısma eklenebilecek yeni yasak

²¹⁸ T. Centel, Grev Yasaklarına ve Sınırlamalarına Topluca Bakış, TİSK Akademi, 2013/1, s. 15.

²¹⁹ Canıklıoğlu, Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümü, s. 56; Alpogut, s. 42-43.

²²⁰ B. Savaş Kutsal, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na İlişkin Düzenleme Aksaklıkları, İ; ş Hukukunda Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No: 5, İstanbul 2014, s. 24.

²²¹ Tunçomağ/Centel, s. 443; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 384; Narmanlıoğlu, Akademik Forum, Genel Görüşme, s. 477.

²²² AYM, 22.10.2014 tarihinde henüz RG'de yayımlanmamış kararı uyarınca bu ifadeyi iptal etmiştir: <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/636/636.pdf>. Erişim tarihi: 7.7.2015.

²²³ AYM, 22.10.2014 tarihinde henüz RG'de yayımlanmamış kararı uyarınca bu ifadeyi iptal etmiştir: <http://www.anayasa.gov.tr/Gundem/Detay/636/636.pdf>. Erişim tarihi: 7.7.2015.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile getirilmiştir. Buna göre 'Bu Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütölen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamaz.' (6362 sK. md. 137/2).

İkinci fıkrada ise grev ve lokavtın geçici süreliğine yasaklandığı haller düzenlenmiştir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiğı yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavt yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı işgünü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir. Böylece grev ya da lokavt kararı uygulamaya konulabilir. Diğer taraftan genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiğinde Bakanlar Kurulu bundan etkilenen işyerleri için yasak kararı alırsa taraflar yasak kararının kalkmasını beklemek zorunda değildir, yasak karardan itibaren 6 işgünü içinde YHK'na uyuşmazlığın çözümü için başvurabilir (6356 sK. md. 51).

6356 sayılı Kanun, grev yasaklarını esas itibarıyla azaltmıştır. ILO eleştirileri de dikkate alınarak noterlik, termik santralleri besleyen linyit üretimi, aşı ve serum imal eden müesseseler, eczane, klinik, sanatoryum, prevantoryum, dispanser gibi sağlıkla ilgili işyerleri, eğitim ve öğretim kurumları, çocuk bakım evleri ve huzurevlerindeki grev yasakları kaldırılmıştır. Ayrıca hava taşıma işlerine getirilen son yasağa da yer verilmemiştir.

Bununla beraber md. 62/3 hükmüyle bir yasak alanı demir yolu araçlarına da genişletilmiştir. Buna göre «Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz». Buna karşılık savaş hali ve seferberlik sırasındaki grev yasağı kaldırılmıştır. Ancak bu durumlarda yasak bulunmasa da grev ertelemesi ya da bizzat sendikanın grev kararını kaldırması söz konusu olabileceğı belirtilmektedir²²⁴.

Grev yasaklarında öngörölen zorunlu tahkim ILO düzenlemelerine göre belirli koşul ve hallerle sınırlı olmak üzere kullanılabilir bir çözüm yöntemidir. Ayrıca greve gidilmeyecek hallerde söz konusu olabilir. Bu durumda grev yasaklarının belirli koşul ve hallerle sınırlı kalması önem kazanmaktadır. Bunun gibi tahkim tarafların güvenini sağlamış bağımsız bir organ tarafından yürütölmelidir. Aksi halde zorunlu tahkim, serbest toplu pazarlık esasıyla bağdaşmayacaktır.

Belirtildiğı gibi ILO grev yasaklarının sınırlı bir kesim için öngörölebileceğini kabul etmektedir²²⁵. Devlet adına kamu gücünü kullanma yetkisine sahip devlet memurları grev dışında tutulabilir. Keza kesintiye uğraması halkın geneli veya bir bölümünün yaşamı, güvenliği ya da kişisel sağlığını tehlikeye düşeceği hizmetlerde de grev yasağı öngörülebilir. ILO temel hizmet sayılamayan çeşitli işleri de örneklendirmiştir. Buna göre petrol tesisleri ve bankacılık işlemleri, pilotlar ve demiryolları grev yasağı kapsamında değildir²²⁶. Bu nedenle 6356 sK. md. 62/1 hükmü uyarınca getirilen ve AYM tarafından Anayasa'ya aykırılık iddiası reddedilen «cenaze işlerinde, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı

²²⁴ Centel, Grev Yasak ve Sınırlamalarına Toplu Bakış, s. 17-18.

²²⁵ Sur, 6356 sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 349.

²²⁶ Sur, 6356 sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 350; Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva 2006, par. 587.

ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerindeki grev ve lokavt yasakları ile 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca getirilen «borsalar ve teşkilatlandırılmış diğer pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları ile Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. tarafından yürütülen hizmetlerdeki grev ve lokavt yasakları» tartışmaya açıktır.

6356 sayılı Kanun'un 62. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen işlerde ise yasal bir grev ve lokavt kararı alınmasına bir engel yoktur. Sadece kararın uygulanmasını geciktiren bir hal söz konusudur. Buna göre başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş olan deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz. Grevin uygulanacağı tarihte araç yolculukta ise grev kararı yolculuğun bitmesine kadar ertelemiş olur²²⁷. Dolayısıyla bu halde YHK'na başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Hukukumuzda olduğu gibi hak uyuşmazlıklarında grev yoluna başvurulmasının hukuka aykırı kabul edilmesi halinde, TİS'ten doğan yorum ya da uygulama sorunlarına ilişkin bireysel ya da toplu şikayetleri çözüme kavuşturacak bağımsız ve hızlı hakem mekanizmasının öngörülmüş olması ILO tarafından tavsiye edilmektedir²²⁸.

5. Grev ve lokavtın ertelenmesi

Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt, genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kanunda belirlenmiş olup Bakanlığın takdiri ile daha uzun süreli erteleme kararı verilmesi mümkün değildir²²⁹. Erteleme, kararın yayımı tarihinde başlar (6356 sK. md. 63). Böylece kanundan doğan grev yasaklarından farklı olarak, belli durumların varlığı halinde grevin uygulanmasına karşı idari bir engel ortaya çıkmaktadır²³⁰. Bakanlar Kurulu genel bir erteleme kararı veremeyeceği gibi, henüz grev kararı alınmamış bir yerde ertelemeye de başvuramaz. Grev kararı alınmış her bir somut olay için ayrı bir grev erteleme kararı almak ve bu kararı gerekçelendirmek gerekir²³¹. «Genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu niteliğin» ne olduğu Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na bakılarak belirlenebilir. Bu niteliğin var olup olmadığı ise kamu otoritesinin takdirindedir; ancak karar, idari bir karar olması sebebiyle yargı denetimine açıktır. Dolayısıyla Kanun'da açıkça ifade edilmese de erteleme kararı aleyhine Danıştay'da iptal davası açılması mümkündür²³². Erteleme kararı ile kişilerin sendikal hakları sınırlanmaktadır. Bu nedenle Bakanlar Kurulu bu yetkisini amacı aşacak şekilde kullan-

²²⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 346; Caniklioğlu, Grevin Ertenilmesi, s. 306. Söz konusu yasak hayvan ve eşya taşımacılığı için de geçerlidir: aynı yer.

²²⁸ Gernigon/Odero/Guido, s. 60. ILO'ya göre bu uygulama ile sadece sözleşme süresi boyunca ortaya çıkan yorum ve uygulama güçlükleri göz önüne serilmiş olmaz, aynı zamanda sözleşme süresince ortaya çıkan problemlerin belirlenerek sonraki TİS görüşmelerine de ışık tutulmuş olur.

²²⁹ Narmanlioğlu, s. 634.

²³⁰ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 376.

²³¹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 376; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 688 vd.

²³² Tuncay/Savaş Kutsal, s. 377; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 689; Narmanlioğlu, s. 634; N. Caniklioğlu, 6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertenilmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, s. 309.

mamalı, erteleme sebepleri dar yorumlanmalıdır²³³. 2822 sayılı Kanun'un aksine, 6356 sayılı Kanun'da kararnameden açıkça söz edilmemişse de erteleme kararının ancak Bakanlar Kurulu kararnamesinin Resmi Gazete'de yayımlanması ile sonuç doğuracağı kuşkusuzdur.

Erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının bizzat kendisi ya da seçeceği bir arabulucunun yardımı ile erteleme süresince uyuşmazlığın çözümü için çaba sarf edilir. Ertelemenin sona erdiği tarihe kadar taraflar arasında yine de anlaşamamışlarsa 60 günlük sürenin sonundan başlayarak altı işgünü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kuruluna (YHK) götürülür ve orada çözümlenir. 2822 sayılı Kanun'da uyuşmazlığı YHK'na götürme görevi Bakana verilmişken, yeni düzenlemede Bakanlık devreden çıkarılmış ve YHK'na başvuru görevi taraflara bırakılmıştır. Böylece sadece taraflardan birinin istemiyle YHK'na erteleme başvurusu yapılabilecektir. Bu açıdan kamu otoritesinin müdahalesi sınırlandırılmışsa da erteleme kararının bağımsız bir organ tarafından -örneğin mahkeme tarafından- alınmıyor olması eleştirilerin devam etmesine sebep olabilecektir²³⁴. Diğer taraftan erteleme kararının sürekli yasağa dönüşmesi, erteleme sonunda zorunlu tahkime gidilmesi de eleştiri konusu olmaya devam edecektir.

Son olarak grevin ertelenmesi kararı idari bir işlem olup söz konusu işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkânsız zararların doğması söz konusu olacaksa Danıştay yürütmenin durdurulmasına da karar verebilir. Bu halde ertelenen greve kaldığı yerden devam edilebilir kanısındayız²³⁵.

Grevin ertelenmesinde kamu otoritesinin rolü açısından önemli olan, siyasi otorite tarafından grev veya lokavtı erteleme kararı bir kere verildiğinde tarafların elinde anlaşmaya varmak ya da YHK'na başvurmak dışında bir imkânın kalmamasıdır. Erteleme kararından sonra ertelemeye dayanak olan nedenler ortadan kalksa da artık grev ve lokavt aşamasına geçilemez. Bu husus siyasi iradenin grev ertelenmesi kararını grev yasağına dönüştürdüğünden serbest toplu pazarlık hakkı ile bağdaşmamaktadır²³⁶. Zira erteleme süresi içinde uyuşmazlık tarafların anlaşması ile veya arabulucu ya da özel hakemin uyuşmazlığı çözümlemesi ile sonuçlanmazsa, süresi içinde YHK'na başvurulmalıdır. Aksi takdirde sendikanın yetkisi düşer. Keza AY madde 54 hükmündeki erteleme sonucunda YHK'nca uyuşmazlığın çözüleceği hükmü de varlığını korumaktadır. Bu da ister istemez grev ertelenmesi kararını bir grev yasağına dönüştürmekte ve öğretide eleştirilmektedir²³⁷. ILO da konuya ilişkin yorum ve kararlarında erteleme kararının tarafların güvenini kazanmış, tarafsız bir kurula bırakılması gerektiğini belirtmektedir²³⁸. Öğretiye göre erteleme kararı sonunda grev hakkının tekrar kullanılabilir hale gelmesi gerekmektedir²³⁹.

²³³ Caniklioğlu, Grevin Ertenenmesi, s. 309.

²³⁴ Sur, 6356 sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 350; Caniklioğlu, Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Yeni Düzenlemeleri, s. 56.

²³⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 378 ve dn. 220'de anılan yazarlar; Caniklioğlu, Grevin Ertenenmesi, s. 309.

²³⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 379; Kutal, İptal İstemi, s. 24.

²³⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 379; Sur, 6356 sayılı Kanunun Değerlendirilmesi, s. 351; Caniklioğlu, Grevin Ertenenmesi, s. 313.

²³⁸ Kutal, İptal İstemi, s. 24. Olması gereken hukuk açısından, kamu otoritesinin erteleme nedenlerini tespit etmesi halinde mahkemeye başvurarak yargı kararı ile ertelemeye

6. Grev ve lokavta katılamayacak işçilerin belirlenmesi

6356 sayılı Kanun uyarınca grev ve lokavta katılamayacak işçileri tespit işlemi süre geçirilmesine rağmen tamamlanmamışsa bu görev kamu otoritesine (yani Bakanlığa) bırakılmıştır. İşyerinde çalışan işçilerin hiçbir surette üretim veya satışa yönelik olmamak kaydıyla niteliği bakımından sürekli olmasında teknik zorunluluk bulunan işlerde faaliyetin devamlılığını veya işyeri güvenliğini, makine ve demirbaş eşyalarının, gereçlerinin, ham madde, yarı mamul ve mamul maddelerin bozulmamasını ya da hayvan ve bitkilerin korunmasını sağlayacak sayıdaki kısmının, yasa gereği kanuni grev ve lokavt sırasında çalışmak, işveren de bunları çalıştırmak zorundadır (md. 65/1). Özel güvenlik görevlilerinin grev ve lokavta katılmaları ise özel kanunla yasaklanmıştır. Bunlar grev oylaması bakımından ne işyerindeki işçi sayısında ne de oylamaya katılma hesabında nazara alınır²⁴⁰.

Grev ve lokavta katılamayacak işçiler her ne sebeple olursa olsun kanuni süre içinde tespit edilmemiş ise işveren veya işçi sendikası çalışacak işçi sayısının tespitini süre geçtikten sonra da görevli makamdan isteyebilir. Görevli makam bu tespiti en kısa zamanda yaparak taraflara tebliğ eder. Gerekli hallerde görevli makam re'sen de tespitte bulunabilir. Görevli makamın tespitine karşı, taraflardan her biri mahkemeye altı işgünü içinde itiraz edebilir. Mahkeme altı işgünü içinde kesin olarak karar verir (md. 65/3).

7. Grev veya lokavtın kötüye kullanılması

6356 sayılı Kanun md. 72 uyarınca taraflardan birinin ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başvurusu üzerine mahkemeden grev veya lokavt hakkının kötü niyetli kullanıldığının tespiti istenebilir. Kanunda lokavtın iki türlü kötü niyetli uygulaması düzenlenmiştir. Birincisi taraflardan birinin ya da Bakanlığın başvurusu üzerine lokavtın iyiniyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına veya milli servete zarar verecek biçimde kullanıldığının mahkeme kararı ile tespit edilmesi halinde lokavtın durdurulacağına karar verilmesidir. Grev veya lokavtın kötü niyetle toplum zararına veya kötü niyetle milli servete zarar verecek nitelikte olması yeterlidir, bu şartların birlikte bulunması gerekmez²⁴¹. Grev hakkından farklı olarak lokavtın kötüye kullanılmasına ilişkin üçüncü ihtimal ise ikinci fıkrada «Kanuni bir lokavtın işyerini temelli olarak kapalı tutmak amacıyla yapıldığı kesinleşmiş mahkeme kararıyla belirlenmesi» düzenlenmiştir.

Böyle bir kötüye kullanımdan söz edebilmek için gerek grevin gerekse lokavtın yasaya uygun olması yani hem mesleki amacı sağlaması hem de kanundaki usule uygun olarak alınmış bir karara dayanması gerekir²⁴². Aksi takdirde Kanun'un tanımadığı bir hakkın kötüye kullanımından da söz edilemeyecektir.

karar verilmesi gerektiği yönünde: Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 690; Canıklıoğlu, Grevin Ertelenmesi, s. 314.

²³⁹ Dereli, s. 61-62.

²⁴⁰ 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun (md. 17, 18); RG. 26.6.2004, No. 25504.

²⁴¹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 436 vd.

²⁴² Tuncay/Savaş Kutsal, s. 437.

8. Mülki amirin yetkileri

6356 sayılı Kanun md. 74 uyarınca mahallin en büyük mülki amirleri halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak, «işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak tedbirleri» alırlar. Ancak grev ve lokavtın uygulanması sırasında mahallin en büyük mülki amirinin kamu düzenine ilişkin alacağı bu tedbirler, kanuni bir grev veya lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşımamalıdır. Siyasi otoritenin tedbir maksatlı müdahalesi kamu düzeniyle sınırlı kalıp kanuni grev ve lokavt hakkını, dolayısıyla serbest pazarlık hakkını kullanılamaz hale getirmemelidir. Konuya ilişkin yargı içtihadı oluşmamış, Grev ve Lokavtlarda Mülki İdare Amirlerince Alınacak Önlemlere İlişkin Tüzük de yürürlükten kaldırılmıştır²⁴³.

Bununla beraber kanuni bir grev ve lokavtın genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte olması halinde bu grevi erteleme yetkisinin münhasıran Bakanlar Kurulunda bulunduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla kamu otoritesi sıfatıyla mülki amire verilen yetkinin, Kanun'la belirlenen bu sınırlamayı aşarak Bakanlar Kurulu aleyhine yetki gaspı oluşturacak veya grevin amacını etkisiz kılacak biçimde yorumlanması kanımızca mümkün değildir.

9. Sıkıyönetim komutanının yetkileri

1402 sK. md. 3/f hükmü gereği sıkıyönetim uygulanan yerlerde sıkıyönetim komutanının grev, lokavt yetkilerinin kullanılmasını, irade beyanı, referandum gibi sendikalar faaliyetleri sürekli olarak durdurmak veya izine bağlamak yetkisi vardır. Bu durumlarda da taraflardan birinin YHK'na başvurabileceğini kabul etmek gerekir. Durdurma kararının kaldırılması üzerine ise 6356 sayılı Kanun md. 60'daki sürelerle uyularak grev (veya lokavt) tekrar uygulamaya konabilir²⁴⁴.

Sıkıyönetim komutanı aynı zamanda tahrip, yağma, işgal, fiili durum, boykot, iş yavaşlatılması, çalışma özgürlüğünün kısıtlanması ve işyerlerinin kapatılması gibi hareketleri yasaklayabilir, önleyebilir veya önleyici tedbirleri de alabilir.

D. Kamu Kesiminde Yürütülen Toplu Görüşmelerde

Kamu görevlilerinin sendikalaşma ve toplu görüşme hakları 25.6.2001 tarih ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kamu kesimindeki toplu görüşmeler sırasında kamu makamları işveren tarafı olarak süreçte yer aldıkları için inceleme dışında tutulmuşlarsa da grev ve lokavtın yasak olduğu bu toplu görüşmeler sırasında da kamu otoritesi üçüncü bir taraf olarak uyuşmazlığa müdahale edebilmektedir. Bu halde devreye giren kamu otoritesinin bağımsız ve tarafsız olması gerektiği şüphesizdir.

Yukarıda belirtildiği üzere işkolu esasına örgütlenme esasına getirilen tek istisna kamu işveren sendikalarına ilişkindir. Genel kuralın aksine, kamu işveren sendikalarının aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve faaliyette bulunması şartı aranmaz (6356 sK. md. 3/2). Bununla beraber kamu görevlileri sendikaları belirlenen 11 hizmet kolundan birinde ve Türkiye çapında faaliyette bulunmak üzere kurulurlar (4688 sK. md. 4). Sendikaların

²⁴³ RG. 5.5.2015, No. 29346.

²⁴⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 344.

kuruluş işlemlerinde dilekçeler sendika merkezinin bulunduğu ilin valiliğine verilir ve tevdi ile birlikte tüzel kişilik kazanılır (4688 sK. md. 6/3).

Tüzüğün veya sayılan belgelerin içerdikleri bilgilerin kanuna aykırılığının tespit edilmesi ya da bu Kanunda öngörülen kuruluş koşullarının gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde, ilgili valilik eksikliklerin bir ay içinde tamamlanmasını isteme imkânına sahiptir. Koşullar sağlanmadığı takdirde sendika veya konfederasyonun faaliyetinin durdurulması için kamu otoritesi sıfatıyla ilgili valiliğin bir ay içinde iş mahkemesine başvurma ve yargı yolunu işletme yetkisi vardır (4688 sK. md. 6/7).

Kamu görevlileri sendikaları açısından da sendika en küçük örgütlenme birimi, konfederasyon ise tek üst kuruluş tipi olarak belirlenmiş ve sosyal taraflara serbestçe belirleme imkânı tanınmaksızın örgütlenme modeli, kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır.

Kurucularda aranan şartlar açısından ise kamu görevlisi olma şartının yanında 4688 sayılı Kanun'un madde 43 atfıyla 6356 sayılı Kanun hükümleri ve o hükümlerdeki değişiklikler de dikkate alınacaktır. Bununla beraber kanımızca, Türk vatandaşı olma şartının 6356 sayılı Kanun'dan kaldırılmış olması 4688 sayılı Kanun anlamında bir değişikliğe sebep olmayacaktır. Zira 657 sayılı DMK uyarınca kamu görevlisi olmak için zaten Türk vatandaşı olmak gerekmektedir²⁴⁵. Diğer taraftan 4688 sayılı Kanun'dan 'en az iki yıldan beri kamu görevlisi olma' şartının yürürlükten kaldırılmasıyla²⁴⁶ beraber, 6356 sayılı Kanun'da aynı işkolunda fiilen çalışma şartının kaldırılan ve fiilen çalışmayı yeterli sayan hüküm de kamu görevlileri açısından da uygulama alanı bulacak ve kamu görevlisi olarak fiilen çalışma yeterli olacaktır.

Genel kurul tarafından zorunlu organlara seçilecek üyelerin ad ve soyadları, meslekleri, adresleri vesair belgeler kamu otoritesine bildirilir, buna göre söz konusu belgelerin kuruluşun bulunduğu ilin valiliklerine ve Bakanlığa 30 gün içinde verilmesi gerekmektedir (md. 8/3). Belgelerin Devlet Personal Başkanlığına da verilmesini öngören düzenleme ise 6289 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır²⁴⁷. Sendika ve konfederasyonların amaçlarına uyan uluslararası kuruluşlara üye olmaları mümkündür, bununla birlikte üyeliklerinin gerçekleşme tarihinden itibaren 15 gün içinde Bakanlığa bildirilmesi gerekmektedir (md. 17/3).

Kamu görevlileri sendika ve konfederasyonlarının gelir ve giderleri de Kanun'da ayrıca düzenlenmektedir (4688 sK. md. 24 ve 26). Bu hüküm uyarınca sendika ve üst kuruluşların yasaklanmamış kurum ve kuruluşlardan bağış ve yardım alabilecekleri, yasağın ise kendilerinin veya Türkiye Cumhuriyeti Devletinin üyesi bulunduğu uluslararası kuruluşlar hariç, dış kaynaklardan Bakanlar Kurulunun izni olmadan alınan yardım ve bağışlara ilişkin olduğu görülmektedir (md. 24). Bunun yanı sıra madde 20/2 hükmüne göre kamu görevlileri sendika ve konfederasyonları kamu makamlarından da maddi yardım kabul edemez, siyasi partilerden maddi yardım alamaz ve onlara maddi yardımda bulunamazlar²⁴⁸.

²⁴⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 459. Aynı yönde: Demir, s. 28.

²⁴⁶ 4.4.2012 tarih ve 6289 sK.: RG. 11.4.2012, No. 28261.

²⁴⁷ 4.4.2012 tarih ve 6289 sK.: RG. 11.4.2012, No. 28261.

²⁴⁸ Bu hükümlerin Dernekler Kanunu md. 10/1 hükmü ile ilişkisi için bkz. Tuncay/Savaş Kutsal, s. 478 vd.

6356 sayılı Kanun'da yer verilmeyen²⁴⁹ konfederasyonların sendikalar üzerindeki denetim yetkisi ise kamu görevlileri sendikaları açısından devam etmektedir. Sendika ve konfederasyonlar her hesap ya da bütçe dönemine ait bilanço ve hesaplarıyla çalışma ve denetleme raporlarını ait oldukları dönemi izleyen üç ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına; sendikalar ayrıca bağlı buldukları konfederasyona gönderirler (md. 27/3). Sendika ve konfederasyonların yıllık hesapları 1.6.1989 tarih ve 3568 sayılı Kanuna göre yeminli mali müşavirler tarafından denetlenerek raporlar kurula sunulur (md. 27/2). Hesapların bağımsız denetim kuruluşları tarafından kontrolü olumlu bir tercih olup 6356 sayılı Kanun'a da alınması yerinde olmuştur²⁵⁰.

Kamu sendikaları açısından toplu görüşmeler için 6356 sayılı Kanun'daki işkolu esasına benzer şekilde «hizmet kolu» esası kabul edilmiş ve hizmet kollarının belirlenmesi ise Hizmet Kollarına İlişkin Yönetmeliğe bırakılarak (4688 sayılı Kanun md. 41/a) konu işçi ve işveren sendikaları açısından olduğu gibi kamu otoritesinin tasarrufuna açık bir hale getirilmiştir. Bununla beraber kamu görevlilerinin toplu görüşmesi söz konusu olduğunda toplu görüşmelerin tarafları ve imza yetkisi farklı düzenlenmiştir. Buna göre, «*Toplu sözleşme görüşmelerine kamu idaresi adına Kamu İşveren Heyeti, kamu görevlileri adına Kamu Görevlileri Sendikaları Heyeti katılır.*

Kamu İşveren Heyeti, Devlet Personel Başkanlığının bağlı olduğu Bakanın başkanlığında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve heyet başkanınca uygun görülen bakanlık temsilcileri ile Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığı temsilcilerinden oluşur.

Kamu Görevlileri Sendikaları Heyeti, bağlı sendikaların toplam üye sayısı itibarıyla en fazla üyesi bulunan konfederasyonun Heyet Başkanı olarak belirleyeceği bir temsilci ile her bir hizmet kolunda en fazla üyeye sahip kamu görevlileri sendikaları tarafından belirlenecek birer temsilci, bağlı sendikaların üye sayıları esas alınmak kaydıyla toplam üye sayıları itibarıyla birinci, ikinci ve üçüncü sırada bulunan konfederasyonlar tarafından belirlenecek birer temsilci olmak üzere onbeş üyeden oluşur.» (md. 29/1-3). Toplu görüşme metnini imzalaması yetkisi ise aynı maddenin 4. fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir: «*Toplu sözleşmeyi imzalamaya kamu idaresi adına Kamu İşveren Heyeti Başkanı, kamu görevlileri adına sözleşmenin kamu görevlilerinin geneline yönelik bölümü için Kamu Görevlileri Sendikaları Heyeti Başkanı ve hizmet kollarına yönelik bölümleri için ilgili sendika temsilcisi yetkilidir.*».

Kamu görevlilerine tanınan toplu sözleşme hakkı o kadar sınırlı bir hak değildir ki, taraflar anlaşamadığı takdirde son söz Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna bırakılmış olup uyuşmazlık halinde grev veya lokavta başvurulamaz. Bunun serbest toplu pazarlık rejimi olduğunu söylemek güçtür, bu sistem daha çok bir zorunlu tahkim rejimidir. 7.5.2010 tarihli AY değişikliği ile öngörülen daha sonra da 6289 sayılı Kanun'la getirilen bu Kurul madde 34'te düzenlenmiştir. 6356 sayılı Kanun'da düzenlenen YHK'na benzetilebilecek olan Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun kararları da kesin olup TİS hükmündedir (md. 34/6).

²⁴⁹ Konfederasyonların üye sendikalar üzerindeki denetim yetkisine ilişkin hüküm, 6356 sayılı Kanun'dan evvel, 4.4.1995 tarihli ve 4101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 2821 sayılı Kanun'dan da kaldırılmıştı.

²⁵⁰ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 480.

SONUÇ

Her ne kadar İş Hukuku öğretisinde ve ILO normlarında toplu pazarlık sisteminin, diğer bir ifadeyle çalışanlar ve çalıştıranlar arasındaki toplu iş ilişkilerinin devlet müdahalesinden olabildiğince uzak serbestçe düzenlenmesi, sosyal tarafların toplu iş ilişkilerini kendi kendilerine organize etmeleri önerilmekte ise de bu önerileri dünyada tam anlamıyla yerine getiren ülke sayısı azdır. Bu önerilerin yerine getirilmesinin başarı oranının o ülkedeki siyasi rejime, demokrasi anlayışına, ekonomik ve sosyal şartlarına bağlı olduğu görülmektedir. Serbest toplu pazarlık ilkesinin egemen olduğu ülkelerde refahın daha yüksek, uyumsuzlukların daha az, insanların daha mutlu olduklarına tanık olunmaktadır.

Ülkemizdeki sistem kâğıt üzerinde serbest toplu pazarlık sistemi ise de kamu otoritesinin yapılan tüm eleştirilere cevaben getirilen tüm yeniliklere rağmen hala gereğinden fazla etkin olduğu belirgindir.

KAYNAKÇA

G. Alpagut, 6356 sayılı Yasanın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi- Uluslararası Normlara Uyum, Legal İşSGHD, 2012/35.

M. Bromberg, Trade Unions and the Law on Australia Overview, Labour Law: Its Role, Trends and Potential, Labour Education No. 143-144, ILO Geneva 2006.

H. Brox/B. Rùthers/M. Hennsler, Arbeitsrecht, 18. Aufl., Stuttgart 2011.

T. Canbolat, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Getirdiği Yenilikler, Toprak İşveren, S: 96, Aralık 2012.

T. Canbolat, 6356 sayılı Kanuna Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013.

T. Canbolat, 6356 sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Çalışma ve Toplum, 2013/4.

N. Caniklioğlu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Yeni Düzenlemeleri, İşveren Dergisi, C. 50, S. 6, Kasım-Aralık 2012.

N. Caniklioğlu, 6356 Sayılı Kanuna Göre grev Yasakları ve Grevin Ertenilmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4.

A. Cardoso/J. Gindin, Industrial Relations and Collective Bargaining: Argentina, Brazil and Mexico, Compared, Working Paper No. 5, ILO Geneva 2009.

T. Centel, Grev Yasaklarına ve Sınırlamalarına Topluca Bakış, TİSK Akademi, 2013/1.

R. Cooper/B. Ellem, The Neoliberal State, Trade Unions and Collective Bargaining in Australia, British Journal of Industrial Relations, Vol. 46, September 2008.

I. J. Czuglerne, Hungarian Report, The Essence of Social Dialogue in (Southern Eastern) Europe, Legal Survey, Belgian Federal Ministry of Labour, Intersentia, Antwerpen-Oxford 2006.

N. Çelik/N. Caniklioğlu/T. Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, İstanbul 2014.

W. Däubler, Avrupa Topluluğu Hukuku ve Ulusal Toplu Sözleşme Sistemleri, çev. A. Hekimler, Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile AB Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, İstanbul 2010.

F. Demir, Sendikaların Kuruluşu ve İşleyişi, Çalışma ve Toplum, 2013/4.

T. Dereli, 6356 sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme, Çalışma ve Toplum, 2013/1.

K. Doğan Yenisey, Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4.

M. Ekonomi, 2821 Sayılı Kanunun Uluslararası Normlara Uygunluğu, TİSK, Ankara 1986.

M. Engin, İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, İstanbul 2012.

C. Erkut, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, İstanbul 2004.

R. Fahlbeck, Labour and Employment Law in Sweden, Lund 1997.

B. Gernigon/A. Odero/H. Guido, Collective Bargaining, ILO Standards and Principles of the Supervisory Bodies, International Labour Office Publications, Geneva 2000.

K. Gözler/G. Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 16. Bası, Bursa 2015.

Ş. Gözübüyük/T. Tan, İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Ankara 2013.

M. Gülmez, Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye, TODAİE Yayını, Ankara 1988.

F. Hendrickx, Belçika'da Toplu Sözleşme Sistemi, çev. Duygu Doğan, Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile AB Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, İstanbul 2010.

P. Humblet, Social Dialogue and Fundamental Rights, the Essence of Social Dialogue in (South East) Europe, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.

ILO Conference, Record of Proceedings, Geneva 1978.

ILO Report, Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, International Labour Office Publications (Fifth-revised Edition), Geneva 2006.

V. Jadoul, Labour Law and Social Partnership under Pressure, Belgian Case, Labour Law: Its Role, Trends and Potential, Labour Education No. 143-144, ILO Geneva 2006.

H. C. Katz, The Decentralization of Collective Bargaining: A Literature Review and Comparative Analysis, Industrial and Labour Relations Review, Vol. 47 No. 1, Cornell University 1993.

E. Kovacs, Macaristan'da Toplu Sözleşme Sistemi, çev. Alpay Hekimler, Karşılaştırmalı Bir Perspektif ile AB Üyesi Ülkelerde ve Türkiye'de Toplu Sözleşme Sistemleri, Mevzuat ve Uygulamalar, İstanbul 2010.

M. Kutsal, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Yasasının Kimi Hükümlerinin İptali İstemi ile Anayasa Mahkemesine Açılan Davaya İlişkin Notlar, Çalışma ve Toplum, 2014/4.

M. Löwisch, Arbeitsrecht, 8. Aufl., Köln 2007.

Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2013.

- A. Numhauser-Henning, *Labour Law, Swedish Law in the New Millennium*, Norstedts Juridik, Stockholm 2000.
- K. Oğuzman, 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı TİS, Grev ve Lokavt Kanununun Uluslararası Normlara Uygunluğu, TİSK, Ankara 1986.
- M. Rigaux/J. Rombouts, *Belgian Report, the Essence of Social Dialogue in (South East) Europe*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.
- B. Savaş Kutsal, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na İlişkin Düzenleme Aksaklıkları, İ; ş Hukukunda Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No: 5, İstanbul 2014.
- M. Sur, *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil*, Ankara 1991.
- M. Sur, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum*, 2013/4.
- S. Süzek, *İş Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 2014.
- F. Şahlanan, *Toplu İş Sözleşmesi*, İstanbul 1992.
- F. Şahlanan, *Sendikalar Hukuku*, İstanbul 1995.
- F. Şahlanan, 6356 sayılı Sendikalar ve TİS Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Semineri, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar* (3), İstanbul 2012.
- F. Şahlanan, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum*, 2013/4.
- F. Traxler, *Collective Bargaining: Levels and Coverage*, OECD Employment Book, Paris 1994.
- C. Tuncay, *Uluslararası Çalışma Normlarının Geliştirilmesinde Sosyal Diyalogun Rolü*, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993.
- C. Tuncay/B. Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2015.
- E. Tuncay Kaplan, *Sendika Genel Kurul Kararlarının İptali Davası ve Şartları*, AÜHFD., 1994 C. 49, S. 1.
- K. Tunçomağ/T. Centel, *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul 2013.
- D. Ulucan, *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği*, İstanbul 1981.
- E. Ünsal, *Sendikaların Denetimi*, Legal İşSGHD, 2004/4.
- U. Wendeling-Schröder/Jens M. Schubert, *German Report, the Essence of Social Dialogue in (South East) Europe*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.
- D. Yılmaz, *İçtihadî Hukuk Çerçevesinde Türk Hukukunda Seçimlerin Yönetimi ve Denetiminden Sorumlu Daimi Kurullar*, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2010.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE ULUSALÜSTÜ TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ DÜŞÜNCESİ

(THE IDEA OF TRANSNATIONAL COLLECTIVE BARGAINING
IN THE EUROPEAN UNION)

Araş. Gör. İrem Yayvak Namlı*

ÖZ

Ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması düşüncesi, uzun yıllardır Avrupa Birliği sınırları içinde tartışmalara neden olmaktadır. Fakat hukuki temelden yoksunluk ve ulusal ve uluslararası sosyal tarafların bu konuda istekli olmamaları nedeniyle, henüz somut bir düzenleme yapılamamıştır. Buna karşılık tüm olumsuz söylemlere rağmen, her geçen gün Avrupa çapında ulusalüstü toplu iş sözleşmesi politikasının benimsenmesini savunanların sayısı artış göstermektedir. Hatta bu konuda bir de rapor hazırlanmıştır. Ales Raporu (Ulusalüstü Toplu İş Sözleşmesinin Dünü, Bugünü ve Geleceği - Nihai Rapor Şubat 2006), Avrupa Komisyonu için hazırlanmış ve Avrupa Komisyonu tarafından finanse edilmiştir. Ales Raporu iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım Avrupa'da halen uygulama alanı bulan ulusalüstü yapıların değerlendirilmesini, ikinci kısım ise Avrupa çapında bir ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için hukuki çerçeve gereksiniminin nedenlerini ve anlamını içermektedir.

Bu çalışmada, Avrupa Birliği sınırları içinde ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması düşüncesinin varlığına dikkat çekmek amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda Ales Raporu ile Alman doktrininde ileri sürülen değerlendirmeler ve öneriler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ulusalüstü Toplu İş Sözleşmesi, Avrupa Birliği, Ales Raporu, Ulusal ve Uluslararası Sosyal Taraflar, Hukuki Temelden Yoksunluk.

ABSTRACT

The idea of transnational collective bargaining are discussed for years at EU level. But a concrete regulation have not yet signed by reasons of the lack of legal framework and the reluctance of national and international social partners. Despite all the negative discourses, the number of those, who advocate the adoption of transnational collective bargaining policies across Europe are increasing. Even a report in this regard has been prepared. Ales Report (Transnational Collective Bargaining Past, Present and Future-Final Report February 2006) was financed by and prepared for the use of the European Commission. The report is divided into two parts. The first part is dedicated to an appraisal of

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

existing transnational tools in Europe, the second to the definition of reasons to develop an optional framework for transnational collective bargaining at EU level.

In this study aimed to attract attention to the presence of transnational collective bargaining's opinion at EU level. For this purpose Ales Report and assessments and suggestions in the German doctrine were examined.

Keywords: *Transnational Collective Bargaining, European Union, Ales Report, National and International Social Partners, lack of Legal Framework.*

GİRİŞ

Avrupa Birliği sınırları içinde üye devletler bakımından geçerli olmak üzere ortak bir toplu iş sözleşmesi yapılması ve böylelikle tüm üye devletler için sektörel ya da sektörler üstü alanda çalışma koşullarının yeknesaklaştırılması düşüncesi çerçevesinde üye devletlerin doktrininde çeşitli fikirler ortaya konulmaktadır. Avrupa'da ve özellikle Almanya'da konu, yarar ve zarar karşılaştırması olarak ele alınmaktadır. Ancak halen bu konuda atılmış somut bir adım mevcut değildir.

Çalışma hayatını ilgilendiren ve birden çok ülkede geçerli olacak bir sözleşme yapmak, ulusal hukukların farklı düzenlemelere sahip olması gerçeği karşısında ütopyik bir düşünce olarak görülebilecektir. Fakat Birlik kapsamında, üye devletlerin sınırları içinde serbestçe çalışma ve işletme kurma gibi olanaklar düşünüldüğünde, böyle bir sözleşmeye gereksinim olduğu ve çalışma koşullarının ortak bir sözleşme ile düzenlenmesinin çalışma hayatı bakımından yararlı olacağı kabul edilebilecektir. Fakat böyle bir sözleşme yapılmasının yararları olduğu kadar kuşkusuz sakıncaları da mevcuttur.

Ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılmasının önünde duran en büyük engel hukuki temelden yoksunluktur. Ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için gerekli asgari koşulların bir hukuki temele oturtulması ve hazırlanacak sözleşmenin iç hukuka etkisi konusundaki sorunların aşılması bu düşüncenin gerçekleşmesi tartışmasında merkez noktada durmaktadır. Yine üye devletlerin ulusal hukukları bakımından toplu sözleşme özekliği kavramının zarar göreceği korkusu da bu düşüncenin önünde büyük bir engel oluşturmaktadır.

Bu çalışmada Avrupa Birliği sınırları içinde ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması düşüncesinin varlığına dikkat çekmek ve bu hususta Ales Raporu¹ ile Alman doktrininde ileri sürülen değerlendirmelere ve önerilere yer vermek amaçlanmıştır.

¹ Ales Raporu İtalya'nın Cassino Üniversitesi'nden Profesör Edoardo Ales başkanlığında bir grup akademisyen tarafından İngilizce olarak hazırlanmıştır. Ales Raporu, raporu hazırlayan grubun başındaki Prof. Edoardo Ales'in ismi ile anılmaktadır. Raporda, işletmesel ya da sektörel alanda ulusalüstü toplu iş sözleşmeleri ile hukuken bağlılık tavsiye edilmektedir. Bu rapora göre bu yolda Birliğin, hukuken sözleşme yapabilme yolu açılmalıdır. Ales Raporu için bkz. Edoardo Ales/Samuel Engblom/Teun Jaspers/Sylvaine Laulom/Silvana Sciarra/André Sobczak/Fernando Valdés Dal-Ré, "Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future (Final Report)", European Commission Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D2, February 2006. Ales Raporu konusunda bir inceleme için bkz. Volker

I. Ulusalüstü Toplu İş Sözleşmesi Düşüncesinin Ortaya Çıkış Sebepleri

Alman doktrininde ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması konusunda uzun süredir yapılan tartışmaların anlaşılması bakımından böyle bir sözleşme yapma düşüncesinin ortaya çıkış sebepleri önemlidir. Elbette bu konuda birden fazla sebep ortaya konulabilecektir. Fakat bu başlık altında Alman doktrininde üzerinde durulan iki temel sebep inceleme konusu yapılacaktır.

Ulusalüstü toplu iş sözleşmesi düşüncesinin ortaya çıkış sebebi olarak öncelikle iç pazarda rekabet serbestisi gösterilmektedir². Buna göre Avrupa Birliği ülkelerinde yer alan işletmeler, iç pazarda doğrudan birbiri ile rakiptirler. Bir işveren, hangi üye devlette işletme kuracağını, hangi ülkenin iş gücünden yararlanacağını, hangi ülkede ürünlerini satacağını seçmekte Birlik Hukuku çerçevesinde kural olarak serbesttir. Bu nedenle de Birlik sınırları içinde farklı üye devlet uyuğundan olan işletmeler birbirleri ile rekabet halinde olabilecektir. Rekabet serbestisinin ulusalüstü toplu iş sözleşmesine etkisi ise şu noktada görülür: Avrupa çapında ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması halinde Birlik içinde çalışma koşulları yeknesak hale getirilebilecek ve ücretler arası farklılıklar azaltılabilecektir³.

Avrupa Birliği sınırları içinde ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması hakkında bir rapor olarak hazırlanan Ales Raporu'nda da ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için hukuki çerçeveye ihtiyaç duyulmasının gerekçeleri sunulmaktadır. Bu raporda, üye devletler arasındaki rekabetin sadece üretilen ürünler bakımından olmasının normal karşılanabileceğine; fakat farklı üye devletlerde mevcut çalışma koşulları bakımından rekabetin doğru olmadığına dikkat çekilmektedir⁴. Kısacası Ales Raporu'nda ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması ile çalışma koşulları bakımından belirli bir uyumun yakalanması gerekçesinden hareket edilmektedir⁵.

Ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılma düşüncesinin ortaya çıkış sebeplerinden bir diğeri ise ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardır⁶. Zira Birlik içinde geçerli olacak ortak bir toplu iş sözleşmesi sistemi kurulması, ulusal hukuklar arasındaki farklılıkların giderilmesine yardımcı olabilecektir. Bu konu aslında yukarıda ilk sebep olarak söz edilen iç pazarda rekabet serbestisi olarak aktardığımız sebep ile de bağlantılıdır. Birlik içinde serbest şekilde üretim yapma, iş gücü alma ve işletme açma hakkına sahip olan üye devletlerin işverenlerinin ve çalıştırdıkları işçilerin aynı çalışma koşullarına tabi tutulması haklı görülebilecektir.

Üye devletler arasında yapılan uluslararası toplu iş sözleşmeleri dışında, yine ülkesel sınırı aşan ulusalüstü toplu iş sözleşmeleri bakımından çalışma koşullarının düzenlenmesine dair hukuki temel arayışları haklı bir gereksinimdir. Ancak bugüne kadar Birlik Hukuku'nda böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Bunun sebebi olarak ise üye devletlerin iç hukukunda toplu iş sözleşmesi sistemlerinin birbirinden oldukça farklı kurallara tabi olması gösterilebilir. Bir-

Rieble/Sebastian Kolbe, "Vom Sozialen Dialog zum europäischen Kollektivvertrag?", EuZA, Bd.1 (2008), s.454.

² Bu konuda bkz. Rieble/Koble, s.454-455.

³ Rieble/Koble, s.454-455.

⁴ Ales Raporu, s.34.

⁵ Ales Raporu, s.34. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Rieble/Kolbe, s.456-457.

⁶ Rieble/Kolbe, s.457.

birinden farklı kurallar barındıran iç hukuk sistemlerini ortak bir paydada buluşturmak amacıyla, en azından temel unsurlarının uyumlaştırılması gerekmektedir⁷. Avrupa toplu iş hukuku konusunda, üye devletlerde şimdiye kadar ortak bir hukuk geleneğinden söz edilemez. Örneğin toplu iş sözleşmesi ve toplu iş uyuşmazlıklarının tarafları her bir üye devlette farklı bir yapıda öngörülmüş olabilir⁸. Bu nedenle böyle bir sistem kurulması, temelden yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir. Kısacası ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için, en temel konudan itibaren üye devlet iç hukuklarından kaynaklanan farklılıkların uyumlaştırılması ve buna yönelik hukuki çerçevenin çizilmesi atılması gereken ilk adım olarak görülmektedir⁹. Şayet bu husus başarılabılırsa, ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması konusunda yukarıda sayılan gereksinimlerin gerçekleştirilmesi için izlenmesi gereken yol daha kolay ortaya konulabilecektir.

II. Ulusalüstü Toplu İş Sözleşmesinin Uygulamaya Konulamamasının Sebepleri ve Hukuki Temelden Yoksunluk Sorunu

Avrupa'da ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılmasının geçerliliği ve gerekliliği hakkında yıllardır süregelen tartışma halen canlılığını korumaktadır. Fakat ulusalüstü toplu iş sözleşmesi düşüncesi şimdiye kadar uygulamaya konulamamıştır¹⁰. Doktrinde temel olarak bunun iki sebepten kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bu sebeplerden birincisi, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi bulunan ulusal ve uluslararası organizasyonların böyle bir sözleşme yapmaya yanaşmamalarıdır. Buna örnek olarak işçi ve işveren sendikalarının şimdiye kadar ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapma hazırlığına girişmemeleri gösterilmektedir¹¹. Üye devletlerin, ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması için şimdiye kadar Avrupa sosyal taraflarına yetki vermediği de ayrıca belirtilmelidir¹².

İkinci sebep olarak Avrupa Birliği Hukuku'nda ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin tatminkar bir hukuki dayanak mevcut olmaması gösterilmektedir¹³. Avrupa Birliği, AEUV¹⁴ m.153 gereği sosyal politika konusunda düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Hatta doktrinde bir grup yazar, AEUV m.153'ün aslında teknik hukuk bakımından Avrupa çapında ulusalüstü

⁷ Rieble/Kolbe, s.458; A. Can Tuncay/Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, 4.Bası, Beta, İstanbul 2015, s.168.

⁸ Üye devletlerin iç hukuklarında toplu iş hukuku düzenlemeleri bakımından söz konusu bazı farklılıklara dair ayrıntılı bilgi için bkz. Rieble/Kolbe, s.458.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rieble/Kolbe, s.457-459; Tuncay/Savaş Kutsal, s.168; ayrıca bkz. A. Can Tuncay, "Avrupa Birliği Sosyal Politikasına İlişkin Düzenlemelerin Temel Yapıları", *Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası*, Ankara 1997, s.115.

¹⁰ Bkz. Maximilian Fuchs/Franz Marhold, *Europäisches Arbeitsrecht*, 3. Auflage, Springer-Verlag Wien, 2010, s.271.

¹¹ Fuchs/Marhold, s.272.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Fuchs/Marhold, s.272.

¹³ Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, *Das Recht ders Europäischen Union*, Band I, EUV/AEUV, Verlag, C.H. Beck München, 58. EL, 2015, AEUV Art.155, Rn.4; Tuncay/Savaş Kutsal, s.168.

¹⁴ Europäische Union, AEUV, (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union-Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma), 1.12.2009 tarihinde Lizbon Antlaşması ile birlikte yürürlüğe girmiştir.

toplu iş sözleşmesi yapılabilmesine dayanak olabileceğini ifade etmektedir¹⁵. Ancak AEUV m.153/5'de bazı alanlar düzenleme yetkisi dışında tutulmuştur ki bunlar, çalışma karşılığı ücret, sendikal haklar, grev hakkı ve lokavttır.

AEUV m.154-155, Birlik Hukuku'nda sosyal diyalogun yapı taşı olarak görülmektedir ve sosyal tarafların Birlik kapsamında rolünü güçlendirmektedir. AEUV m.154'de bilgilendirme ve danışma açısından Komisyon ve sosyal tarafların işbirliği düzenlenmektedir. Buna karşılık AEUV m.155'de ise genel olarak, sözleşmesel ilişki kurma imkanı ile birlikte sosyal taraflar arasında diyalog ele alınmaktadır. Yani ilkinde üç taraflı, ikincisinde ise iki taraflı sosyal diyalogdan bahsedilmektedir¹⁶. Bu bağlamda her ne kadar sendikalar, AEUV m.154-155 bakımından Avrupa Birliği'nin sosyal politika alanında "*sosyal tarafları*" olarak kabul edilseler bile; Birliğin yürütme organı Komisyon olduğundan toplu iş hukuku alanında düzenleme yapma yetkilerinin mevcudiyetinden de söz edilemeyecektir¹⁷.

AEUV m.155'de sosyal tarafların, sözleşme hazırlamak dahil sözleşmesel ilişki kurmak amacıyla diyalogda bulunabileceklerine yer verilmiştir¹⁸. Sosyal tarafların, bireysel özel hukuk sözleşmesi yapma yetkisi olmadığından, AEUV m.155 ancak sosyal taraflara, Avrupa çapında özerkliklerini kullanma olanağı tanımaktadır. Bu noktada ise AEUV m.155'in ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması bakımından hukuki temel oluşturup oluşturmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır¹⁹.

¹⁵ Yazarlar, 15.5.1922 tarihli Oberschlesien hakkında Almanya-Polonya Anlaşması'nda yer alan uluslaüstü toplu iş sözleşmesi yapılmasına yönelik hükmün tarihsel bir örnek olarak görülebileceğini, hatta bu sözleşmenin de ücret, toplu haklar, grev hakkı ve lokavtı kapsayıcı olamadığına dikkat çekmektedirler. Bu görüş için bkz. Reinhard Richardi/Otfried Wlotzke/Hellmut Wissmann/Hartmut Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band II Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2009, § 192 Europäische Tarifverträge, Rn.2.

Oberschlesien, tarihi bir bölge olan Schlesen bölgesinin güney doğu kısmında yer almaktadır. Söz konusu bölge, endüstriyel bakımdan önemli kaynaklara sahip olduğundan tarih boyunca çeşitli devletler arasında paylaşımlara konu olmuştur. Bugün büyük bir kısmı Polonya, 1918'e kadar Avusturya'nın hakimiyetinde olan batı kısmı ise Çek Cumhuriyeti toprakları içinde yer almaktadır. Oberschlesien, 1. Dünya Savaşı'ndan sonra 15.5.1922 tarihinde Genfte yapılan bir antlaşma ile Polonya, Çekoslavakya (bugün için Çek Cumhuriyeti) ve Almanya arasında paylaşılarak üç bölgeye ayrılmış olup, 1945 yılında Almanya'nın elinde olan bölge de Polonya'ya geçmiştir. Bu bölge ve söz konusu antlaşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bernhard Sauer, "Auf nach Oberschlesien" – Die Kämpfe der deutschen Freikorps 1921 in Oberschlesien und den anderen ehemaligen deutschen Ostprovinzen", Zeitschrift für Geschichtswissenschaft, 58. Jahrgang 2010, Heft 4, S. 297–320.

¹⁶ Bkz. Grabitz/Hilf/Nettesheim, Rn.1-2.

¹⁷ Christian Rolfs/Ralf Kreikebohm/Richard Giesen/Peter Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 37. Edition, Verlag C.H.Beck München 2015, Stand: 01.09.2015, Rn.8; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Rn.5.

¹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht: Vertrag über die europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, 4 Bände, Nomos Kommentar, 2015, Rn. 10-15.

¹⁹ Grabitz/Hilf/Nettesheim, Rn.3.

Doktrinde bir grup yazar tarafından sorunun cevabının toplu iş sözleşmesinin nasıl tanımlandığı ile bağlantılı olduğu ifade edilmektedir²⁰. Buna göre toplu iş sözleşmesinin iki bölümünden söz edilebilir. Birincisi borç doğurucu hükümler, ikincisi normatif hükümlerdir. Avrupa sosyal taraflarının hazırlayacağı sözleşmeler, normatif hükümler bakımından ulusal hukuktaki toplu iş sözleşmesinden ayrılmaktadır. Sosyal taraflarca hazırlanacak bu sözleşmelerle üyelerinin iş ilişkilerini düzenleyici hükümler getirilemeyecektir; çünkü bu konuda verilmiş bir yetki de yoktur²¹. Bunun aksinin kabulü, yani ulusalüstü toplu iş sözleşmesinin normatif hükümler getirebileceği ihtimali, ulusal hukuklar ile sorunlar yaşanmasına sebep olabileceği gibi, bunun çözümüne ilişkin olarak da şu ana kadar Birlik Hukuku'nda herhangi bir adım atılmış değildir²². Nitekim AEUV m.153/5 gereği ücrete, sendikal haklara, grev hakkı ve lokavta ilişkin düzenleme getirilemeyeceği de ayrıca düzenlenmiştir ki bu husus dahi normatif hükümler içerisinde en önemli kalemlerin kapsam dışı bırakıldığını göstermektedir²³. Kısacası sosyal taraflarca Avrupa çapında yapılacak sözleşmeler, toplu iş sözleşmesinin klasik içeriğini kapsayan normatif etkiye sahip sözleşmeler olarak değerlendirilemeyecektir²⁴. Buna göre sosyal tarafların hazırladığı sözleşmeler toplu iş sözleşmesi değil, ancak Avrupa Hukuku kapsamında özel bir hukuki düzenleme modeli altında, borç doğurucu etkiye sahip sözleşmeler olarak nitelendirilebilecektir²⁵. Böylelikle AEUV m.155'in ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması bakımından bir hukuki temel oluşturmadığı Alman doktrininde hakim görüşü oluşturmaktadır²⁶.

Yukarıda bahsi geçen hukuki temel arayışları dışında Almanya'da bir de Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın (*Charta der Grundrechte der Europäischen Union*) 12.maddesi inceleme konusu yapılmaktadır. Söz konusu Şartın ilgili maddesi incelendiğinde bu Şart, toplu sözleşme özerkliği ve toplu iş uyuşmazlıkları alanında koruma sağlasa da sadece tavsiye niteliğindedir ve üye devletlerin düzenleme alanına müdahale etmemektedir²⁷. Bu nedenle ulusalüstü toplu iş sözleşmesi bakımından hukuki temel oluşturduğu ifade edilemeyecektir²⁸.

III. Hukuki Temelden Yoksunluğun Aşılması Bağlamında Ales Raporu

Ulusalüstü toplu iş sözleşmesi düşüncesinin gerçekleşmeme sebepleri bir yana bırakılırsa, bu yönde bir eğilim olsa bile mevcut hukuki ortamda bunun gerçekleşmesi zaten mümkün görünmemektedir²⁹. Zira böyle bir sözleş-

²⁰ Sylvia Arnold, *Der Soziale Dialog nach Art. 139 EG, Nomos*, 2008, s.57; Manfred Löwisch/Volker Rieble, *Tarifvertragsgesetz*, 3. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012, Rn.390; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Rn.4.

²¹ S. Arnold, s.57; Löwisch/Rieble, Rn.390.

²² Grabitz/Hilf/Nettesheim, Rn.4.

²³ Grabitz/Hilf/Nettesheim, Rn.4.

²⁴ Bkz. Löwisch/Rieble, Rn.394.

²⁵ Richardi/Wlotzke/Wissmann/Oetker, Rn. 1; Benecke/Hilf/Nettesheim, Rn.4; Christian Arnold, "Die Stellung der Sozialpartner in der europäischen Sozialpolitik", *NZA*, 2002, Rn. 1261, 1265; S. Arnold, s.57.

²⁶ Löwisch/Rieble, Rn.394; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Rn.4; Richardi/Wlotzke/Wissmann/Oetker, Rn.1.

²⁷ Rolfs/Kreikebohm/Giesen/Udsching, Rn.8.

²⁸ Rolfs/Kreikebohm/Giesen/Udsching, Rn.8.

²⁹ Fuchs/Marhold, s.272; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Rn.4.

menin yapılabilmesi ve uygulanması bakımından, en azından toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, sözleşme ile bağlılık ve sözleşmenin etkileri konusunda tüm üye devletleri bağlayıcı hukuki düzenlemeler getirilerek mevzuatın uyumlaştırılması ve bunun yanı sıra en azından sosyal taraflara verilmiş bir yetkiye ihtiyaç duyulmaktadır³⁰. Buna karşılık her geçen gün tüm olumsuz söylemlere rağmen, Avrupa çapında ulusalüstü bir toplu iş sözleşmesi politikasının benimsenmesini savunanların sayısı artış göstermektedir. Bu konuda uluslararası organizasyonların baskısı da hissedilmeye başlanmıştır. Öte yandan sendikalar da Avrupa çapında toplu iş sözleşmelerinin uyumlaştırılması yönünde artan bir çaba göstermektedirler³¹.

Uluslararası bağlayıcılığa sahip bir toplu iş sözleşmesi yapılmasının önündeki en büyük engel olarak görülen hukuki temelden yoksunluk bakımından doktrinde bu engeli aşmaya yönelik çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. *De lege ferenda* olarak bir toplu iş sözleşmesi sisteminin temel unsurlarının belirlenmesi tavsiye edilmektedir³².

Avrupa Komisyonu (*Komisyon*), sosyal politika gündemine ilişkin açıklamalarında, Avrupa çapında ulusalüstü toplu iş sözleşmesi müzakereleri için gerçek bir Avrupa iş hukuku sisteminin oluşturulmasının önündeki doğrudan ve dolaylı engellerin aşılmasını tavsiye etmektedir³³. Bu konudaki ilginç bir çalışma ise Ales Raporu'dur.

Ales Raporu iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım, şimdiye kadar Avrupa'da uygulama alanı bulan ulusalüstü yapıların incelenmesi ve değerlendirilmesinden oluşmaktadır. İkinci kısım ise ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için talep edilen hukuki temelin gerekliliği ve bunun oluşturulması için aranan önemli bileşenlerin taslağının hazırlanmasına ve bu yönde raporu hazırlayanların tavsiyelerine yöneliktir³⁴.

Birinci kısım bakımından Ales Raporu, Avrupa çapında toplu iş sözleşmesi yapılması hususunda uluslararası alanda belirlenen sorunlar için şimdiye kadar yapılan çalışmalar ve denemelerin değerlendirilmesi ile başlar. Bu bağlamda Komisyon'un 1996 yılında açıkça sektörel alanda "Avrupa Sosyal Diyalog" vurgusu merkez noktada durmaktadır³⁵. Sektörel veya sektörler üstü alanda çeşitli organizasyonlar tarafından yapılan anlaşmalar ve tavsiyeler ile özellikle Avrupa işyeri temsilciler kurullarının (*europäische Betriebsräte*) yaptığı sözleşmeler bu kapsamda ele alınmakta ve raporda değerlendirilmektedir³⁶.

Raporda ayrıntılı şekilde değerlendirilen tüm bu düzenlemelerde, Avrupa çapında ve ayrıca ulusal alanda hukuki temelden yoksunluk göze çarpmaktadır. Söz konusu düzenlemeler, Komisyon kararları veya Konsey Direktifleri kapsamında Avrupa Birliği tarafından dolaylı olarak teşvik edilerek ortaya çıkmıştır. Bugüne kadar Avrupa'da uygulama alanı bulan ulusalüstü ve uluslararası yapılara ilişkin olarak Ales Raporu'nda yapılan değerlendirmeler, ulusalüstü

³⁰ Fuchs/Marhold, s.272; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Rn.4; Tuncay/Savaş Kutsal, s.168.

³¹ Bkz. Fuchs/Marhold, s.272.

³² Bkz. Rolf Kowanz, *Europäische Kollektivvertragsordnung: Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven*, Nomos-Verlag-Ges., 1999, 186 ff.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fuchs/Marhold, s.273.

³⁴ Bkz. Rieble/Koble, s.454.

³⁵ Rieble/Kolbe, s.454-455.

³⁶ Bkz. Ales Raporu, s.9 vd.

toplu iş sözleşmesi müzakereleri için özel ve kapsayıcı hukuki çerçevenin gerekliliğini göstermektedir. Bu nedenle raporun ikinci kısmında raporu hazırlayan akademisyenler, toplu iş sözleşmesi yoluyla düzenleme yapılabilmesine meşruyet kazandırılabilmesi için bir üst norm getirilmesini, yani hukuki bir çerçeve çizilmesini önermektedirler³⁷.

Ales Raporu'nda, ulusalüstü toplu iş sözleşmesinin emredici etkiye sahip olması için en azından sözleşmenin yapılma sürecini, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin taraflarını ve şartlarını hukuki çerçeve olarak içermesi önerilmektedir³⁸. Böylelikle ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması ve uygulanması bakımından asgari koşullar hukuki bir temele oturtularak sözleşmeye meşruyet kazandırılmış olacaktır.

IV. Ales Raporundaki Öneriler Çerçevesinde Ulusalüstü Toplu İş Sözleşmesinin Olası Tarafları ve Sözleşmenin İç Hukuka Etkisi

Ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için aranan hukuki çerçevenin sağlanmasında üzerinde durulan temel düşünce, toplu iş sözleşmesi imzalayabilecek bir Müzakere Kurulu (*gemeinsame Verhandlungsgremium*) oluşturulmasıdır. Ales grubu, Avrupa toplu iş sözleşmesi sistemi içinde potansiyel müzakere aktörleri olarak sektörel ve sektörler üstü alanda Avrupa işçi sendikaları ile işveren organizasyonlarını göstermektedir. Fakat bunların kendi aralarında müzakerede bulunması değil, bir Müzakere Kurulu oluşturulması düşüncesi ileri sürülmektedir³⁹. Aksi halde farklı alanlarda faaliyet gösteren tarafların aralarında anlaşmazlıklar ve sorunlar çıkması muhtemel görülmektedir⁴⁰.

Oluşturulacak Müzakere Kurulu'nun imzalayacağı sözleşme ile üye devletlerin hukuki bağlılığı ise kendiliğinden değil, her üye devletin kararı ile söz konusu sektörde uygulanması yoluyla sağlanacaktır. Üye devletlerin kararları sektör bazında çift taraflı gözetim sistemine tâbi kılınmalıdır. Ayrıca Avrupa Birliği'ne üye devletler tarafından, burada geçerli hukuk ve uygulama bakımından hukuki olarak bağlılık kabul edilmelidir⁴¹. Tüm bunların yanı sıra tamamlayıcı olarak Müzakere Kurulu tarafından, hukuki temelini AEUV m.115'de (EGV⁴² m.94'de) bulan bir yönerge (*Richtlinie*) hazırlanmalıdır⁴³. Bu yönergenin hazırlanması ile birlikte, sosyal taraflar hukuki düzenleme yapma yetkilerini, üye devletler tarafından iç hukuklarına aktarılacak olan Birlik Hukuku'na da yandırabileceklerdir.

Ales Raporu'nda, sistemin başarılı bir şekilde işleyebilmesi için iki temel esas ortaya konulmaktadır. Toplu iş sözleşmesi müzakereleri sonucu oluşacak sözleşme ulusal sistemler tarafından tamamlayıcı olarak anlaşılmalıdır; yoksa

³⁷ Bu konuda bkz. Ales Raporu, s.33 vd.

³⁸ Bkz. Ales Raporu, s.33.

³⁹ Ales Raporu, s.37 vd.

⁴⁰ Hangi durumda hangi tarafların toplu iş sözleşmesi müzakerelerinde taraf olabileceğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Rieble/Kolbe, s.455 ve 467-468.

⁴¹ Ales Raporu, s.36. Bkz. Fuchs/Marhold, s.274.

⁴² Europäische Union, EG-Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft-Avrupa Birliği Antlaşmasını ve Avrupa Topluluklarını Kuran Antlaşmaları Değiştiren Amsterdam Antlaşması'dır), in der Fassung vom 02.10.1997. EGV, 1.12.2009 tarihinde Lizbon Sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte "Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) " olarak değiştirilmiştir.

⁴³ Bkz. Fuchs/Marhold, s.274; Rieble/Kolbe, s.455.

sistemlerine doğrudan dahil edilmemelidir. Yine yönergede, toplu iş sözleşmesi müzakerelerini yürütecek taraflar belirlenmelidir; raporda olası taraflara yer verilmiştir⁴⁴.

Bu konuda doğabilecek soru işareti ise böyle bir düzenleme getirme konusunda Avrupa Birliği'nin hukuken yetkisi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır⁴⁵. Birliğin yeni bir toplu iş sözleşmesi sistemi yaratma yetkisi olup olmadığı konusunda Ales Raporu'nu kaleme alanlar, AEUV m.115'i (EGV m.94) yetkinin temeli olarak sunmaktadırlar⁴⁶. Ancak Weiss, hukuki düzenlemeleri tek potada eritecek yeni bir Avrupa toplu iş sözleşmesi sistemi kurulmasında bu dayanağın savunulmasını oldukça güç bulmaktadır⁴⁷.

Söz konusu raporu hazırlayan çalışma grubu, Avrupa sosyal tarafları olan UNICE⁴⁸ ve EGB⁴⁹'ye Avrupa çapında ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması için gerekli hukuki çerçeve hakkındaki tutumlarının ne olduğu konusunda danışmıştır⁵⁰. EGB, son on yıl içinde uluslararası faaliyetlerinin belgelerini çalışma grubuna vermiş ve bu konudaki çabalarına işaret etmişken; UNICE ise Avrupa çapında hukuki çerçevenin çizilmesi konusunda reddedici bir tavır sergilemiştir⁵¹.

2007 tarihli bir bildiriye⁵² Komisyon, ulusalüstü toplu iş sözleşmesine hukuki temel sağlamak amacıyla herhangi bir düzenleme yapılması için henüz niyet oluşmadığı kanaatini açıklamıştır. Bunun sebebi olarak ulusal alanda sosyal tarafların, bu tür sözleşmeye karşı eğilimlerinin yüksek olmaması gösterilmektedir⁵³. Nitekim ne işçi ne işveren organizasyonları ulusalüstü toplu iş sözleşmesi düşüncesi bakımından gözle görülebilir bir ilgiye sahiptirler. Sosyal

⁴⁴ Bu konuda bkz. Ales Raporu, s.37.

⁴⁵ Bkz. Rieble/Kolbe, s.463.

⁴⁶ Bkz. Ales Raporu, s.36.

⁴⁷ Bkz. Manfred Weiss, "Transnationale Kollektivvertragsstrukturen in der EG: Informalität oder Verrechtlichung?", Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, 2008, S.957 ve 972. Bu konuda bir başka dayanak noktası olarak Lizbon Sözleşmesi ile değiştirilmeden önce 01.12.2009'a kadar uygulanan EGV m.137 gösterilmektedir; fakat EGV m.137/5'de yer alan ücret, toplu iş hukuku, grev ve lokavt bakımından bu maddenin uygulanmayacağına dair sınırlama da dikkate alınmalıdır. Kısacası bir ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılacaksa ister istemez m.137/5'de öngörülen alanlarda düzenleme yapılmamalıdır. Böyle bir durumda ise oluşturulacak Avrupa toplu iş hukuku, esas noktalardan biri olan ücret konusunda düzenleme getirmeyerek büyük bir eksikliği barındıracaktır. Bu konuda Birliğin, Avrupa toplu iş hukuku yaratma konusundaki yetkisinin incelenmesi ve dayanak olarak ileri sürülen EGV m.137'e dair ayrıntılı bilgi için bkz. Rieble/Kolbe, s.463-465.

⁴⁸ UNICE (Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe): "Avrupa Sanayi ve İşverenler Konfederasyonu", bugün BUSINESSEUROPE olarak bilinmektedir. UNICE, Brüksel merkezli Avrupa'da faaliyet gösteren bir işveren kuruluşudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. www.businessseurope.eu.

⁴⁹ EGB (Europäische Gewerkschaftsbund-İngilizce kısaltması ETUC= European Trade Union Confederation): "Avrupa Sendikalar Konfederasyonu", 39 Avrupa ülkesinden üyeye sahip, merkezi Brüksel'de bulunan ve 1973 yılında kurulmuş bir konfederasyondur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. www.etuc.org.

⁵⁰ Ales Raporu, s.6.

⁵¹ Bkz. Fuchs/Marhold, s.274.

⁵² 2007 tarihli Avrupa Komisyonu bildiri için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ>.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fuchs/Marhold, s.274.

taraflar, ulusal toplu iş sözleşmesi özerkliklerinin müdahaleye uğramasından çekinmektedirler. Yine böyle bir ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılması halinde, üye devletin isteklerine artık doğrudan ve etki altında kalmadan kendiliğinden tepki gösterilemeyeceği korkusu taşımaktadırlar⁵⁴. Anlaşıyor ki Avrupa Birliği kapsamındaki sosyal taraflar ile ulusal işçi ve işveren örgütleri tarafından daha uzun bir süre Avrupa aktörlerine çalışma koşulları hakkında bağlayıcı bir düzenleme yapma konusunda kapsamlı yetki verilmesi konusunda çaba gösterilmeyecektir⁵⁵.

V. SONUÇ

Avrupa Birliği sınırları içinde geçerli bir ulusalüstü toplu iş sözleşmesi sistemi yaratma çabaları şu an için sadece bir düşünce olarak varlığını sürdürmektedir. Bu konuda henüz Ales Raporu ve doktrinde mevcut tartışmalar dışında hukuken ya da siyasi olarak atılmış somut bir adım mevcut değildir.

Ulusalüstü toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için öncelikle ulusal ve uluslararası sosyal tarafların bu konuda istekli olmaları ve en önemlisi asgari kuralların yer aldığı çerçeve olarak hazırlanacak bir hukuki temel üzerinde durulması gerekmektedir. Fakat söz konusu sözleşme birçok ülkede uygulama alanı bulabileceğinden, bu konuda aceleci ve düşünülmeden atılan adımlar, ulusalüstü toplu iş sözleşmesi düşüncesinin tamamen ortadan kalkmasına yol açabilecektir⁵⁶.

Ulusalüstü toplu iş sözleşmesi konusunda doktrinde yapılan yorumlar ve görüşler dikkate alındığında birbirinden oldukça farklı kurallara sahip üye devletlerin her birini kapsayıcı ortak bir hukuki çerçeve çizilmesinin ve üzerinde mutabakata varılmasının zorluğu kolaylıkla anlaşılabilir.

Komisyonun ulusalüstü toplu iş sözleşmesi müzakereleri için bir kültür yaratmak yerine, yönergeleri gözden geçirmeyi ve üzerinde görüşülen konularda asgari standartlar getirerek çözüm sağlamayı tercih ettiği de yadsınmaz. Zira “Avrupa toplu iş hukuku birliğini” sağlamak gibi zorlu ve uzun bir gelişim sürecini içinde barındıran bir alanda mesai harcamak Avrupa Birliği Hukuku’nun gelişimi önünde ayak bağı olarak da görülmektedir⁵⁷. Bu nedenle ulusalüstü toplu iş sözleşmesi sistemi düşüncesinin üzerinde daha uzun yıllar tartışmaların süreceği ifade edilebilecektir.

KAYNAKÇA

ALES, Edoardo/ENGBLOM, Samuel/JASPERS, Teun/LAULOM, Sylvaine/SCIARRA, Silvana/SOBCZAK, André/VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: “Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future (Final Report)”, European Commission Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D2, February 2006.

ARNOLD, Christian: “Die Stellung der Sozialpartner in der europäischen Sozialpolitik”, NZA 2002.

ARNOLD, Sylvia: Der Soziale Dialog nach Art. 139 EG, Nomos, 2008.

⁵⁴ Bu gerekçelere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Fuchs/Marhold, s.274.

⁵⁵ Bkz. Weiss, S.957; Fuchs/Marhold, s.274-275.

⁵⁶ Rieble/Kolbe, s.480.

⁵⁷ Rieble/Kolbe, s.480-481.

CALLIESS, Christian/RUFFERT, Matthias: EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit europäischen Grundrechtecharta Kommentar, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2011.

FUCHS, Maximilian/MARHOLD, Franz: Europäisches Arbeitsrecht, 3. Auflage, Springer-Verlag Wien, 2010.

GRABÍTZ, Eberhard/HÍLF, Meinhard/NETTESHEÍM, Martin: Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV/AEUV, Verlag, C.H. Beck München, 58. EL, 2016.

KOWANZ, Rolf: Europäischem Kollektivvertragsordnung: Bestand-saufnahme und Entwicklungsperspektiven, Nomos-Verlag-Ges., 1999.

LÖWISCH, Manfred/RÍEBLE Volker: Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2012.

RÍBLE, Volker/KOLBE, Sebastian: "Vom Sozialen Dialog zum europäisc-hen Kollektivvertrag?", EuZA, Bd.1 (2008), S.453-481.

RICHARDI, Reinhard/WLOTZKE, Otfried/WISSMANN, Hellmut/OETKER, Hartmut: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band II Kollektivarbeitsrecht/ Sonderformen 3. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2009.

ROLFS, Christian/KREÍKEBOHM, Ralf/GÍESEN, Richard/UDSCHÍNG, Peter: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 37. Edition, Verlag C.H.Beck München 2015, Stand: 01.09.2015.

SAUER, Bernhard: "'Auf nach Oberschlesien" – Die Kämpfe der deutschen Freikorps 1921 in Oberschlesien und den anderen ehemaligen deutschen Ostprovinzen", Zeitschrift für Geschichtswissenschaft, 58. Jahrgang 2010, Heft 4.

TUNCAY, A. Can: "Avrupa Birliği Sosyal Politikasına ilişkin Düzenlemele-rin Temel Yapıları", Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Ankara 1997.

TUNCAY, A. Can/KUTSAL, Burcu Savaş: Toplu İş Hukuku, 4.Bası, Beta, İstanbul 2015.

Von der GROEBEN, Hans/SCHWARZE Jürgen/HATJE, Armin: Europäisches Unionsrecht: Vertrag über die europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, 4 Bände, Nomos Kommentar, 2015.

WEISS, Manfred: "Transnationale Kollektivvertragsstrukturen in der EG: Informalität oder Verrechtlichung?", Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, 2008.

**SOSYAL GÜVENLİK
HUKUKUNA İLİŞKİN
YAZILAR**

EV HİZMETLERİNDE ÇALIŞANLARIN SİGORTALILIĞI

Prof. Dr. Nursen Caniklioğlu*
Doç. Dr. Ercüment Özkaraca**

I. Giriş

Ev hizmetleri, aile bireylerinin özel yaşamlarını geçirdikleri, bu nedenle dışarıya kapalı olan ve anayasal konut dokunulmazlığından yararlanan bir ortamda yerine getirildiği ve burada aile ekonomisi sınırları söz konusu olduğu için kendine özgü kurallara bağlanmaktadır. Gerçekten ev bir mal veya hizmet üretmek amacıyla kurulan işyerinden daha farklıdır. Ev hizmetlerinde çalışanların çalıştıranlarla ilişkisi çok daha sıklıdır ve güven ilişkisi bu işlerde çalıştıranlar için çok daha büyük önem taşır. Yine ev hizmetlerinde birini çalıştıran kişilerin büyük çoğunluğu aslında kendileri de birer bağımlı çalışan¹ olup, salt evlerinde birini istihdam ettikleri için işveren sıfatını kazanmamaktadırlar. Bu nedenle ev hizmetlerinde çalışanların hukuki statüleri bu çalışma biçiminin arz ettiği özellik nedeniyle olsa gerek genel kurallardan farklı kurullarla çevrelenmiştir.

Hukukumuzda da ev hizmetleri İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmış (m.4/1, e), Gelir Vergisi Kanununda² ev hizmetlerinde çalışanların ücretleri vergiden istisna tutulmuş (m.23/I, 6)³, Borçlar Kanununda⁴ ev hizmetlerinde çalışanların alacaklarının zamanaşımına uğramasına ilişkin özel kurullar öngörülmüştür (m.153/I, 4)⁵. Bunun gibi yine Borçlar Kanununda, işçinin ev düzeni içinde çalışması halinde işverene işçiye yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlama ve işçinin sosyal sigorta yardımlarından yararlanamaması halinde bazı koşul ve sınırlamalarla ona sağlık yardımı yapma yükümlüğü getirilmiştir (m.418). Yine Borçlar Kanununda işverenin yıllık ücretli izin kullanım tarihini ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini de göz önünde tutarak belirleyeceği hüküm altına alınmıştır (TBK m.424/II).

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* M.Ü. Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

** M.Ü. Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

¹ Link, Rüdiger: in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch 16. Auflage 2015, § 16, Rn. 2.

² RG, 06.01.1961,10700.

³ Anılan maddeye göre, "Hizmetçilerin ücretleri (Hizmetçiler özel fertler tarafından evlerde, bahçelerde, apartmanlarda ve ticaret mahalli olmayan sair yerlerde orta hizmetçiliği sütünnelik, dadılık, bahçıvanlık, kapıcılık gibi özel hizmetlerde çalıştırılanlardır.) (Mürebbiyelere ödenen ücretler istisna kapsamına dahil değildir)".

⁴ RG, 04.02.2011, 27836.

⁵ Türk Borçlar Kanununun 153. maddesinin birinci fıkrasının 4. bendine göre, "hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamışsa durur".

Sosyal Güvenlik Hukuku alanında da konu özel olarak düzenlenmiştir. 2014 yılında 6552 sayılı Kanunla⁶ değişiklik yapılmadan önce hem 506 sayılı hem de 5510 sayılı Kanunda ev hizmetlerinde çalışanlar kural olarak kapsam dışında bırakılmışlar, ancak yine aynı bentte bu kişilerin “ücretle ve sürekli” olarak çalışmaları halinde Kanunun kapsamı içinde oldukları hükmüne yer verilerek istisnanın istisnası diyebileceğimiz bir düzenlemeyle ev hizmetlerinde “ücretle ve sürekli” çalışanlar Kanunun kapsamına alınmışlardır (m.6/I, c). Belirtelim ki, ev hizmetleri, mülga 506 sayılı Kanunun ilk halinde Kanunun kapsamı dışında bırakılmış iken, 24.11.1977 tarihinde yürürlüğe giren 2100 sayılı Kanunun⁷ 1. maddesiyle yapılan değişiklik ile mülga 506 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (D) bendinde yapılan düzenleme uyarınca, ev hizmetlerinde “ücretle ve sürekli çalışanlar” anılan maddede yer alan istisnalar içinden çıkarılmış, 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile de aynı yöndeki uygulamaya devam edilmiştir.

Şüphesiz bu hüküm açısından önemli ve belirleyici olan kişinin ne zaman sürekli çalışmasından söz edilebileceğiydi. Belirtelim ki Sosyal Güvenlik Kurumunun bu konudaki yorumu ve uygulaması zaman içinde farklılık göstermiştir. Gerçekten Kurum daha önce “sürekli çalışma” koşulunu adeta ay içinde otuz gün çalışma gibi kabul ederken⁸ daha sonra bunu çok daha geniş bir şekilde yorumlamaya başlamış, öyle ki, bu yorum çerçevesinde her ay, haftada ya da onbeş günde bir hatta ayda bir ama düzenli olarak bir işverene temizlik yapmak üzere gelen kadınların sigortalı sayılması gerektiği sonucu ortaya çıkmıştır⁹.

Buna karşılık Yargıtay ise, vermiş olduğu kararlarda, sürekli çalışmayı *haftanın yarısından fazlasında aynı işverene hizmet sunma* varsa kabul etmiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin söz konusu döneme ilişkin bir kararına göre, “...Sürekli çalışma kavramı yönünden uygulamada, *haftanın çoğu ev işlerinde geçirilmiş ve çalışma bir süre devam etmişse, bu çalışma sigortalı çalışma olarak değerlendirilmekte, süreklilik için çalışmanın belli bir yoğunluğa ulaşması aranmaktadır*...dinlenen bir kısım tanıklar davacının başka yerlere de temizliğe gittiğini belirttiğinden, başka yerlere temizlik vs. gibi işlere gidip gitmediği usulünce araştırılarak tespit edilmeli; buna göre, tam zamanlı mı, yarı zamanlı çalışma mı olup olmadığının tespiti ile, *yarı zamanlı çalışmanın kabulü halinde günlük çalışma saatine göre, haftalık ve aylık çalışma süresinin kaç gün olduğu açıkça belirlenmeli...dir*”¹⁰. 21. Hukuk Dairesi de aynı doğrultuda kararlar ver-

⁶ RG, 11.09.2014, 29116 Mük.

⁷ 11.08.1977 tarihli ve 2100 sayılı Kanun, RG, 24.08.1977, 16037.

⁸ Kurumun 16 sayılı Genelgesinde “... bir aydan az çalışması olanların sürekli çalışması söz konusu olmayacağından, günübürlüğüne veya haftanın yahut ayın belirli günlerinde evlere gelerek temizlik vb. işleri gören kimseler sigortalı sayılmayacaklardır” denilmiştir”. Bu konuda ayrıca bkz. Okur, Ali Rıza: Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı, Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004, 11-12 ile aynı eser dn. 52’de sözü edilen yazarlar; ayrıca bkz. Manav, Eda: Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, TBB Dergisi, 2015 (120), 520-521.

⁹ Sürekli çalışma konusunda Kurum uygulamasına ilişkin olarak bkz. Ünlütürk Ulutaş, Çağla/Durusoy Öztepe, Nagihan: Ev Hizmetlerinde Mesleki Sağlık ve Güvenlik Sorunu, Çalışma İlişkileri Dergisi, Temmuz 2013, C. 4, S. 2, 48-49.

¹⁰ Yarg. 10. HD, 30.01.2015, E. 2014/26544 K. 2015/18659, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Özel Daire başka bir kararında, “...Sürekli çalışma kavramı yönünden uygulamada, haftanın çoğu ev işlerinde geçirilmiş ve çalışma (örne-

miştir. Özel Daire'nin konuya ilişkin bir kararına göre, "...05.02.2014 tarih 2013/10-2280 Esas, 2014/65 Karar sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı'nda sürekli çalışma kavramı "uygulamada haftanın çoğu ev işlerinde geçirilmiş ve çalışma bir süre devam etmişse, bu çalışma sigortalı çalışma olarak değerlendirilmekte, süreklilik için çalışmanın belli bir yoğunluğa ulaşması aranmaktadır." şeklinde izah edilmiştir...haftanın yarısından fazlası ev hizmetinde çalışan kişi sürekli çalışan kabul edilmelidir. Daha açık ifade etmek gerekirse 3 günden fazla ev hizmetinde çalışan kişi sigortalı sayılmalıdır. Somut olayda; davacının davalıya ait ev işlerinde haftanın 2 günü çalıştığı anlaşıldığından yukarıdaki açıklamalar ışığı altında sigortalı olamayacağı gözardı edilerek davanın reddi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."¹¹

Bu farklı yorum ve uygulama üzerine konunun yasal olarak tartışmalara son verecek biçimde yeniden düzenlenmesi ihtiyacı belirmiş, 2014 yılında 6552 sayılı Kanunla konu mevcut düzenlemeden oldukça farklı kurallara bağlanarak ev hizmetlerinde çalışanlar için yeni bir dönem başlamıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumunun 2013 yılı istatistiklerine göre "ev içi çalışanların faaliyetleri" kategorisi içinde zorunlu sigortalı olanların sayısı 20.860 olup bunun 17.197'si kadın, 3.663'ü de erkektir. Bunlardan 20.252'si daimi sigortalı, 608'i ise mevsimlik olarak çalışmaktadır. Oysa ülkemizde her hafta ya da belirli periyotlarla evde temizlik yapmak üzere çalışanların sayısının azımsanmayacak kadar fazla olduğu kolaylıkla tahmin edilebilir¹². Gerçekten kişilerin alım gücü yükseldikçe, kadınların çalışma yaşamına katılmaları fazlalaştıkça ev hizmetlerinde çalışanların sayısı da hızla artmaktadır. Bunun gibi, sadece temizlik hizmeti için haftanın bazı günlerinde çalışanlardan daha az olmakla birlikte bir işveren yanında ayın tamamında çalışanların sayısının da her geçen gün biraz daha arttığını söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla yukarıda belirtilen sayılar söz konusu kişilerin Kuruma bildirilmediğini ve sosyal sigorta hakkı açısından konunun ne denli önemli olduğunu göstermektedir.

İşte biz bu çalışmada evde çalışanların sigortalılığı konusunu ele alacak, bu bağlamda da önce ev hizmetleri kavramı üzerinde duracak, ardından ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı konusunu inceleyeceğiz.

II. Ev hizmeti kavramı

5510 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunla değişik m.6/1, (c) bendi *ev hizmetlerinde çalışanları* kapsam dışında bırakmakta, Ek 9. maddesi de anılan kişilerin sigortalılığını düzenlemekte, bunun kapsam ve koşullarını belirlemektedir. Hiç şüphesiz bu hükümlere tabi olmak için kişinin öncelikle *ev hizmetlerinde çalışan* birisi olması gerekir. Gerçekten 5510 sayılı Kanun'un Ek 9. maddesine göre, ev hizmetlerinde çalışanın sigortalılığı için bildirimde bulunacak kişi gerçek kişi olmalı, yapılan iş ev hizmeti tanımı kapsamında bulunmalı ve

ğin haftanın 2-3 günü gibi) bir süre devam etmişse, bu çalışma sigortalı çalışma olarak değerlendirilmekte, süreklilik için çalışmanın belli bir yoğunluğa ulaşması aranmaktadır." ifadelerine yer vermiştir, Yarg. 10. HD, 05.11.2015, E. 2015/15879 K. 2015/18735, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹ Yarg. 21. HD, 22.04.2014, E. 2013/7776 K. 2014/8613, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

¹² Ev hizmetlerinde kayıt dışılık konusundaki açıklamalar için bkz. Ünlütürk Ulutaş/Durusoy Öztepe, 47.

ev hizmetleri olarak belirtilen işlerden sayılmalıdır¹³. Buna karşılık Kanunda ev hizmeti kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle bu çalışmada öncelikle ev hizmeti kavramı üzerinde durulacak, kavram öğreti, yargı kararları ve konuya ilişkin ilgili mevzuat ışığında değerlendirilecektir.

Öğretide ev hizmeti, hem İş Kanunu¹⁴ hem de 5510 sayılı Kanun açısından ele alınmakta ve tanımlanmaktadır. Bu tanımlara göre, ev hizmeti, temizlikçilik, aşçılık, şoförlük, çocuk bakıcılığı, bahçıvanlık gibi *evin gündelik işleyişine yönelik* çalışmaları ifade etmektedir¹⁵. Ancak başka bir tanım ev hizmetlerini sayılanlarla sınırlı kabul etmemekte, örneğin özel ders verme, çocuk bakıcılığı ve hastabakıcılık gibi işleri de ev hizmeti olarak kabul etmektedir¹⁶. Öğretide yapılmış bir başka tanım, "Tüm Ekonomik Faaliyetlerin Uluslararası Sanayi Sınıflaması"nın esas almakta, bu sınıflamada yer alan işlerden hareketle ev hizmetini tanımlamaktadır. Buna göre, evlerde yaptırılan hizmet işleri, hizmetçi, aşçı, garson, uşak, baş uşak, çamaşırcı, bahçıvan, seyis, şoför, kahya, mürebbiye, bebek bakıcısı, özel öğretmen, sekreter v.b. gibi *evlerde yapılan faaliyetler* ev hizmeti olarak kabul edilmektedir¹⁷. Görüldüğü gibi bu tanımda da evin gündelik yaşamına yönelik bir faaliyet ölçütü aranmamakta, bir işin ev işi (hizmeti) sayılması için evde yapılan iş oluşu ön plana alınmaktadır¹⁸.

Konunun düzenlendiği bir başka uluslararası belge ise Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2011 yılında kabul ettiği 189 sayılı "Ev İşçileri İçin İnsana Yakışır İş Hakkındaki Sözleşmesi"dir¹⁹, ²⁰. Bu Sözleşmede ev işi, "*ev ya da ha-*

¹³ Manav, 517; Sevinç, İsmet: Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, Yaklaşım Dergisi, Y.: 23, S.270, Haziran 2015, 140.

¹⁴ Bilindiği gibi İş Kanununun 4. maddesine göre, ev hizmetlerinde çalışanlar İş Kanununun kapsamı dışındadır (m.4/1, e). Bu nedenle İş Hukuku açısından da ev hizmeti kavramı özel bir önem taşımaktadır.

¹⁵ Okur, 12; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul 2015, 106; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2015, 233; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, 312; Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul 2014, 141; Caniklioğlu, Nurşen: Kadınların Sosyal Güvenliği, Hukuk Kurultayı, 2006, C.III, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2006, 378; Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2015, 102; Arslan Ertürk, Arzu: 6552 Sayılı Kanunun 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Getirdiği Bazı Önemli Değişikliklerin Değerlendirilmesi, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S. 3, Y.2014, 251, dn.7; Manav, 511.

¹⁶ Bu görüşe göre bu gibi ev işlerinde ağır basan yan düşünsel çalışma, yönetim ve denetimdir (Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul 2013, 42).

¹⁷ Ünlütürk Ulutaş/Durusoy Öztepe, 45.

¹⁸ Başka tanımlar için bkz. Fidan, Fatma/Özdemir, M. Çağlar: Ev Hizmetlerinde Çalışan Kadınlar ya da Evlerin Kadınları, Çalışma İlişkileri Dergisi, Temmuz 2011, Cilt 2, Sayı 1, 80-91; Yıldırım alp Sinem: Türkiye'de Ev Hizmetinde Çalışanların Sorunları Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 4 (1), 2014, 46 vd:

¹⁹ Sözleşme metni için bkz. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_209877.pdf

²⁰ Türkiye bu Sözleşmeyi henüz imzalamamıştır. Belirtelim ki, Sözleşmede ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenliğine ilişkin özel bir hüküm de bulunmaktadır (m.14). Söz konusu düzenlemeye göre, "1. Her Üye, ev işçiliğinin özgül niteliklerini dikkate alarak ve ulusal yasalara ve düzenlemelere uygun şekilde, annelikle ilgili şartlar dâhil ol-

nehalkı için veya ev içerisinde icra edilen işler” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda da ev işinin (hizmetinin) evin gündelik işleyişine yönelik olması ölçütüne vurgu yapılmamakta, ev ve hanehalkı için yerine getirilmesi aranmaktadır.

Konumuzla doğrudan bağlantılı bir başka tanım ise “Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanunun Ek 9 uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ”de²¹ yer almaktadır. Anılan Tebliğe göre ev hizmeti, “*Ev içerisinde yaşayan aile bireyleri tarafından yapılabilecek temizlik, yemek yapma, çamaşır, ütü, alışveriş, bahçe işleri gibi gündelik işler ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işlerinin aile bireyleri dışındaki kişiler tarafından yapılmasını*” ifade etmektedir.

Nitekim bu Tebliğe uygun olarak “*Ev Hizmetlerinde On Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge*”nin açıklama kısmında, ev hizmetlerinde çalışacaklar için verilmesi gereken bildirgenin meslek adı ve kodu alanına Türkiye İş Kurumunca belirlenen; aşçı (özel hizmet) 5120.03, diğer aşçılar 5120.04, aşçı 5120.10, çocuk bakıcısı 5311.01, evde çocuk bakım elemanı 5311.02, hasta bakım elemanı 5321.01, hasta ve yaşlı bakım elemanı 5322.01, hasta ve yaşlı refakatçisi 5322.03, yaşlı bakım elemanı 5322.04, engelli bakıcısı 5329.02, bahçawan 6113.10, ütücü 8154.29, hizmetçi-ev işleri 9111.01, diğer gündelikçiler, temizleyiciler ve ilgili işçiler 9112.03, diğer hizmetçiler ve ilgili hizmet işleri 9112.03 mesleklerinden ilgili olanın yazılacağı ifade edilmektedir. Bu açıklamaların da ortaya koyduğu gibi, Kurum örneğin evde hasta ve yaşlı bakım elemanını da ev hizmetlisi olarak kabul etmektedir.

Yargıtay ise İş Kanunu’nun kapsamına ilişkin kararlarında, evde hasta bakan hemşirenin ev hizmeti yapmadığını kabul etmektedir²². Yüksek Mahkeme’ye göre, “...ev hizmetlerinde aşçı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışan işçi ile ev sahibi işveren arasındaki uyumsuzluğun İş Mahkemesinde değil, görevli Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan bu hizmetleri gören kimselerle bunları çalıştıranlar arasındaki hukuki ilişkilerde Borçlar Kanunu’nun hizmet aktine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. (çalışmayan aile bireylerini evden alarak, alışverişe şehir içinde gezmeye götürülen, boş zamanlarında ev ve eklentilerinde zamanını geçiren şöförün de ev hizmeti yaptığı ve İş Kanunu kapsamında olmadığı kabul edilmelidir. (Yargıtay 9. HD. 09.10.2008 gün ve 2007/27814 Esas, 2008/25988 K.) Buna karşın evde hastaya bakan

mak üzere ev işçilerinin sosyal güvenlikle ilgili olarak diğer işçilere sunulan koşullardan daha azına sahip olmamalarına imkân verecek tedbirleri alacaktır.

2. Bir önceki paragrafta ifade edilen tedbirler, işverenlerin ve işçilerin temsil kabiliyeti en fazla olan örgütleriyle ve ayrıca, mevcut olması durumunda, ev işçilerini ve ev işçilerinin işverenlerini temsil eden örgütlerle istişare içerisinde, dereceli olarak uygulanabilir.”

²¹ RG, 01.02.2015, 29313.

²² Yarg. 22 HD, 02.09.2014, E. 2014/17890, K. 2014/22670, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtayın anılan kararına göre, “dosya içeriğine göre davacının, davalıların annelerinin, ölümüne kadar, yeme, içme, temizlik gibi tüm ihtiyaçlarını karşıladığı; ayrıca birlikte oturdukları evin işleri ile de ilgilendiği anlaşılmaktadır. Muris H... M...’un yürüyemediği, yarı felçli bir hasta olduğu hastane kayıtları ve tarafların kabulü ile sabittir. Bu durumda hasta bakıcılık işinin ev hizmetlerine göre ağır bastığı anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, uyumsuzluğun 4857 sayılı Kanun kapsamında olduğu kabul edilerek işin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. (Dairemizin 20132/35408 E- 2013/28619 K, 09/12/2013 Tarihli kararı da bu yöndedir.)”; Aynı yönde görüş için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 312.

hemşire ev hizmeti yapmış sayılmaz. Ev sahibine ait ev ve bahçesinde ev hizmeti yanında bekçilik yapan ve ağırlıklı hizmeti bekçilik olan işçi, İş Kanunu kapsamında sayılmadığıdır.”²³. Yine Kurumun ev hizmetlisi olarak kabul ettiği kişilerden “çocuk bakıcısı”, “evde çocuk bakım elemanı” da İş Kanununun kapsamında ilişkin Yargıtay uygulamasında bu şekilde nitelendirilmemektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre, “...çocuk eğiticisi İş Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir.”²⁴.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 2015 yılında verdiği bir kararında da “Somut olayda, tanık beyanlarından ve tüm dosya kapsamından davalının davacıyı devamlı olarak çocuklarına bakması için işe aldığı, davacının bu çocukların bakımı ile uğraştığı, bunun yanında ise arzi olarak ev işlerinde ev sahibine yardım ettiği bu sebeple davacı ile davalı arasındaki ilişkinin İş Kanunu’nun düzenlediği anlamda hizmet ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu anlamda her ne kadar iş ilişkisinin resmi belgeler üzerinde dava dışı şirket ile kurulduğu görülmekteyse de davacının fiilen davalıların ev hizmeti ve çocuk bakımında görevli olması iş ilişkisinden doğan sorumluluğun davalılara ait oluşunu etkilemeyecektir. Mahkemece işin esasına girilerek dava hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde husumetten red kararı verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” denilmiştir²⁵.

Buna karşılık Sosyal Güvenlik Hukuku uyumsuzluklarına ilişkin Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde, örneğin evde çocuk bakan kişilerin ev hizmeti yaptığının kabul edildiği görülmektedir. Gerçekten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun öğretici görüşlerine de geniş ölçüde yer verdiği konuya ilişkin bir kararına göre, “...Evde yapılan işle, ev hizmetleri arasında bazı farklılıkların da tanınlanması gerekir. Ev hizmeti evde yapılmakla birlikte, herhangi bir iş olmayıp doğrudan yaşanan mekana yönelik bir iştir. Yaşanan konutla doğrudan bağlantı içerisindedir. Doğrudan eve ve ev yaşamına yöneliktir. Dolaylı olarak ev yaşamına katkıda bulunan, onu kolaylaştıran hizmetlerdir. Ev hizmetinin doğrudan eve veya ev yaşamına yönelik olması gerekir. Ev hizmeti evden soyutlanamaz...Bir işin ev hizmeti sayılabilmesi için yapılan işin evde gündelik yaşamın gerektirdiği faaliyetler kapsamında ev yaşamının gündelik, olağan gereksinmelerini karşılayan işlerdir...Öğretide ev hizmetleri, evde gündelik yaşamın gerektirdiği; temizlik, yemek, çamaşır, ütü, çocuk bakımı, mürebbiyelik gibi işler olarak kabul görmektedir. Ev hizmetleri çalışanları ise uşak, kahya, hizmetçi, temizlikçi, aşçı, çocuk bakıcısı, bahçevan, şoför, bekçi, hayvan bakıcısı vb evin gündelik işleyişine ilişkin faaliyetleri yürüten kişiler olarak kabul görmektedir...”²⁶. Yargı-

²³ Yarg. 9. HD, 09.06.2009, E. 2009/20489 K. 2009/16455; aynı yönde, Yarg. 9. HD, 13.06.2012, E. 2012/18405 K. 2012/22828, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Bahçıvanlık ve bekçilik işinin birlikte yapıldığı durumlarda, kişinin çalışmasının güvenlik ve bekçilik ağırlıklı olduğu hallerde İş Kanunu kapsamında kabul edileceği yönünde, Yarg. 9. HD, 05.06.2014, E. 2014/15697 K. 2014/18318, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Kararda davacının yaz kış sürekli yazlıkta kaldığı hususuna vurgu yapılmıştır.

²⁴ Yarg. 9. HD, 05.06.2014, E. 2014/15697 K. 2014/18318, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

²⁵ Yarg. 22. HD, 09.03.2015, E. 2013/35095 K. 2015/9308, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

²⁶ Yarg. HGK, 05.02.2014, E. 2013/10-228 K. 2014/65, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

tay 10. Hukuk Dairesi de ev hizmetlerine ilişkin kararlarında bu Hukuk Genel Kurulu kararına atıfta bulunarak yukarıda nakledilen açıklamalara yer vermiştir²⁷.

Öte yandan Yüksek Mahkeme'nin yine İş Kanunu'nun kapsamına ilişkin kararları incelendiğinde, esasında fiilen ev hizmetlerinde çalışan bir kişinin örneğin ev sahibinin ortağı olduğu bir şirket üzerinde sigortalı olarak bildirildiği, bu şirket ile iş sözleşmesi imzalandığı durumlarda, -istisna hükmünü mümkün olduğunca dar yorumlayarak işçiyi koruma düşüncesinden hareketle olsa gerek- fiilen ev hizmeti görülse de iş ilişkisinin şirketle kurulduğunu ve dolayısıyla işçinin İş Kanunu kapsamında bulunduğunu kabul ettiği görülmektedir²⁸.

Tüm bu açıklamaların da ortaya koyduğu gibi, ev hizmeti kavramı üzerinde öğreti ve yargı kararlarında bir birlik bulunmamaktadır. Yargı, İş Kanununun kapsamına ilişkin uyumsuzluklarda istisnaların dar yorumlanması ilkesinden hareketle olsa gerek olabildiği ölçüde "ev hizmeti" kavramını dar yorumlamakta ve söz konusu kişilerin İş Kanunu kapsamında sayılması gerektiği sonucuna varmaktadır. Buna karşılık Sosyal Güvenlik Hukukundaki düzenlemelerin öğretilerdeki görüşlerden ziyade uluslararası belgelerdeki düzenlemelerden hareket ettiğini söylemek çok da yanlış olmayacaktır kanaatindeyiz. Gerçekten öğretilerde bir işin ev hizmeti sayılması için, genel yaklaşım itibarıyla, işin evin günlük ihtiyaçlarına yönelik olması aranırken Sosyal Güvenlik Hukukundaki düzenlemeler bu görüşten ayrılmakta, ev hizmetlerinde çalışanların sosyal

²⁷ Bkz. Yarg. 10. HD, 24.10.2014, E. 2014/20762 K. 2014/20621; Yarg. 10. HD, 05.11.2015, E. 2015/15879 K. 2015/18735; Yarg. 10. HD, 30.01.2015, E. 2014/26544 K. 2015/18659, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin, bir kararında da HGK kararına atıfta bulunulması da aynı doğrultuda açıklamalar yapılmıştır. Karara göre, "...Ev hizmetleri, ev yaşamının gerekleri olan temizlik, çamaşır, ütü, çocuk bakımı vs. gibi işler olarak tanımlanmaktadır. Yaşanan konuyla doğrudan bağlantı içerisindedir. Doğrudan eve ve ev yaşamına yöneliktir. Bir işin ev hizmeti sayılabilmesi için doğrudan evin kendisine ve yaşam koşullarına yönelik olması gerektiği belirtilmektedir. Ev hizmetleri çalışanları ise, uşak, kahya, hizmetçi, temizlikçi, aşçı, çocuk bakıcısı, bahçıvan, şoför, bekçi, hayvan bakıcısı vb. evin gündelik işleyişine ilişkin faaliyetleri yürüten kişilerdir...", Yarg. 21. HD, 22.04.2014, E. 2013/7776 K. 2014/8613, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

²⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin bir karara göre, "...Dosyadaki bilgi ve belgelere özellikle davalı tarafından çekilen ihtarname içeriğine göre davalı, davacının şirket elemanı olarak çalıştığını kabul etmiştir. Buna göre iş sözleşmesi ilişkisinin davalı şirket ile kurulduğu ancak davacının şirket ortaklarından birinin ev hizmetlerini görmek üzere istihdam edildiği anlaşılmaktadır. Davacının fiilen ev hizmetlerinde çalıştırılması davalı şirket ile kurulan iş sözleşmesi ilişkisini etkilemez." (Yarg. 9. HD, 09.06.2009, E. 2009/20489 K. 2009/16455), www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası. Buna karşılık 22. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda, "...Somut olayda her ne kadar davacının çalışma süresinin bir kısmına ilişkin olarak taraflar arasında iş sözleşmesi ilişkisi davalı şirket ile kurulmuş ise de davacının ilk önce şirket ortaklarından olan dava dışı F. Y.'nin, daha sonra da davalı E. Y.'nin ev hizmetlerini görmek üzere istihdam edildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davacının yaptığı işin ev hizmetleri olduğu hem taraf beyanları hem de taraf tanık beyanları ile sabit olduğundan davaya genel mahkemelerde bakılmak üzere görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devam edilerek alacaklar konusunda hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" diyerek aksi yönde karar vermiştir, (10.12.2014, E. 2014/25096, K. 2014/35149), www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

güvenliğine ilişkin olarak çıkarılan Tebliğ ve bu Tebliğe uygun olarak hazırlanan bildirgede de belirtildiği üzere sadece evin günlük ihtiyaçlarına yönelik işler değil evde görülen ve ev halkının ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla yönelik işler de ev hizmeti kapsamında değerlendirilmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Sosyal Güvenlik Hukuku uyusmazlıklarına ilişkin yargı kararları da bu yaklaşımı desteklemektedir.

Sonuç olarak; ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenliği açısından konu değerlendirildiğinde, ev hizmetleri, evde, ev halkına yönelik olarak evin gündelik işleyişine ya da ev halkının ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla yönelik işleri ifade etmektedir.

III. 5510 Sayılı Kanunun 6. Maddesinin Ek 9. Maddesi İle İlişkisi ve 6. Maddenin Gereksizliği

Yukarıda da belirtildiği gibi, 5510 sayılı Kanunun “*Sigortalı Sayılmayanlar*” başlığını taşıyan 6. maddesinin ilk fıkrasının (c) bendi, 6552 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce “*Ev hizmetlerinde çalışanlar (ücretle ve sürekli olarak çalışanlar hariç)*” biçimindeydi. Böylece ücretle ve sürekli çalışmadıkça ev hizmetlerinde çalışanlar sigortalı sayılmamaktaydı. Yapılan değişiklik sonucu bent “*Ev hizmetlerinde çalışanlar (Kanunun ek 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç)*” biçiminde yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklik dikkate alındığında Kanunun Ek 9. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde on gün ve daha fazla süreyle çalışanlar sigortalı sayılacaklar, bunlar dışında kalanlar ise sigortalı sayılmayacaktır.

Hemen belirtelim ki, Kanunun bu düzenlemesi yanıltıcıdır. Zira parantez içindeki hüküm değerlendirildiğinde Hukukumuzda sigortalı sayılmayan kimse kalmamaktadır²⁹. Gerçekten Ek 9. madde ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığını düzenlemekte ve bu kapsamda da sigortalı sayılanları on günden az çalışanlar ile on gün veya daha fazla çalışanlar olarak ikiye ayırmaktadır. Her iki durumda da kişi sigortalı sayılmakta, sadece tabi olacağı hükümler ve yararlanacağı sosyal sigorta kolları farklılık taşımaktadır. Ay içindeki bir çalışma da çalışılan gün sayısına göre ya on günden az ya da on gün veya daha fazla olacaktır. Bunun dışında bir seçenek ise bulunmamaktadır. Örneklemek gerekirse; kişi eğer o ay içinde sekiz gün çalışmışsa ay içindeki çalışması on günden az olduğu için buna göre sigortalı sayılacak, buna karşılık örneğin 15 ya da 20 gün çalıştığında ay içindeki çalışması on günden fazla olacak, dolayısıyla da bu kategorideki hükümlere göre sigortalı olacaktır. Yani yeni düzenlemeye göre kişi bir ay içinde ister on günden az çalışsın isterse on gün ya da daha fazla çalışsın her iki durumda da sigortalı sayılmaktadır.

Bu açıklamaların da ortaya koyduğu gibi, Kanunun m.6/I, (c) bendi çelişkili bir durum yaratmaktadır³⁰. Bu nedenle söz konusu bent tamamen 6. maddeden çıkarılmalı ve konu ya sadece Ek 9. maddede düzenlenmeli ya da daha isabetli olarak ev hizmetlerinde çalışanlar tümünden Kanunun kapsamına

²⁹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 141.

³⁰ Kurumun yayınlamış olduğu konuya ilişkin Tebliğ ile çelişkili bir durum olmadığının ortaya konulduğu görüşü için bkz. Arslan Ertürk, 252.

alınmalı³¹, sadece bu kişilerin Kuruma bildirilmesi ve primlerin ödenmesi usullerinde kolaylıklar öngörülmelidir.

IV. Ay İçinde On Gün ve Daha Fazla Çalışanların Sigortalılığı

1. Ay İçinde On Gün ya da Daha Fazla Çalışma Koşulu

Kanuna göre, ev hizmetlerinde bir veya birden fazla *gerçek kişi tarafından* çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan *çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olan sigortalılar hakkında* Kanunun m.4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin hükümler uygulanır.

Öncelikle belirtelim ki, Ek 9. maddede açıkça belirtilmemiş olsa da on günlük çalışmanın aynı işveren yanında geçirilmesi gerekir³². Aksinin kabulü hem uygulama açısından zorluk yaratacak hem de adil olmayan sonuçlara neden olacak niteliktedir. Gerçekten işverenin ev hizmetlerinde, örneğin temizlik amacıyla yanında çalışmaya gelen işçinin kaç işverenin yanında ve kaç gün çalıştığını bilebilmesi zordur. Kuşkusuz işverenin bu konuda sigortalıdan bilgi alarak sorunu çözebileceği ileri sürülebilir. Ancak bu durumda da ev hizmetlerinde işçi çalıştıran *işverenin yükümlülüğü* ve ödemesi gereken primler *kendisinin* kurduğu hukuki ilişkinin süresine göre değil, *sigortalının* kurduğu ilişkilerin süresine göre belirlenir ki, bunun da isabetli olduğu söylenemez.

Sigortalının ay içinde on günden az çalışıp çalışmadığı belirlenirken onun tam gün mü yoksa günün bazı saatlerinde mi çalıştığına göre farklı bir hesaplama yapılması gerekir. Gerçekten sigortalı bazı günlerde tam gün çalışıyorsa hesaplama herhangi bir özellik arz etmez ve sigortalının eve gelip çalıştığı gün sayısı toplanarak sonuca ulaşılır. Buna karşılık sigortalının haftanın bazı günlerinde belirli bir saat üzerinden çalışması halinde hesaplamanın nasıl yapılacağı sorunu ortaya çıkar. Örneğin, sigortalının haftada üç gün gelip, sadece öğleden önce evi temizleyip yemek yaptığı bir çalışma biçiminde hesaplama sigortalının çalıştığı günlere göre değil saatlere göre yapılmalıdır. Ek m.9/II'de de "ay içinde *çalışma saati süresine göre* hesaplanan" gün sayısından söz edilmesi bu olasılığa işaret etmektedir.

İşte bu noktada sigortalının çalıştığı saatlerin kaçta bölüneceği cevaplanması gereken bir sorunu oluşturur. Zira ev hizmetlerinde çalışanlar Borçlar Kanununun kapsamındadırlar ve Borçlar Kanununda günlük çalışma süresinin nasıl hesaplanacağına ilişkin olarak bir hüküm bulunmamaktadır³³. Bu durumda kanaatimize göre İş Kanunundaki genel uygulamayı esas almak ve ay içindeki toplam çalışma saatlerini 7,5'a bölmek en isabetli çözüm olur³⁴.

Belirtelim ki, bu hesaplama biçimi, 5510 sayılı Kanun m.80/1, (h) bendine de uygundur. Anılan bende göre, *ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalış-*

³¹ Bkz. aşağıda V, 5.

³² Güzel/Okur/Caniklioğlu, 142. Nitekim m.6/1, (c) bendinde çalışmanın aynı işveren yanında geçmesi gerektiği de belirtilmektedir. Gerçekten, anılan maddede, "... ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç" denilmektedir.

³³ Bu konuda açıklama ve değerlendirme için bkz. Caniklioğlu, Nurşen: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirilmesi, "Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu" Semineri, 20-21 Eylül 2011 İstanbul, 91, dn.30'da sözü edilen yazarlar.

³⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 142; Arslan Ertürk, 253.

şan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur. Bu şekildeki hesaplamada gün kesirleri bir gün kabul edilir. Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununda doğrudan bir günlük çalışma süresi öngörülmemişse de, İş Hukukunda cumartesi işgünü olarak kabul edildiği için, taraflar farklı bir düzenleme yapmadıkları sürece günlük çalışma süresinin 7,5 saat olması genel olarak kabul görmektedir. Bu nedenle burada da aynı esası uygulamak isabetli olacaktır. Kaldı ki, konuya ilişkin çıkarılan “Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanunun Ek 9 Uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ”de³⁵ de günlük çalışma süresinin 7,5 saat olarak hesaplanacağı belirtilmektedir. Bu şekilde yapılan hesaplamada 7,5 saatten daha az çıkan gün kesirleri ise tama iblağ edilecek ve bir gün olarak kabul edilecektir (5510 s.lı K. m.80/1,h).

Kanundaki hüküm çerçevesinde kişinin sigortalı sayılması için ay içindeki çalışma süresinin on gün ya da daha fazla olması gerekli ve yeterli olup, artık bunun sürekli olup olmadığının bir önemi kalmamıştır. Dolayısıyla, Ek 9. maddenin yürürlüğe girdiği 01.04.2015 tarihinden itibaren ev hizmetlerinde çalışanların herhangi bir ay içinde tek defalık da olsa on günden fazla çalışması söz konusu olduğunda, bu çalışmanın sürekli olup olmadığına bakılmaksızın, işveren için Kanundan doğan yükümlülükler başlayacaktır. Nitekim Tebliğ’de de bu hususa vurgu yapılmış ve ev hizmetlerinde işveren yanında on gün ve daha fazla süreyle çalışanların, Kanunun Ek 9. maddesinin birinci fıkrası gereğince 01.04.2015 tarihinden itibaren ücretle ve sürekli çalışma şartı aranmadan düzenlemeden yararlanacağı açıkça belirtilmiştir (Teb. m.3/1).

Bunun gibi, kişinin çalışmasının tam süreli ya da kısmi süreli olmasının da bir önemi bulunmamaktadır³⁶. Örneğin haftanın her günü yarım gün ya da birkaç saat çalışan bir sigortalının çalıştığı saatler toplandığında ay içindeki çalışma süresi on gün ya da daha fazla bir süreye ulaşıyorsa kişi bu fıkraya göre sigortalı sayılacaktır.

2. Sigortalılığın Kuruma Bildirimi, Başlangıcı ve Primlerin Ödenmesi

a. Sigortalıların Kuruma Bildirilmesi

Kanuna göre, Ek m.9/I’e göre sigortalı olanlar, gerçek kişi işverenleri³⁷ tarafından örneği Kurumca hazırlanan belgeyle en geç *çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar* Kuruma bildirilmelidirler. Böylece kanun koyucu ev hizmetlerinde çalışanların Kuruma bildirilmesine ilişkin genel kuraldan ayrılmıştır. Gerçekten bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanunun 8. maddesine göre, m.4/I, (a) bendi uyarınca sigortalı olanların, kural olarak, çalışmaya başlamadan önce Kuruma

³⁵ RG., 01.04.2015, 29313.

³⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 141-142.

³⁷ Tebliğe göre, bizce de isabetli olarak, Kanunun Ek 9. maddesinden evinde sigortalı çalıştıran gerçek kişiler yararlanacak olup, tüzel kişilik adına bu madde kapsamında sigortalı çalıştırılması talepleri kabul edilmeyecektir. Zira Kanunda Ek m.9 kapsamında sigortalı çalıştıran gerçek kişi işverenlerden söz edilmiştir. Kaldı ki, madde ev hizmetlerinde çalışanları kapsamına aldığı için işverenin de bu kapsamda gerçek kişi işveren olması gerekmektedir.

bildirilmesi gerekmektedir³⁸. Ev hizmetlerinde çalışanlar için ise kişinin *çalışmaya başladığı ayın sonuna kadar* Kuruma bildirim yapılması mümkündür ve bu sürede yapılmış bildirimler süresinde yapılmış sayılır.

Bu bildirim nasıl yapılacağı konuya ilişkin çıkarılmış olan Tebliğde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, ev hizmetlerinde on gün ve daha fazla süre ile çalışanların bildirim Tebliğ ekinde yer alan “Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge” (Ek 1) ile yapılır. İşveren ev hizmetinde birden fazla kişiyi çalıştırıyorsa her bir sigortalı için ayrı ayrı bildirge düzenleyip Kuruma vermek zorundadır. Anılan bildirge dışında yapılan bildirimler ise Kurumca geçerli kabul edilmemektedir.

Bildirgenin doldurulup sigortalı ile birlikte imzalanması ve işverence, ikamet ettiği yere en yakın üniteye verilmesi gerekmektedir. Başvuruyu kural olarak işverenin kendisinin yapması gerekmele birlikte işverenin Kanununun Ek 9. maddesi ile yapılacak işlemlerle sınırlı olarak vekâlet verdiği kişilerin de noter onaylı vekâletname ile işveren adına başvuruda bulunması mümkündür.

Bildirge Kuruma doğrudan verilebileceği gibi posta ile de gönderilebilir. Bildirgenin yasal sürede verilip verilmediği tespit edilirken, bildirge adi posta, kargo veya Kuruma doğrudan verilmişse bildirgenin Kurumun gelen evrak kayıtlarına intikal tarihi; taahhütlü, iadeli taahhütlü, acele posta servisi, PTT Kargo, PTT Alo Post ile verilmesi halinde ise postaya veya kargoya verildiği tarih Kuruma intikal tarihi olarak kabul edilir.

Bildirgenin kağıt ortamında hazırlanması ve Kuruma verilmesi gerekmektedir. Henüz elektronik ortamda bildirim yapılması mümkün değildir. Oysa kanaatimize göre bu bildirim elektronik ortamda yapabilmeye olanağının sağlanması sistemi daha da kolay hale getirecektir.

Önemle belirtelim ki, ev hizmetlerinde on gün ya da daha fazla süre ile sigortalı çalıştıran işverenlerin Kuruma işyeri bildirgesi vermesine gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda ev işyeri olarak tescil edilmemektedir. Kurum da işverence verilen Ek m.9/1 bildirgesi üzerine bir işyeri dosyası açmamakta ve işverene işyeri numarası vermemektedir. Kurum bildirilen sigortalılarla ilgili işlemleri işverenin T.C. kimlik numarası üzerinden takip etmektedir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere ödenmesi gereken prim miktarı işverence Kurumla anlaşmalı bankaların internet bankacılığı sistemlerinden TC kimlik numarası ile öğrenilebilmekte ve takip edilebilmektedir. Denilebilir ki, ev hizmetlerinde sigortalı çalışanlar için Kurumca oldukça basit ve kolay uygulanabilir bir yöntem oluşturulmuştur.

Tebliğe göre, “Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge” ile yapılan müracaatlarda işkolu kodunun “9700 Ev içi çalışan personelin işverenleri olarak hane halklarının faaliyetleri” olarak yazılması gerekmektedir.

Bu bildirim süresinde yapılmamasının yaptırımını Ek. m.9/1’de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, süresinde yapılmayan bildirim için işverene

³⁸ Bu konuda açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 183 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 228; Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 11. Baskı, İstanbul 2014, 126; Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, 7. Baskı, Bursa 2015, 132; Uşan, 124; Sözer, 123; Arıcı, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, 281; Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, 258-259; Üçışık, Fehim: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2015, 178.

m.102/I, a, (1) numaralı alt bendi hükmüne göre idari para cezası verilir (Ek m.9/I, son cümle). Maddenin atfı yaptığı 102. maddenin ilgili alt bendine göre söz konusu bildirgeyi, “*Kanunda belirtilen süre içinde ya da Kurumca belirlenen şekle ve usulüne uygun vermeyenler ... hakkında her bir sigortalı için asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanır*”.

Ek m.9/I'de Kanununun 102. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin sadece 1 numaralı alt bendine atfı yapılmış, yine sigortalının Kuruma bildirilmemesinin yaptırımını düzenleyen diğer alt bentlere atfı yapılmamıştır. Bilindiği gibi, kanun koyucu sigortalının Kuruma bildirilmemesini yaptırma bağlar-ken geç bildirme ile hiç bildirmeme arasında bir ayırım yapmıştır. Geç bildirim yapılmasını ilgili fıkranın 1 numaralı alt bendinde düzenlemiş, sigortalının Kuruma hiç bildirilmemesinin yaptırımını ise 2 ve 3 numaralı alt bentlerde, sigortalının çalıştırıldığının tespit edilme biçimine ya da bildirmeme olgusunun işverence tekrarlanıp tekrarlanmadığına göre daha ağır yaptırımlara bağlamıştır³⁹. Gerçekten Kanuna göre, sigortalıyı yasal süresinden sonra yani gecikerek Kuruma bildiren işveren hakkında aylık asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanır. Bildirge işverence verilmeden bu bildirim yapılmadığı Kurumca tespit edilirse, örneğin bir mahkeme kararından veya Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden anlaşılırsa bu durumda işverene her bir sigortalı için asgari ücretin iki katı tutarında idari para cezası verilir. Eğer aynı işyerinden bir yıl içinde yine kayıt dışı sigortalı çalıştırıldığı yukarıda belirttiğimiz şekillerden biri ile tespit edilirse bu defa işverene her bir sigortalı için asgari ücretin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır.

