

# SİCİL

Aralık '09 • Yıl 4 • Sayı 16

**MESS Adına Sahibi**  
Tuğrul KUDATGOBİLİK  
MESS Yönetim Kurulu  
Başkanı

**Yazı İşleri Müdürü**  
Av. İsmet SİPAHİ  
MESS Genel Sekreteri

**Yayın Yönetmeni**  
Av. Mesut ULUSOY

**Yayın Kurulu**  
Av. Ahmet BÖLÜKBAŞI  
Av. Erten CILGA  
Av. İlhan DOĞAN  
Av. Ender KIZILRAY  
Av. Şeyda AKTEKİN  
Av. Nağme HOZAR  
Av. Vahap ÜNLÜ  
Av. Selçuk KOCABIYIK  
Av. Uygur BOSTANCI

**Baskı**  
Hanlar Matbaacılık San.  
ve Tic. Ltd. Şti.  
Yeşilce Mah. Aytekin Sok.  
No. 16 Kağıthane İstanbul

**Yayın Türü**  
Yerel süreli yayın. MESS'in  
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

**Baskı Tarihi**  
25 Aralık 2009

**M E S S**

**Türkiye Metal Sanayicileri  
Sendikası**

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

Tel: 212 232 01 04  
Faks: 212 241 76 19  
e-posta: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Görüşler yazarlara aittir.  
Kaynak gösterilerek alıntı  
yapılabilir.

## BİREYSEL İŞ HUKUKU

*Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Sorunu ve Çözüm Önerileri* ..... 5  
Prof. Dr. Metin KUTAL

*Anayasa Karşısında Boşta Kalınan Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama* ..... 15  
Prof. Dr. Tankut CENTEL

*Rekabet Yasağı Sözleşmesi* ..... 21  
Prof. Dr. Savaş TAŞKENT - Dr. Mahmut KABAKCI

*İşyerinin Cebri İhale ile Satımı Suretiyle Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi* ..... 47  
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

*İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverençe Feshi  
(İş Kanunu m. 25/IV Üzerine Bir Deneme)* ..... 53  
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

*İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerine İlişkin  
Genel Esaslar* ..... 63  
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

*İşyeri Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi* ..... 70  
Seracettin GÖKTAŞ

## KARAR İNCELEMELERİ

*Alt İşverenler Arasında Devre İlişkin Karar İncelemesi* ..... 77  
Prof. Dr. Fevzi DEMİR

*"En Çok Dört Aya Kadar" İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı Hakkındaki  
Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi* ..... 88  
Doç. Dr. Serkan ODAMAN

*Doğum İzni Dönüşünde İşinin Değiştirilmesi İstenen ve Bu Yolda Baskı Yapılarak  
İstifa Ettirilen İşçinin İşe İade Davası* ..... 100  
Doç. Dr. Burhan ÖZDEMİR

*İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin  
Feshi Açısından Değerlendirilmesi* ..... 110  
Dr. Gaye Burcu YILDIZ

*İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti  
Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü* ..... 120  
Av. Uygur BOSTANCI



## TOPLU İŞ HUKUKU

*Türk İş Hukukunda Resmi Arabuluculuk Müessesesi ve Bazı Öngörüler* ..... 130  
Prof. Dr. Nizamettin AKTAY

*Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma* ..... 137  
Prof. Dr. Nüvit GEREK

## KARAR İNCELEMELERİ

*İşe İade Davası Süreken Sendikaya Üye Olan İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması* ..... 144  
Prof. Dr. Ufuk AYDIN

*Disiplin Kurulu Kararı Olmadan İş Sözleşmesinin Fesbi, Fesbin Geçersizliği ve İşe İade Davası Hakkında Karar İncelemesi* ..... 153  
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

## SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

*Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Son Gelişmeler* ..... 163  
Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

*Sağlık Hizmetlerinde Katılım Payı Uygulaması* ..... 181  
Dr. Saim OCAK

*Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi* ..... 203  
Resul ASLANKÖYLÜ

## KARAR İNCELEMESİ

*Gaiplik Kararı, İş Kazası Kavramı Açısından Ölüm ve Gaiplik ile Sigortalıca Yürütülen İş Arasında Uygun İliyet İlişkisi* ..... 214  
Doç. Dr. Coşkun SARAÇ

## MALİ HUKUK

*Anayasa Mabkemesi'nin Vergi Düzenlemelerine İlişkin Son İptal Kararının Hukuk Devleti Açısından Değerlendirilmesi* ..... 220  
Doç. Dr. Adnan GERÇEK

*İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Erdirilmesinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* ..... 225  
Yrd. Doç. Dr. Ayşe Yiğit ŞAKAR

## AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

*İstibdam ve Sosyal Politika Faslına İlişkin Değerlendirmeler Açısından 2009 Türkiye İlerleme Raporu* ..... 230  
Av. Tulu GÜMÜŞTEKİN

*ATAD'ın Viking, Laval, Rüffert ve Lüksemburg Davalarına İlişkin Verdiği Kararlar* ..... 234  
Maxime CERUTTI

## KARAR İNCELEMESİ

*İşyerinde Cinsel Tacizde Bulunan Çalışanın İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Fesbedilebilmesi* ..... 238  
Av. Selçuk KOCABIYIK

# Çalışma hayatındaki dengeler bozulmamalı

Endüstri ilişkilerinin temelini oluşturan mevzuatta yapılmak istenen değişiklikler gündemi hareketli kılıyor. Bilindiği üzere, 2821 ve 2822 sayılı Yasalara yönelik değişiklik Tasarıları üzerinde Hükümet çalışmalarını hızlandırdı. Ne var ki, getirilmek istenilen düzenlemeler ile birlikte çalışma yaşamını karmaşa dolu günlerin beklediğini söylemek gerekiyor. Diğer taraftan bu iki yasa değişikliği ile bağlantılı olarak kıdem tazminatı konusu da Hükümetin gündeminde. Türk işverenini uluslararası rekabet arenasında zayıf bırakan kıdem tazminatı düzenlemesi, ülkemizdeki işletmelere batı ülkelerinde benzeri olmayan ağır bir yük getirmektedir. Öte yandan kurulması planlanan Kıdem Tazminatı Fonu, AB ülkelerinde bile istisnai nitelikte olan, işverenlere ek mali külfet getiren, prim ödemelerinde sürekli artış riski olan ve işçi konfederasyonlarınca da benimsenmeyen bir düzenlemedir. Kıdem Tazminatı Fonu'na tedirginlik ve kuşkuyla bakılmasının bir diğer nedeni de söz konusu Fon'un geçmişten bu yana ülkemizde kurulan fonların akıbetine uğraması endişesidir. Bu çerçevede, kıdem tazminatı konusunda çözüm, kıdem tazminatı fonu kurulmasında değil, işyerlerimizi rahatlatacak değişikliklerin yapılarak mevcut sistemin tadilinde aranmalıdır.

Çalışanları ilgilendiren bir diğer gelişme ise Anayasa Mahkemesi tarafından Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. maddesinde yer alan "yüzde 35 oranının" iptal edilmesidir. Bilindiği üzere 2009 yılında geçerli olan gelir vergisi tarifesine göre; yüzde 35'lik oran, sadece vergiye tabi geliri yıllık 50.000 TL'yi aşanlara uygulanıyor. İptal kararı, henüz Resmi Gazete'de yayımlanmadığından yeni bir düzenleme yapılana kadar mevcut uygulamaya devam edilecektir.

Öte yandan teknolojinin gelişmesi ve özellikle internet kullanımıyla birlikte uygulamada iş sözleşmelerinin işveren tarafından geçerli

nedenle feshine örnek yeni olaylar ortaya çıkmaktadır. Bilindiği üzere, iş sözleşmesi, işçi ve işveren arasında güven ilişkisine dayalı olarak kurulan ve iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İşçi ve işveren arasındaki güven ilişkisi temelinden çökmüşse veya güven ilişkisi sarsılmışsa, işçinin davranışının haklı/geçerli fesih sebebi oluşturduğu kabul edilir. Nitekim, uyuşmazlığa konu olan bir olayda; davacı, iş amaçlı bilgisayarını mesai saatleri içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullanmış ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamamıştır. Yargıtay, üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmamasının, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmayacağı, bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı belirterek, işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin, davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayandığına hükmetmiştir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesinin ikale sözleşmesi ile sona erdirilmesinin vergi hukuku açısından değerlendirilmesi, yurtdışı hizmet borçlanmasında son gelişmeler, işyerinin cebri ihale ile satımı suretiyle devrinin iş sözleşmelerine etkisi, işyerinde cinsel tacizde bulunan çalışanın iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi, işe iade davası sürerken sendikaya üye olan işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması, sosyal politika ve istihdam faslına ilişkin değerlendirmeler açısından 2009 Türkiye İlerleme Raporu dergimizin 16. sayısında değerlendirilen konu başlıklarından bazıları. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemeleriyle yine siz değerli okuyucularımızla buluşmanın keyfini yaşıyoruz.

Saygılarımla,

**Av. İsmet SİPAHİ**



# KAMU ÇALIŞANLARINA ÖZEL MORTGAGE FIRSATLARI GARANTİ'DE

Siz de hemen en yakın Garanti Şubesi'ne gelin,  
Mortgage Uzmanı ile tanışın, 2009'da kendi evinize taşının.

Prof. Dr. Metin KUTAL

Kadir Has Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Türk İş Hukukunda Kıdem Tazminatı Sorunu ve Çözüm Önerileri

Türk iş hukukunda yıllardan beri kıdem tazminatı sorununa çözüm arandığı bilinmektedir. Bunun nedeni kıdem tazminatını düzenleyen Türk mevzuatının, diğer ülkelere oranla, aşırı gelişmiş olmasıdır. Gerçekten 1936 tarihli ilk İş Yasası'nda (no. 3008) işçinin beş yıllık kıdemden sonra kazandığı bu hak, daha sonraki yıllarda iş yasalarında yapılan değişiklik ve yeniliklerle sürekli geliştirilmiş, hak kazanma koşulları çeşitlendirilerek kolaylaştırılmış, tazminat miktarı artırılmıştır.

Bu durumun kuşkusuz ülkemize özgü nedenleri vardır: Özellikle 1950, 1967, 1975 ve 1983 yıllarında yapılan yasal düzenlemelerle kıdem tazminatı hakkının genişletilmesinde ülkemizde başta konut olmak üzere sosyal politikadaki yetersizliklerin, ortalama ücretlerin düşüklüğünün, sosyal güvenlik önlemlerinin çalışanları gelecek endişesinden kurtaramamasının, nihayet işçi kesimine hoş görünme amacı ile yapılan politik girişimlerin etkili olduğu söylenebilir.

İzlenen yanlış politikalar sonucu kabul edilen yasaların gerekçelerinde de ilginç ifadelere rastlanmaktadır. Örneğin kıdem tazminatının ülkemizde işsizlik sigortasının işlevini de yaptığı, hatta işçileri feshe karşı koruduğu ileri

sürülmüştür. Bu yüzden kıdem tazminatı hakkı yasal düzenlemelerle geliştirilirken işsizlik sigortasının kurulması geciktirilmiştir. Bunun gibi 1970'li yıllarda Avrupa ülkeleri iş güvencesini yasal bir çevreye kavuştururken ve 1980'li yılların başında ILO bu alanda sözleşme hazırlıkları yaparken Türk yasa koyucusu 1975 ve 1983 düzenlemeleri ile kıdem tazminatını genişletme yoluna gitmiştir. Bunun sonucu olarak Türk iş mevzuatı 1970'li yıllardan itibaren Avrupa ülkelerinde başlayan esnekleşme, iş güvencesi gibi konularda yaşanan gelişmelerin gerisinde kalmış, Batıda en eski sigorta dallarında biri olan işsizlik sigortasını ise ancak 2000 yılında uygulamaya koyabilmiştir.

Biz bu yazımızda kıdem tazminatının yasal çerçevesinden doğan sorunlara işaret ettikten sonra, çözüm arayışları üzerinde durmaya çalışacağız.

## 1. TÜRK İŞ MEVZUATINDAKİ BİÇİMİ İLE KIDEM TAZMİNATININ DOĞURDUĞU SORUNLAR

İş ilişkisinin sona ermesi ile ortaya çıkan bu

hakkın öncelikle işletmeler açısından önemli bir maliyet unsuru olduğu kuşkusuzdur. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde işçi çıkarmak zorunda kalan işletmelerin ödemek zorunda oldukları kıdem tazminatları gerek işçiler, gerek işletmeler açısından ciddi sorunlar doğurmaktadır. Bu nedenledir ki son elli yıl içinde işveren kesiminden kıdem tazminatları ile ilgili olarak şikayetler artmış ve yasal müdahaleler talep edilmiştir.

Ancak kıdem tazminatlarına ilişkin sorunlar sadece işveren kesimi ile sınırlı kalmamaktadır. Uygulamada kıdem tazminatı yükü ağırlaşıkça bu tazminattan yararlananların sayısının azaldığı görülmektedir. Bu olumsuz sonucun ortaya çıkmasında en büyük neden işverenlerin yasa hükümlerinden kurtulma çabalarıdır. Mevcut işsizlere çok sayıda yeni işsizlerin katıldığı bir ortamda işverenlerin kıdemli işçilerin yerine genellikle asgari ücretten yeni işçi almaları, bunları da olabildiğince kısa sürede yenileri ile değiştirmeleri; işyerinin hileli yollarla ödeme gücüne sahip olmayan kişilere devri, belirli (kısa) süreli iş sözleşmeleri ile işe alınan işçilerin işine son verilerek yenilerinin işe alınması, işyerlerindeki asıl işler bile çok sayıda alt işverenler arasında bölüştürülerek yasal yükümlülüklerden kurtulma çabaları bunlardan sadece birkaçıdır.

Nitekim 1962 yılında kısa adı ile Basın İş Kanunu'nda değişiklik yapılarak (Yasa no. 212) gazetecilerin kıdem tazminatlarının 30 güne çıkarılması ve bu tazminatın hesaplanmasında gazetecilerin meslekteki kıdeminin esas alınması, gazete işverenlerinin yoğun tepkisi ile karşılaşmış ve sonuçta basın işkolunda kıdem tazminatlarının ödenmesi ciddi bir sorun haline almıştır. Son 15 yıl içinde Türk ekonomisinde çok sık patlak veren bunalım dönemlerinde kapanan işyerlerinde çalışan işçilerin ne kadarının kıdem tazminatlarını alabildikleri bilinmemektedir. Özellikle tekstil işkolunda işçilerin bu haklarını tahsil aşamasında ciddi sorunlar yaşadıkları bilinmektedir<sup>1</sup>.

Ayrıca yavaş işleyen bir yargı sistemi ve kıdem tazminatı alacaklarının ücret niteliğinde olmaması nedeniyle öncelikli alacaklar arasında yer almaması sorunun boyutlarını büyüt-

mektedir. Öte yandan yargı yoluna başvuran işçi aylar süren çabalarının sonunda davayı kazansa bile, iflas eden bir işverenin diğer alacakları arasında kendisine sıra gelmemektedir. Özellikle devlet alacakları ile rehinli alacaklılar (özellikle bankalar) ve ücret alacaklarından sonra kıdem tazminatı alacaklısı işçiye genellikle bir şey kalmamaktadır. Özetle denilebilir ki ülkemizde kıdem tazminatının tahsilinde de ciddi sorunlar yaşanmaktadır.

## II. KIDEM TAZMİNATI SORUNUNA ÇÖZÜM ARAMA ÇABALARI

Kıdem tazminatının işletmelerin mali yükünü arttırması uzun süreden beri işveren kanadının şikayetlerine neden olmuş; bu nedenle soruna çözüm bulabilmek için çeşitli öneriler ortaya atılmıştır. Özellikle yeni yasal düzenlemelerle bu hakkın genişletildiği yıllarda bu öneriler sosyal politikanın gündemine oturmuş, yoğun tartışmalara neden olmuştur. Yeni iş yasalarında kıdem tazminatlarının yeni hükümlerle düzenlendiği veya mevcut yasal çerçevenin işçiler yararına genişletildiği yıllarda, haklı olarak, işveren kanadındaki şikayetler ve çözüm önerileri yoğunluk kazanmıştır. Nitekim sorunun ilk kez tartışması 1950'li yıllarda 3008 sayılı İş Kanunu'nda değişiklik yapılması ile başlanmış, o yıllarda toplanan İkinci Çalışma Meclisi'nde (1954) kıdem tazminatlarını karşılamak amacı ile bir fon kurulması önerilmiştir<sup>2</sup>.

Buna benzer bir durum 1960'lı yılların başında yaşanmıştır. Bu kez basın mesleğinde çalışanların kıdem tazminatlarının Milli Birlik Komitesi tarafından gazeteciler lehine genişletilmesi Üçüncü Çalışma Meclisi'nde (1962) gazete işverenlerinin yoğun şikayetlerine neden olmuş ve tıpkı 1950'lerde olduğu gibi fon önerisi yeniden gündeme getirilmiştir<sup>3</sup>.

Kıdem tazminatlarının yıllık tutarının 15 günlük ücretten 30 güne yükseltildiği 1975 yılında ise (Yasa no. 1927) işverenlerin yoğun tepkisi üzerine bu tazminata bir tavan konulması, ayrıca ve ilk kez yasal bir düzenleme ile bir fon kurulması öngörülmüştür<sup>4</sup>. Kurulacak fonun 'sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus' olacağı ve 'fon teşkili ile ilgili hususların kanunla' düzenlene-

ceği hükme bağlanmıştır. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlük süresi içinde fon teşkili ile ilgili olarak hazırlanan yasa taslakları işçi ve işveren kanatlarını tatmin etmekten uzak kalmış ve bu nedenle yasalaşamamıştır.

Kıdem tazminatı ile ilgili tartışmalarda sık sık dile getirilen işsizlik sigortası (1999-4447 sayılı Yasa) ve iş güvencesi (Yasa no. 4773 ve 4857) yasalarının Türk mevzuatına girmesinden sonra bu tazminat konusundaki tartışmalar yeniden ve bilindiği gibi 2004 yılında toplanan IX. Çalışma Meclisi'nin<sup>5</sup> gündeminde yer almıştır.

Bu konudaki tartışmalar günümüzde de devam etmektedir. Yaklaşık 60 yıldan beri ortaya atılan kıdem tazminatı ile ilgili çözüm önerilerini aşağıdaki noktalarda özetlemek mümkündür:

### 1. Kıdem Tazminatlarının İşsizlik Sigortası Kurularak Tamamen Kaldırılması

Bu çözüm önerisinin dayandığı temel düşünce kıdem tazminatının, niteliği gereği, işsizlik sigortasının işlevine sahip olmasıdır. İşten çıkarılan işçinin; yeni bir iş buluncaya kadar aldığı kıdem tazminatıyla geçimini sağlayacağı hususu bu görüşün esasını teşkil etmektedir. Ancak Türk mevzuatındaki düzenleme biçim ile kıdem tazminatı sadece işsiz kalan işçiye değil, başka nedenle de iş ilişkisi sona eren işçiye ödenmektedir. Bu yüzden bu tazminatın niteliği doktrinde tartışmalıdır<sup>6</sup>. Kanun tasarısında ise yasanın yürürlük tarihine kadarki kıdem hakları saklı kalmak üzere, kıdem tazminatının tamamen kaldırılması öngörülmüştür.

Bu çözüm biçimi işveren kanadında olumlu karşılanırken, işçi kanadının sert tepkisine neden olmuştur<sup>7</sup>. Bilim çevreleri de işsizlik sigortasının işlevi ile kıdem tazminatının niteliği arasındaki farklılığa işaret ederek tasarıya karşı çıkmışlardır<sup>8</sup>. Sonraki yıllarda özellikle işsizlik sigortası üzerinde tartışmalar devam etmiş ve en önemli gerekçe olarak kıdem tazminatı gösterilmiştir. Bu tartışmalar ve duraksamalar nedeniyle ülkemizde işsizlik sigortasının yasal bir düzenlemeye oturtulması gecikmiştir.

### 2. Kıdem Tazminatının Sosyal Sigortalar Bünyesinde Emeklilik İkramesine Dönüştürülmesi

İş ilişkisi sona erdiğinde, bazı koşullarda işverenin işçiye yaptığı ödemenin tazminat niteliğinde olamayacağı doktrinde savunulmuştur<sup>9</sup>. Bu görüşe göre yasal hakları ödenerek işten çıkarılan işçinin bir zararı olmadığı gibi işverenin de bir kusuru yoktur. Böylece tazminat kavramının öğeleri oluşmamaktadır. Ödenen para işçinin sadakatle çalışmasının bir ödülüdür. Bu tez kısmen taraftar bulmuş ve Yargıtayca da benimsenmiştir<sup>10</sup>. Ancak bu görüş günümüzde birçok yazar tarafından kabul edilmemektedir. Yüksek Yargı da 1948 yılında verdiği kararlar tazminat görüşünü kabul etmiştir<sup>11</sup>.

Kıdem tazminatının bir ikramiye olduğunu savunanların bir başka dayanağı ise kamu görevlilerine T.C. Emekli Sandığı tarafından ödenen emeklilik ikramiyesidir. Benzer bir kurumun sosyal sigortalar bünyesinde işçiler bakımından uygulamaya geçirilmesi ikinci İş Kanunu'nun (No. 931) hazırlık aşamasında işveren çevrelerce (Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği) ileri sürülmüştür. Ancak bu görüş paralelinde yasal düzenlemelere gidilmemiştir.

### 3. Yaşlılık Sigortasından Yararlanabilecek İşçilerin Kıdem Tazminatının Kaldırılması

İşçi sigortaları bünyesinde ihtiyarlık (yaşlılık) sigortasının kurulması, kıdem tazminatının 3008 sayılı Yasa'da düzenlenmesinden 13 sene sonra gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle, yaşlanması yüzünden işten çıkan veya işveren tarafından işten çıkarılan işçiye ödenen kıdem tazminatı ile ihtiyarlık sigortasından işçiye bağlanacak ödenekler arasında zaman zaman bir çelişki olduğu düşünülmüştür.

Nitekim 2.6.1949 tarihli İhtiyarlık Sigortası Kanunu'nda 'İhtiyarlık aylığından faydalanabilecek durumda iken işinden ayrılan veya çıkarılan sigortalılar hakkında İş Kanununun 13. maddesinin kıdemle mütenasip tazminata müteallik hükmü uygulanmaz' düzenlemesine yer

verilmiştir. Böylece yaşlılık aylığından yararlanabilecek işçilerin kıdem tazminatı hakları kaldırılmış oluyordu. Doktrinde bu düzenlemenin yanlış olduğu ısrarla ileri sürülmüş ve nitekim İhtiyarlık Sigortası Kanunu'nun ilgili hükmü 1951 tarihinde Yasadan çıkartılmıştır. Görülüyor ki Türk yasa koyucusu zaman zaman kıdem tazminatının işlevini yaşlılık aylığı ile de karıştırmıştır.

#### 4. Kıdem Tazminatının İşverenlerin Sorumluluğunda Bir Fondan Karşılanması

Kıdem tazminatı sorununun sosyal politika ilkelerine uygun, adil ve dengeli, kazanılmış haklara saygılı biçimde çözümlenebilmesi için önerilen çözüm yollarından biri de bu tazminatın işverenlerin sorumluluğu altındaki bir fondan karşılanmasıdır.

Fon önerisi yukarıda da açıklandığı gibi 1950'li yıllarda toplanan II. Çalışma Meclisinden günümüze kadar iş hukuku çevrelerinde hep tartışılmış, ancak sosyal taraflar arasında tam bir uzlaşmaya varılamamış bir konudur. Yaklaşık 60 yıllık bir süreçte bilim çevreleri ve çeşitli siyasal iktidarlar tarafından yasa taslakları hazırlanmış, bunlardan bazıları tek gündem maddesi ile toplanan çalışma meclislerinde ele alınmış, ancak bir sonuca ulaşamamıştır.

Kanımızca bu durumun başlıca üç nedeni vardır: Birincisi işçi kanadının gelişmiş bu haktan taviz vermeye yanaşmaması, mevcut durumun devam ettirilmesinden yana olmasıdır. Bu hususta işçi haklarına saygılı ve uzun vadede işçiler lehine sonuçlar doğuracak çözümler dahi işçi sendikaları tarafından tepki ile karşılanmıştır.

İkincisi işveren kanadı da son yıllarda kıdem tazminat fonu konusunda, yıllardan beri izlediği olumlu politikadan vazgeçmiş ve fon kurulmasına eskisi kadar sıcak bakmamaya başlamıştır<sup>12</sup>. Bu tutum değişikliğinin de nedenleri vardır: Özellikle işverenlerin fona ödeyecekleri primlerin oranı konusundaki çok farklı öneriler, geçmiş yılların tazminatları hakkında işverenlerin sorumluluğunun devam etmesi, kayıt dışı ekonominin giderek alanını genişletmesi;

yasalara saygılı işveren çevrelerini tereddüde sevk etmektedir.

Üçüncüsü fonun gerçekten yararları yanında sakıncalarının da bulunmasıdır. Bu nedenle fonla ilgili yasal düzenlemeler yapılırken işçi ve işveren kanatlarının görüşlerine başvurulması her iki tarafın beklentilerine olabildiğince cevap verecek formüllerin bulunması gerekmektedir. Bunun kolay olmadığı açıktır.

#### A. Kıdem Tazminatı Fonunun Yararları ve Olası Sorunları

##### a) Fonun Yararları

###### aa. İşçiler Bakımından

Yukarıda da açıklandığı gibi 70 yılı aşkın bir süreç içinde yasal düzenlemelerle geliştirilen kıdem tazminatı, iş ilişkisinin sona erdiği tüm hallerde işçiye ödenmemektedir. Örneğin sözleşmenin işçi tarafından feshi ya da işverenin işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı hareketleri nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi hallerinde işçi bu haktan yararlanamamaktadır. Halbuki fondan yapılacak ödemeler işçi için prim ödenmiş olan tüm hizmet sürelerini kapsayacaktır.

Öte yandan günümüzde, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde, işçi hak kazandığı kıdem tazminatını çeşitli nedenlerle tahsil edememektedir. Yukarıda da açıklandığı gibi işverenin iflası, ödeme gücüğü içine düşmesi halinde işçinin hukuki yollardan bu tazminatı elde etmesi kolay olamamaktadır. Devlet güvencesi altında kurulan bir fon bu sorunları bütünüyle çözebilecektir.

###### bb. İşveren Bakımından

Ülkemizde işçilik maliyetleri arasında kıdem tazminatı önemli paya sahiptir. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde toplu işçi çıkarımlarının yaşandığı yıllarda ödenmesi gereken kıdem tazminatları küçük işletmelerin mal varlığını aşmakta ve şirketlerin iflas etmesine neden olmaktadır. Bu durum örgütlü işveren kesimini daha çok etkilemektedir. Zira toplu sözleşmelerle çıplak ücretlere eklenen birçok sosyal yardım, yasa uyarınca kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaktadır. Her bir kıdem



## Fonun işçiye güven verebilmesi için devlet güvencesi altında kurulması, yönetiminde kesinlikle işçi ve işveren kanatlarına yer verilmesi ve siyasal iktidarların fon kaynaklarına göz dikmesi önlenmelidir.

yılı için ödenmesi öngörülen 30 günlük ücret ise hiçbir Avrupa ülkesinde yasal bir zorunluluk olarak mevcut değildir. 1975 yılında bir koalisyon hükümeti döneminde benimsenen 30 günlük ücret tutarı, işveren kanadının tepkisi üzerine, kısmen fondan karşılanma ve bu tazminata bir tavan koyma yolları ile dengelemeye çalışılmıştır. Ancak fon kurulması ile ilgili yasa bir türlü çıkarılamamıştır. Üst sınır ise ciddi tartışmalara neden olmuş, doktrindeki uyarılar paralelinde 1979 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş<sup>13</sup> ancak kısa bir süre sonra, 12 Eylül döneminde yeniden iş yasasına eklenmiştir<sup>14</sup>.

İşverenlerden toplanan primlerle finanse edilen bir fon, kıdem tazminatı yükü açısından işverenlerin kişisel sorumluluğunu ortadan kaldırdığı gibi, bu tazminatı tartışmalı yollarla sıvırlama çabalarına da ihtiyaç bırakmayacaktır.

### **b) Fonun Olası Sorunları**

İlk bakışta hem işçi, hem de işveren için yararlar sağlayacak olan kıdem tazminatı fonu bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Özellikle fonun kurulma aşamasında bazı ilkelere benimsenmesi, aktüerya hesaplarının özenle yapılması gibi hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir.

Gerçekten ilk önemli sorun işverenlerin ödeyecekleri prim oranında ortaya çıkmaktadır. Son 30 yılda hazırlanan yasa taslaklarında veya yapılan tespit çalışmalarında çok farklı oranlara ulaşılmıştır. Bu oranın saptanmasındaki güçlük kıdem tazminatını oluşturan öğelerin çok farklı ve değişken olmasından kaynaklanmaktadır. Ücret ve ekleri, işçinin kıdemi sürekli değişmektedir. Ayrıca fonun yasanın çıkmasından önceki kıdemleri de kapsayıp kapsamaya-

cağı çok büyük önem taşımaktadır ve yapılan hesapları güçleştirmektedir.

Öte yandan fonun yürürlükteki mevzuata göre kıdem tazminatına hak kazandırıcı altı nedenin tümünü mü, bir kısmını mı, yoksa sadece yaşlılık ve ölüm hallerini mi kapsayacağı aktüerya hesaplarında prim miktarının tespitinde önem kazanmaktadır.

Fonun işten çıkarmaları arttırması ve işçi lehine kötüye kullanılması olasılığı da gözden kaçırılmamalıdır.

Nihayet Fon'un işçiye güven verebilmesi için devlet güvencesi altında kurulması, yönetiminde kesinlikle işçi ve işveren kanatlarına yer verilmesi ve siyasal iktidarların fon kaynaklarına göz dikmesi önlenmelidir.

### **B. Kıdem Tazminatı Fonu Konusunda Çalışmalara Kısa Bir Bakış**

Yukarıda da değindiğimiz gibi kıdem tazminatı hakkının işçi yararına genişletildiği yıllarda bu ödemenin bir fondan yapılması önerileri güncellik kazanmıştır.

#### **a) 1927 Sayılı Yasada Öngörülen Kıdem Tazminatı Fonu ve Fonla İlgili Olarak Hazırlanan İlk Taslak**

1475 sayılı İş Kanunu'nun son iki fıkrası kurulması düşünülen fona ayrılmıştır. Buna göre 'İşveren sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm, ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak kaydıyla' bir fon kurulacaktır. Fonun devlet ve kanunla kurulu kurumlarda ya da yüzde elliden fazlası devlete ait bir bankada kurulabileceği ayrı fıkrada öngörülmüştür. Fonun kurulması ile ilgili hususların ayrıca çıkarılacak bir kanunla düzenleneceği de son bir fıkra olarak 14. maddeye eklenmiştir<sup>15</sup>.

Fonla ilgili bu ilk düzenleme işveren kanadını tatmin etmekten uzak kalmıştır<sup>16</sup>. Zira o tarihlerdeki mevzuata göre işçiye kıdem tazminatı hakkı veren beş nedenden sadece ikisi burada zikredilmiştir. İşverenlerin iş sözleşmesini feshetmesi, işçinin askere gitmesi veya haklı nedenlerle iş ilişkisini sona erdirmesi hallerinde kıdem tazminatının işveren tarafından ödenmeye devam edeceği anlaşılmıştır. Halbuki işverenler tüm kıdem tazminat hakkını doğuran

halleri kapsayan bir fon kurulmasını istemekte, hatta işçilerin önceki yıllardaki hizmetlerinin de bu fondan karşılanmasını istemektedirler.

Fonun kurulup işlemeye başlayabilmesi için yeni bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu 1927 sayılı Yasa'da açıkça belirtilince Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı da hemen fon kurulmasına ilişkin yasa taslağının hazırlıklarına başlamıştır.

1976 yılında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan bir taslakta fonun adı geçen Bakanlık bünyesinde kurulması ve yönetilmesi esas benimsenmiştir. Aynı taslakta fon uygulamasının tüm iş yasalarına bağlı olarak çalışanları kapsadığı ve işverenlerin her ay bu tazminata esas olan ücretin %10 oranında prim ödemeleri öngörülmüştür. Ancak taslakta fon uygulamasının işçinin tüm hizmet süresini karşılayıp karşılamayacağı, %10 prim oranının nasıl hesaplandığı, fonun Sosyal Sigortalar Kurumu dururken niçin Bakanlık bünyesinde kurulması cihetine gidildiği gibi sorulara cevap veremediği görülmüştür<sup>17</sup>.

#### **b) VII. Çalışma Meclisi'ne (1984) Sunulan Kıdem Tazminatı Fon Taslağı**

1984 yılında tek gündem maddesi ile toplanan VII. Çalışma Meclisi'nde de kıdem tazminatı sorununa çözüm aranmış ve hazırlanan yeni bir taslak üzerinde tartışmalar cereyan etmiştir<sup>18</sup>.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan bu taslakta, fon çerçevesinde ödenecek kıdem tazminatlarını İş Kanunu'ndaki esaslara uygun olarak sınırlı tutmuş ayrıca bu fondan yararlanabilmek için işçinin hizmet süresinin 15 yıl veya daha az olma koşulunu getirmiştir (Taslak, m.13). Buna mukabil fon kapsamına T.C. Emekli Sandığı'na tabi olan memurlar da alınmıştır. Böylece fonun kapsamı bir yandan daraltılırken, diğer yandan genişletilmiştir.

Aynı taslakta fon yönetiminin nasıl olacağı daha sonra çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür (m.24). Hizmet süresi 15 yıl veya daha az olanlar için işverenlerin geçmiş kıdem süreleri için borçlanmaları da taslakta yer almış, ödenecek primlerin alt ve üst sınırları belirlenmiştir (m.9). Böylece prim miktarı oransal olarak değil, miktar olarak be-

lirlenmiştir. Örneğin üst sınır 'en yüksek devlet memuruna bir hizmet yılı içinde ödenecek azami emeklilik ikramiyesinin otuzda biri' olarak kabul edilmiştir.

Fonun ödemek zorunda olduğu kıdem tazminatı da taslakta sınırlanmıştır. Fon, işveren tarafından ödenen prim ve faizlerin eklenmesiyle bulunacak meblağ kadar sorumlu olacak, şayet işçinin kıdem tazminatı daha fazla hesaplanacak olursa aradaki farktan işveren sorumlu olmaya devam edecektir.

Bu taslağın bir başka özelliği de (m.21) fona ödenen kıdem tazminatı primlerinin vergi matrahlarından gider olarak indirilmesini açıkça benimsemiş olmasıdır.

#### **c) 4857 sayılı Yasa Çalışmaları ve IX. Çalışma Meclisi'ne Sunulan Fon Taslağı**

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun bir Bilim Kurulu tarafından hazırlandığı bilinmektedir. Bu hazırlıklar sırasında kıdem tazminatını da kapsayan yeni bir iş yasasının hazırlanması Kurulun ilke kararları arasında yer almıştır. Ancak bu konuda işçi ve işveren örgütleri arasında, hiç olmazsa ana yaklaşımlar üzerinde, bir uyum sağlanması arzu edilmiş ve bazı girişimler yapılmıştır.

Ancak çıkar gruplarından bu konuda en ufak bir işaret alınmamıştır. Bunun üzerine Bilim Kurulu sorunu siyasal otoritenin tercihine bırakmıştır. Bununla beraber şayet hükümet kıdem tazminatı ile ilgili bir fon kurulmasını uygun bulursa, ona yardımcı olmak üzere, bir fon taslağı hazırlamış ve iş yasası taslağı ile birlikte hükümete sunmuştur (2002).

Tasarı TBMM'ne sevk edilmeden önce hükümetin bu konudaki girişimleri de sonuç veremeyince, tasarıya bir geçici madde eklenmiş ve 'Kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonu kurulur. Kıdem tazminatı fonuna ilişkin kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır.' (Geçici m.6) denilmiştir.

Şu halde 1975 yasal düzenlemesinde olduğu gibi 2003'te de Türk yasa koyucusu kıdem tazminatı sorununun çözümünde fon modelini benimsemiş olduğu söylenebilir. Fon yasası

çıkıncaya kadar eski iş yasası hükmü (m.14) uygulanmaya devam edecektir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 2004 yılında toplantıya çağırdığı IX. Çalışma Meclisi iki gündem maddesinden birini kıdem tazminat konusuna ayırmıştır. Ancak bu kez Bakanlık bu meclise yeni bir taslak sunmamış, tartışmaların Bilim Kurulu tarafından hazırlanan taslak üzerinde cereyan etmesini tercih etmiştir.

#### *aa. Bilim Kurulu'nca Hazırlanan Taslağın Esasları*

Taslak, tüm iş yasalarına bağlı olarak çalışan işçileri kapsamaktadır (m.2/I) ve fon yasasının yürürlük tarihinden sonraki hizmet sürelerine ilişkin kıdem tazminatlarının bu fondan ödeneceğini öngörmektedir (m.2/II). Başka bir ifade ile fon kurulması ile ilgili yasanın yürürlük tarihinden önceki hizmet sürelerinin tazminatı eski iş kanununun (1475) 14. maddesi çerçevesinde işverenlerce ödenmeye devam edecektir.

Fon, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı idari ve mali özerkliğe sahip bir tüzel kişilik olarak ve devlet güvencesi altında bulunacaktır (m.3/I,II). Fon gelirleri hükümetler tarafından başka amaçlarla kullanılmaması için bütçe kapsamı dışında bırakılmış, bu gelirlerden 'hiçbir şekilde kesinti' yapılamayacağı ve 'genel bütçeye gelir' kaydedilmeyeceği hükme bağlanmıştır (m.3/III). Fon Başbakanlık Yüksek Denetleme kurulu yanında, üçer aylık dönemler halinde, yeminli mali müşavirler tarafından da denetlenecektir.

Fon'un yönetimi dört kişilik bir kurula bırakılmıştır. Bakanlığın bir temsilcisi (başkan) yanında en fazla işvereni temsil eden işveren konfederasyonu tarafından seçilen iki temsilci ile aynı niteliğe sahip işçi konfederasyonunca seçilmiş bir temsilci bu kurulda görev alacaklardır.

Fon kapsamına giren işçilerin ayrıca bildirilmesine gerek kalmayacaktır. Zira Sosyal Sigortalar Kurumuna yapılan bildirimler fon bakımından da geçerli olacaktır.

Kıdem tazminatına hak kazanma, fon yasasının yürürlük tarihinden sonraki hizmetler için yeniden düzenlenmiştir (m. 7). Buna göre işçinin bu hakkı kazanabilmesi için aşağıdaki durumlardan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir:

- İşçinin yaşlılık, malullük veya toptan ödeme almak amacı ile iş sözleşmesini feshetmesi,
- İşverenin feshinde de işçinin hak kazandığı yaşlılık, malullük ve toptan ödeme almak için ilgili kuruma başvurması,
- İşçinin ölümü halinde hak sahiplerinin başvurması,
- Adına en az 10 yıl prim ödenen işçinin isteği.

Denilebilir ki bu taslağa göre fon çerçevesinde kıdem tazminatı işçiye ancak uzun vadeli sigortalardan hak kazanma halleri ile vefat ve en az 10 yıldan beri kendisi için prim ödenmesi koşulları çerçevesinde ödenebilecektir.

Fon tarafından ödenecek kıdem tazminatının miktarı (m.8) 'fona prim ödenmiş olan her tam yıl için prim hesabına esas olan ücretin otuz günlük tutarı'dır. Prime esas alınacak ücret ise Taslakta ayrıca düzenlenmemiştir. O tarihlerde yürürlükte olan 506 sayılı Yasa'nın 77 ve 79. maddelerine bu hususta yollama yapılmıştır (m.13/II). Primlerin tahsili Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından yapılacak ve tahsil edildiği ayı izleyen ayın 15'ine kadar fona aktarılacaktır (m13/son). İşverenler ödedikleri primleri kazançlarından gider olarak gösterebilecekler ve prim yükümlülüğü nedeniyle işçilerin ücretlerinden herhangi bir indirim veya bir kesinti yapamayacaklardır (m.13/IV,V).

İşverenlerce fona ödenecek aylık prim miktarı prime esas aylık kazancın %3'ünü geçemeyecek ve kesin oran fon yönetiminin önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'nca belirlenecektir.

#### *bb. Bilim Kurulu'nca Hazırlanan Taslak Hakkında Kişisel Bir Değerlendirme*

Bilim Kurulu yeni bir iş yasası hazırlıklarını yaparken yıllardan beri çeşitli sorunlar yaratan kıdem tazminatına da geçerli ve adil bir çözüm getirmeyi amaçlamıştır. Üstelik eski yıllardan farklı olarak 4447 sayılı Yasa (1999) ile işsizlik sigortasının Türk mevzuatına kazandırıldığını ve yeni iş yasası ile iş güvencesinin 158 sayılı ILO Sözleşmesi esas alınarak iş hukukumuzda gireceğini dikkate almıştır.

Sosyal politika açısından işçiler yararına kaydedilen bu iki önemli gelişme ile birlikte kıdem tazminatına çözüm bulunması da birçok hukukçu tarafından önceki yıllarda ifade edil-

miştir. Zira ülkemizde kıdem tazminatı işçiler lehine geliştirilirken işsizlik sigortasının Türk sosyal güvenlik sisteminde yer almadığı, iş güvencesinin ise işverenlerin benimsemekte güçlük çektikleri bir husus olduğu hatırlatılmıştır. Her iki konuda da ilk adımlar atılırken kıdem tazminatına da adil bir çözüm bulunması gerektiği ileri sürülmüştür.

Sorunun bir fon kurularak çözüme bağlanması yasa koyucular kadar bilim çevrelerinde de benimsenmiştir. Ancak fonun işlevi, kapsamı, yönetimi, işverenlerin prim oranları hep tartışma konusu olmuştur, ancak yasa taslakları hazırlanırken ciddi aktüerya hesaplarına başvurulmamıştır.

Kanımızca bu çalışmaların en gerçekçi olanı Bilim Kurulu tarafından hazırlanan taslaktır. Zira:

- Fon yasasının yürürlüğe girmesinden önceki hizmet süreleriyle ilişkili kıdem tazminatlarını işverenler ödemeye devam edeceklerdir<sup>19</sup>.

dukça sıkı yasaklamalar konulmuştur. Bunların bir süre faydalı olduğu görülmüştür. Ancak son yıllarda hükümetin, parlamentodan geçirdiği yasalarla İşsizlik Sigortası Fonu'nun nemalarını farklı amaçlarla kullandığı görülmektedir. Bu koşullar altında kıdem tazminatının bir fondan karşılanmasının devlet güvencesi altında olması önem kazanmaktadır. Nitekim Taslağın 3. maddesinde bu hususa açıkça yer verilmiştir.

- Kıdem tazminatları fon yasasının yürürlüğe girmesinden sonraki hizmetler için esas itibarıyla yaşlılık, mamullük ikramiyesine dönüşmekte, işçinin vefatı veya adına 10 yıl prim ödeme bu kuralın istisnası olarak Taslakta yer almış bulunmaktadır. Bu son iki istisnadan en fazla tartışmaya elverişli olanı 'adına 10 yıl fona prim ödenen işçinin' isteği halinde kıdem tazminatlarını alabilmesidir. Kanımızca işçinin yaşlılık aylığına hak kazanması son yıllarda yapılan yasal düzenlemelerle giderek zorlaştırılmıştır. Bu nedenle işçi henüz çalışmakta

## Başta sosyal sigortaların fonları olmak üzere, yasalarla kurulan fonlara birçok siyasal iktidar likit para ihtiyacı için başvurmuş, bu yüzden fonlara karşı güvensizlik duygusu yaygınlaşmıştır.

Böylece zaman geçtikçe işverenlerin kıdem tazminatı yükleri azalırken, fon ödemelerinin kapsamı genişleyecektir. İşçilerin toplam hizmetlerini karşılayan bir fon için geriye dönük işverenlerin fona borçlanması, sistemi işlemez hale getirmekte, aktüerya hesaplarını güçleştirmektedir.

- Fon'un yönetiminin idari ve mali yönden bağımsız bir kuruluşa bırakılması, yönetim kurulunda işçi ve işveren kanatlarının temsil edilmesi, fon gelirlerinin bütçeye gelir kaydedilmemesi, ayrıca yeminli mali müşavirlerin denetimine açık olması kuşkusuz olumlu düzenlemelerdir. Bilindiği gibi başta sosyal sigortaların fonları olmak üzere, yasalarla kurulan fonlara birçok siyasal iktidar likit para ihtiyacı için başvurmuş, bu yüzden fonlara karşı güvensizlik duygusu yaygınlaşmıştır. 4447 sayılı Yasa ile İşsizlik Sigortası Fonu kurulurken bu konuda ol-

iken bu tazminatı, belirli koşullarla almaya hak kazanabilmelidir. Ancak bu sürenin 10 yıl mı yoksa daha uzun bir süre mi olması gerektiği bilimsel verilere göre aktüerya hesapları ile ortaya konulmalıdır.

- Kıdem tazminatının miktarı da bu taslakta çok farklı hükümlerle düzenlenmiştir. Taslağın 8. maddesine göre 'işçilere veya hak sahiplerine fona prim ödenmiş her tam yıl için prim hesabına esas olan ücretin otuz günü tutarında' kıdem tazminatı ödenecektir.

- Prim oranı taslakta, yukarıda belirtildiği gibi 'aylık kazancın %3 ünü geçmemek' üzere Bakanlar Kurulu'nca saptanacaktır. Daha önceki yıllarda hazırlanan taslaklarda da farklı prim oranları benimsenmiş idi. Kanımızca bu önemli konunun bilimsel çalışmalar sonucu çözüme bağlanması en doğru olanıdır. İşçi – işveren ve hükümet kanatları tarafından belirlenmiş uzman elemanlar (aktüerler) bu konuda bilimsel

bir çalışma sonucu bu oranı belirleyebilirler. Bu durumda tasarıda olduğu gibi %3'ü geçme koşulu kanımızca isabetli olmayabilir.

- Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kayıtların tutulmasından, fonların toplanmasından, fona aktarılmasından sorumlu tutulması kanımızca isabetlidir. Bazı tasarlarda olduğu gibi Bakanlık bünyesinde bir birim oluşturmak; masrafları arttırması bir yana, sistemin işleyişini zorlaştırmaktan başka bir işe yaramayacaktır.

- Fon tarafından ödenecek kıdem tazminatları, işçilerin değişik işverenlere ait işyerlerinde toplam hizmetlerini karşılayacağı gibi iş ilişkisinin hangi nedenle sona erdiğine de bakılmayacaktır.

- Kıdem tazminatına hak kazanan işçinin bu hakkını tahsil edememe ihtimali ortadan kalkacaktır. Zira fon, yukarıda da belirtildiği gibi devletin güvencesi altında faaliyet gösterecektir.

- Kıdem tazminatının bir fonda karşılanması kuşkusuz yıllardan beri devam eden ciddi bir soruna çare bulma anlamına gelecek ve bir reform niteliğini taşıyacaktır. Bilimsel verilere göre yapılacak bu çalışmalarda çıkar grupları ile yakın temas içinde bulunulması kuşkusuz yararlı olacaktır. Ancak karşıt grupların her önerisinin dikkate alınma zorunluluğu yoktur.

- IX. Çalışma Meclisi'ndeki görüşmelerde olduğu gibi<sup>20</sup> işçi ve işveren kesimleri çok şikayet ettikleri kıdem tazminatı sorununa somut bir çözüm bulamıyorlarsa, sorun siyasal iktidar tarafından bilimsel verilere dayalı olarak çözüme bağlanmalıdır.

- Kıdem tazminatı reformu bu çerçevede yapılırken on yıla yaklaşan deneyimlerin ışığında 4857 sayılı Yasa'nın iş güvencesi hükümleri ile 4447 sayılı Yasa'nın işsizlik sigortası hükümleri de aynı kanun tasarısı çerçevesinde gözden geçirilmeli ve yeniden düzenlenmelidir.

- Kıdem tazminatının bir fondan karşılanmasının ILO'nun iş güvencesine ilişkin 158 sayılı Sözleşmesi'nin 12. maddesinde de öngörüldüğü unutulmamalı ve bu konuda yapılacak bir düzenlemenin uluslararası normlara da uygun olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

- Yaşlılık, malullük, ölüm dışında işçilerin

## İşsizlik Sigortası Fonu'nun yasa ile amaç dışı kullanılması fon önerisini ciddi biçimde etkilemiştir.

bazı koşullarla bu fondan kıdem tazminatlarını alabilmesi veya onlara kredi verilebilmesi yapılacak aktüerya hesaplarına bağlanmalıdır.

### SONUÇ

Altmış yıla yakın bir süreden beri ülkemizde kıdem tazminatı bir sorun olarak tartışılmaktadır. Bu süre içinde sorunun çözümü için çok sayıda çözüm önerisi ortaya atılmış, tartışılmış, hatta sırf bu sorunu görüşmek üzere çalışma meclisleri toplanmıştır.

Çözüm önerileri arasında üzerinde en fazla durulan; bu tazminatın devlet güvencesi altında, işverenlerin sorumluluğunda bir fondan karşılanmasıdır. Sistemin işleyişini sağlam bir zemine aktarabilmek, aktüerya hesaplarını bilimsel esaslar göre yapabilmek için olabildiğince basit bir modele ihtiyaç vardır. Bunun için fonun işçilerin tüm hizmet sürelerine ilişkin kıdem tazminatlarından değil, fon yasasının yürürlük tarihinden sonraki hizmet süreleri ile sınırlı tutmakta zorunluluk vardır.

Fon yasa taslağı hazırlanırken hukuki çalışmalar yanında aktüerya hesaplarının da bilimsel esaslara göre yapılması gerekmektedir. Bu çalışmaların tümünde açıklık ve üçlü yapılanmaya önem verilmelidir. Zira özellikle işçi kanadı kazanılmış haklar, primlerin ödenmesi, yada toplanan paraların amaç dışı kullanılması gibi konularda, haklı olarak, çok duyarlı bir tutum içindedir. Fon kurulurken bu gerçek göz ardı edilmemelidir.

1980'li yıllardan beri bu soruna çözüm aranırken doktrinde işsizlik sigortası, iş güvencesi ve kıdem tazminatının bir arada ele alınması çok sayıda hukukçu tarafından dile getirilmiştir.

İş güvencesi yeni iş yasası ile işsizlik sigortası 4447 sayılı Yasa ile Türk mevzuatına geçirilmiştir. Ancak geride kalan 10 yıla yakın sürede bu iki konuda da ciddi yetersizlikler bulunduğu anlaşılmıştır. Örneğin iş güvencesinde 30 işçi

## Kıdem tazminatı reformu yapılırken 4857 sayılı Yasa'nın iş güvencesi hükümleri ile 4447 sayılı Yasa'nın işsizlik sigortası hükümleri aynı kanun tasarısı çerçevesinde gözden geçirilmeli ve yeniden düzenlenmelidir.

ölçütü uygulama alanını çok sınırlamaktadır. İşsizlik sigortasından yararlanma koşulları çok ağırdır. Sağlanan ödenekler ise çok yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle kıdem tazminatı fon tasarısı ile birlikte bu yasalardaki yetersizlikler de giderilmelidir.

Öte yandan İşsizlik Sigortası Fonu'nun yasa ile amaç dışı kullanılması fon önerisini ciddi biçimde etkilemiştir. Zira fonlara karşı ileri sürülen güvensizliklere yanıt olarak 4447 sayılı yasadaki güvenceler ve biriken fonlar gösterilmiştir. Fon kaynaklarının yaşanan ekonomik krize özgü bir nedenle amaç dışı kullanıldığı kabul edilmeli ve mevcut uygulamalara yasa ile son verilmelidir. Fonla ilgili yasal düzenlemeye de fonun kesinlikle amaç dışı kullanılamayacağına ilişkin açık hükümler konulmalıdır.

Kanımızca artık kıdem tazminatı sorununa bir çözüm bulma zamanı gelmiştir.

### DİPNOTLAR

- 1 Başoğlu, Mustafa, IX. Çalışma Meclisi (15-16 Eylül 2004)'nde yaptığı konuşma, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 9. Çalışma Meclisi, Ankara, 2005, s. 107, aynı toplantıda Yusuf Engin'in konuşması, s. 111.
- 2 Saymen, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 604.
- 3 Baydere, Fuat, 'İş Mevzuatına Tesirleri Bakımından Çalışma Meclisleri' Sosyal Siyaset Konferansları, Cilt XVII, İstanbul 1966, s. 219.
- 4 Kutal, Metin, 'Çalışma Mevzuatında Yapılan Son Değişiklikler', İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt XXII, Sayı 5, s. 208-215.
- 5 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 9. Çalışma Meclisi, Ankara, 2005, s.180.
- 6 Narmanlıoğlu, Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1973, s. 324-338; Süzek, Sarper, İş Hukuku; İstanbul, 2008, s. 679.
- 7 Narmanlıoğlu, Ünal, a.g.e, s. 347, 348.
- 8 Kutal, Metin, 'İşsizlik Sigortası-Kıdem Tazminatı

Konularındaki Tartışmalar' İktisat ve Maliye Dergisi, c. XIV, sayı 11, Şubat 1968, S. 460-462; Oğuzman ve Kutal'ın görüşleri için Cumhuriyet Gazetesi, 15.1.1968.

- 9 Saymen, Ferit Hakkı, a.g.e., s. 590-592.
- 10 Yargıtay, 11.10.1947, E. 62, K. 309.
- 11 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları: 3.11.1948 tarih ve 11/7 sayılı; 14.12.1949 ve 19/5 sayılı kararları.
- 12 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, a.g.e., s. 139-142.
- 13 Anayasa Mahkemesi'nin 14.4.1979 tarihli kararı için bkz. M. Kutal, 'Kıdem Tazminatının Üst Sınırı Kalkarken Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar', İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt XXVII, Sayı 1, Nisan 1980, S. 42-48.
- 14 Kutal, Metin, 'Kıdem Tazminatına Yeniden Üst Sınır Getirilirken' İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt XXVII, sayı 7, Ekim 1980, s. 261-267.
- 15 Reisoğlu, Safa, 1927 sayılı Yasa Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara, 1976, s. 62; Cukruk, Mahmut; Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara 1978, s. 65-70; Kutal, Metin; '1927 sayılı Yasanın Getirdiği Yenilikler ve Doğurduğu Sorunlar', Peryön Semineri'ne sunulan tebliğ, İstanbul 1975, s. 4-16.
- 16 MESS, Bülten, Aralık 1976, s. 1, 2 (Oğuzman, Elbir; Bursal ve Ekonomi'nin görüşleri).
- 17 Kutal, Metin, 'Kıdem Tazminatı Fonu Kanun Tasarısı' Peryön tarafından düzenlenen toplantıya sunulan tebliğ, İstanbul 1976, s. 5-13, 33-47, 'Kıdem Tazminatı Fonu Kanun Tasarısının Sorunları', İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt XXIII, sayı 3, Haziran 76. S. 130-136.
- 18 Kutal, Metin, 'VII. Çalışma Meclisi ve Kıdem Tazminatı Fon Taslağı', İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt XXXI, sayı 5, Ağustos 1984, s. 219-225; aynı Yasa, 'Kıdem tazminatı Fon Taslağı Hakkında Düşünceler', aynı dergi, Cilt XXXI, sayı 6, Eylül 1984, s. 251-258.
- 19 Kutal, Metin, Kıdem Tazminatı Sorununun Çözümü İçin Bir Model Önerisi, İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt XXVIII, sayı 12, Mart 1982.
- 20 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, a.g.e., s. 99-160, Sonuç Bildirgesi için bk. aynı eser s. 164.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Anayasa Karşısında Boşta Kalınan Süreye İlişkin Ücreti Sınırlama

## 1. GİRİŞ

İş güvencesi hükümleri, işçi yararına getirilmiş düzenlemeler içinde yer alır. Gerçekten, yasal iş güvencesi, Anayasa'yla tanınmış ve güvence altına alınmış bulunan çalışma hakkını (Ay. m. 49/I) somutlaştıran, yani onu yaşama geçirecek olan mekanizmalardandır<sup>1</sup>. Bu bağlamda, sosyal devlet ilkesini (Ay. m. 2) benimsemiş olan Devlet, iş güvencesi düzenlemelerini çalışma hakkının doğal bir uzantısı olarak gerçekleştirmek durumundadır.

İşe iade sonrasında boşta kalınacak süreye ilişkin ücretin miktarına ilişkin olarak getirilen sınırlamanın ise, iş güvencesi düzenlemeleri arasında yer almasına karşın, iş güvencesinin işçi yararına işleyip işlemediği sorgulanmaya başlanmıştır. Nitekim, buna ilişkin İş K. m. 21'deki düzenleme, itiraz üzerine Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiş ve Anayasa Mahkemesi de, bunun üzerine konuya ilişkin görüşünü yakın geçmişte açıklayarak, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>2</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin bu yoldaki görüşü daha önce kamuoyuna duyurulmuştu. Ancak, buna ilişkin gerekçeli karar Resmi Gazete'de yayımlanmadığı için, daha

önce tartışma olanağı doğmamıştır. 2005 yılında doğan uyuşmazlığa ilişkin gerekçeli kararın tam dört yıl sonra (2009 yılının sonuna doğru) yayımlanmış olması ise, bir kez daha yüksek yargı organına karşı yöneltilen bu yoldaki eleştirilerin haklılığını göstermeye yetmektedir.

## II. BOŞTA KALINAN SÜREYE İLİŞKİN ÜCRETİN SINIRLANMASI

### 1. 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Düzenleme

#### a) Düzenlemenin İçeriği

İş güvencesini sağlama işlevini üstlenmiş bulunan 4857 sayılı İş Kanunu; feshin geçersizliğine mahkeme tarafından karar verildiği takdirde, söz konusu kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödenmesini (m. 21/III) ve bunun aksinin sözleşmeyle kararlaştırılamaması esasını benimseyip, aksi yöndeki sözleşme hükümlerinin hukuken geçersiz olacağını belirtmiştir (m. 21/son).

### b) Düzenlemenin Amacı

İş K. m. 21/III hükmüyle izlenen amaç, dört aylık ücret miktarının (bireysel veya toplu) iş sözleşmesiyle aşılmasını önlemek suretiyle, kamu düzeninin korunmasıdır. Nitekim, anılan hükmün kamu düzenine yönelik niteliği, dört aylık ücret sınırlamasının aksinin sözleşmeyle kararlaştırılmayacağını ve aksi takdirde, bu yöndeki sözleşme hükümlerinin hukuken geçersiz olacağını bizzat yasa hükmüyle (İş K. m. 21/son) öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Böylece, yasakoyucu, dört aylık ücret miktarının sözleşme hükümleriyle aşılmasını kamu düzenine yönelik bir tehlike olarak kabul etmiş bulunmaktadır.

Ancak, yasakoyucu, aksine sözleşme hükümlerinin kabul edilmesine karşı herhangi bir cezai yaptırım öngörmüş değildir. Bununla birlikte, bir hükmün kamu düzenine yönelik olması, mutlaka onun cezai yaptırımla güvencelemesini zorunlu kılmadığı da, belirtilmesi gereken ayrı bir husustur.

Diğer yandan, boşta kalınan süreye ilişkin dört aylık ücret sınırlamasının, işçi aleyhine olduğu ve bu esasın işçi lehine sözleşmeyle kararlaştırılabilmesi, söz konusu değildir. Çünkü, kamu düzeninin söz konusu olduğu bir durumda, artık hükmün işçi aleyhine bulunduğundan söz etme olanağı ortadan kalkmakta; taraf çıkarlarının yerini, kamunun korunması düşüncesi almaktadır.

### c) Düzenlemenin Özü

İş K. m. 21/III hükmünün özü, temelde iki hususun açıklanmasına bağlı görünmektedir. Bunlardan biri, sınırlamanın niçin dört aylık bir süreye tabi tutulduğu ve diğeri de, böyle bir sınırlamayla neyin amaçlandığıdır.

İşe iade sırasında hükmedilecek boşta kalınan süreye ilişkin ücrete getirilen dört aylık sınırlama, miktar bakımından, işe iade süreci için yasa da dört aylık bir sürecin öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim, feshin geçersizliğine ilişkin yargı kararının kesinleşmesi, yasa hükmü (İş K. m. 20) uyarınca, toplam dört aylık bir sürecin işletilmesine bağlı bulunmaktadır.

Gerçekten, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde neden gösterilmediği veya

gösterilen nedenin geçerli bir neden olmadığı ileri sürerek, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açacak; söz konusu dava, seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılacak ve Yargıtay da, anılan kararın temyiz edilmesi durumunda, bir ay içinde kesin olarak karar verecektir (İş K. m. 20/I ve III). Böylece, işe iadeye ilişkin kararın ortaya çıkıp kesinleşmesi; görüldüğü üzere, toplam dört aylık bir sürecin tüketilmesine bağlı bulunmaktadır. Bu itibarla, yasakoyucu, belirtilen sürecin düzgün bir biçimde işletileceğini varsayarak, işçinin ancak dört ay boşta kalacağını ve dört ay sonra önceki işine geri dönebileceğini düşünmüş; buna göre de, boşta kalınan süreye ilişkin ücret miktarını, dört aylık ücretle sınırlamıştır.

Yasakoyucunun niçin boşta kalınan süreye ilişkin ücret miktarını sınırlamaya gereksinme duyduğuna gelince; bunu, ancak taraflar arasında gözetilmek istenen çıkarlar dengesi düşüncesiyle açıklamak, doğru ve yerinde olacaktır. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanunu, işçilere esas olarak iş güvencesini getirme düşüncesini taşımaktadır. Ancak, bu güvencenin sınırsız olması işveren kesiminin çıkarlarını ortadan kaldıracığı için; bir yandan yasal iş güvencesi tanınırken, diğer yandan söz konusu güvenceyi sınırlamak suretiyle, tarafların karşılıklı çıkarları dengelenmeye çalışılmıştır.

Bu dengenin adil biçimde kurulup kurulmadığı ise, ayrı bir tartışma konusu olup; önemli ölçüde, getirilen sınırlamanın makul bulunup bulunmadığına bağlıdır. İşte, buradan hareketle yasakoyucunun, dört aylık süreye ilişkin sınırlamayı "makul" bulduğu söylenmelidir.

## 2. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

### a) Anayasa'ya Aykırılık İtirazı

Uygulamada işe iade davalarının çoğu kez dört aylık süre aşılarak sonuçlanması olgusu, Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmasına yol açmıştır. Nitekim, Kartal Birinci İş Mahkemesi, İş K. m. 21/III hükmündeki ".. en çok dört aya kadar .." ibaresinin Anayasa'nın 2, 5, 11, 49 ve 60 ıncı maddelerine aykırı olduğunu iddia ederek, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.



Anayasa'ya aykırılık savında bulunan mahkeme, işe iade davalarının dört aylık süre içinde bitirilemeyeceğini gerekçe edinmek suretiyle, bu durumdan işçinin çeşitli yönlerden mağdur olacağı sonucunu çıkarmaktadır. Nitekim, itirazda bulunan mahkemeye göre:

".. ülkemiz mahkemelerindeki ve özellikle de büyük şehirlerdeki İş Mahkemelerinin iş yükü nazara alınmadan yasa maddesi olarak yasaya konulan bu hüküm bu davamızda açık olarak ne kadar işçi aleyhine bir hüküm olduğunu ve Anayasa'nın sosyal güvenlik hükümleri ile bağdaşmadığı ortaya çıkmaktadır .. 4 aylık süreden fazla devam eden bir davada işçinin bir kusuru bulunmamaktadır. Kusuru olmayan davacı işçiye davanın sona erdiği tarihe kadar olan ücret ve diğer haklarının verilmemiş olması toplumun özellikle emeği ile geçinen işçi toplumunun huzurunu bozan bir olaydır .. İş akdi haksız olarak feshedilen ve haksızlığı mahkeme önünde kanıtlayan çalışanın, çalıştırılmadığı süreye ait ücretinin davanın, davacının elinde olmayan etkenlerle uzamasından dolayı 4 aydan fazlasının verilememesi sosyal bir hukuk devletinde korunması mümkün olmayan bir davranış olarak kabulü gerekmekte"dir.

Bu bağlamda, söz konusu mahkemenin, işe iade davasının çeşitli etkenler yüzünden dört ayda sonuçlanamaması sonucunda işçinin mağduriyetine yol açıldığına ilişkin saptaması son derece doğru ve yerinde olmakla birlikte, belirtilen bu hususun hukuken iptali gerektirecek bir gerekçe oluşturmayacağı açıktır. Çünkü, kamu düzeninin söz konusu olduğu hallerde, daha önce<sup>3</sup> belirtildiği üzere, artık hukuk kuralının kişi aleyhine olup olmadığına bakılmayacaktır. Bu nedendir ki; İş K. m. 21/III hükmünün, işçi aleyhine olup olmadığı önemi yitirmekte ve artık, söz konusu hükmün, kamu yararını taşıması önem kazanmaktadır.

### **b) Anayasa Mahkemesi'nin Kararı**

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu hükmün (İş K. m. 21/III) Anayasa'ya aykırı olmadığını ve yapılan itirazın reddini oyçokluğuyla kabul etmiştir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin üç üyesi, söz konusu karara muhalif kalmıştır. Muhalif üyeler içinde, Anayasa Mahkemesi

Başkanı'nın ve Başkanvekili'nin de yer alması, bir diğer ilginç noktadır.

#### **aa. Çoğunluk Görüşü**

İptali istenen hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 2., 11., 49. ve 60. maddeleri bakımından uygunluk denetimine tutulmuş ve iptal isteminin reddine karar verilmiştir. Bu konuda, çoğunluk görüşü, İş K. m. 20'de dört aylık bir yargılama süresinin ve yargılama sırasında seri muhakeme usulünün gözetilmiş olduğunu göz önünde bulundurarak, söz konusu durumun işçi ile işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçsüzlüğe yol açmadığını kabul etmiştir.

#### **bb. Azınlık Görüşü**

İşe iade sırasında boşta kalınan süreye ilişkin ücretin dört aylıkla sınırlanmış bulunmasını Anayasa'nın özellikle 2. ve 49. maddeleriyle bağdaşmadığını ileri süren azınlık görüşü, üç temel gerekçe üzerinde durmaktadır. Bunlar:

- Dört aylık sınırlamaya ilişkin yasa hükmünün (İş K. m. 21/III ve VI), işçi aleyhine sonuçlar doğuracağı bilinerek yasalaştırılmış düzenleme olduğuna;
  - İşçiye ödenecek ücret ve diğer hakların dört aylık süreyle sınırlandırılmasının, anayasal güvencelerle bağdaşmadığına;
  - İşverenin dört aylık ödemeyle kurtulacak olmasının, işçi-işveren dengesinde adil bir dengeyi gözetilmediğini gösterdiğine;
  - Yargılamanın belli sürede tamamlanamamış olmasında kusuru bulunmayan çalışanın zarar görmesinin, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığına;
- ilişkin gerekçelerdir.

Bunlardan ilki, iptale ilişkin yeterli bir gerekçe olamamasına karşın, geçmişteki bir madde gerçek olgusunu dile getirmesi bakımından, doğrudur. Çünkü, 1990'lı yıllarda yoğunlaşan yasal iş güvencesi tartışmalarında belirtildiği üzere<sup>4</sup>, iş mahkemelerinin mevcut iş yüküyle işe iade süreçlerinin üstesinden gelemeyeceği, üstelik de dört ay gibi kısa bir sürede adalete uygun sonuçların alınamayacağı bilinen bir gerçektir. Dahası, yasakoyucu, söz konusu hükmün gerekçesinde ".. dava, seri muhakeme usulüne göre görülecek olmakla birlikte,

sonuçlanması uygulamada öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir ..” şeklindeki anlatıma yer vererek, dolaylı da olsa, ileride doğabilecek olası mağduriyet durumlarına değinme gereksinimini duymuştu.

Burada, azınlık görüşü, “seri muhakeme usulü”nün öngörülmesini hiç tartışmadan ve salt sonuca bakarak, işçi-işveren ilişkisindeki dengenin adil biçimde kurulmadığını belirtmektedir. Ancak, iş mahkemelerinin, işe iade davalarında seri muhakeme usulünü uygulayabilir bile, dört aylık süreçle başa çıkmada güçlük çekecekleri, daha baştan belliydi.

Diğer yandan, azınlık görüşü, işe iade sürecinin dört ayda sonlanmaması konusunda işçinin kusurunun bulunmayışını temel alırken, sanki bunda işverenin kusuru varmışçasına hareket etmektedir; ki, bu tutum, doğru ve yerinde değildir. Çünkü, sonuçta, bu durumdan işveren, yarar sağlamış ve işçi, mağdur olmuş olabilir; ancak, zararlandırıcı olayı yaratan, yarar sağlamış bulunan işveren değil, bizzat devletin kendisidir ve bunun da, sosyal hukuk devleti ilkesine ters düşeceği açıktır.

Giderek, dört aylık sınırlama kalkacak olduğunda, bu kez de işyerlerinin bundan zarar görmeyeceğini, kimse iddia edemez. Bu durumda ise, işyerleri, kusurlarının olmayışına karşın, zarar görmüş olacaklardır. Buna göre, dört aylık süreye ilişkin sınırlama tartışmaları, öncelikle, iş mahkemelerinin yapısal sorunlarının giderilmesini hedef almak zorundadır. Bu anlamda, ortada kamu düzenine ilişkin bir husus söz konusu olup, artık burada bundan hangi kesimin zarar gördüğü üzerinde durulmamak gerekir. Kaldı ki, sosyal hukuk devleti ilkesi, çalışanları korurken, işyerlerinin çökmesini hedefleyecek bir ilke değildir.

### III. UZAYAN DAVALAR KARŞISINDA İŞE İADE SİSTEMİ

#### 1. İş Muhakemesinin Yapısal Durumu

İş muhakemesi, yapı itibarıyla, alt mahkemeler olarak iş mahkemelerine ve bunların temyiz mercii olarak da, Yargıtay Özel Dairesine (Dokuzuncu ve Yirmibirinci Hukuk Dairelerine) dayalıdır. Bunların işleyişle ilgili en önemli sorunları, mevcut iş yükünün fazlalığıdır. Üs-

telik, işe iade davalarıyla birlikte bu yük, önceye oranla katlanmış durumdadır. Buna göre, iş mahkemelerinin ve Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin, seri muhakeme usulünü uygulayabilir bile, dört aylık bir süreç içinde kesinleşmiş işe iade kararına ulaşmaları son derece güçtür.

Bu bakımdan, önümüze iki seçenek ortaya çıkmaktadır. Buna göre, ya mevcut yargı kararıyla işe iade olanağı sürdürülecek ya da bundan vazgeçilecektir. Statüko içinde kalındığında, uzayan işe iade davalarından dört aylık sınırlama sonucunda bugün çalışanlar bundan zarar görmeye devam edecek; dört aylık sınırlama kalktığında da, bu kez işyerleri bundan zarar görmeye başlayacaktır. Her iki durum da tatmin edici sonuçlar vermeyeceği için, işe iade olanağını tek çözüm olarak kabul etmekte bir yarar görünmemektedir.

Diğer yandan, işe iade kurumundan vazgeçmeyi gerektiren başka nedenler de vardır. Bunlar içinde, özellikle, yeni bir iş bulan işçi için işe iadenin cazip olmayışı veya işyerinden kötü bir şekilde ayrılan işçi bakımından hiçbir şey olmamış gibi yeniden eski işine başlamanın güçlüğü gibi durumları, öncelikle belirtmek mümkündür.

#### 2. 158 Sayılı Sözleşme'nin Çözümü

İş güvencesi esaslarını içeren ve Türkiye'nin geçmişte onaylamış bulunduğu<sup>5</sup> Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi<sup>6</sup>, işe iade kurumunu tek seçenek olarak öngörmektedir. Nitekim, anılan sözleşmenin 10 uncu maddesi, aynen:

“Bu Sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen merciler son verme işlemini haksız bulurlarsa ve son verme işlemini iptale ve/veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değillerse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır.”

hükmünü taşımaktadır. Buna göre, işe iade yerine, söz konusu sözleşme hükmünün deyişiyle “yeterli bir tazminat”a, yani ağırlaştırılmış bir tazminata hükmedilmesi, belirtilen sözleş-

me gereklerini yerine getirmiş sayılmaya yetecektir. Ancak, yasakoyucu, geçmişte belirtilen alternatifi tercih etmemiş ve işe iade kurumunu tek çözüm olarak benimsemiştir. Böyle olunca da, boşta kalınan süreye ilişkin ücret miktarını sınırlama gereksinimi ortaya çıkmıştır.

“Yeterli bir tazminat” a hükmedilmesi sürecinde ise, artık yargılamanın uzun sürmesinden doğabilecek sakıncalardan kaçınılabilecektir. Buna göre, artık boşta kalınan süreye ilişkin ücretin sınırlanmasına ilişkin tartışmalar da, ortadan kalkmış olacaktır. Nitekim, yargıç işveren tarafından gerçekleştirilen feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin mağduriyetini giderici (yeterli) bir tazminata hükmetmek suretiyle, hükmün kesinleşmesinin gecikmesinden doğabilecek sakıncaları önleme olanağını bulabilecektir.

#### IV. SONSÖZ

158 sayılı Sözleşme'nin Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmasının üzerinden 15 yıl ve bunun gereği olarak kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki iş güvencesi hükümlerinin kabulünden de 6 yıl geçmiş bulunuyor. Buna rağmen, Türkiye'de iş güvencesi tartışmaları, halen dinmiş değildir.

Nitekim, boşta kalınan süreye ilişkin dört aylık ücret sınırlamasını Anayasa'ya uygun bulan Anayasa Mahkemesi kararından sonra da, bu tartışmaların ortadan kalkacağı sanılmamalıdır. Çünkü, söz konusu karar, ne işçi sendikalarını ve ne de uygulamada işten çıkarılıp işe iade davası açacak münferit işçiyi memnun edebilecek bir karardır.

Bunun gibi, iş muhakemesi örgütlenmesinin mevcut yapısından kaynaklanan işe iade sorunları, kısa vadede çözümlenecek gibi görünmemektedir.

Üstelik, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar için on yıl süreyle Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla tekrar başvuruda da bulunulamayacaktır (Ay. m. 152/son).

Bu durumda, 4857 sayılı Yasa'nın yasalaşma süreci sırasında, yasa taslağını hazırlayan komisyonun ve TBMM'deki çoğunluğun içine düştüğü gereksiz inatlaşmadan uzaklaşarak, işe iade kurumunun yeniden ele alınması ve gözden geçirilmesi, yararlı olacaktır.

Gerçekten, söz konusu süreçte öylesine bir inatlaşma yaşanmıştır ki; dört aylık sürenin yetismeyeceği yasalaşma öncesinde bilinerek ve hatta, bu durum hüküm gerekçesine geçirilerek, işe iade kurumunun işlemesine çalışılmıştır. Bunun ise, günümüzde gelinen noktada, çalışanlara bir yarar sağlamadığı, artık tüm açıklığıyla görülmektedir.

İşe iade kurumunun işe yaradığını ileri sürececek olanlar, öncelikle, şimdiye kadar açılmış işe iade davalarından kaçının dört ay içinde bitirildiğini araştırmak zorundadır. Nitekim, en azından, bir yılı aşkın sürede dahi bitirilemeyen işe iade davalarının varlığını, uygulamada kimse yadsıyamaz.

Bu bağlamda, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olayda, davacı işçinin 27.9.2003 tarihinde işten çıkarıldığı ve alt mahkemenin, bir yıl sonra (12.10.2004 tarihinde) kendiliğinden Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verdiği; Anayasa Mahkemesi'nin ise, dört yılı aşkın bir süre sonra itirazın reddine karar verdiği ve bu kararın da belirtilen tarihten ancak bir yıl sonra Resmi Gazete'de yayımlandığı ve de böylece, işten çıkarmanın üzerinden toplam altı yılın geçmiş bulunduğu, gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak, bu arada başvuru mahkeme, işe iade talebi hakkındaki davayı dört aylık ücret sınırlamasıyla sonuçlandırmış olsa gerektir (Ay. m. 152/III cümle 1-2).

Bir kez daha, gecikmiş adaletin adaletsizlik olduğunu, aklımızdan çıkarmayalım.

#### DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Tankut Centel, İş Hukuku, Cilt: I - Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, 12.
- 2 Bkz. AyM., 18.12.2008-2005-2/181-RG. 7.10.2009, No. 27369.
- 3 Bkz. yukarıda II 1 b.
- 4 Bkz. Tankut Centel, “İş Güvencesinin Yasalarla Sağlanmasının Ekonomik ve Sosyal Etkileri”, İş Hukuku Dergisi III, 2 (Nisan-Haziran 1993), 202.
- 5 158 sayılı Sözleşme'nin onaylanması, 9.6.1994 tarihli ve 3999 sayılı Yasa'yla (RG. 18.6.1994, No. 21964) ve uygulanması da, 10.8.1994 tarihli ve 94/5971 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla (RG. 12.10.1994, No. 22079) kabul edilmiştir.
- 6 Metni için bkz. Tankut Centel (derl.), Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, İstanbul 2004, 569 vd.