Kanunda açıkça sadece 1 numaralı alt bende atfı yapıldığı için ev hizmetlerinde çalışan sigortalıyı süresinde Kuruma bildirmeyen işveren hakkında 2 ve 3 numaralı alt bentlerdeki idari para cezalarının uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla ev hizmetlerinde sigortalı çalıştıran işverenler için yukarıda belirtilen olasılıklar dikkate alınmayacak her durumda her bir sigortalı için sadece aylık asgari ücret tutarında idari para cezası verilecektir. Kayıt dışılığın bu kadar yüksek olduğu bir alanda bu olasılıkları göz ardı eden düzenleme ise kanaatimizce isabetli değildir.

Öte yandan işverenin bildirgeyi süresi dışında Kuruma vermesi halinde bildirge hemen işleme konulmaması Kurumun denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurları aracılığı ile gerekli inceleme yapıldıktan sonra eğer bildirgenin işleme alınması gerektiğine karar verilirse bu yönde işlem yapılmaktadır (SSİY m.103; Tebliğ 3.3.2)⁴⁰. Böylece yapılan bildirimle kişi hakkında Kanuna aykırı bir şekilde sigortalılık yaratılıp yaratılmadığı araştırılmış olmakta bir diğer deyişle sahte sigortalılığa izin verilmemektedir.

³⁹ Bu konuda bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 195; Tuncay/Ekmekçi, 236; Arıcı, 284; Üçışık, 299-300.

⁴⁰ Belirtelim ki, ev hizmetlerinde sigortalı çalıştıran işverenler, kural olarak, herhangi bir defter tutmak zorunda değildirler. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m.103/1'de, her ne kadar süresi dışında belge veren işverenlerin verdikleri belgelerin Kurumca incelenmesi halini “Diğer Kanunlara göre defter tutmakla yükümlü bulunan işveren”lerce verilen belgelere özgülemiş görünse de bu konuda defter tutan işveren ile tutmayan işveren arasında ayırım yapılmasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Bu nedenle Tebliğ'deki söz konusu düzenleme bizzat isabetlidir.

b. Sigortalılığın Başlangıcı ve Tescili

Ev hizmetlerinde çalışanlardan Ek m.9/I hükmüne göre sigortalı olanların sigortalılıklarının başlangıcı konusunda maddede özel bir hükme yer verilmemiştir. Buna karşılık Tebliğde, işverenin Kuruma vermiş olduğu *bildirgedeki işe giriş tarihinin* bu sigortalılar için *sigortalılık başlangıç tarihi* olarak kabul edileceği belirtilmektedir (3.2). Tebliğe göre, Kurum bildirmede beyan edilen işe giriş tarihine göre sigortalı tescilini yapacaktır.

Tebliğin bu hükmünü, bildirmede belirtilen tarihin sigortalının çalışmaya başladığı tarih olması halinde uygun bulmak gerekir. Yoksa hükmü Tebliğin yeni bir sigortalılık başlangıcı belirlediği biçiminde yorumlamamak gerekir. Zira burada genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanuna göre, m.4/I, (a) bendi uyarınca sigortalı sayılanlar için sigortalılığın başlangıcı *çalışmaya* başlama tarihidir (m.7/I, a) ⁴¹. Bu nedenle Tebliğ ile sigortalılık adeta tescille başlar gibi bir kural getirilmek isteniyorsa bunu isabetli bulma olanağı yoktur.

Öte yandan, eğer Tebliğ bu yönde düzenleme yapıyorsa söz konusu hüküm Ek 9. maddenin son fıkrasına da aykırı olur. Zira anılan fıkroda, Ek 9. madde kapsamındaki sigortalılarla ilgili olarak maddede aksine hüküm bulunmaması kaydıyla 5510 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Tüm bu nedenlerle söz konusu sigortalılar için de sigortalılık başlangıç tarihi olarak Kanunun 7. maddesinin esas alınması ve bu durumdaki kişilerin çalışmaya başladıkları tarihin sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerekir.

3. Ödenecek Primin Belirlenmesi ve Ödenmesine İlişkin Esaslar

a. Primin Belirlenmesi

Tebliğe göre, Kanunun Ek m.9/I fıkrası kapsamında ayda on gün ve daha fazla süre ile sigortalılığı olanların % 34,5 oranındaki primleri gerçek kişi işverenler tarafından ödenir. Bu primin % 20'si uzun vadeli sigorta kolları, % 12,5'i genel sağlık sigortası, % 2'si iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası primidir. İşverenler ayrıca sigortalı ve işveren hissesi ile birlikte % 3 oranında işsizlik sigortası primi de ödeyeceklerdir (Tebliğ, 3.4.9).

Hüküm dikkate alındığında ödenmesi gereken tüm primlerin işverence karşılanacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak kanaatimize göre bu sonuç 5510 sayılı Kanuna aykırıdır. Zira bilindiği gibi, m.4/I, (a) bendine göre sigortalı olanların prime esas kazançları üzerinden ödenecek primlerin işveren ve sigortalı payları Kanunun 81. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Ek 9. maddede de konuya ilişkin özel bir hüküm öngörülmemiştir. Tebliğin Kanunun hükümlerine aykırı düzenleme yapması mümkün değildir.

Öte yandan Kanunun Ek 9. maddesi ve bu maddenin uygulanma esaslarını belirleyen Tebliğ ile ev hizmetlerinde çalışanların hizmetlerinin Kuruma bildirilmesi ve primlerinin ödenmesi konusunda bazı kolaylıklar sağlanmış, diğer sigortalılardan daha farklı esaslar benimsenmiştir.

5510 sayılı Kanuna göre, m.4/I, (a) bendine göre sigortalı olanlar için Kanunda öngörülen istisnalar hariç olmak üzere işe başlamadan önce sigortalı

⁴¹ Sigortalılığın başlangıcı konusunda bilgi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu. 180-181; Alper,130; Sözer, 54; Şakar, 91; Uşan, 124; Arıcı, 273.

işe giriş bildirgesi verilmesi, ardından ilgili ayın prim gün sayısı ve kazancını gösteren aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenerek (özel sektörde işverenleri için) takip eden ayın 23'üne kadar Kuruma gönderilmesi gerekmektedir (m.86; SSIY m.102). Ev hizmetlerinde ise bu kuraldan ayrılmış, sigortalı işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet belgesindeki bilgileri içeren yeni bir bildirme oluşturulmuştur⁴². "Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge" adı verilen bu bildirmede sigortalı ve işverenin kimlik, adres vs. bilgilerinin dışında sigortalının prim gün sayısı ile prime esas kazancı da yer almaktadır. İşveren 5510 sayılı Kanununun 82. maddesine göre belirlenen prime esas kazancın alt ve üst sınırı arasında olmak üzere sigortalıya ödediği brüt ücreti bu bildirmede beyan ederek Kuruma bildirmiş olmakta, ödenmesi gereken prim de bu beyana göre Kurumca tahakkuk ettirilmektedir.

Şüphesiz sigortalıya ödenen ücretin ya da ücret eklerinin, bu bağlamda da prime esas kazancın değişmesi her zaman mümkündür. Sigortalının prime esas kazanç miktarı değiştirildiğinde ya da prime esas kazançta etki eden olgular ortaya çıktığında, örneğin ev hizmetinde çalışan sigortalıya zam yapıldığında, ya da o ayda hastalık veyahut başka bir sebeple sigortalı işverenin daha önce Kuruma bildirmiş olduğu gün sayısından daha az çalıştığında sigortalının Kuruma bildirilmesi sırasında kullanılan bildirgenin tekrar düzenlenerek Kuruma verilmesi gerekmektedir. Bu defa bildirgenin "*sigortalının işten ayrılması/durum değişikliği*" kısmının, yapılan değişikliğe uygun şekilde doldurulması ve güncellenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla işverenin ödeyeceği prim de, eğer belge eksik gün sebebiyle düzenlenmişse sadece o ay için, buna karşılık sigortalının prime esas kazanç miktarı sürekli olarak değiştirilmişse o aydan itibaren ödenecek primler bu yeni duruma göre tahakkuk ettirilecektir. Belirtilim ki, bu şekilde yapılan değişiklik bildirmesinde de hem işverenin hem de sigortalının beyanı ve imzası bulunması gerekmektedir.

Sigortalının o ay içinde çalışmaması ya da eksik çalışması üzerine verilen değişiklik bildirmesinde eksik gün nedeni olarak 01-İstirahat, 04-Gözetim altına alınma, 05-Tutukluluk, 10-Genel hayatı etkileyen olay, 11-Doğal afet, 12- Birden fazla, 14-Diğer, 15- Devamsızlık, 18- Kısa çalışma ödeneği seçeneğinin işaretlenmesi halinde bu durumu ispatlayıcı belgelerin de bildirmeye eklenmesi gerekir.

Görüldüğü gibi, sistem ev hizmetleri için sadeleştirilmiş, sigortalı işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet bildirgesi birleştirilmiş, *tek belgeye dönüştürülmüştür*. Bu nedenle söz konusu sigortalılar için ayrıca bir aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Daha da önemlisi işverenin her ay bu bildirmeyi Kuruma vermesi de gerekmemektedir. Sadece durum değişikliği olduğunda bildirgenin yeniden düzenlenmesi ve Kuruma verilmesi gerekmektedir. Tebliğe göre, bu değişiklikler işveren tarafından *değişikliğin olduğu ay içinde* Kuruma bildirilmelidir (3.3.4).

Oluşturulan bu bildirgenin ve uygulamanın yasal dayanağı ise Kanunun Ek 9. maddesinde yer almaktadır. Gerçekten anılan maddeye göre, bu madde kapsamındaki sigortalılarla ilgili olarak prim oranları ve uygulanacak sigorta kolları hariç olmak üzere, Kanundaki işveren yükümlülüklerini yeniden belirlemeye, *Kuruma verilmesi gereken bildirme ve belgeleri birleştirmeye*, yapılacak bildirimlerin ve primlerin ödenmesine ilişkin usul ve esasları tespite Kurum

⁴² Form konuya ilişkin olarak çıkarılan Tebliğ'in ekinde ay içinde on gün ya da daha fazla çalıştırılan sigortalılar için Ek 1 belgesi olarak yer almaktadır.

yetkilidir (Ek m.9/5). Kurum da bunu Tebliğ ve ekinde yer alan bildirelerle belirlemiştir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir başka konu da işverenin ev hizmetlerinde çalıştırdığı sigortalı için prim teşviklerinden yararlanıp yararlanamayacağıdır. İlgili kanunda belirtilen koşullar mevcut olduğu sürece söz konusu teşviklerden ev hizmetlerinde sigortalı çalıştıran işverenlerin de yararlanabileceğinde şüphe bulunmamaktadır. Nitekim Bildirgede işverenlere yararlanmak istedikleri teşvikleri seçme imkânı veren kutucuklar bulunmakta olup, işveren kendi durumuna uygun seçeneği işaretleyerek teşvikten yararlanabilmektedir. Örneğin çalıştırılan sigortalının işe alındığı tarihten önceki son altı ay içinde işsiz olması, bir diğer deyişle Kuruma verilen aylık prim ve hizmet belgelerinde yer almaması halinde, işveren eğer daha önce bir başkasını çalıştırmıyorsa, yani bu kişiyi ek istihdam yaratacak şekilde işe almışsa bu sigortalıdan dolayı en az iki yıl boyunca 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 10. maddesinde düzenlenen prim teşvikinden yararlanabilir^{43, 44}.

Bu teşvikten yararlanıldığında işveren sadece % 2 oranında işsizlik sigortası işveren prim payını ödemekte, sigortalıya ödediği prime esas kazanç ne kadar olursa olsun (üst kazanç sınırını aşmamak kaydıyla) prime esas kazanç üzerinden 5510 sayılı Kanun uyarınca ödemek zorunda olduğu tüm işveren prim payı İşsizlik Sigortası Fonu tarafından karşılanmaktadır (4447 s.lı K. geç. m.10/1). Kuşkusuz bu prime ilaveten sigortalının prim payı olan % 15 oranında primin de ödenmesi gerekir.

Uygulamada 6111 sayılı Kanun teşviki olarak da adlandırılan bu teşvikten yararlanmak için söz konusu sigortalıdan dolayı daha önce 6111 sayılı Kanun teşvikinden yararlanılmamış olması gerekir (4447 s.lı K. geç. m.10/4). Uygulamada bu hususu Kurum kendi kayıtlarından tespit etmekte, eğer böyle bir durum söz konusu ise anılan sigortalı için işvereni 6111 sayılı Kanun prim teşvikinden yararlandırmamaktadır. Bunun gibi eğer ev hizmetinde çalıştırılmak üzere işe alınan sigortalı son altı ay içinde işsiz değilse, yani 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun geçici 10. maddesinde düzenlenen prim teşvikinden yararlanmak mümkün değilse bu durumda bu sigortalı için örneğin yüzde beş hazine prim teşvikinden (5510 sayılı Kanun teşvikinden) yararlanılması mümkündür⁴⁵. İşveren kendi durumunu değerlendirip en uygun prim teşvikini seçebilir.

b. Primlerin ödenmesi

İşveren çalıştırdığı sigortalının prime esas kazancında ya da prim gün sayısında herhangi bir değişiklik olmadığı sürece, Kuruma vermiş olduğu bil-

⁴³ Bu teşvik hakkında geniş bilgi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 367 vd.; Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Sigortalarda Prim Teşvikleri, İstanbul 2011, 75 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 184 vd.

⁴⁴ Önemle ekleyelim ki, bu prim teşviki 31.12.2015 tarihine kadar işe alınan sigortalılar için uygulanmaktaydı. Ancak Bakanlar Kurulu, geçici m.10'da yer alan "Bakanlar Kurulu, bu maddenin uygulanma süresini 2015 yılından itibaren beş yıla kadar uzatmaya yetkilidir" (f.12) hükmüne dayanarak bu teşvikin uygulanmasını 31.12.2020 tarihine kadar işe alınan sigortalılar için uzatmıştır. Bkz. BKK., 215/8321, (RG., 28.12.2015, 29576).

⁴⁵ Bu teşvik hakkında geniş bilgi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 362-365; Caniklioğlu, Teşvikler, 21 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 175 vd.; Uşan, 153-154.

dirgede beyan ettiği bilgilere göre adına tahakkuk eden sigorta primlerini sigortalıyı çalıştırdığı ayı takip eden ayın sonuna kadar Kuruma ödemek zorundadır. Ev hizmetlerinde sigortalı çalıştıran işveren için oldukça kolay bir yöntem söz konusudur. Kurumun anlaşmalı olduğu bankalara işveren adına ilgili ayın prim borç bilgisi gönderilmekte, işveren TC kimlik numarası ile elektronik ortamda bankanın sistemine girdiğinde SGK prim ödeme seçeneğinden kolaylıkla primi ödeyebilmektedir.

İşverenin primi süresinde ödememesi halinde 5510 sayılı Kanununun 89. maddesi uyarınca işveren hakkında gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanması gerekeceği de açıktır.

Son olarak ekleyelim ki, ev hizmetlerinde on gün ve daha fazla çalıştırılacaklara ilişkin bildirden 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli (I) sayılı tablonun IV/2-e bendi kapsamında bir defaya mahsus damga vergisi kesilmektedir. Bu vergi işverenin ilk prim ödemesine ilave edilerek tahsil edilmektedir.

c. Bildirgenin verilmemesinin yaptırımı

Yukarıda da belirtildiği gibi, Tebliğ ile sigortalı işe giriş bildirgesi ve aylık prim ve hizmet belgesi birleştirilerek tek bir belgeye dönüştürülmüştür. Dolayısıyla bu belgenin verilmemesi halinde işveren sadece sigortalıyı bildirim yükümlülüğüne aykırı davranmamakta aynı zamanda aylık prim ve hizmet belgesini de vermemiş olmaktadır. Bu durumda da Kanunda buna ilişkin olarak öngörülen yaptırımın bu bildirgenin verilmemesi halinde de uygulanması gerekir kanaatindeyiz.

Nitekim Tebliğ'e göre, bu bildirgenin verilmemesi halinde işveren hakkında sigortalı çalıştırılan her ay ve her bir sigortalı için *ayrı ayrı olmak* ve aylık asgari ücretin iki katını geçmemek üzere, Kanunun m.102/1, (c), (1) numaralı alt bendi uyarınca asgari ücretin beşte biri tutarında idari para cezası uygulanacaktır. Bu bildirgenin ev hizmetinde sigortalı çalıştıran işverenin çalıştırdığı sigortalıya ilave olarak çalıştırdığı sigortalı ya da sigortalılar için verildiğinin anlaşılması halinde ise aynı fıkranın (2) numaralı alt bendi uyarınca, her ay ve her bir sigortalı için ayrı ayrı olmak ve aylık asgari ücretin iki katını geçmemek üzere, asgari ücretin sekizde biri tutarında idari para cezası ödenecektir (3.3.2).

Bildirgenin Kanunda öngörülen belirli bazı hallerde verilmesi halinde uygulanacak idari para cezası doğrudan asgari ücretin iki katı tutarında olmaktadır. Gerçekten Kanunda bildirgenin işverence kendiliğinden verilmesi ile Kurumun bu durumu çeşitli şekillerde öğrenmesi üzerine verilmesini farklı yaptırma bağlanmıştı. Bu konudaki düzenlemeye göre, işverence herhangi bir bildirimde bulunulmaksızın, Kanunun Ek m.9/1 fıkrası kapsamında sigortalı çalıştırıldığının *mahkeme kararı*, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca *yapılan tespitler* veya diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, *denetim ve incelemeler neticesinde* ya da bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan *bilgi ve belgelerden tespit edilmesi*, hizmetlerin veya kazançların Kuruma bildirilmediği veya eksik bildirildiğinin anlaşılması halinde işverene Kanunun m.102/ 1, (c), (4) numaralı alt bendi uyarınca asgari ücretin iki katı tutarında idari para cezası uygulanacaktır (3.3.2). Tebliğ bu hükmün ev hizmetlerinde de aynen uygulanacağını açıklığa kavuşturmuştur ki, bizce bu yöndeki düzenleme yerindedir.

4. Yararlanılacak Sosyal Sigorta Kolları ve Bazı Özellik Arz Eden Durumlar

a. Yararlanılacak Sosyal Sigorta Kolları

Ay içinde on gün ya da daha fazla çalışan sigortalıların yararlanacağı sosyal sigorta kolları m.4/I, (a) bendi uyarınca sigortalı olan herhangi bir kişiden ayrımsızdır. Zira ev hizmetlerinde ay içinde on gün ya da daha fazla çalışanlar da bir iş sözleşmesi ile çalışan sigortalı durumundadır. Kanunda yapılan düzenleme ile bu sigortalılar hakkında sadece Kuruma bildirilmesi ve primlerinin ödenmesi konusunda bazı kolaylıklar sağlanmıştır. Bu ise anılan sigortalıların sigortalı olarak haklarını değiştirmemektedir. Dolayısıyla bu durumdaki sigortalılar da Kanunda m.4/I, (a) bendi uyarınca sigortalı olanlara sağlanan tüm haklardan aynı şekilde yararlanırlar. Bunun sonucunda da bu sigortalılar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası hükümleri ile malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları ve ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri aynen uygulanır. Bu sigorta kollarından sağlanan edimlere hak kazanma koşulları gerçekleştiğinde⁴⁶ sigortalılar söz konusu yardımlardan diğer sigortalılardan ayrımsız bir şekilde yararlanırlar.

Esasında bu konuda işsizlik sigortası açısından da bir farklılık yoktur. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 46. maddesi uyarınca bir iş sözleşmesine göre çalışanlar Kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde bu sigorta kolundan sağlanan yardımlardan yararlanırlar. Ev hizmetlerinde çalışanlar da bir iş sözleşmesine göre çalıştıkları için Kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde Kanunda belirtilen yardımlardan aynen yararlanırlar. Fakat işsizlik sigortasından yararlanma koşulları dikkate alındığında, özellikle de sigortalının çalışması ay içinde on gün ya da bunun biraz üzerinde ise sigortalının bu sigorta kolundan sağlanan ödenekten yararlanması mümkün olamamaktadır. Gerçekten İşsizlik Sigortası Kanununa göre sigortalının ödeneğe hak kazanması için son üç yıl içinde en az 600 gün prim ödemesi gerekmektedir (m.50/2). Oysa ay içinde 10 gün ya da örneğin 15 gün çalışan bir sigortalının bu koşulu sağlaması mümkün değildir. Sigortalı aylık olarak en az 17 gün ya da daha fazla çalışması halinde bu koşulu sağlayabilir. Tüm bu nedenlerle ev hizmetlerinde çalışan bir sigortalının işsizlik ödeneğinden yararlanabilmesi için ya ay içinde 17 gün veya daha fazla çalışması veyahut kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara tanınan olanaktan yararlanıp aylık olarak çalıştığı günlerin dışında kalan süreler için isteğe bağlı sigorta çerçevesinde işsizlik sigortası primi ödemesi gerekmektedir (4447 s.lı K. m.46/2).

Ev hizmetlerinde on gün ya da daha fazla çalışan sigortalıların genel sağlık sigortasından yararlanabilmeleri için Kanunun 88. maddesinin 4. fıkrasını da dikkate almak gerekmektedir. Eğer ev hizmetinde çalışan sigortalı ay içinde 30 gün çalışıyor ve buna göre Kuruma primleri ödeniyorsa sigortalı genel sağlık sigortasından, herhangi bir ekstra prim ödeme yükümü söz konusu olmaksızın yararlanır. Buna karşılık, ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan

⁴⁶ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, ev hizmetlerinde tam süreli çalışmayan sigortalıların, bir diğer deyişle ay içinde on günden fazla olmakla birlikte kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayısı ay içinde çalıştıkları saatlerin günlük 7,5 saate bölünmesi ile hesaplanacaktır Bunun sonucunda da söz konusu sigortalıların aylığa hak kazanmaları için gereken prim gün sayısını tamamlamaları sıklıkla oldukça zor olacaktır. Bu konuda değerlendirmeler için bkz. Ünlütürk Ulutaş/Durusoy Öztepe, 49-50.

sigortalılar için eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerinin 30 güne tamamlanması zorunludur (5510 s.lı K. m.88/IV⁴⁷). Ancak sigortalı başka işveren yanında çalışması ile ay içinde 30 gün prim ödüyorsa ayrıca prim ödemesine gerek kalmadan genel sağlık sigortasından yararlanabilecektir (2012/2 sayılı Genelge, 10.1).

b. İş Kazasının Bildirimi

Ev hizmetlerinde çalışan sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanması gerektiğine yukarıda değinilmişti. Bu durumdaki sigortalının bir iş kazasına uğradığında ya da meslek hastalığına yakalandığında bu sigorta kolundan sağlanan tüm yardımlardan (edimlerden) yararlanacağında şüphe yoktur. İş kazası ve meslek hastalığı kavramı 5510 sayılı Kanunun 13. ve 14. maddesine göre belirlenecektir. Bu sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı hallerinde haklarında Kanunun m.4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Tebliğde ev hizmetlerinde çalışan sigortalının bir iş kazasına uğraması halinde işverenin bildirim yükümlülüğüne ilişkin özel bazı düzenlemeler yapılmıştır. Öncelikle, Tebliğe göre işveren, Kanundaki yükümlülüğe de uygun bir şekilde, iş kazasının olduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde yer alan “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bildirim Formu”nu düzenlemek ve Kuruma doğrudan vermek zorundadır. Bunun dışında işveren isterse www.turkiye.gov.tr adresinin “e-hizmetler” menüsünün altında bulunan “Ev Hizmetleri” kısmını seçerek “İş kazası bildirim” menüsünden de bu bildirim yapabilir (Teb.3.4.8). Esasında ev hizmetlerinde sigortalı çalıştıran işverenlere Kurumca bir işveren şifresi verilmediği için işveren Kurumun internet sitesi üzerinden elektronik ortamda bildirim yapma olanağına sahip değildir. İşte bu nedenle bu işverenler için e-devlet kapısı üzerinden bildirim yapılmasına olanak sağlanmıştır. Bunun işveren açısından büyük bir kolaylık sağladığı ise açıktır.

Her ne kadar Tebliğde, elektronik ortamda bildirim yapmayan işverenler için iş kazası ve meslek hastalığı bildirim formunun doğrudan Kuruma gönderileceğinden söz edilse de işveren bu yükümlülüğünü posta yoluyla da yerine getirebilir. Gerçekten 5510 sayılı Kanunun 13. ve 14. maddesine göre işveren iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesini doğrudan ya da taahhütlü posta ile Kuruma bildirilebilir. Aynı şekilde Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde de işverenlerin bu bildirim doğrudan ya da posta yoluyla yerine getirebilecekleri belirtilmiştir (Yön. m.35/1; 36/4, c). Ek 9. maddenin son fıkrasında bu madde kapsamındaki sigortalılarla ilgili olarak bu maddede aksine hüküm bulunmaması kaydıyla Kanunun ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla ev hizmetlerinde on gün ya da daha fazla sigortalı çalıştıran işverenlerin de bu olanağa sahip olması gerekir.

Bildirimi posta yoluyla yapan işverenin postayı iadeli taahhütlü olarak göndermesi halinde formun postaya verildiği tarih Kuruma bildirim tarihi olarak kabul edilir. Buna karşılık gönderim adi posta yoluyla gerçekleştirilmişse postanın Kurum kayıtlarına ulaştığı tarih bildirim tarihi sayılır (Yön. m.124). Bildirim süresinin kısalığı dikkate alındığında postanın iadeli taahhütlü olarak gönderilmesinde yarar bulunmaktadır.

⁴⁷ Bu konudaki açıklamalar için bkz. SGK'nın 2012/2 sayılı Genelgesi.

Öte yandan Tebliğde iş kazasının yetkili kolluk kuvvetlerine bildirilmesi- ne ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa 5510 sayılı Kanunun 13. maddesine göre bir iş kazası olduğunda işveren kazayı iş kazası ve meslek hastalığı bildirim formu ile o yer yetkili kolluk kuvvetlerine derhal bildirmek zorundadır. Ek 9. maddenin yukarıda da sözü edilen son fıkrası uyarınca bu yükümlülük ev hizmetlerinde sigortalı çalıştıran işveren için de geçerli olacaktır. Buna karşılık yasal olarak meslek hastalığında böyle bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır.

5. Sigortalılığın sona ermesi

Ev hizmetlerinde on gün ve daha fazla süreyle çalışanların sigortalılıkları bu kapsamdaki çalışmalarının sona erdiğinin Kuruma bildirilmesi veya sigortalının ölümü halinde sona erdirilecektir. Tebliğde belirtilen durumlar bunlarla sınırlı olsa da, sigortalının kendisine aylık bağlanma talebinde bulunması halinde de sigortalılık sona erecektir.

5510 sayılı Kanunun 9. maddesi uyarınca sigortalılığı sona erenlerin durumları işverenleri tarafından en geç on gün içinde Kuruma bildirilir (f.3). Bu hüküm uyarınca ev hizmetlerinde on gün veya daha fazla süre ile çalıştırılan sigortalının da, sigortalılığının sona ermesini gerektiren bir durum söz konusu olduğunda bunu takip eden on gün içerisinde bu durumun Kuruma bildirilmesi gerekir. Tebliğe göre, bildirim “Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge”nin “F- Sigortalının İşten Ayrılma/Durum Değişiklikleri” kısmının doldurulması suretiyle yapılması ve söz konusu bildirgenin Kuruma verilmesi gerekmektedir.

Kuşkusuz bu bağlamda en sıklıkla gerçekleşecek sigortalılığın sona erme nedeni sigortalının işten ayrılması ya da işten çıkarılması durumudur. Dolayısıyla ev hizmetlerinde çalışan bir sigortalının işten ayrılması ya da işten çıkarılması halinde bunun en geç on gün içinde yukarıda belirtildiği şekilde Kuruma bildirilmesi şarttır.

Belirtilen sürede bildirgenin Kuruma verilmemesi halinde Kanunun 102. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca işveren hakkında asgari ücretin onda biri tutarında idari para cezası uygulanır.

V. Ay İçinde On Günden Az Çalışanların Sigortalılığı

1. Genel Olarak

Ev hizmetlerinde on günden az çalışanların sigortalılıkları, yukarıda anlatılanlardan farklı olarak, sadece Kuruma bildirim ve bazı işveren yükümlülükleri açısından değil, sigortalının birçok hakkı bakımından çok özel düzenlemelere tabi tutulmuştur. Gerçekten Kanunun Ek 9. maddesinin ikinci fıkrasında, sigortalının ay içindeki çalışma gün sayısının on günden az olması halinde bu sigortalılar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı primi ödeneceği belirtilmiştir. Ayrıca anılan sigortalıların diğer sigorta kollarından yararlanabilmeleri için de özel bazı hükümler öngörülmüştür.

Bunun dışında Ek 9. maddenin ikinci fıkrasında sigortalı olanların prime esas kazançları konusunda da özel bazı hükümlere yer verilmiştir. Hatta bu kapsamdaki sigortalıları çalıştıranların bu Kanun anlamında işveren sayılmayacakları belirtilmiş ve Kanunun bazı hükümlerinin özellikle de iş kazasından dolayı işverene rücu edilmesine ilişkin hükümlerin söz konusu sigortalıları

çalıştıranlar hakkında uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Denilebilir ki, kanun koyucu bu kapsamdaki sigortalılar için özel bir sigortalılık türü yaratmıştır. Gerçekten Ek m.9'a göre, "İkinci fıkra kapsamındakileri çalıştıranlar bu Kanun uygulamasında işveren sayılmaz" (f.3). Ayrıca bu sigortalılar ile ilgili iş kazası ve meslek hastalığı olaylarında Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz (f.3, son cümle). Aşağıda bu konulara ayrıntılı bir şekilde değinilecektir.

2. Ay İçinde On Günden Az Çalışma

Kanuna göre, ev hizmetlerinde bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olanlar Ek m.9/II kapsamında sigortalı sayılırlar ve bu kişiler için sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigorta primi ödenir (Ek m.9/II).

Öncelikle belirtelim ki, maddede her ne kadar açıkça belirtilmese de, bu fıkraya göre de sigortalı sayılmak için sigortalının aylık olarak *her bir işveren yanındaki çalışma süresi* ayrı esas alınarak on günden az çalışıp çalışmadığı belirlenmelidir⁴⁸. On günün hesabı için ise sigortalının o ay içinde çalışmış olduğu saatlerin toplanarak 7,5'a bölünmesi ve buna göre hesaplama yapılması gerekir kanaatindeyiz⁴⁹. Ayrıca bu şekilde yapılacak bildirim sonucu günlük 7,5 saati aşan kesirli günler bir güne tamamlanacaktır (5510 s.lı K. m.80/I, h) ⁵⁰.

Yine daha önce, ay içinde on gün ve daha fazla çalışanlarla ilgili olarak belirttiğimiz gibi bu çalışmanın sürekli olup olmamasının da 01.04.2015 tarihinden itibaren herhangi bir önemi kalmamıştır. Ay içinde bir ya da birkaç defa gelip örneğin temizlik hizmeti yapan ya da yemek pişirmek amacıyla birkaç gün çalışmaya gelen kişilerin de bu kapsamda sigortalı sayılması, dolayısıyla da bu kişileri çalıştıranların Kanunda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir⁵¹.

Ancak bu noktada bir hususa dikkat çekmek gerektiği kanaatindeyiz. Ev hizmetinde çalışan kişinin iş sözleşmesi ile değil de eser sözleşmesi ile çalıştırılması halinde bu fıkra uyarınca bir sigortalılığın söz konusu olup olmayacağı üzerinde durulması gereken bir sorundur. Gerçekten örneğin yeni satın alınmış bir evin temizliği için tek defalık ve sonuca yönelik olarak, yani herhangi bir bağımlılık ilişkisi gerçekleşmeksizin ev temizliği yaptırılabilir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki ilişki kural olarak eser sözleşmesine dayanır. İşte bu durumda da bu kişinin Ek m.9/2 kapsamında sigortalı sayılıp sayılmayacağına değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır. Kanaatimize göre eğer taraflar arasındaki ilişki eser sözleşmesi ise bu kapsamda bir sigortalılık söz konusu olmayacaktır. Zira Ek m.9 anlamında bir sigortalılıktan söz edebilmek için öncelikle taraflar arasında bir iş sözleşmesi ilişkisi olması gerekir. Maddenin düzenleniş biçimi dikkate alındığında bu sonuca ulaşılması gerekir.

⁴⁸ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 141.

⁴⁹ Aynı yönde Güzel/Okur/Caniklioğlu, 141.

⁵⁰ Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz. yukarıda IV,1.

⁵¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu 141-142; Manav, 527.

3. Sigortalılığın Başlangıcı ve Kuruma Bildirim

a. Sigortalılığın başlangıcı

Kural olarak bu sigortalıların da ev hizmetlerinde çalışmaya başlaması ile birlikte sigortalılıklarının başlaması gerekir. Eğer sigortalı için aynı ay içinde birden fazla bildirim varsa bu durumda en eski tarihli bildirim sigortalı başlangıcı olarak kabul edilir. Ek m.9/II'de bu konuda özel bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre, “sigortalılık başlangıcında bu belge üzerinde çalışma başlangıcına dair kayıtlı en eski tarih esas alınır” (Ek m.9/II). Hüküm ifade açısından oldukça kötü bir şekilde kaleme alınmış olup anlaşılması çok da kolay değildir. Ancak ay içinde on günden az çalışması olan sigortalıların aynı ay içinde pek çok kişi (çalıştıran) yanında çalışması söz konusu olabileceğinden aynı sigortalı için aynı ay içinde birçok bildirim yapılması mümkün olabilecektir⁵². İşte kanun koyucu bu durumu dikkate alarak yukarıda belirtmiş olduğumuz yönde düzenleme yapmıştır.

Belirtelim ki, aşağıda üzerinde ayrıca durulacağı üzere, bu düzenlemenin iş kazası ve meslek hastalığından yararlanma hakkının doğumu açısından özel bir önemi vardır. Gerçekten, ay içinde on günden az çalışan sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından gerekli yardımlara hak kazanması için tescilin üzerinden en az on günlük bir sürenin geçmiş olması gerekir (Ek m.9/III). Dolayısıyla iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yapılacak yardımlar bakımından en eski tescil dikkate alınacak, kişinin anılan yardımlara hak kazanıp kazanmadığı bu tarihe göre belirlenecektir.

b. Sigortalılığın bildirim

Ev hizmetlerinde on günden az çalışanların Kuruma bildirilmesi Tebliğ ekinde yer alan “Ev Hizmetlerinde 10 Günden Az Sigortalı Çalıştırılacaklara İlişkin Başvuru Formu” (Ek 2) ile yapılacaktır. Form *çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar*, ay sonunun hafta sonu, genel ve resmi tatil günlerine denk gelmesi halinde ise bu günleri takip eden ilk iş günü sonuna kadar ünitelere verilecektir.

Formda çalışan ve çalıştıranın imzası, sigortalının kaç gün çalıştırıldığına dair bildirim ile e-posta adresleri ve cep telefon numarası bilgileri bulunmaktadır. Formda yer alan bilgiler çerçevesinde, sigortalının ay içindeki çalışma gün sayısı ve takip eden aylarda da bu şekilde çalışmasının devam edeceğinin belirtilmesi halinde takip eden aylarda çalışma biçiminde (gün sayısında) bir değişiklik olmadıkça bu sigortalılar için de her ay için ayrıca bildirim yapılması gerekmemektedir⁵³.

Ev hizmetlerinde on günden az çalışanların bildirim, on günden fazla çalışanlardan farklı olarak, bu kişileri çalıştıranlarca internet üzerinden de yapılabilmektedir⁵⁴. Bu şekilde yapılan bildirim üzerine sigortalının cep telefonu numarasına Kanunun Ek 9 uncu maddesinde sigortalı tescili yapıldığı, uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası primini takip eden ayın sonuna kadar ödeyebileceği hakkında bilgilendirme mesajı gönderilmektedir.

⁵² Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 143.

⁵³ Öğretide bu kolaylıkların kayıt dışılığın azalmasını sağlamak konusunda önemli faydalar sağlayacağı ifade edilmektedir, Manav, 518.

⁵⁴ Bunun için sigortalı çalıştıranlar www.turkiye.gov.tr adresinin “e-hizmetler” menüsünün altında bulunan “Ev Hizmetleri” kısmını seçerek bildirimde bulunabilecektir.

4. Ödenmesi Gereken Prim Oranı ve Prime Esas Kazanç

Bu kapsamda sigortalı olanlar için sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenir ve bu primin oranı da 5510 sayılı Kanunun 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının % 2'si tutarındadır. Görüldüğü gibi kanun koyucu bu kapsamda sigortalı olanlar için sigortaliya ödenen prime esas kazanç üzerinden değil maktu bir prime esas kazanç üzerinden prim belirlemiştir. Dolayısıyla ödenecek prim açısından bu sigortalıların prime esas kazançlarının ne kadar olduğunun bir önemi bulunmamaktadır⁵⁵.

Kanuna göre, bu sigortalılar için ödenecek prim sigortalıların çalıştırıldıkları süreyle orantılı olarak belirlenecektir. Bu ifade ile herhalde bu kişilerin çalıştırıldıkları gün sayısı söylenmek istenmektedir. Bunun sonucunda da bu sigortalıların çalıştırıldıkları saatler toplanarak ya da günlük olarak çalışıyorlarsa çalıştırdıkları her gün için günlük asgari ücretin % 2'si tutarında prim ödenecektir⁵⁶.

5. Yararlanılacak Sosyal Sigorta Kolu: İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası

a. İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanma koşulları

Yukarıda da belirtildiği gibi Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içinde on günden az çalışanlar hakkında zorunlu olarak sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenir. Dolayısıyla bunun karşılığında da sigortalı iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yapılan yardımlardan yararlanır⁵⁷. Ancak ev hizmetlerinde çalışanların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanması Kanunda özel bazı koşullara bağlanmıştır.

Bilindiği gibi 5510 sayılı Kanuna göre sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı halinde anılan sigorta kolundan sağlanan yardımlardan yararlanmaları için herhangi bir sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı aranmaz. Buna karşılık kanun koyucu ev hizmetlerinde çalışanlar için bu kuraldan ayrılmış ve sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş ve sigortalılığının sona ermemiş olmasını aramıştır.

Hükümde sadece en az on gün önceden tescil edilme koşulu aranmış, buna karşılık belirli bir miktar prim ödenmiş olmasından söz edilmemiştir.

⁵⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 143.

⁵⁶ 1.1.2016-31.12.2016 tarihleri arasında günlük alt kazanç sınırı 54,90 TL olduğu için, haftada bir gün ev hizmetlerinde sigortalı çalıştıran bir kişi, sigortaliya günlük kaç lira ödediğine bakılmaksızın alt kazanç sınırının % 2'si oranında yani günlük olarak 1,098 TL prim ödeyecektir. Bu durumda ayda dört gün çalışmaya gelen bir sigortalı için işveren 4,39 TL prim ödemekle 5510 sayılı Kanundan doğan yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır. Ancak şunu da önemle belirtmek gerekir ki, sigortalının bazı aylarda beş gün çalışması halinde Kuruma verilen bildirgenin güncellenmesi ve buna göre prime ödenmesi de gerektirir. Kanaatimize göre o ayda sigortalının çalıştığı gün sayısının bazı aylarda beş güne çıkması halinde yeniden bildirge verilmesi istenmeksizin fiili duruma göre ödenmesi gereken prim miktarının belirlenmesi isabetli olacaktır.

⁵⁷ Bu sigortalılar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu kapsamına alınmalarına ilişkin eleştiri için bkz. Ünlütürk Ulutaş/Durusoy Öztepe, 49; Manav, 518.

Dolayısıyla bu süre içinde sigortalının örneğin bir gün çalışmış olması yeterli olacaktır, belirli bir süre prim ödenmiş olması aranmayacaktır⁵⁸.

Yukarıda belirtilen koşulun dışında ev hizmetlerinde çalışanlara iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin tüm borçlarının ödenmiş olması da şarttır. Bunun sonucunda Kuruma prim borcu bulunan sigortalılara söz konusu yardımların yapılması mümkün değildir.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu bu konuda da genel kuraldan ayrılmıştır. Zira bilindiği gibi m.4/I, (a) bendine göre sigortalı olanlara sosyal sigorta ediminin sağlanması açısından işverenin Kuruma prim borcunun olup olmamasının bir önemi olmaz. Buna karşılık ev hizmetlerinde çalışanların uzun vadeli sigorta kolundan yararlanabilmelerini isteğe bağlı tutan kanun koyucu söz konusu sigortalıların sosyal sigorta edimlerinden yararlanmasını prim borcu bulunmaması koşuluna bağlamıştır.

Öte yandan Kanuna göre, Ek m.9/II kapsamında sigortalı olanlar hakkında hastalık sigortası hükümleri uygulanmaz (Ek m.9/II). Her ne kadar Kanunda bu kişiler hakkında sadece hastalık sigortası hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmişse de, söz konusu sigortalılar hakkında analık sigortası hükümlerinin de uygulanması mümkün değildir⁵⁹. Kanaatimizce bu husus, Kanunda, bu sigortalılar hakkında “iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi” ödeneceği belirtilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Bilindiği gibi, esasında sistemimizde “iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi” bulunmamaktadır. Buna karşılık sigortalılara kısa vadeli sigorta kollarından yapılan yardımlar düzenlenirken 16. maddenin başlığında “iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası” denilmiş ve ardından bu sigortalara ilişkin özellikler ve farklılıklar dikkate alınarak kısa vadeli sigorta kolları içinde her bir sigorta ayrı ayrı düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu birçok konuda iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile analık ve hastalık sigortalarını ayırtmıştır. Bu konuda da yapmış olduğu düzenleme ile kanun koyucu kanaatimizce söz konusu sigortalılar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümlerinin uygulanacağını belirtmek istemiştir. Tebliğde de bu sigortalılar hakkında analık sigortası hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir (4.6). Bunun sonucunda da, iş kazası ya da meslek hastalığı dışında bir sebeple istirahat raporu alan sigortalı Kurumdan geçici işgöremezlik ödeneği alamayacaktır⁶⁰.

Tüm bu açıklamaların da gösterdiği gibi, kanun koyucu ev hizmetlerinde ay içinde on günden az çalışanlar için kendine özgü bir sigortalılık öngörmüştür. Bu kişileri sadece iş kazası ve meslek hastalığı bakımından sigortalı saymış, kural olarak diğer sigorta kollarının kapsamı dışında bırakmış, ancak istemeleri halinde uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasından yararlanmalarına olanak sağlanmıştır. Kanun koyucu bunun yerine bu kişileri de sigortalı saymış olsa, bu bağlamda da 5510 sayılı Kanun m. 6/I, (c) bendindeki hükmü yürürlükten kaldırmış olsa çok daha isabetli olurdu. Bu kapsamdaki sigortalıların Kuruma bildirilmesi ve primlerin ödenmesi konusunda şimdi olduğu gibi kolaylıklar sağlansa idi hem bu kişileri çalıştıranlar açısından bir

⁵⁸ Bkz. ve karş. Manav, 532.

⁵⁹ Aynı yönde Arslan Ertürk, 254.

⁶⁰ Bkz. Manav, 530-531.

sorun yaşanmaz hem de ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı konusunda UÇÖ'nün 189 sayılı Sözleşmesindeki düzenlemeye de (m.14/1) uygun olarak ileri bir adım atılmış olurdu.

b. Ek m.9/II kapsamındaki sigortalıları çalıştıranlara Kurumca rücu edilememesi

Bilindiği gibi, bir iş kazası veya meslek hastalığı, işverenin kastı ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödetilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır (m.21/I).

Kanunun sisteminde tüm işverenler için uygulanan bu hüküm ev hizmetlerinde on günden az süre ile sigortalı çalıştıranlar için uygulanmaz, yani Kurum meydana gelen zararı ev hizmetlerinde on günden az sigortalı çalıştıranlara rücu edemez⁶¹. Gerçekten kanun koyucu bu hususu önce Kanuna göre “*Ev hizmetlerinde ay içinde on günden az sigortalı çalıştıranlar bu Kanun uygulamasında işveren sayılmazlar*” (Ek m.9/III, ilk cümle) dedikten sonra “*bu sigortalılar ile ilgili iş kazası ve meslek hastalığı olaylarında Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrası hükümleri uygulanmaz*” (Ek m.9/III, son cümle) diyerek ortaya koymuştur. Ancak kanaatimize göre bu yaklaşım isabetli değildir. Ev hizmetlerinde sigortalı çalıştıranlara Kurumun rücu etmesini engellemek için haklı bir neden olmadığı kanaatindeyiz.

Bu konuda şunu da ekleyelim ki, ev hizmetlerinde on günden az sigortalı çalıştıranlar 5510 sayılı Kanun anlamında işveren sayılmadığı için bu kişiler 5510 sayılı Kanunda işverenlere yüklenen diğer yükümlülüklerle de tabi olmayacaklardır⁶².

6. Uzun Vadeli Sigorta Kolları ile Genel Sağlık Sigortası Primi Ödeme Olanığı

Kanunda ev hizmetlerinde on günden daha az çalışanlara özgü bir sistem öngörülmüş ve bu fıkra kapsamına girenlere, adlarına ödenen primin ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar aynı kazancın otuz katının % 32,5'ü oranında prim ödeme olanığı sağlanmıştır. Ödenen bu primin % 20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, % 12,5'i ise genel sağlık sigortası primidir. Bu süre içinde ödenmeyen primin ödeme hakkı düşer. Ödenen primler m.4/I, (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır (Ek m.9/2).

Tebliğ bu haktan nasıl yararlanılacağını ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre, sigortalıların uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası priminin kendileri tarafından ödenebilmesi için ev hizmetlerinde aynı ya da farklı çalıştıran yanında en az bir gün, en fazla dokuz gün süre ile çalışması yeterli olacaktır. Ayrıca uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası teskilinde sigortalılardan herhangi bir müracaat alınmaksızın Kurumca elektronik

⁶¹ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 144; Bu konuda ayrıca bkz. Şakar, 107; Arıcı, 229; Bayram, Fuat: İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri, İstanbul 2015, 9; Manav, 533.

⁶² Alper, 108.

ortamda sigortalıların tescil ve tahakkuk kaydı oluşturulacaktır. Sigortalılığın sona ermesinde de aynı şekilde işlem yapılacaktır (Tebliğ 4.4.1).

Konuya ilişkin düzenleme uyarınca, uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası priminin takip eden ayın sonuna kadar sigortalı tarafından ödenmesi gerektiğinden, primin ödenmemesi halinde uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası kaydı Kurumca kapatılacak ve böylece primin ödenme hakkı ilgili ay için düşecektir. Zira Tebliğe göre uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası tescili aylık olarak yapılacaktır. Ayrıca, takip eden ayda sigortalının ev hizmetlerinde ayda on günden az çalışmasının bulunmaması halinde uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası tescili artık oluşturulmayacaktır.

Konu Tebliğ'de genel sağlık sigortası açısından da özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre tescili oluşturulan sigortalının ilgili ayın primlerini ödemesi halinde sigortalı bir aylık süre ile Kanunun m. 60/I, (a) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacaktır. Ancak eğer sigortalı sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışıyorsa, bir diğer deyişle zaten m.60/I, (f) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı ise ayrıca genel sağlık sigortası tescili oluşturulmayacaktır.

Buna karşılık ev hizmetinde on günden az çalışan sigortalı Kanunun m.60/I, (b) bendi uyarınca isteğe bağlı sigortalılığı nedeniyle genel sağlık sigortalısı ise ya da muhtaç olduğu için veya özel durumu nedeniyle m.60/I, (c) bendinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8), (9) ve (10) numaralı alt bentleri ile (e) ve (g) bentleri kapsamında genel sağlık sigortalısı ise yine tescili bir aylık süre ile oluşturulabilecektir. Genel sağlık sigortası tescili yapılanların bir aylık süre sonunda uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası primi ödememeleri halinde genel sağlık sigortalılıkları önceki kapsamdan dolayı, yani m.60/I, (c) bendinin alt bentleri ile (e) ve (g) bentleri kapsamında devam ettirilecektir.

Tebliğde bu kapsamda öngörülen ve açıklığa kavuşturulan bir diğer durum da ev hizmetlerinde çalışanın 5510 sayılı Kanuna göre genel sağlık sigortalısı olan birinin bakmakla yükümlü kişisi olması halidir. Tebliğe göre, ev hizmetlerinde on günden az çalışıp da sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortalılığına ilişkin tescili olanlar, bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamında ise bu statüleri, kural olarak, devam edecektir. Ancak ev hizmetlerinde on günden az çalışması nedeniyle uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası yönünden bir ay süre ile tescili yapılanların bu kapsamda prim ödemeleri halinde Kanunun Ek m.9/II maddesi uyarınca genel sağlık sigortası yardımlarından yararlanacak, prim ödememeleri halinde ise Kanunun Ek m. 9/II. maddesi kapsamında önceki sigortalılık statüsü devam ettirilecek, yani bu defa bakmakla yükümlü olunan kişi olarak sağlık hizmetlerinden yararlanabilecektir.

Nihayet Kanuna göre, Ek m.9/II fıkrası uyarınca genel sağlık sigortası hükümlerinden yararlananlar hakkında Kanunun m.67/I, (a) ve (b) bentleri hükümlerinin de uygulanması gerekmektedir (Ek m.9/IV). Dolayısıyla, sigortalının Kanunun Ek m.9/II kapsamında genel sağlık sigortası yardımlarından yararlanabilmesi için sağlık hizmet sunucusuna başvurduğu tarihte bu kapsamda tescilinin olması ve primi ödemesinin bulunması ile son bir yıl içinde toplam en az otuz gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması da gerekmektedir.

VI. Ek m.9'a Göre Sigortalılığın Diğer Sigortalılık Halleri İle Çakışması

1. Genel Olarak

Bilindiği gibi, bir sigortalının aynı zamanda birden fazla gelir getirici faaliyette bulunması ve bu faaliyetlerin her birinin 5510 sayılı Kanuna göre farklı bent uyarınca sigortalılık hali yaratması mümkündür. Örneğin bağımsız olarak çalışan ve bu faaliyetinden dolayı m.4/I, (b) bendine göre sigortalı olan bir avukatın aynı zamanda haftanın birkaç günü bir işyerinde iş sözleşmesi ile çalışmaya başlaması halinde böyle bir durum söz konusudur. Gerçekten bu durumda kişinin hem m.4/I, (b) hem de m.4/I, (a) bendine göre sigortalı olması gerekir ki, buna öğretide sigortalılık hallerinin çakışması denilmektedir. Ancak bu halde de sigortalının hangi çalışmasına göre sigortalı sayılacağı sorusuna cevap bulunması gerekir. Zira sosyal sigortada kural olarak teklik esastır⁶³. Yani bir çalışmasından dolayı sosyal güvenceye kavuşturulan, gelecek endişesinden kurtarılan kişinin her bir çalışmasından dolayı tekrar sigortalanması gerekmez.

İşte 5510 sayılı Kanununun 53. maddesi bu sorunu çözmekte ve sigortalılık hallerinin çakışması durumunda kişinin hangi faaliyetine göre sigortalı sayılacağına ilişkin esasları belirlemektedir. Buna göre, bir kişinin m.4/I, (a) ya da (b) bendine göre çalışması ile (c) bendine göre çalışması çakışırsa kişi (c) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Denilebilir ki, Hukukumuzda (c) bendine göre sigortalılık esastır⁶⁴. Buna karşılık, kişinin aynı anda hem (a) hem de (b) bendine tabi olacak şekilde çalışması halinde ise kişi (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Ancak, böyle bir durumda sigortalı isterse yazılı talepte bulunarak m.4/I, (b) bendi kapsamındaki sigortalılığını da devam ettirebilir (m.53/I). Sigortalının bu şekilde ödediği primler; iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar yönünden m.4/I, (b) bendi, kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan diğer yardımlar ile uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlar yönünden ise m.4/I, (a) bendi kapsamında değerlendirilir.

Bir kişinin aynı anda birden fazla işveren yanında m.4/I, (a) bendine göre sigortalı olması durumunda ise sigortalılık hallerinin çakışmasından söz edilemez. Bu durumda sigortalı her işveren yanında ayrı ayrı sigortalı olmak zorundadır.

Kuşkusuz ev hizmetlerinde çalışanların da bu faaliyetlerinin dışında başka bir faaliyetlerinden dolayı sigortalı sayılmaları söz konusu olabileceği gibi bir gelir ya da aylık alırken ev hizmetinde çalışmaya başlaması da mümkündür. Aşağıda bu konular üzerinde durulacaktır.

2. Ay İçinde On Gün veya Daha Fazla Çalışanların Sigortalılığında

Yukarıda da belirtildiği gibi, ay içinde on gün ya da daha fazla çalıştığı için sigortalı olanların Kuruma bildirilmesi ve primlerinin ödenmesi konusun-

⁶³ Güzel/Okur/Caniklioğlu.173; Akın, Levent: Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara 2007, 113; Sözer, A. Nazım/Saraç, Coşkun: Sosyal Sigorta İlişkisinde Çokluk; Sigortalılık Hallerinin, Tiplerinin ve Sürelerinin Birleşmesi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.12, Aralık 2008, 152.

⁶⁴ Bu konuda açıklamalar için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu. 173 vd; Akın, 131; Sözer/Coşkun, 153 vd.; Karaman, M. Halis: 5510 Sayılı Kanunda Tanımlı Sosyal Sigorta Statüleri ve Çalışan Sigortalılık İlişkisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1, 2014, Özel Sayı, 888.

daki kolaylıklar dışında bu kişiler herhangi bir sigortalıdan farksızdır. Bu nedenle de, yukarıda sigortalılığın çakışmasına ilişkin verilen bilgiler ev hizmetlerinde Ek m.9/I'e göre sigortalı olanlar hakkında da aynen uygulanır.

Bu bağlamda, ev hizmetlerinde çalışan bir kişinin aynı zamanda m.4/I, (b) bendine göre sigortalı olmasını gerektiren bir ticari faaliyeti söz konusu ise, örneğin bir küçük işletmede ortaklığı var ise, bu durumda söz konusu kişi Ek m.9/I bendine göre m.4/I,a kapsamında sigortalı olacak ve m.4/I, (b) bendine göre sigortalılığı sona erecektir. Zira Kanunda da açıkça belirtildiği gibi ev hizmetlerinde on gün ya da daha fazla çalışanlar m.4/I, (a) bendine göre sigortalı sayılırlar ve m.4/I, (a) bendi ile m.4/I, (b) bendine göre sigortalılık çakıştığında m.4/I, (a) bendine göre sigortalılığa üstünlük tanınır.

Şüphesiz kişi isterse Kuruma dilekçe vererek m.4/I, (b) bendine göre olan sigortalılığını da devam ettirebilir. Buna karşılık Tebliğde, "ev hizmetlerinde çalışma gün sayısı ayda 10 günden fazla 30 günden az olanların ayın kalan günlerinde Kanunun m.4/I, (b) bendi kapsamındaki sigortalılıkları yeniden başlatılacaktır" denilmektedir. Kanaatimizce bu ifade isabetli olmayıp, 5510 sayılı Kanunun 53/I fıkrası uyarınca sigortalının talep etmesi halinde denilmesi gerekirdi.

Devlet memuru olarak çalışan bir kişi aynı zamanda Ek m.9/I bendine göre sigortalı olmayı gerektirecek şekilde ev hizmetlerinde çalışmaya başlarsa bu durumda da m.4/I, (c) bendine göre sigortalılığa üstünlük tanımak gerekeceği için Ek m.9/I bendine göre sigortalı sayılmayacaktır. Kuşkusuz bu olasılık, devlet memurlarının hukuki rejimi nedeniyle çok da mümkün olmayacaktır. Zira bilindiği gibi 657 sayılı Kanunun 28. maddesine göre, "*Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamazlar*" (f.1). Gerçi bu yasaklamanın istisnası durumlarda da söz konusudur⁶⁵. Ancak ev hizmetlerinde çalışma 657 sayılı Kanun m.28 hükmünün istisnası niteliğinde olmasa gerekir.

3. Ay İçinde On Günden Az Çalışanların Sigortalılığında

Daha önce de açıklandığı üzere ev hizmetlerinde ay içinde on günden az çalışan sigortalılar için sadece % 2 oranında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenir ve bunlarla ilgili olarak uzun vadeli sigorta kolları primi ödenmez. Bu nedenle söz konusu kişiler iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu dışındaki sigorta kolları açısından sigortalı sayılmazlar. Buna karşılık talepte bulunmaları ve maddede belirtilen oranda prim ödemeleri halinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortası dışındaki sigorta yardımlarından yararlanmaları da mümkündür.

İşte bu noktada bu kişilerin zaten başka bir faaliyetlerinden dolayı sigortalı olmaları halinde Ek m.9/II çerçevesinde sigortalılık tescili yapıp yapılmayacağı sorusu akla gelebilir. Tebliğ bu konuda çeşitli olasılıkları dikkate alarak düzenlenmeler yapmıştır. Buna göre, Ek m.9/II'ye göre sigortalı olan birinin aynı zamanda ay içinde m.4/I, (a) bendi kapsamında 30 gün sigortalılığının da

⁶⁵ Örneğin, işyeri hekimleri hem kamu idaresinde m.4/I, (c) bendi kapsamında çalışabilmekte, hem de bir özel sektör işyerinde işyeri hekimi olarak m.4/I, (a) bendi kapsamında sigortalılık ilişkisi kurabilmektedirler.

bulunması halinde uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası yönünden ayrıca tescil ve tahakkuk kaydı oluşturulmaz. Buna karşılık sigortalının diğer çalışmasının ay içinde 30 günden az olması halinde ev hizmetlerindeki çalışması ile ilgili olarak uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası yönünden sadece kalan süre için tescil oluşturulur.

Yine Tebliğe göre, Kanununun m.4/I, (b) bendi kapsamında sigortalılığı olanlar ile yaşlılık, emekli aylığı veya sürekli iş göremezlik geliri alanların ev hizmetlerinde on günden az çalışmaları halinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortası yönünden tescil kaydı oluşturulur, m.4I, (c) bendi kapsamında olanlar için ise tescil kaydı oluşturulmaz. Esasında bu düzenlemeyi 5510 sayılı Kanun m.53/I hükmünün bir gereği olarak düşünmek gerekir. Zira bilindiği ve yukarıda da belirtildiği gibi, "Sigortalının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statüleri ile (c) bendinde yer alan sigortalılık statüsüne aynı anda tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde öncelikle aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde ise aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır"lar.

Kanununun 50. maddesine göre m.4/I, (b) bendi kapsamında isteğe bağlı sigortalı olanların Ek 9. maddesi kapsamında uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası primini ödemeleri halinde prim ödedikleri aya ait isteğe bağlı sigortalılığı durdurulur. İsteğe bağlı sigortalılığı durdurulanların Kanunun Ek 9. maddesine tabi sigortalılığının sona erdiği tarihten itibaren 12 ay içerisinde prim ödemesinin bulunması halinde isteğe bağlı sigortalılığı zorunlu sigortalılığın sona erdiği tarihten bir gün sonra başlatılır. 12 ay içerisinde prim ödemesi olmayanların isteğe bağlı sigortalılıkları ise talep etmeleri halinde başlatılacaktır.

Ay içerisinde 30 günden az çalışan veya Kanununun 80 inci maddesi uyarınca prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saatinin 4857 sayılı Kanuna göre belirlenen günlük normal çalışma saatine bölünmesi suretiyle hesaplanan sigortalılardan aynı zamanda ek 9 uncu madde kapsamında haklarında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi ödenenler, aynı ay içerisinde 30 günden az kalan süreleri için Kanununun m.51/III kapsamında isteğe bağlı sigortaya prim ödeyebileceklerdir. Bu şekilde primi ödenen süreler zorunlu sigortalılığa ilişkin prim ödeme gün sayısına otuz günü geçmemek üzere eklenecek ve eklenen bu süreler, m.4/I (a) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilecektir.

Kanununun Ek 5. ve Ek 6. maddelerine tabi sigortalılar ile 2925 sayılı Kanuna tabi olanların ev hizmetlerinde on günden az çalışmaları halinde uzun vadeli ve genel sağlık sigortası tescili oluşturulmaz, Ek 9. madde kapsamında on günden az çalışmaları nedeniyle bu sigortalılıkları durdurulmaz.

VII. Kurumdan Aylık ve Gelir Alanların Ek m.9 Kapsamında Çalışması

Bilindiği gibi, 5510 sayılı Kanununun 30. maddesine göre, ilk defa bu Kanuna göre sigortalı olanlar kendilerine yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra tekrar çalışmaya başarlarsa aylıklarının kesilip tüm sigorta kollarına tabi olmaları gerekir⁶⁶. Ancak 5510 sayılı Kanundan önceki kanunlara göre sigortalı olanlar

⁶⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 687-688.

ya da halen yaşlılık aylığı almakta olanlar Kanunun geçici 14. maddesi uyarınca sosyal güvenlik destek primi ödeyerek hem yaşlılık aylıklarını alabilirler hem de çalışabilirler. İşte Kurumdan yaşlılık aylığı alan bir kişinin aynı zamanda ev hizmetlerinde çalışması halinde bu kişi hakkında uygulanacak hüküm üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

Tebliğe göre, Kanunun m.4/I, (a) bendine tabi çalışması nedeniyle yaşlılık aylığı alanların Ek 9. madde kapsamında çalışmaya başlaması halinde Kuruma “Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge” ile yapılacak müracaatlarda sigortalıların sosyal güvenlik destek primine ya da tüm sigorta kollarına tabi olup olmayacaklarını tercih etmeleri gerekmektedir. Eğer sigortalı aylığının kesilmesi ve tüm sigorta kollarına tabi olmayı tercih ederse yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde işlem yapılacaktır. Buna karşılık Kurumdan yaşlılık, emekli aylığı ve adi malullük aylığı alan ve Ek 9. madde kapsamında çalışan sigortalı sosyal güvenlik destek primi ödemeyi tercih ederse bu kişiyi çalıştıran işveren tarafından sosyal güvenlik destek primi ödenecektir.

Kurumdan aylık almakta olanlardan ev hizmetlerinde 10 günden daha az çalışanların ise, kanaatimizce sosyal güvenlik destek primi ödemelerine gerek bulunmamaktadır. Öte yandan, bu çalışma aylığın kesilmesine de neden olmamalıdır. Zira, kanun koyucu her ne kadar bu sigortalıları m.4,I, (a) kapsamında sigortalı saysa da burada sadece iş kazası ve meslek hastalığı riskine karşı güvence sağlanan kendine özgü bir sigorta söz konusudur. Nitekim, aylık almakta olanların çalışması Tebliğ’de de sadece 10 gün ve daha fazla ev hizmetlerinde çalışanlar açısından düzenleme konusu yapılmıştır.

Sürekli iş göremezlik geliri alan sigortalının ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile çalışması halinde ise bağlanan gelir kesilmeyecek, bunlar hakkında yukarıda belirtilen işlemler yapılacaktır. Malullük aylığı alan bir kişinin Kanunun Ek 9. maddesi kapsamında çalışması halinde ise bağlanan malullük aylığı kesilecektir.

Kurumdan hak sahibi eş, çocuk, ana ve baba olarak gelir/aylık alıp ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile çalışanlar hakkında Kanunun m.4/I, (a) bendine tabi olan sigortalılar gibi işlem yapılacaktır.

Belirtelim ki, ev hizmetlerinde 10 günden az çalışmanın, hak sahiplerine bağlanan aylığın kesilmesine neden olan (veya dul eşin aylık oranına etki eden) bir çalışma olarak kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Tebliğ’de de hak sahiplerinin durumu belirtilirken sadece 10 günden ve daha fazla çalışma esas alınarak düzenleme yapılmış olması, Kurumun yaklaşımının da bu doğrultuda olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, 5510 sayılı Kanun m. 34 hükmüne bir ekleme yapıp, maddede geçen “Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri hariç” ibarelerinin, “Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri ile Ek 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası hariç” şeklinde değiştirilmesi açıklık sağlanması açısından isabetli olacaktır.

EMEKLİ İKRAMİYESİNDE KALKAN SINIR: BOŞA ÇALIŞMANIN REDDİ VE YENİDEN EŞİTLEME ÇABASI

Prof. Dr. Tankut Centel*

I. Giriş

Memurların emekli ikramiyeleriyle ilgili tartışmalar, son gelişmelerle birlikte yeni bir boyut kazanmış durumdadır. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi, yakın geçmişte oyçokluğuyla verdiği bir kararla, emekli ikramiyesinde tavan öngören düzenlemeyi iptal etmiştir¹. Buna göre, artık memurlar, çalıştıkları sürenin uzunluğuyla orantılı olarak ve sınırsız bir biçimde emekli ikramiyesine hak kazanabileceklerdir.

Verilecek emekli ikramiyesinin hesabında 30 fiili hizmet yılından fazla sürelerinin dikkate alınmayışı, şimdiye kadar memurlarda 30 yıldan sonra boş çalışıldığı duygusunu yaratmıştır. 30 yıldan sonraki çalışmalar karşılığında daha fazla emekli maaşının bağlanacak olması dahi, haklı olarak, memurlardaki bu duyguyu ortadan kaldırmaya yetmemiştir. Bunun nedeni, daha yüksek emekli maaşı ile 30 yıldan artan sürelerin emekli ikramiyesinde dikkate alınmayışı arasında, doğrudan bir bağlantının (ilginin) bulunmayışıdır. Nitekim, 30 yıldan fazla çalışan memurun emeği bağlanacak emekli maaşı yönünden karşılıksız kalmamasına karşın, emekli ikramiyesi yönünden karşılıksız kalmakta ve bu da, ister istemez, memurda 30 yıldan sonra boş çalıştığı duygusunu yaratmaktadır.

Bu durum, giderek yasa koyucunun, çalışanların hakları konusunda sınırsız bir takdir hakkına sahip bulunup bulunmadığı tartışmasını da beraberinde getirmektedir. Gerçekten, devlet organlarından biri olan yasamanın, çalışanlara yasama yoluyla haklar sağlar ve bu arada onların sosyal güvenlik hakkını güvence altına alırken, bunlarda ne ölçüde kısıntıya gidebileceği sorun yaratmaktadır. Buna göre, ortaya çıkan iki odağın dikkate alınmasında yarar ve hatta, zorunluluk söz konusudur. Bunlardan biri, devletin Türkiye'deki işveren yüzü de, Ay. m. 65 hükmüdür.

Buna göre, aşağıda ilkin, emekli ikramiyesine getirilmesi olası sınırlamalar ve sonra da, bunların Anayasa hükümleriyle ne ölçüde bağdaşacağı konuları üzerinde durulacaktır. Bu konuda ise, ağırlıklı olarak, belirtilen Anayasa Mahkemesi kararında beliren görüşlerle sınırlı kalınacaktır.

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi; tcentel@ku.edu.tr

¹ Bkz. AyM., 25.12.2014-2013-111/195-RG. 7.1.2015, No. 29229.

II. Emekli İkramesinin Amacı ve Hukuki Niteliği

1. İzlenen amaç

Emekli ikramiyesi, emeklilik halinde ödenecek olan bir miktar paradır. Bununla emekliye ayrılacak kişi, geçen hizmet sürelerinin karşılığı olarak toplu bir para elde etme olanağına kavuşmaktadır. Bu noktada, emekli ikramiyesi, koşut olarak işçilere ödenen kıdem tazminatından ayrılmaktadır. Nitekim, emekli ikramiyesi, sadece emeklilik halinde ödenirken; iş sözleşmesinin sona erdiği diğer bazı durumlarda da, kıdem tazminatına hak kazanılabilmektedir².

Ülkemizde başlangıçta emekli ikramiyesiyle mütevazı bir apartman dairesi satın alınabilirken, zaman içerisinde hayat pahalılığının artmasıyla birlikte bu olanak ortadan kalkmıştır. Bu bakımdan, emekli ikramiyesi, günümüzde emeklilikte bir güvence olarak görülmekten uzaktır. Buna göre, emekli ikramiyesi, toplu bir para olmaktan öteye gitmemektedir.

Diğer yandan, emekli ikramiyesi egemen olan temel düşünce, devlete geçen hizmetin ödüllendirilmesi, yani bir anlamda hizmet karşılığı değildir. Nitekim, emekli ikramiyesinin miktarı, geçen hizmet süresinin uzunluğuna göre değişmektedir. Bu anlamda, emekli ikramiyesinin hesabına esas olacak hizmet süresine getirilecek bir sınırlama, ödemeye egemen olan hizmet süresi anlayışına ters düşer.

2. Hukuki nitelik

Salt adına bakılacak olduğunda, emekli ikramiyesinin hukuken “*ikramiye*” niteliğinde olması akla gelecektir. Ancak, böyle bir nitelendirme, gerek iş hukuku ve gerekse sosyal güvenlik hukuku açısından yanıltıcı olur. Çünkü, ikramiye denildiğinde, genellikle özel bazı vesilelere bağlı olarak ödenen miktarlar anlaşılır³. Buna göre, ikramiyede esas olarak ödüllendirme düşüncesi baskın değilken; emekli ikramiyesi, temelde geçen hizmetin karşılığı olduğundan, ödüllendirme motifini bünyesinde barındırır.

Diğer yandan, yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararındaki azınlık görüşü, emekli ikramiyesini “*atfet*” olarak nitelendirmektedir. Nitekim, karşılık gereksininde aynen:

“.. memurlara emekli olduklarında “emekli ikramiyesi” adı altında bir defaya mahsus olmak üzere ödenen para, Devletin bu kişilere hizmetleri karşılığında sosyal devlet kapsamında öngördüğü bir atfet niteliğindedir..”

ve devamlı,

“.. emekli ikramiyesinin Anayasanın 60. Maddesi kapsamında ödenmesi zorunlu bir hak olmadığı, sosyal devlet ilkesi gereği memurlara sağlanan bir atfet olduğu dikkate alındığında,.. eşitlik karşılaştırması yapılması da doğru değildir. Kanun koyucu, Anayasanın 65. maddesi uyarınca mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde atfetin üst sınırını belirlemiştir. Sağlanan atfetle 30 yıl gibi objektif bir sınır getirildiğinden kanun koyucunun keyfi davrandığı da söylenemez..”

anlatımlarına yer verilmek suretiyle, emekli ikramiyesi bir “*iyilik, bağış*”⁴ olarak değerlendirilmektedir.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kenan Tunçoğlu/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, 235 vd.

³ Bkz. Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986, 119-120.

⁴ Türk Dil Kurumu (yay.), Türkçe Sözlük I, Ankara 1983, 84.

Kanunca, emekli ikramiyesinin, Devletin bir atfeti (iyiliği ya da bağışı) olarak değerlendirilmesi, isabetli değildir. Çünkü, “*atfet*” nitelendirmesi, emekli ikramiyesinin ödenmesi sanki tamamen Devletin takdirindeymiş gibi, doğru olmayan bir izlenim uyandırmaktadır. Nitekim, emekli ikramiyesi her halde hak edilmemekte; ancak, yasada (5434 sayılı Yasa m. 89 hükmünde) gösterilen koşullar yerine getirildiği takdirde, emekli ikramiyesinin ödenmesi söz konusu olmakta ve hak edilen emekli ikramiyenin ödenmemesinden söz edilememektedir.

Bu bağlamda, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararındaki çoğunluk görüşü, daha doğru ve isabetli görünmektedir. Buna göre, emekli ikramiyesi, “*emeklilik, yaşlılık ya da malullük aylığı almaya hak kazanan kamu çalışanlarına çalışma hayatında istikrar ve devamlılığı sağlamak amacıyla ve sosyal devlet ilkesi gereğince yapılan bir ödeme türü olup Anayasa’nın 60. maddesinde öngörülen sosyal güvenlik hakkının kapsamı içerisinde*”. Böylece, emekli ikramiyesinin, anılan görüş açısından da hukuken, değişik sigorta kollarından sağlanan bir “*sosyal güvenlik yardımı (edimi)*” niteliğini taşıdığı söylenebilmektedir.

III. Emekli İkramesine Getirilebilecek Sınırlamalar

1. Sınırlama alanları

a. Hak kazanmaya ilişkin sınırlar

Hizmet sürelerinin tamamı Emekli Sandığı Kanunu ve/veya 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun geçici 4 üncü maddesi kapsamında geçenlerden emekli, adi malullük veya vazife malullüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan asker ve sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarın bir aylığı “*emekli ikramiyesi*” olarak verilmektedir (5434 sK. m. 89/I).

Diğer yandan, belirtilen kapsama girmemekle birlikte, Emekli Sandığı Kanunu ve/veya 5510 sayılı Yasa’nın geçici 4 üncü maddesi kapsamında hizmet bulanlardan birleştirilmiş hizmet süreleri üzerinden emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı bağlananlara ise; 5434 sayılı Yasa veya 5510 sayılı Yasa’nın geçici 4 üncü maddesi hükümlerine tabi olarak Emekli Sandığı Kanunu’na tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda geçen çalışmalarının, kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermiş bulunması şartıyla emekli ikramiyesi ödenecektir (5434 sayılı Yasa m. 89/II).

Buna göre, emekli ikramiyesi, ancak belli şartların, yani Emekli Sandığı Kanunu’nun 89 uncu maddesinde yer alan koşulların yerine getirilmesi kaydıyla yapılacak olan bir ödemedir. Yasa koyucu, belirtilen koşullarda değişikliğe gitmek suretiyle, emekli ikramiyesine hak kazanmada sınırlamalara gidebilir. Nitekim, zaman içinde yapılan yasal değişikliklerle, bu yola yeterince başvurulduğu görülmektedir⁵.

b. İkramesinin miktarına ve hesabına ilişkin sınırlar

Emekli ikramiyesi, kıdem tazminatındaki her tam yıl için 30 günlük ücret miktarına koşut biçimde, her tam fiili hizmet yılına bir aylığın ödenmesini içermektedir. Kıdem tazminatında 15 günlük ücret miktarından 1927 sayılı

⁵ Değişiklikler ve gelinen son durum için topluca bkz. Ali Nazım Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013, 389 vd.

Yasa m. 1 hükmüyle 30 günlük ücrete çıkılmak suretiyle, günümüzde emekli ikramiyesiyle gerekli uyumun sağlandığı görülmektedir.

Kıdem tazminatının hesabında esas alınacak ücret miktarının 30 günden 15 güne düşürülmesi yolunda işveren çevrelerince öteden beri dile getirilen isteklere karşılık, emekli ikramiyesi miktarının düşürülmesi konusunda henüz bir tartışmanın yaşandığı görülmemektedir. Bunun da temel nedeni, ödenecek emekli ikramiyesi miktarlarının henüz devlet yatırımları üzerinde önemli bir yük oluşturmayışı, olsa gerektir.

Diğer yandan, Emekli Sandığı Kanunu; emekli ikramiyesinin hesabında 30 hizmet yılından fazla süreler ile kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona eren hizmet sürelerinin ve daha önce karşılığında iş sonu tazminatı, kıdem tazminatı veya emekli ikramiyesi ödenmiş hizmet sürelerinin dikkate alınmamasını öngörmüştür (m. 89/IV). Ancak, Anayasa Mahkemesi; daha önce yukarıda belirtilen kararıyla, söz konusu düzenlemedeki 30 yıllık hizmet süresi sınırlamasını iptal etmiştir. Bundan sonra, artık yasa koyucu, bu yolda sınırlayıcı bir düzenleme yapma olanağından yoksun kalacaktır.

2. Sınırlamaların hukuka uygunluğu

Emekli ikramiyesine getirilecek sınırlar konusunda, öncelikle bunların hukuka uygun olup olmadıkları göz önünde bulundurulmak zorundadır. Hukuka uygunluğu belirleyecek ölçütler de, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında soyut olarak gösterilmektedir. Buna göre:

“.. Kanun koyucunun, emekli ikramiyesinin miktarını ve ödenme koşullarını belirleme konusunda, anayasal ilkelere aykırı olmamak, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu, Anayasa'nın 60. maddesi uyarınca sosyal güvenliği sağlama görevini yerine getirirken, anılan yetkiye dayanarak emekli ikramiyesi ile ilgili keyfi ya da bu haktan yararlananlar arasında eşitsizliğe neden olacak düzenlemeler yapamaz”.

Söz konusu anlatımdan, yapılacak yasal düzenlemelerde “anayasal ilkelere” ile “hakkaniyet” ve “kamu yararı” ölçütlerinin dikkate alınması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Buradaki anayasal ilkeler içinde, esas olarak sosyal hukuk devleti ilkesi ile eşitlik ilkesi, ağırlık kazanmaktadır. Bunun gibi, aynı görüş bakımından, adil olmayan ve değişikliğe gidilmesinde kamunun herhangi bir yararının görülmediği yasal düzenlemeler de, hukuka uygunluk taşıyamayacaktır.

IV. 30 Yıllık Hizmet Süresi Sınırlaması

Emekli ikramiyesinin hesabında 30 fiili hizmet yılından fazla sürelerin dikkate alınmayacağına ilişkin sınırlayıcı düzenleme (5434 sK. m. 89/IV), Anayasa'nın 2, 10 ve 60 ncı maddelerine aykırı görülmek suretiyle, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş bulunmaktadır.

Bu konudaki karar oybirliğiyle alınmış olmadığından, söz konusu iptalin hukuken doğruluğu ile yerindedeliği tartışılma gereksinimi içindedir. Gerçekten, çoğunluk görüşü, söz konusu yasal düzenlemeyi sosyal adalet ve eşitlik esasları üzerinde yükselen hukuk devleti ilkesine aykırı bulurken; azınlık görüşü ise, emeklilik ikramiyesinin atıfet niteliğinde olduğundan hareketle, yasa koyucunun takdir hakkı çerçevesinde eşit davranmış olduğunu kabul etmektedir.

1. Hukuk devleti ilkesi

Emekli ikramiyesinin azami miktarının 30 yıllık fiili hizmet süresiyle sınırlanması, en başta hukuk devleti ilkesiyle (Ay. m. 2) bağdaşırılık bakımından, ele alınmak durumundadır. Gerçekten, hukuk devleti ilkesi; Anayasa Mahkemesi tarafından açık biçimde vurgulandığı üzere, devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olmasını, insan haklarına dayanıp bu hak ve özgürlükleri güçlendirmesini ve her alanda adaletli bir hukuk düzenini kurup bunu geliştirerek sürdürmesini, anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınıp hukuk kurallarıyla kendisini bağlı saymasını ve de yargı denetimine açık bulunmasını anlatır. Bu bağlamda, “*kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereği*” olarak ortaya çıkmaktadır.

Buna göre, emekli ikramiyesine ilişkin sınırlayıcı düzenleme, adalet ve eşitlik ölçütleri açısından denetlenmek zorundadır. Çünkü, adil olmayan, giderek sosyal adalete uygun düşmeyen ve eşit olarak herkese uygulanması düşünülmeyecek yasa kurallarının kabulünde, hukuk devleti açısından, herhangi bir kamu yararının varlığından söz edilememektedir.

a. Sosyal adalet düşüncesi

Hukuk devleti olarak Türkiye Cumhuriyeti devletinin özellikleri arasında, onun sosyal nitelik taşıması (Ay. m. 2), konumuz açısından son derece önemlidir. Gerçekten, sosyal hukuk devleti, özellikle çalışma yaşamında adil ve eşitlikçi bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Buna göre, gerçekleştirilecek düzenlemeler, Ay. m. 2 ve sosyal güvenlik hakkını güvenceleyen m. 60 uyarınca, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli bir çalışma ortamını yaratmak ve böylece, sosyal güvenceye yönelik bir haktan, tüm çalışanların aynı ölçüde yararlanmalarını öngörmek zorundadır.

Türk hukuk sistemi, çalışanları önce bağımlı/bağımsız çalışanlar olarak ele almakta ve sonra da, bağımlı çalışanları esas olarak, devlet memuru/işçi/sözleşmeli personel ayırımı içinde değerlendirmektedir. Bu bağlamda, işçilere kıdem tazminatı hakkı bir güvence olarak tanınırken; kamu çalışanlarına da, emekli ikramiyesi ödenmesi öngörülmüştür. Buna göre, her iki kurumun, koşut biçimde düzenlendikleri ve birbirlerine yaklaştırılmak istendiği görülür.

Nitekim, geçmişte işçiler ile memurların durumu ve giderek kıdem tazminatı ile emekli ikramiyesi birbirine yaklaştırılmak istenirken, günümüzde hala yürürlüğünü sürdüren “.. *kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez*” (1475 sayılı İş K. m. 14/XIII) hükmüne yer verilmiştir. Böylece, kıdem tazminatı ile emeklilik ikramiyesinin yıllık miktarı eşitlenmiştir.

Bunun gerisinde, işçilerin toplu iş sözleşmesi yoluyla ücretlerini yükseltme ve giderek, kamu çalışanlarının aylıklarından (maaşlarından) daha yüksek bir gelir etme olanağına sahip bulunmaları; buna karşılık, kamu çalışanlarının gelirlerindeki artışın, kısıtlı bütçe ve katsayı artışlarıyla sınırlı kalmasıdır.

Ancak, işçiler için ödenecek kıdem tazminatlarında kıdem süresi yönünden herhangi bir sınırlama bulunmadığı ve emekli ikramiyeleri ise 30 fiili hizmet süresiyle sınırlı tutulduğu için, yine de kuramsal olarak, işçilerin kamu çalışanlarından daha yüksek tutarlarda kıdem tazminatı elde edebilmelerinin yolu açık tutulmuştur. Bununla birlikte, bu durumun, kuramsal olarak geçerli olduğunu söylemek gerekir. Çünkü, özellikle yasal iş güvencesinin olmadığı ortamlarda, bir işçinin aynı işyerinde veya aynı işverene ait işyerlerinde kesinti-

siz 30 yıldan daha fazla çalışması, ülkemizde genellikle rastlanmayacak bir olgudur.

İşte, Anayasa Mahkemesi; 30 yıllık hizmet süresi sınırlamasına ilişkin düzenlemeyi iptal etmek suretiyle, işçiler ile kamu çalışanları arasında sosyal açıdan adil olmayan ve hukuken haklı görülemeyecek bir ayrıma duruma son vermiştir.

b. Hukuki eşitlik ilkesi

Hukuk devletini somutlaştıracak olan esas, eşitlik ilkesidir. Buna göre, hukuk devletinde hukuk kuralları, eşitlikçi olmak zorundadır. Buradaki eşit olma ise, aynı durumda olanlar arasında söz konusudur. Ancak, kimlerin aynı durumda sayılacağı konusunda, Anayasa Mahkemesi'nin dar bir anlayışa sahip olduğu söylenebilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin artık adeta klişe metin haline getirdiği anlatımına göre:

“.. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara farklı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.. Kanunlar, eşitlik ilkesine uygun bir şekilde, aynı veya benzer durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarında ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılmasını sağlayacak kurallar içermelidir”.

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesine kazandırdığı anlam, görüldüğü üzere, dar kapsamlıdır. Nitekim, hukuki eşitlikten söz edilirken, aynı durumda olanlarla sadece Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tabi bulunan kamu çalışanları hedeflenmektedir.

Oysa, çalışma yaşamı ve onu düzenleyen kurallar, bir bütünü oluşturmaktadır. Bu anlamda, Ay. m. 51 2001 yılında 4709 sK. m. 20'yle değiştirilip, sendika hakkı tüm “çalışan”lara yayılmıştır. Yine, sağlık ve güvenliğe ilişkin hükümler İş Kanunu'nun içinde çıkarılıp 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun içinde toplanmak suretiyle, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin esas olarak tüm çalışanlara uygulanması esasını benimsemiştir. Bunun gibi, çalışanlara ait üç değişik sosyal güvenlik kuruluşu (Bağ-Kur ile Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar Kurumu) da, 2006 yılında 5502 sayılı Yasa'yla Sosyal Güvenlik Kurumu çatısı altında birleştirilmiştir. Buna göre, tüm bu hukuki gelişmeler sonucunda artık çalışanların, çalışma yaşamı içinde işçi/devlet memuru/sözleşmeli personel gibi değişik kategoriler yerine, bir bütün olarak aynı hukuki durum ve konum içerisinde ele alınmak istendiği söylenebilir. Bununla birlikte, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararındaki çoğunluk görüşü, eşitlik ilkesine söz konusu dar bakış açısından dahi, emekli ikramiyesindeki 30 hizmet yılına ilişkin sınırlamayı eşitlik ilkesiyle bağdaşır nitelikte görmemiştir.

Buna karşılık, anılan Anayasa Mahkemesi kararındaki azınlık görüşü ise, daha da dar bir anlayışla, eşitlik ilkesine 30 yıl hizmeti olan memurlar ile 30 yılın üzerinde hizmeti olanlar açısından yaklaşmış ve bunların aynı hukuki

konumda bulunmadıklarından bahisle, eşitlik karşılaştırmasının yapılamayacağı ileri sürmektedir.

Söz konusu azınlık görüşünün böylesi bir dar görüşe saplanmasının temelinde, emeklilik ikramiyesini devletin bir atufeti olarak nitelendirmesi yatmaktadır. Böyle bir nitelendirmede, doğal olarak, devletin takdir hakkı kabul edilecek ve her iki grubun aynı hukuki duruma sahip bulunmadıkları sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak, emekli ikramiyesinin bir sosyal güvenlik yardımı (edimi) olarak kabulü, daha geniş bir karşılaştırmayı gerektirecek ve böylesi geniş bakış açısından da, devletin bu konuda takdir hakkına sahip bulunduğundan söz edilemeyecektir.

2. Sosyal güvenlik hakkı

Emekli ikramiyesinin devletin bir atufeti yerine sosyal güvenlik edimi niteliğini taşıdığı kabul edilecek olduğunda, 30 hizmet yılı sınırlamasının sosyal güvenlik hakkının tanınması açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten, emekli ikramiyesi, sosyal güvenlik hakkının (Ay. m. 60) kapsamı içerisindedir. Söz konusu hakkın sağlanmasında ayırım yapılacak olduğunda ise, bunun sosyal güvenliğin amacına uygun bulunması, makul ve adil olan haklı bir nedene dayanması gerekir.

Emekli ikramiyesinin temelinde yatan amaç, kamuda geçen hizmetinin karşılığı olarak, çalışana emekli olduktan sonra güvence sağlama düşüncesidir. Emekli ikramiyesinin hesabında 30 hizmet yılından sonraki hizmetlerin dikkate alınmamasına ilişkin bir sınırlama ise, geçen hizmetin karşılığının verilmesi amacıyla bağdaşmamaktadır.

Bu anlamda, 30 hizmet yılından sonra geçecek hizmetler, adeta boş hizmet niteliğine bürünmekte; yani, emekli ikramiyesi bakımından, karşılıksız kalmaktadır. Sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararındaki karşıoy gerekçesinde ise, 30 hizmet yılından sonraki hizmetlerin emekli aylığında (maaşında) artış yaratmak suretiyle karşılıksız kalmadığı ve boş çalışmanın söz konusu olmadığı belirtilmektedir. Ancak, dikkat edilecek olunursa; buradaki karşılıksız kalmama, bağlanacak emekli aylığına ilişkin olup, emekli ikramiyesinde artışa yönelik değildir. Emekli ikramiyesi konusunda ise, emekli aylığının bir ilgisiz bulunmamaktadır. Değişik bir söyleyişle; emekli ikramiyesi ile emekli aylığı, farklı ve birbirleriyle doğrudan bağlantısı bulunmayan sosyal güvenlik yardımlarını (edimlerini) anlatmaktadır.

Diğer yandan, 30 hizmet yılından sonraki hizmetlerin emekli ikramiyesinin hesabında dikkate alınmayışı, karşılıksız kaldığı için, adil görünmemektedir. Çünkü, 30 hizmet yılından sonraki hizmetleri daha önceki hizmetlerden ayırtmayı gerektirecek ve makul görülebilecek herhangi bir haklı neden söz konusu değildir. Nitekim, yasa koyucu, keyfi biçimde geçmişte, 30 hizmet yılı yerine herhangi bir hizmet yılı miktarını kabul edebilirdi. Bir başka deyişle; yasa koyucunun, geçmişte yaptığı sınırlamayı nesnel (objektif) ⁶ nitelikteki bir ölçüte dayandırdığından söz edilememektedir. Bu bakımdan, 30 fiili hizmet yılı sınırlamasının, ne emekli ikramiyesinin amacına uygun düşüğü ve ne de ma-

⁶ Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararına ekli karşıoy gerekçesinde, “.. Sağlanan atufetle 30 yıl gibi objektif bir sınır getirildiğinden kanun koyucunun keyfi davrandığı da söylenemez.” denilmekte; ancak, 30 yılın neden “objektif” bir sınır olduğu, hiçbir şekilde açıklanmamaktadır.

kul ve adil görülebilecek haklı bir nedene dayandığını söyleme olanağı bulunmamaktadır.

3. Devletin mali kaynaklarının yeterliliği

Anayasa Mahkemesi, emekli ikramiyesinin 30 fiili hizmet süresiyle sınırlandırılmasına ilişkin hükmü iptal ederken, buna ilişkin kararında Anayasa'nın 65 inci maddesinden hiç söz etmemiştir. Söz konusu karara ekli karşioy gerekçesinde ise; emekli ikramiyesi, daha önce de belirtildiği üzere, “devletin bir atıfeti” olarak nitelendirilmekte ve “.. Kanun koyucu, Anayasanın 65. maddesi uyarınca mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde atıfetin üst sınırını belirlemiştir..” denilmektedir.

Ay. m. 65; bilindiği üzere, Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek, “mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” yerine getireceğini belirtmektedir. Emekli ikramiyesindeki 30 yıllık sınırlamaya söz konusu hükmün uygulanması ise, hukuken olanaklı görünmemektedir. Çünkü, emekli ikramiyesi; herşeyden önce, bir atıfet olmayıp, Devletin Ay. m. 60 uyarınca sağlamakta yükümlü bulunduğu sosyal güvenlik hakkı kapsamındadır. Bu hakkın hizmet süresine bakılmak suretiyle sağlanması söz konusu olduğunda ise, 30 yıl hizmet görenler ile 30 yıldan daha fazla hizmet süresi bulunanlara aynı sosyal güvenlik hakkı içeriğinin sağlanması düşünülemez. Bunun aksinin kabulü, 30 yıldan çok hizmeti bulunan kamu çalışanlarının, sosyal güvenlik ortamından uzaklaşıp boşa çalışması anlamını taşır. Kaldı ki, Ay. m. 65 hükmünün uygulama alanı, Devletin işveren olarak kendisinin taraf olmayacağı alanlar için söz konusu olmalıdır. Emekli ikramiyesinin ödenmesi ise, Devletin işveren olarak yüzünü gösterdiği (bizzat taraf olduğu) alana ilişkindir.

V. Sonsöz

Emekli ikramiyesindeki 30 yıllık hizmet süresi sınırlamasının iptali, kamu çalışanları bakımından, artık 30 yıldan sonra boşa çalışma olgusunu ortadan kaldıracaktır. Şimdiye kadar boşa çalışmış olanlar için ise, yapılacak birşey yoktur. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, geriye yürümemektedir (Ay. m. 153/V).

Emekli ikramiyesini sınırlayıcı hükmün iptaliyle birlikte, işçiler ile kamu çalışanlarının (devlet memurlarının) konumu gerçekte eşitlenmiş; yani bunlar, aynı duruma getirilmiş bulunmaktadır. Gerçekten, kıdem tazminatı en yüksek emekli ikramiyesiyle ilişkilendirilip tavan hükmüne tabi tutulurken, kıdem tazminatı bakımından süre sınırlaması bulunmadığından, işçilerin daha yüksek tutarlara sahip ödemeleri almasının önüne hukuken geçilmiş değildi. Artık devlet memurları bakımından hizmet süresi sınırlaması ortadan kalktığı için, her iki kesime farklı ödemede bulunulması söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, bu söylenenler, kuramsal olarak geçerliliğini koruyabilecektir. Çünkü, kamu kesiminde devlet memurları için iş güvencesi mutlak niteliğe sahipken, işçiler bakımından aynı şeyi söyleme olanağı bulunmamaktadır. Böyle olunca da, devlet memuru 18 yaşında memuriyete başlayıp 65 yaşında emekliye ayrılıp 47 yıl üzerinden emekli ikramiyesi alabileceken; işçinin 47 yıl aynı işverene bağlı olarak çalışması, enazından mutlak bir iş güvencesine sahip bulunmayışı yüzünden, gerçekleşmesi son derece güç bir olgu olarak ortadadır.

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI SONRASI ÖLÜM NEDENİYLE DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu*
Araş. Gör. Sergül Balsever**

I. GİRİŞ

İş sözleşmesinde işçinin işverene karşı sadakat borcunun karşılığını, işverenin işçiyi gözetme borcu oluşturmaktadır¹. İşçi sadakat borcu kapsamında, işverenin işi ve işyeri ile ilgili çıkarlarını korumak ve yine işverenin emir ve talimatlarına uymakla yükümlüdür. Buna karşılık, işveren ise; işçiye yardımcı olmak, onun çıkarlarının zedelenmesine neden olabilecek davranışlardan kaçınmak ve işçinin gördüğü iş nedeniyle maruz kalabileceği kaza ve zararlara karşı gerekli önlemleri alarak onu korumak ve gözetmek yükümlülüğü altındadır².

İşverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamına hangi edimlerin girdiğini önceden tahdidi bir şekilde belirlemek mümkün olmamakla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğu işverenin bu gözetme borcunun en önemli kalemlerinden birini teşkil etmektedir³. Diğer bir deyişle; işveren, işyerinde işçinin hayat, sağlık ve beden bütünlüğünü korumak ve olası zararları bertaraf etmek için gerekli önlemleri almakla mükelleftir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “İşveren, gözetme borcu gereği çalıştırdığı işçileri iş yerinde meydana gelen tehlikelerden korumak, onların yaşam, bedensel ve ruhsal sağlık bütünlüklerini korumak için iş yerinde teknik ve tıbbi önlemler dahil olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almak zorundadır.”⁴

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

** Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

¹ Demircioğlu A. Murat/Centel Tankut, İş Hukuku, 18. bs., İstanbul, 2015, s. 115. İşverenin işçiyi gözetme borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulsan İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990

² Süzek Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. bs., İstanbul, 2014, s. 400; Süzek Sarper, “Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, s. 17-18; Ulsan, a.g.e., s. 1

³ Demircioğlu A. Murat/Güzel Ali, İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 2001, s. 193; Demircioğlu/Centel, a.g.e., s. 115; Ulsan, a.g.e., s. 33

⁴ Y. HGK. E. 2012/21-1121, K. 2013/386 sayılı, 20.03.2013 tarihli kararı www.corpus.com.tr

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ⁵ hem de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) 'nda⁶ düzenlenmiştir. TBK md. 417/2 uyarınca; "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlüdür." Söz konusu düzenleme, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu (BK) 'nun⁷ 332/1 maddesinin karşılığını teşkil etmekle birlikte, TBK işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğünün kapsamını daha fazla genişletmiştir⁸. Zira mülga BK md. 332/1 uyarınca; işveren "akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede, çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri" almakla yükümlü iken; TBK md. 417/2'de ise gerekli her türlü önlemin alınması gerektiği vurgulanmıştır. Görüldüğü gibi; işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü artık hakkaniyet dairesiyle sınırlı değildir, işveren her türlü önlemi almakla mükelleftir.

Bu bakımdan TBK düzenlemesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁹ yürürlükten kalkmış olan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin düzenlendiği beşinci bölümdeki (md. 77-89) 77. maddesiyle paralellik göstermekteydi. Şöyle ki; İş Kanunu mülga md. 77 uyarınca; "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler." Oysa, İş Kanunu'nun mülga beşinci bölümüne yerine artık 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun hükümleri uygulama alanı bulmaktadır¹⁰. İSGK'da işverenin genel sorumluluğunu düzenleyen 4. md. uyarınca; "mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması" gerektiği belirtilmiştir¹¹. İSGK md. 4'te düzenlenen

⁵ RG. 04.02.2011, S. 27836

⁶ RG. 30.06.2012, S. 28339

⁷ RG. 29.04.1926, S. 359

⁸ Akdeniz Ayşe Ledün, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği", İÜHFİM, C. 72, S. 2, s. 5

⁹ RG. 10.06.2003, S. 25134

¹⁰ Bkz. İSGK md. 37; 4857 sayılı İş Kanunu'nun beşinci bölümü sadece işçi ve işyerleri açısından düzenlenmiş olup işyerinde çalışan çırak ve stajyerlere uygulanmamakta idi. Buna ilaveten 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile 5953 sayılı Basın İş Kanunlarında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine yer verilmediği gibi; bu iki kanunun kapsamına giren durumlara da uygulanacak olan genel hüküm niteliğindeki TBK md. 417, sadece işverenin önlem alma yükümlülüğü ile işçinin uğradığı zararları düzenlemektedir. Öte yandan; kamu görevlilerinden memur ve sözleşmeli personel için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin özel bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktaydı. Bu bakımdan, hem 4857 sayılı yasa kapsamındaki çalışanlar hem de diğer çalışanlar için kapsamlı iş sağlığı ve güvenliği düzenlemesi getiren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun gereksinimi kuşkusuzdur. Süzek, a.g.e., s.408; Alpagut Gülsevil, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", İÜHFİM., 2014, C.LXXII, S. 2, s. 31

¹¹ İş Kanunu mülga md. 77 ve İSGK md. 4 uyarınca öngörülen iş güvenliği ve sağlığı alma yükümlülüğü hakkında Yargıtay 21. HD. E. 2014/10603, K. 2015/2375 sayılı, 12.02.2015 tarihli kararı: "4857 s. Kanun'un 77 nci maddesi uyarınca, işverenler iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirmek ve ge-

büyükümlülükler; *tedbir alma, eğitim verme ve denetleme* şeklinde İş Kanunu'nun mülga beşinci bölümündeki yükümlülöklere büyük ölçüde paralellik arzirmektedir¹².

TBK ve İSGK' da yer alan işverenin işçiyi gözetme borcunu ihlal etmesi halinde hem özel hukuk hem de kamu hukuku açısından çeşitli yaptırımlar söz konusu olacaktır¹³. İdare hukuku bakımından; iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin eksikliği halinde işverence idari para cezası ödenmesi, yaşamsal tehlike var ise işin durdurulması veya iş yerinin kapatılması şeklinde kamusal yaptırımlar gündeme gelir (İSGK md. 26). Ceza hukuku yönünden ise; işçinin bedensel bütünlüğünün zarar görmesi veya ölümü halinde Türk Ceza Kanunu (TCK) ¹⁴ uyarınca cezai yaptırım söz konusudur¹⁵. Özel hukuk açısından bakacak olursak; iş kazası veya meslek hastalığı sonunda bir zarar meydana gelmiş ise maddi ve manevi tazminat, ölüm halinde ise hak sahiplerince destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat talebi söz konusu olabilecektir. Şayet koşulları mevcut ise; aynı olayda işveren hakkında idari, cezai ve hukuki yaptırımlar birlikte uygulama alanı bulabilecektir. Bunun yanı sıra; iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan kişinin sigortalı olması durumunda kendisine Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından gerekli sağlık yardımları¹⁶ yapılır, geçici veya sürekli iş göremezlik ödenekleri¹⁷ bağlanır ve ölüm halinde hak sahiplerine yasada öngörülen koşullar çerçevesinde destekten yoksun kalma tazminatı, cenaze ödeneği, tedavi masraflar ve çalışmamaktan doğan zararların tazmini ile evlenmemiş kız çocuklarına evlenme ödeneği verilir. Biz de çalışmamızda; bir hukuki yaptırım olarak sadece, iş kazası ve meslek hastalığı

rekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Anılan madde ile, işverenlere, işçi sağlığı ve iş güvenliği kavramından kapsamlı olarak, her türlü önlemi almak yanında, bir anlamda objektif özen yükümlülüğü de öngörülmektedir. Bu itibarla işverenin, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeceği gibi bir düşünceyle almaktan sarfınazar etmesi kabul edilemez. ...Gerek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 nci maddesi gerekse 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. ve 5 inci maddeleriyle bunu uygun olarak çıkarılan iş güvenliği yönetmelikleri hükümleri işverenin sorumluluğunu objektifleştiren kriterler olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple mevzuatta yer alan teknik iş güvenliği kurallarına uyulmaması işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak, işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davranışında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır.”
www.corpus.com.tr

¹² Alpagut, a.g.m., s. 33

¹³ Demircioğlu/Centel, a.g.e., s. 153; Süzek, a.g.e., s. 139; ayrıca bkz. Y. HGK. E. 2013/21-586, K. 2014/95 sayılı, 12.02.2014 tarihli kararı www.corpus.com.tr

¹⁴ RG. 12.10.2004, S.25611

¹⁵ Demircioğlu/Centel, a.g.e., s. 154; Süzek, a.g.e., s. 141

¹⁶ Sağlık yardımlar Genel Sağlık Sigortası kapsamında yapılır. Bkz. SSGSSK md. 60

¹⁷ Geçici iş göremezlik ödeneği; Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu alınmış olması şartıyla, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle iş göremezliğe uğrayan sigortalıya her gün için verilen parasal yardımdır. Sürekli iş göremezlik ödeneği ise; iş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşan hastalık ve özürlülük nedeniyle, Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurulları tarafından verilen raporlara istinaden Kurum Sağlık Kurulunca meslekte kazanma gücüne az %10 oranında azalmış bulunduğu tespit edilen sigortalıya ödenen parasal yardımdır. Bkz. SSGSSK md. 18-19

sonunda ölüm nedeniyle hak sahiplerince talep edilecek olan destekten yoksun kalma tazminatının koşullarını ve kapsamını inceleyeceğiz.

II. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI KAVRAMLARI

1. Sosyal Güvenlik Hukuku Bağlamında İş Kazası ve Meslek Hastalığı

Sosyal güvenlik hukuku bağlamında iş kazası veya meslek hastalığından söz edebilmek için, öncelikle kazaya veya hastalığa uğrayan kişinin SSGSSK md. 4 uyarınca sigortalı sayılması, SSGSSK md. 13 veya md. 14'te sayılan durumlardan birinin meydana gelmiş olması, bu durum sonucunda bedensel veya ruhsal bir zararın gerçekleşmesi ve son olarak uğranılan iş kazası veya meslek hastalığı ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir¹⁸.

İş kazası ve meslek hastalığı kısa vadeli sosyal sigorta türlerinden olup¹⁹, sosyal güvenlik hukuku bağlamında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (SSGSSK) 'nda²⁰ ifadesini bulmuştur.

SSGSSK md. 13 uyarınca; "İş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş, nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş, nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidis geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır." Söz konusu hüküm; iş kazasının ne olduğunu örnekleme niteliğinde saymayıp, hangi hal ve durumların iş kazası sayılacağını yer ve zaman koşullarıyla sınırlayarak belirtmektedir²¹.

SSGSSK md. 14 uyarınca ise; "Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir." Meslek hastalığından söz edebilmek için ortaya çıkan be-

¹⁸ Demircioğlu A. Murat, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, 3. bs., İstanbul, 2014, s. 251; Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s.177-185; Tuncay A. Can/Ekmekçi Ömer, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2.bs., İstanbul, 2009, s. 264-273; Tuncay A. Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. bs., İstanbul, 2013, s. 334-347. Bu yöndeki Y. 10. HD. E. 2013/4466, K. 2014/3445 sayılı, 24.02.2014 tarihli kararına bkz: "Olayın, iş kazası olarak kabul edilebilmesi için olaya maruz kalan kişinin 5510 s. Kanununun 4 üncü maddesi anlamında sigortalı olması, olayın, 5510 s. Kanununun 13 üncü maddesinde sayılı ve sınırlı olarak belirtilen hal ve durumlardan birinde meydana gelmesi koşuldur. Başka bir anlatımla, olayın, iş kazası sayılabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi zorunludur."

¹⁹ Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 14. bs., İstanbul, 2012, s. 394; Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, s. 263; Tuncay/Ekmekçi, Dersler, s. 331

²⁰ RG. 16.06.2006, S.26200

²¹ Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s.177; ayrıca bkz. Yargıtay HGK., 13.10.2004, 21-529/527, İBD., 2005/3, 165-169; Y. 10. HD. E. 2014/803, K. 2014/1230 sayılı, 23.01.2014 tarihli kararını www.corpus.com.tr

densel veya ruhsal özürllülük halinin sigortalının yaptığı işin sonucu olarak ortaya çıkması gerekmektedir²².

Sigortalıyı zarara uğratan olayda işçinin kusurunun bulunup bulunmaması, zarar verici olayın sosyal güvenlik hukuku bağlamında iş kazası veya meslek hastalığı sayılmasında önemi bulunmamaktadır²³.

2. Bireysel İş Hukuku Bağlamında İş Kazası ve Meslek Hastalığı

Bireysel iş hukuku anlamında iş kazası ve meslek hastalığının tespitinin dayanağını; TBK md. 417, İş Kanunu mülga md. 77 ve İSGK md. 4'te işverene getirilen iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü teşkil etmektedir²⁴. Bireysel iş hukuku bağlamında iş kazası ve meslek hastalığından söz edebilmek için; iş kazası veya meslek hastalığı niteliğini taşıyan bir durumun gerçekleşmesi, bu durum ile yürütülen iş arasında nedensellik bağının bulunması, işverenin kusurlu olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamış olması²⁵, bunun sonucunda işçinin bedensel veya ruhsal bir zarara maruz kalması ve bu zarar ile ortaya çıkan durum arasında da nedensellik bağının bulunması gerekmektedir²⁶.

İş kazası ve meslek hastalığının bireysel iş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku bağlamında tespitindeki temel fark; nedensellik bağıdır. Bireysel iş hukuku anlamında iş kazası ve meslek hastalığında; zarar ile kaza veya hastalık arasında nedensellik bağı bulunacağı gibi, kaza veya hastalık yapılan işin sonucu olmalıdır. Başka bir deyişle; yürütülen iş ile ortaya çıkan iş kazası veya meslek hastalığı arasında da nedensellik bağı bulunmalıdır²⁷. Oysa, sosyal güvenlik hukuku bağlamında iş kazası ve meslek hastalığında bu şekilde bir koşul aranmamaktadır²⁸. Bu yönüyle; sosyal güvenlik hukuku anlamındaki her iş kazası veya meslek hastalığı, bireysel iş hukuku anlamında iş kazası veya meslek hastalığı sayılmamaktadır. Ayrıca yine sosyal güvenlik hukuku bağlamındaki bütün iş kazası veya meslek hastalığı halleri işverenin hukuki sorum-

²² Demircioğlu, a.g.e., s. 259; Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s. 186; Güzel/Okur/Canıklıoğlu, a.g.e., s. 419; Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, s. 275; Tuncay/Ekmekçi, Dersler, s.351

²³ Seratlı Gaye Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2003, s. 31

²⁴ Süzek, a.g.e., s.408

²⁵ Ayrıca bkz. Y. HGK. E. 2013/21-586, K. 2014/95 sayılı, 12.02.2014 tarihli kararı; Y. HGK. E. 2012/21-1121, K. 2013/386 sayılı, 20.03.2013 tarihli kararı; Y. 21. HD. E. 2014/10603, K. 2015/2375 sayılı, 12.02.2015 tarihli kararı www.corpus.com.tr

²⁶ Süzek, a.g.e., s. 423-424; Akın Levent, "Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlardan İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararları", Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İşHukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 YılıToplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, s. 35-37

²⁷ Y. HGK. E. 2012/21-1121, K. 2013/386 sayılı, 20.03.2013 tarihli kararı: "...Bu durumda, işverenin kusurlu eylemiyle zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa işverenin sorumluluğundan söz edilemez." www.corpus.com.tr

²⁸ Aksi yönde görüş için bkz. Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, s. 267; Tuncay/Ekmekçi, Dersler, s. 340, Yazara göre; iş kazasını tespitte yapılan iş ile kaza arasında nedensellik bağı bulunmalı ve kanun koyucu md. 13'te iş ile kaza arasında bulunması gereken nedensellik bağının tespiti hususunda belirli karineler öngörmüştür.

luluğuna yol açmayacaktır²⁹. Zira iş kazası veya meslek hastalığının varlığı bir sosyal güvenlik sorunu iken, işverenin sorumlu olup olmaması bir borçlar ve iş hukuku sorunudur.

III. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ VERİLME KOŞULLARI

Destekten yoksun kalma tazminatı; iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin ölümü halinde desteğinden yoksun kalanlara, eğer yaşamış olsaydı bulunacağı olası yardımın peşin ve toptan ödenmesidir³⁰. Böylece işçinin sağladığı destek sürecinin ölümü ile kesilmesi sonucu zarara uğrayan kişilerin, önceki hayat düzeylerine kavuşturulması amaçlanmıştır. Bahse konu zarar, doğrudan ve anlık ortaya çıkmayıp; etkisini destekten yoksun kalanlar üzerinde zaman içinde yavaş yavaş göstermektedir³¹.

Destekten yoksun kalma tazminatı ile ilgili olarak Yargıtay 17. HD. 12.02.2015 tarihinde şu tespitlerde bulunmuştur: "...Yasa metninden de anlaşılacağı gibi destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesi. Yani haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nın 45/II. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir. Davalı destekten yoksun kalmadan ileri gelen somut zararı gidermek zorundadır."³²

Ölüm nedeniyle meydana gelen zararlar ölen kişinin dışında gerçekleşmektedir. Diğer bir deyişle, ölen kişi artık hukuki bir süje olmaktan çıktığı için zarar ölenin bakıp gözetmiş olduğu kişiler nezdinde ortaya çıkar³³. Bu yönüyle kavramsal olarak destekten yoksun kalma tazminatının temelinde yatan zarar, hak sahipleri açısından hem bir yansımaya zararlı hem de müstakbel zarar³⁴ niteliğini taşımaktadır. Bunun yanı sıra Yargıtay 17. HD. pek çok kararında;

²⁹ Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s. 185; Tuncay/Ekmekçi, Esaslar, s. 271; Tuncay/Ekmekçi, Dersler, s. 346; Akın, a.g.m., s. 36

³⁰ Süzek, a.g.e., s. 440

³¹ Zarar hakkında bkz. Y. 17. HD. E. 2011/10718, K. 2012/12169 sayılı, 07.11.2012 tarihli karar: "Davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak olarak gösterdikleri zarar; işletenin ölümü sonucunda meydana gelmekle birlikte işleten üzerinde doğan bir zarardan ayrı ve salt onun desteğinden yoksun kalınması olgusuna dayalı, mirasçılık sıfatıyla bağlı olmaksızın uğranılabilen bir zarardır. Böyle bir zararın işletenin kendisinin sahip olacağı hakla bir ilişkisi olmadığı gibi, doğrudan işletenin zararıyla bağlı ve onunla sınırlı bir zarar da değildir. İşletenin ölümü zararı doğuran olay olmakla birlikte, zarar doğrudan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlar üzerinde oluşmuştur. Buradaki zarar, mirasçılardan salt bu sıfatla devraldıkları miraslarının uğradığı ve ondan intikal eden bir zarar da değildir." www.corpus.com.tr

³² Y. 17. HD. E. 2013/16156, K. 2015/2674 sayılı, 12.02.2015 tarihli karar. Ayrıca bkz. Y. 17. HD. E. 2014/23993, K. 2015/873 sayılı, 22.01.2015 tarihli karar; Y. 17. HD. E. 2013/7431, K. 2014/7362 sayılı, 08.05.2014 tarihli karar; Y. 17. HD. E. 2013/6045, K. 2014/6926 sayılı, 02.05.2014 tarihli karar; Y. 17. HD. E. 2011/10718, K. 2012/12169 sayılı, 07.11.2012 tarihli kararı www.corpus.com.tr

³³ Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 10. bs., İstanbul, 2013, s. 99

³⁴ Yansımaya zarar ve müstakbel zarar kavramları için ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, a.g.e., s.42-43

bir insanın ölümünün hukuki anlamda bir zarar olmadığını fakat bu yüzden yine de bazı zararların meydana gelmiş olabileceğini belirtmiştir. İşte bu noktada TBK md. 53'ün öngörmüş olduğu hal, ölüm sonucu vukua gelen bir kısım zararların tazminidir³⁵. Diğer taraftan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.03.1978 tarihli kararında destekten yoksun kalma tazminatının nasıl bir karaktere sahip olduğuna dair şu tespitlerde bulunulmuştur: "Destekten yoksun kalma tazminatının eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacıyla yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminat olduğu..."³⁶

İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçi, SSGSSK uyarınca sigortalı ise hak sahiplerinin zararları SGK tarafından karşılanacaktır. SGK'nın yapmış olduğu yardımları aşan zararlar için ancak TBK hükümleri uyarınca işverenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Şayet SGK hak sahiplerinin tüm zararlarını karşılamış ise bu durumda artık işverene başvurulamayacaktır. Ancak Kurum'un yapmış olduğu ödemeler genelde götürü nitelik taşıdığından zararın tümünü karşılamış olmaz. Bu noktada Kurumun ödediği yardımların tam karşılamadığı zararın artan kısmı için işverene başvurulup başvurulamayacağına dair mevzuatımızda bir hüküm olmamakla birlikte, öğretide işverene başvurulacağı sonucuna görüş birliği ile varılmıştır³⁷. Öte yandan, SGK'nın sorumlu işverene rücu etme hakkı ise saklıdır. Destekten yoksun kalma tazminatının nasıl hesaplanacağına dair mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus ise, çok daha kapsamlı ve teknik aktüerya bilgisi gerektirdiğinden bu çalışmada irdelenmemiştir³⁸.

1. Hukuki Dayanağı

Ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatının hukuki dayanağı TBK md. 53/3 ve md. 417/3'te ifadesini bulmaktadır. TBK md. 53/3 uyarınca; ölüm halinde "Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar"ın tazmin edilmesi gerekmektedir. Yine TBK md. 417/3 uyarınca; "İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir." Bu hükümden anlaşıldığı üzere; destekten yoksun kalan kişiler işverene aralarında akdi bir ilişki bulunmamasına rağmen, destekten yoksunluk tazminatını sözleşmeden doğan sorumluluk esasına göre talep edeceklerdir.

Öğretide pek çok yazar; destekten yoksun kalma tazminatının düzenlendiği TBK md. 53'ü, haksız fiilden doğrudan doğruya zarar görmeyen kişilerin

³⁵ Y. 17. HD. E. 2014/23993, K. 2015/873 sayılı, 22.01.2015 tarihli kararı; Y. 17. HD. E. 2013/7431, K. 2014/7362 sayılı, 08.05.2014 tarihli kararı; Y. 17. HD. E. 2013/6045, K. 2014/6926 sayılı, 02.05.2014 tarihli kararı www.corpus.com.tr

³⁶ Y. İBBGK. 1/3 sayılı, 06.03.1978 tarihli kararı; aynı esasların benimsendiği şu karar için ayrıca bkz. Y. HGK. 2005/4-648 E. 2005/691 K. sayılı 30.11.2005 sayılı kararı www.corpus.com.tr

³⁷ Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s. 195; Süzek, a.g.e., s. 410; Süzek, a.g.m., s. 20

³⁸ Hesaplama yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi almak için bkz. Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s. 210 vd.; Seratlı, a.g.e., s. 131 vd.; Kılıçoğlu Mustafa, Tazminat Hukuku: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Uyarlanmış, 4. bs., Ankara, 2014

uğradıkları zararın tazmin edilemeyeceği genel kuralın istisnası olduğunu belirtmiřlerdir³⁹. Söz konusu maddede; haksız fiil sonucunda doğrudan doğruya zarar görmeyen ancak ileride görmesi yüksek ihtimal dâhilinde bulunan kişilere tazminat hakkı tanınmaktadır⁴⁰.

2. Destek Kavramı

Destek; iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin ölümü halinde, şayet böyle bir durum gerçekleşmese idi desteklenene olası yaşam süresi içinde çalışması sonucunda kazancından ayırmak suretiyle sağlayabileceği katkısıdır⁴¹. Önemli olan husus, işçi tarafından sağlanan bu desteğin fiilen ve devamlı olmasıdır⁴². Bunun yanı sıra, destek olan kişinin söz konusu katkıyı ailevi, dini, sosyal, duygusal ve benzeri amaçlardan hangisini gözeterek yaptığının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak kanuna aykırı amaç dahilinde yapılan yardımlar destekten yoksun kalma tazminatı talebine olanak vermeyecektir. Örneğin birinin dolandırıcılık suçu işlemesine düzenli olarak yardım sağlayan kişinin ölümünden sonra bu kişi destekten yoksun kaldığını ileri sürmeyecektir. Zira yasal olarak yasaklanmış bir eyleme katkı sağlanmaktadır ve bu durum destek ilişkisi oluşturmamaktadır. Bunun yanı sıra ahlaka aykırı bir ilişki sebebiyle yardımda bulunan bir kişinin destek sayılıp sayılmayacağı hususu ise öğretilerde tartışmalıdır⁴³.

Destek ilişkisinin ölüm anında kurulmuş olması şart olmayıp, henüz kurulmamış ancak kurulması kuvvetle muhtemel görülen durumlarda da destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilecektir⁴⁴. Bu bağlamda destek ilişkisinin ölüm anından önce ve sonra kurulmasına göre gerçek ve farazi destek olmak üzere iki tür destekten söz edebiliriz.

Gerçek destek, kişinin desteğin ölümünden önce kurulmuş bir ilişki kapsamında desteklenene nakdi, aynı veya hizmet ifası şeklinde fiilen ve devamlı olarak yardımlarda bulunmasıdır. Desteklenenin ölüm vuku bulduktan sonraki yaşam düzeyi ile önceki durumu arasındaki olumsuz fark gerçek des-

³⁹ Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, 1993, s. 619; Tekinay Selahattin Sulhi, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul, 1963, s. 4-5; Tandoğan Haluk, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü-Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, 1963, s. 82; Akın, a.g.m., s. 48

⁴⁰ Seratlı, a.g.e., s. 64

⁴¹ Destek kavramına ilişkin Y. 17. HD. E. 2011/10718, K. 2012/12169 sayılı, 07.11.2012 tarihli kararına bkz: "Borçlar Kanunu'nun 45 inci maddesinde sözü geçen destek kavramı hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar ve ne husımlığa ne de yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanır; sadece eylemli ve düzenli olarak geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ve olayların olağan akışına göre eğer ölüm vuku bulmasaydı, az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destek sayılır. O halde destek sayılabilmek için yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterli görülür."

⁴² Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s. 208; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 620; Tekinay, a.g.e., s. 13; Süzek, a.g.e., s. 440; Ulusan, a.g.e., s. 162; Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, 2010, s. 300

⁴³ Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 101-102; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 627-628; Tekinay, a.g.e., s. 38-43; Seratlı, a.g.e., s. 104-105

Bu bağlamda nikahsız eş kavramı aşağıda incelenecektir. Bkz. III.4.b başlıklı bölüm

⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 621; Ulusan, a.g.e., s. 162

teğın yitirilmesinden doğan zararı ortaya koymaktadır⁴⁵. Farazi destekte ise; fiili bir destek ilişkisi ölümden önce var olmayıp, ölüm olayı gerçekleşmiş olduğu zaman dahi henüz söz konusu destek ilişkisi ortaya çıkmamıştır. Ölüm hiç gerçekleşmemiş olsa idi, desteklenenin ilerde elde edeceği menfaat yüksek ihtimal dâhilinde görülüyor ise farazi destekten söz edilebilir. Bu noktada; öğreti farazi desteğın ispatında akdi veya hukuki bir bakım ilişkisinin varlığını ara- makta ve farazi desteğın kaybindan doğan tazminat taleplerinin sınırının daha dar çizilmesi gerektiği kanaatindedir⁴⁶. Yargıtay içtihadına göre de; kanuni veya akdi bir yükümlülük gereği ilerde bakması çok olası olanlar farazi destek sayı- lırlar⁴⁷. Gerçek desteğın varlığını ispat yükü ise; tazminat talebinde bulunacak olan davacının üzerinde olup, ölen kişinin kendisine fiilen ve devamlı bir yar- dımda bulunduğunu ve bu yardıma gereksinim duyduğunu ortaya koymalıdır.

3. Bakım İlişkisi

Desteklenen ile işçi arasında fiilen ve devamlı olarak bulunması gereken destek ilişkisine ek olarak bakım ilişkisi de bulunması gereken önemli husus- lardandır. Bakım ilişkisi ise iki unsuru bünyesinde barındırmaktadır; bakım gücü ve bakım gereksinimi. Bakım gücünün var olmaması halinde destekten, bakım gereksiniminin de bulunmaması durumunda desteklenenden söz edilemez⁴⁸.

Bakım gücü; destek sağlayan işçinin mali gücünün kısmen dahi olsa destek görenlerin gereksinimini karşılayacak düzeyde olmasıdır. İşçi, fiilen ve devamlı bir bakımı gerçekleştirmeye yetecek düzeyde ekonomik güce sahip ol- malıdır. Şayet ölüm vuku bulmadan önce işçinin gerek sağlık koşulları ve gerek fiziki imkanları destek görenlerin ihtiyaçlarını karşılamaya elverişli değil ise, bakım gücünün varlığından bahsetmek mümkün olamayacaktır⁴⁹.

Bakım gereksinimi ise; desteklenenin, sosyal düzeyine uygun hayatı de- vam ettirmek için ölen işçinin ekonomik katkısına ihtiyaç duyuyor olmasıdır. Bakım gereksiniminin ne olması gerektiğine dair Yargıtay HGK'nın önemli bir

⁴⁵ Serathı, a.g.e., s. 85

⁴⁶ Tekinay, a.g.e., s. 17

⁴⁷ Y. 17. HD. E. 2014/23993, K. 2015/873 sayılı, 22.01.2015 tarihli kararı www.corpus.com.tr

⁴⁸ Süzek, a.g.e., s.441; Süzek, a.g.m., s.31; Ulsan, a.g.e., s. 167

⁴⁹ Bu yönde verilmiş olan Yargıtay 17. HD. E. 2014/23993, K. 2015/873 sayılı, 22.01.2015 tarihli kararında eksik inceleme yapıldığı gerekçesi ile yerel mahkemesinin kararı bozulmuştur. Bkz. "Yapılan açıklamalar dikkate alınarak somut olay değerlendirildiğinde, davalı sigorta şirketi vekili savunmasında ve temyiz itirazında davacıların desteği olduğu iddia edilen müteveffanın özürülü olduğunu ve davacılara desteğinin söz- konusu olamayacağını ileri sürmüştür. Bu iddiaya ilişkin olarak dosya kapsamında 20.03.2008 tarih, 381 sayılı, Burdur Devlet Hastanesi Özürülü Sağlık Kurulu Raporu bulunmakta olup sözkonusu rapor içeriğinden müteveffanın "Hafif Düzeyde Mental Retardasyon" ve "Sol Kulakta Orta Derecede, Sağ Kulakta İleri Derecede Sensörinoral İşitme Kaybı" nedeni ile %63 oranında çalışma gücü kaybı bulunduğu anlaşılmaktadır. Buna karşın Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetince davalı sigorta şirketinin bu yöndeki savunma ve itirazlarına yönelik her hangi bir değerlendirme yapılmadığı karar içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu bakımdan destek olduğu iddia edilen müteveffanın sözü edilen rapor içeriğine göre bakıma muhtaç olup olmadığı, bakıma muhtaç değil ise bakım gücüne sahip olup olmadığı ve yukarıda açıklandığı gibi müteveffanın davacılara hizmet edimleri de dahil olmak üzere destek olup olamayacağının araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırılmayla yazılı ol- duğu şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir."

kararı bulunmaktadır: “Bununla birlikte destekten yoksun kalan kimse devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içerisinde bulunmalıdır. Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır. Eğer ölenin eylemi olarak baktığı davacı, ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, ihtiyaç bulunma koşulu gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan, destekten yoksun kalan kimsenin ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir⁵⁰.

Desteklenen, işçinin ölümünden sonra her ne sebeple olursa olsun önceki yaşam düzeyini devam ettirebilme olanağına sahip ise, bakım ihtiyacından ve tazminattan bahsedilemez. Diğer bir deyişle; ölen kişinin desteğinden mahrum kalan kişinin, kendi çalışması sonucunda gelir kazanması, ölen kişiden veya başka birisinden miras elde etmesi veyahut kendisine dul veya yetim aylığı gibi aylıkların bağlanması suretiyle ölüm olayının gerçekleşmesinden önceki yaşam koşullarını ve seviyesini sürdürebiliyor ise artık tazminat hakkı doğmamıştır⁵¹. Bu bağlamda Yargıtay 17. HD. şu önemli tespitlerde bulunmuştur; “...tazminat hesabından önce zarar tutarını belirlemek gerekir. Bunun yanında amaç zarar görenin malvarlığındaki eksilmeyi giderme olduğuna göre, ölüm nedeniyle desteğini yitirenin elde ettiği çıkarlar varsa, bunların da zarar tutarından indirilmesi gerekir. Aksi halde zarar görenin malvarlığında olaydan önceki duruma göre bir artış meydana gelmiş olur. Buradaki amaç zarar görenin malvarlığını zenginleştirmek değil, desteğini yitiren kişiye ölümden önceki yaşam düzeyini sürdürebilme olanağı tanımaktır.”⁵² Yine bu kapsamda Yargıtay 4. HD., SGK tarafından davacıya bağlanan gelirin mahkemece sorgulanmadan verilen kararı bozmuştur⁵³.

Bakım ilişkisinin varlığından söz edebilmek için, destek olunan kişinin tüm masraflarının karşılanıyor olması gerekmez. Hatta başka kişilerin de bu destek olunan kişiye düzenli yardımda bulunması bakım ilişkisinin varlığını engellemez. *Bakma* kavramı ile anlaşılması gereken, az ya da çok devamlı olarak gereksinim sahibi kişinin olağan ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Bu sebeple, bir kimsenin borçlarının ödenmesi ile mesleki veya bilimsel araştırma yapması için düzenli para yardımı yapılması bakım ilişkisinin varlığını ortaya koymayacaktır⁵⁴. Ancak aksi görüşe göre; yardımın yiyecek, giyecek, barınma, sağlık, eğitim gibi zorunlu ve olağan ihtiyaçlarla sınırlandırılması tazminatın kapsamını daralttığı gibi hakkaniyete uygun sonuçlar da çıkmamaktadır. Bu görüş bağlamında, *bakma* kavramının değerlendirilmesinde hangi tür gereksinimin karşılandığından çok desteklenen kişinin bu yardıma olan ihtiyaç derecesi dikkate alınmalıdır⁵⁵. Öte yandan akdi bir ilişki kapsamında ifa maksadıyla verilen

⁵⁰ Y. HGK. 979/4-1528 E., 1982/412 K. sayılı, 21.04.1982 tarihli kararı www.corpus.com.tr

⁵¹ Süzek, a.g.e., s. 441; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 104

⁵² Y. 17. HD. E. 2013/16156, K. 2015/2674 sayılı, 12.02.2015 tarihli kararı www.corpus.com.tr

⁵³ Y. 4. HD. E. 2013/2821, K. 2014/237 sayılı, 14.01.2014 tarihli kararı: “Mahkemece, davacılara bağlanan gelirin peşin sermaye değeri ve rücuya tabi olup olmadığı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı’ndan sorularak, rücuya tabi ise bu gelirin peşin sermaye değerinin hesaplanacak tazminattan indirilmesi gerektiğinin gözetilmemiş olması, kararın bozulmasını gerektirmiştir.” www.corpus.com.tr

⁵⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 621; Tekinay, a.g.e., s. 19; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 102

⁵⁵ Serath, a.g.e., s. 85

edimlerde, her ne kadar bunları alan en hayati ihtiyaçları için harcasa dahi bakma ilikisinden bahsedilmeyeceği son derece açıktır⁵⁶.

4. Kimler Desteklenen Sifatını Taşır

TBK md. 53/3'te desteklenen sıfatının kazanılabilmesi için, "ölenin desteğinden yoksun kalma" ilkesi benimsenmiştir. Bu nedenle desteklenen kişilerin mutlaka işçinin mirasçısı veya akrabası olması gerekmektedir⁵⁷. Yine desteklenenin, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir bakım ilişkisi kapsamında yardım alıyor olması aranmamaktadır⁵⁸. Desteklenen ile işçi arasında fiili destek ilişkisinin varlığı yeterli olduğundan; sadece eşler, çocuklar, anne veya baba hak sahibi sıfatını taşımaz. Yüksek mahkemenin içtihadında da, desteklenen kavramının mirasçılık sıfatından daha geniş olduğu vurgulanmıştır⁵⁹. Yine Yargıtay HGK 15.06.2011 tarihinde tazminatın, desteğin geride bıraktığı mirasçılara değil, desteğinden yoksun kalanlara ait olduğunu belirtmiştir⁶⁰. Bunun yanı sıra; nişanlılar, evlilik dışında birlikte yaşayanlar, beslemeler ve benzeri fiili destek ilişkisi içinde olan kişiler de destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceklerdir.

Destekten yoksun kalması olası olan kimi kişileri ayrıntılı olarak incelemeye geçmeden önce, ölen kişinin ölümün vuku bulmasında kusurunun varlığının destekten yoksun kalanların tazminat hakkına etkisinin olup olmadığına değinmekte fayda bulunmaktadır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere; destekten yoksun kalma tazminatına konu davacıların zararı, desteklerinin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan sıfatıyla doğrudan kendileri üzerinde doğan zarardır. Bu zarardan doğan hak desteğe ait olmadığına göre, onun kusurunun da tazminat üzerinde etkili olması beklenemez. Destekten yoksun kalma tazminatına dayanak teşkil eden hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olsa idi, doğrudan ölen kişi üzerinde doğup ondan mirasçılara intikal edeceğinden, bu yöndeki savunmalar ölenin desteğinden yoksun kalanlara karşı ileri sürülebilecekti. Oysa ölen, ister kendi kusuru ister bir başkasının kusuruyla olsun salt ölmüş olması, destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğurup; davacıların hakkına, desteklerinin kusurunun olması etkili bir unsur olarak kabul edilemez ve destekten yoksunluk zararından kaynaklanan hakkın

⁵⁶ Örneğin; bir doktorun yıllarca sağlığını kontrol ettiği ve tedavisini gerçekleştirdiği zengin bir müşterisi veya bir avukatın hukuki işlerini takip ettiği müvekkili vefat ettiğinde, bu kişiler her ne kadar düzenli gelir kaynağı kimseler olsa da bakım ilişkisinden bahsedilemez. Tekinay, a.g.e., s. 19

⁵⁷ Hatta mirası reddetmiş olan kişiler dahi destekten yoksun kaldıklarına dair tazminat talep edebilirler. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 299-300

⁵⁸ Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s. 208; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 620; Tekinay, a.g.e., s. 13; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 101

⁵⁹ Y. 17. HD. E. 2013/8658, K. 2014/11824 sayılı, 16.09.2014 tarihli kararı www.corpus.com.tr

⁶⁰ Y. HGK. 2011/17-142 E. -411 K. sayılı, 15.06.2011 tarihli kararı: "Önemle vurgulanmalıdır ki, Borçlar Kanunu'nun 45/III. maddesine göre destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin mirasçısı olarak geride bıraktığı kişilere değil, desteğinden yoksun kalanlara aittir. Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek kişiler, mirasçılardan başka kişiler de olabileceği hususunda da herhangi bir ihtilaf yoktur. Murisin trafik kazasından kaynaklanan bir sorumluluğu söz konusu olduğunda ve koşulları olduğunda mirasçıları bundan sorumlu olduğu halde, aynı olay nedeniyle destekten yoksun kalan ve fakat mirasçı olmayan kişiler bundan sorumlu değildir."

talep edilmesi olanaklıdır⁶¹. Ancak Tandoğan'a göre; ölen mağdurun kendi kusuru, destekten yoksun kalanların tazminat taleplerini bertaraf veya tenkis etmeye sebep olabilecektir⁶².

a. Destekten Yoksun Kalan Eş

Türk Medeni Kanunu (TMK) ⁶³ md. 185 ve 186'te özetle; eşlerin evlilik birliği içinde yaşayıp birbirlerine yardımcı olacağı ve bu birliğin giderlerine güçleri oranında beraber katılacağı vurgulanmış olup, böylece eşlere karşılıklı bakım yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu bağlamda; destekten yoksun kalan eşin, karı veya koca olduğuna bakılmaksızın, evlilik birliği içerisinde desteklenen sıfatını taşıdığını söyleyebiliriz. Hatta boşanmadan sonra da, yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmiş eş için eski kocası veya karısı destek olarak sayılmaktadır⁶⁴.

Evlilik birliği içerisinde karı dışarıda mesleki bir iş ile iştiğal etmiyor yani maddi bir kazanç elde etmiyor, sadece ev hizmetleri ve çocuk bakımı ile ilgileniyorsa, ölümü halinde koca ve çocuklar destekten yoksun kalma tazminatına hak kazanabileceklerdir⁶⁵. Zira burada önemli olan husus; desteğin sadece nakdi bir yardımda bulunması değil, hizmet ifası şeklinde de destek sıfatını elde ettiğiidir.

Eşini ölüm sonucu yitiren kişinin bakım gereksinimi kural olarak yaşamının sonuna kadar sürmektedir. Tazminat hesaplanırken hayatta kalan eşin yaşına, cinsiyetine ve sağlık durumuna bakılarak daha kaç yıl yaşama ihtimali olduğu göz önünde bulundurulur. Ancak dul kalan eşin yeniden evlenmesi, işe başlaması veya bir kimseden kendisine miras kalması gibi durumlarda artık bakım ihtiyacının sona erdiği sonucuna varılacaktır. Bu bağlamda Yargıtay 4. HD., davacı dul eşin nüfus kayıt örneğinde yeniden evlenmiş olduğu olgusunu nazara almaksızın hüküm tesis eden mahkemenin kararını bozmuştur⁶⁶. Yeniden evlenmiş olan eşe verilecek olan tazminat hesap edilirken evlenmiş olduğu güne kadarki zaman dilimi dikkate alınır. Ayrıca yeniden evlenmiş eşin daha sonra boşanmış olduğu durumda desteğin yeniden başlayacağı savunulamaz⁶⁷.

Hayatta kalan kişi, ölüm tarihinden önce evlenmemiş ise, yani henüz nişanlılık ilişkisi içerisinde iken eşini kaybettiği durumda yaşı, cinsiyeti, sosyal statüsü, dış görünüşü, yeniden evlenme arzusunun olup olmadığı vs gibi hu-

⁶¹ Y. 17. HD. E. 2011/10718, K. 2012/12169 sayılı, 07.11.2012 tarihli kararı www.corpus.com.tr

⁶² Tandoğan, Üçüncü Şahıs, s. 76

⁶³ RG. 08.12.2001, S.24607

⁶⁴ Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s.208

⁶⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 623-624

⁶⁶ Y. 4. HD. E. 2012/3278, K.2013/1614 sayılı, 04.02.2013 tarihli kararı: "Mahkemece de benimsenen 23.08.2011 tarihli bilirkişi raporunda, destek S.B.'in eşi davacı Ş.B.'in yaşı, çocuk sayısı ve diğer özellikleri itibariyle evlenme şansı % 7 olarak değerlendirilmiştir. Ancak dosyada bulunan nüfus kayıt örneğinin incelenmesinde davacı Ş. B.'in 28.05.2010 tarihinde evlendiği anlaşılmalı evlilik tarihine göre destek tazminatının hesaplanması gerekirken, yerel mahkemece bu hususun gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir." www.corpus.com.tr

⁶⁷ Y. 17. HD. E. 2013/6045, K. 2014/6926 sayılı, 02.05.2014 tarihli kararı; Y. 21. HD. E. 2014/1302, K. 2014/9906 sayılı, 06.05.2014 tarihli kararı www.corpus.com.tr

suslar dikkate alınarak evlenme olasılığı hesaplanır⁶⁸. Nişanlı çiftler şayet ölüm vuku bulmadan önce evlenmiş olsalardı takdir edilecek olan tazminat miktarından evlenme olasılığı oranında hâkim tarafından belli bir indirim yapılır.

b. Destekten Yoksun Kalan Nikâhsız Eş

Nikâhsız eşin desteklenen sıfatı taşıyıp taşımadığı hususunda belirleyici nokta, beraberliğin ahlaki değerlendirilmesidir. Yani kişiler arasında basit metres hayatı yaşanıyor ise; nikâhsız eşin cinsel ilişki karşılığı olarak yardım aldığı kabul edilmekte olduğundan, destek kaybı tazminata konu edilmeyecektir. Öte yandan; kişiler arasında sadece medeni evlenme merasimi gerçekleşmeksizin maddiyatın arka planda olduğu ortak bir yaşam sürdürme kararlılığı içinde karı koca ilişkisi var ise ve kadın ile erkeğin bir başkası ile evli olmaması koşuluyla, nikâhsız eşin destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği kabul edilmektedir⁶⁹. Şüphesiz ki söz konusu ahlaki değerlendirmeyi yapmak hiç de kolay değildir.

Destekten yoksun kalan nikâhsız eşe verilecek olan tazminat hesaplanırken bu kişinin nikâhlı eşe kıyasla yeniden evlenme ihtimalinin daha yüksek olduğu kabul edilerek, yapılan indirim oranı yüksek tutulmaktadır. Ancak ülkeyimizin sosyolojik gerçekleri özellikle Anadolu'daki imam nikâhlı fakat resmi nikâhsız birliktelikler düşünüldüğünde, tazminattan bu sebeple yapılan yüksek indirimlerin haksız sonuçlar doğurduğu ve ülke gerçekleriyle bağdaşmadığı doktrin tarafından önemle dile getirilmektedir⁷⁰.

c. Destekten Yoksun Kalan Çocuklar

Anne veya babanın ölümü halinde çocukların desteklerini yitirecekleri son derece açıktır. Aynı husus; şayet ana babanın bakım ve gözetimi altında ise, evlilik dışı doğmuş çocuklar, evlatlıklar veya üvey çocuklar için de geçerlidir⁷¹. Henüz doğmamış olan bir çocuk yani cenin de babası öldüğü takdirde gelecek destekten yoksun kalmış kişidir⁷².

Hayatta kalan eşten farklı olarak desteğini yitirmiş olan çocuklar için takdir edilecek olan tazminat miktarı hesap edilirken, bakım ihtiyacının yaşamının sonuna dek süreceği kabul edilmez. Çocuğun üniversite öğrencisi olup olmadığı, cinsiyeti, eğitimdeki başarısı, sosyal çevresi vs gibi hususlar göz önüne alınarak, her somut olay kendine özgü koşulları dâhilinde değerlendirilir ve buna göre bir belirleme yapılır.

⁶⁸ Süzek, a.g.e., s. 442; Y. 17. HD. E. 2013/7431, K. 2014/7362 sayılı, 08.05.2014 tarihli kararı "...belirlemede destekle destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da göz önünde bulundurulacaktır." www.corpus.com.tr

⁶⁹ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.101-102; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 628; Tekinay, a.g.e., s. 41-42; Süzek, a.g.e., s. 442; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 303

⁷⁰ Süzek, a.g.e., s. 443; Seratlı, a.g.e., 192

⁷¹ Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s. 208; Tekinay, a.g.e., s. 25-26

⁷² Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 304

d. Destekten Yoksun Kalan Ana, Baba ve Kardeşler

Yetişmiş ve ana babalarının geçimlerine katkıda bulunmaya başlamış olan çocukların ölümü halinde, fiili ve devamlı bir destek ilişkisinin de var olması koşuluyla, çocuğunu kaybeden ana babanın desteklenen sıfatı taşıdığı şüphesizdir. Bu noktada asıl sorun; yetişmemiş ve fiilen ailenin geçimini sağlamaya henüz başlamamış olan çocukların ölümü halinde ana babanın destekten yoksun kaldığının kabul edilip edilmeyeceğidir. Küçük yaşta ölen çocuğun ilerde ana ve babasına destek olacağı somut olay koşulları, hal ve şartların özellikleri ışığında kuvvetle muhtemel gözüküyor ise, ana ve babanın bu farazi destekten yoksun kaldığının kabulü gerekmektedir⁷³. Konumuz olan iş kazası ve meslek hastalığı özelinde bir değerlendire yapmaktır gerekirse; çocuk hali hazırda çalışmış olduğu iş sebebiyle hayatını kaybetmiş olduğundan ve yüksek ihtimalle elde ettiği kazanç ile ailesinin geçimine katkıda bulunduğu varsayıldığında ana ve babanın destekten yoksun kalma tazminatı talep etmeye hak kazandıklarını söyleyebiliriz.

Kural olarak kardeşlerin birbirine bakma yükümlülüğü bulunmadığından, aile bağı ilişkisinden daha ziyade öncelikli olarak fiili ve devamlı bir destek ilişkisinin varlığına göre desteklenen sıfatını kazanıp kazanmadığı sonucuna varılacaktır. Ölen kişi kardeşine düzenli aralıklarla fiilen yardımda bulunuyor ise kardeş desteklenen sıfatını taşımaktadır. Ancak çocuğun küçük yaşta ölmüş olduğu durumda, ilerde fiili ve devamlı bir farazi desteğin mümkün olacağını iddia eden kardeş ispat etmek koşuluyla tazminata hak kazanabilecektir.

5. Davada Taraflar

Davada taraflar, esas olarak destekten yoksun kalan hak sahipleri ile işverenidir. Ölüm sebebiyle destekten yoksun kalan kişiler işveren aleyhine tazminat davası açacaklardır. Bu dava hakkı, destekten yoksun kalan kişilerin doğrudan doğruya şahsında doğmuş, asli ve bağımsız bir talep hakkı olup; ölen kişi bu hak üzerinde hiçbir şekilde tasarruf yetkisine sahip değildir⁷⁴. Başka bir deyişle; ölen kişi, ölmeden önce bu tazminat talebinden feragat edemez veya haksız fiili işleyen kişi ile bu mevzuda sulh anlaşması yapamaz⁷⁵.

Örneğin; işçi iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle ölmeden önce, ölümü halinde desteğinden yoksun kalan kişilerin tazminat talebinde bulunamayacaklarına dair bir beyanda bulunamayacağı gibi, şayet bulundu ise de böyle bir beyan hak sahiplerinin destekten yoksun kalma tazminatı taleplerine hâlel getirmez.

Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmek için TBK'da ölen kişi ile davacı arasında akdi veya kanunu bir destek ilişkisinin aranmadığını belirtmiştik. Bu sebeple, kimlerin davacı olacağını önceden kesin çizgilerle sınırlamak mümkün değildir. Her somut olay bazında inceleme yapılacak ve yukarıda de-

⁷³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 625; Tekinay, a.g.e., s. 29

⁷⁴ Tandoğan, Üçüncü Şahıs, s. 5 ve 76; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.101; Y. 17. HD. E. 2011/10718, K. 2012/12169 sayılı, 07.11.2012 tarihli kararı: "Davacıların uğradıkları zarara bağlı olarak talep ettikleri hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olmayıp, bilimsel ve yargısal içtihatlarda kabul edildiği üzere destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır." www.corpus.com.tr. Tazminat talebinin bağımsızlığına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay, a.g.e., s. 64 vd.

⁷⁵ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 300

ğınılmış olan destek ilişkisi, bakım gücü, bakım ihtiyacı gibi zorunlu unsurların varlığı halinde davacı sıfatı tespit edilebilecektir. Öte yandan; desteklenen ile ölen kişi arasında şayet akdi veya kanuni bir destek ilişkisi var ise, ispat açısından büyük kolaylık sağlayacağını önemle belirtmeliyiz.

Davalı ise kural olarak işverendir. İşveren bir tüzelkişilik ise o tüzel kişiliğe, tüzel kişi işverenin tasfiye halinde olmasında tasfiye memurluğuna, iflas durumunda ise de iflas masasına karşı dava açılacaktır⁷⁶.

IV. SONUÇ

İşverenin işçiyi gözetme borcu, hem kamu hem de özel hukuk düzenlemelerinde kaynağını bulmaktadır. Söz konusu gözetme borcunun yerine getirilmiş olması için; iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin son derece titizlikle alınması, işçilere gerekli mesleki eğitimin verilmesi ve uyup uymadıklarına dair denetimin düzenli olarak yapılması gerekmektedir. İşverenin gözetme borcunu ihlal edecek bir davranışı veya ihmali, idari, cezai ve hukuki olmak üzere üç alanda da yaptırımlara yol açmaktadır. Bu bağlamda biz de çalışmamızda, hukuki yaptırımdan biri olan destekten yoksun kalma tazminatını çeşitli yönleriyle inceledik.

Destekten yoksun kalma tazminatı hususunun; borçlar hukuku, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku kapsamında hukuki dayanakları bulunduğundan *interdisipliner* bir incelemeyi gerektirdiğini söylemek yanlış olmaz. İşverenin sorumluluğunu gündeme getiren iş kazası ve meslek hastalığı kavramları ile SGK tarafından gerekli yardımların yapılmasına yol açan iş kazası ve meslek hastalığı kavramları farklı niteliklere sahiptir. Sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası ve meslek hastalığını saptarken yapılan iş ile ölüm sonucu arasında nedensellik bağı aranmaz iken ve sadece kanunun işaret etmiş olduğu karineler ışığında tespitte bulunulur iken; bireysel iş hukuku anlamında iş kazası ve meslek hastalığı kavramlarını incelerken söz konusu nedensellik bağı olmazsa olmaz bir koşuldur. Destekten yoksun kalan kişilerin işverenin sorumluluğuna gidebilmesi için SGK tarafından karşılanmayan bakiye zarar bulunmalı ve ayrıca iş ile iş kazası arasında neden sonuç ilişkisi yer almalıdır.

İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin ölümü halinde desteğinden yoksun kalan kişilerin tazminat talep edebilmesi için; ölen kişi ile aralarında fiili ve devam eden bir destek ilişkisi, işçinin bakım gücü ve desteklenenin bakım ihtiyacı zorunlu unsurları teşkil etmektedir. Talep sahibi, farazi desteğin ilerde ortaya çıkacağını iddia ediyor ise bunu ispatla mükelleftir. Tazminat takdir edilirken yardımın niteliği ve ailevi, sosyal, hukuki, dini bir ilişki kapsamında yapıldığının hiçbir rolü bulunmamaktadır.

⁷⁶ Demircioğlu/Güzel, a.g.e., s. 210

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
bs.	: bası
C.	: cilt
E.	. esas
HD:	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBD.	: İçtihadı Birleştirme Dairesi
İSGK	: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İÜHF.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: karar
md.	: madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: sayı
s.	: sayfa
SGK.	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SSGSSK	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Y.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

Akdeniz Ayşe Ledün, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği”, İÜHF.M, C.72, S.2, s.541-580

Akın Levent, “Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlardan İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararları”, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve üzüm nerileri 1996 Yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, s.33-50

Alpagut Gülsevil, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, İÜHF.M. 2014, C.LXXII, S. 2, s.31-46

Demircioğlu A. Murat, Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, Beta Yayınları, 3. bs., İstanbul, 2014

Demircioğlu A. Murat/Centel Tankut, İş Hukuku, 18. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2015

Demircioğlu A. Murat/Güzel Ali, İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 2001

Güzel Ali/Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 14. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2012

Güzel Ali/Ocak Saim/ÖzkaracaERCÜMENT, Sosyal Güvenlik Kanunları, Beta Yayınları, İstanbul, 2012

Kılıçoğlu Mustafa, Tazminat Hukuku: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Uyarlanmış, 4. bs., Bilge Yayınevi, Ankara, 2014

Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 10. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013

Süzek Sarper, "Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda İşverenin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu", Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1996, s. 17-32

Süzek Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2014

Seratlı Gaye Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003

Tandoğan Haluk, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963 (Anılış: Üçüncü Şahıs)

Tandoğan Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Anılış: Mesuliyet Hukuku)

Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993

Tekinay Selahattin Sulhi, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963

Tuncay A. Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2013 (Anılış: Dersler)

Tuncay A. Can/Ekmekçi Ömer, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2.bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2009 (Anılış: Esaslar)

Uluslan İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990

www.corpus.com.tr

www.mevzuat.gov.tr

SANATÇILARIN SOSYAL SİGORTALILIĞI

(SOCIAL SECURITY OF ARTISTS)

Araş. Gör. Ayşe Köme Akpulat*

ÖZ

Sanatçıların çalışma hayatında yer almaya başlaması, onların korunması gerekliliğini de beraberinde getirmiştir. Sanatçıların çalışma hayatına ilişkin koşullar değerlendirildiğinde, çoğunlukla esnek çalışma biçiminin benimsendiği görülmektedir. Öte yandan sanatçıların büyük çoğunluğu yayıncılara veya yapımcılara ekonomik ve kişisel yönden bağımlı olarak çalışmaktadır. Sektörde, ağır çalışma koşulları, atipik ve düzensiz çalışma biçimleri dikkat çekmekte ve uzun çalışma saatleri, önceden öngörülemeyen gelir düzeyleri ile sosyal güvencesizlik gibi olumsuzluklar yaşanmaktadır. Anayasamıza göre Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır (m.64). Bunun gibi, Anayasa'nın 60. maddesinde herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Sanatçıların sosyal haklarının ve sosyal güvenliklerinin korunmasına ilişkin uluslararası düzenlemeler ve Anayasamızdaki genel kurallar, zamanla Türk hukukunu ve doktrini de etkilemiş ve Türk sosyal güvenlik mevzuatında konu hakkında bazı düzenlemeler yer almıştır.

Bu çalışma, sanatçıların sosyal güvenliğini 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve ilgili mevzuat açısından değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sanatçılar, Sanatçıların Korunması, Sosyal Güvenlik, Bağımlılık, Bağımsız Çalışma, Sigortalılık

ABSTRACT

After the artists took place as workers, the necessity of protecting the artists in the worklife has arised. When the conditions of the artists' working life was evaluated, it was seen that it also adopts the flexible working types. On the other hand, the majority of artists are economically and personal dependent on publishers or producers. The sector draw attention with the heavy working conditions, atypical and irregular working patterns; it contains in itself many problems such as long working hours, unpredictable income levels and social insecurity. Constitution of the Republic of Turkey states that the State shall protect artistic activities and artists and the necessary measures to protect, promote and support artists, and encourage the spread of appreciation for the

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

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

arts (art.64). Also, according to article 60 of Turkish Constitution, everyone has the right to social security. The international regulations regarding the protection of social rights of artists and constitutional principles have also had an impact on Turkish law and doctrine. Some principles have already been adopted by the Turkish social security legislation.

This study aims to analyze the social security of artists in terms of Social Security And Universal Health Insurance Law No: 5510, the further related legislation in Turkey.

Keywords: Artists, Protection of Artists, Social Security, Subordination, Self - Employment, The Insured

I. GİRİŞ

Hukukumuzda 5510 sayılı Kanun'dan önce, sanatçuların sosyal güvenliğinin sağlanması konusunda uzunca bir süre bir girişimde bulunulmamış ve sanatçılar çoğunlukla sigortalı sayılmamıştır. Esasen bu sonucun ortaya çıkmasında, bu kimselerin bağımlı çalışan olmadığı anlayışı etkili olmuştur. Bu anlayış, anılan dönemde, Sosyal Sigortalar Kurumu ve işverenler gibi sanatçılar tarafında da benimsemiş görünmektedir. Bağımsız çalıştığı kabul edilen sanatçuların da kendilerini sigortalı olarak bildirmek ve prim ödemek konusunda bir girişimde bulunmadıkları ve çoğu zaman bir sosyal sigorta korumasından yararlanamadıkları anlaşılmaktadır. Zaman zaman yazılı ve grsel basında yer alan haberlerde, kimi sanatçuların çalışmayı bıraktıktan sonra zor durumda kaldıklarına, yaşamlarını sürdürmek için bir gelirlerinin bulunmadığına ve son zamanlarını zorluklar içinde geçirdiklerine ilişkin bilgiler paylaşılmaktadır.

Sanatçuların sosyal güvenliklerine ilişkin en somut düzenleme, 1978 yılında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na¹ eklenen ek 10. madde ile yürürlüğe girmiştir. Anılan madde ile, yargı kararlarında ve uygulamada sanatçuların eser sözleşmesi ile çalıştığı kabulünün ağırlıklı olması dikkate alınarak; iş sözleşmesi dışında bir iş görme sözleşmesiyle işveren tarafından çalıştırılan sanatçuların iş sözleşmesiyle çalışanlar gibi sigortalı olacakları esası getirilmiştir. Ancak bu düzenleme de sanatçuların sosyal güvenliğini sağlamak bakımından istenilen amaca ulaşmamıştır. 506 sayılı Kanun döneminde, sanatçuları sosyal güvenlik çatısı altına almak için çeşitli borçlanma kanunları da çıkarılmıştır.

5510 sayılı Kanun² döneminde de, sanatçuların düzensiz istihdam ilişkileri içinde bulunmaları, çoğunlukla bağımsız çalışan olarak kabul edilmeleri bu kimselerin sosyal sigorta korumasının sağladığı haklardan yararlanmasını önemli ölçüde etkilemektedir. Ancak, 506 sayılı Kanun döneminde kıyasla, gerek Kurum'un gerekse sanatçuların konuya olan ilgisi artmış, sanatçuların sigortalılığının sağlanması konusunda çeşitli çalışmalar başlatılmıştır.

Kimlerin zorunlu olarak sosyal sigorta kapsamına gireceği, sigortalıların sigortalılığ ilişkisi doğuran çalışma esasları ve hukuki statüleri dikkate alınarak 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir. Sanatçılar da diğer

¹ Kanun No: 506, RG. 29, 30, 31/7/1964-1/8/1964, S. 11766-11779.

² Kanun No: 5510, RG.16.06.2006, S.26200. Kanun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

çalışanlar gibi faaliyetlerinin niteliğine göre bu maddede sayılan sigorta statülerinden birine dahil olabilmektedir. İş sözleşmesine göre bir veya birden çok işverene bağımlı olarak çalışan sanatçılar m. 4/1, (a) kapsamında, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışan sanatçılar m. 4/1, (b) kapsamında, kamu idarelerindeki kadro ve pozisyonlarda memur veya sözleşmeli personel statüsünde görev yapanlar da m. 4/1, (c) bendi kapsamında sigortalı sayılmaktadır. Kanun, zorunlu sigortalılık bakımından getirilen bu genel sınıflandırma yanında, doğrudan bu sınıflandırma içinde olmasa bile bazı kimseleri de zorunlu sigorta kapsamına almış ve bu kimselerin sigortalılığını yukarıda anılan bentlerden birine dahil etmiştir. Sanatçılar bakımında da, iş sözleşmesi dışında bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan sanatçılar m. 4/1, (a) kapsamında sigortalı sayılmıştır (m.4/2, (b)).

Sanatçıların sosyal güvenliği, 2011 yılında 6111 sayılı Kanun'un³ yürürlüğe girmesine kadar 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki genel esaslara göre belirlenmekte iken; anılan torba kanunla, konu hakkında 5510 sayılı Kanuna ek bir 6. madde eklenmiş ve maddede sayılan kişiler bakımından sigortalılık farklı esaslara bağlanmıştır. Böylece sanatçıların sigortalılığını, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesi ve ek 6. maddesi çerçevesinde incelemek mümkündür. Bu amaçla, çalışmada öncelikle sanatçı kavramına ilişkin uluslararası hukukta ve Türk hukukunda yer alan tanımlamalara ve sanatçıların çalışma ilişkileri hakkında genel bilgilere yer verildikten sonra, 5510 sayılı Kanun'un sanatçıların sigortalılığına ilişkin getirdiği esaslar sanatçıların sigortalılık ilişkisi doğuran çalışmaları ve sigorta statüleri dikkate alınarak ortaya konulmuştur.

II. SANATÇI KAVRAMI VE SANATÇILARIN ÇALIŞMA BİÇİMLERİ

1. Sanatçı Kavramına İlişkin Uluslararası Tanımlamalar ve Avrupa Birliğinde Sanatçıların Çalışma İlişkileri Hakkında Genel Bilgiler

Sanatçı kavramının tanımlanması ihtiyacı, gerek bu meslek grubunda yer alanların kimler olduğunun tespit edilmesi gerekse ülkelerin vergi hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku gibi alanlardaki uygulamalarının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır⁴. Sanatçı tanımının; kültürel, ekonomik ve sosyal hayata ilişkin taşıdığı bu önem nedeniyle sanat ve sanatçılara ilişkin çeşitli sınıflandırmalar ve tanımlar yapılmıştır.

Bu tanımlardan en yaygın olanı UNESCO⁵ tarafından yayımlanan Sanatçıların Statülerine İlişkin Tavsiye Kararı'nda yer almaktadır⁶. Buna göre sanatçı; sanat eseri yaratan veya yeniden yaratan veya bunlara yaratıcı bir ifade kazandıran; her hangi bir istihdam ilişkisi içinde veya mesleki kuruluşa bağlı olmasa bile sanatçı olarak tanımlanmak isteyen veya tanımlanan, sanatsal faaliyetini hayatının asıl parçası olarak gören, sanat ve kültürün gelişmesine katkı sağlayan kişidir.

³ Kanun No: 6111, RG.13.02.2011, S.27857.

⁴ Helena Vaz da Silva, Report on the Situation and Role of Artists in the European Union, 1999, s.10.

⁵ United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü

⁶ UNESCO Recommendation Concerning the Status of the Artist, Records of the General Conference, 21. Session, Belgrade, 23 September - 28 October 1980, s.144 vd.

Genel olarak sanatçılar icracı sanatçılar ve yaratıcı sanatçılar olarak gruplandırılmıştır. 1961 Tarihli Roma Anlaşması, 3. maddesinde, icracı sanatçıyı; edebiyat veya sanat eserlerini canlandıran, anlatan, söyleyen, oynayan veya icra eden aktörler, şarkıcılar, müzisyenler ve diğer kişiler olarak tanımlamıştır. Böylece, icracı sanatçılar, icra edilebilen sanatları (oyunculuk, seslendirme, dansçılık, şarkıcılık, enstrüman çalmak vb. gibi sahne ve performans sanatları) icra eden ya da yorumlayan sanatçılar iken; yaratıcı sanatçılar, sanat eserlerini meydana getiren (el sanatları, görsel sanatlar, yaratıcı yazarlık, müzik kompozisyonu vb) sanatçılardır⁷.

ILO⁸ tarafından hazırlanan ve ülkemizde de uygulanan ISCO⁹ 2008'e göre sanatçılar; 2 kod numaralı profesyonel meslek mensupları başlığı altında yer almış ve bu başlıkta genel olarak edebi ve sanatsal çalışmaların ortaya çıkarılması ve icra edilmesi işini yapan yaratıcı sanatçılar ve sahne sanatçıları sayılmıştır¹⁰.

Sanatçıların profesyonel statülerinin belirlenmesi bakımından çeşitli ülkelerde, sanat uzmanlarından oluşan bir komitenin, ilgili bakanlığın, idarenin ya da mahkemenin karar vermesi gibi farklı yöntemler kabul edilmiştir¹¹. Sanatçıların istihdam ilişkisi içinde bağımlı veya bağımsız çalışmalarının veya sözleşmelerinin türlerinin tespiti ise mevzuat çerçevesinde genellikle mahkemeler tarafından yapılmaktadır¹².

⁷ Victor A. Ginsburgh, David Throsby, Handbook of The Economics of Art and Culture, V.1, Amsterdam, Elsevier, 2006, s.16; Vaz da Silva, the Situation and Role of Artists, s.7.

⁸ International Labour Organization, Uluslararası Çalışma Örgütü.

⁹ International Standard Classification of Occupations, Uluslararası Standart Meslek Sınıflaması.

¹⁰ "Yaratıcı sanatçılar ve sahne sanatçıları; belirli etkileri elde etmek için çok çeşitli kitle iletişim ortamlarında fikirleri, duyguları ve olayları iletirler; bir eseri veya gösteriyi icra etmek ya da yönetmek için partiyon veya yazılı metin gibi sanat yapıtlarını yorumlarlar; bu tür gösterimler ile diğer medya etkinliklerinde sunuculuk yaparlar.

Kapsanan görevler genelde şunlardır: Görsel sanat formları tasarlanması ve yaratılması; orijinal müziklerin tasarlanması ve yazılması; müzik, dans, teatral ve film yapımlarının geliştirilmesi, yönetilmesi, prova edilmesi ve icra edilmesi; televizyon programı, film ve sahne gösterilerinin yapımında yaratıcı, finansal ve organizasyonla ilgili sorumlulukların üstlenilmesi; senaryo, oyun veya kitapların incelenmesi, yorumların hazırlanması ve prova edilmesi; yayın için müzik, video ve diğer eğlence materyallerinin seçilmesi ve tanıtılması, ticari ve kamu hizmetlerinin duyurularının yapılması.

Bu gruptaki meslekler, aşağıdaki birim gruplarda sınıflandırılır:

2651 Görsel sanatçılar

2652 Müzisyenler, şarkıcılar ve besteciler

2653 Dansçılar ve koreograflar

2654 Film, sahne vb. yönetmenleri ve yapımcıları

2655 Aktörler

2656 Radyo, televizyon ve diğer medya sunucuları

2659 Başka yerde sınıflandırılmamış yaratıcı sanatçılar ve sahne sanatçıları"

(Çevrimiçi) <https://biruni.tuik.gov.tr/DIESS/SiniflamaSatirListeAction>. 30.11.2015.

¹¹ Judith Staines, Tax And Social Security a Basic Guide for Artists and Cultural Operators in Europe, IETM Publication, 2004, s.15.

¹² Clare McAndrew, Artists, Taxes And Benefits An International Review, London, 2002, s.6; Staines, Tax And Social Security s.15; Örneğin İngiltere'de süre açısından sezonluk çalışma yapan orkestra sanatçıları bağımsız çalışan olarak kabul edilmiştir. Addison and others v. London Philharmonic Orchestra, 1981, (Çevrimiçi) <http://discovery>.

Eurostat verilerine göre, Avrupa Birliğine üye ve aday ülkelerde toplam 3.6 milyon kişi kültürel sektörde (sanatçılar yanında kültürel alanda faaliyet gösteren arşivciler, dekoratörler, gazeteciler vb. gibi diğer kimselerde dahil olmak üzere) istihdam edilmektedir. Bu sayı, toplam istihdamın % 1.7'sini oluşturmaktadır. Yukarıda ayırımına yer verilen yaratıcı sanatçılar ve icracı sanatçıların sayısı ise yaklaşık 1.5 milyondur. Bu ülkeler içinde, kültürel sektörde çalışan sayısının en yüksek olduğu ülke İskandinav ülkeleriyken (İzlanda % 3.2, Norveç % 2.6, İsveç % 2.3) en düşük orana sahip olan ülkeler Portekiz (% 0.9) Romanya (% 0.8) ve % 0.4 oranıyla Türkiye'dir. Almanya % 2.2 oranıyla 7. sırada yer alırken, İngiltere %2,1 oranıyla 8. sırada bulunmaktadır¹³.

Anılan verilere göre, Avrupa Birliği ülkeleri içinde, sanatçıların işsizlik oranı %42,2 gibi yüksek bir değere sahiptir. Bu sanatçıların %26,2'si kısmi süreli sözleşme ile, % 9,4 'ü birden fazla işte, % 13,1'i ise geçici işlerde çalışmaktadır¹⁴. Düzensiz istihdam ilişkileri içinde bulunmaları ve işsizlik oranının yüksekliği, sanatçıların sosyal güvenlik sisteminin sağladığı haklardan tam olarak yararlanmalarını da engellemektedir¹⁵. Öte yandan sanatçıların büyük bir kısmının serbest meslek esasına dayalı olarak bağımsız çalıştığı tespit edilmiştir. Böylece bu sanatçılar işçilere tanınan sosyal sigorta haklarından yararlanamamakta kendi nam ve hesabına çalışanlar statüsünde değerlendirilmektedir¹⁶.

Avrupa Birliği mevzuatında sanatçıların sosyal güvenliği ile ilgili düzenlemeler daha çok sanatçıların birlik içinde serbest dolaşımı ve bunun sonuçları hakkındadır. Bu konudaki düzenlemeler, genel olarak işçilerin serbest dolaşımı halinde birlik içinde sosyal güvenlik koordinasyonunu düzenleyen 883/2004 sayılı¹⁷ ve 987/2009 sayılı¹⁸ Tüzükte yer almaktadır. Buna göre üye ülkelerin, birlik içinde sosyal güvenlik koordinasyonuna ilişkin getirilen kurallara ve iş kazası meslek hastalığı, hastalık, ebeveynlik, malullük, yaşlılık, ölüm, işsizlik ve aile yardımlarına ilişkin korumalara ulusal mevzuatında yer vermesi gerekir¹⁹.

Esas olarak sanatçıların sosyal güvenlik hakları her ülkenin kendi mevzuatı içerisinde mevcut sosyal güvenlik kanunlarında ya da bu konuda özel olarak hazırlanan kanunlarda düzenlenmiştir. Örneğin, Almanya'da bağımsız

nationalarchives.gov.uk, 30.11.2015; bunun gibi birden çok film, reklam ve tiyatro oyununda oynayan oyuncu bağımsız çalışan olarak kabul edilmiştir. Macalinden T/A Charm Offensive v. Lazarov & Ors, 2014, (Çevrimiçi) www.employmentcasesupdate.co.uk, 30.11.2015.

¹³ Eurostat, Cultural Statistics, (Çevrimiçi) http://www.acpcultures.eu/_upload/ocr_document/CE-Eurostat_CulturalStatistics_2011.PDF, 30.11.2015.

¹⁴ Selcan Peksan, Fatma Tosun, "Sanatçıların Sosyal Haklara Ulaşımındaki Güçlükler", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.42, 2014, s.215.

¹⁵ Vaz da Silva, Situation and Role of Artists, s.16; McAndrew, Artists, Benefits An International Review, s.7.

¹⁶ McAndrew, Artists, Benefits An International Review, s.7; Staines, Tax And Social Security s.6.

¹⁷ (Çevrimiçi) <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:166:0001:0123:EN:PDF>, 30.11.2015.

¹⁸ (Çevrimiçi) <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:284:0001:0042:EN:PDF>, 30.11.2015.

¹⁹ European Commission, Artists' Mobility and Administrative Practices Related to Social Security and Taxation in the European Union, Brussels, 19 - 20 June 2014, s.8.

çalışan sanatçılar hakkında 1981 tarihli bir kanun²⁰ yürürlüktedir. Buna göre bağımsız çalışan sanatçıların hastalık ve yaşlılık sigortasından yararlanması için ödemesi gereken primlerin bir kısmı, bu konuda özel olarak kurulan bir fon aracılığıyla devlet katkısı sağlanarak ödenmektedir. Bağımlı çalışan sanatçılar ise diğer bağımlı çalışanlarla aynı düzenlemelere tabidir. İngiltere'de ise sanatçılar için özel olarak hazırlanmış bir sosyal güvenlik kanunu bulunmaktaki, sanatçılara ilişkin düzenlemeler genel olarak sosyal güvenlik hukukunu düzenleyen kanunların içinde yer almaktadır. Buna göre bağımlı olarak çalışan sanatçılar için tüm sosyal sigorta kolları uygulanmaktadır. Düşük ve düzensiz gelirli için sağlanan prim katkısı, sanatçılar için de geçerlidir ve bu desteğin sanatçılar bakımından yoğun olarak kullanıldığı belirtilmektedir. Sanatçıların yaklaşık olarak %40'ının bağımsız olarak çalıştığı ülkede, bağımsız çalışan sanatçıların işsizlik sigortasından yararlanamaması ise eleştirilmektedir²¹.

2. Türkiye'de Sanatçı Kavramına İlişkin Temel Hukuki Düzenlemeler

Türk Dil Kurumu tarafından sanatçı; "1. *Güzel sanatların herhangi bir dalında yaratıcılığı olan, eser veren kimse, sanat adamı, sanat eri, sanatkar, artist.* 2. *Sinema, tiyatro, müzik vb. sanat eserlerini oynayan, yorumlayan, uygulayan kimse*" olarak tanımlanmıştır²². Sanata ve sanatçılara ilişkin çeşitli mevzuatta çeşitli düzenlemeler yer almasına rağmen, sanatçı kavramı hukuki düzenlemelerde tam olarak tanımlanmış değildir.

Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde sanatın ve sanatçının korunmasına özel olarak yer verilmiştir. Anayasa m.64 hükmü uyarınca, "*Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.*" Devletin sanatı ve sanatçıyı koruma görevi esas olarak Kültür ve Turizm Bakanlığı'na verilmiştir. Nitekim bu esas, 4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da²³, Bakanlığın görevleri arasında sayılarak düzenlenmiştir (m.2).

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu²⁴, "*fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların (...) ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını, bu haklara ilişkin tasarruf esas ve usullerini, yargı yollarını ve yaptırımları*" kapsamaktadır (m.1,A). Kanunda, eseri meydana getiren kişi eser sahibi olarak tanımlanmışken, icracı sanatçılara ilişkin tanımlamaya bu kanuna dayanılarak çıkartılan bir yönetmelikte²⁵ yer verilmiştir. Buna göre, "*sanat eserleri ile folklor eserlerini düzgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenler ve dansçılar vb. diğer kişiler*" icracı sanatçı olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle; sinema ve tiyatro oyuncuları, dekor sanatçıları, şiir ve hikayeleri özgün biçimde seslendi-

²⁰ Gesetz über die Sozialversicherung der selbständigen Künstler und Publizisten (Künstlersozialversicherungsgesetz - KSVG)

²¹ McAndrew, Artists, Benefits An International Review, s. 60.

²² TDK, Büyük Türkçe Sözlük.

²³ Kanun No: 4848, RG. 29.04.2003, S.25093.

²⁴ Kanun No: 5846, RG.13.12.1951, S.7981.

²⁵ Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği, R.G. 16.11.1997, S. 23172.

rip anlatanlar, şarkıcılar, icraları sanatsal katkıları ile şekillendirenler icracı sanatçılar olarak değerlendirilmelidir²⁶.

Ulusal meslek standartlarının belirlenmesi amacıyla zaman zaman yayımlanan Ulusal Meslek Standartlarına Dair Tebliğ'lerde de yaratıcı ve icracı sanatçılara ilişkin meslek tanımları yapılmıştır. Örneğin; oyuncu, figüran, seslendirme oyuncusu, dansçı, opera şarkıcısı gibi meslek tanımlarına bu tebliğlerde ayrıntılı olarak yer verilmiştir²⁷.

III. 5510 SAYILI KANUNA GÖRE SANATÇILARIN SOSYAL SİGORTALILIĞI

1. Genel Olarak

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan önce, farklı hukuki statülerde çalışanların sigortalılığı farklı kanunlara göre belirlenmekte ve düzenlenmekte idi. 5510 sayılı Kanun kural olarak, tüm çalışanları aynı sosyal güvenlik çatısı altında toplamayı amaçlamıştır. Kanun, sigortalılık hallerini belirlerken 4. maddesinde bir sıralama yapmıştır. Buna göre, örneğin iş sözleşmesi ile çalışanlar m. 4/1, (a) bendinde, bağımsız çalışanlar m. 4/1, (b) bendinde, kamu görevlileri ise m. 4/1, (c) bendinde sayılmış ve bu kim-selerin sigortalılıkları da bu bentler kapsamında isimlendirilmiştir.

Sanatçıların bir kısmı kendi nam ve hesabına bağımsız çalışırken; bir kısmı bir işverene bağımlı olarak iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmakta; bir diğer kısmı da kamu idarelerindeki kadro ve pozisyonlarında memur veya sözleşmeli personel statüsünde görev yapmaktadır. Böylece sanatçıların faaliyetlerinin niteliği, istihdam ilişkileri ve sözleşme türleri onların 4. maddeye göre sigortalılık statüsünü de belirlemektedir. Kanun tüm çalışanlar için getirilen bu genel kural yanında sanatçılara yönelik olarak bazı özel düzenlemeler de içermektedir. Örneğin iş sözleşmesi dışında bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan sanatçılar da iş sözleşmesine dayanarak çalışan sanatçılar gibi m. 4/1, (a) kapsamında sigortalı sayılmıştır (m.4/2, (b)). Bunun gibi, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından belirlenen alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesi ile bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve bu çalışması ay içerisinde 10 günden az olan sanatçıların, kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödenerek m. 4/1, (a) kapsamında kısmen sigortalı sayılmalarına imkan verilmiştir (ek m.6). Böylece sanatçıların sigortalılığı, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesi ve ek 6. maddesi çerçevesinde incelenebilir.

2. Sanatçıların 4. Madde Kapsamında Sigortalılığı

a. İş Sözleşmesine Dayanarak Çalışan Sanatçılar

Sanatçıların bir kısmı iş (hizmet) sözleşmesine göre çalıştırılmaktadır. "Hizmet akdi ile bir veya bir kaç işveren tarafından çalıştırılan sanatçılar", çalışmaya başladıkları tarihten itibaren m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacaktır. 5510 sayılı Kanun, hizmet akdinin tanımını yapmamakla birlikte, hizmet akdinin, Borçlar Kanunu'ndaki hizmet akdini ve iş mevzuatındaki iş

²⁶ İlhami Güneş, "FSEK'te Yer Alan İcracı Hakları ve Uygulama", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2012, s.174.

²⁷ Oyuncu, seslendirme oyuncusu ve figüran meslek tanımı RG.26.12.2013, S.28863 (mükerrer); dansçı, opera şarkıcısı meslek tanımı RG.28.10.2014, S.29159 (mükerrer) yapılmıştır.

sözleşmesini ifade ettiğini belirtmiştir (m.3/11). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²⁸, hizmet sözleşmesini; "işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlamıştır (m.393/1). Benzer olarak 4857 sayılı İş Kanunu'na²⁹ göre iş sözleşmesi, "bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir" (m.8/1). Böylece iş sözleşmesinin varlığı için iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarının bir arada bulunması gerekir³⁰. İşin, belirli veya belirsiz bir zaman dilimi içinde; işverenin emir, denetim ve talimatı altında görülmesi; iş sözleşmesini vekalet ve eser sözleşmeleri gibi diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden de ayrılmaktadır³¹.

Yargıtay'ın gerek 5510 sayılı Kanun m.4/1, (a) bendine, gerekse önceki 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun benzer bir esası içeren 2. maddesine göre verilen yerleşik kararlarında, m.4/1, (a) anlamında sigortalı niteliğini kazanmanın koşulları başlıca üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar: i) Çalışma ilişkisinin kural olarak iş (hizmet) sözleşmesine dayanması, ii) İşin işverene ait yerde yapılması, iii) Kanunda açıkça belirtilen sigortalı sayılmayacak kişilerden olunmaması şeklinde sıralanmıştır. Sigortalı olabilmek için bu koşulların bir arada bulunması zorunludur³². Böylece iş sözleşmesine dayanarak çalışan, işini işverene ait işyerinde yapan ve 6. maddede sigortalı sayılmayan kişilerden olmayan sanatçılar, m.4/1, (a) bendi anlamında sigortalı olacaktır. Örneğin, bir reklam ajansına bağlı olarak reklam müzikleri yapan, senaryo yazan, bir televizyon kanalında düzenli olarak seslendirme faaliyetinde bulunan, bir orkestrada sanatını icra eden³³ bir kimse iş sözleşmesi ile çalışan m. 4/1, (a) sigortalısı olarak kabul edilmelidir.

Yargıtay, dublaj sanatçısı ve yönetmeni olarak çalışan bir kişinin açtığı tespit davasında verdiği bir kararında, anılan sektörde çalışanların; işverenin stüdyosunda veya uygun göreceği yerde, başka bir anlatımla, işverenin işlerinde edimlerini göreceğini, bu durumun, bir bağımlılık ortamı yaratma amacından çok, teknik ve doğal olanaklardan yararlanabilmenin gereği olduğunu be-

²⁸ Kanun No: 6098, RG.04.02.201, S.27836.

²⁹ Kanun No: 4857, RG.10.06.2003, S.25134.

³⁰ Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1985, s.5; Sarper Süzek, İş Hukuku, 11.bs., İstanbul, Beta, 2015, s.243; Nuri Çelik, Nursen Caniklioğlu, Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 28. bs., İstanbul, Beta, 2015, s.78; Fevzi Şahlanan, "İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi", Tekstil İşveren Dergisi, S.65, 2011, s.2 vd.; Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması", TİSK Akademi, C.6, S.12, 2011, s.7 vd.

³¹ Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2012, s.9; Y.10. HD. T.30.01.2015, E.2014/26435, K.2015/1649, Y.10.HD. T.10.04.2014, E.2013/22210, K.2014/5171, Y.10.HD. T.03.10.2011, E.2011/5857, K.2011/12907, Y.21.HD. T.06.05.2010, E.2009/6024, K.2010/5412, Y.10.HD. T.27.03.2007, E. 2006/16493, K. 2007/4738, (Çevrimiçi) www.calismatoplum.org, 30.11.2015.

³² Y.10.HD. T.24.02.2014, E.2013/4466, K.2014/3445, Y.10.HD. T.31.05.2013, E.2012/17849, K.2013/12083, Y.9.HD. T.22.02.2010, E.2009/10530, K.2010/4617, Y.10.HD. T.10.05.2005, E.2005/2077, K.2005/5234, (Çevrimiçi) www.calismatoplum.org, 30.11.2015.

³³ Karşı, Y.9.HD. T.13.12.1993, E.1993/10396, K.1993/18567, Karar incelenmesi için bkz. Erol Akı, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku-na İlişkin 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 1995, s.14.

lirtmiştir. Aynı kararda, işverenin, belirli amacına varabilmesi için, işverence sanatçıya yapılacak müdahalelerin, sanatçının bağımlı çalıştığı sonucunun çıkarılabileceği nitelikte görülemeyebileceği, örneğin, bir film artistinin bir kişiliği canlandırması söz konusu olduğunda, dekor ve kostüm yönüyle işyerindeki olanaklardan yararlanabilmek için işyerinde çalışmasının, işveren vekili rejisörün genel direktifi ve denetimi altında edimini ifa etmesinin sigortalı sayılması için yeterli olmayacağı açıklanmıştır³⁴. Sanatçının sanatını icra ederken, kendi tarzını ve yorumunu ortaya koyması, kısmen de olsa bir serbesti içinde olması bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, iş sözleşmesinin varlığını tespit ederken, işverenin emir ve talimatının ağırlığı tek başına bağımlılık ilişkisini belirleyen bir ölçüt olarak değerlendirilmemelidir. İşin işverene ait iş organizasyonunda görülmesi de önemli bir unsur olarak dikkate alınmalıdır³⁵.

Uygulamada, bağımlılık ilişkisi içinde bir ücret karşılığında, tam veya kısmi ya da belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile bir işverene (yapım şirketleri, kast ajansları, reklam ajansları vb.) karşı iş görme borcunu yerine getiren sanatçıların da serbest meslek erbabı gibi gösterilerek çalıştırılmasına sıklıkla rastlanılmaktadır. Nitekim, Sayıştay Başkanlığı'nın, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı hakkındaki 2012 yılı denetim raporunda konu üzerinde durulmuş; dizi oyuncularının sigortalılığı konusunda yapılan bir tespit, bu kimselerin uygulamada, bir eser sözleşmesinin tarafıymış gibi serbest meslek makbuz düzenledikleri, yapımcıların makbuz karşılığında hizmet satın alıyormuş gibi bu sanatçılar için sigortalı işe giriş bildirgesi veremeyerek, 5510 sayılı Kanun m. 4/1, (a) kapsamında sigortalılık tesis ettirmedikleri, 4/1, (a) sigortalısı olması gereken dizi oyuncularının, 5510 sayılı Kanun m.4/1, (b) bendine göre sigortalı oldukları sonucuna varılmıştır³⁶. Gerçekten, taraflar arasında bir eser sözleşmesi imzalanmış olması, sanatçının kendi nam ve hesabına bağımsız çalışıyor gibi gösterilmesi, m.4/1, (a) kapsamındaki sigortalılık niteliğine engel değildir. Çünkü sigortalı sayılmak açısından, çalışmanın niteliği asıl belirleyici unsur olmaktadır. Yukarıda yer verildiği gibi, sanatçının bir iş sözleşmesine göre çalışması esassa, sigortalılığın zorunluluğu ilkesi gereği m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmalıdır. Nitekim bu esas, 506 sayılı Kanun dönemde yayımlanan SGK Genel Müdürlüğü'nün bir tebliğinde de açıkça belirtilmiş ve konu hakkında işverenler uyarılmıştır³⁷.

³⁴ Y.10.HD. T.07.03.2014, E.2014/2665, K.2014/5044, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 20.11.2015, benzer bir karar olarak, Y.10.HD. T. 14.12.1973, E.1973/5183, K.1973/3154, Burhan Özdemir, "Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri ve Hizmet Borçlanmaları", Çimento İşveren Dergisi, C.13, S.3, 1999, s.33.

³⁵ Süzek, İş Hukuku, s. 247; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, İş Hukuku Dersleri, s.116; Can Tuncay, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2013, s.4; "TRT Genel Müdürlüğüne bağlı işyerlerinde, yönetmen, yönetmen yardımcısı olarak çalışan kişinin sigortalı sayılabilmesi açısından, hizmet sözleşmesi ile istisna sözleşmesi ayrımının bizzat yargıç tarafından tüm delillerin, kayıtların getirilerek incelenmesi gerekir." Y.10.HD. T.14.03.1995, E.1995/2008, K.1995/2571, Yargıtay Kararları Dergisi, Haziran 1995, s.899.

³⁶ (Çevrimiçi) <http://www.sayistay.gov.tr/rapor/kid/SGK.pdf>, 30.11.2015.

³⁷ "Sigorta primi ödemelerinden kaçınmak amacıyla, bazı işverenlerin (...) sanatçılar zümresinin meslek mensuplarını, istisna akdi yaparak çalıştırdıkları saptanmıştır. Bu muvazaalı işlem, doğal olarak çalışanın sigortalı olmak hakkını engellemektedir. Çünkü 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 2. maddesi uyarınca, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar, söz konusu Yasaya göre sigor-

İş sözleşmesine dayanarak çalışan sanatçılar; çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sigortalı olacak (m.7/1, (a)) ve kanunda yer alan kısa vadeli (iş kazası-meslek hastalığı, hastalık, analık) ve uzun vadeli (malullük, yaşlılık, ölüm) sigorta kolları ile genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortasından yararlanabilecektir. Bu kimselerin primleri, prime esas kazançları üzerinden (m.82), sigortalı ve işveren payı toplanarak işverenler tarafından ödenecektir (m.87). Konu hakkında, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2013/11 sayılı Genelge'sinin "Sanatçı, Düşünür ve Yazarlar" başlıklı 1-3. kısmında, genel olarak sanatçıların sigortalılığına ilişkin yasal esaslar belirlendikten sonra, sinema sanatçıları ve çalışanlarının (yönetmen, sanat yönetmeni, oyuncu, yardımcı oyuncu, eser yazarı, ışıklandırma ekibi vs.) çalışma niteliklerinin diğer meslek gruplarından farklılık göstermesi nedeniyle bazı açıklamalar yapılmıştır. Genelge'de, figüranlar hakkında "Yapım şirketlerine oyuncu temin eden ajanslarda 4. maddenin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı olan figüranlar için yapım şirketlerince ajanslardan fatura mukabili hizmet satın alınması durumunda, bu kişilerin söz konusu işlerde görevlendirildikleri kabul edilmek suretiyle ayrıca sigortalı olarak bildirilmeyecektir." şeklinde bir açıklama bulunmaktadır. Böylece bu kimselerin yapım şirketleri tarafından değil kast ajansları³⁸ tarafından sigortalanacağı ve primlerinin ajanslar tarafından ödeneceği esası vurgulanmıştır.

Yapım şirketlerinin bu oyuncularını ajanslardan temin ederek çalıştırmasının iş hukuku açısından değerlendirilmesi ve sonuçları bir kenara bırakıldığında; Genelge'de varılan sonucun sosyal güvenlik hukuku açısından da bazı sakıncalarından bahsetmek gerekir. Yukarıda yer verildiği gibi, 5510 sayılı Kanun'a göre 4/1, (a) sigortalıları için prim ödeme yükümlüsü, bu kimselerin (gerçek) işverenleridir. Görünürde bir ajansa kayıtlı olup, yapım şirketinin işçisi haline gelen yardımcı oyuncuların işvereninin ajans olduğu sonuca varmak isabetli değildir. Kaldı ki, işverence oyuncuların büyük kısmının figüran olarak değerlendirilebileceği ve prim ödeme yükümlüsü olarak ajansların gösterilebileceği; bu kişilerin gerçek çalışmaları ile kıyaslandığında, ajanslar tarafından daha düşük prime esas kazanç ve prim ödeme gün sayısı üzerinden sigortalı olarak bildirilebileceği de dikkate alınmalıdır.

b. Diğer İş Görme Sözleşmelerine Dayanarak Çalışan Sanatçılar

5510 sayılı Kanunda, "bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarların" m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacağı düzenlenmiştir (m.4/2, (b)). Bunun için, belirtilen kişilerin uğraş alanlarının Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği³⁹ ekinde (Ek-I: Kanununun 4 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının (b) Bendi Kapsamında Sayılan Sigortalılara İlişkin Uğraş

talı sayılmaktadırlar." Sigorta Primleri Takip ve Tahsilatı Genel Tebliği, (No: 7), RG.20.07.1994, S.21996.

³⁸ Kast Ajansı: "Bünyesinde bulundurduğu oyuncuları ve/veya figüranları, televizyon, sinema, tiyatro vb. projeler için, işveren kurum/kuruluşların talebi üzerine, bu kurum/kuruluşların görevlendirdiği kişilere tanıtmak amacıyla, tanıtım dosyalarını hazırlayan, sunan ve işe ilişkin finansal ve hukuksal süreçlerin yürütülmesini sağlayan kurumlar" olarak tanımlanmıştır. Ulusal Meslek Standardı Tebliği, RG.26.12.2013, S.28863 (Mükerrer).

³⁹ RG. 12.05.2010, S. 27579.

Alanı Ve Çalışanları Gösterir Liste) yer alan tabloda bulunması gerekir. Bu tabloda, Sinema Sanatçıları ve Çalışanları (yapımcı, yönetmen, oyuncu, yardımcı oyuncu, kamera teknik ekibi, seslendirme sanatçıları, makyajcı, kostümcü, sanat yönetmeni, marangoz işçileri vs.); Tiyatro, Opera, Bale Sanatçıları ve Çalışanları (rejisör, aktör, aktrist, sanat teknik müdürü, dekoratör, suflör, ses teknisyeni, koro şefi, bale sanatçısı, besteci, yazar, çevirmen, orkestra şefi vs.), Müzik ve Sahne Sanatçıları (besteci, aranjör, solist, orkestra üyeleri, söz yazarı, dansör, dansöz vs.); Folklor ve Halk Sanatçıları (halk ozanları, halı, kilim sanatçıları, seyirlik oyun sanatçıları, folklor derleyicileri vs.); Edebiyat (yazar, çevirmen, ozan, eleştirmen) ve Görsel Sanatlar, Dekoratif Sanatlar (ressam, fotoğraf sanatçısı, heykeltıraş, mimar, sedefkar, nakış işleme vs.) olmak üzere altı farklı uğraşı alanı ve bu alanlarda çalışanlar sıralanmıştır.

Esasen ilk defa 506 sayılı Kanun döneminde, Kanun'a 1978 yılında 2167 sayılı Kanun'la eklenen bir madde ile (ek m.10/2) getirilen bu düzenleme, 5510 sayılı Kanun'da da sürdürülmüştür. Ancak 506 sayılı Kanun'da getirilen düzenlemenin amacına⁴⁰ ulaşamadığı, sanatçıların sosyal güvenliğini sağlama konusunda bir işlerlik kazanmadığı Yargıtay ve doktrin tarafından ifade edilmiştir⁴¹. Bu düzenlemeden sonra sanatçıları sosyal güvenlik çatısı altına almak için çeşitli borçlanma kanunları çıkarılmıştır⁴². Bu kanunların bir kısmı yalnızca sanatçı borçlanmasını düzenlerken, bir kısmı bütün çalışanları kapsamaktadır⁴³. Bunlardan 4056 sayılı Kanun, yalnızca ek m. 10'da belirtilen sigortalıları kapsamına almış ve işlerinde sanatçıların da çok sayıda olduğu yaklaşık 14 bin kişi bu Kanun'dan yararlanarak borçlanma talebiyle kuruma başvurmuş-

⁴⁰ Kanunun gerekçesi, "Şimdiye kadarki uygulamalar sonunda film, tiyatro, sahne, ses ve saz sanatçıları ile diğer güzel sanatlar kolunda çalışanların sosyal güvenliklerinin tam olarak sağlanamadığı, 506 sayılı Kanunun 2. maddesinde sigortalı sayılanların tanımlanmasının çeşitli biçimlerde yorumlanması ve mahkeme kararlarının bu sonuçta etkili olduğu görülmüştür. (...) Bu kanun tasarısı ile anılan ve eldeki bilgilere göre 70.000 civarında oldukları saptanan bu kimselerin Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi tutulmak suretiyle sosyal güvenlikleri açık ve kesin bir şekilde sağlanmak istenmektedir." ifadeleriyle Kanun'un amacını vurgulamaktadır. Çenberci, Şerh, s.749.

⁴¹ Y.10. HD.'ne göre de ek 10. madde ile, "sanatçıların ülkenin yüz akı oldukları düşünülmüş ve kendilerinin sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmaları istenmiş, özellikle, ömürlerinin sonunda açlığa ve sefaletle terk edilmelerinin önlenmesi amaçlanmıştır. Bu maddenin bir başka getirilme nedeni de mahkemelerin ağırlıklı olarak, sanatçıların çalışmalarının istisna akdine dayandırma eğilimine girmeleridir. Anılan maddenin yürürlüğe girmesinden önceki evrede yargı, ağırlıklı olarak sanatçıların, işlerini yaparken bağımsız olduklarını, iş sahibince kendilerine emir verilemeyeceğini, dolayısıyla çalışmalarının istisna akdine dayandığını düşünmekte idi. (...) Uygulamada bu konuda belirsizliklerin yaşandığı anlaşılmaktadır. İşte yasa koyucu belirsizliklere açıklık getirmek amacıyla sanatçıları için ayrı bir yasal düzenlemeye gerek görmüştür." Y.10.HD. T.27.06.2001, E.2001/3653, K.2001/5041 (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 01.12.2015.; Nursen Canıklıoğlu, Ercüment Özkaraca, "Sanatçıların Sosyal Güvenliği", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHF Mecmuası, C.LXXII, S.2, 2014, s. 639.

⁴² Bu kanunlar; 1978 yılında yürürlüğe giren 2167, 1983 yılında yürürlüğe giren 2959, 1987 yılında yürürlüğe giren 3395 ve 1994 yılında yürürlüğe giren 4056 sayılı kanunlardır.

⁴³ Kanunların kapsamı ve yararlanma şartları için bkz. Özdemir, Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri, s.35-41; Mustafa Kılıçoğlu, Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.5 vd.

tur. Ancak Kanun'un getirdiği sıkı şartlar nedeniyle başvuranlardan 2.793 kişinin hizmet borçlanması yapılmıştır⁴⁴.

5510 sayılı Kanun'un anılan m.4/2, (b) bendi gereğince 4/1, (a) sigortalısı sayılan bu sanatçılar, çalışma ilişkileri iş sözleşmesi statüsü dışında kalan sanatçılardır⁴⁵. Zira iş sözleşmesi ile çalışan sanatçılar zaten doğrudan m.4/1, (a) kapsamında sigortalı olacaktır. Bunun gibi, ilgili bendin 2008 yılında 5754 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde, "*bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan (...) sanatçılardan, düşünürlerden ve yazarlardan hizmet akdi ile çalışanlar*" esas alınmasına rağmen, yapılan değişiklikle "*hizmet akdi ile çalışanlar*" ibaresi metinden çıkarılmıştır. Değişiklik yapan kanunun gerekçesinde de, bu kimselerin çalışmaları hizmet akdine dayanmadığı için hizmet akdi ibaresinin metinden çıkarıldığı belirtilmiştir. 506 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, ek m.10 hakkında verilen Yargıtay kararlarında ve açıklanan doktrin görüşlerinde de konu tartışılmış; kanunun bu hükmüyle, hizmet akdi dışındaki sözleşmelerle çalışanların kapsama alındığı konusunda Yargıtay kararlarında içtihat birliği sağlanmış⁴⁶ ve bu durum baskın görüş olarak ifade edilmiştir⁴⁷.

M. 4/2, (b) bendi ile kapsama alınan sanatçıların, 4/1, (a) sigortalısı sayılması için iş sözleşmesi ile çalışması aranmasa da, çalışmalarının vekalet⁴⁸ veya eser sözleşmesi⁴⁹ gibi iş görme borcu doğuran bir sözleşmeye dayanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁰. Gerçekten, sanatçının bir veya birden fazla işveren (iş gördüren, iş sahibi) tarafından çalıştırılması olgusundan bahsedebilmek

⁴⁴ SGK İstanbul İl Müdürlüğü'nde yapılan, Sanatçıların Sosyal Güvenliği konulu 23.10.2015 tarihli toplantı notları.

⁴⁵ A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 17.bs., İstanbul, Beta, 2015, s.288; Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. bs., İstanbul, Beta, 2014, s.122.

⁴⁶ "...istisna akdine dayanarak çalıştırılan sanatçı, düşünür ve yazarlar (SSK Ek m.10) da sigortalı sayılmışlardır." Y HGK. T.04.07.2012, E.2012/216, K. 2012/438 (Çevrimiçi) www.kazanci.com; Y.10 HD. başlangıçta verdiği kararlarında (T. 11.06.1996, E.1995/10263, K.1996/5457; Özdemir, Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri, s.40.) bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmanın ancak hizmet akdi ile çalışma halinde mümkün olacağını ifade etmekteyken; Y.21.HD.'nin (T.21.02.1998, E.1997/8781, K1998/279; T.16.03.1998, E.1998/1475, K.1998/1825) ve Y HGK'nun (T.30.09.1998, E.1998/21-644, K.1998/633; Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.122.) kararlarında hizmet akdine dayanarak çalışma koşulu aranmamıştır. Nitekim 10. HD. de bir ilke kararıyla önceki görüşünden dönmüştür (bkz. dn. 41'de anılan karar).

⁴⁷ Kenan Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5.bs., İstanbul, Beta, 1990, s.102; A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11.bs., İstanbul, Beta, 2005, s.210; Çenberci, Şerh, s.750, Kılıçoğlu, Borçlanma, s.47; Özdemir, Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri, s.35; Kayhan Özel, "Sanatçıların Sosyal Güvenliği" İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.2, 2013, s.302.

⁴⁸ "Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir." (TBK m.502).

⁴⁹ "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." (TBK m.470).

⁵⁰ Çenberci, Şerh, s.750; Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, s. 103; Caniklioğlu, Özkaraca, Sanatçıların Sosyal Güvenliği, s.640 Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, (11.bs.), s.210; Özdemir, Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri, s.35; Özel, Sanatçıların Sosyal Güvenliği, s.302; Y.21. HD. T. 04.02.2002, E.2001/8569, K.2002/629, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 01.12.2015.

için, bir iş görmesi gerekir. Bu da bir iş görme sözleşmesine dayanır. Maddede anılan işveren kavramını da İş Kanunu'ndaki işveren olarak değil, iş sahibi, iş gördüren olarak düşünmek gerekir.

Yukarıda yer verilen 2013/11 sayılı Genelge'de, sinema sanatçıları ve çalışanları ile ilgili olarak, "*yapım şirketlerinde ya da yapım şirketlerine oyuncu, yardımcı oyuncu (figüran) temin eden ajanslarda çalışmaları nedeniyle işverenin emrinde, işveren tarafından belirlenen sürede ve ücret karşılığında çalışanlar 4. maddenin 2. fıkrasının b bendine göre sigortalı sayılacaklardır*" denilmektedir. Esasen bu açıklamadaki çalışanlar; işverenin emrinde, bir zaman dilimi içinde ve ücret karşılığında çalışıyorlarsa, bir iş sözleşmesi ile çalışıyor olmaları mümkündür. Bu halde belirtilen kişiler doğrudan m.4/1, (a) anlamında sigortalı olacaklardır. Bu nedenle, Kurumun, oyuncularını doğrudan m.4/2, (b) kapsamına alan bu uygulamasına katılmak mümkün değildir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde sayılan uğraşı alanlarından birinde yer alıp, iş görme sözleşmesi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan bu sanatçılar da m.4/1, (a) bendi anlamında sigortalı sayıldıklarından; çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sigortalı olacaklar ve 5510 sayılı Kanun'un 4/1, (a) sigortalıları için sağladığı sigorta kollarından yararlanabileceklerdir. Ancak bu kimselerin işsizlik sigortasından yararlanması mümkün görünmemektedir. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na⁵¹ göre, "*bu Kanun, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi ile ikinci fıkrası kapsamında olanlardan bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalıları*" kapsamından (m.46/2), hizmet akdi dışında bir iş görme sözleşmesiyle çalışan sanatçıların işsizlik sigortasından yararlanması mümkün olamayacaktır.

c. Bağımsız Çalışan Sanatçılar

Kendi ad ve hesabına bağımsız çalışanlar, m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılmışlardır. Bu kapsamda sigortalı sayılmak için sigortalının öncelikle hizmet akdi ile bir işverene bağlı olmadan kendi ad ve hesabına çalışması gerekir⁵². Önceden 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu⁵³ (Bağ-Kur) kapsamına giren bu kişiler⁵⁴ artık 5510 sayılı Kanun m.4/1, (b) kapsamında değerlendirilmektedir.

Bu madde çerçevesinde sigortalı olan sanatçıların bir grubu; Gelir Vergisi Kanunu'na⁵⁵ göre ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olan sanatçılar olabilir. Bu kimseler vergi mükellefiyetlerinin başladığı tarihten itibaren sigortalı sayılırlar. Gelir Vergisi Kanunu'na göre, ticari kazanç, her türlü ticari ve snai faaliyetlerden doğan kazançları ifade eder (m.37/1). Serbest meslek faaliyeti ise sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya uzmanlığa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin, işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır (m.65/2). Serbest meslek faaliyetini mutlak meslek halinde ifa edenler, serbest meslek erbabıdır. Serbest meslek faaliyeti-

⁵¹ Kanun No: 4447, RG.08.09.1999, S.2381.

⁵² Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.293.

⁵³ Kanun No: 1479, RG. 14.09.1971, S. 13956.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Güzel, "Zorunlu Bağkur Sigortalılığı ve Uygulama Sorunları", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 1996, s.365 vd.

⁵⁵ Kanun No: 193, RG.06.01.1961, S.10700.

nin yanında meslekten başka bir iş veya görev ile devamlı olarak uğraşılması bu vasfı değiştirmez (m.66/1). Böylece ticari kazanç elde eden ya da serbest meslek faaliyeti içerisinde, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışan sanatçılar, m. 4/1, (b) sigortalısı olacaktır⁵⁶. Örneğin bağımsız çalışıp yazdığı bir senaryo-yu ya da yaptığı bir film müziğini yapımcıya satan bir kişi m. 4/1, (b) sigortalısı sayılacaktır. M. 4/1, (b) kapsamında sigortalı olabilecek sanatçıların bir kısmı da mesleki faaliyeti nedeniyle Gelir Vergisi Kanunu m.9 gereğince gelir vergisinden muaf olup Esnaf ve Sanatkar Sicili'ne kayıtlı olanlardır. Bunlar da esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı oldukları tarihten itibaren sigortalı olur. Örneğin yaptığı çini-seramikleri kendisine ait atölyede satışa sunan ve Esnaf ve Sanatkar Sicili'ne kayıtlı olan sanatçı⁵⁷ bu kapsamda değerlendirilebilir.

Kendi ad ve hesabına çalışan sanatçılardan, gelir vergisinden muaf olup Esnaf ve Sanatkar Sicili'ne kayıtlı olanlardan aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler (düşük gelirli), sigortalı sayılmayacaktır (m.6/1, (k)). Böylece, aylık gelirlerinden masrafları düşüldükten sonra kalan tutar, prime esas kazancın bir aylık alt sınırını (2015 yılının ikinci yarısı için 1.273,50TL) aşmayan sanatçılar, bu durumu Esnaf ve Sanatkar Odaları Birliği'ne onaylatarak belgelemeleri halinde sigortalı sayılmayacaklardır⁵⁸.

Kanunun m. 4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı olacak sanatçılar hakkında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2013/11 sayılı Genelge'sine de değinmek gerekir. Genelgede, *"yapımcı şirket adına kendi hususiyetini vermek suretiyle bir eser (ürün) üreten, çalışma zamanı ve yeri yapımcı şirketin emir ve talimatı dışında bulunup mesleğini icra eden senarist, özgün müzik yapımcısı, diyalog yazarı ve başrol oyuncusu gibi kişiler, bireysel olarak yaptıkları bu işlerden dolayı serbest meslek faaliyeti yürütmesi nedeniyle doğan serbest meslek kazancı olan ve bu kapsamda serbest meslek makbuzu veya fatura düzenleyerek çalışanların yapım şirketi ile arasındaki ilişki istisna (eser) sözleşmesi kapsamında sayılarak 4. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı"* olarak değerlendirileceği vurgulanmıştır.

Anılan genelgede, bağımsız çalışan sinema sanatçıları ve çalışanları arasında başrol oyuncusunun gösterilmesi tartışmaya açıktır. Zira başrol oyuncusu, bir eser üreten değil bir eseri oynayan, yorumlayan bir kimsedir. Bu anlamda yukarıda ayırımına yer verilen icracı sanatçı niteliğindedir. Bunun gibi, başrol oyuncusunun çalışma yeri ve zamanını kendisinin belirlemesi, yapımcı şirketin emir ve talimatı dışında çalışması da çoğu zaman mümkün değildir. Bu nedenle, bir başrol oyuncusunun, yalnızca başrol oyuncusu olması nedeniyle serbest meslek esası ile çalışan bir kimse olarak değerlendirilip m. 4/1, (b) kapsamında sigortalı sayılması kabul edilemez.

Genelgenin ilgili bölümüne 2014/5 sayılı Genelge ile eklenen bir ibare ile; *"senaryo yazarlığı, özgün müzik yapımcılığı, yönetmenlik ve diyalog yazarlığı gibi işleri yapanların sırf vergi kaydının olmaması, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu hükümleri çerçevesinde vergiden muaf olmaları sebebiyle belirtilen işleri ver-*

⁵⁶ Özdemir, Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri, s.41.

⁵⁷ Caniklioğlu, Özkaraca, Sanatçıların Sosyal Güvenliği, s. 640.

⁵⁸ İyi bir denetim sistemi olmadıkça ülkemiz gibi kayıt dışı gelirin yüksek olduğu ülkede zorunlu sigortalılığın böyle bir koşula bağlanması eleştirisi için bkz. Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.132.

giden muaf olarak ortaya bir eser koymak suretiyle gider pusulası mukabilinde gerçekleştirenler ile yapımçı arasında hizmet akdinin bulunmaması sebebiyle Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmayacaklardır” esası belirtilmiştir. Buna göre, gider pusulası ile çalışan bu kimseler düşük gelirli olduklarını belgelemeleri durumunda sigortalı sayılmayacaklardır. Ancak, yalnızca gider pusulası karşılığında bir çalışmanın varlığı bu sonuca ulaşmak için yeterli değildir. Taraflar arasındaki ilişki, iş sözleşmesinin varlığını ortaya koyuyorsa bu durumda bu kimselerin m.4/1, (a) bendi anlamında, diğer iş görme sözleşmelerinden birine dayanıp bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılma söz konusu ise m.4/2, (b) kapsamında sigortalı sayılması gerekir.

Kendi nam ve hesabına bağımsız çalışan sanatçılardan gelir vergisi mükellefleri olanların mükellefiyetlerinin başladığı tarihten, gelir vergisinden muaf olanların ise esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı oldukları tarihten itibaren sigortalılıkları başlayacaktır (m.7/1, (b)). Bu kimselerin primleri, beyan edecekleri prime esas kazanç üzerinden kendileri tarafından ödenecektir (m.87).

d. Kamu İdarelerinde Çalışan Sanatçılar

Sanatçıların bir kısmı da kamu idarelerinde kadro ve pozisyonlarda, bir iş sözleşmesi dışında çalışmaktadırlar. Kamu idarelerinde, Devlet Memurları Kanunu'na⁵⁹ göre memur, sözleşmeli personel ve geçici personel olarak çalışmak mümkündür. Örneğin, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehteran Bölüğü sanatkarları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konservatuvar ve orkestralarının sanatkar memurları, uzman memurları, uygulatici uzman memurları statü hukukuna göre görev yapan, kendi özel kanunlarına tabi olan kamu çalışanlarıdır. Bu kimseler 5510 sayılı Kanun m.4/1, (c) kapsamında sigortalı sayılırlar. 5510 sayılı Kanun'dan evvel kamu idarelerinde çalışanların sosyal güvenlikleri 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nda⁶⁰ düzenlenmekte idi. Böylece Türkiye'de sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınan ilk sanatçı grubu da 5434 sayılı Kanun'a dahil olan sanatçılar olmuştur.

5510 sayılı Kanun'un yayımlanmasının ardından 15.12.2006 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıyla⁶¹, Kanun'un bazı hükümleri iptal edilmiş ve sonrasında yapılan düzenleme ile kamu idarelerinin kadro ve pozisyonlarında Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk kez çalışmaya başlayanların 5510 sayılı Kanun'a; daha önce çalışması olanların ise 5434 sayılı Kanun'a tabi olacağı esası getirilmiştir (geçici m.4). Böylece 5510 sayılı Kanun'dan önce kamu idarelerinde çalışan sanatçılar için 5434 sayılı Kanun uygulanmaya devam edecektir.

3. Sanatçıların Ek 6. Madde Kapsamında Sigortalılığı

a. Genel Olarak

Sanatçıların sosyal sigortalılığı; 1 Mart 2011'de 6111 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki esaslara göre belirlenmekte iken, 6111 sayılı Kanunla, Kanuna eklenen ek 6. madde ile,

⁵⁹ Kanun No: 657, RG.23.07.1965, S.12056.

⁶⁰ Kanun No: 5434, RG.17.06.1949, S.7235.

⁶¹ AYM, T.15.12.2006, E.2006/111, K.2006/112, RG. 30.12.2006, S. 26392 (Mükerrer).

maddede sayılan kimseler bakımından farklı esaslara bağlanmıştır. Böylece sanatçıların sosyal sigortalılığı bakımından, yeni bir dönem başlamıştır. Ayrıca konu hakkında, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun "6111 sayılı Kanun Uyarınca Yapılacak Sigortalama ve Borçlanmaya İlişkin İşlemler" konulu 2011/36 sayılı Genelge'si yayımlanmıştır.

Esasen ek 6. madde, iki gruba dahil çalışanların sigortalılığına ilişkin hükümler getirmiştir: ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma araçlarında çalışanlar ve Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca belirtilen uğraşı alanlarında çalışan sanatçılar. Ek. 6. maddenin 1. fıkrası şöyledir; "*Ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerleri ile 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştırları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişilerin sigortalılıkları, bu madde kapsamında kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle sağlanır.*" Konu sanatçılar bakımından ele alınırsa, ek m.6 hükmü ilk bakışta, maddede sayılan ve çalışma süresi 10 günden az olan sanatçıların tam süreli sigortalı olabilmesine olanak tanıyan bir maddedir⁶². 6111 sayılı Kanun'un gerekçesinde maddenin düzenlenmesi amacı olarak; "*kayıtlı çalışmanın artırılması amacıyla (...) bu kişilerin sosyal güvenliklerinin madde kapsamında sağlanması*" gösterilmiştir⁶³. 2015 yılı itibariyle Ek 6. maddenin yararlanan 853 sanatçı olduğu, bunlardan 53 kişinin işsizlik sigortasından yararlanmak için talepte bulunduğu ifade edilmiştir⁶⁴. Bu sayılar dikkate alındığında, maddenin gerekçesi olan kayıtlı çalışmanın artırılması amacının gerçekleşmediği söylenebilir.

Bu hükümlerle birlikte sanatçılar, ayda 10 günden az çalışan ve 10 günden fazla çalışan olmak üzere ikiye ayrılmıştır. İlk gruba dahil sanatçılar hakkında; "*malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası ve istekleri halinde işsizlik sigortası hükümleri uygulanır*" (f.3). Böylece madde kapsamındaki sanatçılar, tam sigortalı olanlar, kısmen sigortalı olanlar ve sigortalı olmayanlardan kısmen sigortalı olanlar grubuna girmektedir.

Esasen söz konusu maddenin yürürlüğe girmesi ile birlikte madde kapsamında bulunan sanatçılar; bir iş sözleşmesiyle çalışmalarına karşılık primlerini kendileri ödemek zorunda kalıp, kısa vadeli sigorta kollarından yararlanma imkanını kaybetmiş görünmektedir⁶⁵. Oysa ayda 10 günden fazla çalışan ve m. 4/1, (a) bendine tabi olan sanatçılar tüm sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalıdır ve bu kimselerin prim ödeme yükümlülükleri de işverenleridir. Bu madde kapsamındaki sanatçıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olup, kısa vadeli sigorta kollarından yararlanamamaları isabetli değildir. 5510 sayılı Kanun'a göre, kısa vadeli sigorta kollarından yapılan sağlık yardımları genel sağlık sigortası kolundan sağlansa da, parasal yardımlardan yararlanmak için bu sigorta kollarına tabi olmak gerekir. Sanatın, çoğu zaman bedensel bir emek gerektiren dallarında faaliyet gösteren ve uzun çalışma saatleri boyunca çalıştı-

⁶² Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.312.

⁶³ 2013/11 sayılı genelgeye göre de ek 6. madde hükmü, "Sanatçıların çalışma sürelerinin diğer meslek gruplarından farklılık göstermesi ve kayıt dışılığın fazla olması hususları da dikkate alınarak kayıtlı çalışmanın artırılması amacıyla" getirilmiştir.

⁶⁴ 23.10.2015 tarihi SGK toplantısı.

⁶⁵ Caniklioğlu, Özkaraca, Sanatçıların Sosyal Güvenliği, s.641.

ğı bilinen sanatçıların iş kazasına uğraması ya da meslek hastalığına tutulması sonucu yaşadıkları gelir kaybının giderilememesi sosyal devlet anlayışıyla da bağdaşmamaktadır. Bunun gibi, m. 4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalıların ve hak sahiplerinin genel sağlık sigortasından yararlanması için, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması (m.67/1,a) aranırken; ek m.6 kapsamındaki sanatçılar için bu şartın yanında 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması da aranmaktadır (ek m.6/6). Sanatçılar için böyle bir ek şart getirmiş olması anlaşılmamaktadır. Bu sanatçılar için sağlanan tek kolaylık, ay içerisinde 10 günden az çalışıp, 30 günden daha az prim ödemelerine rağmen 30 gün üzerinden prim ödemiş gibi kabul edilmeleridir (geçici m.29). Prim ödeme gün sayısı açısından sağlanan kolaylığa ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

Madde hangi sanatçıları kapsama aldığını 1. fıkrasında düzenlemiştir. Maddenin 7. fıkrasında ise madde kapsamında kimlerin ayrıca sigortalı olmayacaklarına yer verilmiştir. Buna göre, *"Bu Kanun kapsamında tam süreli çalışma ile uzun vadeli sigorta kollarına tabi olan sigortalılar ile 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesi kapsamındaki sigortalılar ve kendi sigortalılıklarından dolayı gelir veya aylık almakta olanlar, birinci fıkrada belirtilen çalışma durumları nedeniyle ayrıca sigortalı olmazlar"*. O halde, ek 6. madde kapsamına giren sanatçılara ilişkin şu koşulların gerçekleşmesi gerekir: i) Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca belirlenecek alanlarda çalışmak, ii) Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmak, iii) Ay içerisinde 10 günden az çalışmak, iv) Madde kapsamında sigortalı sayılmayacak kişilerden olmamak.

b. Madde Kapsamına Alınan Sanatçılar

Maddeden yararlanabilecek sanatçılara ilişkin ilk şart, m. 4/2, (b) bendinde belirtilen ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenecek alanlarda çalışan bir sanatçı olmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere; m.4/2, (b) kapsamında belirtilen kişiler, *"bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar"*dir. M.4/2, (b) 'de belirtilen sigortalılara ilişkin uğraşı alanı ve çalışanları gösterir liste Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde yayımlanmıştır. Ek 6. maddede sözü edilen Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenecek alanlar ise, Bakanlığın "Sanatçı Olarak Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Giriş Bildirgesi Onayına İlişkin Usul ve Esaslar" konulu, 24.05.2012 tarihli ve 2012/8 sayılı Genelgesinde (Ek I) sıralanmıştır. Bu genelgede, yukarıda diğer iş sözleşmesiyle çalışan sanatçılar bakımından sıralanan ve örnekleri verilen Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği Ek,1 dikkate alınarak, Yönetmeliğe oldukça benzer bir şekilde altı farklı uğraşı alanı ve bu alanda çalışanlar gösterilmiştir. O halde sanatçıların ek 6. madde kapsamına girmeleri için Bakanlığın Genelge ekinde yayımladığı listede yer alması gerekir. Listedeki yer almayan bir kimsenin maddeden yararlanması da mümkün olmayacaktır.

Kapsama alınan sanatçılar bakımından ikinci şart, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmaktır. 5510 sayılı Kanun'da kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı bulunmamakla birlikte, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde, *"Sigortalının normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre üçte ikisi oranından daha az belirlendiği çalışmalar kısmi süreli çalışmadır"* (m.101/1) hükmüyle kısmi süreli sözleşme tanımlanmıştır. Bu tanım,

İş Kanunu'ndaki kısmi süreli sözleşme tanımını karşılamaktadır. İş Kanunu'na göre, genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saattir (m.63/1). Kısmi süreli iş sözleşmesi ise "*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği*" (m.13/1) sözleşmedir. İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'ne⁶⁶ göre önemli "ölçüde daha az çalışma" işyerindeki tam süreli çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmadır (yön.m.6). Böylece çalışma süresinin haftalık otuz saatten az belirlendiği sözleşmeler kısmi süreli iş sözleşmesidir⁶⁷. 2011/36 sayılı Genelge'ye göre, ek 6. maddeden yararlanmak isteyen sanatçılar Kuruma başvuru yaparken, işveren ile imzaladığı kısmi süreli iş sözleşmesiyle birlikte müracaat edecektir. Bu halde bu maddeden yararlanmak için, kısmi süreli iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

Ek 6. madde kısmi süreli de olsa bir iş sözleşmesini esas almıştır. Yani sanatçıların bu madde kapsamına girmesi için bir iş sözleşmesine dayanarak çalışması gerekir. İş sözleşmesine dayanarak çalışanlar ise kural olarak m.4/1, (a) kapsamında tüm sigorta kolları açısından sigortalı sayılırlar. Bu kimselerin sigorta primlerinin ödeme yükümlüsü de işverenleridir. Sigortalılığın zorunluluğu ilkesi gereği çalışmanın başladığı andan itibaren başlayan bu sigortadan vazgeçmek ya da sigorta kolları arasında seçim yapmak da mümkün değildir (m.92). Oysa ek 6. madde hükmü ile iş sözleşmesine dayanarak çalışan bu sanatçılar; prim ödeme yükümlüsü haline gelip, kısa vadeli sigorta kollarından yararlanamakta, işsizlik sigortasından yararlanmaları ise isteklerine bırakılmaktadır⁶⁸.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte ay içerisindeki çalışma süreleri dikkate alındığında çalışma gün sayısı 10 günden az olan sanatçılar ek 6. madde kapsamındadır. O halde kısmi süreli sözleşmeyle çalışsa bile ay içerisinde on gün ve daha fazla çalışması olan sanatçılar 6. maddeye göre değil doğrudan m.4/1, (a) bendine göre sigortalı olacaktır. Ay içerisindeki çalışma süresinin nasıl hesaplanacağı 5510 sayılı Kanun m.80/1, (h) bendinde ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin kısmi süreli çalışanlarda prim ödeme gün sayısına ilişkin açıklamaları içeren 101. maddesinde düzenlenmiştir. Yönetmelik hükmüne göre, "*kısmi süreli çalışan sigortalıların ay içinde çalıştığı toplam süresinin, 4857 sayılı İş Kanununa göre günlük olağan çalışma süresi olan 7,5 saate bölünmesiyle, sigortalı için bildirilmesi gereken prim ödeme gün sayısı hesaplanır. Bu şekilde yapılacak hesaplamalarda 7,5 saatin altındaki çalışmalar 1 güne tamamlanır*". Böylece, örneğin ayda toplam 65 saat çalışan bir tiyatro oyuncusunun ay içerisindeki çalışma gün sayısı $65/7,5=8,6$ yani 9 gün olduğundan bu kimse ek m.6 kapsamında sigortalı olacak, primleri kendisi tarafından ödenip, kısa vadeli sigorta kollarından yararlanamayacaktır. Ancak ayda 75 saat çalışan bir oyuncu, $75/7,5=10$ gün çalıştığından m.4/1, (a) kapsamında sigortalı olacaktır.

⁶⁶ RG.06.04.2004, S.25425.

⁶⁷ Türk Borçlar Kanunu'nda kısmi süreli iş sözleşmesi "*İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler*" (m.393/2) olarak tanımlanmıştır.

⁶⁸ "Kanun koyucunun bir toplumun ortak harcının oluşturulmasında yadsınamaz katkıları olan sanatçıların sigortalılığını kolaylaştırması gerekirken, aksine bir yaklaşım içinde onları sistemin dışına atacak şekilde sosyal güvenliğini tek başına sağlamak zorunda bırakması anlaşılabilir bir durum değildir." Caniklioğlu, Özkaraca, Sanatçıların Sosyal Güvenliği, s.645.

Nihayet ek 6. madde kapsamında sigortalı sayılmak için, maddenin açıkça kapsam dışı bıraktığı kimselerden olmamak gerekir. Ek 6. madde ve 2011/36 sayılı Genelge'ye göre; m.4/1, (a) bendi kapsamında tam süreli çalışanlar, uzun vadeli sigorta kollarına tabi olan sigortalılar, 4/1, (b) ve (c) bentlerine tabi sigortalılar, isteğe bağlı sigortalılar, 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesi (banka ve sigorta şirketleri sandıkları) kapsamındaki sigortalılar ile kendi sigortalılıklarından dolayı gelir veya aylık almakta olanlar, ek 6. madde kapsamındaki çalışmaları nedeniyle ayrıca sigortalı sayılmayacaklardır. Aylık alan sigortalılar ek 6. madde kapsamında sigortalı olamayacaklarından, bunlar hakkında Kanunun sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümleri de uygulanmayacaktır.

Maddenin 7. fıkrasında, kapsam dışında olan kişiler sayıldıktan sonra, bu kimseler için "*birinci fıkrada belirtilen çalışma durumları nedeniyle ayrıca sigortalı olmazlar*" hükmü getirilmiştir. "*Ayrıca sigortalı olmazlar*" ifadesiyle, sanatçıların, ayda 10 günden daha az olan çalışmaları nedeniyle hiç sigortalı olmayacakları mı yoksa ek 6. madde kapsamında sigortalı olmayacakları mı amaçlanmıştır? Burada anlaşılması gereken, bu sanatçıların 10 günden az çalışmalarına rağmen ek 6. madde kapsamı dışında bulunmaları, ancak 10 günden az çalıştıkları işverenlerince m.4/1, (a) kapsamında sigortalı olarak bildirilmeleri olmalıdır⁶⁹ Ancak 2011/36 sayılı Genelge'de konu hakkında verilen örnek, aksi bir görüşü desteklemektedir. Örnek, ticari taksi şoförleri için verilmiş olsa da sanatçılar için de uygulanması mümkündür. Örneğe göre, şehir içinde dolmuş şoförü olarak ayda 9 gün, ticari taksimde de ayda 15 gün şoför olarak çalışan sigortalı ek 6. madde kapsamında talepte bulunmuştur. Bu sigortalı 15 günlük çalışması nedeniyle 4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayıldığından dolmuş şoförlüğü nedeniyle 9 günlük çalışmasından dolayı ek 6. madde kapsamında sigortalı olamayacaktır. Ancak, sigortalı ay içinde eksik kalan 15 gün için 4/1, (a) bendi kapsamında isteğe bağlı sigorta primi ödeyebileceği ya da aynı statü üzerinden 41. maddenin (i) bendi uyarınca borçlanma yapabilecektir⁷⁰. Örnekte varılan, sanatçının (şoförün) 15 günlük çalışması nedeniyle 4/1, (a) sigortalısı olacağı ve artık 9 günlük çalışması nedeniyle ek m.6 kapsamında olmayacağı sonucu doğrudur. Ancak bu kimsenin ay içerisinde eksik kalan 15 günü olduğu ifadesine katılmak mümkün değildir. Zira buradan, sanatçının 9 günlük çalışması nedeniyle işvereni tarafından sigorta ettirilmeyeceği anlaşılmaktadır. Oysa artık ek m.6 kapsamında olmayan sanatçının 9 günlük çalışması için işvereni tarafından m.4/1, (a) bendi kapsamında tüm sigorta kolları için primleri ödenmelidir. Böylece sanatçının ay içerisinde 15+9 =24 günlük çalışması olacaktır.

c. Maddede Düzenlenen Sigortalılığın Özellikleri

Ek 6. madde kapsamında ödenen primler, m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalılık olarak değerlendirilir (f.5). Esasen bu kimseler bir iş sözleşmesiyle çalıştıkları için ödedikleri primlerin de m.4/1, (a) kapsamında değerlendirilmesi isabetlidir. Bu madde kapsamında sigortalılık ise sanatçılar tarafından veya kendilerini çalıştıranlar tarafından ya da çalışanların üye oldukları meslek odası, birlik veya benzeri kuruluşlarca bildirim Kuruma yapıldığı tarihten itibaren

⁶⁹ Aynı yönde, Caniklioğlu, Özkaraca, Sanatçıların Sosyal Güvenliği, s.643.

⁷⁰ 2011/36 sayılı Genelge, Örnek: 6.

ren başlar (f.2). Başvuruya ilişkin esaslara 2011/36 sayılı Genelge'de yer verilmiştir. Buna göre, ek 6. madde kapsamında sigortalı olmak isteyen sanatçılar, "Sanatçı Olarak Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Giriş Bildirgesi" ile sanatçı ve işvereni arasında imzalanan kısmi süreli iş sözleşmesi ile ikamet edilen ilde bulunan sosyal güvenlik il müdürlüğüne/sosyal güvenlik merkezine müracaat edeceklerdir. İşveren ile çalışanın bağlı olduğu meslek birliği veya sendika ya da Kültür ve Turizm Bakanlığının merkez veya taşra birimleri tarafından onaylanmamış "Sanatçı Olarak Kısmi Süreli Çalışanlara Ait Giriş Bildirgesi" işleme alınmayacaktır. Bu bildirgenin onayına ilişkin usul ve esaslara da Kültür ve Turizm Bakanlığının 2012/8 sayılı Genelge'sinde yer verilmiştir.

Ek 6. madde kapsamındaki sigortalılığının, sanatçıların ya da diğer ilgililerin yapacağı bildirimden itibaren başlaması, sigortalılığın zorunluluğu ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca bildirim şartı, bu madde kapsamındaki sigortalılığın, ilgilinin isteğine bağlı mı yoksa zorunlu bir sigorta mı olduğu konusunda tereddüt yaratmaktadır. Yukarıda yer verildiği gibi, bir iş sözleşmesiyle çalışanların m.4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalılığı çalışmaya başladıkları tarihten itibaren başlar. Bunun için işverenin Kuruma bildirim yapmış olup olmaması da aranmaz. Bunun gibi, 4/1, (a) sigortalılarının çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç 1 ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirmeleri gerekir (m.8/2). Ancak bu bildirim yapılmaması sigortalılığın başlangıcını etkilemez, bir yaptırma tabi tutulmaz ve sigortalı aleyhine delil teşkil etmez. Oysa ek 6. maddedeki bildirim, sigortalılığın başlangıcını sağlayan bir bildirimdir. Böylece bu kimselerin sigortalılığı, yapacakları bildirimle yani iradelerine bırakılmış gibi görünmektedir. Bu durumda bu sigortadan yararlanmak sanatçının tercihine bırakılmışsa, maddeden yararlanmak istemeyen sanatçı, bu çalışması nedeniyle m.4/1, (a) sigortalısı olup, çalıştığı günler bakımından sanatçının işvereni prim ödeme yükümlüsü haline mi gelecektir? Aksi bir kabul olarak, ek 6. maddenin tercih hakkı vermeyen zorunlu bir sigortalılık statüsü yarattığı düşünüldürse bu sigortalılığın başlangıcının bildirimle tabi tutulması genel ilkelere bağdaşmayacaktır. Maddede ve Genelge'de bu konuda bir açıklık yoktur. Ancak maddede bildirim yükümünü yerine getirmeyen işverenlere ve çalışanların meslek odalarına idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir (f.11). Genelge'de kullanılan ifadelerde ise, ek 6. madde kapsamında sigortalı olmak "isteyen" sanatçılardan bahsedilmektedir. Bu nedenle, ek 6. maddeden yararlanılmanın tercihe bağlı olup olmadığı, yararlanılmak istenilmemesi halinde sigortalılığın nasıl sağlanacağı yasal bir düzenleme ile açıklığa kavuşturulmalıdır.

Yukarıda açıklandığı gibi, ek 6. madde kapsamındaki sigortalılar hakkında; uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası ve istekleri halinde işsizlik sigortası hükümleri uygulanır. Maddeye göre, "Bu sigortalılar, 82. maddeye göre belirlenen prime esas kazanç alt ve üst sınırı arasında olmak üzere kendileri tarafından belirlenecek günlük kazancın otuz katının % 32,5'i oranında prim öderler. Bu prim oranının % 20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, % 12,5'i genel sağlık sigortası primidir. İşsizlik sigortasına tabi olmayı isteyenlerin, sigortalı ve işveren hissesi oranındaki işsizlik sigortası primini ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar ödememeleri halinde, o aya ait işsizlik sigortası primini ödeme hakları düşer" (f.4). Böylece bu kimseler, kısmi süreli sözleşme ile çalıştıkları günler de dahil olmak üzere, prime esas günlük kazançlarını kendileri belirleyip, işsizlik sigortasından yararlanmak istemezlerse %32,5; isterlerse %35,5 oranında prim ödeyeceklerdir.

Esasen ek 6. madde hükmü hiç olmasaydı bile bu sanatçılar; ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalıların isteğe bağlı sigortalı olmasına imkan veren m. 51/3 hükmünden yararlanarak prim ödeme gün sayılarını 30 güne tamamlayabilirler ve tamamladıkları bu süreyi m.4/1 (a) kapsamında sigortalılık süresi olarak saydırabilirlerdi. Bu halde de ödenecek prim oranı, eksik gün sayısı üzerinden ödenir ve prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında seçilen kazancın % 32'sidir. Bunun % 20'si malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, % 12'si genel sağlık sigortası primidir (m.52). Ayrıca bu kimselerin işsizlik sigortası primi ödemelerine de imkan verilmiştir (4447 sayılı Kanun m.46/II). Bunun gibi m.41/1, (i) bendine göre, kısmi süreli sözleşmeyle çalışılan sürelerden eksik kalan sürelerin ileride borçlanma konusu yapılması da mümkündür. Bu durumda da seçilen prime esas kazancın %32'si (genel sağlık sigortası primi ödenmişse %20'si) üzerinden hesaplanan miktar ödenerek borçlanma yapılabilir. Bu halde de borçlanılan süreler uzun vadeli sigorta kolları ve işsizlik sigortası bakımından m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Şu durumda, isteğe bağlı sigorta ve borçlanma imkanları düşünüldüğünde, ek m.6'nın (aşağıda açıklanan prim ödeme gün sayısındaki kolaylık dışında) sanatçılar lehine bir düzenleme getirdiğini söylemek güç olacaktır.

Primlerini kendileri ödeyen bu sanatçılar için sağlanan kolaylık ise 5510 sayılı Kanun'a 6111 sayılı Kanun'la eklenen geçici 29. maddede düzenlenmiştir. Maddeyle prim ödeme gün sayısı bakımından bir kolaylık tanınmış ve "*Bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren ek 5. ve ek 6. maddeler kapsamındaki sigortalılardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği yıl için 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının on sekiz katı üzerinden başlanılarak, takip eden her yıl için bir puan artırılmak suretiyle otuz katını geçmemek üzere prim alınır.*" hükmü getirilmiştir. Böylece, ek m.6 kapsamındaki bir sanatçı 2015 yılı için 22 gün üzerinden prim ödemesine rağmen 30 gün üzerinden prim ödemiş kabul edilecektir⁷¹. Ancak her yıl bir puan artırılmak suretiyle, 2023 yılında günlük prime esas kazancın 30 katı tutarında prim ödeneceğinden, sanatçılara sağlanan bu kolaylık da ortadan kalkmış olacaktır.

Maddede sözü edilen sanatçıların sigortalılığı, bu şekildeki 10 günden az çalışmalarının sona ermesi, maddeden yararlanmasına imkan verilen sigortalılardan olma özelliğini kaybetmesi ile sona erer (ek m.6/2 ve 2011/36 sayılı Genelge). Örneğin, m.4/1, (a), (b) ve (c) bendi kapsamına uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışmaya başlanması halinde ek 6. maddeden yararlanmak mümkün değildir. Genelgede ek 6. madde kapsamında bulunmak için isteğe bağlı sigortalı olmamak şartını getirmiş ve buna paralel olarak sanatçının isteğe bağlı sigortalı olması durumunda ek m.6 sigortalılığının sona ereceğini vurgulamıştır. Kanunda olmayan bir düzenlemenin böyle bir genelge ile getiril-

⁷¹ Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2015/4 sayılı Genelge'sine göre; ek 6. madde kapsamında olanların 2015 yılının 2. yarısı için ödeyecekleri aylık prim miktarları şöyledir;

- İşsizlik sigortası primi ödemek istemeyenler için:

Aylık kazanç alt sınırına göre; $42,45 \text{ TL} \times 22 \times \% 32,5 = 303,52 \text{ TL}$

Aylık kazanç üst sınırına göre; $275,93 \text{ TL} \times 22 \times \% 32,5 = 1.972,90 \text{ TL}$

- İşsizlik sigortası primi dahil ödemek isteyenler için:

Aylık kazanç alt sınırına göre; $42,45 \text{ TL} \times 22 \times \% 35,5 = 331,53 \text{ TL}$

Aylık kazanç üst sınırına göre; $275,93 \text{ TL} \times 22 \times \% 35,5 = 2.155,01 \text{ TL}$

mesi doğru değildir. Ayrıca isteğe bağlı sigortalılığın ek 6. madde kapsamındaki sigortalılığa üstün tutulması da doktrinde eleştirilmiştir⁷².

4. Sigortalılık Hallerinin Çakışması

Sanatçıların aynı anda birden fazla sigorta statüsüne giren faaliyetlerde bulunması da mümkündür. Söz gelimi, bir yandan bir dizi projesinde yapım şirketine bağlı olarak iş sözleşmesi ile çalışırken, diğer yandan serbest meslek esasına göre faaliyette bulunması; ya da Kültür Bakanlığı bünyesinde Devlet Opera ve Balesinde çalışırken, kendi özel kanunlarının izin verdiği ölçüde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre bir eser üreterek bundan gelir elde etmesi mümkündür. Sosyal güvenlik hukukumuzda, sigortalılığın teklifi ilkesi gereği kural olarak, bir kimsenin aynı anda birden fazla sosyal güvenlik statüsünden sigortalı sayılması (sigortalılık hallerinin çakışması/birleşmesi) mümkün değildir⁷³. Buna ilişkin esaslara 5510 sayılı Kanun'un 53. maddesinde yer verilmiştir. 53. madde; 2011 yılında yürürlüğe giren 6111 sayılı torba kanunla değiştirilmiş ve sigortalılık hallerinin çakışmasına ilişkin bazı ilkeleri hüküm altına almıştır. Ancak 6111 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin Kanun'un yürürlüğünden önceki süreler için dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir (geçici m.33). Bu nedenle sanatçıların sigortalılık hallerinin çakışması incelenirken, Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.10.2008 ile torba kanunun yürürlüğe girdiği 1.3.2011 tarihleri arasında geçen hizmetlerin çakışmasıyla; 1.3.2011 tarihinden itibaren geçen hizmetlerin çakışması ayrı ayrı incelenmelidir.

6111 sayılı Kanundan sonraki dönem bakımından; bir sanatçının, 4. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statüleri ile (c) bendinde yer alan sigortalılık statüsüne aynı anda tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde öncelikle m.4/1, (c) bendi kapsamındaki sigortalılığı esas alınır. Bu sigortalılığın önce ya da sonra başlaması da önemli değildir. Öte yandan, bu kimse, (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde faaliyetlerde bulunması halinde ise m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve önce bile başlamış olsa, m.4/1, (b) kapsamındaki sigortalılığı sona erdirilir. Ancak 4/1, (a) sigortalılığının yanında yazılı talepte bulunmak kaydıyla 4/1, (b) sigortalılık statüsü kapsamında da prim ödemek mümkündür. Bu şekilde ödenen primler; iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar yönünden, m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalılık statüsünde; kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan diğer yardımlar ile uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlar yönünden ise m.4/1, (a) bendi kapsamında sigortalılık statüsünde değerlendirilir. 2013/11 sayılı Genelge'nin, 2014/4 sayılı Genelge ile değiştirilmiş haline göre, 4/1, (a) kapsamındaki sigortalılar, 4/1, (b) kapsamındaki sigortalılıktan da yararlanmak isterlerse, 4/1, (a) 'dan eksik kalan prim ödeme günlerini 4/1, (b) sigortalılığı ile tamamlayabileceklerdir. Örneğin, ay içerisinde 23 gün 4/1, (a) sigortalılığı olan bir sanatçı, bağımsız çalışması nedeniyle yararlanmayı talep ettiği 4/1, (b) sigortalılığından

⁷² Caniklioğlu, Özkaraca, Sanatçıların Sosyal Güvenliği, s.661.

⁷³ Tuncay, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.324; Güzel, Okur, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s.167; Ali Nazım Sözer, Coşkun Saraç, "Sosyal Sigorta İlişkisinde Çokluk: Sigortalılık Hallerinin, Tiplerinin ve Sürelerinin Birleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.12, 2008, s.153; Y.10.HD. T.10.05.2013, E.2012/11248, K.2013/9965; Y.21. HD. T.26.06.2014, E.2013/12574, K.2014/15036; Y.10.HD. T.26.05.2009, E.2009/1361, K.2009/9297, (Çevrimiçi) www.calismatoplum.org, 02.12.2015.

7 günü de ekleyerek, ay içerisinde 30 gün prim ödeme gün sayısına ulaşabilecektir.

Torba kanundan önceki dönem bakımından ise 4/1, (c) statüsüne üstünlük tanınması ilkesi söz konusuysen, 4/1, (a) ve (b) bentlerine aynı anda tabi olunması durumunda önce başlayan sigortalılık statüsü dikkate alınmıştır. Böylece, örneğin; Kasım 2008'de başlayan bağımsız çalışması nedeniyle 4/1, (b) sigortalısı olan bir sanatçı sonradan iş sözleşmesi ile de çalışmaya başlarsa, bağımsız çalışması devam ettiği sürece m.4/1, (b) bendi kapsamında sigortalı sayılacaktır. Ancak aynı kişinin Mart 2011 tarihi itibarıyla m.4/1, (a) bendi kapsamındaki sigortalılığına üstünlük tanınacaktır.

IV. SONUÇ

Sanatçıların sosyal güvenliğinin sağlanması bakımından, sigortalılık statülerinin belirlenmesi son derece önemlidir. Bu statünün tespit edilmesinde de çalışmanın niteliği asıl belirleyici unsur olmaktadır. Ancak sanatçıların çalışma ilişkilerinin bir iş sözleşmesine mi dayandığı yoksa bağımsız çalışma niteliğinde mi olduğu konusunda uygulamada ve yargı kararlarında tartışmaya açık tespitler yapılmaktadır. Uygulamada, sanatçıların eser sözleşmesi ile çalışmaya zorlandığı, sanatçının kendi nam ve hesabına bağımsız çalışan gibi gösterildiği görülmektedir. Ancak bu durum, sigortalılıkta zorunluluk ilkesinin geçerli olduğu bir sosyal güvenlik sisteminde, sigortalılığın m.4/1, (a) kapsamında değerlendirilmesine engel değildir. Bu nedenle, yukarıda yer verilen kimi Yargıtay kararlarında sanatçının serbest meslek makbuzu ile çalıştığı bu nedenle m.4/1, (b) kapsamında sigortalı sayılması gerektiği sonucuna varan değerlendirmelere katılmak mümkün değildir. Burada incelenmesi gereken husus, sanatçının çalışma ilişkisinin gerçekten bağımsız bir çalışmaya dayanıp dayanmadığı olmalıdır.

Sanatçının bir iş sözleşmesine dayanarak çalışıp çalışmadığının tespitinde bağımlılık unsuru öne çıkmaktadır. Sanatçının; mesleki yeteneği, birikimi ve sanatını icra etme tarzı dikkate alındığında, işini yaparken kendi yorumunu ve yeteneğini ortaya koyması, tam olarak bir emir ve talimat altında çalışmaması doğaldır. Sanat faaliyetini yürütürken kısmen de olsa serbesti içinde olan bir icracı sanatçının, salt bu nedenle bağımsız bir çalışan olarak kabul edilmesi ve sigortalılık statüsünün buna göre belirlenmesi ise isabeti değildir.

İş sözleşmesi ile çalışmamakla birlikte, eser veya vekalet sözleşmesi gibi diğer iş görme borcu doğuran sözleşmeler ile çalışan sanatçıların; m.4/1, (a) kapsamında sigortalı olmasına imkan veren m.4/2, (b) hükmünün de amacına ulaşmadığı anlaşılmaktadır. Esasen, bağımlılık unsurunun kısmen zayıfladığı veya ortadan kalktığı hallerde ortada bir iş sözleşmesi bulunmasa da, sanatçı bir veya birden çok iş sahibine karşı eser veya vekalet sözleşmesi ile çalışmaktadır. Bu durumda sanatçı, tamamen bağımsız bir çalışan ve vergi mükellefi olarak nitelendirilip m.4/1, (b) statüsünde sigortalı sayılmasını gerektiren hal-ler dışında m.4/2, (b) gereğince 4/1, (a) sigortalısı olarak kabul edilmelidir.