**@ hızlı**  
**@ rahat**  
**+ @ avantajlı**

**@ vadeli**

**İnternetin olduğu her yerde  
hesabınız elinizin altında**

**Üstelik şimdi e-Vadeli Hesap, düzenli  
ödeme talimatı olan müşterilerimize  
daha da avantajlı...**

e-Vadeli Hesap ile evinizden veya iş yerinizden rahat ve hızlı bir şekilde hesabınızı kontrol edebilirsiniz. İnternet şubemizden açacağınız tüm TL, USD, EURO cinsi e-Vadeli mevduatlarda; VakıfBank'ın size özel sunduğu faiz oranlarından faydalanmak için siz de hemen bir düzenli ödeme talimatı verin, ek faiz ile kazancınızı artırın.\*

\*Bu mevduat hesap türünde; hesabınıza bağlı en az bir düzenli ödeme talimatı bulunması halinde, mevduatınız İnternet şubemize özel ek faiz oranları ile temdit olacaktır.



  
**VakıfBank**  
Burası Sizin Yeriniz

Prof. Dr. Savaş TAŞKENT - Dr. Mahmut KABAKCI

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

## Rekabet Yasağı Sözleşmesi

### 1. GİRİŞ

Günümüzde birçok işletmenin bir tip iş sözleşmesi hazırlayarak, yeni işçi alımında bu sözleşmenin imzalanmasını, işe alma şartı olarak ileri sürdüğü bilinmektedir. İşçi adayının, istisnai haller hariç, sözleşme şartlarının tespitinde belirleyici bir etkisi olamamaktadır. Sözleşmede işveren yararına yer alan bir şartın veya şartların işçi adayınca kabul edilmesinin veya yumuşatılması talebinin sonucu, onun işe alınmamasıdır. Bu nedenle de birçok olayda imzalanan iş sözleşmesinin işçinin istekleriyle bağdaştığı; onun gerçek iradesini tam olarak yansıttığı söylenemez<sup>1</sup>. Böyle bir süreçte imzalanan iş sözleşmesi, sona erdikten sonraki dönemde, işçinin haklı menfaatleri ile bağdaşmayan sonuçları da beraberinde getirebilmektedir.

Rekabet yasağının hukuken işçinin çalıştığı sırada bağımsız bir sözleşme olarak düzenlenmesi mümkünse de, uygulamadaki tip sözleşme örneklerine bakıldığında, bunların çoğunda rekabet yasağına yer verildiği, bu açıdan rekabet yasağının genelde işe girişte iş sözleşmesi çerçevesinde kararlaştırıldığı görülür<sup>2</sup>. Bu durum ileride, yani iş sözleşmesi sona erdikten sonra, rekabet yasağı konusunda bir sorun ortaya çıktığında, BK. m.348 vd. çerçevesinde yapılacak değerlendirmeleri daha da

önemli hale getirmektedir. Çünkü iş ilişkisinin kurulduğu aşamada, çoğu zaman işçinin yapacağı iş sadece bir meslek veya meslek dalı olarak belirlenmekte, BK. m.348 vd. uyarınca rekabet yasağı kararlaştırılmasını haklı kılan bir iş ilişkisinin meydana gelip gelmeyeceği, sağlıklı biçimde değerlendirilememektedir<sup>3</sup>. Buna rağmen birçok işveren, işçinin İş Kanunu 17. madde çerçevesinde bildirimli feshe başvurmasını sınırlandırmak veya işçi aleyhine olan bir kozu elinde bulundurmak amacıyla, mavi yakalı olarak nitelendirilen işçilere dahi rekabet yasağı içeren iş sözleşmesi imzalatmaktadır. Oysaki rekabet yasağının amacı işverene bu yolda bir güvence sağlamak olamaz<sup>4</sup>.

Rekabet yasağı sözleşmesinin yaygın bir biçimde uygulanması, işçinin korunması açısından konuyu daha da önemli hale getirmiştir. Yasağın, Anayasada güvence altına alınan bazı temel hakları ilgilendiren yönü vardır. Rekabet yasağı hakkındaki tartışmalara, bu temel hakları koruyan bir bakışla yaklaşılması, Borçlar Kanunu m.348-352'de yer alan düzenlemelerin değerlendirilmesinde, işçi ile işveren menfaatlerinin dengelenmesini gerekli kılar. Bu nedenle aşağıda ilk olarak rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, amacı üzerinde durulacak, sözleşmeyle ilgili dikkate alınma-

## Anayasada güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü (m.48), işçinin hayatını kazanması yanında, onun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını da temin eder.

sı gereken bakış açısı tespit edilecektir. Daha sonra ise, hangi işçi ile imzalanan rekabet yasağı sözleşmesi geçerli olacaktır sorusunun cevabı olarak, bunun kurulması koşulları ve sınırları incelenecektir. Bundan sonra yasağın ihlal edilmesinin sonuçları ve son olarak da rekabet yasağının sona ermesi üzerinde durulacaktır.

## II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN ÖNEMİ

Bir kimsenin mesleki yetkinliği, aldığı eğitim ve ağırlıklı olarak da çalışma süreci içinde elde ettiği bilgi ve tecrübelerine dayanır. Bu nedenle çalışma, sadece ekonomik hedeflere yönelmez; işçi aynı zamanda kendini mesleğinde geliştirmeyi de amaçlar. Diğer bir deyişle, işçinin mesleğini icra etmesi, onun için salt para kazanma faaliyeti değildir. Bu bakımdan, Anayasada güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü (m.48), işçinin hayatını kazanması yanında, onun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını da temin eder<sup>5</sup>.

İşçinin çalışması suretiyle elde ettiği bazı bilgilerin kullanımı, belirli durumlarda işverenin haklı menfaatlerine zarar verebilir. Çünkü iş sırrı olarak nitelendirilebileceğimiz teknik ve ticari bilgiler, işverenin bir işletme olarak faaliyetlerinin olmazsa olmaz unsurlarıdır. Bu bilgilerin başkaları tarafından kullanımı, işverenin diğer işletmelere göre rekabet üstünlüğünü ortadan kaldırır. İşçinin iş sözleşmesi çerçevesinde yaptığı işi, daha sonra işverene rakip olarak sürdürmesi veya iş ilişkisi süresince elde ettiği bilgileri (iş sırlarını) açıklaması veya bizzat kullanması, eski işverenin menfaatlerini ihlal edebilecektir<sup>6</sup>. İşaret edil-

melidir ki, İş Kanunu işyerini “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim” şeklinde tanımlamıştır. Tanımda geçen “maddi olmayan unsurlar”ın bir bölümünü oluşturan teknik ve ticari iş sırlarının ve işverenin müşteri çevresinin korunması, belirtilen nedenle işveren açısından çok önemlidir.

İşçi ile işverenin menfaatleri açısından bu karşılıklı durum, bir dengelemeyi gerektirir. İşçi çalıştığı sırada bu bilgileri saklamakla, işverene rekabet eder biçimde kullanmamakla yükümlüdür<sup>7</sup>. Bu yükümlülüğün kaynağı, taraflar arasındaki iş sözleşmesinden doğan sadakat borcudur<sup>8</sup>. İş sözleşmesinin sona ermesiyle sadakat borcu da sona erer. İşçi ilke olarak iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra, iş ilişkisinin devamı sırasında elde ettiği mesleki bilgilerden yararlanmada serbesttir<sup>9</sup>. Bu bakımdan, işçi ile işverenin haklı menfaatlerinin dengelenmesi gerekir. Bu anlamda akla ilk olarak “haksız rekabet”e ilişkin TTK. m.56 vd. hükümler gelmekteyse de, bu kurum, işverene istisnai hallerde koruma sağlamaktadır. Aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali olarak tanımlanan haksız rekabet (TTK. m.56), BK. m.41 vd. hükümlerde düzenlenen haksız fiilin özel bir görünümüdür. Haksız fiil açısından ise, hukuka ya da ahlaka aykırılık belirleyici unsur olmaktadır; ne var ki, kural olarak işçinin çalıştığı sırada öğrendiği mesleki bilgileri iş ilişkisi sona erdikten sonra kullanması hukuka ya da ahlaka aykırı değildir<sup>10</sup>. İşveren eski işçisinin bu tür bilgi ve tecrübeleri kullanmasına -bu durum TTK. m.56 vd. anlamında işverenin menfaatlerini ihlal eden bir haksız rekabet hali oluşturmuyor ise- katlamak zorundadır<sup>11</sup>.

Bu açıdan işveren, müşteri çevresine ilişkin bilgilerin ve iş sırlarının eski işçisi tarafından kullanılması suretiyle uğrayabileceği zararlara karşı kendisini güvence altına almak isteyecek; işçiyi daha iş ilişkisinin kurulduğu sırada, bu konuda bir taahhüt altına sokmakta yarar görebilecektir. Ancak bunun için, işçinin iş ilişkisinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcun-

Rekabet yasağının işlevi dikkate alındığında, işçinin işten ayrıldıktan sonra yapacağı iş itibariyle eski işverenin rekabet şartlarını olumsuz etkileyebilmesi olanağına sahip olması gerekir.

dan farklı olarak, rekabet yasağı sözleşmesinin özel olarak kararlaştırılmış olması gerekir<sup>12</sup>. BK. m.348 vd. gibi özel bir düzenlemenin bulunmadığı durumda, işçinin bu şekilde bir taahhüdü, genel hükümlere tabi olacaktır. Bu kapsamda MK. m.2, 23, BK. m.19, 20 hükümleri bir sınır oluşturacaksa da<sup>13</sup>, bu durumda da işçinin menfaatlerinin ölçüsüz sınırlandırılması söz konusu olabilir. Sözgelimi, bu bağlamda rekabet yasağının süresi 5 yıl veya daha fazla olarak kararlaştırılabilir. Çünkü rekabet yasağının somut şartlarının tespiti açısından, iş ilişkisinin devam ettiği dönemde, ekonomik nedenlerle işverenin belirleyiciliği söz konusudur.

Rekabet etmeme konusunda, işçi ile işverenin karşılıklı menfaatleri arasındaki denge nin işçi aleyhine bozulması ise, iş hukukunun varlık nedeni, yani işçinin korunması ilkesi ile bağdaşmaz. Bu açıdan iş sözleşmesindeki rekabet yasağının bir mevzuat çerçevesinde düzenlenmesi, tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenmesinde açıklığın sağlanması, dolayısıyla işçinin korunması açısından çok önemlidir. Belirtilen nedenle, rekabet yasağına ilişkin BK. m.348 vd. düzenlemesi üzerinde ayrıntılı olarak durulacak; rekabet yasağının iş sözleşmesinde hukuka uygun biçimde kararlaştırılabilmesi için zorunlu kural ve koşullar aşağıda incelenecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin çalıştığı sırada elde ettiği bilgileri kullanmasını bir ölçüde önlediği için, onun çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakları da önemli derecede sınırlandırılmış olur. Bu olgu, rekabet yasağı hakkındaki tartışmalarda “dar yorum” esasını geçerli kılar<sup>14</sup>.

### III. REKABET YASAĞININ KURULMASI KOŞULLARI

#### 1. Rekabet Yasağının İçeriği

##### a) Rekabet Edebilme

Rekabet yasağının işlevi dikkate alındığında, işçinin işten ayrıldıktan sonra yapacağı iş itibariyle eski işverenin rekabet şartlarını olumsuz etkileyebilmesi olanağına sahip olması gerekir. Eski iş ile yeni iş arasında bir rekabet ilişkisinden söz edilemediği takdirde, işverenin rekabet yasağı sözleşmesiyle korunması gereken haklı bir menfaatten söz edilemez. Bu nedenle rekabet oluşturan bir faaliyetten bahsedebilmek, öncelikle işçinin çalışmaya başladığı yeni işletme ile eski işverenin işletmesinin birbirlerine rakip olarak nitelendirilebilmesine bağlıdır. Her iki işletmenin ürettiği ürünler veya verdiği hizmetler itibariyle aynı müşteri çevresine yönelindikleri ve aynı ya da kısmen dahi benzer alanlarda faaliyet gösterdikleri durumda, birbirine rakip işletmelerden söz edilebilir. Bu açıdan rekabet ilişkisinin kabulü için, her iki işletmenin faaliyetlerinde kısmi bir kesişme dahi yeterlidir<sup>15</sup>.

Rekabet yasağının konusu olabilecek bir rekabet ilişkisinin kabulü için, önceki işverenin işletmesi ile işçinin çalıştığı yeni işletmenin, kısmen ya da bütünüyle aynı müşteri çevresini hedef alıyor olması, tek başına yeterli değildir. Üretici, dağıtıcı ve nihai satıcı gibi işlevleri itibariyle farklı ekonomik düzeydeki işletmelerin, dolaylı olarak aynı müşteri grubunu hedeflemeleri, doğrudan bunların birbirlerine rakip olmalarını gerektirmez. Yine işletmelerin ilgili müşteri grubuyla somut olarak irtibat halinde olup olmamaları ya da irtibat kurmak için reklam ve tanıtım gibi faaliyetlerinin bulunup bulunmaması da tek başına belirleyici değildir. Bu noktada mal ve hizmet üretimine dair şartlar rekabet ilişkisi bakımından etkiliyse de, bunların birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Bir şirket tarafından fiilen yürütülmemekle birlikte, ortaklık sözleşmesinde işgal alanıyla ilgili işler sayılırken, rekabet oluşturabilecek bir faaliyete de yer verilmiş olması, rekabet ilişki-

## İş sözleşmesine dayanan rekabet yasağında, esas itibariyle eski işverenin işletmesinin sır niteliğindeki bilgilerinin korunması esastır.

sinin kabul edilmesine yol açmaz. Bu açıdan önemli olan, rekabet oluşturan faaliyetin fiilen yürütülüyor olması ya da bunun için somut hazırlıkların bulunmasıdır<sup>16</sup>. Benzeri biçimde, işletmenin ileriye dönük faaliyet alanını belirli bir alanda genişletmek yönünde sadece bir öngörüsünün olması, rekabet ilişkisinin varlığını göstermez. Bu bakımdan aranacak olan husus, en azından bu öngörü hakkında somut biçimde bazı hazırlıkların yapılmasıdır. Rekabet yasağı açısından yapılacak değerlendirmede belirleyici olan, işçiye yasaklanmak istenen faaliyetin, iş ilişkisinin sona erdiği anda işverenin fiili işgal alanına giriyor olmasıdır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun anlamında da birbirlerine rakip olan tüm işletmeler, iş sözleşmesine dayanan rekabet yasağı çerçevesinde, ilke olarak doğrudan rakip işletmeler olarak değerlendirilemez. Kavram, rekabet hukuku bakımından çok daha geniştir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin, bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek amacını taşımaktadır. Görülüyor ki, rekabet hukukunun, BK. m.348 vd. hükümlerde düzenlenen rekabet yasağından farklı bir anlamı vardır. İş sözleşmesine dayanan rekabet yasağında ise, esas itibariyle eski işverenin işletmesinin sır niteliğindeki bilgilerinin korunması esastır. Bu bakımdan, BK. m.348 vd. düzenlenen rekabet ilişkisi kavramı, rekabet hukukuna göre çok daha dar yorumlanmalıdır<sup>17</sup>.

### b) Yasak Kapsamındaki Faaliyetler

Eski işveren aleyhine rekabet oluşturabilecek faaliyetler, BK. 348. maddede örnek niteliğinde sayılmıştır: İşçinin kendi adına, işveren ile rekabet edecek bir iş yapması; rakip bir işlet-

mede çalışması ve böyle bir işletmede ortak ya da başkaca bir sıfatla alâkadar olması. Bu son halde rekabetten söz edebilmek için, işçinin katılımı ile rakip işletmenin yönetimi üzerinde doğrudan bir etkide bulunabilmenin ve buna bağlı olarak da eski işveren yanında çalışırken elde edilen bilgilerin kullanımının, asgari koşullarda mümkün olması gerekir. Sadece rakip işletmenin hisselerinin devralınması, rekabet yasağının ihlali anlamına gelmez<sup>18</sup>. Bu şekilde katılım halleri hakkında yapılacak değerlendirmede belirleyici olan, işletmenin yönetimi üzerinde bir etkide bulunma olanağının bulunup bulunmadığıdır.

Rekabet oluşturan faaliyetlere ilişkin BK. m.348/1'deki bu örnek sayımdan, rekabet yasağı sözleşmesi ile işçiye, işverenin işletmesiyle ilgili her türlü faaliyetin yasaklanamayacağı sonucu çıkmaktadır. Buna göre yasaklanabilecek faaliyetler, işçinin eski işveren yanında çalışırken hakim olduğu bilgileri kullanmaya müsaait olanlardır. Diğer önemli bir husus, kanunda yasaklanabileceği öngörülen faaliyetler, birbirlerinden bağımsızdır<sup>19</sup>. Rekabet yasağı sözleşmesinde bunlardan sadece birinin yasaklanması, diğer faaliyet şekillerinin de sınırlandırıldığı anlamına gelmez.

Amacı itibariyle rekabet yasağının kapsamı, işçinin çalıştığı sırada sadakat borcu çerçevesinde tabi olduğu rekabet etmeme yükümlülüklerinden daha dardır<sup>20</sup>. İşçi iş sözleşmesinden doğan sadakat borcu uyarınca, işvereni ile rekabet etmemek, iş sırlarını saklamak, başka deyişle dürüstlük kuralı çerçevesinde işverenin maddi ve manevi menfaatlerini ihlal eden tüm davranışlardan sakınmak zorundadır. Buna karşın BK. m.348/1'e göre, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonraki döneme ilişkin yükümlülüğünün, rekabet yasağını ihlal eden somut her bir faaliyeti açıkça içerir şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu noktada üzerinde düşünmeye değer bir konu, iş sözleşmesi sona erdikten sonraki döneme ilişkin bir kararlaştırmada, BK. m.348/1'de sayılan rekabet yasağını ihlal eden davranışlardan başka, sadakat borcunun kapsamında değerlendirilebilecek bazı davranışların da yasaklanıp yasaklanamayacağıdır. Bu



konuda örnek olarak, işçinin rakip bir anonim şirketin hisselerinden satın almasını gösterebiliriz. Böyle bir kararlaştırmanın mümkün görüldüğü durumda, bunun geçerliliği açısından BK. m.348 vd. hükümlerdeki şartların aranıp aranmayacağı da önemlidir.

İsviçre öğretisinde, iş sözleşmesi sona erdikten sonraki döneme ilişkin rekabet yasağı kapsamında sınırlanacak faaliyetlerin, kanun koyucu tarafından kesin olarak belirlendiği ile sürülmüştür<sup>21</sup>. BK. m.348 vd. hükümlerde, işçinin ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasından sakınılması amaçlanmıştır. İşçinin ekonomik geleceği açısından, mesleki bilgi ve tecrübesi itibarıyla en elverişli faaliyetleri sınırlandıran bir anlaşmanın hukuka uygunluğu, bunun BK. m.348 vd. hükümlerin yukarıda altı çizilen amacını ihlal edip etmediğine bağlıdır. Gerçekten uygulamada, genel ifadelerle rakip işletmelerin menfaatine olan tüm faaliyet şekillerinin

rarlarda, işçinin yaptığı iş dolayısıyla işverenin müşterilerini tanımak veya işlerin sırlarına nüfuz etmek gibi BK. m.348 hükmünde belirtilen bir konunun bulunup bulunmadığı üzerinde durmakta, “Rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için belirtilen hususların varlığı gerekir” demektedir<sup>23</sup>.

Hemen belirtmeli ki, işçinin BK. m.348/2 kapsamında bir işte çalışıp çalışmadığının değerlendirilmesi ölçütü, işçinin çalıştığı sırada öğrendiği bilgilerin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra kullanılmasının, işverene önemli derecede bir zarar verip veremeyeceğidir. BK. m.348/2 hükmünde öngörülen şart hakkında ispat yükü işverededir.

İşçinin iş sırlarına ya da müşteri çevresine ilişkin olmayan bilgilere hakim olması, rekabet yasağının geçerliliği için tek unsur değildir. BK. m.348/2 hükmündeki sayım, sır saklama borcunun kapsamıyla kıyaslandığında

## Rekabet yasağı sözleşmesinde, yasağın kapsamındaki ilgili işletmelerin sınırını açıkça tanımlanmış olmalı ve sözleşmenin bir meslek yasağı sonucunu ortaya çıkarmasından önemle sakınılmalıdır.

yasaklanmakta olduğunu görmekteyiz. Ancak kesin olan, yasaklanan faaliyet şekillerinin, sözleşmenin içeriğinden somut olarak anlaşılabilmesidir.

### 2. İşçinin Müşterileri Tanınması veya İşin Sırlarını Öğrenmesi

BK. m.348/2 hükmüne göre, işçi açısından bağlayıcı bir rekabet yasağının kararlaştırılması, işçinin iş ilişkisinde işverenin müşteri çevresini ya da teknik veya ticari nitelikteki iş sırlarını öğrenebilecek durumda olması şartına bağlıdır. Hükümde “ve” bağlacı kullanılmışsa da, öğretinin bunun “veya” olarak anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliğindedir<sup>22</sup>.

Yasadaki bu koşul niteliksiz veya alt kademede çalışan işçilerle böyle bir sözleşme yapılması yolunu kapamaktadır. Böylelikle kanun koyucu, bu hallerde işverenin korunmaya değer bir haklı menfaati olmadığını varsaymaktadır. Nitekim, Yargıtay bu konuda verdiği ka-

kesindir. Bu hüküm açısından işçinin ilgili bilgileri fiilen öğrenmiş olması şart değildir; objektif şartlarda salt öğrenebilecek bir konumda olması yeterlidir<sup>24</sup>. Bu nedenle rekabet yasağı, müşteri çevresine ya da iş sırlarına hakim olma bakımından işçi için etkin bir olanağın bulunduğu durumlarda bağlayıcıdır. Bu noktada belirleyici olan, hayatın olağan akışına göre objektif olarak böyle bir imkanın kabul edilebilmesidir.

İşçinin kendisi tarafından geliştirilen iş sırlarına ya da oluşturulan müşteri çevresine ilişkin bilgiler de, bu işçi ile yapılacak rekabet yasağını hukuka uygun kılar.

BK. m.348/2 hükmündeki işçinin, işverenin müşteri çevresine ya da iş sırlarına hakim olması bakımından yapılacak değerlendirmede dikkate alınacak somut şartlar, yasağın kararlaştırıldığı tarihte var olanlar değildir. Burada belirleyici olan, iş ilişkisinin devamı sırasında hakim olmayla ilgili şartlardır. O

## Rekabet yasağı kapsamında teknik ya da ticari iş sırrı kavramından, kullanılması eski işverenin rekabet şartları üzerinde aleyhine önemli derecede etkide bulunan bilgiler anlaşılmalıdır.

nedenle değerlendirmede, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki şartların dikkate alınması gerekir<sup>25</sup>. Böyle bir yorum, bir zorunluluktur. Çünkü iş ilişkisinin başlangıcında rekabet yasağı sözleşmesini imzalanırken, çok az durumda işçinin müşteri çevresine ya da iş sırlarına hakim olup olmayacağı bellidir. Bu nedenle de değerlendirmenin rekabet sözleşmesinin imzalandığı tarihteki şartlara göre yapıldığı durumda, çok az sayıda sözleşme geçerli olurdu.

Şirket topluluklarında, grup şirketlerinden birisi ile işçisi arasındaki rekabet yasağı, ilke olarak sadece işveren şirket için geçerlidir. Bu sözleşme, ana şirket ya da grup üyesi diğer şirketler için bir koruma sağlamaz<sup>26</sup>. Bu konuda bir istisna, işçinin kendi işvereni ile olan iş ilişkisinin gereği olarak, ana şirketin ya da grup üyesi diğer bir şirketin müşteri çevresine veya iş sırlarına hakim olduğu haller için söz konusu olabilir<sup>27</sup>. Rekabet yasağının koruma kapsamının, işveren şirketi aşacak şekilde genişletilmesi, sadece bu gibi hallerde haklı görülebilir. Ancak rekabet yasağı sözleşmesinde, yasağın kapsamındaki ilgili işletmelerin sınırı açıkça tanımlanmış olmalı ve sözleşmenin bir meslek yasağı sonucunu ortaya çıkarmasından önemle sakınılmalıdır<sup>28</sup>.

### a) İş Sırlarını Bilme

İşin sırlarını öğrenmiş bulunan bir işçi ile rekabet yasağı öngörülebilir. İşveren, saklı kalmasında haklı menfaati bulunan işletmeyle ilgili bilgilerin, başkaları tarafından öğrenilmesini ve kullanılmasını, bu yolla engelleyebilir.

BK. m.348/2 hükmünde geçen iş sırrı kavramı, teknik ya da ticari nitelikte olabilir. Re-

kabet yasağı kapsamındaki iş sırrı kavramı, sır saklama borcu ile benzeri bir içeriğe sahiptir. Ancak sır saklama borcunun kapsamında kalan teknik ya da ticari iş sırları, içerik itibarıyla rekabet yasağından çok daha geniş bilgileri de kapsar.

Öğretide rekabet yasağı bakımından sır kavramının dar bir içeriğinin olduğu ifade edilmektedir. Buna göre rekabet yasağı kapsamında teknik ya da ticari iş sırrı kavramından, kullanılması eski işverenin rekabet şartları üzerinde aleyhine önemli derecede etkide bulunan bilgiler anlaşılmalıdır<sup>29</sup>. Çünkü rekabet yasağının geçerlilik şartı olarak, iş sözleşmesi sona erdikten sonra önemli bir zarar tehlikesini doğurması gerekir (BK. m.348/2). Ancak önemli bir zarar tehlikesine ilişkin bu esas, bir bilginin teknik ya da ticari iş sırrı olarak niteliği hakkında bir koşul değildir<sup>30</sup>. BK. m.348/2 uyarınca önemli zarar tehlikesi, ilave bir şarttır. Bu şart, başkaca bağımsız bir anlama sahip olamaz.

### b) Müşteri Çevresine Hakim Olma

BK. m.348/2'de işverenin müşteri çevresi, genel olarak iş sırrının kapsamında sayılmamıştır. Zira öğretide haklı olarak müşteri çevresinin sır karakteri taşımasının zorunlu olmadığı savunulmaktadır<sup>31</sup>. Hemen belirtilmelidir ki bu durum, müşteri çevresi hakkındaki bilgilerin sır saklama borcu kapsamında korunması gereken bilgiler olarak nitelendirilemeyeceği anlamına da gelmez. Sır saklama borcu kapsamındaki teknik ya da ticari iş sırları, gizli tutulması gereken bilgilere sadece örnek oluşturur. Bu çerçevede örneğin Ceza Kanunu 239. maddedeki sır kavramı, BK. m.348/2'den farklıdır<sup>32</sup>.

Öğretide bazı hallerin, müşteri çevresine hakim olma için yeterli olmadığı ifade edilmektedir. Burada önem taşıyan husus, işçinin müşterileri "ismen" tanınmasının böyle bir sözleşmenin kurulması bakımından yeterli olmadığıdır. İşçinin müşterileri tanınması ifadesinden anlaşılması gereken, işçinin müşteri çevresine nüfuz etmiş olması, kişisel özelliklerini, istek ve ihtiyaçlarını bilebilecek durumda olmasıdır<sup>33</sup>. Örneğin işçinin müşterinin ihtiyaçlarını bilmeksin, onları sadece ismen tanınması, ilke olarak müşteri

çevresine hakim olma şeklinde nitelendirilemez. Bununla birlikte, işin niteliği gereği, müşterilerin sadece ismen tanınması, BK. m.348/2 uyarınca rekabet yasağına imkan verebilir. Bu konuda Alman Federal İş Mahkemesi, işyeri dışında müşterilerle doğrudan irtibat halinde olan işçiler ile işyerindeki bilgi işlem uzmanları açısından, müşteri çevresine hakim olmadan söz edilebileceğini kabul etmektedir<sup>34</sup>.

Müşteri kavramı, bir işletme tarafından üretilen ya da pazarlanan mal veya hizmetleri, az ya da çok düzenli bir ticari ilişki çerçevesinde satın alan kişi olarak tanımlanabilir. Bu ilişkide mal ya da hizmet arz eden işletmenin, belirli bazı faktörlere dayanarak müşterinin alışveriş kapasitesini öngörebilmesi gereklidir<sup>35</sup>. Müşteri adına temsilci ya da aracı olarak sipariş veren kişiler de müşteri niteliğinde değerlendirilebilir<sup>36</sup>. Bir işletme için müşteri portföyünün önemli bir ticari değer taşıdığı tartışmasızdır. İlke olarak bir defa kurulan ilişki, müşteri olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Yine daha önceden hiç ilişki kurulmamış potansiyel müşteriler, BK. m.348/2 anlamında müşteri olarak kabul edilemez. Bu noktada belirleyici olan, ilgili kimşelerin mal alışverişi, servis ya da danışmanlık için az da olsa düzenli biçimde işletmeyle ilişki halinde olmasıdır.

İşçi tarafından sadece müşterilerle ilgili tutulan listenin ya da hazırlanan kartların öğrenilmesi, müşteri çevresine hakim olma kabul edilemez. Uygulamada birçok işletmenin belirtildiği gibi müşterilerini bir liste halinde derlediği görülmektedir. Müşteri çevresine hakim olmadan söz edebilmek için, işçinin ilgili müşterilerle kişisel ilişki halinde olması ya da müşterilerin ihtiyaçları, kendisine has özellikleri, talepleri gibi hususları öğrenmesi gerekir<sup>37</sup>.

### 3. İşverenin Önemli Bir Zarara Uğrama Tehlikesi

#### a) Zarar Tehlikesi

Rekabet yasağı sözleşmesinin bir diğer geçerlilik şartı, iş sirlarına ya da müşteri çevresine ilişkin hakim olunan bilgilerin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçi tarafından kullanılmasının, işverene önemli bir zarar verebilecek

nitelikte olmasıdır (BK. m.348/2)<sup>38</sup>. Bu hükümdeki önemli bir zarar tehlikesi koşulu, rekabet yasağının geçerliliğini koruması, sona ermeme için gereklidir<sup>39</sup>. Zira, BK. m.352/1 hükmüne göre, rekabet yasağının devamında işverenin önemli bir yararı kalmadığı noktada, yasak sona erecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.09.2008 tarih ve 9-517/566 sayılı kararına göre, "Somut olayda, davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının, ne tür bir ticari sırta vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği hususunun açıklığa kavuşturulması için araştırma yapılması gereklidir".

İş ilişkisi sona erdikten sonra, işçi tarafından ilgili bilgilerin kullanılmasının, eski işverenin işletmesinde müspet bir zararı ortaya çıkarması şart değildir. Bu açıdan hayatın olağan akışına göre, önemli bir zarar tehlikesinin yüksek olasılıkta bulunması yeterlidir<sup>40</sup>. Hiç kuşku yoktur ki, burada sözü edilen "önemli zarar"ın varlığını, yargıç her olayın özelliğini göz önünde tutarak takdir edecektir. Zarar olasılığının değerlendirilmesinde önemli olan, iş ilişkisinin sona erdiği tarihteki somut şartlardır. İlke olarak, işçinin işten ayrılıp, kendi adına bir iş yapmaya ya da yeni işveren yanında çalışmaya başladığı tarihteki şartlar önemli değildir<sup>41</sup>.

İşverene ait bilgilerin doğrudan ya da dolaylı olarak kullanılmasının, işverenin ekonomik durumunda ortaya çıkaracağı her türlü kötüleşme ya da ilgili piyasada rekabet gücünde bir geriye gidiş, BK. m.348/2 anlamında önemli bir zarar olarak nitelendirilebilir<sup>42</sup>.

#### b) Zararın Önemli Olması

BK. m.348/2'de "hissolunacak derecede bir zarar husulünden" söz edilmektedir. Buna göre hukuka uygun bir rekabet yasağı kararlaştırılabilmesi, önemli bir zarar tehlikesinin varlığına bağlıdır. Önemli olmayan bir zarar olasılığı, rekabet yasağının işçi üzerindeki olumsuz etkileri

**Zarar olasılığının değerlendirilmesinde önemli olan, iş ilişkisinin sona erdiği tarihteki somut şartlardır.**

dikkate alındığında yeterli görülemez. Zararın etkilerinin büyük olduğu ve kolaylıkla giderilemediği, örneğin kazançlarda ya da sipariş sayısında ciddi bir düşüşü doğuran, işverenin iş yapma olanaklarını gözle görülür biçimde sınırlandıran hallerde, önemli bir zararın varlığından söz edilebilir<sup>43</sup>.

Öğretide hem zararın önemini saptanması hem de zarar olasılığı hakkında sıkı şartların aranmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>44</sup>. Örneğin işletmenin iş hacminin %50'sini oluşturan bir müşterinin kaybedilme olasılığı, önemli bir zarar tehlikesi olarak nitelendirilebilir. Ancak zararın önemli olup olmadığı hakkında kazanç düzeyinde bir belirlemeye, kuşkuyla yaklaşılmalıdır. Çünkü bu şekilde, özellikle büyük işletmelerin zararının önemli derecede olması hemen hemen imkansız olacaktır. Yine işçinin işten ayrıldıktan sonraki faaliyetlerinin, işverende sadece bir huzursuzluk yaratması da yeterli görülemez.

Yönetim işlevi bulunmayan, başka deyişle mavi yakalı işçi açısından, ilke olarak işverenin önemli bir zarara uğrama tehlikesinin ve dolayısıyla da rekabet yasağı ile işverenin korunmaya değer bir haklı menfaatinin bulunmadığı söylenebilir<sup>45</sup>.

### **c) Bilgilere Hakim Olma ile Önemli Zarar Tehlikesi Arasında Neden Sonuç İlişkisinin Varlığı**

Önemli bir zarar verebilme olasılığın kabulü için, işçinin iş sırlarına ya da müşteri çevresine ilişkin hakim olduğu bilgilerin kullanılması ile işverenin önemli bir zarara uğraması tehlikesi arasında, objektif şartlar altında bir nedensellik ilişkisinin varlığı gerekir. İsviçre öğretisinde bu şart, "varsayımsal neden-sonuç ilişkisi" olarak

**Fikri ve sınai hak karakteri taşıyan bilgilerin, önemli bir zarar tehlikesi açısından özel bir yeri vardır. Çünkü bu bilgilerin izinsiz kullanımı, her zaman bir zararı ortaya çıkaracaktır.**

adlandırılmaktadır<sup>46</sup>. Bu çerçevede zararın, esas itibariyle iş sırlarına ya da müşteri çevresine hakim olmanın sonucu olarak meydana gelmesi gereklidir.

Müşteriyle ilişki kurulmasında ve sürdürülmesinde, işverene ait özel bilgilerin değil de, bu müşteriye hizmet veren işçinin mesleki tecrübesi ile kişisel yeteneklerinin ön planda olduğu hallerde, vurgulandığı nitelikte bir neden-sonuç ilişkisinin varlığı kabul edilemez. Çünkü bu gibi durumlarda, müşteri çevresine ilişkin bilgiler nedeniyle, işveren ile müşteri arasındaki güven ilişkisi ortadan kalkmaz. İşçi, işverenle bir ilgisi olmayan, kendisine özgü nitelikteki yeteneklerini daima kullanabilir; bu rekabet yasağı sözleşmesiyle sınırlandırılmaz. İşçinin söz konusu kişisel yetenekleri, onun kişiliğinin bir parçasını oluşturur. Başta hizmet sektörü olmak üzere birçok meslek dalında, kişisel yetenekler önemli bir rol oynar. İşçinin kişisel yeteneklerinin müşteri için belirleyici öneme sahip olduğu durumlarda, rekabet yasağı kararlaştırılması haklı görülemez<sup>47</sup>.

İşçi tarafından kullanımı, ilke olarak BK. m.348/2 kapsamında işverenin önemli bir zararını ortaya çıkarmayan kişisel yetenekleri olarak, aldığı eğitimi ve mesleki birikimi itibariyle kişisel özelliklerini, özel uzmanlık alanını, kişisel karar verme yetkinliğini, teknik bilgi donanımını, problem çözme yeteneği gibi hususları sayabiliriz. Her geçen gün birçok işkolunda, işçinin belirtildiği türde kişisel yetenekleri daha da önemli hale gelmektedir. Ancak hangi mesleklerin bu kapsamda olduğunu baştan söylemek mümkün değildir. Avukatlık, doktorluk gibi serbest meslekler bakımından, istisnai haller hariç rekabet yasağı kararlaştırılmasının geçerli olmayacağı söylenebilir<sup>48</sup>.

Fikri ve sınai hak karakteri taşıyan bilgilerin, önemli bir zarar tehlikesi açısından özel bir yeri vardır. Çünkü bu bilgilerin izinsiz kullanımı, her zaman bir zararı ortaya çıkaracaktır.

## **4. Yasada Öngörülen Koşulların Bulunmamasının Yaptırımı**

Borçlar Kanunu'na göre, rekabet yasağına ilişkin anlaşma "ancak işçinin müşterileri tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek

iş sahibine hiss olunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir” (BK. m.348/2). Maddenin ifadesinden anlaşılana, rekabet yasağı sözleşmesinin burada öngörülen koşulları taşıması durumunda “caiz” olmayacaktır.

Türk Dil Kurumu'nca yayımlanan Türkçe Sözlük'e göre caiz, “din, yasa töre vb. bakımından işlenmesinde, yapılmasında sakınca olmayan, yapılıp işlenmesine izin verilen” demektir. Maddenin Almanca aslında “rekabet yasağının koşulları” başlığı altında yapılan düzenlemede (İsviçre BK. m.340/2), “bağlayıcılık”tan söz edilmekte ve rekabet yasağı sözleşmesinin bağlayıcı olabilmesi için belirtilen koşulları taşıması gereği ifade edilmektedir. Örneğin işçinin yaptığı iş itibarıyla işverenin iş sırlarına ya da müşterileri çevresine hakim olmadığı veya işverenin bu surette önemli bir zarar tehlikesi ile karşı karşıya bulunmadığı, sözleşmenin imzalandığı tarihte işçinin reşit olmaması yahut yazılı şekle şartına uyulmaması gibi bir durumda, artık hakim müdahalesi ile rekabet yasağına geçerlilik kazandırılmasından söz edilemez.

aşamasında yasağının içeriğinin tam olarak belirlenmiş olması zorunlu görülürse, rekabet yasağı anlamına uygun olmayacaktır. Bu nedenle rekabet yasağının içeriği açısından değerlendirilmesinin, işçinin işten ayrıldığı tarihteki somut şartlara göre yapılması gerekir<sup>50</sup>. Örneğin rekabet yasağında ölçüt olarak rakip işletmelerden söz edildiğinde, rakip işletme kavramı açısından işçinin işten ayrıldığı tarihte işverenin fiili ya da potansiyel rakipleri dikkate alınmalıdır. Sözleşmede yasağın ölçütü olarak rakip işletmelerin değil, belirli faaliyetlerin öngörüldüğü ihtimalde de, işçinin ilk işe girerken üstlendiği iş değil, işten ayrıldığı tarihteki faaliyeti belirleyici olacaktır<sup>51</sup>.

## IV. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SINIRLARI

### 1. Sınırlandırma Gereği

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin ekonomik geleceğini etkileyeceğinden, Kanun 349. maddesinde buna belirli bir sınırlama getirmektedir. Rekabet yasağının bağlayıcılığı açısından geti-

## Rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için BK. m.348 vd. hükümlerinde öngörülen şartlar bulunmadığı takdirde, iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydı hükümsüzdür.

Rekabet yasağı sözleşmesinin maddede öngörülen emredici koşulları taşıması durumunda, bir hüküm doğurmayacağı, yani geçerli olmayacağı söylenebilir. Kanunda öngörülen geçerlilik koşullarının varlığını ispat yükü işverendir (MK. m.6)<sup>49</sup>. Rekabet yasağı, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden bağımsız olduğundan, rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliği, iş sözleşmesinin sıhhatini etkilemez. Ancak tersine geçersiz bir iş sözleşmesiyle ilgili kararlaştırılan rekabet yasağı, hüküm doğurmaz.

Acaba bu kapsamda yapılacak değerlendirmede hangi tarihteki şartlar dikkate alınmalıdır? Rekabet yasağı niteliği gereği dinamik bir yapıya sahiptir. Sözleşme, çoğu zaman yasağın yürürlüğe girmesinden on yıllar önce imzalanmaktadır. Şayet daha sözleşmenin imzalanması

rilen bu sınırlamanın amacı, işçi ile işverenin karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesidir. Bu maddeye göre, rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğinin ölçsüz ve hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde zaman, yer ve konu bakımından, durumunun gereğine göre uygun bir sınır içinde kararlaştırılmış ise, muteberdir.

Rekabet yasağının bu tek tek sınırları, birbirinden bağımsız olarak görülmemeli, aksine birbirleriyle bağlantılı biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin yer itibarıyla çok küçük bir bölgeyi kapsayan bir rekabet yasağının, uzun bir süre için düzenlenmesinin hukuka aykırı bir yönünün olmadığı söylenebilir<sup>52</sup>.

Yasağın içeriğine dair bu sınırlamalar, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartı değil-

## Rekabet yasağının süre sınırlandırılmasında teknik iş sırları, ticari iş sırları ve müşteri çevresi hakkındaki bilgiler arasında bir farkın gözetilmesi gerekir.

dir. Zira rekabet yasağının geçerlilik şartları, BK. 348. maddede düzenlenmiştir. Öngördüğü süre, yer ve konu bakımından sınırları itibariyle BK. 349. maddeye uygun olmayan bir rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz değildir. Öğretide haklı olarak, bu şekildeki sözleşmelerin, İsviçre BK. m.340/a hükmüne uygun olarak hakim tarafından yeniden sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Hakime bu çerçevede tanınacak bir yetki, rekabet yasağının kapsamı, başka deyişle süre, yer ve konu bakımından sınırlarıyla ilgilidir. Yukarıda da incelendiği üzere, rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için BK. m.348 vd. hükümlerinde öngörülen şartlar bulunmadığı takdirde, iş sözleşmesindeki rekabet yasağı kaydı hükümsüzdür. Ancak öğretide, rekabet yasağının ahlaka aykırı olduğu<sup>53</sup> ya da sözleşmede öngörülen sınırların, BK. m.348 vd. hükümlerinin amacını aşar şekilde, adeta bir meslek yasağı gibi bir sonucu doğurması, geçersizlik halleri olarak kabul edilmektedir<sup>54</sup>.

## 2. Sınırlandırma Ölçütleri

### a) Süre Bakımından

Rekabet yasağının işverenin haklı menfaatlerinin korunmasıyla ilgili amacı dikkate alındığında, bunun süresiz olarak kararlaştırılması, hiç şüphesiz geçersizdir. İşverenin süresiz bir rekabet yasağıyla korunmayı gerektir haklı bir menfaati olamayacağı gibi, işçinin iktisadi istikbalinin ve çalışma hakkının tamamen ortadan kalkması da uygun görülmez. Gerçekten de, işverenin rekabet yasağı ile korunan teknik ya da ticari iş sırları, bilginin niteliğine bağlı olarak kısa ya da uzun bir sürenin geçmesiyle sır niteliğini yitirir. Bu sürenin genel bir biçimde tespit edilmesi imkânsızdır. Bu açıdan, Borçlar

Kanunumuzda rekabet yasağının zaman bakımından sınırlandırılması gereğine işaret etmekle birlikte, bunun için herhangi bir sürenin öngörülmemiş olması isabetlidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda sürenin ancak özel hallerin varlığında üç yılı aşabileceği öngörülmektedir<sup>55</sup>. Bizim Borçlar Kanunu Taslağımızda ise, rekabet yasağı süresi için "... özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz" denilmektedir. Aslında bu düzenleme ile Yargıtay'ın getirdiği sınırlama yasa taslağına aktarılmış olmaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme, bir bankada müfettiş olarak çalışan işçi ile yapılmış olan rekabet yasağı sözleşmesindeki iki yıllık süreyi hukuka aykırı bulmamıştır<sup>56</sup>.

Hem İsviçre Borçlar Kanunu'nun hem de Borçlar Kanunu Tasarısı'nın düzenlenmesinde, yasak süresinin üst sınırdan belirlenmesi için özel durum ve şartların varlığından söz edilmiştir. Rekabet yasağının süre açısından sınırının tespitinde belirleyici olan özel durum ve şartlar nelerdir? Öncelikle, işçinin işyerindeki konumunun önem taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de, üst kademe yönetici konumundaki bir eleman ile düz işçi arasında rekabet yasağı süresi bakımından farklılıklar bulunması yadırganmamalıdır<sup>57</sup>. Yine eski işverenin teknik iş sırlarına hâkim yüksek nitelikte uzman bir işçi açısından, rekabet yasağı süresinin üst sınırdan belirlenmesini haklı kılan bir durum vardır<sup>58</sup>. Örneğin işverenin üretimle ilgili teknik iş sırları hakkında kapsamlı bilgiye sahip nitelikli uzmanlar için böyle bir halin var olduğunu kabul etmek gerekir<sup>59</sup>.

Rekabet yasağının süre sınırlandırılmasında teknik iş sırları, ticari iş sırları ve müşteri çevresi hakkındaki bilgiler arasında bir farkın gözetilmesi gerekir. İlke olarak işverenin müşteri çevresine hakim olmaya kıyasla, teknik iş sırları açısından daha uzun bir rekabet yasağının hukuka uygun olduğu söylenebilir. İşverenin müşteri çevresinin korunması için kural olarak altı aylık bir rekabet yasağı yeterli görülmektedir<sup>60</sup>. Ticari iş sırrı niteliğindeki bilgilerdeki değişikliğin sıklıkla ortaya çıkan bir durum olması karşısında, ticari iş sırlarına ilişkin rekabet yasaklarında daha kısa bir süre öngörülebilir.

Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, yer ve

konu bakımından kapsamlı bir rekabet yasağı, ancak sürenin kısa kararlaştırıldığı durumda geçerli kabul edilebilir<sup>61</sup>.

### **b) Yer Bakımından**

Yasal düzenleme gereği, rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin hangi coğrafi alanda rekabet etmemekle yükümlü olduğu öngörülmelidir. Bu noktada önem taşıyan husus, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak güçleştirilmemesi olduğuna göre, yasak kapsamı belli bir şehir veya belli bir bölge ile sınırlı tutulabilir.

Rekabet yasağının yer bakımından kapsamı, işverenin iş ilişkilerinin yürütüldüğü fiili alanı aşamaz<sup>62</sup>. Gerçekten de, işverenin faaliyet gösterdiği bölge ve müşteri ilişkileri dışında kalan bir coğrafi alanın yasak kapsamına alınması uygun görülemez. Çünkü bu durumda işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer haklı menfaatinden söz edilemez. İşçinin müşteri çevresine ya da teknik ve ticari iş sırlarına ilişkin bilgileri, işverenin fiilen ticari faaliyetlerini yürüttüğü alanın dışında kullanması halinde, onun zararına neden olması beklenmez. Belirtilenin aksine, işverenin fiilen faaliyette bulunduğu alanı aşacak şekilde bir kararlaştırma, ancak yüksek düzeyde bir uzmanlaşmanın olduğu haller bakımından savunulabilir<sup>63</sup>.

İşletmenin faaliyet alanını genişletme öngörülmesi, daha fiili genişleme ortaya çıkmadan önce rekabet yasağı sözleşmesi ile güvence altına alınmaz. Bu noktada belirleyici olan, yürütülen faaliyetin etkide bulunduğu alan ile rekabet yasağı öngörülen bölgenin paralel olmasıdır. Bu nedenle rekabet yasağının yer bakımından kapsamı, ikamet esasına (Sitzprinzip) göre değil, pazar esasına (Marktprinzip) göre değerlendirilmelidir<sup>64</sup>.

Yargıtay da verdiği kararlarda rekabet yasağının zaman ve konu yanında, yer bakımından da sınırlandırılması gereğine işaret etmiştir<sup>65</sup>. Yüksek Mahkeme, bir müfettiş ile yapılan rekabet yasağı sözleşmesinde "Türkiye'deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ve taahhüt eder" biçimindeki koşulu bankacı işçinin geleceği bakımından ağır sonuçları beraberinde getirecek bir düzenleme kabul ederek geçersiz saymıştır<sup>66</sup>.

Yüksek Mahkemenin bu kararını hukuka uygun bulanlar yanında, eleştirenler de olmuştur. Bir görüşe göre, rekabet yasağının tüm ülkeyi kapsamaması kabul edilemez. Çünkü bu kurum işverenin korunmasından çok, işçinin ekonomik geleceğinin yok edilmemesini amaçlar. Bu bakımdan bölge sınırlaması getirilebilir; ama bunu aşan kayıtlar geçerli görülemez<sup>67</sup>. Karşı görüşe göre ise, diğer koşulların da varlığı halinde tüm ülkeyi kapsayan bir rekabet yasağı, somut olaya bağlı olarak uygun görülebilir. Özellikle, banka gibi tüm ülkede işyerleri bulunan işletmeler bakımından böyle bir yasak getirilmesi mümkündür. Bunun aksine bir yorum, rekabet yasağı sözleşmesini -bankalar gibi işletmeler açısından- etkisiz bırakacağı için kabul edilemez<sup>68</sup>. Yer bakımından sınırlandırma işin niteliğine göre ülke aşıcı bir etkiye de sahip olabilir<sup>69</sup>.

Kanımızca, yargıç bu konuda karar verirken kategorik biçimde değerlendirme yapmamalı; somut olayı göz önünde tutarak, hakkaniyete uygun bir çözüm üretmelidir. Sözgelimi, bankalar gibi, tüm ülkede işyerleri bulunan işletmeler açısından böyle bir yasak diğer koşulların varlığında uygun görülebilir; ancak, bu durumda yasak süresinin dar tutulmuş olması gerekir. Nitekim, Yargıtay da aynı konuda aynı yıl verdiği bir başka kararında, yine aynı kapsamdaki bir rekabet yasağını -bu olayda yasak süresi 6 ayla sınırlı tutulmuş idi- hukuka aykırı bulmamıştır<sup>70</sup>.

İsviçre öğretisinde yer bakımından kapsamın değerlendirilmesinde, işçinin eski işveren hakkındaki bilgisinin müşteri çevresiyle sınırlı olduğu haller bakımından farklı bir ölçüt benimsenmiştir. Buna göre rekabet yasağı, sadece işçinin etkin biçimde ilişki halinde olduğu müşterilerin olduğu yer ile sınırlıdır. Çünkü bu durumda işçi, ancak ilgilendiği müşterilere ait bilgileri öğrenebilir ve daha sonra kullanabilir<sup>71</sup>. Aksine daha geniş bir kararlaştırmanın mümkün olduğunu ileri sürmek, işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer haklı menfaatlerinin dışında, amacı aşan bir sonucu ortaya çıkarır.

İşçinin teknik ya da ticari iş sırlarına hakim olduğu durumlarda ise, hukuki durum farklıdır.

Rekabet yasağı bu gibi hallerde, işçinin vakıf olduğu bilgilerin türüne bağlı olarak işletmenin faaliyetleri itibariyle tüm etki alanını kapsayabilir.

### c) Konu Bakımından

Rekabet yasağı ayrıca işin konusu bakımından da sınırlandırılmış olmalıdır. Açıkçası, rekabet yasağı işyerinde yapılan faaliyetleri kapsamalı; bu noktada işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etme olanağının bulunduğu işler dikkate alınmalıdır. İşverenin faaliyet alanı dışında kalan işler için bir rekabet söz konusu olmayacağına göre, bunlar için yasak getirilmesi herhangi bir anlam taşımayacaktır<sup>72</sup>. Yargıtay haklı olarak, bir uyuşmazlıkta, işçinin çalıştığı işyeri ile sözleşmeyi feshinden sonra görev yaptığı firmadaki işinin aynı nitelikte olup olmadığını uzman bir bilirkişi aracılığı ile incelenmesini ve tespitini istemiştir<sup>73</sup>.

Öte yandan, rekabet yasağı, işletmenin ana sözleşmesinde belirlenen faaliyet alanını de-

Rekabet yasağı sözleşmesinde, yasağın konu ve yer açısından sınırlarının açık biçimde ortaya konulduğu durumda, işçi işten ayrıldıktan sonra şartlarda ortaya çıkacak değişiklikler önemli problemleri beraberinde getirecektir. Burada değişikliğin işçinin aleyhine olup olmaması açısından bir ayrıma gidilmelidir. Şayet işçi işten ayrıldıktan sonra ortaya çıkan değişiklikler önceki duruma göre işçi aleyhine ise, bunlar dikkate alınmaz. Zira bu şekilde kabulü mümkün olmayan sonuçlar söz konusu olabilir. Örneğin, değişiklikten önceki şartlara göre işçinin çalışması rekabet yasağını ihlal etmeyen bir işin, değişiklik sonucunda rekabet yasağını ihlal eder duruma gelmesi mümkündür<sup>77</sup>. Yasağın sınırları açısından bir daralma sonucunu ortaya çıkaran değişikliklerde ise, önceden tespit edilen sınırların artık dikkate alınması mümkün değildir. Elbette bu konuda yapılacak değerlendirmelerde BK. m.351/1 hükmü gözden uzak tutulmamalıdır. Ortaya çıkan değişiklik sonucunda, kısmen dahi olsa, işverenin yasak

## Rekabet yasağı işyerinde yapılan faaliyetleri kapsamalı; bu noktada işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etme olanağının bulunduğu işler dikkate alınmalıdır.

ğil, fiili çalışma alanını kapsayabilir<sup>74</sup>. Burada sözü edilen faaliyet alanı, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe göre belirlenecektir. Bu noktada özellikle sorun yaratabilecek bir durum, iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin faaliyet alanında bir değişikliğe gitmesidir. Bu nokta bakımından belirtilmelidir ki, işverenin vazgeçtiği faaliyetler ile işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra giriştiği yeni faaliyetler, yasak kapsamına alınmaz<sup>75</sup>. Aksi takdirde, rekabet yasağının geçerlilik şartı olarak işverenin korunmaya değer haklı menfaatinin söz edilemez (BK. m.351/1). İsviçre Federal Mahkemesi de, rekabet yasağının yer bakımından sınırı üzerinde durduğu bir kararında, işverenin, rekabet yasağının sonradan değişen şartlara uyarlanmasını ve yasağın somut olarak ticari ilişkilerinin olduğu ülkelere genişletilmesini talep edemeyeceğine karar vermiştir<sup>76</sup>.

ile korunmaya değer bir menfaatinin kalmadığı bir durumda, rekabet yasağı sözleşmesi artık bağlayıcılığı kaybeder.

Rekabet yasağının konu bakımından sınırlandırılması çerçevesinde, yasak kapsamında korunmaya değer bilgilerin tespitinin gerekmediği, uygulama açısından önemli bir sorun olarak kendini gösterebilir. Konu bakımından sınırlandırmada, yer ve süre sınırlarından farklı olarak, somut olarak hangi faaliyetlerin yasaklandığının yazılı biçimde tespitinin gerekmediği ileri sürülebilir. Çünkü BK. m.348/1'in "... iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ..." şeklindeki anlatımından, yasak uyarınca rekabet oluşturan her türlü davranıştan kaçınılması gereği anlaşılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, konu bakımından sınırlandırmanın güven esasına göre yorumlanması gerektiğinden hareketle, rekabet ya-



## İşçinin ekonomik geleceğinin rekabet yasağı suretiyle sınırlandırılması, bir meslek yasağı sonucunu ortaya çıkarmamalıdır.

sağının, bunu düzenleyen sözleşmede açıkça sayılmamış ürün ve hizmetler için de geçerli olduğunu kabul etmiştir<sup>78</sup>. Çünkü yasağın kararlaştırıldığı tarihte, tarafların ilerisi açısından tüm ürün ve hizmetleri baştan öngörebilmesi her zaman mümkün değildir. İşçi ile işveren, sözleşmede ancak bunun imzalandığı tarihteki mal ve hizmetleri somut olarak sayabilirler.

### 3. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Dikkate Alınması

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesine neden olamaz (BK. m.349)<sup>79</sup>. Somut bir sözleşmenin bu açıdan yerindeliliğinin denetiminde, yasağa ilişkin zaman, yer ve konu açılarından sınırların ve işçi ile eski işverenin karşılıklı menfaatlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. İşçinin mesleki geleceğini ilgilendiren somut bir sınırlandırma, işverenin haklı menfaatlerinin korunması için “olmazsa olmaz nitelikte” bulunmadığı sürece ölçüsüzdür. Bu açıdan, örneğin işçinin eğitimi, mesleki tecrübesi, yaşı, mesleğini ya da oturduğu şehri değiştirme olanağı, yetenekleri, ailevi şartları, maddi durumu, önceki işveren yanında aldığı ücretin düzeyi, finansal ilişkileri, iş piyasasında tanınmışlığı, iş ilişkisinin devam süresi ve özellikle de işverence rekabet yasağı karşılığı taahhüt edilen ödemenin yüksekliği, bir bütün olarak dikkate alınması gereken şartları oluşturur<sup>80</sup>.

İşçinin ekonomik geleceğinin rekabet yasağı suretiyle sınırlandırılması, bir meslek yasağı sonucunu ortaya çıkarmamalıdır. İşçi, rekabet yasağının devam ettiği dönemde de, eğitimi dolayısıyla edindiği mesleğinde çalışmaya devam etme imkanına sahip olmalıdır. Örneğin finans alanında uzman bir işçinin, hazır gıda sektöründe iştigal eden bir işverenden sonra,

rekabet yasağı süresinde metal işkolunda bir işletmede çalışması mümkündür.

Genel olarak bilim ve teknikte ve özellikle de birçok meslekte artan orada uzmanlaşma nedeniyle, rekabet yasağı, daha ziyade meslek yasağı olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle öğretilde savunulan, adeta bir meslek yasağını ortaya çıkaran rekabet yasağı sözleşmelerinde, işçiye karşı edim olarak bir ödeme yapılması zorunluluğu yerinde görülmelidir<sup>81</sup>.

### 4. Kanundaki Ölçüyü Aşan Sınırlar ve Hakimin Müdahalesi

Bu noktada değinilmesi gereken husus, BK. 349. maddedeki “muteberdir” sözcüğünün “geçerlidir” biçiminde anlaşılmasının mümkün olup olmadığıdır. Maddenin içeriğine ve ifadesine bakıldığında, sözü edilen sınırların aşılması durumunda, rekabet yasağı sözleşmesini tümüyle “geçersiz” olarak değerlendirmenin aşırı bir yaptırım olacağı söylenebilir. Nitekim, maddenin Almanca aslına bakıldığında, burada belirtilen sınırların aşılmasına ilişkin olarak “muteber olmama veya geçerli olmama” biçiminde bir ifade bulunmadığı görülür. Bu maddede “bağlayıcı” olma sözcüğü de yoktur<sup>82</sup>.

Gerek orijinal metinde ve gerekse buna uygun olarak hazırlanan Borçlar Kanunu Tasarısındaki ifade şöyledir: “Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez”. İçerirse ne olur? Bunun da cevabını maddenin 2. fıkrası vermektedir: “Hakim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını...kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir”.

Maddenin Almanca aslı ve Borçlar Kanunu Tasarısındaki düzenlemesi böyle olmakla birlikte, asıl üzerinde durulması gereken metin, Kanunun pozitif düzenlemesidir. Borçlar Kanunu m.349 hükmüne bakıldığında, sınırlama ile güdülen amacın, işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesinin önlenmesi olduğu anlaşılır. Rekabet yasağı, bu doğrultuda olmak üzere zaman, yer ve işin konusu bakımından durumun gereğine göre uygun bir sınır içinde kararlaştırılmalıdır.

Madde metninde yer verilen “hakkaniyete

## Bir iş sözleşmesi kurulmadan önce ya da sona erdikten sonra kararlaştırılacak rekabet yasağı hakkında BK. m.348 vd. hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

aykırı olarak”, “durumun gereğine göre”, “uygun bir sınır içinde” terimleri, yargıcın takdir yetkisini ortaya koyan ifadelerdir. Dolayısıyla, rekabet yasağı anlaşmasında zaman, yer ve konu bakımından bir aşırılık tespit edildiğinde, bu olgu sözleşmenin doğrudan geçersizliği sonucunu doğurmayacak; yargıç maddede sayılan ölçütleri göz önünde tutarak rekabet yasağının muteber olup olmadığına karar verecektir<sup>83</sup>.

Yargıç bunu yaparken, işverenin haklı menfaatleri ile işçinin ekonomik geleceği arasında bir değerlendirme yapacak ve buna göre kararını verecektir. Değerlendirmede dikkate alınacak somut şartlar, iş sözleşmesi sona erdiği anda mevcut olanlardır<sup>84</sup>.

## V. REKABET YASAĞININ KARARLAŞTIRILMASI

### 1. Sözleşmenin Yapılabileceği Zaman

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin BK. m.348 vd. hükümleri, işverenin korunmaya değer menfaatleri ile işçinin çalışma ve meslek seçme özgürlüğü ile diğer temel hakları arasında bir dengenin kurulmasını amaçlar<sup>85</sup>. Başka deyişle söz konusu düzenlemeler işçinin korunmasını ön plana çıkardığından, BK. m.348 vd. hükümlere tabi bir rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi, öncelikle bir iş ilişkisinin varlığını gerektirir.

Bu nedenle bir iş sözleşmesi kurulmadan önce ya da sona erdikten sonra kararlaştırılacak rekabet yasağı hakkında BK. m.348 vd. hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu ihtimalde koruma amacını haklı gösteren bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır<sup>86</sup>. İş sözleşmesi hukuken ya da fiilen sona erdikten sonra

kararlaştırılan rekabet yasağının BK. m.348 vd. çerçevesinde değerlendirilmemesi gerekir. Bu açıdan iş sözleşmesi kurulmadan önce ya da sonra kararlaştırılan rekabet yasağı hakkında, işçi ile işverenin menfaatlerinin dengelenmesi açısından genel hükümler olarak MK. m.2, 23 ve BK. m.19, 20 dikkate alınacaktır.

Rekabet yasağında işverenin korunmaya değer menfaatleri dikkate alındığında, deneme süresinde sona eren bir iş sözleşmesiyle ilgili rekabet yasağının geçerliliği, üzerinde düşünmeye değer bir konudur. Alman Federal İş Mahkemesi, iş sözleşmesinin deneme süresinde sona ermesinin, rekabet yasağının yürürlüğe girmesine engel olmayacağı görüşündedir<sup>87</sup>. Mahkemeye göre, rekabet yasağının, örneğin deneme süresinin ya da sözleşmede 6 ay, 1 yıl gibi belirli bir sürenin tamamlanması ile yürürlüğe gireceğinin kararlaştırılması mümkündür. Buna rağmen yazılı sözleşmede açık bir kararlaştırmaya gidilmediği takdirde, rekabet yasağı, sözleşmenin imzalanmasıyla geçerlilik kazanır. Çünkü rekabet yasağı sözleşmesiyle korunması amaçlanan, işverenin işletmesiyle ilgili haklı menfaatleri, deneme süresinde de ortaya çıkabilir<sup>88</sup>.

İş sözleşmesinin bildirimli olarak feshedildiği ve ihbar önelinin devam ettiği dönemde, işçi ile kararlaştırılacak rekabet yasağı hangi hükümlere tabi olacaktır? Bu konuda öğretide Soyer, ihbar öneli içinde kararlaştırılan rekabet yasağına BK. m.348 vd. hükümlerin uygulanacağı görüşündedir<sup>89</sup>. Bu görüş, iş sözleşmesinin ihbar öneli sona erene kadar geçerli olması ve bu açıdan da bağımlılık ilişkisinin önel ertesinde sonlanması nedeniyle isabetlidir.

Ancak, bu konuda rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesine ilişkin BK. m.352/2 hükmü göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü rekabet yasağının sona ermesine ilişkin bu hükümde, işveren ile işçinin çatışan menfaatlerinin dengelenmesi açısından, işverenin rekabet yasağıyla korunmaya değer bir haklı menfaatinin bulunmadığı varsayılmıştır. Belirtilen nedenle iş sözleşmesi işveren tarafından işçiyle ilgili bir geçerli nedene dayanılmadan bildirimli olarak feshedildikten sonra kararlaştırılacak rekabet yasağı, BK. m.352/2 hükmü uyarınca geçerli kabul edilmemelidir<sup>90</sup>. Bildirim önelinde re-

kabet yasağı kararlaştırılabilmesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu 18. madde anlamında işçinin davranışları ve yeterliliğine dayanan feshinde ve işçi tarafından bildirimli feshinde söz konusu olabilecektir. İşverenin işyeri ya da işletmesiyle ilgili bir nedene dayanan feshinde ise, BK. m.352/2 anlamından “işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru”ndan söz edilmez.

## 2. Ehliyet

BK. m.348/3 hükmüne göre, “işçi, akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise, rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır”. Bu kuralın arkasında yatan, reşit olmayanların rekabet yasağının kendileri üzerinde ortaya çıkaracağı olumsuz etkileri kavrayamayacakları öngörüsüdür<sup>91</sup>.

Reşit olma şartı, işçinin rekabet yasağı sözleşmesinin imzalandığı tarihte var olması gereken bir şarttır. İşçinin sonradan, iş sözleşmesi sona ermeden önceki tarihte reşit hale gelmesi, bunu geçerli hale getirmez<sup>92</sup>. Çünkü batıl bir sözleşme hiçbir biçimde geçerlik kazanmaz. Böyle bir durumda yapılması gereken, işçi reşit hale geldikten sonra önceki rekabet yasağı sözleşmesine muvafakat etmesi değil, yeni bir sözleşmenin imzalanmasıdır.

## 3. Yazılı Şekil Şartı

Rekabet yasağı sözleşmesinde yazılı şekil, Alman hukukunda olduğu üzere<sup>93</sup>, BK. m.350 uyarınca geçerlilik şartıdır. Kanunda yazılı şeklin bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmesinin altında yatan neden, yasakla ilgili hükümlerin içeriği ve önemi hakkında işçinin aydınlanmasını, bilinçli hareket etmesini sağlamaktır<sup>94</sup>. Bu açıdan yazılı şekil, uyarı işlevine sahiptir. Yazılı şeklin daha da önemli bir diğer işlevi, belgelendirmedir. Bir rekabet yasağı çoğunlukla, kararlaştırıldıktan yıllar sonra aktüel hale gelmektedir. Yasağın somut şartları yazılı biçimde belirlenmediği takdirde, ileride sözleşmenin içeriğinin yeniden yapılandırılması hemen hemen imkânsızdır<sup>95</sup>.

Rekabet yasağı işçi işe alınırken imzalanan iş sözleşmesinde düzenlenebileceği gibi, işçinin çalıştığı sırada bağımsız bir sözleşme şek-

linde de kararlaştırılabilir. BK. 13. maddedeki genel kural uyarınca, sözleşme ile yükümlülük üstlenenlerin imzası gereklidir. Bu çerçevede rekabet yasağı karşılığında işverenin bir ödeme taahhüdünde bulunmadığı sözleşmelerde, işçinin imzası yeterlidir. Aksine işveren bir karşı edim taahhüdünde bulunuyorsa, ayrıca işverenin de imzası gerekir<sup>96</sup>. Yasağın gerekli yazılı şekil şartını karşıladığını ispat yükü, işverendedir<sup>97</sup>.

Rekabet yasağının, iş sözleşmesinin ekinde ayrı bir taahhütname olarak kararlaştırılması mümkündür. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, böyle bir kararlaştırmada, rekabet yasağını düzenleyen ekli metinde işçinin imzası bulunmasa dahi, iki şartın gerçekleşmesi koşuluyla yasak bağlayıcıdır. Bunun için, yasağı düzenleyen metnin, iş sözleşmesinin eki olduğu konusunda bir tereddüt olmamalı ve iş sözleşmesinin içeriğinde, rekabet yasağına atıfta bulunulmuş olunmalıdır<sup>98</sup>.

Yazılı şeklin geçerlilik şartı olarak kabul edilmesinin gerekçeleri dikkate alınarak, iç yönetmelikte düzenlenen rekabet yasağının geçerli olmadığı kabul edilmelidir<sup>99</sup>. Rekabet yasağı sözleşmesinin BK. m.348 vd. hükümlerinde öngörülen şartlarının, her bir işçi açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereği, rekabet yasağının bireysel niteliğini ortaya koyar. İşveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanan iç yönetmelikler ise, işyerindeki tüm işçileri kapsar, genel niteliktedir. Bu şekilde tüm işçiler için genel geçerli bir rekabet yasağı, özellikle BK. m.349'daki zaman, yer ve konu açısından sınırlar nedeniyle kabul edilemez. Çünkü bu sınırların her bir işçi açısından, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki somut şartlar dikkate alınarak

**Bir rekabet yasağı çoğunlukla, kararlaştırıldıktan yıllar sonra aktüel hale gelmektedir. Yasağın somut şartları yazılı biçimde belirlenmediği takdirde, ileride sözleşmenin içeriğinin yeniden yapılandırılması hemen hemen imkânsızdır.**

## Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde, rekabet yasağı karşılığında işverene bir karşı edim yükümlülüğü getirilmemiştir.

değerlendirilmesi gerekir<sup>100</sup>. Belirtilen nedenle iç yönetmelikteki rekabet yasağına bireysel iş sözleşmesinde bir atıfta bulunulsa dahi, bunun hukuka uygun olmadığı kabul edilmelidir<sup>101</sup>.

Yazılı şekil şartı açısından, fesih bildiriminde ya da ikale sözleşmesinde düzenlenen rekabet yasağının geçerliliği, üzerinde düşünmeye değer ihtimallerdir. Bu iki ihtimalde belirleyici olan, bunların iş sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili olması ve dolayısıyla hemen akabinde rekabet yasağının başlayacağıdır. Fesih bildiriminde ya da ikalenin ortaya çıktığı an itibarıyla ortada bir iş sözleşmesi bulunduğundan, yazılı metinde yer alacak bir rekabet yasağı kaydının, BK. m.350'deki şekil şartı açısından yeterli olduğu kabul edilmelidir<sup>102</sup>. Bu noktada sorun, işverenin fesih ya da ikale iradesinin, BK. m.352 hükümündeki rekabet yasağının devamı açısından önemli bir menfaatinin bulunması şartı karşısındaki geçerliliğidir. Konu aşağıda rekabet yasağının sona ermesi başlığı altında incelenecektir (VII, 3).

Öğretide bazı yazarlar, yazılı şekil şartının rekabet yasağıyla ilgili objektif ve sübjektif tüm noktaları ilgilendirdiğinden hareket ederek, yasağın özellikle BK. m.349'daki konu, yer ve zaman açısından sınırlarının yazılı şekilde tespitinin bir zorunluluk olduğunu kabul etmektedir<sup>103</sup>. Aksini savunan yazarlar, bu sınırların yazılı biçimde tespit edilmediği ihtimalde rekabet yasağının hakim tarafından kanundaki düzenlemeler ve somut olayın şartları dikkate alınarak hukuka uygun biçimde düzenlenebileceğini, sınırlarının belirlenebileceğini ileri sürmektedir<sup>104</sup>.

Rekabet yasağı sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler de yazılı şekil şartına tabidir. Bu gerek BK. 350. maddeden değil, 12. maddeden kaynaklanmaktadır. Örneğin rekabet yasağının zaman, yer ve konu açısından sınırlarında ya da yasak karşılığı işçiye ödene-

cek tutarda sonradan bir değişikliğin de yazılı olması, geçerlilik şartıdır<sup>105</sup>.

### 4. İş Sözleşmesinin Türü

İş hukuku mevzuatında düzenlenen çeşitli kurumlar, işçinin ücret, çalışma süreleri, iş güvencesi gibi yönlerden korunmasını hedefler. Bu koruma amaçlarının tümü, bir iş sözleşmesi ilişkisinin varlığına ve bazı konularda da sözleşmenin türüne bağlıdır. Rekabet yasağı sözleşmesini düzenleyen BK. m.348 vd. hükümlerine bu açıdan bakıldığında, koruma, iş ilişkisi sona erdikten sonraki dönemi ilgilendirir. Bu nedenle rekabet yasağı konusunda anlaşılan işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin türü esasa etkili değildir<sup>106</sup>. Çünkü rekabet yasağının geçerliliğine ilişkin BK. 348. maddedeki şartlar, işçinin iş ilişkisinin devam ettiği dönemde yaptığı iş itibarıyla iş sınırlarına ya da müşteri çevresine hakim olmasına ve işten ayrıldıktan sonra da bu bilgileri kullanmasının eski işvereni önemli bir zarara uğratması tehlikesine odaklanmaktadır. İşçinin yaptığı iş itibarıyla işvereni ile rekabet edebilecek bir konumda olup olmamasının ise, iş sözleşmesinin türüyle bir bağlantısı yoktur. Bu nedenle rekabet yasağının geçerlilik şartlarıyla ilgili BK. m.348 vd. hükümlerde, iş sözleşmesinin türünden söz edilmemiştir. Rekabet yasağı kararlaştırılacak işçinin belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi ya da kısmi-tam süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması fark etmez.

### 5. İşverenin Karşı Edim Üstlenmesi

Alman Ticaret Kanunu § 74/2 hükmüne göre, rekabet yasağı kararlaştırabilmek için işçinin işyerinde yaptığı iş itibarıyla işverenle rekabet edebilecek bir konumda olması yeterli değildir. Ayrıca işverenin, yasağın devam ettiği her yıl için işçiye son ücretin en az yarısı kadar bir ödemede bulunulması gerekir. Bu açıdan rekabet yasağı karşılığı işverenin karşı edimi, Alman hukuku açısından bir geçerlilik şartıdır<sup>107</sup>.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu sisteminde ise, rekabet yasağı karşılığında işverene bir karşı edim yükümlülüğü getirilmemiştir. Rekabet yasağının işçinin salt çalışma ve mesleğinde kendini geliştirme özgürlüğünü değil, en az bunun kadar önemli olan maddi açıdan hayatını ida-

me ettirme olanaklarını da ilgilendirdiğinden, işverenin karşı edim yükümlülüğü hakkında bir düzenlemenin olmaması haklı olarak eleştirilebilir<sup>108</sup>. İsviçre'de Borçlar Kanunu'nda yapılan değişikliklerde konu gündeme getirilmişse de, kanun koyucunun işverene aşırı bir külfet getirmekten kaçınma ve karşı edim yükümlülüğünü toplu iş sözleşmelerine bırakma düşüncesi baskın olmuştur<sup>109</sup>. Rekabet yasağı karşılığı işverenin karşı edimiyle ilgili bu iki gerekçeye itibar etmek mümkün değildir. İş hukukunun temel gayesi işçinin korunmasıdır; çünkü işçi hem hukuki hem de maddi açıdan işverene bağımlıdır<sup>110</sup>. Çoğu işçi için çalışması karşılığı elde edeceği ücret, hayatını idame ettirebilmek için tek kaynaktır. Rekabet yasağının çoğu zaman işçinin kendi mesleğinde çalışmaması sonucunu ortaya çıkardığı dikkate alınır, kendi mesleği dışında bir başka alanda iş bulamayan işçinin ekonomik yönden zorluğa düşeceği açıktır<sup>111</sup>. Bu açıdan karşı edimin işverene aşırı

m.348 vd. sisteminde işverenin karşı edimi düzenlenmemişse de, sözleşme serbestisi uyarınca işverenin böyle bir edim taahhüdünde bulunmasında engel yoktur. Bu ihtimalde rekabet yasağı sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme halini almaktadır<sup>113</sup>. Karşı edim, işçinin çalıştığı sırada eline geçen ücret düzeyi temel alınarak tespit edilmiş olsa dahi, rekabet yasağının yürürlük kazanmasıyla işçiye yapılacak ödeme, ücret niteliğini kaybeder. Ücret bir işi karşılığıdır; rekabet yasağı karşılığı karşı edim ise, bir işin değil, rekabet etmeme borcunun karşılığını oluşturur. Bu açıdan ortada sözleşmeye dayanan bir ödeme söz konusudur. Karşı edimin niteliğinin tespit edilmesi, örneğin dikkate alınacak zamanaşımı süresi açısından önemlidir. İşveren rekabet yasağı sözleşmesindeki taahhüdüne uymayarak karşı edimini yerine getirmezse, işçi bunu 5 değil, 10 yıllık zamanaşımı süresinde talep edebilecektir.

## Türk iş hukuku uygulamasında rekabet yasağı toplu iş sözleşmesinin değil, bireysel işçi-ışveren ilişkisi bazında, iş sözleşmelerinin konusu olarak görülmektedir.

külfet getireceğini savunmak, iş hukukunun işçiyi koruma amacı ile bağdaşmaz; insani olana karşı iktisadi olanı ön plana çıkarmak anlamına gelir. Diğer taraftan Türkiye'de toplu iş sözleşmesi düzeninin pek de işlemediği ve işçilerin ancak küçük bir kısmını kapsayan toplu iş sözleşmelerinde de rekabet yasağıyla ilgili işçiyi koruyucu hükümlere yer verilmediği bilinen bir gerçektir. Türk iş hukuku uygulamasında rekabet yasağı toplu iş sözleşmesinin değil, bireysel işçi-ışveren ilişkisi bazında, iş sözleşmelerinin konusu olarak görülmektedir. Kaldı ki, rekabet yasağının işlevi dikkate alındığında, bunun toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde ele alınıp alınamayacağı da tartışılabilir. Bu gerekçelerle, kanunda rekabet yasağı karşılığında işverenin karşı ediminin bir geçerlilik şartı olarak açıkça düzenlenilmemesinin yerinde olmadığı görüşündeyiz<sup>112</sup>.

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin BK.