Sanatçıların çalışma sürelerinin diğer meslek gruplarından farklılık göstermesi ve kayıt dışılığın fazla olması hususları da dikkate alınarak kayıtlı çalışmanın artırılması amacıyla getirildiği ifade edilen ek 6. maddede hüküm de tartışmaya açıktır. Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesi ile ay içerisinde 10 günden az çalışan sanatçılar bir iş sözleşmesi ile çalışmasına karşın primlerini kendileri ödemek durumunda kalıp,

kısa vadeli sigorta kollarından yararlanamamaktadır. Geçici 29. madde ile getirilen ve prim ödeme gün sayısı bakımından sağlanan kolaylık dışında maddenin, kapsama giren sanatçılar bakımından bir sosyal sigorta koruması getirdiğini söylemek son derece güçtür. Bunun gibi, maddenin düzenleniş biçimi; bu sigortalılık ilişkisinin çalışma ilişkisiyle başlayan zorunlu bir sigorta mı yoksa bildirimle başlayan ve ilgisinin isteğine bağlı bir sigorta mı olduğu sorularını akla getirmektedir. Bu konuda Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Öte yandan, kısmi süreli sözleşme ile çalışanlar bakımından getirilmiş olan isteğe bağlı sigortalılık ve borçlanma imkanları düşünüldüğünde, maddenin düzenlenmesindeki amaç anlaşılabilir değildir.

KAYNAKÇA

AKI, Erol: "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 1995.

ALPAGUT, Gülsevil: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2012.

CANIKLIOĞLU, Nurşen, ÖZKARACA, Ercüment: "Sanatçıların Sosyal Güvenliği", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHF Mecmuası, C.LXXII, S.2, 2014.

CENTEL, Tankut: "Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması", TİSK Akademi, C.6, S.12, 2011.

ÇELİK, Nuri, CANIKLIOĞLU, Nurşen, CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 28. bs., İstanbul, Beta, 2015.

ÇENBERCİ, Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1985.

European Commission, Artists' Mobility and Administrative Practices Related to Social Security and Taxation in the European Union, Brussels, 19 - 20 June 2014.

GİNSBURGH, Victor A., THROSBY David: Handbook of The Economics of Art and Culture, V.1, Amsterdam, Elsevier, 2006.

GÜNEŞ, İlhami: "FSEK'te Yer Alan İcracı Hakları ve Uygulama", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2012.

GÜZEL, Ali: "Zorunlu Bağkur Sigortalılığı ve Uygulama Sorunları", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 1996.

GÜZEL, Ali, OKUR, Ali Rıza, CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. bs., İstanbul, Beta, 2014.

KILIÇOĞLU, Mustafa: Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

MCANDREW, Clare: Artists, Taxes And Benefits An International Review, London, 2002.

ÖZDEMİR, Burhan: "Sanatçıların Sosyal Güvenlikleri ve Hizmet Borçlanmaları", Çimento İşveren Dergisi, C.13, S.3, 1999.

ÖZEL, Kayhan: "Sanatçıların Sosyal Güvenliği" İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.2, 2013.

PEKSAN, Selcan, TOSUN, Fatma: "Sanatçıların Sosyal Haklara Ulaşımındaki Güçlükler", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.42, 2014.

SÖZER, Ali Nazım, SARAÇ, Çoşkun: "Sosyal Sigorta İlişkisinde Çokluk: Sigortalılık Hallerinin, Tiplerinin ve Sürelerinin Birleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.12, 2008.

STAINES, Judith: Tax And Social Security a Basic Guide for Artists and Cultural Operators in Europe, IETM Publication, 2004.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 11.bs., İstanbul, Beta, 2015.

ŞAHLANAN, Fevzi: "İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi", Tekstil İşveren Dergisi, S.65, 2011.

TUNCAY, A. Can, EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11.bs., İstanbul, Beta, 2005.

TUNCAY, A. Can, EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 17.bs, İstanbul, Beta, 2015.

TUNCAY, A. Can, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2013.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 5.bs, İstanbul, Beta, 1990.

UNESCO, Recommendation Concerning the Status of the Artist, Records of the General Conference, 21. Session, Belgrade, 23 September - 28 October 1980.

VAZ DA SİLVA, Helena: Report on the Situation and Role of Artists in the European Union, 1999.

Çevrimiçi Kaynaklar

<http://discovery.nationalarchives.gov.uk>

<http://eurlex.Europa.eu>

<http://www.acpcultures.eu>

www.employmentcasesupdate.co.uk

<http://www.sayistay.gov.tr>

<https://biruni.tuik.gov.tr>

www.calismatoplum.org

www.kazanci.com

SOSYAL SİGORTA HUKUKUNDA SON BAKIM HİZMETLERİ (HOSPİZ) ALMANYA VE TÜRKİYE ÖRNEĞİNDE BİR DEĞERLENDİRME*

Prof. Dr. Ali Nazım Sözer**

*Günlere daha fazla yaşam katmalı,
yaşama daha fazla gün değil.****

I. Son Bakım Hizmetleri (Hospiz) Kavramı

Bilindiği üzere, sağlığınıza yönelik tehditleri dikkate alındığında tıp bilimi önleyici, olay anına ilişkin (acil), telafi edici (tedavi), eski hale getirici (rehabilitasyon), yaşatmaya (yatalak) ve son bakıma (hospiz) yönelik işlemlerde bulunmaktadır. Değinen önlemleri şu şekilde göstermek mümkündür.

Sağlık önlemleri	
	<ul style="list-style-type: none">- Önleyici,- Olay anına ilişkin (Acil hizmet),- Telafi edici (Tedavi hizmeti),- Eski hale getirici (Rehabilitasyon hizmeti),- Yaşatmaya yönelik (Yatalak hizmeti)- Son bakıma yönelik (Hospiz).

Bu çalışmada ele alınan müessese Almanca'da **Hospiz**, İngilizcede Hospis (Latince'de hopes) "**misafir**" anlamına gelmektedir.¹ Kavram hem sunulan hizmeti hem de hizmetin sunulduğu ortamı açıklamaktadır. Anlam tercümesi yapıldığında **son bakım hizmeti** ve bu hizmetin verildiği yer nitelemesi yapıla-

* 28 Şubat 2015 günü Yaşar Üniversitesi ile Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Etik Anabilim Dalı tarafından gerçekleştirilen "Tıp-Etik-Hukuk Bakış Açısıyla Hospiz Anlayışında Örnekler ve Öneriler Sempozyumu"nda sunulan tebliğin metnidir.

** Yaşar Üniv. Hukuk Fakültesi

*** Christopher's Hospiz Vereine, internetteki tanıtım sayfasından alıntı.

¹ Ayrıca misafirperverlik, yabancı ve otelci. Hospitium ise misafirperverlik (iyi ağırlama, misafirhane) demektir. Jeanne Garnier 1842 yılında Fransa'da terminal önemdeki hastalara adanmış ilk son bakım (hospis) merkezini (Calvaire) açan kişidir. Daha sonra Cicely Saunders (hemşire, doktor, yazar), 1967 yılında hospiz adını verdiği "Ölmekte Olan İnsanların Evi" fikrini geliştirdi. 50 terminal hasta kişiyi yatrabilecek donanımdaki St Christopher's Hospice'in kuruluşundan kısa süre sonra, evde bakım hizmeti'nin gerçekleştirilmesinin yolunu açtı. ÜSTÜN, DEMİRCİ, Hospiz.

bilir.² Son bakım hizmeti, yaşamının son döneminde bulunan hastalara, uygulanan tedavi sonuç vermediğinde, artık aktif tedavi uygulanmadığında sağlanır. Bu dönemde hastadaki rahatsız edici belirtiler (septomlar) kontrol edilerek yaşam kalitesi mümkün olan en iyi seviyede tutulmaya çalışılır. Amaç, son bakım hizmeti ile hastanın hayatının sonuna huzur ve saygınlık içinde ulaşmasını sağlamaktır.³ Son bakım ayrıca, ölüme götüren hastalığın son evresinde hasta ve yakınlarına rehberlik ve destek veren, gereksinimlerini gideren tarzda örgütlenme olarak bilinir.⁴

Gerekli tedavi uygulamaları ile terminal dönemdeki hastanın yaşamının son dönemlerini ağrısız bir ortamda ve aile üyelerinin de dahil edildiği bir çevrede geçirmesi hedeflenmiştir. Bu dönemde ömrün ne yoğun tedavilerle (makinelere bağlı olarak) uzatılmasının ne de aktif olarak kısaltılmasının istendiği ifade edilmektedir. Hastanın ölüm sürecinde yalnız bırakılmaması, kendisini güvende hissettiği bir ortamda, güvendiği ve sevdiği insanlarla birlikte olması uygun görülmektedir. Yaşamın anlamına yönelik soruların irdelenmesi gibi gereksinimleri de göz önünde bulundurulur. Ayrıca, kişinin yaşamındaki tamamlanmamış işlerin düzenlenmesine yardım edilir.⁵

Son bakım ve palyatif bakım psiko-sosyal keza, ruhsal bakım eşliğinde palyatif tıp kavramına aittir. Hangi tür bakımın gerekli olduğu hastanın özel ko-

² "Hospiz'in Türkçe'de tam bir karşılığı bulunmamakla beraber bu yapılanmayı bir tür hasta bakım evi, hasta misafirhanesi gibi kabul etmek mümkündür. Hospiz hiçbir şekilde ötanazi çeşidi gibi algılanmamalıdır. Çünkü burada söz konusu olan konu, palyatif tıbbi bakım olanakları ile özdeşleşmektedir." ÜSTÜN Çağatay ve DEMİRCİ Nuray, Hospiz Kavramına Etik Bir Bakış, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi 4/34 Eylül 2012, http://www.yenihabergazetesi.net/index.php?option=com_content&view=article&id=4465:hospiz-kavramna-etik-bir-bak&catid=59:caatay-uestuen&Itemid=68

³ BAĞ Beyhan, Hospis ve Hospiste Ölüme Hazırlanma, http://www.akadgeriatri.org/managete/fu_folder/2012-03/html/2012-4-3-120-125.htm BAĞ, Hospiz.

⁴ BİLGE Yaşar, Ölüm Sürecini Standardize Edilmesi ile Hospiz Yaklaşım Tarzının İlişkisi, Dâhili Bilimler/Medical Scinces, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası 2007, 60 (3).

⁵ BAĞ, Hospiz. İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Etik Anabilim Dalı öğretim üyesi Arın NAMAL'a göre: "Endüstri toplumlarında ölme yeri dev hastaneler ama hastanelerin görev tanımlarında ölümden açıkça söz edilmiyor. Tıp öğrencileri içerisinde de ölüm korkusu, sınıflar ilerledikçe artmaktadır. Hastanede iyileşecek hasta başrolde. Ölecek olan ise figüran bile sayılmaz. ... Ölmekte olana hastanelerde "zavallı ve asalak" gözüyle görülür... Ölmekte olanlar, hastanelerin amacı ile çelişen varlıklardır. Sağlığa kavuşturmak üzere organize olmuş bu kurumlarda çalışan görevlilere, güçlerinin sınırlılığını ve unutmaya çalıştıkları ölümlülüklerini hatırlatırlar. Ölüm yaklaştığında... vizitler kısılır, personel odaya daha az girip çıkmaya başlar, acıyı paylaşmaya dayanamayan hasta yakınları da çoğu kez ölmekte olan yakınlarının yatağının yanbaşından uzaklaşırlar. Hasta ziyaretleri azalır... Hastalar da, umut bağladıkları tıbbin yenilgisi olarak gördükleri ölüm manzarasından uzak durmaya çalışırlar." NAMAL bu tespitlerinden sonra ölmekte olan kişinin arzularını şu şekilde özetlemektedir: "1- Yalnız ölmek (sosyal boyut), 2-Ağrı çekmemek (bedensel boyut), 3-Son istekleri ile ilgilenilmesi (vasiyet düzenlemek vb.) (ruhsal boyut), 4-Yaşamın ve ölümün anlamı üzerinde konuşabilmek (spiritüel boyut)." Bkz. NAMAL Arın, Hospice Bir Kurumun Değil Bir Yaklaşımın Adı, http://www.hubam.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/yasam_sonu/Namal_yasam_sonu.pdf

numuna göre belirlenir. Bu hizmetler her ağır hastaya ve ölmek üzere olan kişiye inançlarından veya milliyetinden bağımsız olarak sunulur.⁶

Son bakım hizmetlerinin tanımında yer alan, İngilizce'de "**Palliative Care**" olan kavram Türkçe'de tercüme edilmeksizin "palyatif bakım" olarak kullanılmaktadır. Latince aslı "palliare" olup bir palto (manto) ile örtmek (sarmak) anlamına gelmektedir.⁷ TDK Sözlüğünde "geçici", "geçiştirici" olarak ifade edilmektedir. Terminal dönemde olan hastaların bakımında önerilen yaklaşım palyatif bakımdır. Bu bakım hastayı rahatlatmaya (ağrı, acı, sıkıntısını giderici) veya fiziksel, duygusal ve sosyal destek sağlamaya yöneliktir. Dünya Sağlık Örgütü palyatif bakımı "*yaşamı tehdit eden hastalığa bağlı olarak ortaya çıkan problemlerle karşılaşan hasta ve ailede; ağrının ve diğer problemlerin, erken tanılama ve kusursuz bir değerlendirme ile fiziksel, psikolojik, sosyal ve manevi gereksinimlerin karşılanması yoluyla **acı çekmenin önlenmesi ve hafifletilmesine yönelik uygulamaların yer aldığı ve yaşam kalitesini geliştirmenin amaçlandığı bir yaklaşım***" olarak tanımlamıştır.⁸ Kavramın Türkçe karşılığı olan kelimeler ve tanımı dikkate alındığında **sakinleştirici**, rahatlatıcı **tıp** nitelemelerinin yapılması mümkündür.⁹ Sakinleştirici tıp yaşamı tehdit eden bir hastalığa ilişkin yakınmaları azaltır, hastanın ve yakınlarının yaşam kalitesini iyileştirir. Hastalara yönelik önlemler özel olarak belirlenir.¹⁰ Ağrı ve nefes alma güçlüğü ilaçlar ve teknik araçlar ile önlenmeye çalışılır. Bu yüzden çalışma ekibinde psikolog, sosyal çalışmacı, din görevlisi bulunur.¹¹

⁶ BOLZE Benno, Hospiz- und Palliativarbeit, Das Recht auf ein Leben in Würde bis zuletzt, Frankfurter Allgemeine, 16 Februar, 2015, <http://www.faz.net/asv/50-plus-recht-finanzen/hospiz-und-palliativarbeit-das-recht-auf-ein-leben-in-wuerde-bis-zuletzt-12629166.html>. (Hospiz).

⁷ Women and Earth, Schule für Scamanische heilwege, Sterbebegleitung, <http://www.womenandearth.ch/seminare/sterbebegleitung?gclid=COaOoMDTscMCFaPItAodtC4AUQ>.

⁸ ÜSTÜN Çağatay ve DEMİRCİ Nuray, Hospiz Kavramına Etik Bir Bakış, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi 4/34 Eylül 2012, http://www.yenihabergazetesi.net/index.php?option=com_content&view=article&id=4465:hospiz-kavramna-etik-bir-bak&catid=59:caatay-uestuen&Itemid=68

⁹ Ölüm sürecine giren kişiler için iki seçenektен söz edilmektedir. İlk seçenek, son bakım/palyatif tıp, "iyi ölüm" dür. İkinci seçenek ise ötanazi ve yardımlı intihar "ölme hakkı" dır: ÜSTÜN, DEMİRCİ, Hospiz. Her iki kavramın hukuki nitelemesi için bkz. DEUTSCH Erwin, SPICKHOFF Andreas, Medizinrecht, Berlin, Heidelberg, 2008, 417 vd.

¹⁰ BECKER, KINGREEN, SGB V § 39 a, Stationaere and ambulante Hospizleistungen, 4. Aufl, 2014, Nr. 1.

¹¹ Gian Domenico BORASIO, FAZ-Gespräch mit Palliativmediziner Borasio über den "Zwang zum Leben" 19.01.2007 - Ein Gespräch mit dem Münchner Palliativmediziner Gian Domenico Borasio über den Zwang zum Leben Wann dürfen Menschen sterben?, http://www.leben-sterben.de/pdfs/wann_duerfen_menschen_sterben.pdf Almanya'da çalışan bir akademisyen olan BORASIO verdiği mülakatta şu açıklamayı yapmıştır: Biz Merkezimizde Teoloji Fakültesi ile birlikte ilk kez ruhsal eşlik alanında akademik bir birim kuracağız. Ölüm ne kadar az düşünülürse, yaşam o kadar kötü olmaktadır. Ölüm olgusu ile karşılaşmak kişiye ölümlü olduğunu hatırlatmakta, böylece yaşama bakış açısı tamamen değişmektedir.

II. Almanya’da Son Bakım Hizmeti ile İlgili Sosyal Sigorta Mevzuatı

Son bakım konusunda ilk çalışmalar 1970’li yıllarda başlamıştır.¹² 2005 yılına gelindiğinde Almanya’da yaklaşık 200 tane yataklı son bakım kurumu ve yine yaklaşık 500 tane seyyar hizmet veren, yani hastalara evlerinde bakım sunan son bakım organizasyonu bulunmaktadır.¹³ Konu birçok vakıf ve dernek tarafından ele alınmakta ve kamuoyu duyarlılığı oluşturulmaya çalışılmaktadır.^{14 15}

Bu ülkedeki konuya ilişkin düzenlemeleri üç döneme ayırarak incelemek mümkündür. Ağır hasta olup yaşamının son dönemlerini yaşayan kişilere ilişkin özel norm önceleri bulunmuyordu. Son bakıma ilişkin gereksinimler hastalık sigortası kapsamında uygulanan evde bakım hizmetleri ile karşılanmaktaydı (İlk dönem). Sağlanan evde bakım hizmetine rağmen Hastalık Sigortası’nın kişinin yaşadığı ağır sağlık sorunlarını çözemediği fark edilince Almanya’da Ba-

¹² BECKER, KINGREEN, Nr. 2: Son bakım hizmetleri daha ziyade spiritüel nitelik taşıyan, sakinleştirici tıp tıbbi gözetime yöneliktir: Bu yüzden her iki müessese Almanya’da birbirinden bağımsız olarak gelişmektedir. Nitekim, Hastalık Sigortasında sakinleştirici tıp hizmetlerinde aynı edim (tedavi) ilkesi geçerli iken, son bakım hizmetlerinde kişiye tedavi hizmeti sunulmamaktadır. Ancak, bu durum sigortalıya artık hiç sağlık hizmeti sunulmayacağı anlamına gelmemektedir. Yeniden sağlık hizmeti sunulan durumlar için bkz. aynı yazarlar, Nr. 3.

¹³ Amerika’da ise 3300 hospiz merkezi mevcuttur. BİLGE, Hospiz.

¹⁴ Örneğin, endüstrileşmiş toplumlarda yaşamın ve kederin bir tabu olduğu düşüncesiyle iki yıl süren “Yaşam ve Ölüm” konulu bir eğitim düzenlenmiştir. Bkz. Women and Earth, Schule für Scamanische heilwege, Sterbebegleitung, <http://www.womenandearth.ch/seminare/sterbebegleitung?gclid=COaOoMDTscMCFaPiAodtC4AUQ>. Ayrıca bkz. Christopher’s Hospiz Vereine, <http://www.chv.org/hospiz-die-idee.html>. Tiroler Hospiz-Gemeinschaft, <http://www.hospiz-tirol.at/ueber-uns/geschichte-der-hospiz-gemeinschaft/>; Institut Technik-Theologie-Naturwissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München, <http://www.ttn-institut.de/node/773>, Deutsche Hospiz Stiftung, Dortmund.

¹⁵ Son ve sakinleştirici bakıma Almanya gibi komşu ülke olan Avusturyada da önem gösterilmekte ve birçok resmi ve özel kuruluş çalışmalar ve değerlendirmeler yapmaktadır. Örneğin, Avusturya Parlamento Anket Komisyonu’nun “Yaşamın Sununda Onur” konulu açıklamasına göre, Avusturya’da bakım ve yaşlılar evinde yaşayan çoğu ağır ve son dönem hastası 70 bin kişi bulunmaktadır. Bu kurumlarda akşamları bir bakıcı 50 ila 70 kişiden sorumludur. Bkz. <http://www.hospiz-tirol.at/tagebuch/2015/01/patientenverfuegung-auf-dem-pruefstand-der-enquete-kommission/> Bu ülkede Geriatri alanında 2.131 ve sakinleştirici (palyatif) tıp alanında 2.872 hekim diploma sahibidir. Hospiz- und Palliativversorgung: ExpertInnen für Rechtsanspruch, <http://www.hospiz-tirol.at/tagebuch/2014/12/hospiz-und-palliativversorgung-expertinnen-fuer-rechtsanspruch/>Konu ayrıca hukuki açıdan da ele alınmaktadır. 11 Ekim 2014 tarihli Uluslararası Son Bakım ve Sakinleştirici Bakım Çalıştayında Caritas (Kilise Yardım Kurumu) Başkanı Michael Landau şu açıklamada bulunmuştur: “Her vatandaş evinde veya bir kurumda ayakta veya yatılı son bakım ve sakinleştirici bakım hakkına sahiptir. Maddi olanağın ve meskeninin olmaması bu hakkın sunulmasına engel teşkil etmez. Ölen kişi son ana kadar yaşamakta olduğu için, ölüme ilişkin kültür yaşam kültürünün, hasta kişi ile dayanışmanın bir parçasıdır.” Bu toplantıda ifade edildiği üzere ayrıca, “Her kişi onurlu yaşamak ve onurla ölmek hakkına sahiptir. Son ve sakinleştirici bakım ülke çapında geniş kapsamlı olarak ihtiyaç olan (her yaştan) herkese uygulanmalı, onlar için ulaşılabilir ve etkin olmalıdır” (Waltraud Klasnic). Österreich braucht Rechtsanspruch auf und Finanzierung von Hospiz und Palliative Care, <http://www.hospiz-tirol.at/tagebuch/2014/10/oesterreich-braucht-rechtsanspruch-auf-und-finanzierung-von-hospiz-und-palliative-care/>

kım Sigortası kabul edilmiş ve son bakım hizmetlerini söz konusu sigorta dalı üstlenmiş durumdaydı (İkinci dönem). Zaman içinde konuya ilişkin mevcut düzenlemelerin de yetersiz olduğu sonucun varılmış ve son bakım hizmeti Hastalık Sigortası Kapsamında ayrıca düzenlenmiştir (Üçüncü dönem). Son bakım hizmetleri tarihsel gelişim süreci dikkate alınarak aşağıda açıklanmaktadır.

A. İlk dönem (Hastalık Sigortası Kapsamında Evde Bakım)

1. Amaç ve bakım hizmetinden yararlanma koşulları

“Evde bakım hizmetleri genel olarak bireyin sağlığını korumak, yükseltmek, yeniden sağlığına kavuşturmak amacıyla sağlık ve sosyal hizmetlerin profesyonel düzeyde ve aile bireyleri tarafından kendi evinde veya yaşadığı ortamda sunulmasıdır.”¹⁶ Alman Hastalık Sigortası (HS) kapsamında evde bakım hizmeti SGB V Md. 37’de düzenlenmiştir.¹⁷ Md. 37 Fık.1’de evde bakım hakkı

¹⁶ YILMAZ, SAMETOĞLU, AKMEŞE, TAK, YAĞBASAN, GÖKÇAY, SAĞLAM, DOĞANYILMAZ, ERDEM, Sağlık Hizmetlerinin Bir Sunum Şekli Olarak Evde Hasta Bakımı, İstanbul Tıp Dergisi, 2010, 11 (3), 125, 128, 129: Bu hizmetler hemşirelik, destek sağlık, gündüz/gece bakımı, kişisel (öz) bakım, gıda ve beslenme, ev işlerine yardım, sosyal destek ile danışmanlık şeklinde sunulmaktadır. Bu destek özellikle kardiyovasküler rahatsızlıklar, enfeksiyon hastalıkları, nefrolojik olgular ve nörolojik hastalıklarda sağlanmaktadır. Ayrıca bkz. OĞLAK Sema, Uzun Süreli Evde Bakım Hizmetleri ve Bakım Sigortası, Turkish Journal of Geriatrics, 2007: 10 (2), 101 vd.

¹⁷ Konuya ilişkin düzenlemenin Türkçe karşılığı yaklaşık olarak şu şekildedir:
§ 37 Evde hasta bakımı

(1) Sigortalıya evinde, ailesinde, uygun bir yerde özellikle kişinin gözetim altında olduğu çocuk yuvasında, okulda, yüksek derecede bakıma ihtiyaç duymaktaysa engellilerin çalışmakta olduğu işyerlerinde tıbbi bakım dışında, bakım personeli ile uygun ev ortamında bakım sağlanır. Bunun için, hastahane bakım sunulmuş ancak gerçekleştirilememiş olmalı veya ev ortamında bakım onun yerini tutabilmeli veya süresini kısaltılmış olmalıdır.

(2) İşyeri düzeni tüzüğü (Werkstättenverordnung) Md. 10 geçerliliğini sürdürür. Evde bakım münferit olaylarda gereken temel bakımı ve tedavi bakımını keza evin idaresini içerir. Bu hak her hastalık vakası için 4 haftaya kadar mevcuttur. Haklı nedene dayalı istisnai durumlarda HK evde bakımı daha uzun bir zaman için onaylayabilir. Bunun için 1. Fıkradaki koşulların gerçekleşmiş olduğunun tıbben (§ 275) saptanmış olması gerekir.

(3) Tıbbi tedavinin güvence altına alınması için gerekli ise sigortalıya evinde, ailesinde, uygun bir yerde özellikle kişinin gözetim altında olduğu çocuk yuvasında, okulda, yüksek derecede bakıma ihtiyaç duymaktaysa engellilerin çalışmakta olduğu işyerlerinde tedavi ve hastalık bakımı hizmeti sunulur. Evde bakılma hakkı Onbirinci Kitap Md. 14 ve 15’e göre yardım gerekliliğinin saptandığı durumlara ilişkin olarak da sağlanır. İşyeri Düzeni Tüzüğü Md. 10 geçerliliğini sürdürür. Par. 1’de tanınan hak belirtilen olayların dışında istisnaen devamlı olarak, en az altı ay özel bir tıbbi bakım gerekliliği olduğunda onbirinci kitap Md. 43’de caiz görülen bakım kurumlarında da sunulabilir.

HK’nın Yönetmeliğinde Par. 1’deki bakıma ek olarak temel bakım ve evin idaresine yardım (hauswirtschaftliche Versorgung) kabul edilebilir. Bu durumda, temel bakım ve ev idaresine desteğin çerçevesi ve süresi de 4. Cümleye göre saptanır. ⁵ 4. ve 5. cümlelere göre sunulan edimler onbirinci kitaba göre bakım gerekliliği doğduktan sonra caiz değildir. Devamlı olarak bir Kuruma Onbirinci Kitap Md. 71 Fıkra 2 veya 4’e göre alınmamış olan sigortalı, Fıkra 1, 4-6 edimlerinden kendi ev idaresi olmadığında, geçici olarak bir kurumda veya tahsis edilen diğer uygun bir ikamet yerinde yararlanır.

(4). Evde hastalık bakımı hakkı evde bulunan kişi (ler) hastaya yeterli düzeyde bakamamakta ve gözetememekteyse bulunmaktadır.

kural olarak yatılı bakımdan kaçınmak veya kısaltmak için düzenlenirken (has-tahaneye alternatif bakım); Fık. 2'de tedavinin kısaltmasını ve tıbbi giderlerin azaltılmasını sağlayabilecek ayakta/evde tıbbi nitelikli bakım önlemlerinin desteklenmesi düzenlenmektedir (Tedaviyi koruyan bakım).¹⁸

Fık. 3'e göre Hastalık Kasası (HK) tarafından sunulan edimler, evde aile fertleri tarafından sunulan gerekli bakımı tamamlayıcı nitelik taşımaktadır. Hiçbir aile ferdi gerekli bakımı sunmadığında bu hak doğmaktadır. Bu dışla-ma doğal olarak edimin aile dışında sunulması gerektiğinde olmamaktadır. Fık.5'e göre, sigortalı 18 yaşını doldurduğunda ek ödeme yapılır.¹⁹

Evde hasta bakımı hastalık tedavisinin bir kısmını teşkil ettiği için, psi-şik olanlar dâhil, tedavisi gereken bir rahatsızlık olmalıdır. Sigortalıya ayrıca sosyo-terapi ²⁰ olanağı sağlanmıştır.²¹ Bu edim ağır psişik rahatsızlığı nedeniyle bağımsız olarak kendisine bir hastahanedede tıbbi bir edim sunulamayan kişilere yöneliktir. Edim her hastalık için 3 yılda 120 saat ile sınırlanmıştır.²²

2. Sunulan edimler

Sigortalı bir hastalığı tanımak, iyileştirmek, sağlıkta kötüleşmenin önüne geçmek veya rahatsızlıkları azaltmak gerektiğinde tedavi hakkına sahip olmak-tadır.²³ HK edimleri aynı veya hizmet şeklinde sunulur. Sunulan edimler tedavi (§ 39 SGB V), ilaç, iyileştirme araçları, yardımcı araçlar, rehabilitasyon (§§ 40–43 SGB V) **evde hasta bakımı ve ev idaresine yardım** (§ 38 SGB V) konularını kapsamaktadır. 18 yaşını dolduran sigortalı bu giderlere üst sınıra kadar öde-me yaparak katılmak zorundadır.²⁴

(5) HK evde bakım için bir işgücü sağlayamamaktaysa veya bu hizmetten kaçınmak için nedeni varsa sigortalının temin ettiği kişi için ödenen makul ücret karşılanır.

(6) 18 yaşını dolduran hasta, Md. 61 Par. 3'den doğan meblağı her takvim yılı için ilk 28 takvim günü ile sınırlı olmak üzere HK'na öder.

(7) Genel Federal Komite (Der Gemeinsame Bundesausschuss) Md. 92'ye göre, Fık. 1 ve 2'de düzenlenen edimlerin nerede, hangi olaylarda evin ve ailenin dışında sunulabile-ceğine ilişkin ilkeleri düzenler. Ayrıca, hastalığa özgü bakım tedbirlerinin türleri ve içe-riği bakımından gerekli ayrıntıları da belirler.

¹⁸ KNISPEL, Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht, Hrsg: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, SGB V § 37 (KNISPEL), Nr. 1.

¹⁹ KNISPEL, Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht, Hrsg: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, SGB V § 37 (KNISPEL), Nr. 1.

²⁰ "Sosyoterapi ve Psikoterapi Derneği'ne göre "Sosyoterapinin amacı, bireyde ve onun sosyal sisteminde gerilimin hafifletilmesi için, içsel potansiyelini ve sosyal ilişkiler ka-pasitesini kuvvetlendirerek, bireyin yaşam kalitesini artırmaktır. Sosyoterapi, dezavan-tajlı olan, tehdit altındaki ve karşılıklı çatışma halindeki sosyal gruplarla ve bireylerle çalışır. Buradaki tarafların her biri eşit partnerler olarak görülür ve hiçbiri problemin kaynağı olarak değerlendirilmez." Bkz. Mahmut Kubilay AKMAN, Sosyoterapi: Sosyolji-nin Terapotik Kullanımı, Mukaddime, Sa: 8, 2013, 5, <http://www.aktuelpsikoloji.com/d/file/192.pdf>,

²¹ GKV-GesundheitsreformG 2000 ile getirilen § 37 aSGB V.

²² EBSN, Nr. 102. Hastalık yanında ayrıca bakım gerekliliği varsa, Md. 37'den doğan hak uygulama alanı bakımından SGB XI (§§ 13 Abs. 2, 34 Abs. 2 SGB XI 'den doğan hakların yerine geçer. KNISPEL, Nr. 3.

²³ § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V.

²⁴ Helmut Schellhorn, Fasselt | Schellhorn, Handbuch Sozialrechtsberatung, Kapitel 4 Gesetzliche Krankenversicherung, – HSRB, 3. Auflage Edition 2, 2011, Nr. 44, 45: İşgö-

Gerekli tedavi **hastahane**de yürütülemediğinde veya yatılı hastahane tedavisini desteklemek amacıyla gerekli görüldüğünde evde bakım hizmeti sunulmaktadır. Hastahane kalmadan kaçınılabiliyorsa veya bu süre kısaltılabilecekse evde bakım tercih edilmektedir. Tıbbi rapor verildiğinde, her hastalık vakası için **en fazla 4 hafta** olan evde bakım süresi uzatılabilmektedir. Kurum yönetmeliği ile bakıma muhtaç hasta için evde bakım temel bakım ve ev idaresine kadar genişletilebilmektedir.

Evde bakım, evde yaşayanlar tarafından bakım üstlenilemediğinde, Kurum tarafından sağlanır. Bu durumda HK aynı/hizmet edimi yerine kişinin kendi sağladığı **bakım elemanı**nın giderlerini önemli ölçüde karşılar. Reşit sigortalılar yapılan harcamanın % 10'u kadar ayrıca, 10 Avro ödeme yaparak giderlere katılırlar. Ancak, ödeme her takvim yılı için en fazla 28 güne kadardır.²⁵

3. Ev kavramı

Bu hak sigortalı evinde veya ailesi ile birlikte oturmakta ise mevcuttur. Ev, özel ve iktisadi yaşamın sürdürüldüğü yerdir. Kişinin **yalnız** başına veya başkaları ile **müştereken** yaşadığı ortamdır. Burası sigortalının kendine ait olup bir ev görevi üstlenen ve bakımın yapılabileceği yerdir. Sigortalının kendi yemek yapma ve yıkanma olanağı olmalıdır. Mutfak ve banyonun müşterek olduğu, kullanımını birlikte karara bağlandığı birlikte yaşam yerleri yeterli sayılmaktadır.²⁶

Sigortalının kendi evi bulunmuyorsa **ailesinin** yanında da bakım hakkı olmaktadır. Aile kavramı ile sadece çekirdek aile değil ayrıca eş ve akrabalarla bağlantılı kişiler keza, tüm kan ve sıhrî hısımlar anlaşılmaktadır. Engellilere çalıştıkları işyerlerinde gerekli tıbbi bakım sunulabilmektedir.²⁷

Tamamen **yatılı bir bakım kurumunda** kalan kişiler de eğer en az 6 ay özellikle yüksek bir tıbbi bakım hizmetine gereksinim duymaktaysa kapsama girmektedirler. Hak, tedaviye ilişkin bakım ile sınırlıdır. Bu istisna bakım gereksinimi olanları ve aile üyelerini maddî açıdan rahatlatmak içindir. Çünkü, giderleri bakım kasası tarafından karşılanmaktadır. Özellikle yüksek bir bakım gerekliliği, komaya giren ve devamlı solunum zorluğu olan hasta örneklerinde olduğu gibi, düzenli bakım ihtiyacı olan, saat başı bakımı gereken, günlük 12 saatten fazla bakımı gereken kişiler için söz konusudur.²⁸

Meskeni olmayan, yatılı bir kurumda kalmayan **çatisız** kişiler geçici olarak uygun bir ikamete (yoksul evleri, kadın sığınma evleri) sahip olduklarında evde bakım hakkını kullanabilmektedirler. Kuralın amacı sık sık bakımı gereken rahatsızlıklarda yatılı bakımı gereksiz hale getirmektir. Bu hak hem temel bakımı hem de tedavi bakımını içermektedir.²⁹

remezlik veya yatılı tedavi durumunda sigortalı ücret ödeme süresi bittikten (kural olarak 6. haftadan) sonra HK'dan hastalık parası alır. Hastalık parası -en fazla net ücretinin % 90'ını aşmamak üzere- düzenli brüt ücretinin % 70'i kadardır. Aynı hastalık nedeniyle üç yıl içinde en fazla 78 hafta ödeme yapılır.

²⁵ § 61 S.3 SGB V. Ingwer Ebseni, Maydell | Ruland | Becker, Sozialrechtshandbuch (SRH), § 15 Krankenversicherungsrecht, 5. Auflage 2012, Nr. 101 (EBSSEN).

²⁶ KNISPEL, Nr. 5.

²⁷ KNISPEL, Nr. 3.

²⁸ KNISPEL, Nr. 9 a.

²⁹ KNISPEL, Nr. 9 b.

Evde bakım hakkına sahip olanlar	Evde bakıma hak kazanma şartları	Bakım edimleri	Finansman
Hastalık Sigortası kapsamında olanlar.	-Tedavisi gerekli bir rahatsızlığın varlığı, -Tedavinin hastahanedeyürütülemez/kısıtlanması/giderleri azaltmak, -Tıbbi rapor, -Aile fertlerinin bakım sunamaması.	- Temel bakım, - Tıbbi bakım, -Bakım elemanı giderlerine BK katılımı (Sigortalı: %10 + 10 Avro). -Ev idaresine yardım. (En fazla 4 hafta).	Hastalık Sigortası primi.

B. İkinci Dönem (Bakım Sigortası)

1. Genel Olarak

Almanya'da Sosyal Bakım Sigortası Hollanda'dan esinlenilerek 1995 yılında Rant, hastalık, işsizlik ve kaza sigortası yanında beşinci dal olarak yürürlüğe girmiştir.³⁰ Bu dal kabul edilinceye kadar Almanya'da bakım riskine karşı yetersiz olarak güvence sağlanmaktaydı. Gelirden ve mamelektten bağımsız olarak sosyal edimler bakım riskinde sadece nadir olaylarda (örneğin, iş kazası ve harp malullüğünde) sağlanmaktaydı. Kural olarak bakıma gereksinimi olan kişiler söz konusu giderlerini kendileri karşılamaktaydılar. Yetersiz kaldıklarında sosyal yardımlara başvurulmaktaydı.³¹

SGB XI'in kabulünden sonra hemen nüfusun tümü gelirlerinden ve malvarlıklarından bağımsız olarak bakım güvencesine kavuşmuştur.³² Kural olarak HS kapsamında olan herkes bu sigorta dalı kapamındadır. Özel HS yaptırmış olan kişiler ayrıca –aynı edim düzeyinde- özel bakım sigortası yaptırmak zorundadırlar.³³

³⁰ SEYYAR Ali, OĞLAK Sema, Almanya ve Japonya'da Bakım Sigortası Uygulamaları (Mukayeseli Bir Değerlendirme), İÜ. İkt. Fak. Mec. 2005, 55 (1), 736; KAHRAMANOĞLU Ertan, Özürlüler İçin Bakım Sigortası Önerisi, Ben Ölünce Ona Kim Bakacak, www.engelliler.biz/Dosyalar/Ben Ölünce ona kim Bakacak.doc 12 Şubat 2015; SÖZER Ali Nazım, Sosyal Devlet Uygulamaları, Almanya, İngiltere, Hollanda, Türkiye, İzmir, 1997, 12, 94. Bakım Sigortası ilk olarak 1970'lerde İsveç ve diğer İskandinav ülkelerinde uygulanmaya başlanmıştır. Bkz. CANIKLIOĞLU Nurşen, ÜNAL Canan, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Bakım Sigortasının Kurulması Gerekliği, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C: III, İstanbul, 2011, 2268.

³¹ Helmut Schellhorn, Fasselt, Schellhorn, Handbuch Sozialrechtsberatung - HSRB, Kapitel 5 Soziale Pflegeversicherung, 3. Auflage Edition 2, 2011. Nr. 1 (SCHELLHORN); HEKİMLER Alpay, Federal Almanya'da Sosyal Bakım Sigortasının Temel Esasları, -Türkiye İçin Gözlemler-, Çalışma ve Toplum, 1/2015, 48; DİLİK Sait, Sosyal Güvenlikte Yeni Bir Sigorta Kolu Bakım Sigortası, Kamu-İş, C: 4, Sa: 3, Ocak 1998, 2.

³² Dilik (3) bu sigorta dalını gerekliliğine karşın hastalık sigortası ile sınırlarının kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmadığını, çoğu zaman iç içe geçtiklerini ifade etmektedir. Ancak, yine de tedaviden Hastalık Sigortası'nın, bakım ihtiyacının karşılanmasından Bakım Sigortasının sorumlu olduğunu ifade etmektedir (7, 8).

³³ SCHELLHORN, Nr. 2.

Bakım Sigortasının görevi bakıma gereksinimi olan kişilere sosyal dayanişma yoluyla yardım etmektir. Bu sigorta dalı giderlerin kısmen karşılanması sağlar. Karşılanmayan kısım sigortalılar tarafından üstlenilir. İhtiyaç durumunda eksik kısım sosyal yardımlarla tamamlanır.³⁴

2. Bir sigorta riski olarak bakıma muhtaçlık

Bakıma muhtaçlık, bir kişinin varlığını sürdürmeye yönelik belirli eylemlerde bulunamaması, temel gereksinimlerini başkasının yardımıyla karşılamasıdır. Ayrıca, bu durum bir hastalık, rahatsızlık veya bir kaza nedeniyle doğmuş olmalıdır.³⁵ Bakıma muhtaç kişi bir hastalık veya rahatsızlık nedeniyle beslenme, hareket ve ev idaresi bakımından devamlı olarak veya en az 6 ay süreyle önemli veya yüksek derecede yardıma gereksinim duyan kişidir. Edimler engelin derecesine bağlıdır.³⁶

Yasada yapılan tamıma göre ise bakım gerekliliği bedeni, ruhsal veya mental hastalık veya engellilik nedeniyle alışılmış, günlük yaşamda tekrarlanan hareketleri yapabilmek için devamlı olarak veya muhtemelen en az 6 ay önemli veya yüksek düzeyde yardıma gereksinim duyma halidir. Bu eylemler vücut bakımına, beslenmeye, hareketliliğe ve ev idaresine ilişkindir.³⁷ Edimlerin sunumu farklı bakım derecelerine bağlıdır. İlki, önemli derecede bakım gerekliliğidir (I. Sınıf). İkincisi, ağır bakım gerekliliğidir (II. Sınıf). Üçüncüsü en ağır derecede olandır (III. Sınıf).³⁸

3. Edim koşulları

Edimler şu koşullarda sağlanır. Bakıma gereksinim duymak, sigortalı olmak, bekleme süresini tamamlamak ve talepte bulunmak. Edim bu koşulların tümü bir arada varsa sunulur. Hastalık Sigortası kapsamında bulunan kişiler ayrıca Bakım Sigortası kapsamına girmektedirler. Söz konusu nedenle asli sigortalı kişiler ve bağlı sigortalıları (eşleri ve bakmakla yükümlü oldukları çocukları) bu riske karşı koruma altına alınmışlardır.³⁹ Talep öncesi 10 yıl içinde iki yıl asli veya bağlı sigortalı olmak gerekir. Anne, babadan birinin bekleme süresi dolmuşsa çocuklar için de bu koşul gerçekleşmiş sayılır.⁴⁰

³⁴ § 1 Abs. 4 SGB XI. SCHELLHORN, Nr. 3.

³⁵ Gerhard Igl, Ruland, Becker, Sozialrechtshandbuch (SRH), § 18 Pflegeversicherung, 5. Auflage, 2012 (IGL), Nr. 45; SEYYAR, OĞLAK, 737; ÇAYIR Yasemin, Birinci Basamakta Evde Sağlık Hizmetleri: Neler Yapabiliriz?, Dicle Tıp Dergisi, 2013; 40 (2), 340, 341; ÖZER Özlem, ŞANTAŞ Fatih, Kamunun Sunduğu Evde Bakım Hizmetleri ve Fianasmanı, Acıbadem Üniv. Sağlık Bilimleri Derg., Nisan 2012, 96 vd.

³⁶ § 14 SGB XI. SCHELLHORN, Nr. 5; HEKİMLER, 61, 62; DİLİK, 5-7. Bakıma muhtaçlık ile sakatlık arasındaki farklar için bkz. aynı yazar, 8.

³⁷ § 14 SGB XI. IGL, Nr. 46.

³⁸ IGL, Nr. 47; HEKİMLER, 62; CANIKLIOĞLU, ÜNAL, 2272-2274.

³⁹ HEKİMLER, 53; SÖZER, 13, 14; DİLİK, 5.

⁴⁰ § 33 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 SGB XI. SCHELLHORN, Nr. 8 ve 9; IGL, Nr. 55. § 33 SGB XI. IGL, Nr. 57. § 34 SGB XI: Yurt dışında ikamet edildiğinde (ikili andlaşmalar hariç) kamu hukuku nitelikli yasalardan tazminat hakkı doğduğunda ve SGB V'in evde bakıma ilişkin bazı edimleri sunulduğunda söz konusu edim hakkı askıya alınmaktadır.

4. Bakıma muhtaçlık edimleri

Sosyal Yasada ön planda evde bakım, kısmi veya tam yatılı bakım ön planda olmak üzere yaklaşık 14 edim düzenlemiştir.⁴¹ Evde bakımda ay-ni/hizmet (sachleisteungen) veya parasal edimler veya her ikisi bir arada (kar-ma) sunulur. Yatılı bakımda ise Bakım Sigortası tarafından geceleme ve işe (otel) giderleri değil bakım giderleri üstlenilmektedir.⁴²

Evde bakım; bakım hizmetinden, onun yerine geçen bakım parasından veya her ikisinin karması ayrıca bakımı yapan kişinin yokluğunda tatil bakımı, bakıma yardımcı araçlar ve teknik yardımdan oluşmaktadır.⁴³

a. Evde gönüllü bakım

Bu edim türünde sigortalı evinde gönüllü kişi (ler) ce (ailesi, yakınları) bakılmaktadır. Bakıcı sigortalının bakımını onun ev ortamında mesleki olarak üstlenmeyen kişidir. Bakım hizmeti temel bakım ve ev idaresine ilişkindir.⁴⁴ Bakımın evde hizmet olarak sunumu için gerekli koşul sigortalının yatılı bir kurumda veya engelli bakım kurumunda bakılmıyor olmasıdır.⁴⁵ Aile üyelerine ve gönüllü bakıcılara BK tarafından ücretsiz olarak evde bakım kurs olanağı sağlanır. Kurs bakıma muhtaç kişinin ev ortamında verilebilir.⁴⁶

Sigortalıya eğer bakım aile fertleri tarafından sağlanmaktaysa talebi üzere bakım parası ödenmektedir.⁴⁷ Bakım hizmetleri her ay için 235, 440 ve 700 Avro'dan oluşan üç bakım basamaklıdır. Bakım mesleki olarak sağlanmamakta ve bakan kişi tatil, hastalık veya başka bir nedenle geçici olarak bakımı sürdürmemekte ise BK gerekli bakım personelinin en fazla 4 haftaya ve her yıl 1.550 Avro'ya kadar üstlenir.⁴⁸ Bakım haftalık en az 14 saat ise bakıcı sosyal sigorta hakkı elde etmektedir.⁴⁹ Bu hak için bakım parası almak gerekmemektedir. Sigorta hakkı ferdi veya gönüllü olarak bakım eylemine dayanmaktadır.⁵⁰

⁴¹ § 28 Abs. 1 SGB XI.

⁴² IGL, Nr. 5.

⁴³ IGL, Nr. 59. IGL, Nr. 58: 2009 Kasımında 1.62 milyon kişi evde bakım görmekteydi. Söz konusu nedenle Bakım Sigortası ile güdülen amaç yaşamın gerçeklerine uymaktadır. Bu kişilerin 1.07 milyonu aile üyeleri tarafından bakılmaktaydı. Önceden olduğu gibi günümüzde de aile en önemli bakım kurumudur.

⁴⁴ § 19 - 1GB XI. SEYYAR, OĞLAK, 739, 740; CANIKLIOĞLU, OĞLAK, 2274, 2275.

⁴⁵ § 36 Abs. 1 Sätze 1 ve 2 SGB XI. Ancak, bakım hizmeti ev yerine bir başka yerde de sunulabilir.

⁴⁶ IGL, Nr. 81. § 45 SGB XI.

⁴⁷ § 37 SGB XI. SCHELLHORN, Nr. 12; HEKİMLER, 65.

⁴⁸ SCHELLHORN, Nr. 13.

⁴⁹ §§ 19-1, 44 SGB XI.

⁵⁰ BK bakıcı için rant sigortası ve kaza sigortasına prim öder. § 45 SGB XI. SCHELLHORN, Nr. 16. Bakım personelinin sosyal sigorta hakları için bkz. IGL, Nr. 75. Bakımı üstlenen personel tatil, hastalık veya bir başka nedenle işgöremediğinde, Bakım Kasası her yıl en fazla dört hafta için bir yedek personel ücretini üstlenmektedir. Bu hakkın doğumu için bakıcının sigortalıya ilk bakım engeli tarihinden önce en az 12 ay evde bakım hizmeti sunmuş olması gerekir. BK'nın bu konuda yapacağı ödeme her yıl en fazla 1.550 Avro'yu aşamaz. IGL, Nr. 63. § 39 SGB XI.

b. Evde mesleki bakım

Evde gönüllü bakım hizmetinin alternatifini mesleki bakım oluşturmaktadır. Bunun için gönüllü bakıcısı olmayan sigortalının bir (veya daha fazla) kişiyi çalıştırması ve ücretini Bakım Kasasından talep etmesi gerekir.⁵¹ Bakıcıya (bakım hizmeti veren şirkete) yapılacak ödeme bakıma muhtaçlık dereceleri dikkate alınarak 450, 1.100 ve 1.550 Avro'ya kadar olmak üzere üç gruba ayrılmıştır.⁵² Sigortalı temel bakım ve ev idaresine yardım dışında genel **denetlenme** ve idare edilme (ilgilenilme) **hakkına** sahiptir.⁵³ İlk iki basamakta sigortalı en az her altı ayda bir; üçüncüsünde ise üç ayda bir uygun bir bakım kurumundan danışma (denetim) hizmeti almalıdır.⁵⁴ Bu edimlerden yararlanmaları için sigortalıya denetim kurumlarına ödenmek üzere BK tarafından aylık en fazla 100 Avro (temel meblağ) veya 200 Avro (yükseltilmiş meblağ) verilmektedir.⁵⁵ Denetçi şirket sigortalıya verilen hizmetin yerindeliğini ve etkinliğini ayrıca bakım personelinin çalışma koşullarını değerlendirmektedir. Denetlemeden kaçınıldığında, bakım parası azaltılmakta ve tekrarı durumunda kesilmektedir.⁵⁶

Gönüllü ve mesleki bakımın yapılabilmesi için evde bakım hizmeti alan kişinin yaşam ortamının yeniden düzenlenmesi gerekebilmektedir. Söz konusu nedenlerle, sigortalı HK'dan olan yardımcı araç hakkı dışında BK'dan bakım araçları ve teknik yardım hakkına da sahip kılınmıştır.⁵⁷ Belirli yardımcı araçlar için bu hak 31 Avro ile sınırlıdır. BK bakılan kişinin özel yaşam alanının iyileştirilmesi için destekleyici ödeme yapabilir. Sigortalının bağımsız yaşamını mümkün hale getiren, evde bakımını mümkün kılan, kolaylaştıran teknik yardımlar bu kapsamdadır. Konu ile ilgili olarak bakım yatağı alınması, eve acil çağrı sistemi kurulması, kapının genişletilmesi, merdiven asansörü takılması gibi örnekler verilebilir.⁵⁸

BK tarafından yapılacak ödemeler her tedbir için 2.557 Avro'yu aşmamalıdır. Edimlerde ölçü kişinin toplumsal yaşama katılabilirliği değildir. Aşkın masraflar kişinin kendisi tarafından karşılanır. BK yardımlarla ilgili bir liste hazırlar.⁵⁹

c. Kısmi yatılı bakım

Evde bakım yeterli düzeyde sağlanamıyorsa veya ayrıca tamamlanması veya desteklenmesi gerekiyorsa, (evde bakımı tamamlamak üzere) ⁶⁰ bir ku-

⁵¹ CANİKLİOĞLU, ÜNAL, 2275; SEYYAR, OĞLAK, 739

⁵² SCHELLHORN, Nr. 12. IGL, Nr. 60. Alışılmışın dışında yüksek giderler olduğunda ödeme miktarı 1.918 Avro'ya kadar çıkabilmektedir.

⁵³ IGL, Nr. 83. § 45 a Abs. 1 SGB XI.

⁵⁴ §§ 45 a, 45 b SGB XI. SCHELLHORN, Nr. 12.

⁵⁵ SCHELLHORN, Nr. 15; IGL, Nr. 84. § 45 b Abs. 1 SGB XI; HEKİMLER, 68.DİLİK, 9.

⁵⁶ § 40 Abs. 4 SGB XI. IGL, Nr. 61.

⁵⁷ § 40 SGB XI.

⁵⁸ § 40 Abs. 4 SGB XI. SCHELLHORN, Nr. 14; CANİKLİOĞLU, ÜNAL, 2276. Anılan giderlerin bir kısmı çabuk tüketilen eldiven, temizlik mazemesi gibi harcama kalemlerine ilişkindir. Bkz. SEYYAR, OĞLAK, 740, 741.

⁵⁹ IGL, Nr. 64.

⁶⁰ IGL, Nr. 69: Evde bakım zamansal bakımdan hiç veya yeterli düzeyde sunulamıyorsa yatılı bir kurumda kısmi süreli bakım mümkün olmaktadır.

rumda kısmi yatılı bakım hakkı tanınmaktadır.⁶¹ Böylece sigortalı bir kurumda günlük veya gecelik (kısmi yatılı) olarak bakılmaktadır. BK üç bakım basamağına göre yapılan harcamalar için aylık 450, 1.100 ve 1.550- Avroyu üstlenmektedir. Bu miktarların tamamı harcanmadığında sigortalı ek bakım parası veya hizmet edimi hakkına sahip olmaktadır. Kısmi yatılı bakım ayrıca sosyal gözetimi ve kurumlarda tıbbi bakımı da kapsar.⁶²

d. Tam yatılı bakım

Tam yatılı bakımın koşulu evde veya bir bakım kurumunda kısmi bakım olanağının bulunmaması veya olayın özelliğı nedeniyle gerçekleştirilememesidir.⁶³ Tam yatılı bakımda sadece genel bakım edimleri karşılanmakta olup geceleme ve iaeş giderleri üstlenilmemektedir. Söz konusu harcamaları ya kişı kendi karşılayacak ya da sosyal yardım yapılacaktır.⁶⁴ Bakıma bağılı giderler keza tıbbi bakım harcamaları bakım sınıfına göre aylık olarak 1.023, 1.279, 1.550 Avro, özellikle istisnai durumlarda 1.918 Avro olarak üstlenilmektedir.⁶⁵

Hastalık Sigortası üzerinden sağılanan bakıma ilişkin sağılık hizmetleri Bakım Sigortası üzerinden sunulmaktadır.⁶⁶ Tam yatılı engelli bakım yurtlarında sunulan hasta bakım ve tıbbi bakım hizmetleri karşılığı olarak BK bakım parası dışında ayrıca günlük 256 Avro'ya kadar gideri üstlenilmektedir.⁶⁷

5. Bakım Hizmetlerinin Organizasyonu

Bakım Sigortası hizmetleri Hastalık Sigortası örgütlenmesine tabidir. Her bir hastalık sigortası kasası bünyesinde bir bakım sigortası kasası kurulmuştur. 2014 yılında 134 hastalık kasası bakım sigortası hizmetlerini üstlenmiş durumdadır.⁶⁸ Kendine özgü ve ayrı finanmanı olmasına karşın bu sigorta dalı HK çatısı altında faaliyette bulunmaktadır. Aynı çatı altında bulunmak idari giderlerin azalmasını sağılamakta ayrıca edimlerin koordinasyonu bakımından yararlı olmaktadır.⁶⁹

Bakım Sigortasını uygulamakla görevli kasalar görevlerini ifa etmek için edim sunucular ile bakım (ve ödeme) sözleşmeleri imzalamak zorundadırlar. Edim sunucular için bakım sözleşmeleri ile faaliyet onayı almak önem taşımak-

⁶¹ IGL, Nr. 67. Kısmi yatılı (günlük, gecelik) bakım ve kısa süreli bakım nispeten düşük oranda gerçekleşmektedir. 2006'da bu oran tüm bakım gereksinim olan kişiler içinde % 8 oranındadır.

⁶² § 41 Abs. 2 SGB XI. IGL, Nr. 68; SCHELLHORN, Nr. 18, 19: Bu hak her takvim yılı için en fazla 4 hafta ve 1.550 Avro ile sınırlıdır.

⁶³ § 43 SGB XI.

⁶⁴ HEKİMLER, 67; DİLİK, 13. IGL, Nr. 70. 2009 yılı verilerine göre Almanya'da 717.490 bakıma muhtaç kişı (tümünün % 30.7'si) bakım yurtlarında kalmaktadır.

⁶⁵ SCHELLHORN, Nr. 15; IGL, Nr. 71. § 45 SGB XI.

⁶⁶ IGL, Nr. 72.

⁶⁷ Değirmek gerekir ki, yukarıda açıklanan parasal olan ve olmayan edimler bir arada sunulabilmektedir. Bu durumda bakım parası belirli bir yüzde olarak azaltılmaktadır IGL, Nr. 62. § 38 SGB XI.

⁶⁸ Bakım Sigortası kapsamında hizmet vermek üzere 2009 yılı Kasım ayında 269.000 bakım hizmetlisi ve 11.600 bakım yurdu mevcuttu. IGL, Nr. 90.

⁶⁹ HEKİMLER, 58-60.

tadır. Kamusal nitelik taşıyanları hariç ancak, bu şekilde bakım pazarında görev alabilmeleri mümkün bulunmaktadır.⁷⁰

6. Bakım Sigortasının Finansmanı

Primler işveren ve işçi tarafından eşit oranda ödenmektedir.⁷¹ İşverenler çalışanların ücretlerinden kestikleri primleri Bakım Kasalarına ödemek zorundadırlar. Emekli kişilerin primleri yine yarı oranında rant sigortası kasaları tarafından üstlenilmekte ve ilgili Bakım Kasası'na havale edilmektedir.⁷² Prim oranı % 2.05 olarak belirlenmiştir. Brüt ücrete uygulanan bu oran en fazla 4.050 Avro'ya (tavan üst sınırı) kadar geçerlidir.⁷³ Çocuk sahibi olmayan sigortalılardan ayrıca %0.25 oranında prim alınmaktadır.⁷⁴

Primler sigortalılardan emeklilik döneminde de kesilmektedir. Emekli kişi yabancı ve kendi ülkesine geri dönmüş ise AB vatandaşı olmayan devletlerin vatandaşlarından prim kesintisi yapılmamakta bu yüzden söz konusu kişiler bakım sigortasının kapsamı dışında kalmaktadırlar.⁷⁵

Bakım Sigortası hakkında yapılan açıklamalar şu şekilde özetlenebilir:

Bakım Sigortasının kişi bakımında kapsamı	Edim koşulları	Bakım edimleri	Finasman
Hastalık sigortası kapsamında olanlar.	-Sigortalı olmak, -Bekleme süresini tamamlamak (önceki 10 yılda 2 yıl sigortalılık). -Bakıma muhtâklık x Sürekli veya x En az 6 ay. x I.D: Önemli derecede b. x II.D. Ağır derecede b. x En ağır derecede b. -Talep.	- Evde gönüllü bakım: x Gönüllüye ücretsiz bakım kursu, x Sigortalıya bakım parası I: 235, II: 440 III: 700 Avro. - Evde mesleki bakım: x Bakıcıya bakım parası I: 450, II: 1.100 III: 1.550 Avro. - Bakım için tamir/araç giderlerine katılım: 31/2557 Avro'ya kadar. - Bakımı denetim ücreti (100/200 Avro). - Kısmi yatılıda (genel)	Çocuklu sigortalı: % 2.05, Çocuksuz sigortalı: % 2.3. Yarısı: Sigortalı. Yarısı: İşveren veya Rant Sigortası Kasası (emeklide).

⁷⁰ § 69 SGB XI. IGL, Nr. 91; DİLİK, 12.

⁷¹ IGL, Nr. 16.

⁷² DİLİK, 14. Kapsamında olan diğer bazı grupların prim yükümlülükleri için bkz. aynı yazar, 15.

⁷³ HEKİMLER, 55.

⁷⁴ Md. 55/III-1 SGB XI. Bkz. HEKİMLER, 56-58.

⁷⁵ HEKİMLER, 55, 56.

		<p>bakım giderlerine katılım: I: 450, II: 1.100 ve III.1.550- Avro.</p> <p>-Tam yatılıda (genel) bakım giderlerine katılım: I: 1.023, II: 1.279, III: 1.550 Avro (TÜMÜ AYLIK)</p>	
--	--	---	--

C. Üçüncü Dönem (Hastalık Sigortası Kapsamında Son Bakım)

Sosyal Hukukun ölümcül hastalığı olan kişilere ve aile fertlerine yardım etmesi gerekir. Anayasa Hukuku yaşamın sonunda da insanın onurunu, kişisel karar hakkını korumaktadır. SGB V'de düzenlenen tedavi olmak hakkı özellikle -Anayasa mahkemesince de vurgulandığı üzere- yaşamı tehdit eden hastalıklarda tedavi hiç etkisi olmasa da tanınmaktadır. Yaşamının sonunda olan kişilerin tedavisinde amaç sadece yaşamlarının uzatılması değil ayrıca sosyal yaşamdan kopmamalarını sağlamak ve ağrılarının azaltılmasıdır.⁷⁶ Son yaşam edimleri ağrıyı kontrol etmeye ve ölüme kadar olan sürede insan onuruna uygun bir yaşam sağlamaya yöneliktir.⁷⁷

1. Tarihçe ve Norm

Son bakım uygulamaları Alman Sosyal Güvenlik Hukunda Sosyal Yasa V'de düzenlenmiştir.⁷⁸ İlgili kural getirilinceye kadar gerekli edimler SBM'lerinde bazı HK'ları tarafından kısmen Hastalık Sigortası yoluyla desteklenmiştir.⁷⁹ 23.6.1997 tarihli yasa (GKV-Neuordnungsgesetz) ile bu desteğin hukuki temeli (Md. 39a) oluşturulmuştur.⁸⁰

⁷⁶ WELTI Felix, Der sozialrechtliche Behandlungsanspruch und die Grenzen des Lebens, SGB 2007, 210.

⁷⁷ TRENK, HINTERBERGER, SPICKHOFF, Medizinrecht, SGB V § 39 a Stationäre und Ambulante Hospizleistungen, 2. Aufl., 2014, Nr. 1.

⁷⁸ Alman Hukukunda son bakım hizmetleri toplumda var olan eğilime göre düzenlenmiştir. Konuyla ilgili olarak yapılan anket çalışmalarının sonuçlarına göre, Almanların % 66'sı kendi evinde ölmek istemektedir. Bu yüzden evde bakıma yataklı bakıma göre öncelik tanınmaktadır. % 18 ise ağır hasta ve ölüm durumunda olanların bakım hizmeti verilen bir kurumda ölümünü uygun görmüştür. Hasta eğer evinde bakım mümkün değilse yatılı son bakımı tercih etmektedir. BOLZE, Hospiz. Amerika'da 3300 hospiz merkezi mevcuttur. BİLGE, Hospiz.

⁷⁹ § 37 SGB V. O gün için evde bakım olanağı tanıyan bu kuralın uygulanması lafzen doğru olmamakla birlikte sosyal olarak makul sayılmaktaydı. PHILIPP, Nr. 3. Ayrıca bkz. NOLTE Nr. 3.

⁸⁰ HELLKOTTER Christine, Hänlein/Kruse/Schuler, Sozialgesetzbuch V, 4. Auflage 2012, SGB 5 § 39 a, Nr. 1. Konuya ilişkin olarak SGB V'de bulunan düzenlemenin anlam tercümesi yaklaşık olarak aşağıda yapılmıştır:

Md. 39a: Yatılı (hastahanedeki) ve ayakta son destek edimleri

1. Hastahanedeki tedavisi gerekmeyen hasta, evinde veya ailesi yanında ayakta bakım sağlanamadığında yatılı veya kısmi yatılı bakım hizmeti veren son yardım merkezlerin-

Sigortalı HK'dan 39a Fık. 1'de düzenlenen tam veya kısmi yatılı son bakım hizmeti hakkına sahiptir. 2. Fıkırdaki ise edim sunanların HK'a karşı olan talep hakları konu edinilmmiştir. Her iki fıkra son bakım hizmeti sunanların profesyonel desteğinin finansmanını düzenlemektedir.⁸¹ Değerlenen hizmetler HK tarafından Hastalık Sigortası, Bakım Sigortası, sosyal yardım, nakdi ödeme ve kendine özgü edimlerle karşılanmaktadır. Anılan nedenle, bu konuda karma finansmandan söz edilebilir.⁸²

den (Hospiz) alacağı son hizmetler için sözleşme çerçevesinde 4. Fıkıraya göre, bir ödeme hak kazanır.

Hastalık Kasası, sunulacak edimleri dikkate alarak Onbirinci Kitap gereği Paragraf 1'e göre ödenmesi gereken meblağı % 90 oranında, çocuklarda % 95 oranında üstlenir. Ödeme her takvim günü için Dördüncü Kitap Md. 18 Par.1'e göre belirlenen aylık edim matrahının % 7'sini aşmamalıdır. Ayrıca, diğer sosyal edim sunucularının bir takvim gününe ilişkin edimleri de Par. 1'deki tutarı geçmemelidir.

Hastalık Kasaları Birliği yatılı hizmet veren Son Yardım Sunan Merkezler Birliği ile birinci fıkıraya göre sunulacak bakım hizmetlerinin türleri ve kapsamı hakkında sözleşme yapar. Sözleşmede Çocuk Yardım Merkezlerindeki çocukların bakımına yeterli ölçüde yer verilir. Sözleşmede Kasa Hekimleri Birliğinin görüşleri de dikkate alınır. Par. 1'deki bakımla ilgili olarak Hastalık Kasası ile Son Bakım Merkezi arasında bağtlanan sözleşmede, taraflar arasında uyumsuzluk çıkması durumunda, belirleyecekleri bir hakemin sözleşme içeriğini saptayacağı hususu düzenlenir. Taraflar hakem üzerinde görüş birliğine varamaz iseler bu kişiyi sözleşmenin tarafı olan Hastalık Kasasının denetleme mercii saptar. Hakem sürecinin masraflarını taraflar eşit olarak üstlenir.

2. Hastalık Kasası sigortalı için hastahane veya yatılı/kısmi yatılı son yardım merkezinde sunulması gereği olmadığında evde son yardım hizmetini destekler. Bu destek kişinin evindeki, ailesindeki, yatılı bir bakım kurumundaki, engellilere, çocuklara ve gençlere yaşama katılım yardımı yapan kurumlardaki vasıflı fahri (gönüllü) ölüme eşlik eden kişilerin hizmetleri vasıtasıyla sağlanır.

Evde sunulan son yardım hizmetini desteklemeye ilişkin diğer koşulları şunlardır:

- Bu hizmet sunulurken tıbbi son bakım hizmeti konusunda uzman bakım personeli ve hekim müşterek çalışmalıdır.
- Uzman bir hemşire, hasta bakıcı veya uzman bir personel sorumluluğunda yürütülmelidir.
- Bu kişiler son bakım hizmeti konusunda yeterli tecrübeye sahip olmalı veya konuyla ilgili eğitim almış olmalıdır.

Evde sunulan son bakım hizmeti uygun eğitime sahip uzman işgücüne danışarak yerine getirilir. Bu hizmet ölüm sürecine fahri olarak eşlik edecek kişinin saptanmasını, eğitimini onunla koordinasyonu ve onun desteklenmesini kapsar. Paragraf 1'e göre gerçekleştirilen destek, personel giderleri için gereken ödemelerle karşılanır.

Yapılacak ödeme vasıflı gönüllü ölüme eşlik eden kişi sayısı ile eşlik etme sayısı arasındaki ilişkiye göre edim birliği ilkesi dikkate alınarak belirlenir.

Hastalık Kasası tarafından Par. 1'e göre yapılan giderler her edim için SGB V Md. 18 Abs. Par.1'de düzenlenen aylık edim matrahının yüzde 11'i kadardır. Bu tutar son yardıma ilişkin ödenebilir personel giderlerini aşmamalıdır. Hastalık Kasaları Birliği son bakım merkezlerinin birliği ile bu hizmeti alan kişilerin menfaatlerini korumak amacıyla sunulacak edimlerin koşullarını, çerçevesini, içeriğini ve kalitesini belirler. Çocukların bakımına yönelik özel menfaatlerinin korunması için evde tedavi hizmetleri bakımından gerekli özen gösterilir.

⁸¹ PHILIPP, Nr. 2.

⁸² NOLTE, Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 83. Ergänzungslieferung 2014, SGB V § 39a, Nr. 2.; PHILIPP, Nr. 2.

2. Amaç

Konuya ilişkin kural son destek edimlerinin finansmanını düzenlemektedir. Bunun için bir hastahanedeki tedavisi artık gerekmeyen ve tedavisi mümkün olmayan bir hastalığın kişiyi yaşamının **son evresine** getirmiş olması gerekir.⁸³ Son bakım uygulaması, hastaya son yaşam sürecinde eşlik ederek, ona ölümüne kadar insan haysiyetine yaraşır bir yaşam sağlamak için düşünülmüştür. Bir diğer deyişle amaç, iyileşmesi mümkün olmayan kişilere yaşamlarının son evresinde insanca yaşam sağlamaktır. Bu destek aktif ölüme yardımcı kapsamaz. Barındırma, bakım, tedavi keza ruhsal eşlik kabul edilen edimlerdir. Yasa yapıcı **evde** son hizmet dışında, -sınırlı ölçüde olmak kaydıyla- **yatılı** son hizmeti de gerekli görmüştür. Bu kapsamdaki (yatılı) son bakım, yatılı olarak tabip ve psikoterapistin çok disiplinli müşterek çalışmaları (örneğin, psikososyal gözetim) ve krizde desteklerdir.⁸⁴

3. Edimin Kişi Bakımından Kapsamı ve Koşulları

Ölüme eşlik yani ruhsal-mental gözetim hastayı, aile üyelerini ve anne babasını kapsamaktadır.⁸⁵ İlgiliye son bakım sunulması için bazı koşullar aranmaktadır. Bu koşullar şunlardır:

- Hak talep eden kişi Hastalık Sigortası kapsamında **sigortalı** olmalıdır.⁸⁶
- Son bakım hizmetinin sunulması için hak sahiplerinin **hastalık tedavisine gereksinimi olmamalıdır**.⁸⁷ Yani, hastahanedeki daha fazla tedavisi olmayacak derecede ağır hasta olmalıdır. Sigortalı eğer iyileşme veya daha iyi duruma gelme amacıyla yapılacak tedaviye cevap verememekte keza hastalığın ulaştığı ileri aşama (yaşamın son aşaması) nedeniyle son hizmet uygulamaları gerekli duruma gelmiş ise ağır hastalığın varlığı kabul edilir.⁸⁸ Sigortalının tedavisinin olmadığı bir hastalığa yakalanmış olması koşulu rahatsızlığı sonucu sadece birkaç gün, hafta veya ay olarak (çocuklarda yıl) **sınırlı bir yaşamının** kalmış olması, bu yüzden son görev tedavisinin ve bakımının gerekli olması veya sigortalı tarafından istenmesi şeklinde açıklanmaktadır.⁸⁹ Bu konuda kanser, AIDS, sinir sistemi rahatsızlıkları, kronik böbrek, kalp, sindirim sistemi, metabolizma, akciğer rahatsızlıkları ve yaşamı kısaltan etkileri olan genetik hatalar örnek olarak verilebilir.⁹⁰

⁸³ KREIKEBOHM Jousen, Kommentar zum Sozialrecht, 3. Auflage 2013, SGB V § 39 a, Nr. 1.

⁸⁴ NOLTE, Nr. 3.

⁸⁵ KNISPEL, Nr. 19.

⁸⁶ KREIKEBOHM, Nr. 3.

⁸⁷ CHRISTINE, HAENLEIN, KRUSE, SCHULER, HELLKOTTER, Nr. 10; FASSETT, SCHELLHORN, Nr. 112; BECKER, KINGREEN Nr. 6. Aksi halde yatılı tedavi gündeme gelir ki, hastaya bu hizmetin sunulması amaca uymaz ve aksine etkileri olur. Bakılan kişiler hastahanedeki veya bakım merkezinde yatılı bir bakıma ihtiyaç duymuyor olmalıdırlar, KNISPEL, Nr. 19.

⁸⁸ KREIKEBOHM, Nr. 3.

⁸⁹ BECKER, KINGREEN Nr. 5; CHRISTINE, HAENLEIN, KRUSE, SCHULER, HELLKOTTER, Nr. 13.

⁹⁰ NOLTE, 10.

-Tedavinin amacı rahatsızlıkların verdiği **acının dindirilmesidir**. Bu bakım sadece rahatsızlığın etkilerinin azaltılması için özel araç ve gereçlerine gereksinim duyulması halinde bir hastahane de yapılabilir. ⁹¹

- (Tamamen veya kısmi) yatılı son bakım hizmetinin gerekliliği sözleşme veya hastahane hekimi tarafından **onaylanmalıdır**. ⁹² Onayla ilgili olarak tıbbi sözleşme yönetmeliği ve HK bakımından bir tasdik öngörülmemiştir.

- Hizmet son bakım merkezinde sunulacak ise, merkezin bir HK ile **sözleşmesi** bulunması gerekir. ⁹³

4. Çerçeve Sözleşme

Son bakım hizmetleri için yasada getirilen genel kuralı somutlaştırmak üzere Hastalık Kasaları Birliği (HKB) ile gezici eşlik hizmeti veren Son Bakım Merkezler (SBMB) Birliği arasında bir çerçeve sözleşme imzalanması gerekmektedir. ⁹⁴ Bu konuda Federal Hekimler Kasası önceden konu hakkında bilgilendirilerek görüşleri alınmaktadır. Sözleşmede son bakım hizmetlerine ilişkin desteğin koşulları, içeriği, kalitesi ve çerçevesi müştereken belirlenmektedir. ⁹⁵ Belirlenen kurallar özellikle personelin hizmete ilişkin gerekli donanımı, yönlendiren uzman işgücününün vasıfları, desteğin içeriği ve tasarlanmasını içermektedir. ⁹⁶

Bu düzenlemelerde özellikle **çocukların** bakımına ilişkin özel durumu dikkate alınmalı özel menfaatleri korunmalıdır. ⁹⁷ Kastedilen özel durum özellikle onların yüksek personel giderleridir. ⁹⁸ 1.4.2007'de eklenen kural ile Çerçeve Sözleşmelerde çocuk SBM'lerindeki bakımlar için çocukların özel menfaatlerin dikkate alınması gereği kabul edilmiştir. ⁹⁹ Amaç, ağır hasta ve ölüm döşğinde olan çocukların bakım hizmetlerinin iyileştirilmesidir. Federal düzeydeki çerçeve sözleşmede SBM'lerinde onlara sunulacak edimlerin türleri, içeriği ve kalitesinin yeterli ölçüde dikkate alınması gerekmektedir. Diğer SBM'lerine göre daha

⁹¹ TRENK, HINTERBERGER, SPICKHOFF Nr. 3; NOLTE, Nr. 9.

⁹² BECKER, KINGREEN Nr. 11; NOLTE, Nr. 11a; KREIKEBOHM, Nr. 3; CHRISTINE, HAENLEIN, KRUSE, SCHULER, HELLKOTTER, Nr. 5.

⁹³ KREIKEBOHM, Nr. 3. BECKER, KINGREEN, Nr. 5.

⁹⁴ KNISPEL, Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht, Hrsg: Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching, SGB V § 39a, Rn 16. Kamu Hukuku karakterli bu sözleşmeye Alman Dini Yardım (Karitas) Örgütü ile Alman Çocuk Son Bakım Merkezleri Birliği de katılmaktadır: BECKER, KINGREEN Nr. 11.

⁹⁵ NOLTE, Nr. 25. Md. 39a edimlerin ayrıntılarını düzenlemektedir. Bu yüzden, edimin türleri ve içeriği HK Birliği ile SBM Birliği tarafından imzalanan çerçeve sözleşmelerde belirlenmektedir. Önemli koşullar düzenlemede belirtildiği için ayrıntının Çerçeve Sözleşmeye bırakılmış olması BSG tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. NOLTE, Nr. 15. BSG Urt. v. 8.11.2005 – B 1 KR 26/04 R, SozR 4 – 2500 § 39a Nr. 1 Rn. 14.

⁹⁶ NOLTE Nr. 11. Sunulacak edimlerin türleri ve kapsamı sözleşmede ayrıntılı olarak saptanmakta ayrıca bu edimlerin amaca uygunluğu, gerekliliği ve iktisadiliği belirlenmektedir. Ayrıca bkz. PHILIPP, Nr. 8.

⁹⁷ NOLTE, Nr. 25.

⁹⁸ KNISPEL, Nr. 20.

⁹⁹ NOLTE, Nr. 15a. Yeni yasal düzenleme GKV-WSG (BGBl. 2007 I S. 378) vasıtasıyla çocuk SBM'lerinin kurulması desteklendi ve sunulacak hizmetler bakımından bağışlara ve gönüllü çalışmaya bağımlılık azaltıldı. Çerçeve sözleşmelerdeki uyumsuzluklar için hakem olanağı getirildi. Philipp, Nr. 3.

uzun kalış süresi, bölge ve SBM değişikliği, aile fertlerinin Merkeze katılmaları nedenleriyle daha yüksek alt yapı ve personel giderleri, özel önem taşıyabilir.¹⁰⁰

Sunulacak edimler için yapılacak **ödeme** Çerçeve Sözleşmedeki açıklığa göre gerçekleştirilir. Sunulacak edim bir ödemedir ancak yüksekliği Çerçeve Sözleşme ve sözleşmeye göre değil doğrudan yasa tarafından belirlenir. Sözleşmelerde sunulacak edimlerin somutlaştırılması hak sahibi kişilerin de belirlenmesini sağlamaktadır.¹⁰¹

Sözleşme tarafları anlaşamadıklarında kendi **hakem**lerini belirlemektedirler. Taraflar çerçeve sözleşmenin hükümleri konusunda mutabık olmadıklarında bağımsız bir hakem içeriği belirleyebilecektir. Hakem sözleşmenin yapısında bir yardımcı olarak görev üstlenir. Hakem kararı adil bulunmadığında dava hakeme değil sözleşme taraflarına açılacaktır.¹⁰² Konu bakımından caiz olan **dava türleri** birbiri ile bağlantılı iptal ve edim davalarıdır.¹⁰³ Bu konuda halen taraflar arasında bağlanmış bir çerçeve sözleşme bulunmaktadır.¹⁰⁴

Son bakım hizmetine ilişkin çerçeve sözleşmesinin hayata geçmesini sağlamak üzere HK'ları ayrıca son bakım merkezleri ile ayrı ayrı bakım sözleşmeleri imzalamaktadır. Bu uygulama ile kollektif (çerçeve) anlaşma ferdi (bakım) sözleşmeler ile tamamlanmaktadır.¹⁰⁵

5. Son Bakım Yerleri

Hastalık Kasaları personel giderlerine katılma yoluyla ayakta/evde son bakım hizmetlerini desteklemekle yükümlüdür. Talebe bağlı bu yasal yükümden ayakta/evde sunulan son bakım görevine ilişkin subjektif bir **temel hak** doğmaktadır.¹⁰⁶

Son yardım edimleri sigortalının evinde veya ailesinde veya yatılı hizmet veren bir bakım kurumunda konu hakkında vasıflı bir kişinin **gönüllü eşlik** etmesi, bu konuda danışma hizmeti vermesi yoluyla sunulur.¹⁰⁷ İstisnaen hastahanelerde de aynı hizmet sunulabilmektedir.

a. Evde bakım

Düzenlemede (Fıkra 2 ile) toplumda genel kabul görüp yaygınlaşan evde son bakım hizmeti olanağı tanınmıştır. Bu konudaki yeni anlayış, -son destek

¹⁰⁰ NOLTE, Nr. 15b: Çocuk SHM'lerinde başlılara ve gönüllü çalışmalara bağımlılığın azaltılması gerekmektedir. Bu yüzden, çocuk SBM'lerine ödenebilir maliyetin % 5'inden fazla bir yük yüklenmemesi gerekli görülmüştür. Bu Hsatalık Kasası, Bakım Sigortası veya sosyal yardım tarafından üstlenilmeyen maliyet payı en fazla sözleşmeyle belirlenen günlük ihtiyacın % 5'i kadar olmalıdır anlamına gelmektedir. Edim sunucu tarafından maliyetin tamamının karşılanması, gönüllü son bakım düşüncesine uygun görülmemiştir.

¹⁰¹ NOLTE, 12.

¹⁰² NOLTE, Nr. 15c.

¹⁰³ NOLTE Nr. 24a.

¹⁰⁴ KREIKEBOHM, Nr. 4; KNISPEL, Nr. 20.

¹⁰⁵ BECKER, KINGREEN Nr. 14.

¹⁰⁶ KNISPEL, Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht, Hrsg: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/ Udsching, SGB V § 39a, Rn 16.

¹⁰⁷ KNISPEL, Nr. 17. PHILIPP, Nr. 7: Ev ve ailede bakım yanında çocuk, genç ve engelli bakım kurumlarında da son yardım sunulabilir.

hizmetleri ön planda olmak kaydıyla,- evde veya aile ortamında bakım sağla-
maktır. Evde son bakım hizmeti gönüllü olarak **aile ortamında** olduğu gibi
ayrıca yatılı bakım kurumlarında, engelliler yardım kurumlarında, çocuk ve
gençlere yardım kurumlarında ölüme eşliği de kapsamaktadır.¹⁰⁸ Söz konusu
yardım kurumlarında sakın olan (bulunan) kişilerin de ölüme eşlik hizmeti
sunmaları mümkündür.¹⁰⁹ Desteklenen son hizmet hasta sigortalıya ölüme
eşlik yani, evinde **ruhsal-mental gözetim** (destek) sağlanmasıdır.¹¹⁰

Mesleki nitelikli ölüme eşlik hizmeti değil **gönüllü** olanı teşvik edilmekte-
dir. Yani, gözetimin gelir elde etmeye yönelik olmaması gerekmektedir.¹¹¹ An-
cak, gönüllü yardımcıya uygun gider karşılıklarının ödenmesi kabul edilmiştir.
¹¹² Gönüllü kişinin üstlendiği sakinleştirici (palyatif) bakım danışmanlığı konu-
ya ilişkin eğitilmiş olmayı gerektirmektedir. Evde son bakım hizmeti gönüllü
kişinin saptanması, eğitimi, koordinasyon ve desteklemenin organizasyonunu
içermektedir. Gönüllü eşlikçiler bir yetkinlik kursunu tamamlamalıdır.¹¹³ Bu
konuya ilişkin detaylar, özellikle çocukların durumu dikkate alınarak, HKB ile
SYMB arasında yapılan **sözleşmelerde** belirlenir. Bu çerçevede sözleşme tarafları-
nınca 3.9.2002 tarihinde bağlanmışlardır.¹¹⁴

Evde son destek edimlerindeki **son destek** kavramı, -yatılı olarak barın-
dırmayı değil- hasta için yaşamının son demlerinde tipik olan gereksinimlerinin
karşılansını ifade etmektedir.¹¹⁵ Evde son yardım tedavisi ruhsal-mental ve
sosyal yardımlarla sınırlıdır.¹¹⁶

Ölüme eşlik, hekimler ve onlara yardım eden işgücü tarafından sunulan
tedavi hizmetlerini ifade etmemektedir. Bu ifade ile tıbbi olmayan, ruhsal-
mental gözetim anlaşılmaktadır. Değinilen nedenle, söz konusu edim (Md. 37

¹⁰⁸ NOLTE, Nr. 16. Ev kavramı için bkz. CHRISTINE, HAENLEIN, KRUSE, SCHULER,
HELLKOTTER, Nr. 8.

¹⁰⁹ NOLTE, Nr. 19.

¹¹⁰ BECKER, KINGREEN Nr. 18. Amaç kişinin güven duyduğu ortamda bulunmasını
sağlamaktır: TRENK, HINTERBERGER, SPICKHOFF, Nr. 2.

¹¹¹ Mesleki veya gelir amacına yönelik ölüme eşlik desteklenmez. Ancak, gönüllü kişilerin
uygun harcamaları karşılanır. Sadece ölüme vasıflı eşlik desteklenir. Destek için eşlik
eden kişinin gönüllü rehber olması ve eğitim giderlerinin yapılması gerekir. Böyle bir
yardımcının kazanımı ve vasıflandırılması ise evde son destek hizmetleri kapsamında-
dır. Evde sunulan son hizmet, kalitesini güvence altına almak için, özel eğitilmiş vasıflı
uzman işgücünün sorumluluğunda, bu konuda tecrübeli bakım personeli ve hekimin
işbirliği ile yerine getirilir. KNISPEL, Nr. 19. Hizmet sigortalının özel gereksinimleri dik-
kate alınarak bir uzmanın sorumluluğunda sağlanır. PHILIPP, Nr. 7.

¹¹² NOLTE, Nr. 18.

¹¹³ Çerçeve Sözleşme Md. 4/IV. NOLTE, Nr. 23. Gönüllü kişinin ölüme vasıflı eşlik etmesi
gerekliği, hiçbir yönlendirme ve denetim olmadan tamamen amatör bir hizmetin olabi-
leceği anlamına gelmemektedir. Bu yüzden, üstlenilebilir bir gözetim için gönüllü kişide
gerekli vasıfların sağlanması koşulu bulunmaktadır. Gerekli vasıflar bu konuda dene-
yimli bakıcılar, hekimler ve uzman personel ile birlikte çalışarak elde edilecektir: NOL-
TE, 21.

¹¹⁴ KREIKEBOHM, Nr. 7.

¹¹⁵ NOLTE, Nr. 2a.

¹¹⁶ NOLTE, Nr. 16. Abs. 2'de HK'ları tarafından sağlanan evde son görev hakkı düzenlen-
miştir. Paragraf 1'in aksine ve Md. 39a'nın başlığın oluşturduğu beklentiye karşın 2.
Paragraf sigortalı için edim hakkı doğurmamakta ancak son yardım edimlerine yol aç-
maktadır. Kural, ayakta sunulan vasıflı gönüllü ölüme eşlik hizmetlerinin HK tarafın-
dan müşterek finansmanın amaçlamaktadır.

b'deki özel temel tıbbi sakinleştirici (palyatif) bakımdan ayrılmaktadır.^{117 118} Ancak, gerektiğinde Hastalık Sigortası edimlerinin ev ortamında sunulması (hekimler tarafından tedavi, evde bakım), yoluyla evde tedavi yatılıya öncelik taşıy kuralı dikkate alınmış olmaktadır.¹¹⁹

b. Son bakım merkezlerinde bakım

Almanya'da kendi **evinde** son bakım hizmetinin **yeterli görülmediği**, tedavi olanağı kalmayan kişiler için son bakım merkezleri (SBM) kurulmuştur.¹²⁰ Gerekli koşulları taşıyan sigortalı son bakım merkezinde tam veya kısmi yatılı kalma ve bakım olanağı elde etmektedir. Bu hak sadece hastalık tedavisi gerekli olmadığında sunulmaktadır. Tıbbi tedavi olanakları yetersiz kalmalı veya hasta tarafından kabul edilmiyorsa olmalıdır.¹²¹

Yatılı son bakım hizmeti evde veya ailede sunulabilmekteyse bu yeterli olacaktır.¹²² Bu yüzden, SBM'de yatılı hizmete ilişkin ödeme yapılması hizmetin ev veya **aile ortamında sunulmamasına** bağlanmıştır.¹²³ Bir başka ifade ile SBM'den hizmet almak için bakım ev ortamında veya sigortalının ailesi yanında sunulmıyor olmalıdır. Evde hizmet hastanın bakımı için yeterli ise önce o uygulanır. Şüphe durumunda, yasa yapıcının evde tedaviyi yatılıya tercih ettiği kabul edilmektedir. Bu durumda ailenin sürece katılması için beklenebilirlik ölçüsüne öncelik verilmektedir.¹²⁴

SBM'lerinin düzenli **tıbbi bakım** sunma görevi **yoktur**. Sigortalı bu taleplerini (Md. 31 SGBV'e göre) kendi HK'na yöneltir.¹²⁵ Ağır hasta kişiye ev

¹¹⁷ NOLTE, Nr. 17. Tarafımızdan kullanılan sakinleştirici bakım "palyatif bakım"ın karşılığıdır. "Palyatif bakım nedir?" Sorusuna şu yanıt verilmektedir: "Ölümcül durumu olan ve yaşamının sonuna yaklaşan bir kişinin kendine özgün gereksinimlerini anlayan ve destek veren kaliteli bakım, uzmanlaşmış bakımdır. Bu bakım ayrıca aile ve bakıcılara da verilir. Ölümcül durumu olan birçok kişinin bakımı, pratisyen hekimler ve toplum hemşireleri tarafından yapılır." Bkz. <http://www.palliativecare.org.au/Portals/46/CALD/TURKISH-What%20is%20Palliative%20Care.pdf> 13.2.2014.

¹¹⁸ Düzenlemede (Par. 2) yasa yapıcının amacı sadece ölüme evde eşlik olduğu için, destek bakımından bir hastalık tedavisinin, SBM'de tam veya kısmi yatılı bakım hizmetinin gerekli olmaması koşulu aranmaktadır. NOLTE, Nr. 20: Son bakım kavramına uygun olmayan bir şekilde, bir bakım kurumunda yatılı bakım olumsuz görülmemektedir.

¹¹⁹ NOLTE, Nr. 16. Ayakta/evde tedavi yatılıya öncelik taşıy ilkesi hastanın sübjektif durumuna ve onun sosyal çevresine bağlıdır. PHILPP, Nr. 5.

¹²⁰ CHRISTINE, HAENLEIN, KRUSE, SCHULER, HELLKOTTER, Nr. 12; NOLTE, Nr. 4.

¹²¹ NOLTE, Nr. 5.

¹²² Yasayıcının sosyal siyaseti ile ilgili tercihinin sonucu olarak, ölüm sürecine evde eşlik edilmesi desteklenmiştir. Eve bağlı bir son bakım hizmeti yeterli ise diğerine öncelik taşımaktadır. Değinmek gerekir ki, son dönemini yaşayan kişi için evde sunulan son bakım hizmeti ile tam veya kısmi yatılı SBM'lerindeki bakım arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. PHILPP, Nr. 2.

¹²³ NOLTE Nr. 11: Varılan sonuç yasa yapıcının amacından, yasanın yapısından ve lafzından, ayakta/evde tedavi yatılıya öncelik taşıy kuralından anlaşılmaktadır.

¹²⁴ KREIKEBOHM, Nr. 3; FASSETT, SCHELLHORN, Handbuch Sozialrechtsberatung, Kapitel 8 Krankheit, 4. Auflage 2. Edition 2013, Nr. 110.

¹²⁵ BECKER, KINGREEN Nr. 8; PHILPP, Nr. 5. NOLTE'ye göre (Nr. 6) ise tedaviden (sözleşmeli) hekim sorumlu olmalı ve onun tarafından yönlendirilmelidir. Ancak, son bakım hizmetinin tamamının hekimin gözetiminde olması gerekmemektedir. Tedavi çok disiplinli bir şekilde, psikoterapik edimleri ve tabip olmayan edim sunucuları kapsayabilir. Sözleşmeli hekimlere ait görev alanı olan son bakım merkezlerinde ruhsal-tinsel göze-

ortamına benzer bir atmosferde eşlik edilmeli ve ağrıları ile mücadele edilmelidir. Bu yüzden SBM tıbbi bakımda hastalığın nedenleri ile uğraşmak yerine, sakinleştirici bakımı ön plana almakta ve ağrı ile mücadele etmektedir. SBM'de kalıcı veya geçici iyileşme durumunda eve nakil mümkündür. Tecrübeler birçok olayda bu uygulamanın yapıldığını göstermektedir.¹²⁶

Yatılı son bakım kaçınılmaz ve **vazgeçilmez** olduğunda gerekli sayılmaktadır. Bu koşul, son bakımı bir SBM'de tıbbi olarak çok disiplinli bir şekilde yürütmek (böylece insan haysiyetine uygun olarak sürece eşlik etmek) gerektiğinde gerçekleşmektedir.¹²⁷

SBM bakım hizmeti dışında ruhsal destek, psikolojik eşlik, hasta ve aile üyeleri için dini hizmet, kendi kadrosundaki veya dışarıdan hekimlerle sakinleştirici bakım hizmetleri sunmaktadır.¹²⁸ Bu sebeple çok disiplinli yaklaşımla bir son bakım kurumu hekim, psikolog, bakım personeli, sosyal çalışmacı, teolog ve ölecek kişinin bakımını üstlenen meslekten olmayan kişiler ile onun aile üyelerinin birlikte çalışmaları olarak görülür. Bu edimler aynı derecede birbiri yanında bulunmaktadır.¹²⁹ Bakım sürecinde şüpheli durumda sigortalının özel **psikişik sorunlarına** öncelik verilir.¹³⁰

Her son bakım merkezi gerekli (Md. 39 a'daki) koşullara sahip değildir. Merkezlerde tıbbi sakinleştirme hizmeti sunuluyor olmalıdır. Bu yüzden **Kurumun** donanım ve personel açısından **görevini fiilen yapabilecek durumda olması gerekir**.¹³¹ Merkezin diğer tedavileri de yürütüyor olması sakinca oluşturmaz. Örneğin ilaçla, solunum takviyesiyle hastalığın etkileri azaltıldığında sakinleştirici (palyatif) hizmet sunulmuş olmaktadır.¹³²

c. Hastahanedeki bakım

Gezici son hizmet, destek verilebilen kurumlarda sunulmalıdır. Buralarda özel vasıflı uzman kişilerin sorumluluğunda tıbbi son bakım hizmeti sunanlar ile hekimler müştereken çalışmalıdır. Gezici son hizmet, bir son yardım merkezinde olduğu gibi bir hastahanedeki uygun eğitimi olan uzman personel

tim (tedavi değil) yanında ayrıca talep edilen son bakım personeli veya din adamı ölüme eşlik etmektedirler. Bakım için yapılan harcamalar son yardım giderleri içinde sayılır. NOLTE, Nr. 7: Son bakım merkezinde sunulan bu husustaki tıbbi tedavi, tedavi kavramının genel koşullarına uygun olmalı keza sağaltım (terapi) niteliği taşımalıdır. Bu yüzden, bir rahatsızlığı azaltması amacına yönelik olmalıdır.

¹²⁶ PHILIPP, Nr. 5.

¹²⁷ NOLTE, Nr. 10a.

¹²⁸ CHRISTINE, HAENLEIN, KRUSE, SCHULER, HELLKOTTER, Sozialgesetzbuch V, SGB 5 § 39 a, 4. Auflage 2012, Nr. 4.

¹²⁹ NOLTE, Nr. 22: Son bakım hizmeti uygun vasıf ve kalitede gönüllü eşlik etmeyi sağlamalı ayrıca, zorlayıcı tıbbi desteği dışlamamalıdır. Bu yüzden, sakinleştirici (palyatif) tıbbi ilişkin tecrübesi olan hekim ve bakım hizmeti veren kişilerle müşterek çalışmak gerekir. Bir SBM'de sağlanan sakinleştirici tıbbi tedavi hemşire, hastabakıcı veya diğer uzman kişilerin sorumluluklarında yürütülmelidir. Bu uzman işgücü sakinleştirici tıbbi bakım konusunda yıllara dayanan tecrübeli veya konuya ilişkin eğitime sahip olmalıdır.

¹³⁰ KREIKEBOHM, Nr. 3.

¹³¹ Merkezler en fazla 16 kişiye hizmet sunmaktadırlar: CHRISTINE, HAENLEIN, KRUSE, SCHULER, HELLKOTTER, Nr. 12.

¹³² NOLTE, Nr. 5.

vasıtasıyla sunulabilmektedir.¹³³ Son bakım hizmetlerinde, tedavi edememe olgusu dikkate alındığında, ayrıca hastahanelerde yersiz kalışları önleme amacının bulunduğu hususu önem taşımaktadır.¹³⁴ Tedavinin amacı rahatsızlıkların verdiği acının dindirilmesidir. Söz konusu nedenle, rahatsızlığın etkilerinin azaltılması için onun özel araç ve gereçlerine gereksinim duyulması durumunda bir hastahane de son bakım yapılabilir.¹³⁵ Son bakım hakkı 4 hafta ile sınırlandırılmıştır.¹³⁶

6. Bakım Hizmeti ödemeleri

Yasayapıcı yatılı son bakım gözetiminin Hastalık Sigortası, Bakım Sigortası, sigortalının kendisi, başışlar ve gönüllü edimlerle karşılanabileceği görüşünden yola çıkmıştır. Sigortalıya barınma (konaklama) şeklinde (**ayni/hizmet edim sunulmamaktadır**). Koşulları mevcut olduğunda, son yardım faaliyetleri için HK tarafından SBM'ne gerekli **ödeme yapılır**.¹³⁷ Tıbbi tedavi, keza bakım, alet/araç, ilaç ve sargı (pansuman) malzemeleri hakkı mahfuzdur. Maddede finansal katkı düzenlenmiş ancak masrafların tamamı karşılanmamıştır. Yasakoyucu tüm masrafların karşılanması yerine kişisel katılımı da istemiştir.¹³⁸

Evde son hizmet desteği, koşulları gerçekleştiğinde, gerekli **mesleki personele** uygun **ödemeler** yapılmasıyla sağlanır.¹³⁹ Diğer son destek hizmet giderleri talep edilemez ve Kasa personel giderlerini tamamen üstlenmek zorunda değildir. 3.9.2012 T.li Çerçeve Sözleşmeye göre (§ 6 Abs. 1), uzman personelin sadece konuya ilişkin bakım hizmet danışmanlığı ayrıca gönüllü hizmet sunan kişinin belirlenmesi, eğitimi, koordinasyon ve destek giderleri karşılanır.¹⁴⁰

¹³³ KREIKEBOHM, Nr. 7.

¹³⁴ CHRISTINE, HAENLEIN, KRUSE, SCHULER, HELLKOTTER, Nr. 2.

¹³⁵ NOLTE, Nr. 9.

¹³⁶ NOLTE, Nr. 11a.

¹³⁷ Md. 39 a, bir son bakım merkezinde sunulan kısmi veya tam yatılı son bakım hizmeti ile evde sunulan son bakım hizmetine ilişkin giderlere HK'nın katılımını düzenlemektedir: Albrecht Philipp, Klie/Krahmer/Plantholz, Sozialgesetzbuch XI, 4. Auflage 2013, SGB V § 39 a Stationäre und ambulante Hospizleistungen, Nr. 2, (Philipp). Hastahane de sunulan yataklı tedaviden farklı olarak sigortalı SBM'de ayni/hizmet şeklinde yatılı gözetim hakkına sahip kılınmamıştır. Md. 39a sadece HK tarafından finansmanın karşılanması yoluyla kısmi ödemeye hak sağlamaktadır: NOLTE Nr. 13.

¹³⁸ KREIKEBOHM, Nr. 6; TRENK, HINTERBERGER, SPICKHOFF, Nr. 6.

¹³⁹ Destek personel giderlerine katılmak üzere yapılan sürekli ödemelerle sağlanır. Ödemenin miktarı uygun olmalıdır. Ölçü vasıflı gönüllü eleman sayısının ölüme eşlik sayısına ilişkisidir. Ancak bu kesin bir ölçü sayılmaz. Bu konuda yıllık olarak uyarlanan bir genel bütçe yapılmaktadır. Destek talep ile sağlanır. Çerçeve Sözleşme Md. 7'ye göre, talep HK'na (onun belirlediği makama) her takvim yılında 31.3.'e kadar yapılır. KREIKEBOHM, Nr. 8.

¹⁴⁰ KNISPEL, Nr. 21. Ödeme miktarı HK'nın Yönetmeliğinde saptanır. Bu bakımdan bir üst ve alt sınır bulunmaktadır. Diğer edimler parasal edimlere üstünlük taşımaktadır. Bu durum özellikle bakım hizmeti bakımından geçerlidir. Ödemeler Çerçeve Sözleşmeye göre 4 hafta ile sınırlı olup uzatılması mümkündür. KREIKEBOHM, Nr. 5. Fıkra.2'de HK için (kısmi veya tam) yatılı bakım yerine özel bir destek yükümü düzenlenmiştir. Bu destek, sigortalıya -bu hususta özel bir hak doğumun neden olmaksızın,- personel giderleri için uygun bir ödeme yapılmasıdır. KREIKEBOHM, Nr. 6.

Personel giderleri için sabit bir ödeme yapılır.¹⁴¹ Birbirleriyle eşdeğerli olmadıkları için destekle ilgili kararı SBM değil HK almaktadır.¹⁴²

Tedavisi mümkün olmayan, ilerlemiş bir hastalık nedeniyle sınırlı bir yaşamı olan kişilerin, maddi durumları dikkate alınmadan, son bakım ve sakinleştirici (palyatif) bakıma sahip olmaları gereği kabul edilmiştir. Bu yüzden söz konusu hizmetler ücretsizdir. Md. 39a gereği hastalar bir SBM'de **yatılı bakım**ları için ücret ödemezler. Bu duruma karşın, Çerçeve Sözleşmeye göre, HK tarafından SBM'ne yatılı bakımda günlük **ihtiyaç karşılığının % 90'ı**, çocuklar için ise % 95'i oranında ödeme yapılır.¹⁴³ Kalan miktar SBM'lerince başışlarla karşılanmaktadır.¹⁴⁴

Sigortalıya gerekli ödemenin sunulması için tıbbi sakinleştirme görevinin fiilen ve **sürekli** olarak yapılması gerekmemektedir. Tedavinin SBM'de yapılmasının olanak dâhilinde olması yeterlidir. Bu durum Md. 39 a'nın amacına uygun görülmektedir. Çünkü, belirli, muhtemelen çok kısa dönemler için somut bir tedavi sunulamamaktaysa ödeme yapmaktan kaçınmak anlamlı değildir. Hastanın her zaman kısa süreli tedavinin yapıldığı SBM'ne getirilmesi gerekli olabilir.¹⁴⁵

Yapılacak bir **ödemeye** hak doğumu için son bakım merkezinde yatılı hizmet verilmesi ve burada son bakım görevinin yapıyor olması gerekir. Yani, son bakım merkezi sadece temel edimler arasında bulunan düzenli bir bakım edimi sunmamalı ayrıca son bakım tıbbının gerektirdiği özel edimleri de sağlamalıdır. Bu bakımdan sadece ölüme eşlik yeterli sayılmaz.¹⁴⁶

Almanya'da Hastalık Sigortası kapsamında düzenlenen son bakım hizmetlerine ilişkin hizmetleri şu şekilde göstermek mümkündür.

¹⁴¹ PHILIPP, Nr. 11. NOLTE, Nr. 24: Koşulları gerçekleştiğinde hizmet sunan SBM gerekli personel giderleri için uygun bir ödemeye hak kazanmaktadır. Ödeme gönüllü hizmet sunan bu konuda vasıflı kişi ile eşlik etme sayıları arasından ilişkiye bağlanmıştır. Son bakım görevine ilişkin aynı maliyet için gereken ödeme hakkı örneğin, idari giderler, büro malzemeleri öngörülmüş değildir.

¹⁴² KNISPEL, Nr. 22. Söz konusu edim (e) lere ilişkin olarak Hastalık Kasasının ödemeleri her edim için aylık edim matrahının % 11'i kadardır.

¹⁴³ PHILIPP, Nr. 7: Yasada her takvim günü bakımından üst ve alt sınırı belirlendiği için ödeme takvim ayına göre saptanmaktadır. Alt sınır her takvim yılında aylık edim matrahının % 7'si kadardır. Bu edim matrahı sigortalının ortalama gelirini yansıtmaktadır. Her takvim gününe ilişkin son bakım giderlerinin üst sınırı, diğer edim sunucuların edimleri dikkate alınarak belirlenir. Kural olarak SBM tarafından her gün için yapılan harcama yani fiili giderlerin belirlenmesi gerekir. NOLTE, Nr. 14; KREIKEBOHM, Nr. 8. 2014 'de değinilen tutar aylık 2765 Avro, günlük en az 193.55 Avro'dur.: BECKER, KINGREEN Nr. 10; TRENK, HINTERBERGER, SPICKHOFF, Nr. 8.

¹⁴⁴ Son bakım ve sakinleştirici (palyatif) bakım sunanlar HK'dan maliyeti tamamen karşılamayan bir gelir elde eder. Bu hizmetler de başışlara bağımlıdır. BOLZE, Hospiz.

¹⁴⁵ NOLTE, Nr 8.

¹⁴⁶ KREIKEBOHM, Nr. 3.

Son bakımda sigortalılar	Edime hak sahibi olanlar	Edim koşulları	Edimin kapsamı
Hastalık sigortası kapsamında olan asli ve bağlı sigortalılar	-Sigortalı (asli/bağlı), -Aile üyeleri, -Anne, baba.	-Hastalık Sigortası kapsamında tedavi gerekliliği kalmamış, -Ağır hasta, -Sınırlı bir yaşamı kalmış.	-Evde bakım: x Gönüllü eşlikçi varsa: Bakım için eğitim ücretinin karşılanması, onun vasıtasıyla acının dindirilmesi, ruhsal-mental destek, x Gönüllü eşlikçi yoksa: Mesleki bakıcı temini ve ücretinin karşılanması. -SBM’de bakım: Evde bakım mümkün değilse (Ücretsiz), Yatılı bakım hizmeti giderlerinin (yetişkinlerde % 90, çocuklarda % 95) karşılanması (Hasta bedel ödemez). -Hastahane’de bakım: Hastahanenin özel imkânları gerektirmekteyse.

III. Türkiye’de Evde Bakım, Bakım Sigortası ve Son Dönem Hizmetleri

Ülkemizde Almanya örneğinde olduğunun aksine, ülkemizde evde bakım hizmetleri, bakım sigortası ve ayrıca son dönem hizmetleri sistematik olarak kurgulanmış değildir. Türkiye’de (son bakımı da kapsamak üzere) evde bakım hizmetleri uygulaması özel sektörle başlamıştır.¹⁴⁷ Konuya ilişkin yetersiz de olsa aşağıda açıklanan bazı düzenlemeler bulunmaktadır.¹⁴⁸

A. Umumi Hıfzısıhha Kanunu

24/4/1930 Tarih ve 1593 Sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’na göre, “Memleketin sıhhi şartlarını islah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair **muzır amillerle mücadele etmek** ve müstakbel neslin sıhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi **Devlet hizmetlerindedir**” (Md. 1). Bu maddede genel olarak açıklanan görevler bir diğer maddede “...1 - Doğumu teshil ve çocuk ölümünü tenkis edecek tedbirler. 2 - Validelerin doğumdan evvel ve doğumdan sonra sıhhatlerinin vikayesi. 3 - Memlekete sari ve salgın hastalıkların hulülüne mümanaat. 4 - Dahilde her nevi intani, sari ve salgın hastalıklarla veya çok miktarda vefiatı intaç ettiği görülen sair muzır amillerle mücadele. 5 - Tababet ve şubeleri sanatlarının icra-

¹⁴⁷ ÇAYIR, 340, 341.

¹⁴⁸ Türkiye hk. kısa bir değerlendirme için bkz. ÖZER, ŞANTAŞ, 99. Bu konuda bir ihtiyaç analizi için bkz. HEKİMLER, 71-73. Bakım Sigortasının gerekliliği hk. ayrıca bkz. CANİKLIOĞLU, ÜNAL, 2291 vd.

sına nezaret... “şeklinde somutlaştırılmaya çalışılmıştır (Md. 3). Ancak, evde bakıma ilişkin emare “*Vilayet hususi idareleri bütçelerinde ... sıhhi ve içtimai işlere mahsus tahsisat, ... açılacak hastaneler ve dispanserlerle seyyar etibba teşkilatına ve seyyar etiv tedarikine ve tahirat istasyonları tesisine ve verem ve frengi ve çocuk vefiyatı mücadelesine muhtas hıfzıssıhhai içtimaiye dispanserlerine ve sıtma ve frengi ilacı tedarikine ve Sıtma Kanununda tasrih edilen ahvalde sıtma membalarının izalesine sarfolunur.*” şeklindeki düzenlemede bulunmaktadır. (Md. 18). “Seyyar etibba teşkilatı” ile evde bakım hizmetinin sunulmasını sağlayacak bir “gezici sağlık teşkilatı” ifade edilmiştir.

B. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun

5/1/1961 Tarih ve 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun “*Sağlık hizmetleri: İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir.*” tanımını yapmıştır (Md. 2). Bu kısıtlı tanıma karşın yasa ile kurulan sağlık teşkilatı kapsamında sağlık ocakları ve evleri her türlü koruyucu hekimlik hizmetleri, hastaların muayene ve tedavisi ile sağlık ocağına kayıtlı şahısların sağlık sicillerini tutmakla mükellef tutulmuştur. Her ekibe sağlık hizmetlerini yeterli bir şekilde yapacak motorlu veya gerekirse canlı nakil vasıtası tahsis edilmesi kabul edilmiştir (Md. 10). Hastaların (acil vakalar hariç), önce sağlık evine veya sağlık ocağına başvuruları gerekir.¹⁴⁹

Söz konusu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, 224 SK’da evde bakım hizmeti açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak, konu ile ilgili yönetmeliği göre, “*Çalışma saati içinde evde hasta muayenesi hekimin iş programına ve takdirine bağlıdır. (Hekimin halk ve ailelere nüfuz edebilmek için imkân nispetinde fazla köy ve ev ziyareti yapması arzuya şayan olduğu gözönüne alınacaktır.) Hasta muayenesine resmi vasıta ile gidilir*”¹⁵⁰ Bu düzenleme evde hasta bakımına ilişkindir. Son bakım hizmeti ayrıca ifade edilmemiş olmakla birlikte kapsamda olduğu düşünülebilir.

C. Engelliler Hakkında Kanun

Bakıma muhtaçlık riskinin bir pilot uygulama olarak önce özürülüler için başlatılması önerilmekteydi.¹⁵¹ 1.7.2005 Tarih ve 5378 Sayılı Özürülüler Yasası ile özürülülere evde bakım hizmeti sunulması sağlanmıştır.¹⁵² Kanun’un amacı “... *engellilerin temel hak ve özgürlüklerden faydalanmasını teşvik ve temin ederek ve doğuştan sahip oldukları onura saygıyı güçlendirerek toplumsal hayata diğer bireylerle eşit koşullarda tam ve etkin katılımlarının sağlanması ve engelli-*

¹⁴⁹ Köylük bölgelerde sağlık ocağı hekimleri tedavi edemedikleri vakaları, güç olması muhakkak bulunan doğumları sağlık merkezine, hastaneye sevki gereken acil vakaları hastaneye yollarlar (Md 13).

¹⁵⁰ SAĞLIK HİZMETLERİNİN SOSYALLEŞTİRİLDİĞİ BÖLGELERDE HİZMETİN YÜRÜTÜLMESİ HAKKINDA YÖNETMELİK, Md. 6/i-4. R.G.: 09.09.1964/11802.

¹⁵¹ KAHRAMANOĞLU, Ben Ölünce.

¹⁵² OĞLAK, 105, 106: Evde bakım hastahane yataklarının gereksiz kullanımını azaltacak, bireyin yaşam kalitesini artıracaktır. Değinen nedenlerle, özel bakım sigortaları ile desteklenen bir sosyal sigorta dalının kabulü uygun olacaktır.

liği önleyici tedbirlerin alınması için gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamaktr.” (Md. 1). Kanunda var olan bu genel amaç bir başka normda somut olarak açıklanmıştır. İlgili düzenlemeye göre: “Engellilerin öncelikle **buldukları ortamda bağımsız yaşayabilmeleri için durumlarına uygun olarak gerekli psikososyal destek ve bakım hizmetleri sunulur**. Destek ve bakım hizmetlerinin sunumunda kişinin biyolojik, fiziksel, psikolojik, sosyal, kültürel ve **manevi ihtiyaçları** ailesi de gözetilerek dikkate alınır. Destek ve bakım hizmetlerinin standardizasyonu, geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması için gerekli olan çalışmalar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca yürütülür.” (Md. 6).

5378 SK’da engellilere tanınan buldukları ortamda (evde, bakım kurumunda) bakım hizmeti sunulması olanağı aşağıda açıklanan 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanununda açıklığa kavuşturulmuştur.

D. Sosyal Hizmetler Kanunu

5378 SK’u tamamlayan 24.5.1983 Tarih ve 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu yaşlılar ve engellilere yönelik olarak bakım hizmetini konu alan bazı düzenlemeler getirmiştir. Kanun Devlete genel olarak korumaya, bakıma ve yardıma ihtiyacı olan kişilere insan haysiyet ve vakarına yaraşır şekilde hizmet sunma yükümü getirmiştir (Md. 4/1). Değınilen genel kural “İhtiyacı olan, **engelli ve yaşlıların hayatlarını sağlık, huzur ve güven içinde sürdürmesi, ihtiyacı olan engellilerin toplum içinde kendi kendilerini idare edebilecek ve üretken hale gelebilecek şekilde bakım ve rehabilitasyonlarının yapılması, bunlardan tedavisi mümkün olmayanların sürekli bakım altına alınması amacıyla gerekli her türlü tertip ve tedbir alınır.**” hükmüyle somut hale getirilmiştir (Md. 4/1). Sosyal Hizmetler Kanunu engelliler ve yaşlılar için bakım merkezlerinde bakım olanağı sağlamaktadır.

1. Engellilere yönelik bakım

Bakım koşulları: Engelliler bakımından aranan destek koşulları şöyledir.

A. Engelli olmak.

B. Düşük gelirli olmak. Düşük gelir ölçüsü “Her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, hane içinde kişi başına düşen ortalama **aylık gelir tutarı, asgarî ücretin aylık net tutarının 2/3’ünden daha az ol...**” mak şeklinde ifade edilmiştir

Söz konusu koşullar gerçekleştiğinde engelli kişiye iki olanak tanınmaktadır. Olanaklardan biri bakım hizmeti sunulması, diğeri bakım (sosyal) yardımdır.¹⁵³

Kurumda bakım: Bakım resmî veya özel bakım merkezlerinde sağlanabilmektedir. Bu amaç doğrultusunda Bakanlık bünyesinde bakım ve rehabilitasyon merkezleri¹⁵⁴ kurulması ve faaliyette bulunması hükme bağlanmıştır. Özel bakım merkezlerinde sunulacak hizmetin kişi başına aylık bakım ücreti tutarı belirli bir (20.000) gösterge rakamı ile memur aylık katsayısının çarpımı

¹⁵³ 2828 SK Ek Md. 7/1.

¹⁵⁴ 2828 SK Ek Md. 7/1. “Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri; bedensel, zihinsel ve ruhsal engellilikleri nedeniyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olan kişilerin, fonksiyon kayıplarını gidermek ve toplum içinde kendi kendilerine yeterli olmasını sağlayan beceriler kazandırmak veya bu becerileri kazanamayanlara devamlı bakmak üzere kurulan sosyal hizmet kuruluşlarını, ... ifade eder.” (Md. 3/f-5).

sonucu bulunacak tutardan fazla olamaz.¹⁵⁵ Özel bakım merkezlerine ödenecek bakım ücreti Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bütçesinden karşılanmaktadır.¹⁵⁶ Bakanlık ayrıca bakım hizmeti veren resmi kurumlara yapılacak yardımları da üstlenmektedir.

Bu konuda ayrıca **Darülaceze** Müessesesinden¹⁵⁷ söz etmek gerekir. İstanbul'da faaliyete bulunan bu müessesede ilgili Nizamname gereği olarak "1- Erkek şubesi, 2-Kadınlar şubesi, 3-Çocuklar şubesi, 4-Süt çocukları şubesi," faaliyette bulunmaktadır (Md. 2). Engellilerle ilgili norma göre, "Darülacezeye ancak İstanbul'da doğmuş ve yerleşmiş olup da **malül** iş göremez durumda olan geçinmesini temin edecek miktarda mala malik olmamakla beraber kazanabilme imkânlarından da **aciz** olduğu halde İstanbul'da veya taşrada kanunen kendisine bakacak kudrette ve mükellefiyette bulunmayanlar ve sokakta bulunmuşlar kabul olunurlar."¹⁵⁸ Sadece yoksul maluller değil ayrıca varsıl olanlar da ücreti karşılığı müesseseye kabul edilebilmektedirler (Md. 15, 16).

Evde bakım: Bakıma ihtiyacı olan yoksul engellinin evde bakımına destek için ise belirli bir (10.000) gösterge rakamı ile memur aylık katsayısının çarpımı sonucu bulunacak tutar kadar aylık sosyal yardım yapılır. Bakım merkezlerine yapılacak ödemelerde olduğu gibi, evde bakılan engellilere yapılan ödemeler (sosyal yardımlar) de Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Engellilere evde bakım parası ödeyen bakanlık aynı zamanda sosyal yardımlara ilişkin iş ve işlemleri de yapmakla görevlidir. Bakanlığa bu konuda Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları destek vermektedir.¹⁵⁹

2. Yaşlılara yönelik bakım

Bakım koşulları: Yaşlılara bakımda aranan koşullar şu şekildedir.

- A. Türk vatandaşı olmak,
- B. 65 yaşını doldurmuş olmak,
- C. Düşük gelirli olmak. Düşük gelirin ölçüsü -engelli bakımında olduğu gibi- hanede kişi başına düşen ortalama aylık gelirin asgari ücretin net tutarının üçte ikisinden az olmasıdır.¹⁶⁰

Kurumda bakım: Engelliler için olduğu gibi yaşlılar için de Bakanlık bünyesinde tesisler faaliyette bulunmaktadır. Bakım hizmetini huzur evleri ¹⁶¹

¹⁵⁵ 2828 SK Ek Md. 7/II.

¹⁵⁶ 2828 SK Ek Md. 7/V. Bakıma ihtiyacı olan engellilere sağlanacak bakım hizmetleri, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın temin edilir: 2828 SK Ek Md. 7/VI.

¹⁵⁷ Darülaceze Nizamnamesi, RG 15 Nisan 1916, 2511. Darülaceze Müessesesi 27/4/1984 tarihli ve 3046 sayılı Kanuna 3/6/2011 tarihli ve 643 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen 19/A maddesi uyarınca T.C. Darülaceze Başkanlığı adıyla T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığıyla ilişkilendirilmiştir.

¹⁵⁸ Md. 12. Md. 14: "Darülacezeye akıl hastası ile cüzam illetine tutulmuş olanlar kabul edilemezler. Ancak sari hastalıklar ve cilt hastalıkları ile malul olanlar kabul şartlarını haiz olmakla beraber vaki hastalıkları tedavi kabul eder ise mevcut hastanelerden birisine sevk olunurlar tedavilerinden sonra Darülacezeye kabul edilirler."

¹⁵⁹ 2828 SK Md. 7/IV.

¹⁶⁰ 2828 SK Ek Md. 10/I.

¹⁶¹ "Huzurevleri; ihtiyacı olan yaşlı kişileri huzurlu bir ortamda korumak ve bakmak, sosyal ve psikolojik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarını, ...ifade eder." Md. 3/f-4.