Karşı edimin, yasağın devam ettiği sürede aylık, üç aylık gibi dönemlerde ödemesi mümkündür. Alman Ticaret Kanunu § 74/2'deki yasak süresince her yıl için son ücretin en az yarısı kadar ödeme yapılması gibi bir düzenleme Borçlar Kanunu'nda bulunmadığından, ödeme tutarı ve dönemi serbestçe kararlaştırılabilecektir. Hatta ödemenin tüm rekabet yasağı süresi için, iş sözleşmesinin sona erdiği tarih itibarıyla peşin yapılması kararlaştırılabilir. Bu serbesti karşı edimin miktarı açısından, amacı sağlamak için yetersiz, çok düşük meblağların kararlaştırılmasına olanak verdiğinden, kanunda yer verilecek nispi emredici bir hükümle işçiye asgari bir güvenenin sağlanması yerinde olacaktır. Öğretide, rekabet yasağı karşılığı ödemenin, iş ilişkisinin devamı sırasında ilave bir ödeme şeklinde yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>114</sup>. Bu halde işveren, yaptığı ödemenin rekabet

yasağı karşılığı ödemeyi de kapsadığını ispatla yükümlüdür.

İşverenin karşı edim taahhüt ettiği ihtimalinde, üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, karşı edimin, rekabet yasağı sözleşmesinin BK. m.348 vd. uyarınca geçerliliği ve sınırları açısından yapılacak değerlendirmedeki etkisidir. Türk ve İsviçre hukuku açısından rekabet yasağı karşılığı işverenin karşı edimi geçerlilik şartı olmadığından, somut bir sözleşmenin geçerliliği hakkındaki tartışmada karşı edimin bir etkisi yoktur. Konu, rekabet yasağının sınırları hakkında yapılacak değerlendirme bakımından önemlidir<sup>115</sup>.

Öğretide Soyer tarafından haklı olarak ifade edildiği üzere, işverenin rekabet yasağı karşılığında işçiye bir ödeme taahhüdünde bulunması, BK. m.348 vd. hükümlerindeki koruyucu şartların uygulanması gereğini ortadan kaldırmaz; işçinin korunmasını haklı gösteren nedenler bu halde de devam eder<sup>116</sup>. Rekabet yasağıyla birlikte, işçinin edindiği bilgilerden yararlanma ve bunları geliştirme olanağından yoksun bırakıldığı unutulmamalıdır. Yasak süresince işçinin ücretinin tamamı ödense dahi, bu, işçinin bazı temel haklarının ihlal edildiği gerçeği ortadan kalkmaz.

Son olarak, karşı ödeme kararlaştırıldığı takdirde, işveren rekabet yasağından vazgeçtiğini ileri sürerek bu ödemeden kurtulamaz. Böyle bir durum, karşı edim içeren rekabet yasağının iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği ile bağdaşmadığı gibi, işçinin olumsuz etkilenmesine neden olur. Çünkü işçi işini ve ekonomik durumunu, rekabet yasağı dolana kadar işverenden karşı edim alacağı inancı ile belirler.

## VI. REKABET YASAĞININ İHLALI

Rekabet yasağının ihlali, BK. 351. maddede özel olarak düzenlenmiştir. Bir sözleşme olmakla, BK. m.96 vd. hükümleri rekabet yasağı sözleşmesi için de uygulanabilir niteliktedir. Kanun koyucunun 351. maddeyle özel bir düzenlemeye gitmesinin amacı, yaptırım imkânlarını işçi lehine sınırlandırmaktır<sup>117</sup>.

## 1. Zararın Tazmini

Hükümde öngörülen ilk yaptırım, işçinin yasağı ihlal eden davranışları nedeniyle eski işverenin uğradığı zararın tazminidir (BK. m.351/1). Ortada sözleşmeye dayanan bir sorumluluk hali bulunduğundan, bunun kusur sorumluluğuna dair esaslar bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Bu açıdan BK. 96. maddedeki “Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur” hükmü uyarınca, eski işverenin yasağın ihlal edildiğini, zarara uğradığını ve ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağıntısını ispat etmesi yeterlidir<sup>118</sup>; işverenin kusuru ispat etmesi gerekmez. Sözleşmeye aykırılıkta kusur karinesi geçerli olup, işçi ancak rekabet yasağını ihlalde kusursuz olduğunu ispat ile sorumluluktan kurtulabilir. Ancak konunun doğası gereği, işçinin kusursuzluğunu ispat etmesi, hemen hemen imkânsızdır<sup>119</sup>. Eski işverenin kusuru ispatı, kararlaştırılan cezai şartı aşan bir zarar iddiasında gereklidir (BK. m.158/2).

Eski işveren, uğradığı müspet zararın tazmini talep edebilecektir. Bu kapsamda tazmini gereken zarar, eski işverenin malvarlığının mevcut durumu ile rekabet yasağı ihlal edilmeseydi alacağı hal arasındaki farktan ibarettir. Bu da fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç şeklinde ortaya çıkabilir. Öğretide BK. m.348 vd. sisteminde işverenin karşı ediminin rekabet yasağının geçerlilik koşulu olarak öngörülmemesinden hareketle, tazminatın belirlenmesinde 98. maddenin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>120</sup>. Bu hükme göre, “Hususiyle iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette, mesuliyet daha az şiddetle takdir olunur”. Rekabet yasağı eski işverenin menfaatine hizmet ettiği, işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtladığı dikkate alındığında, tazmin konusunda yapılacak değerlendirmede katı olunmaması gerektiği söylenebilecektir.

Eski işverenin zarara uğramasına neden olan ihlal, TTK m.56 vd. hükümleri doğrultusunda aynı zamanda haksız rekabet oluşturduğu takdirde, tazmin için eski işçinin yanında, yeni işverene de başvurulması mümkündür (BK. m.51).

## 2. Cezai Şart

Rekabet yasağının ihlali nedeniyle uğranılan zararın ispatı, uygulamada önemli bir sorundur. Örneğin kazanç kaybı, birçok olayda yasağın ihlalinin uzun süre sonra belirgin hale gelmektedir. Yine ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti için gerekli delillerin çoğu yeni işveren nezdinde olduğundan, çoğu olayda eski işveren sadece yasağı ihlal eden davranışı ispat edebilmektedir. Bu nedenle işverenler, yasağın ihlali konusunda cezai şart kararlaştırma yoluna gitmektedirler. Çünkü cezai şartın kararlaştırıldığı ihtimalde, zarar sözü konusu olmasa bile, salt yasağın ihlalini ispat ile cezai şartın talep edilmesi mümkündür (BK. m.158/1). Böylelikle işverenler, zararı ispat yükünden kurtulmaktadır<sup>121</sup>.

Genel olarak cezai şarta ilişkin BK. m.158/1 hükmüne göre, alacaklı seçimlik olarak ifayı (zararın tazmini) ya da cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Ancak BK. m.351/2 bu genel esastan ayrılmıştır. Buna göre "...işçi, kaideten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyetten kurtulabilir". Bu şekilde işçi, cezai şartı ödemek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. Ancak bu kural bazı olaylarda hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurabilecektir<sup>122</sup>. Uygulamada rekabet yasağına ilişkin cezai şart tespit olunurken işçinin ücret düzeyi baz alınmakta ve belirli bir miktar ya da 6 aylık-1 yıllık ücret gibi meblağlar öngörülmektedir. Bu ise, sözleşme imzalandıktan yıllar sonra yasağın ihlali söz konusu olduğunda, uğranılan zarar karşısında cezai şartın yetersiz kalmasına neden olabilmektedir. BK. m.351/2 bu ihtimali dikkate alarak, zararın cezai şartı aştığı hallerde, aşan kısmın tazminine olanak tanımıştır. Ancak bu durumda eski işverenin, işçinin kusurunu ispat etmesi gerekir. BK. m.159/2 hükmüne göre, "Şart olunan cezai şart miktarından fazla zarara duçar olan alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez".

Rekabet yasağı çerçevesindeki cezai şart, BK. m.161'deki genel kural çerçevesinde yargıcın hakkaniyet indirimine tabidir. Rekabet yasağının ihlali halinde, cezai şartın ta-

lep edilebilmesi için, eski işverence ihlalin ispatı yeterlidir; ayrıca işçinin kusurunun ya da zararın ispatı gerekmez. Hukuki durum böyle olmakla birlikte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2008 yılında verdiği bir kararında (22.09.2008, 9-517/566, <http://www.kazanci.com/>), zararın ispatını, cezai şartın talep edilebilirliği için değil, bunda yapılacak hakkaniyet indiriminin ölçüsü olarak dikkate almıştır. İndirim açısından bir diğer ölçüt, yasak süresi içinde ihlalin ne zaman ortaya çıktığı olabilir. Çünkü iş ilişkisi sona erdikten sonra başlayan yasak döneminde, zamanın geçmesiyle işverenin korunmaya değer menfaatleri, niteliği gereği zayıflar. Bu açıdan cezai şartta, yasak süresinde ihlalin ortaya çıktığı tarih itibarıyla geçen süre ile kalan sürenin karşılaştırılması suretiyle bir indirim yapılması hakkaniyete uygun görülmelidir.

## 3. Yasağı İhlal Eden Fiile Son Verilmesi

Rekabet yasağı ile, işçi açısından bir menfi borç söz konusudur. Menfi borçların ihlalinde sorumluluk, genel olarak BK. m.97'de düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu, rekabet yasağı açısından BK. m.351/3'de özel bir düzenlemeye gitmiştir<sup>123</sup>. Buna göre, "İşçinin hareketi tarzı ve ihlal veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti haklı gösteriyorsa ve tahriri bir mukavele ile sarahaten bu hak muhafaza edilmiş ise, iş sahibi, müstesna olarak meşrut olan cezanın tediyesinden ve onu müteceviz olan zararın tazmininden başka muhalefetin menini de talep edebilir".

Bu hüküm uyarınca eski işverenin, işçiden rekabet yasağını ihlal eden eylemine son vermesini talep edebilmesi için iki koşulun gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki, bu yetkinin yazılı sözleşmede açıkça öngörülmüş olması gerekir. İkinci koşul ise, somut olayın şartları itibarıyla işverenin ihlal veya tehdit edilen menfaatleri ile işçinin hareket tarzının aynen ifayı haklı göstermesidir. Aynen ifa açısından bu ek koşullar ile amaç, işçiyi güç durumda bırakabilecek nitelikte böyle bir talebin, sınırlı hallerde mümkün olabilmesidir.

## VII. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Rekabet yasağı sözleşmesinin, işçinin daha çalıştığı sırada ya da iş sözleşmesi sona erip yasak yürürlük kazandıktan sonraki dönemde, işçi ile işverenin karşılıklı anlaşması (ikale) suretiyle kaldırılması her zaman mümkündür<sup>124</sup>. Yasak, sözleşmede öngörülen sürenin geçmesi ya da devam ettiği dönemde işçi tarafından ihlal edilmesi hallerinde de ortadan kalkar. Bu son halde işçi, eski işverenin uğradığı zararları tazmin etmek ya da yazılı sözleşmede kararlaştırılmış ise, cezai şartı ödemekle yükümlüdür. Rekabet yasağı sözleşmesinin bir belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin olduğu ve bu sözleşmenin öngörülen belirli sürenin dolması ile sona erdiği ihtimalde, işçi ile işveren arasında aksine açık bir kararlaştırma bulunmadıkça, bu durum rekabet yasağının geçerliliğini etkilemez<sup>125</sup>.

Rekabet yasağının sona ermesiyle ilgili bu sayılanlardan başka, BK. 352. maddede bazı haller öngörülmüştür. Burada ayrıca işyeri devrinin rekabet yasağı üzerindeki etkisi incelenecektir.

### 1. İşverenin Önemli Bir Menfaatinin Kalmaması

Rekabet yasağının hem hukuka uygun olarak kararlaştırılması hem de devamı açısından esaslı bir koşul, BK. m.352/1'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, rekabet yasağının devamında, başka deyişle işçi tarafından yasağa uyulmasında, işverenin önemli bir menfaatinin olması gerekir. BK. m.352/1 anlamında menfaatin önemliliği, BK. m.348/2'deki zararın önemine ilişkin aynı ölçütlerle değerlendirilir<sup>126</sup>. Öğretide rekabet yasağının devamı açısından işverenin önemli bir menfaatinin ilke olarak bulunmadığı bazı haller örnek olarak sayılmıştır. Örneğin, işverenin iştiğal alanını değiştirerek farklı ekonomik faaliyetlere yönelmesi; işçinin çalıştığı işyerinin kapatılması ya da işletme amacının değiştirilmesi<sup>127</sup>; işyerinin farklı bir bölgeye taşınması ve buna bağlı olarak müşteri çevresinin değişmesi<sup>128</sup> bu arada sayılabilir. Bunlar yanın-

da, işçi ile hukuka uygun bir rekabet yasağı kararlaştırılabilmesinin dayanağını oluşturan işverenin iş sırlarının, örneğin patent alınması suretiyle süreç içinde açıklanması ve dolayısıyla sır karakterini kaybetmesi<sup>129</sup> de, BK. m.352/1 hükmü kapsamında değerlendirilebilir.

İşverenin önemli menfaatinin geçici bir süre için ortadan kalkması, bu halin geçici nitelikte olduğunun açık olması şartıyla, yasağın sona ermesi için yeterli görülmez. Bunun tersi olarak işverenin önemli bir menfaatinin tamamıyla ortadan kalktığı durumda, işçiye yasak karşılığında bir ödeme yapılıyor olsa dahi yasak sona erer<sup>130</sup>. Ancak rekabet yasağı karşılığı işçiye ödeme konusunda kararlaştırılan yükümlülük, işverenin önemli menfaatinin ortadan kalkmasına rağmen varlığını korur. Çünkü yukarıda da ifade edildiği gibi, işçinin rekabet yasağının devam ederek kendisine ödeme yapılacağı noktasındaki güveni korunmalıdır.

Rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğünü kısıtlayıcı etkisi dikkate alınarak, işverenin önemli menfaatinin devamlılığı şartının sıkı şartlara tabi tutulması gerekir. İşverenin, rekabet yasağının devamında önemli bir menfaatinin kalmadığını ispat yükü işçidedir (MK m.6)<sup>131</sup>. İşçinin bu konuda uygun nitelikte ispat araçlarına ulaşması güç olduğundan, BK. m.351/1 hükmünün uygulama açısından sınırlı bir değeri vardır.

### 2. İş Sözleşmesinin Sona Erme Şekline Bağlı Olarak Yasağın Yürürlük Kazanmaması

Borçlar Kanunu m.348-352'de düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, iş ilişkisi sona erdikten sonraki döneme ilişkindir. Bu nedenle daha en başta iş sözleşmesinde ya da işçinin çalıştığı sırada bağımsız bir sözleşme olarak kararlaştırılmış olması fark etmeksizin, bir rekabet yasağı sözleşmesi, ilk olarak bunun dayanağı iş sözleşmesinin sona ermesiyle hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Örneğin işçi daha çalıştığı sırada işvereni ile aynı konuda iştiğal eden bir işletme kurarak haksız rekabet ederse, işverenin bu eyleme karşı başvuracağı hukuki yollar BK. m.348 vd. hükümlere dayan-



maz. İşveren böyle bir durumda iş sözleşmesi ve TTK m.56 vd. hükümlerde düzenlenen hak-sız rekabet çerçevesinde hareket etmelidir.

Rekabet yasağının işçinin çalışma özgürlüğü, mesleki ve ekonomik geleceğini kısıtlayan yönü, yasağın iş sözleşmesinin işçinin bir kusuru olmadan sona erdiği hallerde yürürlük kazanamamasını gerektirir<sup>132</sup>. İşçinin kusurlu olarak sebep olmadığı bir sona erme halinde, yasağın yürürlük kazanacağını ileri sürmek, BK. m.348 vd. hükümlerdeki işçi ile işverenin menfaatlerinin dengelenmesi amacına ters düşer. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin bir kusuru olmadan feshedilmesi ya da işverenin bir kusuru nedeniyle işçi tarafından feshedilmesi hallerinde, rekabet yasağının bağlayıcı olmaya-çağını öngörmüştür (BK. m.352/2).

#### **a) İşverenin İşçiyile İlgili Bir Nedene Dayanmayan Feshi**

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde, ortada işçiden kaynaklanan ve feshi haklı gösteren bir neden bulunmadığı takdirde, rekabet yasağı işçiyi bağlamaz. Bunun kanunda rekabet yasağının sona erme gerekçesi olarak düzenlenmesinin ardındaki neden, işçinin iki defa mağdur olmasının önlenmesi amacıdır. Rekabet yasağı ile işçinin belirli bir süre çalışma özgürlüğü ve ekonomik geleceği sınırlandırıldığından, iş sözleşmesinin işçinin sorumlu olduğu bir haklı neden olmadan feshi halinde, artık işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer haklı menfaatinin olmadığı kabul edilmelidir<sup>133</sup>.

Rekabet yasağının belirtilen hüküm çerçevesinde sona ermesiyle ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir başka husus, işverenin bildirim-siz feshine ilişkin İş Kanunu m.25/II ya da BK. m.344 anlamında bir haklı nedenin varlığının şart olmadığıdır. Makul ölçüler dahilinde işverenin iş ilişkisini sona erdirebilmesi açısından geçerli neden oluşturan her hal, işveren feshine rağmen rekabet yasağının bağlayıcı olması için yeterlidir<sup>134</sup>. Bu açıdan BK. m.352/2 anlamında işçinin sorumlu olduğu haklı fesih nedeni, İş Kanunu m.25/II'den daha geniştir.

Bu noktada iş güvencesine ilişkin İş Kanunu 18. madde uyarınca işçinin davranışları

ve yeterliliğiyle ilgili geçerli fesih nedeni, BK. m.352/2 için ölçüt olarak dikkate alınabilir. İş Kanunu 18. maddenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, "iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih geçerli nedenlere dayan(ır)...". Ancak İş Kanunu m. 18. çerçevesinde işin, işyerinin ve işletmenin gereklerine dayanan bildirimli fesihlerde ve 22. madde uyarınca yapılacak değişiklik feshinde, BK. m.352/2 kapsamında, işçinin kusuru ile feshe neden olmasından söz edilemez.

BK. m.352/2 açısından işçinin sorumlu olduğu fesih gerekçesi ile işverenin feshi arasında bir neden sonuç ilişkisinin varlığı şarttır<sup>135</sup>. İşçinin sorumlu olduğu fesih nedeni niteliğindeki bir davranış, ortaya çıktığı tarihte fesih konusu yapılmadığı takdirde, işverenin ileride bu davranışa dayanarak bir feshe başvurması, BK. m.352/2 kapsamında korunmaz. Bununla birlikte BK. m.352/2 açısından feshin İş Kanunu 26. maddedeki gibi kısa bir sürede gerçekleştirilmesi aranmaz. Bu noktada geçerli fesihler için öğretide ifade edilen "makul sürenin" dikkate alınması gerekir<sup>136</sup>.

İşverenin fesih bildiriminde, işçinin feshe dayanak yaptığı davranışını açıkça ortaya koyması gerekir. İş sözleşmesinin sona ermesi ile rekabet yasağının bağlayıcılığını koruduğu ve bu nedenle riayet etmesi gerektiği, işçi bakımından ancak bu şekilde belirginleşir. İyiniyetli bir işçinin, işverenin fesihte bir neden göstermediği durumda, rekabet yasağına uymaktan kaçınabileceği söylenebilir.

#### **b) İşçinin İşverenle İlgili Bir Nedene Dayanan Feshi**

İş sözleşmesi işçi tarafından işverene dayanan bir nedenle feshedildiğinde, rekabet yasağı bağlayıcılığını kaybeder (BK. m.352/2). İşverene dayanan fesih nedeninin, İş Kanunu m.24/II'deki nitelikte ve ağırlıkta olması gerekmez. Bu açıdan fesih için makul bir gerekçe yeterli görülmelidir. İş ilişkisinin devamlılığı açısından belirleyici olan işçi ile işveren arasındaki kişisel ilişkinin, işverenden kaynaklanan bir nedenle zedelendiği, güven ilişkisinin sarsıldığı durumda, iş sözleşmesinin işçi tarafından

feshinde bir gerekçenin bulunduğu kabul edil-melidir<sup>137</sup>. Örneğin taraflar arasında bağlayıcı bir iş şartı olarak ücret zammının esaslarının düzenlenmediği ve işverenin de MK 2. mad-dedeki dürüstlük kuralına aykırı olarak işçinin ücretine 3 yıl boyunca hiç zam yapmaması, be-lirtilen nitelikte bir fesih gerekçesi olarak de-ğerlendirilebilir.

Rekabet yasağının BK. m.352/2 hükmün-de öngörülen sona erme hali bakımından, İş Kanunu m.24/II'deki haklı nedenler dışındaki örneklerini çoğaltmak mümkündür. Örneğin ücretin her ay ödenmekle birlikte, her ay fark-lı tarihlerde ödenmesi; işçinin uzun zamandan beri görev yaptığı ve bu açıdan yaşam koşul-larını buna göre düzenlediği şube işyerinin, iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturmayacak bi-çimde değiştirilmesi; stres gibi işçinin sağlığı-nı bozucu kronik etkenler; huzursuz bir işyeri ortamı; işçinin onurunun kırılması ya da hak-kında dayanaksız isnatta bulunulması, terfi gibi verilen sözlerin yerine getirilmemesi bu arada sayılabilir.

Buna karşın işçinin daha iyi bir ücret tale-binin işverence reddi, iş sözleşmesinin işçi ta-rafından feshedilmesi için işverenden kaynak-lanan geçerli bir neden oluşturmaz. İşverence objektif işletme gerekleri uyarınca gidilen bir yeniden yapılanma, işçinin feshi için geçerli neden değildir. Ancak belirtmelidir ki, BK. m.352/2 açısından fesih gerekçesinin ortaya çı-kışında işverenin kusurlu olması aranmaz<sup>138</sup>.

İşverenin sebebiyet verdiği gerekçe ile işçi-nin feshi arasında bir neden sonuç ilişkisinin varlığı gerekir. Ayrıca, işçinin feshinde dayan-dığı gerekçenin ortaya çıktığı tarih ile feshin yapıldığı tarih arasındaki sürenin makul olması gerekir. Burada İş Kanunu 26. maddedeki kısa

**İşyeri devrinde, işletmenin menfaatleri devralan işverene geçtiğinden, devreden işverenle kararlaştırılmış rekabet yasağının, devralan işverene geçtiğinin kabulü gerekir.**

bir süre aranmazsa da, örneğin olaydan bir yıl sonra yapılan feshin makul sürede olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>139</sup>.

İş sözleşmesinin feshine neden olan olayın ortaya çıkışında hem işçi hem de işveren ku-surlu olduğu takdirde, rekabet yasağının bağ-layıcılığı noktasında her bir tarafın kusurunun ağırlığının araştırılması gerekir. Her iki tarafın eşit derecede kusurlu olduğu ya da işçinin kusurunun ağır bastığı durumda, yasak bağ-layıcılığını korur. Ancak böyle bir durumda iş-verenin kusuru, rekabet yasağının sınırlarının değerlendirilmesinde ve cezai şartın indiriminde göz önünde bulundurulur.

### 3. İşyeri Devrinde Rekabet Yasağının Durumu

İş Kanunu 6. madde uyarınca işyeri devrinde, mevcut iş sözleşmelerinin devralan işvere-ne geçmesi için özel bir işlemin yapılması ge-rekmez. Ancak işyeri devrinin rekabet yasağı sözleşmesiyle ilgili hukuki etkileri açısından, mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamak-tadır. Burada iki ihtimal üzerinde durulabilir. Bunlardan ilki, işyeri devrinin daha işçinin ça-lıştığı sırada gerçekleşmesidir. Diğeri ise, dev-rin, iş sözleşmesinin sona erdiği ancak rekabet yasağının sürdüğü dönemde ortaya çıkmasıdır.

#### a) İş Sözleşmesinin Devamı Sırasında Gerçekleşen İşyeri Devri

İşyeri devrinde, İş Kanunu m. 6. uyarınca mevcut iş sözleşmeleri kendiliğinden devralan işverene geçer. Devrin rekabet yasağı sözleşme-leri üzerindeki etkileri hakkında baskın görüş, iş sözleşmesiyle paralel olarak, rekabet yasağı sözleşmelerinin de devralan işverene geçece-ği yönündedir. Bunun için, yasağın iş sözleş-mesinde ya da bağımsız bir sözleşme şeklinde kararlaştırılmış olması fark etmez. Öte yandan, iş sözleşmesi, bildirim süresinin devam etmesi ya da askı hali gibi nedenlerle hukuken sona ermediği sürede, devirden önce iş sözleşmesi-nin feshedilmiş olup olmamasının esasa etkili olmadığı ileri sürülmüştür<sup>140</sup>.

Karşı görüşte ise, işyeri devrinde iş sözleş-mesiyle bağlantılı tüm hukuki ilişkilerin dev-ralan işverene geçmeyeceği belirtilmiştir<sup>141</sup>. Bu

görüŖte, sır saklama borcu gibi iŖ sözleşmesinin sonucu olarak kendiliğinden ortaya çıkmayıp da, rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaŖtırılabilmesi için bir iŖ ilişkisinin varlığı sadece bir Ŗart olan yükümlülüklerin, iŖyeri devriyle kendiliğinden geçmeyeceğı ifade edilmiŖtir. Rekabet yasağı sözleşmesi, iŖ ilişkisi çerçevesinde kararlaŖtırılmaktaysa da, iŖ sözleşmesinden bağımsızdır. Bu nedenle devralan iŖverenin, mevcut rekabet yasağı sözleşmesinin devri ya da yeni bir sözleşme konusunda, iŖçilerle anlaşması gerekir.

Karşı görüŖte ileri sürülen gerekçe, bize göre isabetli değıldir. Çünkü rekabet yasağı, iŖverenin kişiliğıyle ilgili olmayıp, iŖletmenin menfaatlerinin korunmasını hedefler. Bu açıdan iŖyeri devrinde, iŖletmenin menfaatleri devralan iŖverene geçtiğinden, devreden iŖverenle kararlaŖtırılmıŖ rekabet yasağının, devralan iŖverene geçtiğinin kabulü gerekir<sup>142</sup>. Burada belirleyici olan, devir öncesi ve sonrası dönemdeki menfaatlerin ortak olmasıdır.

### **b) İŖ Sözleşmesi Sona Erdikten Sonraki İŖyeri Devri**

İŖyeri devrinin, iŖ sözleşmesi sona erdikten ancak rekabet yasağının sürdüğü dönemde gerçekleştiğı durumda, devrin rekabet yasağı sözleşmesine etkisi tartışmalıdır. İŖ Kanunu 6. maddede “devir tarihinde...mevcut olan iŖ sözleşmeleri”nden söz edilmiŖ olmakla, konuya ilişkin tartışmada bu düzenlemeden hareketle bir belirlemede bulunmak olanaklı değıldir.

Buna rağmen öğretilde, rekabet yasağı ile iŖ ilişkisinin sonradan ortaya çıkan bir etkisinin söz konusu olduğı ve bu nedenle iŖyeri devriyle, iŖ sözleşmesi önceden sona eren iŖçilerle olan rekabet yasağının devralan iŖverene geçeceğı ileri sürülmüŖtür<sup>143</sup>. Bu görüŖe göre, yasağın sınırları açısından devralan iŖverenin iŖ şartlarının değıl, devirden önce iŖ sözleşmesinin sona erdiği tarihteki şartların dikkate alınması gerekir.

Alman Federal İŖ Mahkemesi'ne göre, iŖ sözleşmesinin iŖyeri devrinden önceki bir tarihte feshedilmiŖ olduğı durumda, eski iŖçinin devreden iŖverenle imzaladığı rekabet yasağı sözleşmesi çerçevesinde, devralan iŖverene re-

kabet etmeme borcundan söz edilemez<sup>144</sup>. Rekabet yasağının devralan iŖverene aktarılması için, eski iŖçi ile devreden ve devralan iŖverenlerin anlaşması gerekir.

## **VIII. SONUÇ**

İŖçi ve iŖverenin rekabet yasağı sözleşmesinden etkilenen menfaatleri arasındaki hassas denge, genel değılendirmelerin yerine, her somut olayın kendi özel şartlarından hareket edilmesi gereğini ortaya koymaktadır. Bu konuda önem taşıyan, dolayısıyla dikkat edilmesi gereken husus, rekabet yasağının bir meslek yasağına dönüşmesinin önlenmesidir. Bu nedenle, rekabet yasağı sözleşmesi hakkında yapılacak değılendirmede, iŖçinin çalıştığı sırada sadakat borcundan doğan rekabet etmeme farklı olarak, dar yorum ilkesi geçerli olmalıdır.

İŖçinin çalışma hakkı ve dolayısıyla ekonomik yönden yaşamını sürdürebilmesi olanağı açısından, Türk hukukunda rekabet yasağı sözleşmesiyle ilgili önemli bir eksiklik, yasak karşılığında iŖverene karşı edim yükümlülüğünün getirilmemiŖ olmasıdır. Borçlar Kanunu Tasarısında Alman HGB § 74 hükmündeki gibi bir düzenlemeye yer verilmiŖ olması beklenirdi; ancak bu yapılmamıŖtır. Yasanın TBMM'deki görüşülmesi sırasında söz konusu eksikliğin giderileceğini umuyoruz.

## **DİPNOTLAR**

- 1 Soyer, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, 6-7; Çelik, Nuri: İŖ Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2009, 19; Süzek, Sarper: İŖ Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 27.
- 2 Soyer, 6; UŖan, Fatih: İŖ Hukukunda İŖ Sırrının Korunması, Sır Saklama ve Rekabet Yasağı, Ankara 2003, 226; Wickihalder, Urs: Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitsnehmers, unter Abgrenzung zur zulässigen Verwertung von Berufserfahrung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Bern 2004, 86.
- 3 Bauer, Jobst-Hubertus / Diller, Martin: Wettbewerbsverbote, Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 4. neubearbeitete Auflage, München 2006, 120; Wickihalder, 94.
- 4 Soyer, 48; UŖan, 230.
- 5 Doğan Yenisey, Kübra/Öztürk, Özgür: İŖçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 420.

- 6 Şahlanan, Fevzi: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul 2008, 72; Soyer, 9 vd.; Uşan, Fatih: İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme, Mercek, Nisan 2005, 99; Rehbinder, Manfred: "Schranken und Wegfall des Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht", Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, 515-516.
- 7 Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, 109; Süzek, 304; Çelik, 136-137; Brox, Hans/Rüthers, Bernd/Henssler, Martin: Arbeitsrecht, 17. neu bearbeitete Auflage, Stuttgart 2007, Rn. 624; Junker, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 7. neu bearbeitete Auflage, München 2008, Rn. 236.
- 8 Doğan Yenisey, Kübra: "Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, 54. İsviçre Hukukunda konu açıkça düzenlenmiştir (İsviçre BK m.321/a (Wickihalder, 7). Türk hukukunda bu şekilde genel bir düzenleme olmamakla birlikte, bazı işçiler açısından kendi kanunlarında özel düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin banka çalışanları için 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 73. madde, anonim şirket denetçileri hakkında Türk Ticaret Kanunu 358. madde, avukatlar açısından Avukatlık Kanunu 36. madde. Diğer özel düzenlemeler için bak. Doğan Yenisey/Öztürk, 423; Uşan, 224-225.
- 9 BAG, 15.06.1993, NZA 1994, 502 (Hunold, Wolf: Rechtsprechung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechung (NZA-RR), Heft 12, 619).
- 10 Soyer, 14; Doğan Yenisey/Öztürk, 439; Uşan, 44.
- 11 Wickihalder, 7; Doğan Yenisey/Öztürk, 436.
- 12 Süzek, 305; Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang: Arbeitsrecht, 6. neubearbeitete Auflage, München 2008, 85-86.
- 13 Soyer, 11; Uşan, 55, 227; Wickihalder, 8.
- 14 Wickihalder, 85.
- 15 Şahlanan, 84; Uşan, 245-246; Bauer/Diller, 73.
- 16 Uşan, 246; Wickihalder, 90.
- 17 Aynı yönde bir değerlendirme için bak. Wickihalder, 91; Bauer/Diller, 15-16.
- 18 Bauer/Diller, 77.
- 19 Şahlanan, 84; Soyer, 29; Uşan, Değerlendirme, 106.
- 20 Süzek, 304; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 108; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 455.
- 21 Geiser, Thomas: Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983, 220 (Aktaran Wickihalder, 93).
- 22 Şahlanan, 75; Uşan, İsviçre Borçlar Kanunu'nun m.340/2 hükmünde "ya da" (oder) bağlacı geçmektedir.
- 23 Yarg. 9. HD, 08.06.2004, E. 18581, K. 14299 (<http://www.kazanci.com/>).
- 24 Soyer, 49; Şahlanan, 76; Uşan, 232; Erdemoğlu, Deniz: "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", Legal İHSGHD, 21/2009, 147.
- 25 Bauer/Diller, 109-110; Rehbinder, 516.
- 26 Wickihalder, 99.
- 27 Uşan, 247; Bauer/Diller, 117.
- 28 Winterstein, Heinz-Peter: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und Karenzentschädigung, Neue juristische Wochenschrift (NJW), 1989, Heft 23, 1465; Wickihalder, 99.
- 29 Soyer, 53-55; Wickihalder, 100.
- 30 Wickihalder, 100.
- 31 Soyer, 51-52; Şahlanan, 76; Uşan, 233; Wickihalder, 101.
- 32 Ceza Kanunu 239. maddeye göre "Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır".
- 33 Soyer, 52; Uşan, 231.
- 34 BAG, 15.12.1987, NZA 1988, 502; Hunold, 619.
- 35 Şahlanan, 75-76.
- 36 Wickihalder, 102-103.
- 37 Şahlanan, 75; Uşan, 231; Bauer/Diller, 80.
- 38 Şahlanan, 78; Soyer, 57; Uşan, Değerlendirme, 102.
- 39 Şahlanan, 87; Doğan Yenisey, Junker, Rn. 448; Wickihalder, 106.
- 40 Wickihalder, 105.
- 41 Bauer/Diller, 89; Rehbinder, 516.
- 42 Soyer, 58; Uşan, 234; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 110.
- 43 Şahlanan, 78; Erdemoğlu, 148.
- 44 Uşan, 234.
- 45 Doğan Yenisey, 56; Uşan, Değerlendirme, 97.
- 46 Wickihalder, 108-109.
- 47 Soyer, 56-57; Uşan, 234; Erdemoğlu, 147.
- 48 Wickihalder, 110-111; Uşan, 233; Erdemoğlu, 147.
- 49 Soyer, 39.
- 50 Grunsky, Wolfgang: Voraussetzungen einer Entschädigungszusage nach § 74 II HGB, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1988, Heft 20, 716; Rehbinder, 516; Bauer/Diller, 120.
- 51 Bauer/Diller, 108-109.
- 52 Wickihalder, 113; Rehbinder, 516; Bauer/Diller, 120-121.
- 53 Uşan, 250.
- 54 Wickihalder, 114.
- 55 Alman Hukukunda § 74, I Handelsgesetzbuch (HGB) hükmünde, 2 yıllık bir üst sınır öngörülmüştür (Bauer/Diller, 120).

- 56 Bak. Yarg. 9. HD, 06.07.1999, E. 8262, K. 12073, <http://www.kazanci.com/>.
- 57 Uşan, 240.
- 58 Wickihalder, 116.
- 59 Rehbinder, 517.
- 60 Wickihalder, 116.
- 61 BAG, 04.10.1958 AP 7 zu Art.12 GG; Bauer/Diller, 125.
- 62 Rehbinder, 516; Soyer, 66; Uşan 241.
- 63 Bauer/Diller, 120.
- 64 Wickihalder, 115.
- 65 Yarg. 9. HD, 14.3.2000, E. 522, K. 2892; Yarg. 9. HD, 23.05.2006, E. 6891, K. 15193.
- 66 Yarg. 9. HD, 06.07.1999, E. 8262, K. 12073.
- 67 Şahlanan, Fevzi: Genel Görüşme, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1999, İstanbul 2001, 160; Ekonomi, Münir: aynı yayın, 165; Çelik, Nuri: aynı yayın, 169; Güzel, Ali: aynı yayın, 165-166.
- 68 Ekmekçi, Ömer: Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının değerlendirilmesi, İstanbul 2001, 72-73; Uşan, 242-243.
- 69 Uşan, 243. Alman Fedral İş Mahkemesi 1970 yılında verdiği bir kararında, genel müdür konumundaki bir kimyager için tüm AET üyesi ülkeleri kapsar biçimde düzenlenen rekabet yasağını geçerli kabul etmiştir (BAG, 30.01.1970 AP 24 zu § 133 f GewO; Bauer/Diller, 120).
- 70 Yarg. 9. HD, 18.05.1999, E. 5784, K. 9049.
- 71 Wickihalder, 115-116. Benzer şekilde Bauer/Diller, 120.
- 72 Soyer, 67; Şahlanan, 82; Uşan, 245 vd.
- 73 Bak. Yarg. 9. HD, 13.09.1999, E. 11359, K. 12864.
- 74 Uşan, 246; Rehbinder, 518.
- 75 Soyer, 67; Uşan, 247.
- 76 Wickihalder, 118-119.
- 77 Bauer/Diller, 110. Örneğin banka müfettişi olarak görev yapan bir işçi ile kararlaştırılan rekabet yasağında, işçinin diğer bankalar ile finans sektöründe faaliyet gösteren mali kuruluşlarda çalışmayacağına ilişkin bir hüküm, adeta meslek yasağını ortaya çıkaracaktır (Doğan Yenisey, 57).
- 78 Wickihalder, 119.
- 79 Uşan, 235.
- 80 Soyer, 61-63; Wickihalder, 120; Rehbinder, 519-520.
- 81 Şahlanan, 83; Soyer, 20; Uşan, 256-263.
- 82 Bak. ve karşı. Soyer, 59.
- 83 Soyer, 59 vd; Uşan, 235 vd.; Doğan Yenisey, 57.
- 84 Rehbinder, 516; Uşan, 237; Bauer/Diller, 127.
- 85 Soyer, 5.
- 86 Soyer, 18 ve dn. 70'de anılan yazarlar; Uşan, 55.
- 87 BAG, Urt. v. 28.06.2006 – 10 AZR 407/05, NJW 2006, 3659 (Kararın incelemesi için bak. Gravenhorst, Anna Caroline: Die Zusage Karenzentschädigung nach § 74 II HGB, Neue juristische Wochenschrift (NJW), 2006, Heft 50, 3609 vd.; Hunold, 620-621). Aynı yönde görüş için bak. Soyer, 19 dn.73'de anılan yazarlar.
- 88 Bauer/Diller, 238.
- 89 Soyer, 19 ve burada dn.72'de anılan yazarlar.
- 90 Alman hukukuna göre, işverenin bildirimli feshinde, feshin işçiyle ilgili geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı fark etmeksizin, rekabet yasağı yürürlük kazanacaktır. Ancak bu noktada işçiye, işverenin yasak karşılığı ödeme yükümlülüğü dikkate alınarak, fesih bildiriminden kendisine tebliğinden itibaren bir aylık sürede rekabet yasağını feshetme imkanı tanınmıştır. İşçinin bu imkanı işverence bir nedene dayanılmadığı ya da işletmesiyle ilgili bir nedene dayandığı ihtimal açısından söz konusu olup, işçiyle ilgili geçerli bir nedene dayanan fesihlerde, işçi yasak ile bağlılığı esastır (Bauer/Diller, 226).
- 91 Soyer, 44; Şahlanan, Wickihalder, 94-95.
- 92 Uşan, 57; Soyer, 44; Şahlanan, 74.
- 93 Bauer/Diller, 57, 65.
- 94 Şahlanan, 74; Erdemoğlu, 145; Bauer/Diller, 57.
- 95 Bauer/Diller, 57.
- 96 Wickihalder, 95; Bauer/Diller, 57.
- 97 Bauer/Diller, 66.
- 98 BAG, 30.10.1984, NZA 1985, 429; Hunold, 617.
- 99 Soyer, 43.
- 100 Rehbinder, 516.
- 101 Şahlanan, 74.
- 102 Alman Federal İş Mahkemesinin, ikale sözleşmesindeki rekabet yasağını geçerli kabul eden görüşü için bak. BAG. Urt. v. 11.02.2005, Hunold, 619.
- 103 Şahlanan, 74; Wickihalder, 96.
- 104 Bauer/Diller, 62-63.
- 105 Hunold, 621; Bauer/Diller, 67.
- 106 Uşan, 56.
- 107 Bauer/Diller, 135; Junker, Rn. 449; Winterstein, 1464; Gravenhorst, 3610.
- 108 Soyer, 19; Wickihalder, 130-131.
- 109 Soyer, 19-20.
- 110 Süzek, 15-16; Çelik, 79-81; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 27; Mollamahmutoglu, 11; Brox/Rüthers/Henssler, Rn. 5 vd; Zöllner/Loritz/Hergenröder, 158-159.
- 111 Şahlanan, 83; Uşan, 263.
- 112 Uşan, 263. İsviçre hukuku açısından benzer görüş Wickihalder, 130.
- 113 Soyer,42; Wickihalder, 130.
- 114 Soyer, 20.
- 115 Şahlanan, 83; Soyer, 20-21; Rehbinder, 520.
- 116 Soyer, 20-21.
- 117 Soyer, 77.
- 118 Şahlanan, 85; Uşan, 265; Erdemoğlu, 152.

- 119 Soyer, 78 dn. 9; Uşan, 266.
- 120 Soyer, 79;
- 121 Karagöz, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006, 244; Soyer, 80-81; Şahlanan, 85-86; Uşan, 267-268.
- 122 Karagöz, 244-245; Soyer, 82-83.
- 123 Şahlanan, 86-87; Uşan, 2369-270.
- 124 Soyer, 93; Wickihalder, 121; Bauer/Diller, 245. Alman Federal İş Mahkemesine göre, böyle bir sözleşme sözlü olarak kararlaştırılabilecektir. Bu açıdan BK. 350. maddedeki şekil şartı, sözleşmesinin kurulması ve değiştirilmesi bakımındandır (BAG, 10.01.1989, NZA 1989, 797; Hunold, 621).
- 125 Soyer, 93; Uşan, 271.
- 126 Soyer, 57; Wickihalder, 121-122. Aynı yönde Bauer/Diller, 121-122.
- 127 Şahlanan, 87; Uşan, 272-273.
- 128 Rehbinder, 525.
- 129 Soyer, 94; Uşan, 272.
- 130 Soyer, 97; Şahlanan, 88.
- 131 Uşan, 275; Rehbinder, 524.
- 132 Soyer, 99-10; Uşan, 275-276; Rehbinder, 526.
- 133 Bauer/Diller, 215 vd.
- 134 Şahlanan, 89; Rehbinder, 526-527.
- 135 Wickihalder, 126-127.
- 136 Uşan, Değerlendirme, 112.
- 137 Soyer, 106-107; Bauer/Diller, 216.
- 138 Wickihalder, 128-129.
- 139 Uşan, Değerlendirme, 113.
- 140 Soyer, 94; Uşan, 273; Rehbinder, 525; Bauer/Diller, 333.
- 141 Nägele, Stefan: Die Wettbewerbsabrede beim Betriebsinhaberwechsel, Betriebsberater, 1989, 1481 (aktaran Bauer/Diller, 333-334).
- 142 Soyer, 94; Uşan, 273.
- 143 Uşan, 274; Soyer, 96.
- 144 BAG, 03.05.1993, NZA 1994, 1033 (Hunold, 623).

## KAYNAKÇA

- Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin: Wettbewerbsverbote, Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 4. neubearbeitete Auflage, München 2006.
- Brox, Hans/Rüthers, Bernd/Henssler, Martin: Arbeitsrecht, 17. neu bearbeitete Auflage, Stuttgart 2007.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2009.
- Doğan Yenisey, Kübra/Öztürk, Özgür: İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 399 vd.
- Doğan Yenisey, Kübra: "Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı

Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, 9 vd.

- Erdemoğlu, Deniz: "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", Legal İHSGHD, 21/2009, 139 vd.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006.
- Gravenhorst, Anna Caroline: Die Zusage Karenzentschädigung nach § 74 II HGB, Neue juristische Wochenschrift (NJW), 2006, Heft 50, 3609 vd.
- Grunsky, Wolfgang: Voraussetzungen einer Entschädigungszusage nach § 74 II HGB, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1988, Heft 20, 713 vd.
- Hunold, Wolf: Rechtsprechung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtsprechung (NZA-RR) 2007, Heft 12, 617 vd.
- Junker, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 7. neu bearbeitete Auflage, München 2008.
- Karagöz, Veli: İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008.
- Rehbinder, Manfred: "Schranken und Wegfall des Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, 515 vd.
- Şahlanan, Fevzi: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 11. Yıl Toplantısı, İstanbul 2008, 71 vd.
- Soyer, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008.
- Uşan, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Sır Saklama ve Rekabet Yasağı, Ankara 2003.
- Uşan, Fatih: İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme, Mercek, Nisan 2005, 97 vd. (Değerlendirme).
- Wickihalder, Urs: Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitsnehmers, unter Abgrenzung zur zulässigen Verwertung von Berufserfahrung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Bern 2004.
- Winterstein, Heinz-Peter: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und Karenzentschädigung, Neue juristische Wochenschrift (NJW), 1989, Heft 23, 1463 vd.
- Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang: Arbeitsrecht, 6. neubearbeitete Auflage, München 2008.

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İşyerinin Cebri İhale ile Satımı Suretiyle Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi

## 1. SORUN

4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlıklı 6. maddesinin son fıkrasında, iflas dolayısıyla mal varlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde bu madde hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Buna karşılık iflasta olduğu gibi cebri icrada ihale ile satış sonucu işyeri devri halinde madde hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte öğretide bu halde de 6. madde hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Ciddi argümanlara sahip bu görüşler, 6. madde bağlamında cebri ihale ile satışın iş hukukunda önemli bir sorun oluşturduğunu göstermektedir. Öğreti kadar hukuk tatbikatı bakımından da taşıdığı önem ve çözüme kavuşturulması gereği yeterince tartışılmayan bir sorun olarak işyerinin cebri ihale ile satımı suretiyle devrinin, 6. madde hükümlerine göre bir işyeri devri olup olmadığı; buna bağlı olarak iş sözleşmelerinin akibetinin ne olacağı hususunu üzerinde düşünölmeye değer bir sorun yapmaktadır.

## A. Soruna İlişkin Kanun Hükümlerinin İncelenmesi

Soruna ilişkin kanun hükümleri 4857 sayılı İş Kanunu md. 6 ile İcra İflas Kanunu'nda cebri icra ile satışa ilişkin olup da İş Kanunu'nun bu 6. maddesi bağlamında ele alınması gereken hususlardır.

### 1. İş Kanunu'nun 6. Maddesi Düzenlemesi ve Uygulanma Koşulları

İş Kanunu'nun 6. maddesinin başlığı her ne kadar "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlığını taşıyorsa da maddede düzenlenen husus işyerinin veya bir bölümünün devri değil, devir halinde iş sözleşmelerinin ve buna bağlı olarak işçilik haklarının akibetidir. Devir halinde Borçlar Kanunu md. 179 hükümleri uygulama alanı bulur. Devir, bu Kanun hükümlerine göre aktif ve pasifin devralana intikali ile gerçekleşir. Bu yönüyle bizatihi devir, iş hukukunun bir problemi değildir. Bununla birlikte 6. madde hükümlerinin uygulanabilmesi için bu madde bağlamında bir işyeri veya bir bölümünün devrinin mevcudiyeti şarttır. Buna göre;

**a) Devir Hukuki Bir İşleme  
Dayanmalıdır:**

Hukuki bir işleme dayanmayan devirler 6. maddenin kapsamı dışındadır; işyeri bir hukuki işleme dayalı olarak devredilmiş olmalıdır. Ancak bu husus hukuki işleme dayanmayan her devirin iş sözleşmelerinin otomatik olarak intikaline olanak vermeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim aşağıda da belirtileceği gibi miras yoluyla intikal, hukuki bir işlemde değil kanundan kaynaklanır ve mirasçılar miras bırakanın külli halefi olarak işyerinin yeni işvereni sıfatıyla iş sözleşmelerinin tarafı olurlar. Fakat İş Kanunu 6. madde bağlamında işyerinin devirle intikali, mutlaka bir hukuki işleme dayanmak zorundadır.

İş Kanunu'nun 6. maddesinin dayanağı, Avrupa Birliği'nin İşletmenin Devri Halinde Çalışanların Haklarının Korunmasına Dair 2001/23 sayılı Direktifdir (Madde gerekçesi). Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu direktif bağlamında "devir" kavramını, işletmenin, işyerinin veya bir bölümünün bir başka işverene, sözleşme, idari tedbir, adli karar, adli işlem, birleşme veya bölünme yollarından biriyle intikali olarak değerlendirmektedir<sup>1</sup>. Bununla birlikte 2001/23 sayılı Direktifin 5. madde 1 ve 2. paragrafları, işletme, işyeri veya bir bölümünü devreden bir iflas işlemine veya borç ödeme güçlüğü nedeniyle yetkili kamu otoritesinin denetimi altında mallarının tasfiyesiyle sonuçlanacak benzeri bir işleme maruz kalması hallerini, Direktif kapsamı dışında tutmuş, yani bu durumda iş sözleşmelerinin devralana otomatik olarak geçeceği kuralına bir istisna getirmiştir<sup>2</sup>. Buna karşılık hukukumuzda İş Kanunu md. 6/son fıkrada sadece iflas hali öngörülmekte "borç ödeme güçlüğü nedeniyle benzeri bir işleme maruz kalma" bağlamında başkaca bir hale yer verilmemektedir. Yargıtay, bu bağlamda, cebri icrada satışı istisna olarak değerlendirmekte; 6. madde anlamında bir devir olarak nitelemektedir<sup>3</sup>. Halbuki aşağıda etraflıca izah edeceğimiz üzere, bu görüş, hem 6. madde düzenlemesinin dayandığı Avrupa Birliği 2001/23 sayılı Direktifi hükümleri, hem cebri icrada ihale ile satışın hukuki mahiyeti bakımından isabetli değildir.

**b) İşyeri, Ekonomik Bütünlüğü  
Korunarak Devredilmiş Olmalıdır:**

İş sözleşmelerinin devirle birlikte otomatik olarak intikali için işyeri, teknik amaç ve organizasyon bütünlüğünü muhafaza ederek bir işletmeciden bir diğer işletmeciye intikal etmelidir<sup>4</sup>. İş Kanunu md. 6 düzenlemesinin dayanağı Avrupa Birliği 2001/23 sayılı Direktifinin md. 1/paragraf 1'de Direktif kapsamında devrin "işletmenin, işyerinin ekonomik bütünlüğünü muhafaza ederek, yani asli veya fer'i ekonomik faaliyetini sürdürmek amacıyla, örgütlenmiş bir unsurlar ve vasıtalar bütünü olarak intikali" şeklinde olması gerektiği öngörülmüştür<sup>5</sup>. Türk iş hukukunda da öğreti görüşü bu yöndedir<sup>6</sup>. Bu nedenle işyerinin maddi unsurlarının (arazi, binalar, makine, teçhizat, ham madde, yarı ve mamul maddeler vs.) devri yanında gayrimaddi unsurların (lisans, patent, özel bilgisayar programları, "know how" vs.) devri de bu bakımdan önemlidir<sup>7</sup>. Buna göre işyerinin maddi unsurlarının devralınmış olması, İş Kanunu md. 6 anlamında devrin kabulü için yeterli değildir<sup>8</sup>.

Türk iş hukukunda "ekonomik bütünlük"ten ne anlaşılması gerektiği ne mevzuatta ne de yargı kararlarında dile getirilmiştir. Buna karşılık konuya yakın olması nedeniyle işaret edilmesi gereken bir düzenleme olarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuz Malların Satışına İlişkin Yönetmelik md. 4'de "Bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişiye ait olan 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmeleri ile 3984 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi hükmü kapsamında geçici veya daimi frekans ve kanal kullanımından doğan haklar ve bu mal, hak ve/veya varlıkların fer'i veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmeler ile bu sözleşmelerden doğan ancak başlı başına iktisadi değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm mal, hak ve/veya varlıkların tamamı veya bir kısmı ticari ve iktisadi bütünlüğün kapsamındadır." ifadesiyle TMSF işlemleri bakımından ticari ve iktisadi bütünlüğün kapsamı belirtilmeye çalışılmaktadır.



**Cebri icrada satış, borçlunun tarafı olduğu bir hukuki işlem değildir; cebri icrada devir, icra müdürlüğünün satış kararı sonucu tamamlanmakta; cebri ihale ile satılan malın mülkiyeti ihale ile intikal etmektedir.**

Hukukumuzda göre işyerinin ekonomik bir bütünlük olarak intikali için, BK. md. 179 hükümlerine göre işletmenin aktif ve pasifi ile devralana geçmiş olması gerekir. Bu durumda mirastaki gibi külli halefiyet bulunmadığından devreden ile devralan arasında devre konu her münferit hakkın kendine mahsus kanuni usule uyularak intikali (cüz'i halefiyet) sağlanmalıdır. Ancak iş hukukunda işçiler de işyeri kavramına dahil edildiklerinden (İş Kanunu md.2/f1) "işyerinin ekonomik bütünlüğünü koruyarak devri" tabiri, borçlar hukukuna göre işletmenin malvarlığının devriyle tam tamına da örtüşmez; "işyerinin bir bütün olarak devri" tabirine işçiler de dahildir. Şu halde İş Kanunu md.6 bakımından işyeri, maddi ve gayri maddi unsurlar ve personelin birlikte intikali halinde "ekonomik bütünlük" korunarak devredilmiş olur.

## **2. İcra ve İflas Kanunu'nda Cebri İcra ile İhalenin, İş Kanunu md. 6 Bakımından, Üzerinde Durulması Gereken Yönleri**

İcra ve İflas Kanunu md. 106 ve devamı maddelerinde haczolunan taşınır ve taşınmaz malların paraya çevrilmesi kapsamında cebri satışa ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. Bu düzenlemelere göre İş Kanunu 6. maddesi bağlamında üzerinde durulması gereken hususlar şöyledir;

### **a) Cebri İcra Borçlunun Mabruz Malları İktisadi Zaruret Yoksa Kural Olarak Bir Bütün Halinde Değil Ayrı Ayrı Satılır:**

İktisadi bir zaruret yoksa taşınırlar ve ayrı tapu senetlerine bağlı taşınmazlar ayrı ayrı satılırlar<sup>9</sup>. İpotekli takip hariç, haciz yolu ile takipte

taşınmazlar, bütünleyici parçalarıyla (mütemim cüzleriyle) birlikte satılırken eklentiler (teffuat) ayrı satılabilir<sup>10</sup>. Bununla birlikte fabrika satışlarında makine ve teçhizatın bütünleyici parça mı eklenti mi olduğu hususunda öğretide görüş birliği bulunmadığı gibi yargı içtihatlarında da açık bir ifade yoktur. Ancak, yargının makine ve teçhizatı, eklenti olarak değerlendirdiği söylenebilirse de fabrikadan müstakil olarak haczedilemeyeceği yönünde görüş bildirildiği görülmektedir<sup>11</sup>.

### **b) Cebri İcra Hukuki Mahiyeti Bakımından Bir Kamu Tasarrufudur:**

Her ne kadar Borçlar Kanunu'nda cebri icrada satış, bir alım-satım sözleşmesi (beyi) gibi değerlendirilmişse (BK. md.229) de gerçek anlamda bir satış olarak görülemez<sup>12</sup>. İcra ve İflas Kanununun cebri icra ile satışa ilişkin düzenlemelerine bakıldığında cebri satışın, bir sözleşme olmayıp bir kamu hukuku tasarrufu olduğu görülür. Nitekim bir İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre cebri ihale, bir satım sözleşmesi ve bu bağlamda bir özel hukuk işlemi olmayıp bir kamu tasarrufudur<sup>13</sup>. Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre kamu tasarrufları, devlet erki kullanılarak yapılan ve nihai amacı kamu yararı olan işlemlerdir<sup>14</sup>. İş hukuku öğretisinde önemli bir görüş de, cebri icrada satışın hukuki bir işleme dayalı devir olmadığı; zira cebri icrada ihalenin, devletin egemenlik hakkını kullandığı bir işlem olduğu; buna göre de İş Kanunu 6. madde hükümlerinin kıyasen dahi uygulanamayacağı kanaatindedir<sup>15</sup>. Gerçekten de cebri icrada satış, borçlunun tarafı olduğu bir hukuki işlem değildir; cebri icrada devir, icra müdürlüğünün satış kararı sonucu tamamlanmakta<sup>16</sup>; cebri ihale ile satılan malın mülkiyeti ihale ile intikal etmektedir. Ancak bu intikal ile birlikte alıcı, tapuda tescile kadar, temlik tasarruflarda bulunamaz<sup>17</sup>.

### **c) İcra Takibi, Hukuksal Nitelik Yönünden, İflas Takibi Gibidir:**

Şu anlamdaki borcunu rızasıyla ifa etmeyen borçlunun mallarına, alacaklının talebi üzerine devletin cebri icra organlarının el koyması ve bu malları satarak satış bedelinden alacaklının alacağını ödemesi her iki takip yolunun ortak

niteliğidir; icra ve iflas hukukunda her iki yol da, “cebri icra” kavramı altında yer alır. Ara- larındaki temel fark, hukuki mahiyet farkından ziyade kapsam farkından ibarettir; icrada, bir veya birkaç alacaklının alacaklarını karşılaya- cak nispette olmak üzere borçlunun malvarlı- ğının bir kısmına el konularak satılması ve sa- tış tutarının alacaklılar arasında paylaşılması söze konu iken iflasta, bütün alacaklıları için borçlunun malvarlığının tamamına el konula- rak haczedilebilen bütün mallarının satılması ve satış tutarının bütün alacaklılara paylaşıl- ması söze konudur. Bu nedenledir ki icra yolu- na “cüz’i icra”, iflas yoluna “külli icra “ adı veri- lir<sup>18</sup>. Yine bu nedenledir ki icra yolu ile takipte uygulanan birçok hüküm iflas yolu ile takipte de uygulama alanı bulur.

## II. SORUNUN, İŞ HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Cebri İcrada İhale ile Satışın, İş Kanunu md.6/f 1 Bağlamında Bir “Hukuki İşlem” Olup Olmadığı

Yukarıda da belirtildiği üzere cebri icrada satış, hukuki mahiyeti bakımından, bir kamu hukuku tasarrufudur. Kamu hukuku tasarrufu, devletin egemenlik yetkisine istinaden, tek yan- lı olarak yaptığı, re’sen icra kabiliyeti bulunan işlemlerdir. Cebri ihale ile devlet, borçlunun malvarlığından, alacaklıya olan borcunu karşı- layacak kadar bir miktarını satarak paraya çe- virmektedir. Buna göre cebri ihale, borçlandığı edimi ifa etmeyen, bu nedenle edimin ifasına mahkum olan borçlunun, ifa hükmünün icrası bağlamında karşılaştığı bir kamu tasarrufudur. Bu durumda borcun ifası, borçlunun rızası dı-

**İşyeri veya bir bölümünün satımı halinde, cebri icra ile satıştan farklı olarak devir, satış sözleşmesine dayanır ve mülkiyetin intikali, tapuya tescil ile gerçekleşir.**

şında temin edilmiş olmaktadır. Borçlu ile alı- cı arasında satılan mal ve paranın mübadelesi hususunda karşılıklı anlaşma bulunmadığından cebri ihale ile satış, gerçek anlamda bir satış değildir<sup>19</sup>. Ortada özel hukuk anlamında bir satış sözleşmesi bulunmadığı gibi özel hukuk anlamında bir devir de bulunmamaktadır; zira mülkiyet ihale anında, başkaca bir işlem gerek- meksizin kanundan dolayı kendiliğinden (ipso facto) intikal etmektedir.

İş Kanunu md. 6/f 1’de “işyeri veya işyeri- nin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı ola- rak başka birine devredildiğinde” ifadesindeki “hukuki işlem”, özel hukuk alanında karşılıklı anlaşmaya dayanan, yani rızaya müstenit iş- lemlerdir; işyeri veya bir bölümünün devri, cebri icradaki gibi kanundan dolayı kendiliğin- den değil, taraflar arasındaki hukuki bir işleme dayalı olarak gerçekleşmektedir. Bu hukuki iş- lem satış sözleşmesi, kira gibi ivazlı, bağış gibi ivazsız bir sözleşme olabilir. İş sözleşmelerinin otomatik olarak intikalinin hukuksal esası ve buna göre devralanın iş sözleşmelerinin işve- ren tarafı olarak bütün işçilik alacaklarından sorumlu tutulmasının nedeni, iki taraf arasın- daki (alıcı-satıcı, kiracı-kiralayan vs.) işte bu karşılıklı rızanın varlığıdır. Örneğin işyeri veya bir bölümünün satımı halinde, cebri icra ile satıştan farklı olarak devir, satış sözleşmesine dayanır ve mülkiyetin intikali, tapuya tescil ile gerçekleşir. İşyeri veya bir bölümünün mül- kiyeti, bu karşılıklı rıza ile intikal etmektedir. Bu nedenle md. 6/f 1 bağlamında devir rızai bir devirdir. Rızai olmayan devirler; iflas, ceb- ri icra, miras bu madde kapsamı dışındadır. Bununla birlikte mirasta mirasçılarının iş söz- leşmelerinin tarafı olmaları, İş Kanunu md. 6 hükümleri nedeniyle değil, Medeni Kanunun 599. maddesine göre kanun gereğince; “... mirasçılar, miras bırakanın aynı haklarını, ala- caklarını, diğer mal varlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçla- rından kişisel olarak sorumlu olurlar.” (MK. md. 599/f 2). Şu halde mülkiyetin kanundan dolayı kendiliğinden intikalini sağlayan işlemler ve/veya haller, İş Kanunu md. 6 kapsamı dışında kalırlar.

## B. İcra ve İflas Hukukuna Göre Cebri İhale ile Satışta Bütünsel Bir Satışın, İş Hukukuna Göre Bir İşyerinin Ekonomik Bütünlüğünün Korunarak Satımı Anlamına Gelip Gelmediği

İş hukukunda işyeri, belirli bir teknik amaçla takip eden organizasyonel bir bütündür. Nitekim Kanun da işyerini, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olarak nitelendirmektedir (md. 2/f 3). İşyeri tanımı yapılırken "...mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim..." ifadesiyle Kanunun, işçileri, işyeri kavramı ile bütünleştirdiği görülmektedir. Bu bakımdan, İş Kanunu md. 6 kapsamında işyerinin veya bir bölümünün devrinden bahsedebilmek için bu yerlerin işçileri ile birlikte bir işlevi yerine getiriyor olması ve aynı işlevi, aynı maddi ortamda aynı araç ve gereçlerle ekonomik ayniyet ve bütünlüğünü muhafaza ederek devralan işletme bünyesinde de sürdürmeleri icap eder<sup>20</sup>. Buna göre devralanın da bir işletmecisi olması gerekecektir. Nitekim, 2001/23 sayılı Avrupa Birliği Direktifinde de iş sözleşmelerinin otomatik intikali için devrin, "bir işletmenin, işyerinin veya bir bölümünün bir işverenden diğer bir işverene intikali..." şeklinde gerçekleşmesi aranmaktadır (md. 1). Halbuki cebri icrada ihale ile satımda, yukarıda da görüldüğü üzere bir organizasyonel bütün olarak işyerinin değil, bu bütünü oluşturan unsurların kural olarak ayrı ayrı (taşınmazlar bütünüleyici parçalarıyla; taşınırlar, üçüncü kişilerdeki alacaklar, diğer mal varlığı hakları ayrı olarak) satımı söze konu olduğu gibi, alıcının bu işyerini işletmeye devam etmesi de zorunlu değildir. Bu satımda, gözetilmesi gereken ilke tarafların menfaati olup, satım, borcu en iyi karşılayacak şekilde (iktisadi zaruret yoksa malların ayrı ayrı satımı şeklinde) ve nispette malların ihalesiyle olur.

Şu halde, cebri icrada, arsa, bina, makine ve teçhizatı ile birlikte işyeri satımı, icra ve iflas hukuku bakımından iktisadi zaruret nedeniyle

(malların ayrı ayrı satımının borçlu ve alacaklıların menfaati yönünden mahzurlu olması veya taşınmazların tek tapulu olması gibi) bütünsel bir satımı ifade etmekte olup iş hukuku bakımından İş Kanunu md. 6 kapsamında işyeri devri için gerekli olan "ekonomik bütünlüğün korunarak devri" anlamına gelmez.

## C. İş Kanunu md. 6/Son Fıkrafta İflasın İfade Edilmesi, Buna Karşılık İcradan Bahsedilmemesinin, İcranın 6. Madde Hükümlerine Tabi Olduğu Şeklinde Yorumlanmasına El Verip Vermediği

Hukuki mahiyetlerinin aynı olmasına rağmen, Kanunda ifade edilmediğinden hareketle icra yolu ile takipte cebri icrada satış halinde, iflastan farklı olarak iş sözleşmelerinin otomatik olarak alıcıya intikal edeceğini düşünmek hatalıdır. İcra yolu ile takipte cebri icrada ihaleyle satış, İş Kanunu 6. maddesinin dayanağı olan Direktifte "borç ödeme güçlüğü nedeniyle yetkili kamu otoritesinin denetimi altında borçlunun mallarının tasfiyesiyle sonuçlanacak benzeri bir işlem" bağlamında yer almaktadır (Direktif md. 5, paragraf 2). Bu nedenle İş Kanunu 6. madde son fıkrada iflasın yanında icranın da ifade edilmesi gerekirdi. Ancak bu husus, icranın, 6. madde hükümlerine tabi olduğu anlamını taşımaz. İcra 6. madde son fıkrada ifade edilmemiş olsa da hukuksal niteliği ve 6. maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği normu bakımından iflas gibi değerlendirilmek zorundadır. Bu bakımdan 6. madde son fıkrada icraya zuhulen (omission) yer verilmediği açıktır.

## III. SONUÇ

Yukarıdaki değerlendirmelerimize göre sorunu yanıtlayacak olursak, iktisadi zaruret nedeniyle, işyerinin, arsa, bina, makine ve teçhizatı ile bütünsel devir şeklinde icrada cebri satışı, iş hukuku anlamında, yani İş Kanunu md. 6/f 1 hükmünün uygulanmasını gerektirecek surette "işyerinin ekonomik bütünlüğünün korunması suretiyle devri" anlamına gelmez;

## İş Kanunu md. 6/f 1 anlamında işyerinin bütünsel devri, maddi ve manevi unsurları ve işçileriyle birlikte ve işletilmek üzere devri anlamına gelir.

md. 6/f 1 anlamında işyerinin bütünsel devri, maddi ve manevi unsurları ve işçileriyle birlikte ve işletilmek üzere devri anlamına gelir. Diğer taraftan cebri satış, İş Kanunu md. 6/f 1 hükmü bağlamında bir "hukuki işlem" olarak da kabul edilemez; söze konu olan bir kamu hukuku tasarrufuyla, yani ihaleyle mülkiyetin intikalidir. Ayrıca icranın, hukuksal niteliğinin iflasla aynılığı da tartışma dışıdır. Bu hususların tümü dikkate alındığında işyerinin icrada cebri ihaleyle satışının, 6. madde kapsamında bir devir olarak kabul edilemeyeceği şüphesizdir. 6. maddenin dayanağı olarak gerekçesinde zikredilen 2001/23 sayılı Avrupa Birliği Direktifinde iflas işlemi yanında borç ödeme güçlüğü nedeniyle benzeri bir işleme de yer veren hüküm karşısında, iflastan farklı olarak md. 6/son fıkrada icranın belirtilmemiş olmasından hareketle yapılacak aykırı bir yorumun da isabetli olmayacağı, bu fıkra hükmünde icraya zuhulen yer verilmemiş olduğu hükmün özünden anlaşılmaktadır. Şu halde iflasta olduğu gibi işyerinin cebri icrada ihaleyle satışı suretiyle devri halinde işçilerin iş sözleşmelerinin devirle otomatik olarak alıcıya intikal etmeyeceğini; bunun sonucu olarak da devralanın 6. maddedeki gibi işçilik alacaklarından sorumlu tutulamayacağını söylememiz icap eder. Ancak devri takiben işçilerin çalıştırılmasına devam olunuyorsa yeni bir iş sözleşmesi ile çalıştırıldıkları ve buna göre de devralan alıcının, iş sözleşmelerinin işveren tarafını teşkil ederek devirden sonra doğacak işçi hak ve alacakları bakımından sorumlu olacağını belirtmeliyiz. Zira bu durumda devredilen işyerinin iktisadi bütünlüğünü koruduğu tartışma dışı olmakla birlikte devir cebri icrada ihale ile gerçekleştiğinden md. 6 kapsamı dışında kalır ve buna göre de devirle işveren konumunu kazanan devralan, devreden işverenin işçilere karşı borçlarından 6. madde hükümlerine göre sorumlu olmaz. Bu duruma göre işçilerin devirden önceki alacakları için devreden işverenlerinden İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre alacaklarını takip ve talep imkanı vardır. İşçi alacakları, iflasta olduğu gibi (md. 206) hacizde de imtiyazlı alacaklar içinde ilk sırada yer aldıklarından (md. 140), cebri icrada satış tutarından ilk sırada karşılanırlar.

### DİPNOTLAR

- 1 Decision du 1.Octobre.1994, JOCE C-274/10.
- 2 Wyler Remy, Droit du Travail, 2.ed.2008, sh.387.
- 3 Yarg. 9. HD. 16.6.2008, 2008/20332 E., 2008/15696 K. (Çankaya O.G./Çil Ş., İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2. Bası, Ankara, 2009, sh. 436-438).
- 4 Brunner C./Bühler J.- M./Weaber J. B./Bruchez C., Commentaire du Contrat de Travail, 3. Ed., 2004, Lausanne, sh. 2008.
- 5 Wyler, sh.386.
- 6 Kılıçoğlu M./Şenocak K., İş Kanunu Şerhi, C. 1, 2. Baskı, 2008, sh. 183 vd.
- 7 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 185.
- 8 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 186.
- 9 Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 1990, sh. 1203, 1305; Uyar Talih, İcra Hukukunda İhale, Manisa 1982, sh. 2.
- 10 Uyar, sh. 67.
- 11 Uyar Talih, Taşınmaz Mallara İlişkin İhalenin Yapılması, talihuyar.com.
- 12 Tandoğan H., Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, C. 1, Ankara 1969, sh. 45.
- 13 İBK. 24.6.1953, E. 14, K. 6, RG. 24.8.1953, Sayı 8489, sh. 8030 (Muşul T., Gereğçeli-Notlu-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, 3. Baskı, Mayıs 2004, sh. 453).
- 14 Any. Mah. 15.10.2003, E. 2003/36, K. 2003/91 sayılı Karar (anayasa gov.tr.).
- 15 Kılıçoğlu/Şenocak, sh. 194.
- 16 Yarg. 15. HD. 3.4.1990, E. 1989/4763, K. 1990/1551, Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 1990/11, sh. 1672-1673 (Muşul, sh. 455).
- 17 Yarg. 4. HD. 25.3.1980, E. 1388, K. 3932 (Uyar, İcra Hukukunda İhale, sh. 387-388).
- 18 Kuru B./Görgün Ş., İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1996, sh. 24 ve 183 vd.
- 19 Tandoğan, aynı yer.
- 20 Aynı mahiyette Ulucan D., "İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları", Sicil, Haziran 2009, S. 14, sh. 40.

Prof. Dr. Ercan AKYIĞIT

Sakarya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu m. 25/IV Üzerine Bir Deneme)

## 1. GİRİŞ

Bilindiği üzere iş sözleşmesi, bir tarafın diğerine bağımlı biçimde iş görmeyi ve diğerinse buna karşılık bir miktar ücret ödemeyi üstlendiği bir özel hukuk sözleşmesidir (İş K. 8/1). Keza iş sözleşmesi, tarafları arasında sürekli bir ilişki kurar ve bu ilişkide işçinin kişiliği önem taşır. İşçinin kişiliği, deyim yerindeyse bu ilişkiye damgasını vuran bir olgudur ve bu yüzden işçinin kişiliğinde yaşanan kimi olgular sözleşmenin hukuki gidişatında da etken olabilirler. Örneğin işçinin ölümü, hiç istisnasız ilişkiye son verir, yine işçinin yakalandığı sağlık problemi ve buna bağlı devamsızlık da sözleşmenin sona erdirimine yol açabilir (İş K. 25/I). Bazense işçinin kişiliğindeki bir durum, zorlayıcı sebep kimliğiyle sözleşmenin hukuki geleceğinde etken olabilir (İş K. 25/III).

İşçinin kişiliğinde yaşanan ve sözleşmenin gidişatını etkileyebilen bir diğer hal ise; işçinin sözleşmesi devam ederken bir suç işlediği şüphesiyle gözaltına alınması ve/veya tutuklanması yüzünden işine devam edememesi durumu-

dur. Gerçekten de tutuklanan veya gözaltına alınan ve bu yüzden de işe devam edemeyen işçinin iş ilişkisinde bu yüzden uzun veya kısa bir olumsuzluğun yaşandığı ve işçinin en başta işgörmeye borcunu ifa edemeyeceği açıktır. Böyle bir durumdaysa işverenin o işçiden ve onun iş ilişkisinden beklentisinin zedeleneceği ve belki de boşa çıkacağı ihtimallerinin yaşanabileceği bir gerçektir. Nitekim bu olasılığı göz ardı etmeyen yasakoyucu, işçinin bir suça karışması halini çeşitli ihtimalleri dikkate alarak açıkça düzenlemiştir. Öyle ki, işçinin işyerinde 7 günden çok hapis ile cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suçtan dolayı mahkûm olmasını, işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı bir tutumu sayarak, işverene sözleşmeyi bu yüzden derhal ve haklı olarak feshetme imkânı veren bir olgu olarak kabul etmiş (İş K. 25/II-f) gözükmektedir<sup>1</sup>. Bunun dışında da aslında yine işçinin ahlak ve iyiniyete aykırılık hali olarak nitelenen bazı durumların yine ceza yasaları uyarınca suç sayılması mümkün ve açık olmasına rağmen, haklı fesih için, bunlarda işçinin gerçekten cezalandırılmasının ve bu

yüzden devamsızlıkta bulunup bulunmadığının önemsenmediği görülür. Örneğin işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması (İş K. 25/II-c; TCK. 105) yahut işveren veya ailesi üyelerinden birine karşı şeref ve namusa dokunacak sözlerde bulunması (İş K. 25/II-b; TCK. 125 vd.) veya bunlardan birine sataşması (İş K. 25/II-d; TCK. 106 vd., 117-118) halleri bu anlamda karşımıza çıkabilir. Fakat 4857 sayılı İş K.'nın açıkça düzenlediği bir başka hal, 1475 sayılı İş K. döneminde çeşitli tartışmalara da neden olan ve bazen zorlayıcı neden sayılarak işverene sözleşmeyi fesih imkânı veren bir durum olup, işçinin işyeri dışında işlediği suç ve bu yüzden tutuklanması veya gözaltına alınması yüzünden devamsızlıkta bulunmasıdır<sup>2</sup>. Yalnız 4857 sayılı İş K., bu konudaki düzenlemesinde, aşağıda görüleceği üzere, işçinin bir suç işlediği şüphesiyle tutuklanması veya gözaltına alınması yüzünden hemen fesih imkânı vermemekte, bunun bir süre devamsızlığa da yol açmasını aramaktadır. Ayrıca yine 4857 sayılı İş K., ilgili duruma vesile suçun gerçekten işlenip işlenmediği ve işlenmişse de nerede işlendiğine bakmamış gözükmektedir. Keza bu yüzden fesih; ne ahlak ve iyiniyete aykırılıktan fesih ne de zorlayıcı nedenden dolayı fesih içine katılmıştır. Yasa tutukluluk/gözaltı yüzünden devamsızlığa dayalı fesih imkânını ayrı bir bentte ayrı bir fesih nedeni olarak görmüş ve hükme bağlamıştır (İş K. 25/IV) ve bu yüzden de artık zorlayıcı nedenle fesih içinde ele alınması yasal sisteme uygun düşmez<sup>3</sup>. Bunun belli ölçüde zorlayıcı neden sayılması ve bu niteliğiyle haklı feshe imkân vermesi 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeydi ve o dönemde bile konu kimi noktalarda tartışmalıydı. Örneğin yargı kararlarında işyeri dışında işlenen bir suçtan dolayı tutuklanma<sup>4</sup> veya gözaltına alınma<sup>5</sup> yüzünden işe devam edememe zorlayıcı nedenle devamsızlık sayılıyordu ama tutukluluğa neden olan suçun devlete karşı işlenmesi halinde durum değişiyor ve bu kez haksız ve izinsiz devamsızlık sayılarak ahlak ve iyiniyete aykırılıktan dolayı feshe konu oluyordu. Hatta, aksini öngören TİS hükümlerine de geçerlilik tanınmıyordu<sup>6</sup>. Öğretide ise tutuklanmanın işçinin kusuruyla gerçekleşip gerçekleşmediği

vs. noktalarında ayırımlar yapıp buna göre sonuca ulaşılması da öneriliyordu<sup>7</sup>. Oysa 4857 sayılı İş Kanunu döneminde artık bu anlayış ve tartışmalar bizzat yasa hükmüyle aşılmış ve konu ayrı bir fesih nedeni olarak ayrıca ve bizzat önceki durumdan farklı biçimde yasal düzenlemeye konu olmuştur. İşte bu incelemenin konusunu da 4857 sayılı İş K.'da zorlayıcı nedenden ayrı bir fesih nedeni olarak düzenlenen İş K. 25/IV'deki "tutukluluk veya gözaltına alınma nedeniyle sözleşmenin işverence feshi" oluşturmaktadır.

## II. TUTUKLULUK VEYA GÖZALTI YÜZÜNDEN DEVAMSIZLIK NEDENİYLE FESHİN KOŞULLARI

4857 sayılı İş K.'nın tutukluluk veya gözaltı nedeniyle devamsızlıktan dolayı sözleşmenin işverence haklı feshini düzenleyen hükmü aynen "işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması" (İş K. 25/IV) halinde sözleşmenin işverence haklı feshine gidilebileceği dile getirilmektedir. İşte bu hüküm ve ilgili diğer hükümleri (İş K. 4, 10) dikkate aldığımızda, anılan nedenle haklı feshin gerçekleşmesinin aşağıda dile getirilecek bazı koşullara bağlandığı sonucuna varılabilir. Bunlar; "İş K.'ya tabi sürekli bir işte çalışmaya yönelik bir iş sözleşmesinin varlığı", "işçinin herhangi bir suç işlediği şüphesiyle gözaltına alınması veya tutuklanması" ile bu "gözaltı veya tutukluluk yüzünden bir süre işe devam edememesi" ve "bu yüzden sözleşme feshedilmelidir" biçiminde sıralanabilir. Söz konusu şartları şöylece sunmak mümkündür:

### 1. İş K.'ya Tabi Sürekli İşte Çalışmaya Yönelik Bir İş Sözleşmesi Bulunmalıdır

Bilindiği üzere iş sözleşmesine dayalı çalışmanın varlığı, işçi-işveren sıfatı için de gerekli bir koşuldur ve buradaki fesih bağlamında da çalışmanın iş sözleşmesine dayallığı ve çalışanın işçi sıfatının bulunması gerektiği açıktır. Yal-

nız, tutukluluk/gözaltı nedeniyle devamsızlık bağlamında ele alacağımız İş K. 25/IV hükmü, 4857 sayılı İş K.'da düzenlendiğinden ancak bu yasanın kapsamındaki bir iş sözleşmesinde uygulanma imkânı bulacağı da tartışmadan uzaktır. Hangi işlerin ve kişilerin İş K. kapsamında olduğu yasada açıkça düzenlendiğinden (İş K. 2, 4), burada daha fazla üzerinde durmayacağız<sup>8</sup>. Ama anılan fesih nedeni için, iş sözleşmesinin yasal ölçütlere uygun biçimde 4857 sayılı İş K.'ya girmesi gerekir, aksi halde tutukluluk/gözaltı ve devamsızlık yaşansa da İş K. 25/IV kuralı uygulanmaz. Bununla birlikte yasa hükmü incelendiğinde, İş K. 25/IV kuralının uygulanabilmesi için, sadece İş K.'ya tabi bir iş sözleşmesiyle çalışmanın varlığının da yetmediği, ayrıca bu iş sözleşmesinin sürekli bir işte çalışmayı öngörmesinin de gerektiği görülür. Gerçekten sürekli/süreksiz iş ayırımından söz eden maddede, süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde İş K. 25 hükmünün uygulanmayacağı, bu konularda onlara Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtildiği görülmektedir (İş K. 10/2). O halde, İş K. 25/IV kuralının uygulanabilmesi için, ilgili işçinin çalışmasını düzenleyen iş sözleşmesinin sürekli bir işte çalışmaya yönelik olması da şarttır. Bilindiği üzere, sürekli iş; niteliği bakımından 30 işgününden çok süren işler iken süreksiz iş; niteliği gereği en çok 30 işgünü süren işlerdir<sup>9</sup>. Sözleşme sürekli işte çalışmayı öngördükten sonra onun tam ya da kısmi süreli, belirli veya belirsiz süreli olması, İş K. 25/IV uygulaması bakımından farklılığa yol açmaz. Süreksiz işlerde BK. kuralları uygulanacaktır ama BK.'da konuyla doğrudan ilgili bir hüküm mevcut olmayıp, olsa olsa BK. 328 hükmü düşünülebilir. Onda da işi ifa edememenin nispeten kısa süreli olması ve işçinin kusuruna dayanmaması gereği gözden irak tutulmamalıdır. Ayrıca süreksiz işlerde de istenirse sözleşmeyle böyle hallerde İş K. 25/IV kuralının uygulanacağı kararlaştırılabilir.

## 2. Bu Sözleşme Sürerken İşçi Gözaltına Alınmalı veya Tutuklanmalıdır

Yasanın sözünden de açıkça anlaşılacağı üzere, İş K. 25/IV uyarınca fesih hakkının doğumu için, yukarıda belirtilen iş sözleşmesiy-

le çalışan işçinin bu çalışması devam ederken herhangi bir suç işlediği şüphesiyle gözaltına alınması veya tutuklanması da gerekmektedir. Burada geçen "gözaltına alınma"nın ve "tutuklanma"nın, teknik ve ceza hukuku anlamında birer kurum olduğu kanısındayız. Bu yüzden de bir suçtan dolayı gözaltına alınacağı veya tutuklanacağı korkusuyla işe gelmeme durumunda bu koşulun gerçekleşmeyeceği açıktır. Nitekim 1475 sayılı İş K. döneminde Yargıtay'ca verilen bir kararda da işçinin tutuklanacağı korkusuyla firar edip işe gelmemesi haksız devamsızlık sayılarak haklı fesih nedeni görülmüştür<sup>10</sup>. Yasal sistemimize bakıldığında gözaltına alınmanın, 5271 sayılı CMK. md. 90'da belirtilen nedenlerden biriyle yakalanan kişinin C. Savcılığınca serbest bırakılmaması halinde, soruşturmanın tamamlanması amacıyla ve C. Savcısının yazılı emriyle gündeme gelebileceği; gözaltı süresinin ilke olarak, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için geçecek zorunlu süre (en çok 12 saat) hariç, yakalanma anından itibaren 24 saati geçemeyeceği ve fakat toplu olarak işlenen suçlarda delil toplama güçlüğü veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle her defada 1 günü geçmemek üzere C. Savcısınca 3 gün süreyle uzatılabileceği anlaşılır (CMK. 91). Gözaltına alma, keyfe keder değil, ancak "bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır" (CMK. 91/2) ve bu yüzden de C. Savcısının gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin yazılı emrine karşı Sulh Ceza Hâkimine başvurulabilir (CMK. 91/4). Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir (CMK. 91/6). Ama süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında, yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve C. Savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanmaz (CMK. 91/5). Görüldüğü gibi gözaltına alınma, bir suç nedeniyle yakalanma sonucu C. Savcısının yazılı emriyle gerçekleşmektedir ve süresi de (iş hukuku açısından) çok da fazla değildir.

Tutuklamaya gelince; tutuklama, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin varlığı halinde şüpheli veya sanık hakkında (duruma göre) hâkim veya mahkeme tarafından verilen tutuklama kararıyla gerçekleşen bir önlemdir (CMK. 100). Öyle ki, eğer henüz soruşturma evresindeyse C. Savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimince; kovuşturma aşamasında ise C. Savcısının istemi üzerine veya resen mahkeme tarafından tutuklama kararı verilir, tutukluluğun devamına dair kararın da yine buna göre ele alınması gerekir. Tutuklama kararına itiraz mümkündür. Tutukluluk süresine gelince; bu tutuklamaya neden olan suçun ağır ceza mahkemesinin görevine girip girmediğine göre değişebilmektedir, şöyle ki; eğer suç ağır ceza mahkemesinin görevine girmiyorsa, tutukluluk süresi en çok 1 yıl olup zorunlu hallerde 6 ay daha uzatılabilir ve toplam süre 1,5 yılı aşamaz. Fakat suç ağır ceza mahkemesinin görevine giriyorsa, bu durumda tutukluluk süresi kural olarak en çok 2 yıldır ama zorunlu hallerde uzatılabilir fakat uzatma süresi toplam 3 yılı geçemez (CMK. 102). Tutukluluğa itiraz etmek mümkün olup, itiraz sonucu veya soruşturma/kovuşturma evresinde tutukluluğun gözden geçirilmesi sonucu şüphelinin serbest bırakılması (tutukluluğunun kaldırılması) gündeme gelebilir (CMK. 103 vd.). Görüldüğü üzere gerek gözaltına alınmada ve gerekse tutuklamada kişi (konumuz bakımından işçi) özgürlüğünden yoksun kalmakta ve tutukevine veya nezarete atılmakta ve bu yüzden işe devam edememektedir. Ancak tutuklamadaki işe devam edememe süresi, gözaltına alınmadakiyle kıyaslanamayacak ölçüde uzundur.

İş K. 25/IV bağlamında fesih nedeni olabilmek bakımından, işçinin gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına yol açan suçun hangi tür suç olduğu ve hangi yasada düzenlendiği ve nerede, kime, nasıl işlendiği konusu üzerinde yasanın hiç durmadığı görülmektedir. Kanımızca, gözaltına alınma veya tutukluluk yüzünden devamsızlığın haklı fesih nedeni olabilmesi bakımından; buna yol açan tutukluluk/gözaltına alınmanın hangi yasaya tabi hangi eylemden kaynaklandığı önemli değildir. Bu TCK.'daki

bir suç işlendiği şüphesinden kaynaklanabileceği gibi başka bir yasadaki suçtan da kaynaklanabilir. Örneğin ASCK. (Askeri Ceza Kanunu)'daki suç oluşturan bir eylemin işlendiği şüphesiyle gözaltına alınma veya tutuklanma böyledir. Hatta gözaltına/tutuklanmaya neden olan eylemin mutlaka bir Türk yasasının ihlali biçiminde gerçekleşmesi de şart değildir, pekâlâ bir yabancı devlet yasasının ihlali biçiminde de karşımıza çıkması mümkündür. Üstelik gözaltı veya tutukluluğa sebep olan eylemin nerede, ne zaman ve kime karşı işlendiği de ilke olarak önemsizdir. Fakat işverene İş K. 25/II bağlamında fesih imkânı veren bir eylem ise, bundan dolayı fesih için gözaltına veya tutuklanmaya bile gerek olmadığını belirtmeliyiz. Örneğin işverene karşı işlenen bir darp veya hakaret ve küfür eylemi nedeniyle işçinin işten atılması hali (İş K. 25/II-b, d) böyledir. Keza devlete ait bir işyerinde çalışan işçinin suç oluşturan eylemi nerede olursa olsun devlet aleyhine işlenen bir suç sayılıyorsa, işçinin bu yüzden işe gelemeyişi uygulamada haksız devamsızlık sayılmakta ve feshin İş K. 25/II-g bendine dayanacağı kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Bizce bu durum, sadece kamuya ait işyerlerinde çalışan işçinin devlete karşı işlediği suçlar bakımından düşünülmelidir. Yoksa özel sektör işyerinde çalışan bir işçinin devlete karşı işlediği veya işlediği şüphesi taşıdığı bir suç bakımından uygulanamaz. Bu ihtimalde, İş K. 25/IV hükmünün uygulanması gerekir düşüncesindeyiz. Gözaltına veya tutukluluğa neden olan suçun işyerinde veya işyeri dışında işlenip işlenmediği de fesih nedeni olmak bakımından ilke olarak önem taşımaz, yeter ki İş K. 25/II-b, c, d, f şıklarındaki ihtimallerden birine girmesin. Nitekim yakın tarihli bir kararında Yargıtay da işyeri dışında işlediği bir suçtan dolayı tutuklanıp 5 ay işe devam edemeyen işçinin bu yüzden işten atılmasını, haklı olarak İş K. 25/IV hükmüne girdirmiştir<sup>12</sup>. Gözaltı veya tutukluluğa neden olan eylemin ne zaman işlendiği öneme sahip değilse de gözaltına alınma veya tutuklanma sonucu ceza-tutukevine konulmanın ne zaman yaşandığının oldukça önemli gözüktüğüne aşağıda değineceğimizi belirtelim. Yine gözaltına alınma veya tutukluluk yüzün-



den işe devam edememenin haklı fesih nedeni olabilmesi için, gözaltına alınma veya tutuklanma kararının hangi yetkili makam (savcı) veya hâkim-mahkeme tarafından verildiği de önemli değildir. Bu makam veya hâkim-mahkeme, Türkiye'deki bu konuda yetkili herhangi bir mahkeme-hâkim olabileceği gibi, bir yabancı ülke mahkemesi veya bu konudaki makamı da olabilir. Hatta anılan kararı veren yetkili makam-mahkeme uluslararası bir mahkeme de olabilir.

Gözaltına alınmanın/tutuklanmanın bir fesih nedeni olabilmesi için, ilgili işçi hakkında sadece böyle bir kararın alınması yetmemekte, onun gerçekten fiilen de yakalanıp nezarethane veya tutukevine konması da gerekmektedir. Bu yüzdendir ki, ilgili işçinin yüzüne karşı verilen böyle bir karardan sonra savuşması (kaçması) veya yokluğunda devam eden yargılamada hakkında gıyabi tutuklama kararı verilmesi yeterli değildir. Hatta gıyabi tutukluluk kararı üzerine işçinin devamsızlığını sadece İş K. 25/IV anlamında görmemekle kalmamalı, bunu bir zorlayıcı nedene dayalı devamsızlık<sup>13</sup> da saymamalıdır. Ama maalesef anılan kararda böyle bir olgu zorlayıcı nedene dayalı devamsızlık sayılmıştır. Metninden hangi İş K. dönemine aitliğini anlayamadığımız bu karar, bizce hangi döneme ait olursa olsun isabetli değildir. Çünkü, geçmişte bile bunu zorlayıcı sebep saymaya götüren olgu, sadece tutuklanma kararının verilmesi değil, işçinin bu karar üzerine yakalanıp tutukevi veya cezaevine konulması yüzünden, istese de işe devam edememesi idi. Yoksa tutukluluk kararı üzerine tutukevine konulup özgürlüğünden yoksun bırakılacağı korkusuyla kaçması değildi. Şimdi de değildir. Buna aşağıda yeniden değineceğiz.

Gözaltına alınma veya tutuklanma yüzünden devamsızlık nedeniyle fesih için; tutukluluk veya gözaltına alınmanın haklı olup olmadığı önem taşımadığı gibi, işçinin gerçekten o eylemden dolayı yargılanıp mahkûm olması veya beraat etmesi de önem taşımamaktadır<sup>14</sup>.

Yine gözaltına alınma veya tutuklanma yüzünden devamsızlık nedeniyle fesih bakımından, ilgili işçinin gerçekten atılı suçu işleyip işlemediği değil, suç işlediği şüphesi taşıyıp ta-

şımadığı önemlidir. Bu yüzdendir ki, yasa, bu fesih nedeni açısından ilgili işçinin bir suçtan dolayı mahkûm olmasını aramamıştır. Fakat bu durum, bir eylemden dolayı yargılanıp mahkûm olan işçinin bu mahkûmiyetin infazı bağlamında yakalanıp hapse atılması ve bu yüzden işe devam edememesi halinde İş K. 25/IV hükmünün uygulanmayacağı anlamına gelmez. Şartları varsa öncelikle uygulanacağı kanısındayız. Zira, sadece bir suç işlediği şüphesiyle gözaltına alınarak veya tutuklanarak ceza-tutukevine konulan işçiye karşı fesih imkanı veren bir yasanın, her türlü şüpheden uzak kesin bir mahkûmiyet kararının infazı amacıyla yakalanıp cezaevine konulan işçiye karşı fesih olanağı tanımadığını söylemek hukuk ve mantık kurallarına terstir.

### 3. İşçi Bu Yüzden Bir Süre İşe Devam Edememelidir

Gözaltına alınmanın veya tutuklanmanın işverene sözleşmeyi bu yüzden İş K. 25/IV uyarınca fesih hakkı verebilmesi için, sadece anılan kararların alınması yetmemekte, ilgili işçinin bu kararların gereği olarak yakalanıp tutukevine veya nezarete atılarak bu yüzden bir süre işe devam edememesi de gerekmektedir. Nitekim bizzat yasa bu konuda "İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17'nci maddedeki bildirim önelini aşması" durumunda haklı fesih imkânının doğacağını belirtmektedir (İş K. 25/IV). O halde bu hükmün açılımı bağlamında denebilir ki; bu tutukluluk/gözaltı yüzünden işçinin asgari belli bir süre işe devam edememiş bulunması da şarttır. Böylece tutukluluk/gözaltı yüzünden kısa süreli devamsızlığın fesih hakkı vermesi engellenmiştir. Yasaca aranan asgari devamsızlık süresi bakımından varsayımsal olarak ilgili her bir işçi bakımından kendisine denk gelen fesih bildirim öneli hesabı yapılır ve bunun için işçinin hizmet sözleşmesinin belirli süreli yahut belirsiz süreli olması farklılığa yol açmaz. Her ikisinde de aynı hesaplama yapılır. Hesaplama önce ilgili işçinin hizmet süresine denk gelen ve bizzat yasada öngörülüş (2, 4, 6, 8 haftalık) önel saptanır. Eğer bu öneller geçerli biçimde artırılmışsa (ki işverenin uyacağı önelin artırımında problem yoktur), bizce bu artırılmış önelin baz alınması

gerekir. Yasanın “17’nci maddedeki bildirim süresini aşma”dan söz eden ifadesinin, fesih bildirim önelinin sözleşmeyle artırımına ve İş K. 25/IV uyarınca fesih bu artırılmış önelin baz alınmasına engel bir yanı olmadığını düşünürüz. Kaldı ki, yasaca İş K. 17’de belirtilen yasal asgari önelin artırımı imkânı da yine aynı maddede (İş K. 17/3) öngörülmüş bulunmaktadır. İş K. 25/IV bağlamında fesih için gerekli devamsızlık süresi çerçevesinde fesih bildirim önelinin sözleşmeyle artırımı değişik şekillerde olabilir. Örneğin öneli gerektiren tüm haller için geçerli olacak tarzda fesih bildirim öneleri artırılabilir gibi, sadece İş K. 25/IV kapsamında yaşanacak fesih için artırımı da mümkün ve geçerlidir. Hatta artırım, yasal asgari önelin yine hafta olarak artırımı biçiminde karşımıza çıkabileceği gibi (yasal öneli 45 gün, 3 ay vs. gibi), hafta değil de belli bir gün veya ay şeklinde artırım haliyle de getirilebilir. Bu bent anlamında haklı feshetmeye götürececek önelin artırımı ve artırılmış haliyle geçerliliği, işçinin işten atılmasını zorlaştıracığından, iş hukukunun genel esprisine ve anılan hükmün nispi emredici yapısına da uygun düşer. Fakat bunda da abartıya kaçmamak, dürüstlük kuralına aykırı düşecek tarzda artırımı itibar etmemek gerektiği de vurgulanmalıdır. Ayrıca, işverenin gözetli/tutukluluk yüzünden devamsızlık ne kadar olursa olsun, bu yüzden sözleşmeyi feshetmeyeceğine dair genel bir sınırlamayı kabul etmesi de dürüstlük kuralı karşısında korunamaz gözükmemektedir. Neticede, ilgili işçinin tutukluluk/gözetli yüzünden devamsızlığı böylece bulunan öneli aşmıyorsa, işverenin bu bende göre fesih hakkı yoktur. Ancak, devamsızlık ona denk gelen öneli aşmışsa, bu durumda işveren fesih hakkını elde eder ama bu devamsızlık süresi hakkındaki açıklamayı burada kesmeyip biraz değişik ihtimal ve olgular bağlamında sürdürmek gerekir. Şöyle ki;

**a)** Bu bent anlamında feshetmeye imkân verecek miktardaki gözetli veya tutukluluk yüzünden devamsızlığın tamamının tek bir gözetli veya tutukluluk da mı geçmesi gerektiği; yoksa işçinin iş ilişkisinin o güne kadarki devam süresi içinde ama değişik tarihlerde yaşanan gözetli/tutukluluk nedeniyle devam edilemeyen tüm sürelerin toplamından mı oluşacağı noktası önemlidir ve fakat yasada ve ilgili madde gerekçesinde buna

dair bir açıklık mevcut gözükmemektedir. Kanımca, ilişkiyi artık çekilmez kılarak bu bent anlamında haklı feshetmeye imkân veren gözetli/tutukluluk nedeni ve feshetmeye yeterli devamsızlığın işçinin yaşadığı tek bir gözetli veya tutukluluğa özgülenmesi yerinde olur. Nitekim bu anlayış; hastalık nedeniyle devamsızlığa dayalı fesih (İş K. 25/I) bakımından Yargıtay’ca da benimsenmiş gözükmemektedir<sup>15</sup>. Yeri gelmişken belirtelim ki; bizce bu tutum, hamilelik, doğum nedeni devamsızlıktan dolayı fesih (İş K. 25/I) bakımından da, tek bir hamilelik/doğum nedeni devamsızlık olarak algılanmalıdır.

İşçinin yaşadığı gözetli süresinin zaten tek başına bu bent anlamında yalın yasal asgari öneli bile yetmeyeceği açıktır ama tutukluluk için aynı şeyi söyleyemeyiz. Çünkü; tutukluluk süresinin, duruma göre 1,5 yıl (CMK. 102/1) veya 3 yılı (CMK. 102/2) bulması mümkündür. İşçinin aynı iş ilişkisi içinde değişik tarihlerde yaşadığı gözetli/tutukluluk nedeni devamsızlığın hiçbirinin tek başına fesih için gerekli öneli sağlayamadığı hallerde, İş K. 25/IV uyarınca haklı fesih yolu kapalıdır ama sıkça yaşanan bu durum “işçiden kaynaklanan bir geçerli neden” sayılarak önelli/peşin parayla yapılacak bir geçerli feshetmeye (İş K. 18 vd.) götürebilir. İleride de söyleneceği üzere, aralarındaki fark; feshetmeye geçiş anı ve biçimi ile işe iade imkânının bulunup bulunmadığı noktalarındadır.

Bu arada bir hususa da dikkat çekilmelidir ve o da şudur; İş K. 25/IV bağlamında haklı feshetmeye götürececek gözetli veya tutukluluk nedeni devamsızlığın, işçinin aynı veya başka bir eylemden dolayı gözetliye alınması veya tutukluluğu bitmeden, bu kez başka bir eylem sebebiyle gözetli veya tutukluluk yaşaması (ara olmadan zincirleme gözetli ve/veya tutukluluk) halinde, devamsızlığı bir bütün olarak hesaplamak gerekir diye düşünürüz. Çünkü, bu bent anlamında önemli olanın, kesintisiz olarak yaşanan bir veya birden çok gözetli ve/veya tutukluluk nedeniyle işe devam edememe olduğu kanısındayız. Aksi halde, işçi farklı eylemlerden veya aynı tür bir eylemden de olsa farklı gözetli emri ve/veya tutuklama kararlarına istinaden hiç çıkmadan ceza veya tutukevinde kalmasına rağmen, işverenin sözleşmeyi İş K. 25/IV bağ-

lamında feshedemeyeceği sonucuna varılır ki, bunun isabetten ve adalet hislerini tatminden uzak kaldığı görüşünü taşıyoruz. Keza bu bağlamda, feshe götürecek “gözaltı veya gözaltıların” yahut “tutukluluk veya tutuklulukların” sadece gözaltı yahut sadece tutukluluk süresinden oluşması da gerekmez. İşçinin önce gözaltına alınması ve sonra henüz salıverilmeden bu kez aynı veya başka bir suçtan tutuklanması yahut bunun tam tersi, önce bir suçtan tutuklanıp henüz bundan serbest kalmadan bu kez başka bir suçtan gözaltına alınması hallerinde işe devam edilemeyen toplam sürenin baz alınması gerekir.

**b)** İşçinin gözaltına alınmasının ve/veya tutuklanması nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınıp tutukevi veya cezaevine konması ve orada kalıyor olmasının İş K. 25/IV bağlamında haklı fesih nedeni olabilmesi için, bu durumun işçinin işgörme borcuna engel olmasının gerekip gerekmediği de üzerinde durulması zorunluluk taşıyan bir noktadır. Yasada açıkça ve bu haliyle dile getirilmemiş bu konuda denebilir ki; zaten normalde bu olgunun haklı fesih nedeni sayılmasının arkasında, işçinin çalışma borcunun bu evrede yerine getirilemeyişi yatmaktadır. Ancak işçinin gözaltına alındığı ve/veya tutuklanıp tutukevi veya cezaevine konulup özgürlüğünden yoksun kılındığı sürenin, işçinin yasal ve/veya sözleşmesel olarak işgörme borcundan kurtulduğu bir evreye denk gelmesi de mümkündür. Örneğin işçinin sözleşmesinin, yıllık iznini kullandığı veya yasal grev/lokavt nedeniyle askıda kaldığı yahut hastalık nedeniyle raporlu olduğu veya mevsimlik çalışmada mevsim dışı sürede yahut da sözleşmesel bir askı döneminde, hatta İş K. 31'deki askı evresindeyken işçinin gözaltına alınması ve/veya tutuklanıp tutukevi veya cezaevine konulması halinde; böylece özgürlüğünden yoksun kılındığı süre fesih için gerekli süreyi sağlarsa, sözleşmenin bu yüzden İş K. 25/IV çerçevesinde feshi mümkün olacak mıdır? Üstelik feshe yetecek gözaltı ve/veya tutukluluk süresinin tamamının böyle bir evreye denk gelmesi kadar sadece bir kısım sürenin denk gelmesi de ihtimal dâhilindedir.

İşte böylesi hallerde İş K. 25/IV uyarınca

feshin mümkün olup olamayacağı noktasında biz, yasanın bu bentte, işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşmasını ararken yine de bir işaret verdiğini düşünüyoruz. Öyle ki; yasanın diğer kimi hükümlerindeki (İş K. 25/I-a, b; 25/II-g) gibi buradaki devamsızlığı da “işçinin işgörme borcunun bulunduğu süreler” övgülediği kabul edilmelidir. Aksi halde, örneğin yıllık izinde veya yasal bir grevde yahut mevsim dışı sürede veya yasal/sözleşmesel bir askıda bulunan işçinin de bu evrede devamsız sayılması gerekir ki, bunun ne kadar mantıksız ve tuhaf olduğu açıktır. Bu yüzden, bizce İş K. 25/IV bağlamındaki haklı fesih için de işçinin gözaltı ve/veya tutukluluk nedeniyle devamsızlığının, yasal/sözleşmesel olarak gelip çalışması gerekirken sırf gözaltı/tutukluluk nedeniyle gelemediği, bir başka deyişle işgörme borcunun devam ettiği süreden oluşması gerekir. Bu bent anlamındaki devamsızlık böyle algılanmalıdır. Hal böyle olunca, gözaltı/tutukluluk nedeniyle fesih için aranan devamsızlık süresinin sadece bir kısmının değil, feshe yetecek kadarıyla tüm devamsızlık süresinin işgörme borcu varken sırf gözaltı ve/veya tutukluluk yüzünden işe gelemediği süreden oluşması gerekir düşünce-sindeyiz.

#### 4. Sözleşme Bu Yüzden Feshedilmelidir

Yasa her ne kadar gözaltı ve/veya tutukluluk nedeniyle devamsızlığı ayrı bir haklı fesih sebebi olarak düzenlemişse de, otomatik bir fesih öngörmediğinden, böyle bir durumda sözleşme kendiliğinden sona ermemekte, işveren veya yetkili işveren vekilince sözleşmenin bu yüzden feshedildiğinin de işçiye bildiri gerekmektedir. İşveren fesih yoluna gidip gitmemekte serbesttir. Hatta o isterse böyle bir durumda haklı nedenle derhal feshe gidebileceği gibi, isterse de bu sebebe dayalı olarak iş güvencesi bağlamında geçerli fesih yöntemine başvurabilir. Çünkü; gözaltı ve/veya tutukluluk nedeniyle yeterince devamsızlık haklı nedeni aynı zamanda fesih için geçerli sebep sayılır. Ama bu şıkkı seçerse artık sözleşmeyi ya öneli fesih ya da peşin parayla fesih yollarından

biriyile sonlandırması gerekir. Ayrıca genelde fesih açıklamasının geçerliliği yazılı yapılmasına bağlı değildir ama ispat bakımından kolaylık sağlayacağından İş K. 109 kuralına uygun tarzda yapılması önerilir. İşçi iş güvencesinden yararlanabilecek bir işçi ise bu kez fesih bildiriminin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik koşulu sayılır. Keza geçerli nedenle feshe başvurulursa, fesihden önce işçiden bu konuda savunma alınması da gerekir. Zira bu sebep, işçinin davranışından kaynaklanan bir neden sayılır ve İş K. 25/II'de yer almadığından, işçinin savunmasının alınması da zorunludur (İş K. 19/II). Geçerli nedenle fesih yolu seçilirse, fesih açıklamasının yeterli devamsızlık sağlandıktan sonra ve fakat henüz işçinin gözaltı veya tutukluluğu devam ederken yapılması mümkün olduğu gibi, işçi tahliye olduktan sonra makul süre içinde yapılması da mümkündür<sup>16</sup>.

Buna karşın haklı fesih yolu seçilirse, sözleşmenin bu yüzden feshinin ne zaman yapılacağı konusunun da incelenmesi gerekir. Yasaya bakıldığında, bu fesih nedeni için herhangi bir süre öngörmediği, fesih için süreyi sadece ahlak ve iyiniyete aykırılık hallerine dayalı fesih için getirdiği görülür (İş K. 26/I). Hal böyle olunca konunun önemi kendiliğinden anlaşılır ve çeşitli ihtimaller çerçevesinde tartışılması gerekir. Şöyle ki;

**a)** *Gözaltı veya tutukluluk nedeniyle devamsızlık yüzünden fesih için aranan gerekli devamsızlık süresi henüz dolmadan gözaltı veya tutukluluk sona erer ve işçi özgür kalırsa, İş K. 25/IV hükmüne dayalı haklı fesih imkânı yoktur. Bunun için o gözaltı/tutuklamaya neden olan yargılamanın bitip bitmemesi de ilke olarak önem taşımaz. Henüz feshe götürecek süre dolmadan işçinin özgür kılınması halinde her ne kadar haklı fesih yolu kapalıysa da işveren, duruma göre buna dayalı olarak geçerli fesih (İş K. 18 vd.) yolunu işletebilir. Keza henüz gerekli devamsızlık dolmadan işçinin mahkûmiyetle serbest kalması halinde de yine duruma göre, ahlak ve iyiniyete aykırılıktan dolayı haklı fesih gündeme gelebilir. Örneğin, işçi işyerinde işlediği bir suçtan dolayı tutuklanmış ve henüz İş K. 25/IV'de aranan süre dolmadan ama 7 günden fazla ve ertelenmeyen bir hapis*

cezasıyla cezalandırılmışsa durum böyledir (İş K. 25/II-f).

**b)** *Gözaltı veya tutukluluk devam ederken fesih için aranan devamsızlık süresi sağlanmışsa, bu andan itibaren gözaltı veya tutukluluk devam ettiği sürece haklı fesih imkânı mevcuttur. Süre dolar dolmaz hemen feshe gitme zorunluluğu yoktur, gözaltı/tutukluluk devam ettiği sürece bundan oluşan askı durumu da bu yüzden fesih imkânı da devam eder<sup>17</sup>. Çünkü yasa bu konuda herhangi bir üst süre de getirmiş değildir, yeter ki, işverenin bundan dolayı feshe gitmeyeceği anlamını veren bir söylem ve/veya eylemi mevcut olmasın. Ama acaba sözleşmeyle bu konudaki fesih için belli bir süre öngörülemez mi? Bu yüzden devamsızlığın işçiye değil işverene sözleşmeyi fesih hakkı verdiği ve işverenin isterse bu yüzden hiç feshe gitmeyebileceği dikkate alınır, feshe ancak belli bir süre içinde gidebileceği yönünde sözleşmesel bir kuralın getirilmesini makul görmek gerekir. Örneğin, “işverenin İş K. 25/IV uyarınca fesih hakkı, gözaltı veya tutukluluk devam ederken bu yüzden devamsızlık fesih için aranan öneli 3 ay aştıktan sonra kullanılamaz” denilebilir. Haklı feshe başvurulduğunda, gözaltı veya tutukluluğun sadece fesih iradesinin muhataba yollandığı anda değil, fesih açıklamasının ona vardığı anda da mevcudiyeti şarttır.*

**c)** *Fesih için gerekli devamsızlık süresi sağlandıktan sonra ve fakat henüz feshe gidilmeden işçi özgür kalmışsa, yine de İş K. 25/IV uyarınca feshe gidilip gidilemeyeceği ve gidilecekse de hangi sürede gidileceği ise tartışmayı gerektiren bir durumdur. Gerçekten haklı fesih için süreyi yasanın sadece ahlak ve iyiniyete aykırı hallerde özgülemesi (İş K. 26/I) karşısında, fesih için İş K. 25/IV'deki süre dolduktan ve fakat henüz sözleşme feshedilmeden işçinin serbest kalması durumunda, gözaltı/tutukluluk nedeniyle haklı fesih imkânı halen var mıdır ve varsa ne kadarlık sürede yapılmalıdır? Yoksa böyle bir imkân sadece gözaltı veya tutukluluk devam ederken mevcut olup da ondan sonra yok mudur? Bu konu gerçekten üzerinde durulmaya değerdir. Yasal düzenlemeye ve işin doğasına uyan çözüm tarzı; gözaltı ve/veya tutukluluk (devam ederken feshe yeter süre*

sağlanmış olsa bile) sona erdikten sonra, artık İş K. 25/IV uyarınca fesih imkânının bulunmadığı, yine de feshe gidilirse bunun haklı değil, olsa olsa (diğer şartları da varsa) geçerli fesih olarak görülebileceği yönündedir. Öğretide İş K. 26/T'deki sürenin sağlık nedeniyle fesihte ve zorlayıcı nedenle fesihte uygulanmayacağı söylendiği<sup>18</sup> gibi, bunlarda uygulanabileceğini savunanlar da vardır<sup>19</sup>. Ancak açıkça İş K. 25/IV'de uygulanır veya uygulanmaz diyen yazar mevcut gözükmemektedir<sup>20</sup>. Bunda anılan bent hükmünün ilk defa 10.06.2003'den beri sistemimizde yer alması ve fakat sağlık nedeni feshin zorlayıcı nedeni feshin evvelinden bu yana sistemde yer bulmasının da etken olduğu söylenebilir. Aksi halde yani İş K. 26'da getirilen sürenin İş K. 25/IV bendi için de uygulanacağı kabul edilirse, içinden çıkılması zor kimi problemlerin yaşanmasıyla karşılaşılabilir.

### III. TUTUKLULUK/GÖZALTI NEDENİYLE FESHİN SONUÇLARI

İşçinin gözüaltına alınması ve/veya tutuklanması yüzünden işe devam edememesi nedeniyle İş K. 25/IV bağlamında yapılan feshin bazı sonuçlar doğurması mümkün olup, bunları özetle şöylece sunabiliriz.

**1-** Her şeyden önce böyle bir feshin doğuracağı ilk sonuç; iş sözleşmesinin fesih açıklamasının işçiye ulaştığı anda hukuken ve derhal sona ereceğidir.

**2-** İşçiye sözleşme devam ederken hak kazanılan ücret vs. tüm parasal haklarının da normal ödenme gününe bakılmadan ödenmesi gerekir (İş K. 32/6). Ancak aksine bir sözleşme yoksa, işçinin gözüaltında ve/veya tutuklu olarak kaldığı sürede işçiye herhangi bir ücret ödenmez. Zira böylesi halleri, yasa iş görülmediği halde ücret ödenen durumlardan saymamıştır. O halde "çalışma yoksa ücret de yok" (ohne Arbeit kein Lohn) biçimindeki ilke geçerlidir.

**3-** Keza sözleşme devam ederken hak kazanılan ama kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı varsa, toplam izin süresi için son ücretten hesaplama yapılarak izin ücretinin ödenmesi gerekir (İş K. 59/D).

**4-** Böylece sona eren sözleşme nedeniyle işçiye ihbar tazminatı ödenmez ama şartları varsa kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Çünkü, böyle bir sona erme işçiye kıdem tazminatından yoksun bırakmaz. Fakat gözüaltı ve/veya tutuklanmanın işçinin kıdemine etkisinin ne olacağına da değinmek gerekir. Belirtilsin ki; konuya ilişkin özel hüküm içermeyen 1475 sayılı İş K. döneminde, sözleşmenin feshinin tutuklanma tarihinde gerçekleştiği ve bu tarihin kıdem sonu olduğu yönünde bir uygulama vardı<sup>21</sup>. Fakat şimdi 4857 sayılı İş K. konuya ait özel bir düzenleme getirdiğinden; sözleşmenin gözüaltı/tutuklanma anında değil, bu yüzden yapılan devamsızlığın yeter düzeye ulaşmasından sonra işverence yapılan feshin gerçekleştiği anda sona erdiği/ereceği açıktır. Ancak yeni İş K. döneminde de kıdem sonunun fesih tarihi mi yoksa işçinin gözüaltına alındığı/tutuklandığı tarih mi olacağı, hatta fesih sonra yapılırsa bile feshe yeter devamsızlığın oluştuğu anda mı kıdem son bulacağı sorusu zihinleri bulandırabilir. Tabii bunun doğal bir uzantısı da gözüaltında/tutuklu olarak geçirilen sürelerin işçinin kıdemine katılıp katılmayacağıdır. Sorunu şöyle bir sıra içinde sunmanın uygun düşeceğini umuyoruz.

Gerek 4857 sayılı İş K.'da ve gerekse kıdem tazminatıyla ilgili 1475 sayılı İş K. 14 hükmünde aksine bir anlayışa yer verilmediğinden, sözleşmenin feshi yani son bulma tarihinin kıdem sonu olarak baz alınması gerektiği söylenebilir. Hatta işçinin gözüaltında/tutuklu olarak geçirdiği sürelerin de kıdemine katılacağı savunulabilir. Böyle bir anlayış, yasanın kıdemi, iş sözleşmesinin devam süresi olarak algılayan tutumuyla (1475 sy. İş K. 14/I-II) da uyumludur, denilebilir. Keza bunu, anılan süreyi kıdemden dışlamayan diğer yasal düzenlemelerin (İş K. 55, TSGLK. 42/5) de desteklediği söylenebilir. Ancak anılan sürelerde işçiye kural olarak ücret ödenmediği ve Yargıtay'ın ücretsiz izinde geçen süreleri kıdeme katmadığı; hatta işçinin sağlık problemi halinde devamsızlığının tümünün değil ancak kendisine denk gelen oneli 6 hafta aşan kısmın kıdeme katıldığı (İş K. 55/a); muvazzaf askerlik dışındaki bir askerlik veya yasal ödevde (İş K. 55/c) ve işyerindeki zorlayıcı sebepten dolayı iş verilemeyen hallerde (İş K. 55/d) bile anılan nedenlerle devam

edilemeyen sürelerin tümünün değil sadece bir kısmının kıdeme katılmasına dair yasal hükümler dikkate alınınca sorunun çok da basit gözükmediği açıktır. Çünkü, işverenin belki de yıllarca süreyi içeren gözaltı ve/veya tutukluluk süresini kıdeme katmasını beklemek pek de adil düşmeyecektir. Bu yönde düşünülürse, şu tür çözümler üzerinde durulabilir;

**a)** Her şeyden evvel anılan sürelerin tümünün kıdeme katılacağına dair bir sözleşme hükmü varsa, bu evrede işçiye ücret ödenip ödenmediğine bakmaksızın, tüm gözaltı ve/veya tutukluluk süresinin hesaba katılması gerekir. Çünkü; istisnai kural (TSGLK. 42/5) dışında kıdeme nelerin katılacağı hususu artık nispi emredici yapıdadır. Ancak bu yapılırken dikkatli olunmalı, sözleşmeyle özellikle de TİS ile düzenlemeye gidilen hallerde, getirilen sözleşmesel kuralın, TSGLK. 5'e aykırılık oluşturmamasına dikkat edilmelidir. Zira getirilen sözleşmesel kuralın suçu ve suçluyu öven, insanları yahut ilgi işçileri suça teşvik ve özendirir içerikte olmaması gerekir. Aksi durumda ilgi iş sözleşmesi hükmü BK. 19-20 uyarınca; ilgili TİS hükmü ise TSGLK. 5 gereğince geçersiz sayılır. Böylesi geçersizliğinse, süre bakımından aşkın kısmı kapsayacağı düşünülür. Ayrıca bu söylenenlerin sadece kıdem tazminatı bakımından değil, (yıllık izin, fesih bildirim oneli vs. gibi) işçinin kıdemine bağlı tüm durumlar için geçerli olacağı kanısını taşıyoruz.

**b)** Böyle bir sözleşme hükmü yoksa bakılır, anılan evrede işçiye tam veya kısmen ücret ödeniyorsa yine bu sürelerin hesaba katılması sorun oluşturmaz ve Yargıtay'da buna karşı çıkmaz denilebilir.

**c)** Anılan evrede ücret ödenmiyorsa ve onun kıdeme katılacağına dair bir sözleşme de yoksa bu durumda yine tartışmalar kaçınılmazdır. Yargıtay'ın da yaptığı gibi bu konuda yıllık izinle ilgili İş K. 55 hükmü baz alınır ve onun sınırlayıcı bir sayım yaptığı kabul edilirse, gözaltı da/tutuklu olarak geçirilen süre, işçinin gerek kıdem tazminatında ve gerekse de yıllık izin ve hatta fesih bildirim onelinin hesabında dikkate alınmayacaktır denilebilir. Ama yıllık izni ayrı, kıdem tazminatını ayrı değerlendirir ve 1475 sy. İş K. 14/I-II hükümlerinden hareket edilirse, anılan sürelerin kıdem tazminatında hesaba katılması ve

fakat yasal sayımda yer almadığından yıllık izine esas kıdemden dışlanması düşünülür.

Tüm bu söylenenler, sadece İş K. 25/IV uyarınca feshe götüren gözaltı ve/veya tutukluluk süresi için değil, işçinin iş ilişkisinin devamında yaşadığı ve fakat feshe yetmeyen yahut yetse bile işverence feshe gidilmeyen tüm gözaltı/tutukluluk süreleri için de geçerlidir denilebilir.

Sonuçta, bu çalışmayı sadece İş K. 25/IV hükmüne yönelttiğimizi, diğer yasalardaki durumu daha sonraki bir çalışmada inceleyeceğimizi belirtelim.

## DİPNOTLAR

- 1 Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. bası, Ankara 2008, C. I, Md. 25, 1226-1229.
- 2 1475 sayılı yasa dönemi için bkz. Akyiğit, 1475 sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, Md. 17, 891-897.
- 3 Krş. F. Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Bası, İzmir 2009, 342-343.
- 4 9. HD. 19.06.2001-575/10498.
- 5 9. HD. 31.01.2005-12892/2702.
- 6 Örneğin bkz. 9. HD. 26.1.1996-1445/2839.
- 7 Tüm bu konuda öğreti ve yargı uygulaması örnekleri için bkz. Akyiğit, 1475 sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, Md. 17, 891-897.
- 8 Akyiğit, İş K. Md. 2, 63-243; Md. 4, 255-311.
- 9 Akyiğit, İş K. Md. 10, 477-480.
- 10 9. HD. 15.12.1988-11737/12078. Akyiğit, İş K. Md. 25, 1324.
- 11 9. HD. 16.12.2008-40694/33770.
- 12 9. HD. 19.01.2009-11072/127.
- 13 Krş. 9. HD. 13.11.2006-30791/29829.
- 14 Akyiğit, İş K. 25, 1325. Akyiğit, İş Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008, 217. S. Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 646. H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 640.
- 15 9. HD. 09.04.2007-35881/9896.
- 16 Makul süre için bkz. Akyiğit, İş K. 18-21, 846.
- 17 Süzek, 646.
- 18 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri 20. Bası, İstanbul 2007, 274. Demir, 347. Süzek, 658.
- 19 Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, 229.
- 20 Bkz. Akyiğit, İş K. 26, 1330.
- 21 Bkz. 9. HD. 23.01.1984-10248/526.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerine İlişkin Genel Esaslar

## 1. GENEL OLARAK

Daha önce muhtelif vesilelerle belirtildiği gibi, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tali mevzuat iyi kurgulanmadığı için, ilgili yönetmeliklere ilişkin iptal kararları bu alanda karmaşa yaşanmasına neden olmuştur. Geline bu noktada 4857 sayılı İş Kanunu'nun işyeri hekimliği (md. 81) ve iş güvenliğiyle görevli mühendis veya teknik eleman istihdamını (md. 82) düzenleyen maddeleri 15.5.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle "İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri" başlıklı tek bir maddede (md. 81) birleştirilmiş ve oldukça önemli yenilikler getirilmiştir.

Yeni düzenlemeye göre; "İşverenler, devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike sınıf ve derecesine göre;

a) İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla,

b) Bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personelini görevlendirmekle,

c) Sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmekle, yükümlüdürler.

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.

İşyeri sağlık ve güvenlik biriminde görevlendirilecek işyeri hekimleri, iş güvenliği uzmanları ve işverence görevlendirilecek diğer personelin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma şartları, eğitimleri ve belgelendirilmeleri, görevlerini nasıl yürütecekleri, işyerinde kurulacak sağlık

ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin nitelikleri, ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınmasına ilişkin hususlar ile bu birimlerde bulunması gereken personel, araç, gereç ve teçhizat, görevlendirilecek personelin eğitim ve nitelikleri Sağlık Bakanlığı, Türk Tabipleri Birliği ve Türk Mimar Mühendis Odaları Birliğinin görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuatına göre çalıştırılmakta olan hekimlere, üçüncü fıkrada öngörülen eğitimler aldırılmak suretiyle ve aslî görevleri kapsamında, çalışmakta oldukları kurum ve kuruluşların asıl işveren olarak çalıştırdıkları işçilerin işyeri hekimliği hizmetleri gördürülür. Bu kurum ve kuruluşların diğer personel için oluşturulmuş olan sağlık birimleri, işyeri sağlık ve güvenlik birimi olarak da kullanılabilir.”

Yeni düzenlemede çıkarılması öngörülen yönetmelik de, “İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmelik” adıyla 15.08.2009 tarih ve 27320 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Aşağıda değinileceği üzere, yeni Yönetmelikte son derece önemli ve isabetli düzenlemelere yer verilmiş ve Danıştay’ın daha önceki yönetmeliklere ilişkin iptal gerekçelerine uygunluk sağlanmaya çalışılmıştır.

Bundan sonra iki adet de tebliğ yayımlanmış bulunmaktadır. Bunlardan ilki, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sınıfları Listesi Tebliği (RG 25.11.2009, No. 27417) ve diğeri de İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimleri ile Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri Hakkında Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ’dir (RG. 9.12.2009, No. 27427).

## II. YÖNETMELİĞİN UYGULAMA ALANI VE DAYANAĞI

Yeni Yönetmelikte, dayanağını oluşturan 81. maddeye uygun olarak, işyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde görevlendirilecek işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları,

çalışma şartları, eğitimleri ve belgelendirilmeleri, görevlerini nasıl yürütecekleri, işyerinde kurulacak işyeri sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, bu birimlerde bulunması gereken personel, araç, gereç ve teçhizat, görevlendirilecek personelin eğitim ve nitelikleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınmasına dair usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin dayanak maddesi olarak 4857 sayılı İş Kanunu’nun 81 inci maddesinin yanında 1985 tarihli ve 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin (r) bendi ve 12 nci maddesinin (k) ve (l) bentleri de zikredilmiştir. Bunların zikredilmesinin nedeni, Danıştay’ın geçmiş döneme ilişkin iptal kararlarının önüne geçmektir. Bunlardan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görevlerini düzenleyen 2. maddenin 5763 sayılı Kanun’la değişik (r) bendinde, Bakanlığın görevleri arasında, işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önleyici ve koruyucu hizmetleri yürütenlerin niteliklerini belirlemek, eğitimlerini ve sertifikalandırılmalarını sağlamak sayılmıştır. Kanunun İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü’nün görevlerini düzenleyen 12. maddesinin 5763 sayılı Kanun’la değişik (k) bendinde, işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere görevlendirilecek işyeri hekimleri, iş güvenliği uzmanları ve diğer görevlilerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eğitim ve belgelendirme usul ve esaslarını belirlemek ve yine 5763 sayılı Kanun’la değişik (l) bendinde, iş sağlığı ve güvenliği alanında ölçüm, analiz, teknik kontrol, risk analizi ve değerlendirmesi, eğitim, danışmanlık, uzmanlık hizmetlerini yapmak ve bu tür hizmetleri verecek özel ve tüzel kişi ve kuruluşların niteliklerini belirlemek, yetki vermek, yetkilerini iptal etmek, kontrol ve denetimini sağlamak sayılmıştır. Böylelikle özel hüküm getirilerek, Danıştay’ın Bakanlığın, sağlık biriminde yer alacak personele sertifika verme yetkisinin bulunmadığına, genel nitelikteki hükümlerin sertifika verme yetkisini kapsamadığına ilişkin kararlarının önüne geçilmiştir.

Yönetmeliğin geneli üzerinde birkaç tespit-



te bulunmak gerekirse; öncelikle iş sağlığı ve güvenliği faaliyetinin bütünlüğü dikkate alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Bundan başka, iş sağlığı ve güvenliği hizmeti verecek kuruluşlara belirli bir standart getirilmiştir. Ayrıca, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin verilmesinde esneklik sağlanmıştır.

### III. İŞYERİ SAĞLIK VE GÜVENLİK BİRİMİ

#### 1. Tanım

İşyeri sağlık ve güvenlik birimi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere kurulan, gerekli donanım ve personele sahip olan birimi ifade etmektedir. Tebliğe göre (md. 4), Yönetmeliğin yayımlanmasından önce işyeri sağlık birimi bulunan işverenlerin bu birimleri işyeri sağlık ve güvenlik birimi olarak düzenlemeleri gerekmektedir.

Önemle belirtelim ki; iş sağlığı ve güvenliği konusunda Yönetmelik'te öngörülen bütünlük, işyeri sağlık ve güvenlik biriminde bulundurulacak kişilerin işyeri organizasyonu içerisinde tek bir yere bağlı bulunmalarını zorunlu kılmamaktadır. Gerçekten; işyerinin iç işleyişine göre, örneğin; işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının farklı birimlere bağlı olmasına bir engel bulunmaması gerekir. Önemli olan hizmetteki bütünlüğün sağlanmasıdır.

#### 2. Yükümlülük Kapsamındaki İşverenler

İşyeri sağlık ve güvenlik birimi kurmakla yükümlü bulunan işverenler, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında yer alan ve devamlı olarak en az 50 işçi çalıştıran işyerleri bulunan işverenlerdir. Yükümlülük kapsamına giren işverenler bu birimde işyeri hekimi ve gerektiğinde diğer personeli bulundurmakla yükümlüdürler. Bunun için işyerinin girdiği tehlike sınıfının bir önemi bulunmadığı gibi, işyerinin sanayiden sayılan bir yer olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır.

İşyeri sanayiden sayılan bir yer olduğu takdirde, işveren ayrıca bu birimde iş güvenliği uzmanı mühendis veya teknik eleman görevlendirmekle yükümlüdür.

Sayıların hesaplanmasında işyerinde işçi niteliğinde çalışanlar ve sadece İş Kanunu'na tabi işçiler dikkate alınacaktır.

### IV. ORTAK SAĞLIK VE GÜVENLİK BİRİMİ

#### 1. Tanım

Yönetmelikte ortak sağlık ve güvenlik birimi, bir veya birden fazla işyerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini vermek üzere işyeri dışında kurulan, gerekli donanım ve personele sahip olan ve Genel Müdürlük tarafından yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları ve özel hukuk tüzel kişileri olarak tanımlanmıştır.

#### 2. Kuruluş Koşulları

Ortak sağlık ve güvenlik birimi ifadesini çok isabetli bulmak mümkün değildir. Bu terim eski Yönetmelikte düzenlenen, organize sanayi bölgesi gibi yerlerde birden fazla işverenin bir araya gelerek tesis ettikleri ortak sağlık birimini çağrıştırmaktadır. Bu yaygın bir uygulama olmamakla birlikte, özellikle alt işverenlerin bu birime dahil olarak asıl işverenin sağlık ve güvenlik olanaklarından yararlanması mümkün kılınmıştır. Bunun yaygınlık kazanamamasının önemli bir nedeni de bu birimlere hekim yetkisi verilmesinde karşılaşılan güçlüklerdir. Bu da esasen, iyi düzenleme yapılmasının maalesef yetmediğini, bundan sonra izlenen uygulamanın da ne derece önemli olduğunu göstermektedir.

Yeni Yönetmelikteki ortak sağlık ve güvenlik birimi, işverenin kurmakla yükümlü bulunduğu işyeri sağlık ve güvenlik birimi hizmetlerini dışarıdan veren tüzel kişiliklerdir. Bu tüzel kişilik kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olabilir. Yani işverenle ortak olarak kurulan birimler değildir. Bunlar, örneğin, ticaret şirketleri, vakıflar, dernekler olabileceği gibi kamu kurum ve kuruluşları da olabilir. Burada "ortak" teriminin kullanılmasının nedeni sadece iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin bir bütün olarak ele alınmasıdır.

Yönetmelikte ortak sağlık ve güvenlik biriminin kurulması ve yetkilendirilmesi çok sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu isabetlidir. Kurul-

ması ve faaliyette bulunması Bakanlığın iznine bağlıdır. Böylelikle iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin temin edileceği kuruluşlara da belirli bir standart getirilmiştir.

Öncelikle; ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin kurucusunun veya kurucu ortaklarından en az birinin işyeri hekimi veya (A) sınıfı iş güvenliği uzmanı olması zorunludur. Bu kurucular, birden fazla ortak sağlık ve güvenlik biriminde kurucu olamazlar. Bu yasaklamayla kurucu olabilecek kişilerin bu durumlarını kötüye kullanmaları engellenmek istenilmiştir. Elbette bu yasaklamayı mutlak olarak almamak gerekir. Kurucusu bulunduğu şirket faaliyetine son verdiği takdirde, bir başka şirketin kurucusu olmasına bir engel bulunmamak gerekir. Öte yandan bu yasaklama sadece kurucu olmaya ilişkindir. Bir şirketin kurucusu olup diğer bir şirkette ortak olmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Yönetmelikte ortak sağlık ve güvenlik birimleri için kurucudan söz edilmekle birlikte, Tebliğ'de kuruculardan biri veya yöneticisinin işyeri hekimi veya (A) sınıfı iş güvenliği uzmanı olmasından söz edilmiştir. Gerçekten; örneğin bir bakanlık ortak sağlık ve güvenlik birimi oluşturmak istediğinde, bakanlığın kurucusu söz konusu olmayacağından, yöneticisinden söz edilmesi isabetli olmuştur. Bununla birlikte, bu hükme Tebliğ'de değil de Yönetmelik'te yer verilmesi daha isabetli olurdu.

Öte yandan; ortak sağlık ve güvenlik biriminin kurulabilmesi için, bu birimlerde tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan en az bir işyeri hekimi ve bir iş güvenliği uzmanı istihdam edilmesi gerekir. Yani Yönetmelik'te ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin asgari bir personel sayısına yer verilmiştir. Ancak; ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin kurucusunun veya kurucu ortaklarından birinin işyeri hekimi olması halinde işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü, iş güvenliği uzmanı olması halinde ise iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü aranmaz.

Ortak sağlık ve güvenlik biriminin Bakanlıktan yetkilendirilmesi için Bakanlığa başvuruda bulunması gerekir. Bu başvuruda; **a)** Ortak sağlık ve güvenlik biriminin unvanını,

sahibini veya sahiplerini, faaliyet göstereceği adresi ve iletişim bilgilerini belirten ve yetki belgesi talep eden başvuru yazısı, **b)** Ticari şirketler için Ticaret Sicil Gazetesi'nin tasdikli örneği, **c)** Vakıf veya dernekler için senet veya tüzüklerinin tasdikli örneği, **ç)** Ortak sağlık ve güvenlik biriminin kurucusunun veya kurucu ortaklarından en az birinin işyeri hekimliği veya iş güvenliği uzmanlığı belgelerinin tasdikli örneği, **d)** Kamu kurum ve kuruluşlarında kurulacak ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin yöneticilerinin en az birinin işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı olması gerekir. **e)** Faaliyet gösterilecek yer kiralık ise en az beş yıl süreli kira sözleşmesinin tasdikli örneği, **f)** Faaliyet gösterilecek yer, ortak sağlık ve güvenlik birimine veya kurucularından birine ait ise tapu senedinin tasdikli örneği, **g)** Faaliyet gösterilecek yerin intifa hakkına sahip ise ilgili tapu sicil müdürlüğünden alınacak belge, **h)** Faaliyet gösterilecek yerin bütün bölümlerini ihtiva eden 1/200 ölçekli plan, **ı)** Tapu kütüğünde mesken olarak kayıtlı bir ana gayrimenkulün bağımsız bölümlerinde ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin faaliyet gösterebileceğine dair kat malikleri kurulunun oybirliğiyle aldığı kararın tasdikli örneği, **i)** İlgili mevzuata göre, yangına karşı gerekli tedbirlerin alındığına dair yetkili merciler tarafından verilen belge.

Ancak kamu kurum ve kuruluşlarının oluşturacağı ortak sağlık ve güvenlik birimi başvurusunda sadece, ortak sağlık ve güvenlik biriminin unvanını, sahibini veya sahiplerini, faaliyet göstereceği adresi ve iletişim bilgilerini belirten ve yetki belgesi talep eden başvuru yazısı, kamu kurum ve kuruluşlarında kurulacak ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin yöneticilerinin en az birinin işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı olduğunun belgelenmesi, ilgili mevzuata göre, yangına karşı gerekli tedbirlerin alındığına dair yetkili merciler tarafından verilen belge aranır.

Bu başvurudan sonra ortak sağlık ve güvenlik birimleri tarafından hazırlanan başvuru dosyası Genel Müdürlük tarafından incelenir, eksiklikleri var ise, kurulacak olan ortak sağlık ve güvenlik birimlerine yazılı olarak bildirilir.

## İşverenler ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden tamamen veya kısmen hizmet alabilirler.

Yapılan inceleme sonucunda, bu Yönetmelik'te belirtilen şartları taşımaları halinde, başvuru dosyasında belirtilen adrese münhasıran, Genel Müdürlük tarafından ilgililere, Ek-9'da belirtilen örneğine uygun ortak sağlık ve güvenlik birimi yetki belgesi düzenlenir.

Ortak sağlık ve güvenlik birimi örneğin başka bir ilde şube açabilir. Başka bir adreste şube açıldığı takdirde, aynı usul ve esaslar dahilinde, kuruculardan veya kurucu ortaklardan en az birinin işyeri hekimi veya (A) sınıfı iş güvenliği uzmanı olması koşulu hariç, diğer koşulların yerine getirilmesi kaydıyla şube için de yetki belgesi düzenlenir.

Bu belgelerin, ortak sağlık ve güvenlik birimleri tarafından üç yılda bir Genel Müdürlüğe vize ettirilmesi zorunludur.

Yönetmelik kapsamında faaliyet gösterecek olan ortak sağlık ve güvenlik birimleri, ortak sağlık ve güvenlik birimi yetki belgesini almadıkça faaliyetlerine başlayamazlar. Yönetmelik'ten önce bu konuda faaliyette bulunan kuruluşların da kendilerini yeni duruma ve koşullara uydurmaları gerekmektedir.

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin haksız rekabetin önlenmesi amacıyla uymaları gereken bazı kurallara da yer verilmiştir. Bunlar; **a)** İsim ve unvanlar Türkçe olarak tescil ettirilir ve tabelalarında sadece yetki belgesinde belirtilen isim ve unvanlar yazılır, **b)** Bünyesinde olmayan faaliyetler ve fiyatlar konusunda reklam yapılamaz, **c)** Tabela veya basılı evraklarında, başka bir unvan veya mevcut unvanlarının yabancı dildeki karşılıkları kullanılamaz, **ç)** Özel kuruluşlar tarafından, kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan isimler, yanlış algılama ve haksız rekabetin önlenmesi amacıyla, ticari isim olarak kullanılamaz.

İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin işyeri dışından alınmasının mümkün kılınması çok isabetli olmuştur. Eski Yönetmelik döneminde de bu hizmetlerin dışarıdan alınmasına bir engel bulunmadığı iddia edildiğinde, birtakım

çevreler eleştirilerde bulunmuştu. Bu eleştiriler genel olarak bunun ucuz iş gücü çalıştırmaya yol açacağı, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının haklarının engelleneceği şeklinde idi. Bu hizmetlerin dışarıdan alınmasına izin verildiği takdirde, münhasıran uzmanlığı bu olan kuruluşların devreye gireceği ve nihai amaç olan iş sağlığı ve güvenliği sağlanmasının çok daha kolay gerçekleşeceği açıktır. Bu hizmetlerin dışarıdan alınmasının işverenin bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı da Yönetmelik'te isabetli olarak vurgulanmıştır.

Esasen eski Yönetmelik döneminde de Yargıtay bu konuda isabetli bir adım atmıştı. Yargıtay'ın kararı mealen, iş sağlığı ve güvenliği gerçekleşsin de bunu kim yaparsa yapsın şeklinde idi. Bu nedenle söz konusu uygulamanın yasal zemine kavuşturulması son derece isabetli olmuştur.

Ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin faaliyetleri konusunda şu tespitlerde bulunmak mümkündür.

Öncelikle; ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin faaliyetleri konusunda coğrafi alan sınırlaması bulunmamaktadır. Ancak yetkilendirme işlemi adrese göre yapıldığı için, adres değişikliklerinde yetkilendirme işleminin tekrar edilmesi öngörülmüştür. Öte yandan; ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin hizmet verecekleri işyeri veya işyerlerine göre yeterli sayıda ve uygun belgeye sahip işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı bulundurması gerekir. Yetkilendirilen ortak sağlık ve güvenlik birimleri, verdikleri hizmetleri bir başka ortak sağlık ve güvenlik birimine devredemezler. Ayrıca ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin işyerlerine aynı kişilerle hizmet vermeleri zorunludur. Böylelikle, hizmet verilen işyeri konusunda bilgi ve tecrübe sahibi kişilerin devamlılığı sağlanarak bu hizmetlerin daha iyi yerine getirilmesi benimsenmiştir.

İşverenler ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden tamamen veya kısmen hizmet alabilirler. Örneğin, işyeri hekimi istihdam eden bir işverenin iş güvenliği uzmanlığı hizmetlerini dışarıdan temin etmesi mümkün olduğu gibi, birden fazla iş güvenliği uzmanı bulundurmakla yükümlü bir işverenin, bunlardan birini istih-

dam ederken diğerini ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden temin etmesi mümkündür.

## V. FİZİKİ DONANIM

Yönetmelikte işyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik biriminde bulunması gerekli fiziki koşullara da yer verilmiştir (Yön. md.11). Buna göre;

1) İşyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik birimleri, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülebilmesine ve çalışacak personel sayısına yetecek büyüklükte, kolay ulaşılabilir, tercihen tek katlı bir binada veya kurulacağı binanın giriş katında olmalıdır.

2) İşyeri sağlık ve güvenlik birimlerinin, muayene, ilkyardım ve acil müdahalenin yapılabileceği en az bir oda, bir iş güvenliği uzmanı odası ile bekleme yeri, ortak sağlık ve güvenlik birimleri ise, en az bir muayene odası, bir ilkyardım ve acil müdahale odası, bir iş güvenliği uzmanı odası ile bekleme yerinden oluşması gerekir. Ancak; işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurulması zorunlu olan işyerlerinden;

Az tehlikeli sınıfta yer alan ve 1000'e kadar işçi çalıştırılan işyerlerinde, tehlikeli sınıfta yer alan ve 750'ye kadar işçi çalıştırılan işyerlerinde ve çok tehlikeli sınıfta yer alan ve 500'e kadar işçi çalıştırılan işyerlerinde, işverenlerin, sağlık ve güvenlik hizmeti verme yükümlülüklerinin tamamını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet almak suretiyle yerine getirmeleri durumunda, işyerlerinde bir ilkyardım ve acil müdahale odası ve İlkyardım Yönetmeliği'nde belirtilen sayıda ilkyardımcı olması kaydıyla bina ve donanım şartı aranmaz.

Kural işyeri sağlık ve güvenlik hizmetleri birimlerinin hizmetlerinin dışarıdan alınabilmesidir. Ancak işçi sayısı belirli bir miktarı bulduğunda, işveren dışarıdan hizmet alsa dahi, yine de işyerinde birim oluşturmakla yükümlüdür. Şöyle ki; az tehlikeli sınıfta yer alan ve 1000'in üzerinde (1000 dahil) işçi çalıştırılan işyerlerinde, tehlikeli sınıfta yer alan ve 750'nin üzerinde (750 dahil) işçi çalıştırılan işyerlerinde ve çok tehlikeli sınıfta yer alan ve 500'ün üzerinde (500 dahil) işçi çalıştırılan işyerlerinde işyeri sağlık ve güvenlik biriminin bina ve donanımı

kurulması ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işyeri hekimi istihdamı ile sanayiden sayılan işlerde tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan iş güvenliği uzmanı istihdamı zorunludur. Ancak; böyle bir durumda da işyeri sağlık ve güvenlik biriminin kurulması ve bulundurulacak kişiler konusunda ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınması mümkündür (Tebliğ md. 5/6).

Tebliğ'de isabetli olarak Yönetmelik'te yer almayan bir hususa da yer verilmiştir. Bilindiği gibi eski yönetmelikte, birden fazla işverenin bir araya gelerek kurabildikleri ortak sağlık birimine yer verilmişti. Yeni Yönetmelikte bu uygulamaya yer verilmemekle birlikte, Tebliğ isabetli olarak buna yer vermiştir. Buna göre; bir işyerinde kurulu bulunan iş sağlığı ve güvenliği birimi bir başka işyerine de hizmet vermek istediği takdirde, Yönetmeliğin 9. maddesindeki ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin yetkilendirilmesine ilişkin prosedür çerçevesinde bu hizmeti başka işverenlere de verebilir. Yani birden fazla işverenin bir araya gelmesi yeni dönemde de mümkündür.

3) Ayrıca bina koşulları bakımından işyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik birimleri İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik'te belirtilen nitelikte olmalıdır.

4) İşyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik birimleri, Ek-1'de belirtilen araç ve gereçler ile donatılır.

## VI. PERSONEL DURUMU

İşyeri sağlık ve güvenlik biriminde bulundurulması gereken personel, işyeri hekimi, gerektiğinde diğer personel ve işyerinin sanayiden sayılması halinde iş güvenliği uzmanıdır. Bunların nitelikleri ve çalışma süreleri Yönetmelik'te ve Tebliğ'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı eğitiminin Bakanlık tarafından değil eğitim kurumları tarafından verilmesi, sadece sınavın Bakanlık tarafından yapılması ve sertifikanın Bakanlık tarafından verilmesi esası benimsenmiştir.

İşyeri sağlık ve güvenlik birimlerinde bulundurulacak kişiler konusunda birkaç noktaya dikkat çekmek gerekir. Şöyle ki;

## 16.12.2003 tarihinden sonra Türk Tabipleri Birliği tarafından verilmiş bulunan işyeri hekimliği sertifikaları geçersizdir.

Yeni Yönetmelik, Türk Tabipleri Birliği tarafından verilen işyeri hekimliği sertifikaları konusunda önemli bir durum ortaya çıkarmıştır. Bilindiği üzere, geçmiş dönemde de Türk Tabipleri Birliği'nin işyeri hekimliği sertifikası verme yetkisi bulunmamaktaydı. Nitekim eski Yönetmeliğin yürürlüğünün durdurulmasına ve iptaline ilişkin Danıştay Kararı'nda, ne Türk Tabipleri Birliği'nin ne de Bakanlığın işyeri hekimliği eğitimi düzenleme ve sertifika verme yetkisinin bulunmadığı açık olarak vurgulanmıştı. Türk Tabipleri Birliği'nin herhangi bir yetkisi bulunmamakla birlikte, eski Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde, Yönetmeliğin yayımı tarihi olan 16.12.2003 tarihinden önce alınmış bulunan hukuken geçerli olduğuna ilişkin bir hüküm getirilerek bu konuda bir karmaşa yaşanmasının önüne geçilmişti. Yeni Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde, Yönetmeliğin yayımı tarihi olan 15.8.2009 tarihinden önce Bakanlıkça verilmiş bulunan işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı sertifikaları ile eski Yönetmeliğin yayımı tarihi olan 16.12.2003 tarihinden önce Türk Tabipleri Birliği tarafından verilmiş bulunan işyeri hekimliği sertifikalarının geçerli olduğu düzenlenmiştir. Yani bu duruma göre, 16.12.2003 tarihinden sonra Türk Tabipleri Birliği tarafından verilmiş bulunan işyeri hekimliği sertifikaları geçersizdir. Türk Tabipleri Birliği'nin bu eğitimleri üniversitelerle birlikte düzenlemiş olması da hukuki durumu değiştirmemektedir. Herhalde bu durum herkes tarafından biliniyor olacak ki, adaylardan eğitimi verenlerin hiçbir sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin (!) beyanları alınmaktadır. Yeni Yönetmelik'te de, işyeri hekimliği sertifikalarının eğitim kurumları tarafından düzenlenecek eğitimler sonunda Genel Müdürlükçe yapılacak sınavda başarılı olanlara Bakanlık tarafından verileceği düzenlenmiştir. Bakanlığın kuruluş ve görevleri hakkında Kanun'da da bu konu-

daki tek yetkinin Bakanlığa ait olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

İş güvenliği uzmanı olabilecek kişiler; mühendis diplomasına sahip olanlar, fen-edebiyat fakültelerinin fizik ve kimya bölümlerinden mezun olanlar, teknik öğretmenler ve halen ön lisans düzeyinde olan iş sağlığı ve güvenliği bölümlerinden mezun olanlardır. Ancak mimar ve şehir planlamacıları mühendis olarak kabul edilmemektedir.

Yönetmelikte A, B ve C grubu sertifika sınıfları aynen benimsenmiştir. Elbette olması gereken sektörel iş güvenliği uzmanlığı sertifikasıdır. Ancak bunun planlamasının çok zaman alacağı açıktır.

Yönetmeliğin benimsediği sisteme göre; iş güvenliği uzmanı olabilecek bir kişinin eğitime katılıp ve sınavı başarıp C grubu sertifika alması, bu sertifikayla en az iki yıl çalıştıktan sonra yine eğitim ve sınav ile B grubuna geçmesi ve B grubu sertifika ile en az beş yıl çalıştıktan sonra eğitime tabi tutularak ve sınavı geçerek A grubu sertifika alması gerekir. Yani A grubu sertifikaya ulaşılması için en az yedi yılın geçmesi gerekmektedir.

Yeni düzenlemeyle A grubu sertifikaya gereksinim daha da artmıştır. Eski Yönetmelik'te, iş sağlığı ve güvenliği alanında en az sekiz yıl çalıştığını belgeleyen ve Bakanlıkça açılan sınavda başarılı olan mühendis veya teknik elemanlara A grubu sertifika verilmesi öngörülmüştü. Ne var ki bu olanak uygulamada özellikle kamu kurumları tarafından kötüye kullanılmıştı. Ancak Bakanlığın geçmiş dönemdeki tüm kötüniyetli uygulamalara rağmen, mevcut piyasadaki yetişmiş iş gücüne bu kadar uzun süre beklemeksizin A grubu sertifika vermek üzere düzenleme yapması yerinde olacaktır.

Nihayet; işyeri sağlık ve güvenlik biriminde bulundurulacak diğer personel konusunda yeni Yönetmelik bir açıklık içermemektedir. Bunu isabetsiz bulmamak gerekir. Bulundurulacak diğer personelin seçimi işverene bırakılmıştır. Bu, ilk yardımcı olabileceği gibi, hemşire, sağlık personeli, hijyenist veya başkaca personel de olabilir.

## Seracettin GÖKTAŞ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

# İşyeri Kapanmasının İş Güvencesine Etkisi

## İŞYERİNİN KAPANMASI

İşletme içi veya dışı nedenlerle işverenlerin almak zorunda kaldıkları işletmesel kararlardan en önemlilerinden birisi şüphesiz işyerinin kapatılmasıdır. İşyerini kurmak gibi kapatmak da girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Ekonomik krizler ve işletmenin mali yapısının bozulması, işvereni işyerinin kapatma, toplu işçi çıkarma, yeniden yapılanma, kısa süreli çalışma yaptırma gibi önlemler almak zorunda bırakabilir<sup>1</sup>. Gerçekten, işletmenin verimliliği ve kârlılığı başka yollarla sağlanamıyorsa, işverenin işyerini kapatması mümkün olmalıdır<sup>2</sup>. Öte yandan, işyerini kapatmak için işletmenin zararda olup olmadığının da önemi yoktur. İşleri iyi gitse de işyerini kapatmaya yönelik işletmesel kararlar almak işverenin girişim özgürlüğü çerçevesinde ele alınmalıdır. Ancak kapatma nedeni gerçek ve kötünüyete dayanmıyorsa işverenin davranışını girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirmek gerekir<sup>3</sup>. Yargıtay bir kararında işyerinin kapatılmasını; "... İşyerinin kapatılması işverenin yönetsel bir kararının sonucudur. Yönetsel kararlar kötünüyete dayanmadığı sürece müdahale edilemez. Bu düşünce Anayasal güvenceye sahip teşebbüs hürriyetinin bir sonucudur" şeklinde değerlendirmiştir<sup>4</sup>.

İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Başka bir anlatımla, işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır<sup>5</sup>.

İşyerinin kapatılması, bir işyerinde yürütülmekte olan asıl faaliyete işverenin iradesi ile yahut başka bir nedenle kesin ve devamlı surette son verilmesidir<sup>6</sup>. Asıl işin yürütülmesine son verilmeyle birlikte, işyerinde başka bir iş yapılmaya devam ediliyorsa işyerinin kapanmasından değil, faaliyet konusunun değiştiğinden söz edilebilecektir. Asıl işe yönelik faaliyete kesin ve sürekli biçimde son verildikten sonra tasfiye amaçlı veya geçici bir süre için yapılan yardımcı işler işyerinin kapanmadığı anlamına gelmeyecektir<sup>7</sup>.

İşyerinin kapanmasının somut sonuçlarından biri çoğunlukla işsizlik doğurmasıdır. İşsizlik ekonomik ve sosyal sorunlara yol açar; yaygınlık kazandığında ise sosyal ve siyasi patlamalara zemin hazırlar<sup>8</sup>. İşsizliğe ve dolayısıyla toplumsal rahatsızlıklara yola açan işyeri kapatılmasında, amacı işçiyi korumak ve iş gü-

## İşletme gereği olarak işyeri kapanmasının fesih nedeni yapıldığı hallerde ultima ratio ilkesinin uygulama alanı, işverenin birden çok işyerinin bulunup bulunmamasına, işyerinin tamamen ya da bir bölümünün kapatılıp kapatılmamasına göre belirlenebilir.

vencesini sağlamak olan iş hukukunun devreye girmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, işyerinin kapatılması, sadece toplumda olumsuz etkiler bırakan bir olgu değil, aynı zamanda hukuksal bir işlemdir<sup>9</sup>. İşçilerin feshe karşı korunmaları ve işsiz kalmaları durumunda gerekli güvenenin sağlanması sosyal devlet ilkesinin gereğidir.

İşyerinin kapatılması işverenler için bir hak olmakla birlikte, bu hakkın da diğer birçok hak gibi zaman zaman kötüye kullanıldığı; sendikal ve benzeri nedenlerle gerçekte işyeri kapatılmadığı halde görünüşte işyerinin kapatıldığını gösteren işlemler yapıldığı görülmektedir. İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca yönetim hakkı kapsamında bu hakkını kullanırken, keyfi davranmama, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davranışını işçi iddia edeceğinden genel ispat kuralı gereği işçi bu durumu kanıtlamalıdır<sup>10</sup>. İşyerini kapatma hakkını kötüye kullanan işverenin davranışını hukukun himaye etmesi mümkün değildir.

İşyeri tamamen ya da bir bölümü kapatılabilir. Belirtelim ki, işyeri kapatılmamakla birlikte kısa vadede tekrar faaliyete başlayacağı öngörülemeyecek şekilde faaliyetine son verilmiş veya durdurulmuşsa, iş güvencesi hükümleri yönünden, işyeri kapanmasında geçerli hukuki sonuçlar söz konusu olmalıdır. İster işyerinin tamamı ister bir bölümü kapatılsın yahut faaliyetine son verilsin, kapatma veya faaliyete son verme ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona er-

mez. İş sözleşmesinin sona ermesi için açık ya da örtülü bir irade açıklamasına gerek vardır. Aksi halde işyeri kapanmış olsa da iş sözleşmesi devam edecek ve işverenin temerrüdü söz konusu olacaktır.

### 1. Fesih Nedeni Olarak İşyeri Kapanması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence feshedilebilmesi için, geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu öngörülmüş, ayrıca geçerli fesih nedeni kavramına objektif ölçülere uygun içerik kazandırılmaya çalışılarak bazı örnekler verilmiştir. Buna göre işçinin iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Maddenin gerekçesinde işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebepler, işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki grupta değerlendirilmiş ve işyerinin daraltılması ve işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması işyeri içi sebeplere örnek olarak gösterilmiştir. Belirtilen örneklere bakıldığında işyerinin tamamen kapatılmasının da geçerli fesih için işyeri içi sebeplerden sayılması gerektiği açıktır. Yine maddede açıkça belirtilmemiş olsa da, gerekçesinde ifade edildiği gibi, feshe son çare olarak başvurulmalı (ultima ratio); geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken, sürekli olarak fesihten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.

Sebebi ne olursa olsun işyerinin kapanması işgücü ihtiyacının tamamen ya da kısmen ortadan kalkmasına yol açabilir. İşletme gereği olarak işyeri kapanmasının fesih nedeni yapıldığı hallerde ultima ratio ilkesinin uygulama alanı işverenin birden çok işyerinin bulunup bulunmamasına, işyerinin tamamen ya da bir bölümünün kapatılıp kapatılmamasına göre belirlenebilir. Yargıtay kararlarında işyeri kapatılmasına dayanan fesihlerin kapatmanın gerçek olup olmadığı ve ultima ratio ilkesinin uygulanma imkânı yönünden denetlendiği görülmektedir<sup>11</sup>.