üstlenmiştir. Ayrıca, hak sahipliği koşulları mevcut ise ilgili kişiye kanundaki ifade ile “*hizmet alınımıyla bakım hizmeti verilebilir.*”¹⁶² Hizmet alımı 4374 Sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre pazarlık usulü (Md. 21/I-b) yapılabilir. Düzenlemeden iki husus anlaşılmalıdır. İlki, Aile ve Sosyal Politika Bakanlığı’nın özel yaşlı bakım merkezlerinden hizmet alımı yapabileceğidir. İkincisi ise, “verilebilir” fiilinden anlaşılacağı üzere, özel sektörden hizmet alımının Bakanlığın takdirinde olduğu hususudur.¹⁶³

2828 SK’da bakım hakkı elde eden yaşlılara harçlık verilmesi hükme bağlanmıştır. Harçlık miktarı her yıl merkezî yönetim bütçe kanunu ile belirlenecek miktar üzerinden net olarak ödenmektedir.¹⁶⁴ Ödenmesi aktif veya pasif sigortalı olmamak (herhangi bir sigorta aylık veya geliri almıyor olmak) koşuluna bağlanmıştır. Bu ödeme aynı koşullarda engelli bireylere de yapılmaktadır (2828 SK Ek Md. 10).

Evde bakım: 2828 SK’da (yoksul) yaşlıların evlerinde bakımlarının desteklenmesine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir.

Ülkemizde evde bakım hizmetlerine ilişkin genel bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte 5378 SK ve 2828 SK ile sadece özürülüler evde bakım hizmetine kavuşmuşlardır.¹⁶⁵ Değınmek gerekir ki, bakım hizmetleri **terminal dönem**deki çocuk ve hastalara yaşamlarının son anlarında sevgi ve şefkat görmek, onurlu bir sona ulaşmalarını sağlamak görevini de üstlenmektedir.¹⁶⁶

E. Sosyal Tazmin Mevzuatı

Kamu görevlilerinin sosyal güvenliğini düzenleyen 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu harp malullerine sunulan sağlık hizmetleri için ek olanaklar sağlamaktadır. Harp malulleri eksilen vücut organlarını tamamlattırma, yurt dışında ücretsiz tedavi ettirme gibi olanaklar dışında bakım imkânına da sahip kılınmışlardır. İlgili norma göre, “*Yaşamak için gerekli hareketleri kendi kendine yapmaktan aciz oldukları sağlık kuruluşuna tasdikli raporla sunulacak ve kim-sesizlikleri 108 inci maddede göre belirtilecek olanlar Sandıkça, kurulacak (Harb malulleri Yurdu) nda parasız barındırılır ve tedavileri yaptırılır. Yedirilmeleri için harcanacak paralar, bunların aylık ve harb malullüğü zamlarından kesilir.*” (Md. 65-ç).

F. Sosyal Sigorta Mevzuatı

Önceki sosyal sigortalar mevzuatında evde bakıma ilişkin açık bir hüküm yoktu. Ancak, işçiler bakımından “*Kurum, huzur evleri ile son yardım hastaneleri (şifa yurtları) kurar ve işletir.*” kuralı bulunmaktaydı.¹⁶⁷ 5510 SK ‘da

¹⁶² 2828 SK Ek Md. 10/I.

¹⁶³ OĞLAK, 105: Bu bakımın sadece sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayanlar, ekonomik ve sosyal yoksunluk içinde bulunanlara sunulması uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Söz konusu nedenle bakım hizmetlerinin sosyal sigorta mevzuatında düzenlenmesi gerekmektedir.

¹⁶⁴ ÖZER, ŞANTAŞ, 101.

¹⁶⁵ YILMAZ, SAMETOĞLU, AKMEŞE, TAK, YAĞBASAN, GÖKÇAY, SAĞLAM, DOĞANYILMAZ, ERDEM, 131.

¹⁶⁶ YILMAZ, SAMETOĞLU, AKMEŞE, TAK, YAĞBASAN, GÖKÇAY, SAĞLAM, DOĞANYILMAZ, ERDEM, 127.

¹⁶⁷ 506 SK Ek Madde 11.

da evde bakım hizmetlerine yer verilmemiştir.¹⁶⁸ Bu duruma karşın konu hakkında “Sağlık Bakanlığınca Sunulan Evde Sağlık Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönerge” yürürlüğe konulmuştur.¹⁶⁹ “(1) *Bu Yönergenin amacı; evde sağlık hizmeti sunumuna ihtiyacı olan bireylerin muayene, tetkik, tahlil, tedavi, tıbbi bakım ve rehabilitasyonlarının evinde ve aile ortamında sağlanması, bu kişilere ve aile bireylerine sosyal ve psikolojik destek hizmetlerinin bir bütün olarak birlikte verilmesi için Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurumları bünyesinde **evde sağlık hizmetleri birimleri** kurulması, bu birimlerin asgari fiziki donanımı ile araç, gereç ve personel standardının ve ilgili personelin görev yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi, iletişim, uygulanacak randevu, kayıt ve takip sisteminin tanımlanması ve uygulamanın denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenerek evde sağlık hizmetlerinin devlet anlayışı ile etkin ve ulaştırılabilir bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır.*” (Md. 1).¹⁷⁰

Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan “*Bu Yönerge, Sağlık Bakanlığına bağlı olarak faaliyet gösteren ve Sağlık Bakanlığınca, bünyesinde evde sağlık hizmetleri birimi kurmak suretiyle bu hizmetleri vermeye yetkili kılınacak **yataklı tedavi kurumlarını, toplum sağlığı merkezlerini ve buralarda çalışan personel ile aile hekimlerini, aile sağlığı merkezlerini ve aile sağlığı elemanlarını kapsar.***”¹⁷¹

Sözü edilen aile hekimleri ilgili kuruluş kanunda “*Aile hekimi..., gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ... tabiptir.*” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁷² Evde bakıma ilişkin görevleri ise ilgili yönetmeliğe göre, “*Evde takibi zorunlu olan engelli, yaşlı, **yatalak** ve benzeri durumdaki kendisine kayıtlı kişilere evde veya gezici/yerinde sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve danışmanlık hizmetlerini vermek.*” tir.¹⁷³

¹⁶⁸ OĞLAK, 105.

¹⁶⁹ 1 Şubat 2010 tarihli ve 3895 sayılı Makam Onayı ile yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁰ Yönerge, 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3 üncü ve 9 uncu maddeleri ile 13.12.1983 tarihli ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır (Md. 3-1). Yönerge hk. bkz. SÖZER Ali Nazım, Türk Genel Sağlık Sigortası, İstanbul, 2014, 214, 215.

¹⁷¹ Md. 2-1. Sağlık Bakanlığınca yayınlanan Evde Sağlık Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönerge SUT kapsamına da alınmıştır: SUT 2.1.1.A- (1). Evde sağlık hizmetleri bedelleri hizmet başına ödeme yöntemi faturalandırılmaktadır. Fatura işlemlerinde SUT eki EK-2/B ve EK-2/Ç listeleri esas alınacaktır: SUT 2.2.1.B-3 - (1). Hastaya kullanılan her türlü tıbbi malzemenin sağlık hizmeti sunucusu tarafından temini zorunludur. Sağlık hizmeti sunucusu tarafından temin edilen ilaç ve tıbbi malzeme bedelleri ilaveten faturalandırılabilir. Reçete edilmesi halinde ilaçlar sözleşmeli eczanelerden temin edilecektir: (SUT 2.2.1.B-3 - (1). ÖZER, ŞANTAŞ, 102: “Türkiye’de 1 Mart 2011 tarihinde Sağlık Uygulama Tebliğinde yapılan değişiklikle Sağlık Bakanlığı birimlerinde verilen evde bakım hizmetleri gününbirlik tedavi kapsamında SGK tarafından ödemeye başlanmıştır. Evde sağlık hizmetleri kapsamında yer alacak olan hastalara yapılacak olan harcamalar (serum, ilaç, enjeksiyon, enjektör, pansuman, mansuman malzemeleri vb.) SGK tarafından ödenmektedir. ... Hastanın bu hizmeti hastanelere bağlı evde sağlık birimlerinden alması gerekmektedir.”

¹⁷² 24.11.2004 Tarih ve 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanunu Md. 2.

¹⁷³ Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği, Md. 4/3-g. RG: 25 Ocak 2013.

Evde sağlık hizmetlerinde olduğu gibi, 5510 SK'da düzenlenmeyen son bakım hizmetleri Sağlık Bakanlığı tarafından Palyatif Bakım Hizmetlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönerge kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur.¹⁷⁴ Bakanlığın bu idari tasarrufundan daha önce bazı üniversiteler örneğin Ege Üniversitesi,¹⁷⁵ Dokuz Eylül Üniversitesi,¹⁷⁶ Gaziosmanpaşa Üniversitesi¹⁷⁷ aynı isimde bir merkez (Palyatif Bakım Uygulama ve Araştırma Merkezi) kurmuşlardır.

Sağlık Bakanlığının Palyatif Bakım Hizmetleri Yönergesi'nin amacı birinci maddede "Bu Yönergenin amacı, yaşamı tehdit eden hastalıklara bağlı olarak ortaya çıkan sorunlarla karşılaşan **hastalarda ağrı ve diğer semptomları erken tanımlamak ve değerlendirmek, bu kişilere ve aile bireylerine tıbbi, psikolojik, sosyal ve manevi destek vererek acılarını hafifletmek veya önlemek, yaşam kalitesini geliştirmek için faaliyet göstermek üzere palyatif bakım merkezleri kurmak, bunların işleyişini, fiziki şartlarını, bulundurulması gereken araç, gereç ve personel asgari standardını, personelin görev yetki ve sorumluluklarını ve uygulamanın denetimine ilişkin usul ve esasları belirlemektir**" şeklinde ifade edilmiştir (Md. 1/1).

Türk Hukukunda bakım hizmetlerine ilişkin olarak yapılan açıklamalar aşağıda bir çizelgede gösterilmiştir. Sunulan bu hizmetler arasında ayrıca (Alman Hukukundaki içerikte olmasa da) **son bakım hizmetlerinin** bulunduğunu belirtmek gerekir.¹⁷⁸

Yasal Dayanak	Kişi bakımından kapsam	Sunulan edim
Um. Hıf. Kanunu	Tüm nüfus	Gezici sağlık hizmetleri
Sağl. Hizmetlerinin Sos. Hk. Kn	Tüm nüfus	Evde sağlık hizmeti
Engelliler Hk. Kn.	Engelli kişiler	Buldukları ortamda bakım
Sosyal Hizmetler Kn.	Yoksul engelli	Kurumda bakım (resmi/özel). Evde bakım parası
	Yoksul yaşlı	Kurumda bakım (resmi/özel).
Emekli Sandığı Kn.	Harp malulü	Yurtta bakım.
Sos.Sig. GSS. Kn.	Malul veya yaşlı sigortalı.	Evde sağlık hizmeti

¹⁷⁴ Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 9.10.2014 Tarih ve 64047795 Sayılı Yazı.

¹⁷⁵ Yönetmeliği için bkz. RG: 14 Nisan 2011, 27905.

¹⁷⁶ Yönetmeliği için bkz. RG: 7 Eylül 2012, 28404.

¹⁷⁷ Yönetmeliği için bkz. RG: 13 Ekim 2014, 29144.

¹⁷⁸ ÇAYIR, 342: "Terminal dönem kanser hastaları medikal tedavilerin sonuç vermediği ancak palyatif olarak tedavisi mümkün olan hasta grubudur. ... Bu grup hastaları takip eden evde sağlık hizmetleri ekibi, kanserli hastalarda hem kanserle hem de tedaviyle ilişki olarak... kaşeksi ve beslenme sorunları ile karşılaşabilirler. Kanser hastalarına evde hizmet veren birinci basamak hekimleri bu süreçte... onkolojji hekimi ile sürrekli işbirliği ve iletişim halinde olmalıdır." Ayrıca bkz. ÖZER, ŞANTAŞ, 98.

IV. Sonuç olarak

Almanya örneğinde son bakım hizmetlerinin gelişmesi üç dönemde gerçekleşmiştir. İlk dönemde, Hastalık Sigortasında evde sağlık hizmetleri kapsamında son bakım hizmetleri sunulmaya çalışılmıştır. İkinci dönemde, Bakım Sigortası yürürlüğe girmiş ve son bakım hizmetleri bu kapsamda sunulmaya çalışılmıştır. Son dönemde ise taşıdığı önem dikkate alınarak, konu Hastalık Sigortası içinde ayrıca düzenlenmiştir.

Bu gelişmeler ülkemiz ile kıyaslandığında şu tespiti yapmak mümkündür: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda evde sağlık hizmeti sunumu henüz düzenlenmemiş, konu Sağlık Bakanlığı'nın bir genelgesi ile uygulanmaya çalışılmaktadır. Genelge ile getirilen hak sadece hizmet sunumu ile ilgili olup evde bakıcı giderlerine ve ev idaresine katılımı içermemektedir. Bakım Sigortası akademik çevrelerde tartışılmakta ancak henüz siyasetin gündemine gelememiştir. Son bakım hizmetleri ise yeni kurulmakta olan palyatif bakım merkezleri ile sunulmaya çalışılmakta ancak merkezlerin ve buralarda bakılan hastaların 5510 SK karşısındaki durumları, karşılıklı olarak hak ve yükümlülükleri belirgin değildir.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda, ülkemizde çalışanlara yönelik bir Bakım Sigortasının olmadığı, evde bakım ve son bakım hizmetlerinde çok sınırlı bir uygulama başlamasına karşın kanuni temellere bulunmadığı hususları dikkate alındığında, henüz ilk aşamayı dahi tamamlayamamış olduğumuz gerçeği ortaya çıkmaktadır. Söz konusu nedenlerle, TBMM tarafından evde sağlık hizmeti sunumuna ilişkin kuralların 5510 SK'a alınması, Bakım Sigortasının daha fazla gecikmeden kurulması ayrıca, yine 5510 SK'a son bakım hizmetleri ile ilgili düzenlemelerin eklenmesi uygun olacaktır.¹⁷⁹

¹⁷⁹ ÇALIŞMA YAZIMININ TAMAMLANDIĞI 2014 YILI SONUNA KADAR OLAN HUKUKİ GELİŞMELERİ KAPSAMAKTADIR.

İŞÇİNİN “MALÛLEN” EMEKLİLİĞİ!

Prof. Dr. Müjdat Şakar*

I. GİRİŞ

Üç sosyal güvenlik ödemesi sigortalılar tarafından iyi kavranamadığından birbirine karıştırılmaktadır:

- Sürekli iş göremezlik geliri,
- Malullük aylığı,

- Yaşlılık sigortasından engelliler için kolaylaştırılmış emeklilik seçeneğinden bağlanan yaşlılık aylığı.

Uygulamada vatandaş hepsine, yasal olmayan bir adlandırmayla “**malulen emeklilik**” demekte ve bu durum kafa karışıklığına sebep olmaktadır. Aynı sigorta kolundan aynı aylık veya geliri aldıklarını sananlar, farklılıkları gördükçe Sosyal Güvenlik Kurumu’nun hatalı işlem yaptığını düşünmekte, bizlere danışmakta veya yargıya gitmektedirler.

Aldığı “**sürekli iş göremezlik geliri**”ni malullük aylığı sanan “birinci sigortalı”, 1800 gün prim aranmadan kendisine malullük aylığı bağlandığını ve çalışınca da kesilmediğini söyleyince, gerçekten malullük aylığı alan “ikinci sigortalı” kendisinden neden 1800 gün istenmiş olduğunu ve çalışmaya başladı diye neden aylığının kesildiğini sorgulamaya başlamaktadır. Engelliliği sebebiyle kolaylaştırılmış şartlarla yaşlılık aylığı alan “üçüncü sigortalı” ise, ikinci sigortalının sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışabileceğini, çünkü kendisinin de bu durumda olduğunu iddia edebilmektedir. Oysa bu “sağırklar diyalogu”nun aktörlerini oluşturan üç sigortalının hukuki durumları aynı değildir

Bu yazımızda üç ayrı sigorta kolundan bağlanan bu gelir ve aylıkları açıklamaya çalışacağız¹.

II. İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI SİGORTASINDAN SÜREKLİ İŞ GÖREMEZLİK GELİRİ

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşan hastalık ve engellilik nedeniyle Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurulları tarafından verilen raporlara istinaden Kurum Sağlık Kurulunca meslekte kazanma gücünün **en az % 10 oranında** azalmış bulunduğu tespit edilen sigortalı, sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanır (md.19)². Bunun için **belli bir prim ödeme gün sayısını doldurmuş olmak şartı aranmaz**.

* T.C. Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilimdalı Başkanı

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Müjdat ŞAKAR, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 11. baskı, Beta Yayınevi İstanbul 2014.

² Sürekli iş göremezlik geliri için aranan iş göremezlik oranı Almanya’da % 20, İngiltere’de % 14, İrlanda da ise % 1’dir Bkz. Sait DİLİK, Sosyal Güvenlik, 2. baskı, Ankara 1992, s. 86.

Meslekte kazanma gücünü % 100 yitirmiş sigortalıya "**sürekli tam iş göremezlik geliri**" bağlanır. Meslekte kazanma gücü kaybı oranı en az % 10 fakat % 100 den az bir oran ise "**sürekli kısmî iş göremezlik geliri**" bağlanması söz konusu olmakta, bu da tam iş göremezlik gelirinin iş göremezlik derecesi oranındaki tutarı olarak belirlenmektedir

Sürekli iş göremezlik geliri bağlanabilmesi için, **sigortalının çalıştığı iş-ten ayrılması, iş yerini kapatması veya devretmesi şartı aranmaz**. Örneği Kurumca hazırlanan tahsis talep dilekçesi ile ilgili üniteye başvurusu yeterlidir³.

Sürekli iş göremezlik durumunun tespiti için Kurum Sağlık Kuruluna gönderilecek belgeler arasında, varsa ilk işe giriş sağlık raporu, iş kazası ve meslek hastalığı bildirim belgesi, olayın Kanuna göre iş kazası olup olmadığı veya sigortalının meslek hastalığına yakalandığı işyerine ait çalışma şartlarını net olarak belirtir soruşturma raporu ve tutanaklar ile mahkemelerce iş kazası veya meslek hastalığı olduğunun kabul edildiğine dair belgeler, çalışır veya çalışamaz raporu, geçici iş göremezlik ödeneği belgesi, iş kazasından sonra veya meslek hastalığının tedavisi için başvurduğu hastanelerden alınan epikrizler ile tedavisi tamamlanıp bulguları sekel hâlini aldıktan sonra, son durumunu gösterir sağlık kurulu raporu ve dayanağı tüm belgeler bulunur.

Sürekli iş göremezlik geliri bağlanmış olan sigortalının yeniden tedavi ettirilmesi halinde meslekte kazanma gücünü ne oranda yitirdiği, sağlık kurullarından alınacak raporlara göre yeniden tespit olunur.

III. MALÜLLÜK SİGORTASINDAN MALÜLLÜK AYLIĞI

Malullük sigortasından sağlanan yardım, **malüllük aylığı** bağlanmasıdır (md. 26).

Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün % 60'ını veya vazifesini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse, sigortalı bu hastalık veya engeli sebebiyle malüllük aylığından yararlanamaz⁴. Bu sigortalı Yaşlılık Sigortasından engelliler için kolaylaştırılmış emeklilik seçeneklerinden yararlanabilir.

Sigortalıya malüllük aylığı bağlanabilmesi için sigortalının

— 25.maddeye göre **sigorta başlangıcından sonra** malül sayılması,

³ 4/b kapsamında sigortalı sayılanlara, sürekli iş göremezlik geliri bağlanabilmesi için, kendi sigortalılığından dolayı, genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması zorunludur.

⁴ 5510 sayılı Kanununun 41. maddesine göre yapılan hizmet borçlanmalarında, sigortalılık başlangıç tarihinden önceki sürelerin borçlandırılması halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülerek sigortalılık başlangıç tarihi tespit edilmekte olup, malüllük aylığı bağlanması için aranan sigortalılık süresinin tespitinde yine bu kural uygulanacaktır. Ancak, Kurum sağlık kurullarınca sigortalının 5510 sayılı Kanununun 25. maddesine göre malüllük durumu incelenirken, ilk defa çalışmaya başladığı tarihte malul olduğunun tespitinde, 5510 sayılı Kanununun 41. maddesine göre yapılan borçlanmalar dikkate alınarak tespit edilen sigortalılık başlangıç tarihi yerine, sigortalı adına ilk defa malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilen tarih esas alınacak ve üniteler tarafından Kurum sağlık kurullarına sigortalılık başlangıç tarihi olarak bu tarih bildirilecektir. Bkz. 31.08.2010 tarihli ve 2010/99 sayılı Genelge.

— En az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak **1800 gün** veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması,

— Malûliyeti nedeniyle sigortalı olarak çalıştığı **işten ayrıldıktan** (veya 4/b’li ise işyerini kapattıktan veya devrettikten) sonra Kurumdan yazılı istekte bulunması, zorunludur⁵.

Kanımızca, malûllük aylığı için böyle prim şartları aranması, sosyal güvenlik hakkının özünü zedelemektedir. Zira hiç kimse malûl olmayı istemez, ancak, bu tehlikenin ne zaman gerçekleşeceği de bilinmez. Henüz gerekli şartları taşımadığı bir dönemde malûl kalan sigortalının mağdur edilmesi de sosyal güvenlik anlayışıyla bağdaşamaz⁶.

IV. YAŞLILIK SİGORTASINDAN ENGELLİLER İÇİN KOLAYLAŞTIRILMIŞ EMEKLİLİK

A- % 60 ÇALIŞMA GÜCÜ KAYBI OLANLAR İÇİN

Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce 25. maddenin ikinci fıkrasına göre malûl sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya özürü bulunan ve bu nedenle malûllük aylığından yararlanamayan sigortalılara, en az onbeş yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 3960 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla yaşlılık aylığı bağlanır.

Burada da 4/a’lılar (eski SSK’lılar) için Geçici md.6/7-c ile bir yumuşatma yapılmıştır: 3960 günlük süre ilk defa;

— Kanunun yürürlüğe girdiği tarih ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 3700 gün olarak,

— 01.01.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 3700 güne 100 gün eklenmek suretiyle 3960 günü geçmemek üzere uygulanır.

B- % 60’IN ALTINDA ÇALIŞMA GÜCÜ KAYBI OLANLAR İÇİN

Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, Kurum Sağlık Kurulunca çalışma gücündeki kayıp oranının;

a) % 50 ilâ % 59 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 16 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4320 gün,

b) % 40 ilâ % 49 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 18 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4680 gün,

MYÖ sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla yaş şartları aranmaksızın yaşlılık aylığına hak kazanırlar. Bunlar 94. madde hükümlerine göre kontrol muayenesine tâbi tutulabilirler.

⁵ 4/b kapsamında sigortalı sayılanların kendi sigortalılıkları nedeniyle genel sağlık sigortası primi dahil, prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması gerekir.

⁶ Aynı görüşte: DİLİK, s. 145.

Burada da 4/a'lılar için Geçici md.6/7-d-e ile bir yumuşatma yapılmıştır:
4320 günlük süre ilk defa;

— Kanunun yürürlüğe girdiği tarih ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 3700 gün olarak,

— 01.01.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 3700 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4320 günü geçmemek üzere uygulanır.

4680 günlük süre ilk defa;

— Kanunun yürürlüğe girdiği tarih ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4100 gün olarak,

— 01.01.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 4100 güne 100 gün eklenmek suretiyle 4680 günü geçmemek üzere uygulanır.

V. SONUÇ

İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasından "sürekli iş göremezlik geliri", Malullük Sigortasından "malullük aylığı" ve Yaşlılık sigortasından "engelliler için kolaylaştırılmış emeklilik seçeneğinden bağlanan yaşlılık aylığı"... Bunların hepsine vatandaş, yasal olmayan bir adlandırmayla "**malulen emeklilik**" demektedir. Bu parasal yardımları alanlar, çalışmaya kalktıklarında bağlanan gelir ya da aylığın başına gelenlerin farklı olması karşısında da şaşkına dönmektedirler.

—İş kazası veya meslek hastalığı sonucu en az % 10 meslekte kazanma gücü kaybına uğrayana bağlanan "sürekli iş göremezlik geliri"ni alan, çalışsa da bu geliri kesilmez. Sosyal güvenlik destek primi ödemesi de gerekmez.

—Malullük aylığı alanın ise çalışırsa aylığı kesilir. Sosyal güvenlik destek primi ödeyerek aylığını almaya devam etme hakkı da yoktur.

—Yaşlılık sigortasından aylık alan engelli sigortalı, çalışırsa aylığı kesilecektir. Ancak sosyal güvenlik destek primi ödeyerek aylığı kesilmeden çalışabilme hakkı vardır.

Kanımızca eşitlik ilkesiyle çelişen bu farklılığı izah etmek kolay değildir.

DİĞER ALANLARA İLİŞKİN YAZILAR

MADEN İŞLETME İMTİYAZI ÜZERİNE BİR NOT

Prof. Dr. Zehreddin Aslan*

*Geç tanımaktan dolayı üzgün olduğum
değerli hocama Saygılarımla,*

ENERJİ VE TABİİ KAYNAKLAR BAKANLIĞI İLE DAVACI ŞİRKET ARASINDAKİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİ VE UYUŞMAZLIĞIN HALLİ BAKIMINDAN HUKUKSAL ETKİSİ

İmtiyaz, belli bir kamu hizmetinin, idarenin bir özel hukuk kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca, masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere gördürülmesi usulüdür. Bu usul, taraflar arasında **“bir sözleşme ilişkisi”** kurmakla, idarenin bir kamu hizmetini, tek taraflı bir işlemle bir özel hukuk kişisine gördürülmesi olan ruhsat usulünden ayrılmaktadır. İmtiyaz usulünde, taraflar arasında, idari olduğu kabul edilen bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur ve her iki tarafın, bu sözleşmeden doğan karşılıklı hak ve yükümlülükleri sözleşmede açık bir şekilde belirtilir.

Bu çerçevede, imtiyaz sahibinin en temel hakkı, **“kendisine sağlanan avantajlara saygı gösterilmesini istemektir.”** İmtiyaz sahibinin haklarının diğer açıdan imtiyaz veren idarenin yükümlülüklerini oluşturması sebebiyle, idarenin de, **“imtiyaz sahibine taahhüt ettiği avantajları yerine getirmesi”** ve **“sözleşmenin mali dengesini bozacak davranışlardan kaçınması”** gerekir.

Bu kapsamda, mevcut durumda tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından, imtiyaz usulü temelinde kurulmuş olan söz konusu hukuksal ilişkinin seyrine bakıldığında, imtiyaz sözleşmesinin yapılmasından sonra yürürlüğe giren 3213 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin uyuşmazlığın halinde en temel belirleyici hukuksal norm olduğu görülmektedir. Kanunun geçici 2. madde düzenlemesine göre;

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan GMD, AR, İT, PRT, İR, İİ safhasındaki bütün ruhsatlar 6309 sayılı Maden Kanununda hangi maddeler için verilmişse yalnız o madenlere mahsus olmak üzere kaldıkları yerden bu Kanun hükümlerine göre devam ederler.” ve;

“Yürürlükteki işletme ruhsatları ve işletme imtiyaz sahipleri projelerini sekiz ay içinde bu Kanunda belirtilen şartlara uygun şekilde tadil etmekle yükümlüdür”.

Bu düzenlemeler çerçevesinde yasa koyucunun bu düzenlemelerle, önceki kanun döneminde yürürlükte olan imtiyaz sözleşmelerinin ve buna bağlı hakların devam etmesini amaçladığı ve söz konusu geçici maddeyle de bunun hukuksal altyapısını oluşturduğu görülmektedir. Bu sebeple, Kanunla imtiyaz sözleşmesinin çatışması halinden de bahsedilemeyecektir. Nitekim madde düzenlemesine göre, işletme imtiyaz sahiplerinin yükümlülüğü de, imtiyaz ilişki-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

sine dokunulmaksızın ve o ilişki temelinde, **“projelerini yeni kanunda belirtilen şartlara uygun şekilde tadil etmek”** şeklinde ve bununla sınırlı olarak, ifade edilmiştir.

Tarafların imtiyaz usulüne dayalı olarak kurmuş oldukları sözleşme ilişkisinin sona ermesi yönünde bir irade beyanları da bulunmamaktadır. Yine, mevcut uyuşmazlıkta, imtiyaz sözleşmesinin sona erme halleri açısından, doktrinde ve yargı içtihatlarında yer verilen; **“sözleşme süresinin dolması”, “imtiyazcının kusuru”, “kamu yararına fesih”, “geri alma” ve “karşılıklı anlaşma”** sebeplerinden her hangi birinin de gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. Tarafların imtiyaz sözleşmesini uzatma (temdit) iradeleri olduğu takdirde ise, Teknik Şartnamenin 11. maddesinde uzatmanın şartları belirlenmiştir. Söz konusu 11. madde hükmüne göre; **“İhale süresinin bitmesinden en az beş sene evvel imtiyaz sahibinin talebi ve maden idaresinin teklifi üzerine Vekâlet, ihalenin temdidî lâzım gelip gelmediği hususunda bir karar verecek ve temdide karar verildiği halde keyfiyet resmen imtiyaz sahibine tevdi edilecektir.”** Nitekim, 1987 yılında davacı tarafın işletme ruhsatı, bu çerçevede, 3213 sayılı Kanunu'nun 24. Maddesi uyarınca 33 yıllığına uzatılmıştır.

Bu durumda, 3213 sayılı Kanunun geçici 2. maddesi kapsamında, yeni hukuksal rejime, eski tabiriyle, **“intikali”** ve böylelikle de **“intibaki”** sağlanan imtiyaz sözleşmesinin, 1987 yılında taraflar arasında yeniden ele alınarak uzatılmasının, Teknik Şartnamenin 11. Maddesi de göz önüne alındığında, mevcut yasada imtiyaz usulünün yer almasının doğurduğu bir hukuksal zorunluluk olarak Kanunu'nun 24. maddesi çerçevesinde ruhsat usulü ile yapıldığının, ancak özünde geniş anlamda bir ruhsat (izin) olan imtiyaz ilişkisinin sürdüğünün kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, davalı idareyle davacı şirket arasındaki, yasal temeli 20.07.1954 tarih ve 4/3520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına dayalı sözleşme ilişkisinin, **“3213 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra verilen ruhsatlarla aynı hukuki statü içerisinde değerlendirilmesi”** idari sözleşmelerin tabi olduğu hukuksal rejime aykırılık oluşturacaktır.

Bu çerçevede, intikalın sadece hakkın devri şeklinde değil, öncesinde imtiyaz sözleşmesine bağlı hukuksal statünün de intikali şeklinde anlamak hukuken daha doğru ve yerinde olacaktır. Bu çerçevede yeni kanunun uygulamasında davacı şirketin sahip olduğu ruhsat ve işletme izni de 15.09.1954 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan sözleşme hükümlerine tabi olacaktır. Bu nedenle, imtiyaz sözleşmesinin doğurduğu hak ve yükümlülükler dikkate alınmadan, davacı tarafın maden işletme haklarının sadece 3213 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi hukuken mümkün değildir. Bu yorum, yasa koyucunun Geçici 2. Maddesiyle önceki dönemi hukuksal korumaya alma iradesine de uygun düşmektedir¹.

¹ Yasa koyucunun daha önce kurulmuş hukuksal ilişkileri ve bu kapsamda kazanılmış hakları koruma iradesini gösteren başka bir örnek de Kanunun Geçici 7. Maddesinde görülebilir. Buna göre; **“Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce arama ruhsatı almaya hak kazanan müracaatlar ve mevcut arama ruhsatları, arama ruhsat süresi bakımından 3213 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin bu Kanunla değiştirilmeden önce kazanılmış haklar dikkate alınarak işlemleri yürütülür.”**

AYNI ALAN ÜZERİNDE BAŞKA GRUP İŞLETME RUHSATLARININ VERİLMESİNDE UYULMASI GEREKEN HUKUKSAL ÇERÇEVE

Yukarıda da ifade edildiği gibi, davacı tarafın idareye karşı hak ve yükümlülükleri anılan imtiyaz sözleşmesindeki hükümler çerçevesinde belirlenmelidir. Bu nedenle başka bir kimseye verilecek ruhsat durumunda sözleşmenin 8. maddesindeki ihale usulünün öncelikle göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Somut uyuşmazlıkta böyle bir usule rastlanmadığından dava konusu işlem bu nedenle de hukuka aykırıdır. Ancak bir an için imtiyaz sözleşmesinin devam etmediği kabul edilse bile, dava konusu ruhsat işleminin, 3213 sayılı Maden Kanununun aşağıda ayrıntılı bir şekilde ifade edilecek olan hükümleri bağlamında da hukuka aykırılı olduğu açıkça görülecektir.

Konuya ilişkin yasal ve idari düzenlemeler incelendiğinde, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 3. maddesinin;

"(...) İşletme Ruhsatı: İşletme faaliyetlerinin yürütülebilmesi için verilen yetki belgesi.

İşletme İzni: Bir madenin işletmeye alınabilmesi için izin.

Görünür Rezerv: (Değişik: 4/2/2015-6592/2 md.) Kaynağın üç boyutu ile belirlenmiş olan ve bu boyutlar içerisinde sürekliliği konusunda en az risk taşıyan, jeolojik, madencilik, metalürjik, ekonomik, pazarlama, hukuki, çevresel, sosyal, mali etkenlerin altında ve günün şartlarında işletilebilir kısmı. (...)"

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 24. Maddesinin;

"(...) Görünür rezervi belirlenen alanlar üzerine, maden işletmeciliğine engel olacak şekilde başka grup işletme ruhsatı verilemez. Ancak farklı gruptaki ruhsat taleplerinin aynı kişiye ait olması veya talep sahiplerinin aralarında mutabakat sağladıklarını belgelemeleri halinde bu şart aranmaz.

Aynı alanda ayrı veya aynı gruplara ait ruhsat faaliyetlerinin çakışmasından dolayı, ruhsat sahipleri arasında uyuşmazlık çıkması veya kendi aralarında mutabakat sağlayamamaları halinde, Bakanlık, projeler üzerinde ve/veya yerinde inceleme yapar. İnceleme sonucunda bu alanda, ayrı ayrı çalışma imkânının tespiti halinde, çalışma esasları Bakanlıkça belirlenir. Bu mümkün değilse öncelik hakkı esas alınarak faaliyete izin verilir. (...)"

Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği'nin "Ruhsatların üst üste verilmesi" kenar başlıklı 33. maddesinin:

"(1) Aynı grup ruhsatlar birbiri üzerine verilemez. Ayrı grup ruhsatlar ise üst üste verilebilir. Aynı veya ayrı grup maden ruhsatlarının işletme izin alanlarının üst üste talep edilmesi durumunda, Genel Müdürlükçe projeler üzerinde ve/veya yerinde sahanın jeolojik yapısı, cevherleşmenin özellikleri, maden rezervleri, yatırım ve tesisler göz önünde bulundurularak inceleme yapılır. İnceleme sonucunda, kazanılmış haklar korunmak kaydı ile kaynak kaybına neden olmayacak, maden işletmeciliğini ve işletme güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek şekilde, ayrı ayrı çalışma imkânının tespiti halinde, çalışma esasları Bakanlıkça belirlenerek, bu alanda ayrı gruplarda işletme izinleri verilebilir. Bu mümkün değilse öncelik hakkı esas alınarak faaliyete izin verilir.

(2) Ancak, 2000 hektardan daha az olan IV. ve VI. Grup işletme izin alanları ile 100 hektardan daha az olan II. Grup işletme izin alanları üzerine I (b) Grubu işletme ruhsatı verilmeyeceği gibi I (b) Grubu maden işletme izni üzerine de IV. ve VI. Grup veya II. Grup işletme izni verilmez. Bununla birlikte, farklı gruptaki işletme ruhsatlarının aynı kişiye ait olması veya talep sahiplerinin aralarında mutabakat sağladıklarını belgelemeleri halinde üst üste işletme izni verilir.”

şeklinde olduğu görülmektedir.

Yönetmeliğin yukarıda yer verilen 33. maddesinde yer alan **“ruhsatların işletme izin alanları”** ibaresinden de anlaşıldığı üzere, maden işletme ruhsatları, “madenin hem görünür kısmı, **hem de olması muhtemel** ve mümkün kısımları üzerinde işletme yapabilmek için hak sağlayan işlemidir.

Mevcut uyumsuzlukta da davacı şirketin maden işletme ruhsatı, maden ruhsatı sahasının tümünü kapsamakta, başka bir ifadeyle, davacı şirket, hali-hazırda ve gelecekte söz konusu maden sahasında faaliyette bulunabilme hak ve yetkisine sahip kılınmış olmaktadır. Bu çerçevede, aynı alanda başka grup işletme ruhsatı verilmesinde Kanunun 24. madde düzenlemesi uyarınca, temel prensip, **“maden işletmeciliğine engel olacak şekilde ruhsat verilmemesi”**dir. Düzenleme uyarınca, ikili bir ayrımla;

a) Görünür rezervler bakımından, söz konusu engel olma halinin (daha en başında) tespiti halinde, başka grup işletme ruhsatı verilemeyecek,

b) Diğer durumlarda, başka grup işletme ruhsat faaliyetlerinin çakışması halinde, başka bir ifadeyle taraflar arasında, olayda olduğu gibi, bir mutabakat yoksa, idare tarafından ayrı ayrı çalışma imkanı araştırılacak, bu imkan görülmediği takdirde ise, öncelik hakkı (ekonomik değer) çerçevesinde bir sonuca ulaşılabacaktır.

Sonuç olarak, **idare, her iki halde de, mevcut işletmeye engel olacak şekilde ruhsat vermeme yükümlülüğü altındadır.**

UYUŞMAZLIĞA KONU İŞLETME RUHSATININ HUKUKSAL DURUMU

Uyuşmazlığa konu işletme ruhsatının öncesinde gelen ve Bakanlık tarafından, ruhsat verilmesine dayanak oluşturan “heyet raporu”, işlemin hukuksal dayanağını ve dolayısıyla da sebep unsurunu oluşturduğu için, öncelikle irdelenmesi gerekmektedir. İdari işlem teorisi uyarınca, söz konusu heyet raporunun da bir örneğini gösterdiği hazırlık işlemleri, genellikle bir idari işlemin oluşturulması prosedürünün belirli bir parçasını meydana getirirlerken, aynı zamanda başlı başına bir süreç olan inceleme prosedürü içinde gerçekleştirilir ve dolayısıyla **bu prodesürün bir unsurunu** oluştururlar. (*Hostiou Roger, “Procedure et Forme de l’Acte Administratif en Droit Français” Paris, 1975, aktaran, Celal Ekut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, 1990.*)

Hazırlık işlemleri arasında bağlayıcı olup olmamalarına göre yapılan ayırım bakımından, yasal düzenleme uyarınca ayrı ayrı çalışma imkanının bulunup bulunmadığı yönündeki teknik açıdan yapılan incelemenin Bakanlık için bağlayıcı olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan, söz konusu heyet raporunun hazırlık işlemleri kategorisi içinde “danışma işlemleri” içinde ve bu işlem türünün bir alt türü olarak da “istenmesi ve uyulması zorunlu nitelikte” görüş kategorisine girdiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple **teknik rapor Bakanlık işleminin bir unsurunu oluşturmakta** ve hatta Bakanlık teknik raporun aksine bir görüş

açıklaması mümkün olamamakta, bu nitelikteki bir danışma işlemini olduğu gibi benimsemek zorundadır.

Bakanlıkça bu amaçla yapılacak incelemenin teknik yönlerini belirleyen Yönetmelik hükmü uyarınca, idarenin

a) Projeler üzerinde ve/veya yerinde sahanın jeolojik yapısı, cevherleşmenin özellikleri, maden rezervleri, yatırım ve tesisler göz önünde bulundurarak,

b) (Kazanılmış haklar korunmak kaydı ile)

c) Kaynak kaybına neden olmayacak,

d) Maden işletmeciliğini ve işletme güvenliğini tehlikeye düşürmeyecek şekilde,

ayrı ayrı çalışma imkânının olup olmadığını değerlendirilmesi gerekirken, ve Bakanlığın da bu doğrultuda, inceleme heyetinden;

-işletme izni önerilen alanda, İR: 2549 (S: 433) sayılı ruhsata konu, maden kömürü, kil ve kuvars kumu varlığının bulunup bulunmadığı ve

-sahada yapılacak kumtaşı üretim faaliyetlerinin İR: 2549 (S: 433) sayılı sahadaki maden kömürü, kil ve kuvars kumu üretim faaliyetlerini etkileyip etkilemeyeceği

konularında görüş istemesine karşın, inceleme heyetinin bu değerlendirmelerin yapılmasına imkan verecek sondaj çalışmasını ve diğer analizleri yapmaksızın, kağıt üzerinde bir değerlendirme yaptığı anlaşılmaktadır. **Teknik raporun usulüne uygun hazırlanmamış olması ise, sebep unsurunu oluşturduğu davaya konu Bakanlık işleminin hukuka aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.**

Öte yandan, İdare, her ne kadar, “talep alanı içerisinde herhangi bir madencilik faaliyeti olmadığı, dolayısıyla, talep alanında yapılacak üretim faaliyetlerinin İR: 2549 (S: 433) sayılı sahadaki üretim faaliyetlerini etkilemeyeceği” yönünde bir sonuca ulaşmışsa da, **işletme sahiplerinin ruhsat sahasının tümünde faaliyette bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır.** Madenler uzun vadeli ekonomik ve teknik planlamalar çerçevesinde yürütülen faaliyetlerdir ve maden işletme ruhsatlarının, mevcut uyuşmazlıkta olduğu gibi, uzun süreli verilmesinin sebeplerinin başında da, faaliyetin kendine has bu özelliği yatmaktadır.

Mevcut durumda sahada faaliyet olmadığından bahisle, ayrı gruplara ait ruhsat faaliyetlerinde çakışma olmadığı şeklindeki görüşün hatalı olduğunun bir başka göstergesi de, ilk ruhsat sahibinin o alanda da işletmeye geçtiği zaman sorunun tekrar gündeme geleceği ve ikinci ruhsata konu faaliyetin **“patlatma yapılarak üretim yapılan maden grubu”**na girmesi sebebiyle, kaçınılmaz olarak, “maden işletmeciliğine engel olma” halinin ortaya çıkacak olmasıdır. Bu durumda, yasa uyarınca, bakılması gereken öncelik hakkı kapsamında, işletme konusu madenlerin daha değerli olması sebebiyle, faaliyet önceliği yine ilk ruhsat sahibinde olacaktır.

SEVRES İLE LOZAN ARASINDAKİ YOLCULUK

Prof. Dr. Berin Ergin

24 Temmuz 1923

ÖNSÖZ

SAAT 3.05 geçiyor, YER RUMINI SARAYI LOZAN KONFERANSININ İMZALANACAĞI BİNA. BİR TARAFTA TÜRKİYE VE KARŞISINDA YEDİ DEVLET DELEGELERİ.....

BATI ALEMİ SİNMIŞ, ZORBA DEĞİL ARTIK.

DAYATMA YOK. BU SEFER HÜZÜNLÜ VE KEDERLİ, AMA HIRSLI.

GELECEKTEKİ PLANLARINI DÜŞÜNMEK İÇİN ZAMANA GEREKSİNİMİ VAR!!!!

YIL 1923,24 TEMMUZ.....

20 KASIM 1922 DEN 24 TEMMUZ 1924 E KADAR KIRAN KIRANA SÜR-MÜŞ MÜCADELENİN SONLANDIĞI YERDEYİZ.

YENİ KURULMUŞ TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİ TEMSİLCİLERİNİN BAŞI DİK MAĞRUR HEYECANSIZ SAKİN VE İLK İMZAYI ATMA ŞEREFİNİ EL-DE ETMİŞ TÜRKİYE DEVLETİ BAŞDELEGESİ İSMET PAŞA SAAT 3.09 DA YEDİ DÜVEL TEMSİLCİLERİ KARŞISINDA, KENDİSİNE GAZİ MUSTAFA KEMAL PAŞANIN İMZA İÇİN GÖNDERDİĞİ ALTIN KALEMİ ÇIKARIP İMZA ATAR. ARTIK OSMANLI İMPARATORLUĞU RESMİ OLARAK TASFİYE EDİLMİŞTİR.

ŞAŞKIN, HÜZÜNLÜ, HIRSLARINI KALPLERİNE GÖMMÜŞ AVRUPALI ve Konferans Metnine imza atmamış AMERİKALI DEVLET TEMSİLCİLERİ, CENTİLMEN POLİTİKALARI !! GEREĞİ ARZULARINI BAŞKA BİR BAHARA BIRAKARAK KERHEN İMZALADIKLARI BU ANLAŞMANIN ALTINDA EZİLDİKLERİ AN SAAT 3.09 GEÇEDİR.

BİR BAHAR YAKALAMAK HAYALİ İLE GİRİŞTİKLERİ MÜCADELEDEN YENİK DÜŞMEK HİÇ DE KABUL EDİLEBİLECEK BİR DURUM DEĞİLDİR BATILI İÇİN. BU NEDENLE KAYBETTİKLERİNİ ALABİLMEK VE RÖVANŞ İÇİN 92 SENEDİR ÇALIŞTIKLARINI UNUTMADAN GEÇMİŞTE DOLAŞMAK BUGÜNE IŞIK TUTAR MI, DİYE VE TÜRKİYE'NİN SORUNLARINI ÇÖZMEK İÇİN YARARLI OLUR DÜŞÜNCESİ İLE, ÖVGÜ NİTELİĞİNDE OLMAMAK ÜZERE BİR HATIRLATMA YAPMAK İSTEDİM.

Bu konuda yazılmış binlerce sayfa bilim adamlarının tarihçilerin sosyologların değerli eserleri var. Bunların hepsini okumak bir ömre sığmaz. Gençlere bir hatırlatma olarak panoramik bir gezinti yaptırmakla bu ülkenin nasıl kurulduğunu şartlarını göstermek bizlerin görevi diye düşünmekteyim.

1) GENEL AÇIKLAMA

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluş belgesi olan ve tarihi için önemli belge LOZAN KONFERANSI (Barış Anlaşması) tüm dünya devletleri için de son derece önemli ve Avrupa tarihini değiştiren Gazi Mustafa Kemal Paşa'nın eşi

bulunmaz gayretleri ve dehası sonucu elde edilmiş başarının meyvesidir. Bunu bu zihniyet ile kabul etmeyenleri şimdiden kınamak isterim.

Türkiye Devleti, Osmanlı Devletini yıkan batılı devletlere karşı verilen bağımsızlık savaşı sonunda kurulmuş bir Devlettir. Bu topraklar üzerinde yaşayan halk tarafından sadece bir Devlet kurulmamış eskinin tüm çağ dışı kurumları ve kuruluşları tasfiye edilmiş ve her alanda çağdaşlaşmak için temeller atılmıştır.¹

Türkiye Devletinin kuruluş belgesi olan Lozan Konferansının maddelerinin içeriğini ve bu belge ile varılmış sonucun o günkü şartlar, uluslararası politikalar ve sosyo- ekonomik düzen bağlamında yorum yapabilmek uzmanların yıllarını almıştır ve almaya da devam etmektedir. Sadece o dönemi araştıranlar ve yorumlayanlar değil, Türkiye üzerindeki emellerini unutmamış olan Devletlerin kuruluşları da, bir türlü sosyal niteliğini açıklayamadıkları bu başarıyı elde eden insanların kurduğu devleti yıkma bölme ve sözde yeni devletler kurma hayali ile sistemli bir şekilde ve gayretle çalışmaktadırlar. Anadolu'yu kuruluşa götüren nedenlerin DNA sını bulmaya ve parçalamaya yönelik faaliyetlerin her zaman sürdüğünü bu ülkenin vatandaşlarının unutmaması asıldır.

Lozan'da yedi düvelin gözyaşları ile imzalamak zorunda kaldıkları bu belge 92 yıl sonra bile geçerliliğini koruyan yegâne Uluslararası Barış Anlaşmasıdır.²

Sevres den Lozan Konferansına giden yolu incelemek ve kolayca anlamak çok zordur. Zira dönemin şartlarını, ulusal ve uluslararası durumun inceliklerini, Avrupa'nın kendi menfaatlerinden başka hiçbir konuyu önemsemeyen tavrını, gerçek yüzünü bilmek gerekir. İnsanlık duygularından yoksun politikacıların arasından sıyrılabilme becerisini göstermenin zorluklarını anlamak, Osmanlı İmparatorluğunun çöküşünü ve yok oluşunun nedenlerini bilmek, Türkiye Devletinin kuruluşundaki şartların fotoğrafını çekerek, Mustafa Kemal Paşanın ince politikalarını, Lozan'a giden heyetin ve İsmet Paşanın başarılarını, becerilerini, güdülen politikayı özümsemek, ve ondan sonra LOZAN'ı değerlendirmek kritik etmek mümkün olabilir. Halen derin araştırmalara konu olan bu dönem ile ilgili çalışmaların bitmesi mümkün olmadığı gibi, insanlık tarihi için de bu dönem önemli bir derstir.

Bu nedenle Lozan Konferansının maddelerinden ziyade bu sonuca nasıl gelindiğini, Lozan Konferansının anlaşılabilmesi için gerekli gördük. Böylece Lozan Konferansı ile elde edilmiş sonucun ne denli başarılı olduğu tekrar tekrar özellikle gençlerin gözleri önüne sermek istedik.

Lozan Konferansının başarı olduğunu en başta belirtmek istedim, çünkü çoklarının hafızasında yer etmiş, gerek okudukları ve/veya çeşitli görüş sahiplerinin medyadaki açıklamaları ve yorumları bağlamında Lozan'ın bir hezimet olduğu söylemleri olabilir. 1922 den beri meclis zabıtlarında, hatıratlarda, olumlu ve/veya olumsuz beyanlar yer almıştır. Hatıralarını veya duyduklarını yazanların kendi sübjektif görüşlerinin yer aldığı eserlerin tarihi değerini takdir etmek için yazılı kaynakları incelemek gerekir. TBMM tutanaklarındaki karşıt

¹ Çekiç Orhan: Türkiye Cumhuriyeti Tarihi, cilt 1,2010 İstanbul s. 7 vd.

² Esasen burada vurgulamak gerekir ki, Türkiye tüm anlaşmalara son derece bağlı kalmıştır hiç ihlal etmeden yürürlüğünü sürdürmektedir. Lozan Konferansı bunun başında gelir. Bu metinde delik açmak isteyen bir çok Devlet ve kuruluşu faaliyetine devam etmektedir. Türk Devletinin üzerinde kurulu bulunduğu coğrafyanın her nasılsa önemli olması sürekli tehdit altında yaşamayı bilmemize bağlıdır.

görüşler ve muhalefetin varlığı o dönemdeki meclis yapısı değerlendirildiğinde olumsuz sonuç çıkarmayı gerektirmez.

Belirtmek gerekir ki, muhaliflerin görüşlerinin nedenleri üzerinde o dönemde içinde bulunulan durumun, kültür, eğitim, inanç gibi unsurların da incelenmesi gerekir.³

Her konuda meclisi yetkili kılmak ve demokratik bir Devlet için milletin vekillerinin iradesinin önemli olduğunu vurgulayan Mustafa Kemal Paşa kısa bir sürede toplanarak halkın iradesini temsil eden vekillerin uluslararası siyasetin inceliklerine vakıf olabileceklerini herhalde öngörmemiştir.

Ani ve acil kararlara gereksinim olduğu bu kritik dönemde kendi politikasını ve en iyinin elde edileceğine inandığı yöntemlerin uygulanmasını istemektedir. Bunun için de mücadele vermiş, çeşitli ikna yöntemlerini kullanmıştır. Uygulamak istediği rejimde esasen muhalefet olacağını baştan itibaren bilmektedir. Dünya gerçeklerini uluslararası politikayı kısa bir sürede milletvekillerinin hepsine göstermesi ve özümsetmesi mümkün olmadığından TBMM za-bitlerinde çeşitli fikirler havada uçuşmuştur. Bu muhalefetin o dönem şartları ve sosyal yapısı bağlamında doğal karşılanması gerekir.

Bu nedenle zabıtlara bakarak yorum yapanlar sadece bu zabıtlardaki söylemlere dayanarak Mustafa Kemal Paşa ile İsmet Paşa arasındaki uyuşmazlıkları, Lozan Konferansının bir hezimet olduğu nitelemesi ile açıklamaları gerçekler ile bağdaşmamaktadır.

Bu konuda yorum yapmak ve/veya olayları aktaracakların gerek Lozan Konferansından önceki durumu ve belgeleri, tüm anlaşmaları, Osmanlı İmparatorluğunun son yıllarını ve Türkiye Devleti Millet Meclisi Zabıtlarını, bir bir karşılaştırmalı olarak incelemeleri gerektiğini belirtmek gerekir. Lozan Konferansı zabıtlarının arka perdesini birkaç cepheden yazılmış kitaplar ile birlikte değerlendirmek sureti ile ancak doğru bir yargıya varılabileceğini vurgulamak yanlış olmayacaktır.

II) LOZAN KONFERANSI ÖNCESİ DURUM

A) OSMANLI İMPARATORLUĞU VE SEVRES'E GİDEN YOLU HAZIRLAYAN SEBEPLER

Osmanlı İmparatorluğu en geniş sınırlarına Kanuni Sultan Süleyman zamanında yani 1520 -1566 tarihleri arasında ulaşmış ve fakat hemen akabinde duraklama ve gerileme sürecine girmiştir. Bu süreç 1.Dünya Savaşına kadar sürmüş ve toprak kayıpları sonu hazırlamıştır. Osmanlının yıkılışının sebeplerini kısaca hatırlamakta ve özetlemekte yarar vardır.⁴

Zira Lozan Konferansına giden yolda neler olduğunu kısaca görmeden Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluşundaki olayların sonuçları hakkında fikir yürütmek eksik olacaktır. Bu nedenle 1912 ve 1922 dönemi arasında devam etmiş ve 10 yıl sürmüş savaş sonunda elde edilmiş barışın, nasıl elde edildiğini olayları ve gerçekleri bilmek gereklidir. Bugünkü dünya siyasetinin izlediği yolun görülebilmesi ve özümsemesi ve yorum yapılabilmesi için gerçekleri

³ Velaht Vahdettin ve Padişah Vahdettin ile Mustafa Kemal Paşa ilişkilerinin irdelenmesi ve Mustafa Kemal'in raporlarının değerlendirilmesi ile Osmanlı'nın sona ermesi gün ışığına çıkacak olaylardır. Çekiç O: a.g.e., s.36-40.; Özakman Turgut: Vahidettin M.Kemal ve Milli Mücadele, İstanbul 205., s.210 vd.

⁴ Çekiç O: a.g.e., s. 12 vd.

görmek önemli olup, o dönemin sosyal, ekonomik ve politik tarihi vakıalarını ve kanıtlarını iyi incelemek ve bilmek gerekir.⁵

1) Osmanlı İmparatorluğunun Yıkılmasını Hazırlayan İç Sebepler:

- Uzun süren savaflara girilmiş olması
- Sosyal ve ekonomik yapının bu sebeple bozulması
- Tahta geçen şehzadelerin deneyimsiz olması iyi yetişmemesi, Sancaklara gönderilme konusuna son verilmiş bulunması.
- Tahta en yaşlı ve en sağlıklı şehzadenin geçmesi yönünde usul kabulü⁶
- Padişah katındaki bozuklukların alt kademelere de yansması. Yönetimde zaaf çıkarıcılık, halk ve devlet arasındaki uçurum ve çürümenin başlaması.
- Hazinesinin boşalması nedeni ile savaşmaktan geri çekilen Osmanlının, yeniçeri ve askerlerin ganimet uygulaması ile elde ettikleri gelirlerin sona ermesi sonucu oluşan ekonomik zayıflama ve toplumdaki huzursuzluklar
- Himaye altındaki devletlerden alınan verginin son bulması.
- Taşra teşkilatının bozularak rüşvetin idari birimlere girmesi.⁷
- Kayırma ve rüşvetin önü alınamayan bir uygulama haline gelmesi.
- Toplumsal dengenin bozularak vergi toplayıcılarının ek vergiler toplamaya başlamaları.
- Eyaletlerdeki Tımar Sisteminin bozularak, halkın isyan edecek durumlara gelmesi.
- İskan sorununun patlak vermesi ve köylülerin topraksız kalarak iskan edilebilecekleri yerler bulunamaması
- Hazinesinin boşalmış olması.
- Doğrudan vergi toplama sistemine "İltizam Sistemi" ne geçilerek belirli bir bölgenin vergisinin peşin olarak alma gibi işlemler yapılması.⁸
- Devletin merkezi gücünü kaybetmesi.
- Eğitimin ulemanın eline geçmesi. Dünyadaki ilerleme fen ve sosyal bilimler alanında gerçekleşirken ve batı bilimsel atılımlar yaparken eğitim din mihraklı hale getirilmiştir.⁹

2) Osmanlı İmparatorluğunun Yıkılmasını Hazırlayan Dış Sebepler:

- Ekonomik gerileme
- Osmanlının Sosyo-Ekonomik yapısının sarsılarak geri kalmışlık düzeyine inmesi, bilim ve teknolojiye geri kalmışlık kapitülasyonlar ile verilmiş imtiyazlar nedeni ile Avrupa Devletlerinin ham maddeden başlayarak mamul maddeye kadar olan faaliyetlerini Osmanlı topraklarında gerçekleştirip kolay bir şekilde piyasaya girerek ticaret yapması, Osmanlının sanayi alanında gelişmesinin engellenmesi ve yok edilmesi,

⁵ AKŞİN Sina: Kısa Türkiye Tarihi, İstanbul 2008, s.23 vd, 39 vd, 70 vd, 89 vd.

⁶ Ekber-Erşed usulü 1603-1617 Sultan Ahmet tarafından kabul edilmiş.

⁷ Fuzuli kasidesinde belirtilen "SELAM VERDİM RÜŞVET DEĞİLDİR DİYE ALMADILAR.

⁸ Peşin vergi ödemeyi üstlenen kişiye mültezim deniyor ve bu kişi vergisini ödemediği bu bölgenin vergisini kendisi sonra topluyordu ve böylece mültezim ödemediği verginin çok üstünde vergi toplamak için elinden gelen her türlü mezalimi yaptığından bölgede istikrarsızlık baş göstermiştir. Bu durum bölgede yerel beyler ve ayanların oluşmasına neden olmuştur. Türkiye'de feodal yapının özellikle doğuda ve güney Anadolu'da yerleşmesi bu vergi toplama işinde mültezimlerin türetilmesi ile başlamıştır. Ağalık sistemi bunun sonucudur. Merkezi otoritenin zayıflaması ile de daha bir güç kazanmıştır.

⁹ Çekiç O: a.g.e.s. 13

- Fransız ihtilali ile geliştirilen özgürlük milliyetçilik eşitlik gibi akımlarının İmparatorluk sistemine aykırı olması ve olumsuz etkilemesi. Belirli bir azınlık tarafından benimsenen bu yeni fikirlerin bağımsızlık adı altında isyanlara sebebiyet vermesi ve Avrupalı devletlerin de bu isyanları Osmanlının zayıflamasını sağlamak üzere desteklemeleri.
- Osmanlının toprak kaybetmesi savaşların yenilgi ile sonuçlanması.¹⁰

¹⁰ Osmanlının toprak kaybetmesi Osmanlının bir takım önlemler alması için kafa yormasına neden olmuştur.19 yüzyılda bir takım fikirler ortaya atılmış ve deneme yapılmıştır. Bunlar Osmanlılıkve/veya İslamcılık-Türkçülük ve Batıcılık ve Sosyalizm olarak açıklanır. Osmanlılık ve/veya İslamcılık.: Osmanlının bünyesinde bir çok etnik yapıyı, dinsel kimliği, bir arada tutması ve çok kültürlü monarşik bir yapıda olması hali olarak asimilasyonu ret eden bir niteliğe sahiptir. Ancak Fransız ihtilali sonucunda ulus devlet kavramının ortaya çıkması ile bu çok kültürlülük yapı yeterli olmamıştır. Bu durum özellikle gayri Müslim Osmanlıların bağımsızlık arzularını pekiştirmiştir. Buna Avrupa Devletlerinin de Osmanlı'yı bölmek parçalamak ve ele geçirmek arzusunu eklediğimizde, Osmanlılık fikrinin zayıfladığını görmekteyiz. Oysa salt incelendiğinde Osmanlılık fikri özette; Hiçbir ayrımcılık gözetmeksizin imparatorluk toprakları üzerinde yaşayan tüm unsurların istisnasız aynı siyasi ve sosyal haklara sahip olarak tam bir eşitlik içinde dini ve fikri serbestinin sağlanması ile insanların birbirleri ile kaynaşacakları ortak bir vatan da ortak bir şemsiye altında ortak bir millet olarak yaşamalarının arzu edildiği bir sistemdir.

Esasen bu açıklama ile Osmanlılığın, Devleti oluşturan bütün kavim cemaat ve halkların din, mezhep, ırk farkı gözetmeksizin adalet hürriyet, eşitlik içinde bir arada yaşamalarını ve birlik olmalarının sağlanmak istendiği bir akım olduğu sabittir. Osmanlı devletinde bireyler sadece ibadetini yaparken birbirinden ayrılırdı. II Mahmut Müslümanları camide Hristiyanları kilisede Musevileri Havrada tanımak isterim (Çekiç O: a.g.e.s. 45) diyerek laikliği eşitliği ve özgürlüğü vurgulamıştır. Akşin S: Kısa Türkiye Tarihi, s.83 vd.

II. Abdülhamit zamanında Osmanlı'yı kurtarma adına Balkanlardaki ve Rusya'daki Panslavizm hareketini etkisiz hale getirmek için ortaya çıkmış denebilir. İslamcılar Osmanlı İmparatorluğunun çöküş nedeninin Batıcıların dediği gibi İslamiyet'ten kaynaklanmadığını aksine İslam'da bilime saygı olduğunu yeniliklere açık olduğunu, batı taklitçiliğine son verilerek, İslami inanç ibadet felsefenin canlandırılmasını batı sömürsünden uzaklaşılmasını ve Osmanlıdaki gayrimüslim unsurlarının ayrılıkçı politikaları karşısında devletin bütünlüğünün din birliği sayesinde sağlanabileceği görüşü Osmanlılık fikri olarak (Çekiç O: a.g.e.s. 45) açıklanabilir. Belirtmek gerekir ki Osmanlı içindeki gayrimüslim ve/veya azınlık diye tanımlayacağımız unsurların politikaları ve ülkeden kopmaların önünün alınamamış olması Lozan' a giden yolu hazırlamıştır.

Türkçülük: (Mete Tunçay Cemil Koçak Turgut Boratav vb.: Türkiye Tarihi 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980 İstanbul 1990, s.36 vd.) Osmanlılık ve İslamcılık Osmanlı'yı kurtaramadığı için özellikle Balkan savaşlarının kaybindan sonra gelişen bir akım olarak çöküşün Türkçülük ile kurtarılması idesi ortaya atılmıştır. Ziya Gökalp'in ileri sürdüğü görüşe göre çok uluslu ve dinli devletlerin tarihe karıştığı ancak milli temellere dayanarak ayakta kalılabileceği fikrinden yola çıkılmak istenmiştir. Türkler Osmanlı içinde bir ırk değildir bir sosyal kimlik olarak mevcuttur. Bu nedenle o dönemlerde Türkçülük bilinci oluşmamıştır. Müslüman olmadan önce var olan bir millete mensup oldukları fikri aşılacak istenmiştir. Türklerin Osmanlı içinde tek vücut olarak birleşmesi Türkçülük fikri ile gerçekleştirilmek istenmişti. Bu gerçekleştirilecek ve sonra Turancılık amacı ile tüm Dünyadaki Türklerin bütünlüğünün sağlanması gibi bir amaç oluşturma fikri gelişmiştir. Türkçülüğün esasları olarak denebilir ki; Türklere ulus bilinci aşılmalı, eski Türk masalları Oğuz Han, Cengiz Han yaşam öyküleri anlatılmalı idi, modernleşmek asıldır, ancak batıcılık anlamında değil taklitçilikten kaçınılacaktır, ulusçuluk çağdaş düşüncedir. İslam Dünyası ile iyi ilişkiler

- 1.Dünya Savaşı yaklaşırken Amerika Birleşik Devletleri, Rusya Fran-
sa, ve İngiltere'nin Ermeniler üzerinden sağlamak istedikleri menfaatlerini bi-
çimlendirmek için oynadıkları oyunlar ve Ermeni bağımsız devleti kurulması
yönündeki faaliyetler.¹¹

- Trablusgarp ve Balkan savaşlarındaki hezimet

- 1. Dünya savaşındaki hezimet

Sebeplerden önemli olanları olarak sayılabilir.

B) SAVAŞLAR VE OSMANLI İMPARATORLUĞU¹²

On yıl süren ve 1912-1922 yılları arasında devam etmiş Balkan Devletle-
rinin İşkodra Selanik ve Edirne'ye Saldırması ile başlayan, ve Türk ordusunun
İzmir'e 1922 de girmesi ile sonuçlanmış, Osmanlı Devletinin de parçalanmasına
ve son bulmasına neden olan Balkan Savaşları ile, 28 Temmuz 1914 te başla-
yıp 1918 tarihinde bitmiş 1. Dünya Savaşı ve, Mondros Ateşkes Anlaşması, ve
Osmanlı'nın sonunu getirmiş Sevres, Sevres den Kurtuluş Savaşına ve Mudan-
ya Anlaşmasına, Lozan Konferansına, giden ışıklı yol Türkiye Devletinin olduğu
kadar dünya siyasetinde de çok önemli köşe taşları olarak tarihte yerlerini al-
mıştır.

kurulmalıdır, Türkçülük ıslama aykırı bir düşünce değildir. Türkçülük ve islam
dünyası arasında ilişkinin kurulması asıldır, Ulusal bir ekonomi planı izlenmelidir.
Hanedanlara dayanan imparatorluk dönemleri bitmelidir ulus devletler olmalıdır.
Siyasal-kültürel bağımsızlık esastır. Dil tarih din ahlak alanlarında ki bağımsızlık
ekonomik bağımsızlıkla tamamlanmalıdır. Türkçülükte tüm Türklerin bir araya
gelecekleri bir devletin oluşturulması esası da vardır. TÜRKÇÜLER İttihat ve Terakki
etrafında etkin olmuşlardır. Ulusal bağımsızlık savaşında da etkin olarak katılmışlar ve
Cumhuriyetin kurulmasında bu düşünce yapısının katkısı olmuştur.

Batıcılık: (Çekiç O: a.g.e., s. 46-47) Osmanlı duraklama ve gerileme döneminde devleti
kurtarmak için başvurduğu yoldan birisi de BATILILAŞMA dır. Batıcılık batının tek-
nolojik ve sosyo kültürel ve siyasal kurumlarının benimsenmesi gerektiği fikrinin savu-
nuldığı bir akım olmuştur. İkinci Meşrutiyet döneminde ıslahatın yerini batı siyasi
düşüncesinin benimsenmesi söz konusu olmuştur. Bu görüş bilim ve medeniyete önem
vermiştir. Batının nesinin alınması gerektiği konusunda da ekonomik ve sosyal hayat-
taki gelişmelerin incelenmesi ve alınması bilim ve tekniğin gelişmelerinin takip edilmesi
esasları üzerinde durulmuştur. Batıcılar İslamiyet'in ehil olmayanlar elinde yanlış ve
eksik yorumlanması ve bir dizi batıl itikatların yerleştirilmesi konusunda da batının
teknolojik ve sosyal çağdaş kurallarının tereddütsüz benimsenmesi gerektiğini savun-
muşlardır. Bu arada gelişmek için Latin alfabesinin kabulü özel girişimcilik, kadınların
durumunun düzeltilmesi tesettürün kaldırılması, şapka giyilmesi gibi kurulacak Yeni
Türkiye'nin temellerinin de atılmakta olduğunu görmekteyiz.

Sosyalizm: (Akşin S: Kısa Türkiye Tarihi, s. 88.) 1910 yılında zayıf bir hareket olarak
başında Hüseyin Hilmi adında birisi bulunan Osmanlı Sosyalist Fıkrası kurulmuştur.
Osmanlı ve halkın az gelişmişliğini gözeten ve sanayi olmayan Osmanlıda bu hareket
isabetli bir gelişme kaydetmemiştir. Çünkü işçi sınıfının az olması işletmelerin yabancı
işletmeler olması ve orada çalışanların bilinçlendirilmesi olayları mümkün olamamıştır.

¹¹ V. yüzyılda kurulmuş olan Ermeni Gregoryen Kilisesi ne bağlı olan Ermeniler Hristiyan
mezheplerinin koruyucusu gibi davranan devletler tarafından 17. Yüzyıldan itibaren
başlamış propagandaların etkisi ile Gregoryen Kilisesinden başka Katolik, Protestan Ki-
liselerine bağlı cemaatler haline gelerek üçe bölünmüşlerdir. Bu bağlamda Osmanlı
içindeki Ermeni cemaatlerinin haklarını koruma bahanesi ile ellerini Osmanlı Devleti-
nin içine sokarak müdahale etmişlerdir. (Çekiç O: a.g.e., s. 67 vd.Bu durumlar Osman-
lı'nın parçalanmasında etkin eylemlerdir.

¹² Akyol Taha: Bilinmeyen Lozan, 2014, İstanbul, s. 12 vd.

Bu korkunç savaşlar cephede ve gerisinde milyonlarca kişinin hayatını kaybetmesine neden olmuştur. Osmanlı toprakları paylaşılmıştır. Osmanlı İmparatorluğunun en büyük hezimetini II. Abdülhamit döneminde kaybedilmiş ve 93 harbi olarak da adlandırılan savaşlardır.

Romanya, Sırbistan, Karadağ, Bulgaristan, Kars, Ardahan, Batum, Tunus, Mısır, Kıbrıs, Bosna Hersek bir bir kopan topraklardır. Bu kayıpların üzerine Trablusgarp, Bingazi, Rodos, On iki Adalar 1912 yılına kadar kaybedilen topraklardır. Yunanistan, Bozca Ada, İmroz Taşoz adaları Yunanlıların eline geçmiştir. Rumeli toprakları kaybedilmiştir. Bulgarlar İstanbul'a yaklaşmıştır. Çatalca'ya kadar birlikler çekilmiştir. Balkan savaşları ile Osmanlı Avrupa'daki tüm topraklarını kaybetmiş, Arnavutluk, Ege adaları, Batı Trakya, Makedonya On İki Adalar Osmanlının elinden çıkmıştır. Osmanlının Ege Denizinde söz hakkı bitmiştir.

Bu tablonun yaşandığı Osmanlı Devletini yöneten Padişah ve hükümeti etki altına alanlar, askeri gücünün zayıf yorgun ve silahlarının olmadığı, hazinenin boş olduğu ve içteki karışıklıkların bile hal edilemediği dönemde, yanlış kararlar¹³ alınmasına neden olmuşlardır. İleriyi görememeleri nedeniyle Birinci Dünya Savaşına ve üstelik mağlup Devletler safında yer alarak Osmanlının sonunu hazırlamış ve yok olmasına neden olmuşlardır.

1) 1. Birinci Dünya Savaşı Ve Osmanlı Devletinin Durumu¹⁴

Osmanlı Devleti isteyerek 1. Dünya savaşına katılmamıştır. Osmanlı Devleti toprak kayıpları ile boğulduğu ve Balkanlarda sıkıntı çektiği dönemler olarak 1914'te baş gösteren İtilaf Devletleri ile İttifak Devletleri arasındaki savaşa İttifak Devletleri yanında girmek durumunda kalmıştır.

Mustafa Kemal Paşa 1. Dünya savaşında Osmanlı Yarbayı olarak Tekirdağ, Çanakkale, Gelibolu, Arıburnu, Conk Bayırı cephelerinde görev yapmıştır. Daha sonra albaylığa terfi etmiş ve Anafartalar Zaferini kazanmıştır. Çanakkale savaşlarında 253.000 şehit vermiş Osmanlı ordusu yine de onurunu korumuştur. 1916 yılında Edirne ve Diyarbakır'da görev yapmış Tümgeneral rütbesi ile Rus kuvvetleri ile doğuda savaşarak Muş ve Bitlis dolaylarını geri almış Şam ve Halep te de bulunmuş, Halep'te İngilizlere karşı savaşmıştır. Mondros Mütarekesinin akabinde Yıldırım Orduları komutanlığına getirilmiştir. Bu ordunun lağvedilmesi sonucu Harbiye Nezaretinde görev verilmiştir.

Bunları belirtmekteki neden, Mustafa Kemal Paşanın bu kadar cephede savaşması ve komutanlık yapması ile ne denli tecrübeler elde ettiği ve çeşitli milletlerin askerleri ve komutanları ile karşı karşıya kalmasının onların sosyal psikolojik niteliklerini öğrenmesi yanında, zayıf noktalarını ve emelleri konusunda da bilgi sahibi olduğunu açıklamak içindir.

Birinci Dünya savaşı taraflarının kimler olduğunu gözden geçirirsek batı Devletlerinin nasıl birbirlerinin topraklarında gözü olduğu konusunu ve bu amaç uğruna nasıl kıran kırana savaşmış olduklarını bir kere daha hatırlayacağız.

Birinci Dünya Savaşı İTİLAFA DEVLETLERİ (karşılıklı Anlaşma İçinde Olanlar-aynı amaç için birleşenler- mutual agreement) ve İTTİFAK DEVLETLERİ diye ayrılan taraflar arasında cereyan etmiş milyonlarca asker ve sivilin hayatını kaybettiği, sakat kaldığı bir savaştır.

¹³ Talat ve Enver Paşaların politikalarının değerlendirilmesi gerekir.

¹⁴ Akşin S: Kısa Türkiye Tarihi, s.93 vd.; Çekiç O: a.g.e., s. 55 vd.

Sonuçta Savaşın galibi olan ve İttifak Devletlerinin topraklarını paylaşacak olan İtilaf Devletleri diye anılan veya karşılıklı anlaşma içinde olan Devletler ki bunlar İngiltere-Fransa-Rusya-İtalya-Amerika Birleşik Devletleri - Romanya - Sırbistan - Yunanistan - Belçika -Portekiz - Karadağ - San Marino - Avusturalya - Kanada - Hindistan-Yeni Zelanda dır. ¹⁵ Görüleceği üzere Avrupa Devletleri sömürgelerini de bu savaşa dâhil etmiş ve asker ihtiyacını karşılamak için Asya Avusturalya Kuzey Amerika kıtalarından Avrupa'daki savaşa asker sağlanmışlardır. Böylece Dünya savaşı ortaya çıkmıştır.

Savaşın mağlup olan diğer tarafı İTTİFAK DEVLETLERİ olarak anılır. Anlaşma ile taraf olmuş devletler müttefikler grubunda Almanya ve Alman sömürgeleri - Avusturya -Macaristan İmparatorluğu-Sonradan bu ittifaktan ayrılıp İtilaf Devletlerine geçen İtalya yer almıştır. Osmanlı Devleti 'de bu grubun içine dâhil olmuştur. Bu arada savaşı Almanların kazanacağını düşünen Bulgaristan Krallığı da bu gruba dâhil olmuştur. Bu ittifak aslında üçlü ittifak olarak 1882 de kurulmuş anlaşmaya dayanır. 1882 de Almanya-Avusturya-Macaristan İmparatorluğu ve İtalya arasında askeri nitelikte bir anlaşma yapılmıştı. Bunun nedeni büyük güçler karşısında birbirlerine savunma sağlamak niyetidir. Birinci Dünya savaşına kadar sürmüş bu ittifak Birinci Dünya Savaşındaki taraflar ve menfaatler çizgisi gereği İtalya'nın politikası ittifaktan ayrılmayı gerektirmiş birbirlerine karşı olan taahhütleri yerine getirememişlerdir. Bu durum ne kadar inanılır oldukları hususunda örnek teşkil etmektedir.

Toprak kaybederek küçülen Hasta Adam lakabının üzerine yapışmış olduğu Osmanlı Devletinin Birinci Dünya Savaşında işi nedir diye sormak gerekir?

Bu dönemde Avrupalı Devletler artık Osmanlının yanında değildir. Trablusgarp Savaşına İttihat ve Terakki Paşaları seyirci kalmış sadece Alman İmparatorluğu ile ticaret ilişkisi içinde olmayı tercih etmekte idiler. Ancak Avrupa içinde oluşmuş güçler dengesini iyi göremeyen Osmanlı Sadrazam Halim Paşa ve Alman Büyükelçisi Baron von Wangenheim'in imzaladığı Osmanlı Alman ittifak anlaşması ile ne acıdır ki, üçlü ittifak devletleri arasında yerini almıştır. Mustafa Kemal Paşa gerek hükümete ve gerekse Enver Paşaya kötü yönetiminden ötürü kızmaktadır. Almanlara kayıtsız ve şartsız teslim olmanın yanlışlığını bir rapor ile Enver Talat ve Cemal Paşalara göndermiştir. Almanya ile yapılmış ittifakın 2. maddesi gereğince Osmanlı Devleti Almanya yanında savaşa girmeyi kabul etmiştir. Bu anlaşma imzalandığında Almanya zaten Rusya ile savaşa girmişti. Anlaşmanın imzalandığı gün Harbiye nazırı Enver Paşa seferberlik ilan eder, Meclisi Mebusan tatil edilir, ancak hemen savaşa girilmez ve zaman kazanılmak istenir. Mustafa Kemal Paşa Osmanlı Devletinin Birinci Dünya Savaşına Almanya yanında girmesine son derece karşıdır ve sonuçlarını görmüştür. Veliht Vahdettin ile Alman karargâhına gittiklerinde¹⁶ bu savaşın sonuçlarını gayet iyi gören bir ordu kumandanı olarak, Alman Devletinin yü-

¹⁵ İtalya başta İttifak Devletleri safında iken sonra İtilaf Devletlerine geçmiştir. Amerika Birleşik Devletleri ilerleyen savaş yıllarında İtilaf Devletlerine katılmıştır. Rusya ise 1917 yılında savaştan çekilmiştir.

¹⁶ Çekiç O: age., 1, cilt 2 s.33 vd; Özakman T: a.g.e., s. 210 vd; Mustafa Kemal ile Vahdettin tanışması Almanya gezisi ile başlamıştır.Veliht Vahdettin ittilatçıların karşısında gibidir. Bu gezi ve Mustafa Kemal'in Vahdettin'e söylediği talep ettiği hususlar için açıklayıcı bilgi olarak atıf yapılan eserlere bakınız Ayrıca Nutuk'ta bu konuda birinci ağızdan yazılmış açıklamaları incelenmesi ile Vahdettin hakkında bilgi sahibi olunabilir.

rütmeye çalıştığı savaşın gidişatı hakkında bir ön görüşünün ve ileri taktiklerinin veya A veya B planlarının olmadığını müşahede etmiştir.¹⁷

Ancak şurası bir gerçektir ki, Osmanlı Devleti tarafsız kalsa dahi kazanan taraf Osmanlının topraklarını paylaşmak için yine sahnede olacaktı. Bu nedenle dört bir tarafında topraklarını kaybetmiş Osmanlı Almanya tarafına dâhil olmak zorunda kalmıştır. Olay Atlas Okyanusunda İngiliz Donanmasından kaçan iki Alman gemisinin Akdeniz'den gelip Boğazlardan geçmesi ve Osmanlı Devletine sığınması ile başlamıştır. İngiliz gemileri Çanakkale boğazına kadar gelmiş ve fakat Osmanlı bu gemileri savaş öncesi Almanya'ya sipariş ettiğini ve donanmasına kattığını belirterek gemilere Osmanlı bayrağı çekmesi ile GOBEN ve BRESLAW gemileri YAVUZ ve MİDİLLİ olmuş ve bu gemiler Karadeniz'e çıkarak Rus limanlarını bombalayınca Osmanlı 1. Dünya Savaşına katılmıştır.¹⁸

Birçok cephede savaşan Osmanlı askerinin durumu, yenilgiler, karşısında, Mustafa Kemal Paşanın gayretleri ile vaki kazanımlar yine de savaşın İTİ-LAF DEVLETLERİ tarafından kazanılmasını engellemiştir.

1918 yılına gelindiğinde savaş her iki taraf için de anlamsız ve yorgun bir nitelik almış olduğundan ve özellikle Rusya 1917 yılında savaştan çekilmiş ve Brest-Litovks Barış Anlaşması yapılarak işgal ettiği Polonya Litvanya, Estonya dan çekilmiştir. Bu arada Kars, Ardahan ve Batum'u da Osmanlıya bırakmıştır.

Daha sonra 7 Mayıs 1918'de Romanya, 29 Eylül 1918'de Bulgaristan ve 30 Ekim 1918 Osmanlı Devleti, 3 Kasım 1918'de Avusturya-Macaristan'ın savaşı bırakmaları ve Almanların 11 Kasım 1918'de RETHONDES 'de ateşkesi kabul etmeleri ile Birinci Dünya Savaşı sona ermiştir.

Savaşın sona ermesi her konuyu hal etmemiştir. Savaşın galibi ile yenileni savaşan taraflardaki Devletler ile paralel değildir.

Örneğin Rusya çekilmiş, İtalya Avusturya karşısında hezimete uğramış, Romanya yenilmişti. Amerika Başkanı Wilson her iki taraf devletleri için geçerli olacak nokta i nazarlar tespit ederek açıklamış ve Barışı sağlayacak bir Milletler Cemiyetinin kurulmasını önermiştir. Bu cemiyet daha sonra Birleşmiş Milletler adını alacaktır.

Wilson tarafından ileri sürülen hususlar arasında Osmanlı Devletini de ilgilendiren noktalar aşağıdaki gibidir:¹⁹

- * Karasular dışında savaşta ve barışta denizlerde mutlak serbesti
- * Balkan Devletlerinin ilişkileri milliyetler esas alınarak düzenlenecek.
- * Osmanlı İmparatorluğunun Türk olan kısımlarının egemenliği sağlanacak fakat Türk olmayan milliyetlere muhtar gelişme imkânları verilecek.
- * Çanakkale Boğazı devamlı olarak bütün milletlerin gemilerine açık olacak ve milletlerarası garanti altına konulacak.

Kısaca özetlenmek gerekirse; savaşların sonucunda, Maraş bölgesi 1919 Martında Fransızlara geçmeye başlamış ve Sykes -Picot anlaşması gereği Musul Antep, Urfa Maraş Adana bölgesi Fransız nüfuz alanı olarak ayrılmıştır.

¹⁷ Çekiç O: a.g.e.,1. Cilt 2.kitap s 24 vd.

¹⁸ Çekiç O: a.g.e.s. 59

¹⁹ Çekiç O: a.g.e.s. 72

Ancak bu bölgeler savaşın gelişimine göre ve İngiliz politikası gereği İngilizlerin bölgesi olmaya doğru kaymıştır. Esasen İngilizler, Fransızların Musul ve İskenderun'u ele geçirmesini istemedikleri için bu yerleri işgale başlamışlardır. Buna karşılık 1918, 11 Aralıkta Fransızlar çoğu Ermenilerden oluşan 400 kişilik bir kuvvetle Dört Yol'a girmiştir. Daha sonra Çukurova'ya yönelen bu grup Pozantı Mersin ve Adana'yı işgal etmiştir.

Görüleceği üzere bölgede Fransa ve İngiltere karşı karşıya kalmıştır. Bu arada bölgede İngilizler Kürtleri, Fransızlar Ermenileri desteklemekten geri kalmayarak onları devlet kurmak veya Federasyon için örgütlemektedirler. Bölgeyi ne İngilizler Fransızlara ve ne de Fransızlar İngilizlere bırakmayı dış politikaları nedeni ile hiç istememişlerdir.

2) Birinci Dünya Savaşı Öncesi ve Sonrası Osmanlı İmparatorluğunu Parçalamak için Avrupa Devletleri Arasındaki Yapılmış Gizli ve Ateni Anlaşmalar ve Osmanlı Devletinin Kendini Bağladığı Anlaşmalar

a) Viyana Kongresi²⁰

18. yüzyıl 1789 Avrupa'nın modern Anayasalara dayalı ulus devlet bilincinin yerleşmeye başladığı dönemler olarak Osmanlı topraklarında aynı gelişme gerçekleşmemiş ve etki etmemiştir. Avrupa Fransız ihtilali ile yeni bir yola girmiş, Napolyon savaşları sonucu Fransa'nın yenilgisi Avrupa'nın sınırlarında değişiklikleri gerektirmiştir.

Avrupa tarihinde diplomatik esasların düzenlenmesini sağlayan ve yeni sınırların çizilmesinin yapıldığı bir anlaşma olarak 9 Haziran 1815 Viyana Kongresi Avrupa imparatorlukları arasındaki bir sözleşme olarak İngiltere, Avusturya, Prusya ve Rusya arasındaki güçler dengesini düzenlemiştir. İtalya İsveç, Portekiz daha önceki tarihlerde toprak kayıpları nedeni ile aralarında ittifaklar yaparak bölünmeler ve kuvvetler dengesi oturtulmak istenmiştir. İspanya da 20 Temmuzda bu Sözleşmeye katılmıştır. 1. Dünya savaşına kadar Avrupa coğrafyasında devlet sınırları sürekli değişiklik göstermiştir. Bu sözleşme Avrupa'da yeni bir statü doğurmakla beraber krallık rejimini ayakta tutmak için aralarında anlaşmalar yapmışlardır. Şöyle ki; Rusya ve Fransa'ya karşı Avusturya ve İngiltere ittifakı, Batıdan gelecek hareketlere karşı İngiltere Prusya Avusturya Rusya arası ittifak ve Avrupa'da barışın korunması için, beşli ittifak yapılmıştır. Fransız ihtilalinin Avrupa ve Dünyaya yayılmış ilkelerinden insan hakları özgürlük eşitlik ilkelerinin hiçbir tanesi bu kongrenin arkasında durduğu kurumlar olmamıştır. Ancak Viyana Kongresi İngiltere Rusya Avusturya ve Prusya'nın Avrupa'daki kararlarda söz sahibi olmalarına imkân vermiştir. Bu yeni düzende Devletler farklı farklı ittifaklar kurarak Avrupa'nın ilerde birleşerek güçlenmesi için yapılanmanın başlangıcı olmuştur. Avrupa'nın bu yeni düzenine Osmanlı çok uzak kalmıştır. Bu devletleri daha sonra sahne de Osmanlı'nın parçalanmasında etkin ve karar veren devletler olarak göreceğiz.

b) İstanbul Anlaşması 1915²¹

1. Dünya Savaşı politikası olarak Osmanlı topraklarının paylaşılması için yapılan gizli anlaşma gereğince İngiltere ve Fransa'nın Karadeniz'e çıkarak Rusya'ya silah sağlayıp Alman cephelerine saldırması ve tarım ürünlerinin Av-

²⁰ Armaoğlu Fahir: 19. Yüzyıl Siyasi Tarihi, Ankara 2003, s. 74 vd.

²¹ Çekiç O: a.g.e., s. 83 vd., Demirci Sevtap: Belgelerle Lozan, 2013 İstanbul, s. 28 vd.

rupa'ya akmasını sağlamak istedikleri anlaşma olarak karşımıza çıkar. Bu anlaşmanın konusu ve amacı Rusya'nın İstanbul, Boğazlar ve çevresini alması, İngiltere ve Fransa'nın da Anadolu ve Ortadoğu topraklarını paylaşması esaslarını düzenlemektir.

Bu gizli anlaşma İngiltere ve Fransa'nın Çanakkale'de yenilmesi ve Rusya'da Çarlığın sona ermesi sebebi ile kâğıt üzerinde kalmış bir anlaşmadır. Ancak bu devletlerin bugün üzerinde kurulu bulunan Türkiye Cumhuriyeti Devleti toprakları üzerindeki emellerinin açık bir ifadesi olarak tarih sahnesindeki yerini muhafaza etmektedir.

c) Londra Anlaşması²²

26 Nisan 1915 tarihle yapılmış Londra Anlaşması ile İtalya'nın on iki ada üzerindeki talepleri kabul edilmiş, Anadolu'nun olası bir paylaşımında İtalya ya da pay verilmesi konusunda Fransa İngiltere ve İtalya arasında anlaşmaya varılmıştı.

d) Sykes-Picot Anlaşması 1916²³

İngiltere ve Fransa arasında Osmanlı Devletinin Ortadoğu'daki Arap topraklarının paylaşımına ilişkin gizli anlaşmadır. Çünkü 1.Dünya Savaşında 29 Nisan 1916 da Kut'ül Ammare kuşatmasında Osmanlı Ordusu İngilizleri bozguna uğratmıştı. Bu hırsla İngiltere 1916 da Fransa ile gizli anlaşma Sykes-Picot u imzalamıştır. Esasen İngiltere 1914 ten beri Arap yarımadasını ele geçirmiş ve Osmanlı'ya karşı ayaklanan Mekkeli Şerif Hüseyin'i desteklemiştir. İngiltere kendisine bağlı bir Arap devleti kurulması hayali içinde idi. Mekkeli Şerif, Kutsal toprakları korumak için Anadolu'dan gelmiş Osmanlı Müslüman askerlerini arkadan vurarak Kral olmayı düşünen bir zat olarak 1916 da Krallığını ilan etmiş bir Arap'tır.

Bu kadar plan proje politikaya rağmen Fransa ile İngiltere orta doğunun paylaşılması konusunda bir türlü anlaşmamışlardır. Fransa İngiltere'nin planına karşı çıkmış yeni bir anlaşma yapılması konusunda ısrarcı olmuştur. Yeni anlaşma Rusya'nın da onayı ve katılımı ile yapılmıştır. Anlaşmanın adı İngiltere adına Sir Mark Sykes ve Fransa adına George Picot 'un müzakereleri yürütmesi nedeni ile ikisinin adını almıştır.

Bu anlaşmaya göre, Rusya'ya Trabzon, Erzurum, Van, Bitlis ve Güneydoğu Anadolu'nun bir kısmı verilmiştir. Tabii bu bölgede Ermeni Devleti kurulma hayali vardır.

Fransa Doğu Akdeniz bölgesi ile Adana, Antep, Urfa, Mardin, Diyarbakır, Musul ve Suriye kıyılarının sahibi olacaktır.

İngiltere ise Hayfa ve Akka limanlarını Bağdat ile Basra ve Güney Mezopotamya ya sahip olacaktır.

Fransa ve İngiltere'ye kalan topraklarda Arap Devletleri Konfederasyonu ve/veya Fransız -İngiliz denetiminde tek bir Arap Devleti kurulması hayal edilmiştir.

İskenderun'un ise serbest liman olarak kalması uygun bulunmuştur.

²² Demirci S: a.g.e.s. 29

²³ Demirci S: a.g.e.s. 29., Çekiç O: a.g.e., cilt 1 2. Kitap, s. 10 vd.

Filistin'e gelince kutsal bir yer olduğu için uluslararası bir yönetim uygulanmak istenmiştir.

Bu anlaşmanın gizliliği Rusya'da 1917 de Bolşevik ihtilalin gerçekleşmesi sebebi ile Lenin tarafından bozularak anlaşma ifşa edilmiştir. Böylece yürürlüğe girememiştir. Esasen anlaşmada yer alan bölünme ile ilgili hiç uygulama gerçekleşmemiştir. Yürürlüğü olmayan bir anlaşmanın gündeme getirilmesi gereksizdir.

e) St. Jean de Maurienne Anlaşması ²⁴

İtalya, İngiltere- Fransa- Rusya arasındaki görüşmelerin dışında bırakıldığı ve onların Ortadoğu'daki faaliyetlerini kısıkladığı için 21. Nisan 1917 tarihinde Anadolu'nun paylaşılmasına yönelik bu Devletler ile bir anlaşma yapmıştır.

Osmanlı İmparatorluğunun nasıl paylaşılacağı masaya yatırılmıştır. Buna göre, İTALYA Antalya Mersin ve İzmir'i mutlaka istemekteydi, Osmanlı'nın tam anlamı ile çıkmasına bağlı bir sonuç olduğu için bu rolü de Rusya oynayacaktı fakat Bolşevik ihtilali bunu engellemiştir. 21. Nisan.1917 de yapılan Anlaşmada, 1916 da İngiltere Fransa Rusya arasındaki anlaşma kabul edilerek buna ilaveten İtalya'nın Antalya Konya Aydın İzmir' i alması kabul edilmiştir.

İngiltere ve Fransa'ya İzmir'de serbest liman kurabileme imkânı verilmiştir. İtalya'da Mersin İskenderun Hayfa Akka da serbest liman kuracaktı. Bu anlaşma yürürlüğe girmemiştir. Çünkü Rusya'nın onayına bağlanmıştır. Rusya'daki geçici hükümet bu anlaşmayı onaylamadığı için hiçbir zaman yürürlüğe girememiştir.

Bu anlaşmanın önemi Avrupa ülkelerinin Osmanlı'nın toprakları üzerindeki arzu, özlem, görüş ve niyetlerinin nasıl olduğu konusunda açık bir fikir vermesi nedeniyledir.

f) Balfour Deklarasyonu²⁵

İngiltere ve Fransa Yahudi Devletinin kurulmasını desteklemekte olduğundan 2. Kasım 1917 tarihinde Balfour Deklarasyonu ile İngiltere uluslararası Siyonist bir hareketi desteklediğini ve Filistin toprakları üzerinde Musevi bir Devletin kurulmasını Siyonist hareket lideri Lord Rothchild' e bildirmiştir. Bu dönemde İngilizler, politikaları gereği Araplara yardım ettiklerinden onların haklarının korunması ile ilgili de bir takım hükümlere yer vermişlerdir. İngiltere'nin Osmanlı toprakları üzerinde nasıl hâkimiyet kurmak ve yönetmek ve yeni devletler kurma konusunda fütursuz davrandığını bu Deklarasyonda açıkça görmek mümkün olmaktadır.

Ortadoğu'da bir Musevi Devletinin kurulması gerek Amerika Birleşik Devletlerinin ve gerekse Avrupa Devletlerinin yararına görülmüştür. Ancak bu konudaki istekler o bölgede yaşayan halkların hakları korunurken ikinci sınıf vatandaş olarak telakki edilmeleri engellenememiştir. Filistin halkı üzerinde baskı ve şiddet onların yurtlarından kaçmalarına neden olmuştur. Bölgeye göçmen olarak gelenler bölge halkını yıldırım için terör örgütleri dahi kurmuşlardır. Olaya başka açıdan bakıldığında Bölgede Musevi Devleti kurulması

²⁴ Çekiç O: a.g.e.s.12.

²⁵ Demirci S: a.g.e., s. 29 vd.

Avrupa ve Amerika'nın Orta Doğu politikası bakımından son derece önemli gerekli bir politik yapılanmadır.

g) Muharrem Kararnamesi (1988)

Bu kararname Osmanlı Devletinin aldığı borçları ödeyemediği için yeniden yapılanma olarak 20 Aralık 1988 tarihinde açıklanan bir kararnamedir. Kararnamenin önemi Lozan Konferansında bu belgenin masanın üzerinde olmasıdır. Türkiye bu borçları Lozan Konferansı sonrası halefiyet sebebi ile ödemek durumunda kalmıştır. Osmanlıdan ayrılan devletlere ait olan borçlar bakımından o kısım yeni kurulan devletlerin borcu olarak kabul edilmiş ve borç yükü azaltılmıştır.

Osmanlı Devleti Kırım Savaşı sonrası ilk kez borçlanmaya başlamış ve iç ve dış piyasalardan borçlar almış ve zamanında ödeyemediği için ana para ve faizler bütçe dengesini tamamen bozmuştur. Bu nedenle 30 Ekim 1875 tarihinde önce borçlarını ödeyemediği için Ramazan Kararnamesi ile bir plan yapılmış, ancak buna rağmen maliye iflas etmiştir. 1876-1881 döneminde Osmanlı borçlarını ödeyemediği için Avrupalı bankerler ve Devletlerin baskısı ile anaparadan indirim yapılmış ve Osmanlının iktisadi faaliyetinin yönetimi yabancı devletlerin kontrolüne verilmiştir. Alacaklı Avrupalı Devletler Osmanlının vergi gelirlerine el koymuştur. Buna Düyunu Umumiye denir. Osmanlı Devleti bu kararname ile ekonomik bağımsızlığını kaybetmiştir. Borçlarını toplanan vergilerden ödemeyi üstelik yabancıların kontrolü ile vergilerin toplanmasına müsaade ederek kabul etmiştir.

3) 30 Ekim 1918 tarihinden itibaren Osmanlı Devletinin Sınırları ve Hakları²⁶

Osmanlı Devleti gereksiz bir karar ile dâhil olduğu Birinci Dünya Savaşından en çok yarayı alarak kendini bitirme noktasına gelmiş ve Batılı Devletlerin arzularına uygun olarak ölmeyi seçmiştir.

Mustafa Kemal Paşanın tüm itirazlarına ve Orduların başına Padişahın geçmesi gerektiğini açıklamasına karşın Ordular Alman generallerin elinden alınmamış ve kaçınılmaz son hazırlanmıştır.

Açıklamak gerekirse, Kafkas cephesinde Osmanlı Devleti başarılı olmuştur. Rusya'nın Bolşevik ihtilali sebebi ile çekilmesi lehe bir durum yaratmıştır. Rusya Batum Kars ve Ardahan'dan çekilmiş ve Osmanlı'ya bu yerleri bırakmıştır. Osmanlı bir yanlışlık yapmış Çarlık Rejimi sonrası Bolşevik rejimini tanımayan Azerbaycan, Gürcü ve Ermeni halkları bağımsızlıklarını ilan edince bu durumdan yararlanmak istemiş ve Bakü petrollerine göz koymuştur.

Bakü'den Türkistan'a geçmek ve PAN Türkist birlik kurmak hayalinde olan Başkomutan vekili Enver Paşanın Anadolu halkına ödettiği bedel ise çok ağır olmuştur.²⁷

Bu arada İngiltere'nin Mısırda bir yıldır hazırlık yaptığı ve Filistin Irak cephesinde Petrol ile ilgili niyeti göz ardı edildiği için Osmanlı bakımından hazine ve çok acı bir son gerçekleşmiştir. Mustafa Kemal Paşa Bakü olayları hak-

²⁶ Çekiç O: a.g.es. 75 vd.

²⁷ IBID

kında ki görüşlerini ve uğranılacak felaketi raporlar ile belirtmiştir. Ancak sözünü dinletememiştir.²⁸

Birinci Dünya savaşının bir bütün savaş olduğu tek tek cephelerde başarı sağlamanın sonuç almak demek olmadığı açıktır. Bu nedenle yenilgi genel olarak toprak paylaşımında ortaya çıkmıştır.

Birinci Dünya Savaşının sona ermesi ile galip Devletler mağlup olan Devletlerin toprakları paylaşmıştır. 32 Devletin katıldığı PARİS Konferansı ile 18.Ocak 1919 da devamlı barışın sağlanabilmesi için Milletler Cemiyeti kurulması önerilmiş ve İngiltere'nin başı çektiği bir ON'lar Konseyi kurularak barışı ve toprak bölüşmesini sağlayıcı kuralları düzenlenmiştir.

Dünya haritasının yeniden çizildiği Birinci Dünya Savaşı Paris Barış Konferansı ile (18.Ocak 1919) tarihinde imzalanmış ve Mağlup Devletler ile Konferans ve BARIŞ Anlaşmaları yapılmıştır.

a) Almanya ile Barış -Versailles (28.Haziran 1919)

b) Avusturya ile Barış- Saint Germain (10 Eylül 1919)

c) Bulgaristan ile Barış Neuilly (27. Kasım 1919)

d) Macaristan ile Barış Trianon (4. Haziran 1920)

e) Birinci Dünya Savaşı ve Sona Ermesi Osmanlının MONDROS ATEŞKES ANLAŞMASI 30 Ekim 1918²⁹

Birinci Dünya Savaşının sona ermesi ile ve Osmanlı Devletinin Savaştan çekilmesi sonucu İtilaf Devletleri ile yapmak zorunda kaldığı ve Osmanlının sonunu hazırlayan Anlaşma Mondros Ateşkes Anlaşması, 30 Ekim 1918 tarihinde Ege Denizi'ndeki Limni adasının Mondros Limanında Agamemnun zırlıhısında imzalanmıştır.³⁰

²⁸ IBID. Alman Mareşal Falkenhayn'ın yaptığı yanlışlıklar sonucu yerine Liman von Sanders atanmıştır.

²⁹ Çekiç O: a.g.e. 2.kitap sayfa 126

³⁰ Mondros 'u imzalayan ve müzakereleri yürütenlerin sorumlulukları ve düşünceleri konusunda suçlama yapma veya yorum konusunda ihtiyatlı olunması gerektiğini düşünerek Baş delege Rauf Orbay'ın Calthrope ile baş başa görüşmek istemesinden ve bu görüşmenin ana hatlarından bilgi sahibi olmak gerekir. Zira Rauf Bey, Mondros ile ağır bir hezimetle mazhar olunmamasını münasip bir dil ile açıklamak istemiştir. Savaşa Rusya nedeni ile girildiğini, Rusya'nın politikasının asırlardır Osmanlı'yı yok etmek ve topraklarına girmeyi hayal ettiğini, Osmanlının milli varlığını korumak için dört yıldır savaştığını Çarlık İdaresinin devrilmesinden sonra bir süre bu tehlike gecikmiş olabileceğini ve fakat tamamen ortadan kalkmadığını, Türkiye'nin coğrafi ve stratejik durumunun göz önüne alınarak ülkede sulh ve sükun içinde gelişip yaşamak istediklerini bunun İngilizler başta olarak İtilaf Devletleri için lehe olduğunu, Yakın doğu için faydalı sulh ve sükun unsuru olacağını, dört yıllık savaşın verdiği tecrübe nin İngiltere Hükümetince de anlaşılacağını, Yeni kabinenin sulhu ulaşmak için İngilizler ile temasın gerekliliğine inandığını, gelişmek için İngiliz Siyasetine uygun politika gütmenin faydalı olduğunu düşündüğünü, belirtmiştir. Bu açıklamadan sonra Rauf Orbay üstüne basa basa " Bir an evvel barışa dönmeye taraftarız..fakat kabul ve tatbik edemeyeceğimiz şartlar altına imzamız koymamız bahis konusu olamaz. ...Yapılacak tekliflerin kabulünün mümkün olmamasından dolayı savaşı durdurmak imkan dahilinde olmazsa, İtilaf Devletleri büyük zayıf vererek belki İstanbul'a girebilirler. Ama Trakya hududunda harp başlayınca İstanbul'da azınlıkların şuuruzca ayaklanmaları da bir iç harbe yol açar...İstanbul harp alanına dönüşebilir ve beklenen barış sağlanmayabilir....o zaman Türkler her şeyi göze alarak SONUNA KADAR HARBE DEVAMA MECBUR KALACAKLARDIR....sonunun nereye varacağını kestiremiyorum. Fakat İtilaf Devletleri lehine

İmzalayanlar İtilaf Devletleri tarafından İngiliz Amiralî Calthrope Osmanlı Devleti'nden Bahriye Nazırı Rauf Orbay Baş Delege olarak, Hariciye müsteşarı Reşat Hikmet, Sadullah Bey imzalamışlardır. Heyette Bahriye Yaverî Seyit, Tevfik, Ali Türkgeldî beyler de vardır. Bu arada İttihat Terakkicilerin de ülkeyi terk ettikleri vakiasını belirtmek yararlı olacaktır. Terk edenlerin başında Talat, Enver, Cemal paşalar var. Bir Alman gemisi ile Rusya'ya kaçmışlardır.³¹

Mondros Ateşkes Anlaşması Osmanlının tüm egemenliğine son veren çok acıklı bir anlaşma olarak İstanbul ve Çanakkale Boğazlarının İtilaf Devletleri gemilerine açık olması hükmünü ihtiva etmektedir. Osmanlı ordusunun terhis edilmesi ve tüm silahların toplanması anlaşma hükmüdür. Bunun anlamı Osmanlı Devletinin savunmasız bir hale getirilmesidir. Ulaşım ve iletişim araçları Postane, Demir yolları, Deniz Yolları İtilaf Devletlerinin denetimi altına sokulmuştur. Anadolu'nun birçok yeri İtilaf Devletlerince işgal edilmeye başlanmıştır.³²

Ateşkes anlaşması kısa sürede uygulanarak ordu dağıtılmış, Silahlara el konulmuş, ulaşım ve iletişim araçları ile yollar İtilaf Devletlerinin denetimine verilmiştir. Osmanlı Devleti bu işgallere hiç karşı koyamamıştır.

Aşağıda metni belirtilmiş Mondros Anlaşması üç önemli aleyhe stratejik konuyu ihtiva etmektedir.

aa) Askerî nitelikteki hükümlerin içeriği bağlamında ağır sonuçlar şöyle açıklanabilir. Öncelikle askerin terhisi sağlanacak ve esirler serbest bırakılacaktır. (Madde 4) Bu esirler İtilaf Devleti esirleri ve Ermeni esirlerdir. Görevde kalacak Osmanlı Askeri, İtilaf Devletlerinin kontrolünde olacaklardır. Hicaz Yemen, Suriye Irak ve Trablusgarp'taki Osmanlı subayları ve askerler en yakın İtilaf Devletine teslim edileceklerdi.

bb) Ekonomik açıdan meydana çıkan sonuçlar ise, TOROS TÜNELLERİNİN İtilaf Devletleri tarafından işgal edilmesi, demir yollarının İtilaf Devletleri kontrolüne bırakılması, Yeraltı ve yer üstü zenginlik ve kaynakların İtilaf Devletleri kontrolüne girmesi, ihtiyaçtan fazla kömür akaryakıt gibi yer altı kaynaklarının ihracı engellenmiştir.

cc) Egemenliğin kısıtlandığı hatta yok edilmesi sonuçları doğuran hususlar ise; Boğazların tüm Devletlere açılması ve İtilaf Devletleri tarafından işgal edilerek kendi güvenlikleri açısından her türlü tehdit olarak kabul edilecek fiil ve durumda işgal etme hakkının olması, Altı tane Şehir ismi verilerek, Sivas, Diyarbakır, Van, Bitlis, Harput, Erzurum'da karışıklık çıkması halinde buraların derhal işgal edilebileceğinin mümkün hale gelmesi ile Ermeni ve Kürt Devleti kurma planının ön hazırlığı yapılmıştır.. (Madde 24)

Diğer bir en önemli husus tüm haberleşme ulaşım araçlarının İtilaf Devletlerinin kontrolüne geçmesidir ki, bunun olumsuz sonuçları Lozan Konferansı sırasında İtilaf devletlerinin iletişim merkezine koymuş oldukları sistem nedeni ile telgrafların Türkiye'den Lozan'a ve Lozan'dan Türkiye'ye ulaşması konusunda önemi rahatsızlıkların yaşanmasına neden olmuştur. (Madde 12) Türk heyete-

olacağını hiç zannetmiyorum. Ancak bu badirede akacak kandan ve meydana gelecek zarardan Türklerin sorumlu olmayacakları tabiidir." Şeklinde konuşma yapmış ve fakat bir sonuç almak mümkün olamamıştır. Bazı pazarlıklar ve değişiklikler yapılmışsa da önemli olmamış ve Osmanlı sonunu getiren ilk anlaşmayı imzalamıştır. Çekiç Orhan: Mondrostan İstanbul'a İmparatorluktan Cumhuriyete, İstanbul 2014, s.273 vd.

³¹ Akşin S: a.g.e., s.119 vd.

³² İletişim araçlarına el konulması Lozan'da telgraf krizine neden olmuştur.

tinin bunu fark ederek başka yollar denemesi zaman almıştır. Ayrıca Ankara'dan gelen bilgilerin toplantı başlamadan önce ve Türk heyetine ulaşmadan önce İtilaf Devletleri tarafından çözülmüş olarak toplantının sürmesi kritik durumlara neden olmuştur.

dd) MONDROS ATEŞKES ANDLAŞMASI HÜKÜMLERİ: ³³

1) Çanakkale ve İstanbul Boğazlarının açılması, Karadeniz'e serbestçe geçişin temini ve Çanakkale ve Karadeniz istihkâmlarının İtilaf Devletleri tarafından işgali sağlanacaktır.

2) Osmanlı sularındaki bütün torpil tarlaları ile torpido ve kovan mevzilerinin yerleri gösterilecek ve bunları taramak ve kaldırmak için yardım edilecektir.

3) Karadeniz'deki torpiller hakkında bilgi verilecektir.

4) İtilaf Devletlerinin bütün esirleri ile Ermeni esirleri kayıtsız şartsız İstanbul'da teslim olunacaktır.

5) Hudutların korunması ve iç asayişin temini dışında, Osmanlı ordusu derhal terhis edilecektir.

6) Osmanlı harp gemileri teslim olup, gösterilecek Osmanlı limanlarında gözetim altında bulundurulacaktır.

7) İtilaf Devletleri, güvenliklerini tehdit edecek bir durumun ortaya çıkması halinde herhangi bir stratejik yeri işgal etme hakkına sahip olacaktır.

8) Osmanlı demiryollarından İtilaf Devletleri istifade edecekler ve Osmanlı ticaret gemileri onların hizmetinde bulundurulacaktır.

9) İtilaf Devletleri, Osmanlı tersane ve limanlarındaki vasıtalarından istifade sağlayacaktır.

10) Toros Tünelleri, İtilaf Devletleri tarafından işgal olunacaktır.

11) İran içlerinde ve Kafkasya'da bulunan Osmanlı kuvvetleri, işgal ettikleri yerlerden geri çekilecekler.

12) Hükümet haberleşmesi dışında, telsiz, telgraf ve kabloların denetimi, İtilaf Devletlerine geçecektir.

13) Askeri, ticari ve denizle ilgili madde ve malzemelerin tahribi önleneyecektir.

14) İtilaf Devletleri kömür, mazot ve yağ maddelerini Türkiye'den temin edeceklerdir. (Bu maddelerden hiç biri ihraç olunmayacaktır.)

15) Bütün demiryolları, İtilaf Devletlerin zabıtası tarafından kontrol altına alınacaktır.

16) Hicaz, Asir, Yemen, Suriye ve Irak'taki kuvvetler en yakın İtilaf Devletlerinin kumandanlarına teslim olunacaktır.

17) Trablus ve Bingazi'deki Osmanlı subayları en yakın İtalyan garnizonuna teslim olacaktır.

18) Trablus ve Bingazi'de Osmanlı işgali altında bulunan limanlar İtalyanlara teslim olunacaktır.

19) Asker ve sivil Alman ve Avusturya uyruğu, bir ay zarfında Osmanlı topraklarını terk edeceklerdir.

20) Gerek askeri teçhizatın teslimine, gerek Osmanlı Ordusunun terhisine ve gerekse nakil vasıtalarının İtilaf Devletlerine teslimine dair verilecek herhangi bir emir, derhal yerine getirilecektir.

³³ Çekiç O: a.g.e. 2. Cilt s. 126; Çekiç O: Mondros, s.279 vd.; Akşi S: a.g.e., s.118 vd.

21) *İtilaf Devletleri adına bir üye, iase nezaretinde çalışacak bu devletlerin ihtiyaçlarını temin edecek ve isteyeceği her bilgi kendisine verilecektir.*

22) *Osmanlı harp esirleri, İtilaf Devletlerinin nezdinde kalacaktır.*

23) *Osmanlı Hükümeti, merkezi devletlerle bütün ilişkilerini kesecektir.*

24) *Altı vilayet adı verilen yerlerde bir kargaşalık olursa, vilayetlerin herhangi bir kısmının işgali hakkını İtilaf Devletleri haiz bulunacaktır.*

25) *Müttefiklerle Osmanlı Devleti arasındaki savaş, 1918 yılı Ekim ayının 31. günü mahalli saat ile öğle zamanı sona erecektir.*

Mondros Ateşkes Antlaşması yukarıda belirtildiği gibi Osmanlının egemenliğine son veren ve bir anlaşma olarak Boğazların İtilaf Devletleri tarafından işgal edilmesi ile Anadolu ve İstanbul'un irtibatı kesmiştir. Bu durum İstanbul için önemli bir tehlike olup esasen Osmanlı üzerinde İtilaf Devletlerinin oynadığı oyun 18 Ocak 1919 da başlayan Paris Barış Konferansında açıkça belli olmuştur.

Paris Barış konferansındaki genel düşüncüyü özetlemek gerekirse;

İngilizler Boğazların gerek savaşta ve gerekse barışta her türlü geminin geçmesine açılmasını istemekteydi. Anadolu ve İstanbul'da güçlü bir devlet istenmemekte idi. Gerçekte hiçbir Devlet Anadolu'yu birbirine kaptırmak istememiştir. Amerika'yı da uzakta tutmaya çalışmışlardır.³⁴ ANADOLU'DA AMERİKAN Mandası gibi bir durum söz konusu olursa, bunun sonucu olarak Amerika'nın Akdeniz'de güçlü bir donanma bulundurması gerekeceğinden böyle bir olasılık hiç istenmemiş ve Uluslararası bir Denetim mekanizması arayışına gidilmiştir.

Diğer önemli konu İzmir ve çevresidir. İzmir'in İtalya yerine Yunanistan'a verilmesi düşünülmüş İngiltere bunu uygun görmemiş Ege'nin Yunanlılara, İtalya'ya da Anadolu'da bir imtiyaz verilmesi masadaki görüşme konuları olmuştur.³⁵

Osmanlı Devleti'ne imzalatılan ve bağımsızlık anlayışı ile hiç bağdaşmayan Mondros Ateşkes Antlaşması, Osmanlı Devleti'nin egemenlik alanını daraltması ve İtilaf Devletleri tarafından vaki işgaller Anadolu'nun hareketlenmesini mümkün kılmıştır. Bu durum Mustafa Kemal Paşanın amacını kolaylaştırmıştır.

Özellikle, Boğazların İtilaf Devletleri tarafından işgali Anadolu ile Trakya'nın bağlantısının kesilmesi, İstanbul'un güvenliğinin tehlikeye düşmesi, İtilaf Devletlerinin kendi güvenliklerini tehdit edebilecek bir durum ortaya çıkarsa, herhangi bir stratejik noktayı işgal edebilecekleri koşulu yakın bir gelecekte ülkenin bütünüyle işgal edileceğinin ilk belirtisi olmuştur.

13 Kasım 1918 de İtilaf donanması İstanbul boğazında demirleyerek toplarını Dolmabahçe'ye çevirince, durum daha da vahim hale gelmiştir. Sözde Paris Barış Anlaşmasına uygun olarak Yunanlılar 15.Mayıs 1919 tarihinde gayrimüslim Osmanlıların büyük tezahürat yaptığı bir karşılama ile İzmir'e girmişlerdir.

Tarihçi Arnold Toynbee, yabancı bir gözlemci olarak Yunan'ın 15 Mayıs 1919 tarihinde yıkıcı bir kuvvet ile Dünya savaşının sona ermesinden altı ay

³⁴ Çekiç O: a.g.e. 2. Kitap s. 80, 151 vd.

³⁵ İbid. S. 151 vd.

sonra saldırı ile işgale başladığını belirtmiştir.³⁶ Mondros anlaşmasına aykırı olarak İzmir'e giren Yunan Ordusu Ankara yakınlarına kadar işgal edecektir. Lloyd George Osmanlının öldüğünü sevinçle haykırmaktadır.³⁷ Megali İdea iki kıtada beş denizde Yunanistan şeklinde fikrini açıklayan Venizelos'un söylemi önceleri kulağa hoş gelmiş olmalıdır. İngiltere Yunanı Akdeniz'de bekçisi olarak kullanmak ve Büyük Yunanistan şişirmesi yaparak Doğu Akdeniz deki hakimiyeti elinde tutarak Süveyş Kanalı yolu ile Hindistan, Uzakdoğu, Avustralya ya ulaşım yollarına hükmetmek amacındadır.

Yunan ordusuna Türklere baskı yaptırarak Sevri kabul ettirmek isteyen Lloyd George Türk Düşmanlığını bütün benliği ile politikasında kullanmıştır. Esasen savaş sonrası İngiltere iflas durumunda olduğu için Yunan ordusunu kullandığı da bir gerçektir.³⁸ Yunan ordusunun hiçbir savaş kuralına uymaksızın sivil halkı öldürmesi yakıp yıkması tecavüz etmesi gibi haller eline fırsat geçince sürekli uyguladığı bir yöntem olarak tarih sayfalarında yerini almıştır.

İzmir işgal edilince bu duruma tahammül edemeyen Gazeteci Hasan Tahsin, Yunan askerlerine ateş açınca kendi canından olarak şehit olmuştur. Bu olay Türk halkının gerçekten ve sonsuz bir isyanla içine düşürüldüğü duruma karşı gelinmesi gerektiği bilincinin doğduğu an olarak Kurtuluş Savaşı'nın başlamasını tetikleyen olaydır.

İ YÜRÜRLÜĞÜ HİÇ OLMAMIŞ SEVRES Barış Anlaşması 10 Ağustos 1920³⁹

Birinci Dünya savaşı sona erdikten sonra devam eden Kurutuluş savaşı döneminde Birinci Dünya Savaşı galipleri İtilaf Devletleri Osmanlı Devleti dışındaki İttifak Devletleri ile Anlaşmalar imzalamış ve fakat 1919 Mayısına kadar Osmanlı Devleti ile bir Anlaşma yapılmamış sadece Mondros Ateşkes Anlaşması yapılmıştı.

İzmir'in Yunanlılar tarafından işgali ve İtilaf Devletlerinin İstanbul'u işgali ve donanmalarını boğazda demirlemesi, Anadolu'da Mustafa Kemal'in kurtuluş mücadelesi ateşini yakması ile ulusal direniş, Hükümetinin kurulması gerçekleşmiştir.

Osmanlı Devletinin hiçbir idari ve askeri denetimi kalmamış bulduğundan Anadolu Ulusal Direniş Hükümeti Türk varlığını olumsuz etkileyecek hiçbir Barış Anlaşmasını kabul etmeyecekleri bildirerek gerekli hazırlıklara başlamıştır.

Bu arada İtilaf Devletleri bir Barış Anlaşması metni hazırlayarak 22 Nisan 1920 tarihinde Paris'te yapılacak Barış Anlaşmasına Osmanlı'yı davet etmişlerdir. Vahdettin bir heyeti Paris'e göndererek davete icabet etmiştir. Esasen bu dönemde Vahdettin'in politikası şirin görünmek ve yumuşak davranmak olup, sadece İstanbul'da küçük bir yerde saltanatını sürdürmeyi bile kabul

³⁶ Caşın Mesut: Lozan Barış anlaşması 80.Yılında İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 33 vd.

³⁷ Akşin Sina: İç Savaş ve SEVR'de Ölüm, İstanbul 2010, s.341 vd. Lloyd George parlamentoda "TURKEY IS NO MORE" diyecek kadar ileri gidip hiçbir şey Türkiye'yi bir imparatorluk olarak bir daha bir araya getiremez demiştir. Osmanlı'ya sahte bir yaşama umudu vermekteydi.

³⁸ Akyol T: a.g.e.s. 40

³⁹ Bkz Akyol T: a.g.e.s. 28 vd,37 vd; .Akşin S: a.g.e., Sevr, s..199 vd

eden, ancak Ulusal direniş hareketinden de korkan bu yüzden İngilizlerden kendisini korumalarını istediği gerçekleri de hatırdan çıkarılmamalıdır.

Paris'e heyetin gitmesinin ertesi günü 23. Nisan 1920 tarihinde Mustafa Kemal Ankara'da Meclisi toplayarak taraf Devletlerin Dışişleri Bakanlarına 30 Nisan 1920 tarihinde gönderdiği nota ile İstanbul'dan ayrı bir hükümetin Ankara'da kurulduğunu resmen tebliğ etmiştir.

Ankara Hükümeti 7.Haziran 1920 günün aldığı karar ile İstanbul'un işgal edildiği 16.Mart 1920 tarihinden itibaren İstanbul Hükümetince yapılmış bütün uluslararası belgelerin anlaşmaların sözleşmelerin geçersiz olduğunu ve yok hükmünde bulunduğunu bildirmiştir.⁴⁰ Bu bildirim esasen Sevres'in yok hükmünde olduğunun resmi belgesidir.

Paris'e giden heyet Başkanı Ahmet Tevfik Paşa Barış şartlarının çok ağır ve kabul edilmesi mümkün olmadığını görerek İstanbul'a durumu bildirerek görüşmelerden çekilmiştir. Barış şartlarını kabul etmeyeceği görülünce İtilaf Devletleri İzmir'i işgal eden Yunan güçlerine Egenin ve Trakya'nın içlerine girmesini ve İşgal etmesi kararını bildirmiştir. Bunun üzerine Osmanlı Saltanatı Paris'e ikinci bir heyet gönderilerek maalesef 10 Ağustos 1920 tarihinde Paris'e yakın Sevres banliyösünde Seramik Müzesinde Sadrazam Damat Ferit Paşa Bağdatlı Mehmet Hadi Paşa Rıza Tevfik Bey ve Bern Sefiri Reşat Halis Beyden müteşekkil heyet tarafından Sevres Anlaşması imzalanmıştır.

Sevres Anlaşmasının Osmanlı Meclisi tarafından kabulü ise meclis kapalı olduğu için mümkün olmamış ve bu nedenle görüşülmesi ve kabulü gerçekleşmemiş ve Padişaha da takdim edilmemiş bir anlaşma olarak kalmıştır. Bu anlaşmayı ne Amerika Birleşik Devletleri ve ne de Sovyet Sosyalist Cumhuriyetinin imzalamamış olması ilginçtir.

433 maddeden ibaret 10.08.1920 tarihle üç dilde ve tek nüsha olarak Fransa'nın Sevres banliyösünde yazılmış ve aslı Fransız Devlet arşivinde saklanmak üzere alınmış bu anlaşma Türkler için bir travmadır. Bu travmadan çok büyük bir güç çıkmıştır. Çok ağır şartları olan⁴¹ bu anlaşmanın kabul

⁴⁰ Akyol T: a.g.e.s. 38.

⁴¹ SEVR ANLAŞMASININ UYGULANMASI HEZİMETTEN DE DAHA AĞIR OLAN MADDELERİ İLE İLGİLİ ÖZETLER:

En acıklı madde sınırlar ile ilgilidir Edirne ve Kırklareli dahil Trakya'nın çok büyük bir kısmı Yunan toprakları haline gelecekti. İstanbul göstermelik olarak Osmanlının başkenti olarak kalacaktı. Ceyhan'dan Antep, Urfa, Mardin ve Cizre toprakları Suriye'ye bırakılacaktı tabii gerçekte Fransa ya ait olacaktı.

Boğazlar konusu uzun zamandan beri Batı Devletlerinin ağzının sulandığı yer olarak Marmara Denizi dâhil silahsızlaştırılacak, Deniz trafiği uluslararası bir kurul tarafından yönetilecekti. Fırat nehrinin doğusundaki vilayetler Kürt vilayetleri olarak kabul edildiğinden İngiliz Fransız ve İtalyan temsilcilerden oluşan bir komisyon yerel yönetim düzeni kuracaktı. Kürtlerin talep etmesi halinde bir yıl sonra Milletler Cemiyetine bağımsızlık için başvurabileceklerdi. İzmir ve etrafındaki egemenlik hakları beş yıl süre ile Yunanistan'a bırakılacaktı, beş yılın dolmasından sonra plebisit yapılarak hangi devletin tarafında olma konusu hal edilecekti. Amerikan Başkanı 1920 tarihinde Trabzon, Erzurum, Van ve Bitlis'i Ermenistan'a vererek Ermeni Devleti kurulmasını ve Osmanlının bunu tanımasını düzenleyen madde ile İtilaf Devletleri niyetlerinin ne olduğunu vurgulamışlardır. Osmanlı kaybettiği adalar üzerinde de hiç bir hak iddia edemeyecekti. Azınlık Hakları bağlamında din dil ırk ayırımı gözetmeksizin tüm vatandaşlara eşit haklar tanınacaktı, tehcir edilenlerin malları verilecek ve azınlıklar okul ve dini kurum-

edileceğine ve uygulanabileceğine inanan İtilaf Devletleri kendilerini yeni bir savaş içinde bularak emsali görülmemiş bir ulusal direnişe tanık olmuşlardır.

Devletler Hukukuna aykırı ve Savaş sonrasında kaybeden taraf ile ilgili elde edilecek tazminat veya toprak parçasına yönelik hükümleri ihtiva eden bir anlaşma çağdaş olduğunu düşünebileceğimiz hiçbir ülke tarafından diğer ülkelere aleyhine yapılabileceğine inanmak mümkün değildir.

C- MONDROS VE SEVRES -OSMANLI VE DÜNYA SİYASETİ

Osmanlı İmparatorluğunun kötü yönetilmesi, Padişahların Devlet yönetiminde görev verdiği Sadrazamlar ve üst düzey yöneticilerin acz içinde olmaları ve kendi küçük menfaatlerini devletin menfaatlerinden üstün görmeleri o dönemlerin olağan uygulamaları olmuştur. Devlet ile halkın kopuk olduğu, halkın hiç söz hakkının bulunmadığı, Dünya Devletlerinin çağdaş teknolojiye önem veren bir yola çıkmaya hazırlandıkları dönemlerde bilimsel açılımlardan yoksun din mihraklı politikalar ile Devletin yönetildiği bu tablo hazin sonucu hazırlamıştır.

Aksak ve sorumsuz yönetimlerin varlığı sonucu ve güçlü yönetimden yoksun imparatorlukta bir de asker ile Padişahın arasının açılmış olması, Hilafet gibi bir kurumun elden bırakılmaması adına verilen tavizler ve en önemlisi eğitim konusunda geri kalmış bir Osmanlı İmparatorluğu bu bağnaz kokuşmuş ağırlığın altında çökmek durumunda kalmıştır.

İşte bu dönemde kaybedilen savaşlar yanlış kararlar ekonomik sıkıntı halkın fakirliği devlet ile halk arasında uçurumların olması ve Padişahın tahtını korumaktan başka hiçbir konuyu düşünmemesi sonucunda ortaya SEVRES ANLAŞMASI DEDİĞİMİZ Osmanlı topraklarının bölünmesini sağlayan bir anlaşma ile Anadolu halkı işgallere ve uluslararası kurallara hiç uymayan muameleye muhatap edilmiştir. Binlerce ölüm gerçekleşmiş kadın kız çocuk işgallerde hayatlarını kaybetmiştir.

İtilaf Devletleri başta İngiltere, Fransa ve Rusya, İtalya olmak üzere gerek petrol için Musul'a ve Körfez'e göz dikmişler ve gerekse Asya Kıtasına deniz yolu ile ve özellikle sömürgelerine ulaşmak için plan ve politika yapmışlardır.

Fransa ise Suriye'yi kendisine uygun bir toprak parçası olarak görerek, bu nedenle Osmanlı'nın elinden alınması gerektiğini düşünmüştür.

Rusya'ya gelince kendisine bağımlı bir Ermeni Devletini Doğu Anadolu'da kurmak istemesi ve Boğazların çok cazip bir yerde olması özellikle, neden Hasta Adam nitelemesi yaptıkları Osmanlı'nın elinde olsun güzelim Boğazlar, kendi hâkimiyetlerinde olmak varken ve her türlü ticareti gerçekleştirebilecekken, bu yerleri Osmanlı'ya bırakmanın gereği yoktur düşüncesi ile rüya görmekte idiler.

lar açabileceklerdi. Askeri konuda Osmanlı'nın hiç bir kuvveti kalmayacaktı, gerek sayı ve gerekse teçhizat bakımından ağır silahlar iade edilecekti.

Savaş suçluları iade edilecek, tehcir konusunda suç işleyenler yargılanacaktı. Osmanlı'nın mali durumu nedeni ile savaş tazminatı istenmeyeceğine karar verilmiştir. En önemli maddelerden biri kapitülasyonlardır, 1914 yılında Osmanlı'nın kaldırdığı kapitülasyonlar yeniden itilaf devletleri vatandaşları lehine kurulacaktı.

Hukuk konusunda müttefiklerin belirlediği kuralların geçerli olacağı ve itilaf devletleri arasında yapılacak işbirliği çerçevesinde herkesin bir araya gelmesi doğru olacaktır. Akşin Sina: İç Savaş ve Sevr'de Ölüm: İstanbul 2010, s.207-227

Bu arada İngiltere'nin en önemli kaygısının ise, Rusya'yı Akdeniz'den uzak tutmak olduğunu da burada belirtmek gerekir. Ayrıca uzun dönem Osmanlı ile menfaate dayalı iyi ilişkiler devam etmişse de 19 yüzyılın sonunda bu ilişkiler bozulmuş Osmanlı'nın İttifak Devletlerinin yanında Almanya'nın yanında yer alması İngiltere'nin politikasını değiştirmiş Osmanlı topraklarının paylaşılması yönünde faaliyette bulunmaya başlamıştır.⁴²

Yunanistan ise kendisinin zannettiği Ege ve Akdeniz bölgelerini istemektedir. İtalya'da Akdeniz Bölgesinde benim de payım olacak diye sürekli muaraza çıkarmış ve anlaşmaların içine kendisini dâhil etmek için her türlü yolu kullanmıştır.

Bir de Doğu Anadolu da Türk unsuru olmayanların varlığı unutulmaya- rak Kürtlere muhtariyet verilmesi gibi bir düşüncede İtilaf Devletlerinin uygun bulduğu bir proje olarak 19. Yüzyılın sonundaki gizli ve açık anlaşma masalarının, toplantıların konusu olmuştur. Tüm bunlar Osmanlı'nın sonunu getirmiştir.

Mustafa Kemal Paşa bu dönemlerde verdiği raporlar ile Batının senaryosunu çok önceden görmüş ve Vahdettin'i uyarılmış ve önlemlerini sıralamıştır. Ne yazık ki Vahdettin bunları anlamamış ve Talat ve Enver paşaların piyonu olmuştur.⁴³

Osmanlı yönetiminde Batı Devletlerinin ince politikalarını anlayacak ve görecek kadroların olmadığını bir kez daha anlamış bulunmaktayız. Osmanlılığın hiçbir kimseye yararı olmadığı ve olamayacağı açıktır. Osmanlılık ancak ve ancak Batının kursağında kalmış arzularının gerçekleşmesine yardım eden bir zihniyetin tutunduğu politika olabilir.

Batının politikası bugünlere gelirsek değişmiş midir? 92 yıl da neler olmuştur? Biliyor muyuz? Veya incelemek ilgimizi çekiyor mu?

Birinci Dünya Savaşı Osmanlı için bir son teşkil ederken imzalanmış Mondros Ateş Kes Anlaşması ve Batı Devletlerinin uzun yıllardan beri aralarında Osmanlı'nın parçalanması ve yok edilmesi planlarına göre yapılmış diğer gizli anlaşmaların da amaç ve konusu, Osmanlı'nın topraklarını nasıl alınacağına dair plan ve programı içermektedir.

Bunun için beyin yıkama operasyonunda, Orta Doğuda sürekli sorun olarak görülen ve Mezopotamya halklarının sözde haklarının sağlanması, bağımsızlaştırma, gibi görünen politika söylemleri ile halklar kandırılmıştır. Bu bölgelere yapılan yardımlar, beyin yıkamalar ve hatta İslam'a Mezhep yakıştır-

⁴² Demirci S: a.g.e., s. 28 vd. Ne acıdır ki, Osmanlı Uluslararası politikada yetişmiş bilgi sahibi kimse olmadığı için ileriye görmek mümkün olamamıştır. Oysa İngiliz Dünya politikası açık ve net şöyledir: Dışişleri Bakanı Lord Curzon Ortadoğu politikasını çizmiş ve İngiliz çıkarları için Ortadoğu'ya yayılmak için Panislamcı düşüncesinin merkezi olan Osmanlı'nın yıkılması gerektiği ve Türklerin İstanbul'dan atılması gerektiği baş amaçtı. Ancak Lord Curzon'a Sömürge Hindistan Savaş bakanlığından ciddi muhalefet gelmiştir. Bunun nedeni, işgal için sömürgeci asker toplanacağı için Hindistan Osmanlıya karşı bir emelin gerçekleşmesinde rol almak istememektedir. İngiltere Anadolu'da sağlam bir gücün oluşmakta olduğunu Birinci Dünya Savaşı sonunda değişen koşullarda Türklere emperyalist bir politika dayatmanın mümkün olmayacağını Hindistan Savaş Bakanlığının uyarısına rağmen anlamakta gecikmiştir.

⁴³ Çekiç O: a.g.e 1. Cilt 2. Kitap.s. 23-47. Enver Paşa Baş komutan vekili ve Talat Sadrazam olarak Vahdettin üzerindeki oyunları ve Alman İmparatoru ile ilişkilerini anlatan günceler.

malar ki Suudiler açısından Vahabi mezhebinin doğması gibi dostluk gösterileri ile gerçekte emperyalistler petrol ve su peşinde olarak oyunlarını oynamışlardır halen de oynamaya devam etmektedirler.

İngiltere sömürgelerine ulaşmak için Doğu Akdeniz'den Hindistan'a deniz yolu ile gitmek ve bu yolun güvenliğini sağlamak istemektedir. Ayrıca Musul ve Körfez bölgesi de elde edilmelidir. Bu nedenle Hasta Adamın elinden ne koparmak mümkünse koparmak için Osmanlı ile 10 Ağustos 1920 tarihinde Paris banliyösü Sevres de anlaşmayı imzalatmışlardır.

Bu anlaşmanın Rusya için anlamı, kendisine bağımlı olacak bir Ermeni Devleti kurdurmak, Fransa için ise Suriye'ye sahip olmaktır. Ancak hiç uygulamaya geçmemiş sözde bir anlaşmadan ibaret kalmış olması İtilaf Devletlerini çok üzümüş ve halen de üzmeğe devam etmektedir.

III) ANADOLUDAN YÜKSELEN GÜNEŞ, KURTULUŞ MÜCADELESİ

Mondros-Sevres-İzmir'in işgali ve Yunan'ın egenin içlerine doğru işgali ve mezalimi, İstanbul'un itilaf devletleri tarafından işgali, aslında milli mücadele için hazırlanan Mustafa Kemal'in anadolu seyahatleri ve halkı toparlamasında ve planlarını anlatabilmesinde son derece işine yaramıştır. İtilaf devletlerinin yaptıkları mezalim ve ateş kes anlaşmasına uymamaları onların en büyük yanlışlığı olmuştur.

İtilaf devletlerinin Anadolu'ya müdahale etmesi ve Yunanistan'ı bu konudaki hareket için görevlendirmesi, Anadolu'nun düşman postalından temizlenmesi egemenlik ve bağımsızlığın bu topraklarda yaşayan Türk halkını harekete geçirmiştir. Ancak gerçekleştirilen mücadele çok ağır şartlar içinde ve çetin geçmiştir. Kazanılan zaferin hangi şartlar altında gerçekleştirildiğinin her an hatırda tutulması nesillerin düşmanlık beslemesi için değil fakat tarihi olayları anlamaları açısından önemlidir. Bu mücadeleyi unutsak Devlet bilincimizi de unutmuş oluruz. Kurulan korsan bir Devlet değildir. İhtilal Devleti değildir. Terörist Devlet değildir. Mustafa Kemal'in kuracağı yeni Devletin temelleri sağlam belgelere dayanarak ve hukuken geçerli bir sistem içinde gerçekleşmiştir. Belgelere bağlana bağlana oluşturulan ulusal antlaşmalar ve milli mücadele ile ilgili özet bir açıklama yapmak gerekirse;

Öncelikle belirtelim ki, her şey plan ve program dairesinde, Mustafa Kemal Paşa'nın Samsun Sivas Erzurum Amasya'daki temasları ve gerçekleştirdiği ulusal ittifak sonucu gerçekleşmiştir.

İtilaf Devletlerinin işgalinden hemen sonra ulusal mücadele hareketinin ivme kazanması ile derhal bir Meclis Kurulması çabalarına girişilmiştir. 23 Nisan 1920 tarihinde ilk meclis açılmıştır. Bu tarih Sözde Barış Anlaşması Sevres'i imzalatmak için İtilaf Devletlerinin Osmanlı'yı Paris'e davet ettikleri 22.Nisan 1920 tarihinin ertesi günüdür. Yeni kurulan hükümet, Ankara'da Büyük Millet Meclisinin Türkleri temsil ile yetkili olduğunu İtilaf Devletleri Dış İşleri Bakanlıklarına 30 Nisan 1920 tarihinde bildirilmiştir.

Ankara'da kurulan meclis İstanbul'un işgalinin ertesi günü tutuklanmaktan kurtulmuş Osmanlı Meclis üyelerinden ve Anadolu'nun işgal edilmemiş bölgelerinden seçilen temsilcilerden oluşmuş Türkiye'nin ilk meclisi olarak böylesi şerefli bir kararı, sözde Barış Anlaşması Sevres'i dayatan bilcümle ülkelere tebliğ etmiştir.

Böylece Kurtuluş Mücadelesi aleniyet kazanmıştır. Mustafa Kemal Meclis Başkanlığına seçilmiştir. Misak-ı Milli kabul edilmiş olarak Mustafa Kemal'in

eli son derece kuvvetlenmiştir. Bu arada Hindistan ve Rusya Türklerin bu mücadelesini de desteklemişlerdir.

Misak -I Milli⁴⁴ Avrupalı devletlerin asırlardır hayalini kurdukları Osmanlı İmparatorluğunu parçalama ve topraklarında farklı devletler kurma hayallerini engelleyen ilk adımdır. İtilaf Devletleri karşısında yenik düşen Padişahın sırf İstanbul'da oturabilmesi ve hükümet edebilmesi ihtimali karşılığında imzaladığı Osmanlının sonunu getiren anlaşmaların hiç birinin geçerli olmayacağı sinyallerinin verildiği ilk belgedir.

Milli mücadele kongrelerinde Mustafa Kemal Paşa bu topraklarda yaşayanların bağımsızlığının ve egemenliğinin sağlanması açısından ileri sürdüğü görüşleri içeren tamim AMASYA TAMİMİ (GENELGESİ) ile başlayan ve Sivas ve Erzurum Kongrelerinde ulusal sözleşme niteliğinde ortaya çıkmış belge MİSAK-I MİLLİ, Türkiye'nin ulusal sözleşmesidir. Ulusal Kurtuluş mücadelesinin çağdaş ülkelerin diplomasi modelinde gerçekleşeceği, özgürlük, bağımsızlık yolunda Mustafa Kemal Paşa'nın çizdiği tablo Türkiye'nin siyasi ekonomik hedeflerini belirtmiştir. Misak-ı Milli Lozan Konferansında Türkiye'nin taleplerinin ifadesi olmuştur.

Misak-ı Milli 'nin oluşumunu gerçekleştiren Amasya Genelgesi bir ihtilal bildirgesidir. ⁴⁵ Mustafa Kemal Paşa, Padişah ve hükümetin İtilaf Devletlerinin elinde oyuncak olduklarını esir olduklarını memleketin elden gitmek üzere olduğunu Anadolu halkına açıklamış ve işbirliği talep etmiştir. İstanbul hükümetinin iradesinin olmadığını, esir bulunması sebebiyle milletin kendi başının çaresine bakması gerektiğini anlatmıştır. Destek verenlere milletin istiklalinin tehlikeye düştüğünü gerektiğinde vatanın son ferdine kadar ölmenin göze alınması gerektiği açıklanmış ve halkın hâkimiyeti doğrudan doğruya ele alması gerektiği bilinci oluşarak bu fikirler Amasya Tamimi olarak tarihe geçmiştir.

Amasya Genelgesindeki önemli noktalar, hareketin halka mal edileceği, hareketin liderliğinin demokratik usul ile saptanacağı konusudur. Buna ihtilal bildirgesi denmekte ise de halkın tümünün arzu ve iradesi bağlamında ülkenin düşman çizmesinden kurtuluşu için girişilen bir eylem olarak betimlenir ve Sivas ve Erzurum kongreleri ile kurtuluş hayat bulmuştur.

Erzurum ve Sivas Kongrelerinde alınan kararlara dayanarak hazırlanmış Misak-ı Milli bir siyasi program gibi tasarı olarak hazırlanmıştır. Mebuslar Meclisinin açılmasına giderken Ankara'ya uğramış olan Osmanlının mebusları ile tartışılmış ve İsmet Beyin kaleme aldığı bu metin Hüsrev Gerede tarafından İstanbul'a götürülmüş 22.OCAK 1920 de Mecliste okunmuştur. Daha sonra Ankara'dan bir metin daha gönderilmiş, bu ikisi birleştirilerek Mebuslar Meclisinde ilgili komisyonda son şekli verilmiş ve 28 Ocak 1920 de gizli oturumda imzalanarak kesinleşmiştir. 121 mebusun imzaladığı belgedir. ⁴⁶

MİSAK-I MİLLİ-ULUSAL ANT HÜKÜMLERİ (28 Ocak 1920) ⁴⁷

⁴⁴ Demirci S: A.G.E., S.14-15,32 vd.Çekiç O: a.g.e., 2. Cilt 1 2 kitap s. 257 vd.,334 vd.

⁴⁵ Çekiç O: a.g.e., 2 kitap, s. 259 vd.Vahidettin Mustafa Kemal Paşaya Anadolu'da ki Yıldırım Ordularının silahlarını toplaması askerleri terhis etmesi için görev vererek göndermiştir. 19 Mayıs 1919 da Samsun'a resmi gidiş nedeni budur. Görev tevdiinde söylediği cümleler Mustafa Kemal Atatürk'ün hatıratında ve söylemlerinde şöyle ifadesini bulmuştur.".....Paşa paşa devleti kurtarabilirsin. (Çekiç O: a.g.e., 2 kitap s. 190 vd.)

⁴⁶ Ibid., s334 vd.

⁴⁷ Ibid.

“Aşağıda imzaları bulunan Osmanlı Mebuslar Meclisi üyeleri, Devletin bağımsızlığının ve ulusun geleceğinin haklı ve sürekli bir barışa ulaşmak için yapabilecekleri özverinin en son sınırını belirleyen aşağıdaki esaslara tümüyle uyumla sağlanabileceğine ve söz konusu esaslar dışında gerçek bir Osmanlı Saltanatının ve toplumunun var olmasının olanak dışı bulunduğunu kabul etmiş ve onaylamışlardır.

1) Osmanlı Devletinin, özellikle Arap çoğunluğunun oturduğu ve 30. Ekim 1918 günlü silah bırakmasının imzalanması sırasında düşman ordularının işgali altında kalan kısımlarının geleceğinin, buralar halkının serbestçe bildirecekleri oylara göre saptanması gerekli olduğundan, söz konusu mütareke çizgisinin içinde ve dışında, din, ırk, ve emel yönlerinden birleşik ve birbirlerine karşılıklı saygı ve özveri duyguları ile dolu ve etnik ve toplumsal hakları ile bölgelerinin koşullarına tümüyle uyum gösteren Osmanlı –İslam çoğunluğunun oturduğu kısımların tümü, gerçekten veya hüküm yolu ile hiçbir nedenle birbirinden ayrılık kabul etmez bir bütündür.

2) Halkın ilk serbest kaldığı zamanki oyları ile anavatana katılma kararı vermiş olan ELVİYE-İ SELASE (Kars-Ardahan-Batum) için gerekirse tekrar serbest oylamaya başvurulmasını kabul ederiz

3) Türkiye ile yapılacak barışa dek ertelenen Batı Trakya ‘nın hukuki durumu da orada oturanların özgürce kullanacakları oylara göre belirtilmelidir.

4) İslam Halifeliğinin, Osmanlı Padişahlığının ve Hükümetinin merkezi olan İstanbul şehri ile Marmara Denizinin güvenliği korunmalıdır. Bu temel korunmak koşuluyla Akdeniz ve Karadeniz Boğazlarının dünya ticaret ulaştırmasına açık tutulması hakkında bizimle öteki ilgili devletlerin oybirliği ile verecekleri karar geçerlidir.

5) İtilaf Devletleri ile hasımları ve bazı ortakları arasında kararlaştırılan anlaşma esaslarına göre azınlıklar hukuku-komşu ülkelerdeki Müslümanların da aynı haklardan yararlanacakları güveniyle tarafımızdan pekiştirilecek ve sağlanacaktır.

6) Ulusal ve ekonomik gelişmemizi sağlamak ve devlet işlerini günün kurallarına uygun düzenli yönetimle çevirmeyi başarabilmek için her devlet gibi bizim de bu gelişmemizi sağlarken tam bir bağımsızlığa ve özgürlüğe sahip olmamız yaşamızın ve var olamızın hareket noktasıdır. Bu nedenle siyaset, adalet maliye alanlarıyla öteki alanlardaki gelişmemize engel kayıtlara karşıyız.

Saptanacak borçlarımızın ödenmesi koşulları da bu esaslara aykırı olmayacaktır.”

Bu metin oya sunulmuş ve kabul edilmiştir.

Görüleceği üzere Misak-ı Milli fiziki sınırları çizmemiş genel ve vazgeçilmez kuralları koymuştur. Esasen fiziki sınırlar yavaş yavaş 1. Dünya savaşından çekilenler ile yapılmış anlaşmalar ile çizilmeye başlanmıştır. Ancak bu belgenin Osmanlı son Mebuslar Meclisince kabulü Mustafa Kemal Paşa'nın elini son derece güçlendirmiştir.

A) KURUTULUŞ SAVAŞI ve CEPHELERİ⁴⁸

Mustafa Kemal Türk Kurtuluş Savaşının teorik ve fiili boyutlarını Sam-sun'dan Lozan'a uzanan stratejik bir planlama içinde gerçekleştirmiştir. Siyasi olarak güçlenen Mustafa Kemal bu gücünü askeri alanda da güçlendirerek, ulusal mücadeleyi bir askeri harekâta dönüştürmüştür.

⁴⁸ Caşın M: a.g.e. s33 vd.; Demirci S: a.g.e., s. 50 vd.; Çulhalı Mustafa: TC Başbakanlık Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi, Çanakkale Krizi ve Lloyd George un iktidardan düşmesi. www.atam.gov.tr.dergi/say1 45.

Anadolu'yu teslim almaya gelen Batı Devletleri İnönü de Sakarya'da Kocatepe'de onurunu şerefini düşman karşısında koruyan ulusal egemenliğini ve bağımsızlığını sağlamak azminde olan milletin evlatları ile karşılaşmıştır.

10.Ocak ve 31 Mart 1921 tarihinde Birinci ve İkinci İnönü savaşlarını ve 23 Ağustos 1921 de Sakarya Muharebesi gerçekleştirilerek işgalciler sürülmeye başlamıştır. Yunan işgali durdurulmuştur.

Birinci İnönü Savaşının kazanılması üzerine İtilaf Devletleri, Osmanlı Hükümeti, Ankara Hükümeti, İngiltere Fransa Yunanistan İtalya arasında Londra da (21 Şubat 12 Mart 1921) Sevr hükümlerini biraz değiştirerek, konferans düzenlemek istemişlerdir.

İstanbul Hükümetinin göndereceği heyette Mustafa Kemal'in kendisi ve-ya yetkili kılacağı birini isteyerek Ankara Hükümeti ile İstanbul arasında İtilaf Devletleri ikilik yaratmak istemişlerdir.

Mustafa Kemal Paşa Sadrazam'a bu münasebet ile telgraf göndererek,

"Milli egemenliğe dayalı olarak Türkiye'nin geleceğini elinde tutan tek güç Ankara'da toplanmış olan Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Türkiye ile ilgili bütün konuların halledilmesi ile görevli ve her türlü dış sorunlarda söz sahibi,ancak bu meclisin hükümetidir. İstanbul'da herhangi bir heyetin böyle bir hukuki durumu yoktur" demiştir.

Mustafa Kemal diğer taraftan doğrudan davet edilmediği takdirde TBMM bu toplantıya katılmayacağını ilgili Devletlere bildirmiş ve İtilaf Devletleri İtalya aracılığı ile TBMM'ni konferansa davet etmiştir. 21 Şubatta konferans başlamış 11 Mart a kadar devam etmiştir.

Konferansa İstanbul Hükümetini Sadrazam Tevfik Paşa TBMM'ni de Dışişleri Bakanı Bekir Sami Paşa temsil etmiştir. Tevfik Paşaya konuşma sırası gelince Türk Milletinin gerçek temsilcisi TBMM temsilcisidir deyip sözü Bekir Sami Paşaya vermiştir. Böylece İtilaf Devletlerinin İstanbul ve Ankara hükümetlerini birbirlerine düşürme oyunlarını bozmuştur.

Bu konferansta bir sonuç çıkmayacağı bilinmesine rağmen, Türk Davasını dünyaya duyurmak için gerekli olduğundan katılmak uygun görülmüştür. Yoksa Sevr'den fazla farkı olmayan istekler sürekli olarak Ankara hükümetinin önüne sürülmüştür.⁴⁹

Bu dönemde batıda ve doğuda dostluklar ile ulusal çıkarların sağlanabileceği bilinci ile Mustafa Kemal Paşa, Fransa, İtalya, Rusya ve Afrika'da Müslümanlar ile sınırlı iyi ilişkiler içindedir. Fransızlar İngilizlerin elde ettiği ve Boğazlardaki konumlarına kızdıkları için İtalyanlar elde etmek istediklerini ala-

⁴⁹ İzmir Türklere geri verilecek fakat şehirde bir Yunan kuvveti bulunacak. Vali Hristiyan olacak ve Milletler cemiyeti tarafından atanacak. Güvenlik müttefik subaylar yönetiminde yerli jandarma tarafından sağlanacak.

Jandarma sayısı 45 bine çıkarılacak. Boğazlar Komisyonu Başkanlığı Türklere bırakılacak. Yabancı Postaların kaldırılması düşünülecek. Sevr anlaşmasının Kürdistan ve Ermenistan ile ilgili maddeleri yeniden gözden geçirilecek. İtilaf Devletleri Sevr Anlaşmasının bu değişiklikler ile uygulanmasına söz verirse Türkiye'nin Milletler Cemiyetine girmesi kolaylaşacak. İtilaf Devletleri Kapitülasyonların yerine geçecek adli reform projesini hazırlamakla görevli komisyona Türkiye'nin katılımını kabul edecek. Bu arada Türkiye oyalanarak Yunanlıların saldırısı başlamıştır. Konferans sona ermiştir. Bu konferansa TBMM davet edilmesi ile Türk Devletini hukuken tanımış oldu. Bu da Ankara Anlaşmasının yapılmasını kolaylaştırmıştır.: BKZ: A DAN Z ye Kurtuluş Savaşı, İstanbul 2009 2. Cilt.s. 558.

madıkları için esasen birbirlerine kızmakta idiler. Ayrıca Fransa ve İtalya, Anadolu'da kuvvetli bir gücün doğmakta olduğunu Birinci Dünya Savaşının sonuçlarını dayatmanın mümkün olamayacağını görmüşlerdir.

Böylece Fransızlar ile Klikya'yı boşaltma karşılığı çatışmaların durdurulması konusunda anlaşma ve İtalyanlar ile de birliklerini geri çekmeleri ve ileride yapılacak konferansta destek vermeleri karşılığında Antalya'daki çıkarlarının tanınması yolunda bir ön anlaşma da yapılmıştır.⁵⁰ İtalya daha önce yapılmış anlaşmalar ile kendisine verilen sözlerin yerine gelmemesi nedeni ile Ankara ile anlaşma yapmayı ve birliklerini çekmeyi kabul etmiştir.

1920 Sonbaharında Kazım Karabekir komutasında Rusya'dan Kars, Ardahan ve Bitlis kurtarılmış ve Rusya ile 16.Mart 1921 de Dostluk Anlaşması imzalanmıştır. Rusya Misak-ı Milli sınırlarını ve Ankara hükümetini resmen kabul etmiştir.

Mustafa Kemal Paşa, silah askeri malzeme ve para tedariki sebebiyle Rusya ile mesafeli bir politika izlemiş her iki tarafın da çıkarının olduğu bir ilişkiye dayanan dostluk Lozan Konferansına kadar devam etmiştir.

Hint Müslümanları Kurtuluş Savaşında Anadolu Hareketine çok büyük bir destek vermişlerdir.

Askeri açıdan da konumu güçlenen Ankara, Fransızlar ile ilk, 20.Ekim 1921 de Ankara Uzlaşmasını yaparak Ankara 'daki hükümetin bir batılı Devlet tarafından tanınmasını mümkün kılan ve müttefikler arasındaki ilk çatlaktır. ANKARA Hükümetinin İngiltere ile sulhen ihtilafı sonlandırmak istemesi görüşmeleri sonuçsuz kalmış Lord Curzon görüşme taleplerini kabul etmemiş ve sonuç olarak Ankara Hükümetinin sorunu askeri yollardan halletmekten başka çaresi kalmamıştır.

26 Ağustos 1922 Büyük Taarruz olarak tarihe geçen Mustafa Kemal'in Harp tarihine geçmiş taktiği ile düşman hatları çince cember içine alınarak saldırı başlamış işgal ordusu İngiliz savaş gemilerine binerek İzmir'den kaçmıştır. 9 Eylül 1922 böylece Anadolu işgaline son verilmiştir.

İzmir'in işgalden kurtarılması ve Türk Askerinin İzmir'e girmesi karışıklıkların yaşanmasına sebep olmuş ve İzmir Yangını 11 Eylül 1922 de çıkmıştır. Kimin çıkardığı konusu aydınlanmamış olmakla beraber Ermenilerin yaktığı veya Yunan Ordusundan intikam almak için Türklerin yaktığı, yangını söndürmek isteyen Rumlara Ermenilerin mani olduğu gibi faraziyelerin varlığı sürmektedir. Ancak disiplinli bir şekilde İzmir e giren Türk Ordusunun yangın işinde parmağının olmadığı Fransız gazetesi muhabirinin yazdığı yazı ile anlaşılmaktadır. Çünkü yangın çıkan yerlerde cephane depolarının patladığını yazmıştır. Olaylar incelendiğinde Türk Askerine saldırı düzenleyen Ermenilerin çeşitli yerlerde depoları ve silahları olduğu bunların Türklerin eline geçmemesi için yaktıkları ve özellikle Basmane bölgesine Ermeni komitacıların saldırdığı açıklanan bilgiler arasındadır.⁵¹

⁵⁰ Burada belirtmekte yarar olan husus şu ki, Musolini 1933 yılında Antalya özlemi içinde yanıp tutuşmaktadır. Roma üniversitesi öğrencilerini Roma'daki Türkiye Cumhuriyeti Büyükelçiliği önüne yığıp İTALYA ANTALYA, İTALYA ANTALYA diye bağırtrmıştır. Mustafa Kemal Atatürk'ün bu konudaki açıklamaları için bkz. Çekiç O: 1938 Son Yıl, İstanbul 2014, s. 485 vd.

⁵¹ Akyol T: a.g.e., s. 50 vd.

Ancak henüz işgal belirli yerlerde sürdüğü için ordu Bursa yönüne çekilen düşman güçleri ile de aynı şekilde mücadele ederek yok edip işgale son vermektedir.

Ne gariptir ki, bu kadar uluslararası siyasette tecrübeli olduğu varsayılan İngiliz Hükümeti ileriye görememiş ve Yunan yanlısı politika izleyerek yanlışlar yapmıştır. Sevr'i Ankara Hükümetine kabul ettirememişken, Yunan Ordusunun işgaline son veren Türk ordusunun Çanakkale'ye doğru ilerlemesi karşısında İngiltere anlaşma yerine Çanakkale Boğazı çevresinde savaşa yol açacak girişimlerde bulunmuştur. Türk karşıtı politikalarını sürdüren Lloyd George Churchill önderliğinde yürüttüğü politika ile sonuçta hükümetten düşmüştür. İngiltere Çanakkale krizinde sömürgelerinden bile yardım alamayacağını görmüştür. Sadece Avusturyaya olumlu yanıt vermiştir. Çanakkale krizinin yararı, Batılı devletlerin ne kadar zayıf ve dayanıksız olduğunun ortaya çıkmasına neden olmuştur..

Mustafa Kemal Paşa'nın kurduğu yönettiği ordunun galibiyeti karşısında tarumar olan işgal güçleri 11 Ekim 1922 Mudanya Anlaşması ile hezimetlerini kabul etmişlerdir.

B) MUDANYA ANLAŞMASI⁵²

3 Ekim 1922 tarihinde başlayan ve 11 Ekim 1922 tarihinde imzalanmış Mudanya Anlaşması Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluş aşamasında önemli bir tarih olarak yerini alır. Bu anlaşmadan önce 20 Ekim 1920 tarihinde Ankara hükümeti Fransa ile Ankara İtirafnamesi imzalamış bu anlaşma ile Hatay hariç Suriye sınırı tespit edilmiştir. Aynı zamanda bu anlaşma ile Fransızların Güney Anadolu'daki işgalleri sona erdirilmiştir. Çünkü Fransa artık yeni bir çatışma istememektedir. Ayrıca İngiltere'nin aksine Fransa Mustafa Kemal Paşaya İstanbul'daki Yüksek Komiseri General Pelle marifeti ile Trakya'daki Yunan işgaline son verileceğini Edirne dâhil Meriç nehrine kadar olan arazinin Türkiye'ye iade edileceğini, Boğazlar ile ilgili rejimi görüşmek istediklerini de beyan etmiştir. Bu anlaşmalar olduğunda yeni Kurulmuş Ankara hükümetinin ordusu Türk ordusu Çanakkale ve Ezine ve Bayramiç ilçelerine girmiştir. Başka deyişle Kurtuluş Savaşı halen devam etmektedir.

Mudanya'da İsmet Paşa yönetiminde 3 Ekimde toplanılarak, 23.Eylül 1922 tarihli Büyük Millet Meclisince tebliğ edilmiş nota gereğince karar verilmiştir.

Buna göre, karşılıklı çatışma durdurulacak, Trakya'da bir hat çizilerek Yunan kıtaları bu hattın arkasına çekilecek ve idare Türklere devredilecekti. Tahliyenin ayrıntıları görüşülecekti. Gelecekteki Barış Anlaşması için ortam hazırlanacaktı.

Türk ordusunun İzmir'e girdiği vakit yüzbinlerce Yunanlı halk ki bunların Anadolu köylerini tahrip edenler olduğu sabit iken esir alınmamış ve cezalandırılmamış Yunanistan'a gitmelerine izin verilmiştir. Aynı hareketin Yunanlılar tarafından da yapılması beklenmiş ve Yunanlılar tarafından götürülmüş olan silahsız ve günahsız Anadolu halkını geri verilmesi istenmiştir.

⁵² Demirci S: a.g.e., s. 40 vd-51 vd.; Karacan Ali Naci: Lozan 2006, İstanbul, s.29 vd,38 vd, 43 vd. Lloyd George un yenilgi sonrası Mudanya Anlaşması olmasa idi başlarına ne geleceğini açıkladığı beyanı hakkında bkz.

Mudanya Anlaşması Türk ordusunun düşmanlara karşı galibiyeti sonucu imzalanmıştır. Dokuz gün sürmüş konferans Türk tarihinde yeni bir sayfa açmıştır. Askeri bir anlaşma olarak üç Batı Devleti generallerinin (İngiltere-Fransa-İtalya) ⁵³ hükümetleri ile yoğun görüşmeleri sonucu ve aslında Yunanistan'ın terk etmesi gereken toprakları ilgilendirdiği halde toplantılara katılmadığı bir ortamda Yunanistan hükümetinin de ikna edilmesi ile sıkı pazarlıkların yapıldığı bir anlaşmadır. Bu anlaşma Türk tarafının taviz vermediği bir askeri anlaşma olarak İtilaf Devletlerinin yenilgisi sonucu Türkiye Büyük Millet Meclisinden talepte bulunmaları ile gerçekleşmiştir. Bu nedenle Türk Devleti varlığını kabulün göstergesi olarak önemi büyüktür. Mudanya Osmanlı Devletinin hukuken sona ermiş olduğunun belgesidir.

Belirtmek gerekir ki, Mudanya Anlaşması ile savaş sona erdirilmiş Doğu Trakya savaş olmaksızın kurtarılmış ise de Boğazlar konusu bu anlaşma ile çözümlenmemiştir. Barış anlaşması ile sonuçlandırılması kararlaştırılmıştır. Mudanya Anlaşmasının önemli hükümleri aşağıdaki gibi özetlenebilir:

14 Madde halinde düzenlenmiş bu anlaşmada, yürürlük 14/15 Ekim 1922 tarihi olarak saptanmıştır. Türk ve Yunan askerleri arasındaki çatışma sonlandırılacak ve Doğu Trakya'yı Yunanlılar on beş gün içinde terk edeceklerdir. Yönetim Türk Devletine geçecek ancak Barış Anlaşması imzalanıncaya kadar Türk askeri bu bölgede konuşlanmayacaktır. Ancak 8000 sayıyı aşmayacak Jandarma görevlendirilebilecektir. Barış anlaşmasına kadar Batı Trakya Karaağaç Fransa İngiltere ve İtalya Yunanistan işgali altında kalacak Türk kuvvetleri Çanakkale Boğazı ile İzmit çizgisinde belirli yeri geçmeyecektir. Barış anlaşmasının imzalanmasına kadar İtilaf Devletleri kuvvetlerinin İstanbul'da kalması kararlaştırılmıştır. İstanbul'dan çıkmaya yanaşmamaları ve bir süre daha kalmak konusundaki arzuları yenilgilerini hazmedebilmek için kendilerini hazırlamalarına yöneliktir. Bu nedenle Barış anlaşmasına kadar kalmalarına izin verilmiştir.

C) TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİNİN KURULUŞ BELGESİ LOZAN KONFERANSI⁵⁴

Yukarıda Tarih kitaplarında siyasi belgelerde dönemi aktaran tüm kitaplarda uzun uzadıya ve tüm incelikleri kısım kısım açıklanmış Kurtuluş Savaşı ve ona gelinceye kadar Osmanlı Devletinin içinde bulunduğu durumu incele-

⁵³ İngiltere'yi General Harington, Fransa'yı General Charpy, İtalya'yı General Mombelli Mudanya anlaşmasında temsil etmiştir. Yunan temsilcileri ise bir İngiliz gemisinde Mudanya açıklarında sonucu beklemişlerdir. İşgal güçleri arasında oldukça gerginlikler yaşanmıştır. Ancak bu anlaşmayı yapmadıkları takdirde Türk ordusunun savaşa devam etme konusunda hazırlıklara başladığını idrak ettikleri için anlaşma sağlanmıştır. Bu anlaşmayı Yunanistan imzalamaktan kaçınmış ancak destek bulamadığı için 14 Ekim de imzalamak durumunda kalmıştır. İngiltere'nin bu anlaşmayı imzalamaktaki nedenleri ise: Çok güvendiği Yunan ordusunun Türk ordusu karşısında yenilmesi, Fransa ve İtalya'nın Anadolu'yu işgal etmekten vazgeçmesi, İngiliz hükümetinin yeni savaşı istememesi ve sömürgelerinin de savaşa karşı çıkması, İngiliz hükümetinin bu dönemde sarsıntı geçirmesi ve en önemlisi Mustafa Kemal adlı birinin beklenmedik bir zamanda ortaya çıkarak Anadolu halkı lehine Dünya Kamu oyunu etkileyecek sahneleri diplomatik dehası ile sergilemesi idi.. İşte bu nedenler ile Mudanya Anlaşmasını kerhen İngiltere imzalamak ve imzalanması için çalışmak durumunda kalmıştır.

⁵⁴ Akyol T: a.g.e.s., 95-181: Demirci S: a.g.e.s. 95 vd.; Ertan Faik Temuçin: Lozan Görüşmeleri Sırasında Türk Heyeti ile TBMM Hükümeti Arasındaki İlişkiler TC Başbakanlık Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi www.atam.gov.tr/dergi sayı 18 Lozan Görüşmeleri.

mek her Türk bireyi için gerekli olduğuna inanarak bu dönemi hızlı bir şekilde hatırlatmak istedim. Günümüzde Lozan Konferansı ile ilgili birçok fikir üretilmekte yorum yapılmakta olduğu herkesçe bilinen bir gerçektir. Ancak Lozan Konferansına gelinceye kadar içinde bulunulan şartları göz önüne alarak yorum yapılması gerekmez mi diye düşünmek gerekir. İşte Mustafa Kemal Atatürk'ün söylediği gibi, vatanın bütün kaleleri zapt edilmiş, bütün tersanelerine girilmiş, bütün orduları dağıtılmış ve yurdun her köşesine düşman girmiş bir durumdan, bağımsızlığa giden yolculuğa çıkılmış olduğu hatırdan çıkmamalıdır.

Dönemin ruh haline bakarsak, Kurtuluş Savaşının heyecanını yaşayan yoksul bitkin ancak başı dik özgür bir halkın, yenilgiye uğrattıklarının şaşkınlığı ve barış istekleri, Türk Ordusundan akınlarını durdurmaları ve ateş kes istemek durumunda kalmaları gibi karışık bir manzara 20. yüzyıla damgasını vurmuştur. Mudanya Anlaşmasının imzalanması, Türk Devletinin tanınması, Osmanlı Hükümetinin yıkılması, Vahdettin'in İngilizlerin yardımı ile İstanbul'dan kaçışı, İtilaf Devletlerine hizmetkârlık yapmış olan İstanbul'daki bazı halkın korkusu, Yeni Devlet Türk Devletinin zaferinin öyle basit bir olay olmadığına açık ifadesidir. Tarih sayfalarında altın yıldız ile yazılan bir destandır Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kurulması.

Yenilmiş Devletler Ankara'da kurulmuş Türk Hükümetini Barış Anlaşması yapmak üzere davet etmek durumunda kalmışlardır.

Mudanya Ateşkes Antlaşması 11.Ekim 1922 Barış görüşmelerinin başlangıcı olarak Ankara Hükümetinin çizgisinin belirtildiği bir belgedir.

İtilaf Devletleri 1. Kasım 1922 tarihinde TBMM bir NOTA göndererek 13 Kasım'da Lozan Şehrinde Barış Konferansı toplanmasını önermişlerdir. Davet eden ülkeler İngiltere-Fransa-İtalya-ve Japonyadır. Davet edilenler ise Türkiye-Yunanistan- Romanya- ABD- Sırp- Hırvat- Sloven Devleti olup Boğazlar için davet edilenler Sovyet Rusya ve Bulgaristan'dır. Ayrıca Belçika ve Portekiz de Konferansa davet edilmiştir. Konferansa İstanbul hükümeti de davet edilmiştir. O dönemin Sadrazamı Tevfik Paşa TBMM ne durumu bildirmiş ve fakat ret edilmiştir. Bu dönemde Mecliste ezici çoğunluk Saltanata karşıdır. Bu nedenle 1 Kasım 1922 tarihinde TBMM de Osmanlı Devletine son veren karar çıkmıştır.⁵⁵ 4 Kasım 1922 tarihinde de İtilaf Devletlerine bu karar bildirilmiştir. Vahdettin 17 Kasım'da ülkeyi terk etmiş, Halifelik kalkmadığı için 18. Kasım 1922 de TBMM tarafından Abdülmecit Efendiye Halifelik verilmiştir.

Türkiye Barış Konferansının İzmir'de yapılmasını istenmişse de İzmir'in durumu sebebiyle 13 Kasım 1922 de Lozan'da toplanılmasına TBMM ce karar verilmiştir.

Lozan Konferansına Baş Delege İsmet Paşa diğer delegeler Dr. Rıza Nur ve Maliye Bakanı Hasan Saka ve 21 tane de danışman gönderilmesine karar verilmiştir.

Delegelere Lozan Konferansında savunulacak olan hususlar Talimatname olarak verilmiştir. Bu talimatname de asla ödün verilmeyecek hükümler:⁵⁶ aşağıdaki gibidir.

- 1.Doğu Anadolu'da Ermeni Devleti kurulması asla kabul edilmeyeceği ve
- 2.Kapitülasyonların kalkacağı hususlarıdır.

⁵⁵ Bir tek Ziya Hürşit karşı çıkmıştır. Oysa önerge meclisteki muhalifler dahil verilmiştir.

⁵⁶ Akyol T: a.g.e.s. 84 vd.

Diğer konular aşağıdaki gibi özetlenebilir.

3.Sınırlar konusunda Misak-ı Milli yi esas alan Talimatname Musul Kerkük ve Süleymaniye'nin Anadolu ya yakın Ege adalarının alınması, bu başarılamazsa Ankara Hükümetinden yeni talimat alınacağı,

4. Boğazlarda yabancı askeri kuvvet asla kabul edilmeyeceği,

5. Azınlıklar konusunda nüfus mübadelesi ve mütekalibiyyet ilkesi kabul olunacağı.

6.Osmanlı'nın borçları ayrılan ülkelere paylaştırılacağı..

LOZAN BARIŞ KONFERANSI iki dönem olarak icra edilmiştir. Birinci dönem 20 Kasım 1922 de başlamış ve 4 Şubat 1923 te sona ermiştir. İkinci dönem 23. Nisan 1923 te başlamış ve 24. Temmuz 1923 te imzalanarak sona ermiştir.

Lozan Konferansı çok zor şartlar altında geçmiştir. Çünkü Türk Delegeler mağlup olmuş Devletlerin delegeleri ile eşit şartlar altında müzakereleri sürdürme imkânına sahip olmamışlardır. Güvenlik sorunu ve en önemlisi Telgraf sorunu ciddi bir şekilde Türk tarafının çalışmalarını aksatmıştır. Bunun nedeni Mondros anlaşması ile Osmanlı'nın ulaştırma konularının denetiminin İtilaf Devletlerine verilmiş olmasıdır. Türkiye'den gelen ve gönderilen telgraflar maaşef ele geçirilmiş ve deşifre edilmiştir. Bunu sağlayan İtilaf Devletleri Türk tarafını durumu anlayınca kadar çok sıkıntıya sokmuştur.

Daha önemlisi Türk Heyeti ile hükümet arasında da Konferansın ilk dönemlerinde ciddi görüş ayrılıkları olmuştur. İsmet Paşa her akşam Ankara'ya rapor vermiş ve talimatlar istemiştir. Rauf Bey telgrafların geç gelmesinden ve yanlış gelmesinden yakınmıştır. Bu dönemde Lozan Türk Heyeti Mustafa Kemal tarafından desteklenmek ile birlikte çeşitli muhalefetin varlığının da olduğu yadsınamaz.

Konferansın birinci bölümünde birçok konuda görüş birliği elde edilmiş ise de, Osmanlı Borçlarının ödenmesi Kapitülasyonlar ve Musul konusu ve Harp tamaratı konuları Konferansın dağılmasına neden olmuştur.

Heyet Türkiye'ye dönmüş ve Türk dış politikası konusunda çeşitli girişimlerde bulunularak özellikle Kapitülasyonların kalkmasını sağlamak için yabancı sermaye ve yabancı yatırımlar gibi konularda hükümetin görüşlerini uluslararası platformda görüş bildiriminde bulunulmuştur. Heyetin Türkiye'ye gelmesi ve ikinci etap için gitmesi dönemi mecliste çeşitli münakaşalar olmuşsa da Mustafa Kemal heyetin hesap vermekle yükümlü olduğu yerin meclis değil hükümet olduğunu belirtmesi üzerine ve görüşlerinin heyetten yana olduğunu belirtmesi ile tartışmalara son verilmiştir.

23 Nisan 1923 tarihinde Konferansın ilerleyebilmesi ve Türk tarafının verdiği notanın batılı Devletlerce kabulü üzerine ikinci dönem başlamıştır. ⁵⁷

⁵⁷ Bu arada önemli bir konunun açıklanması gerekir. Mecliste Mustafa Kemal görüşlerinde olanlar ile karşıt görüşte olanlar arasındaki uyuşmazlık uzun sürdüğünden birinci meclis feshedilerek yeni meclis kurulması için seçimlere gidilmiştir. Zira birinci mecliste Lozan Konferansı maddelerinin kabul edilmesi ve onaylanmasının mümkün olamayacağı anlaşılmıştır. Çünkü Lozan Konferansı için ikinci dönemde İsmet Paşa'nın Baş delege olarak aynı heyetin katılımı ile gerçekleştirilebilmesi için güvenoyu alınması gerekmiştir. Bu oylama da muhalif olan 60 mebus katılmamış 20 ret oyu ve 170 oyla güvenoyu alınmıştır. Heyete bir barış projesi hazırlanıp ellerine veriliyordu.

İkinci dönem heyet ile TBMM arasındaki ilişkilerde yine ççgerginlik vardır. Çünkü Rauf Bey İsmet Paşa ile Mustafa Kemal'in kendisinin haberi olmadan fikir alış verişinde bulunmalarına içlermektedir.

Türk heyeti ikinci dönemde Lozan'da daha rahattır. Çünkü hem güveno- yu almıştır. Ve hem de Meclisin yapısı değişmiştir. İngiltere ile ilgili sorunlar çözülmüştür. ABD Türk heyetinin arkasındadır. Uzun tartışmalar sonucun- da varılan sonuç, Lozan Konferansının İtilaf Devletlerinin arzularına hiç te uy- mayan bir nitelikte sonlanmış olmasıdır.

24 Temmuz 1923 günü imzalanan Lozan Barış Antlaşması'na Göre; Yeni Türk Devleti'nin uluslararası alanda bağımsız, bütün diğer devletlerle eşit, şe- reflî bir varlık olduğu kesinlikle tanınıyor ve Osmanlı Devleti'nin sona erdiği kabul ediliyordu. 143 madde ve eklerden oluşan bu belgedeki hükümler ve Türkiye Devletinin sahip olduğu bazı egemenliği ilgilendiren hakların neler ol- duğunu belirtelim.

LOZAN BARIŞ KONFERANSI MADDELERİNDE ÖNEMLİ VE ÇÖZÜME KAVUŞMUŞ OLANLARDAN BİR KISMI ve ERTELENİP SONRA ÇÖZÜMLENMİŞ HUSUSLAR

1. Türkiye Devleti Sınırları

Doğu sınırı: Moskova ve Kars Anlaşması esas alınarak Türk tarafının iste- ğine uygun çözümlenmiştir.

Irak sınırı: Daha sonraya ertelenir ve İngiltere ile 1926 yılında yapılan Ankara Anlaşması uyarınca Musul Irak sınırları içinde kalır. (Bu konuda ilk defa taviz verilmiştir) ⁵⁸

Batı sınırı: Batı Trakya Yunanistan'a kalmış diğer yerler Misak-ı Milli de belirtildiği gibi kabul edilmiştir.

Suriye sınırı: Fransa ile yapılmış Ankara Anlaşmasına göre belirlenmişti. Hatay 1939 da Türkiye sınırlarına dâhil edilmiştir.

Ege Denizinde: Bozcaada ve Gökçeada Türkiye sınırları içinde kalmıştır. Midilli Sakız, Sisam adaları Yunanistan'a kalmıştır.. Yunanistan, Türk sınırına yakın olan adalarda asker bulundurmuyacaktı. ⁵⁹

2. Kapitülasyonlar: Türk tarafının olmaz olmaz konusu ve en fazla tar- tışmalara sahne olan görüşmelerin kesilmesi sebebi olan Kapitülasyonlar ta- mamen Lozan Konferansında Türkiye lehine ortadan kaldırılmıştır. ⁶⁰

3. Boğazlar konusu: ⁶¹ İtilaf Devletlerinin ve sınırı olsun olmasın tüm milletlerinin gözünün olduğu yer boğazlar, başkanlığını Türk temsilcinin yaptığı bir komisyon tarafından yönetilecektir. Boğazlardan barış zamanlarında ticaret gemilerinin geçme serbestisi vardı. ⁶²

⁵⁸ Akyol T: a.g.e.s 175.

⁵⁹ İbid., s.142 vd. adalar konusu önemli tartışmaların konusudur. Meis adasından dünya barışını korumak adına Türkiye'nin hakkı olmasına rağmen feragat ettiğini bildiren fe- ragat bildirisi için Seha Meray Lozan Konferansı cilt 1 sayfa 98 vd da gerekçeli açıkla- ma vardır.

⁶⁰ İbid., s.164 vd.

⁶¹ İbid., s. 144 vd

⁶² Komisyon marifeti ile boğazların yönetilmesi Türkiye'nin bağımsızlık hakkını sınırlan- dırmakta idi. Bu durum Lozan konferansında boğazlar ile ilgili varılan anlaşmada barış zamanında boğazlardan serbest geçişin güvenliğinin sağlanması amacı ile boğazların her iki tarafı ve Marmara Denizindeki adalarda asker bulundurulmayacaktı. Bu bölge-

Lozan Konferansın da boğazlar ile ilgili kısmı açısından 22 Haziran 1936'da İsviçre'de Montreux'de toplanılmış ve

Montreux Sözleşmesi adını alan yeni bir Boğazlar Sözleşmesi 20 Temmuz 1936'da Türkiye, İngiltere, Fransa, Sovyetler Birliği, Japonya, Romanya, Bulgaristan, Yunanistan ve Yugoslavya arasında imzalanmıştır.

Böylece bu sözleşme ile Türkiye boğazlar üzerindeki egemenliğine kavuşmuştur.

4. Devlet Borçları: ⁶³ Osmanlı İmparatorluğundan ayrılan devletlerle borçlar bölüşülmüştür Türkiye'ye düşen bölüm taksitlendirilerek ödenecektir. Bize düşen bölüm taksitlendirme ile kağıt paraya göre ödenecekti. Düyun-u Umumiye de böylece tarihe karışmaktadır.

5. Savaş Tazminatları: ⁶⁴ Birinci Dünya savaşı tazminatları Türkiye tarafından ödenmeyecektir. Yunanistan savaş tazminatı olarak Karaağaç 'ı Türkiye'ye vermiş ve bunun karşılığında Yunanistan'ın ödemesi gereken harp tamirat bedeli istenmemiştir.⁶⁵

lerin saldırıya uğraması halinde sözleşme güvenliği Milletler Cemiyeti güvencesine konulmuştu. Bu hükümler ile Türkiye'nin boğazlar üzerindeki egemenliği sınırlanmış olduğundan bu hükümleri istemeyerek kabul etmiştir. Sözleşmede yer almış hükümler gerçekleştirilmemiştir. Fakat Japonya'nın Asya'da Mançurya'ya saldırması ve Milletler Cemiyetinin pasif durması Türkiye'nin boğazlar ile ilgili hükümleri değiştirmesi için faaliyette bulunmasına sebep olmuştur. Keza silahsızlanma konferansında talep bulunmuş ve fakat başarılı olamamış ancak 1934 tarihinden itibaren Almanya'nın silahlanmaya başlaması üzerine 17.Nisan 1935 tarihinde Türkiye Dış İşleri Bakanı Tevfik Rüşdü Aras boğazlar konusunu ele alarak Türkiye'nin güvenliği açısından askersiz ve silahlı durumun Türkiye'nin savunmasını zayıflattığı dayatması ile bu hükümleri kaldırılmasını istemiştir. Milletler Cemiyetinin toplantılarında karar verilmemiş ancak İtalya'nın Habeşistan'a saldırması, ve işgal etmesi sonucu ve Almanya'nın da Ren bölgesine asker yığması sonucu Varsay Anlaşmasına aykırı hareket etmesi 1923 Boğazlar ile ilgili hükümlerin işlerliğinin kalmadığı ve Türkiye'nin kendi savunması için kolektif garantinin artık söz konusu olamayacağını belirterek, 1936 tarihinde statünün değişmesi istenmiştir. İlk olumlu yanıt İngiltere'den gelmiştir, Türkiye'nin bu işi müzakere ile yapmak istemesi İngiltere'nin politikasını değiştirmiştir. Türkiye Rusya ile daha yakın ilişkide iken İngiltere ile yakınlaşmıştır. İngiltere Türkiye'yi kendisine bağlamak çabasındadır. Bu konuda Türkiye'yi destekleyen ikinci Devlet Rusya'dır. Fransa ve diğer Devletler, İtalya hariç Türkiye'nin isteğini kabul etmişlerdir

⁶³ Eroğlu Hamza: : TC Başbakanlık Atatürk Araştırma Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk araştırma Merkezi www.atam.gov.tr dergi sayı 3 Şerefli Bir Tarih.Muharrem Kararnamesi ile alınmış borçların ödenmesi konusudur.

⁶⁴ Akyol T: a.g.e.s.. 285.

⁶⁵ Eroğlu H; a.g.e.: .Harp tamiratu. Eskiden harp tazminatı olarak söz konusu edilen bu mesele, Birinci Dünya Savaşı'nda tamirat adı altında ortaya çıkmıştır. Burada bir taraftan Türkiye ile 1918 harbinin galipleri, diğer taraftan da Türkiye ile Yunanistan arasında meselenin tetkiki gerekir.

Birinci Dünya Savaşının galipleri bizden Birinci Dünya Savaşı sebebi ile tamirat talep etmişler, ayrıca buna ek olarak da işgal masrafı, kendi uyruklarının zarar ve ziyanlarını da buna eklemiştirler. Harp içinde Almanya'dan borçlanma karşılığı ve rehin bulunan beş milyon altın ve harp yıllarında İngiltere'ye sipariş edilen donanma bedeli kendi ellerinde bulunduğundan bizlere verilmemiş ve tamirat karşılığı tutulmuştur. Umumi Harbe giren mağlup devletlere esaslı mali bir yük olan bu beladan geleceğe bir borç bırakılmadan sadece elimizde bulunmayan meblağ karşılık gösterilerek büyük bir başarı ile içinden sıyrılmıştır. Lozan Barış Antlaşmasında, Yunanistan'ın bazı kanun ve âdetlerine riayet etmediği tanınarak kendisine sorumluluk yükleniyor ve Yunan ordu ve ida-

6. Azınlıklar konusu:⁶⁶ Birinci Dünya Savaşını sona erdiren anlaşmalar da yer almış azınlıkların korunmasına dair hükümler çerçevesinde Lozan Barış Anlaşmasında gereğince bu hükümlerin uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Azınlıklar ayrı bir ayrıcalığa sahip olmayıp Türk uyruğunda bütün gayrimüslim vatandaşlar kanunlar önünde eşit oldukları belirtilmiştir.

Türkiye’de ikamet eden herkes din dil soy, bir topluluktan olma ayrımı yapılmaksızın hayatları ve özgürlükleri tam ve eksiksiz olarak korunacaktır. Müslüman olmayan azınlıklara mensup vatandaşlar Müslümanların yararlandıkları tüm medeni ve sosyal haklardan yararlanacaklardır. Herkes din dil ayrımı gözetmeksizin Türkiye’de ikamet eden herkes kanun önünde eşittir. Din inanç veya mezhep ayrılığı hiçbir vatandaşın medeni ve siyasi haklardan yararlanmasında kamu hizmet ve görevler almasında yükseltilmesinde veya çeşitli iş kollarında çalışmasında bir engel değildir.

Devletin resmi dili Türkçe ’den başka dil konuşan Türk vatandaşlarına Mahkemelerde kendi dillerini SÖZLÜ olarak kullanabilmeleri bakımından uygun düşen kolaylıklar sağlanacaktır.

Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk vatandaşları giderlerini kendileri ödemek üzere her türlü hayır kurumları dinsel sosyal kurumlar, okullar ve buna benzer öğretim ve eğitim kurumları kurmak yönetmek ve denetlemek ve buralarda kendi dillerini serbestçe kullanmak dini ayinlerini serbestçe yapmak konularında eşit haklara sahiptirler. Türk Hükümetinin söz konusu okullarda Türk dili öğreniminin zorunlu kılmasına engel olunmayacaktır.

7. Vatandaşlık konusu: Türkiye’den ayrılmış ülkelere yerleşmiş Türk vatandaşları hukuken ve yerel yasaların öngördüğü şartlar ile o Devletin vatandaşı olacaklardır. Türk vatandaşlığını yitirmiş olanlar Anlaşmanın yürürlük tarihinden itibaren iki yıllık süre içinde Türk vatandaşlığını seçebilirler.

Batı Trakya’daki Türkler ile İstanbul’daki Rumlar dışında Anadolu ve Doğu Trakya’daki Rumlar ve Yunanistan’daki Türkler mübadele edileceklerdi.

Genel olarak can alıcı hükümlerinin açıklandığı Lozan Konferansı ile sağlanmış hakların elde edilmesi bu konuda yazılmış hatıratlarda görüleceği gibi son derece zor ve çetin bir mücadele sonucu olmuştur.

LOZAN KANFERANSI VE DEĞERLENDİRME

Lozan Konferansının halen büyük eleştirilere uğradığı ve uğramakta olduğunu belirtmeden geçemeyeceğiz. Söyle ki, özellikle Ege Adaları, Kıbrıs Batı Trakya Yunanistan’a bırakılması Yunanistan’ dan savaş tazminatı alınmaması ve Musul’un Milletler Cemiyetinin kararına bırakılması nedeni ile İngiliz Politikasına göre karara bağlanarak Irak’a verilmesi eleştiri nedeni olmuş ve hezimet olarak dillerden düşmemiştir.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi Lozan’ı dış politika ve dönemin koşulları altında değerlendirmek zorunludur. Yukarıda açıklandığı gibi şartlar

resinin Anadolu’yu haksız işgal esnasındaki fiillerinden doğan hasarın tamiri mecburiyeti de tanıyıyordu. Türkiye, Yunanistan’ın harbin devamından ve bunun neticelerinden doğan malî durumunu göz önüne alarak tamirat hususunda her türlü taleplerinden, Karaağaç ve havalisini Türkiye’ye bırakması şartı ile vazgeçiyordu.

⁶⁶ Akyol T: a.g.e.s. 82 vd. Kürtler ile ilgili azınlık olup olmayacakları konusu Lozan’da sert görüşmelerin konusu olmuştur. İngiliz politikası nedeni ile Kürtlerin azınlık olması konusunda Lord Curzon çok ısrarcıdır. Irki azınlıklar soy azınlıkları dil azınlıkları gibi kavramları kurumlaştırma çabasında olarak Kürtler ile ilgili amaçlarını vurgulamaktan geri kalmamışlardır.

barış anlaşmasının gecikmemesini gerektirmekte ve Konferansa katılanların bir ileri bir geri taviz vermeleri ve vermemeleri nedeni ile sonuca ulaşmanın ne denli zor olduğu ve Osmanlı'nın borçlarına halef olunması konuları zorluğun boyutunu ortaya koymaktadır.

Açıkça vurgulamak gerekir ki; Lozan Konferansı ile elde edilen sulh paketi;

Toprakları işgal edilmiş, elinden alınmış ve paylaşılmış, silahları elinden alınmış, özgürlüğü yok edilmiş bir halkın ulusal bağımsızlık savaşı vererek, hem devletini kurduğu ve hem de Devletler Hukukuna aykırı olarak elinden alınmış topraklarını geri aldığı, özgürlüğü için başkaldırdığı politik ve askeri bir deha gösterisidir. Türk insanı özgürlük için başkaldırmanın resmini çizmiştir.

Bu Anadolu Türk halkının gücüdür, başarısıdır. TBMM çatısı altında halkın özgür iradesinin mahsulüdür. 20 yüzyılda ilk ulusal zafer ile sonuçlanmış Kurtuluş Savaşıdır. Lozan Konferansı Belgesi bir ibret belgesidir. Halkların özgürlüğünü elde etmelerine örnek olmuş bu Kurtuluş Savaşı askeri ve politik deha örneği olarak asırlarca üzerinde çalışmalar yapılması gereken bilimsel bir belgedir.

Bu belge Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlık belgesidir.

GAZİ MUSTAFA KEMAL PAŞA'NIN LOZAN KONFERANSI HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ⁶⁷Nİ KISACA AÇIKLAMAK GEREKİR SE;

Gazi Mustafa Kemal Paşa Tarihi Nutuk'unda açıkça, dört yıllık bağımsızlık mücadelesinin milletin şanına yakışır bir barış ile son bulmuş olduğunu, Lozan'da 24. Temmuz 1923 tarihinde imzalandığını ve 24. Ağustos 1923 tarihinde de Mecliste onaylandığını belirtmiştir.

Görüşmelerin bittiği ve sonuca ulaşıldığının İsmet Paşa tarafından bildirilen telgrafla Hükümetin üç gün geçmesine rağmen yanıt vermemiş olmasını İsmet Paşanın 18.07.1923 tarihle Mustafa Kemal Paşaya telgrafla bildirmesi üzerine, haberdar olarak İsmet Paşaya 19.07.1923 tarihinde"HIÇ MKİMSEDE ENDİŞE YOKTUR. ELDE ETTİĞİNİZ BAŞARIYI EN SICAK VE SAMİMİ DUYGULARIMIZLA TEBRİK ETMEK İÇİN USULEN İMZALANMIŞ OLUĞUNUN BİLDİRİLMESİNİ BEKLİYORUZ KARDEŞİM." Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Başkomutan Gazi Mustafa Kemal" imzası ile göndermiştir.

İsmet Paşa imza için hükümetten yetki istemiş olmasına rağmen imza yetkisi hükümetten değil Mustafa Kemal Paşa'dan gitmiştir.

Bu olaylar Mustafa Kemal Paşanın Lozan Konferansının sonuçlarından o günkü şartlar altında son derece başarılı olduğunu ve tereddüt edilmesinde bir neden olmadığını Antakya ve Musul konularının daha sonra hallinin Türkiye Devletinin tanınması ve bağımsızlığı üzerinde bir etkisinin olmayacağını gördüğünün ifadesidir.

Aslında müzakereler sırasında teati edilen telgraflardaki yoğun istek, teklif ve fedakârlıkların sınırı ile ilgili ifadeler, böylesi önemli bir konferansın müzakerelerinin yazı ile ve üstelik telgrafların Türk heyetinin eline geçmesinden önce, İngilizlerin eline geçtiği ve şifrelerinin çözüldüğü bir durumun varlığının, görüşmelerin ne derece şiddetli geçtiğinin hesaba katılmasını gerektirmektedir. Bu telgrafların Mustafa Kemal Paşa ve İsmet Paşa arasında şiddetli bir ihtilafın olduğu şeklinde yorumlanması yanlıştır. Elbette olumlu sonuç al-

⁶⁷ MUSTAFA KEMAL ATATÜRK: NUTUK, Emre Yayınları, 2006, İstanbul, s.651 vd., Demirci S: a.g.e.,s.229 vd.

maya yönelik müzakerelerin yürütülmesinde Mustafa Kemal Paşa ile İsmet Paşanın fikir alış verişinde bulunması ve yoğun görüşmelerin yapılması aralarında ihtilafın varlığını işaret etmeyeceği gibi, Mustafa Kemal Paşanın NUTUK ta belirttiği gibi Lozan Konferansı büyük bir başarıdır. Bugün bu başarının gölgelenmeye çalışılması da ne denli önemli olduğunun ayrı bir kanıtıdır. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluş belgesinin ortadan kaldırmaya yönelik her bir hamleye karşı hazırlıklı olmak için geçmişin hatırdan çıkarılmaması gerekir. Mustafa Kemal Atatürk'ün Türkiye Cumhuriyeti ilelebet payidar kalacaktır, sözünü boş çıkarmamak tüm ulusun görevidir.

KAYNAKLAR

- MUSTAFA KEMAL ATATÜRK: NUTUK Emre Yayınları, 2006, İstanbul
- ARMAOĞLU FAHİR: 19. Yüzyıl Siyasi Tarihi, Ankara, 2003
- A dan Z YE KURTULUŞ SAVAŞI, İSTANBUL, 2009
- AKYOL TAHA: Bilinmeyen Lozan 2014, İstanbul
- AKŞİN SİNA: İç Savaş ve Sevr'de Ölüm, İstanbul, 2010
- AKŞİN SİNA : Kısa Türkiye Tarihi, İstanbul, 2008
- ÇAŞIN MESUT: Lozan Barış Konferansı 80 Yılında, İstanbul Üniversitesi Yayını, 2003
- ÇEKİÇ ORHAN: Türkiye Cumhuriyeti Tarihi, 2010, İstanbul
- ÇEKİÇ ORHAN: Mondros'tan İstanbul'a İmparatorluk'tan Cumhuriyete İstanbul, 2014
- ÇEKİÇ ORHAN: 1938 SON YIL, İstanbul, 2014
- ÇUFALI MUSTAFA: TC Başbakanlık Atatürk Araştırma Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Merkezi www.atam.gov.tr Dergi sayı45 Çanakkale Krizi ve Lloyd George un İktidardan Düşmesi.
- DEMİRCİ SEVTAP: Belgelerle Lozan, 2013, İstanbul
- EROĞLU HAMZA: TC Başbakanlık Atatürk Araştırma Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Merkezi www.atam.gov.tr Dergi sayı 3, Şerefli Bir Tarih
- ERTAN F. TEMUÇİN: TC Başbakanlık Atatürk Araştırma Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Merkezi www.atam.gov.tr Dergi SAYI 18 Lozan Görüşmeleri Sırasında Türk Heyeti ve TBMM Hükümeti
- KARACAN NACİ: Lozan, 2006, İstanbul
- METE TUNÇAY: Türkiye Tarihi cilt 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980, İstanbul, 1990 (Anonim Eser)
- ÖZAKMAN TURGUT: Vahidettin M.Kemal ve Milli Mücadele, İstanbul, 2005
- LOZAN KONFERANS METNİ
- SEVR ANLAŞMASI METNİ

SERMAYE ŞİRKETLERİ İLE KOOPERATİFLERİN BORCA BATIK OLMALARI SEBEBİYLE DOĞRUDAN İFLASLARININ SÖZ KONUSU OLMASI DURUMUNDA İFLASIN ERTELENMESİ KURUMUNA BAŞVURU ŞARTLARININ KANUNİ DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Araş. Gör. Serpil Işık*

ÖZ

İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan sermaye şirketleri ile kooperatifler hakkında ticaret mahkemesince iflas kararı verilmesine belli şartlarla engel olunarak iflasın bir süreliğine ertelenmesine imkan veren bir kurumdur. Kanun koyucunun böyle bir imkan getirmesindeki amaç, şirketin iflasının belli bir süreliğine ertelenmesinin, derhal iflas etmesi ile kıyaslandığında, alacaklılar, borçlu şirket ve diğer ilgililer bakımından, kayda değer bir yarar sağlayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Borca batık olması sebebiyle doğrudan iflası söz konusu olan şirket veya kooperatif için, iflas gibi ağır sonuçları olan bir durumdan belli bir süreliğine kurtulma imkanı tanıyan iflasın ertelenmesi kurumundan faydalanabilmek, bu süre zarfında toparlanma ve faaliyetlerine devam edebilme imkanı sağlayacaktır. Bu sebeple, iflasın ertelenmesinin şartlarını gerçekleştirebilmek, iflasın eşliğindeki bir şirket veya kooperatif bakımından hayati önem arz edecektir. Bu açıdan bakıldığında, iflasın ertelenmesi kurumunun şartlarının açık bir şekilde ortaya konulması ve bu konudaki tartışmalı noktaların aydınlatılması önem arz etmektedir. Bütün bu açıklamalarımız üzere, belirtmek isteriz ki, çalışmamızda esas olarak iflasın ertelenmesi kurumunun şartlarının neler olduğu ile bu şartların kapsamlı bir şekilde ortaya konulmasını amaçlamaktayız. Bu amaç doğrultusunda, kurumun kanuni dayanakları olan, İcra İflas Kanunu m. 179 vd., Kooperatifler Kanunu m. 63 vd. hükümleri ile Türk Ticaret Kanunu m. 376 vd. hükümlerinin zaman içinde geçirdiği değişiklikleri dikkate alacak ve Yüksek mahkeme kararları ile doktrindeki görüşlere de gerektiği ölçüde yer vereceğiz.

Anahtar Kelimeler: Borca Batıklık, Sermaye Şirketleri İle Kooperatiflerin İflası, İflas, İflasın Ertenilmesi, İflasın Ertenilmesinin Şartları.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi [serpil.isik@istanbul.edu.tr; isikserpil1988@hotmail.com].

ABSTRACT

Postponement of bankruptcy is an instrument, barring a claim of which allows to delay the bankruptcy of share capital and cooperative companies on a bankruptcy decision of a commercial court. The aim of the law-maker in bringing such an instrument is the idea of the postponement of the bankruptcy of a company might have remarkable advantages rather than its bankruptcy. Through this instrument; the financially embarrassed share capital companies and cooperative companies which compulsorily going to bankruptcy will have a certain time to their activities. Therefore; supplying the conditions of the postponement of bankruptcy is vital for companies which are on the verge of bankruptcy. From that perspective it is important to clearly present the conditions of the postponement of bankruptcy and enlighten the controversial points. We are aiming to state on what are the conditions of the postponement of bankruptcy comprehensively. In that regard, we will consider the amendments on the legal basis of the legislation; basically on the Turkish Bankruptcy and Enforcement Law Art. 179 (ff.), Law of Cooperative Companies Art. 63 (ff.) and Turkish Commercial Law Art. 376 (ff.). Moreover, we will widely mention the decisions of the Supreme Court and the doctrine.

Keywords: *Over-indebtedness, Bankruptcy of share capital and cooperative companies, Bankruptcy, Postponement of bankruptcy, Circumstances of postponement of bankruptcy*

I. GİRİŞ

Sermaye şirketleri bakımından, mali durumun bozulması haline ilişkin olarak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlemeler getirilmekte ve bu hususta alınabilecek olan tedbirler ayrıntılı olarak düzenlenmektedir¹. Kanun koyucu, sermaye şirketlerinin mali durumunun bozulması bakımından, Türk Ticaret Kanunu m. 376'da, "sermayenin kaybı ve borca batık olma durumu" kenar başlığı altında² çeşitli ihtimallerden bahsetmekte ve bu ihtimallerden bir olarak ifade ettiği borca batıklık halinin gerçekleşmesi durumunda alınacak olan tedbirleri TTK m. 376/f. 3'te öngörmektedir³. Söz konusu düzenleme uyarınca,

¹ 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu m. 376'da (eTK m. 324), anonim şirketlerin mali durumlarının bozulması ve alınacak olan tedbirler düzenlenmektedir. Bununla birlikte, limited şirketler, kooperatifler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin mali durumlarının bozulması bakımından da TTK m. 376'da (eTK m. 324) yer alan düzenlemeye atıf yapıldığını görmekteyiz. Bu sebepledir ki, anonim şirketler bakımından düzenlemeler getiren TTK m. 376 hükmü, sermaye şirketlerinin mali durumunun bozulması konusunda genel hüküm niteliği taşımaktadır.

² Kanun koyucunun, Türk Ticaret Kanunu m. 376'da, mehaz İsviçre OR Art. 725 ile paralel bir düzenleme getirdiğini görmekteyiz. Zira, İsviçre hukukunda sermayenin kaybı (Kapitalverlust) ile borca batıklık (Überschuldung) halleri OR Art. 725 hükmünde aynı başlık altında düzenlenmektedir. Bununla ilgili açıklamalar için bkz. Dubach A.: Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ 94 (1998), (s. 149-160), s. 155.

³ Sermaye şirketlerinin mali durumunun bozulmasına ilişkin olarak TTK m. 376'da mali durumun bozulma derecesine göre alınması gereken tedbirler, kanun koyucu tarafından kademeli olarak öngörülmektedir. Bu kapsamda, alınması gereken tedbirler şu şekilde ifade edilmektedir: (1) Son yıllık bilançodan esas sermayenin karşılıksız kaldığının tespit edilmesi (TTK m. 376/f. 1), (2) Yönetim kurulunca hazırlanan ara bilançodan

şirketin borca batık olduğu yönünde şüphelerin oluşması üzerine çıkarılacak olan ara bilançoda, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin diğer bir ifadeyle, borca batık⁴ olduğunun anlaşılması üzerine, anonim şirketin yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirecek ve şirketin iflasını isteyecektir (TTK m. 376/f. 3). Görüldüğü üzere, kanun koyucu, sermaye şirketlerinin mali durumunun borca batıklık derecesinde bozulması halinde, takip dahi yapmaya gerek olmadan, doğrudan doğruya iflas talep etme yükümlülüğünü getirmekte ve böylece alacaklıların şirketten olan alacaklarını elde edememelerinin önüne geçmeyi arzulamaktadır⁵. Sermaye şirketleri bakımından sorumluluğun, şirket sermayesi ile sınırlı sorumluluk olması⁶ sebebiyle, şirketten alacaklı olan kim-selerin sadece şirket malvarlığına müracaat edebilecek olmaları göz önünde

esas sermayenin üçte ikisinin karşılıksız kaldığının tespit edilmesi (TTK m. 376/f. 2), (3) Şirket aktiflerinin alacaklıların alacaklarını karşılamaması (TTK m. 376/f. 3). Kanun koyucu, (1) ve (2) 'de ifade edilen haller bakımından, "sermaye kaybını (Kapitalverlust)" (OR Art. 725/Abs. I); (3) 'de ifade edilen hal bakımından ise, "borca batıklık (Überschuldung)" (OR Art. 725/II) halini öngörmektedir. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 376'da öngörülen düzenlemelerde, İcra İflas Kanunu'nda 4949 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikler, AET'nin 77/91/EEC sayılı İkinci Yönergesinde öngörülen ilkeler ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725'e 1991 yılında yapılan ekler de dikkate alınmıştır. Bu sayede, eTK m. 324'ün hükümleri büyük ölçüde korunmakla beraber, uygulamada sıklıkla rastlanan sorunlar göz önünde bulundurularak birtakım yeni düzenlemeler getirilmiştir (Bkz. TTK 376'nın madde gerekçesi).

⁴ İsviçre ve Alman hukuklarında, borca batıklık terimine karşılık gelen ve benzer bir ifade olan, "aşırı derecede borç altına girme (Überschuldung)" kelimesi kullanılmaktadır (OR Art. 725 ve OR Art. 725a; AktG § 92). Belirttiğimiz bu durum bakımından, Türk hukukunda gerek doktrinde ve gerekse de çeşitli kanunlarda, birtakım başka ifadelerin kullanıldığını görmekteyiz. Nitekim, borca batıklık hali bakımından eTK m. 324/f. 2'de, "...şirket aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi..."; TTK m. 542/f. 1, c'de, "...şirket borçlarının şirket varlığından fazla olması..."; Koop K. m. 63/f. 1'de ve İİK m. 345a'da, "...mevcudun borçları karşılamaması..."; İİK m. 179'da, "...şirketin borçlarının aktifinden fazla olması..."; SPK m. 46/h'da ise, "...mali durumun taahhütleri karşılayamayacak kadar zayıflaması..." şeklinde ifadeler kullanılmaktadır. 6102 sayılı TTK m. 376/f. 3'te ise açıkça, "Şirketin borca batık durumda bulunduğu..." şeklinde bir tabire yer verildiğini görmekteyiz. Bu sebepledir ki, biz de çalışmamızda, bu doğrudan (zorunlu/maddi) iflas sebebi bakımından, "borca batıklık" terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

⁵ Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık olmaları halinin kanun koyucu tarafından doğrudan ve zorunlu bir iflas sebebi olarak düzenlenmesinin temelinde yatan sebep, şirket alacaklılarını korumak düşüncesine dayanmaktadır. Böylece, kanun koyucu tarafından, üçüncü kişilerin, borca batık olan şirket ile iş ilişkisine girmeleri önlenmek istenmektedir. Netice itibarıyla, kendi iflasını istemek zorunda bırakılan şirket, bazı alacaklılarına olan borcunu ödeyebilecek iken; bazı alacaklılarına olan borcunu ödeyemeyecek duruma düşebilecektir. Bu sebeple de, şirketin birtakım alacaklılarını zarara uğratmasının önüne geçilmiş olmaktadır (Yıldırım, M. K./Deren-Yıldırım, N.: İcra ve İflas Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2015, § 9, s. 374).

⁶ Meier-Hayoz, A./Forstmoser, P.: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern Stampfli, 1998, § 16, N. 68 ff. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, Ü.: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1681 vd.; Karahan, S. (Edit)/Aral, İ.: Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 2. Bs., Konya, Mimoza Yayınları, 2013, s. 29.

bulundurulduğunda, borca batıklık durumunun, şirket ortaklarının kişisel malvarlığına başvurabilme imkanı olmayan alacaklılar bakımından önem arz edeceği açıktır. Bu hususu göz önünde bulunduran kanun koyucu, borca batıklık halini sermaye şirketleri bakımından özel olarak düzenlemiş ve bir doğrudan iflas sebebi⁷ olarak öngörmüştür⁸ (SchKG Art. 192; İİK m. 179).

Kanun koyucu, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık olmalarını doğrudan iflas sebeplerinden biri olarak öngörmüş olmakla birlikte, borca batıklık halini mahkemeye bildiren şirket veya kooperatifin, mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin (*Aussicht auf Sanierung*) var olması ihtimalinde, hazırlayacağı iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesi talebinde de bulunabileceğini düzenlemektedir (TTK m. 377; OR Art. 725a; İİK m. 179; Koop. K. m. 63). Bu sebeptir ki, iflasın ertelenmesi (*der Konkursaufschub*), sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık olmaları sebebiyle doğrudan iflaslarının söz konusu olması durumunda, mahkemece iflas kararı verilmesinin istisnasını teşkil eden bir kurumdur⁹.

⁷ İsviçre hukuku ile Türk hukukunda, doğrudan doğruya iflas hallerinin neler olduğu düzenlenmektedir. Bunlar, alacaklının talebiyle doğrudan doğruya iflas (İİK m. 177; SchKG Art. 190); borçlunun talebiyle doğrudan doğruya iflas (İİK m. 178; SchKG Art. 191); sermaye şirketleri ile kooperatiflerin doğrudan doğruya iflası (İİK m. 179; SchKG Art. 192); reddolunan miraslar ile resmi tasfiyeye tabi tutulan terekenin doğrudan doğruya iflası (İİK m. 180; SchKG Art. 193) halleridir. Borçlu her zaman doğrudan doğruya iflasını istemek zorunda olmayacaktır. Borçlunun doğrudan iflasını istemek zorunda olduğu iki hal mevcuttur. Bunlardan biri, İİK m. 178/f. 3'de düzenlenen haldir. Bu düzenlemeye göre, iflasa tabi bir borçlu aleyhine alacaklılardan birinin ya da (bir kaçının) haciz yolu ile takip yapması neticesinde yapılan haciz borçlunun yarı mevcudunun elinden çıkmasına sebep olur ve kalanı muaccel ve vadesi bir sene içinde hülul edecek diğer borçlarını ödemeye yetiştirmiyorsa borçlu derhal aczini bildirerek iflasını istemek zorunda kalır. Borçlunun doğrudan iflasını istemek zorunda olduğu diğer hal ise, çalışma konumuz olan ve İİK m. 179 ile TTK m. 376/f. 3'te ifade edilmiş bulunan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin "borca batık (Überschuldung)" olması halidir (SchKG Art. 192; OR Art. 725a).

⁸ Wüstiner H.: Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3. Abschnitt: Organistaion der Aktiengesellschaft, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, Art. 725, N. 1; Giroud, R.: Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Auf. Zürich, Schulthess, 1986, § 5, N. 82; Domanic, H.: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK. Şerhi II, İstanbul, 1988, s. 545-546; Arslanlı, H.: Anonim Şirketler, I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 98; Schönemberger, v. B.: Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR (BISchK, 2002-Heft 5, s. 161-189). (Çev. Üstündağ, S.), "İsviçre Borçlar Kanunu (OR) madde 725a'ya göre İflasın Ertelenmesi"- Yargı Dünyası, Mart 2005, S. 111, (s. 9-27), Art. 725a, s. 11; Sadece sermaye şirketleri bakımından özel olarak öngörülmüş olan bu doğrudan iflas sebebi, şahıs şirketleri bakımından geçerli değildir (Bkz. aşa. § III, C, 2). Bu sebeple, şahıs şirketlerinden alacaklı olan bir kimse, diğer iflas sebeplerinden birine dayanarak şirketin iflasını isteyebilirse de, borca batıklık sebebine dayanarak şirketin iflasını isteyemez.

⁹ Kanun koyucu, sermaye şirketlerinin sona ermeyerek ticari faaliyetlerine devam etmesinde, hukuki, ekonomik ve sosyal fayda görmüştür. Bu sebeple, sermaye şirketlerinin ticari yaşamda devamlılıklarını sağlamak için birden fazla imkanı takip hukuku içinde uygulamanın hizmetine sunmuştur. Bu yollar; iflasın ertelenmesi (İİK m. 179; TTK m. 376/f. 3; Koop. K. m. 63), yeniden yapılandırma (İİK m. 309m-309ü) ve konkordato (İİK m. 285 vd.) 'dur. Bunların içerisinde, şu an için uygulamamızda en etkin olanı, iflasın ertelenmesi kurumudur. Nitekim, iflasın ertelenmesi, kanunda öngörülen şartların sağlanması halinde, daha kolay ve etkin bir hukuki imkan sağlamaktadır (Özekes, M.: İf-

Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık olmaları sebebiyle doğrudan iflasına müracaat etmek ve onları ticari yaşamdan silmek yerine, iyileştirilme ümidi bulunanların faaliyetlerine devam etmelerine olanak sağlama amacına hizmet eden¹⁰ iflasın ertelenmesi kurumu, Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK m. 377)¹¹, İcra İflas Kanunu'nda (İİK m. 179, m. 179/a ve m. 179/b) ve Kooperatifler Kanunu'nda (Koop. K. m. 63) düzenlenmektedir¹². İcra İflas Kanunu'na 4949 sayılı Kanun değişikliği ile eklenmeden önce, 6267 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 324'ncü maddesinin¹³ ikinci fıkrasında düzenlenen haliyle iflasın

lasın Erteleme (İİK m. 179-179b; TTK m. 324), Legal Hukuk Dergisi, 2005, C. 3, S. 33, (s. 3249-3283), s. 3252).

¹⁰ Özkes, s. 3252.

¹¹ TTK m. 377'de, "İflasın Erteleme" kenar başlıklı düzenlemede, ayrıntılı bir düzenleme öngörülmemiş olup genel olarak İİK m. 179-m. 179/b hükümlerine atfı yapılmıştır. Nitekim, kanun koyucunun TTK m. 377'de öngördüğü düzenleme şu şekildedir: "Yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı yeni nakit sermaye konulması dahil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilir. Bu halde İcra ve İflas Kanunu'nun 179 ila 179/b maddeleri uygulanır."

¹² İflasın ertelenmesi, mehzaz ülke olan İsviçre hukukunda Borçlar Kanunu'nun (OR) anonim şirketlere ilişkin hükümleri arasında yer almaktadır (OR Art. 725, OR Art. 725a). İflasın ertelenmesi müessesesinin düzenlendiği, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725a, 4 Ekim 1991 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 1992'de yürürlüğe giren Kanun ile İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmiştir (AS 1992 733 786; BBl 1983 II 745). "İflasın Açılması veya Erteleme" ("Eröffnung oder Aufschub des Konkurses") kenar başlıklı İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725a'nın Almanca metni ve bunun Türkçe karşılığı şu şekildedir: "Der Richter eröffnet auf die Benachrichtigung hin den Konkurs, Er kann ihn auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht; in diesem Falle trifft er Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens (Abs. 1). Der Richter kann einen Sachwalter bestellen und entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen. Er umschreibt die Aufgaben des Sachwalters (Abs. 2). Der Konkursaufschub muss nur veröffentlicht werden, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist (Abs. 3)."; "Hakim bildirim üzerine iflası açar. Hakim bunu yönetim kurulunun veya bir alacaklının talebi üzerine erteleyebilir. Eğer şirketin kurtulması ümidi mevcutsa bu durumda hakim malvarlığının muhafazası için tedbirler alır (f. 1). Hakim, bir kayyım atayabilir ve yönetim kurulunun tasarruf yetkisini kaldırabilir veya yönetim kurulu kararlarını kayyımın rızasına tabi kılabilir. Hakim, kayyımın görevlerini belirler (f. 2). İflasın ertelenmesi ancak üçüncü kişilerin korunması için gerekli ise, ilan edilmelidir (f. 3)"

¹³ ETK m. 324'te, anonim şirketin mali durumunun bozulması halinde alınabilecek olan tedbirler düzenlenmekteydi. ETK m. 324'ün İsviçre Borçlar Kanunu'nda karşılığı olan düzenleme, OR Art. 725 olup söz konusu maddede, 1991 yılında birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle kısmen benzer bir şekilde, Türk kanun koyucusu da 6102 sayılı TTK'da yeni düzenlemeler öngörmüştür. Bunun neticesinde, anonim şirketlerde mali durumun bozulması halinde, birtakım değişiklikler meydana gelmiştir. Bu değişikliklerle şekillenen 6102 sayılı TTK m. 376'da, eTK m. 324 ile paralel bir şekilde mali durumun bozulma derecesine göre, üç olasılıktan bahsedilmektedir. Bu üç olasılıktan birisi, "borca batıklık" olup buna ilişkin TTK m. 376/f. 3'te, eTK m. 324/f. 2, c. 3, 4, 5'e kıyasla oldukça önemli değişiklikler yapılmıştır. Getirilen yenilikler ve değerlendirmeler için bkz. Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 267 vd.; Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlen-

ertelenmesi kurumu, ihtiyaçlara cevap vermekten uzak ve oldukça yetersiz bir nitelik taşımaktaydı. Bu sebeple, büyük ekonomik krizlerin gündemde olduğu dönemlerde dahi kurum, uygulayıcılar tarafından yeterli ilgiyi görmemiş, pek müracaat edilmeyen bir kurum halini almıştı. Buna karşılık, artan ekonomik krizler ve iflas hukuku alanında modern hukuk dünyasında görülmeye başlanan yeni anlayışlar üzerine gerçekleşen hukuksal reformların etkisiyle, İcra İflas Kanunu'nda 4949¹⁴ ve 5092¹⁵ sayılı Kanunlarla gerçekleştirilen değişikliklerin neticesinde, iflasın ertelenmesi kurumu, oldukça ayrıntılı ve kapsamlı bir düzenlemeye kavuşturulmuştur¹⁶. Bu kapsamda, İcra İflas Kanunu'nun, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık olmaları sebebiyle doğrudan iflasının öngörüldüğü 179'ncü maddesi değiştirilmiş ve Kanuna 179/a ve 179/b maddelerinin de ilave edilmesi suretiyle, iflasın ertelenmesi kurumunun mahkemeye başvurudan sonraki aşamasının, İcra İflas Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Bununla birlikte, iflasın ertelenmesi kurumunun mahkemeye başvurudan önceki aşamasını teşkil eden ve aynı zamanda birer ticaret hukuku meselesi olan borca batıklığın tespiti ile ara bilançoya ilişkin düzenlemeler, Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haliyle bırakılmış ve yürürlükten kaldırılmamıştır (eTK m. 324/f. 2). Bu sebeptendir ki, İcra İflas Kanunu'ndaki değişikliklerden sonra dahi, eTK m. 324/f. 2'de öngörülen¹⁷ ve iflasın ertelenmesine ilişkin olan düzenlemeler, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren (6335 sayılı Kanun ile değişik) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yeni düzenlemelerine (TTK m. 376/f. 3; TTK m. 377) kadar önemini korumaya devam etmiştir¹⁸.

4949 sayılı Kanun ile İcra İflas Kanunu'nda gerçekleştirilen değişikliklerin neticesinde, iflasın ertelenmesi kurumu, Türk hukuk uygulamasında işlerlik kazanmış ve bu kurumdan faydalanmak isteyen borca batık sermaye şirketleri ile kooperatiflerin sayısı da giderek artmıştır¹⁹. Ülkemizde yaşanan enflas-

dirme ve Öneriler (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler), 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012. s. 169 vd.

¹⁴ RG., 30.07.2003, S. 25184.

¹⁵ RG., 21.02.2004, S. 25380.

¹⁶ Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku I (Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Şirketler), Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, N. 522f.

¹⁷ ETK m. 324/f. 2'de kanun koyucu bu konuda şu düzenlemeler getirilmekteydi: "Şirketin aktifleri şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur (c. 3). Mahkeme bu takdirde şirketin iflasına hükmeder (c. 4). Şu kadar ki; şirket durumunun ıslahı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme iflas kararını tehir edebilir. Bu halde mahkeme envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirleri alır (c. 5)".

¹⁸ Türk, A.: Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflası ve İflasın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 6, S. 1, (s. 295-334), s. 295. İcra İflas Kanunu'ndaki 4949 ve 5092 sayılı Kanun değişikliklerinden sonra, iflasın ertelenmesi bakımından, mahkemeye başvurudan önceki hususlar hakkında, TTK ve Koop. K. hükümleri (TTK m. 376/f. 3; eTK m. 324/f. 2; Koop. K. m 63); mahkemeye başvurudan sonraki hususlar hakkında ise, İİK hükümleri (İİK m. 179 vd.) önemi haiz olmuştur. Kanaatimizce, mahkemeye başvurudan sonraki hükümlerin, İcra İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olması kanun koyucunun yerinde bir düzenlemesidir.

¹⁹ Türk, Değişiklikler, s. 296

yonist ortam, ekonomik dar boğazlar ile ödeme güçlükleri, iflasın ertelenmesi kurumunun kanuni düzenlemelerle artan popülaritesinin günümüzde de korunmasını temin etmiştir²⁰. Nitekim, iflasın ertelenmesi kurumu bugün hala, uygulamanın en çok rağbet gören kurumlarından birisidir. Yalnız, kurumun uygulanabilirliğinin artması ile birlikte, birtakım problemlerin de ortaya çıkması kaçınılmaz olmuştur. Uygulamada ortaya çıkan sorunlar göstermektedir ki, 4949 ve 5092 sayılı Kanun değişiklikleri yine de birtakım boşluklar içermektedir ve kimi durumda yetersiz kalmaktadır. Ayrıca, kurumun popülaritesinin artması üzerine, borca batık olan pek çok sermaye şirketi ile kooperatif, çeşitli bilanço oyunlarıyla ve gerçeği yansıtmayan iyileştirme projeleriyle bu imkandan yararlanabilmek amacıyla gerekli şartları sağladıkları izlenimini yaratan kötü-niyetli uygulamalara gitmektedirler²¹.

Uygulamada gerçekleşen suistimaller ile kanuni düzenleme eksiklikleri yapılacak olan değişikliklerle ve kurumun şartlarının ağırlaştırılmasıyla giderilebilecektir. Fakat, ifade ettiğimiz bu çözüm önerisinin yerindeliğini tartışabilmek ve iflasın ertelenmesinin şartlarının doğru tespit edilmesinin bu kurumdan faydalanacak olan sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından arz edeceği önemi de ortaya koyabilmek bakımından, iflasın ertelenmesi kurumunun şartlarının kanun koyucunun son değişiklikleri çerçevesinde ifade edilmesini gerekmektedir. Bu sebeple, çalışmamızda iflasın ertelenmesinin şartlarını açık bir şekilde ortaya koymayı ve bu hususta tartışmalı olan noktaları ifade etmeyi amaçlamaktayız. Bu amaç doğrultusunda, İcra İflas Kanunu'nda meydana gelen değişiklikler ile 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren (6335 sayılı Kanun ile değişik) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun, yeni düzenlemelerinin (TTK m. 376/f. 3; TTK m. 377) dikkate alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, özellikle Türk Ticaret Kanunu'nda gerçekleştirilen değişiklikleri dikkate alacak ve böylece sıradan çekilme sözleşmesi, borca batıklığın tespiti ile ara bilançooya ilişkin kanun koyucunun son düzenlemelerini çalışmamız kapsamında ifade etme yoluna gideceğiz.

II. İFLASIN ERTELENMESİ KURUMUNA GENEL BİR BAKIŞ

İflasın ertelenmesi (*der Konkursaufschub*), borca batık olan sermaye şirketleri ile kooperatifler hakkında iflas kararı verilmesinin, belirli bir süre için

²⁰ Kaya, A.: Borca Batık Anonim Şirketlerin İflasının Erteleenmesi, Prof. Dr. Erdoğan Moğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, (s. 279-303), s. 283.

²¹ Bu durum ise, şirket veya kooperatiften alacağı olan alacaklılara ve ilgisi olan herkese zarar verecektir (Dubach, s. 150). Zira, iflasın ertelenmesine karar verilmesi halinde, borçlu sermaye şirketi veya kooperatif hakkında yapılmış olan tüm takipler duracak, yeni takip yapılabilmesi söz konusu olmayacak ve zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler de işlemeyecektir (İİK m. 179/b) (Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar (6335 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı), Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, § 20, N. 282). Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...davalı şirketler yönünden birer yıl süreyle iflasın ertelenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. İİK'nın 179//b maddesinde erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine yapılan takiplerin duracağı, ayrıca hiçbir takip yapılamayacağı, zamanaşımı ve hak düşüren müddetlerin işlemeyeceği hükmüne yer verilmiştir..." (15. HD, 21.01.2014, E. 6980, K. 444, YKD, C. 40, S. 7, Temmuz 2014, s. 1457). Yargıtay'ın bu yöndeki diğer kararları için bkz. 6. HD, 22.09.2014, E. 9056, K. 10183 (YKD, C. 40, S. 11, Kasım 2014, s. 2328); 12. HD, 29.01.2014, E. 35767, K. 2239 (Legal HD, C. 12, S. 136, Y. 2014, s. 326).

önlenmesini temin eden ve şirket veya kooperatifin bu süre zarfında alacaklısı olan kimselerin takiplerinden uzak kalması suretiyle, mali durumunu iyileştirerek iflas halinden kurtulmasını amaçlayan bir kurumdur²².

Borca batık olan sermaye şirketleri, şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurarak doğrudan doğruya iflaslarını isterlerken; aynı zamanda, iflasın ertelenmesi talebinde de bulunabilirler (İİK m. 179; TTK m. 377; OR Art. 725a/I). Bu kapsamda, borca batık sermaye şirketleri ile kooperatifleri idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan kimseler veya bir alacaklı, mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunduğu dair bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak, iflasın ertelenmesi talebinde de bulunabilirler. Mahkeme, projeyi ciddi ve inandırıcı bulursa, diğer şartların da var olması ihtimalinde, iflasın ertelenmesine karar verebilecektir (İİK m. 179; OR Art. 725a/I).

İflasın ertelenmesi sayesinde, ticari yaşamı sona erecek olan sermaye şirketleri ile kooperatifler, bir süreliğine kendileri hakkındaki takiplerden kurtulma imkanına kavuşacak ve bu süre zarfında mali durumlarını düzelterek tekrardan ticari yaşamda varlıklarını sürdürebilme imkanı elde edeceklerdir²³. Bu sebeptendir ki, iflasın ertelenmesi kurumu, öncelikle sermaye şirketleri ile kooperatiflerin menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır²⁴. Nitekim, İcra İflas Kanunu'nda, iflasın ertelenmesi bakımından köklü değişiklikler getiren, 4949 sayılı Kanun düzenlemesinin hükümet gerekçesinde de, yapılan değişikliklerin

²² Giroud, § 6, s. 105, N. 3; Böckli, P.: Das neue Aktienrecht, 2. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992, N. 1715 vd.; Atalay, O.: Borca Batıklık ve İflasın Ertenilmesi, İzmir, Sözkese Matbaacılık, 2006, s. 51; Dubach, s. 149 vd.; Kuru, B.: Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası, AD., 1970, S. 10, s. 621-624. (Aynı makale için bkz. Makaleler, İstanbul, 2006, s. 825-839), s. 627; Pekcanitez, H.: İflasın Ertenilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 2005/2, (s. 323-358), s. 323; Özkes, s. 3251; Pekcanitez, H.: Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara, 1991, s. 48; Üstündağ, S.: Türk Ticaret Kanunu'nun 324'ncü Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler, Günümüzde Yargı, Aylık Dergi, Mart 1980, S. 47, (s. 17-20), s. 18; Sayhan, İ.: Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Ertenilmesi, BATİDER, C. XXIII, 2005/11, (s. 77-121), s. 97. İsviçre Federal Mahkemesine göre, iflasın ertelenmesi, alacaklıların ve borçlu şirketin menfaatine ve belirli koşulların gerçekleştirilmesi ile şirkete iyileşme şansı verilmesi olarak ifade edilmektedir. Buna karşılık, alacaklıların şirketin hemen iflasına karar verilmesine nazaran iyi duruma gelmesinin gerekli olmadığı; daha kötü bir duruma gelmesinin yeterli olduğu da ifade edilmektedir (BGE 120 II 427). Yargıtay'a göre, "İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketinin mali durumunun ıslahının mümkün olması halinde o şirketin iflasının önlenmesini sağlayan bir kurumdur. Böyle bir talep üzerine mahkemece bu şirketin öncelikle borca batık durumda olup olmadığı tespit edilmeli, borca batık durumda ise bu kez ıslahının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır" (19. HD, 07.02.2002, E. 7389, K. 906, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³ Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 323; Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 6552 Sayılı Kanun İle Türk Ticaret Kanununa Göre Eklenen Fıkralarla Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş Tıpkı 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, § 52, N. 69.

²⁴ Doktrinde, iflasın ertelenmesinin öncelikle, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin menfaatlerinin korunması amacına hizmet ettiği yönündeki görüşe katılan yazarlar için bkz. Atalay, Borca Batıklık, s. 52; Oskay, M./Koçak, C./Deyneki, A./Doğan, A.: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. IV, Ankara, 2007, s. 4613; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 323; Yıldırım, M. K.: 4949 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertenilmesine İlişkin Yeni Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 1, S. 2, (s. 471-484), s. 480; Türk, A.: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara, 1999, s. 318; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 10, s. 379.

birincil amacının, borçlu sermaye şirketleri ile kooperatiflerin kolaylıkla iflas ettirilmelerinin yerine, mali durumunun iyileştirilmesi ümidi bulunanların tekrardan ekonomiye kazandırılmalarının amaçlandığı açıkça ifade edilmektedir²⁵. Ayrıca, gerek İİK m. 179/f. 1'de ve gerekse de ona atıfta bulunan TTK m. 377'de (OR Art. 725a/Abs. I), iflasın ertelenmesi kurumunun temel bir şartı olarak ifade edilen, “*şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması*” (*Aussicht auf Sanierung*), kanun koyucunun iflasın ertelenmesi ile esas amaçladığı hususun, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin menfaatlerini korumak olduğunu göstermektedir²⁶.

İflasın ertelenmesi müessesesi, öncelikle sermaye şirketleri ile kooperatiflerin menfaatlerini korumayı amaç edinse de, aynı zamanda alacaklıların menfaatlerini ilgilendiren bir yöne de sahiptir^{27,28}. Diğer bir deyişle, iflasın ertelenmesi kurumu, bir taraftan mali durumunun iyileştirilmesi ümidi bulunan sermaye şirketleri ile kooperatiflere iflastan kurtulmak suretiyle ekonomik varlığını sürdürebilme imkanı tanırken; diğer taraftan da, alacaklıların menfaatlerinin korunması amacını temin etmektedir²⁹. Nitekim, *Yargıtay kararlarında*, iflasın

²⁵ 4949 sayılı Kanun ile İİK m. 179'da gerçekleştirilen değişiklikler ve bunu takiben İcra İflas Kanunu'na eklenen 179/a ve 179/b maddeleri ile kanun koyucunun amaçlanmış olduğu hususun ne olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 4949 sayılı Kanun değişikliğinin gerekçesi (Üstündağ, S.: İflas Hukuku, 6. Bs., İstanbul, 2002, s. 64).

²⁶ Karş. BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 4; Dubach, s. 150-151; Fritzsche H./Walder-Bohner H. U.: *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Bant II, Schulless Polygraphischer Verlag Zürich 1993, § 35, N. 43; Giroud, § 6, s. 105-107.

²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, “İflasın ertelenmesi muhakemesi, borca batık durumda bulunan anonim şirketin, durumu ihtimal dahilinde olan düzelmeye için, zaman kazanmak amacını güder. Bu durumda, bir iflas sebebinin mevcudiyetine rağmen, alacaklıların ve şirketin yararına olarak derhal iflasın açılmasından vazgeçilir. İflasın ertelenmesi, konkordatoda verilen bir sürenin hükümlerine eşit olacaktır.” (BGE 101 II, 90-106). Yine, Yargıtay'a göre, “İflasın ertelenmesi kurumu erteleme talebinde bulunan şirketin menfaati göz önüne alınarak düzenlenmiş ise de alacaklıların menfaati de şüphesiz korunmalıdır.” (19. HD, 30.12.2004, E. 13440, K. 7171, MİHDER, C. 1, S. 1, Y. 2005/I, s. 291).

²⁸ İflasın ertelenmesinin esas olarak, “borçlu şirket veya kooperatif” ile “alacaklıların” menfaatlerinin korunmasını amaçladığı yönündeki görüş için bkz. Eriş, G.: *Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara, 1995, s. 49; Pekcanitez, İflas, s. 49; Atalay, O.: *Anonim Şirketlerin İflası*, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1996, s. 106; Yıldırım, s. 480-481. Bununla birlikte, doktrinde bir görüş, iflasın ertelenmesinin öncelikli amacının, alacaklıların menfaatlerinin korunması olduğu yönündedir (Karş. Öztekin, S.: *İflasın Ertenilmesi*, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007, s. 21. Aynı görüşte bkz. Üstündağ, *Düşünceler*, s. 18). Bu görüşteki Öztekin'e göre, borca batıklığın tespit edilmesi üzerine, kanun koyucu, alacaklıların durumlarının daha da kötüye gitmesini engellemeyi ve alacaklılar arasında eşitliği sağlamayı hedeflemektedir. Bu sebeple de, iflasın ertelenmesi ile ilk planda, alacaklıların menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, Öztekin, kamu yararı ve şirket menfaatlerinin, alacaklıların menfaatlerine nazaran ikinci planda olduğunu savunmaktadır (Öztekin, *Kitap*, s. 21).

²⁹ Ermenek, İ.: *İflasın Ertenilmesi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 96. Nitekim, iflasın ertelenmesi ile alacaklılar, şirketin hemen iflas ettirilmesine nazaran alacaklarını daha fazla tahsil edebilme imkanına sahip olacaktırlar (Pekcanitez, *İflasın Ertenilmesi*, s. 324). Bununla birlikte, Atalay'a göre ise, alacaklıların korunması durumu, iflasın ertelenmesi kurumunun temel amacı değil, bir yan etkisi olarak değerlendirilmelidir. Zira, bu durumda, tüm alacaklılar, aralarında anlaşsalar dahi, şirketin mali durumunun iyi-

ertelenmesi kurumunun, gerek sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iç işlerine yabancı olan alacaklıların beklenmedik bir anda borca batıklık sebebiyle iflas etmeleri üzerine uğrayacakları zararlara karşı korunmalarını temin eden ve gerekse de mali durumunun iyileştirilmesi ümidi bulunan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflasına engel olunmasını sağlayan bir kurum olduğu ifade edilmektedir³⁰. Bu sebeptir ki, iflasın ertelenmesi ile alacaklılar, iflasın derhal açılmasına nazaran daha elverişli bir konuma getirilmeyecekse de, durumlarının daha da kötüleştirilmemesi gerekmektedir³¹.

Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, iflasının ertelenmesi ile faaliyetlerine devam etmelerinin, iflas etmeleri ile kıyaslandığında, ülke ekonomisine ve kamu menfaatlerine de fayda sağlayacağı göz ardı edilmemelidir³². Zira, şirket veya kooperatifin, iflasının ertelenmesinin bir sonucu olarak, ülke çapında istihdam korunacak ve aynı zamanda, ticari faaliyetin devamlılığının sağlanması suretiyle, gelir de elde edilmeye devam edecektir³³. Ayrıca, bir ticaret şirketinin, ekonomik hayattan silinmesi neticesinde, oluşacak ağır sonuçlar ve rekabet ortamının bozulmasının önüne geçilmiş olunacaktır³⁴. Bu sebeple de, iflasın ertelenmesinin doğal bir sonucu olarak³⁵, kamuya ilişkin menfaatlerin korunmasının da temin edildiğini ifade edebiliriz³⁶.

leştirilmesi ihtimalinin bulunmaması nedeniyle, iflasın ertelenmesi mümkün olmayacaktır (Atalay, Borca Batıklık, s. 53; Aynı yönde bkz. Kaya, s. 292).

³⁰ Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir: "...İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi ve kooperatifin mali durumunun iyileşmesinin mümkün olması halinde iflası önleyen bir kurumdur. İflasın ertelenmesinde amaç, sermaye şirketi ve kooperatifin ekonomi içinde kalarak faaliyetine devamını sağlamak ve alacaklıların iflası bağli olumsuz sonuçlarından etkilenmemesidir." (19. HD, 7.4.2005, E. 448, K. 3753, MİHDER, C. 1, S. 2, Y. 2005/II, s. 549).

³¹ Dubach, s. 151; Atalay, Borca Batıklık, s. 97; Schönerberger, Art. 725a, s. 17. Bu sebeple, şirket veya kooperatifin iflasının ertelenmesi sonucu alacaklıların maruz kalacakları zarar, iflasın ertelenmesi kararının verilmesinden hemen sonra iflas kararı verilmesi halinde maruz kalacakları zarara nazaran daha fazla olacak idiye, mahkeme bu yöndeki talebi reddetmelidir (Atalay, Borca Batıklık, s. 97). İsviçre Federal Mahkemesinin kararına göre, iflasın ertelenmesinin amacı, alacaklı ile şirket için faydalı olacak çerçeve şartları gerçekleştirmek ve bu nedenle de gerçekçi bir islah şansını hayata geçirebilmektir. Bu sebeptir ki, alacaklıların iflasın derhal açılmasına nazaran daha elverişli bir konuma gelebilecekleri beklenmemeli, durumlarının daha kötüleşmemesi yeterli görülmelidir (BGE 120 II 427).

³² Kayar, İ.: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya, 1997, s. 241.

³³ Atalay, Borca Batıklık, s. 53.

³⁴ Nitekim, ülke ekonomisinde baskı oluşturan sermaye şirketlerinde risk de büyüktür. Zira, bu şekilde büyük bir işletmeye sahip olan bir şirketin iflası, sadece o şirketin iflasını değil; aynı zamanda, onunla işbirliği yapan diğer işletmelerin de iflasını sonuçlayacaktır. Böylece, şirketlerden birinin iflası, ticari yaşamda adeta domino taşı etkisi yaratacaktır. Kanun koyucu, iflasın ertelenmesi ile burada doğacak olan riski kaldırmak istemektedir (Özkes, s. 3252).

³⁵ Doktrinde bazı yazarlar, iflasın ertelenmesi kurumunun öncelikli amacının, "kamu menfaatlerini korumak" olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüşü savunan Sayhan'a göre, iflasın ertelenmesi kurumu ile öncelikle, genel ve makro ekonomik dengelerin korunması amaçlanmaktadır. Bunun bir göstergesi, bu kuruma başvuru imkanının sadece sermaye şirketleri ile kooperatiflere tanınmasıdır. Zira, sermaye şirketleri ile kooperatifler, genel ve makro ekonomi içerisinde diğer borçlulara kıyasla daha fazla öneme sahip olduklarından, kanun koyucu kamu menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır. Diğer taraftan Sayhan, kanun koyucunun olağanüstü hallerde ve büyük ekonomik

Mahkeme, iflasın ertelenmesi talebi üzerine karar verirken, iflasın ertelenmesi kurumunun amacını gözetmelidir. Zira, kurumun amacını gözetmeden, iflasın ertelenmesinin şartlarının var olup olmadığı yönünde karar verilmesi durumunda, kimi zaman şirket veya kooperatifin, kimi zaman alacaklıların ve kimi zaman da, kamu menfaatlerinin zedelenmesi ile sonuçlanan uygulamalar söz konusu olabilecektir³⁷. Bu sebeple, hakimlerin, erteleme kararı verirken aranan şartları doğru olarak tespit etmeleri bakımından, iflasın ertelenmesi kurumunun hizmet ettiği amacı da göz önünde bulundurmaları son derece önemlidir³⁸.

III. İFLASIN ERTELENMESİ KURUMUNA BAŞVURU ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

İsviçre³⁹ ve Türk⁴⁰ hukuk doktrininde, iflasın ertelenmesinin şartları değerlendirilirken kimi yazarlarca, “*şekli şartlar*” ve “*maddi şartlar*” şeklinde bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre, *doktrinde* iflasın ertelenmesinin şekli şartları kapsamında, “*Borca batıklık bildiri (Überschuldungsanzeige), iflasın ertelenmesinin talep edilmesi (talep şartı), ara bilançonun (borca batıklık bilançosunun) mahkemeye sunulması, iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması*”⁴¹,

krizlerde, fevkalade mühlet talebinde bulunulabileceğini düzenlenmesi ile de yine, iflasın ertelenmesi kurumu ile genel ve makro ekonomik dengelerin korunması amacını güttüğünü ortaya koymaktadır. Nitekim, böylece sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık durumda olmaları halinde, iflasın ertelenmesi imkanından yararlanmaları suretiyle, şirket ekonomileri ile genel ekonominin birbirlerini olumsuz etkilemeleri engellenmeye çalışılmış olacaktır (Sayhan, s. 98-99). Hemen belirtelim ki, Sayhan’ın görüşüne -özellikle fevkalade mühlet ile iflasın ertelenmesi arasında kurduğu ilişki bakımından- katılmıyoruz. İflasın ertelenmesi ile fevkalade mühlet (İİK m. 317-329) arasındaki ilişki (İİK m. 329/a; SchKG Art. 350/I, 3) çalışmamızın devamında ele alınmaktadır (Bkz. aşağıda. § III, E).

³⁶ Atalay, Borca Batıklık, s. 54; Pekcanitez, İflas, s. 49; Özkes, s. 3252.

³⁷ Sayhan, s. 97.

³⁸ Zira, iflasın ertelenmesi doğru uygulanabilirse, sona erecek olan bir işletmenin tekrardan ticari yaşama dönmesi mümkün olacaktır. Buna karşılık, iflasın ertelenmesi yanlış uygulanırsa alacaklılara ve diğer ilgililere zarar verecektir (Dubach, s. 150; Pekcanitez, İflasın Erteleme, s. 323).

³⁹ Giroud, § 6, s. 108-123; Dubach, s. 153-157; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 5, 6.

⁴⁰ Türk hukuk doktrininde, iflasın ertelenmesinin şartlarını, maddi ve şekli şartlar ayrımı kapsamında inceleyen yazarlar için bkz. (Atalay, O.: İflas Hukukundaki Yenilikler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 1, S. 2, (s. 485-502), s. 489 vd.; Atalay, Borca Batıklık, s. 62 vd; Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin-Özkan, M./Özkes, M.: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 436 vd.; Toplu, M. C.: İflasın Erteleme Süreçleri İyileştirme Projelerinde Mali Değerlendirme ve Analizin Önemi, İstanbul Kazancı Hukuk Yayınevi, 2010, s. 51-75; Özbek, Kitap, s. 31-71; Ermenek, s. 153 vd.; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 10, s. 380 vd.). İflasın ertelenmesinin şartlarına ilişkin olarak doktrindeki farklı ayrımlar için bkz. (Muşul, T.: İflasın Erteleme, Gözden Geçirilmiş 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 38-141; Özkes, s. 3260 vd; Bilgen, M.: İflasın Erteleme, Konkordato, Sıra Cetveli-İhalenin Feshi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 12-83).