## İşletme tek bir işyerinden oluşuyor ve bu işyeri de sürekli bir şekilde kapanmışsa feshin son çare olması ilkesinin uygulanması mümkün değildir.

İşyerinin kapatılmasının geçerli fesih nedeni olabilmesi için kapatmanın işverenin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığını önemi yoktur. Önemli olan işyerinin gerçek ve sürekli kapatılmış olmasıdır. İşyeri kapatmanın görüşü nüşte olduğu (muvazaaya dayandığı) durumlarda gerçek bir kapatmadan söz edilemeyeceği için buna bağlı fesihlerin geçerli nedene dayandığı kabul edilemez<sup>12</sup>. Aynı şekilde kısa bir süre için gerçekleştirilen kapatmalar da fesih için geçerli neden olamayabilir. İşyerinin kapatılmasından kısa bir süre sonra tekrar kurulacağı ya da faaliyete geçeceği öngörülebiliyorsa kapatma nedeniyle hemen iş sözleşmesi feshedilememeli; mümkünse fesihden önce işçinin rızası alınarak ücretsiz izin, iş sözleşmesinin askıya alınması gibi yollara başvurulması gerekir.

Yargıtay bir kararında "...işletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. Somut olay açısından iplik üretimini durdurmanın sürekli ve kalıcı olup olmadığı araştırılmalıdır. İşverenin fesihden önce son altı ay içinde ve davacı tarafın fazla mesai yaptığı iddia edilen yaz sezonunda çıkarılan işçiden daha çok işçi almış olması, işletmesel kararın tutarlı olması ilkesi ile çelişmektedir..."<sup>13</sup> denilmiştir. Yargıtay bir başka kararında ise muvazaaya dayanmayan işyeri kapatılmasının fesih için geçerli neden olduğunu kabul etmiştir<sup>14</sup>.

Devir nedeniyle kural olarak işyerinin kapatıldığından söz edilemez. Devir sonucu işveren değişmekle birlikte işyeri varlığını muhafaza eder. İşyeri kapanmış olmadığı için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi salt işyeri devrinin fesih için geçerli neden olamayacağını öngörmüştür. Yargıtay alt işverenler değişmesine rağmen

iş sözleşmesi feshedilmeden aynı işyerinde aralıksız çalışan işçi yönünden işyeri devri kurallarına göre bir sonuca varmaktadır<sup>15</sup>.

İşyerinin kapatılmasında feshin son çare olması ilkesinin uygulanma imkânı işletmenin tek bir işyerinden oluşup oluşmadığına bağlıdır. İşletme tek bir işyerinden oluşuyor ve bu işyeri de sürekli bir şekilde kapanmışsa feshin son çare olması ilkesinin uygulanması mümkün değildir. İşletme birden çok işyerinden oluşmakta ise, işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce diğer işyerlerinde değerlendirilme olanağının bulunup bulunmamasına göre geçerli nedenin varlığı tespit edilecektir.

## II. İşe İade Davası Devam Ederken İşyerinin Kapanması

İş sözleşmesi feshedilen işçinin açtığı işe iade davası devam ederken, dava konusu işyeri kapanmış olabilir. İşyerinin kapatılacak olması feshe neden gösterilmiş ve yargılama sırasında işyeri kapatılmışsa kural olarak feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Bu durumda feshin son çare olması ilkesinin uygulanma imkânı araştırılarak bir sonuca varılmalıdır. Yargılama sırasında işyerinin kapanması halinde işe iade davasının konusuz kaldığı gerekçesi ile dava reddedilmemelidir. Çünkü fesih bildirimiminin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde öngörülen şekli unsurları taşımaması ya da bağlayıcı seçim kriterlerine uyulmaması gibi olguların varlığı feshin geçersizliğine yol açabilir. İşçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer hakları bakımından yargılamaya devam edilerek feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.

İşveren fesihle ekonomik nedenlere dayanmış ve işyeri yargılama sırasında henüz karar verilmeden önce kapanmışsa feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir<sup>16</sup>. Bu durumda varsa yönetmelik veya toplu iş sözleşmesinde belirtilen tenkizat kuralı veya seçim kriterine uyulması gerekir. Ancak, işyerinin tamamen kapanması nedeni ile işçilerin tamamı çıkarılacaksa iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde herhangi bir kural veya kriterin uygulanması gerektiğinden söz edilemeyecektir.



İşyerinin kapanması fesih nedeni olarak gösterilmemişse daha sonra gerçekleşen kapanma geçerli neden kabul edilmeyebilir. Çünkü feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı fesih bildiriminde belirtilen nedenlerle sınırlı olarak o tarihteki şartlara göre değerlendirilecektir. Nitekim Yargıtay bir kararında "...Davacının iş sözleşmesinin "işyerinde yeniden, siparişlerin azlığı ve genel ekonomik nedenler" gerekçe gösterilerek feshedildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İşyerinin kapatılması olgusu fesih nedeni yapılmadığı gibi, fesih tarihinde işyeri faal durumdadır. Fesihten yaklaşık 4 ay sonra işyerinin kapanmış olması feshi geçerli hale getirmez. Zira, fesih bildiriminin yapıldığı tarihteki koşullara göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Davalı işveren fesih bildiriminde ekonomik nedenlere dayanmasına rağmen feshin gerçekleştiği 2005 yılı Mart ayı itibari ile yeni işçi aldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Buna göre fesih tarihi itibari ile geçerli bir fesihten 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 bir hukuki sorundur. Bu husus, ileride açılacak boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı ile ilgili davada tartışılmalıdır. Mevcut olgulara göre davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması hatalıdır" gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur<sup>17</sup>. Yine Yargıtay, üretimin azaltılması ve düşürülen üretim programına göre kadroların ve personel ihtiyacının iş hacmine uygun hale getirilmesi gerekçesi ile yapılan feshleri, yargılama sırasında üretim faaliyetine kesin olarak son verildiği iddia edilmesine rağmen sendika ile yapılan protokol hükümlerinde öngörülen seçim kriterlerine uyulmadığından söz ederek geçersiz kabul etmiş<sup>18</sup>; aynı işyeri ile ilgili olarak, yaklaşık 6 ay sonra bu defa üretim faaliyetinin tamamen durdurulması gerekçesi ile gerçekleştirilen feshlerin de

geçerli nedene dayandığına karar vermiştir<sup>19</sup>. Yargıtay bir başka kararında talep ve grup girişlerinin azalması gerekçesine dayanan feshi geçersiz kabul ederken, davacının çalıştığı şubenin fesihten yaklaşık 4-5 ay sonra kapanmış olmasını sonuca etkili görmemiştir<sup>20</sup>.

### III. İşe İade Kararından Sonra İşyerinin Kapanması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur" kuralına yer verilmiştir. Düzenlemeye göre işveren öncelikle işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşverenin işçiyi işe başlatmamasının yaptırımı olarak işe başlatmama tazminatı söz konusu olabilecektir.

Bir görüşe göre işyerinin kapanmış olması işçinin geçersiz feshin sonuçlarından yararlanmasını etkilemeyecektir; İşçinin işverenin geçerli bir adresine süresinde yapacağı başvuru ile geçersiz feshin sonuçlarından yararlanması mümkündür<sup>21</sup>. Bir başka görüşe göre işçi bu durumda en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını talep edebilecek işe başlatmama tazminatını isteyemeyecektir<sup>22</sup>.

Yargıtay, işe iade kararından sonra süresi içinde işe başlatılmak için başvuran işçiyi üretimin kesin ve kalıcı bir şekilde durdurulduğu ve şirketin tasfiye sürecine girdiği gerekçesi ile işe başlatmayan işverenin işe başlatmama tazminatından sorumlu olduğuna ilişkin verilen yerel mahkeme kararını sadece icra inkâr tazminatı yönünden bozarak, faaliyetine kesin ve sürekli olarak son verilen işyerinde çalışan işçinin işe başlatılmaması nedeniyle işverenin işe başlatmama tazminatından sorumlu olması gerektiği yönünde oyçokluğu ile bir karar vermiştir<sup>23</sup>.

İade kararından sonra işçinin işe başlatılmaması işyerinin işverence veya resmi bir makam tarafından kapatılması, yangın veya deprem nedeniyle yok olması gibi fiili veya hukuki

bir imkânsızlıktan kaynaklanabilir. Kanımızca işyerinin gerçek ve sürekli olarak kapanması halinde işverenin işçiyi işe başlatmama iradesi ile hareket ettiği söylenemez. Çünkü, işe başlatmaya engel bir imkânsızlığın söz konusu olması durumunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde belirtilen "işe başlatmamak" değil, "işe başlatmamak" söz konusudur. İşçinin işe başlatılması imkansız hale geldiğinden işe başlatmama tazminatı talep etmesi mümkün değildir. İmkânsızlığın işverenin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmamasının varılan bu sonuca etkisi olmasa gerekir<sup>24</sup>.

İşe iade kararından sonra işyerinin kapanması halinde işverenin işe başlatma yükümlülüğü kural olarak ortadan kalkar. İşverenin başka bir işyeri varsa işçinin o işyerinde daha önce yaptığı işe, benzer işe veya kısa bir eğitimle yapabileceği başka bir işe başlatılması gerekir. Aksı halde işe başlatmamış sayılır. Ancak, işçi çalışma koşullarında esaslı değişiklik meydana geldiğini ileri sürerek işe başlamak istemeyebilir. Bu durumda işveren işçiyi işe başlatmış sayılmakla birlikte, işçi çalışma koşullarındaki esaslı değişiklik nedeniyle yapılan değişikliği kabul etmediğinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde konunun tartışılması gerekecektir. İşçinin önceki çalışma koşulları ile işe başlatılmamak suretiyle sözleşmesinin bu kez işverenin değişiklik feshi ile son bulduğundan söz edilebilir. Kuşkusuz, işverenin bu şekilde değişiklik feshi söz konusu olduğunda işçi çalıştırılmadığı en çok dört aylık süre için ücret ve diğer haklarını talep edebilecektir. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere işveren, diğer bir işyerinde benzer veya pozisyonuna uygun bir işe başlamayı teklif etmek suretiyle işe başlatma iradesini ortaya koyduğundan artık işe başlatmama tazminatından söz edilemeyecektir. İşletmeye bağlı kapanan işyerinden başka işyeri yoksa işverenin işe başlatma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.

İş sözleşmesi işyerinin kapanması nedeniyle kendiliğinden değil, işe başlatmama iradesi ile feshedilmiş sayılacağından işe başlatmama iradesinin işçiye ulaştığı tarihe kadar veya bir aylık sürenin sonuna kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklar istenebilecektir.

İşe başlatmama tazminatı feshin geçersizliğinin değil, işe başlatmamanın bir yaptırımıdır<sup>25</sup>. Bu nedenle işe başlatmama tazminatı, işe iade kararı üzerine süresi içinde işe başlatılmasını isteyen işçiyi işe başlatmayan işverene verilmiş bir seçenek değildir. Başka bir anlatımla, işverene işçiyi işe başlatmamak veya işe başlatmama tazminatı ödemek gibi iki seçenek sunulmamıştır. İşe başlatmama tazminatı seçimlik bir hak olmadığından işveren öncelikle işçiyi başlatmak zorundadır. Denilebilir ki, işe iade kararı işçiyi işe başlatmak suretiyle infaz edilmiş sayılır. İşe başlatmama tazminatı, fesih nedenine ve işçinin kıdemine göre önceden belirlenmekte ise de, esas itibarıyla işverenin işçiyi işe başlatmaması ile doğan bir tazminattır. Öyleyse işe iade kararından sonra süresi içinde yapılan başvuruya rağmen işçiyi işe başlatmayan işverenin "işe başlatmama nedeni" işe başlatmama tazminatının doğumu açısından önem arz eder. İşe başlatmama ile tazminat ödeme arasında işveren açısından teorik olarak seçimlik hakkın bulunmaması ve işverenin işe başlatma zorunluluğu özellikle kamu kurumlarında yargı kararını yerine getirmekle yükümlü olan görevlilerin hukuki ve cezai sorumluluklarının belirlenmesinde önem arz edecektir<sup>26</sup>.

İşe başlatmama tazminatı bir seçimlik hak kabul edildiği takdirde işverence işçinin işe başlatılmadığı her durumda ödenmesi gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkar. Sözü edilen tazminatın yaptırım olarak kabul edilmesi halinde ise, her işe başlatmama halinde ödenmesi gerekmeyecektir. Başka bir anlatımla, işe başlatmama tazminatı ancak işverenin işe başlatmama kasıt ve iradesi ile hareket ettiği hallerde söz konusu olabilecektir.

İşe iade kararından sonra işe başlatmama tazminatının talep edilememesi görüşümüze destekleyen diğer bir gerekçe de işçinin iş sözleşmesi feshedilmemiş olsaydı en fazla kapanma nedeniyle işe başlatılmadığı tarihe kadar çalışacak olmasıdır. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesi feshedilmemiş olsaydı işyerinin kapanması nedeni ile sona erecekti. İşyerinin kapanmasının işçi için avantajlı bir duruma dönüştürülmesi yönünde yorum bize göre isabetli değildir.

## SONUÇ

İşverenin işyerini kapatma yönünde verdiği işletmesel kararın girişim özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi ve kapatmanın iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden kabul edilmesi gerekir. Ancak her hak gibi işyerini kapatma hakkı da kötüye kullanıldığında hukukun müdahalesine maruz kalacaktır. Bu nedenle, fesih için geçerli neden kabul edilecek kapatmanın gerçek ve sürekli olması ayrıca kapatılan işyerinde çalışan işçinin varsa işverenin başka işyerlerinde değerlendirilme olanağının bulunmaması gerekir. Yargıtay da işyeri kapatılmasını kural olarak fesih için geçerli neden kabul etmekle birlikte, kötüniyete dayanan görünüşte kapatmaları geçerli neden kabul etmemektedir. İşe iade kararından sonra işe başlatılmak için süresi içinde işverene başvuran işçiyi işyerinin gerçek ve sürekli olarak kapandığını ileri sürerek işe başlatmayan işverenin işe başlatmama tazminatından sorumlu tutulması mevcut yasal düzenlemeye göre mümkün değildir.

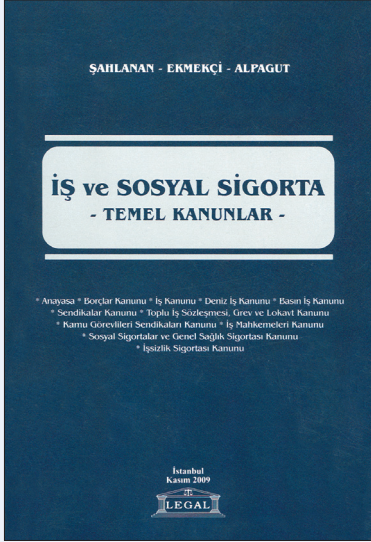
## DİPNOTLAR

- 1 Kaplan, Emine Tuncay, "Kanun Dışı Lokavt ve Ekonomik Nedenlerle İşyerinin Kapatılması", Türk Kamu-Sen, Mart 1992, s. 15.
- 2 Çelik, Nuri, İş Güvencesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 9.
- 3 Köseoğlu, Cengiz, "İşyerinin Kapanması", MESS, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 4, Aralık 2006, s. 53.
- 4 Yargıtay 9. HD. 25.6.2007, 19506-20606 (Kişisel Arş.).
- 5 Yargıtay 9. HD. 24.3.2008, 7974-6088 (Kişisel Arş.).
- 6 Köseoğlu, Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, 1. Bası, Aralık 1004, İstanbul, s. 15.
- 7 Köseoğlu, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, s. 16.
- 8 Alp, Mustafa, Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçi Alacaklarının Güvencesi, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul Barosu Yayınları, Ufuk Matbaası, İstanbul 2002, s. 92, dn.1.
- 9 Köseoğlu, Cengiz, s. 3.
- 10 Yargıtay 9. HD. 24.3.2008, 7975-6089 sayılı kararda "... somut olayda fesih tarihi itibarıyla üretim faaliyeti tamamen durdurulmuş olmasa da azaltmaya ilişkin bir işletmesel karar bulunduğu ve buna bağlı olarak işlem yapıldığı açıktır. Üretim faaliyetinin önce azaltılması ve daha sonra tamamen ve kesin olarak durdurulmasına yönelik işletmesel kararların yerindeliği yargı tarafından

denetlenemez. Sözü edilen işletmesel kararların kötüniyetle alındığı da iddia ve ispat edilmiş değildir." denilmiştir (Kişisel Arş.).

- 11 Yargıtay 9. HD. 27.2.2006, 2005/2711-4775; aynı Dairenin 10.4.2006, 6015-9378 (Kişisel Arş.).
- 12 Subaşı İbrahim, İşyerinin Kapatılması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden ve İş Güvencesi İlişkisi, MESS, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 7, Eylül 2007, s. 53; Yargıtay 9. HD. 10.4.2006, 6015-9378 sayılı kararı "...Fesih nedeni olarak ekonomik nedenlere bağlı bir işyeri kapanması söz konusu olduğunda bunun fesih için geçerli neden teşkil edeceğinin kabulü gerekir. Ancak, kapatma gerçek ve sürekli değilse geçerli fesih nedeni yapılamaz. Somut olayda, kapatmanın gerçek olup olmadığı, işyeri devrinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Mahkemece bu yönlerden herhangi bir araştırma yapılmış değildir. Bu nedenle, öncelikle işyerinin gerçekten kapatılıp kapatılmadığının SSK, Bölge Çalışma Müdürlüğü, Vergi Dairesi gibi kurumlardan sorularak tespit edilmesi gerekir. Kapatmanın gerçek ve sürekli olmadığı, işyerinin muvazaalı olarak başka şahıslara devredildiğinin anlaşılması durumunda feshin geçerli nedene dayanmaması nedeniyle davanın kabulüne karar verilmelidir. Aksi takdirde şimdiki gibi davanın reddine karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ile karar verilmiş olması hatalıdır." (Kişisel Arş.).
- 13 Yargıtay 9. HD. 14.4.2008, 6288-8329 (Kişisel Arş.).
- 14 Yargıtay 9. HD. 26.2.2007, 2006/33915-2007/5325 (Kişisel Arş.).
- 15 Yargıtay 9. HD. 14.12.2009, 11733-34774 (Kişisel Arş.).
- 16 Yargıtay 9. HD. 22.7.2008, 25009-21740 (Kişisel Arş.).
- 17 Yargıtay 9. HD. 25.12.2007, 23796-34577 (MESS, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık 2007, s. 74-75).
- 18 Yargıtay 9. HD. 30.4.2007, 1306-13522 sayılı onama kararı (Kişisel Arş.).
- 19 Yargıtay 9. HD. 24.3.2008, 7976-6090 (Kişisel Arş.).
- 20 Yargıtay 9. HD. 19.10.2009, 38123-27860 (Kişisel Arş.).
- 21 Akyiğit Ercan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s. 313; Odaman Serkan, "Fesih Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi" MESS, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık 2007, s. 78-79; Manav Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 340.
- 22 Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 59; Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 702-703.
- 23 Yargıtay 9. HD. 21.7.2009, 472-21967 sayılı karar (Kişisel Arş.).
- 24 Çankaya Osman Güven/Günay Cevdet İlhan/Göktaş Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 304.
- 25 Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, 3. Bası, Kasım 2008, Ankara, s. 765.
- 26 Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, 3. Bası, Kasım 2008, Ankara, s. 765.

# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Fevzi Şahlanan, Prof. Dr. Ömer Ekmekçi ve Doç. Dr. Gülsevil Alpagut tarafından hazırlanan “**İş ve Sosyal Sigorta -Temel Kanunlar-**” isimli mevzuat derlemesi, Kasım 2009 tarihinde yayımlanmıştır.

İş hukuku ve sosyal güvenlik hukukunun dinamik niteliği bu alandaki mevzuatın çok sık değişmesine neden olmakta, bunun sonucunda da mevzuat derlemeleri yayımlandığından itibaren aynı hızla güncelliğini yitirmeye başlamaktadır. İş hukukunda 4857 sayılı İş Kanunu ile başlayan değişim, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile devam etmiştir. Her iki yasa da yayımlandığı tarihten bu yana önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklerin yanı sıra çok önemli sayıda ikincil mevzuat yürürlüğe konulmuştur.

İş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin temel mevzuatı son değişiklikleri de içeren haliyle öğrencilere ve uygulayıcılara yansıtılabilmek amacıyla hazırlanan söz konusu yayında, kullanım kolaylığı sağlamak amacıyla yalnızca temel kanunlara yer verilmesi uygun görülmüştür. Bu kanunlara ilişkin olarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatın sadece isimleri ile yayımlandıkları Resmi Gazete anılmıştır. Ayrıca derlemenin sonunda her zaman gereksinim duyulan pratik bilgilere yer verilmiştir.

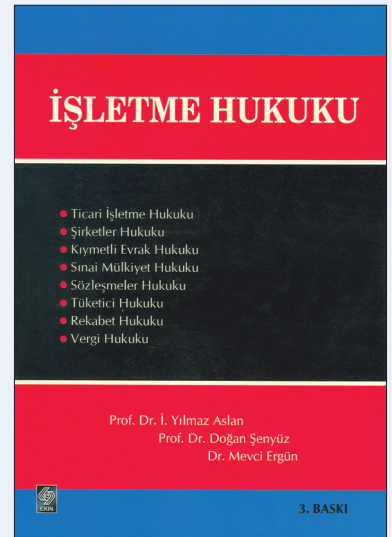
Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan, Prof. Dr. Doğan Şenyüz ve Dr. Mevci Ergün tarafından hazırlanan, “**İşletme Hukuku**” adlı eserin 3. baskısı yayımlandı.

Tüketici hakları, rekabet kuralları gibi yeni gelişen hukuk dallarının işletmeler açısından önemi her geçen gün artmaktadır. Sınai mülkiyet haklarının tüm dünyadaki gelişimi ve önemi ise had safhadadır.

İşletme hukuku derslerini içerik yönünden Amerikan sistemine yaklaştırmak amacıyla eserde, klasik “Ticari İşletme Hukuku” konularına ek olarak, “Şirketler Hukuku” “Kıymetli Evrak Hukuku” ile “Sınai Mülkiyet Hukuku” “Sözleşmeler Hukuku”, “Tüketici Hukuku”, “Rekabet Hukuku” ve “Vergi Hukuku” gibi konulara da yer verilmiştir.

12 ana bölümden oluşan kitabın Ticari İşletme Hukuku ile ilgili bölümleri Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan tarafından; “Sözleşmeler Hukuku” ve “Vergi Hukuku” bölümleri Prof. Şenyüz tarafından; “Şirketler Hukuku”, “Kıymetli Evrak Hukuku” ve “Sınai Mülkiyet Hukuku” bölümleri ise Dr. Ergün tarafından yazılmıştır.

Eser, İşletme Hukuku dersine ilaveten Ticaret Hukuku derslerinin de verildiği İktisadi ve İdari Bilimler Fakültelerinde de okutulabilecek şekilde hazırlanmıştır.



Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Alt İşverenler Arasında Devre İlişkin Karar İncelemesi

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/33274

**Karar No** : 2008/35297

**Tarihi** : 25.12.2008

#### ÖZET

Alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. Maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir.

#### DAVA

Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılardan MTA Ege Bölge Müdürlüğü avukatı tarafından

temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi S. Betin tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

#### KARAR

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

**2-** Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, değişen alt işverenler arasındaki hukuki ilişkinin tespiti ve bunun işçinin işçilik haklarına etkileri konusunda toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde işveren, bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yada tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak açıklanmıştır. O halde asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin varlığı gerekir. Bundan başka işverene ait işyerinde iş alan ikinci

bir işverenin varlığı gerekir ki, asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilebilsin. Alt işverenin başlangıçta bir işyerinin olması şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri nedeniyle kazanmış da olabilir.

Asıl işverene ait işyerinde yürütülmekte olan mal veya hizmet üretimine ait yardımcı bir işin alt işverene bırakılması ile alt işveren açısından bağımsız bir işyerinden söz edilip edilemeyeceği sorunu öncelikle çözümlenmelidir. Zira, asıl işveren ya da alt işverenin değişmesinin işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti için işyeri kavramının bu noktada açıklığa kavuşturulması gerekir.

Soruna 2821 sayılı Sendikalar Kanunu açısından baktığımızda asıl işin tabii olduğu iş kolunun yardımcı iş için de geçerli olduğunu söylemek gerekirse de, 4857 sayılı İş Kanununun 3. maddesinin açık hükmü karşısında işin alt işverene bırakıldığı durumların bundan ayırık tutulması gerekir. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanununun 2/III. maddesinde, “işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür” şeklinde Sendikalar Kanunu ile örtüşen ana kurala yer verildiği halde, sonraki bentlerde asıl işveren alt işveren ilişkisi düzenlenmiş bir anlamda yardımcı işin alt işverene bırakılması ile ayırık bir durum öngörülmüştür. Daha sonra da, aynı yasanın 3. maddesinde “Alt işveren, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyeri için birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür” şeklinde kurala yer verilerek sorun açık biçimde çözümlenmiş ve alt işveren işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu ortaya konulmuştur. Esasen bu çözüm tarzı alt işverenlik kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden önce de, alt işverenin işyerinin asıl işveren ait işyerinden bağımsız olduğu

sonucuna varmıştır ( Yargıtay HGK. 6.6.2001 gün 2001/ 9-711 E, 2001/ 820 K ).

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri, işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir.

Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkan dahilindedir. Uygulamada işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin de kararlaştırıldığı görülmektedir. Listede isimleri yer alan işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tartışmasızdır. Ancak isimleri bulunmayan ve başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda ya da süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisini sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerini alarak işyerinden ayrılması ve ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde, alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumunun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının

tespiti ile hukuki sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Beklenen süreç, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürme şeklinde gerçekleşmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin, alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri, alt işverenler arasında 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulünü gerektirir. Devralan işverenin devam eden hizmet akitlerini devraldığı 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde açıklanmıştır.

Alt işverenlerin aralarında herhangi bir hukuki işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz taktirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11 aylık sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmaz ve buna rağmen asıl işverenin bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.

1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan daha geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede, işyerlerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra “ ... yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli...” denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha son-

ra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki yada fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.

İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirim yapılmadığı sürece iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçinin feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın iş sözleşmesinin feshi yönünde bir irade açıklamasının kanıtlanması durumunda iş sözleşmesi bildirim karşı tarafa ulaşması ile sona ereceğinden, işçinin daha sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu ihtimalde feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun incelenmesi gerekir.

Somut olayda; davalılardan MTA Ege Bölge Müdürlüğü davacının kendilerine bağlı alt işverenler nezdinde çalışmasının devam ettiğini, kendileri açısından hizmet ilişkisinin hiç kesilmeden devam ettiğini iddia etmektedir. Davacı işçinin asıl işverene bağlı diğer bir alt işveren yanında aralıksız olarak çalışıp, çalışmadığı belirlenmeden eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.12.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

Yukarıda mezkur kararın incelenmesinde üç kavram açıklığa kavuşturulmak zorundadır: asıl işveren işyeri, alt işveren işyeri ve işyerinin devri. Bu üç kavramın açıklığa kavuşturulmasını müteakip yapacağımız dava konusu olay bakımından incelemede, kararda yer alan işçilik haklarıyla ilgili bir sonuca varılabilecektir kanısındayız.

### 1. Asıl İşveren İşyeri

İş Kanunu anlamında “işyeri” denildiğinde akla gelen, “işin yapıldığı yer” yanında, “işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerlerdir.” İşin yapıldığı yer, teknik anlamda mal ve hizmet üretiminin yapıldığı ve gerçekleştirildiği yer (mekan, alan) olabilir. Bu gibi hallerde işyeri, sadece işin yapıldığı yerden ibaret olabilir. Bir konfeksiyon atölyesi ile otel işletmesi böyledir. Özellikle iktisadi ve teknik amacın birleştiği bu gibi işyerlerinde, “işyeri” ve “işletme” kavramları da birbirine benzeyen, iç içe geçmiş, aynı anlamda kavramlar olarak karşımıza çıkar. İşletmenin tek işyerinden ibaret olduğu böyle işyerleri yanında, bazen birden çok işyerinin bağlı olduğu işletmeler de olabilir. Örneğin bir banka işletmesine ait birden çok şubeler, Türk Hava Yolları Genel Müdürlüğü ile bilet satış yerleri, denizcilik şirketine ait gemilerin her biri işletmeye bağlı böyle işyerleridir.

Bunun yanında, asıl işe yardımcı, onun tamamlayıcısı olan ve yapılan mal veya hizmet üretimine (asıl işe) niteliği ve yürütümü bakımından bağlı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler” de işyerinden

**Asıl işe “nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerlerin” aynı işyerinden sayılması için teknik ve hukuki bağlılığın bir arada bulunması şarttır.**

sayılır. Ancak bunun için, işyerine bağlı yerin “aynı teknik amaca” hizmet etmesi (teknik bağlılık) ve “aynı işverene ait olması” (hukuki bağlılık) şarttır. Örneğin bir “çelik tencere” fabrikasının çelik saçlarının depo edildiği yer, kesilerek preslendiği atölye, traşlanarak ve galvanize edilerek parlatıldığı imalathane ile bakalit kapak saplarının takıldığı yerler, ayrı ayrı işyerleri olabilir. Hatta bu işyerleri için ayrı ayrı işyeri numarası da alınmış olabilir. Ama, bu işyerlerinde yapılan işler aynı teknik amaç (tencere üretimi) için organize edilmiş ise, işin “niteliği” ve “yönetimi” (yürütümü) bakımından “işyerine bağlı yer” kabul edilecektir. Yeter ki, bu teknik bağlılık, hukuki bağlılık ile tamamlanmış; bu işyerleri, mülkiyeti aynı işverene ait ortak bir yönetime sahip olsun. Bir işyerinin Bölge Çalışma Müdürlüğüne “ayrı işyeri numarasıyla” kaydettirilmesi, “ayrı” ve “bağımsız” bir işyerinin doğumunu kanıtlamak için yeterli değildir. Zira bu kayıt, sadece kanunun uygulanmasını sağlamak ve denetlemek için yapılmaktadır<sup>1</sup>.

Öyleyse, asıl işe “nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerlerin” aynı işyerinden sayılması için teknik ve hukuki bağlılığın bir arada bulunması şarttır. Aksi halde, tencere fabrikasının “bakalit kapak saplarını” yapan imalathane ayrı bir işverene ait ise, artık ayrı bir “işyeri” ile karşı karşıyayız demektir. Aynı şekilde, aynı işverene ait olmakla birlikte, sadece kendi tencere fabrikasına değil, başka fabrika ve imalathanelere de “fason” üretim (bakalit kapak sapı) yapan, özellikle işçilerinin ücret bordroları ile işe giriş ve çıkışlarını ayrı belgelendiren “bağımsız bir organizasyona” sahip işyeri de<sup>2</sup> artık ayrı bir işyeri olarak kabul edilecektir<sup>3</sup>.

Nihayet Kanun’da, işyerinin eklentileri ile araçlar da “işyerinden” sayılmıştır. İşyerinin dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım (revir), beden veya mesleki eğitim yerleri (spor sahası, yüzme havuzu, konferans salonu veya derslikler) ile avlu (bahçe, garaj, otopark) gibi yerler eklenti kavramı içinde yer alır. Ancak Kanun’daki bu sayımı sınırlı görmemek gerekir; işyerinin garajı ile park yerlerini de eklenti kavramı içinde kabul etmek gerekir. Bunun gibi, “işin imali için, hiz-



metin ifası için sabit veya müteharrik her türlü makine, nakliye vasıtalarının heyeti umumiyesi, otobüs, kamyon, sabit vinç, buldozerler, dozerler, ve sair aletler araç tabirinin içerisine girmektedir.”<sup>4</sup> Araçların mutlaka işyerinin coğrafi sınırları içinde bulunması gerekmediği gibi, işverenin mülkiyeti altında bulunması da zorunlu değildir. Araçların kiralanmış veya ödünç alınmış olması da onların işyeri sayılmasına yerlidir<sup>5</sup>.

## 2. Alt İşveren İşyeri

Kanun'un zor anlaşılır bir şekilde verilen tanımına göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasında daima iki işveren vardır. Bunlardan biri “diğer işveren” (tali işveren), ötekisi “asıl işveren” olarak nitelendirilir. Burada “diğer işveren” olarak anılan kişi, öğretide ve Kanunda “alt işveren”, iş hayatındaki uygulamada ise “taşeron” (müteahhit) olarak adlandırılan kişidir. Ancak, iş hayatında “taşeron” olarak adlandırılan her gerçek veya tüzel kişi İş Kanunu anlamında “alt işveren” sayılmaz. Kanun'da öngörülen iki işverenin “birlikte sorumluluğu”<sup>6</sup>, İş Kanunu anlamında “alt işveren” sayılan taşeron ile asıl işveren arasında söz konusu olur (İş K. md. 2/6). Üstelik, asıl işveren ile alt işveren arasında yapılacak sözleşme türünün “birlikte sorumluluğun” doğması bakımından herhangi bir önemi yoktur. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşme ihtiyaca göre istisna (eser), vekalet, kira, taşıma (servis) veya son zamanlarda sıkça görülen “işletme”, “güvenlik”, “bakım onarım” veya “temizlik” sözleşmelerinden biri olabilir<sup>7</sup>.

“Alt işveren işyeri” ile ilgili olarak ise, İş Kanunu'nda ayrı ve bağımsız bir tanım verilmemiştir. Alt işveren işyerini İş Kanunu'nun “alt işveren” tanımından çıkarmak gerekmektedir. Buna göre, alt işverenin (taşeronun) işyeri, asıl işverenin “işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işi” yaptığı işyeridir (md.2/6). Buna karşılık, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında, asıl iş bölünerek alt işverenlere verile-

**Asıl işvereni de sorumlu kılan bir alt işveren işyerinin, asıl işin yapılmasına ve bitirilmesine “bağımlı” ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden “sürekli” (mütemadi) bir işyeri olması gerekir.**

memektedir.” (md. 2/7)<sup>8</sup>. Bir başka deyişle, alt işverenin yaptığı işin işyeri, asıl işverenin işinin tamamlanmasına hizmet eden bir işin işyeri olması gerekmektedir. Bu anlamda büyük bir iş merkezinin yapılmasını anahtar teslimi üzerine alan asıl işverenin, iş merkezinin kaba inşaatını bitirdikten sonra çatı, doğrama, elektrik, su, kalorifer tesisatı, boya-badana gibi asıl inşaatı tamamlayıcı nitelikteki işleri ve çevre (bahçe) düzenlemesi gibi yardımcı işleri konusunda uzmanlaşmış taşeron alt işveren firmalara vermesi mümkündür ve bu işlerin yapıldığı yerler alt işveren işyerleridir.

Nitekim Yargıtayımız da bir kararında, anahtar teslimi “bina inşaatını üstüne alan bir işverenin (asıl işveren), binanın çatısının yapılmasını başka bir işverene (alt işverene) vermesini” Kanun'un ilgili maddesinin kapsamında görmüş; çatıyı yapan “alt işverenin işçisinin kazaya uğraması halinde her iki işverenin müteselsil sorumlu olacağını” kararlaştırmıştır<sup>9</sup>. Bunun gibi, asıl işe yardımcı işler arasında bulunan, bir fabrikanın işçilerinin işyerine geli-gidişlerinin (servis hizmetinin)<sup>10</sup>, “güvenlik, itfaiye, kurye ve şoförlük”<sup>11</sup> gibi hizmetlerin, “paketleme ve torbalama”<sup>12</sup> işlerinin, “yemekhane” ve “temizlik” işlerinin de taşeronlara (alt işverene) verilmesi mümkün olup<sup>13</sup> bu işlerin yapıldığı yerler alt işverenlerin işyeri sayılmak gerekir. Buna karşılık, işyeri “iş güvenliği” işinde de alt işverenin işçisinin çalışabileceğini kabul eden Yargıtay, “işyeri hekimliği” işinin alt işverene verilemeyeceğini kararlaştırmıştır<sup>14</sup>. Bunun gibi, işverenler arasında yapılan iş bulmaya aracılık (İş K. md. 90) sözleşmeleri de asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulması anlamına gelmez<sup>15</sup>.

Bununla birlikte, alt işverenin yaptığı işin asıl işverenin yaptığı işle “sürekli” ilişkisi olan,

“geçici” olmayan bir iş olması gerektiği için, alt işveren işyerinin de asıl işveren işyerinin devamı müddetince ona “sürekli bağlılığı” olan bir işyeri olmasıdır. Bu anlamda bir tekstil fabrikasının bahçe duvarlarının bir taşeronu (müteahhide) yaptırılması, İş Kanunu anlamında bir “alt işveren işyerinden” bahsetmemize engeldir. Çünkü, bahçe duvarlarının “asıl işin güvenlik içinde tamamlanmasına yardımcı bir işyeri” olduğu iddia edilse bile, asıl işle ilgili olmayan, duvarların yapılmasıyla biten “geçici” bir işyeridir. Halbuki asıl işvereni de sorumlu kılan bir alt işveren işyerinin, asıl işin yapılmasına ve bitirilmesine “bağımlı” ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden “sürekli” (mütemadi) bir işyeri olması gerekir. Asıl işverenin işyeri ile alt işverenin işyeri arasındaki bu “bağımlılık” ve “süreklilik” ilişkisi, “birlikte sorumluluğun” ön koşullarından biri olmaktadır<sup>16</sup>.

Böyle olunca, “alt işveren” de olsa, İş Kanunu kapsamında bir işyerini “kuran”, her ne suretle olursa olsun “devralan”, çalışma konusunu kısmen veya tamamen “değiştiren”, yapılan işin tamamlanması yüzünden veya herhangi bir sebeple sürekli olarak “çalışmasını bırakan” işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama ve bitme gününü, kendi adını, soyadını ve adresini, varsa işveren vekil veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini “bir ay” içinde Bölge Çalışma Müdürlüğü’ne bildirmek zorundadır (İş K. md. 3/1). Bu nedenle, asıl işyerinde işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir bölümü “devralan” alt işverenler de bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdikleri kendi işyeri için ayrıca aynı süre içinde bu bildirimde bulunmak mecburiyetindedirler. Bu bildirim yaparken, “kendi işyerlerinin tescili için asıl işverenden aldıkları yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte” bu “bildirimi yapmak zorundadırlar.” (5763 s.k. değişik İş K. md. 3/2). Öyle ki, incelenen Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, bu konuda “alt işverenin başlangıçta bir işyerinin bulunması da şart değildir. Alt işveren, işveren sıfatını ilk defa asıl işverenden aldığı iş ve bu işin görüldüğü işyeri nedeniyle kazanmış da olabilir.” Gerçi, niteliği bakımından en çok 30

işgünü süren “süreksiz işlerde” bu bildirim zorunluluğu bulunmamaktadır (İş K. md. 10/2). Ancak, 30 günden fazla süren “sürekli işlerde” bu bildirim zorunluluğuna uymayan işverenler ve dolayısıyla alt işverenler hakkında para cezası uygulanır (İş K. md. 98)<sup>17</sup>.

Görüldüğü gibi, İş Kanunu bir yandan alt işveren işyerinin fiilen ve hukuken asıl işveren işyerine iş ilişkisinin “sürekliliği” bakımından “bağımlı” olmasını ararken, öte yandan çelişkili biçimde alt işverenin ayrı bir gerçek veya tüzel kişi olması nedeniyle onun yaptığı işin işyerini “bağımsız bir işyeri” olarak kabul etmektedir. Halen doktrin ve incelenen yargı kararında da belirtildiği gibi, “esasen bu çözüm tarzı alt işverenlik kurumunun niteliğine de uygun düşmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu<sup>18</sup> 4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce de, alt işverenin işyerinin asıl işverene ait işyerinden bağımsız olduğu sonucuna varmıştır”. Bu nedenle, “süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkan dahilindedir.” Üstelik, “uygulamada işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin de kararlaştırıldığı görülmektedir.” Bu noktada çalışmaya devam edecek işçilerden “isimleri listede yer alan işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işverene geçtiği tartışmasızdır. Ancak, isimleri bulunmayan ve başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.”

İşte bu noktada, değişen alt işverenler ve bunun işçilik haklarına etkileri bakımından “İşyeri Devrinin” incelenmesi gerekmektedir.

**Hukukumuzda, 4857 sayılı İş Kanunu’na kadar işletmenin devri halinde işçilerin hizmet sözleşmelerinin akıbetini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktaydı.**

### 3. İşyerinin Devri

#### a) Genel Hükümlere Göre

Günümüzde işyerlerinin değişik nedenlerle el değiştirmesi sonucu işveren değişikliğine de uğradığı bir gerçektir. Gerek “işyerinin devri” (kira, satış, isim değiştirme, vb) gerek “işverenin ölümü” gerekse “işyerine el koyma” halleri işveren değişikliğine yol açar. İşte bu gibi hallerde işçinin kıdemi ve bu kıdeme bağlı olarak hangi işverenin tazminattan sorumlu tutulacağı önem kazanır.

Hukukumuzda, 4857 sayılı İş Kanunu'na kadar işletmenin devri halinde işçilerin hizmet sözleşmelerinin akıbetini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktaydı. Buna karşılık, Fransız İş Kanunu'nda (C.T.L. 122-12, al-2) işyerinin miras, satış, birleşme, şirketleşme yoluyla el değiştirmesi halinde mevcut hizmet sözleşmelerinin yeni işverenle işçiler arasında hüküm ve sonuçlarını meydana getirmeye devam edeceği hükme bağlanmıştır<sup>19</sup>. Bizde, daha önce İş Kanunu'nda özel bir hüküm bulunmaması nedeniyle Yargıtayımız sorunu Borçlar Kanunu'nun 179-180. maddeleri çerçevesinde çözümlenmekteydi. Buna göre, işyeri işletme niteliği taşıyor ise, devir BK md. 179 uyarınca yapılacaktır. İki işletmenin birleşmesi suretiyle yapılıyorsa sorun aynı esaslara yollamada bulunan BK md. 180'e göre çözümlenecektir. Bir işletmenin “cüz'i halefiyet” yolu ile devrini veya birleşmesini düzenleyen bu hükümlere göre, işletmeyi bütün hak ve borçlarıyla devir alan kimse, keyfiyeti alacaklılara ihbar ve gazetelerde ilan ettiği tarihten başlamak üzere işletmenin borçlarından sorumludur. Ayrıca eski işveren dahi yeni işverenle birlikte devirden önceki işçilik hakları için devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile müteselsilen sorumludur (BK. md. 179)<sup>20</sup>.

Bunun gibi, iki veya daha çok ticaret ortaklığının birleşerek yeni bir ticaret ortaklığı meydana getirmesi veya mevcut bir ortaklığa katılması halinde işletmenin külli intikali, bir başka deyişle “külli halefiyet” sonucunu doğuran bir birleşme söz konusudur. Bu durumda uygulanan Türk Ticaret Kanunu'nun 146. maddesine göre, işyeri bütün olarak ve tek bir olayla (birleşme veya katılma) yeni işverene geçer. Yeni işveren borçlardan sorumlu olduğu için hizmet ilişkisine tam

olarak girer ve eski işverenin yerini alır. İşverenin ölümü ile işyeri kanunen ve kendiliğinden (külli halefiyet yolu ile) mirasçılara geçtiği için burada da aynı hükümler uygulanır. Bu çözüm yolunun, işverenin şahsı nazara alınarak yapılmış sözleşmelerin işverenin ölümü ile mirasçılara karşı devam edeceği yolundaki Borçlar Kanunu hükmü (md. 347/2) ile işyeri devrinde işçilerin iş sözleşmelerinin sürdürülmesini sağlayan 1475 sayılı İş Kanunu (md. 14/2, 53) ve TİSGLK (md. 8) hükümlerine ve dolayısıyla İş Hukukunun “işçiyi koruyucu” özelliğine uygun düştüğüne de kuşku yoktur<sup>21</sup>. Böyle olunca, “işverenin değişmesi” nedeniyle işçiye de haklı sebeple sözleşmeyi fesih hakkı verilemez; çünkü hizmet ilişkisi yeni işverenle otomatik olarak devam etmektedir<sup>22</sup>.

Uygulamada Yargıtay da son yıllardaki kararlarında, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde getirilen çözüm yolunu reddetmezsiniz, doğrudan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin “buyurucu (emredici) ve bağlayıcı” niteliğine dayanmış; “işyerinin devri halinde işverenin kişiliğinde çeşitli şekillerde olan değişikliklerin hizmet akdi ilişkisini de sürdüreceği, devrin işçiye haklı nedenle fesih hakkını vermeyeceği ve akdi ilişki kesilmediği sürece kıdem tazminatı hakkının da doğmayacağını” kararlaştırmıştır<sup>23</sup>. Bunun gibi, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi yanında 53. maddesini de göz önünde bulunduran Yüksek Mahkeme, “işyerinin herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi halinde ihbar, kıdem ve yıllık ücretli izin hakları yönünden işçinin her iki işveren dönemine ait hizmet sürelerinin birlikte göz önünde tutulacağını” kararlaştırmıştır<sup>24</sup>.

#### b) 4857 Sayılı İş Kanunu Hükümlerine Göre

4857 sayılı İş Kanunu Fransız İş Kanunu'nda olduğu gibi özel bir hükümle Yargıtay kararlarını doğrulayarak yasalaştırmış; “işyerinin veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi” halinde, “devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği” hükme bağlanmıştır (İş K. md. 6/1). Öyle ki, satış, kira veya “yeni bir oluşumla isim değiştirerek işye-

## “Devir” işçi için de devreden ve devralan işveren için de başlı başına iş sözleşmesinin feshini “haklı” kılan bir sebep sayılmadığı gibi, “geçerli” kılan bir sebep de sayılmaz.

rini işletmeye devam eden”<sup>25</sup> devralan işveren, “işçinin hizmet süresinin esas alındığı bütün haklarda”, işçinin “devreden işveren yanında” geçen hizmet sürelerinin tamamını işe başladığı tarihten itibaren hesaba katmak zorundadır<sup>26</sup>. Bu anlamda devralan işveren, işçinin yıllık izin ücretleri yanında ihbar ve kıdem tazminatına ilişkin haklarını hesaplarken, “devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür” (İş K. md. 6/2).

Üstelik, “devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte sorumlu” tutulan devreden ve devralan işveren, “sırf işyerinin veya bir bölümünün devrinden dolayı” iş sözleşmesini “feshedemezler.” İşçi de “devir nedeniyle” iş sözleşmesini feshedemez<sup>27</sup>. Bu nedenle, “devir” işçi için de devreden ve devralan işveren için de başlı başına iş sözleşmesinin feshini “haklı” kılan bir sebep sayılmadığı gibi, “geçerli” kılan bir sebep de sayılmaz. Ancak, işçi ile devralan ve devreden işveren yönünden “devir” dışındaki mevcut “haklı sebeple” (İş K. md. 24, 25) fesih hakları saklı kaldığı gibi; devreden ve devralan işverenin “ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin” gerekli kıldığı “geçerli sebeple” (İş K. md. 18) fesih hakları da saklıdır (İş K. md. 6/5). Bunun gibi, devreden işveren ile devralan işveren arasında, işçilerin başta ücret ve ekleri ile ihbar ve kıdem tazminatları olmak üzere “her türlü haklarının ödenerek” işyerinin veya bir bölümünün devrini öngören anlaşmalar yapılmasını engelleyen bir hüküm de mevcut değildir<sup>28</sup>.

Görüldüğü gibi, “işyerinin veya bir bölümünün devri” başlı başına iş sözleşmelerinin feshi için “haklı” veya “geçerli” bir sebep oluşturmazken; işyerinin devrinden önce ve son-

ra işverenler yanında geçirilen toplam hizmet süreleri üzerinden hesaplanan işçilik haklarından, başta kıdem tazminatı olmak üzere her iki işveren de kural olarak sorumlu tutulmaktadır. Ancak, “devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı” tutulan devreden işverenin bu sorumluluğu (İş K. md. 6/3); ayrıca “işçiyi çalıştırdığı sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret düzeyi ile (tekrar) sınırlandırılmıştır” (1475 s. İş K. md. 14/3).

Üstelik, sınırlı bir sorumluluğu olsa da, ne zamanasını bakımından ne de diğer işçilik hakları bakımından devreden işverenin sorumluluğu taraflar arasında yapılacak herhangi bir “sözleşme” ile kısıtlanamaz ve “ortadan kaldırılamaz.”<sup>29</sup> Buna karşılık, işyerinin devrinden sonra gerçekleşen kıdem tazminatı gibi, yapılan “fazla mesai” ve hak edilen “yıllık ücretli izin” ve “ücret alacakları ile “ihbar tazminatından” sadece devralan yeni işveren sorumlu olup, devreden eski işverenin sorumluluğu yoktur.”<sup>30</sup>

Ekleyelim ki, işçinin devreden işveren yanında geçmiş hizmetleri de dahil bütün hizmetleri için en son ücreti üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı tutarından devralan işveren sorumlu tutulmakta; ancak devralan işveren, işçinin devreden işveren yanında çalıştığı süre ve devir esnasındaki ücret düzeyi ile sınırlı olarak hesaplanan kıdem tazminatı tutarından, devreden işvereni sorumlu tutabilmektedir. Üstelik bu “sınırlı müteselsil (birlikte) sorumluluk”, İş Kanunu ile “devir tarihinden itibaren iki yıllık” zamanasını süresi ile tekrar sınırlandırıldığından, işçi de devir tarihinden itibaren sadece “iki yıllık” süre içinde devreden işverene karşı bir dava açabilecek demektir<sup>31</sup>.

Bu anlamda devralan işveren, devreden işverene işçinin sadece onun yanında çalıştığı süre ile sınırlı tutardaki kıdem tazminatını rücu edebilmektedir. Bu nedenle, işçi ya son işvereni tazminatın tamamından sorumlu tutan bir dava açabilecek ya da eski ve yeni işvereni yanlarında çalıştığı süre ve ücret düzeyi ile sınırlı olarak ayrı ayrı dava edebilecektir<sup>32</sup>. Devreden işverenin sorumluluğu “işçiyi çalıştırdığı süreler ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret düzeyi” ile sınırlı olarak hükme bağlandığından (1475 s. İş K. md. 14/3), devreden işveren devralan işverenle birlikte kıdem tazminatının “tamamından

müteselsil (birlikte) sorumlu” tutulamayacaktır<sup>33</sup>. Üstelik, genel hükümlere göre “ücret alacaklarının 5 yıllık bir zamanaşımına” bağlandığı ve bunun “sözleşmeyle değiştirilemeyeceği” (BK. Md. 126, 127) göz önünde tutulacak olursa, işçinin devreden işverene karşı açabileceği davanın “iki yıl” ile sınırlandırılmasının İş Hukukunun “işçiyi koruma” ilkesiyle ne kadar bağdaşabileceği her zaman sorgulanabilecektir.

#### 4. Olay Bakımından İnceleme

Olayımızda, incelenen kararda da belirtildiği gibi, uygulamada da sık sık alt işverenin değişmesi “süresi sona erdiği veya süresinden önce asıl işveren alt işveren ilişkisi sonlandırıldığı” için “alt işverenin işyerinden ayrılması”, “ardından işin başka bir alt işverene verilmesi” ve “yeni gelen alt işveren nezdinde işçilerin çalışmaya devam etmesi şeklinde gerçekleşmektedir.” Bu durumda yine kararda belirtildiği gibi, “alt işverenler arasında hukuki bir ilişki bulunmamaktadır. Hukuki ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden, alt işverenler arası bir işyeri devrinden de bahsedilemeyeceği” ileri sürülebilecektir.

Ancak, yapılan devir işleminin de tamamen “hukuksuz” olduğu ileri sürülemeyecektir. Asıl işverenin ihaleye çıkması veya bir özel hukuk sözleşmesi ile işin uzmanlık isteyen bir bölümünü alt işverene vermesi, sözleşme süresi sona ermeden veya sona erdikten sonra yeni bir ihale veya sözleşme ile yeni bir alt işverene işin devredilmesi işlemlerinin de “yasalara” ve “hukuka dayalı” işlemler olduğu muhakkaktır. Zaten, her iki alt işveren bir araya gelseler ve anlaşmaya varsalar bile asıl işverenin rızası olmadan bu “iş” ve işin yapıldığı “işyerini” birbirlerine devredemezler. Araya mutlaka “asıl işverenin” girmesi mecburiyeti vardır. Bir başka deyişle, her iki alt işverenin bir araya gelerek kendi aralarında bir “hukuki işlem” ile “işyeri devrini” gerçekleştirmeleri zorunlu olmadığı gibi, mümkün de değildir. Daha önceki bir Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>34</sup>. Dikkat edilirse, bütün bu hukuki işlemlerde asıl işveren esasen “işyerini” değil “iş” devretmektedir. Bu nedenle, “işyeri devri” esasen asıl işverenin “hukuki işlemleri” aracılığı ile “alt işverenler”

arasında gerçekleşmektedir. Öyle ki, bu devirlerde asıl işveren işçi alacaklarıyla ilgili olarak devamlı “müteselsil (birlikte) sorumlu” olduğu halde, alt işverenler de birbirlerine karşı “hukuken sorumlu” olabilmektedirler. Bu durumda, alt işverenler arasında hiç “hukuki ilişki” bulunmadığını ileri sürmek de zorlaşmaktadır.

Öyleyse, gerek 1475 sayılı Yasa’nın 14/2. maddesi hükmüne göre, gerekse 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesi hükmüne göre, her bir alt işveren için “bağımsız bir işyerinde” yürütülen “işlerin” asıl işveren tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemler aracılığı ile “devredilmesi”, kanımızca alt işverenler arası “işyeri devrinden” başka bir şey değildir. Gerçi kararda, 1475 sayılı Yasa’nın 14/2. maddesi hükmünün, işyerlerinin devir veya intikalinden söz ettikten sonra “...yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli...” demek suretiyle “uygulama alanını 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizdiğinden” bahsedilmekte; “o halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından o işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki yada fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin, devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.” denilmektedir.

Kanımızca, 1475 sayılı yasanın 14/2. maddesinde yer alan “... yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi...” hükmüne yer verilmemiş olsaydı bile, alt işverenler arasında asıl işverenin gerçekleştirdiği hukuki işlemler aracılığı ile yapılan “işyeri devrinden”, işçi alacakları bakımından her iki alt işvereni de sorumlu tutmak mümkün olabilecekti. Çünkü, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesinde yer alan “işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün “hukuki bir işleme” dayalı olarak başkasına devri” ifadesinin, asıl işverenin yine “hukuki işlemler” aracılığı ile gerçekleştirdiği alt işverenler arasındaki “işyeri devrini” bertaraf ettiğini düşünmüyoruz. Bu anlatıma göre de, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsa-

mında faaliyetini yürüttüğü işyerinin asıl işvereninin “hukuki işlemleri” aracılığı ile başka bir alt işverene devri de 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesi kapsamında tam bir “işyeri devri” niteliğindedir.

Böyle olunca, davacının asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi; olayımızda iş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da alt işveren tarafından bir fesih bildirim yapıldığı anlaşıldığından, iş sözleşmesinin değişen alt işverenle devam ettiği ve dolayısıyla feshe bağlı haklar olan “ihbar” ve “kıdem tazminatı” ile “izin ücreti” talep koşullarının gerçekleşmediği gerekçesiyle bozulan mahkeme kararının isabetli olduğu kanısındayız.

## DİPNOTLAR

- 1 9. HD, 07.06.1985, 6069/6260, YKD, Ekim 1986, 1478-1480; 9. HD, 08.05.1997, 8063/8456, GÜNAY, Şerhli İş Kanunu-I, Ankara 1998, md. 1, s. 128, dn. 139; ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 16. B., İstanbul, 2003, s. 52.
- 2 N. ÇELİK, s. 52.
- 3 Yargıtay da verdiği bir kararında, iktisaden birbirini tamamlayıcı nitelikte bir bütün oluşturan yerlerin “tek bir işyeri” olduğunu; fakat, bunun yeterli bir ölçü olmadığını, “o iş gereğince bağlı olmaksızın çalışılan yer”in “bağımsız bir işyeri” olduğunu kararlaştırmıştır. 9. HD, 22.11.1964, 6840/7266, N. ÇELİK, s. 54, dn. 8; 9. HD, 07.06.1985, 6069/6260, YKD, 1986, s. 1478-1480; 9. HD, 08.05.1997, 8063/8456, GÜNAY, I, s. 128, dn. 139.
- 4 İş Kanunu’nun hazırlanması sırasında Cumhuriyet Senatosu Geçici Komisyon Sözcüsünün açıklamasını nakleden N. ÇELİK, s. 50, dn. 1.
- 5 Krş. DEMİRCİOĞLU-CENTEL, İş Hukuku, 9. B. İstanbul, 2003, s. 48-49. Yargıtay da bir kararında, “servis aracında sendikal nedenle çıkan tartışma sırasında yapılan darp sonucu aldığı raporla işe gelememeyi ve karşılıklı şikayetleri içeren olayı “işyerinden kaynaklanmadığı” gerekçesiyle “geçerli sebep” saymayan mahkeme kararını” bozmuştur: 9. HD, 22.11.2004, 19146/25836-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, Uygulamada İş Güvencesi, LEGAL Yayınları No: 52, s. 83.
- 6 İş Kanunu’nda öngörülen “birlikte sorumluluğun” (md. 2/6), Borçlar Kanunu’nda öngörülen “müteselsil sorumluluk” (md. 50, 51) olduğu kuşkusuzdur: ÇELİK, N. 21. B. s. 49 ve orada belirtilen kaynaklar.
- 7 S. TAŞKENT, Alt İşveren, LEGAL-İHSGHD, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s. 363; A. GÜZEL, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal-İş Sendikası, 2004/1, İstanbul, s. 38; EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2004, s. 30; CANBOLAT,

Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, s. 38; Alt İşveren Kavramı ve Uygulama Sorunları, Tühis, Mayıs-Ağustos 1998; O. G. ÇANKAYA, Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar, Dr. Aydın ÖZKUL’a Armağan, Kamu-İş, C. 6, S. 4, Ankara 2002, s. 19.

- 8 Yargıtay’ın, “kauçuk ve plastik hortum üretimi” işinin davalı şirketin asıl işi olduğu, “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş niteliğinde olduğunun ispatlanamadığı” yolunda kararı için bkz. 9. HD, 12.02.2007, 32217/3258, Toprak İşv. Eylül 2007, s. 22. Aynı şekilde, PTT’nin posta tekeli dışında yaptığı “gönderilenin kabulü, nakli ve dağıtım işinin” yardımcı iş sayılmayacağı, “bu işin asıl iş olup, bunun teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir yönü de bulunmadığından alt işverene verilemeyeceği” yolunda bkz: 9. HD, 14.05.2007, 3132/14914, Çalışma ve Toplum, 2007/4, s. 240. Buna karşılık, işverenin asıl işi olan “soğutma sonu ve bant paketleme” işinin “uzmanlık gerektiren” bir iş olduğu yolundaki “çelişkili” kararı için bkz: 9. HD, 31.05.2005, 31850/2487, Tekstil İşv. Mayıs 2005, s. 41.
- 9 9. HD, 04.11.1993, 5757/15708, Tekstil İşv. D.; Mart-Nisan 1994, s. 39. Yargıtay’ın “uzmanlık” ölçütünü ele aldığı ve tartıştığı kararlar için bkz: 9. HD, 13.01.2005, 33416/931 ve 9. HD, 01.04.2005, 18633/26052, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, SİCİL, Mart 2006, s. 19 ve dn. 23; 9 HD, 18.01.2006, 36991/486, LEGAL-İHSGHD-10, s. 674; 31.01.2005, 31850/2487, Tekstil İşv. Mayıs 2005, s. 41. Teknoloji gerektirmemesi nedeniyle alt işveren ilişkisi kurulamayacağına ilişkin bir Yargıtay Kararı için bkz: 9. HD, 14.09.2006, 24492/22445, Çalışma ve Toplum-12, s. 270; Yargıtay 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 8.
- 10 Yargıtay bir kararında, “işverenin (asıl işverenin) işçilerini işyerinden evlerine götürüp getiren üçüncü şahsın (alt işverenin) işçisi servis şoförünün yaptığı kazayı iş kazası sayarak” asıl işvereni de işçilik haklarından sorumlu tutmuştur: 9. HD, 18.01.1989, 10312/139, Tekstil İşv. D., Nisan 1989, s. 15-16.
- 11 9. HD, 01.06.2005, 28445/20073, LEGAL, İHSGHD-8, s. 1705 ve Tekstil İşv. Aralık 2005, s. 41; 9. HD, 18.01.2006, 36991/486, LEGAL,İHSGHD-10, s. 674; 9. HD, 26.06.2006, 16835/18809, Çalışma ve Toplum-12 2007/1, s. 302; 9. HD, 26.06.2006, 13231/18825, Çalışma ve Toplum-12, s. 305.
- 12 9. HD, 29.05.2006, 13218/15765, Tekstil İşv. Mart 2007, s. 2; Yargıtay’ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 10.
- 13 İş Kanunu’nun 6. ve 7. maddelerinin değişiklik gerekçesine göre, “yapılan düzenlemeyle, doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerlerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kurulabileceği hüküm altına alınmıştır.” SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul, 2008, s. 145.
- 14 Sırasıyla 9. HD, 12.06.2006, 14473/17149, ve 9. HD,

- 05.06.2006, 12876/16262 - SİCİL, Aralık 2006, s. 106-Ö. EKMEKÇİ'nin ilk kararı isabetli, ikinci isabetsiz bulan incelemesi.
- 15 9. HD, 04.04.2005, 7774/11838, ÇANKAYA, O.G./ÇİL, Ş. Üçlü İlişkiler, s. 73.
- 16 Uygulamada Yargıtay da bir kararında, asıl işverenin işi ile alt işverenin işinin birbirinden "ayrı" ve "bağımsız" olmasının "birlikte sorumluluğu" ortadan kaldıracığına hükmetmiştir. Kararda "asıl işi otomobil ve buna benzer araçlar üretmek olan işverenin (asıl işverenin) binanın tamir ve onarımını bir başkasına (alt işverene) yaptırması bağımsız ve ayrı bir iş" olarak nitelendirilmiş, binayı "tamir işini üstlenen işverenin işçilerinin geçirdiği iş kazasından asıl işverenin sorumlu tutulamayacağı" sonucuna varılmıştır: 21. HD, 04.07.1995, 2660/3844, YKD, Ekim 1995, 1612-1614; Aynı doğrultuda "fabrikanın tesisat onarımı" hakkında bkz: HGK, 07.02.1996, E. 1996/9-901, K. 1996/44, Çimento İşv. Mayıs 1996, s. 26; Bir "temizlik firmasının" yaptığı iş hakkında bkz.: 9. HD, 13.09.2001, 4151/5593, İşveren D., Şubat 2002, s. 18; Kararların ve yasal düzenlemenin eleştirisi için bkz: A. GÜZEL, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, s. 43-44.
- 17 Geniş bilgi için bkz: M. AYDEMİR, İş Hukukunda ve Sosyal Sigorta Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara, 2002, s. 43.
- 18 Yarg. HGK. 6.6.2001, 9-711/ 820. Ayrıca bkz: 9. HD, 25.03.2004, 16528/5827-O. G. ÇANKAYA-Ş. ÇİL, Üçlü İlişkiler, s. 29; T. CANBOLAT, Türk Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, s. 34.
- 19 Geniş bilgi ve Mukayeseli Hukukta bkz: F. DEMİR, İş Güvencesi Hukuku, İzmir, 1999, s. 71; A. GÜZEL, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s. 14; PELISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, Droit du Travail, Dalloz, Précis, 21. Edition, Paris, 2003, s. 419; G. GUERY, Pratiques du Droit du Travail, Montchrestien, Guliano, Paris, 2003, 141; KÖSEOĞLU, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, 2004, s. 57 vd.
- 20 4. HD, 03.04.1961, 3748/2899; 9. HD, 17.03.1966, 1043/2267; 9. HD, 30.05.1967, 5189/5077-ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1984, s. 150-151; TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988, s. 151; Borçlar Hukuku I, s. 682-691; ESENER, İş Hukuku, 3. B, Ankara, 1978, s. 107; 9. HD, 29.09.1983, 4362/5947, YKD, Mart 1984, s. 398.
- 21 K. TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, s. 151; Borçlar Hukuku I, s. 686-691; EKONOMİ, İş Hukuku I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1984, s. 115; A. GÜZEL, İşverenin Değişmesi, s. 280 vd.; N. ÇELİK, s. 54 ve 233; TUNÇOMAĞ-CENTEL, 2003, s. 225-226.
- 22 A. GÜZEL, işverenin Değişmesi, s. 397-398; F. DEMİR, İş Güvencesi, s. 75 vd.; aynı yolda: 9. HD, 28.12.1984, 10452/12182, Tekstil İşv. D., Haziran 1985, s. 16; 9. HD, 14.02.1985, 1153/1778, Tekstil İşv. D., Nisan 1986, s. 15; 9. HD, 21.02.1985, 12093/1996, Yasa D., Temmuz 1985, s. 998; Aksi görüşte: 9. HD, 05.03.1985, 12575/2445, İşveren D., Haziran 1985, s. 18.
- 23 9. HD, 28.12.1984, 10452/12182, Tekstil İşv. D., Haziran 1985, s. 16; 9. HD, 14.02.1985, 1153/1778, Tekstil İşv. D., Nisan 1986, s. 15; 9. HD, 31.03.1989, 142/2927, Çimento İşv. D., Temmuz 1989, s. 32; HGK, 17.01.1990, E. 989/9-610, K. 1990/5, Tekstil İşv. D., Aralık 1990, s. 14; 9. HD, 17.01.1991, 9163/195, Ö. EKMEKÇİ İncelemesi, İHD, Temmuz-Eylül 1991, s. 421; 28.11.1995, 24715/34812, Tekstil İşv. D., Ocak 1996, s. 18; 9. HD, 15.01.1996, 24707/54, İşveren D., Mart 1996, s. 18; 9. HD, 02.10.1996, 7732/18863, Çimento İşv. D., Kasım 1996, s. 30; 9. HD, 04.05.2000, 2591/6577, TÜHİS, Kasım 2000 - Şubat 2001, s. 63; 9. HD, 14.03.2001, 225/3914, TÜHİS, Mayıs - Ağustos 2001, s. 61.
- 24 9. HD, 28.05.1987, 5197/5359, Tekstil İşv. D., Mayıs 1988, s. 16 ve Yargıtay'ın 1987 Yılı Kararları; HGK, 25.11.1987, E. 1987/9-382, K. 1987/874, Tekstil İşv. D., Ağustos 1988, s. 17; 9. HD, 25.03.1991, 12769/6444, Tekstil İşv. D., Eylül 1991, s. 18; 9. HD, 30.04.1991, 5209/7823, TÜHİS, Mayıs 1991, s. 13; 9. HD, 09.05.1994, 2379/7056, Tekstil İşv. D., Aralık 1994, Kararlar Eki; 9. HD, 03.04.1997, 746/6660, Tekstil İşv. D., Ağustos 1997, s. 15.
- 25 9. HD, 07.03.2005, 6628/7496, Çalışma ve Toplum 5, 2005/2, s. 177.
- 26 9. HD, 15.02.2005, 12339/4341, LEGAL-İHSGHD, 2005/6, s. 669; Çalışma ve Toplum-5, 2005/5, s. 205.
- 27 "Salt işveren değişikliği iş şartlarının esaslı değiştiğini göstermez.": HGK, 17.01.1990, E. 1989/9-610, K. 1990/5-AKI/ALTINTAŞ/BAHÇIVANCILAR, s. 188-189.
- 28 Yargıtay'a göre de "işyeri devri halinde, devreden işverenin kendi dönemini tasfiye etmek üzere, iş sözleşmesini feshetmesi ve kıdem tazminatını ödemesi halinde, işçinin devralan işvereninle yaptığı iş sözleşmesi yeni bir sözleşme olarak kabul edilmelidir. Böyle olunca davacının devir öncesindeki hizmetlerinin, kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması doğru olmaz. Devreden işverenin ödediği kıdem tazminatı avans olarak değerlendirilemez.": 9. HD, 19.06.2007, 9692/19505, İşveren D. Haziran 2008, Yargı K. s. 18.
- 29 9. HD, 08.12.1994, 13155/17394, YKD, Temmuz 1995, s. 1060.
- 30 9. HD, 28.11.1994, 12716/16683, T. Maden-İş, s. 38; 9. HD, 25.09.2003, 2336/15352, Tekstil İşv. D. Mayıs 2004, s. 41.
- 31 Kıdem tazminatıyla ilgili aksi görüş: TUNÇOMAĞ-CENTEL, 2003, s. 63; ÇANKAYA-ÇİL, Üçlü İlişkiler, s. 192.
- 32 9. HD, 04.05.1981, 5398/6475, TÜTİS, Eylül 1981, s. 33; 9. HD, 19.01.1988, 11294/144, İşveren D., Mayıs 1988, s. 17; 9. HD, 20.09.1989, 4093/7207, Türk Kamu-Sen, Aralık 1989, s. 57; 9. HD, 10.10.1989, 5729/7806, Tekstil İşv. D., Ocak 1990, s. 17; 9. HD, 17.03.1992, 14854/3123, İşveren D., Kasım 1992, s. 17.
- 33 9. HD, 04.04.1990, 1102/4424, YKD, Ekim 1990, s. 1482; 9. HD, 30.04.1991, 5209/7823, TÜHİS, Mayıs 1991, s. 13; 9. HD, 27.01.1994, 12002/779, YKD, Eylül 1994, s. 1445; 9. HD, 15.02.2005, 10507/4324, LEGAL-İHSGHD 2005/6, s. 702; Çalışma ve Toplum 5, 2005/2, s. 20.
- 34 9. HD, 11.07.2008, 24091/19938- Ş. ÇİL, Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler Sempozyumu, 04 Nisan'09, İstanbul, s. 56; O. G. ÇANKAYA-Ş. ÇİL, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 201 vd.

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# “En Çok Dört Aya Kadar” İbaresinin Anayasa’ya Aykırılığı Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

**Esas Sayısı** : 2005/2  
**Karar Sayısı** : 2008/181  
**Karar Günü** : 18.12.2008

### İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:

Kartal 1. İş Mahkemesi

### İTİRAZIN KONUSU:

22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “...en çok dört aya kadar...” ibaresinin, Anayasa’nın 2., 5., 11., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

### 1. OLAY

Davacının iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve işe iadesine, üç yıllık ücreti

tutarında sendikal tazminatın, işe iade kararı kesinleşinceye kadar geçecek süre için dört aylık ücret ve diğer haklarının, mahkemece verilecek işe iade kararına işverence uyulmaması halinde de sekiz aylık ücret ve diğer hakları tutarında tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, itiraz konusu ibarenin Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

### II. İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararı aynen şöyledir:

“Davacı vekili tarafından mahkememize açılan davada, davacı vekili müvekkilinin davalı işyerinde çalışmakta iken 27.09.2003 tarihinde iş akdinin sendikal nedenlerle sona erdirildiğini belirterek, iş akdinin feshinin geçersizliğine, müvekkilinin işe iadesine, feshin sendikal nedenle yapılmış bulunması nedeni ile 3 yıllık ücreti tutarında



tazminata ve işe iade kararı kesinleşinceye kadar geçen süreye ait 4 aylık ücret ve sosyal hakların, işe iade kararına uyulmaması halinde eksik ödenen ihbar tazminatı ile kıdem tazminatına ve 8 aylık ücreti tutarında tazminata karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekilleri savunmalarında özetle, davanın yersiz olduğunu, taşeronun sözleşmesinin asıl işverenle sona ermesi nedeni ile iş akitlerinin haklı nedenle sona erdirildiğini, sendikal neden olmadığını, davanın reddini istemişlerdir.

Yargılamanın devam ettiği sırada 12.10.2004 tarihli 6. celsede RESEN Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiş, taraf vekillerinden bu hususta beyanda bulunmaları istenmesine rağmen gerekçeli kararın yazıldığı tarihe kadar bu hususta beyanda bulunmamışlardır.

### **İPTALİ TALEP EDİLEN 4857 SAYILI YASANIN İLGİLİ MADDESİ:**

#### **4857 Sayılı Yasa Madde 21:**

İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemededen mahsup edilir. İşe başlatılmayan

işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.

### **İLGİLİ 4857 SAYILI YASA HÜKÜMLERİ:**

#### **4857 Sayılı Yasa Madde 20:**

İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

### **İLGİLİ ANAYASA HÜKÜMLERİ:**

#### **Anayasa Madde 2:**

Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçili-

ğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

### **Anayasa Madde 5:**

Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

### **Anayasa Madde 11:**

Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

### **Anayasa Madde 49:**

Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmaya desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.

### **Anayasa Madde 60:**

Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.

İncelenen mahkememiz dosyasında, davacının iş akdinin sendikal nedenlerle ve geçersiz nedenle sona erdirilmesi nedeni ile 4857 sayılı Yasa'nın 21. maddesine göre feshin geçersizliğine, işe iadesine ve sendikal tazminat ile boşa geçen süreye ait 4 aylık ücret ve diğer hakların ve 8 aylık tazminatın tahsiline karar verilmesini, 24.10.2003 tarihli dilekçesiyle talep etmiştir.

Davalı vekillerinin yetki itirazında bulunmaları nedeni ile İstanbul 8. İş Mahkemesi 23.12.2003 tarihinde yetkisizlik kararı vermiş, Yargıtay 9. H.D.sinin 26.01.2004 tarihli kararı ile onanan hüküm sonrası dava mahkememizde yasal süresinde açılmıştır. Talep ve dava tarihi nazara alındığında davacının davasını süresinde açtığı ve hakkında davanın kabulü halinde iptali talep edilen 4857 sayılı Yasa'nın 21/3. maddesinin uygulanması söz konusu olduğundan Anayasa'nın 152. maddesine göre Mahkememizin Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkı bulunmaktadır.

İncelenen mahkememiz dosyasında, davanın açıldığı tarih 24.10.2003 tarihidir. 4857 sayılı Yasa'nın 20/2. maddesine göre mahkememizde davanın iki ay içinde sonuçlandırılması ve Yargıtay'ın da bir ay içinde kesin olarak karar vermesi gerekmektedir. Mahkememizce Anayasa Mahkemesine resen başvurma kararı alındığı tarih 12.10.2004 tarihli celse olup, davanın açıldığı tarihten itibaren bir yıla yakın süre geçmiş olmasına rağmen henüz karar verilmemiş olması nedeni ile, söz konusu Yasada belirtilen ve lehe karar verilmesi halinde uygulanması gereken 4 aylık ücret ve sosyal hakların ödenmesine karar verilmesi hükmünün bu durumda Anayasa'ya aykırılık teşkil etmesidir.

Yasa'da, 4 aylık ücret ve sosyal hakların ödenmesi gerektiğini belirten yasa koyucu bu süreyi, iş akdinin feshinin tebliğinden itibaren bir ay içinde dava açma, iki aylık yargılama süresi ve bir aylık Yargıtay süresi olarak 4 ay olarak belirlemiş olduğu anlaşılmaktadır. Ancak ülkemiz mahkemelerindeki ve özellikle de büyük şehirlerdeki İş Mahkemelerinin iş yükü nazara alınmadan yasa maddesi olarak yasaya konulan bu hüküm bu davamızda açık olarak ne kadar işçi aleyhine bir hüküm olduğunu ve Anayasa'nın sosyal güvenlik hükümleri ile bağdaşmadığı ortaya çıkmaktadır. Halen mahkemelerdeki iş akdinin feshinin geçersizliği nedeni ile açılan davalar ne kadar zorlansa da kesinlikle 2 aylık süre içinde bitirilmesi mümkün

bulunmadığı gibi, Yargıtay 9. H.D.sinde de ağır iş yükü nedeni ile bir aylık süre içinde kesin olarak karara bağlanamamaktadır. Mahkememizden verilmiş bir sene öncesinin kararları halen Yargıtay incelenmesinden dönmemiş bulunmaktadır.

Yargılamadaki bu gecikmeleri bu şekilde tespit ettikten sonra, iptali talep edilen 4857 sayılı Yasa'nın 21/3. maddesini Anayasa hükümleri ile tartışmak gerekmektedir.