⁴¹ İsviçre hukukunda, iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması yönünde bir şekli şart bulunmamaktadır (OR Art. 725/II; OR Art. 725a). Buna karşılık, Türk hukukunda İcra İflas Kanunu m. 179/f. 1, c. 2’de ifade edildiği üzere, iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte, şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunduğu dair bir iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bu nedenle, Türk hukuku ba-

iflasın ertelenmesi masraflarının peşin olarak ödenmiş olması ve fevkalade mühletten yararlanılmaması” hususları ifade edilmektedir. Doktrinde, iflasın ertelenmesinin maddi şartları kapsamında ise, “*İflasın ertelenmesini talep eden sermaye şirketi veya kooperatifin borca batık olması (Überschuldung), şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunması (Aussicht auf Sanierung) ve alacaklılarının haklarının korunması*” hususları ifade edilmektedir.

Türk hukukunda, Yargıtay ise, borca batık olan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflasın ertelenmesi kurumundan faydalanabilmeleri bakımından, bu şekilde şekli şartlar ve maddi şartlar ayrımı yapmamakta; üç şartın varlığını aramaktadır. Yargıtay’a göre, iflasın ertelenmesinin şartları, “*sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık olması*”, “*mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunması*” ve “*fevkalade mühletten faydalanılmaması*”dır⁴².

Kanaatimizce, iflasın ertelenmesinin şartlarının neler olduğunu ortaya koyabilmek bakımından, İİK m. 179-179b, TTK m. 376/f.3-m.377 ile Koop. K. m. 63 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Belirttiğimiz bu hükümler göz önünde bulundurulduğunda, mahkemece iflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için, Yargıtay kararlarında ifade edilen üç şartın dışında birtakım başka şartların da bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda, iflasın ertelenmesinin şartlarını ele alırken, İsviçre ve Türk hukuk doktrininde ifade edilen ve kimi yazarlarca da benimsenen “*maddi şartlar*” ve “*şekli şartlar*” şeklindeki ayrımı kabul etmek ve iflasın ertelenmesinin şartlarını bu suretle incelemek mümkündür. Zira, söz konusu şartlardan bazıları şekli şart; bazıları da maddi şart olarak kategorize edilebilecektir. Bununla birlikte, biz ise çalışmamızda bu şekilde bir ayrım yapmanın mümkün olduğunu ifade etmekle yetinecek ve fakat iflasın ertelenmesinin şartlarını ayırım yapma yoluna gitmeden ilgili kanunlarda yer alan hükümlerden ve Yargıtay’ın kararlarından hareket ederek aşağıdaki şekilde değerlendirme yoluna gideceğiz.

B. SERMAYE ŞİRKETİ VEYA KOOPERATİFİN BORCA BATIK OLMASI, BORCA BATIKLIK BİLDİRİMİNDE BULUNULMASI VE ARA BİLANÇONUN MAHKEMEYE SUNULMASI

1. Sermaye Şirketi veya Kooperatifin Borca Batık Olması

İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için gerekli olan şartlardan belki de en önemlisi, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin “*borca batık (Überschuldung)*” olmasıdır⁴³. Zira, kanun koyucu, TTK m. 376/f. 3-m. 377’de (OR Art.

kımından “*iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması*” iflasın ertelenmesinin bir şekli şartı olarak ifade edilebilecektir.

⁴² Nitekim, Yargıtay’a göre, “İflasın ertelenmesi için anonim şirketin borca batık durumda olması, mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunması ve fevkalade mühletten faydalanmamış olması gerekir. Bu şartlar erteleme talebinde bulunan her şirketin kendi mali bünyesinde gerçekleşmelidir...” (19. HD, 7.04.2005, E. 448, K. 3753, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay’ın aynı yöndeki başka kararları için bkz. Yarg. 19. HD, 14.5.2009, E. 1340, K. 4479; 19. HD, 17.3.2005, E. 10326, K. 2788; Yarg. 19. HD, 17.03.2005, E. 11750, K. 2789; Yarg. 19. HD, 14.4.2005, E. 1324, K. 4049; Yarg. 19. HD, 10.3.2005, E. 9014, K. 2429; Yarg. 19. HD, 21.4.2005, E. 2778, K. 4478; Yarg. 19. HD, 27.10.2005, E. 8456, K. 10717 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD, 7.04.2005, E. 2033, K. 3760 (YKD, C. 31, S. 11, Kasım 2005, s. 1791-1794); Yarg. 19. HD, 10.3.2005, E. 13373, K. 2443 (YKD, C. 31, S. 7, Temmuz 2005, s. 1049-1051).

⁴³ Yargıtay kararlarında da, şirket veya kooperatifin borca batık olmasının, iflasın ertelenmesi bakımından temel bir şartı olduğu ifade edilmektedir. Zira, Yargıtay’ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: “...Türk Ticaret Kanunu’nun 324. maddesine göre iflasın

725; OR Art. 725a) ve İİK m. 179'da (SchKG Art. 192), sermaye şirketleri ile kooperatiflerin sadece borca batık olmaları halinde gerçekleşecek olan doğrudan iflas hali bakımından iflasın ertelenmesi kurumuna başvuru imkanını getirmektedir. Bu bakımdan, diğer takipli veya takipsiz iflas hallerinde, iflasın ertelenmesine karar verilemez. Borca batıklık dışında kalan, "ortakların ödeme güçlüğü içinde bulunması" ya da "aciz hali" iflasın ertelenmesi talebine esas teşkil etmez⁴⁴. Yine, bu kapsamda değerlendirebileceğimiz, "sermaye kaybı (Kapitalverlust)"⁴⁵, "geçici likidite sıkıntısı"⁴⁶ ve "ödemelerin tatili" halleri, borca batıklık halinden farklı kavramları karşılamakta olup birbirleriyle karıştırılmamalıdır⁴⁷.

ertelenmesinin temel koşulu şirketin borca batık olmasıdır. Borca batıklığın tesbitinde şirket malvarlığının borçları karşılamaya yetmemesi ilkesi gözetilir. Bunun için gerektiğinde mal varlığının rayiç değeri uzman bilirkişilerin katılımıyla yapılacak keşfe göre belirlenmelidir. Somut olayda borca batıklığın tesbitinde bu yasal düzenleme göz ardı edilmiş ve kaydı değerler üzerinden reel değer azalış farkının tesbiti, bunun pasife eklenmesi, amortismanların düşülmesi gibi muhasebe teknikleri ile olası değerler bulunmaya çalışılmış ve Yargıtay denetimine olanak tanımayan, yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak hüküm kurulmuştur. Yasaya açıkça aykırı biçimde yapılan borca batıklık tesbiti hükme esas alınmaz..." (19. HD, 14.4.2010, E. 13146, K. 4359, Kazancı İctihat Bilgi Bankası). Muşul, T.: İcra ve İflas Hukuku C. II, Yenilenmiş ve Güncellenmiş 5. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 1430; Türk, Borca Batıklık, s. 320; Altay, S.: İflasın Ertenilmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, (s. 625-658), s. 630; Ermenek, s. 84, 101; Atalay, Borca Batıklık, s. 69; Karşlı, A.: İflasın Ertenilmesinde Bazı Problemler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (s. 263-280), s. 269; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 323, 329, 334; Kaya, s. 289; Sayhan, s. 102; Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 73. İsviçre hukukunda borca batıklık (Überschuldung) (OR Art. 725a), iflasın ertelenmesinin maddi bir şartıdır (BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 6; Dubach, s. 154; Giroud, § 6, N. 10).

⁴⁴ Kaya, s. 289; Türk, Borca Batıklık, s. 320; Atalay, Borca Batıklık, s. 111; Schönenberger, Art. 725a, s. 13.

⁴⁵ Sermaye kaybı (Kapitalverlust) (OR Art. 725/Abs. I) hakkındaki açıklamalar için bkz. Tekinalp, (Çamoğlu/Poroy), N. 144c ve N. 144d; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 18 ff.; Meister Thomas- OR: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht/Hrsg. von Jolanta Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Ivo Schwander, Zürich: Orell Füssli, 2002, OR Art. 725, N. 3; Forstmoser P./Meier-Hayoz A./Nobel P.: Schweizerisches Aktienrecht, Verlag Stämpfli, Cie AG Bern, 1996, § 50, N. 193 ff.; Böckli, N. 1680 ff.

⁴⁶ Nitekim, ortaklık, borçlarını ödemede geçici sıkıntı içine düşebilir. Buna karşılık, belli aylarda sıkıntı içine düşen ortaklık diğer aylarda ödeme güçlüğüne aşabilir. Böyle bir durumda, pasiflerin aktiflerden fazla olması, diğer bir ifadeyle, ortaklığın borca batık olması söz konusu olmaz (Eriş, s. 249).

⁴⁷ Kaya, s. 290; Muşul, İcra ve İflas Hukuku C. II, s. 1430. Doktrinde, Karşlı, mevcut düzenleme gereği borca batık olmayan ve kendisine bir süre tanınırsa iyileşebilecek durumda olan bir sermaye şirketi veya kooperatifin, iflasa mahkum edilmekte olduğunu; fakat, borca batık ve iyileştirilmesi ümidi bulunan ve kendisine iflasın ertelenmesi imkanı tanıyan şirketin ise, bu sebeple ticari yaşantısına devam edebileceğini ifade etmektedir. Karşlı'ya göre, bu uygulama hakkaniyete, iflasın ertelenmesi ile elde edilmek istenen amaca ve hükümet gerekçesinde beyan edilen ilkelere uygun değildir (Karşlı, İflasın Ertenilmesi, s. 272).

Borca batıklık en genel ifadesiyle, şirketin aktiflerinin pasiflerine yani, borçlarını karşılamaya yetmemesi halidir⁴⁸. Türk hukuk doktrininde, borca batıklık, şirketin mevcutları ile alacaklarının borçlarını karşılamaması olarak ifade edilmektedir⁴⁹. Yargıtay kararlarında ise, borca batıklık, sermaye şirketi veya kooperatifin aktifinin pasifine yetmemesi şeklinde ifade edilmektedir⁵⁰. Görüldüğü üzere, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık olduğundan söz edebilmemiz için, şirketin mevcutları ile alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi gerekmektedir. Bu bakımdan, eğer şirket veya kooperatifin malvarlığı borçlarını karşılamaya yetiyor; fakat, ödemelerin gerçekleşmemesi başka sebeplerden kaynaklanıyorsa, borca batıklık halinden söz edilemez⁵¹ ve şirketin doğrudan doğruya iflası ile iflasının ertelenmesi söz konusu olamaz (İİK m. 179; SchKG Art. 192).

Borca batıklık halinin tespiti bakımından, TTK m. 376/f. 3 (OR Art. 725/II) düzenlemesine göre bir karar verilecektir. Şirket veya kooperatifin borca batık olduğuna karar verebilmek için mahkeme, borca batıklık bilançosu da denilen ara bilançoya göre bir değerlendirmede bulunacaktır⁵². Türk hukukunda, borca batıklığın mutlaka ara bilançodan tespit edilmiş olması gerekmektedir⁵³. Şirketin borca batık olduğu yönünde işaretler varsa, çıkarılacak olan ara bilanço; aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel

⁴⁸ BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 29; Dubach, s. 154; Giroud, § 5, N. 75 ff.

⁴⁹ Tekinalp, Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, § 12, N. 12-132; Tekinalp, (Çamoğlu/Poroy), N. 144e; Atalay, Borca Batıklık, s. 6 vd.; Kırcı, İ./Şehirli Çelik, F. H./Manavgat, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, Sözkese Matbaası, 2013, s. 585; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 262; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 440; Şener, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 382; Kaya, s. 283; Altay, İflasın Ertenilmesi, s. 628; Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2013, s. 1159; Kayar, İ.: Limited Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, (s. 305-338), s. 313; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 625; Sayhan, s. 83-84; Toplu, s. 52; Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 89; Karşı, İflasın Ertenilmesi, s. 272; Bilgili, F./Demirkapı, E.: Şirketler Hukuku (6335 Sayılı Kanunla Değişik 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre), Bursa, Dora Yayıncılık, 2013, s. 378, dn. 780.

⁵⁰ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Borca batıklıktan kurtulma ise tüm borçların ödenmesi anlamına gelmeyecek, rayiç değerlere göre aktifin pasiften fazla olmasını ifade eder. Bu durumda hükme esas alınan bilirkişi raporunda dilekçi şirketin borca batık olmadığını tespit edilmesine rağmen iflasına hükmedilmesi isabetsizdir..." (19. HD, 23.12.2010, E. 5860, K. 14737, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵¹ Kaya, s. 290. Bu nedenle örneğin, önemli alacakların tahsil edilememesi ya da geç tahsil edilmesi ya da hali hazırda bulunan üretimin satılmaması, grev veya lokavtlar ya da haksız ihtiyati hacizler, geçici başka sebeplerden ileri geliyorsa; buna karşılık, şirket veya kooperatifin aktifinin pasifine yetmemesinden ileri gelmiyorsa, borca batıklıktan bahsedilemez (Kaya, s. 290; Aynı yönde bkz. Franko N.: Sermaye Şirketlerinde Özellikle Anonim Şirketlerde İflas ve Tehiri, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan, 1990, (s. 409-433), s. 412; Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 539).

⁵² Bu amaçla, şirketin malvarlığının değeri, şirket ara bilançosundan anlaşılacaktır (Domaniç, H.: Anonim Şirketler, İstanbul, Eğitim Yayınları, Bilimsel Kitaplar Yayınevi, 1978, s. 1076). Borca batıklık bilançosu (ara bilanço) hakkındaki açıklamalarımız için bkz. aşa. § III, B. 3.

⁵³ Altay, İflasın Ertenilmesi, s. 631; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 262.

satış fiyatları üzerinden hazırlanmalıdır⁵⁴ (TTK m. 376/f. 3; OR Art. 725/II). Hazırlanan bilançoların mahkemece incelenmesi neticesinde, şirketin borca batık olmadığı tespit edilecek olursa, iflasın ertelenmesi talebinin reddi gerekecektir⁵⁵. Bu sebeple, *uygulamada*, ara bilançolarında aktif ve pasiflerinin gerçek durumlarından farklı aksettirilmesi⁵⁶ suretiyle sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, borca batık gösterilmeye gayret edildikleri görülmektedir⁵⁷. Bu durum karşısında *Yargıtay*, gerçekte borca batık olmayan bir şirketin, borca batık gösterilmesi suretiyle iflasının ertelenmesinin sağlanmasının ve böylece şirket alacakları bakımından mevcut olan icra takiplerinin geri bırakılmasının önüne geçilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir⁵⁸. *Yargıtay*'ın bu uygulaması *kanaatimizce* isabetlidir. Zira, aksi takdirde, gerçekte borca batık olmayan bir sermaye şirketi veya kooperatif, bilanço oyunları ile kendisini borca batık gösterebilecektir. Bunun üzerine, diğer şartların da mevcut olması halinde, iflasının ertelenmesi yönünde karar elde edebilecektir. *Kanaatimizce*, uygulamamızda, sorun arz eden bu durumun aşılabilmesi bakımından ayrıca kanun koyununun da birtakım düzenlemeler getirmesi gerekmektedir.

2. Borca Batıklık Bildiriminde Bulunulması

Kanun koyucu, yalnızca borca batıklık sebebine dayanan doğrudan iflas hali bakımından, iflasın ertelenmesi kurumuna başvuru imkanını getirmektedir⁵⁹ (OR Art. 725/II; OR Art. 725a/I; SchKG Art. 192). Bu sebeple, iflasın erte-

⁵⁴ Bilgili/Demirkapı, s. 378; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 269; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 9, s. 374-375; Schönerberger, Art. 725a, s. 11; Aydın, A.: "Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK M. 376) Eleştirel Bir Bakış", İÜHFİM, C. LXX, S. 2, 2012, (s. 101-113), s. 109, 110; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 268. Kendigelen'e göre, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılacak olan ara bilançodan başka işletmenin devamlılığı esasına göre de bir ara bilanço çıkarılmasının amacı, şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığı konusunda bir ön kanaat edinmektir (Kendigelen, İlk Tespitler, s. 268). Karş. BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 35 ff.; Handkomm-Meister, OR Art. 725, N. 6; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 205, 208.

⁵⁵ Kaya, s. 284. Nitekim, *Yargıtay*'a göre de, "Ortaklığın malvarlığı borçlarını karşılayacak durumda ise, iflasın ertelenmesi istemi reddedilir... Mahkemece alınan bilirkişi raporu ile şirketin malvarlığının borcu karşılayacak durumda olduğu anlaşıldığından davanın reddine ilişkin karar doğrudur." (Yarg. 11. HD, 5.3.1986, E. 838, K. 1173, Eriş, s. 252)

⁵⁶ Sermaye şirketleri ile kooperatifleri borca batık göstermek için yetkililerce müracaat edilecek olan bilanço oyunlarına birtakım örnekler gösterilecektir. Mesela, bazı alacaklıların yetkililerce tahsili kabil olmayan alacaklar olarak gösterilmesi; alacaklılarının satış değerlerinin rayiç bedellerinin altında gösterilmesi gibi. Nitekim bu haller, mevcut durum kayıtlar üzerinden inceleyecek olan bilirkişilerce tespiti zor hallerdir. Fakat, yetkili kimseleri bu şekilde davranmaya iten ise, Karşlı'ya göre, mevcut kanuni düzenlememizdir (Karşlı, İflasın Ertenilmesi, s. 273).

⁵⁷ Karşlı, İflasın Ertenilmesi, s. 273.

⁵⁸ *Yargıtay*'a göre, "...Ortaklığın ara bilançosu sermayenin tümüyle yitirildiğini göstermekte ise de, mahkemece atanan bilirkişi raporunda aktiflerin oldukça yüksek tutarda bulunduğu anlaşılmasına göre, TTK. nun m. 324/2 maddesi uyarınca yeniden bir bilirkişi raporu alınarak ortaklığın durumunun değerlendirilmesi gerekir." (Yarg. 11. HD, 5.11.1984, E. 4744, K. 5261, Eriş, s. 251-252).

⁵⁹ Sayhan, s. 99-100. Bu sebeple, diğer bütün iflas hallerinde, diğer bir ifadeyle, yani, alacaklıların talebiyle doğrudan doğruya iflas halinde (İİK m. 177; SchKG Art. 190) ya da borçlunun talebi ile doğrudan doğruya iflas halinde (İİK m. 178; SchKG Art. 191) iflasın ertelenmesi söz konusu olmaz. Bu bakımdan, borca batıklık bildirimini (Überschuldung-

lenmesi talebinde bulunulabilmesi için öncelikle sermaye şirketleri ile kooperatifleri idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan kimseler veya bir alacaklı tarafından, asliye ticaret mahkemesine başvurularak borca batıklık bildiriminde (*Überschuldungsanzeige*) bulunulmuş olması gerekmektedir⁶⁰ (OR Art. 725a/I).

Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, borca batık olduğunun bildirilmesi ve mahkeme tarafından da tespit edilmesi üzerine, şirketin doğrudan doğruya iflası gerçekleşecek olduğundan (İİK m. 179; SchKG Art. 192) borca batıklık bildiriminde bulunulmuş olması, iflasın ertelenmesi bakımından bir ön şarttır⁶¹. Borca batıklık (*Überschuldung*), en genel ifadesiyle, şirketin aktiflerinin pasiflerine yani, borçlarını karşılamaya yetmemesi halidir⁶². Böyle bir durumun var olduğu bir halde, bunun mahkemeye bildirileceği hususu, TTK m. 376/f. 3, c. 2'de (OR Art. 725a/I) ve İİK m. 179/f. 1, c. 1'de açıkça ifade edilmektedir⁶³.

Borca batıklık bildiriminin yapılmış olması, iflasın ertelenmesi bakımından bir ön şart olmakla birlikte, *uygulamada* çoğunlukla borca batıklık bildiriminde bulunulmadan, doğrudan doğruya iflasın ertelenmesi talebinde bulunulduğunu görmekteyiz⁶⁴. Uygulamada sıklıkla gerçekleşen bu durum, *doktrin*de bazı yazarlarca eleştirilmekte ve iflasın ertelenmesi talebinin açıkça borca batıklık bildiriminde bulunulmadan gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmekte-

sanzeige), İİK m. 179; TTK m. 377; OR Art. 725a'da öngörülen sonuçların doğması için vazgeçilemeyen bir şarttır (Schönenberger, Art. 725a, s. 13).

⁶⁰ Atalay, Borca Batıklık, s. 25 vd.; Schönenberger, Art. 725a, s. 11; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 489; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 436; Öztekin, Kitap, s. 46 vd.; Üstündağ, İflas Hukuku, s. 61; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 436; Uyar, T.: İİK'nun 179. Maddesi Üzerine Bir İnceleme, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, (s. 1973-1995), s. 1974; Bilgili/Demirkapı, s. 378; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 10, s. 380; Ermenek, s. 185 vd. Karş. Dubach, s. 153; Giroud, § 6, N. 6; Handkomm-Meister, OR Art. 725, N. 2; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 5.

⁶¹ Aynı yönde bkz. Muşul, İflasın Ertelenmesi, s. 87; Ermenek, s. 84; 101; Atalay, Borca Batıklık, s. 69; Toplu, s. 53; Özekes, s. 3263. Karş. Balcı, Ş.: İflasın Ertelenmesi Usul ve Esaslar, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s. 124. Nitekim Balcı, borca batıklık ve borca batıklık bildirimini, iflasın ertelenmesi ve aynı zamanda iflas davasının görülebilmesi bakımından bir "dava şartı" olarak nitelendirmektedir (Balcı, s. 124).

⁶² Atalay, Borca Batıklık, s. 6 vd.; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 29; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 262; Dubach, s. 154; Bilgili/Demirkapı, s. 378, dn. 780; Kaya, s. 285; Altay, İflasın Ertelenmesi, s. 628; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 440; Toplu, s. 52; Sayhan, s. 102; Schönenberger, Art. 725a, s. 11. Borca batıklık kavramı için bkz. yuk. § III, B, 1.

⁶³ Mehaç, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1991 yılında gerçekleşen değişikliklerle şekillenen metninde, OR Art. 725/II'de aşırı borçlanma (borca batıklık) konusunda ciddi bir endişenin mevcut olması halinde, yönetim kurulunun iki yönetime göre ara bilanço çıkartacağını ve bu ara bilançoda yer alan kalemlerin incelenmesi neticesinde, şirket aktiflerinin şirket borçlarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması halinde, yönetim kurulunun durumu mahkemeye bildireceği hususu ifade edilmektedir (OR Art. 725/II) (Karş. BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 35 ff).

⁶⁴ Kaya, s. 285, dn. 26. Uygulamada, sıklıkla, iflasın ertelenmesi talebinin, borca batıklık bildirimini ile birlikte gerçekleştirilmesi haline rastlanmaktadır. Kanaatimizce, anonim şirketler ile kooperatiflerde iflasın ertelenmesinin yönetim kurulu tarafından talep edilmesi halinde, borca batıklık bildirimini de yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilmesinin zorunda olması sebebiyle, uygulamada bu yönde bir tutum izlenmektedir.

dir⁶⁵. Türk hukuk doktrininde aksi görüşteki yazarlar ise, mahkemeden sadece iflasın ertelenmesinin istenmesi halinde, iflasın ertelenmesine ilişkin talebin, borca batıklığa ilişkin beyanı da zımnen içereceğini savunmaktadırlar⁶⁶. *Yargıtay*'ın istikrar kazanan kararlarında da, açıkça borca batıklık bildiriminde bulunulmadan iflasın ertelenmesinin talep edilmesi halinde, bu talebin borca batıklık bildirimini anlamında kabul edileceğinin içtihat edildiğini görmekteyiz⁶⁷. Bununla birlikte *kanaatimizce*, bu durum, kurumun mantığına ve kanuni düzenlemelere uygun değildir (TTK m. 376/f. 3; OR Art. 725a/Abs. I). Zira, borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatifin borca batık olduğunun mahkemeye bildirilmesinden ve doğrudan doğruya iflasının istenilmesinden önce, iflasının ertelenmesi yönünde talepte bulunulması yerinde olmayacaktır. Bu sebeple de, öncelikle sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık olduğunun bu hususta görevli ve yetkili olan kimselerce mahkemeye başvurularak bildirilmesi gerekmektedir.

Borca batıklık bildirimini, “*şirketi idare ve temsil edenler, tasfiye memurları ya da bir alacaklı tarafından*” mahkemeye verilecek olan bir dilekçe ile gerçekleştirilecektir⁶⁸ (İİK m. 179/f. 1, c. 1; TTK m. 376/f. 3, c. 2). Bu kapsamda, sermaye şirketleri ile kooperatifleri, idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan kimseler; anonim şirketlerde, paylı komandit şirketlerde ve kooperatiflerde, “*yönetim kurulu*”⁶⁹; limited şirketlerde ise, “*müdür ve müdürler kurulu*”⁷⁰ dur⁷¹.

⁶⁵ Atalay, O.: İflasın Ertelelenmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, (s. 49-99), s. 52; Pekcanitez, İflasın Ertelelenmesi, s. 329; Özekes, s. 3268; Giroud, § 6, s. 110.

⁶⁶ Kaya, s. 285, dn. 26; Türk, Değişiklikler, s. 320; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 437; Üstündağ, İflas Hukuku, s. 61.

⁶⁷ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: “İflasın ertelenebilmesi için erteleme talebinde bulunan şirketin borca batık durumda olması mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunması gerekir. Erteleme talebi, borca batıklık bildirimini anlamındadır.” (19. HD, 13.10.2005, E. 6649, K. 10006, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca, Yargıtay'ın aynı yöndeki bir başka kararı için bkz. 19. HD, 30.12.2004, E. 10530, K. 13441, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁸ von Steiger, F.; İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku, (Çev. Çağa, T.), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1968, s. 389; Ermenek, s. 50; Pekcanitez, İflasın Ertelelenmesi, s. 327; Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 71. Yargıtay'a göre, “...Ortak, anonim ortaklığın iflası için dava açamaz. İflas davasını ancak yönetim kurulu ile alacaklılar açabilirler...” (11. HD, 21.10.1991, E. 3910, K. 5543, Eriş, s. 253).

⁶⁹ Anonim şirketler bakımından bkz. TTK m. 376/f. 3; m. 377; m. 365 (eTK m. 324/f. 2, m. 317). Kooperatifler bakımından bkz. Koop. K. m. 55, m. 63. Paylı komandit şirketler bakımından bkz. TTK m. 570 (eTK m. 481). Belirtmek isteriz ki, kanun koyucu, borca batıklığı bildirme yükümlülüğünü (ve iflasın ertelenmesi talebinde bulunma yetkisini), şirketi idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan yönetim kuruluna vermiş olduğundan (Arslanlı, H.: Anonim Şirketler, II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 113), yönetim kurulu üyeleri, bu konuda tek başlarına yetkili değildirler. Bunun için yönetim kurulu üyelerinin oy çokluğu ile aldığı bir karar yeterlidir (Schönenberger, Art. 725a, s. 12, 14). Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: “...Mahkemece, İİK.nun 179 ve TTK.nun 324. Maddesi uyarınca anonim şirketin iflasını yönetim kurulunun isteyebileceği, şirketin ortaklarının talepte bulunma hakkı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Davalı anonim şirket olup İİK.nun 179. Maddesi ve TTK m. 324 maddelerine göre iflasını şirketin idare ve temsil ile vazifelenirilmiş kimseler isteyebilir İflas isteyenlerin bu yönde yetkili bulunmadığından mahkemece iflas talebi-

Dolayısıyla, şirketin borca batık olması durumunda, kanun koyucu tarafından borca batıklık bildiriminde bulunarak, şirketin iflasını talep etmekle yükümlü olarak ifade edilen kimseler, bu belirlediğimiz kimseler olacaktır. Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin tasfiye halinde olması durumunda ise, borca batıklık bildirimini, tasfiye memurları tarafından gerçekleştirilecektir⁷² (İİK m. 179/f. 1, c. 1; TTK m. 542/f. 1, c). Şirket veya kooperatifi idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan kimseler ile tasfiye memurları bakımından, borca batıklık bildiriminde bulunmak bir zorunluluktur⁷³. Aksi takdirde, bu kimselerin hem cezaî⁷⁴ hem

nin reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır” (19. HD, 11.12.2003, E. 7842, K. 12510, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁰ TTK m. 623 (eTK m. 540).

⁷¹ Kaya, s. 285, dn. 23; Muşul, İflasın Erteleenmesi, s. 58; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 625; Uyar, s. 1974; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 9, s. 374.

⁷² Arslanlı, H.: Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketlerin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisalı ve Tasfiyesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1961, s. 179; Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 39 ve N. 71; Franko, s. 416; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 633-634; Muşul, İflasın Erteleenmesi, s. 59; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 9, s. 374. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir: “...Dosyadaki yazılara kararın dayadığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle Limited Şirket tasfiye memurunun borca batık durumda olan şirketin İİK.nun 179. maddesi uyarınca iflasını istemesinin mümkün bulunmasına, bilirkişi raporunda şirketin borca batık durumda olduğunun saptanmış olmasına, ayrıntılı ve gerekli bilirkişi raporunun hükme esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre...” (19. HD, 4.12.2003, E. 5806, K. 12170, YKD, C. 30, S. 6, Haziran 2004, s. 923).

⁷³ von Steiger, s. 390; Dubach, s. 153; Sayhan, s. 84, 85; Pekcanitez, İflasın Erteleenmesi, s. 327; Altay, İflasın Erteleenmesi, s. 628, 629; Tasfiye memurlarına ilişkin ifadeleri için bkz. Arslanlı, AŞ V-IV, s. 217. Hemen belirtelim ki, şirket veya kooperatifi idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan kimseler ile tasfiye memurlarının borca batıklık bildiriminde bulunma zorunlulukları, İİK m. 179 vd. ile TTK m. 376 vd. hükümlerinde açıkça öngörülmüş değildir. Doktrinde genel kabul gören görüş, İİK m. 345/a düzenlemesinden hareketle, şirket ya da kooperatifi idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan kimseler ile tasfiye memurlarının, borca batıklık bildiriminde bulunma zorunluluklarının bulunduğu yönündedir (Üstündağ, İflas Hukuku, s. 62; Türk, Değişiklikler, s. 301; Atalay, Borca Batıklık, s. 47). Zira, İİK m. 345/a hükmünde, “İdare ve temsil ile görevlendirilmiş olan kimseler veya tasfiye memurları, 179'uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirecek şekilde şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikayeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir. Kanaatimizce, borca batıklık bildiriminin, sermaye şirketleri ile kooperatifleri idare ve temsille görevlendirilmiş olan kimseler ile tasfiye memurları bakımından bir zorunluluk olduğunu öngören açık bir düzenlemeye, İİK m. 179'da ve/veya TTK m. 376'da yer verilmesi yerinde olurdu.

⁷⁴ Domanıç, TTK. Şerhi II, s. 546; Franko, s. 415; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 625; Türk, Değişiklikler, s. 301; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 9, s. 374; Çamoğlu, E.: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 66. Bu husus, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nda, “sermaye şirketlerinin iflasını istemek mecburiyetinde olanların cezası” kenar başlıklı 345/a maddesinde açıkça ifade edilmektedir. Yargıtay'ın bu durumu ifade eden bir kararı ise şu şekildedir: “...dosya kapsamına göre borçlu sanıklara isnad edilen suç 2004 sayılı İİK'nın 345/a maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre idare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları 179. maddeye göre şirket mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirecek şekilde şirketin iflasını istemezlerse alacaklılardan birinin şikayeti üzerine on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır...” (16. HD, 2.5.2007, E. 1256, K. 1537, YKD, C. 34, S. 2, Şubat 2008, s. 272-274). Ayrıca, borca batıklığın

de hukuki⁷⁵ sorumlulukları doğacaktır⁷⁶ (TTK m. 553/f. 1; İİK m. 345a, İİK m. 310/f. 1, b. 4). Ayrıca, İİK m. 179/f. 1, c. 1 ile TTK m. 376/f. 3, c. 2 uyarınca, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batıklığını mahkemeye bildirebilecek olan kişiler kapsamında şirket veya kooperatiften “alacaklı” olan kişilerin de bulunduğunu görmekteyiz. Bu sebeple, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin alacaklıları ya da alacaklılarından biri de, zorunlu olmamakla birlikte, şirket veya kooperatifin borca batık olduğunu bu hususta görevli ve yetkili olan mahkemeye bildirebileceklerdir⁷⁷.

mahkemeye bildirilmemesi sebebiyle şirketin, bu durumdan haberdar olmayan kişilerle muameleye devam etmesi ve bu kişilerden önemli miktarlarda vesiye veya ödünç alması halinde, şirketin sonradan iflası, “taksirli iflas” sayılacaktır (Sayhan, s. 85; Atalay, Borca Batıklık, s. 49) ve yönetim kurulu üyelerinin İİK m. 310/f. 1, b. 4 ve TCK m. 162 uyarınca cezalandırılmaları da söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, İsviçre ve Alman hukuklarında doğrudan cezai bir yaptırım öngörülmüş değildir (Kaya, s. 285, dn. 25).

⁷⁵ Franko, s. 415; Kaya, s. 285, dn. 25; Altay, İflasın Ertenilmesi, s. 628, 629; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 270. Anonim şirketlerde yönetim kurulu, şirketin borca batık olduğu yönünde emarelerin bulunmasına rağmen, şirket ara bilançosunu çıkartmaz ve şirketin borca batık olduğunu mahkemeye bildirmez ise, TTK m. 553/f. 1 uyarınca, özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle sorumlu olur (Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 270; Aynı yönde bkz. Sayhan, s. 82). Yönetim kurulu üyeleri meydana gelen zararlardan şahsen ve müteselsilen sorumlu olurlar (Arslanlı, AŞ II-III, s. 172; Arslanlı, AŞ I, s. 99). Ayrıca, anonim şirketlerde, şirketin mali durumunun bozulması halinde yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun doğacağı hakkında bkz. Helvacı, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1995, s. 52.

⁷⁶ Kaya, s. 285, dn. 25; Sayhan, s. 85, 86; Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 38; Altay, İflasın Ertenilmesi, s. 628, 629; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 626; Uyar, s. 1974. Borca batıklık bildiriminde bulunulmaması neticesinde söz konusu olacak olan hukuki ve cezai sorumluluğun, esas sözleşmeye konulacak olan bir hükümle bertaraf edilmesi mümkün değildir (Franko, s. 416; Aynı yönde bkz. Sayhan, s. 85).

⁷⁷ Franko, s. 418; Üstündağ, İflas Hukuku, s. 62; Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 59; Sayhan, s. 78, 86; Eriş, s. 249. İsviçre hukukunda, borca batıklığın bildirilerek iflas talebinde bulunulması yükümlülüğü kural olarak sadece anonim şirket yönetim kurulu bakımından söz konusudur (OR Art. 725/II; OR Art. 725a). Ancak, İsviçre Borçlar Kanunu’nda, 1991 yılında gerçekleştirilen değişiklikten sonra, yönetim kurulunun bu görevini ihmal etmesi durumunda, denetçilerin mahkemeye başvurarak şirketin iflasını talep etmeye yetkili oldukları düzenlenmiştir (OR Art. 729b, II) (Schönenberger, Art. 725a, s. 12; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 209; Handkomm-Meister, OR Art. 729b, N. 4 ff.). Bu sebepledir ki, Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasında bu bakımdan bir fark mevcuttur. Zira, İsviçre hukukunda denetçilere tanınan bu yetki, Türk hukukunda, kanun koyucu tarafından öngörülmüş değildir. Bununla birlikte, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, 26.6.2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikten önceki kanun metninde, denetçilere ilişkin birtakım düzenlemeler mevcuttur. Bu kapsamda, yönetim kurulunun şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretlerin bulunması halinde, çıkaracağı ara bilançoju denetçiye vereceği düzenlenmekteydi. Buna göre, denetçinin bu ara bilançoju, en çok yedi iş günü içinde inceleyerek değerlendirmeleri ve önerileri ile birlikte bir rapor halinde yönetim kuruluna sunması gerektiği düzenlenmekteydi. Kanun koyucu ayrıca, denetçinin sunacağı önerilerde 378’inci maddede düzenlenen erken teşhis komitesinin önerilerinin de dikkate alınmasının şart olduğunu öngörmekteydi. Fakat, 6102 sayılı TTK’nun 376’ncı maddesinin üçüncü fıkrasında getirdiği bu düzenlemeler 26.06.2012 tarihli ve

Anonim şirketin borca batık olduğunun mahkemeye bildirilmesi aynı zamanda yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerindedir⁷⁸ (TTK m. 375/f. 1, g). Dolayısıyla, yönetim kurulu, iflas istemiyle mahkemeye başvurmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, TTK m. 376/f. 3'te getirilen bir hüküm ile borca batık olmasına rağmen anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirket hakkında iflas talebinde bulunulmasının gerekmediği sonucunu doğuran yeni bir olasılık söz konusu olmaktadır⁷⁹. Nitekim, TTK m. 376/f. 3, c. 3 uyarınca, alacaklılardan birinin ya da bir kaçının, diğer bütün alacaklıların yararına olacak bir şekilde bağlayıcı bir taahhütte bulunması diğer bir deyişle, "sıradan çekilme (vazgeçme) sözleşmesi"⁸⁰ akdetmesi halinde, yönetim kurulunca şirketin iflasının talep edilmesine gerek kalmayacaktır⁸¹ (OR Art. 725/II). Bu kapsamda, TTK m. 376/f. 3, c. 3'te özel bir imkan olarak öngörülen⁸² sıradan çekilme sözleşmesi uyarınca, borca batık anonim şirketin açığını karşılayan ve borca batıklık halini ortadan kaldıran miktarda alacağa sahip olan alacaklı/alacaklılar, şirketten olan alacaklarının sırasının diğer bütün alacaklıların sırasından daha sonraki bir sıraya konulmasını yazılı olarak kabul eder ve bu beyanın yerindeliği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanırsa, yönetim kurulu iflas talep etme yükümlülüğü altında olmayacaktır^{83,84}. Fakat,

6335 sayılı Kanun ile (bağımsız denetçinin görevi ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle) madde metninden çıkarılmıştır (Kendigelen, İlk Tespitler, s. 268).

⁷⁸ Akdağ Güney, N.: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu (6335 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişiklikler İle), İstanbul Vedat Kitapçılık, 2012, s. 63; Bahtiyar, M.: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış Güncellenmiş Tıpkı 10. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2015, s. 210-211.

⁷⁹ Şener, s. 383. Şu halde, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu'nun bu yeni düzenlemesi ile İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725/II'de kabul edilen sıradan çekilme sözleşmesinin geçerliliği Türk kanun koyucusu tarafından da tanınmış ve bu konudaki tartışmalara son verilmiştir. Sıradan çekilme sözleşmesi İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725/II'den TTK'ya iktibas edilmiştir. Mehz İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725/II düzenlemesi şu şekildedir: "Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Forthführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten".

⁸⁰ Türk hukuk doktrininde, TTK m. 376/f. 3, c. 3'te öngörülen bu imkan bakımından "Sıradan Çekilme", "Sırada Sona Geçme" veya "Sıradan Vazgeçme" gibi farklı tabirlerin kullanıldığı görülmektedir. İsviçre ve Alman hukuk literatüründe, "Rangrücktrittserklärung" (Böckli, N. 1704), Fransız hukuk literatüründe ise, bu imkanı karşılamak üzere, "Postposition" veya "Subordination" ifadeleri tercih edilmektedir. Biz ise çalışmamızda, "sıradan çekilme sözleşmesi" terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

⁸¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 273; Schönenberger, Art. 725a, s. 13. Ayrıntılı bilgi için bkz. Böckli, N. 1700 ff.

⁸² Belirtmek isteriz ki, 6102 sayılı TTK m. 376/f. 3, c. 3'te, sıradan çekilme sözleşmesinin akdedebileceğinin öngörülmesi sadece, bunun geçerli olduğu hususunu aydınlatmaktadır. Buna karşılık, ne şekilde gerçekleşeceği, geçerliliği ve şartları hakkında herhangi bir açıklık içermemektedir.

⁸³ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 268; Aydın, s. 109-110; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 9, s. 375; Özbek, S.: Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme), DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan-III, C. 16, Özel Sayı, Y. 2014, (Basım Yılı: 2015), (s. 2319-2343), s. 2321; Karş. Handkomm-Meister, OR Art. 725, N. 11.

kanun koyucu, sıradan çekilme sözleşmesinin kabul edilebilmesi için, sıradan çekilme sözleşmesinin geçerliliğinin iflas isteminde bulunulan mahkemece atacak bilirkişilerce doğrulanmış olması şartını aramaktadır⁸⁵. Aksi takdirde, mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılan başvuru, borca batıklık bildirim ve iflas talebi olarak kabul edilecektir (TTK m. 376/f. 3, son cümle).

Borca batıklık bildirim, şirket veya kooperatifin muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine gerçekleştirilecektir. Bu durum, TTK m. 376/f. 3, c. 2'de açıkça ifade edilmektedir. Buna göre, "...şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister"⁸⁶. Bu bildirim yapıldığı yer asliye ticaret mahkemesinin yetkisi kesin yetkidir⁸⁷. Bu nedenle, borca batıklık bildiri-

⁸⁴ Türk hukukunda, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren (6335 sayılı Kanun ile değişik) 6102 sayılı TTK m. 376/f. 3, c. 3'te kabul edildiğini gördüğümüz sıradan çekilme sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725/II'ye, 1991 yılında gerçekleştirilen kanun değişikliği ile eklenmiştir. Türk hukukuna İsviçre hukukundan gerçekleştirilen bu iktibas, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) metninden aynen yapılmamış, birtakım ilaveler gerçekleştirilmiştir. Ayrıca, OR Art. 725/II'nin sade olan düzenlemesi, Türk hukukunda kullanılan cümleler nedeniyle kurumun anlaşılmasını güçleştirmiştir (Öztek, Sıradan Sona Yerleştirme, s. 2322; Aynı yönde bkz. Aydın, s. 112; TTK m. 376/f. 3, c. 3 düzenlemesine yönelik eleştirileri için bkz. Moroğlu, s. 171). TTK m. 376/f. 3, c. 3'ün karmaşık ifadesi nedeniyle, kanaatimizce, doktrinde tartışılmaya değer olan hususlardan biri sıradan çekilme sözleşmesinin İsviçre hukukunda olduğu gibi yönetim kurulu üyelerinin borca batıklık bildiriminde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir imkan olarak mı öngörüldüğü meselesine ilişkindir. Nitekim, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725/II uyarınca, şirket alacaklıları, alacaklarını karşılayacak ölçüde bir sıradan çekilme (feragat) beyanı açıklarlarsa; bu halde bir borca batıklık bildirim vuku bulamaz (Schönenberger, Art. 725a, s. 13). Kanaatimizce, TTK m. 376/f. 3, c. 3'ün lafzından, Türk hukukunda öngörüldüğü şekli ile sıradan çekilme sözleşmesi uyarınca, iflas kararı verilmesine engel olan bir kurumdur. Yönetim kurulu üyelerinin borca batıklık bildiriminde bulunma yükümlülüklerini ortadan kaldıran bir kurum değildir. Zira, yönetim kurulu üyeleri, şirket borca batık ise, bunu görevli ve yetkili olan mahkemeye bildirecek bunun üzerine ve varsa eğer sıradan çekilme sözleşmenin geçerliliği atanacak bilirkişilerce onaylanırsa, sıradan çekilme sözleşmesi şirketin iflasına engel bir durum teşkil edecektir. Şu halde, TTK m. 376/f. 3'te öngörülen sıradan çekilme sözleşmesi, borca batık durumda olan sermaye şirketleri bakımından iflas halinden geçici bir süre ile kurtulmayı sağlayan yeni bir hukuki enstrümandır.

⁸⁵ Şener, s. 384; Manavgat, (Kırca/Şehirli Çelik), s. 588.

⁸⁶ Görüldüğü üzere, borca batıklık bildiriminin yapılmasında görevli ve yetkili mahkeme bakımından kanun koyucunun TTK m. 376/f. 3'de öngördüğü düzenleme, iflasa karar verecek olan görevli ve yetkili mahkemenin ifade edildiği İİK m. 154/son'da yer alan düzenleme ile paralellik arz etmektedir. Borca batıklık bildiriminde bulunulmakla birlikte, iflasın ertelenmesi talebinde bulunulmadığı veya iflasın ertelenmesi talebinin reddedildiği hallerde, mahkemece şirket veya kooperatifin iflasına karar verilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, borca batıklık bildiriminde bulunularak iflasın ertelenmesinin talep edileceği görevli ve yetkili mahkeme ile iflasa karar verecek olan görevli ve yetkili mahkeme arasında paralellik kurularak bu yönde bir düzenlenmenin getirilmesi kanaatimizce kanun koyucunun yerinde bir tercihidir.

⁸⁷ Karşılı, İflasın Ertenilmesi, s. 264; Erdönmez, G.: Muamele Merkezinin Değiştirilmesinin İflasın Ertenilmesi Talebini İnceleyen Mahkemenin Yetkisine Etkisi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, (s. 867-886), s. 867.

minde bulunulan asliye ticaret mahkemesi, yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alacaktır⁸⁸.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, borca batıklık bildirimiminin ne zamana kadar yapılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklık yoktur⁸⁹. Yürürlükten kalkan Ticaret Kanunu m. 324/f. 2, c. 3'te, anonim şirket yönetim kurulunun, şirket aktifinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğini, diğer bir ifadeyle, borca batık olduğunu anlaması üzerine, bu durumu "derhal" mahkemeye bildirerek şirketin iflasını talep etmekle yükümlü olduğu açıkça ifade edilmekteydi⁹⁰. Bu kapsamda doktrinde, kanun koyucunun, "derhal" kelimesi ile, "en kısa zamanda, vakit geçirilmeden" borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi hususunu kastettiği ifade edilmekteydi⁹¹. Borca batıklığın ne zamana kadar bildirilmesi gerektiği konusunda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda herhangi bir açıklığın bulunmaması sebebiyle, anonim şirketler bakımından yönetim kurulu, borca batıklık halini mahkemeye "derhal bildirmek" zorunda olmayacaktır. Fakat, meydana gelecek olan zararların asgari düzeyde kalması ve yetkili kimselerin sorumluluğunun doğmaması bakımından "vakit geçirilmeden" bu yönde bir tutum izlenmesi isabetli olacaktır⁹². Nitekim, bildirimde bulunmayan veya geç bildirimde bulunması sebebiyle zarara yol açan yönetim kurulu üyelerinin, gecikmeden dolayı meydana gelen zararlardan şahsen ve müteselsilen sorumlulukları söz konusu olabilecektir⁹³.

Borca batıklık bildirimini, şirketi idare ve temsil edenler, tasfiye memurları ya da bir alacaklı tarafından, bu hususta görevli ve yetkili olan mahkemeye

⁸⁸ Erdönmez, s. 867, 870; Kuru, El Kitabı, s. 1107; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 621; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş, 6352 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 28. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 467.

⁸⁹ Türk, Değişiklikler, s. 301.

⁹⁰ Franko, s. 415; Arslanlı, AŞ I, s. 98; Üstündağ, Düşünceler, s. 17; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 625; Altay, İflasın Erteleenmesi, s. 629; Ermenek, s. 42; Türk, Borca Batıklık, s. 288; Kaya, s. 285; Türk, Değişiklikler, s. 301. Ayrıca, bkz. eTK m. 324/f. 2, c. 3. Belirtmek isteriz ki, İİK m. 179 bu hususta herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...TTK.nun 324.maddesine göre şirket aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde yönetim kurulu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur. Mahkemece bu bildirim üzerine şirketin borca batık durumda olup olmadığı araştırılarak bir karar verilir. Şirketin borca batık durumda olduğu fakat ıslahının mümkün olmadığı saptanırsa iflasına karar verilmelidir..." (19. HD, 16.12.2004, E. 11113, K. 12672, MİHDER, C.1, S. 1, Y. 2005/1, s. 292-293).

⁹¹ Muşul, İflasın Erteleenmesi, s. 76; Türk, Değişiklikler, s. 301.

⁹² Zira, borca batıklığın mahkemeye geç bildirilmesi durumunda, sermaye şirketi veya kooperatif bakımından iflas geç açılacak ve bu durumun neticesinde de şirket alacaklılarının gerçekleştirildikleri haciz yoluyla takipler paraya çevrilmeye olabilecektir. Bunun neticesinde, iflasın açılmasından önce hacizli malların bedelinden geriye para artar ise, iflas masasına girecektir. Nitekim bu husus, İcra İflas Kanunu m. 186/f. 2'de açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, "İflasın açılmasından evvel paraya çevrilmiş bulunan mahcuz malların bedeli, 138 ila 144'üncü maddeler hükümlerine göre haciz koydurana alacaklılara paylaşılır. Artan kısım iflas masasına intikal eder." Bu ise, iflas masasının aktif malvarlığının aleyhine bir durum teşkil etmektedir (Muşul, İflasın Erteleenmesi, s. 76).

⁹³ Arslanlı, AŞ II-III, s. 158-160; Atalay, Borca Batıklık, s. 42; Pekcanitez, İflas, s. 41; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 830; Muşul, İflasın Erteleenmesi, s. 76.

verilecek olan bir “dilekçe” ile gerçekleştirilecektir⁹⁴. Mahkemeye sunulacak olan dilekçede, şirketin aktiflerinin pasiflerini karşılama yetmediğinin, diğer bir deyişle, borca batık olduğunun açıkça ifade edilmesi gerekmektedir⁹⁵.

Borca batıklık bildiriminde bulunarak iflasını talep eden şirketin, iflas talebinin İİK m. 166/f. 2’de öngörülen usule göre ilan edilmesi gerekmektedir⁹⁶. Böylece, alacaklılar yapılan ilandan itibaren on beş gün içinde müdahale ve itirazda bulunabileceklerdir⁹⁷.

Borca batıklık bildirimini üzerine yapılan yargılamada çekişmesiz yargıya ilişkin esaslar geçerlidir⁹⁸. Aynı zamanda, asliye ticaret mahkemesinin yapacağı inceleme bakımından basit yargılama usulü söz konusu olacaktır⁹⁹.

3. Ara Bilançonun (Borca Batıklık Bilançosunun) Mahkemeye Sunulması

Borca batıklık bildirimini ile iflas talebini alan asliye ticaret mahkemesi, şirketin borca batık olup olmadığını inceleyecektir. Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borca batık olup olmadığı şirket ara bilançosundan anlaşılacaktır¹⁰⁰. Ara bilanço olarak ifade edilen bilanço, borca batıklık şüphesi nedeniyle hazırlanmış için doktrinde, “borca batıklık bilançosu” olarak da adlandırılmaktadır¹⁰¹.

Borca batıklık bilançosuna ilişkin esaslar, 6762 sayılı eTK’nın 324’ncü maddesinde ifade edilmekteydi. Buna göre, idare meclisi, şirketin borca batık olduğu yönünde emarelerin bulunması halinde, aktiflerin “satış fiyatları üzerinden” şirket ara bilançosunu düzenleyecekti¹⁰². Bununla birlikte, TTK m.

⁹⁴ Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 626; Ermenek, s. 50; Karş. Franko, s. 418-419.

⁹⁵ Ermenek, s. 50. Borca batıklık bildirimini içeren dilekçeye ekli olarak hangi belgelerin sunulması gerektiği, Türk hukukunda pek az dikkate değer bulunmaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce, bu husus uygulama bakımından çok büyük önemi haizdir. Bu kapsamda, borca batıklık bildirimini ve iflas talebi ile birlikte mahkemeye sunulacak olan belgelere örnek olması bakımından bkz. Schönerberger, Art. 725a, s. 12; Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 546.

⁹⁶ Ermenek, s. 52; Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 547; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 9, s. 375. Ayrıca Yargıtay’ın bu yöndeki bir kararı için bkz. 19. HD, 28.1.1999, E. 7440, K. 232, (YKD, Temmuz 1999/7, s. 965-966).

⁹⁷ Nitekim, bir şirketin iflası, gerek şirketten alacaklı olanlar ve gerekse de diğer ilgililer (çalışanlar gibi) bakımından, kamu düzenini de ilgilendiren bir yöne sahip olması sebebiyle yalnızca kendi iflasını isteyen şirketin iradesine bırakılamaz. Bu sebeplerdir ki, kendi iflasına karar verilmesi amacıyla hasımsız bir dava açan bu şirketin talebine karşı alacaklıların karşı çıkabilmesi mümkün olmalıdır (Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 547).

⁹⁸ Türk, Değişiklikler, s. 299; Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 547; Kaya, s. 287; Eriş, s. 250.

⁹⁹ Ermenek, s. 50; Türk, Borca Batıklık, s. 306; Pekcanitez, İflas, s. 47; Yıldırım, s. 482.

¹⁰⁰ Kaya, s. 289-290.

¹⁰¹ Atalay, Anonim Şirketlerin İflası, s. 53 vd.; Türk, Borca Batıklık, s. 244 vd.; Tekinalp, Ü.: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, İstanbul, 1979, s. 298; Muşul, İflasın Erteleenmesi, s. 43; Toplu, s. 53.

¹⁰² ETK m. 324/f. 2’de, “... aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilançosu tanzim eder...” denilmekteydi. Görüldüğü üzere, eTK m. 324/f. 2’de öngörülen düzenleme uyarınca, çıkarılacak olan ara bilançoda aktiflerin satış fiyatlarının esas alınacağı öngörülmekteydi. Nitekim, Yargıtay’ın bu doğrultudaki bir kararı şu şekildedir: “...Borçlu şirket iflasın ertelenmesi talebinde bulunduğuna göre öncelikle borca batıklık halinin mevcut olup olmadığı saptanmalıdır. Bu durumda düzenlenecek borca batıklık bilançosunun anonim şirketlerin gerçek malvarlığı değerini yansıtmaması gerekir.

376/f. 3'te, anonim şirketin borca batık olduğu yönünde şüphelerin¹⁰³ oluşması üzerine, şirketin yetkili organının, şirket aktiflerinin “*hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden*” ara bilançosunu çıkartacağı¹⁰⁴ düzenlemesi getirilmiştir. Görüldüğü üzere, eTK m. 324/f. 2'den farklı olarak (6335 sayılı Kanunla değişik) 6102 sayılı TTK m. 376/f. 3'te, borca batıklık halinin anlaşılabilmesi bakımından iki farklı esasa göre ara bilançonun hazırlanmasının gerektiği öngörülmüştür¹⁰⁵. Bu kapsamda, TTK m. 376/f. 3, c. 1'de kanun koyucunun, mehz İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725/II'de yer alan düzenlemeye paralel bir düzenleme getirmek istediğini görmekteyiz¹⁰⁶. Sözü edilen düzenleme uyarınca, anonim şirketin yönetim kurulu, şirket aktiflerinin hem “*muhtemel satış fiyatları*” üzerinden hem de “*işletmenin devamlılığı esasına*” göre ara bilançosunu hazırlayacaktır¹⁰⁷ (OR Art. 725/II). Bunun sonucunda, çıkartılacak olan ara bilançodan, şirket aktiflerinin ne işletmenin devamlılığına imkan vereceği ne de aktiflerin satılması ile alacaklıların alacak-

Borca batıklık halinin tespiti için tüm aktiflerin paraya çevirme değerleri yani piyasadaki satış sırasında gerçekleşebilecek fiyattan bilançoya geçirilmelidir. Aktif bu şekilde saptandıktan sonra borca batıklık durumu saptanmalı, şirket borca batık değilse talep reddedilmelidir...” (19. HD, 10.3.2005, E. 9014, K. 2429, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰³ Şirketin borca batık olduğu şüphesinin söz konusu olması çeşitli durumlarda mümkündür. Nitekim, bu husus, yıllık bilançodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, denetçinin, erken teşhis komitesinin raporlarından ve/veya yönetim kurulunun tespitlerinden anlaşılabilir. Bkz. TTK m. 376'nın gerekçesi (Kendigelen, A.: Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü İle Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 461). Yine bu kapsamda, örnek olarak “yıllık bilançoda birikmiş zararların sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının tamamına erişmesi, bu toplamı katıyla geçmiş olması, senetlerinin protesto edilmesi, cironun düşmesi” hususları gösterilebilir (Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, § 12, N. 12-133; Benzer örnekler için bkz. Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 539).

¹⁰⁴ Bilgili/Demirkapı, s. 378; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 269; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 9, s. 374-375; Schönemberger, Art. 725a, s. 11; Aydın, s. 109, 110; Manavgat, (Kırca/Şehirali Çelik), s. 586 vd.; Karş. BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 35 ff.; Handkomm-Meister, OR Art. 725, N. 6; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 208.

¹⁰⁵ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 268. İki bilanço arasında farklılığın ortaya çıkması kuvvetle muhtemel olacaktır. Nitekim, kimi durumda işletmenin devamlılığı esasına göre çıkartılacak olan ara bilanço olumlu; muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkartılacak olan bilanço ise, olumsuz sonuçlar verebilecektir. Netice itibarıyla, iki bilanço arasında birbiriyle çelişen sonuçlar söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, bu şekil bir farkın var olması halinde nasıl bir karar verilmesi gerektiği meselesi çözümlenmesi gereken bir sorun teşkil edecektir. Bkz. TTK m. 376'nın gerekçesi (Kendigelen, Gerekçeli TTK, s. 461; Ayrıca bkz. Kendigelen, İlk Tespitler, s. 268, dn. 98).

¹⁰⁶ Bkz. BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 35 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 208; Handkomm-Meister, OR Art. 725, N. 8.

¹⁰⁷ Karş. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 205, 208; Aksi görüşte bkz. Aydın, s. 110-111. Nitekim, Aydın'a göre, mehz İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725/II ile söz konusu hükmün koruduğu menfaatlerin göz önünde bulundurulması neticesinde, yönetim kurulu her iki yönetime göre bilanço hazırlamaya mecbur kılınmamaktadır. Bu görüşe göre, yönetim kurulunun öncelikle şirket aktiflerinin, işletmenin devamlılığı esasına göre bir ara bilanço çıkartması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüş doğrultusunda, olur da, bu ilk yönetime göre hazırlanacak olan bilançodan şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa, o zaman aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden de şirket ara bilançonun hazırlanmasının gerektiği ifade edilmektedir (Aydın, s. 110-111). İsviçre hukukunda aynı yöndeki ifadeler için bkz. Handkomm-Meister, OR Art. 725, N. 6, 7.

larını karşılamaya yeteceğini ortaya koyması halinde, TTK m. 376/f. 3, c. 1 anlamında borca batıklıktan söz edilebilecektir. Diğer bir deyişle, her iki yöneme göre hazırlanan bilanço, şirketin borca batık olduğunu ortaya koyduğu takdirde, borca batıklık hali mevcuttur¹⁰⁸.

Görüldüğü üzere, Türk Ticaret Kanunu'nun yeni düzenlemesi uyarınca, kanun koyucu, iki farklı yöneme göre şirket ara bilançosunun hazırlanacağı hususunu öngörmüş (TTK m. 376/f. 3); fakat kanunda yönetim kurulunun hazırlayacağı bu iki bilanço kapsamında hangi hususları dikkate alacağını ifade eden herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, uygulamamızda, bu iki bilanço ile kastedilenin ne olduğu hususunun ortaya konulması büyük önem arz edecektir.

Bu kapsamda, TTK m. 376/f. 3, c. 1 uyarınca, şirket aktiflerinin “*muhtemel satış fiyatları üzerinden*”¹⁰⁹ çıkartılacak olan ara bilançosunda, şirket aktiflerinin cari yani, değerlendirildiği gün itibarıyla piyasadaki güncel satış fiyatları ne olacak idiye ona göre bir değerlendirmede bulunulmasının gerektiği hususu ifade edilebilecektir¹¹⁰. Burada şirket yönetim kurulu, şirket aktiflerinin öz değerinden ziyade, piyasadaki tahmini (muhtemel) fiyatını dikkate almalıdır¹¹¹. Nitekim, bu sayede, şirketin borç ödeme gücünün ortaya konulması suretiyle¹¹² gerçekten borca batık olup olmadığı hakkında fikir edinilebilecektir. Bu sebeplerdir ki, bu yöneme göre şirket ara bilançosunun çıkartılmasına yönetim kurulunun şirketin borca batıklık sebebiyle mahkemeye müracaat etmesine gerek olup olmadığını ortaya koyması bakımından da faydalı olacaktır¹¹³. Şirket aktiflerinin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkartılacak olan ara bilançosunda, aktiflerin piyasadaki tahmini değerleri göz önünde bulundurulduğundan, bu esasa göre hazırlanacak olan ara bilançonun kayıtlı değerlerin esas alındığı yıllık bilançolardan farklılık arz edeceği ifade edilebilecektir¹¹⁴.

¹⁰⁸ Manavgat, (Kırca/Şehirli Çelik), s. 587.

¹⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 38.

¹¹⁰ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, § 12, N. 12-134; Doktrinde Tekinalp, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanacak olan bilançosunun, yönetim kurulunca, döner varlık uzmanları, fikri mülkiyet veya emlak uzmanlarından yardım alarak hazırlanmasının konunun önemine binaen daha isabetli olacağına işaret etmektedir (Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, § 12, N. 12-134). Manavgat, (Kırca/Şehirli Çelik), s. 586.

¹¹¹ Zira, doktrinde Manavgat'ın da ifade ettiği üzere, bir malvarlığının değeri onun özüne ilişkin bir kavramı karşılamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu malvarlığının fiyatı ise, belli bir anda piyasa şartlarına göre üçüncü kişilerin o malvarlığına atfettiği anlamı ifade etmektedir. Bu sebeplerdir ki, herhangi bir malın/aktifin değeri ne olursa olsun, piyasa koşulların bağlı olarak ortaya konulacak olan fiyatı bu gerçek değerden fazla ya da az olabilecektir (Manavgat, (Kırca/Şehirli Çelik), s. 586).

¹¹² Manavgat, (Kırca/Şehirli Çelik), s. 586.

¹¹³ TTK m. 376'nın gerekçesi (Kendigelen, Gerekçeli TTK, s. 461).

¹¹⁴ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, § 12, N. 12-134; Ara bilanço, şirketin bir yıllık faaliyeti ile karının pay sahipleri arasında paylaşılmasını gösteren yıllık bilançodan farklıdır. Şirketin borca batık olup olmadığı yıllık bilançodan anlaşılabilir. Zira, ara bilanço, şirketin gerçek malvarlığı durumunu aksettiren bilançodur. Yıllık bilançolar ise, şirketin gerçek malvarlığını aksettirmezler. Bunun nedeni olarak, yıllık bilançoya aktif kalemlerin prensip olarak en fazla maliyet değerleri ile aksettirilmesi, aktiflerin bir kısmı için yeniden değerlendirme yapılamaması, bazı kalemlerde ise, yeniden değerlendirilmenin belli sınırlar dahilinde yapılabilmesi ve gizli yedek akçelerin yıllık bilançoda görünmesi gösterilebilir (Kayar, Mali Durum, s. 314). Ayrıca, yıllık bilançonun amacı, şirketin bir yıllık faaliyetinin sonuçlarını açıklamaktır (Tekinalp, Bilanço, s. 83). Bu sebeple, gerek yıllık bi-

TTK m. 376/f. 3, c. 1’de öngörülen, şirket aktiflerinin “işletmenin devamlılığı esasına göre”¹¹⁵ hazırlanacak olan ara bilançosunda ise, faaliyetlerine devam edebilecek olan bir işletmenin mevcut olup olmadığı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılacaktır¹¹⁶. Zira, şirket malvarlığı, değişken ve güncel bir değeri ifade etmektedir. Bu sebeple de, bu şekil bir değerlendirme ile şirketin, borca batık olmasına rağmen gelecekteki beklentileri, etkisini yitiren bazı sebepler dolayısıyla, yaşama ümidinin var olup olmadığı anlaşılabilir¹¹⁷. Dolayısıyla, örneğin, yakın bir gelecekte müşteri çevresini arttırması kendisinden gerçekçi ve objektif olarak beklenebilecek olan bir şirketin, aktiflerinin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yeteceği yönünde objektif bir öngörüde bulunmak ve bu sebeple de, şirketin borca batık olmasına rağmen yaşama ümidinin bulunduğundan söz edebilmek mümkün olacaktır. Bu hususu göz önünde bulunduran kanun koyucu, İsviçre Borçlar Kanunu OR Art. 725/II’de öngörülen düzenleme ile de paralel olacak bir şekilde, şirket aktiflerinin sadece o andaki güncel değerlerinin dikkate alınmasını değil; aynı zamanda, gelecekteki bir zaman dilimi içerisinde şirketin gerçekleştireceği işlemlerin de dikkate alınması hususunu düzenlemiştir. Böylece, işletmenin yakın bir gelecekte elde edeceği muhtemel fırsatlar ile gelirlerin de varsayımsal olarak hesaba katılması gerekmektedir¹¹⁸.

Bu bilançolardan şirketin aktiflerinin, borçlarını karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması üzerine, şirketi idare ve temsille görevlendirilmiş olan kimse/ler, borca batıklığı mahkemeye bildirilerek şirketin iflasını talep etmekle yükümlüdürler¹¹⁹. Bununla birlikte, borca batıklık bildiriminde bulunan şirket, –mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin varlığı ile diğer şartların da bulunması halinde- iflasının ertelenmesi talebinde de bulunabilecektir¹²⁰. Böylece, kendisinden iflasın ertelenmesi talebinde bulunulan mahkeme, anonim şirket veya kooperatifin, borca batık olup olmadığına dair bir kanaate varabilmek ve aynı zamanda –iflasın ertelenmesinin bir diğer şartı olan- şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin varlığı hakkında bir karar verebilmek için, şirket veya kooperatifin ara bilançosunu dikkate alacaktır¹²¹. Bu sebeptendir ki, sermaye

lanço ile ve gerekse de yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmış olan bir bilanço ile şirketin borca batık olduğu anlaşılabilir (Kayar, Mali Durum, s. 314). Bununla birlikte, uygulamada kimi durumda, borca batıklık bilançosu ile yıllık bilançonun birbirinden ayrt edilmediği görülmektedir.

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 36, 37. İşletmenin devamlılığı esasına göre çıkartılacak olan bilanço Anglo-Amerikan sistemindeki “going concern” diye tabir edilen konsept bağlamında hazırlanan bilançodur. “Going concern” konsepti bağlamında hazırlanan bilanço hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, § 12, N. 12-135; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 37.

¹¹⁶ TTK m. 376’nın gerekçesi (Kendigelen, Gerekçeli TTK, s. 461).

¹¹⁷ Şener, s. 382. Kanun koyucu, TTK m. 376’nın madde gerekçesinde iki yöntemle göre bilanço düzenlenmesinin birtakım yararlarının olacağından söz etmektedir (Kendigelen, Gerekçeli TTK, s. 461). Fakat bu yararların neler olduğu konusunda ayrıntılı bir açıklama getirmemektedir (Aydın, s. 110, dn. 17).

¹¹⁸ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, § 12, N. 12-135; Manavgat, (Kırca/Şehirali Çelik), s. 569. Hiç şüphesiz, hazırlanacak olan bu bilançonun objektif ve gerçekçi esaslara dayanması gerekmektedir (Manavgat, (Kırca/Şehirali Çelik), s. 586).

¹¹⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 206; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 35.

¹²⁰ von Steiger, s. 390; Arslanlı, AŞ I, s. 98-99.

¹²¹ Giroud, § 6, N. 7; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 490. Buna karşılık, doktrindeki bir görüş, borca batıklığın mutlaka bir ara bilançodan anlaşılmasının gerekli olmadığını, “tasfiye bilançosundan” veya “son yılın bilançosundan” da bu hususun anlaşılabilir olduğunu belirtmektedir.

şirketleri ile kooperatifler hakkında, iflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için gerekli olan diğer belgelerle beraber, şirketin borca batık olduğunu ortaya koyan şirket ara bilançonun da mahkemeye sunulması gerekmektedir¹²². Borca batıklık bilançoları çoğu kez hakimlerin gündelik ve mesleki bilgileri ile anlayamaz. Bu sebeple, *uygulamada*, hakimlerin özel ve teknik bilgilerini gerektiren borca batıklık bilançoları bakımından bilirkişi incelemesine müracaat ettikleri görülmektedir¹²³.

C. İFLASIN ERTELENMESİ TALEBİ (TALEP ŞARTI)

1. Genel Olarak

Yetkili olan asliye ticaret mahkemesi tarafından, iflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için, bu yönde bir talepte bulunulması gerekmektedir¹²⁴. Aksi takdirde, şirket veya kooperatifin gerçekleştireceği bildirim üzerine borca batık olduğunun tespit edilmesi halinde, mahkemece doğrudan iflasına kararı verilmesi gerekecektir (İİK m. 179/f. 1, c. 1; SchKG Art. 192). Bu sebeple, sermaye şirketi veya kooperatifin borca batık olduğu yönünde işaretler mevcutsa, şirketi idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan kimseler, bu durumu mahkemeye bildirerek iflas talebiyle birlikte veya ondan ayrı olarak iflasın ertelenmesi yönünde talepte bulunmalıdırlar (OR Art. 725a).

şilabileceğini ileri sürmektedir (Franko, s. 412; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 625). Doktrindeki diğer bir görüş de yine, borca batıklığın mutlaka bir ara bilançodan anlaşılmasının gerekli olmadığını, bu durumun muhasebe kayıtlarından da anlaşılabilirliğini savunmaktadır (Öçal, A.: Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuki Sorunlar, ATOD 1975, S. 6, (s. 9 vd.), s. 6). Kanaatimizce, şirket veya kooperatifin borca batık olduğu, çeşitli emarelerden veya tasfiye bilançosundan ya da yıllık bilançodan fark edilebilecektir. Lakin, bütün bu durumlarda dahi, şirketi idare ve temsille görevli olan kimseler, mahkeme nezdinde şirketin borca batık olduğunu ortaya koyabilmek ve -iyileştirilme imkanı ile diğer şartlar varsa- iflasının ertelenmesini talep edebilmek bakımından, mutlaka TTK m. 376/f. 3'deki usulle şirketin ara bilançosunu çıkartarak mahkemeye sunmalıdırlar. Kısacası, şirketin borca batık olduğu mutlaka şirket ara bilançosu ile ortaya konulmalıdır.

¹²² Giroud, § 6, N. 7; Franko, s. 424; Schönerberger, Art. 725a, s. 13. Nitekim, mahkeme, gerek şirketin iflasına gerekse de iflasının ertelenmesine karar verirken bu bilançodaki bilgilerden faydalanacaktır. Bundan başka mahkeme, iflasın ertelenmesi talebi hakkında karar verebilmek için arzu ederse, bir yıl sonu bilançosunun da hazırlanarak mahkemeye sunulmasını isteyebilecektir (Sayhan, s. 100).

¹²³ Ermenek, s. 187; Atalay, Borca Batıklık, s. 92; Pekcanitez, İflas, s. 47; Türk, Borca Batıklık, s. 309; Aydemir, E./Çağlar, E.: Sermaye Şirketleri, Kooperatifler ve Kobi'lerde İflasın Ertenilmesi ve Borçların Yeniden Yapılandırılması, Ankara, 2007, s. 67; Oskay/koçak/Deynekli/Doğan, s. 4617; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 327. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir: "...mahkemece, davacı şirketin isteminin TTK'nun 324. maddesi hükmü göz önünde tutularak değerlendirilmesi, şirket muhasebesi konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığıyla inceleme yaptırılarak şirketin aktiflerinin gerçek değerlerinin ve piyasa borçlarının tesbiti ile iflasın ertelenmesi koşullarının oluşup oluşmadığının saptanarak sonucuna göre karar vermek gerekir." (11. HD, 21.12.1998, E. 7776, K. 9122, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yine, Yargıtay'ın aynı yöndeki bir başka kararı için bkz. 19. HD, 09.10.2008, E. 1591, K. 9270, (MİHDER, C. 6, S. 15, Y. 2010/I, s. 165-166).

¹²⁴ Böckli, N. 1716; Giroud, § 6, s. 108, N. 5a vd; Dubach, s. 153; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 5; Handkomm-Meister, OR Art. 725a, N. 4; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 224; Fritzsche/Walder-Bohner, § 35, N. 42.

Görüldüğü üzere, mahkeme, kendiliğinden borca batık durumda olan sermaye şirketi veya kooperatifin iflasının ertelenmesine karar veremez¹²⁵. Zira, iflasın ertelenmesi müessesesi, kamu düzenine ilişkin olmayan, tarafların müracaat edip etmemekte kendi ihtiyarlarına kalmış bir talep ve beyan üzerine işletilebilen bir yoldur¹²⁶. Bu bakımdan, iflasın ertelenmesinin şekli şartlarından birisi de, bu hususta görevli ve yetkili olan kimselerce, iflasın ertelenmesi yönünde talepte bulunulması yani, “*talep şartı*”dır¹²⁷.

Kanun koyucu, iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilme imkanını iflasa tabi olan tüm şahıslara değil; sadece borca batık olan “*sermaye şirketleri ile kooperatiflere*” tanımıştır¹²⁸. Bu bakımdan, gerçek kişi tacirler ile tüzel kişi tacirlerden borca batık durumdaki sermaye şirketleri ile kooperatifler dışında kalan şahıs şirketleri bakımından, iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilme imkanı söz konusu değildir¹²⁹. Kanun koyucu, sermaye şirketlerine iflasın ertelenmesi imkanını bahşetmiş olmakla beraber; Yargıtay kararlarında¹³⁰ ve doktrinde¹³¹ ifade edildiği üzere, sermaye şirketi olarak kurulmaları söz konusu

¹²⁵ Böckli, N. 1716; Giroud, § 6, N. 5a vd; Atalay, Borca Batıklık, s. 63; Franko, s. 426; Dubach, s. 153; Üstündağ, Düşünceler, s. 18; von Steiger, s. 390; Uyar, s. 1982-1983; Pekcanitez, İflas, s. 49; Pekcanitez, İflasın Ertelenmesi, s. 335; Altay, İflasın Ertelenmesi, s. 630; Özekes, s. 3268; Özbek, Kitap, s. 41; Sayhan, s. 100; Kaya, s. 286; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 490; Çavdar, S./Bıçkın, İ.: İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 81; Berkin, N.: İflas Hukuku, İstanbul, Hamle Matbaası, 1972, s. 42; Uyar, s. 1983; Toplu, s. 74; Balcı, s. 247; Karşlı, A.: İcra ve İflas Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 495; Karşlı, İflasın Ertelenmesi, s. 264; Atalay, İflasın Ertelenmesi, s. 54; Özbek, S.: İflasın Ertelenmesi, Bankacılar Dergisi, 2005/53, (s. 23-71), s. 48; Kaya, s. 286, dn. 30; Kayar, Mali Durum, s. 332; Domanıç, TTK. Şerhi II, s. 548; İmregün, O.: Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bs., İstanbul, Yasa Yayıncılık A.Ş., 1989, s. 472, 473; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 279; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 626; Öçal, s. 16; Eriş, s. 249; Schönerberger, Art. 725a, s. 14. Bununla birlikte doktrinde, Domanıç, mahkemenin re’sen iflasın ertelenmesi kararı verebilmesi gerektiğini ya da en azından bir kayyım atayarak kayyımın erteleme şartlarının mevcudiyeti yönünde bir rapor sunması üzerine bu rapora göre karar vermesi gerektiğini savunmaktadır (Domanıç, TTK. Şerhi II, s. 548). Nitekim, iflasın ertelenmesi kararının açıkça talep şartına bağlanmış olduğu göz önünde bulunulduğunda, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

¹²⁶ Franko, s. 426; Altay, İflasın Ertelenmesi, s. 630.

¹²⁷ Böckli, N. 1716; Giroud, § 6, N. 5a vd; Dubach, s. 153; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 5; Handkomm-Meister, OR Art. 725a, N. 4; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 224; Fritzsche/Walder-Bohner, § 35, N. 42.

¹²⁸ Sayhan, s. 98; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 28, s. 503, dn. 2; Karşlı, İflasın Ertelenmesi, s. 264.

¹²⁹ İflasın ertelenmesi kurumu bu noktada iflasın derhal açılmasına geçici olarak engel olan diğer bir kurum olarak ifade edebileceğimiz konkordatonun (SchKG Art. 293 vd.) bir türü olan (iflas dışı) konkordatodan farklılaşmaktadır. Zira, iflasın ertelenmesi kurumu sadece borca batık olan sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından söz konusu olabilecek iken, (iflas dışı) konkordato ise, her türlü borçlu bakımından söz konusu olabilecektir (Schönerberger, Art. 725a, s. 25; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 28, s. 503; Kılıçoğlu, E.: İflasın Ertelenmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumuyla Karşılaştırılması, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, Beta Basım, 2007, (s. 451-468), s. 456).

¹³⁰ 19. HD, 17.11.1995, E. 7299, K. 9852, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³¹ Schönerberger, Art. 725a, s. 15; Pekcanitez, İflasın Ertelenmesi, s. 334; Karşlı, İcra ve İflas Hukuku, s. 495; Karşlı, İflasın Ertelenmesi, s. 264; Balcı, s. 247; Kılıçoğlu, s. 456.

olan bankalar bakımından, iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilme imkanı söz konusu değildir¹³².

2. Sermaye Şirketleri ile Kooperatiflerde İflasın Ertenilmesi Talebinde Bulunma Yetkisi Olan Kimseler

a. Genel Olarak

İflasın ertelenmesini talep edebilecek olan kimseler tespit edilirken, TTK m. 377/f. 1, İİK m. 179/f. 1, c. 2 ve Koop. K. m. 63/f. 3 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir¹³³. Bu doğrultuda, iflasın ertelenmesi, en genel ifadesiyle, şirketi idare ve temsille görevlendirilmiş olan kimseler ile alacaklılardan biri tarafından talep edilebilecektir¹³⁴. Bu sebeplerdir ki, şirketi idare ve temsil ile görevlendirilmiş olan kimseler kapsamında yer almayan, şirket genel kurulu, şirket ortakları¹³⁵, denetçiler ya da başkaca herhangi bir merciinin iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilmesi söz konusu değildir¹³⁶. Yine, tasfiye aşamasında olmasından bahisle, şirketin devamlılığı konusunda tasfiye memurlarının bir görevi bulunmamaktadır. Bu sebeple, tasfiye memurlarının iflasın ertelenmesi talebinde bulunmaları da mümkün olmayacaktır¹³⁷.

İflasın ertelenmesi talebinde bulunacak olan kimsenin, şirketi idare ve temsille görevlendirilmiş olan bir kimse yerine vekil olması durumunda, bu

¹³² Hemen belirtelim ki, İİK m. 179'da, kanun koyucu açıkça bankaları, iflasın ertelenmesi talebinde bulunamayacak olan sermaye şirketlerinden biri olarak ifade etmiş değildir (Bkz. İİK m. 179). Buna karşılık, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma hükümlerinin bankalar için uygulanamayacağını kanun koyucu açıkça ifade etmektedir (Bkz. İİK m. 309t/f. 2).

¹³³ Nitekim, iflasın ertelenmesi, İİK m. 179/f. 1 c. 2 uyarınca, "...idare ve temsille görevlendirilmiş kimseler ya da alacaklılardan biri..." tarafından; TTK m. 377/f. 1 uyarınca, "Yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı..." tarafından; Koop. K. m. 63/f. 3 uyarınca da, "...yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin isteği üzerine..." mahkemeden talep edilebilecektir.

¹³⁴ Arslanlı, AŞ I, s. 98-99; Schönerberger, Art. 725a, s. 13-14; Atalay, İflasın Ertenilmesi, s. 54; von Steiger, s. 390; Karlı, İflasın Ertenilmesi, s. 264; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 490; Pekcantez, İflasın Ertenilmesi, s. 334; Öztekin, Kitap, s. 46, 47; Kayar, Mali Durum, s. 331; Sayhan, s. 100; Kendigelen, İlk Tespitler, s. 270. Borca batık olması sebebiyle şirket ya da kooperatifin iflası, şirketi idare ve temsille görevlendirilmiş olan kimselerce istendiğinde, iflasın incelenmesi esnasında şirketin yetkili organı ya da alacaklılar bizzat iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceklerdir. Aynı şekilde, şirket ya da kooperatifin borca batık olması sebebiyle iflasının alacaklılarından biri tarafından istenmesi halinde, şirketi idare ve temsille görevlendirilmiş olan organı iflasın ertelenmesini talep edilebilecektir (Atalay, İflasın Ertenilmesi, s. 56).

¹³⁵ Şirket ortaklarının iflasın ertelenmesini talep etme hakları yoktur (Kaya, s. 286, dn. 29; Üstündağ, Düşünceler, s. 18). Ancak doktrinde, Domaniç ve Franko, şirketin iflasının kamu yararı ile ilgili olmasından bahisle, şirket ortaklarının da (borca batıklık bildirimi ile) iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceklerini savunmaktadırlar (Bkz. Franko, s. 420-421; Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 548). Kanaatimizce, kanun koyucunun, iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilecek kimseleri ifade ettiği açık düzenlemeleri karşısında, bu görüşe katılmak mümkün değildir.

¹³⁶ Atalay, Borca Batıklık, s. 66; Schönerberger, Art. 725a, s. 14; Pekcantez, İflas, s. 50; Atalay, İflasın Ertenilmesi, s. 56; Uyar, s. 1984.

¹³⁷ Franko, s. 420; Kaya, s. 286; Atalay, Borca Batıklık, s. 68; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 490; Ermenek, s. 176-177; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 634.

husus ayrı bir önem arz edecektir¹³⁸. Zira, şirket veya kooperatifin borca batık olduğu saptanmakla beraber, iflasın ertelenmesi şartlarının gerçekleşmediği anlaşılırsa, mahkeme tarafından şirket veya kooperatifin iflasına karar verilmesi gerekecektir¹³⁹. Bu durumda, iflasın ertelenmesi talebi, iflas talebini de zımnen bünyesinde barındıracağı için, vekilin vekaletnamesinde şirket adına iflas talebinde bulunabileceği yönünde özel bir yetkinin bulunması gerekmektedir¹⁴⁰.

b. Şirketi İdare ve Temsil ile Görevlendirilmiş Olan Kimseler

İflasın ertelenmesini talep edebilecek olan kimseler bakımından, İİK m. 179/f. 1'de, "*şirketi idare ve temsille vazifelenendirilmiş kimseler...*"; TTK m. 377'de (OR Art. 725a/I) ise, "*yönetim kurulu...*" ifadeleri kullanılmıştır. İcra İflas Kanunu'nun iflasın ertelenmesini düzenleyen hükümlerinin (İİK m. 179 vd.) bütün sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından uygulanması gereken ortak hükümler olması sebebiyle, burada bir üst kavram kullanılmış ve "*şirketi idare ve temsille*" görevlendirilmiş olan kimselerin, iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilecekleri ifade edilmiştir¹⁴¹.

Bu kapsamda, İİK m. 179/f. 1'de, şirketi idare ve temsille görevlendirilmiş kimseler ile kastedilenler, her bir sermaye şirketine göre farklılık arz edecektir. Anonim şirketlerde, "*yönetim kurulu*" şirketi idare ve temsille görevli olan organ (TTK m. 365) olması sebebiyle ve TTK m. 377'nin (OR Art. 725a/I) açık düzenlemesi uyarınca, iflasın ertelenmesi talebinde bulunmaya yetkilidir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu, alacağı bir karar üzerine iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilecektir¹⁴². Bu sebeple, yönetim kurulu ancak yasal ve söz-

¹³⁸ Atalay, Borca Batıklık, s. 66.

¹³⁹ von Steiger, s. 390; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 10, s. 380.

¹⁴⁰ Atalay, Borca Batıklık, s. 66; Ermenek, s. 166; Özkes, s. 3268; Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 437; Uyar, s. 1984. Yargıtay'ın aynı yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...Davacı vekili, müvekkili şirketin uzun süredir ödeme güçlüğü çektiğini, borçların ödeme imkanının ortadan kalktığını bildirecek, şirketin iflasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Müdahil vekilleri, iflas şartlarının oluşmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir...Davacı Limited Şirketin vekili iflas talebinde bulunmuştur. İflas talebinde bulunabilmek için vekilin iflas isteme hususunda kendisine özel bir yetki verilmiş olması gerekir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan hüküm kurulması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir." (19. HD, 7.10.2003, E. 5886, K. 9380, YKD, C. 30, S. 9, Eylül 2004, s. 1418-1419).

¹⁴¹ Kanaatimizce, limited şirketlerde şirketi idare ve temsille görevli olan organın "müdürler veya müdürler kurulu" olmasından bahisle, TTK m. 377'deki "yönetim kurulu" tabirinin yerine, İİK m. 179/f. 1'de "şirketi idare ve temsille görevlendirilmiş kimseler" tabirinin, tercih edilmesi ve daha üst bir kavram kullanılması isabetli bir tercihtir.

¹⁴² Atalay, Borca Batıklık, s. 66; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 279; Franko, s. 414; Ermenek, s. 166. Eğer yönetim kurulu tarafından usulüne uygun olarak alınmış bir karar mevcut değilse, iflasın ertelenmesi talebi geçersiz olacaktır. Ayrıca, bu hususta daha önce alınmış bir yönetim kurulu kararı söz konusu değilse, geçmişe yönelik olarak da yönetim kurulu kararı alınamayacaktır (Türk, Borca Batıklık, s. 332; Aynı yönde bkz. Karşlı, İflasın Ertelenmesi, s. 265; Karşlı, İcra ve İflas Hukuku, s. 495). Anonim şirketlerde, şirketin doğrudan iflasının istenebilmesi için, yönetim kurulunun, bu yönde bir kararının bulunmasının gerektiği konusunda, Yargıtay'ın şöyle bir kararı mevcuttur: "...Davacı şirket temsilcisi, ...şirketin mali sıkıntı nedeniyle fabrika arsası ve binasını sattığını, bir şahıstan bina kiralanarak üretime devam edilmişse de borçlarını ödeyemez hale düştüklerini, şirketin varlığının %50'sinden fazlasının elden çıktığını ileri sürerek...AŞ'nin doğrudan iflasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir...Anonim

leşmesel toplantı ve karar nisaplarına uygun olarak alacağı bir karar üzerine iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilecektir¹⁴³. Aksi takdirde, yönetim kurulu üyelerinden sadece birinin veya bir kaçının bu yönde bir talepte bulunması üzerine geçerli bir iflasın ertelenmesi talebinin varlığından söz edilemeyecektir¹⁴⁴. Limited şirketlerde, “müdürler veya müdürler kurulu”; paylı komandit şirketler ile kooperatiflerde ise, “yönetim kurulu” şirketi idare ve temsil ile görevli olan organlar olmaları sebebiyle iflasın ertelenmesi talebinde bulunmaya yetkilidirler. Şirketi idare ve temsille görevlendirilmiş olan bu kişiler, borca batıklık bildiriminde bulunarak iflas talebinde bulunmadıkları takdirde, hukuki ve cezai sorumlulukları söz konusu olabilecek¹⁴⁵ iken (İİK m. 345/a), iflasın ertelenmesi talebinde bulunmadıkları takdirde, bu şekilde bir sorumlulukları söz konusu olmayacaktır.

c. Alacaklılar

Alacaklılar da, borca batık olan ve mali durumunun iyileştirilmesi ümidi bulunan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, iflasının ertelenmesini –*gereklî diğer şartların da bulunması halinde*- talep edebileceklerdir¹⁴⁶. Nitekim, TTK m. 377/f. 1 (OR Art. 725a/I) ile İİK m. 179/f. 1, c. 2 hükümlerinde, alacaklıların, şirket veya kooperatif hakkında iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilecekleri

Ortaklıklarda aksine bir hüküm yoksa ortaklığın iflasını isteme yetkisi temsile yetkili olan yönetim kuruluna aittir...Bu nedenle, yönetim kurulunun şirketin iflasının isteneceğine ilişkin bir kararı olması gerekir...” (19. HD, 25.9.1997, E. 5151, K. 7714, Balcı, s. 247).

¹⁴³ Sayhan, s. 100; Kaya, s. 286; Ermenek, s. 166. Anonim şirketlerde yönetim kurulu, iflasın ertelenmesini en az oy çokluğu ile alacağı bir karar üzerine talep edebilecektir (Dubach, s. 153; Atalay, Borca Batıklık, s. 66; Kaya, s. 286; Üstündağ, Düşünceler, s. 18; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 335; Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 100). Aksi görüşteki Schönerberger ise, kararın yönetim kurulunun tümünden çıkması gerektiğini ifade etmektedir (Schönerberger, Art. 725a, s. 14). Bununla birlikte, kanaatimizce, anonim şirketlere ilişkin mevcut düzenlemeler uyarınca, Schönerberger’in görüşünün bir hükmü bulunmamaktadır.

¹⁴⁴ Nitekim, Türk hukuk doktrininde, -tek imza yetkisine sahip olsa da- yönetim kurulu üyelerinden sadece birinin iflasın ertelenmesi yönündeki talebinin yeterli olmadığı ifade edilmektedir (Atalay, Borca Batıklık, s. 66; Pekcanitez, İflas, s. 50, dn. 98; Franko, s. 414; Üstündağ, Düşünceler, s. 18; Kaya, s. 286; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 627). Karş. Özbek, Kitap, s. 31-32; Özbek, Makale, s. 46.

¹⁴⁵ Bkz. yuk. § III, B, 2.

¹⁴⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 224; Handkomm-Meister, OR Art. 725a, N. 4; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 5; Fritzsche/Walder-Bohner, § 35, N. 42; Arslanlı, AŞ V-IV, s. 178; Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), N. 522f; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 279; Atalay, Borca Batıklık, s. 68; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 490; Franko, s. 423; Kaya, s. 287; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 335; Uyar, s. 1983; Öçal, s. 16. Hemen belirtelim ki, kanun koyucu iflasın ertelenmesini (ya da borca batıklığı bildiren şirketin iflasını) isteyebilecek olan kişiler bakımından alacaklı sıfatına sahip olmayı yeterli bulmaktadır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, gerek borca batıklık bildiriminde bulunma ve gerekse iflasın ertelenmesini talep etme bakımından, şirket veya kooperatiftan alacaklı olan kişiler arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır (Kaya, s. 287; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 335; Schönerberger, Art. 725a, s. 14). Başka bir açıdan bakıldığında, bir kimsenin alacaklısı olmadığı borca batık durumdaki bir sermaye şirketi veya kooperatifin iflasının ertelenmesini talep etmekte hukuki menfaati de bulunmamaktadır (Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 103).

ifade edilmektedir. Bununla birlikte, kimlerin alacaklı sıfatı ile iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilecekleri konusunda açıkça belirtilmemektedir. Bu sebeple, alacaklı kavramının değerlendirilmesi ve ortaya konulması önem arz eden bir husustur. Hemen belirtelim ki, kanunda öngörülen “alacaklı” tabirinin kapsamına giren kimselerin kimler olduğu tespit edilirken, alacaklı kavramının dar yorumlanmaması gerekmektedir. Zira, kanun koyucu tarafından getirilen düzenlemelerde, alacaklılar bakımından herhangi bir ayırt edici şart öngörülmuş değildir.

Öncelikle, para alacağı olan kimseler, alacaklı sıfatı ile şirket veya kooperatifin iflasının ertelenmesi yönünde talepte bulunabileceklerdir¹⁴⁷. Bununla birlikte, şirket veya kooperatiften paradan başka alacaklı olan kimselerin de bulunabilecektir¹⁴⁸. Bu kapsamda, paradan başka alacağı olan kimselerin de, iflasın ertelenmesi yönünde talepte bulunabileceğini kabul etmek *kanaatimizce* isabetli olacaktır. Yine, tahvil sahipleri, alacaklı sıfatına sahip oldukları için, iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceklerdir¹⁴⁹. Şirketten alacaklı oldukları takdirde, iflasın ertelenmesini talep edebilecek olan kimseler arasında, kamu alacaklıları¹⁵⁰ ve işçiler¹⁵¹ de bulunabileceklerdir. Bununla birlikte, pay sahipleri¹⁵² ile intifa senedi sahipleri¹⁵³ ise, şirketten alacaklı olmamaları sebebiyle, iflasın ertelenmesi talebinde bulunamayacaklardır.

¹⁴⁷ Sayhan, s. 86; Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 546.

¹⁴⁸ Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin söz konusu olduğu bir durumda, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan ve aynı bir alacağı olan kimsenin de, iflasın ertelenmesini talep edebileceğini kabul etmek gerekir (Sayhan, s. 86). Zira, kanunun ilgili maddesinde (TTK m. 376/f. 3; eTK m. 324), şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesinden bahsedilmişse de, şirketin para ile değerlendirilebilecek olan iş, hizmet ve mal borçları da “alacaklıların alacakları” kavramına dahil olacaktır (Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 546).

¹⁴⁹ Tahvil sahibi olan kimselerin, iflasın ertelenmesini talep edip edemeyecekleri hususu Türk hukuk doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tahvil sahibi olan kimseler alacaklı sıfatıyla iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceklerdir (Bkz. Franko, s. 422; Sayhan, s. 88; Pekcanitez, İflasın Erteleenmesi, s. 335, dn. 41; Pekcanitez, İflas, s. 51, dn. 101). Bu kapsamda, Öztekin, tahvil alacaklısı olan kimselerin tek başına iflasın ertelenmesini talebinde bulunamayacaklarını, tahvil sahipleri genel kurulunun alacağı karar üzerine bu yönde bir talepte bulunabileceklerini ifade etmektedir. Zira, Öztekin’e göre, tahvil sahiplerini ilgilendiren kararlar, tahvil sahipleri genel kurulu tarafından alınır. Tahvil sahipleri genel kurulu kararların icrasını sağlamak üzere, temsilci tayin eder. Söz konusu temsilci, tahvil sahipleri genel kurulu tarafından verilen iflasın ertelenmesi kararlarını mahkemeye bildirebilir. Bu sebeple, münferit tahvil alacaklısı, iflasın ertelenmesi talebinde bulunamaya yetkili değildir. Bu bakımdan Öztekin’e göre, tahvil sahipleri genel kurulunun iflasın ertelenmesi yönünde aldığı karar azınlık tahvil sahiplerini de bağlar (Öztekin, Kitap, s. 40). Atalay ise, tahvil sahibi olan kimselerin, tahvil alacaklısı oldukları şirketlerin borca batıklık sebebiyle iflası veya iflasının ertelenmesini münferiden talep edebilmelerini, tahvil sahipleri genel kurulunun kararına bağlayan görüşe katılmadığını ifade etmektedir (Atalay, Borca Batıklık, s. 69).

¹⁵⁰ Türk hukuk doktrininde, kimi yazarlarca “kamu alacaklıları” (Domaniç, TTK. Şerhi II, s. 548; Sayhan, s. 86) kimi yazarlarca da “Devlet” (Öztekin, Kitap, s. 42; Muşul, İflasın Erteleenmesi, s. 103) tabirinin kullanıldığını görmekteyiz. Ayrıca, vergi makamları da alacaklı sıfatıyla iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilirler (Schönenberger, Art. 725a, s. 14).

¹⁵¹ Böckli, N. 1716; Öztekin, Kitap, s. 42; Zira, şirketin çalışanı olarak işçiler de, ücret alacakları için söz konusu şirketten alacaklı olabileceklerdir (Schönenberger, Art. 725a, s. 18).

¹⁵² Bununla birlikte, doktrinde, Öztekin ve Atalay, bir önceki yıl dağıtımına karar verilmekle kesinleşmiş bulunan kar paylarının alacaklı olmalarından bahisle, pay sahiplerinin de alacaklı sıfatı taşıyacaklarını ve bu sebeple, borca batık olmasından bahisle, şirket

İflasın ertelenmesinin talep edilebilmesi için, alacaklının alacağının muaccel olması şart olmayıp sadece mevcut olması yeterlidir¹⁵⁴. Bunun gibi, şirket veya kooperatiften alacaklı olan fakat; alacağı bir senede veya ilama bağlanmış olan kimseler ile alacağı taşınır rehni veya ipotēğe bağlanmış olan kimseler de, iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceklerdir¹⁵⁵. Zira, iflasın ertelenmesinin talep edilebilmesi için, alacağın miktarı, türü ya da teminat altına alınıp alınmadığının bir önemi yoktur¹⁵⁶.

Alacaklıların, borca batık durumda olan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, iflasının ertelenmesi talebinde bulunma imkanları kanunen mevcuttur. Bununla birlikte, *uygulamada* iflasın ertelenmesi talebinin, alacaklı/ lar tarafından gerçekleştirilmesi haline pek sık rastlanılmamaktadır¹⁵⁷. Zira, iflasın ertelenmesi talebinde bulunulabilmesi için gereken borca batıklık bildirim (ve bunun için hazırlanan ara bilanço) ile iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması hususları, alacaklıların iflasın ertelenmesi talebinde bulunma imkanlarını güçleştirmektedir¹⁵⁸. Bu durumun, kanun koyucu tarafından dikkate alınması ve alacaklıların, uygulamada da iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilme imkanlarını etkinleştirecek birtakım değişikliklerin yapılması *kanaatimizce* yerinde olacaktır.

3. İflasın Ertenilmesi Talebinde Bulunma Süresi

İflasın ertelenmesi talebinin zamansal olarak hangi usul kesitine kadar yapılabileceği konusunda gerek İİK'da ve gerekse de TTK'da herhangi bir düzenleme yer verilmemiştir.

hakkında (iflas veya) iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceklerini ifade etmektedirler (Atalay, Borca Batıklık, s. 69; Öztekin, Kitap, s. 36; Aynı yönde bkz. Kaya, s. 286; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 335).

¹⁵³ Arslanlı, AŞ I, s. 165-166; Franko, s. 422; Atalay, Borca Batıklık, s. 70; Kaya, s. 287, dn. 37; Pekcanitez, İflas, s. 51, dn. 101; Türk, Borca Batıklık, s. 333. Aksi görüş için bkz. İmregün, s. 376-377; Sayhan, s. 87.

¹⁵⁴ Atalay, Borca Batıklık, s. 69; Sayhan, s. 86; Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 103.

¹⁵⁵ Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 103. Rehinli alacaklıların da iflasın ertelenmesi talebinde bulunabileceği hakkında bkz. Schönerberger, Art. 725a, s. 14.

¹⁵⁶ Kaya, s. 287.

¹⁵⁷ Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 336.

¹⁵⁸ Nitekim, alacaklıların şirketin ara bilançosu ile borca batık bir durumda olduğunu bilmeleri oldukça güçtür. Şirket veya kooperatifin borca batık halde bulunduğunu (şirketin borca batıklık sebebiyle doğrudan iflas talebinde bulunması veya borca batıklık sebebiyle iflas talebinin İİK m. 166/f. 2 uyarınca ilan edilmesi gibi sebepler ile) öğrenen bir alacaklı, iflasın ertelenmesini talep etmişse, bu sefer de mahkemeye bir iyileştirme projesi sunmalıdır. Bununla birlikte, şirketin iç yapısından uzak olan alacaklıların ciddi ve inandırıcı bir iyileştirme projesi sunmalarını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Bu halde, ciddi ve inandırıcı bir iyileştirme projesi sunabilmesi için, borca batık olan sermaye şirketi veya kooperatifin, alacaklılara yardımcı bulunabileceği yönünde makul bir çözüm önerisi getirmek kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Buna karşılık, şirket veya kooperatif, iflasın ertelenmesi talebini reddettiğini açıkça ifade eder ve iyileştirme projesini hazırlamaktan kaçınırsa, mahkemeye iflasın ertelenmesi yönünde karar verilmesi gerekecektir (Atalay, İflasın Ertenilmesi, s. 58; Üstündağ, Düşünceler, s. 17 vd.). Nihayetinde, içinde bulunduğu bütün bu elverişsizliklerin uygulamada, alacaklıların iflasın ertelenmesi talebinde bulunmalarını engellediği ve bu nedenle de, alacaklı/alacaklılar tarafından iflasın ertelenmesi taleplerinin gerçekleştirilmesinin çok sık rastlanan bir durum olmamasını sonuçladığı tespitinde bulunmak mümkündür.

Doktrinde ileri sürülen görüş doğrultusunda, iflasın ertelenmesi talebi, sermaye şirketleri ile kooperatifleri idare ve temsille görevlendirilmiş olan kim-selerce, borca batıklık bildirimini ve iflas talebi ile birlikte yapılabilecektir¹⁵⁹. Nitekim, *uygulamada* sıklıkla, iflasın ertelenmesi talebinin, borca batıklık bildiri-mi ve iflas talebiyle birlikte yapıldığını görmekteyiz¹⁶⁰.

Diğer taraftan, iflasın ertelenmesi yönündeki talep, borca batıklık bildiri-mi ve iflas talebinden ayrı olarak, şirketin iflası hakkında mahkemece yapıla-cak olan incelemenin sonuna kadar her zaman gerçekleştirilebilecektir¹⁶¹. Bu bakımdan, yalnızca borçlunun lehine var olan savunma sebeplerini kapsayan savunmanın genişletilmesi yasağının, iflasın ertelenmesi müessesesinin alacak-ların menfaatlerini koruma amacına da hizmet eden bir kurum olmasından¹⁶² bahisle, söz konusu olamayacağı ve bu sebeple, iflasın ertelenmesinin, iflas kararına kadar her zaman talep edilebileceği *doktrinde* kabul edilmektedir¹⁶³.

Şirket veya kooperatifin iflasına karar verilmesi halinde ise, artık iflasın ertelenmesi talebinde bulunma imkanı söz konusu olmayacaktır¹⁶⁴. Nitekim, iflas kararı verildikten sonra iflasın ertelenmesine karar verilmesi hukuken ve mantiken mümkün değildir¹⁶⁵. Bu sebeple, iflasın açılmasından sonra iflasın etkilerinden kurtulmanın tek yolu, iflasın ertelenmesi değil; “*iflasın kaldırılması*”dır¹⁶⁶ (İİK m. 182; SchKG Art. 195).

¹⁵⁹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 437; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 490; Atalay, Borca Batıklık, s. 71; Muşul, İflasın Ertelemesi, s. 112; Pek-canitez, İflasın Ertelemesi, s. 336; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 4616; Atalay, İf-lasın Ertelemesi, s. 56; Çavdar/Bıçkın, s. 89; Özekes, s. 3268; Pekcanitez, İflas, s. 52.

¹⁶⁰ Bkz. yuk. § III, B. 2.

¹⁶¹ Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 490. Bu durumda, mahkemenin borca batık-lık bildirimini incelerken gerçekleştireceği çekişmesiz yargı faaliyetinde, iddia ve sav-unmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile karşılaşmayacaktır (Muşul, İflasın Ertelemesi, s. 112; Ayrıca bkz. Kuru, B.: Nizasız Kaza, Ankara, 1961, s. 153; Erme-nek, s. 178). Bununla birlikte, iflasın ertelenmesi ne zaman talep edilirse edilsin, borca batıklığın tespit edilmiş olması, iflasın ertelenmesi talebinin varlığı için gerekmemektedir (Ermenek, s. 178; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 4616; Özekes, s. 3268).

¹⁶² Nitekim, Yargıtay’a göre, “... iflasın ertelenmesi kurumu erteleme talebinde bulunan şirketin menfaati gözönüne alınarak düzenlenmiş ise de alacaklıların menfaati de şüp-hesiz korunmalıdır...” (19. HD, 10.03.2005, E. 13373, K. 2443, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca, bkz. yuk. § II.

¹⁶³ Üstündağ, Düşünceler, s. 19, dn. 4; Atalay, Borca Batıklık, s. 71; Pekcanitez, İflasın Ertelemesi, s. 336; Pekcanitez, İflas, s. 52; Özekes, s. 3268; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, s. 4616; Muşul, İflasın Ertelemesi, s. 112, 113; Çavdar/Bıçkın, s. 89; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 437; Atalay, İflasın Ertelemesi, s. 56; Balcı, s. 252.

¹⁶⁴ Atalay, Borca Batıklık, s. 71; Muşul, İflasın Ertelemesi, s. 115; Özbek, Kitap, s. 46.

¹⁶⁵ Atalay, Borca Batıklık, s. 73. Bununla birlikte, iflasın ertelenmesi talebinin iflas kara-rından sonra da gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu savunan bir görüş de mev-cuttur. Doktrinde bu görüşü savunan Kayar, aynen şu ifadeleri kullanmaktadır: “ifla-sın ertelenmesine karar verebilmek için, bu hükümlere göre iflas şartlarının oluşması da gerektiğinden, yapılacak bilirkişi incelemesi sonucunda şirketin borca batık olduğu anlaşılırsa önce iflasa sonra da şartları varsa aynı kararla birlikte iflasın ertelenmesine karar verilmelidir.” (Kayar, İ.: Anonim ve Limited Ortaklıklarda Mali Durumun Bozul-ması Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelemesine İlişkin Bir karar İncelemesi, Yargıtay Der-gisi, Temmuz 2000, S. 3, (s. 482-489), s. 488). Kanaatimizce, Kayar’ın bu görüşüne ka-tılmak mümkün değildir.

¹⁶⁶ Ermenek, s. 178; Atalay, Borca Batıklık, s. 72; Bu kapsamda, iflasın kaldırılması hak-kında ayrıntılı bilgi için bkz. Albayrak, H.: İflasın Kaldırılması, Ankara, Yetkin Yayınla-

4. İflasın Ertenilmesi Talebinin İlanı

İİK m. 177/f. son ile İİK m. 178/f. 2, c. 1 uyarınca, doğrudan iflasa karar verilmesinin gerektiği durumlarda, iflas talebinin İİK m. 166/f. 2'deki usulle ilan edilmesinin gerektiği, kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiştir¹⁶⁷. Bununla birlikte, iflasın ertelenmesi taleplerinin ilan edilip edilmeyeceği konusunda kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, doktrinde ve Yargıtay kararlarında, iflasın ertelenmesi taleplerinin ilan edilmesinin zorunlu olup olmadığı hususu tartışma konusu olmuştur¹⁶⁸.

Yargıtay kararlarında, şirket alacaklılarının menfaatlerini de ilgilendiren iflasın ertelenmesi taleplerinin, İİK m. 166/f. 2'deki usulle ilan edilerek, şirketin borca batık olmadığı ya da iyileştirme projesinin yeterli olmadığını ileri sürmek suretiyle, erteleme taleplerine karşı itiraz edebilme imkanının alacaklılara tanınmasının gerekmekte olduğu; bu nedenle de, ilanının yapılmamasının bozma sebebi teşkil edeceği ifade edilmektedir¹⁶⁹. Yargıtay'ın, kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, iflasın ertelenmesi talebinin ilan edilmesinin zorunlu olduğunu içtihat eden ve bunu adeta bir mutlak bozma sebebi haline getiren uygulaması, doktrinde birçok yazar tarafından eleştirilmektedir¹⁷⁰. *Kanaatimizce*, kanunda açık bir düzenleme bulunmaksızın, iflasın ertelenmesi talebinin ilan edilmesinin zorunlu tutulmak isabetli değildir. Fakat, iflasın ertelenmesi kurumunun, aynı zamanda alacaklıların menfaatlerini korumayı amaçlayan¹⁷¹ bir kurum olmasından bahisle; iflasın ertelenmesi talebinin ilan edilmesi ile alacaklıların bu durumdan haberdar edilerek itirazda bulunabilmelerine olanak tanınmanın faydalı olacağı açıktır. Nitekim, bu sayede alacaklıların, Anayasa (AY m. 36) ve kanuni düzenlemelerle (HMK m. 27) korunan "hukuki dinlenilme hakları" temin edilmiş olacaktır. Bu sebeple, *kanaatimizce*, İcra İflas Kanunu'nda

rı, 2007. Ayrıca, iflasın kaldırılması ile iflasın ertelenmesi arasındaki farklılıklar için bkz. Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 90.

¹⁶⁷ Nitekim, İİK m. 179/son uyarınca, "Bu Kanunun 178'inci maddesinin ikinci fıkrası burada da uygulanır." denilmektedir. İİK m. 178/f. 2, c. 1 uyarınca, "İflas talebi 166'nci maddenin ikinci fıkrasındaki usulle ilan edilir. Alacaklılar iflas talebinin ilanından itibaren on beş gün içinde davaya müdahale veya itiraz ederek, borçlunun iflas talebini, hakkındaki takipleri ertelemek ve borçlarını ödemeyi geciktirmek için yaptığını ileri sürerek mahkemeden talebin reddini isteyebilirler."

¹⁶⁸ Ermenek, s. 181.

¹⁶⁹ Zira, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...şirketin borçlarının muvazaalı olarak aktiften fazla olması sonucunu doğuracak kötüniyetli davranışların önüne geçmek ve anonim şirketin borca batık durumda olup olmadığını iyileştirme projesinin yeterli bulunup bulunmadığını, alacaklılara kanıtlama olanağı vermek amacıyla iflasın ertelenmesi talebinin İİK'nun 166/2. maddesinde öngörülen usulle ilan edilmesi, ilan üzerine borca batıklık durumu ve iyileştirme projesine itiraz eden alacaklıların sunduğu deliller de değerlendirilip erteleme koşullarının mevcut olup olmadığı araştırılarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir" (19. HD, 10.03.2005, E. 13373, K. 2443, YKD 2005/7, s. 1049-1051). Yargıtay'ın aynı yöndeki başka kararları için bkz. 19. HD, 13.10.2005, E. 6649, K. 10006; 19. HD, 30.12.2004, E. 10530, K. 13441; 19. HD, 12.11.2004, E. 7565, K. 11352 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁰ Atalay, Borca Batıklık, s. 101-102. Nitekim Atalay, mahkemece öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılacağı kanunda açıkça düzenlenen iflasın ertelenmesi yargılamasının erteleme talebinin her durumda ilan edilmesi şartı ile uzayacağı ve gecikeceğini ifade etmektedir (Atalay, Borca Batıklık, s. 102); Özekes, s. 3269, 3270; Aydemir/Çağlar, s. 55, 58; Öztekin, Kitap, s. 80; Sayhan, s. 95; Ermenek, s. 183-184.

¹⁷¹ Bkz. yuk. § II.

gerçekleştirilecek olan değişiklik ile iflasın ertelenmesi talebinin, İİK m. 166/f. 2'deki usulle ilan edileceğine ilişkin bir düzenlemenin, İİK m. 179/f. 1'e eklenmesi ve böylece uygulamada mevcut olan bu duruma ilişkin kanuni düzenleme eksikliğinin giderilmesi isabetli olacaktır.

D. SERMAYE ŞİRKETİ VEYA KOOPERATİFİN İYİLEŞTİRİLMESİ ÜMİDİNİN OLMASI VE İYİLEŞTİRME PROJESİNİN MAHKEMEYE SUNULMASI

1. Sermaye Şirketi veya Kooperatifin İyileştirilmesi Ümidinin Olması

a. Genel Olarak

İflasın ertelenebilmesi için önemli sayılan şartlardan birisi de, sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin (*Aussicht auf Sanierung*) var olmasıdır¹⁷² (OR Art. 725a). İflasın ertelenmesini düzenleyen TTK m. 377'nin de atıfta bulunduğu, İİK m. 179/f. 1, c. 2, "*şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması*" halini, iflasın ertelenmesi talebinde bulunulabilmek bakımından temel (maddi) bir şart olarak ifade etmektedir¹⁷³. Bu sebeptir ki, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunmaması durumunda mahkemece iflasına karar verilmesi gerekecektir¹⁷⁴ (SchKG Art. 192; OR Art. 725/II).

b. İyileştirme Kavramı

İflasın ertelenmesini düzenleyen, İcra İflas Kanunu m. 179/f. 1, c. 2'de, "*şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olmasından...*", eTK m. 324/f. 2'de, "*...şirketin durumunun ıslahından...*", 6102 sayılı TTK m. 377'de ise, "*iyileştirme projesinin mahkemeye sunulmasından*" söz edilmektedir. Görüldüğü üzere, gerek TTK m. 377'de (eTK m. 324/f. 2) ve gerekse de İİK m. 179'da, iyileştirme kavramından bahsedilmekte; fakat, iyileştirme

¹⁷² Böckli, N. 1717; BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 6; Giroud, § 6, N. 11a ve N. 11k-g; Dubach, s. 154 ff; Özkes, s. 3264; Kaya, s. 291; Sayhan, s. 102; von Steiger, s. 390; Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 75; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 279; Schönenberger, Art. 725a, s. 15. Nitekim, Yargıtay'ın kararlarında da ifade edildiği üzere, iflasın ertelenmesi bakımından aranan üç şarttan birisi, sermaye şirketi veya kooperatifin iyileştirilmesi ümidinin bulunmasıdır. Bu husus, Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "...İflasın ertelenebilmesi için erteleme talebinde bulunan şirketin borca batık durumda olması, mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunması ve fevkalade mühletten (İİK. m. 329/a) yararlanmamış olması gerekir..." (19. HD, 14.4.2005, E. 1324, K. 4049; 19. HD, 29.5.2008, E. 4272, K. 5875, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki başka bir kararı için bkz. 19. HD, 11.10.2001, E. 5720, K. 6395, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷³ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 279; Franko, s. 423; Karşlı, İflasın Ertelenmesi, s. 273; Pekcanitez, İflasın Ertelenmesi, s. 329; Özkes, s. 3264; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 492-493; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50, N. 224. Aynı zamanda iflasın ertelenmesinin maddi şartıdır (Dubach, s. 150-151; Giroud, § 6, N. 4a-e; BaK-Wüstiner, Art. 725a, N. 4).

¹⁷⁴ von Steiger, s. 390; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 627; Muşul, İflasın Ertelenmesi, s. 133. Yargıtay'a göre, "...İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkeme erteleme talebinde bulunan şirketin öncelikle borca batık durumda olup olmadığını tespit edecek, borca batık durumda ise iyileştirme ümidinin bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Borca batık durumda olan şirketin mali durumunu iyileştirme ümidinin bulunmaması halinde iflasın ertelenmesini talep eden şirketin iflasına karar verilir..." (19. HD, 20.3.2008, E. 9116, K. 2681; 19. HD, 30.12.2004, E. 4635, K. 13438, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

kavramı ile tam olarak neyin kastedilmek istendiği açık bir şekilde ifade edilmemektedir. Bununla birlikte, iyileştirme ümidinin (*Aussicht auf Sanierung*) bulunup bulunmadığı hususu, *uygulama bakımından* oldukça önemli olan konulardan birini teşkil etmektedir.

Somut sınırlarını çizmenin güç olduğu iyileştirme kavramı¹⁷⁵ doktrinde, farklı açılardan değerlendirilmek suretiyle açıklanmaya çalışılmaktadır¹⁷⁶. Bu kapsamda, iyileştirme kavramına ilişkin olarak farklı açılardan nitelendirmeler yapılabilecek olmakla birlikte, *kanaatimizce*, iyileştirme ile sağlanmak istenen, sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun, hem borca batıklık durumuna göre daha elverişli bir hale getirilmesi hem de iflas tasfiyesi durumundan kurtarılmasıdır. Bu nedenle, erteleme süresi sonunda, şirket veya kooperatif, ticari yaşama dönerek faaliyetlerine devam edebilmelidir¹⁷⁷.

Burada bir anlamda önemli olan, şirketin tasfiye durumundan kurtarılması olmakla birlikte, aynı zamanda öngörülebilir bir zaman diliminde kalıcı bir işletme iyileşmesinin de yaşanmasıdır¹⁷⁸. Bu amaç doğrultusunda, sermaye şirketi veya kooperatifin iflasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, iyileştirme projesine göre mali durumunun düzelmesinin mümkün görülmesi yeterlidir. Mali durumunun iyileşeceği yönünde mahkeme nezdinde bir kesinlik aranmaz¹⁷⁹. Bu nedenle, mahkemece yapılacak olan inceleme neticesinde şirketin mali durumunun iyileştirilmesi imkanının hiçbir şekilde bulunmadığının anlaşılması halinde, iflasın ertelenmesi yerine iflasına karar verilmesi gerekecektir¹⁸⁰ (SchKG Art. 725; OR Art. 725/II).

¹⁷⁵ İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 725a'da "sanierung" kelimesinin kullanıldığı bu kavram, Latince'de, "sanare" kelimesinden gelmekte olup; iyileştirme, kurtarma, sağlığına kavuşturma anlamlarını karşılamaktadır (Giroud, § 6, N. 11g; Dubach, s. 154; Pekcanitez, İflasın Erteleme, s. 329; Muşul, İflasın Erteleme, s. 121; Özkes, s. 3264; Schönenberger, Art. 725a, s. 15).

¹⁷⁶ Bu kapsamda, iyileştirme kavramı izah edilirken ekonomik ve hukuki açılardan farklı olan anlamları ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Ekonomik açıdan iyileştirmede, işletmenin sağlığına kavuşarak tekrardan kar elde etmesi ve verimli hale gelerek varlığını sürdürebilmesi için alınan her türlü tedbir kastedilmektedir. Hukuki açıdan iyileştirme ise, iflas hukuku ile ticaret hukuku açılarından değerlendirilmektedir. İflas hukuku bakımından iyileştirmede, işletmenin külli bir tasfiyeden kurtarılması suretiyle iflasının önlenmesi ya da tasfiye sonucunun hafifletilmesi diğer bir ifadeyle, tasfiyeye göre daha avantajlı bir duruma getirilmesi kastedilmektedir. Ticaret hukuku bakımından iyileştirmede ise, şirketin borca batıklığının sona ererek daha iyi bir duruma getirilmesi kastedilmektedir (Özkes, s. 3264; Kaya, s. 292).

¹⁷⁷ Pekcanitez, İflas, s. 52; Kaya, s. 292; Schönenberger, Art. 725a, s. 16.

¹⁷⁸ Muşul, İflasın Erteleme, s. 122. Bu bakımdan, geçici karlılık hali ile birtakım bilanço ya da hukuki nitelendirme farklılıkları ile şirket ya da kooperatifin olmadığı halde daha iyi görünmesi sebep olacak şekilde bir dış görünüm yaratılması hali, iyileştirme olarak nitelendirilemez (Özkes, s. 3264).

¹⁷⁹ Bu sebeptir ki, Özkes haklı olarak, şirketin borca batık olduğunun kesin bir şekilde tepsinin mümkün olabileceğini; fakat mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olup olmadığının (yüksek de olsa) sadece bir ihtimali ifade edeceğini belirtmektedir. Bu sebeple de, mahkemeden bu konuda tam bir kanaate sahip olmasının beklenemeyeceği, burada dikkate alınması gereken ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olduğunu ifade etmektedir (Özkes, s. 3272; Aynı görüşte bkz. Muşul, İflasın Erteleme, s. 133).

¹⁸⁰ Franko, s. 423; von Steiger, s. 390.

Hemen belirtelim ki, iyileştirme çerçevesinde, şirket veya kooperatifin alacaklılarının veya ortaklarının tam olarak tatmin edilmesi aranmayacaktır¹⁸¹. Zira, iflasın ertelenmesindeki amaç, ne sadece alacaklıları korumaktır ne de sadece şirketi korumaktır¹⁸². Bu bakımdan, alacaklılar da şirketin sürekliliği için birtakım zararlara katlanmak durumunda kalabileceklerdir¹⁸³.

2. İyileştirme Projesinin Mahkemeye Sunulması¹⁸⁴

a. Genel Olarak

Borca batık olmasından bahisle doğrudan iflasına başvurulması zorunlu olan sermaye şirketi veya kooperatif, iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilmek için, mahkemeye bir iyileştirme projesi sunmalıdır¹⁸⁵ (İİK m. 179/f. 1, c. 2). İyileştirme projesi, şirket veya kooperatifin kalıcı ve sürekli olarak iyileşeceği ümidinin var olduğunu mahkeme nezdinde ortaya koyan önemli bir göstergedir¹⁸⁶. Bu nedenle, şirket veya kooperatif, mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin var olup olmadığı konusunda mahkemede bir kanaatin oluşabilmesi için, tatbik edilecek olan iyileştirme tedbirlerinin neler olduğu ile bu tedbirlerin mali durumunun düzeltilmesini ne şekilde sağlayacağını gösteren bilgileri de içeren iyileştirme projesini ve bu projenin ciddi ve inandırıcı olduğunu ispata yarayan bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmak zorundadır¹⁸⁷ (İİK m. 179/f. 1, son c.).