Davacının davasını kazanması durumunda mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi durumunda, davacı işçiye ödenmesi gereken çalıştırılmayan süreye ait ücretin 4 aya kadar olduğu belirlenmiş ve bu miktarın değiştirilemeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Davanın bu davamızda olduğu gibi ve özellikle diğer davalarda da 4 aylık süre içinde kesin olarak sona ermemesi durumunda davacı işçi davayı kazanmış olsa dahi en çok 4 aylık ücret ve sosyal hakları alacak, bunun üzerindeki ücret ve diğer haklarını alamayacaktır. Bu ise Anayasa'nın 2. maddesinde belirlenen "Toplumun huzuru ..., adalet anlayışı..., sosyal bir hukuk devletidir." hükümlerine uygun bulunmamaktadır. Öncelikle, iş akdinin feshinin geçersiz olması ile fesih işlemi fesih tarihinden itibaren geçersiz olduğundan iş akdi hiç sona ermemiş gibi kurulduğu tarihten itibaren devam eder bir hale gelmektedir. 4 aylık süreden fazla devam eden bir davada işçinin bir kusuru bulunmamaktadır. Kusuru olmayan davacı işçiye davanın sona erdiği tarihe kadar olan ücret ve diğer haklarının verilmemiş olması toplumun özellikle emeği ile geçinen işçi toplumunun huzurunu bozan bir olaydır. Bu husus adalet anlayışı ile de uygunsuzluk yaratmaktadır. Zira mahkeme işçinin iş akdinin işvereni tarafından feshini geçersiz saymakta ancak davacının davasının 4 aydan fazla sürmüş bulunmasına rağmen ancak 4 aylık ücretini vermektedir. Bu hususun adalet anlayışı ile çelişmekte olduğu açıktır. Ayrıca bu husus sosyal bir hukuk devleti ilkesine

de aykırılık yaratmaktadır. Sosyal bir hukuk devletinde çalışanların haklarının korunması esastır. İş akdi haksız olarak feshedilen ve haksızlığı mahkeme önünde kanıtlayan çalışanın, çalıştırılmadığı süreye ait ücretinin davanın, davacının elinde olmayan etkenlerle uzamasından dolayı 4 aydan fazlasının verilememesi sosyal bir hukuk devletinde korunması mümkün olmayan bir davranış olarak kabulü gerekmektedir. Bu nedenlerle kararın kesinleşmesine kadar geçen çalıştırılmayan süreye ait ücreti en çok 4 ay olarak sınırlandıran bu hüküm Anayasa'nın belirtilen hükmüne aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesindeki hükümde, Devletin temel amaç ve görevleri düzenlenmiş olup, bu amaç ve görevler içinde, "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü gibi Devlet, kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ile görevli kılınmış, sınırlayan ekonomik, siyasal ve sosyal engelleri kaldırmakla ve maddi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmakla yükümlü kılınmıştır. 4857 sayılı Yasa'nın 21/3. maddesindeki süreyi 4 ayla sınırlandırmakla bu hükme aykırı hareket etmiş bulunmaktadır. Zira emeği ile çalışıp topluma ve devlete üretim sağlayan işçinin iş akdinin feshi davasının sonucunda haklı bulunmasına rağmen davanın mahkemelerin ağır iş yükü nedeni ile uzamasından zarar görmekte ancak en çok 4 aya kadar ücretini ve diğer haklarını alabilmekte, bunun üzerindeki örneğin 8-9 aylık veya bir yıllık ücret ve diğer haklarından mahrum kalmaktadır. Bu husus ise devletin amaç ve görevlerini düzenleyen bu hükmüne aykırı bulunmaktadır.

Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışma hakkı ve ödevi düzenlenmiştir. Çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş, Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek, çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye yönelik ekonomik ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı hüküm altına alınmıştır. 4857 sayılı Yasa da çalışma barışını sağlamak ve çalışanları korumak için çıkarılmış bir Yasadır. Bu husus Yasa'nın 1. maddesinde açık olarak belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 60. maddesinde herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. 4857 sayılı Yasa'nın 21/3. maddesi bu iki Anayasa hükmü nazara alındığında aykırılık teşkil etmektedir. Zira yukarıda da açıklandığı gibi, davaların 4 aydan fazla sürmesi 1 seneye yakın olması hatta geçmesi nazara alındığında, davacı işçi ancak en çok 4 aylık ücret ve diğer haklara mahkemenin karar vereceği nazara alındığında haklı olan davacının 4 ayın üzerindeki sosyal hakları ve ücretinin verilememesi sosyal güvenlik hakkına da aykırı bulunmaktadır. Zira Yasa'nın bu mevcut uygulamasında, en çok 4 aylık sürenin dışında davasında haklı olan davacının sosyal hakları askıda kalmaktadır. İş akdinin feshinin geçersizliğine karar verildiğinde yukarıda da belirtildiği gibi iş akdi başlangıcından beri devam eder hale gelecektir. Fesih hiç olmamış gibi düşünülecektir. Bu durumda en çok 4 aylık ücretin yanında diğer sosyal haklar yönünden ücretin ekleri düşünüldüğü gibi, fesihle birlikte ödenmeyen SSK primleri de gündeme gelmektedir. Diğer sosyal haklar kapsamını geniş alıp bunların da içinde düşünülmesi zorunludur. Zira akdin feshi ile prim ödemesi kesildiğine göre, feshin geçersizliğine karar verilmekle ödenmeyen primlerin de ödenmesi gündeme gelmektedir. Yasa'nın bu haliyle kuruma işverenin ancak davacıya ait en fazla 4 aya kadar primlerini mahkeme kararına dayalı olarak gecikmiş olarak öde-

mesi mümkün olabilecektir. Ancak 4 aydan fazla süren davalar söz konusu olduğunda SOSYAL GÜVENLİK HAKKI 4 aydan sonrası için yok olmaktadır. Bu yok olmada davacının kusuru bulunmamakta, davalı işverenin hatalı feshi ile iş yoğunluğu nedeni ile davaların Yasa'da belirtilen sürede sonuçlandırılmamış olması gelmektedir. Bu haliyle Anayasa ile güvenlik altına alınmış olan sosyal güvenlik hakkının yok sayılması Anayasa'nın 60. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle de iptali gerekmektedir.

Açıklanmasına çalışılan nedenler nazara alındığında, 4857 sayılı Yasa'nın 21/3. maddesinde, iş akdi işveren tarafından feshedilen işçinin açmış olduğu FESHİN GEÇERSİZLİĞİ VE İŞE İADE davasında, haklı bulunup feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilen davacı işçinin davasının iş yoğunluğu nedeni ile 4 aydan fazla sürmesi halinde Yasa ile belirlenen ve haklı olması nedeni ile işveren tarafından işe başlatılmamasının cezası olarak ödenmesi öngörülen 4 aylık ücret ve diğer sosyal hakların ödenmesi yönündeki hüküm Anayasa'nın yukarıda açıklanmasına çalışılan, 2., 5., 49. ve 60. maddeleri ile KANUNLARIN ANAYASAYA AYKIRI OLAMAYACAĞINA DAİR 11. maddesine aykırı olduğu düşüncesine varıldığından hükmün iptalini talep etmek gerekmiştir.

Taraflar resen yapılan bu başvuru nedeni ile gerekçeli kararın hazırlanmasına kadar geçen bu süre içinde yazılı olarak bu hususta beyanlarını sunmadıklarından taleple birlikte gönderilmesi mümkün olmamıştır.

## SONUÇ VE TALEP

Yukarıda açıklanmasına çalışılan nedenlerle: 4857 sayılı Yasa'nın 21/3. maddesindeki,

“KARARIN KESİNLEŞMESİNE KADAR ÇALIŞTIRILMADIĞI SÜRE İÇİN İŞÇİYE EN ÇOK 4 AYA KADAR DOĞMUŞ BULUNAN ÜCRET VE SOSYAL HAKLARI ÖDENİR” hükmündeki,

“EN ÇOK 4 AYA KADAR” olan ibaresinin

Anayasa'nın 2., 5., 11., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden İPTALİNE KARAR VERİLMESİ HUSUSU, Anayasa'nın 152. maddesine göre talep olunur.”

### III. YASA METİNLERİ

#### A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 21. maddesi şöyledir:

“İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

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

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle

değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”

#### B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 5., 11., 49. ve 60. maddelerine dayanılmıştır.

### IV. İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşım KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, Fazıl SAĞLAM, A.Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 18.1.2005 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

### V. ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

#### A- Anlam ve Kapsam

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabileceği, taraflar anlaşılırsa uyuşmazlığın aynı sürede özel hakeme götürüleceği ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında da, davanın seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılacağı, mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay'ın bir ay içinde kesin olarak karar vereceği belirtilmiştir.

Yasa'nın “Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları” başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrasında, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı

mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı, ikinci fıkrasında, mahkeme veya özel hakemin feshin geçersizliğine karar vermesi durumunda, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirleyeceği öngörülmüştür.

Maddenin, itiraz konusu ibareyi de içeren üçüncü fıkrasında ise, “Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.” denilmiş ve maddenin altıncı fıkrasında da, bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceği, aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu kurala bağlanmıştır.

Anılan 21. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle açılan davanın sonuçlanması uygulamada dört ayı aşsa da, işveren işçiyi işe başlatsın ya da başlatmasın, işçi, feshin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücretini ve diğer haklarını alabilecektir.

## B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan yargılama süresiyle paralel olduğu, ancak iş mahkemelerinin işyükü dikkate alındığında bu düzenlemenin işçi aleyhine sonuç doğurduğu, bu davalardaki yargılamanın Yasa'da belirtilen süre içinde tamamlanamadığı, bu durumda davanın dört aydan fazla sürmesi halinde davacı işçinin haklı çıkarsa da ancak dört aylık doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarına sahip olabileceği, fazlaya ilişkin haklarından mahrum kalacağı, davanın uzamasında kusuru olmayan

işçinin, feshin geçersizliği yolunda verilen kararın kesinleşmesine kadar geçen süreye ait ücret ve diğer haklarının dört ay ile sınırlandırıldığı ve ayrıca dört aydan fazlaya ilişkin sosyal güvenlik haklarının da yok sayıldığı, bu düzenlemenin adil olmadığı, belirtilen nedenlerle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “...en çok dört aya kadar...” ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 11., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına saygılı, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetken devlettir.

Anayasa'nın 49. maddesinde, Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı, 60. maddesinde de, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir.

4857 sayılı Yasa'nın 20. ve 21. maddelerinde yer alan düzenlemeler arasında bütünlük bulunduğu görülmektedir. Yasakoyucu tarafından 20. maddede yargılama süresi olarak öngörülen toplam dört aylık süre, 21. maddenin üçüncü fıkrasında, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için elde edebileceği azami ücret ve diğer hakları belirlemede ölçü olarak kullanılmıştır.

İş hayatında işçi ve işveren arasındaki

dengeyi kurarak çalışma barışını sağlamak ve korumak Devletin görevleri arasında yer almaktadır. Buna göre, iş hayatı koşulları ve ülke verileri göz önüne alınarak, işçi ve işveren ilişkilerinde her iki tarafın hak ve yükümlülüklerinin gözetilmesi zorunlu bulunmaktadır.

Bu durumda, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşmesine kadar işçiye çalıştırılmadığı süre için doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının en çok dört aylık kısmının ödenmesine ilişkin düzenleme, yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır.

Bu nedenle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2., 11., 49. ve 60. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 5. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

## VI. SONUÇ

22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "... en çok dört aya kadar ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 18.12.2008 gününde karar verildi.

Başkan  
H. KILIÇ

Başkanvekili  
O. A. PAKSÜT

Üye  
S. ADALI

Üye  
F. KANTARCIOĞLU

Üye  
A. AKYALÇIN

Üye  
M. ERTEN

Üye  
A. N. ÖZLER

Üye  
S. ÖZGÜLDÜR

Üye  
Ş. APALAK

Üye  
S. KALELİ

Üye  
Z. A. PERKTAŞ

## KARŞIOY YAZISI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "...en çok dört aya kadar ..." ibaresinin reddine ilişkin Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyuna katılmıyorum.

Başkan H. KILIÇ

## KARŞIOY YAZISI

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "...en çok dört aya kadar..." ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 11., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali isteminin reddine, Kanun'un çeşitli maddelerinin iptali istemiyle açılan E.2003/66 sayılı davaya ilişkin olan ve o davada iptali istenen kurallar yönünden denge-lerin tümüyle çalışan aleyhine bozulduğu, bunun da Anayasa'ya aykırılıklar oluşturduğu görüşüyle katılmadığım K.2005/72 sayılı kararındaki karşıoy yazımda belirtilenlere paralel gerekçelerle katılmıyorum.

İtiraz konusu kuralın gerekçesinde "dava, seri muhakeme usulüne göre görülecek olmakla birlikte, sonuçlanması uygulamada öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir." denilmiş olması, öte yandan Yasa'nın 21. maddesinin altıncı fıkrası ile dört aylık tazminat süresinin sözleşme ile artırılmasının da yasaklanması, kuralının çalışan aleyhine sonuçlar doğuracağı bilinerek yasalaştırıldığını göstermektedir. Kuralın, Anayasa'nın 2. ve 49. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

Başkanvekili O. A. PAKSÜT

## KARŞIOY GEREKÇESİ

22.5.2003 günlü 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları"nı düzenleyen 21. maddesinin ikinci fıkrasında, mahkeme veya özel hakemin feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirleyeceği, itiraz konusu bölümün yer aldığı üçüncü fıkrasında ise

kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği hükme bağlanmaktadır. Başvuru kararında, bu fıkranın “en çok dört aya kadar” bölümünün Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda işçiye ödenecek ücret ve diğer haklarının en çok dört ayla sınırlanmasının, Yasa’nın 20. maddesinde feshin geçersizliği istemiyle dava açma süresinin bir ay; mahkemenin karar vermesi gereken sürenin iki ay ve Yargıtay’ın karar vereceği sürenin de bir ay olmasından kaynaklandığı buna göre, itiraz konusu düzenlemenin söz konusu davaların en çok dört ayda bitirileceği varsayımına dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Davaların, Yasa’da öngörülen sürede sonuçlandırılmaması durumunda ise işçinin kalan süre için herhangi bir hak talep etmesine olanak bulunmamaktadır.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına saygılı, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hakları ile toplum yararı arasında denge kuran, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan ve insanca yaşamalarını sağlayan, işsizliği önleyen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, güçsüzlere güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren devlettir. Sosyal ve ekonomik hakların tam anlamıyla korunup yaşama geçirilebilmesi de kuşkusuz, sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulması ve işlemeyle olanaklıdır.

Öte yandan, Anayasa’nın 5. maddesinde, “kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaştırmayacak sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya” çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış 49. maddesinde de çalışmanın her-

kesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin “çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri” alacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemelerle sosyal hukuk devletinin gereği olarak çalışanlar korunurken 48. maddenin ikinci fıkrasında “devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” denilerek özel teşebbüsler bağlamında işverenlerin de Anayasal güvence kapsamında oldukları vurgulanmıştır. Buna göre devlet, özel teşebbüslerin çıkarları ile çalışanların hakları arasında adil bir denge kurmakla yükümlü tutulmuştur.

İtiraz konusu kuralla feshin geçersizliğine ilişkin kararın kesinleşme sürecinin, dört ayı geçmesi olasılığı gözetilmeksizin işçiye ödenecek ücret ve diğer hakların bu süreyle sınırlandırılması çalışanlara tanınan Anayasal güvencelerle bağdaşmamaktadır. Başka bir anlatımla devletin yargılamanın yasada öngörülen sürede bitirilmesini sağlayamaması durumunda, bunun olumsuz sonuçlarına sadece çalışanların katlanmak zorunda bırakılması, işverenin ise kararın kesinleşmesi çok uzun bir süreyi alsa da dört aylık ödemeye sorumluluktan kurtulması işçi, işveren ilişkisinde adil dengenin gözetilmediğinin açık bir göstergesidir. Yargılamanın belirlenen sürede tamamlanamamasından, kusuru bulunmayan üstelik işverene göre daha güçsüz durumda olan çalışanın zarar görmesi sonucunu doğuran kural, sosyal hukuk devleti ilkesiyle açık bir çelişki oluşturduğu gibi bu konuda devlete anayasa ile verilen ödevlerin de yerine getirilmediğini göstermektedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu bölümün iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye F. KANTARCIOĞLU



## KARARIN İNCELENMESİ

Anayasa Mahkemesi kararına konu somut olay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesindeki "kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve sosyal hakları ödenir" hükmündeki "en çok 4 aya kadar" ibaresinin Anayasa'nın 2, 5, 11, 49 ve 60. maddelerine aykırılığı iddiasıdır.

4857 sayılı İş Kanunu uyarınca; iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir. İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

Görüldüğü üzere Kanunda 1 aylık dava açma süresi, 2 aylık yerel mahkemedeki yargılama süresi ve 1 aylık Yargıtay aşaması düşünüldüğünde azami 4 aylık bir çalışılmayan süre öngörülmüştür. Bu nedenle de, işçinin kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre en çok 4 ay olabilir mantığıyla, 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Oysa ne yerel mahkemedeki yargılama 2 ayda bitmekte ne de Yargıtay aşaması 1 ayda sonuçlanmak-

tadır. Bu nedenle de yargılama oldukça uzun sürmektedir. Haklı olarak da bu husus eleştirilmiş<sup>1</sup> ve işçinin sadece 4 aya kadar doğmuş bulunan ücreti ve diğer haklarının değil, yargılama ne kadar sürdüyse o kadar ücreti ve diğer haklarının işverence ödenmesi gerekliliği dile getirilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararına konu olay da bu hususdadır. Bu noktada doğal olarak işçinin gerek ücret açısından gerekse sosyal güvenlik hakkı açısından mağdur olduğu, yargılamanın uzun sürmesinin bedelinin işçiye ödetilemeyeceği, kanımızca da haklı olarak ifade edilmektedir. Ancak, bunun bedelinin işverene ödetilmesi doğru mudur? İşveren de belki yargılamanın toplam 4 aylık süre içerisinde sonuçlanacağını öngörerek planlarını yapmaktadır. Konuya teknik hukuk açısından bakıldığında elbette işçinin işe iade için başvuruda bulunduğu tarihe kadar olan tüm süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerekliliği bulunmaktadır. Ancak konuyu sadece teknik hukuk açısından ele almak, iş hukukunun sosyal karakterini göz ardı etmek anlamına gelecektir kanısındayız.

Bir yandan iş hukukunun temel varoluş sebebi olan "işçiyi koruma ilkesi"ne, diğer yandan da 4857 sayılı Kanun'un ana mantığına ve getirdiği düzenlemelere bakınca, ciddi sorunlarla karşı karşıya kalmaktayız. Güvenlik ile esneklik arasında nasıl bir denge kurulmalıdır? İş hukuku başlangıçtaki misyonundan, işçileri korumaktan uzaklaşmakta mıdır? Öncelikle belirtmek gerekir ki, çalışma yaşamının dinamizmi karşısında iş hukukunun içerdiği kuralların çağın gerisinde kalması mümkün değildir.

**Çalışma yaşamının dinamizmi karşısında iş hukukunun içerdiği kuralların çağın gerisinde kalması mümkün değildir. Bir başka deyişle, iş hukuku sürekli değişmek zorundadır. Ne var ki, her yeni düzenleme "çağdaş" sıfatı kazanmaya yetmemektedir.**

## İş hukukunun, işçiyi koruma şeklindeki özgün işlevini terk etmeden, yeni işler yaratılmasını engellemek için piyasaya ve işletmeye daha duyarlı olması gerekmektedir.

Bir başka deyişle, iş hukuku sürekli değişmek zorundadır. Ne var ki, her yeni düzenleme “çağdaş” sıfatı kazanmaya yetmemektedir<sup>2</sup>. İş hukukunun çağdaşlığından söz edebilmenin temel koşulu; işçinin, çalışma hayatının ortaya çıkardığı yeni çalışma ilişkilerinin, yeni çalışma ortamının olumsuzluklarından korunmasıdır. Ancak, bu durum, bugün çalışma mevzuatının, önceki koruyucu özelliğini aynen sürdüreceği anlamına da gelmemektedir. Çünkü, çalışma mevzuatının sanayi toplumu içinde taşıdığı koruma özelliği, günümüzün bilgi toplumunda temelini yitirmiş bulunmaktadır<sup>3</sup>. Gerçekten de, günümüzde iş hukuku, sadece çalışanı korumak olan geleneksel rolünü oynamamakta, istihdam ve iş yaratmayla da yakından ilgilienmektedir. İş hukuku, artık sadece işi olan insanları değil, iş arayanları da güvence altına almaya çalışmaktadır. İş hukukunun düzenlemeleri ve prensipleri, hem piyasanın mantığını hem de koruma yaklaşımını içermektedir<sup>4</sup>. Zira, artık iş hukukunun istihdamı desteklemek gibi yeni bir işlevi üstlenmesi söz konusudur. Gerçekten de birçok ülkede iş hukuku ve endüstriyel ilişkiler, başlıca hedefi şirketlerin rekabet gücünü ve istihdam artışını desteklemek olan bir yaklaşıma kaymıştır. Belirtmek gerekir ki, iş hukuku alanında yapılacak değişikliklerden, tek başlarına istihdam yaratmalarını beklemek doğru değildir. Ancak, çalışma mevzuatı ekonomik sistemin verimli yönetiminin ve buna bağlı olarak istihdam yaratılmasının ve istihdamın sağlıklı sürdürülmesinin önünde bir engel oluşturmamalıdır. Bu nedenle, iş hukukunun, işçiyi koruma şeklindeki özgün işlevini terk etmeden, yeni işler yaratılmasını engellemek için piyasaya ve işletmeye daha duyarlı olması gerekmektedir. İş hukuku günümüzde, bir ta-

raftan yaşama ve çalışma koşullarını korumanın aracı olmalı, diğer taraftan da işletmelere piyasanın gereklerine göre rekabet etmelerine olanak veren bir çerçeve sunmak durumundadır.

Nihayet, iş hukuku her zaman olduğu gibi bugün de amaç çatışmasında bir uzlaşma armalıdır. Buradaki çözümde bir yanda daha fazla esneklik, diğer yanda işçinin korunması ve korumada yenilenme istemi dikkate alınmaktadır. Bir başka deyişle, esneklik ve işçinin korunması iş hukukunda “ekonomik olan” ile “sosyal olan” arasında yeni denge arayışlarını da gündeme getirmektedir<sup>5</sup>.

İşte tam da bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu tartışmalara dikkat etmek gerekmektedir. Bir başka deyişle, yukarıda da ifade edildiği üzere, yargılamanın öngörülenden uzun sürmesinin bedeli elbette işçiye ödetilmemelidir, ama bu tespit söz konusu bedelin işverene ödeteleceği anlamına da gelmemelidir. Kaldı ki, işverene bu derece büyük bir yükü yüklemek, işverenin yeni istihdamlarını da engelleyecektir. Bu anlamda, ucunu açık bırakacak şekilde, yargılama süresi boyunca işleyecek ücret ve diğer hakların ödenmesi hakkaniyete aykırı olacaktır kanısındayız. Ne var ki, bu sürenin doktrinde belirtildiği şekilde<sup>6</sup> “gerçekte ne kadar süreceği tespit edilerek, tespit edilen süre kadar işçiye ücret ve diğer hakların ödeneceğinin belirlenmesi” de kanımızca bir orta yol olmayacaktır. Zira burada ortalama 1 yıl gibi bir süre belirtilmiştir. Geçerli sebeple iş sözleşmesini fesheden ve daha sonra yaptığı feshin geçersiz olduğu kanısına varılan işveren, şartları oluşmuşsa ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı yanında zaten 4-8 ay arasında ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı öderken, ayrıca bir de 1 yıllık süreye ilişkin ücret öderse, söz konusu rakam son derece ciddi boyutlara ulaşabilecektir. İş güvencesi hükümleri çerçevesinde açılan iş iade davalarındaki “geniş işçi yararına yorum” ve neredeyse her olayda uygulanan “son çare ilkesi” de göz önüne alındığında, konunun önemi daha da netleşecektir. Kaldı ki, sürenin ucunun açık bırakılması ya da örneğin 1 yıl gibi kayda değer bir sürenin

## İş hukuku günümüzde, bir taraftan yaşama ve çalışma koşullarını korumanın aracı olmalı, diğer taraftan da işletmelere piyasanın gereklerine göre rekabet etmelerine olanak veren bir çerçeve sunmak durumundadır.

belirlenmesi, işçi tarafının yargılamanın uzaması için çaba göstermesi olasılığını da gündeme getirecektir.

Bu anlamda, kanımızca Anayasa Mahkemesi 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "... en çok dört aya kadar ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 18.12.2008 gününde karar vererek isabetli bir sonuca ulaşmıştır.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, mahkeme işverenin feshinin geçersiz olduğu sonucuna vardığında, sadece 4 aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesi elbette işçi açısından da bir kayıp anlamına gelecektir. Bu kaybın telafisi ise kanımızca işverenin yükü olarak düşünülmemelidir. Bu anlamda, yargılamanın gecikmesinden doğan bu kaybın telafisinin karşılanması için, 4 ayın üzerindeki döneme ilişkin ücret ve diğer hakların işçiye ödenmesiyle ilgili olarak 4447 sayılı Kanun'da bir düzenleme yapılması ve İşsizlik Sigortası Fonu'ndan yararlanılmasının daha isabetli olacağı kanısındayız.

### DİPNOTLAR

- 1 Süzek, S.: İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2006, s. 487; Eyrenci, Ö.: "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler için Genel Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 1, 2004, s. 37.
- 2 Özveri, M.: "İş Yasası Tasarısının Değerlendirilmesi", Selüloz-İş Dergisi, S. 74, Nisan-2003, s. 16.
- 3 Centel, T.: "2000'li Yıllarda Çalışma Mevzuatı", Mercek, Ocak-2000, s. 36.

- 4 Ekin, N.: "İş Yasası Reformunun Dayanakları: Güvenlik ve Esneklik", İşveren Dergisi, C. 41, S. 6, Mart-2003, s. 31.
- 5 Ekonomi, M.: "Çağdaş Çalışma Mevzuatının Temelleri ve Yeniden Düzenlenmesi", Mercek, Ekim-2000.
- 6 Sarıbay, G.: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları", İstanbul, 2007, s. 217.

Doç. Dr. Burhan ÖZDEMİR

Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Doğum İzni Dönüşünde İşinin Değiştirilmesi İstenen ve Bu Yolda Baskı Yapılarak İstifa Ettirilen İşçinin İşe İade Davası

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/41015  
**Karar No** : 2008/17093  
**Tarihi** : 23.06.2008

### YARGITAY KARARI<sup>1</sup>

Davacı işçi, davalıya ait işyerinde yönetici pozisyonunda çalışmakta iken, 28.2.2006 tarihinde doğum, süt izni, ücretli izin ve 6 ay ücretsiz izin kullandığını, 1.3.2007 tarihinde işe başladığını, daha önce çalıştığı pozisyonun dolu olması sebebiyle iş değişikliği teklifinde bulunulduğunu, ancak yöneticilik kadrosu haricindeki görevleri reddettiğini, işverenin yöneticilik dışındaki bir pozisyonda görevlendirdiğini, alt bir görev olması nedeni ile kabul etmediğini bildirmesi üzerine istifa etmesi için baskıya maruz kaldığını, bu baskılara dayanmayarak iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca fes-

hetmek zorunda kaldığını, ancak bu istifanın zorunlu bir istifa olduğunu belirterek işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı işçi tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacı işçinin yönetici pozisyonunda çalışmakta iken doğum nedeni ile yasal izinlerini kullandığı sırada yerine yönetici atanan davacıya izin bitiminde 15.3.2007 tarihli yazı ile Terminal Yönetimi Biriminde Takım Üyeliği görevinde çalışmasının teklif edildiği ve İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca 6 işgünü içinde yazılı cevap verilmesinin istendiği anlaşılmaktadır. Davacı sözü edilen görevlendirme yazısına

karşı 22.3.2007 tarihli dilekçe ile verilen görevi kabul etmediğini, yöneticilik görevinin tevdi edilmesini talep etmiştir. Davalı işveren, bu kez 30.3.2007 tarihli yazı ile, kullanılan izinlerin uzun olması nedeni ile yapılan reorganizasyon çalışmaları kapsamında yerine yönetici atandığını, yönetici olarak çalışacağı boş bir kadro oluşuncaya kadar takım üyeliği görevine geçici olarak 2.4.2007 tarihi itibarıyla nakledildiğini bildirmiştir. Davacı yönetici sıfatı taşıdığını ve önerilen (iş) kabul etmediğine ilişkin kaydı düşerek anılan yazıyı aldıktan sonra 2.4.2007 tarihli dilekçesi ile izin bitimi döneceğinin belli olmasına rağmen Mart 2006 tarihinde belirlenen enflasyon zammı ile 2007 yılında yapılan zamdan yararlandırılmadığını, önerilen görevi kabul etmediğini belirttiği halde atanmasının aralarında mevcut çalışma barışını bozduğunu belirterek, bu durumda yönetici unvanının korunarak, ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshedilmesini talep etmiştir. Davalı işveren, 2.4.2007 tarihli cevap yazısında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği için iş sözleşmesini feshetmeyeceklerini, önerilen görevde çalışmak istenmiyorsa iş sözleşmesini İş Kanununun 24/II. maddesi uyarınca bildirimsiz ve fakat tazminatlı ya da aynı Kanunun 17. maddesi gereğince istifa yolu (ile) sona erdirebileceğini davacı işçiye ihtaren bildirmiştir. Davacıya aynı gün davalı şirket yetkilisi tarafından elektronik posta ile istifa dilekçesi örneği gönderilmiş, davacı bildirilen örneğe uygun olarak iş sözleşmesini feshettiğini açıklamıştır.

İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC Sayılı Direktifi'nin 9. maddesinde kanunla veya anlaşmayla tanınan ve işveren tarafından ücreti ödenen doğum izni veya ailevi sebeplerden dolayı alınan izin dönemlerinde hakların iktisabını veya mu-

hafazasını askıya alma ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir. Aynı Direktifin 14/1-c. maddesinde işten çıkarmalar ve ücret dahil istihdam ve çalışma koşulları bakımından kamu veya özel sektörde cinsiyete dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir; "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15. maddesinde ise "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" kuralına yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. maddesine göre iş ilişkisinde, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. Aynı Kanun'un 3. fıkrasında ise "işveren, 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" kuralı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinde kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre için çalıştırılmamalarının esas olduğu, çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre ekleneceği, isteği halinde kadın işçiye belirtilen izinlerin bitiminden sonra ayrıca 6 aylık ücretsiz izin verileceği düzenlenmiştir.

Davacı kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası kullandığı yasal izinlerden dolayı ortaya çıkan işgücü açığının yeni bir işçiyi izin süresine bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak yahut işyeri personellerinden birini geçici olarak görevlendirmek suretiyle doldurulması mümkündür. Doğumdan kaynaklanan yasal izinlerini kul-

lanmasını davacı kadın işçinin aleyhine çeviren söz konusu uygulama yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir.

Davalı işverenin söz konusu uygulaması çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine de aykırıdır. İş Kanunu'nun 22. maddesinin ilk fıkrasında "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" kuralına yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemenin amacı belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin iş sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.

Davalı işveren, başlangıçta 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine dayanarak çalışma koşullarını değiştirmek istemiş ve davacıdan 6 işgünü içinde cevap vermesini istemiştir. Davacı belirtilen süre içinde çalışma koşullarındaki değişikliği kabul etmediğini yazılı olarak açıklamıştır. Bu durumda, işverenden beklenen İş Kanununun(un) sözü edilen hükmü uyarınca değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshetmektir. Ne var ki, davalı işveren iş sözleşmesini İş Kanunu'nun

17. maddesi uyarınca feshetmek için aynı Kanunun 18. maddesinde belirtilen geçerli bir neden bulunmadığını belirterek iş sözleşmesini feshetmeyeceğini açıkladığı halde yaptığı değişiklikten vazgeçmemiş, davacının isterse İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca iş sözleşmesini tazminatlı olarak feshedebileceğini bildirmiştir. Davalı işverenin iş sözleşmesini İş Kanununun 17. maddesi uyarınca feshetmek için geçerli bir neden bulunmadığını açıklaması çalışma koşullarında yaptığı değişikliğin geçerli nedene dayanmadığını ve fesih için başka bir geçerli nedenin de bulunmadığını göstermektedir. Davalı işveren değişiklik teklifinde belirttiği reorganizasyon çalışmasını da kanıtlamamıştır.

Çalışma koşullarında yapılmak istenen değişiklik, onu kabul etmeyen işçiyi bağlamaz. Davacı işçi, önerilen işte çalışmayacağını belirtmesine rağmen davalının önceki işte çalıştırmayacağını açıklaması iş sözleşmesinin davalı işverence eylemli olarak feshedildiği anlamında yorumlanmalıdır. Davacının daha sonra verdiği istifa dilekçesi feshin davalı işverence yapıldığı gerçeğini değiştiremez.

Kaldı ki, davalı işverenin çalışma koşullarında değişiklikte ısrar ederek; elektronik posta ile istifa metnini gönderip, davacıdan iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24. maddesi gereğince feshetmesini istemesi, onu ihbar tazminatından ve en önemlisi de iş güvenliği hükümlerinden mahrum etmeye yönelik haksız bir davranıştır. Davalı işverenin iş ilişkisinin devam etmesini amaçlamadığı anlaşılmaktadır. Böyle bir baskı altında verilen istifa dilekçesinin serbest irade ürünü olduğu kabul edilemez. Davacı da istifa dilekçesini baskı altında verdiğini ileri sürmüştür. Dosya içeriği söz konusu iddiayı doğrular niteliktedir.

Mevcut maddi ve hukuki olgulara göre iş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir.

## HÜKÜM

Yukarıda belirtilen nedenlerle;

**1-)** Beyoğlu 2. İş Mahkemesinin 8.8.2007 gün ve 405-133 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

**2-)** İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

**3-)** Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 6 aylık ücreti olarak belirlenmesine,

**4-)** Davacının işe iade için işverene süresi

içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,

**5-)** Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

**6-)** Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

**7-)** Davacı tarafından yapılan yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

**8-)** Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

Yargıtay kararına konu ihtilaf esas ve özet olarak doğum iznine ayrılan ve ayrıca bazı kanuni izinlerini kullanan yönetici sınıfına mensup kadın işçinin bu izin dönemi sonunda eski işine dönememesi üzerine işverenin baskısıyla verdiği istifa dilekçesiyle ilgili olarak doğmuştur. O itibarla incelememizde de başlıca bu hususlarla doğrudan ilişkili konular üzerinde durulacaktır.

İş Kanunumuz hükümlerine göre, kanuni askı hallerinden birisi de doğum iznine ayrılan kadın işçinin durumudur<sup>2</sup>. Aynı şekilde yıllık ücretli izin ile işveren tarafından verilen ücretsiz izin sürelerinde de iş sözleşmesi askı halindedir<sup>3</sup>.

O itibarla kararda belirtilen işçinin “doğum ... ücretli izin ve 6 ay ücretsiz izin” kullandığı ve işinden ayrı kaldığı dönemde iş sözleşmesinin askıda olduğunun kabulü gerekir. Bunun yanında kararda işçinin aynı zamanda “süt izni” de kullandığı ifade edilmektedir. Bu izinden kasıt İş Kanunu m. 74 son fıkra hükmünde söz konusu edilen “süt izni” ise, bunun askı haliyle ve dolayısıyla da işe dönme konusuyla herhan-

gi bir ilgisi yoktur. Çünkü bu izin m. 74 son fıkrada ifade edildiği gibi günde toplam birbuçuk saat olarak, çalışan kadın işçilere verilecektir. Kadın işçi bu iznin hangi saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağına kendisi karar verecektir. Ayrıca bu süre günlük çalışma süresinden sayılacaktır. O nedenle süt izni kullanıldığı yolundaki ifadenin sehven karar metnine girdiği görüşündeyiz<sup>4</sup>.

İş Kanunu m. 74'e göre “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır”. Çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki süreye iki hafta daha ilave edilecektir (İş K. m. 74/1).

Bu süre işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse arttırılabilir. Bu izin esnasında işçiye ücret ödenmez. İşçi, 5510 sayılı Kanun, m. 18 hükmü uyarınca geçici işgöremezlik ödeneği alır<sup>5</sup>. İş Kanunu m. 74/3'e göre ise hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir.

Hamile kadın işçiye doğum izni (Kanununun tam ifadesiyle, doğumdan önce ve doğumdan

## Hiç şüphesiz cinsiyet ayrımcılığı uygulamada büyük ölçüde kadın işçiler aleyhine ortaya çıkmakla beraber, yine de teorik olarak erkekler aleyhinde de söz konusu olabilir.

sonra verilen izin) düzenlemesi İş Kanunlarımızda 4857 sayılı Kanun döneminden önce de vardı. Örneğin 3008 sayılı İş Kanunu'nun 25/1 maddesi, kadın işçilerin "doğumun vuku bulması muhtemel görülen tarihten üç hafta evvel ve doğumdan sonra üç hafta müddetle" çalışmalarının yasak olduğunu ve bu sürelerin lüzumu halinde altışar haftadan toplam oniki haftaya uzatılabileceğini belirtmekteydi.

Benzer hükümler 931 ve 1475 sayılı İş Kanunlarında da yer aldı. 931 sayılı Kanun, m.70 hükmüne göre, işçinin doğumdan önce altı hafta, doğumdan sonra altı hafta olmak üzere toplam oniki hafta doğum izni vardı. 1475 sayılı İş Kanunu aynen 931 sayılı Kanun gibi altışar haftadan toplam oniki haftalık bir doğum izni kabul etmekteydi. Ayrıca bu Kanunla doğumdan sonraki altı haftalık süreden sonra işçiye isteği halinde altı aya kadar ücretsiz izin verileceği hükmü de getirilmişti (m.70). Nihayet yukarıda da değindiğimiz gibi, yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunumuzun 74. maddesinde konu son olarak düzenlenmiş oldu.

4857 sayılı İş Kanunumuzda 1475 sayılı Kanun hükmüne benzer şekilde, işçiye isteği halinde onaltı haftalık veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verileceği öngörülmüştür (İş K. m. 74/5).

Askı halinin en belirgin özelliği, askı halinin devamı süresince işveren ve işçinin asli edimlerini yerine getirmemeleridir. Askı süresince işçi, iş görmez, daha doğrusu işi göremez. Buna mukabil işveren de kural olarak işçiye ücret ödemez<sup>6</sup>.

Ancak hemen vurgulayalım ki askı esnasında iş sözleşmesi sona ermemiştir, başka bir ifa-

deyle devam etmektedir, ancak tarafların borçları bu dönem için ertelenmiştir<sup>7</sup>.

Nitekim ihtilaf konusu olayda kadın işçi doğum iznine ayrılmış arada yıllık izin kullanmış daha sonra da altı aylık ücretsiz izin almıştır<sup>8</sup>. O nedenle işçinin izin dönüşü eski işine veya aynı nitelikte benzer bir işe döndürülmesi gerekirdi. Doğum iznine ayrılan işçinin hukuki konumu işyerine iş sözleşmesiyle bağlı bir işçi durumundadır. Yukarıda açıklandığı üzere izinli olunan dönem askı dönemi olduğu için iş sözleşmesi devam etmektedir, sona ermiş veya erdirilmiş değildir. O nedenle işçinin izin dönüşü işinde iş görmeye başlaması iş sözleşmesi uyarınca hem hakkı hem de borcudur.

İş Kanunu m. 3/5 hükmüne göre "işveren, 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".

Görüldüğü gibi bu hüküm, kural olarak kadın işçinin cinsiyet veya hamileliği nedeniyle ayırım yapılmasını yasaklamış bulunmaktadır. Hiç şüphesiz cinsiyet ayrımcılığı uygulamada büyük ölçüde kadın işçiler aleyhine ortaya çıkmakla beraber, yine de teorik olarak erkekler aleyhinde de söz konusu olabilir. Ancak olayda doğum izni kullanan bir kadın işçinin aleyhine işlem yapılması nedeniyle konuya ilişkin hükmün kadın işçilerle ilgili yönü ön plana çıkarılıp vurgulanmıştır.

Yukarıya aldığımız bu hükümle anlatılmak istenen, temel olarak cinsiyet ve hamilelik ko-

**Kanun, biyolojik veya işin niteliğinden kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle gerektiğinde ayırım yapmama kuralına istisna getirilebileceğini, bir başka ifadeyle ayırım yapılabileceğini belirtmektedir.**



## “Esaslı nedenler” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılması” eşitlik kuralının varlığı ve uygulanması için değil, tam tersine var olan eşitlik kuralına istisna getirilmesi, yani ayırım yapılabilmesi için gereklidir.

nusunda eşit işlem yapma ve ayırım yapmama ilkesinin bulunduğudır. Ancak kanun, biyolojik veya işin niteliğinden kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle gerektiğinde bu kurala yani ayırım yapmama kuralına istisna getirilebileceğini, bir başka ifadeyle ayırım yapılabileceğini belirtmektedir. Oysa Yargıtay daha önceki bir kararında<sup>9</sup> (“eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş ancak “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça” bu yükümlülüğünün bulunmadığı vurgulanmıştır) ifadesi kullanılmak suretiyle eşitlik ilkesinin varlığı için “esaslı nedenlerin” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin” bunu zorunlu kılmasının gerektiği ifade edilmiştir.

Görüşümüze göre İş Kanunu m.5 hükmünde prensip olarak eşitlik ve ayırım yapmama ilkesinin varlığı ifade edilmiş ancak 2. fıkrada belirtilen hususlardaki eşitlik ilkesine, “esaslı sebepler”in varlığı halinde istisna getirilebileceği belirtilmiştir. Yine aynı şekilde 3. fıkra hükmünde ele alınan konulardaki eşitlik ilkesine ise “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler” zorunlu kıldığında istisna getirilebilecek yani ayırım yapılabilir. Bir başka ifadeyle, “esaslı nedenler” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılması” eşitlik kuralının varlığı ve uygulanması için değil, tam tersine var olan eşitlik kuralına istisna getirilmesi, yani ayırım yapılabilmesi için gereklidir.

Yukarıda değindiğimiz İş Kanunu m. 5 hükmünde ağırlıklı olarak ayırım yapmama ilkesi düzenlenmiştir. Genel anlamda eşitlik ilkesi ise

esas olarak Anayasa’nın 10. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu maddenin 1. fıkrası hükmüne göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. İkinci fıkrada ise, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı belirtilmektedir. Bu durumda Türk hukukunda, eşit işlem ilkesi Anayasamızın söz konusu 10. maddesi ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır<sup>10</sup>.

Diğer yünden, hamile işçilerin korunması sadece Türk mevzuatında yer alan bir husus değildir. Bizim dışımızda da ulusal ve uluslararası boyutta gelişmiş bir koruma mevcuttur<sup>11</sup>.

Bu alanda birkaç örneğe kısaca değinelim:

- İngiliz hukukunda da konu düzenlenmiştir. Özellikle 92/85/EEC sayılı AB Yönergesinin kabul edilmesinden sonra İngiliz mevzuatında önemli değişiklikler yapılmıştır<sup>12</sup>.

Daha sonra ise 2003’de yapılan değişiklikle ekstra izin süresi hariç temel doğum izni süresi 18 haftadan 26 haftaya çıkarılmıştır<sup>13</sup>.

İngiliz hukukunda hamilelik ve doğum hakları korumasının tamamen eşit işlem ilkesi içerisine giren bir konu olarak görülmemesi söz konusudur. Bu görüşe göre bu konudaki İngiliz mevzuatı ve 92/85/EEC sayılı AB Yönergesi içerisinde hamilelik ve doğum hakları korumasının erkeklere karşı bir ayrımcılık oluşturmamasını sağlamak için konulmuş hükümler bulunmaktadır<sup>14</sup>. Bununla beraber, eşit işlem prensibi hamilelik ve doğum koruması haklarını yasaklamaz<sup>15</sup>.

**92/85/EEC sayılı AB Yönergesi içerisinde hamilelik ve doğum hakları korumasının erkeklere karşı bir ayrımcılık oluşturmamasını sağlamak için konulmuş hükümler bulunmaktadır. Bununla beraber, eşit işlem prensibi hamilelik ve doğum koruması haklarını yasaklamaz.**

Görüşümüze göre de hamilelik ve doğum hakları kadın-erkek eşitliği ilkesinin içinde mutlaka yer alan bir konu değildir. Bir başka ifadeyle, kadın-erkek eşitliğine yönelik hükümler her zaman hamile ve doğum haklarının korumasını sağlamaz. Örneğin hamile bir işçinin hamile olmayan diğer bir kadın işçiye karşı dezavantajlı bir işleme tabi tutulmasında, kadın-erkek eşitliği konusundaki hükümler hamile kadın işçiye koruma sağlamayacaktır. Onun için her halükârda hamilelik ve doğum hakları korumasının sağlanabilmesi için kadın-erkek eşitliğinin ötesinde özel hükümlere ihtiyaç bulunmaktadır.

- ILO, kurulduğu andan itibaren analığın korunmasına önem vermiş ve kabul ettiği değişik sözleşmelerle konuyu ve düzenlemelerini gözden geçirerek daima güncellemiştir. Bu alanda son olarak 183 sayılı Sözleşme 2000 yılında kabul edilmiş ve 7.12.2002'den itibaren yürürlüğe girmiştir.

Bu sözleşmenin 4/1. maddesi hükmüne göre doğum izni, 14 haftadan az olamaz. Ulusal düzeyde aksi kararlaştırılmadıkça bu iznin en az altı haftalık süresi ise doğum sonrası zorunlu izin olmalıdır.

Kadın çalışanın hamilelik süresince ve doğum iznini kullandığı esnada veya işe döndükten sonra ulusal mevzuatın belirlediği süre içerisinde hamilelik, doğum veya emzirme nedeniyle iş sözleşmesinin feshi hukuka aykırılık oluşturacaktır.

- Avrupa Topluluğu<sup>16</sup>, eşitlik alanındaki ilk gelişmelerden biri olarak Kurucu Antlaşma<sup>17</sup> hükümlerine uygun şekilde kısaca “kadın-erkek arasında eşit muamele” konusunda 9.2.1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı Yönergeyi çıkararak yürürlüğe koymuştur<sup>18</sup>.

Bu Yönergenin m. 2/3 hükmünde, kadının korunmasında özellikle hamilelik ve analık bakımından haklara saygılı olunacağı ifade edilmektedir. Yani, bu Yönerge her ne kadar eşitlik Yönergesi olsa da hamile ve ana olan kadın çalışanın korunmasına yönelik onların lehine bu eşitliği bozucu haklar varsa bunlar geçerliliklerini sürdüreceklidir.

Nitekim, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bu hükme paralel çeşitli kararlar vermiştir. Örneğin,

Brown-Rentokil Ltd. davasında<sup>19</sup> daha önce verdiği kararlarında yer alan doğum izni esnasında yapılan iş sözleşmesi fesihleri de dahil olmak üzere hamilelikle ilgili bir hastalık nedeniyle gerçekleştirilen fesihlerin doğrudan ayrımcılık teşkil edeceği yolundaki prensibini bir kez daha teyit etmiştir<sup>20</sup>. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) bu son kararı ile uyum içinde bulunan daha önce verdiği Haberman-Beltermann kararında<sup>21</sup> ise bir evde gece bakıcısı olarak çalışan bir hamile kadın işçinin sadece, hamilelik esnasında gece çalışmasını yasaklayan hüküm nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesini Yönerge hükümlerine aykırı bir davranış olarak görmüştür. Böylece Mahkeme belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin feshinin hamilelikte çalışmayı geçici olarak önleyen emredici bir hüküm nedeniyle haklı gösterilemeyeceği sonucuna ulaşmış oldu. Bu kararın önemli bir vechesi de Yönergenin 2(3) maddesinde düzenlenen hamilelik hükmünün burada uygulanmış olmasıdır. Bu karardan çıkan sonuç Eşit Muamele Yönergesi m. 2(3) hükmü, eşit işlem prensibinin inkârı değil, fakat kadın çalışanın erkek çalışanla mukayese edildiğinde onun çalışma hayatında kalması yönünden muhtemel bir ayrımcılığa konu olabilecek dezavantajlı durumuna işaret edilen bir hükümdür<sup>22</sup>.

- Avrupa Topluluğu, 19.10.1992 tarihinde Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlere İlişkin 92/85/EEC sayılı Yönergeyi kabul etmiştir<sup>23</sup>.

Yönergenin 8. maddesine göre, koruma kapsamına giren çalışanlara doğum öncesi ve sonrası kesintisiz en az ondört haftalık doğum izni kullanılacaktır. Bu iznin en az iki haftalık kısmı zorunlu doğum izni olacaktır.

Hamileliğin başlangıcından itibaren doğum izninin sona ermesine kadar -istisnai haller hariç- kadın çalışanın işten çıkarılmasını yasaklayan gerekli önlemler alınacaktır. Kadın çalışanın bu sürede işten çıkarılması halinde ise çıkarılma nedenleri açık bir şekilde yazılı olarak bildirilecektir (m. 10/2).

Doğum izni esnasında -ücretin devamı ve parasal yardımlara hak kazanma hariç- kadın

çalışanın iş sözleşmesi ile ilgili diğer hakları saklıdır (m. 11/2 a).

Bilindiği gibi, kadın-erkek arasında eşitlik, hem Kurucu Antlaşmanın 2. ve 3. madde hükümleri hem de Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarına yansıyan hükümler uyarınca Avrupa Topluluğu için bir temel ilkedir. Bu nedendir ki kadın-erkek arasında eşitlikle ilgili Kurucu Antlaşma hükümleri, topluluğun bütün faaliyetlerinde geliştirilecek olumlu yüküm oluşturan bir görev ve hedeftir.

Yönergenin değişik hükümlerinde çeşitli yönlerden eşit işlem ilkesi vurgulanmış ve ayırıcılık yasaklanmıştır.

- Bu konudaki en önemli belgelerden birisi de kararda söz konusu edilen Avrupa Topluluğu'nun 5.7.2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı Yönergesi'dir. Bu Yönerge, başta 9.2.1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı Eşit Muamele Yönergesi olmak üzere bu alanda Topluluk bünyesinde daha önce çıkarılmış değişik Yönerge hükümleriyle Avrupa Toplulukları

Karardan anlaşıldığı kadarıyla doğum ve diğer kanuni izinlerini kullanan yönetici pozisyonundaki işçinin işine döndüğü 2.3.2007 tarihinden itibaren işverence işinin değiştirilmesi girişiminde bulunulmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğin ne şekilde yapılacağını düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre, işverenin öncelikle durumu işçiye yazılı olarak bildirmesi ve önerinin de işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmesi halinde değişiklik ancak mümkün olacaktır. Önerinin işçi tarafından bu sürede yazılı olarak kabul edildiğinin bildirilmemesi halinde değişiklik yapılamayacaktır. Bu durumda değişiklik önerisi işçiye bağlamayacaktır.

Aynı madde hükmüne göre, değişiklik önerisi kabul edilmeyen işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir.

## Kadın-erkek arasında eşitlik, hem Kurucu Antlaşmanın 2. ve 3. madde hükümleri hem de Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarına yansıyan hükümler uyarınca Avrupa Topluluğu için bir temel ilkedir.

Adalet Divanı'nın konuya ilişkin olarak verdiği kararlar üzerine meydana gelen gelişmeleri yansıtan hükümleri bir araya getirme arzusuyla oluşturulmuştur.

Bu Yönerge'nin 14. maddesi hükmünde istihdam kabul, mesleki eğitim ve yükselme ve çalışma koşulları konularında eşit işlem ilkesi belirtilmekte ve ayırıcılık yapılamayacağı ifade edilmektedir.

Yönerge'nin Analık İzninden Dönüş başlıklı 15. maddesinde ise, doğum izninden dönüşünde kadın işçinin eski işine veya eşit değerdeki bir işe dönmeye hakkının bulunduğu ifade edilmektedir. Ayrıca işçiye, işinden ayrı kaldığı dönemde çalışsaydı sahip olabileceği haklardan daha az hakların verilemeyeceği belirtilmektedir.

Yargıtay kararında, son olarak bahsedilen 2006/54/EC sayılı Yönerge hükümlerinden de yararlandığı gözlemlenmektedir<sup>24</sup>.

İhtilaf konusu olayda ise, işçiye yapılan değişiklik önerisi işçi tarafından açıkça ve yazılı olarak reddedilmiştir.

Bu durumda işverene düşen İş Kanunu m. 22'de aranan koşullar varsa, buna uygun olarak sözleşmeyi feshetmekti. Oysa işveren, uzun izin dönemi nedeniyle, davacı işçinin izinli olduğu dönemde onun çalıştığı yönetici pozisyonu için başka bir elemanın işe alındığını, bu nedenle kendisine yönetici pozisyonunda görev verilemeyeceğini beyan ederek, yönetici olarak boş bir kadro oluşuncaya kadar takım üyeliği görevine geçici olarak 2.4.2007 tarihi itibarıyla nakledildiğini bildirmiştir.

Davacı, 2.4.2007 günlü dilekçesinde izin bitiminde işine döneceğinin bilindiği yerde yapılan işlemin aralarındaki çalışma barışını bozduğunu belirtmiş ve yönetici unvanının korunarak ihbar ve kıdem tazminatlarının

ödenerek iş sözleşmesinin feshini talep etmiştir.

İşverense, İş Kanunu m. 18'deki koşulların oluşmaması nedeniyle iş sözleşmesinin taraflarınca feshedilmeyeceğini, ancak, isterse işçinin kendisinin İş Kanunu m. 24/II uyarınca bildirimsiz ancak tazminatlı ya da aynı Kanununun 17. maddesi uyarınca istifa yoluyla iş sözleşmesini sona erdirebileceğini bildirmiş ve aynı gün işçiye elektronik posta yoluyla istifa dilekçesi örneği göndermiştir. Bunun üzerine işçi bu örneğe uygun olarak istifa ettiğini açıklamıştır.

Yukarıda gösterilen gelişmelerden de açıkça anlaşılacağı gibi işveren, işçiyi izin dönüşünde izinden önceki görevinde çalıştırmak istememiş, önce görevini değiştirmeye çalışmış, bunda başarılı olamayınca daha sonra işçinin işten kendi isteğiyle ayrılmasını sağlamak için onun üzerinde çok büyük bir baskı kurmuş ve nihayet işçinin istifasını sağlamıştır.

Yargıtay, işçi hakkında yapılan bu işlemin, hem uluslararası hem de ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmediğini bildirmiştir. Bunun anlamı burada bir ayrımcılık yapıldığının kabulüdür<sup>25</sup>.

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, işçinin kanuni izinlerini kullanarak işinden uzunca bir süre ayrı kalması üzerine bu pozisyonun doldurulması, izin dönüşünde işçinin işinin değiştirilmesi için haklı bir gerekçe oluşturmaz. Çünkü işveren, işçinin de dilekçesinde kısmen ifade ettiği ve kararda da açıkça belirtildiği gibi, bu göreve belirli süreli iş sözleşmesi ile eleman alabilirdi. İş Kanunu m.11'de belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için öngörülen durumlardan birisi de "belirli bir olgunun ortaya çıkması"dır. Nitekim yönetici pozisyonundaki kadın işçinin doğum ve diğer kanuni izinlerini alarak işten ayrılması Kanunda öngörülen bu durumun tipik bir örneğini oluşturur. O nedenle işverenin böyle yapmayarak, bu pozisyon için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile eleman alması MK. m.2 anlamında açıkça dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır.

Diğer yönden, doğum iznine ayrılan ve bazı kanuni izinlerini kullanan işçinin iş sözleşmesi askıda olduğu için izin dönüşünde eski işinde (veya eşdeğer bir işte) çalışması sözleşmesinin

de gereğidir. Nitekim Yargıtay da yaptığı tespit-te kadın işçinin eski işinde çalışması gerektiği sonucuna varmıştır<sup>26</sup>.

Yargıtay, kararında isabetli olarak işçi üzerindeki baskı nedeniyle istifa ettiğini bildirmesinin serbest irade ürünü olmadığını belirtmiştir.

Bilindiği gibi genel olarak fesih, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı olup bozucu yenilik doğuran bir haktır<sup>27</sup>. İş sözleşmesi açısından bakıldığında fesih sonucunda iş sözleşmesi sona erdirilmektedir. İstifa ise bu beyanın işçi tarafından yapılan türüdür. Bütün irade beyanlarında olduğu gibi istifada da irade beyanının bozulmamış ve gerçek olması gerekir ki yöneldiği sonuç ortaya çıkabil-sin. Yargıtay isabetli olarak baskı altında verilen istifanın serbest irade ürünü olmadığını ifade etmektedir ki bu istifanın geçerli olmayacağı anlamına gelecektir.

Olayda davacı kadın işçi, istifa etmiş görünmesine rağmen işe iade talep etmektedir. Her ne kadar yukarıda açıklandığı üzere kadın işçinin istifası geçerli olmayacaksa da, bu durum işe iade kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Çünkü İş Kanunumuzun 18-21. maddeleri arasında düzenlenen iş güvencesi ve işe iade davasının dinlenebilmesi için her şeyden önce -diğer koşullar yanında- belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi gereklidir. Oysa yukarıda belirtildiği gibi işçinin görünürdeki istifasının geçersiz olması, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshini gerekli kılmaz. Bir başka ifadeyle işçinin istifasının geçersiz olması ve sözleşmenin işçinin istifasıyla sona erdirilmemiş olması ile işverence feshedilmiş olması ve sona erdirilmiş olması birbirinden ayrı kavramlardır.

İşte Yargıtay bu noktada ayrı bir yorum yaparak, değişiklik önerisini kabul etmeyen işçiye karşı önerilen görevde çalışması yolunda ısrarla baskı yapılmasını iş sözleşmesinin eylemli olarak işverence feshedildiği anlamına geleceğini isabetle belirtmektedir.

Durum böyle olunca, bunun doğal sonucu olarak işe iadeye hükmedilecektir. Çünkü feshin geçerli bir nedene dayandığının ispatı işverene düşmektedir (İş K. m. 20/2). Oysa işveren bunu sağlayamamıştır. Nitekim Yargıtay

da daha önce yaptığı tespit ve vardığı sonuçlara uygun olarak işe iade yönünde karar vermiş ve aksi yöndeki İş Mahkemesi kararını bozarak ortadan kaldırmıştır.

## SONUÇ

Yukarıda ele aldığımız olayda Yargıtay, hukukumuzda mevcut eşit işlem yapma ve ayırıcılık yapmama ilkesine aykırı olarak doğum izni dönüşü hakları kısıtlanmak istenilen kadın işçinin işe iadesi yolunda isabetli bir karar vermiş bulunmaktadır.

## DİPNOTLAR

- 1 Karar metni için bkz. Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, 249-252.
- 2 Sarper Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 447; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008, 567.
- 3 Mollamahmutoğlu, 568.
- 4 Bkz. ve krş. Münir Ekonomi, Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum, S. 22 (2009/3), 25-26.
- 5 Süzek, 635.
- 6 Süzek, 440; Mollamahmutoğlu, 572; Nizamettin Aktay-Kadir Arıcı-Tuncay Kaplan/Senyen, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, 174.
- 7 Süzek, 440.
- 8 İş Kanunu m.74/5 hükmünde istemesi halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin "tamamlanmasından" veya onsekiz haftalık süreden "sonra" altı aya kadar ücretsiz izin verileceği ifade edilmişken olayda onsekiz haftalık izinin bitiminde yıllık izin (kastedilen herhalde yıllık ücretli izin) kullanıldıktan sonra altı aylık ücretsiz izin kullanıldığı ifade edilmektedir ki bu sıralama kanuna uygun değildir (Ekonomi, 26). Bununla beraber bu konu, olayda sonucu etkileyecek bir husus değildir.
- 9 Y 9 HD. 22.4.2008 E. 2008/13930 K. 2008/9895 Legal İHSGHD (2008), S. 19, 1165-1168.
- 10 Kübra Doğan Yenisey, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırıcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, S.11 (2006/4), 64. Ayrıca eşitlik ve eşit işlem yapma ilkesi konusunda bkz. A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, 1 vd.; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, 164 vd.; Devrim Ulucan, Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 191 vd.; Ö. Eyrenci-S. Taşkent-D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, 143 vd.; Süzek, 396 vd.; Mollamahmutoğlu, 535 vd.; Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen, 165 vd.; A. Nurhan Süral, Legal Framework for Gender Equality at Work in Turkey, Middle Eastern Studies, V. 43, No. 5 (september 2007), 811-824; Melek Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, 1 vd.
- 11 Bkz. Şükran Ertürk, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara 2008, 61-63, 113-116; Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, 269-271.
- 12 Norman Selwyn, Law of Employment, London 2000, 150.
- 13 Simon Deakin-Gillian S. Morris, Labour Law, Oxford 2005, 701.
- 14 Deakin-Morris, 696.
- 15 Deakin-Morris, 697.
- 16 1 Aralık 2009 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile "Avrupa Topluluğu" ibaresi "Avrupa Birliği" olarak değiştirilmiştir.
- 17 1 Aralık 2009 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma" haline gelmiştir.
- 18 OJ L 39, 14.2.1976.
- 19 CaseC-394/96 (1998) IRLR 445.
- 20 Deakin-Morris, 697.
- 21 CaseC-421/92
- 22 Deakin-Morris, 697.
- 23 OJ L 348, 28.11.1992. Yönergenin içeriği hakkında detaylı bilgi için bkz. Ertürk, 113-116.
- 24 Topluluk Hukuku ilkelerine göre sadece tüzükler üye ülkelerde doğrudan uygulanırlar ve doğrudan etkiye sahiptirler. Bununla beraber, ATAD, çeşitli kararlarında bazı ikincil kaynakların bu arada Yönergelerin de bazı şartlarla bu nitelikte olduklarına karar vermiştir. Bkz. Josephine Steiner-Lorna Woods, Textbook, on EC Law, Eight Edition, Oxford 2003, 89-90; Enver Bozkurt-Mehmet Özcan-Arif Köktaş, Avrupa Birliği Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, 166-170.
- 25 Bkz. Ekonomi, 27.
- 26 Ekonomi, 28.
- 27 Ferit Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 551; Çelik, 173; Süzek, 454; Mollamahmutoğlu, 657.

Dr. Gaye Burcu YILDIZ

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

# İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/36305  
**Karar No** : 2009/12393  
**Tarihi** : 04.05.2009

### ÖZET

Davalının sunduğu ve çalışanların uymakla yükümlü banka etik kurallarının 20. maddesinde, çalışanların “Adalet, doğruluk, dürüstlük... güvenilirlik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı” ve “Bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı” kurallarına yer verilmiştir. Bu etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Davacının iş amaçlı bilgisayar mesai saatleri içerisinde internet alış verişi ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme

edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır.

### DAVA

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi B. Kar tarafından düzen-

lenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

## KARAR

Davacı vekili davacının iş sözleşmesinin ortada hiçbir somut ve geçerli bir neden olmadan haksız ve kanunsuz bir şekilde, davalı şirket tarafından sona erdirildiğini, yapılan fesihte fesih sebebi açık ve kesin olarak belirtilmediğini, gerçek dışı ve soyut ifadelerle yer verilen bir fesih bildirimini yazıldığını belirterek, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalı işyerinde IT Planlama ve Bütçe Kontrol Birim Yöneticisi olarak sürdürdüğü görevinde yapmakla yükümlü bulunduğu görevleri hatırlatıldığı halde ifa etmediğini, bu hususta ısrar ettiğini ve savaştırmadan ötürü iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü, ayrıca işverenin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf ettiğini, asılsız isnatlarda bulunduğu, mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde gezerek işverenin güvenini kötüye kullandığını, doğruluk ve bağlılığa uymayan bu davranışları nedeni ile iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II maddesi uyarınca feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, bilirkişi heyetinden alınan rapor ve ek rapora itibar edilerek, denetim raporunun 2006 yılına ait olup, genel nitelikte olduğu, özelde davacıya yönelik olmadığı, risklerin değerlendirildiği, bunlara yönelik çözümlerin önerildiği, yapılan tespitlerin davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi gerektirmediği gibi hak düşürücü sürenin geçtiği, davacının yasaklanmış veya yasa dışı internet sitelerine girdiğine dair belge ve kanıt sunulmadığı, davacının işveren veya işyeri hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız isnatlarda bulunduğu, işverenin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf ettiği yönündeki savunmanın da kanıtlanmadığı, feshin geçerli nedene da-

yanmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar aynı tarihlerde aynı nedenle iş sözleşmesi feshedilen diğer bir işçinin açtığı davada verilen feshin geçersizliği kararı gerekçe gösterilerek davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır.

Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğinin belirlenmesi, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağını belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

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

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümlerinin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

Dosya içeriğine göre davacı işçinin iş sözleşmesi savunması da alınarak ve üç neden belirtilerek feshedilmiştir. Bu nedenler;

**1-** Yapmakla yükümlü bulunduğu görevleri hatırlatıldığı halde ifa etmeme, bu hususta ısrar etme,

**2-** İşverenin gıyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etme, asılsız isnatlarda bulunma ve

**3-** Mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde gezerek işverenin güvenini kötüye kullanma, nedenleridir.

Açıklanan nedenlerden yapmakla görevleri hatırlatıldığı halde yapmama ve ısrar etme nedeni ile ilgili kanıt sunulmadığından, bu nedenle fesih gerekçesi yerinde değildir.

Davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinde ikinci neden olarak davacının iş sözleşmesi aynı nedenle feshedilen diğer bir işçi ile elektronik ortamda karşılıklı gönderdiği maillerde işverenin gıyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi ve asılsız isnatlarda bulunması gösterilmiştir. Bu konuda mail kayıtları sunulmuştur. Bu kayıtlarda davacıya gelen elektronik postada diğer işçinin 26.04.2007 ve 31.07.2007 tarihli elektronik postalarda “Arka komşusu ile birlikte cici eleman olmaya çalışıyor” ve “adamların hayvanlığından. Normal olacak bir olayı entrikalarla donatıyorlar” şeklinde beyanlarda bulunduğu, diğer işçinin bu beyanlarını davacının onayladığı, diğer işçinin feshin geçersizliği davasında bu sözlerin geçerli neden kabul edildiği ve açılan davanın reddine karar verildiği, kararın Dairemizin 2008/25661 Esasında incelenip onanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Davacının iş sözleşmesinin feshinde en önemli nedenlerden biri olarak mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde zaman geçirmesi gösterilmiştir. Gerçekten de işveren bu konuda kayıtlar sunmuş olup, bilirkişi heyet



raporunda da davacının her gün kısa süreli de olsa da iş amaçlı bilgisayarında internet alış verişi ve oyun sitelerine girdiği, bir yıl içerisinde 6 kez yarım saat, 6 kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirdiği tespit edilmiştir. Ancak bilirkişiler, bilgisayar yazılım ve yönetiminde görev alan personelin zamanını boşa harcadığının tek göstergesinin üstlenilen işi yetiştirmemesi ve zararın oluşması olduğunu, bunun ise kanıtlanmadığını bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığını belirtmişlerdir.

Davalının sunduğu ve çalışanların uymakla yükümlü banka etik kurallarının 20. maddesinde, çalışanların “Adalet, doğruluk, dürüstlük... güvenilirlik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı” ve “Bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı” kurallarına yer verilmiştir. Bu etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Davacının iş amaçlı bilgisayarını mesai saatleri içerisinde internet alış verişi ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi

işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmemesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

## SONUÇ

Yukarda açıklanan gerekçe ile;

- 1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,
- 2- Davanın **REDDİNE**,
- 3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
- 4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 81.90 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
- 5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 575- TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,
- 6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak, 04.05.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARAR İNCELEMESİ

### 1. Banka Etik Kurallarının Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı

İnceleme konusu olayda işçinin iş sözleşmesinin feshine neden olan olaylar arasında banka etik kurallarına aykırı olarak internet kullanımını yer almaktadır. Karara konu olan olayda “Banka Etik Kuralları” başlığı altında çalışanların “Adalet, doğruluk, dürüstlük... güvenilirlik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı” ve “Bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı” esaslarına yer verilmiştir.

İş sözleşmesinde taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak kurallar başta Anayasa ve İş Kanunu olmak üzere çalışma hayatını ilgilendiren diğer yasalar, düzenleyici idari işlemler, varsa toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelikler, işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkı uyarınca belirlenmektedir.<sup>1</sup>

İnceleme konusu olayda banka etik kurallarının hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Karar metninden anlaşıldığı üzere, bu kurallar işveren tarafından yazılı bir şekilde işçilere duyurulmuş, iş sözleşmesinin yanı sıra işin ifası sırasında uyulması gereken kuralları içeren bir belgedir. Bu kuralların işyerinde uygulanacak genel ve yeknesak kurallar olduğu,

## Tüm işçileri kapsayacak şekilde önceden ve genel olarak bir “özen borcu” tanımı yapılamaz.

işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlandığı göz önünde bulundurulduğunda bunların iç yönetmelik olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İç yönetmelikler, işyerindeki çalışma koşullarını, hali hazırda çalışan işçilerin yanı sıra gelecekte o işyerinde çalışacak kişiler açısından, belli bir işçi muhatap alınmaksızın genel olarak belirlemektedirler.<sup>2</sup>

İç yönetmeliklerin iş ilişkisinde bağlayıcılık kazanabilmeleri BK 315. madde uyarınca yazılı şekilde hazırlanmış olması, işçiye iş sözleşmesinin kurulmasından önce bildirilmiş olması ve işçinin de açık ya da örtülü şekilde bu hükümleri kabul etmesine bağlıdır.<sup>3</sup>

Bu koşulları taşıyan iç yönetmelikler taraflar arasındaki ilişkide bağlayıcılık kazanırlar ve iş akdinin eki<sup>4</sup> niteliğindedirler. Dolayısıyla iç yönetmelik hükümlerine aykırılık, iş sözleşmesine aykırılık olarak değerlendirilmelidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararında, banka etik kurallarının “iş akdinin eki niteliğinde” olduğunu ifade ettiği göz önünde bulundurulduğunda, banka etik kurallarının davanın tarafları arasında hukuka uygun şekilde yürürlüğe konulduğu ve iş akdinin eki olarak davacı işçiyi bağladığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacı işçinin bu kurallara aykırı davranışı doğrudan iş sözleşmesine aykırılık oluşturmakta ve geçerli nedenle feshe sebep oluşturmaktadır.<sup>5</sup>

### II. İşçinin Özen Borcu

İş sözleşmesi, taraflar arasında kişisel ilişki kuran, karşılıklı borç yükleyen ve sürekli borç ilişkisi yaratan bir sözleşmedir.<sup>6</sup> İşçinin iş sözleşmesinden doğan borçları iş görme borcu, itaat borcu ve sadakat borcu olarak sıralanabilir. İş görme borcunun gereği gibi ifa edildiğinden söz edebilmek için işçinin işini özenle yapması gerekmektedir. İş özenle yapma borcu, bağımsız bir nitelik taşımayan, iş görme borcunun içinde yer alan, onu tamamlayan ve somutlaştıran bir özelliğe sahiptir.<sup>7</sup>

İş görme borcunun ihlali iş sözleşmesi ile üstlenilen işin hiç ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) şeklinde ortaya çıkar. Kötü ifa, edimin borç ilişkisindeki niteliğine uygun olarak tam ve doğru şekilde yerine getirilmemesidir. Kötü ifade, ifa edilen edimin nitelikleri eksik, kötü ve/veya ayıplıdır. İş görme ediminin niteliği gösterilen özene göre belirlenir. Borçludan beklenen özenden ayrılma ya da sapma, nitelik eksikliği olarak değerlendirilir ve kötü ifa ortaya çıkar.<sup>8</sup>

İş görme borcunun gereği gibi ifa edilmediği hallerde işçi iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme borcunu yerine getirmiştir ancak bu ifa sözleşmeye uygun bir ifa özelliklerini taşımamaktadır. Öğretide işçinin ürettiği mal veya hizmetin hatalı olması, işçinin verimsiz çalışması, kayıtların özensiz tutulması ya da işin görülmesi için gerekli araç ve gerecin özensiz kullanılması<sup>9</sup> kötü ifaya örnek gösterilmiştir.

İşçinin özen borcu, her somut olay göz önüne alınarak belirlenir. Tüm işçileri kapsayacak şekilde önceden ve genel olarak bir “özen borcu” tanımı yapılamaz. Borçlar Kanunu'nun 321/2. maddesi gereğince iş ilişkisinde işçinin özen borcu belirlenirken iş akdinde bu konuda bir hüküm yer alıp almadığı, işçinin mensup olduğu meslek kurallarına uygun olarak iş görme borcunu ifa edip etmediği belirlenmelidir. İşçinin eğitim seviyesi, mesleki bilgisi, ehliyeti gibi objektif ve sübjektif özellikleri de göz önünde bulundurulurken işçinin özen borcunun kapsamı ve derecesi belirlenir. İşçi iş görme borcunun ifası sırasında özen borcuna uygun davranmamışsa ve bundan bir zarar doğmuşsa bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Türk hukuk sisteminde işçi her türlü kusurundan sorumludur.<sup>10</sup>

Burada vurgulanması gereken durum işçinin özen borcuna aykırı davranışının sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmesi için zarar doğmuş olmasının gerekmemesidir. İşçinin özen borcuna aykırı davranışı sonucunda zarar doğmuş olabileceği gibi herhangi bir zarar doğmayabilir. Sonuç olarak önemli olan husus işçinin BK 321/2 uyarınca belirlenen özen derecesine uygun davranmaması, bu yolla iş görme borcunu gereği gibi ifa etmemiş olması, yani iş görme borcuna aykırı davranmış olmasıdır.

Karara konu olan olayda davacı işçinin iş yerinde yönetici pozisyonunda çalıştığı görülmektedir. Bunun yanı sıra iş akdinin eki niteliğinde olan banka etik kurallarının açık hükmü gereğince işçiler banka kaynaklarını verimsiz ve amaç dışı kullanamayacaklardır. Somut olayda işçinin iş görme borcunu gereği gibi ifa edip etmediği, özen borcuna uygun davranıp davranmadığı bu esaslar doğrultusunda belirlenmelidir. İşçinin pozisyonu göz önüne alındığında, işverenin davacı işçiden aynı serviste, davacı işçiden daha az sorumluluk gerektiren işlerde çalışan diğer işçilere oranla daha fazla özen beklemesi makul görülmelidir.

Yargıtay kararında, davacının iş amaçlı bilgisayarda her gün kısa sürelerle de olsa internet alışveriş ve oyun sitelerine girdiğinin bilirkişi raporu ile belirlendiği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra davacı işçinin bir yıllık zaman dilimi içinde altı kez yarım saat, altı kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirdiği yönünde bir tespit de yapılmıştır. Bu olguların değerlendirilmesi sonucunda işçinin iş görme borcunu ifa ile yükümlü olduğu zaman dilimi içinde işi ile ilgisi olmayan sitelerde zaman geçirdiği, iş akdinin eki niteliğinde olan banka etik kurallarında yer alan esaslara aykırı davranarak bankanın internet ve bilgisayarını amaç dışı kullandığı kabul edilmelidir.

Dosyanın incelemesi aşamasında alınan bilirkişi raporunda, bilgisayar yazılım ve yönetiminde görev alan personelin zamanını boşa harcadığının tek göstergesinin üstlenilen işin yetiştirilememesi ve zararın oluşması olduğu, bunun ise inceleme konusu olayda kanıtlanmadığı, bu nedenle de feshin geçerli nedene dayanmadığı belirtilmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere işçinin iş görme borcunu ihlal etmesi hiç ifa etmeme ya da kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme) şeklinde gerçekleşir. İşçinin iş görme borcuna aykırı davranışı sonucunda zararın doğmuş olması işverenin bu zarar karşılığında ayrıca tazminat talep etmesi açısından

**Zararın doğmadığından bahisle işçinin iş görme borcuna aykırı davranmadığı ileri sürülemez.**

ya da doğan zararın işçinin otuz günlük ücretini aşması durumunda iş sözleşmesinin İK 25/II, (1) uyarınca haklı nedenle feshetmesi açısından önem taşır. Ancak zararın doğmadığından bahisle işçinin iş görme borcuna aykırı davranmadığı ileri sürülemez. Sözleşme sonucu üstlenilen edimin yerine getirilmemesi ya da gereği gibi ifa etmeme olguları başlı başına borca aykırılık oluşturmamaktadırlar. Karara konu olan olayda işin yetiştirilmiş olması olgusundan hareket edilerek zararın doğmadığı, dolayısıyla da feshin geçerli nedene dayanmadığının ileri sürülmesi, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gerekçeler dolayısıyla kanaatimizce isabetli değildir. Yüksek mahkemenin de bilirkişi heyetinin bu yöndeki tespitine itibar etmediği görülmektedir.

İşçinin iş görme borcunu gereği gibi ifa ettiğinin, zamanını boşa harcamadığının kabul edilebilmesi için sadece üstlenilen işin yetiştirilmiş olması ölçütünün esas alınması birçok olayda yanlış sonuçlara varmaya sebep olabilecektir. Örneğin kendisine verilen işi bitiren bir işçinin günün geri kalan kısmında işyerinden ayrılması durumu da aynı mantığa bağlı kalınırsa iş görme borcuna aykırılık oluşturmayacak, verilen iş yetiştirildiği için işverenin zararının doğmadığından hareketle iş saatleri içinde işçinin işini bitirdikten sonra işyerinden ayrılması makul görülecektir. Oysa iş sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça işçinin işini bitirmiş olup olmasına bakılmaksızın çalışma saatleri sırasında işyerinde bulunması, iş görme edimini işverene sunmaya hazır durumda olması asıldır.

### III. Haklı Neden-Geçerli Neden Ayırımı

İş sözleşmesinin taraflar arasında yarattığı kişisel ilişki, işçi ve işveren arasında karşılıklı bir güven ilişkisi de yaratır. Güven ilişkisinin zedelenmesi durumunda taraflardan sözleşmeye devam etmeleri beklenemez.<sup>11</sup> İş Kanunu'nda haklı nedenle fesih sebepleri ile geçerli feshin neden olan davranışlar incelendiğinde bunların bazı durumlarda örtüştüğü görülmektedir.<sup>12</sup>

İşçinin iş sözleşmesinin feshine neden olan olayın haklı neden mi geçerli neden mi olduğunun belirlenmesi yapılacak feshin türü ve sonuçları açısından önemlidir.

## İş sözleşmesine, iç yönetmeliğe, işverenin talimatlarına uygun olmayan şekilde ya da özen borcuna aykırı olarak ifa edilen iş görme borcu işçinin asli edim yükümüne aykırılık oluşturmaktadır.

Haklı nedenle feshine sebep olan olaylar incelendiğinde, bunların işçi ve işveren arasında bulunması gereken güven ilişkisinin çökmesine neden olan, taraflardan dürüstlük kuralları gereğince iş ilişkisine devam etmelerinin beklenemeyeceği durumlar olduğu görülmektedir. Buna karşılık işçi ve işveren arasındaki güven ilişkisini temelden çökertmeyen, bu ağırlıkta olmamakla birlikte iş ilişkisinin normal koşullarda yürütülmesine imkan vermeyen, işin normal işleyişini bozan, işyerindeki uyumu zedeleyen ve bu nedenlerden dolayı işverenden iş ilişkisine devam etmesinin makul ölçüler içerisinde beklenemediği, taraflar arasındaki güven ilişkisini sarsan davranışlar fesih için geçerli neden olarak kabul edilirler.<sup>13</sup>

İşçinin iş görme borcunu hiç ifa etmemesi iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine sebep oluştururken iş görme borcunu gereği gibi ifa etmemişse (kötü ifa) işveren geçerli nedenle fesih hakkı kullanılabilir.<sup>14</sup>

Karara konu olan olayda işveren fesih iradesini üç farklı sebebe dayandırmıştır. Bunlardan “yapmakla görevleri hatırlatıldığı halde yapmama ve ısrar etme” nedeni ile ilgili olarak yargılama aşamasında kanıt sunulmadığı, bu nedenle de bu fesih gerekçesinin yerinde olmadığı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından ifade edilmiştir. Davacı işçinin iş görme borcunu ifa etmeme şeklinde ihlal etmediği yönündeki tespit ile yukarıda yapılan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde işverenin bu nedene dayalı olarak haklı nedenle fesih hakkı bulunmamaktadır.

Diğer iki sebep ise “işverenin gıyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etme, asılsız isnatlarda bulunma” ve “mesai saatleri

içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde”<sup>15</sup> gezerek işverenin güvenini kötüye kullanmadır. Bu sebeplerden ilki ile ilgili olarak işveren tarafından e-posta kayıtları dosyaya ibraz edilmiştir. Aynı işyerinde çalışan ve bu sebebe dayalı olarak iş sözleşmesi feshedilen, açtığı feshin geçersizliği ve işe iade davası da Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından reddedilen diğer bir işçi tarafından yazılan ve işveren aleyhinde olumsuz ifadeler içeren e-postanın, inceleme konusu olayda davacı olan işçi tarafından onaylandığı kararda belirtilmektedir. İşyerinde çalışan iki işçi arasında bu tarz ifadeler içeren e-postaların bulunması, işverenin işçiye duyması gereken güveni zedeleyecek niteliktedir.

Davacı işçinin iş sözleşmesinin feshine neden olan olaylar arasında yer alan ve en önemli neden olarak öne sürülen iş saatleri içinde, iş amaçlı bilgisayarından internette oyun ve alışveriş sitelerine girerek zaman harcadığı olgusu işverenin ileri sürdüğü kayıtlarla ispatlanmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacı işçinin iş akdinin eki niteliğindeki banka etik kurallarında yer alan ilkelere aykırı olarak iş amaçlı bilgisayarını oyun ve alışveriş sitelerine girmek için kullanmasını, işverenin zararının doğmaması ya da üstlenilen işin yetiştirilmiş olmasının işçinin bu olumsuz davranışını ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. Yüksek mahkeme işçinin bu sitelerde geçirdiği vakti iş görme edimine harcamadığını, bunun da yan yükümlülüğün ihlali olduğunu kararda ifade etmektedir.

Sözleşmeden doğan asli edim yükümleri doğrudan doğruya sözleşmenin tipini belirlemektedirler.<sup>16</sup> İş sözleşmesi açısından konu ele alındığında işçinin asli edim yükümü iş görme borcudur. Sözleşmeye uygun bir ifadan söz edebilmek için işçinin iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme edimini gereği gibi ifa etmesi gerekmektedir. Daha açık bir anlatımla işçi, iş sözleşmesine, iç yönetmeliğe, gerekli olan hallerde işverenin talimatlarına uygun şekilde ve özen borcu gereğince iş görme borcunu ifa etmelidir. İş sözleşmesine, iç yönetmeliğe, işverenin talimatlarına uygun olmayan şekilde ya da özen borcuna aykırı olarak ifa edilen iş gör-

me borcu işçinin asli edim yükümüne aykırılık oluşturmaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin iş amaçlı bilgisayar ile alışveriş ve oyun sitelerinde gezinmesinin yarattığı olumsuz durumu yan yükümlülük olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. Karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olan iş akdinden işçi açısından iş görme, sadakat ve itaat borçları doğar. Özellikle işçinin iş görme borcu ve bu borcu somutlaştıran işi özenle yerine getirme borcu asli edim yükümlülüğüdür. İşçinin sadakat borcu iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran, işçinin işverene kişisel bağımlılığın kaynaklanan ve işverenin işçiyi gözetme borcunun karşılığını oluşturan bir borçtur. Bu yükümlülük de bir anlamda iş sözleşmesinin tipini belirlemektedir. Bu nedenden dolayı işverenin işçiyi gözetme borcu ile işçinin sadakat borcu da iş sözleşmesinde asli edim yükümlülüğü olarak değerlendirilmelidir.

#### IV. Haklı Nedenle Yapılan Feshin Geçerli Nedenle Feshe Dönüştürülmesi (Tahvil)

Uygulamada işverenlerin iş sözleşmesini feshetmelerine neden olan davranışın değerlendirilmesinde sorunlar yaşanabilmektedir. Daha açık bir ifadeyle işçinin davranışının gerçekte geçerli feshe neden olacak ağırlıkta olmasına rağmen işveren tarafından haklı nedenle derhal fesih yapılabilmektedir. Bu şekilde yanlış değerlendirme yapılan durumlarda Yargıtay iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmiş olmasına rağmen gerçekte bu yoğunlukta bir ihlalin olmadığını, ancak söz konusu davranışın geçerli feshe sebep oluşturacağını ifade ederek yapılan feshi geçerli saymaktadır.

Yargıtay'ın bu uygulamasının temelinde HUMK 76. maddesinde yer alan ve hakimlerin resen Türk Kanunları gereğince hüküm vermesini öngören kural yer almaktadır. İşveren tarafından haklı nedenle fesih konusunda yanlış değerlendirme yapıldığı kabul edilerek olaya uygulanacak hukuk kuralı yargıç tarafından tespit edilir ve olaya uygulanır. Uyuşmazlık konusu olan olay aynı olduğu müddetçe uygu-

### Özellikle işçinin iş görme borcu ve bu borcu somutlaştıran işi özenle yerine getirme borcu asli edim yükümlülüğüdür.

lanacak hukuk kuralı yargıç tarafından resen belirlenebilir. Yargıç tarafından feshe neden olan işçi davranışının haklı neden kapsamında olmadığı, ancak geçerli neden olduğu yolunda bir değerlendirme yapılarak uyuşmazlık konusu olaya geçerli feshe ilişkin hükümler uygulanabilir. Ancak bu durumda yapılan feshin geçerli feshe ilişkin usul şartlarını taşıması gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle işveren tarafından haklı nedenle yapılan ve işçinin davranışlarından kaynaklanan bir feshin, işçinin davranışının haklı nedenle feshi gerektirecek yoğunlukta olmadığı ancak bu davranış sonucunda işverenin akdi ilişkiye devam etmesinin makul görülmediği, taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsıldığı ve işçinin davranışının geçerli nedenle feshe imkan verecek nitelikte olduğu durumda olaya geçerli feshe ilişkin kuralların uygulanması ancak İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca işçinin yazılı savunmasının alınmış olması, fesih bildirimini yazılı yapılması, fesih sebebinin açık ve kesin olarak bildirilmiş olması halinde mümkündür.<sup>17</sup>

İşveren, işçinin savunmasını almadan, fesih sebebinin açık ve kesin olarak bildirmeden ve İK 26. maddedeki altı işgünlük hak düşürücü süreyi geçirerek iş sözleşmesini feshetmişse, işçinin davranışı geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilecek nitelikte olsa dahi olaya İK 18 vd. maddeleri uygulanmamalı, yapılan fesih geçersiz fesih olarak değerlendirilmelidir.<sup>18</sup>

#### V. Makul Süre

Geçerli sebeple yapılan fesih için İş Kanunu, haklı nedenle fesihlerin aksine, herhangi bir süre öngörmemiştir. Bu durum uygulamada geçerli sebeple yapılan fesihlerin hangi süre içinde yapılması gerektiği tartışmasına yol açmaktadır. Uygulamada ve öğretide, geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasından itibaren iyi niyet kurallarına göre makul bir sürede fesih

## Geçerli sebeple yapılan fesih için İş Kanunu, haklı nedenle fesihlerin aksine, herhangi bir süre öngörmemiştir.

hakkının kullanılması<sup>19</sup> gerektiği kabul edilmektedir.

Geçerli sebeple fesihler için genel bir makul süre belirlenmesi mümkün değildir. Her somut olayın özelliğine göre fesih hakkının makul süre içinde kullanılıp kullanılmadığı davayı inceleyen hakim tarafından belirlenecektir. Bu incelemede MK 2. maddede düzenlenen dürüstlük kuralı da ölçüt olacaktır. Bununla beraber fesih beyanının makul süre içinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesinde işverenin davranışları da önem taşımaktadır. Geçerli sebep oluşturan bir davranışı gerçekleştiren işçiye karşı işveren iş sözleşmesini feshetmeyeceği yönünde hukuken korunabilecek derecede bir güven vermişse, işçide oluşan bu güvenin de korunması gerekmektedir.<sup>20</sup>

### SONUÇ

İş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi ile işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle fesih durumları uygulamada bazı durumlarda birbirinden çok net ayıramamaktadır. Bu ayırımın yapılmasında taraflar arasındaki güven ilişkisinin ne ölçüde zedelendiği bir ölçüt olarak kullanılabilir. İşçi ve işveren arasındaki güven ilişkisi temelinden çökmüşse burada işçinin davranışının haklı nedenle feshe sebep oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu ağırlıkta olmamakla birlikte taraflar arasındaki güven ilişkisi sarsılmışsa, işverenden iş sözleşmesine devam etmesi beklenemiyor, işveren açısından akdi ilişkinin devamı makul görülüyorsa bu takdirde işçinin davranışının geçerli fesih sebebi oluşturduğu kabul edilmelidir.

İşçinin iş sözleşmesiyle üstlendiği iş görme borcunu gereği gibi ifa etmemesi, diğer deyişle kötü ifa etmesi, geçerli nedenle feshe sebep oluşturacak nitelikte davranışlardır.

İnceleme konusu olayda olduğu gibi iç yö-

netmelik hükümleri ile açıkça yasaklanmış durumlara aykırı davranış, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranması anlamına gelecektir. İş akdi-ne aykırı davranış, iş görme borcunun gereği gibi ifa edilmemesi durumları, bu davranıştan zarar doğmuş olması önem taşımaksızın, işveren tarafından iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine sebep olabilecektir.

İşçinin iş görme edimini gereği gibi ifa edip etmediği belirlenirken taraflar arasındaki ilişkide uygulanacak kaynaklar ve işçiden beklenen özen derecesinin tespiti de önem taşımaktadır.

İşveren tarafından yanlış bir değerlendirme yapılarak haklı nedenle fesih yapılmışsa ya da hak düşürücü süre geçtikten sonra iş sözleşmesi feshedilmişse, hakim tarafından olayda geçerli neden olup olmadığı araştırılırken İK 19. maddede belirtilen usul kurallarına uyulup uyulmadığı da belirlenmelidir.

Sonuç olarak, yukarıda açıklanan gerekçelerden dolayı, inceleme konusu kararda Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu karar isabetli görülmelidir.

### DİPNOTLAR

- 1 İş hukukunun kaynakları ile ilgili olarak bkz. Süzek, 53 vd.
- 2 İç yönetmelikler ile ilgili olarak bkz. Süzek, 61 vd, aynı yazar, İç Yönetmelikler, 183.
- 3 Süzek, 63-64, aynı yazar, iç Yönetmelikler, 186-187; Çelik, 111.
- 4 Süzek, 64, aynı yazar, İç Yönetmelikler, 187; Çelik, 111; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 33.
- 5 Demir, 18, yazar işçinin iş sözleşmesi ve genel iş koşullarına aykırı davranışının geçerli nedenle feshe sebep olacağını ifade etmektedir.
- 6 Süzek, 219; Çelik, 84-85; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 56-57.
- 7 Süzek, 298.
- 8 Eren, 1038-1039.
- 9 Süzek, 300; kötü ifanın işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli feshe neden olacağı ile ilgili olarak bkz. Güzel, 54.
- 10 Süzek, 300.
- 11 Süzek, 516-517; Güzel, 37; Alpagut, 217-218, aynı yazar, Haklı Neden-Geçerli Neden, 72.
- 12 Alpagut, 217, aynı yazar, Haklı Neden-Geçerli Neden, 74-75; Geçerli sebep-haklı sebep ayırımının yasada düzenlenmesi gerekliliği ile ilgili olarak bkz. Soyer, 44-46; Güzel, 36-42; Çelik, 226-227.

- 13 Süzek, 517, aynı yazar, İşçinin Davranışları Nedeniyle Fesih, 567-568, 577-578; Taşkent, 35; Ulucan, İş Güvencesi, 36-38.
- 14 Süzek, 523, aynı yazar, İşçinin Davranışları Nedeniyle Fesih, 583-584; Günay, 63.
- 15 Demir, 17, özel amaçla e-mail göndermek ve internet kullanmanın işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeni olduğunu belirtmektedir, aynı yazar, Geçerli Sebep, 480; Kılıçoğlu-Şenocak, C.1, 599, İşverenin açıkça yasaklamış olduğu hallerde internetin özel amaçlı kullanımı fesih için geçerli nedendir. İnternet ve e-postanın özel amaçlı kullanımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. 597-599; Çil, 256, yazarın isabetle belirttiği üzere, işi aksatmak, işyeri malzemelerini kişisel ihtiyaçları için kullanmak, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedendir.
- 16 Asli edim-yan edim yükümü konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. Eren, 30 vd.
- 17 Haksız feshin geçerli feshe dönüştürülmesi ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz. Süzek, 666-668; Sarıbay, 98-100.
- 18 Süzek 668; Taşkent, Değerlendirme 2004, 73 vd.; Akı, 289-290; Alpagut, 238-239; Çelik, 274, yazar İK 25/II uyarınca yapılacak haklı nedenle fesihler ile geçerli nedene dayanan fesihler için yasada fesih usulü, fesih bildiriminin şekli, savunma alınması bakımından duraksamaya yol açmayacak şekilde düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir; Odaman, 32.
- 19 Süzek, 551; Çelik, 232-233; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 170-171; Güzel, 80, Demir, 186-187; Soyer, 56.
- 20 Çankaya-Günay-Göktaş, 105.

## KAYNAKÇA

- Akı, Erol: İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 283-321.
- Alpagut, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası Semineri, Bodrum 2005.
- Alpagut, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Sicil, S. 1, Mart 2006, 71-83. (Haklı Neden-Geçerli Neden)
- Çankaya, Osman Güven-Günay, Cevdet İlhan-Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. B, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 22. B, İstanbul 2009.
- Çil, Şahin: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2004.
- Demir, Fevzi: İş Güvencesi ve 4857 Sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Koop-İş Sendikası Eğitim Yayını, Ankara 2003.
- Demir, Fevzi: Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İSGHD, S. 10, 469-498. (Geçerli Sebep)
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. B, İstanbul 2001.
- Eyrenci, Öner-Taşkent, Savaş-Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 3. B, İstanbul 2006.
- Günay, Cevdet İlhan: İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih, Sicil, S. 14, Haziran 2009, 60-76.
- Güzel, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004.
- Kılıçoğlu, Mustafa-Şenocak, Kemal: İş Hukuku Şerhi, C. I, İstanbul 2008.
- Odaman, Serkan: Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep Haklı Sebep Ayrımı, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2003, 20-33.
- Sarıbay, Gizem: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007.
- Soyer, Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005.
- Süzek, Sarper: İş Hukukunda İç Yönetmelikler, AÜHFHD C. 44, S. 1-4, 1995 (İç Yönetmelikler)
- Süzek, Sarper: İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, Prof. Dr. A. Can Tunca'y'a Armağan, İstanbul 2005 (İşçinin Davranışları Nedeniyle Fesih).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 4.B, İstanbul 2008.
- Taşkent, Savaş: İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara 2002.
- Taşkent, Savaş: İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2004, Ankara 2006 (Değerlendirme 2004).

**Uygar BOSTANCI**

MESS Müşavir Avukatı

# İşçinin İşe İade Yönündeki Başvurusunun Samimi Olması ve Boşta Geçen Süre Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Yeni Görüşü

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ<sup>1</sup>

**Esas No** : 2007/38730**Karar No** : 2009/7345**Tarihi** : 18.03.2009

### ÖZET

İşçi, kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir.

Boşta geçen süre ücreti, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplanmalıdır. Bu ücret, işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur ve bu tarihten itibaren faiz uygulanmalıdır.

### DAVA

Davacı, tazminat ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm, süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

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

**2-** İşe iade davası sonunda ödenmesi gereken boşta kalan süreye ilişkin ücret ve işe başlatmama tazminatında uygulanacak faiz ve faiz başlangıç tarihi konularında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.



4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Aynı maddenin 1. fıkrasına göre de, işveren işe iade için başvuran işçiyi 1 ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az 4, en çok 8 aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ödenmelidir.

İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. Başka bir anlatımla, işçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesine göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir (Yargıtay Dokuzuncu HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E., 2008/27243 K.).

İşe iade yönündeki başvurunun 10 iş günü içinde işverene bildirmesi gerekmektedir. Tebligatın postada gecikmesinden işçinin sorumlu olması düşünülemez.

İşverenin de işçinin işe başlama isteğinin kabul edildiğini 1 ay içinde işçiye bildirmesi gerekmektedir. Tebligat sorunları sebebiyle bildirim süresi içinde yapılamaması halinde, bundan işveren sorumlu tutu-

lamaz. İşverence yasal süre içinde gönderilmiş olsa da, işçinin bir aylık işe başlatma süresi aşıldıktan sonra eline geçen bildirim üzerine makul bir süre içinde işe başlaması gerekir. Burada makul süre, işçinin işe daveti içeren bildirim anında işyerinin bulunduğu yerde ikamet etmesi durumunda en fazla 2 günlük süre olarak değerlendirilebilir. İşçinin işe iadeyi içeren tebligatı işyerinden farklı bir yerde alması halinde ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasında izinler için öngörülen en çok 4 güne kadar yol süresi makul süre olarak değerlendirilebilir. Bu durumda işçinin en fazla 4 gün içinde işe başlaması beklenmelidir.

İşverenin işe davete dair beyanının da ciddi olması gerekir. İşverenin işe başlatma amacı olmadığı halde işe başlatmama tazminatı ödememek için yapmış olduğu çağrı, gerçek bir işe başlatma daveti olarak değerlendirilemez.

İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağı sözlü ya da eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır. Fesih tarihindeki ücrete göre işe başlatmama tazminatı ödenmelidir.

İşe başlatmama tazminatının da fesih tarihindeki ücrete göre hesaplanması gerekir. İşçinin işe başlatılmadığı tarih, işe başlatmama tazminatının muaccel olduğu andır. Bahsi geçen tazminat yönünden faize hak kazanmak için, kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Ancak, işçinin işe iade başvurusunda işe alınmadığı takdirde işe başlatmama tazminatının ödenmesini talep etmiş olması durumunda, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez ve bahsi geçen tazminat muaccel olduğu anda işverence ödenmelidir.

Boşta geçen süreye ait 4 aya kadar ücret

ve diğer haklar için ise, feshi izleyen dönem ücretlerine göre hesaplama yapılmalıdır. Sözü edilen alacak işçinin işe iade için başvurduğu anda muaccel olur.

Boşta geçen sürenin en çok 4 aylık kısmı içinde gerçekleşen diğer haklar kavramına, ikramiye, gıda yardımı, yol yardımı, yaka-cak yardımı ve servis gibi parasal haklar dahil edilmelidir. Söz konusu hesaplamaların işçinin belirtilen dönemde işyerinde çalış-yormuş gibi yapılması ve para ile ölçülebi-len tüm değerlerin dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte işçinin ancak çalışması ile ortaya çıkabilecek olan arızı fazla çalışma ücreti, hafta tatili ile bayram ve genel tatil günlerinde çalışma karşılığı ücret ile satışa bağlı prim gibi ödemelerin, en çok 4 ay kadar boşta geçen süre içinde ödenmesi gere-ken diğer haklar kavramında değerlendiril-mesi mümkün olmaz.

Boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatı brüt ola-rak hüküm altına alınmalı ve kesintiler infaz sırasında gözetilmelidir.

İşe iade davası ile tespit edilen en çok 4 aya kadar boşta geçen süreye ait ücret ve di-ğer haklar için de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü uygulanmalıdır. Ancak işe başlatmama taz-minatı niteliği itibarıyla tazminat olmakla

uygulanması gereken faiz, yasal faiz olma-lıdır.

Somut olayda, davacının işe iade baş-vurusu davalıya 23.08.2006 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı 26.09.2006 tarihli yazı ile işe başlatmayacağını açıklamıştır.

Bu halde işe başlatmama tazminatına da-vacının işe başvuru tarihine göre bir aylık süre sonu olan 23.09.2006 tarihinden itiba-ren faiz uygulanmalıdır. Boşta geçen süre ücretinde ise, 23.08.2006 tarihinden faize karar verilmelidir.

Faiz türü yönünden de yukarıda açık-landığı üzere boşta geçen süreye ilişkin üc-ret alacağına 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde sözü edilen özel faiz türü, işe başlatmama tazminatına ise, yasal faiz uygu-lanmalıdır.

Mahkemece, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve işe başlatmama tazminatına uygula-nan faizin başlama tarihi ile işe başlatmama tazminatına uygulanan faiz türü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı se-bepten (BOZULMASINA), peşin alınan tem-yiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.03.2009 gününde oybirliğiyle karar veril-di.

## 1. YARGITAY KARARINDA İNCELENEN KONU VE KAVRAMLAR

Karara konu olan uyuşmazlıkta davacı işçi, tazminat ve ücret alacaklarının tahsilini istemiş-tir. Yüksek Mahkeme, kararı işe başlatmama tazminatına uygulanacak faiz türü ve boşta ge-çen süre ücretine uygulanacak faizin başlangıcı yönünden bozmuştur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin incelememi-ze konu kararı, son dönemde sıkça karşılaşılan ve uygulamada "ilke kararı" olarak adlandırılan kararlarından birisidir. Kararda sadece uyuş-

mazlık konusu olayın çözümüne yönelik yar-gılara değil, konuyla ilgili genel ilkelere de yer verilmiştir. Söz konusu Yargıtay Kararı, boşta geçen süre ücretinde ve işe başlatmama taz-minatında esas alınacak ücret gibi, tebligatla-rın gecikmesi durumunda uygulanacak çözüm yolları ve işçinin işe başlaması gereken tarihin belirlenmesi gibi ayrı ayrı inceleme konusu ya-pılabilecek birçok hususu içermektedir. Ancak karar, tarafımızca davanın asıl düğüm nokta-sı olmayan ve fakat kararda değinilen, işçinin işe başlama talebinin samimi olması olgusu ile boşta geçen süre ücretine uygulanacak faizin başlangıç tarihi açısından değerlendirilecektir.

## II. İNCELEME KONUSU HUKUKİ MESELE

İşbu incelememizin konusunu oluşturan hukuki mesele, feshin geçersizliğinin sonuçlarıdır.

### 1. İş Güvencesinin Ülkemizdeki Gelişimi

İlk olarak 1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen hükümlerle<sup>2</sup> ve bundan kısa bir süre sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu<sup>3</sup> ile Türk iş hukukunda yer bulan geçersiz fesih kavramı ve işe iade davaları, iş hukuku teorisyenlerini de uygulayıcılarını da en çok meşgul eden konuların başında yer almaktadır.

Geçerli, geçersiz fesih ve feshin geçersiz sayılmasının sonuçları, İş Kanunumuzun 18 ila 21. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde, bugüne değin uygulamayı etkileyen önemli değişiklikler yapılmamıştır<sup>4</sup>. Ancak iş güvencesi hükümlerinin mevzuatımıza girmesinden itibaren geçen yaklaşık 7 yıllık süreçte, iş güvencesi konusu yargı kararlarıyla ve öğretinin katkısıyla, adeta yasal değişikliğe uğramışçasına ve yönetmelik, tebliğ gibi tali mevzuat yapılmışçasına şekillenmiştir, şekillenmeye devam etmektedir.

### 2. Feshin Geçersiz Sayılmasının Sonuçları

İş güvencesi hükümlerinin mevzuatımıza girmesiyle birlikte, iş güvencesi kapsamında olan işçiler<sup>5</sup>, iş sözleşmelerinin gerek İş Kanunu'nun 25. maddesine göre gerekse 17. maddesine göre feshedilmesi halinde<sup>6</sup>, feshin geçersizliğinin tespiti için dava açabilmektedirler. Bu davaların sonucunda, 2 (grup) ödeme gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki iş güvencesinden bağımsız olarak, feshe bağlı alacaklar olan, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağıdır. İkincisi ise feshin geçersiz sayılmasında gündeme gelebilen, 4 aylık boşa geçen süre ücreti ve diğer haklar ile işe başlatmama tazminatıdır<sup>7</sup>. "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. 21. maddesinde,

işe iade sonrasında ortaya çıkabilecek 3 durum öngörülmüştür.

Bunlar;

- İşçinin, işe iade kararı kesinleşmesinden sonra, süresi içinde işverene başvurmaması,
- İşçinin, işe iade kararı kesinleşmesinden sonra, süresi içinde işverene başvurması ve işveren tarafından işçinin işe başlatılmaması,
- İşçinin, işe iade kararı kesinleşmesinden sonra, süresi içinde işverene başvurması ve işveren tarafından işçinin işe başlatılması.

Bu üç olasılıkta, meydana gelecek hukuki durumlar ve parasal haklar şu şekilde özetlenebilir:

#### 2.1. İşçinin açtığı işe iade davası kabul edilir de işçi, İş Kanunu 21. maddede belirtilen 10 işgünlük süre içerisinde işverene başvuruda bulunmazsa;

- İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının 2. cümlesinde açıkça ifade edildiği üzere, işçinin 10 işgünü içerisinde işverene başvuru yapmaması halinde, geçerli nedenle yapılmış bir feshin sonuçları doğar.

- Bu olasılıkta, fesih işverence zaten geçerli nedene dayanılarak yapılmışsa, geçerli nedene dayanılarak yapılan fesihte, kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğinden ve ihbar önellesine uyulması ya da ücretinin ödenmesi zaten gerektiğinden, işe iade davası sebebiyle yeni bir ödeme yapılması söz konusu olmaz. Ancak, fesih İş Kanunu madde 25/II gereğince yapılmışsa, işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanır.

#### 2.2. İşe iade davası kabul edilir ve kesinleşir, işçi süresinde işverene başvurur da işveren işçiyi işe başlatmazsa;

- Fesih, işçiyi işe başlatılmayacağını bildirildiği tarihte gerçekleşmiş olur. İşveren, işçiyi işe başlatılmayacağını açıkça bildirmezse, fesih tarihi, işçinin başvurusunun işverene tebliğ edildiği tarihi takip eden bir ayın sonunda gerçekleşmiş kabul edilecektir.

- Geçersiz sayılan fesih sırasında ödenmemişse, işçiyi kıdem ve ihbar tazminatları ödenir.

- Daha önce ödenmişse, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin alacaklarının farkları, yeni fesih tarihine göre ve 4 aylık sürenin ilave edilmesiyle oluşan işçinin kıdemi, son ücreti ve kıdem tazminatı tavanı gibi hususlar dikkate alınarak yeniden hesaplanarak ödenir.

- 4 aylık boşta geçen süre ücreti ve diğer haklar ödenir.

- Mahkeme kararında belirtilen işe başlatmama tazminatı ödenir.

### **2.3. İşe iade davası kabul edilir ve kesinleşir, işçi süresinde işverene başvurur; işveren de işçiyi işe başlatırsa;**

- İşverence yapılan fesih geçersiz sayılmıştır, iş sözleşmesi kesintisiz devam ediyor kabul edilir.

- Geçersiz sayılan fesihden itibaren en çok 4 aylık boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklar ödenir.<sup>8</sup>

- Peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, 4 aylık boşta geçen süre ücretinden mahsup edilir<sup>9</sup>.

Yukarıda, 3 başlık halinde belirtilen olasılıklar, yasada öngörülen durumlardır. Haklı nedenle yapılan feshin mahkemece geçerli kabul edilmesi gibi, dava devam ederken ya da sonuçlandıktan sonra, işçinin ölmesi, işyerinin kapanması ya da devrolması veya işçinin eski işinden farklı bir işte ya da işyerinde çalışmasının istenmesi gibi birçok durum da yaşanmaktadır ve tartışılmaktadır. Yasaların, ortaya çıkabilecek her somut olaya ilişkin bir hüküm içermesi elbette beklenemez. İş güvencesindeki bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde ortaya çıkabilecek durumlar, bu 3 olasılıktan birisine göre çözülebilecektir<sup>10</sup>.

İnceleme konumuz olan, işçinin, işe iade sonrasında işverene başvurmasına ve işverence de işe davet edilmesine rağmen işçinin işe başlamaması durumu da Yasada öngörülmemiş ve tartışılan durumlardandır. Davete rağmen işe başlamayan işçiye, 4 ila 8 aylık ücret tutarında olabilecek işe başlatmama tazminatının ödenmemesi gerektiği tartışmasızdır. 4 aylık çalışılmayan süre ücretinin ödenmesinin gerekip gerekmeyeceği ise incelememin asıl konusudur.

## **III. İŞÇİNİN DAVETE RAĞMEN İŞE BAŞLAMAMASI DURUMU**

İş Kanunu'nun, "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" başlıklı 21. maddesinde, işçinin 10 işgünü içerisinde işverene başvurmamasının sonuçları belirtilmiştir. Kanunda, işçinin "kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorunda" olduğu belirtilmiştir. Başvuru yapmamanın sonucu ise, işverence yapılmış olan feshin, geçerli bir fesih sayılması olarak belirtilmiştir.

Kanunun 21. maddesinin 5. fıkrasından, işçinin işverene yapması zorunlu olan bu başvurunun "hukuki mahiyeti" açıkça anlaşılmalıdır. Ancak yapılan başvurunun "işe başlamak için" yapılması gerektiği, yasa metninden açıkça anlaşılmaktadır.

Yasa metninde geçen "işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur." ifadesinden de "geçersiz olduğu mahkeme kararıyla kesinleşen feshin" "geçerli fesih" kabul edileceği anlaşılmaktadır. Zira işçi dava sonrasında işverene başvuru yapmadığında, "işe başlatmama" durumu da olamayacağından, iki ayrı fesihden söz etmek mümkün olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, bu durumda fesih tarihinin değişmesi ve işçinin kıdemi ile feshe bağlı alacaklarda dikkate alınacak ücretin yeniden belirlenmesi söz konusu değildir.

İşçinin 10 işgünü içerisinde başvuru yapmasına ve işverenin de işçiyi işe davet etmesine rağmen işçinin işe başlamaması durumu, 2005 yılından bu yana çeşitli vesilelerle tartışılan bir durumdur. Söz konusu durum, incelediğimiz karar (ve aynı yöndeki birçok karar) sebebiyle yeniden gündeme gelmiştir. Yargıtay'ın konuya ilişkin son kararını incelemeyen evvel, konuya ilişkin önceki içtihatlarla ve bu içtihatlarla ilişkin görüşlere değinmek yararlı olacaktır. Keza, Yargıtay'ın son içtihadı, daha önceki içtihatlarla yönelik eleştirilerin bir kısmıyla paralellik göstermektedir.

### **1. Yargıtay'ın 2005 Yılındaki İctihadi**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2005 yılında

verdiği bir kararında<sup>11</sup> işe iade başvurusuna ve işverenin işe davetine rağmen işe başlamayan işçinin durumu değerlendirilmiştir. Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıkta, işe iade davasını kazanan ve işverene işe başlamak için süresinde başvuru yapan işçi, işveren tarafından işe davet edilmiş, ancak işçi işe başlamamıştır. Daha sonra, kıdem ve ihbar tazminatı talebiyle açılan dava<sup>12</sup>, “iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği” gerekçesiyle yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yargıtay, işe iade için başvuruya rağmen işçinin işe başlamaması durumunda, yasal boşluk olduğu ve İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrasının kıyasen uygulanmak suretiyle bu boşluğun doldurulması gerektiği gerekçesiyle, kararı bozmuş ve davacının kıdem ihbar tazminatı taleplerinin kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>13</sup>.

Karar, farklı gerekçelerle eleştirilere konu olmuştur. Esasen ilk eleştiriyi de kendi içinde barındırmıştır. Dairenin o dönem başkanı olan Çankaya, karara yazdığı karşı görüşte, uyuşmazlık konusu olayın kanunda düzenlenmediğini belirtmiş ancak çoğunluk görüşünden farklı olarak, sorunun Borçlar ve Medeni Hukukun genel kurullarına göre çözülmesi gerektiğini belirtmiştir. Çankaya, uyuşmazlığı Borçlar Kanunu'nun 1 ila 9. maddelerinde düzenlenen icap-kabul süreçlerine göre değerlendirmiş ve işçinin işe başlama talepli başvurusunun, talep işverence kabul edildikten sonra geri alınmasının hukuken mümkün olmadığı gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştır.<sup>14</sup>

Aynı kararı eleştiren, Prof. Dr. Nizamettin AKTAY<sup>15</sup> ise, “işverenin Kanunun yüklediği sorumlulukları yerine getirmesine rağmen işçiden kaynaklanan sebeple iş sözleşmesi sona erdirildiğine göre” diyerek sözleşmenin işçi tarafından feshedildiğinin kabul edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. “sorumluluğu ... işçi lehine şart ilkesi çerçevesinde işverene yüklemek kanunun tereddüde mahal bırakmayan hükmünü yok farz etmek ile eşdeğerdir” diyerek de söz konusu durumda kanun boşluğu bulunmadığını belirtmektedir.

Özetle belirtmek gerekirse, Yargıtay bahse konu kararda, Kanunun 21/5. fıkrasının kıyasen uygulanması gerektiğini belirterek; böyle

bir durumda işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacağını belirtmiştir. Bu görüşün doğal sonucu, davete rağmen işe başlamayan işçinin 4 aylık boşta geçen süre ücretine de hak kazanamayacağıdır.

Karara karşı çıkanların görüşü ise, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmediğinden kıdem ve ihbar tazminatı hakkının doğamayacağı yönündedir. Bu görüş ise, 4 aylık boşta geçen süre ücretine hak kazanılacağı yönünde bir sonuç oluşturmaktadır.

## 2. Yargıtay'ın 2007 Yılındaki İçtihadı

Yargıtay, işverenin davetine rağmen işe başlamayan işçinin, 4 aylık boşta geçen süre ücretine hak kazanmasıyla ilgili görüşünü, 2007 yılında verdiği kararlarla “davacı işçi yasal süresi içinde işe başvurmakla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklara hak kazandığının kabulü gerekir.” ifadesiyle tam olarak ortaya koymuştur. Yargıtay, 10 işgünü içinde, işe iade için işverene başvuran işçinin, her halükarda 4 aylık boşta geçen süre ücretine hak kazanacağı görüşünü 2008 yılına kadar sürdürmüştür.

Yargıtay'ın 4 aylık boşta geçen süre ücreti ve diğer haklara hak kazanmak için, işverene yapılacak başvurunun yeterli olduğuna dair verdiği kararlardan birisi<sup>16</sup> şu ifadelerle eleştirilmiştir:

“Yargıtay, daha önce benzer bir davada verdiği kararında<sup>17</sup>, işverenin davetine rağmen çalışmaktan vazgeçen işçinin davranışının, iş sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiği anlamına gelmeyeceğini, bu durumda İş Kanunu'nun 21. maddesinin beşinci fıkrasının kıyasen uygulanacağını ve feshin geçerli bir fesih olarak değerlendirileceğini, kabul etmiştir. Olayımızda ise, işverenin davetine rağmen işe başlamaktan vazgeçen davacı işçinin bu davranışı, işverene hiç başvurmama olarak değerlendirilmemiş ve fesih geçerli kabul edilmemiştir. Zira, geçerli bir feshin olması halinde işçinin boşta geçen süreye ait ücreti hak edemeyeceği tartışmasızdır.<sup>18</sup>”

Yargıtay'ın 4 aylık boşta geçen süre ücretine hak kazanmak için, işverene yapılacak başvuru

runun yeterli sayılacağına ilişkin, aynı tarihli ve aynı yöndeki bir başka kararını<sup>19</sup> değerlendiren Uçum;

“Yasal düzenleme ile işçinin işe başvurusuna bağlanan tek sonuç işe iade kararının uygulanmasına ilişkin süreci başlatmaktır. İşe iade kararının sonuçlarının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya hangi kapsamda gerçekleşeceği işçinin başvurusundan sonra işverenin ve işçinin alacağı tutumlarla belirlenir. Buna göre çağrıldığı halde işe başlamayan işçi işe başvuru talebinden vazgeçmiş sayılacağından işverence yapılmış ve geçersizliğine karar verilmiş fesih geçerli olur. Feshin geçerli hale geldiği tarihten sonraki dört aya ilişkin olarak işçiye ücret ve diğer haklarının ödenmesini gerektirecek bir hukuki temel veya ilişki kalmaz.”<sup>20</sup> düşüncesiyle, kararı isabetsiz bulduğunu belirtmiştir.

Kanaatimizce de, Yargıtay’ın 2007 yılından itibaren birçok kararında vurgulanılan bu görüşünü hukuken açıklamak ve anlamak çok güçtü. Yargıtay’ın 2005 yılında verdiği tam aksi yöndeki kararı da çok eleştirilen bir karardı ancak önceki karara ilişkin tüm görüşlerin hukuki nitelmesini yapmak mümkün idi. Oysa 2007 yılı ve sonrasında verilen kararlarla, işçinin yaptığı başvuru, adeta sembolik bir şekil şartına dönüştürülmüştür. 2005 yılında verdiği kararda, Medeni Kanun’un 1. maddesinin ikinci fıkrasına değinen Yargıtay, daha sonradan verdiği kararlarda, aynı maddenin “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır” şeklindeki 1. fıkrasını göz ardı etmiştir. Gerçekten Yargıtay, “İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır.” cümlesini, kanundan hatta cümlenin geçtiği maddeden ve fıkradan bağımsız olarak uygulamış ve işçinin başvuruda bulunmasının dışında bir zorunluluğu olmadığı sonucuna varmıştır.

2005 yılında, davete rağmen işe başlamayan işçiye, İş Kanunu m. 21/5’i uygulayarak; kıdem ve ihbar tazminatı verilmesi gerektiğini söyleyen (bunun doğal sonucu olarak da 4 aylık boşta geçen süre ücretinin ödenmemesi gerektiğini düşündüren) Yargıtay; 2007 yılında hem kıdem ve ihbar tazminatının hem de boşta

geçen süre ücretinin ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Konuya ilişkin Yargıtay’ın bu ikinci görüşünde, sözleşmenin askıda kalma hali ve dava sonunda oluşan yeni fesih tarihi gibi hususlarda görüş ihdas edilmemiştir. Ancak, kararın bizi götürdüğü zorunlu sonuç, 4 aylık boşta geçen süre ücretinin ödenmesinin, fesih tarihinin de değiştiği anlamı taşıması gerekliliğidir. Oysa ki, işverenin yaptığı tek bir fesih vardır, o fesih de hukuken geçersiz kılınmıştır. İşverenin fesih hukuki açıdan söz konusu olmadığı halde, işveren aynı anda hem geçerli bir fesih yapmış gibi, hem de geçersiz bir fesih yapmış gibi yükümlülüklerle yüz yüze bırakılmıştır.

Yargıtay’ın bu görüşü, işverene yaptığı başvuruda samimi olmayan işçilerden öte, mahkemeye yaptığı başvuruda samimi olmayan işçilerin oluşmasına da sebep olmuştur. Gerçekten de (gözlemlerimize göre), sadece bir başvuru yaparak, 4 aylık boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların her halükarda kazanılması, işe geri dönmeyi baştan beri hiç düşünmeyen işçileri de işe iade davası açmaya sevk edebilmektedir!

### 3. Yargıtay’ın 2008 Yılı Sonrasındaki (son) İçtihadı

Yukarıda bahsi geçen kararların verildiği yakın geçmişten bugüne mevzuatta herhangi bir değişiklik olmamıştır. Kararları yargı sürecinin yavaş işlemesiyle ilişkilendirerek yapılabilecek açıklamalar<sup>21</sup> yönünden de değişen bir şey olmamıştır. Yargıtay’ın iş yükü hala çok fazladır<sup>22</sup> ve yargılama süreci ağır işlemeye devam etmektedir. Son bir yıldır yaşanan ekonomik krizin, işe iade davalarının sayısını ve dolayısıyla Dairenin iş yükünü daha da artıracığı ise aşikârdır.

Yargıtay, mevzuatta ve diğer faktörlerde bir değişiklik olmadığı halde, çokça eleştirilen kararlarından dönmüş<sup>23</sup> ve son içtihadını “İşçi işe iade yönündeki başvurusunda samimi olmalıdır. İşverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir.” şeklinde oluşturmuştur.

Dairenin isabetli bulduğumuz yeni kararlarında<sup>24</sup> işçinin başvurusunun samimi olması şartı aranmış, işçinin başvurusunun samimi

olup olmadığına da davetten sonra işe başlayıp başlamama durumuna göre anlaşılacağı belirlenmiştir. Daire, bu son kararlarıyla, işe iade için başvurup, davete rağmen işe başlamamayı, hiç başvurmama olarak değerlendirmiştir. Böylece, İş Kanunu 21/5. maddede geçen, “işverenin geçerli bir feshin sonuçlarından sorumlu olması” sonucuna ulaşılmıştır. Karar bu yönüyle, Dairenin 2005 yılında verdiği kararıyla<sup>25</sup> kısmen paralellik göstermektedir. Diğer yandan, 2007 yılında verilen kararlardaki<sup>26</sup>, “geçerli hale gelen feshe rağmen, boşta geçen süre ücretine hükmetmek” gibi hukuken açıklanması güç bir durum yaratan kararlardan dönülmüştür.

Feshin geçersizliğine ilişkin yargı kararının kesinleşmesinden sonra, geçersiz sebeple yapılan feshin nasıl bir sonuç doğuracağını belirleyen ilk şey, işçinin 10 işgünü içerisinde yapacağı başvurudur. İşçinin bu başvuruyu yapmamasıyla, geçersiz feshin nasıl sonuç doğuracağı ortaya çıkar.<sup>27</sup> İşçinin başvuru yapması halinde ise, geçersiz feshin meydana getireceği hukuki durumu, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmama yönündeki iradesi belirleyecektir.

İşçinin yaptığı başvurunun “işe başlamak için” yapılması gerektiği, Yasa metninde açıkça belirtilmiştir. Bu itibarla işçinin 4 aylık boşta geçen süre ücretini almak için veya başka gayelerle yapacağı başvuruya İş Kanunu cevaz vermemektedir. Keza tarafların görünen iradelerine değil, asıl iradelerine kıymet verilmesi<sup>28</sup> gerekliliği de hukukun temel prensiplerindedir.

Nitekim Yargıtay’ın ısrarla kullandığı “samimi olma” ifadesiyle de, yapılan başvurunun salt görünen irade olmaması, “işe başlama” isteğinin “içten” olması gerekliliği anlatılıyor olsa gerektir.<sup>29</sup> Bu sebeple, yapılan başvurunun “işe başlamak için” yapılan bir başvuru olmadığına anlaşıldığı durumlarda, bu başvuruyu hukuken yok saymak gerekmektedir. Yargıtay’ın son içtihadını bu yönden isabetli bulmaktayız.

Yargıtay’ın konuya ilişkin daha önceki kararlarına yönelik getirilen eleştirilerden, “işe başlamayan işçinin iş akdini kendisinin sonlandırmış olduğu” yönündeki görüşlerde de işçinin gerçek iradesini yansıtmayan başvuruya hukuken değer verildiğinden, katılamamaktayız<sup>30</sup>.

Kuşkusuz, işçinin işe başlamamasını, başvuru-

rusunun samimi olmaması olarak yorumlayabilmenin ilk koşulu, işverenin işe davete dair beyanının da samimi olmasıdır. Bunun dışında da işçinin işe başlamadığı her durumda işçinin başvurusunun samimi olmadığına anlaşılacağını, genel bir kaide olarak söylemek sakıncalıdır.<sup>31</sup> Yargıç, önüne gelen her somut olayın özelliğine göre konuyu değerlendirerek yasalara ve hakkaniyete uygun bir karar verecektir.

#### IV. AYLIK BOŞTA GEÇEN SÜRE ÜCRETİNE İLİŞKİN FAİZ BAŞLANGICI SORUNU

Yüksek Mahkeme, son zamanlarda istikrarlı bir şekilde verdiği kararlarıyla, tarafımızca da isabetli bulunmayan ve çokça eleştirilen önceki kararından dönmüş ve 4 aylık boşta geçen süre ücretine hak kazanmaya ilişkin koşulları açık bir şekilde ortaya koymuştur. Kanımızca, bu kararın doğal sonucu olarak, boşta geçen süre ücretine uygulanacak faizin, başlangıç tarihine ilişkin müstakar kararlardan da dönülmesi zaruret arz etmektedir.

Yargıtay, iş güvencesi ödemelerinin nitelikleri ve uygulanacak faiz türleri ve de faizin başlangıç tarihi konusundaki görüşlerini istikrarlı bir şekilde uygulamaktadır. Birçok Yargıtay kararında da ifade bulduğu üzere, işe başlatma tazminatı, ücret niteliğinde olmayıp, bu alacağa yasal faiz uygulanacaktır. 4 aylık boşta geçen süre ücreti ise, ücret niteliğinde olduğundan, İş Kanunu 34. madde gereğince, bu alacağa, en yüksek mevduat faizi uygulanacaktır. Söz konusu faizin başlangıcı, işçinin işe iade için işverene başvurduğu tarihtir. Bu düşüncenin, Kanunda bir dayanağı olmadığı açıktır. Öyle ise, söz konusu düşüncenin kaynağı, “işçinin 4 aylık ücrete hak kazanmak için, işverene başvurusunun yeterli olacağı” yönündeki (eski) içtihat olsa gerektir.

Yargıtay’ın, 4 aylık ücrete hak kazanmak için başvuruyu yeterli gören görüşü ile 4 aylık ücrete başvuru tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerektiği yönündeki görüşü birbiriyle tutarlı idi. Ancak, incelememizin konusu olan son içtihadı göre, işçinin 4 aylık ücrete hak kazanabilmesi için, başvurusunda samimi olması

(işverenin davetine icabet etmesi) şartı aran-  
dığından; söz konusu alacağı/borca, işçinin  
başvurusunun samimi olup olmadığının henüz  
belli olmadığı bir andan itibaren faiz işletilmesi  
tutarsız olacaktır.

Alacaklı, edimin ifasını hangi andan itiba-  
ren isteyebiliyorsa, o andan itibaren alacak  
"muaccel"dir<sup>32</sup>. Yargıtay'ın isabetli bulduğu-  
muz son kararlarına göre, alacaklı (işçi) baş-  
vurusunun samimi olduğunu (işe başlayarak)  
kanıtladığında boşta geçen süre ücretine hak  
kazanacağından, muacceliyet tarihi de işçinin  
işe başlama tarihidir<sup>33</sup>. Faiz alacağı, anapara  
alacağına bağlı ek bir alacak olduğundan<sup>34</sup> ana-  
para talep edilebilir (muaccel) olmadan, faiz de  
işleme başlamaz.

Bir başka ifadeyle, alacağın bağlı olduğu  
şart<sup>35</sup> önceki görüşe göre işe başvurmak iken,  
şimdi işçinin işverence işe başlatılmaması ya da  
işverenin davetiyle işe başlaması olmuştur. Şar-  
ta bağlı bir borçta, şart gerçekleşmeden alacak  
muaccel olamayacak, dolayısıyla faiz de işleme-  
yecektir.

İşçiyi işe başlatmayı düşünen işverenin faiz  
ödememesi için yapabileceği tek şey, işe başvu-  
rusunda samimi olup olmadığı henüz bilinme-  
yen bir işçiye derhal ödeme yapmaktır. Daha  
sonra işçinin başvurusunun samimi olmadığı  
anlaşıldığında (ve boşta geçen süre ücretine hak  
kazanmamış olduğu anlaşıldığında) ise işvere-  
nin işçiden talepte bulunması gerekecektir.

Nitekim uygulamada da çok sık rastlandığı  
üzere, işe başlamak için işverene başvuru ya-  
pan işçi, bunun hemen akabinde, boşta geçen  
süre ücretinin ödenmesi talebiyle ilamsız icra  
takibi başlatabilmektedir. Böyle bir durumda,  
işçiyi işe başlatıp başlatmama yönündeki ira-  
desini belirlemek için 1 aylık süresi bulunan  
işverenin, icra takibine itiraz etmek için ise sa-  
dece 7 günlük süresi olmaktadır. Varlığı kesin-  
leşmemiş bir alacağın muaccel olması hukuken  
kabul edilebilir bir durum değildir.

Bu sebeplerle, Dairenin, son içtihatlarına pa-  
ralel şekilde, faiz başlangıcı konusunda da yeni  
bir içtihat oluşturması gerektiği inancındayız.

## V. SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve devamı

maddelerinde düzenlenen iş güvencesi hü-  
kümlerinin amacı, işverenin iş sözleşmesini  
meşru ve makul görülebilecek bir neden ol-  
maksızın keyfi olarak sona erdirmesinin en-  
gellenmesi, dolayısıyla iş ilişkilerinde sürekli-  
liğin sağlanmasıdır.<sup>36</sup> Bir başka ifadeyle Türk  
iş hukukunda iş güvencesi, -asıl olarak- feshin  
geçersizliğinin tespiti halinde, işçinin eski işine  
dönebilme hakkı olarak kurgulanmıştır. Geçer-  
siz fesih sonucu meydana gelen zararın tazmi-  
natla (kısmen) giderilmesi ikincil bir yol olarak  
öngörülmüş ve bu husustaki tercih hakkı da  
salt işverene verilmiştir. İşçinin işe iade yerine  
tazminatı seçme hakkı bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın, işçinin işe iade için yaptığı baş-  
vurunun samimi olmadığını anlaşılması hal-  
linde, yapılan başvuruyu geçersiz sayması, bu  
halde, 21. maddenin 5. fıkrası gereğince, işve-  
renin sadece geçerli bir feshin sonuçlarından  
sorumlu tutulması, boşta geçen süre ücretine  
hak kazanılamayacağı yönündeki kararlarını  
isabetli bulmaktayız.

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesine  
ilişkin hükümleri, belirli bir takvim öngörülerek  
düzenlenmiştir. Ne var ki, Yasanın öngördüğü  
takvimin uygulanmasının ve feshin geçersizli-  
ğinin 4 ay gibi bir sürede tespit edilmesinin im-  
kansızlığı Yasa'nın yürürlüğe girdiği ilk günden  
beri aşıkardır. Gerçekten de sona ermiş bir iş  
ilişkinin çok uzun bir süre sonra ihya edilme-  
si, işçi için de işveren de için de güçtür. Yargıla-  
manın uzun sürmesinin yarattığı olumsuzlukla-  
rı, içtihat yoluyla ve hakkaniyete uygun olarak  
çözümlemeye çalışırken, hukuka uygunluğun  
göz ardı edilmesi ise kabul edilemez. Yasal bir  
düzenlemenin olduğu durumlarda, hâkimin  
hukuk yaratması mümkün olmayacağından,  
yürürlükteki yasalar karşısında, Yargıtay'ın ka-  
rarı son derece isabetlidir. Yargıtay'ın son ka-  
rarını, işçi lehine yorum ilkesiyle eleştirmek de  
kanımızca mümkün değildir.

## DİPNOTLAR

- 1 Karar metni, Kazancı İctihat Bankası'ndan alınmıştır.
- 2 1475 sayılı İş Kanunu'na 15 Ağustos 2002 tarih ve 24847  
sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4773 sayılı Kanun'la iş  
güvencesine ilişkin hükümler eklenmiş ve söz konusu  
hükümler 15 Mart 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
- 3 4857 sayılı İş Kanunu 22 Mayıs 2003 tarihinde kabul



- edilmiş ve 10 Haziran 2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
- 4 Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendine 18 Şubat 2009 tarih ve 5838 sayılı Kanun'la "Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya yükümlülüklerini yerine getirmek" ibaresi eklenmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 24 Kasım 2007 tarih ve 26710 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 19.10.2005 T., 2003/66 E. ve 2005/72 K. sayılı Kararıyla, Kanununun 20. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinin "Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya..." bölümü ve aynı maddenin 4. fıkrası iptal edilmiştir.
- 5 En az 30 işçi çalıştırılan işyerlerinde belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan, en az altı ay kıdemli olan ve İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen işveren vekillerinden olmayan işçiler iş güvencesi kapsamındadır.
- 6 Hatta, belirli süreli iş akitlerinin süre birimi sebebiyle sonlanması halinde dahi, sözleşmenin belirli süreli yapılmasının yasaya aykırı oluşu iddiasıyla da, işe iade davalarının açıldığı malumdur.
- 7 4 aylık boшта geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatının ikisini birden ifade etmek için, "iş güvencesi ödemeleri" ifadesinin kullanılabileceğini düşünmekteyim.
- 8 4 aylık boшта geçen süre ücretinin, hangi 4 ay olacağı yasada belirtilmemiştir. Ancak, geçersiz sayılan feshi takip eden 4 ay olarak kabul edilmesine yönelik Yargıtay içtihadı istikrarlı bir şekilde uygulanmaktadır.
- 9 İş Kanunu Madde 21, 4. fıkra.
- 10 Bu üç olasılıktan hiçbirisinin meydana gelen duruma uygulanamaması halinde, ya genel hükümlere (Borçlar Kanunu) göre çözüm bulunacak ya da MK madde 1 gereğince, yasa boşluğu hâkim tarafından doldurulacaktır.
- 11 Yargıtay 9. HD 11.07.2005 tarih, 2005/20810 Esas, 2005/24800 Karar.
- 12 Karar, sadece kıdem ve ihbar tazminatı talepli açılmış bir davaya ilişkin olduğundan, kararda boшта geçen süre ücretine hak kazanma konusuna değinilmemiştir. Ancak karar, işe davete rağmen işe başlamayan işçinin durumunun hukuki niteliği açısından önemli ve inceleme konusu kararla doğrudan ilgilidir.
- 13 Kararda ulaşılan görüşü, kısmen hatalı ve eksik olsa da sonucu itibariyle doğru bulan görüş için Bkz.: UÇUM, Mehmet, "İşe İadede İşverenin Çağrısına Rağmen İşe Başlamamanın Hukuki Sonuçları" [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_885.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_885.htm)
- 14 İşverenin işçiyi işe başlatma isteğine ve beyanına rağmen işe başlamakta vazgeçen işçinin davranışının istifa olarak kabul edilmesi konusunda ayrıca bkz; Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku (2. Bası), Ankara 2005 s. 593-594.
- 15 AKTAY, Nizamettin; "İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi", Sicil İş Hukuku Dergisi sayı 3, Eylül 2006 s. 103-109.
- 16 Yargıtay 9. HD. 09.10.2007 tarih ve 2007/21601 E., 2007/29856 K.
- 17 10 no'lu dipnotta yer alan karar.
- 18 ÜNLÜ, Vahap; "İşverenin Davetine Rağmen İşçinin İşe Başlamaktan Vazgeçmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi sayı 8, Aralık 2007 s. 80-85.
- 19 Yargıtay 9. HD. 09.10.2007 tarih ve 2007/21611 E., 2007/29866 K.
- 20 UÇUM, Mehmet; "İşe İade Sonunda Dört Aylık Ücret Ve Diğer Hakların Ödenmesinde İşçinin İşe Başvurusunun Yeterli Olup Olmadığı", Legal YKİ, sayı 7, s. 35-44.
- 21 Bkz.: 14 no'lu dipnotta belirtilen makale ve makalede yapılan atıflar.
- 22 Yargıtay'ın ve özellikle 9. Hukuk Dairesi'nin iş yüküyle ilgili olarak bkz: BOSTANCI, Uygur; "Adalet Dağıştanlara da Adil Davranmalıdır" MESS İşveren Gazetesi, Mayıs 2009.
- 23 Esasen, Yargıtay dairelerinden birinin; yerleşmiş içtihadından dönmek istemesi halinde bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak görevi, Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesiyle Hukuk ve Ceza Genel Kurullarına verilmiştir.
- 24 Birçok ilke kararında vurgulanan yeni görüş, doğrudan bu konuya ilişkin uyumsuzluklara da uygulanmaktadır. İstanbul 9. İş Mahkemesi'nin benzer bir olay için verdiği 2006/1458 E., 2007/301 K. sayılı kararı, Yargıtay'ın 4.12.2008 tarih, 2007/31466 E. 2008/33417 K. sayılı kararıyla "formül onama" şeklinde onanmıştır.
- 25 10 no'lu dipnotta belirtilen karar.
- 26 15. ve 18. dipnotlarda belirtilen kararlar.
- 27 İşçinin işe başlamak için başvurmaması halinde, Kanununun 21/5. maddesine göre geçerli feshin sonuçları ortaya çıkacaktır.
- 28 Borçlar Kanunu Madde 18.
- 29 Samimi: "İçten", "açık yüreklilikle davranan" <http://www.tdk.gov.tr/>
- 30 Fakat bu noktada, işçinin alacağı boшта geçen süre ücreti ile kıdem ve ihbar tazminatlarının miktarları da belirli olabilecektir. Zira hiç kimse kendi muvazaasından yararlanamaz. Alacağı boшта geçen süre ücreti, mahrum kalacağı kıdem ve ihbar tazminatlarından fazla olacağı düşüncesiyle başvuru yapan işçinin davranışı hukuken korunmamalıdır.
- 31 Örneğin, işe başlamak için yaptığı başvurunun ardından, işe başlaması filen imkansızlaşan bir işçinin, işe başlamadığı için, başvurusunun samimi olmadığı –elbette-söylenemeyecektir.
- 32 REİSOĞLU, Sefa; Borçlar Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2006; s. 284.
- 33 İşçi, başvuruya rağmen işverence işe başlatılmadığında ise, işe başlatılmama tarihi, 4 aylık boшта geçen süre ücreti için de muacceliyet tarihi olmalıdır.
- 34 RESİOĞLU, s. 272.
- 35 İşe başlatmama tazminatının hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde farklı görüşler savunulmaktadır. Boшта geçen süre ücreti ise, kanımızca, Borçlar Kanunu'nun 149. maddesinde düzenlenen şarta bağlı borç niteliğindedir.
- 36 Yargıtay 9. HD. 11.6.2007 tarih 2007/15603 E., 2007/18639 K.

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Türk İş Hukukunda Resmi Arabuluculuk Müessesesi ve Bazı Öngörüler

Bilindiği gibi toplu iş uyuşmazlıkları bazı hallerde mücadeleci yollarla bazı hallerde de zorunlu çözüm yolları ile giderilir. Bununla ilgili olarak Yüksek Hakem Kurulu, Resmi Arabuluculuk müessesesi öngörüldüğü gibi grev ve lokavt yolları da kabul edilmiştir.

Aşağıda detaylarıyla anlatılacak arabuluculuk ve uzlaştırma kurullarının uyuşmazlığı çözüm tarzları ülkelere göre farklılıklar arz etse de, işlevleri her zaman tarafları çözüme ulaştırmaktır. Burada da en etkin güç, muhakeme gücü ve ikna kabiliyetidir<sup>1</sup>.

1983 yılında yürürlüğe giren 2822 sayılı TİSGLK'dan önce de toplu iş uyuşmazlıklarının giderilmesini sağlayan barışçı yollar mevcut idi. Ancak adından da anlaşıldığı üzere barışçı yollar, taraflara baskıcı uygulamalar yaptırılarak değil, bilakis tarafların üzerinde baskı uygulamaksızın, itidal yolu ile tarafların anlaşmalarını sağlamaya yönelik tedbirler olarak anlaşılmalıdır. Bu temel anlayış ve uygulamalardan hareketle toplu iş uyuşmazlıklarının barışçı yollarla çözümü için getirilmiş bir müessese olarak Arabuluculuk, özellikle son zamanlarda yeni TİSGLK çalışmaları yapıldığı dönemde şu haliyle yeniden inceleme yapılmaya değer bir konudur. Üzerinde bazılarının peşin hükümle

yararsızlığı görüşleri beyan edilse de arabuluculuk müessesesinin yararları, uyuşmazlıklarda faydalı katkıları istatistiklerle de sabittir. Ancak mevcut halini ve geleceğe yönelik öngörülerimizi belirtmeden önce barışçı uzlaşma yollarının geçmişteki hallerini kısaca belirterek okuyucuların bilgilerini tazelemek yerinde olacaktır.

### 1. 275 sayılı TİSGLK Döneminde Resmi Uzlaşma Yolu Olarak Uzlaştırma Kurulu

2822 sayılı Kanun öncesi dönemde yürürlükte bulunan 275 sayılı TİSGLK barışçı çözüm yolu olarak "uzlaştırma" sistemini öngörmüş idi. Kanun 14, 15 ve 16. maddeler ile toplu iş uyuşmazlığının nasıl doğacağını, nasıl giderileceğini ve tutanaklarının nasıl tutulacağını belirtmektedir. 275 sayılı Kanun'da uyuşmazlık sonucu uzlaştırmaya gidilebilmesi için ya toplu görüşme için tespit edilen yer, gün ve saatte, taraflardan birinin toplantıya gelmemesi ve bu surette toplantının yapılamaması ya da taraflar toplantıya katıldıkları halde anlaşmaya varamamaları durumunda uzlaştırmaya gidilebileceğini belirtmekteydi. Uzlaştırma toplantısının tertip-

leyicisi Çalışma Bakanlığı ya da ilgi durumuna göre Bölge Müdürlüğü idi. Toplantı uyuşmazlık tutanağının alınmasından itibaren on iki iş günü içinde tertiplenmekteydi. Tarafların toplantıya gelmeleri veya birer temsilci göndermeleri zorunlu idi. Ayrıca tarafların toplantı için birer tarafsız aracı seçip göndermeleri gerekmekteydi. Toplantıda iki tarafsız aracı üçüncü bir tarafsız aracı seçerler. İkisinin üçüncü tarafsız aracılığı seçmeleri hususunda bir tıkanma, seçememe yaşanırsa bunun giderilmesi yolları da Kanunla belirlenmişti. Uzlaştırma toplantısı on beş gün sürmekte, taraflar isterlerse süreyi uzatabilmekte idiler. İşverenin kendi tarafsız aracısını, işçi tarafının kendi tarafsız aracısını seçmesi, her ikisinin üçüncü tarafsız aracılığı seçmesi gibi bir uygulamanın anlamsız ve anlaşmayı güçleştirici olduğu iddiaları da ileri sürülse de bu düzenin uzunca bir müddet devam ettiği bilinmektedir<sup>2</sup>.

Uzlaştırma kurulu oy çokluğu ile karar verirdi. Eğer uzlaştırma kurulunun kararı taraflarca kabul edilirse bu toplu iş sözleşmesi hükmünde idi.

Uzlaştırma kurulu toplantısına taraflardan biri gelmemiş veya temsilci göndermemiş ve yahut tarafsız aracı seçmemiş, uzlaştırma toplantısı süresi anlaşmaya varılmadan geçmişse ya da uzlaştırma kararını taraflar kabul etmişlerse durum uzlaştırma kurulunca bir tutanakla belgelenir ve taraflar ile görevli makama bildirilir.

275 sayılı Kanun'daki uzlaştırma sisteminde her uyuşmazlık konusu uzlaştırma için ayrı ayrı bir uzlaştırma kurulu oluşturulmaktaydı. Ayrıca uzlaştırma kurulunun araştırma araçları düzenlenmediği gibi, öneri niteliğinde kararlarını etkileyecek bir hüküm Kanunda bulunmamaktaydı<sup>3</sup>.

## II. 2822 sayılı TİSGLK Düzenlemesinde Resmi Arabuluculuk Müessesesi

Uzlaştırma sisteminin beklenen yararı sağlamadığı<sup>4</sup> ve tarafsız araçların gerçekte tarafsız olamadığı inancının da yerleşmesi sonucu 2822 sayılı TİSGLK menfaat uyuşmazlıklarında

gidilmesi zorunlu bir yol olarak "arabuluculuk" müessesesini kabul etmiştir. Ayrıca eğer işyeri ya da işletme için grev ve lokavt yasağı varsa zorunlu olarak Yüksek Hakem Kuruluna gitmeden önce başvurulması gereken bir uzlaştırma yoludur. 275 sayılı Kanun döneminde her bir uyuşmazlık için ayrı ayrı yeniden belirleme yapılması söz konusu iken 2822 sayılı Kanun dönemleri itibarıyla (üçer yıllık) seçilen resmi arabulucuların görev yapmalarını kabul ederek, tabir caizse görevi otomatikçe bağlamıştır. Resmi arabulucular her sefer yeniden seçilmez, listeden belirlenirler. Bu hususta da yetki genelde hâkimlere tanınmış olarak kullanılmaktadır (tarafların anlaşarak arabulucu seçmeleri hali ve görevli makamda yapılan ad çekme hali istisna). Arabuluculuk müessesesi bir görüşe göre<sup>5</sup> olağan ve olağanüstü arabuluculuk olarak değerlendirilmiştir. Toplu görüşmeler sırasında ya da sonunda grev ve lokavt kararlarının alınmasından önceki aşamada yapılan ve her uyuşmazlıkta söz konusu olan arabuluculuk olağan arabuluculuk, grev ve lokavtın ertelenmesi söz konusu olduğunda ertelenme sonrası uygulanan arabuluculuk uygulamasına ise olağanüstü arabuluculuk denilmiştir<sup>6</sup>.

Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin başlamasından itibaren otuz gün geçmesine rağmen taraflar arasında anlaşma sağlanamamışsa, taraflardan her biri resmi listeden bir arabulucunun uyuşmazlığa katılmasını görevli makamdaki isteyebilir (md.22/2)<sup>7</sup>. Bu hal tamamen tarafların inisiyatifine bırakılmış olup bu hali dolayısıyla gönüllü arabuluculuk olarak da adlandırılmıştır<sup>8</sup>.

Ayrıca toplu görüşme için belirlenen yer, gün ve saatte taraflardan biri toplantıya gelmezse veya toplantıya geldiği halde görüşmeye başlamazsa ya da toplu görüşmeye başladıktan sonra taraflardan biri toplantıya devam etmezse, toplantıya gelen taraf, durumu görevli makama altı iş günü içerisinde bildirerek resmi listeden bir arabulucu atanmasını isteyebilir (md.22/1).

Başvuruyu alan görevli makam, arabulucu tayini için tarafları altı iş günü içerisinde toplantıya çağırır. Taraflardan biri bu toplantıya katılmazsa veya resmi listeden bir arabulucu seçimi

konusunda taraflar anlaşılırsa sorun kalmaz. Arabulucu seçilmiş olur ve görev yerine getirilir. Taraflardan biri toplantıya katılmaz veya toplantıda arabulucu tayini konusunda taraflar anlaşamazlarsa, görevli makam, resmi listeden bir arabulucuyu taraflardan en az birinin huzurunda ad çekmek suretiyle tespit eder. Böylece arabulucu seçimi yapılmış olup, arabulucu tebligat üzerine göreve başlar.<sup>9</sup>

Toplu görüşmenin başlamasından itibaren altmış gün içinde taraflar anlaşamadıklarını bir tutanak ile tespit ederlerse veya toplu görüşmenin başlamasından itibaren altmışıncı günün sonunda anlaşmaya varamamışlarsa, taraflardan biri durumu görevli makama yazı ile bildirir (21/2)<sup>10</sup>.

Otuz günlük süre içinde arabulucu tayini yoluna gidilmemiş ve toplu görüşmenin başladığı tarihten itibaren de altmış gün geçmesine rağmen anlaşma sağlanamamışsa, görevli makam başvuru üzerine ya da re'sen altı iş günü içerisinde mahkemeye başvurarak resmi listeden bir arabulucu seçilmesini talep eder (md.22/3)<sup>11</sup>. Bu halde de arabuluculuk müessesesi zorunlu arabuluculuk olarak adlandırılmıştır<sup>12</sup>.

2822 sayılı Kanun resmi arabulucunun faaliyet göstereceği bir alan olarak da grev ve lokavtın Bakanlar Kurulu kararıyla ertelenmesi dönemini göstermektedir. Bilindiği gibi Bakanlar Kurulu genel sağlık<sup>13</sup> ve milli güvenlik gerekçeleriyle başlamış ya da karar verilmiş bir grev veya lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilmektedir. Erteleme kararına karşı Danıştay'da dava açılıp iptali ve grev ve lokavtın kaldırıldığı yerden devamı ya da başlatılması mümkündür. Ancak Bakanlar Kurulu kararına karşı zamanında dava açılmamışsa ya da açılan dava reddedilmişse erteleme kararnamesinin yürürlüğe girmesiyle Çalışma Bakanı bizzat veya resmi listeden seçeceği bir arabulucu yardımı ile erteleme devamı esnasında her türlü gayreti gösterir. Görüldüğü gibi bu dönem arabulucunun Bakan kararı ile uyuşmazlığın çözümü için devreye sokulabileceği bir dönem olup, bir arabuluculuk çalışmasını göstermektedir.

Resmi arabulucunun görevi mahkemece kendisine yapılacak tebligattan itibaren başlar (md.22/son). Mahkemece resmi arabulu-

cu atanmasına ilişkin kararın kesin olduğuna ilişkin olarak Kanunda bir düzenleme mevcut değildir. Bu halde mahkeme kararları üzerine temyize gitmek mümkündür<sup>14</sup>.

### III. Arabuluculuk Görevinin İcrası

Arabulucu mahkemece, tarafların anlaşmasıyla ya da ad çekme usulüyle atanması ve kendisine tebligatın yapılmasıyla göreve başlar. Tebligat 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Arabulucunun nasıl bir çalışma usulü uygulayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur<sup>15</sup>. Arabulucunun on beş günlük çalışma süresi içerisinde taraflarla toplantılar yapması -toplantıları birlikte ya da ayrı ayrı yapabilir- onlara çeşitli teklifler götürmesi, götürdüğü teklifleri toplantılar sonucu revize ederek yenilemesi mümkündür. Amaç tamamen on beş gün içerisinde tarafların anlaşmasını sağlamaktır (taraflar anlaşarak bu süreyi altı işgünü uzatabilirler). Bu arada tarafların üzerinde uzlaşamadıkları konularda arabulucunun faaliyet göstermesi asıldır. Ancak uyuşmazlığa konu olan maddelerin tarafların anlaşmasıyla daha önceden üzerinde anlaşılan maddelerle birlikte ele alınması ve yeniden düzenlenmesi de mümkündür<sup>16</sup>. Asıl olan tarafların mutabakatı ile bir toplu iş sözleşmesine ulaşılmasını temin etmektir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı resmi arabuluculara gönderdiği bir yazı (deyim teriminde ise talimatname ile) arabulucuların çalışmalarına nasıl başlayacaklarına ilişkin belirlemeler yapmaktadır<sup>17</sup>. Buna göre Bakanlık “.İşçi sendikası tarafından başlatılan toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin uyuşmazlıkla sonuçlanması halinde, Görevli Makam (Bakanlık, Bölge Müdürlüğü) veya İş Mahkemesi tarafından uyuşmazlığın çözümü için resmi arabulucu olarak seçilmenizin tarafınıza tebliğinden itibaren, taraflar arasında kesilmiş olan görüşmelerin yeniden başlatılması yönünde çözüm yolları aranması için çalışmaların işyerinde, işyeri işvereni işveren sendikası üyesi olduğu takdirde işveren sendikası nezdinde başlatılması..gerekmektedir.” talimatını vermektedir. Ne 2822 sayılı Kanunda ne de Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğünde Bakanlığa bu şekilde

arabuluculara çalışmaya nereden başlayacaklarına ilişkin bir talimat verebileceklerine dair bir ibare bulunmamaktadır. Arabulucu kendisine gelen dosyayı inceleyip taraflarla kısa görüşmeler yaptıktan sonra her olay için ayrı ayrı çalışmaya nereden başlayacağını kendisi belirleyecektir. Burada arabulucunun inisiyatifi, tarafların psikolojisi çok önemlidir. Bunu da en iyi olarak arabulucu takdir edebilir. Belki işçi sendikası merkezinde ya da taraflardan bağımsız bir yerde yapılacak toplantı taraflara daha fazla güven verebilir. Bu sebeple Bakanlığın bu konuda talimat verir bir biçimde görüş beyan etmesi kanaatimce yerinde değildir.

Arabulucu, çalışması esnasında tarafların sahip olduğu bütün bilgi ve belgeleri isteyebilir. Resmi arabulucu olarak atanmış görevlerinin ifası esnasında veya ifası dolayısı ile işledikleri ya da kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılırlar (Md.69/II). Ayrıca arabulucular sırf taraflara zarar verme kastı ile hareket ederek görevini yapmaktan kaçınırsa ya da görevleri sonunda tutmakla görevli oldukları tutanağı sırf tarafları ızzar kastı ile süresi içerisinde (üç iş günü içerisinde- Md.23) görevli makama tevdi etmezlerse yüz günden az olmak kaydıyla adli para cezasıyla cezalandırılmaları söz konusudur (Md.69/I).

Arabulucunun görev yaptığı esnada tarafların çalışma barışını korumaları zorunludur. Bu dönemde greve ve lokavta gidilemez ve başkaca iş barışını bozacak eylem ve işlemlerde, davranışlarda bulunulamaz<sup>18</sup>. Bu dönem sulh borcunun mutlak olduğu bir dönem olarak kabul edilmelidir. Sulh borcuna aykırı eylem ve işlemler kanun dışı olarak kabul edilecektir.

#### IV. Resmi Arabuluculuk Teşkilatı ve Resmi Arabulucuların Seçilmesi

Resmi Arabuluculuk Teşkilatı, Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğünde belirtildiği üzere Çalışma Genel Müdürlüğüne bağlı Resmi Arabuluculuk Daire Başkanlığıyla, Seçici Kurul ve resmi arabuluculardan oluşur. Daire başkanlığı Seçici Kurulun raportörlük işlemlerini, resmi arabuluculara yapılacak ödemeleri karşılamak üzere oluşturulacak fona ilişkin işlemleri ve diğer büro hizmetlerini yürütür.

Resmi arabuluculuk yapabilecek olanlar, Resmi Arabulucular Seçici Kurulunca belirlenir.

Seçici Kurula ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı başkanlık eder. Seçici Kurula katılacak diğer üyeler de şu şekilde belirlenmiştir (Tüzük Md.24);

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşarı veya Yardımcısı,
- Çalışma Genel Müdürü,
- Üniversitelerin iş hukuku, sosyal politika, endüstri ilişkileri ve iktisat öğretim üyeleri arasından Yükseköğretim Kurulunca seçilen bir üye,

- En çok üyeye sahip işçi konfederasyonu yönetim kurulunca seçilen iki üye,

- En çok üyeye sahip işveren konfederasyonu yönetim kurulunca biri kamu işverenlerinden olmak üzere seçilecek iki üyeden oluşur.

- Seçimle gelen üyelerin görev süreleri üç yıldır, yeniden seçilebilirler; her bir üye için iki yedek üye seçilir. Herhangi bir nedenle görevi sona eren üyenin yerine seçilen üye kalan süreyi tamamlar. Bakanın toplantıya katılmaması halinde, Seçici Kurula, Müsteşar başkanlık eder. Seçici Kurul üyelerinin izinli veya özürlü olmaları halinde, toplantıya, yerlerine bakan görevliler ya da yedek üyeler katılır.

Resmi arabulucu olarak seçilebilmek için şu niteliklere sahip olmak gerekmektedir;

- Türk vatandaşı olmak,
- Medeni ve siyasi hakları tam olarak kullanma ehliyetine sahip olmak,
- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin A-5. fıkrasında öngörülen genel koşulları taşımak,
- Siyasi partilerin organlarında görevli olmamak,

- Sendika şubesi, sendika ve konfederasyonlarda herhangi bir suretle görevli bulunmamak.

- Kamu kurum ve kuruluşlarında görevli bulunmamak (Yükseköğretim Kanunu hükümleri saklıdır),

- Hukuk, sosyal politika, endüstri ilişkileri, iktisat ve işletme öğrenimi yapılan en az dört yıllık bir yükseköğretim kurumunu bitirmiş ve işçi-işveren ilişkileri alanında en az beş yıl ça-

lıymış olmak veya diğer yükseköğretim kurumlarını bitirmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarında en az 10 yıl iş hukukuyla ilgili görevlerde çalışmış olmak.

Resmi arabulucuların görev süresi üç yıldır. Seçilen arabulucular Resmi Gazete’de ilan edilirler ve ayrıca seçildikleri bölge müdürlüklerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemelerine de bildirilirler. Resmi arabulucuların tekrar seçilmeleri mümkündür. Niteliğini yitiren resmi arabulucuların bu sıfatlarının da sona erdiğini kabul etmek gerekmektedir.