¹⁸¹ Kaya, s. 291; Özekes, s. 3265; Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 122.

¹⁸² Bkz. yuk. § II. Ayrıca bkz. Giroud, § 6, N. 4a-e; BaK-Wüstiner, Art. 725a, N. 4; Dubach, s. 150-151.

¹⁸³ Özekes, s. 3265. Bununla birlikte, şirketin devam etmesi bir yerde alacaklıların da menfaatinidir. Zira, bu sayede, alacaklılar alacaklarına kavuşma imkanına sahip olacaklardır (Özekes, s. 3265).

¹⁸⁴ İsviçre hukukunda, iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması şeklinde bir şekli şart bulunmamaktadır (OR Art. 725; OR Art. 725a). Buna karşılık, Türk hukukunda İcra İflas Kanunu m. 179/f. 1, c. 2'de ifade edildiği üzere, iflası ertelenmesi talebiyle birlikte, şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunduğu dair bir iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bu nedenle, Türk hukuku bakımından, "iyileştirme projesinin mahkemeye sunulması" hususu, iflasın ertelenmesinin bir şekli şartı olarak ifade edilebilecektir.

¹⁸⁵ Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 330; Türk, Değişiklikler, s. 298; Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 63 ve N. 72; Karşı, İcra ve İflas Hukuku, s. 498; Karşı, İflasın Ertenilmesi, s. 276; Uyar, s. 1987; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 438; Özbek, Makale, s. 51 vd.; Özekes, s. 3265; Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 123; Ermenek, s. 188; Bilgen, s. 49; Altay, İflasın Ertenilmesi, s. 630; Kaya, s. 293; Sayhan, s. 101. Nitekim, Yargıtay'a göre, "...İİK'nın 179. maddesi uyarınca iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte, şirketin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna ilişkin bir iyileştirme projesinin sunulması gerekir. İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için proje ciddi ve inandırıcı bulunmalıdır. Projede mali durumunun iyileştirilmesi gerekliliğini doğuran sebepler, şirketin kurtuluşunu sağlayacak olan gerekli tedbirler yer almalıdır..." (23. HD, 06.02.2013, E. 5651, K. 571, Legal HD, C. 11, S. 126, Y. 2013, s. 229-230).

¹⁸⁶ Özbek, Kitap, s. 65; Özbek, Makale, s. 51.

¹⁸⁷ Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 491; Yıldırım, s. 480; Karşı, İflasın Ertenilmesi, s. 275; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 330; Türk, Değişiklikler, s. 298. 4949 sayılı Kanun ile İİK m. 179'da gerçekleştirilen önemli değişikliklerden birisi de, erteleme talebinde bulunan kimselerin, şirket veya kooperatifin iyileştirilmesi ümidinin var olduğunu gösteren bir iyileştirme projesi ile bunu kanıtlayan bilgi ve belgeleri mahkemeye sunma zorunluluğunun getirilmesidir (Türk, Değişiklikler, s. 298).

b. İyileştirme Projesinin İçeriği ve İyileştirme Tedbirleri ile Mahkemeye Sunulacak Olan Belgeler

1. İyileştirme Projesinin İçeriği ve İyileştirme Tedbirleri

aa. İyileştirme Projesinin İçeriği

İyileştirme projesi, borca batık olan sermaye şirketi veya kooperatifin, borca batıklık halini hangi yöntemleri uygulamak suretiyle aşmayı planladığını ve aslında iyileştirme ümidinin bulunduğunu mahkeme nezdinde ortaya koymaya yarayan önemli bir araçtır. Bu sebeptendir ki, iyileştirme projesinin içeriği, iflasın ertelenmesi kararının verilebilmesi bakımından büyük önem taşır.

Borçlu şirket veya kooperatif, mahkemeye sunacağı iyileştirme projesinde, alacağı tedbirler ile bu tedbirlerin, iflasın ertelenmesi sürecinde şirket veya kooperatifi ne şekilde etkileyeceğini, somut ve objektif verilerle dayandırarak açıklamalıdır¹⁸⁸. İyileştirme projesi, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesi için gerekli olan tedbirler ile borca batıklık halinin, hangi süre içinde ve nasıl giderilebileceğini, şirketin iyileştirilmesi ümidinin varlığı hususları ile bunu ortaya koyan açıklamaları içermelidir¹⁸⁹. Ayrıca, TTK m. 377/f. 1, c. 1 düzenlemesi uyarınca, iflasın ertelenmesi talebi ile birlikte, ileri sürülecek olan iyileştirme projesinde, *yeni nakit sermaye konulması dahil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren* bir içeriğin de bulunması gerekmektedir¹⁹⁰. Görüldüğü üzere, kanun koyucu yeni düzenlemesi ile iyileştirme projesinin içeriğini somutlaştırmaktadır¹⁹¹.

Şirket veya kooperatifin borca batıklık durumundan kurtulmasını sağlayacak olan tedbirleri ihtiva eden iyileştirme projesinin içeriği, iflasın açılmasına nazaran şirketten alacağı olan alacaklılar bakımından daha elverişsiz bir durum yaratmamalıdır¹⁹². Bu nedenle, iflasın ertelenmesi ile şirketin alacaklıları daha iyi bir duruma getirilmek mecburiyetinde olmamakla birlikte¹⁹³, şirketin hemen iflas etmesine nazaran daha kötü bir duruma da düşürülmemelidir¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 491; Atalay, Borca Batıklık, s. 79; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 10, s. 382; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 439. Borca batıklık şirketin, mali durumunun düzeltilmesi için nasıl bir yöntem izleneceği ve nelerin yapılacağı, iyileştirme projesinde sıralanarak açıklanmalıdır. İflasın ertelenmesi süresi içinde, şirketin mali durumunun düzeltilmesi için alınacak “mali tedbirler” ve şirketin ortaklık ile işletme yapısına uygun olan “yapısal tedbirler” ile kullanılacak kaynaklar hakkındaki çeşitli örnekler için bkz. Muşul, İflasın Erteleme, s. 124-125.

¹⁸⁹ Muşul, İflasın Erteleme, s. 124; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 439; Özkes, s. 3265; Karşlı, İflasın Erteleme, s. 276; Schönerberger, Art. 725a, s. 18.

¹⁹⁰ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 270.

¹⁹¹ Manavgat, (Kırca/Şehirli Çelik), s. 590.

¹⁹² Pekcanitez, İflasın Erteleme, s. 331; Kaya, s. 292; Üstündağ, Düşünceler, s. 20; Türk, Borca Batıklık, s. 326; Yıldırım, s. 480-481; Schönerberger, Art. 725a, s. 17.

¹⁹³ Zira, iflasın ertelenmesinde esas amaç, alacaklının kısmen ya da tamamen tatmin edilmesi değildir. Bu bakımdan doktrinde Kayar, iyileştirme tedbirlerinin esas itibarıyla, şirketin mali durumunun iyileştirilmesine yönelik olarak alınması gerektiğini; sadece, alacaklının menfaatine olan tedbirlerle de, iflasın ertelenmesinin istenemeyeceğini ifade etmektedir (Kayar, Tedbirler, s. 244).

¹⁹⁴ Dubach, s. 151. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, iflasın ertelenmesinin amacı, alacaklı ile şirket için faydalı olacak çerçeve şartları gerçekleştirmek ve bu nedenle de, gerçekçi bir ıslah şansının hayata geçirebilmektir. Bu sebeptendir ki, alacaklıların iflasın derhal açılmasına nazaran daha elverişli bir konuma gelebilecekleri beklenmemeli, durumlarının daha kötüleşmemesi yeterli görülmelidir (BGE 101 III 106; BGE 120 II 427). Türk hukuk doktrinde, aynı yönde görüş bildiren yazarlar için bkz. Pekcanitez, İflasın

bb. İyileştirme Tedbirleri

Şirketin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olup olmadığı iflasın ertelenmesinin talep edildiği mahkemenin, borca batık haldeki şirket veya kooperatifin iyileştirme kapsamında başvuracağı tedbirleri değerlendirmesi ile anlaşılabilir. Bu bakımdan, aynı zamanda iyileştirme projesinin içeriğini de teşkil eden hususlardan biri olan iyileştirme tedbirlerinin neler olduğu hususunun ifade edilmesi önem arz etmektedir. Nitekim, uygulamada da iyileştirme kavramının tarifinden daha önemli olan bir başka husus, iflasın ertelenmesine imkan verecek olan iyileştirme tedbirlerinin neler olduğudur.

Hemen belirtelim ki, mali durumunun iyileştirilmesi için borca batık durumda olan şirket veya kooperatif tarafından alınabilecek tedbirler birbirinden farklı ve çok çeşitli olabilecektir¹⁹⁵. Fakat, yukarıda¹⁹⁶ iyileştirme kavramına ilişkin olarak yaptığımız açıklamalardan da hareketle, genel bir şekilde ifade etmek gerekirse, alınabilecek olan bu tedbirlerin temelinde, şirket veya kooperatifin ekonomik durumunun devamlı olarak düzelmesine olanak sağlayan tedbirler olması gerekmektedir. Bu sebeple, sırf şirketin içinde bulunduğu bu durumu geçiştiren ve fakat kalıcı bir iyileştirme imkanı sağlamayan tedbirler, iflasın ertelenmesine olanak veren tedbirler kapsamında değerlendirilemez¹⁹⁷.

Şirketin iyileştirilmesi amacıyla uygun olarak alınabilecek tedbirler, sadece borca batıklığın giderilmesini hedefleyen ve finansal bilanço amaçlı olan tedbirler ile sınırlı olarak düşünülmemelidir¹⁹⁸. Zira, aynı zamanda işletmeye

Ertelenmesi, s. 331; Atalay, İflasın Erteleme, s. 69-70; Atalay, Borca Batıklık, s. 97; Üstündağ, Düşünceler, s. 20; Muşul, İflasın Erteleme, s. 130; Özkes, s. 3267. Buna karşılık, doktrinde, aksi görüşteki Balcı'ya göre, iflasın ertelenmesi, alacaklıların menfaatlerini, sermaye şirketleri veya kooperatiflerin iflasına nazaran daha da iyileştirmelidir (Balcı, s. 132).

¹⁹⁵ İyileştirme projesinde yer alabilecek olan tedbirlere örnek olarak şunlar gösterilebilir: "Sermaye artırımına gidilmiş veya iştirak taahhütlerinin alınmış olması, şirket ya da kooperatifin birtakım borç veya taahhütlerinin bazı pay sahibi şirket ortakları ya da üçüncü kişiler tarafından üstlenilmiş olması, yapısal değişikliğe gidilerek şirketin yeni bir yönetim kurulunun oluşturulması, şirketin vergi borçlarının önemli oranda azalması için bazı mali af kanunlarının çıkarılması,..gibi" (Atalay, Borca Batıklık, s. 91-92. İyileştirme tedbirlerine ilişkin başka örnekler için bkz. Muşul, İflasın Erteleme, s. 124-125; Yıldırım, s. 481). Ayrıca, iyileştirme projesinde yer alacak olan tedbirlerden biri olarak şirket veya kooperatifin nakit ihtiyacını giderecek olan tedbirler de ifade edilebilir. Bununla birlikte, gerek doktrinde (Muşul, İflasın Erteleme, s. 128) ve gerekse de uygulamada alacaklıların alacaklarını tahsil amacıyla kullanabilecekleri takas, mahsup, hapis hakkı gibi işlemlerin durdurulmasının mevcut kanuni düzenlemeye uygun olmadığı ifade edilmiştir. Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı için bkz. 19. HD, 8.6.2006, E. 4390, K. 6210, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹⁶ Bkz. yuk. § III, D, 1, b.

¹⁹⁷ Ancak, alınacak tedbirler, temelinde sadece şirketin iyileştirilmesi ve devamlılığını kolaylaştırma amacını taşımaktadır. Bu sebeple, kanaatimizce, söz konusu tedbirlerin, iflasın ertelenmesi süresi sonunda şirketin tekrardan kazanç elde etmesini de sağlaması beklenmemelidir.

¹⁹⁸ Zira, iyileştirme tedbiri olabilecek hususlardan biri de, "Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (RG., 31.01.2002, S. 4743) ile "İstanbul Yaklaşımı" olarak ifade edilen usul uyarınca, borca batık bir sermaye şirketinin mali sektöre olan borçlarının yeniden yapılandırılması imkanına başvurması durumudur (Özkes, s. 3266). Nitekim, iyileştirme projesinde, bahsedilen bu prosedürün başladığı ile sözleşme imzalanmasının kuvvetle muhtemel olduğu konusunda yeterli delilin bulunması halinde mahkemece iflasın ertelen-

ilişkin olan yapısal ve organizasyona yönelik birtakım tedbirlerin de alınması gerekebilecektir. Sermaye şirketleri veya kooperatiflerin alacağı yapısal iyileştirme tedbirleri kapsamında, birtakım tasarruf tedbirlerinin alınması, işletmenin küçültülmesi, personel sayısının azaltılması, tanınmış kimselerden oluşan yeni bir yönetim kurulunun oluşturulması¹⁹⁹, ürün çeşitlendirilmesi gibi, birtakım örnekler sayılabilecektir²⁰⁰. Yine, sermaye şirketi veya kooperatif, mali durumunun iyileştirilmesi için alacaklılarla konkordato yapabileceği hususunda yeterli kanaati oluşturarak iflasın ertelenmesini sağlayabilecektir²⁰¹.

İyileştirme projesinin içeriğinde yer alan tedbirlerin, şirketin iyileştirilmesini sağlayıp sağlayamayacağı hususu, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden *uygulamada* hakimlerin, bu yönde sıklıkla bilirkişi incelemelerine müracaat ettikleri görülmektedir.

2. İyileştirme Projesi ile Birlikte Belgelerin Sunulması

Borca batık haldeki sermaye şirketi veya kooperatifin iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair mahkeme nezdinde bir kanaate varılabilmesi için, buna ilişkin somut bilgi ve belgelerin projeye birlikte mahkemeye sunulması zorunludur²⁰² (İİK m. 179/f. 1, c. 4). Aksi takdirde, mahkeme kendisine yapılan iflasın ertelenmesi talebini reddedecektir²⁰³.

İyileştirme projesi ile birlikte mahkemeye sunulması gereken belgelere örnek olarak, “*sipariş ve sipariş teyitlerine ilişkin yazışmalar, sermaye artırımına iştirak taahhütleri, iş anlaşmaları, borcun üstlenilmesine veya borca katılmaya ilişkin sözleşmeler, uzun vadeli kredilere ilişkin sözleşmeler, borç erteleme anlaşmaları, kazanılan ihalelere ilişkin belgeler, vb.*” gösterilebilecektir²⁰⁴.

İyileştirme projesine, projenin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren bilgi ve belgelere ek olarak ara bilançonun, şirket veya kooperatifin yıllık bilançosunun ve gelir tablosu ile defterlerinin durumunu gösteren bir cetvelin de eklenmesi isabetli olacaktır²⁰⁵.

İyileştirme projesi, iflasın ertelenmesi talebini içeren dilekçenin ayrı bir başlığı altında yer alabileceği gibi, dilekçeden ayrı bir şekilde dilekçenin eki olarak da mahkemeye sunulabilecektir²⁰⁶.

mesine karar verilebilecektir (Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 493; Atalay, Borca Batıklık, s. 92).

¹⁹⁹ Yıldırım, s. 481.

²⁰⁰ Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 332-333; Atalay, Borca Batıklık, s. 92

²⁰¹ Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 493; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 442; Atalay, Borca Batıklık, s. 92; Pekcanitez, İflas, s. 53-54.

²⁰² Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 278; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 491; Yıldırım, s. 480; Karşlı, İflasın Ertenilmesi, s. 275, 276; Türk, Değişiklikler, s. 298; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 332, 333; Sayhan, s. 101; Schönerberger, Art. 725a, s. 18.

²⁰³ Karşlı, İflasın Ertenilmesi, s. 276.

²⁰⁴ Atalay, Borca Batıklık, s. 79-80.

²⁰⁵ Türk, Değişiklikler, s. 303. İflasın ertelenmesi şirket veya kooperatifin alacaklılarından biri tarafından istenmiş ise, şirketin iç işleyişine uzak olan bu kimse/lerden mahkemeye ciddi ve inandırıcı bir iyileştirme projesi sunmasını beklemek mantıklı değildir. Böyle bir durumda, şirket veya kooperatifin yönetimi, açıkça proje hazırlamaktan kaçınırsa, mahkemece iflasın ertelenmesine karar verilmemesi gerekecektir (Atalay, Borca Batıklık, s. 80).

²⁰⁶ Ermenek, s. 188; Özkes, s. 3267.

c. İyileştirme Projesinin Ciddi ve İnandırıcı Bulunması

İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için, mahkemenin iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı bulması gerekmektedir. İİK m. 179/f. 1, c. 3'te bu husus, "...Mahkeme projesi ciddi ve inandırıcı bulursa, iflasın ertelenmesine karar verir..." denilmek suretiyle ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere, mahkeme, sunulacak olan iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğu kanaatine varırsa, şirket veya kooperatifin iflasının ertelenmesine karar verecektir²⁰⁷. Diğer bir ifadeyle, iflasın ertelenmesinin talep edildiği mahkeme, iyileştirme projesinin içeriğinin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı hususunu tespit ederken takdir hakkını kullanacaktır²⁰⁸. Diğer taraftan, iyileştirme projesinin içeriğinin ciddi ve inandırıcı olduğu hususunu takdir eden mahkemenin, iflasın ertelenmesine karar verip vermeme konusunda, herhangi bir takdir hakkı yoktur²⁰⁹ (İİK m. 179/f. 1, c. 3). Zira, iflasın ertelenmesine karar verilmesi, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı bulunması hususunun kanunda açıkça ifade edilen zorunlu sonucudur²¹⁰. Bu sebeptendir ki, mahkeme, iyileştirme projesinin içeriğini ciddi ve inandırıcı bulursa, iflasın ertelenmesine karar vermek zorundadır²¹¹.

²⁰⁷ Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), N. 522f; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 277; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 491; Altay, İflasın Ertelenmesi, s. 628; Türk, Değişiklikler, s. 298; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 10, s. 380. Yargıtay'a göre, "...Şirketin mali durumunun iyileştirilmesi için sunulan projenin ciddi ve inandırıcı olması gerekir. Birlikte raporunda projenin ciddi ve inandırıcı olduğu, talebin yerinde bulunduğu gerekçesiyle ertelenmenin uygun olduğu belirtilmiştir. Oysa birlikte raporu iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğu konusunda yeterli açıklamayı içermemekte ve Yargıtay denetimine elverişli bulunamamaktadır. Mahkemece bu yönler gözetenmeden iflasın ertelenmesine karar verilmesinde isabet görülmemiştir..." (19. HD, 30.12.2004, E. 4635, K. 13438, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁰⁸ Karşlı, İflasın Ertelenmesi, s. 276. Yargıtay'a göre, "...İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için sunulan iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması gerekir (İİK m. 179/1). Oysa ortaklar sermaye borcunu yerine getirmedikleri için yeni mali kaynağa ihtiyacı bulunan şirketin iyileştirme projesi ciddi ve inandırıcı kabul edilemez..." (19. HD, 2.4.2009, E. 11361, K. 2592, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın aynı yöndeki başka bir kararı için bkz. 19. HD, 28.6.2007, E. 2159, K. 6816 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁰⁹ Türk, Değişiklikler, s. 298; Muşul, İflasın Ertelenmesi, s. 134; Altay, İflasın Ertelenmesi, s. 628; İcra İflas Kanunu'nda gerçekleştirilen 4949 sayılı Kanun değişikliğinden önce bu husus, eTK m. 324/f. 2'de düzenlendiğinden, mahkemenin iflasın ertelenmesi kararı verip vermeme konusunda bir takdir hakkı bulunuyordu (Altay, İflasın Ertelenmesi, s. 628-629).

²¹⁰ Ayrıca, belirtmek isteriz ki, mahkemenin iflas kararını tehir edebileceğini belirten eTK m. 324/f. 5 hükmü, bu konuda tartışma yaratacak gibiyse de; 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte bu düzenleme, iflasın ertelenmesinin ifade edildiği TTK m. 377'nin kapsamından çıkartılmıştır.

²¹¹ Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), N. 522f; Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 63; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, § 20, N. 277; Türk, Değişiklikler, s. 298. Mahkemenin görevi sadece, iyileştirme projesinin içeriğinin, şirketin mali durumunu iyileştirmeye elverişli olup olmadığını takdir ederek karar vermektir. Bu nedenle mahkeme, borca batık olmasından bahisle, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirket veya kooperatifi, ne iyileştirme ve kurtarma tedbirleri almaya zorlayabilecektir; ne de alınacak tedbirlerin neler olacağına bizzat kendisi karar verebilecektir. Diğer bir ifadeyle, iyileştirme projesini hazırlayarak sunmak ve buna ilişkin usul ve şekli belirlemek, erteleme talep eden şirket veya alacaklıya; sunulan projenin içeriğinin iflasın ertelenmesini sağlayıp sağlamayacağına ka-

Mahkeme, iflasın ertelenmesi kararında, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu belirtmekle yetinmemelidir. Kararını aynı zamanda, somut delillere de dayandırmalıdır²¹². Zira, mahkemenin bu yönde bir tutum izlememesi, iflasın ertelenmesi kararının, gerekçenin bulunmaması sebebiyle temyiz aşamasında bozulması durumunu sonuçlayabilecektir²¹³.

İyileştirme projesinin içeriğinin ciddi ve inandırıcı olup olmadığının tespiti, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden, *uygulamada* takdir hakkını kullanacak olan hakimlerin bu husus bakımından sıklıkla bilirkişi incelemesine müracaat ettikleri görülmektedir. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından çoğunlukla ekonomi ve işletme bilgisi olmayan hakimlere iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı konusunda geniş bir takdir hakkı tanınması ve hakimlerin de sıklıkla bilirkişi incelemesine müracaat etmeleri uygulamada birtakım sakıncalara sebep olmaktadır²¹⁴.

E. FEVKALADE MÜHLETTEN YARARLANILMAMIŞ OLMASI

İflasın ertelenmesine karar verilebilmesinin şekli şartlarından birisi de, borca batık olan bir sermaye şirketi veya kooperatifin fevkalade mühletten yararlanmamış olmasıdır²¹⁵. İİK'nun 329/a maddesi, iflasın ertelenmesi kurumu ile fevkalade mühlet arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Kanunun açık dü-

rar vermek ise, mahkemeye ait bir iştir (Atalay, İflasın Erteleenmesi, s. 71; Aynı yönde, bkz. Öztek, Kitap, s. 16).

²¹² Yargıtay'a göre, "...iflasın ertelenmesi, talebinde bulunan şirketin sunduğu iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması gerekir. Mali durumun iyileştirilmesi imkanının mevcut olup olmadığı somut vakıalara dayanılarak tespit edilmelidir. Mali durumun iyileştirilmesi imkanının mevcut olup olmadığı somut vakıalara dayanılarak tespit edilmelidir. Belirsiz nitelikteki emareler erteleme kararı verilmesi için yeterli kabul edilemez. Bilirkişi raporunda yeni kaynak girişi olmadan şirketin borçlarını ödemesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Yeni kaynak girişi konusunda erteleme talebinde bulunan şirket somut bilgi ve belgeler dayanmamıştır. Mahkemece kira bedeli, ortaklara ait taşınmazların satışı yani ortak alınması ve sermaye artırımı konusunda sunulan delillerin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı konusunda alınan bilirkişi raporu yetersiz olup hüküm kurmaya elverişli değildir..." (19. HD, 7.4.2005, E. 2033, K. 3760, YKD, C. 31, S. 11, Kasım 2005, s. 1792-1793; Aynı karar için bkz. MİHDER, C. 1, S. 2, Y. 2005/II, s. 549).

²¹³ Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...iflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için talepte bulunan şirketin sunduğu iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması gerekir. Mali durumun iyileştirilmesi imkanının mevcut olup olmadığı somut vakıalara dayanılarak tespit edilmelidir. Davacı şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ümidi yönünden alınan bilirkişi raporu hüküm kurmaya yeterli değildir...Diğer taraftan...bilirkişi raporuna itiraz ettiğinden bu itiraz üzerinde durulmadan hüküm kurulması da isabetli değildir..." (19. HD, 17.11.2005, E. 6312, K. 11314, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²¹⁴ Zira, bu sebeple bilirkişilerce verilen ve çoğunlukla teknik bilgi içeren raporların, hakimlerce denetimlerinin yapılamaması sonucu doğmaktadır. Ayrıca, bu aynı zamanda, hakimlerin takdir haklarını bilirkişi raporları doğrultusunda kullanmalarına imkan veren sakıncalı bir durum yaratabilmektedir.

²¹⁵ İcra İflas Kanunu m. 317 uyarınca, Bakanlar Kurulu, özellikle sürekli ekonomik krizlerde, borçluların belirli bir süreliğine fevkalade mühletten yararlanmasına karar verebilir. Fevkalade mühlet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, E.: Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması, BATİDER, C. IX, 1977-1978, (s. 153-191), s. 160 vd.

zenlemesi uyarınca, bir sermaye şirketi veya kooperatif, fevkalade mühlet (İİK m. 317-329; SchKG Art. 337 ff.) elde ettiği takdirde, mühletin bitiminden itibaren bir yıllık süre içinde iflasın ertelenmesi kurumundan yararlanamayacaktır^{216,217} (İİK m. 329/a/f. 1; ShcKG Art. 350/I, 3). Bu durumda, fevkalade mühletten yararlanmış olan bir sermaye şirketinin, iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilmesi için, fevkalade mühletin bitiminde itibaren bir yıllık bir sürenin geçmiş olması gerekmektedir.

Doktrinde birçok yazar fevkalade mühletin bitiminden itibaren bir yıl geçmedikçe iflasın ertelenmesi kurumundan yararlanılamayacağını düzenleyen İİK m. 329/a hükmünü, iflasın ertelenmesi kurumunun amacı ile bağdaşmadığı gerekçesi ile eleştirmektedir²¹⁸. Fevkalade mühletten yararlanmış olan borçlunun, iflasın ertelenmesi imkanından yararlandırılmaması *kanaatimizce* de isabetli değildir. Zira, bu şekilde, iflasın ertelenmesi imkanının tanınmamasının herhangi bir faydası yoktur. Fevkalade mühletten yararlanmış olan bir sermaye şirketi veya kooperatifin fevkalade mühletin bitiminden itibaren bir yıl içinde borca batık bir durumuna düşmesi; fakat mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunması ise mümkündür. Ayrıca, fevkalade mühletten yararlanan bir şirket veya kooperatifin, bir yıl geçmedikçe iflasın ertelenmesi kurumundan yararlanmamasının, iflasın ertelenmesi kurumunun amacı ile de bağdaşan bir yönü yoktur. Dolayısıyla, kanun koyucunun bu düzenlemesi yerinde değildir.

F. MASRAFLARIN PEŞİN OLARAK ÖDENMİŞ OLMASI

İflasın ertelenmesi talebi ile birlikte, iflasın ertelenmesi bakımından gerekli olan masraflar da peşin olarak ödenmelidir²¹⁹. Masrafların peşin olarak ödenmesi, kanunda açıkça düzenlenmeyen²²⁰; fakat yapılacak olan işlemin niteliğinden kaynaklanan bir şekli şarttır.

²¹⁶ Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N.74; Özkes, s. 3267; Türk, Değişiklikler, s. 325; Özbek, Makale, s. 59; Sayhan, s. 102; Uyar, s. 1988; Muşul, İflasın Ertelemesi, s. 139; Ermenek, s. 190; Schönerberger, Art. 725a, s. 15; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 10, s. 382.

²¹⁷ Yine, Kanunun açık düzenlemesi sebebiyle, bir sermaye şirketi veya kooperatifin iflasının İİK m. 179 uyarınca ertelenmesine karar verildiği takdirde, bu ertelemenin bitiminden itibaren bir yıllık süre geçmeden fevkalade mühlet verilemeyecektir (İİK m. 329/a/f. 2).

²¹⁸ Bu hususta yöneltilen eleştiriler için bkz. Atalay, İflasın Ertelemesi, s. 96; Atalay, Borca Batıklık, s. 81-82; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 491-492; Pekcanitez, İflasın Ertelemesi, s. 333; Özkes, s. 3267; Muşul, İflasın Ertelemesi, s. 139. Doktrinde, aksi görüşteki Türk ise, İİK m. 329/a maddesinin kanuna dahil edilmesinin uygun olduğunu belirterek, konkordato bakımından zaten buna benzer bir düzenlemenin kanunda (İİK m. 329) yer aldığı ifade etmektedir (Türk, Değişiklikler, s. 326).

²¹⁹ BaK-Wüstiner, Art. 725, N. 5; Dubach, s. 154; Giroud, § 6, N. 8; Franko, s. 427; Kaya, s. 288; Türk, Borca Batıklık, s. 331; Özbek, Kitap, s. 50-51; Pekcanitez, İflasın Ertelemesi, s. 333; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 491; Atalay, Borca Batıklık, s. 95; Atalay, İflasın Ertelemesi, s. 59; Muşul, İflasın Ertelemesi, s. 137; Karşlı, İflasın Ertelemesi, s. 265; Toplu, s. 75; Uyar, s. 1988; Özbek, Makale, s. 51; Karşlı, İflasın Ertelemesi, s. 265; Balcı, s. 270; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 439; Schönerberger, Art. 725a, s. 19. İsviçre hukukunda da, hakimin iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirket veya kooperatiften uygun bir avans verilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir (Giroud, § 6, N. 8; Dubach, s. 154).

²²⁰ Kanunda açıkça düzenlenmemekle beraber, doktrinde çeşitli yazarlarca da ifade edildiği üzere, doğrudan iflasta uygulanacak olan usulü öngören İİK m. 181'in, İİK m. 160'a bulunduğu atıf sebebiyle, burada ifade edilen masraf avansına ilişkin düzenleme

İflasın ertelenmesinin talep edilebilmesi için mahkeme veznesine peşin olarak yatırılması gereken masraflar; iflasın ertelenmesi kararının ilanı (İİK m. 179a/f. 4), mahkemece alınacak olan tedbirlerin uygulanması (İİK m. 179a/f. 1) ve atanacak kayyımın (İİK m. 179a/f. 2; TTK m. 377/f. 1) ücret avansı bakımından yapılacak olan masraflardır²²¹.

Gerek doktrinde²²² ve gerekse de uygulamada²²³ genel kabul gören görüş doğrultusunda, masrafların yatırılması konusunda mahkemece kesin süre verilmesi halinde, şirket veya kooperatif tarafından gerekli olan masraflar yatırılmazsa, iflasın ertelenmesi talebi reddedilecek ve aynı zamanda diğer şartlar da mevcutsa şirketin iflasına karar verilmek gerekecektir.

Belirtmek isteriz ki, masraflar kapsamında yer alan birtakım ücretler (örneğin, kayyım ücretleri gibi) kimi zaman uygulamada oldukça yüksek meblağları karşılamaktadır. Bu durum ise, iflasın ertelenmesi talebinde bulunan ve aynı zamanda borca batık olan sermaye şirketleri ile kooperatifler bakımından aleyhe bir durum yaratmakta ve şirket veya kooperatif üzerine ekstra mali yük yüklemektedir. Bu kapsamda, masrafların peşin olarak ödenmesi gerektiği konusunda doktrinde tartışılabilir olan bir husus, borçlu sermaye şirketleri ile kooperatiflerin gerekli masrafları karşılayamayacak durumda olmaları halinde, iflasın ertelenmesi yönündeki taleplerinin kabul edilmesi konusunda herhangi bir imkan mevcut olup olmadığı meselesine ilişkindir. Bu noktada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 334 vd.'nda öngörülen adli yardım müessesesi akla gelebilecekse de, sadece gerçek kişilerin yararlanabileceği bu kurumdan masraf avansını yatırmayan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yararlanabileceğini ifade etmek isabetli olmayacaktır²²⁴.

iflasın ertelenmesinde de tatbik edilebilecektir (Öztek, Kitap, s. 51; Balcı, s. 270; Bilgen, s. 83; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 333-334; Ermenek, s. 197; Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 491; Kaya, s. 288).

²²¹ Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler, s. 491; Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 137-138; Öztek, Kitap, s. 50; Yıldırım/Deren-Yıldırım, § 10, s. 381.

²²² Atalay, Borca Batıklık, s. 95; von Steiger, s. 390; Muşul, İflasın Ertenilmesi, s. 138; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 439; Öztek, Kitap, s. 50-51; Öztek, Makale, s. 51; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 334.

²²³ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "İki kez verilen mehile rağmen keşif avansını yatırmayan, şirket defterlerini kayyuma vermekten kaçınan, kayyımın ücretini ödemeyen şirketin iflas erteleme talebinde samimi olduğu kabul edilemez...Mahkemece iflasın ertelenmesi talebinde bulunan şirketin ortağı tarafından sermaye olarak konulmasına karar verilen taşınmazın değerinin tespiti, şirketin stok mallarının sayılması ve rayiç değerinin tespiti için keşif yapılmasına karar verildiği, iki kez verilen keşif gününe rağmen keşif avansını yatırmayan davacı şirketin iflas erteleme talebinin samimi olarak kabul edilemeyeceği, şirket defterlerini kayyuma vermekten kaçındığı, kayyımların ücretinin ödenmediği, B. marka ürünleri satan davacıya B. A.Ş.'nin malzeme vereceğinin ispat edilemediği gerekçesiyle E. T. A.Ş.'nin iflasına karar verilmiş ..." (19. HD, 26.2.2009, E. 11116, K. 1511, MİHDER, C. 5, S. 13, 2009/II, s. 338-339).

²²⁴ Nitekim, HMK m. 334'te "adli yardımdan yararlanabilecek olan kişiler" düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasında, gerçek kişiler; ikinci fıkrasında ise, tüzel kişilerden bahsedilmiştir. HMK m. 334/f. 2 uyarınca, "Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı görüldükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabileceklerdir". Görüldüğü üzere, -sadece- kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardımdan yararlanabilecekleri ifade edilmektedir. Bu bakımdan, kanaati-

IV. İFLASIN ERTELENMESİ TALEBİ İLE ŞARTLARININ MAHKEMECE İNCELENMESİ

Borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatifin iflasının ertelenmesi, bu hususta yetkili olan kimselerce istenildiğinde, görevli ve yetkili olan mahkeme, iflasın ertelenmesi şartlarının var olup olmadığını inceleyecek ve bunun üzerine bir karar verecektir.

İflasın ertelenmesi talebini inceleyecek olan görevli ve yetkili mahkeme, - bu hususta özel bir yetki kuralı öngörülmediği için- iflasın açılmasında olduğu gibi (İİK m. 154/son) şirket veya kooperatifin muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir^{225,226}. Borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinin yetkisi kesin yetkidir²²⁷. Bu sebeple, kendisine iflasın ertelenmesi talebinin yöneltildiği mahkeme, yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate almalıdır²²⁸.

Kanunlarımızda, iflasın ertelenmesi taleplerinin mahkemece incelenmesi usulü hakkında herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, uygulamada, basit yargılama usulünün (HMK m. 316) tatbik edildiği görülmektedir²²⁹.

mirce, bu kapsamda ifade edilemeyecek olan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, adli yardımdan yararlanabileceklerini kabul etmek isabetli olmayacaktır.

²²⁵ Franko, s. 424; Kanun koyucu, iflasın ertelenmesinde görevli ve yetkili mahkemeyi açıkça düzenlememiştir. Bununla birlikte, iflas yoluyla göreve ve yetkiye ilişkin gerekçelerin iflasın ertelenmesi bakımından da geçerli olacağı hususu göz önünde bulundurulduğunda, iflas davalarında görevi ve yetkiyi düzenleyen İİK m. 154/son hükmünün iflasın ertelenmesi bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek isabetli olacaktır (Karslı, İflasın Ertenilmesi, s. 264); Özbek, Kitap, s. 77; Özkes, s. 3270; Özbek, Makale, s. 59; Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 68. Bu husus, Yargıtay kararlarında da şu şekilde ifade edilmektedir: "İflasın ertelenmesi talebinde de yetkili mahkeme İİK m. 154/son maddesi uyarınca borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir..." (19. HD, 16.12.2004, E. 11503, K. 12674, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²²⁶ Merkezi yurt dışında bulunan bir şirket bakımından yetkili mahkeme, şirketin Türkiye'deki şubesinin bulunduğu yer ticaret mahkemesidir. Türkiye'de şirketin birden fazla şubesinin bulunması halinde ise yetkili mahkeme, merkez şubenin bulunduğu yer ticaret mahkemesidir (Atalay, Borca Batıklık, s. 99).

²²⁷ Erdönmez, s. 867, 870; Kuru, El Kitabı, s. 1107; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 621; Atalay, Borca Batıklık, s. 99; Karslı, İflasın Ertenilmesi, s. 264.

²²⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) 'nun 'İflas Takiplerinde Yetkili Mercii' başlığı altında düzenlenen 154/III. maddesinde, "...Şu kadar ki, iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılamaz ve iflas davası mutlak borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır." hükmü öngörülmüştür. Bu açık hüküm karşısında, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki Ticaret Mahkemesi'nin yetkisi kamu düzenine ilişkin olup, kesindir. Nitekim, aynı ilke Hukuk Genel Kurulu'nun 28.09.2011 gün ve E: 2011/19-446, K: 2011/569 sayılı ilamında da benimsenmiştir..." (YHGK, 20.02.2013, E. 19-643, K. 256, Legal HD, C. 11, S. 125, Y. 2013, s. 171-174). Yine aynı sebeple taraflar, aralarında yapacakları bir yetki sözleşmesi (HMK m. 18) ile borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini bertaraf edemeyeceklerdir (Postacıoğlu, İ. E.: İflas Hukuku İlkeleri, Cilt: I. İflas, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Kol. Şti., 1978, s. 19; Altay, S.: Türk İflas Hukuku, C. I, İstanbul, 2004, s. 78; Erdönmez, s. 870-871).

²²⁹ Nitekim, iflasın ertelenmesi bakımından özel bir yargılama usulü öngörülmemiş olduğundan, iflas yargılaması bakımından söz konusu olan basit yargılama usulü, iflasın ertelenmesi bakımından da geçerli olmalıdır (Özkes, s. 3270). Uyar, s. 1989; Pekcani-

İİK m. 179/f. 2, c. 2 uyarınca, iflasın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle görülecektir²³⁰. İflasın ertelenmesi talebini öncelikle ve ivedilikle inceleyecek olan mahkemenin, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde, bilirkişi incelemesine müracaat edebilmesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir ihtimalde, mahkeme tarafından yapılacak olan incelemenin uzayacağı ve zaman alacağı açıktır. Bu doğrultuda, *doktrinde*²³¹ tartışmalı olan bir husus, iflasın ertelenmesinin talep edildiği mahkemenin bu hususta bir karar verilinceye kadar geçen sürede kendisinden talepte bulunulması halinde ihtiyati tedbir kararı verilebilip veremeyeceği meselesine ilişkindir. Hemen belirtelim ki, *uygulamada*²³², mahkemelerde, iflasın ertelenmesinin şartları ile prosedürüne ilişkin incelemenin uzun sürecinin göz önünde bulundurulduğu ve mahkemelerde talep üzerine icra takiplerinin durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararlarının verildiği görülmektedir²³³.

İflasın ertelenmesi talebi ile şartlarını inceleyen mahkeme, bu hususta duruşma yapmak zorunda değildir²³⁴. Mahkeme ancak gerekli görürse, şirket veya kooperatifi idare ve temsille görevlendirilmiş olan kimseleri ve alacaklıları dinleyebilecektir²³⁵ (İİK m. 179/f. 2, c. 1). Nitekim, iflasın ertelenmesi müesse-

tez, İflasın Ertenilmesi, s. 336; Özbek, Makale, s. 59. İflasın ertelenmesi prosedürü çekişmesiz yargı işidir (Yıldırım, s. 483).

²³⁰ İflasın ertelenmesinin öncelikle ve ivedilikle görüleceğinin kanun koyucu tarafından öngörülmesinin nedeni, bu yolun kötüniyetle kullanılmasını önlemektir (Bkz. İİK m. 179'un hükümet gerekçesi). Kanunda, iflasın ertelenmesi taleplerinin acele sonuçlandırılacağı açıkça düzenlense de, bunun "mümkün olan en kısa sürede" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Nitekim, iflasın ertelenmesinin şartlarından olan iyileştirme ümidinin bulunması ile borca batıklık, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden bu hususta hakimin kural olarak bilirkişi incelemesine müracaat etmesi gerekebilecektir (Özkes, s. 3270).

²³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, B.: İflasın Ertenilmesi Kararından Önce İcra Takiplerinin Durdurulması Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilebilir Mi?, Haluk Konuralp Anısına Armağan, 2009, C. 2, s. 303-317. Doktrinde, iflasın ertelenmesi konusunda bir karar verilinceye kadar mahkemece şirket veya kooperatifin malvarlığını koruyucu ihtiyati tedbir kararı verilebileceği kanaatinde olan yazarlar için bkz. Altay, İflas Hukuku, s. 494; Özkes, s. 3272.

²³² Altay, İflasın Ertenilmesi, s. 632; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 336-337.

²³³ Kanaatimizce, iflasın ertelenmesinin talep edilmesi üzerine gerekli şartların var olup olmadığının incelediği süre zarfında ihtiyati tedbir kararının verilebilip verilemeyeceği hususu, kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmemişse de, iflasın ertelenmesi kurumunun amacı gözetildiğinde bu konuda olumlu bir tutum izlemek yerinde olacaktır. Zira, hatırlanacağı üzere, alacaklıların menfaatleri de göz önünde bulundurulacaksa da, iflasın ertelenmesinin öncelikli amacı, sermaye şirketleri ile kooperatiflerin menfaatlerini korumaktır (Bkz. yuk. § II). Bu kapsamda, şirketin mali durumunun iyileştirilmesi için geçici hukuki koruma tedbirlerinin de alınabileceğini kabul etmek uygun bir yaklaşım olacaktır.

²³⁴ Atalay, Borca Batıklık, s. 100; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 337. Doktrinde, 4949 sayılı kanun değişikliğinden önce de, mahkemenin duruşma yapmadan ve alacaklıları dinlemeden iflasın ertelenmesine karar verebileceği kabul edilmektedir (Doktrinde bu görüşteki yazarlar için bkz. Franko, s. 424; Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 626).

²³⁵ Pekcanitez'e göre, 4949 sayılı Kanunla değişik 179'ncü maddesi uyarınca, kanun koyucunun bu düzenlemesi her ne kadar mahkemenin sanki duruşma yapmadan da iflasın ertelenmesine karar verebileceği şeklinde anlaşılacaksa da bu şekilde düşünülmemelidir (Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 337). İİK m. 179/f. 2 uyarınca, alacaklıların dinlenmesi mahkemenin takdirine bırakılmış bir husus olarak ifade edilmiş

sesi öncelikli olarak şirket veya kooperatifin menfaatlerini ilgilendirirse de aynı zamanda alacaklıların menfaatlerini ilgilendiren bir yöne de sahiptir. Bu sebeple, iflasın ertelenmesi talebini inceleyecek olan mahkemenin alacaklıları da dinleyerek onlara da itiraz edebilme imkanı tanınması önem arz etmektedir²³⁶. Bu sebeple, -iflasın ertelenmesi talebi ile şartlarını inceleyen mahkeme, bu hususta duruşma yapmak mecburiyetinde değilse de- kanaatimizce alacaklıları da davet ederek dinlenmeli ve bunun üzerine bir karar verilmelidir²³⁷.

İflasın ertelenmesi talebinden feragat edilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi de önem arz etmektedir. *Yargıtay kararlarına göre*, iflas davalarında karar verilmesinden önce davadan feragat etmek mümkündür. Buna karşılık, iflasın ertelenmesi talebinin aynı zamanda, iflas talebini de zımnen içermesi sebebiyle²³⁸, iflasın ertelenmesi talebinden feragat edilse bile, şirketin borca batık olması ve iyileştirilmesi ümidinin bulunmaması halinde mahkemece, şirket veya kooperatifin iflasına karar verilmesi gerekmektedir²³⁹.

İflasın ertelenmesinin talep edildiği mahkeme, borca batık olan şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunmadığı kanaatini edinirse, iflasın ertelenmesi talebini reddeder ve şirketin iflasına karar verir²⁴⁰. Buna karşılık, yapacağı inceleme neticesinde şirketin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunduğu kanaatini edinirse, borca batık olan sermaye şirketi veya kooperatife süre vererek iflasının ertelenmesine karar verir. Bu durumda, iflasın ertelenmesi süresi, azami olarak bir yıldır. Fakat bu süre, kayyımın düzenleyeceği raporlar dikkate alınarak mahkemece uygun görülecek süreler ile uzatılabilir. Bununla birlikte, uzatma süreleri toplamda dört yılı geçemeyecektir²⁴¹ (İİK m. 179/b/f. 4).

V. SONUÇ

Borca batıklık hali, sermaye şirketleri için kanunda özel olarak düzenlenmiş bir doğrudan (zorunlu/maddi) iflas sebebidir (İİK m. 179; SchKG Art. 192). Sermaye şirketlerinin borca batık olduğu şüphesini uyandıran sebeplerin

olsa da, iflasın ertelenmesi talebinden haberdar olan alacaklıların mahkemece dinlenmesi ve bu hususta mahkemeye yapacakları itirazları iletme imkanının tanınması kanaatimizce zorunludur (Atalay, Borca Batıklık, s. 100).

²³⁶ Türk, Borca Batıklık, s. 335; Atalay, Borca Batıklık, s. 101; Türk, Değişiklikler, s. 299-300; Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 338.

²³⁷ Üstündağ, Düşünceler, s. 17; Berkin, N.: Borçları Mevcudunu Aşan Sermaye Şirketlerinin Takipsiz İflası, İİTİAD 1974, S. 2, (s. 161 vd.), s. 177; Türk, Değişiklikler, s. 299-300; Bu sebeple mahkemenin iflasın ertelenmesi talebinde bulunan borçlu şirket veya kooperatiften alacaklıların listesi ile adreslerini gösteren bir listenin istenmesi yerinde olur. Uygulamada alacaklıların hepsine ayrı ayrı tebligatlar yapılarak çağırılmalarının zorluğu gözetilerek ilan yolu ile alacaklıların haberdar edildiği görülmektedir. Burada yapılacak olan ilanın sadece alacaklıların çok fazla olması halinde söz konusu olacağı unutulmamalıdır. Zira, mümkün olduğu müddetçe tebligat yapılarak alacaklıların davet edilmesi ve dinlenmesi gerekmektedir (Pekcanitez, İflasın Ertenilmesi, s. 338).

²³⁸ Nitekim bu husus, doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir (Bkz. yuk. § III, B, 2).

²³⁹ Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "...İflas davalarında karar verilmeden önce davadan feragat mümkün ise de iflasın ertelenmesi talebini içinde mahkemeye yapılacak zorunlu bildirim bulunduğundan erteleme talebinden feragat edilse bile şirket borca batık durumda ise iflasına karar verilmelidir. Mahkemece bu yönlere gözetilmeden feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir..." (19. HD, 16.12, 2004, E. 11113, K. 12672, MİHDER, C. 1, S. 1, Y. 2005/1, s. 292-293).

²⁴⁰ Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası, s. 627; von Steiger, s. 390.

²⁴¹ Pulaşlı, Şerh Cilt II, § 52, N. 64 ve N. 77.

var olması halinde, şirketi idare ve temsille görevlendirilmiş olan kimseler, bu hususta yetkili olan asliye ticaret mahkemesine başvurarak borca batıklık bildiriminde bulunmak zorundadırlar (İİK m. 179; TTK m. 376/f. 3). Bununla birlikte, sermaye şirketleri, borca batıklık sebebiyle doğrudan iflaslarını isterlerken; aynı zamanda iflasın ertelenmesi (*der Konkursaufschub*) talebinde de bulunabileceklerdir (İİK m. 179; TTK m. 376/f. 3; OR Art. 725a). Zira, kanun koyucu, belli şartların gerçekleştirilmesi ile borca batıklık halini mahkemeye bildiren şirket veya kooperatifin, iflasın ertelenmesi kurumuna müracaat etmesine de olanak tanımıştır (TTK m. 377; OR Art. 725a; İİK m. 179; Koop. K. m. 63). Buna göre, borca batık olan sermaye şirketleri ile kooperatifleri idare ve temsille görevlendirilmiş olan kimseler veya bir alacaklı, mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunduğu dair bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesi talebinde de bulunabilecektir. Mahkeme, projeyi ciddi ve inandırıcı bulursa, diğer şartların da varlığı halinde, iflasın ertelenmesine karar verebilecektir (İİK m. 179; SchKG Art. 725).

Borca batık olan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin birtakım şartları gerçekleştirdikleri takdirde müracaat edebilecekleri iflasın ertelenmesi kurumu, İcra İflas Kanunu'nda gerçekleştirilen 4949 ve 5092 sayılı Kanun değişiklikleri neticesinde oldukça kapsamlı bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu sayede iflasın ertelenmesi kurumu, Türk hukuk uygulamasında işlerlik kazanmış ve bu kurumdan faydalanmak isteyen borca batık sermaye şirketleri ile kooperatiflerin sayısı da giderek artmıştır. Ancak, kurumun popüleritesinin artması üzerine, borca batık olan pek çok sermaye şirketi ile kooperatifin çeşitli bilanço oyunları ve gerçeği yansıtmayan iyileştirme projeleriyle gereken şartları sağladıkları izlenimini yaratan kötüniyetli uygulamalara gitmeleri ve kurumun suis-timal etmeleri de sıklıkla rastlanan bir durum haline almıştır. Bu ise, öncelikle şirket veya kooperatiften alacağı olan kimselere ve dolaylı olarak da ilgili olan herkese zarar verecektir. Bu sebeple, borçlu şirket veya kooperatifin kötüniyetli uygulamalarını ortadan kaldırmak amacıyla, mahkemeler tarafından iflasın ertelenmesinin şartlarının mevcudiyetini ortaya koyan somut borca batıklık bilançoları ile iyileştirme projelerinin bulunduğu dikkate alınması ve bu hususta gerekli incelemelerin yapılması önem arz etmektedir. Ayrıca, uygulamamızda, sorun arz eden bu meselenin aşılabilmesi bakımından kanun koyucunun da birtakım düzenlemeler getirmesi gerekmektedir. Yakın bir zamanda, 4949 sayılı Kanun değişikliği ile İcra İflas Kanunu'nda çeşitli değişiklikler gerçekleştirilse de; ilgili düzenlemelerin uygulamada kimi durumda yetersiz kaldığı ve birtakım boşluklar içerdiği anlaşılmaktadır. İcra İflas Kanunu'nda gerçekleştirilen değişiklikleri takiben 1.7.2012 tarihinde Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesi ile de iflasın ertelenmesinin şartlarından olan ve aynı zamanda birer ticaret hukuku meselesi olan ara bilanço ile borca batıklık bahisleri bakımından yeni düzenlemelerin getirildiğini görmekteyiz. Bu sayede, sıradan çekilme sözleşmesi ile ara bilançoyla ilişkin mehz İsviçre hukukunda 1991 yılında kabul edilen diğer değişiklikler OR Art. 725/II'den çevrilerek iktibas edilmek suretiyle Türk hukukuna kazandırılmıştır. Nitekim bu sayede, kanun koyucu, iflasın ertelenmesine ilişkin olarak eTK m. 324 sisteminde uygulamada sıkça rastlanan sorunları dikkate alarak söz konusu maddenin bilanço hukuku ile bağdaşmayan yönlerini düzeltme gayreti içine girmiş ve mehz İsviçre Hukuku ile paralel düzenlemeler getirmiştir.

Diğer taraftan, İcra İflas Kanunu'nda yer alan, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı, projede belirtilen tedbirlerin iyileştirmeyi sağlayıp sağlayamayacağı, borca batıklık bilançosunun aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de satış fiyatları üzerinden değerlerinin ne olduğu meselelerinin tespiti bakımından hakimlerin özel ve teknik bilgilerini gerektirmesi sebebiyle, uygulamada sıklıkla bilirkişi incelemelerine müracaat etmeleri çeşitli sorunları gündeme getirmeye devam etmektedir. Nitekim, bilirkişilerce verilen ve çoğunlukla teknik bilgi içeren raporların kimi zaman hakimlerce denetimlerinin yapılamaması söz konusu olmaktadır. Yine, aynı nedenle raporun içeriğini anlamakta güçlük çeken hakimlerin takdir yetkilerini bilirkişi raporları doğrultusunda kullanmaları sakıncalı uygulamalara neden olmaktadır. Bu sebeple, bilirkişi raporlarının anlaşılır ve ayrıntılı olması ve böylece hakimler tarafından denetime açık olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, takdir hakkını kullanacak olan hakimlerin yeterince tecrübeli ve hatta ekonomi ile işletme bilgisine de sahip olmaları gerekmektedir.

Nihayetinde, iflasın ertelenmesi hakkında karar verecek olan ve sıklıkla bilirkişi incelemelerine gitmek durumunda kalan hakimlere, geniş takdir hakkı sağlayan ve buna önemli sonuçlar bağlayan iflasın ertelenmesi kurumunun şartlarının, kötüniyetli kullanımlar ile suistimalleri önleyecek şekilde ağırlaştırılması ve böylece kurumun amacı dışında uygulamalara konu olmasını temin edecek ve aynı zamanda da kanunda yetersiz kalan noktaları giderecek şekilde yeni düzenlemelerin getirilmesi gerekmektedir.

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
AD.	: Adalet Dergisi
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AktG.	: Aktiengesetz
Art.	: Artikel
AS	: Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
aşa.	: Aşağıda
A.Ş.	: Anonim Şirket
ATOD	: Ankara Ticaret Odası Dergisi
AY	: Anayasa
BaK	: Basler Kommentar
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBl	: Bundesblatt
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
bkz.	: Bakınız
BISchK	: Blaetter für Schuldbetreibung und Konkurs
bs.	: Baskı
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EEC	: European Economic Community
eTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 09.07.1956, S. 9353)
Edit.	: Editör

E.	: Esas numarası
f.	: Fıkra
Handkomm	: Handkommentar
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG. 4.2.2011, S. 27836).
Hrsg.	: Herausgeber
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: 2004 sayılı İcra-İflas Kanunu (RG. 19.06.1932, S. 2128)
İİD	: (Yargıtay) İcra İflas Dairesi
İİTIAD	: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
Kol.	: Kollektif
Koop. K.	: 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (RG. 24.04.1969, S. 13195)
Legal HD	: Legal Hukuk Dergisi
MİHDER	: Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
m.	: Madde
N.	: Nummer/Numara/Kenar Numarası
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
§	: Paragraf
s.	: sayfa
S.K.	: Sayılı Kanun
SchKG	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu (RG. 30.12.2012, S. 28513)
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
Şti.	: Şirketi
TCK	: Türk Ceza Kanunu (RG. 12.10.2004, S. 25611)
TD	: Ticaret Dairesi
T	: Tarih
TTK.	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.02.2011, S. 27846)
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarıda

KAYNAKÇA

Akdağ Güney, N.: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu (6335 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişiklikler İle), İstanbul Vedat Kitapçılık, 2012.

Albayrak, H.: İflasın Kaldırılması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

Altay, S.: İflasın Erteleenmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 625-658 (Anılış: Altay, İflasın Erteleenmesi)

Altay, S.: Türk İflas Hukuku, C. I, İstanbul, 2004 (Anılış: Altay, İflas Hukuku).

Arslanlı, H.: Anonim Şirketler, I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960 (Anılış: Arslanlı, AŞ I).

Arslanlı, H.: Anonim Şirketler, II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960 (Anılış: Arslanlı, AŞ II-III).

Arslanlı, H.: Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketlerin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1961 (Anılış: Arslanlı, AŞ V-IV).

Atalay, O.: İflas Hukukundaki Yenilikler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 1, S. 2, s. 485-502 (Anılış: Atalay, İflas Hukukundaki Yenilikler).

Atalay, O.: Borca Batıklık ve İflasın Erteleenmesi, İzmir, Sözkese Matbaacılık, 2006 (Anılış: Atalay, Borca Batıklık).

Atalay, O.: İflasın Erteleenmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 49-99 (Anılış: Atalay, İflasın Erteleenmesi).

Atalay, O.: Anonim Şirketlerin İflası, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1996 (Anılış: Atalay, Anonim Şirketlerin İflası).

Aydemir, E./Çağlar, E.: Sermaye Şirketleri, Kooperatifler ve Kobi'lerde İflasın Erteleenmesi ve Borçların Yeniden Yapılandırılması, Ankara, 2007.

Aydın, A.: "Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlemesine (TK M. 376) Eleştirel Bir Bakış", İÜHFİM, C. LXX, S. 2, 2012, s. 101-113.

Bahtiyar, M.: Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış Güncellenmiş Tıpkı 10. Bası, İstanbul, Beta Basım, 2015.

Balcı, Ş.: İflasın Erteleenmesi Usul ve Esaslar, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.

Berkin, N.: İflas Hukuku, İstanbul, Hamle Matbaası, 1972 (Anılış: Berkin, İflas).

Berkin, N.: Borçları Mevcudunu Aşan Sermaye Şirketlerinin Takipsiz İflası, İTİAD 1974, S. 2, s. 161 vd. (Anılış: Berkin, Takipsiz İflas).

Bilgen, M.: İflasın Erteleenmesi, Konkordato, Sıra Cetveli-İhaleenin Feshi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Bilgili, F./Demirkapı, E.: Şirketler Hukuku (6335 Sayılı Kanunla Değişik 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre), Bursa, Dora Yayıncılık, 2013.

Böckli, P.: Das neue Aktienrecht, 2. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992.

Çamoğlu, E.: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Çavdar, S./Biçkin, İ.: İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Domaniç, H.: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK. Şerhi II, İstanbul, 1988 (Anılış: Domaniç, TTK. Şerhi II).

Domaniç, H.: Anonim Şirketler, İstanbul, Eğitim Yayınları, Bilimsel Kitaplar Yayınevi, 1978 (Anılış: Domaniç, Anonim Şirketler)

Dubach A.: Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ 94 (1998), s. 149-160.

Erdönmez, G.: Muamele Merkezinin Değiştirilmesinin İflasın Ertelenmesi Talebini İnceleyen Mahkemenin Yetkisine Etkisi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 867-886.

Eriş, G.: Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1995.

Ermenek, İ.: İflasın Ertelenmesi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.

Franko N.: Sermaye Şirketlerinde-Özellikle Anonim Şirketlerde İflas ve Tehiri, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan, 1990, s. 409-433.

Fritzsche H./Walder-Bohner H. U.: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bant II, Schultess Polygraphischer Verlag Zürich 1993.

Forstmoser P./Meier-Hayoz A./Nobel P.: Schweizerisches Aktienrecht, Verlag Stämpfli, Cie AG Bern, 1996.

Giroud, R.: Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Auf. Zürich, Schultess, 1986.

Helvacı, M.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 1. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1995.

İmregün, O.: Anonim Ortaklıklar, Yenilenmiş 4. Bs., İstanbul, Yasa Yayıncılık A.Ş., 1989.

Karahan, S. (Edit): Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 2. Bs., Konya, MIMOZA Yayınları, 2015.

Karşlı, A.: İcra ve İflas Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014 (Anılış: Karşlı, İcra ve İflas Hukuku).

Karşlı, A.: İflasın Ertelenmesinde Bazı Problemler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 263-280 (Anılış: Karşlı, İflasın Ertelenmesi).

Kaya, A.: Borca Batık Anonim Şirketlerin İflasının Ertelenmesi, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, s. 279-303. (Aynı makale için bkz. Kaya, A.: Makalelerim-I, İstanbul, Beta Basım, 2012, s. 101-121).

Kayar, İ.: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya, 1997 (Anılış: Kayar, Tedbirler).

Kayar, İ.: Anonim ve Limited Ortaklıklarda Mali Durumun Bozulması Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesine İlişkin Bir karar İncelemesi, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2000, S. 3, s. 482-489 (Anılış: Kayar, Karar İncelemesi).

Kayar, İ.: Limited Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, s. 305-338 (Anılış: Kayar, Mali Durum).

Kendigelen, A.: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012 (Anılış: Kendigelen, İlk Tespitler).

Kendigelen, A.: Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü İle Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011 (Anılış: Kendigelen, Gerekçeli TTK).

Kılıçoğlu, E.: İflasın Erteleenmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumuyla Karşılaştırılması, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, Beta Basım, 2007, s. 451-468.

Kırca, İ./Şehirli Çelik, F. H./Manavgat, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara, Sözkese Matbaası, 2013.

Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş, 6352 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 28. Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Kuru, B.: Nizasız Kaza, Ankara, 1961 (Anılış: Kuru, Nizasız Kaza).

Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2013 (Anılış: Kuru, El Kitabı).

Kuru, B.: Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası, AD., 1970, S. 10, s. 621-624. (Aynı makale için bkz. Makaleler, İstanbul, 2006, s. 825-839) (Anılış: Kuru, Sermaye Şirketlerinin İflası).

Kuru, B.: İflasın Erteleenmesi Kararından Önce İcra Takiplerinin Durdurulması Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilebilir Mi?, Haluk Konuralp Anısına Armağan, 2009, C. 2, s. 303-317 (Anılış: Kuru, İflasın Erteleenmesi).

Meier-Hayoz, A./Forstmoser, P., Schweizerisches gesellschaftrecht, 8. Aufl., Bern Stampfli, 1998.

Meister Thomas- OR: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht/Hrsg. von Jolanta Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Ivo Schwander, Zürich: Orell Füssli, 2002 (Anılış: Handkommentar Meister, OR Art. 725).

Moroğlu, E.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler), 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

Muşul, T.: İflasın Erteleenmesi, Gözden Geçirilmiş 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010 (Anılış: Muşul, İflasın Erteleenmesi).

Muşul, T.: İcra ve İflas Hukuku C. II, Yenilenmiş ve Güncellenmiş 5. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013 (Anılış: Muşul, İcra ve İflas Hukuku C. II).

Oskay, M./Koçak, C./Deyneki, A./Doğan, A.: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. IV, Ankara, 2007.

Öçal, A.: Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkarıldığı Bazı Hukuki Sorunlar, 1975, S. 6, s. 9 vd.

Özekes, M.: İflasın Erteleenmesi (İİK m. 179-179b; TTK m. 324), Legal Hukuk Dergisi, 2005, C. 3, S. 33, s. 3249-3283.

Öztek, S.: İflasın Erteleenmesi, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007 (Anılış: Öztek, Kitap).

Öztek, S.: İflasın Erteleenmesi, Bankacılar Dergisi, 2005/53, s. 23-71 (Anılış: Öztek, Makale).

Öztek, S.: Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Bir Araç Olarak Sırada Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme), DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanez'e Armağan-III, C. 16, Özel Sayı, Y. 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 2319-2343.

Pekcanitez, H.: İflasın Erteleenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S. 2005/2, s. 323-358 (Anılış: Pekcanitez, İflasın Erteleenmesi).

Pekcanitez, H.: Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara, 1991 (Anılış: Pekcanitez, İflas).

Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin-Özkan, M./Özekes, M.: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku I (Giriş, Adi Ortaklık, Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler, Komandit, Anonim, Halka Açık Anonim Şirketler), Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

Postacıoğlu, İ. E.: İflas Hukuku İlkeleri, Cilt: I. İflas, İstanbul, Sulhi Garanti Matbaası Kol. Şti., 1978.

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar (6335 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı), Ankara, Adalet Yayınevi, 2013 (Anılış: Pulaşlı, Şirketler Hukuku).

Pulaşlı, H.: Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 6552 Sayılı Kanun İle Türk Ticaret Kanununa Göre Eklenen Fıkralarla Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş Tıpkı 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015 (Anılış: Pulaşlı, Şerh Cilt II).

Sayhan, İ.: Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflas ve İflasın Erteleenmesi, BATİDER, C. XXIII, 2005/11, s. 77-121.

Schönenberger, v. B.: Der Konkursaufshub nach Art. 725a OR (BISchk, 2002-Heft 5, s. 161-189). (Çev. Üstündağ, S.), "İsviçre Borçlar Kanunu (OR) madde 725a'ya göre İflasın Erteleenmesi"- Yargı Dünyası, Mart 2005, S. 111, s. 9-27 (Anılış: Schönenberger, Art. 725a).

Şener, O. H.: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

Tekinalp, Ü.: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, İstanbul, 1979 (Anılış: Tekinalp, Bilanço)

Tekinalp, Ü.: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1681 vd. (Anılış: Tekinalp, Sermayenin Korunması İlkesi).

Tekinalp Ü.: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015 (Anılış: Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları).

Toplu, M. C.: İflasın Erteleenmesinin Türkiye'de Uygulama Süreçleri İyileştirme Projelerinde Mali Değerlendirme ve Analizin Önemi, İstanbul Kazancı Hukuk Yayınevi, 2010.

Türk, A.: Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflası ve İflasın Erteleenmesi Konusunda İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 6, S. 1, s. 295-334 (Anılış: Türk, Değişiklikler).

Türk, A.: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara, 1999 (Anılış: Türk, Borca Batıklık).

Uyar, T.: İİK'nun 179. Maddesi Üzerine Bir İnceleme, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 1973-1995.

Üstündağ, S.: Türk Ticaret Kanunu'nun 324'ncü Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler, Günümüzde Yargı, Aylık Dergi, Mart 1980, S. 47, s. 17-20 (Anılış: Üstündağ, Düşünceler).

Üstündağ, S.: İflas Hukuku, 6. Bs., İstanbul, 2002 (Anılış: Üstündağ, İflas Hukuku).

von Steiger, F.; İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku, (Çev. Çağa, T.), İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1968.

Wüstiner H.: Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3. Abschnitt: Organistaion der Aktiengesellschaft, in: Basler Kommentar, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008 (Anılış: BaK-Wüstiner, Art. 725).

Yıldırım, M. K.: 4949 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 1, S. 2, s. 471-484.

Yıldırım, M. K./Deren-Yıldırım, N.: İcra ve İflas Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2015.

Yılmaz, E.: Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması, BATİDER, C. IX, 1977-1978, s. 153-191.

SPOR KULÜPLERİ TARAFINDAN VERİLEN DİSİPLİN CEZALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATING THE DISCIPLINARY SANCTIONS GIVEN BY SPORTS CLUBS)

Yard. Doç. Dr. Ümit Orhan*

ÖZ

Rekabet sporun özüdür. Rekabet edebilmek için başarılı olmak, başarılı olmak içinse disiplinli olmak gerekir. Bundan dolayı başarıyı hedefleyen kulüpler öncelikle kendi içinde bir disiplin sağlamalıdır. Bu amaçla kulüpler, disiplin talimatlarını yürürlüğe koymakta ve sporcuya ve diğer personele (antrenör, masör vs.) yönelik uygulamaktadırlar. Bu çalışmada spor kulüplerince uygulanan disiplin cezaları, bunların hukuki niteliği ve bunlara karşı başvuru yolları incelenmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak, hukuka uygun bir içerik ile gerekli usule uyulduğu takdirde kulüplerde aynı diğer işverenler gibi bu cezaları uygulayabilecekleri kanaatine varılmıştır. Aksi takdirde hukuki çare olarak, başvuran kişinin mesleğine göre devlet yargısı ya da sportif yargıda farklı çözüm yolları mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: Spor hukuku, spor kulüpleri, disiplin cezası, sporcu, teknik adam.

ABSTRACT

Competition is the essence of sports. Competing needs to success, and success needs discipline. Thus, to provide success, sports clubs have to provide discipline in their own right. For that purpose, clubs make some disciplinary regulations for athletes and other staff like trainers, masseurs and so on. In this article we tried to study what are the disciplinary sanctions, their classification and legal remedies against them. As a conclusion, if there's a legal regulation and procedure, clubs shall apply these regulations in like manner to regular employers. Otherwise, as a legal remedy, there is different ways, state court or sports federations legal authorities depending on applicant's occupation.

Keywords: Sports law, sports clubs, disciplinary sanctions, athlete, trainer.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Yüksekokulu, Spor Yöneticiliği Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Giriş

Spor kulübü¹ ile teknik adam veya sporcular arasında yapılan, bir taraflı kararlaşdırılan işi bağımlı olarak görmeyi diğler tarafın da ücret ödemeyi taahhüt ettikleri sözleşmelerle tarafına göre sporcu veya teknik adam sözleşmesi denmektedir. Üzerinde tartışma mevzubahis olsa da bu sözleşmenin iş görme sözleşmelerinden hizmet sözleşmesi olduğu hâkim fikirdir².

Spor müsabakaları, rekabetin en üst düzeyde yaşandığı alanlardan biridir. Rekabetin gereklerinden biri de bu rekabet içinde yaşayabilmek için disiplinli olmak gereğidir. Disiplin, bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı ya da yazısız kurallarına, titizlik ve önemle uyması durumu” veya “kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin tümü” olarak tanımlanmıştır³. Spor kulüpleri de rakipleriyle rekabet edebilmek ve spor alanında var olabilmek için bir şekilde bu disiplini kendi içlerinde sağlamalıdır. İşverenin tekrerrürü halinde meydana gelecek sonuçları (feshi gibi) bildirerek işçiye bir ceza uygulaması suretiyle, işçinin sözleşmeye uygun davranmasını sağlamaya yönelik talebini ileri sürdüğu hallerde, bir disiplin cezasından bahsedilir⁴. Çalışma hayatında, işveren çalışma düzen ve disiplininin sağlanması amacıyla kuralları önceden belirlenmek koşuluyla çalıştırdığı işçisine disiplin cezası uygulayabilir⁵. Diğler işyerlerinde olduğu gibi spor kulüplerinde de iç disiplini sağlamanın en önemli yollarından biri de kurallara uymayanlara ceza verilmesidir. Bu cezalardan uygulamada sıkça rastlanılanlar sporcunun sözleşmesinin feshi, kadro dışı bırakılması ve para cezalarıdır. Sözleşmenin feshi kulüp ile sporcu arasındaki hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesiyken, kadro dışı bırakma, sporcunun diğler sporcularından tecrit edecek şekilde gösterilen diğler bir yerde çalışmaya mecbur bırakılması ve bu şekilde müsabakalara götürülmemesidir. Para cezaları uygunsuz davranışta bulunan sporcuya, teknik adama (teknik sorumlu, antrenörler, kondisyonerler) ve diğler personele (doktor, masör, fizyoterapist vs.) kulüp tarafından verilen ve belirlenen miktar paranın kulübe ödenmesi şeklin-

¹ Spor kulüplerinin profesyonel takımları Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olan şirketlere devredilebilir (Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü m.75/5, Spor Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m.24). Yani işveren burada dernek hükümlerine tabi kulüp değil TTK hükümlerine tabi şirket de olabilir. Ancak kavram karmaşasına yol açmamak için çalışmanın bütününde spor kulübü kavramını kullanmayı tercih ettik.

² ERTAŞ Şeref/PETEK Hasan, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.239; BAŞTÜRK Faruk, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.15; GÜLŞEN Recep, Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.62; KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, Profesyonel Futbolcu Kulüp İlişkisi, in: Spor Hukuku Dersleri, Editör: Av. Kısmet Erkiner, Editör Yardımcısı: Arş.Gör. Ali Soysüren, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2007, s.538; KESEBİR Erdal, Teknik Sorumlu Sözleşmesi ya da Teknik Direktörler ve Antrenörlerin Hukuki Durumları, in: Spor Hukuku Tezleri, Editör: Av. Kısmet Erkiner, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 3, İstanbul, 2007, s.272; ORHAN Ümit, Profesyonel Futbol Teknik Adam Sözleşmesi ve Uygulama Sorunları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.15 vd.

³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.560950b9cde6c1.76148940 (E.T.: 28.09.2015)

⁴ WÖRLEN Rainer/KOKEMOOR Axel, Arbeitrecht, Berlin 2004, s.107, nakleden GÜLVER Ender, Ücret Kesme Cezası, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Dergisi, 2010/4 S: 28, s.39.

⁵ Yargıtay HGK E. 1987/9-639 K. 1987/797 T. 23.10.1987. (www.kazancı.com)

de uygulama bulan bir cezadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta verilen para cezalarının o spor dalının federasyonunun yetkili disiplin kurulu tarafından değil bizzat sporcu veya teknik adamın mensubu olduğu kulüp tarafından sporcu veya teknik adama uygulanmasıdır. Bu cezaların hukuka uygun olup olmadığı da tartışılmalıdır.

Spor kulüpleri tarafından sporcu ve teknik adamlara disiplin ihlali durumunda uygulanan cezalarının hukuki niteliği de bu cezaların hukukiliği açısından önemlidir. Keza işçi konumundaki sporcu ve teknik adamlara uygulanacak cezalarının hukuki niteliği tabi olduğu mevzuata göre de değişebilecektir. Keza sporcular 4857 sayılı İş Kanunu m.4 gereği İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmış ve Türk Borçlar Hukuku hükümlerine tabiyken, teknik adamlar ve diğer personel sporcu sayılmadıklarından İş Kanunu'na tabidirler. Çalışmada disiplin cezaları, sporcular, teknik adamlar ve diğer personel açısından değerlendirilecektir.

1. Disiplin Cezaları

1.1. Para cezaları

Ülkemizde disiplin cezalarının uygulanması ve bu cezaların nelerden ibaret olduğunun tespiti, toplu iş sözleşmelerinde ve iş yeri iç yönetmeliklerinde belirlenmekte ve bunların uygulamaları genellikle işçi ve işveren temsilcilerinden oluşan disiplin kurulu tarafından yapılmaktadır. Disiplin kurulu uyarma; kınama, aylıktan kesme ve ihraç gibi disiplin cezaları verebilmektedir. Disiplin kurulu iş yerlerinde, sözleşmelerin eki niteliğindeki disiplin ceza cetvelinde yer alan cezaları vermeye de yetkili kılınmaktadır⁶. Disiplin Kurulu olmayan yerlerde de işveren veya bu konuda yetki verilmiş ise işveren vekili disiplin cezası vermeye yetkilidir.

Uygulamada spor kulüpleri özellikle futbol dalında kendi iç disiplinlerini sağlamak açısından önceden talimatlarla belirledikleri disiplin ihlalini gerçekleştiren sporcu ve teknik adamlara disiplin cezası olarak genellikle para cezası vermektedirler⁷. Kulüplerin bu konudaki sportif açıdan hukuki dayanakları genellikle o dalın federasyonu tarafından hazırlanan yönerge veya talimat vb. adlarla hazırlanan mevzuattır. Örneğin futbol dalında futbolcular açısından "TFF Profesyonel Futbolcuların Transfer ve Statüsü Talimatı" (PFTST) ve teknik adamlar açısından "TFF Teknik Adamların Statüsü ve Çalışma Esasları Talimatı" (TASÇET) 'dir.

PFTST 24 üncü maddesinin bazı bentleri kulüplerin iç yönetmelikleri ile ilgilidir. İlgili maddenin c bendine göre kulüpler tarafından hazırlanan iç yönetmeliklerin uygulanabilmesi için kulüpler şu konularda yükümlü sayılmışlardır.

a. Kulüpler sezonun başlamasından en geç bir hafta önce, bir sonraki sezon uygulayacakları iç yönetmeliklerini ve/veya disiplin talimatlarını TFF'ye göndermek,

b. Kulüpler TFF'ye tescil ettirdikleri ve uygulayacakları iç yönetmeliklerini ve/veya disiplin talimatlarını imza karşılığında futbolcuya teslim veya noter aracılığı ile tebliğ etmek" zorundadır.

⁶ KORKMAZ Fahrettin, İş Hukukunun Kaynakları ve İş Hukukundaki Yaptırımlar, Atatürk Üniversitesi, Açık Öğretim Fakültesi Ders Notu, s.18.

⁷ http://www.ntvspor.net/haber/futbol/136959/kweukeye-para-cezasi (E.T.: 28.09.2015)

Ayrıca aynı maddenin d bendi de para cezalarının verildikten sonra izlenecek süreç ile ilgilidir. Buna göre, kulüpler “futbolcularına verdikleri para cezalarına ait kararlarını, nedenleri, tutarları ve noterden onanmış karar örnekleri ile birlikte, karar tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde futbolcuya ve TFF’ye bildirmek” ile yükümlü tutulmuşlardır.

Profesyonel futbolcunun çalışma şartları yanında uymakla zorunlu olduğu kuralların tespit edildiği iç yönetmelikler ve kulübün önceden belirlediği kuralların ihlali halinde uygulanacak cezaların yer aldığı disiplin talimatının federasyona gönderilme yükümlülüğü getirilerek öncelikli olarak kulüplerin futbolcular aleyhine keyfi para cezaları vermesinin önüne geçilmiş ve futbolcuların ekonomik hayatı güvence altına alınmıştır⁸.

Futbol teknik adamları açısından TASÇET’de para cezaları ile ilgili kısım ise kulüplerin yükümlülükleri ile ilgili 12 inci maddenin h bendidir. Aslında burada da kulüplerin para cezası uygulamada izleyecekleri yol ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddeye göre “Teknik adamlarına verdikleri para cezalarına ait kararlarını, nedenlerini, tutarlarını ve noterden onanmış karar örnekleri ile birlikte, karar tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde teknik adama ve TFF’ye vermek” kulüplerin teknik adam sözleşmesinden doğan yükümlülükleri arasında sayılmıştır.

Para cezalarının uygulanmasının yalnızca futbol ile sınırlı olduğu düşünülmemelidir. Ülkemizde bilindiği üzere tek profesyonel spor dalı futbol olsa da diğer spor dallarında da sporcularla ücret karşılığı sözleşmeler imzalanmaktadır. Başta basketbol ve voleybol sporlarında da takımlar bu tarz takım içi disiplin mekanizmalarını işletmekte ve sporculara ve teknik adamlara para cezası vd. cezaları uygulamaktadırlar.

1.2. Diğer Disiplin Cezaları

Spor kulüplerinde para cezası dışında cezalar da bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak kadro dışı bırakılması ve sözleşmenin feshedilmesi verilebilir. Sözleşmenin feshi kulüp ile sporcu arasındaki hizmet sözleşmesinin disiplin talimatında sözleşmenin feshini gerektiren bir fiilin gerçekleşmesi ile sona erdirilmesiyken, kadro dışı bırakma, sporcunun diğer sporculardan tecrit edecek şekilde gösterilen diğer bir yerde çalışmaya mecbur bırakılması ve bu şekilde müsabakalara götürülmemesidir. Bazen takımlarda kadro dışı bırakma sporcuyu başka bir yerde antrenman yapmaya zorlamak yerine sadece maç kadrosuna almamak şeklinde de gerçekleşmektedir. Bu son halde çoğu zaman sporcuya karşı bir disiplin süreci bile işletilmemekte hatta sporcuya aslında ceza alındığını bile bilmemektedir⁹. Ama bu son halin genelde sporcuları feshe zorlamak için başvuru ve dürüstlük ilkesine aykırı bir uygulama olduğunu belirtmek gerekir.

Kadro dışı bırakma ile ilgili TFF PFTST m.24/e’ye göre “kadro dışı bırakılmaları futbolculara, antrenman yapabilmeleri için en az bir antrenör nezaretin-

⁸ BAŞTÜRK, Futbolcu, s.50.

⁹ Burada kastedilen gerçekte de bir disiplin sürecinin işlememesi, yönetimin veya teknik adamın takdiriyle, sporcuya herhangi bir karar tebliğ edilmeden sporcuyu maç kadrosuna almayarak ona üstü kapalı ceza vermektir. Buna örnek olarak oyundan alınmasına tepki olarak teknik adamın uzattığı eli havada bırakan futbolcunun bir sonraki maç kadrosuna alınmaması verilebilir.

de hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecek şekilde saha tahsis etmek ve antrenman koşullarını noter aracılığı ile futbolculara tebliğ etmek” kulüplerin yükümlülükleri arasında sayılmıştır.

2. Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği

İş Hukuku'nda disiplin cezasının hukuki niteliği konusunda Türk Hukukunda sorunu ilk defa ele alan Saymen'e göre¹⁰ disiplin cezaları, sözleşmeden doğmadığı, yani ferdi iş ilişkilerinden meydana gelmediği için hukuki niteliğinin cezai şart olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Sözleşme böyle bir hak vermemiş olsa dahi, işverenin cezalandırma yetkisi vardır. Ayrıca hiçbir zarar meydana gelmese dahi, bu yetki kullanılabileceğinden, tazminat niteliğinde de kabul edilmez. Esener¹¹ de, disiplin yetkisini işverenin yönetim hakkında aramış ve bir yetkinin kullanılması olarak değerlendirmiştir. İzveren¹² ise disiplin cezalarının cezai şart niteliğinde olduğunu savunmuştur. Çenberci¹³ ise özellikle ücret kesme cezalarına, kesilen ücretin işverenin mülkiyetinde tutulmaması ve haksız kesilmeleri hariç işçiye de ait olmamalarından hareketle reddetmektedir¹⁴.

İş hukukunda işverenlere belirli koşulların varlığı halinde disiplin cezası verme yetkisi tanınmıştır. Hukukumuzda Fransız hukukundan farklı olarak işverenin disiplin cezası uygulama yetkisinin koşullarını, kapsamını, sınırlarını, usulünü, itiraz ve yargısal denetimini, bu yetkinin kullanılmasına karşı işçilere getirilen güvenceleri hükme bağlayan genel bir düzenleme yoktur. Buna karşılık, aşağıda görüleceği gibi İş Kanunu ve Borçlar Kanununda konu ile ilgili bazı hükümler (İK 18/1, 25/2, 38, TBK 399¹⁵) yer almaktadır. Oysa işverence tek tarafı olarak işçilere disiplin cezası verilebilmesi, bu hakkın kötüye kullanılması olasılığını güçlü hale getirir. Bu nedenle, işverene tanınmış olan disiplin cezası uygulama yetkisinin koşullarının belirlenmesi ve bu yetkinin kullanılmasının sınırlanması iş hukukunun önemli sorunlarından birini oluşturur¹⁶.

İşçilere bir disiplin cezasının verilebilmesi için her şeyden önce bunun geçerli bir hukuki dayanağı bulunmalıdır. Mevzuatımızda öngörülen hükümlerle disiplin cezasının uygulanabilmesi bir hukuki dayanağın varlığına dayandırılmıştır¹⁷. İş hayatında birçok işverenin bazı çalışma koşullarını “iç yönetmelik” adı altında tek tarafı olarak düzenlediği görülmektedir. İş mevzuatında bununla ilgili açık bir hüküm bulunmamakla beraber, İş Kanunu'nun 22. maddesinde iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliğinden ve benzeri kaynaklardan söz edilerek iç yönetmeliğe yer verilmiş olmaktadır. Ancak işverence yapılacak tek tarafı bir düzenlemenin hukuki bir değer, işçiyi bağlayıcı bir nitelik kazanması için aynı maddeye göre bunun sözleşmenin yapılma-

¹⁰ SAYMEN Ferit H., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.204-205.

¹¹ ESENER Turhan, İş Hukuku, B.3, Ankara, 1975, s.74.

¹² İZVEREN Adil, İş Hukuku, Ankara, 1974, s.157.

¹³ ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1978, s.617-620 ve dipnot 12.

¹⁴ BAŞBUĞ Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, TES- İş Eğitim Yayınları, Ankara, 1999, s.44.

¹⁵ MADDE 399- İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.

¹⁶ SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, 2015, s.129.

¹⁷ A.g.e., s.130.

sından önce işverence yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması gerekir. İşçi iç yönetmeliğe itiraz etmeden işe başlarsa bunu kabul etmiş sayılır¹⁸.

Tabi olunan mevzuat farklılığı nedeniyle sporcular, teknik adamlar ve diğer personel açısından durum ayrı başlıklarda değerlendirilecektir.

2.1. Sporculara Verilen Cezalar

Kulüp içindeki disiplin mekanizmalarının asıl muhatapları sporculardır. Kulüp içi disiplin talimatları genellikle sporcuları muhatap alacak şekilde hazırlanmakta diğer teknik adamlar ve personel atif yolu ile cezalandırılmaktadır.

Sporcuların yaptıkları sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda aşağıda teknik adamlarla ilgili kısımda anlatılacağı gibi bir tartışma söz konusu değildir. Nihayetinde sporcular İş Kanunu m.4/g hükmü gereği İş Kanunu kapsamı dışında tutulmuştur. Buna göre sporcuların yaptıkları sözleşmelerde sporcunun tabi olduğu federasyonun talimatları ile Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

TBK'da işçiye verilecek disiplin cezası ile ilgili ayrıntılı bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunun 399 uncu maddesine göre işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar. Bu açıdan sporculara para cezası vermek izlenmesi gereken yöntem olarak teknik adamlara para cezası vermekten daha kolaydır. Örneğin futbol dalında yukarıda da belirtildiği gibi, kulüpler sezonun başlamasından en geç bir hafta önce, bir sonraki sezon uygulayacakları iç yönetmeliklerini ve/veya disiplin talimatlarını TFF'ye göndermek zorundadırlar. Kulüpler TFF'ye tescil ettirdikleri ve uygulayacakları iç yönetmeliklerini ve/veya disiplin talimatlarını imza karşılığında futbolcuya teslim veya noter aracılığı ile tebliğ etmek ve futbolcularına verdikleri para cezalarına ait kararlarını, nedenleri, tutarları ve noterden onanmış karar örnekleri ile birlikte, karar tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde futbolcuya ve TFF'ye bildirmekle yükümlüdürler¹⁹.

Diğer spor dalları açısından da en azından disiplin ile ilgili yönetmeliklerin sporcu, teknik adam vd. tebliğ edilmiş olması ve gerekli rızanın da alınmış olması, yönetmeliklerin içeriğinin de iyi niyet, hakkaniyet ilkelerine ve hayatın olağan akışına uygun olması gerektiğini söyleyebiliriz.

2.2. Teknik Adamlara Verilen Cezalar

Teknik adamlar para cezalarının sporculara yönelik uygulamasında çoğu zaman bu cezaların uygulanmasında karar mekanizması içerisinde yer alır. Kulüp yönetimi bu tür cezalar konusunda genellikle teknik adamların raporları doğrultusunda hareket etmektedirler. Ancak tabii ki bu fiili durum teknik adamların da para cezalarının muhatapı olmayacağı anlamına gelmemektedir. Zaten teknik adam bir takımda tek kişi değildir. Teknik kadroda bir çok antrenör de görev yapmaktadır ve herhangi bir disiplin ihlalinin gerçekleştireni ola-

¹⁸ ÇELİK Nuri/CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015, s.162.

¹⁹ TFF'nin çeşitli nedenlerle iç yönetmeliklerin ve disiplin talimatlarının belirlenen tarihlerde gönderilmesini istemesi kulüplerin yönetim hakkını zedeleyici nitelikte değildir. Üst-norm olarak TFF'nin talimatlarına uyulacağını kurulurken kabul eden kulüpler kendi iradeleriyle yönetim haklarını sınırlamışlardır. (Bkz. BAŞTÜRK, Futbolcu, s.14.)

bilirler. Ancak teknik adamlara uygulanan para cezalarına uygulamada oldukça az rastlanmaktadır.

Teknik adamlar yukarıda da belirtildiği gibi İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışmaktadırlar. Teknik adamların kulüpler ile yaptıkları sözleşmeler İş Kanunu m.4'te sayılan istisnaların dışında tutulmalıdır ve çıkacak uyuşmazlıklarda İş Kanunu hükümleri uygulanmalıdır²⁰. İş Kanunu m.4/g'deki sporcu kavramı içine teknik adamların dâhil edilmemesi gerekir. Teknik adamın sporcu ile aynı işi yaptığını söylemek öğretmen ile öğrenciyi aynı kefeye koymaktır. Ayrıca kanun maddesinde açıkça ve sadece "sporcular hakkında" denmektedir. Kanun koyucu isteseydi burada sporcular deyimi yanına "ve diğer sporla uğraşanlar" deyimi ekleyebilirdi. Bunun yapılmamış olması teknik adamların da istisnalar arasında sayılmadığı anlamına gelecektir²¹.

Disiplin talimatlarının uygulanabilirliği konusunda burada yine İş Kanunu m.22 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre kulüp, iş sözleşmesiyle veya bu sözleşmenin eki niteliğindeki disiplin yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da kulüp uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu teknik adamlara ve diğer personele yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve ilgili kişiler tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler ilgilileri bağlamayacaktır. İlgili personel değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.

Para cezaları ile ilgili İş Kanunundaki düzenleme teknik adamların İş Kanununa tabi çalışan işçi sayılmaları açısından önemlidir. İş Kanunu'nun 38 inci maddesi *ücret kesme cezası* başlığı taşımaktadır. Dikkat edilecek olursa burada işçinin belli bir parayı ödemesi yerine doğrudan ücretten kesilen bir meblağ söz konusudur. Maddeye göre işveren toplu sözleşme veya iş sözleşmelerinde gösterilmiş olan sebepler dışında işçiye ücret kesme cezası veremez (m.38/1). İşçi ücretlerinden ceza olarak yapılacak kesintilerin işçiye derhal

²⁰ Yargıtay 9. HD, 2003/19877 E, 2003/20178 K, 08.12.2003 "İş Yasasının... maddesi ile yalnızca sporcular bu Kanun kapsamı dışında bırakılmış olup, antrenörler hizmet akdi ile çalışmaktadır. İşverenle antrenör arasında çıkan uyuşmazlıkta görevli mahkeme İş Mahkemesidir". (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazancı.com, E.T.: 29.12.2015)

TFF Tahkim Kurulu Kararı, 2006/11 E, 2006/43 K, 02.03.2006, TFF Tahkim Kurulu Örnek Kararları Editörler: ARSLAN Türker, KOCASAKAL Ümit, 2009 "...ayrıca kulüp veya federasyon antrenörlerinin profesyonel futbolcu kapsamına girmediği için 4857 Sayılı İş Kanununun 4. maddesinde sayılan istisnalar arasında bulunduğu da söyleneceğinden, tarafların ve aralarındaki iş sözleşmesinin yürürlükteki İş Kanunu kapsamına girdiği sonucuna varılmıştır...sadece profesyonel sporcuların İş Kanununun kapsamı dışında bırakıldığı, antrenör ve teknik direktörlerin ise profesyonel sporcu kapsamına girmediği ve iş sözleşmesi ile çalıştıkları böylece işveren ve antrenör arasında çıkan uyuşmazlıkta İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağı açıktır".

SÜZEK, s.234-235, EKMEKÇİ Ömer, Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 2003, Ankara, s.15, SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Dördüncü Basım, Konya, 2010, s.8, BAŞTÜRK F. (2005). Teknik Direktör ve Antrenörlerin Hukuki Durumu, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 6.sayı, 2005, s.85 vd.

²¹ ORHAN, s.18-19.

sebepleriyle beraber bildirilmesi gerekir. İşçi ücretlerinden bu yolda yapılacak kesintiler bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz (m.38/2). Burada da dikkat edilecek olursa yapılacak kesintilerin üst sınırı belirlenmiştir. Oysa spor sektöründe çok daha fazla meblağlar para cezası olarak ödenmektedir.

Maddenin son fıkrasında paraların akıbeti ile ilgili de yol gösterilmiştir. Buna göre bu paralar işçilerin eğitimi ve sosyal hizmetleri için kullanılıp harcanmak üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hesabına Bakanlıkça belirtilecek Türkiye’de kurulu bulunan ve mevduat kabul etme yetkisini haiz bankalardan birine, kesildiği tarihten itibaren bir ay içinde yatırılır. Her işveren işyerinde bu paraların ayrı bir hesabını tutmaya mecburdur. Birikmiş bulunan ceza paralarının nerelere ve ne kadar verileceği Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başkanlık edeceği ve işçi temsilcilerinin de katılacağı bir kurul tarafından karara bağlanır. Bu kurulun kimlerden teşekkül edeceği, nasıl ve hangi esaslara göre çalışacağı çıkarılacak bir yönetmelikte gösterilir (m.38/3).

İş Kanunu m.38’e aykırı olarak para cezası kesilmesi durumunda da İş Kanunu m.102/b uyarınca idari para cezası uygulanır²².

Uygulamada teknik adamlara kesilen para cezası oldukça nadir görülmesine rağmen, kulüpler, İş Kanunu yerine, TASÇET m.12/h “teknik adamlarına verdikleri para cezalarına ait kararlarını, nedenlerini, tutarlarını ve noterden onanmış karar örnekleri ile birlikte, karar tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde teknik adama ve TFF’ye vermek” hükmünü uygulamaktadır. Tahsilat kulüp tarafından yapılmakta ve paralar kulüp hesabında kalmaktadır.

2.3. Diğer Personel

Spor kulüpleri sporcu ve teknik adam dışında da işçi istihdam etmektedir. Bu kişiler arasında profesyonel idareci, sağlık ekibi personeli, tesislerde çalışan işçiler de sayılabilir. Kulüp disiplin yönetmelikleri bu kişiler için de uygulanabilir. Bu kişiler de 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi olduğundan teknik adamlar için söylediklerimizi kulüpte çalışan diğer kişiler için de söyleyebiliriz.

3. Disiplin Cezalarına İtiraz Yolları

Disiplin cezalarının amacı kulüp içi disiplini sağlamaktır. Ancak haksız olarak verilen disiplin cezaları disiplini bozucu etki yapmaktadır. Kulüp personelinin haksız olarak cezalandırılması gibi maalesef bazen karşılığında ceza verilmemesi gereken fiiller de disiplin yönetmeliklerinde yer alabilmektedir²³.

²² İş Kanunu m.102/b: “... işçi ücretlerinden 38 inci maddeye aykırı olarak ücret kesme cezası veren veya yaptığı ücret kesintisinin sebebini ve hesabını bildirmeyen... işveren veya işveren vekiline dörtüzüzzelli Türk Lirası idari para cezası verilir.”

²³ Buna verilebilecek en güzel örnek takımın mağlubiyeti sonucu verilen para cezalarıdır. Burada mantık şu şekilde işlemektedir. Eğer takım galip geldiğinde bu kişiler ilave prim alıyorsa takım mağlup olduğunda da ceza öder.

Ancak sırf sportif başarısızlığa ceza verilemeyeceği spor hukukunun evrensel kurallarından biri olarak kabul edilmektedir. Sportif başarısızlık nedeniyle disiplin cezası verilebilmesi için ona eşlik eden disiplinsizlik, antrenmana gerekçesiz katılmama gibi sebeplerin varlığı gerekecektir. (<http://hikmetakilli.av.tr/belge/Spor-Hukuku%201-Sporcu%20Alacagi.pdf>)

Ayrıca bkz. CAS Kararı: Arbitration CAS 2012/A/2844 Gussev Vitali v. C.S. Futbol Club Astra & RPFL 7 June 2013, CAS Bulletin 2014/1, s.57.

Bu durumlarda kulüp tarafından verilen disiplin cezalarına karşı hukuki girişimde bulunmak gerekir²⁴. Bu halde de karşımıza çeşitli ihtimaller çıkmaktadır. Bu ihtimaller de

- “futbolcu ve teknik adam” ve
- “diğer personel ve futbol dışındaki branşlardaki sporcu ve teknik adamlar” başlıkları altında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

3.1. Futbolcu ve Futbol Teknik Adamları Açısından

Futbolcu ve futbol teknik adamları diğer federasyonlardan farklı olarak kendine münhasır kanun ile kurulan ve yapı olarak da diğer federasyonlardan farklı konumdaki TFF tarafından lisans verilerek faaliyette bulunabilmektedirler. Bu sebeple bu kişileri ayrı bir başlık altında değerlendirmek uygun olacaktır.

TFF bünyesindeki hukuk kurullarından biri de Uyuşmazlık Çözüm Kuruludur. Kurulla ilgili hususları düzenleyen ve TFF tarafından çıkartılan ve 01.08.2015 tarihinde yürürlüğe giren Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı m.2'ye göre Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, kulüpler, kulüpler ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, futbol menajerleri, futbol menajerleri ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, arasında sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine münhasıran görevli ve yetkili olarak inceler ve karara bağlar. Buradan anlaşılıyor ki kulüp tarafından disiplin cezasına çarptırılan futbolcu veya teknik adam TFF bünyesindeki Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'na başvurarak hukuki çare arayabilecektir²⁵.

Futbolcular ve teknik adamlar sezon başı lisans çıkartabilmek için TFF düzenine uyacaklarına dair bir taahhüt verirler²⁶. Bu taahhüt ile futbolcunun ve teknik adamın ilk derece yargı merci olarak Uyuşmazlık Çözüm Kurulu yerine devlet yargısına başvurmasına veya Uyuşmazlık Çözüm Kurulu tarafından verilen kararın TFF bünyesindeki Tahkim Kurulu'nda temyizi sonrası bu kararın devlet yargısına taşınması engellenmek istemektedir²⁷. Doktrinde, sporun

²⁴ Yargıtay HGK E. 1987/9-639 K. 1987/797 T. 23.10.1987. (www.kazancı.com) ÖZET: İşçi, disiplini cezasına karşı, gerek cezanın öngörülen koşulları itibarıyla Hakkaniyete aykırı olduğu ve gerekse koşulların gerçekleşmediği savı ile dava açabilir.

²⁵ İlk kurulduğunda Türkiye'deki futbol faaliyetleri konusunda kendi yetki alanı açısından mecburi tahkim olarak çalışan Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun 2011'de yapısı değiştirilmiş ve ihtiyari tahkim merci şeklinde çalışması planlanmıştır. Ancak, ihtiyarilik, Kurulun etki alanını neredeyse sınırlamıştır. Sözleşmeye dayalı özel hukuk ihtilaflarında ancak iki tarafında yetkisini kabul edilmesiyle esasa girebilen Kurul birkaç uyuşmazlık dışında pek fayda sağlamamıştır. Bu sebeple 2015 yılında son düzenleme ile Uyuşmazlık Çözüm Kurulu ilk kurulduğu günlerdeki gibi yeniden mecburi tahkim kurumu haline getirilmiştir.

²⁶ İlgili taahhüt şu şekildedir: “Profesyonel futbolcu (Teknik Adam) statüsünde TFF nezdinde tescil edildiğim sürece;

- 1) TFF'nin Kanun, Statü, diğer ilgili tüm düzenleme ve kararlarına aynen uyacağımı;
- 2) TFF tarafından düzenlenecek profesyonellik kriterleri ile lig statülerini kabul ettiğimi;
- 3) TFF'nin yargı kurullarının görev ve yetkilerini kabul edip kararlarına uyacağımı ve bu kararlara karşı hiçbir idari ve adli yargıya, temyiz, tashihi karar, yargılamanın iadesi, kanun yararına bozma gibi kanun yollarına başvurmayacağımı;
- 4) Yukarıdaki taahhütlerime aykırı hareket ettiğim takdirde tescilimin iptalini ve müsabakalara iştirak ettirilmemeyi kabul, beyan ve taahhüt ederim.“

²⁷ TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı m. 13 “Kararların Kesinliği ve Uygulanması” – “Hakem Heyeti kararlarına karşı Tahkim Kuruluna itiraz süresi kararın taraflara tebli-

kendine has özelliklerinden kaynaklanan sebeplerle, spor uyuşmazlıklarının çok kısa süre içerisinde sonuçlandırılması gerektiği; aksi takdirde telafisi olmayan zararlarla karşı karşıya kalındığı, bir spor uyuşmazlığının çözümü için adli yargı yoluna başvurulması halinde uyuşmazlığın çözümünün uzunca bir süre alabildiği, tahkim yargılama yolu ile spor hukuku uyuşmazlıklarının uzman kişiler tarafından yapılacak yargılama ile hızlı bir şekilde çözümlenebildiği ifade edilmektedir²⁸. Doktrin ve uygulamada alternatif bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak nitelendirilmesinin de etkisiyle, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun işlevsel olarak yargısal yetkiler kullanan, organik olarak da yargısal kimlikli bir mercii olduğu görüşüne sıkça yer verilmektedir²⁹. Hatta doktrinde, Tahkim Kurulu için "futbolun Anayasa Mahkemesidir" nitelemesinin yanlış olmayacağını ifade edenler de vardır³⁰. Ancak, kanaatimizce bu taahhüdün, devlet yargısına başvuruya tek başına engel olamayacağına kuşku duymamak gerekir. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.59/3'e göre spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciiine başvurulamaz. Dolayısıyla tarafların özel hukuka ilişkin talepleri bu anayasal himayeden yararlanamayacaktır.

3.2. Diğer Personel ve Futbol Dışındaki Branşlardaki Sporcu ve Teknik Adamlar Açısından

Futbolcu ve futbolcu teknik adamları dışında kalan ve kulüp tarafından disiplin cezasına çarptırılan diğer kişilerin TFF mevzuatına benzer bir mevzuata tabi olma konusunda alelade bir işçiden farkları yoktur. Bu kişiler genel mevzuata (4857 sayılı İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu) tabidirler. Buradaki tek fark bu genel mevzuattan hangisine tabi olacakları noktasındadır. Şöyle ki hangi spor dalında mücadele ederse etsin sporcular her şekilde 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışındayken teknik adamlar ve diğer personel İş Kanunu'na tabi olarak çalışmaktadır. Bu kişilerin futbol dalında olduğu gibi kurulmuş özel bir yargılama merciiine başvurma imkânları da bulunmamaktadır. Bu konuda akla, futbol dalı dışındaki diğer federasyonların temyiz mercii ko-

ğinden itibaren 7 (yedi) gündür Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakem Heyeti tarafından verilen kararlar, Tahkim Kurulu'na itiraz edilmemesi ya da itiraz üzerine verilen Tahkim Kurulu kararı ile kesinleşir Kesinleşen Hakem Heyeti kararları, TFF tarafından derhal uygulanır."

²⁸ KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği", AÜHFİD, C. 50, S. 2, 2001, s. 143-144; GILSON Eric T., "Exploring the Court of Arbitration for Sport", Law Library Journal, 98, New Jersey, 2006, s.503-504; UZ Abdullah, Sporla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümünde Zorunlu Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları Ve Kararlarının Hukuki Niteliği Üzerine, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl: 2011/1, Sayı: 13, s.244.

²⁹ ÇOLAKOĞLU Tekin/ERTURAN E.Esra "Spor Federasyonlarının Özerkleşmeleri ve Hukuksal Boyutunda Spor Hukuku Gereksinimleri" Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi KİŞ-2009 C.8 S.27 (323-335) www.esosder.org; ERKİNER Kısmet, "Türkiye Spor Yapısındaki Hukuki Gelişmeler" The 10th ICHPER-SD Europe Congress &The TSSA 8th International Sport ScienceCongress, November 17-20 2004, Antalya,

³⁰ YURTCAN Erdener, "Ulusal ve Uluslararası Boyutta Futbol Hukuku - Yeni Gelişmeler" 7. Uluslararası Spor Bilimleri Kongresi, Antalya 2002.

numundaki Spor Genel Müdürlüğü (SGM) Tahkim Kurulu gelebilir. Ancak SGM Tahkim Kurulunun görev ve yetkilerini düzenleyen Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliği³¹ m.5/3'e göre kulüp, sporcu, teknik adam, sağlık personeli, menajer ve maç organizatörü gibi sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekalet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali haklar bu SGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği kapsamı dışındadır. Dolayısıyla sayılan kişilerin bu sebeple bu kurula başvurma imkânı olmayacaktır.

Sonuç olarak bu kişilerden İş Kanunu'na tabi olanlar (teknik adamlar ve diğer personel) iş mahkemesine, İş Kanunu kapsamı dışında kalanlar da (sporcular) asliye hukuk mahkemesine başvurarak verilen cezanın kaldırılmasını ve ceza miktarının kendilerine iadesini talep edeceklerdir.

Sonuç

Uygulamada spor kulüpleri kendi iç disiplinlerini sağlamak açısından önceden talimatlarla belirledikleri disiplin ihlalini gerçekleştiren sporculara, teknik adamlara ve diğer personele bir takım cezalar vermektirler. Bu disiplin cezaları genellikle para cezaları, kadro dışı bırakma ve sözleşmenin feshidir.

Disiplin cezalarının uygulanabilirliği konusunda İş Kanunu'na tabi teknik adamlar ve diğer personel açısından İş Kanunu m.22 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre kulüp, iş sözleşmesiyle veya bu sözleşmenin eki niteliğindeki disiplin yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da kulüp uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu teknik adamlara ve diğer personele yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve ilgili kişiler tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler ilgilileri bağlamayacaktır. İş Kanunu'na tabi olmayan sporcular açısından da en azından disiplin ile ilgili yönetmeliklerin sporculara tebliğ edilmiş olması ve gerekli rızanın da alınmış olması, yönetmeliklerin içeriğinin de iyiniyet, hakkaniyet ilkelerine ve hayatın olağan akışına uygun olması gerektiğini söyleyebiliriz. Futbol konusunda ise teknik olarak para cezaları konusunda TFF mevzuatında yol gösterici birkaç mevzuat maddesi bulunmaktadır. Bu maddeler, cezalar açısından yasal zeminden ziyade izlenecek süreç ile ilgilidir.

Ancak teknik adamların ve diğer personelin tabi olduğu İş Kanunu m.38 para cezaları konusunda bir takım sınırlar çizmiştir. Buna göre işveren toplu sözleşme veya iş sözleşmelerinde gösterilmiş olan sebepler dışında işçiye ücret kesme cezası veremez ve işçi ücretlerinden ceza olarak yapılacak kesintilerin işçiye derhal sebepleriyle beraber bildirilmesi gerekir. Ayrıca işçi ücretlerinden bu yolda yapılacak kesintiler bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz. Ancak uygulamadaki para cezaları ilgili kişilerin iki günlük ücretini çok aşmakta ve doğrudan kulüp kasasına girmektedir. Bu keyfiyetin hukuka uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

Kulüp tarafından verilmiş disiplin cezasına itiraz etme konusunda futbol ve diğer sporlar ayrımı esas alınarak şunlar söylenebilir:

Kulüp tarafından disiplin cezasına çarptırılan futbol camiasının içindeki kişilerden futbolcular ve teknik adamlar TFF bünyesindeki Uyuşmazlık Çözüm

³¹ Resmi Gazete Tarihi: 28.01.2012 Resmi Gazete Sayısı: 28187

Kurulu'na yapacakları başvuru ile söz konusu cezaya itiraz edeceklerdir. Futbol dışında kalan diğer spor dallarında ise İş Kanunu'na tabi olan teknik adamlar ve diğer personel iş mahkemesine, İş Kanunu kapsamı dışında kalan sporcular ise asliye hukuk mahkemesine başvurarak verilen cezanın iptalini ve eğer bir ödeme yapılmışsa bu miktarın kendilerine iadesini talep edeceklerdir.

KAYNAKLAR

Yazılı Kaynaklar:

BAŞBUĞ Aydın, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, TES- İş Eğitim Yayınları, Ankara, 1999.

BAŞTÜRK Faruk, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007. (Futbolcu olarak kısaltılmıştır.)

BAŞTÜRK F. (2005). Teknik Direktör ve Antrenörlerin Hukuki Durumu, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 6.sayı, 2005.

ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28.Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015.

ÇENBERCİ Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1978.

ÇOLAKOĞLU Tekin – ERTURAN E.Esra “Spor Federasyonlarının Özerkleşmeleri ve Hukuksal Boyutunda Spor Hukuku Gereksinimleri” Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi KİŞ-2009 C.8 S.27 (323-335) www.esosder.org.

EKMEKÇİ Ömer, Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, 2003.

ERKİNER Kısmet, “Türkiye Spor Yapısındaki Hukuki Gelişmeler” The 10th ICHPER-SD Europe Congress &The TSSA 8th International Sport Science Congress, November 17-20 2004, Antalya,

ERTAŞ Şeref/PETEK Hasan, Spor Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ESENER Turhan, İş Hukuku, B.3, Ankara, 1975.

GILSON Eric T., “Exploring the Court of Arbitration for Sport”, Law Library Journal, 98, New Jersey, 2006.

GÜLŞEN Recep, Spor Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

GÜLVER Ender, Ücret Kesme Cezası, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Dergisi*, 2010/4 S: 28.

İZVEREN Adil, İş Hukuku, Ankara, 1974.

KESEBİR Erdal, Teknik Sorumlu Sözleşmesi yada Teknik Direktörler ve Antrenörlerin Hukuki Durumları, in: Spor Hukuku Tezleri, Editör: Av. Kısmet Erkiner, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 3, İstanbul, 2007.

KORKMAZ Fahrettin, İş Hukukunun Kaynakları ve İş Hukukundaki Yapıtlar, Atatürk Üniversitesi, Açık Öğretim Fakültesi Ders Notu.

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, Profesyonel Futbolcu Kulüp İlişkisi, in: Spor Hukuku Dersleri, Editör: Av. Kısmet Erkiner, Editör Yardımcısı: Arş.Gör. Ali Soysüren, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 2, İstanbul, 2007.

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği”, AÜHFİD, C. 50, S. 2., 2001.

TFF Tahkim Kurulu Kararı, 2006/11 E, 2006/43 K, 02.03.2006, TFF Tahkim Kurulu Örnek Kararları Editörler: ARSLAN Türker, KOCASAKAL Ümit, 2009.

SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Dördüncü Basım, Konya, 2010.

ORHAN Ümit, Profesyonel Futbol Teknik Adam Sözleşmesi ve Uygulama Sorunları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

SAYMEN Ferit H., Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul, 2015.

UZ Abdullah, Sporla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümünde Zorunlu Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları Ve Kararlarının Hukuki Niteliği Üzerine, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Yıl: 2011/1, Sayı: 13.

WÖRLEN Rainer, KOKEMOOR Axel, Arbeitrecht, Berlin 2004.

YURTCAN Erdener, "Ulusal ve Uluslararası Boyutta Futbol Hukuku - Yeni Gelişmeler" 7. Uluslararası Spor Bilimleri Kongresi, Antalya 2002.

İnternet Kaynakları:

Arbitration CAS 2012/A/2844 Gussev Vitali v. C.S. Fotbal Club Astra & RPFL 7 June 2013, CAS Bulletin 2014/1, s.57.

http:

//www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.560950b9cde6c1.76148940 (E.T.: 28.09.2015)

http: //www.ntvspor.net/haber/futbol/136959/kweukeye-para-cezasi (E.T.: 28.09.2015)

LEGAL YAYINCILIK TM YILLAR DERGİ FİYAT LİSTESİ
(BASILI, ONLINE SÜRELİ-SÜRESİZ VE E-DERGİ)
LEGAL PUBLISHING'S PRICE LIST COVERING ALL THE YEARS
(PRINTED-ON LINE-PERIODIC- NON-PERIODIC, AND E-JOURNAL)



LEGAL YAYINCILIK TM YILLAR
DERGİ FİYAT LİSTESİ

DERGİLER	BASILI	ONLİNE (SÜRELİ)	ONLİNE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
Legal Hukuk Dergisi (Aylık)				
2016	465₺	209,25₺	279₺	279₺
2015	425₺	191,25₺	255₺	255₺
2014	425₺	191,25₺	255₺	255₺
2013	390₺	175,50₺	234₺	234₺
2012	390₺	175,50₺	234₺	234₺
2011	370₺	166,50₺	222₺	222₺
2010	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2009	330₺	148,50₺	198₺	198₺
2008	300₺	135₺	180₺	180₺
2007	260₺	117₺	156₺	156₺
2006	240₺	108₺	144₺	144₺
2005	220₺	99₺	132₺	132₺
2004	200₺	90₺	120₺	120₺
2003	150₺	67,50₺	90₺	90₺
Mali Hukuk Dergisi (Aylık)				
2016	350₺	157,50₺	210₺	210₺
2015	320₺	144₺	192₺	192₺
2014	320₺	144₺	192₺	192₺
2013	290₺	130,50₺	174₺	174₺
2012	290₺	130,50₺	174₺	174₺
2011	275₺	123,75₺	165₺	165₺
2010	260₺	117₺	156₺	156₺
2009	245₺	110,25₺	147₺	147₺
2008	220₺	99₺	132₺	132₺
2007	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2006	175₺	78,75₺	105₺	105₺
2005	160₺	72₺	96₺	96₺
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (3 Aylık)				
2016	265₺	119,25₺	159₺	159₺
2015	240₺	108₺	144₺	144₺
2014	240₺	108₺	144₺	144₺
2013	220₺	99₺	132₺	132₺
2012	220₺	99₺	132₺	132₺
2011	200₺	90₺	120₺	120₺
2010	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2009	180₺	81₺	108₺	108₺
2008	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2007	120₺	54₺	72₺	72₺
2006	110₺	49,50₺	66₺	66₺
2005	100₺	45₺	60₺	60₺
2004	90₺	40,50₺	54₺	54₺

DERGİLER	BASILI	ONLİNE (SÜRELİ)	ONLİNE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi (3 Aylık)				
2016	230₺	103,5₺	138₺	138₺
2015	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2014	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2013	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2012	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2011	180₺	81₺	108₺	108₺
2010	170₺	76,50₺	102₺	102₺
2009	160₺	72₺	96₺	96₺
2008	140₺	63₺	84₺	84₺
2007	120₺	54₺	72₺	72₺
2006	110₺	49,50₺	66₺	66₺
2005	100₺	45₺	60₺	60₺
Banka ve Finans Hukuku Dergisi (3 Aylık)				
2016	230₺	103,5₺	138₺	138₺
2015	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2014	210₺	94,50₺	126₺	126₺
2013	190₺	85,50₺	114₺	114₺
2012	190₺	85,50₺	114₺	114₺
Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi (4 Aylık)				
2016	180₺	81₺	108₺	108₺
2015	160₺	72₺	96₺	96₺
2014	160₺	72₺	96₺	96₺
2013	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2012	145₺	65,25₺	87₺	87₺
2011	135₺	60,75₺	81₺	81₺
2010	125₺	56,25₺	75₺	75₺
2009	120₺	54₺	72₺	72₺
2008	105₺	47,50₺	63₺	63₺
2007	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2006	80₺	36₺	48₺	48₺
2005 (2 sayıdır)	50₺	22,50₺	30₺	30₺
Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi (6 Aylık)				
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺

DERGİLER	BASILI	ONLİNE (SÜRELİ)	ONLİNE (SÜRESİZ)	E-DERGİ
Tıp Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
Anayasa Hukuku Dergisi (6 Aylık)				
2016	120₺	54₺	72₺	72₺
2015	100₺	45₺	60₺	60₺
2014	100₺	45₺	60₺	60₺
2013	90₺	40,50₺	54₺	54₺
2012	90₺	40,50₺	54₺	54₺
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (6 Aylık)				
2010	45₺	-	-	-
2009	45₺	-	-	-
2008	45₺	-	-	-
2007	45₺	-	-	-
2006	45₺	-	-	-
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (6 Aylık)				
2016	140₺	-	-	-
2015	120₺	-	-	-
2014	120₺	-	-	-
2013	90₺	-	-	-
2012	90₺	-	-	-
2011	85₺	-	-	-
2010	35₺	-	-	-
2009	35₺	-	-	-
2008	60₺	-	-	-
2007	60₺	-	-	-
2006	60₺	-	-	-
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (3 Aylık)				
2008	75₺	-	-	-
2007	65₺	-	-	-
2006 (2 sayıdır)	25₺	-	-	-

DERGİ MİKTARI	İNDİRİM
2	%2
3-5	%4
6-9	%6
10+	%10

Dergi veya Paket Abonelik bedellerini Nakit, Kredi Kartı veya Banka Havalesi ile Tek Seferde ödemeniz halinde ayrıca (paket indiriminden sonra) % 10 indirim uygulanacaktır.	Oluşturacağınız paketlere yukarıdaki paket abonelik indirimleri uygulanacaktır. Kredi Kartına 6 Taksit yapılmaktadır.
---	--

BANKA ADI
Yapı Kredi Bankası
Garanti Bankası
Akbank
Türkiye İş Bankası

ŞUBE
Moda
Moda
Moda
Bahariye

ŞUBE KODU
217
124
256
1343

HESAP NO
60825788
6299549
48668
47728

IBAN NO
TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88
TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49
TR31 0004 6002 5688 8000 0486 68
TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28

PTT / Posta Çeki Hesap No:

1052845

LEGALBANK ABONELİK FORMU
SUBSCRIPTION FORM FOR THE LEGALBANK LEGAL DATABASE



LEGAL YAYINCILIK A.Ş.

Abonelik İçin Tel: (0216) 449 04 85-86 Faks: (0216) 449 02 26 - 449 04 87
www.legalbank.net legal@legal.com.tr

LEGALBANK ABONELİK FORMU			
Mevzuat ve Kararlar Bankası (www.legalbank.net)			
Abonenin		Fatura Bilgileri	
Adı -Soyadı		Adı -Soyadı	
Firma		Firma	
Adres		Adres	
T.C. Kimlik No.		T.C. Kimlik No.	
Telefon		Vergi Dairesi	
Cep Telefonu		Vergi No.	
E-Posta (abone isminiz olarak kullanılacaktır)		Kullanıcı Adedi	
1 Yıllık (1 Kullanıcı) Abonelik Bedeli 590 TL			
Banka Hesabına Ödeme			
<input type="checkbox"/> Yapı Kredi Bankası (Moda Şubesi - 217) Hesap No. 60825788 (IBAN NO: TR81 0006 7010 0000 0060 8257 88)			
<input type="checkbox"/> Garanti Bankası (Moda Şubesi - 124) Hesap No. 6299549 (IBAN NO: TR39 0006 2000 1240 0006 2995 49)			
<input type="checkbox"/> Akbank (Moda Şubesi - 256) Hesap No. 0048668-8 (IBAN NO: TR31 0004 6002 5688 8000 0486 68)			
<input type="checkbox"/> T. İş Bankası (Bahariye Şubesi- 1343) Hesap No. 47728 (IBAN NO: TR34 0006 4000 0011 3430 0477 28)			
Posta Çeki İle Ödeme			
<input type="checkbox"/> PTT Posta Çeki Hesap No: 1052845			
Nakit, Posta Çeki veya Banka Havalesi ile Tek Seferde		Sadece	
ödememiz halinde % 10 indirim uygulanacaktır.		Kredi Kartına	
		6 Taksit	
		yapılmaktadır	

Adı Soyadı		Banka	
Kredi Kart No	<input type="text"/>		<input type="text"/>
<input type="checkbox"/> VISA <input type="checkbox"/> MASTERCARD	Son Kullanma Tarihi	<input type="text"/>	<input type="text"/>
Ödeme Şekli	Tarih	Tutar	
Peşinat			Yukarıda belirttiğim tutarın, VISA/MASTERCARD kredi kartı hesabıma borç kaydedilerek Firmamızın hesabı bulunan bankalar nezdindeki ilgili hesaplarına Firmamız ile çalışılan bankalar arasında belirlenen koşullar çerçevesinde alacak kaydedilmesini kabul ediyorum ve bu konuda ilgili bankaları yetkili kılıyorum. İş bu abonelik sözleşmesi, www.legalbank.net sitesindeki mevzuat kararlar bankası 1 yıllık abonelik hizmetini kapsamaktadır.
Toplam			

Legal Yayıncılık 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini eksiksiz olarak yerine getirmeyi taahhüt eder.

Tarih/.../.....

Abone İmza

Şirket Temsilcisi İmza