Tüzük, sendika üyesi olan ve sendikada görevli olanların bu sendikanın tarafı olduğu bir uyuşmazlıkta, işveren veya işverene ait işyerlerinde görevli bulunanlarla da işverenin taraf olduğu bir uyuşmazlıkta resmi arabuluculuk yapamayacağı belirtilmektedir (Tüzük md.28/II). Bu ifade aslında tüzükte bulunmaması gereken bir ifade olup Tüzüğün md. 26/e hükmü ile çelişmektedir<sup>19</sup>. Bu hüküm yukarıda da ifade edildiği gibi sendika, sendika şubesi ve konfederasyonlarda görevli bulunanların zaten arabulucu olamayacaklarını belirtmektedir. Bu sebeple Tüzüğün 28. maddesindeki “...sendikada görevli olanlar...” ifadesinin Tüzükten acilen çıkarılması gerekmektedir. Herhalde Tüzük değişikliği esnasında hazırlayanlar ve Devlet Personel Başkanlığı bu hususu gözden kaçırmıştır.

## V. Resmi Arabuluculuk Müessesesinin Değerlendirilmesi

Resmi arabuluculuk müessesesi, üzerinde çokça görüşlerin beyan edildiği, lehte ve aleyhte görüşlerin (ağırlıklı olarak aleyhte) çok tekrarlandığı bir müessesedir. Buna rağmen 26 yıllık dönemde uygulanan resmi arabuluculuk müessesesinin birçok uyuşmazlığın çözümünde katkı yaptığı bilinmektedir. Çoğunlukla iş mahkemesi tarafından seçilen arabulucu yerine tarafların belirledikleri arabulucunun görevlendirilmesinin sağlanması, arabulucu listelerinde her zaman uzman olmayanların yer almasının yanlışlığı, uyuşmazlık mekânına gidilmemesi, çoğu zaman aynı kişilere görev verilmesi, mahkemelerin bu hususta duyarlı davranmamaları vb. hususlar tenkit konusu yapılmaktadır. Çoğu zaman bu görüşlere de katılmak mümkündür. Ancak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan istatistikler arabulucu çalışmalarının hiç de zikredildiği gibi verimsiz olmadığını göstermektedir. Aşağıda son dokuz yılın resmi arabulucu faaliyetlerini gösteren çizelge her ne kadar 2007 ve 2008 yıllarında oldukça düşük sayılarda resmi arabulucu dönemi uzlaşması göstermekteyse de diğer yıllar itibarıyla daha yüksek oranlarda arabulucu dönemi uyuşmazlık çözümü görülmektedir<sup>20</sup>.

YILLAR	ANLAŞMA İLE SONUÇLANAN				UYUŞMAZLIKLA SONUÇLANAN			
	Arabuluculuk Sayısı	Kapsadığı Uyuşmazlık Sayısı	Kapsadığı İşyeri Sayısı	Kapsadığı İşçi Sayısı	Arabuluculuk Sayısı	Kapsadığı Uyuşmazlık Sayısı	Kapsadığı İşyeri Sayısı	Kapsadığı İşçi Sayısı
2000	193	362	1.362	122.896	399	529	1.707	205.666
2001	174	174	4.506	186.046	398	436	3.109	212.650
2002	123	123	307	22.875	327	570	1.507	223.434
2003	162	162	1.760	57.998	302	333	4.552	326.833
2004	158	158	2.926	32.516	343	582	1.278	234.816
2005	158	231	1.109	106.421	374	399	2.255	183.593
2006	179	457	862	143.408	329	377	964	101.611
2007	118	118	892	31.514	338	431	4.874	289.509
2008	146	146	1.137	31.121	375	1.531	2.326	239.551

Gerçekten eğer tarafların itibar edecekleri, sözüne güven duydukları ve hakkaniyetle davranacağına kuşku duymayacakları kişilerden müteşekkil resmi arabulucu listeleri ile uyumsuzluklarda daha etkin olunacağı kabul edilmelidir. Son zamanlarda iş mahkemesi hâkimleri genelde eşit sayıda resmi arabulucu görevlendirmeleri yapmaktadırlar. Bunun iyi bir gelişme olduğu belirtilmelidir.

Resmi arabuluculuk, toplu iş sözleşmesine ulaşmada itidal dönemi olarak geçirilmek istenen bir dönemdir. Bu dönemde şeklen tarafların anlaşmaları için bir arabulucu tayin edilir, arabulucu çalışmalar yapar, iyi niyetli gelişmeleri sağlar. Ancak nihayetinde taraflar arabulucunun çalışmalarını kabul ya da ret edebilirler. Kanunun getirdiği sisteme uygun olarak sadece menfaat uyumsuzlukları için arabulucu prosedürü çalışır. Hak uyumsuzlukları için ise ya tarafların anlaşarak uyumsuzlukları çözmeleri ya da mahkeme yolu ile uyumsuzluğu çözmeleri gerekmektedir.

Menfaat uyumsuzluklarının giderilme yolunda tali öneme sahip (her ne kadar asli bir unsur olarak prosedürde geçirilmesi gereken bir yol olsa da) bir usul olan arabuluculuk kurumunun güçlendirilmesi halinde tali bir yol olmaktan çıkıp, asli bir yol haline gelmesi mümkündür. Arabuluculuk müessesesinin bu halini bilen kanun koyucu da son zamanlarda yaptığı yeni kanunlaştırma çalışmalarında arabuluculuk müessesesini tamamen ihtiyari bir hale getirerek, tarafların müştereken kararlaştırmaları halinde resmi arabulucuların toplu iş uyumsuzluğunda devreye gireceğini kabul eden bir düzenleme hazırlamaktadır<sup>21</sup>.

## SONUÇ

Kanaatimizce mesele, arabuluculuğu sadece tarafların inisiyatifine bırakılarak zaman içersinde kaybolacağı bir düzenlemeye indirgemek değil, kullanılabilir ve faydalanılabilir bir halde tutulmasının sağlanmasıdır. Bunun için de yukarıda arabuluculuk müessesesine yapılan tenkitler esas alınarak bir düzenleme yapılmalı ve müessese yaşatılmalıdır. Çünkü ne olursa olsun tarafların toplu iş sözleşmesine ulaşması, bunu anlaşarak sağlamaları esas olsa da belirli bir zamanı geçirmiş, grev ya da lokavt riski olan uyumsuzluklarda tarafların akliselimine itibar

edecekleri bir akil şahsın devreye girmesi kanaatimizce fayda sağlayacaktır. Ancak akil, tarafların itibar edeceği, çalışma hayatında tanınan ve bilgisine, ehliyetine güvenilen kişilerden belirlenecek resmi arabulucuların kurumsal olarak katkı sağlayacağı kabul edilmelidir.

## DİPNOTLAR

- 1 Günay, Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara 2004, s. 426, 427.
- 2 Tunçomağ, Kenan-Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 419.
- 3 Sur, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara 2008, s. 354.
- 4 Kabakcı, Mahmut, Toplu Pazarlık Sürecinde ortaya Çıkan Uyumsuzlukların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, İstanbul, 2004, s. 113.
- 5 Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2009, s. 599, Akyiğit Ercan, Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, Ankara, 2005, s. 509.
- 6 Akyiğit, s. 510.
- 7 Aktay, Nizamettin-Arıci, Kadir-Kaplan, Senyen, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara, 2009, s. 517.
- 8 Çelik, s. 601.
- 9 Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, Ekim 2005-İzmir, s. 486.
- 10 Aktay, Arıcı, Kaplan-Senyen, s. 517.
- 11 Aktay, Arıcı, Kaplan-Senyen, s. 517.
- 12 Çelik, s. 601.
- 13 Sur "genel sağlık" ifadesi yerine "memleket sağlığı" ifadesini kullanmaktadır. Bu ifade Kanunun ifadesine aykırı olup genel sağlık kavramının dışındadır bkz. s. 365.
- 14 Demir, s. 486, Çelik, s. 602.
- 15 Tunçomağ, Centel, s. 421.
- 16 Demir, s. 487.
- 17 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca tarafımıza gönderilen 08.01.2009 tarih ve B.13.0.ÇGM-135.01/578 sayılı yazı.
- 18 Çelik, s. 606.
- 19 Sur da s. 361'de bu hususta sendikada görevli olanların Resmi Arabuluculuk yapamayacaklarını belirtmiştir.
- 20 Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 2008 Çalışma Hayatı İstatistikleri s. 52.
- 21 Bkz. Sur, s. 365.

# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Can Tuncay ve Prof. Dr. Ömer Ekmekçi tarafından hazırlanan ve birinci basısı Ocak 2008 tarihinde yapılan “**Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları**” adlı eser, Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve bunu takip eden ikincil mevzuat doğrultusunda güncellenerek yeniden yayımlanmıştır.

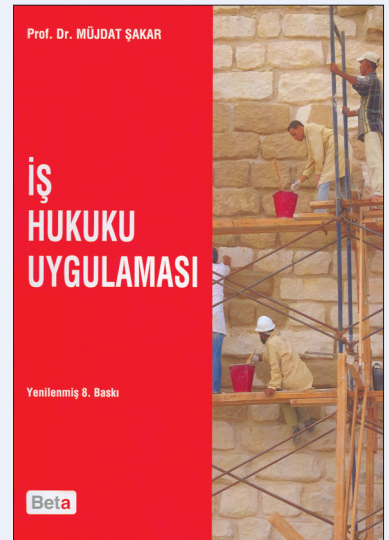
Ana amacı öğrencilere sosyal güvenlik hukukunun esaslarını öğretmek olan kitapta, uygulamaya yönelik fazla ayrıntıya girilmemiş, ancak karşılaştırma yapılabilmesine imkân vermek için yabancı hukuk sistemlerine yer vermeye çalışılmıştır. Yargıtay içtihatlarına ise yeni sosyal güvenlik sistemi ile bağdaşabileceği ölçüde yer verilmiştir.

On bölümden oluşmakta olan eserde sırasıyla, Sosyal Güvenliğin Genel Esasları, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi, Sosyal Sigortaların Özellikleri, Finansmanı ve İşveren Yükümlülükleri, Sosyal Sigortalıların Kapsamı ve İsteğe Bağlı Sigortalılık, Sosyal Sigorta Türleri İtibariyle Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Kolları, Genel Sağlık Sigortası ve İşsizlik Sigortası, Hizmetlerin Birleştirilmesi ve Borçlanma Yoluyla Değerlendirilmesi, Bireysel Emeklilik Sistemi ve Katılmasız Sosyal Güvenlik Sistemi konularına yer verilmektedir.

Prof. Dr. Müjdat Şakar tarafından hazırlanan “**İş Hukuku Uygulaması**” adlı eserin yenilenmiş 8. baskısı Ekim 2009 tarihinde yayımlanmıştır.

İş hukuku öğrenimi, ülkemizde son yıllarda önem kazanmış olup iş hukuku dersine, sosyal bilimler alanında eğitim ve öğrenim veren fakülte ve yüksek okulların hemen her bölümünde ve ayrıca mühendislik fakültelerinin programlarında yer verilmektedir. Zira, bu okullardan mezun olan öğrencilerin büyük çoğunluğu, çalışma hayatında ya işçi ya da işveren olarak görev alacaklarından, iş hukuku bilgilerini öğrenmek durumundadırlar.

Bu düşüncelerle, öğrencilere ve uygulayıcılara yönelik basit anlatımlı ve kuramsal bilgileri sorunlara uygulamayı amaçlayan bu “ders kitabı” ortaya çıkmıştır. Kitapta konular örneklerle anlatılmaktadır. İş hukuku kitaplarında ihmal edilen Basın İş Hukuku ve -özet olarak- Deniz İş Hukuku bölümleri de kitapta yer almaktadır. Öğrencilerin ders kitaplarında yazılanlar dışında ülkemizin gerçeklerinden de haberdar olmaları ve bazen de biraz gülümsemeleri için bazı bölümlerin sonuna “Okuma Parçaları” eklenmiştir.





Prof. Dr. Nüvit GEREK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Dayanışma Aidatı Ödeyerek Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma

Toplu iş sözleşmelerinden esas olarak belli bir işletmede veya işyerinde örgütlenen ve yetki alarak işveren veya işverenin üyesi bulunduğu işveren sendikası ile toplu iş sözleşmesi imzalayan işçi sendikasının o işyerindeki veya işletmedeki üyesi işçiler yararlanırlar. Toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi sendikasının üyesi olmayanların toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları ancak sınırlı hallerde söz konusu olabilir. “Toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasının yazılı olarak izin vermesi”, “teşmil” ve “dayanışma aidatı ödenmesi” hallerinde taraf işçi sendikasına üye olmayanlar da toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler<sup>1</sup>.

İşçi sendikalarının kendilerine üye olmayan işyeri çalışanlarının toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarına izin vermeleri ve bu izni yazılı olarak işverenlere iletmeleri, bir jest yaparak, üye olmayan işçilerin sempatisini kazanmak ve ileride onları da kendilerine üye yapmayı amaçlamak olarak değerlendirilebilir. Ancak uygulamada bu yola pek gidilmediği, işçi sendikalarının kendi açılarından haklı olarak üyeleri olmayan işçilerin yapılan toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarına sıcak bakmadıkları söylenebilir.

Teşmil yoluyla toplu iş sözleşmesinden ya-

rarlanma ise Bakanlar Kurulu kararıyla, yani bir idari tasarrufla gerçekleşmektedir. Bakanlar Kurulu, Yüksek Hakem Kurulu'nun istişari mütalâasını aldıktan sonra, bir işkolunda en çok üyeye sahip işçi sendikasının yaptığı bir toplu iş sözleşmesini, o işkolunda faaliyet gösteren işyerlerinden, herhangi bir başka toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan ve kısa sürede yararlanma olasılığı da bulunmayanlara teşmil edebilir. Teşmile konu olacak hükümler sadece normatif hükümlerdir. Normatif hükümlerin tamamı veya bir bölümü teşmil edilebilir. Gerekli görülürse bu hükümlerde değişiklik de yapılabilir<sup>2</sup>.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma konusunda ise durum farklıdır. İşyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi vardır. Ancak taraf işçi sendikasının üyesi olmayan işyeri işçilerinin yararlanması konusunda işçi sendikasının rızası söz konusu değildir. Teşmilden farklı olarak işyeri veya işyerlerinde bir toplu iş sözleşmesi bulunmaması ve yakın gelecekte toplu iş sözleşmesi yapılmayacak olması durumu da yoktur.

Herhangi bir işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi varsa, taraf işçi sendikasına üye olmayan işçiler dayanışma aidatı ödeyerek ya-

rarlanma talebinde bulunmazlarsa, talepte bulunmamaları şeklindeki iradeleri sonucu, toplu iş sözleşmesinin “ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım” ile ilgili hükümlerinden yararlanamayacaklardır.

Ancak buna karşılık toplu iş sözleşmelerinde işyerinde çalışan bütün işçilere uygulanacak hükümler de bulunabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümler ve işyeri düzenine ilişkin hükümler bu grupta yer almaktadır. Bir diğer deyişle bu gruptaki hükümler taraf işçi sendikasına üye olan ve toplu iş sözleşmesinden bu nedenle yararlanan, dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanan ve dayanışma aidatı ödeme talebinde bulunmayan işçilere aynı şekilde uygulanacaktır. Dolayısıyla kısaca parasal hükümler denilebilecek hükümler dışında kalan hükümler, işyerinde çalışan bütün işçilere uygulanacak hükümler olarak değerlendirilebilir<sup>3</sup>. Bu husus Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında açıkça ifade edilmiştir. Toplu iş sözleşmesinin tamamından yani özellikle parasal hükümlerinden yararlanan işçilerin, işyerinde çalışan diğer işçilerden hangi konularda farklı hükümlere tabi olacakları, değinilen 31. maddeden anlaşılmaktadır.

Burada “sözleşmenin uygulama alanı”, “sözleşmeden yararlanma” ve “sözleşme ile bağlılık” kavramlarının açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır. Sözleşmenin parasal hükümleri dışındaki uygulama alanı kapsamına bütün işçiler ve işyerinin işvereni girmektedir. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma ise, “sözleşmenin parasal hükümlerine tabi olmak” anlamında kullanılmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi parasal hükümlerden yararlanmak işçinin iradesi doğrultusunda ortaya çıkar. Parasal hükümlerden yararlanma ya işçi sendikası üyesi olmak veya dayanışma aidatı ödemek sonucunda gerçekleşir. İşçi sendikası üyeliğinden ayrılmak veya dayanışma aidatı ödemekten vazgeçmek durumunda, parasal hükümlerden yararlanma olanağı da ortadan kalkacaktır. Toplu iş sözleşmesi ile bağlılık ise 2822 sayılı Kanun'un 10. maddesinde işverenler ile ilgili olarak kullanılmıştır. İşveren sendikasına üye olan işverenin işveren sendikası ile ilişkisi sonradan kesilir ve üyeliği

## Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmelerinden yararlanmak işçinin iradesine bağlıdır.

sona ererse, bu durum toplu iş sözleşmesine olumsuz bir etki yapmayacaktır. İşçiler açısından ise durum farklıdır. Toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olduğu için toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi üyelikten ayrılırsa, dayanışma aidatı ödemediği takdirde artık parasal hükümlerden yararlanamaz. Ancak bu durumdaki işçi, sözleşmenin uygulama alanı kapsamında bulunmaya devam edeceğinden, sözleşmenin parasal hükümleri dışındaki hükümlerine tabi olacaktır.

Kuşkusuz toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı kapsamı, yetki belgesinde gösterilen işyerleri, bu işyerlerinin işverenleri ve bu işyerlerinin işçileri ile sınırlıdır. Söz gelimi alt işveren işçileri uygulama alanı kapsamı dışındadır<sup>4</sup>.

Değinilen bütün bu hususlar toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu süre için geçerlidir. Toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra, yani toplu iş sözleşmesinin uygulanma süresi bittiğinde, sözleşmenin normatif hükümleri yenisini yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak devam edecektir<sup>5</sup>. Bu uygulama, sendika üyesi olan ve üyeliği devam edenler için olduğu gibi, dayanışma aidatı ödenmiş olanlar için de aynı şekilde olacaktır<sup>6</sup>. Ancak bunun için toplu iş sözleşmesi sona ermeden önce başlamış ve devam etmekte olan bir iş ilişkisinin bulunması gerekir. Aradaki fark, sendika üyesi işçilerin sendika üyelik aidatı ödemeye devam etmeleri gerekirken, dayanışma aidatı ödeyenlerin artık dayanışma aidatı ödemeyecek olmalarından ibarettir. Toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra işyerine giren işçiler için ise, süresi sona eren sözleşmenin normatif hükümleri etkili olamaz. Bu nedenle bunlarla kurulacak iş ilişkisinde iş sözleşmesi koşulları bu yeni işçilerle işveren arasında, süresi sona eren toplu iş sözleşmesi hükümlerinden bağımsız olarak kararlaştırılabilecektir.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmelerinden yararlanmak işçinin iradesine bağlıdır. Yararlanma talebinde bulunan bir işçinin

bu talebinin incelenmesi, uygun bulunup bulunmaması, engellenmesi söz konusu değildir. 275 sayılı Kanun döneminden farklı olarak 2822 sayılı Kanun, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmada, taraf işçi sendikasının muvafakatinin aranmayacağını açıkça hükme bağlanmıştır.

2822 sayılı Kanununun 9. maddesinin üçüncü fıkrasında, toplu iş sözleşmesinin imzalandığı sırada taraf işçi sendikasına üye bulunmayan işçilerin, imza tarihinden sonra işe giren ancak taraf sendikaya üye olmayan işçilerin ve imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olduğu halde, sonradan üyelikten çıkarılan veya üyelikten ayrılan işçilerin, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecekleri ifade edilmektedir<sup>7</sup>. İlgili maddede üç grupta sayılan bu durumdaki işçiler, toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu dönemde istedikleri zaman dayanışma aidatı ödeyerek talep tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Ancak yukarıda açıklandığı gibi, toplu iş sözleşmesinin süresi sona erdikten sonra, dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanmak yeni işe giren işçiler için mümkün olmadığı gibi sendika üyesi olsalar bile üye sıfatı ile de mümkün değildir.

Elbette toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra, işveren uygun gördüğü takdirde, daha önce bu toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan eski işçilere veya yeni işe giren işçilere sona ermiş olan sözleşmedeki hakları verebilir. Ancak böyle bir uygulama bireysel iş sözleşmesi yapma özgürlüğü kapsamında değerlendirilir.

Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyesi olduğu için yararlanan bir işçi sendika üyeliğinden ayrılırsa, 2822 sayılı Kanunun 25. maddesi uyarınca, bir ay daha üyeliği geçerli olacağından, bu bir aylık sürede üye sıfatıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma

**İşçinin talebi gerçekleşmeden işverenlerin kendi inisiyatifleri ile dayanışma aidatı kesmeleri mümkün değildir.**

hakkı devam edecektir<sup>8</sup>. Bu süre dolduğunda üye sıfatıyla yararlanmaya devam edemeyecektir. İşçinin bundan sonra toplu iş sözleşmesinden yararlanması dayanışma aidatı ödemesiyle mümkün olabilecektir.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma işçilere tanınan bir hak olduğundan bu yoldaki iradelerine dayanan bir taleplerinin olması gerekir. Bu nedenle işçinin talebi gerçekleşmeden işverenlerin kendi inisiyatifleri ile dayanışma aidatı kesmeleri mümkün değildir<sup>9</sup>. Bu konuda toplu iş sözleşmelerine önceden hüküm konması da düşünülemez.

Dayanışma aidatı ödeme ve toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebi, kanunda belirtilmediği halde işverenlere yöneltilmektedir<sup>10</sup>. Doktrinde genel olarak eleştirilmeyen bu durumun haklı gerekçeleri vardır. Bir kere toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasının, işçinin dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanma talebini bekletmesi, incelemesi, kabul etmemesi söz konusu değildir. Bu konuda işçi sendikasının muvafakatinin gerekmediği kanunun 9/III. maddesinde çok açık ifade edilmektedir. İkinci olarak da işçiye yapılan ödemeler işveren tarafından yapılmaktadır. Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin sözlü olarak işverene iletilmesi ve bunun kabulü mümkündür. Ancak talebin gerçekten yapıp yapılmadığı veya talep tarihi konusunda kuşku ve ihtilâflar çıkabileceği düşünülürse, ispat şartı bakımından yazılı yapılmasının yararları açıktır.

Uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma, toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle bitecektir. İşyerinde yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinin yeni toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için de yeniden yapılması gerekecektir.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebine karşı işverenin de itirazı, kabul etmemesi, koşul ileri sürmesi mümkün değildir. İşveren, işçinin talebine rağmen dayanışma aidatını keserek işçi sendikasına göndermezse veya gecikerek gönderirse, bu durum işçinin toplu iş sözleşmesinden ya-

rarlanmasını etkilemeyeceği gibi, ödememenin veya geç ödemenin sorumluluğu da bütün sonuçlarıyla birlikte işverene ait olacaktır. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında bu hususu doğrulamıştır<sup>11</sup>.

Üzerinde durulması gereken bir husus da, faaliyeti durdurulan sendikalara dayanışma aidatı ödenmeyeceğine ilişkin hüküm karşısında, o zamana kadar dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlananların bu yararlanmaya devam edip edemeyecekleridir. Sendikalar Kanunu'nda yer alan, faaliyeti durdurulan sendikaya üyelik aidatı ödenmeyeceğine ilişkin düzenlemeye benzer şekilde (2821 sayılı Kanun md.23), 2822 sayılı Kanun'un 9. maddesinde de faaliyeti durdurulmuş olan sendikalara dayanışma aidatı ödenmeyeceği hükme bağlanmıştır. Her ne kadar faaliyetin durdurulması dışında, işçi sendikasının hukuki varlığının sona ermesi durumunda ne yapılması gerektiği kanunlarda belirtilmemiş olsa da, üyelik aidatı ve dayanışma aidatı ödenmeyeceği kabul edilmelidir. Ancak işçi sendikasının faaliyetinin durdurulması veya hukuki varlığının sona ermesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyeceğinden, dayanışma aidatı ödemediği işçi toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam edecektir. Toplu iş sözleşmesi süresi sona erdikten sonraki dönemde dayanışma aidatı ödenmeden yararlanma konusu ile aradaki fark, orada yararlanılmasına devam edilen hükümlerin artık toplu iş sözleşmesi hükmü değil, iş sözleşmesi hükümlerine dönüşen hükümler haline gelmesidir. Burada ise henüz süresi dolmamış ve yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanılmaktadır. Bu arada, "yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesi varken, işçi sendikasının faaliyeti durdurulur veya hukuki varlığı sona ererse, bu durumda bazı işçiler dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebinde bulunurlarsa ne olacaktır?" sorusu akla gelebilir. Bu soruya da "talepte bulunanların dayanışma aidatı ödemeksizin yararlandırılmaları gerekir" şeklinde cevap vermek doğru olacaktır. Çünkü değinilen durumlarda dayanışma aidatı ödenecek bir sendika bulunmamaktadır. Ancak zaten böyle bir sendika var olsa da işçinin talebine karşı çıkması, kabul etmemesi söz konusu değildir.

## Dayanışma aidatı ödeme talebi sözleşmenin imzalanması tarihinden önce yapılmış olsa bile bu durum talebin geçersiz sayılmasını gerektirmez.

Üstelik işçi sendikasının faaliyetinin durdurulması veya hukuki varlığının sona ermesi işçinin iradesi dışında gerçekleşmektedir. İşçinin iradesi sadece dayanışma aidatı ödeme talebinde bulunmak veya bulunmamak şeklinde ortaya çıkacaktır.

Bilindiği gibi dayanışma aidatı, sendika üyelik aidatının üçte ikisi kadardır. Dayanışma aidatı ödeyecek işçi hiçbir sendikaya üye olmayabileceği gibi, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikası dışında bir başka işçi sendikasının üyesi de olabilir. Dayanışma aidatının miktarı tespit edilirken, talepte bulunan işçi toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasının üyesi olsaydı ne miktarda üyelik aidatı ödemek zorunda kalacak idiyse bu miktar esas alınarak bunun üçte ikisi tespit edilmelidir.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın başlangıcı dayanışma aidatı ödeme talep tarihinden itibaren geçerli olacaktır<sup>12</sup>. Bu husus 2822 sayılı Kanun'un 9/III. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu durumda, geriye doğru, talepten önceki dönemleri kapsayacak şekilde toptan dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanılması mümkün değildir. Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebinin ne zaman yapılması gerektiği konusunda açık bir hüküm kanunda yer almadığı için bu konuda bazı tartışmalar vardır<sup>13</sup>.

Kanundaki düzenlemenin amacından yola çıkılacak olunursa, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın geleceğe yönelik olarak başlayacağını kabul etmek doğru olur. Çünkü dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma hakkının doğabilmesi için, hukuken geçerli olarak doğmuş bir toplu iş sözleşmesinin var olması gerekir<sup>14</sup>. Toplu iş sözleşmesinin hukuken doğması ise ancak imza tarihinde gerçekleşecektir. Dolayısıyla

dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi en erken imza tarihinde olabilecektir. Yararlanmaya başlama ise imza tarihinden sonraki döneme ait olmak üzere toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesiyle başlayacaktır. Toplu iş sözleşmesinin hukuken doğması ise ancak imza tarihinde gerçekleşecektir. Dolayısıyla dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi en erken imza tarihinde olabilecektir. Yararlanmaya başlama ise imza tarihinden sonraki döneme ait olmak üzere toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesiyle başlayacaktır. Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi aynı ise, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma hemen bu tarihten itibaren başlayabilecektir. Toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi imza tarihinden sonra ise, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi imza tarihinde yapılsa bile yararlanma, toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra başlayacaktır. Toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi imza tarihinden önceki bir tarihte başlayacak şekilde kararlaştırılmışsa, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma talebi imza tarihinden önceki tarihi kapsayamayacağı için, bir diğer deyişle henüz hukuken doğmamış bir toplu iş sözleşmesinden bu şekilde yararlanma talebinde bulunulamayacağı için, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma, imza tarihinden sonraki yürürlük süresi içinde başlayabilecektir. Toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önceki tarihte, geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe girmesinden, ancak sendika üyeleri, imza tarihinde taraf işçi sendikasının üyesi olmaları ve yürürlük başlangıç tarihinde o işyerinin çalışan işçileri olmaları kaydıyla yararlanabileceklerdir. Esasen sendika üyeleri ile üye olmadan dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanacaklar arasında bir fark olmalıdır. Sendika üyeleri bile imza tarihinden sonra taraf sendikaya üye olmuşlarsa, ancak üyeliklerinin işverene bildirildiği tarihten itibaren sözleşmeden yararlanabilmektedirler. Geçmişe yönelik olarak topluca üyelik aidatı ödemeleri ve üyeliklerinden önceki döneme ait haklardan yararlanmaları mümkün değildir. Üyelerin böyle bir hakları yokken, dayanışma aidatı ödeyenlerin imza tarihinden önceki yü-

rürlük süresi için toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları düşünülemez<sup>15</sup>.

Ancak bazı görüşlere göre dayanışma aidatı ödeme talebi sözleşmenin imzalanması tarihinden önce yapılmış olsa bile bu durum talebin geçersiz sayılmasını gerektirmez. Bu durumda önceden talepte bulunulmuş ve toplu iş sözleşmesi geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe girmişse, işçi ancak imza tarihinden itibaren yararlanmaya başlayacaktır<sup>16</sup>.

Yargıtay'ın bazı kararları gözden geçirildiğinde de aynı sonuca ulaşıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle dayanışma aidatı ödeme talebi toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce yapılsa bile yararlanmanın imza tarihinden itibaren başlaması gerektiği konusunda bir görüş birliği oluşmuştur<sup>17</sup>.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın sona ereceği durumlar ele alınacak olursa, öncelikle dayanışma aidatı ödemekten vazgeçme konusunda da işçi karar vermiş olabilir. İşçi taraf sendikaya üye olmaya karar verebilir. Bu durumda artık üye sıfatıyla üyelik aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanacaktır. Eğer işçi dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmaktan vazgeçer ve taraf sendikaya üye de olmazsa, durumu dayanışma aidatı ödeme talebinde bulunduğu tarihten önceki hale döner. Toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanamaz. Toplu iş sözleşmesi devam ettiğinden parasal hükümlerin iş sözleşmesi hükmünde devam ettiğinden sözü edilemez. Bu durumdaki işçiler için parasal hükümlerden yararlanma koşulları sona ermiştir.

Dayanışma aidatı ödeyerek parasal hükümlerden yararlanmanın sona erdiği bir başka du-

**Dayanışma aidatı ödeme talebi toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce yapılsa bile yararlanmanın imza tarihinden itibaren başlaması gerektiği konusunda bir görüş birliği oluşmuştur.**

rum ise işçilik sıfatının ortadan kalkması veya işçinin toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında, aynı işverene ait başka bir işyerinde çalışmaya başlaması halinde ortaya çıkabilir<sup>18</sup>. Ancak hiç kuşkusuz işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabileceğinden, işçinin işyeri değişse bile yeni işyeri de toplu iş sözleşmesi kapsamında olacağından, işçinin parasal hükümlerden yararlanma konusunda yeniden talepte bulunmasına ihtiyaç kalmadan yararlanma devam edecektir.

Ülkemizdeki toplu iş sözleşmeleri uygulamaları gözden geçirildiğinde iki yıl süreli toplu iş sözleşmelerinin yaygın olduğu görülmektedir. Kamu kesimindeki toplu iş sözleşmelerinde ücret zamlarının altı ayda bir yapılması da yaygın bir uygulamadır. Genellikle toplu gö-

dayanışma aidatı ödeme talebinde bulunanlar, arada geçen sürenin ücret artışlarından yararlanmamaktadırlar. İlk bakışta, ortaya çıkan tablo, sendika üyesi olanlarla olmayanlar arasında böyle bir farkın doğal olduğu şeklinde değerlendirilebilir.

Negatif sendika özgürlüğünün cezalandırılmaması gerektiği düşüncesinden hareketle, bazı işyerlerinde sendika üyesi olmayan işçilere de toplu iş sözleşmesinde öngörülen ücret artış dönemleri dikkate alınmak suretiyle ücret artışları sağlanmaktadır. Elbette bu ücret artışları toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikası üyesi işçilere sağlanan ücret artışlarının gerisinde olmaktadır. Daha düşük oranlarda olmakla beraber, sendika üyesi işçilerin geriye dönük ücret farklarının ödenmesi gibi, bunlara yapılan ücret zamları da geriye dönük olarak he-

**İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, bir işletme toplu iş sözleşmesi yapılabileceğinden, işçinin işyeri değişse bile yeni işyeri de toplu iş sözleşmesi kapsamında olacağından, işçinin parasal hükümlerden yararlanma konusunda yeniden talepte bulunmasına ihtiyaç kalmadan yararlanma devam edecektir.**

rüşmeler çok uzun sürmekte ve bu nedenle toplu iş sözleşmelerinin yürürlük tarihinin geriye götürülmesi ihtiyacı doğmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe girmesi durumunda, bundan yalnızca taraf işçi sendikası üyelerinin yararlanabileceği kuşkusuzdur.

Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin aylarca sürebildiği bir ortamda taraf sendika üyeleri geçmişe etkili olarak yürürlüğe sokulan bir toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yürürlük tarihinden itibaren yararlanmaktadırlar<sup>19</sup>. Bu yararlanma, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasındaki ücret zamlarının topluca fark olarak ödenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Oysa dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmada, yararlanma talebi en erken imza tarihinden itibaren geçerli sayılmakta, parasal hükümlerden yararlanma ise ancak yürürlük tarihinden itibaren gerçekleşebilmektedir. Bu durumda

saplanarak ödenmektedir. Taraf işçi sendikaları ise buna itiraz etmektedirler. Sendika üyesi olmayanlara geriye dönük olarak ücret zammı verilemeyeceğine ilişkin hiçbir yasal düzenleme yoktur. Eğer toplu iş sözleşmesine taraf sendikaların üyesi işçilere verilen ücret artış farklarının aynısı, sendika üyesi olmayan işçilere de verilirse işçi sendikalarının itirazları haklıdır. Ancak daha düşük miktarlarda verilen ücret artışlarının geriye dönük olarak farklarının ödenmesine yapılan itirazlar haklı görülemez. Toplu iş sözleşmelerine bu yönde konulacak hükümlerin de geçerli olamayacağını kabul etmek gerekir.

Sonuç olarak, sendika üyesi olmayan ve dayanışma aidatı ödeyen işçiler, toplu iş sözleşmesi süresi bittiğinde, dayanışma aidatı ödemeyeceklerdir<sup>20</sup>. Yeni toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinden yararlanmaya başlamaları ise ancak imza tarihinden itibaren yeniden

dayanışma aidatı ödeme taleplerine bağlı olarak başlayacağından, en erken imza tarihinden sonrası için ileriye dönük olarak mümkün olabilecektir. Önceki toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren, yeni toplu iş sözleşmesinden tekrar dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma taleplerine kadar geçen dönemde, yani dayanışma aidatı ödemediği dönemlerde, geriye dönük olarak ücret artışlarından yararlanmaları, ancak önceki dönemde sendika üyesi olmayan ve dayanışma aidatı da ödemiş olan işçilere, geriye dönük olarak yapılacak ücret artışlarıyla sınırlı olması kaydıyla geçerli olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Haluk Hâdi SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, 3. B., Konya, 2009, s. 474-484, Kenan TUNÇOMAĞ-Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, Beta Ya., 4. B., İstanbul, 2005, s. 380-384.
- 2 Teşmil konusunda bkz.: Melda SUR, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2. B., Ankara, 2008, s. 320-328.
- 3 Bkz. Talat CANBOLAT, "Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler", Kamu-İş, C. 6, S. 4, 2002, s. 2-4.
- 4 Bkz. TUNÇOMAĞ-CENTEL, İş Hukukunun Esasları, s. 382.
- 5 Toplu İş Sözleşmesinin "ard etkisi" olarak ifade edilen bu durumla ilgili örnek Yargıtay kararı için bkz. Yarg. HGK., 2.4.2008 T., E. 2008/9-289, K. 2008/297.
- 6 Bkz. Melda SUR, İş Hukuku, s. 314.
- 7 Bkz. Yarg. 9. H.D., 7.4.1997 T., E. 1997/3944, K. 1997/6861.
- 8 Bkz. TUNÇOMAĞ-CENTEL, İş Hukukunun Esasları, s. 293.
- 9 Bkz. Yarg. 9. HD., 4.3.2003 T., E. 2002/16415, K. 2003/2828.
- 10 Bkz. Yarg. 9. HD., 30.1.2003 T., E. 2002/12874, K. 2003/1028.
- 11 Örnek Yargıtay kararı için bkz. Yarg. HGK., 10.12.1980 T., E. 1980/9-2543; K. 1980/2651.
- 12 Dayanışma aidatı ödemek suretiyle imza tarihinden önceki süre ile ilgili olarak TİS'den yararlanılamayacağına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9. HD., 20.3.1986 T., E. 1986/1531, K. 1986/3176; Yarg. 9. HD., 15.10.1985 T., E. 1985/6653, K. 1985/9441.
- 13 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Nizamettin AKTAY-Kadir ARICI-Emine Tuncay KAPLAN/SENYEN, İş Hukuku, 2. B., Ankara, 2007, s. 475-476.
- 14 İmza tarihinden önce yapılan dayanışma aidatı talebinin geçersiz sayılması konusunda örnek Yargıtay kararı için bkz. Yarg. HGK., 31.1.2007 T., E. 207/9-27, K. 2007/47.
- 15 Bkz. Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 20. B., İstanbul, 2007, s. 549.
- 16 Bkz. Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2001, s. 423.
- 17 Bkz. Yarg. 9. HD., 16.4.1985 T., E. 1985/2154, K. 1985/4167.
- 18 Bkz. Talat CANBOLAT, "Toplu İş Sözleşmesinden...", s. 17.
- 19 Bkz. Melda SUR, İş Hukuku..., s. 287-289.
- 20 Melda SUR, İş Hukuku..., s. 314.

Prof. Dr. Ufuk AYDIN

Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# İşe İade Davası Sürerken Sendikaya Üye Olan İşçinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanması

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/28644  
**Karar No** : 2009/11827  
**Tarihi** : 28.04.2009

### DAVA

Davacı, kıdem, ihbar tazminatlarıyla izin alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası için tetkik hâkimi Ş.ÇİL tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

**1.** Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebep-

lere göre, davalının tüm temyiz itirazları ile davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

**2.** Davacı işçi iş sözleşmesinin 01.02.2005 tarihinde işverence feshinden sonra feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davası açmış ve yapılan yargılama sonunda feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine dair karar verilmiştir. Davacı işçinin süresi içinde işe başlama yönünde başvurusuna rağmen işe başlatılmadığı da dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Bu arada davacı işçi sendikaya üyelik yönünden noterden işlem yaptırmış ve yazı 25.02.2005 tarihinde sendikaya bildirilmiştir. Sendika tarafından davacı işçinin üyeliğinin kabulüne dair bir karar alınmamış, dolayısıyla üyeliğin işverene bildiri yoluyla gidilmemiştir.

Davacı işçi, açmış olduğu temyize konu bu davada ise, işe başlatmama tarihinde gerçekleşen fesihle sendika üyesi olduğunu



bildirmiş ve işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre hesaplanacak olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücretinin ödetilmesini talep etmiştir. Mahkemece isteklerin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağı gerekçesiyle emsal işçiye göre yapılan hesaplamalar doğrultusunda isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Davacının iş sözleşmesinin feshi işe iade sonrasında işverence işe başlatılmadığı tarih olan 22.07.2006 tarihinde gerçekleşmiştir. Davacı işçinin sendika üyeliğinin sendikaya bildiriminden itibaren bir ay içinde reddedildiği için davacının 2821 sayılı yasanın 22/3. maddesine göre 27.03.2005 tarihinde sendika üyesi sıfatı kazandığı anlaşılmaktadır.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanma ise, salt sendika üyeliğine bağlı değildir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 9. maddesinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği kurala bağlanmıştır.

Aynı hükme göre, imza tarihinde üye olanlar toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe gir-

diği tarihten, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikası tarafından işverene bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar.

Davacı işçinin üyeliği sendika tarafından işverene bildirilmemiş ise de, işe başlatmama tarihinde işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesi 12.07.2006 tarihinde imzalanmış olup, anılan toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce davacı işçi sendika üyesi olduğuna göre toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yararlanma hakkı bulunmaktadır. Fesih tarihindeki hakların toplu iş sözleşmesine göre hesaplanarak kabul edilmesi gerekirken, bir önceki toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden söz edilerek bu yöndeki talebin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.04.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1. OLAYIN KRONOLOJİK ÖZETİ

Yargıtay kararından anlaşıldığına göre davacı işçinin iş sözleşmesi işverenince 01.02.2005 tarihinde feshedilmiştir. Bunun üzerine, iş güvencesi kapsamında olduğu anlaşılan davacı işçi işe iade davası açmıştır.

Davacı işçi bu süreçte işyerinde örgütlü olan sendikaya üye olmak için notere başvuru yapmış; noter, üyelik bildirimini 25.02.2005 tarihinde ilgili sendikaya göndermiştir. Sendika üyelik başvurusu üzerine herhangi bir işlem yapmamıştır.

Davacı işçinin işe iade davası sürerken 12.07.2006 tarihinde işyerinde bir toplu iş sözleşmesi imzalanmış; karardan anlaşıldığı kadarıyla ilgili toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi geçmişe etkili olarak kararlaştırılmıştır.

Bu arada davacı işçi işe iade davasını kazanmış ve süresi içinde davalı işverene başvurmuş ancak davalı işveren 22.07.2006 tari-

hinde işçiyi işe başlatmama yönünde beyanda bulunarak iş sözleşmesini kesin olarak sona erdirmiştir.

Yerel mahkeme, işverenin belirtilen bildiri mi üzerine davacı işçiye ödenecek kıdem ve ihbar tazminatları ile izin alacaklarının, davacı işçinin taraf sendika üyesi olmadığı dönemde yürürlükte olan bir önceki toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan tutarlar üzerinden ödenmesine karar vermiştir. Yargıtay ise, taraf sendika üyeliğinin imza tarihinden önce gerçekleşip, imza tarihinde de sürdüğünden davacı işçinin son toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiğini ve dolayısıyla işçiye ödenecek mablağların yeni toplu iş sözleşmesi dikkate alınarak hesaplanması gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Karara ilişkin incelemede, toplu iş sözleşmelerinin yürürlük tarihinin geçmişe etkili olarak kararlaştırılması uygulaması, sendika

üyeliğinin kazanılmasına ilişkin esaslar, konuyla ilgili kanuni düzenlemelerin ve Yargıtay kararlarının gelişimi ele alınacak; karara konu olay bağlamında hukuki değerlendirme yapılacaktır.

## 2. TOPLU İŞ SÖZLEŞMELERİNDE YÜRÜRLÜK TARİHİNİN GEÇMİŞE ETKİLİ OLARAK KARARLAŞTIRILMASI

1983 yılında kabul edilen 2822 sayılı TİSGLK yürürlüğe girmeden önce dahi, toplu iş sözleşmelerinin yürürlük tarihinin geçmişe etkili olarak kararlaştırılabileceği ve bunun hukuki dayanağının akit serbestisine dayandırıldığı, hatta bazı hallerde bu tür geçmişe etkili kararlaştırmaların önemli yararlarının olduğu savunulmuştur<sup>1</sup>. Ülkemizde toplu iş sözleşmesi düzeninin yerleşmeye başlamasıyla birlikte, genellikle toplu iş sözleşmesi müzakerelerinin uzaması ve bundan işçilerin zarar görmesini önlemek amacıyla toplu iş sözleşmesinin bazı hükümlerini geriye götürme eğilimi açıkça ortaya çıkmış ve bu uygulama giderek tartışmasız ve geleneksel bir hal almıştır.

Bugün uygulamada özellikle yeniden yapılan toplu iş sözleşmelerinin yürürlük tarihinin geçmişe etkili olarak kararlaştırılması konusunda hemen hemen tam bir yeknesaklık sağlanmış bulunmaktadır; hatta ilk kez yapılan toplu iş sözleşmelerinde bile yürürlük tarihi imzadan geriye doğru ve genellikle imza tarihi ile çağrı tarihi arasındaki bir tarih olarak belirlenmektedir<sup>2</sup>.

Yargıtay'ın "toplular iş sözleşmelerinin normatif hükümlerinin maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde olduğu ve yasa hükümleri gibi yorumlanması gerektiği" yönündeki Genel Kurul Kararı<sup>3</sup> karşısında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yorumlanmasında yasalara ilişkin ilkelerin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Kaldı ki, 2822 sayılı TİSGLK m. 66'nın Türk Medeni Kanunu'na yaptığı yollama da bu tür bir yoruma olanak tanımaktadır. Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da, kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesine yer verildikten sonra (m. 1);

bunun istisnalarından söz edilmekte ve kamu düzenini ve genel ahlakı ilgilendiren hususlarda ve kazanılmış hakları ihlal etmemek koşuluyla geçmişe etkili düzenleme yapılabileceğine yer verilmektedir (m. 2-4).

Kanunlar için getirilen bu olanak, maddi anlamda kanun hükmü niteliği taşıyan toplu iş sözleşmeleri bakımından da geçerli olmak gerekir. Kaldı ki, toplu iş sözleşmelerinin özellikleri, amaçları ve işlevsel bağları bu sözleşmelerin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konmalarını bazı durumlarda ayrıca zorunlu kılmaktadır<sup>4</sup>. Örneklendirmek gerekirse, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin uzaması, bürokratik sebepler ve toplu iş sözleşmesi sürecinde uyumsuzluk çıkması gibi hallerde önceki toplu iş sözleşmesinin bitiminden 120 gün önce yeni sözleşme süreci başlatılmış olsa bile (TİSGLK. m. 7, f. 3), bu süre içinde yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanamamakta, eski sözleşme sona ermesine rağmen yeni sözleşmenin imzalanması gecikmektedir.

Belirtilen gelişmelerin yaşanması durumunda en pratik çözüm yolu ise yeni toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yürürlük tarihinin geçmişe etkili olarak kararlaştırılması ve böylece iki sözleşme arasında geçen sözleşmesiz dönem dolayısıyla işçilerin hak kayıplarının önlenmesidir<sup>5</sup>. Yapılan düzenleme ile bir kısım işçiler, paraya çevrilebilen haklar bakımından iki sözleşme arasındaki farklardan yararlanabilecekler ve bu yolla mağduriyetleri önlenecektir.

Konu 2822 sayılı TİSGLK'da açıkça düzenlenmiş değildir. Buna karşın Kanun'un bazı hükümleri bu tür bir uygulamaya olanak tanıdığı biçiminde yorumlanabilir. Örneğin TİSGLK m. 9, f. 2'ye göre, toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar. Bu düzenleme, imza ve yürürlük tarihlerinin farklılaşabileceği anlamına gelmektedir. Benzer şekilde, sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar hizmet akdi hükmü olarak uygulanmasını düzenleyen m. 6, f. 3 düzenlemesi de geçmişe etkili kararlaştırmaya imkân tanımaktadır.

### 3. YÜRÜRLÜK TARİHİ GEÇMİŞE ETKİLİ KARARLAŞTIRILAN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA

Bir toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin geçmişe etkili olarak kararlaştırılması durumunda, bu toplu iş sözleşmesinin farklarından, bir başka anlatımla eski toplu iş sözleşmesiyle sağlanan hakların üzerine yeni toplu iş sözleşmesi ile getirilen haklar arasındaki farklardan hangi işçilerin yararlanacağı da çözüme kavuşturulması gereken sorunlardandır. Konu bilimsel ve yargısal içtihat tarafından ele alınmıştır.

2822 sayılı TİSGLK m. 9, f. 2'ye göre toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinde taraf sendika üyesi olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikası tarafından işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanırlar<sup>6</sup>.

lının zımnen ortadan kaldırıldığı kabulü gerekir. Bu durumda 2822 sayılı Yasa'nın 9/2. maddesinde belirtilen (işverene bildirimle ilişkin) koşulun göz önünde tutulması mümkün değildir." ifadesi yer almıştır. Kararda yer alan karşı oylar sonraki yıllarda Daire'ce benimsenmemiş; aşağıda da ele alacağımız gibi Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, imzadan sonra üye olanlar bakımından bildirim koşulunu istikrarlı olarak aramıştır.

TİSGLK m. 9, f. 2'nin uygulamasında sorun yaratan ve farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açan husus yürürlük tarihi geçmişe etkili olarak kararlaştırılan bir toplu iş sözleşmesinin imzası ile yürürlük tarihi arasında sendika üyesi olan işçilere ilişkindir. Bu işçiler bakımından görüş farklılığına yol açan nokta ise yararlanma başlangıcının yürürlük tarihi mi, yoksa üyelik tarihi mi olduğudur.

Konuya ilişkin görüşler ve yargı kararları de-

### TİSGLK m. 9, f. 2'nin uygulamasında sorun yaratan ve farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açan husus yürürlük tarihi geçmişe etkili olarak kararlaştırılan bir toplu iş sözleşmesinin imzası ile yürürlük tarihi arasında sendika üyesi olan işçilere ilişkindir.

Kanun'un söz konusu maddesinin uygulaması konusunda genel anlamda bir görüş birliği olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda bir toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonra sendika üyesi olanların yararlanma başlangıcının işverene bildirim tarihi olduğu hususunda; imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında işe girip sendika üyesi olanların işe giriş tarihi itibarıyla toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı konusunda hem Yargıtay ve hem doktrin ortak görüş bildirmektedirler<sup>7</sup>. Bu aşamada belirtelim ki, Yargıtay'ın 2003 yılında verdiği bu yöndeki bir kararın<sup>8</sup> iki üye tarafından kaleme alınan karşı oy yazısında "Sendikalar Kanununun 22. maddesinde yer alan ve sendika üyeliğinin işverene bildirilme mecburiyetini ortadan kaldıran 3449 sayılı Yasa'nın 6. maddesi hükmü karşısında '... imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıncı işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanırlar' kura-

ğerlendirildiğinde, gerçekten ciddi bir görüş ayrılığının bulunduğunu söylemek mümkündür. Bir kısım yazarlara göre, yürürlüğü geçmişe etkili olarak kararlaştırılan bir toplu iş sözleşmesinin yürürlük ile imza tarihleri arasında sendikaya üye olan bir işçi, o toplu iş sözleşmesinden ancak sendikaya üye olduğu tarihten itibaren yararlanabilecektir. Başka bir anlatımla, yürürlük ile imza arasında sendikaya üye olan işçi yürürlük tarihinde işyerinde çalışıyor olsa bile bu tarihten sonra sendikaya üye olduğu için yararlanma başlangıcı üyelik tarihi olmalıdır<sup>9</sup>.

Aksi görüşte olan yazarlara göre, toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında sendika üyesi olan işçiler, yürürlük tarihinde işyerinde çalışıyor ve imza tarihinde de çalışma ve üyeliklerini sürdürüyor olmaları koşuluyla toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihinden itibaren yararlanacaklardır. Başka bir

anlatımla yürürlük ve imza tarihleri arasında sendikaya üye olanların yürürlük tarihinden itibaren yararlanmaları için hem imza ve hem de yürürlük tarihlerinde sendikaya üye olmaları koşulu aranmaz<sup>10</sup>.

Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşleri de zaman içinde değişiklik göstermiştir. Yargıtay başlangıçta, 1994 yılına kadar ilk görüşten yana olmuş ve yürürlük ile imza arasında sendika üyesi olanların geçmişe etkili toplu iş sözleşmelerinden üyelik tarihinden itibaren yararlanabileceklerine yönelik kararlar vermiştir<sup>11</sup>. Yargıtay'ın 1994 tarihinde verdiği bir kararda ise ikinci görüşü benimsediği görülmektedir. Söz konusu karara göre, yürürlük başlangıcı tarihinden sonra işe giren ve imza tarihinde taraf işçi sendikasının üyesi bulunan davacının, Kanun'un 9. maddesinin açık hükmü karşısında, işe giriş tarihinden itibaren sözleşmeden yararlandırılmış olması doğrudur<sup>12</sup>. Buna karşılık Yargıtay 1997 yılında verdiği bir kararda tekrar ilk görüşe dönerek, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında sendika üyesi olanların yürürlük başlangıcından itibaren sözleşmeden yararlanma imkânlarının bulunmadığı ve yararlanmanın ancak üyelik tarihinden itibaren gerçekleşeceğine ilişkin yerel mahkeme kararını onaylamıştır<sup>13</sup>. İncelememize konu karara kadar da Yargıtay'ın aynı görüşü sürdürdüğünü ve yürürlük ile imza arasında taraf sendikaya üye olanların geçmişe etkili bir toplu iş sözleşmesinden ancak üyelik tarihinden itibaren yararlanacağını kabul ettiğini söylemek mümkündür.

Bu aşamada toplu iş sözleşmesinden yararlanma koşullarından sendika üyeliğinin ne zaman kazanılacağını saptamak da büyük önem taşımaktadır. Konu 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun değişik 22. maddesi ile düzenlenmiştir.

#### 4. SENDİKA ÜYELİĞİNİN KAZANILMASI

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun "Üyeliğin Kazanılması" başlıklı 22. maddesi işçi sendikası üyeliğinin kazanılmasına ilişkin süreci düzenlemektedir. Maddenin ilk haline göre "İşçi sendikasına üyelik, işçinin beş nüsha olarak

**Yargıtay, işçi sendikası üyeliğinin zımnen kazanılması halinde üyelik başlangıç tarihini 30. günün sonu olarak kabul etmektedir.**

doldurup imzaladığı ve notere tasdik ettirdiği üye kayıt fişini sendikaya vermesi ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulüyle kazanılır. Üyelik başvurusu, sendika tarafından en çok 30 gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılır... Üyeliği kesinleşen işçinin üye kayıt fişinin birer nüshasının sendikaca 15 gün içinde Çalışma Bakanlığına, işçinin çalıştığı işyerinin bağlı bulunduğu bölge çalışma müdürlüğüne ve 'işverene' gönderilmesi zorunludur. Üye kayıt fişinin bir nüshası da işçinin kendisine verilir."

Söz konusu hükme göre işçi sendikası üyeliği iki şekilde kazanılabilmektedir. Üyeliğin açık biçimde kazanılmasında başvuru üzerine sendikanın yetkili organının kararıyla üyelik kazanılabilecektir. Üye kayıt fişini noterden teslim alan işçi sendikasının yetkili organının en geç 30 gün içinde herhangi bir karar vermemesi halinde ise üyeliğin zımnen kazanılması söz konusu olur. Başka bir anlatımla, bu durumda sendika üyeliği zımnen (üstü kapalı olarak) kazanılır. Belirtelim ki, doktrin, işçi sendikası üyeliğinin zımnen kazanıldığı bu halde üyeliğin sendikaca üye kayıt fişinin sendikadan teslim alındığı tarihte mi, yoksa 30. günün sonunda mı kazanılacağı hususuna yeterli açıklık getirmemiştir<sup>14</sup>. Bize göre, işçi yararına yorum ilkesi gereği Kanun'da açıkça düzenlenmeyen bu hususta sendika üyeliğinin sendikaca noterden üye kayıt fişinin teslim alındığı tarihte kazanıldığı kabul edilmesi daha doğru olacaktır. Ancak incelememize konu karardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay, işçi sendikası üyeliğinin zımnen kazanılması halinde üyelik başlangıç tarihini 30. günün sonu olarak kabul etmektedir.

Kanun'un bu düzenlemesinde karar incelememizi ilgilendiren önemli bir husus da maddede metnin ilk halinde yer alan ve üye kayıt fişinin bir nüshasının sendikaca işverene de

gönderilmesine ilişkin düzenlemedir<sup>15</sup>. Belirtilen düzenleme işverenin işyerinde sendikali olan işçilerden haberdar olmasına yönelik bir hükümdür. Ancak, özellikle işyerinde sendikalaşmanın yeni başladığı dönemlerde ve henüz çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığının belli olmadığı bir aşamada işverenin sendika üyesi olan işçilerden haberdar olmasının yaratabileceği sakıncalar nedeniyle çok eleştirilen bu husus ILO normlarına da aykırılık sebebiyle 25.05.1988 gün ve 3449 sayılı Kanunla madde metninden çıkarılmıştır<sup>16</sup>.

Böylece 1988 yılından itibaren işçi sendikası üye kayıt fişinin bir nüshasının işverene gönderilmesi uygulaması kaldırılmıştır<sup>17</sup>. Bunun anlamı, belirtilen tarihten sonra (TİSGLK. m. 13'deki istisna hariç) işverenin işyerinde sendikaya üye olan işçilerden, sendika yararlandırma talebiyle bilgilendirmediği sürece (TİSGLK. m. 9, f. 2) haberdar olmamasıdır. Belirtilen uygulamanın önemli bir sakıncası, henüz görüşmeleri süren ve imzalanmamış bir toplu iş sözleşmesinin tarafı işçi sendikasına bu aşamada üye olanların işverene bildirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Henüz toplu iş sözleşmesi imzalanmadığı için ortada yararlandırma talebine konu olacak bir durum yoktur ve Kanun da sendikaya, kendisine üye olanları bildirme yükümü getirmemektedir. Bu durumda sendika üyeliğini kazanmış bir işçinin, sendikaya işverene bildirilmemesi sebebiyle toplu iş sözleşmesi farklarından yararlanamaması gibi bir sorun ortaya çıkabilmektedir.

Aslen incelememize konu karar da bu aşamaya ilişkindir. Zira, bir yandan iş sözleşmesi fesih edilmiş ama işe iade davası açmış, bu dava sürerken sendikaya üye olmuş bir işçi bulunmakta; öte yandan işverenle sendika arasında toplu iş sözleşmesi görüşmeleri yürütülmektedir. Dava sonucunda işçi işe iade davasını kazanarak işverenine başvurmuş, bu arada

**Yargıtay'ın imza tarihinden önce gerçekleşen ve zımnen kazanılan üyelikler bakımından işverene bildirim koşulunu aramadığını söylemek mümkündür.**

işyerinde geçmişe etkili bir toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır. İşveren işçinin işe iade başvurusunu reddederek onu işe başlatmama beyanında bulunmuştur. Sorun imza ile yürürlük tarihi arasında sendika üyeliğini kazanan ama üyeliği işverene bildirilmeyen işçinin yeni toplu iş yararlanıp yararlanamayacağına ilişkindir.

## **5. YARGITAY'IN BENZER DURUMLARA İLİŞKİN KARARLARI**

Yargıtay'ın benzer durumlarda ve incelememize konu karardan önce verdiği diğer kararlarda tutarlı bir yaklaşım izlediğini söylemek mümkündür.

Yargıtay'ın 1997 yılında verdiği bir karara<sup>18</sup> konu olayda, işçi 14.08.1990 tarihinde notere başvurarak üye kayıt fişini tasdik ettirmiş, 09.11.1990 tarihinde işçinin iş sözleşmesi işverence fesih edilmiş, 23.11.1990 tarihinde ise (yani notere başvuru tarihinden yaklaşık 3,5 ay sonra) sendikanın yetkili organı üyelik başvurusunu kabul etmiştir. Durumu değerlendiren 9. Hukuk Dairesi, eğer üye kayıt fişi noter tasdikinden hemen sonra sendikaya verilmiş ise, üyeliğin bu tarihten sonraki 30. günde kazanılacağı için, işçinin fesih tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceğine karar vermiştir. Buna karşın, eğer üye kayıt fişi noter tasdikinden uzun süre sonra sendikaya bildirilmiş ve sendika bu başvurudan sonra 30 gün geçmeden karar almışsa üyelik üyeliğe kabul tarihinde kazanılacağından bu tarih itibarıyla iş sözleşmesi feshedilen işçi fesih tarihinde sendika üyesi bulunmadığından yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır. Şu halde Yargıtay'ın imza tarihinden önce gerçekleşen ve zımnen kazanılan üyelikler bakımından işverene bildirim koşulunu aramadığını söylemek mümkündür.

Buna karşın Yargıtay, imza tarihinden sonra gerçekleşen üyelikler bakımından TİSGLK m. 9, f. 2 gereği olarak yararlanma başlangıcını işverene bildirim koşuluna bağlamakta ve bildirim yapılmadığı sürece işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkan tanımamaktadır<sup>19</sup>.

Yargıtay, 2008 yılında verdiği bir kararında<sup>20</sup>, 21.07.2003 tarihinde sendikaya üyelik başvurusunda bulunan işçinin talebinin 22.09.2003 tarihinde kabul edilmiş olmasına rağmen üyeliğinin 2821 s. Kanun m. 22 gereği 21.08.2003 tarihinde kazanılmış sayılması gerektiğini belirtmektedir. Karara konu olay bakımından toplu iş sözleşmesinin imza tarihi 05.08.2003 tarihi olduğundan söz konusu işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanma tarihi TİSGLK m. 9, f. 2 gereği işverene bildirim tarihi olarak belirlenmiştir. Yargıtay'ın bu kararı, imza tarihinden sonra sendika üyesi olanlar bakımından işverene bildirim koşulunu mutlak şekilde arayan önceki kararları ile de uyum içindedir<sup>21</sup>.

Özetlemek gerekirse, Yargıtay önceki yıllarda verdiği kararlarda işçi sendikası üyeliğinin toplu iş sözleşmesinin imzalanması tarihinden önce kazanıldığı durumlarda, toplu iş sözleşmesinden yararlanmak için işverene bildirim koşulu aramamakta, üyeliğin kendiliğinden, işverene bildirilmese bile kazanıldığını kabul etmektedir. Buna karşın, toplu iş sözleşmesinin imzası tarihinden sonra kazanılan üyeliklerde toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için üyeliğin işverene bildirilmesini aramaktadır. 2822 sayılı Kanun m. 9, f. 2'nin "... imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanırlar." hükmü karşısında Yargıtay'ın yaklaşımını yerinde bulmak gerekir.

## 6. KARARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMEMİZ

**A.** Yargıtay'ın incelememize konu kararı, sendika üyeliğinin kazanılması bakımından 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun m. 22, f. 3 ile uyumludur. Zira, ilgili madde metninde üyeliğin kazanılması için herhangi bir mercie bildirimde bulunma koşulu getirilmemiştir. Nitekim davaya konu olayda da davacı işçinin başvurusu üzerine sendikaca bu yönde bir karar alınmamış ve Yargıtay kararında ifade edildiği gibi 30. günün sonunda işçinin sendika üyeliğini kazandığı kabul edilmiştir. Aslen, 1988 yılında 3449 sayılı Kanun'la işçi sendikası üye kayıt fişinin bir nüshasının işverene gönderilmesi uygulamasının kaldırılmasından sonra, sendika

**2822 sayılı Kanun m. 9, f. 2 ile imza tarihinden sonra kazanılan üyelikte toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı açık bir biçimde işverene bildirim koşuluna bağlamıştır.**

üyeliğinin bu şekilde kazanıldığının kabulü kanun gereğidir. Kanımızca da, üyeliğin kazanılması için başkaca bir koşul bulunmamaktadır.

**B.** İncelememize konu kararda vurgulanan ikinci husus, sendika üyeliğini zımni yolla kazanan işçinin de toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkına sahip olduğudur. Gerçekten de 2821 sayılı Kanun m. 22, f. 3 gereği üyelik başvurusunun 30 gün içinde reddedilmemesi halinde zımnen kazanılan sendika üyeliğinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya olanak tanıyıp tanımayacağı duraksanabilecek bir durumdur. Zira, 3449 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik dolayısıyla üye kayıt fişinin bir nüshası işverene gönderilmemektedir. Nitekim, davaya konu olayda da üyelik zımnen ve kendiliğinden kazanılmış ama işveren davacı işçinin sendika üyeliğinden haberdar olmamıştır. Buna rağmen Yargıtay, şekli bir yoruma gitmek yerine, işçi lehine olacak biçimde konunun esasına girerek, işverene bildirilmemiş olsa da sendika üyeliğini kazanan işçinin imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceğine karar vermiştir. Bu tür bir yorumun mümkün ve işçi yararına olduğunu kabul etmekte ve Yüksek Mahkeme'nin kararına katılmaktayız.

Bu arada Yargıtay'ın yukarıda ele aldığımız ve zımnen kazanılan üyelikte toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı işverene bildirim koşuluna bağlayan kararlar<sup>22</sup> ile incelememize konu karar arasında farkların bulunduğunu hatırlatmak gerekir. Zira, belirtilen kararlarda sendika üyeliği zımnen olsa bile imza tarihinden sonra kazanılmaktadır. Buna karşılık, incelememize konu kararda geçen olayda zımni üyelik imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında kazanılmaktadır. 2822 sayılı Kanun m. 9, f. 2 ile imza tarihinden sonra kazanılan üyelikte toplu iş sözleşme-

sinden yararlanmayı açık bir biçimde işverene bildirim koşuluna bağlamıştır. Oysa, incelediğimiz karara konu olaya ilişkin durumlarda işverene bildirimle ilgili açık bir Kanun hükmü yer almamaktadır. Yargıtay bu boşluğu doldurmak için amaçsal yorum yöntemini benimsemiş ve işçi yararına yoruma giderek, yürürlük ile imza tarihi arasında sendika üyesi olanların, bu üyelik zımnen kazanılmış ve durum işverene bildirilmemiş olsa bile, toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceklerine hükmetmiştir. Kararı iş hukukunun amaçlarıyla bağdaşan, yerinde bir karar olarak görmekteyiz.

**C.** Yargıtay'ın incelememize konu kararında belki de en dikkat çeken husus yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında sendika üyesi olan işçilerin, yürürlük tarihi geçmişe etkili olarak kararlaştırılan toplu iş sözleşmesinden yararlanma başlangıcına ilişkindir. Karardan net olarak anlaşılacakla beraber imzalanan toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinin sendika üyeliği-

tarihi arasında üye olanlar toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihinden değil, sendikaya üye oldukları tarihten itibaren yararlanabilecekler, bu dönem için fark alabileceklerdir.

İncelediğimiz 2009 tarihli kararda ise konuya ilişkin bir içtihat değişikliği göze çarpmaktadır. Karara göre, "... anılan toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından önce davacı işçi sendika üyesi olduğuna göre toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yararlanma hakkı bulunmaktadır. Fesih tarihindeki hakların toplu iş sözleşmesine göre hesaplanarak kabul edilmesi gerekir..."

Yargıtay'ın tekrar 1994 yılındaki içtihadına dönmesi ve bizim de o dönem için savunduğumuz görüş doğrultusundaki bu yaklaşımının hem Kanun'un lafzına, hem de iş hukukunun işçi koruyucu karakterine uygun olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, belirtilen değişikliğin kalıcı bir içtihat değişikliği niteliğinde olup olmadığını yeni kararlar çerçevesinde zaman gösterecektir.

## Yargıtay'ın incelememize konu kararında belki de en dikkat çeken husus yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında sendika üyesi olan işçilerin, yürürlük tarihi geçmişe etkili olarak kararlaştırılan toplu iş sözleşmesinden yararlanma başlangıcına ilişkindir.

nin gerçekleştiği 27.03.2005 tarihinden önceki bir tarih olması durumunda bir içtihat değişikliğinin varlığından söz etmek mümkündür.

Yukarıda da ayrıntılı biçimde açıkladığımız gibi, Yargıtay önceleri bu durumda olan işçilerin yürürlük başlangıcı hususunda birbirinden farklı kararlar vermiştir. Konuya ilişkin dönüm noktalarından biri yukarıda ele aldığımız 1994 tarihli karardır. Karara göre yürürlük ile imza tarihi arasında üye olanlar, yürürlük tarihinde sendika üyesi olmasalar bile, toplu iş sözleşmesinden yürürlük tarihi itibarıyla yararlanabileceklerdir. Buna karşın Yargıtay 1997 yılından başlayarak verdiği kararlarda istikrarlı olarak, imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında sendika üyesi olanların yürürlük tarihinden itibaren yararlanmalarını hem imza ve hem de yürürlük tarihinde sendika üyesi olma koşuluna bağlamıştır. Bir başka ifadeyle, taraf sendikaya yürürlük tarihi ile imza

**D.** Sonuç olarak özetlemek gerekirse, incelememize konu karara ilişkin olayda, işverenin süreli feshi sebebiyle işe iade davası açan ve bu süreçte toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında taraf sendikaya üye olan ve üyeliği işverene bildirilmeyen işçinin durumu ele alınmıştır. İşe iade davası sürerken işyerinde bir toplu iş sözleşmesi imzalanmış, imza tarihi itibarıyla işçinin zımnen kazandığı üyelik sürmekte iken; imzadan sonraki bir tarihte işe iade davasını kazanan işçinin, işe dönme talebi reddedilmiştir. Bu durumda işçiye, yeni imzalanan toplu iş sözleşmesi ile getirilen haklar dikkate alınarak yürürlük ile imza tarihi arasında gerçekleşen farklar ödenecek; ayrıca işe iade başvurusunun reddi sebebiyle hak kazandığı tazminat ve diğer alacaklar için de yeni toplu iş sözleşmesi ile getirilen haklar üzerinden işlem yapılacaktır.

## 7. SONUÇ

Yukarıda açıkladığımız sebep ve gerekçelerle, incelediğimiz karar itibarıyla Yargıtay'ın görüşüne katılmakta, kararda yer alan yorum ve çözümlerin tarafımızca da benimsendiğini ifade etmekteyiz.

### DİPNOTLAR

- 1 Bkz. Ferih H. SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul, 1954, s. 377; Şener AKYOL, "Yürürlük Tarihi ile Ölüm Tarihi Arasındaki Süre İçin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma", İHU, TSGLK 1, No: 6, İstanbul, 1976, s. 3.
- 2 Nuri ÇELİK, "Toplu İş Sözleşmesinin Yapılmasının Uzaması, Nedenleri ve Getirdiği Hukuki Sorunlar", İTİA Dergisi, S. 1, İstanbul, 1975, s. 212-213; ayrıca bkz. Ufuk AYDIN, Toplu İş Sözleşmelerinde Yürürlük Tarihinin Geçmiş Etkili Olarak Kararlaştırılması ve Uygulama Sorunları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 1992, s. 10-11.
- 3 Yarg. H.G.K., T. 21.02.1975, E. 9-104, K. 227, İş Hukuku ve Sosyal Sigorta Mevzuatı, Lebib Yalkın Yayınları, AA/16, No: 714.
- 4 Devrim ULUCAN, "Toplu İş Sözleşmesinin Fesih ile İlgili Hükümünün Geriye Etkisi", Karar İncelemesi, İHU; TSGLK. 1 (No: 14), İstanbul, 1981, s. 2.
- 5 AYDIN, s. 20-26.
- 6 Örneğin bkz. Yarg. 9. H.D., T. 05.02.1996, E. 1995/26374, K. 1996/1472 (www.kazanci.cok/kho2/ibb/files/9hd-1995-26374.htm)
- 7 Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, B. 23, İstanbul, 2009, s. 555; İhsan ERKUL, Türk İş Hukuku, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev ve Lokavt Kanunu, Uygulamalı Sosyal Politika Dersleri, B. 2, C. 3, Eskişehir, 1991, s. 74; Ercan AKYİĞİT, İş Hukuku, B. 3, Ankara, 2003, s. 456; Kenan TUNÇOMAĞ-CENTEL, İş Hukukunun Esasları, B. 4, İstanbul, 2005, s. 378-379; Fevzi ŞAHLANAN, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, 1992, s. 133-136; Melda SUR, İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Ankara, 2006, s. 270-271; A. Can TUNCAY, Toplu İş Hukuku, Nisan, 1999, s. 172-173; A. Nizamettin AKTAY-Kadir ARICI-E. Tuncay KAPLAN/SENYEN, İş Hukuku, B. 2, Ankara, 2007, s. 461.
- 8 Yarg. 9. H.D., T. 18.03.2003, E. 2002/27602, K. 2003/4249 (www.kazanci.cok/kho2/ibb/files/9hd-2002-27602.htm).
- 9 TUNCAY, s. 173; EYRENCİ, İHU, s. 3; AKTAY-ARICI-SENYEN, s. 461; ŞAHLANAN, s. 135; ERKUL, s. 74.
- 10 ÇELİK, s. 581; TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 383, M. Kemal OĞUZMAN, Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri, C. 1, B. 3, İstanbul, 1984, s. 61; Seza REİSOĞLU, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s. 140; Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku Uygulamaları, B. 3, Konya 2009, s. 480; Hakan KESER, "Toplu İş Sözleşmesinde Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı", Çimento İşveren, Eylül, 1994, s. 7; Ercan GÜVEN-Ufuk AYDIN, İş Hukuku, B. 3, Eskişehir, 2002, s. 271; AYDIN, s. 44.
- 11 Örneğin bkz. Yarg. 9. H.D., T. 20.03.1990, E. 1990/67, K. 1990/3146 (Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları, Kamu İş Yayını, 1990-1995, Ankara, 1996, s. 495-497).
- 12 Yarg. 9. H.D., T. 19.09.1994, E. 1994/12454, K. 1994/12158, Yargıtay kararları Dergisi, Mart 1995, s. 412 (ayrıca bkz. H. Hadi SÜMER'in kararı pozitif hukuka uygun bulan incelemesi için bkz. Çimento İşveren, Temmuz, 1997, s. 6-9). Aynı yönde bir karar için bkz. Yarg. 9. H.D., T. 29.01.1996, E. 1995/26783, K. 1996/871, İş ve Hukuk Dergisi, Ağustos, 1996, s. 96.
- 13 Yarg. 9. H.D., T. 15.11.1997, E. 1997/14819, K. 1997/18628, Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1998, s. 15. Ayrıca bkz. Münir EKONOMİ, "Toplu İş İlişkileri", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1997, İstanbul, 1999, s. 224.
- 14 AKTAY-ARICI-SENYEN, s. 337; ÇELİK, s. 454; TUNCAY, s. 64-65; SUR, s. 111; Fevzi ŞAHLANAN; Sendikalar Hukuku, İstanbul, 1995, s. 166-167; AKYİĞİT, s. 326; TUNÇOMAĞ-CENTEL, s. 288-289; Abdullah BERKSUN-İbrahim EŞMELİOĞLU, Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Sendikalar Kanunu, Ankara, 1989, s. 412-413.
- 15 Madde metninin ilk hali, MGK gerekçesi, Türk İş'in bu metne olumlu görüşü ve TİSK'in görüş bildirmemesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Olcay MİS - Erbaşar ÖZSOY, Hazırlık Çalışmalarıyla Birlikte Karşılaştırmalı Gerekçeli 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, Ankara, 1983, s. 83-88.
- 16 GÜVEN-AYDIN, s. 187; ÇELİK, s. 455.
- 17 Hatırlatmak gerekir ki, toplu iş sözleşmesi yetki tespitine karşı işverenin itiraz hakkının korunabilmesi için 2822 sayılı Kanun'un 13. maddesinin ilk fıkrasına 27.05.1988 gün ve 3451 sayılı Kanun'la bir hüküm eklenmiş ve yetki başvurusunda bulunan sendikanın kendisindeki üyelik fişlerini üç işgünü içinde işverene verilmesi zorunluluğu getirilmiştir.
- 18 Yarg. 9. H.D., T. 25.03.1997, E. 1996/22112, K. 1997/5898, (www.kazanci.com/kho/ibb/files/9hd-1996-22112.htm.)
- 19 Bkz ve karşı yukarıda Yarg. 9. H.D., T. 18.03.2003, E. 2002/27602, K. 2003/4249 (www.kazanci.com/kho2/ibb/files/9hd-2002-27602.htm). sayılı karar ve karşı oy yazıları.
- 20 Yarg. 9. H.D., T. 24.04.2008, E. 2007/18324, K. 2008/10170, Legal İSGH Dergisi, 2008/19, s. 1160-1161.
- 21 Konuyla ilgili kararlar için bkz. Öner EYRENCİ, "Toplu İş Hukuku Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 17 (Yayınlanmamış Sempozyum Tebliği). Tebliğde incelenen aynı yöndeki kararlar Yarg. 9. H.D., 27.05.2008, E. 2007/30231, K. 2008/12831, www.legalbank.net; ve Yarg. 9. H.D., T. 14.11.2005, E. 31530, K. 35922, Çalışma ve Toplum, 2006/2, s. 228-229)
- 22 Bkz. yukarıda Yarg. 9. H.D., T. 24.04.2008, E. 2007/18324, K. 2008/10170; Yarg. 9. H.D., T. 27.05.2008, E. 2007/30231, K. 2008/12831; Yarg. 9. H.D., T. 14.11.2005, E. 31530, K. 35922 sayılı kararlar.



Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Disiplin Kurulu Kararı Olmadan İş Sözleşmesinin Feshi, Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davası Hakkında Karar İncelemesi

### T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/36286  
**Karar No** : 2009/18338  
**Tarihi** : 29.06.2009

### ÖZET

Toplu iş sözleşmesinde Disiplin Kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması durumunda, Disiplin Kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde fesih, haksız fesih haline geleceğinden işçi, ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir. Ancak, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa Disiplin Kuruluna gidilmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez. Çünkü söz konusu toplu iş sözleşmesi geçerli feshine ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır.

### DAVA

Davacı, işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi S. Bıçaklı tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı sözleşmesinin geçerli neden olmaksızın işverence sona erdirildiğini, fesih işleminin Disiplin Kurulu kararı olmadan toplu iş sözleşmesine aykırı olarak gerçekleştirildiğini iddia ederek, feshin geçersizliğine, işe iadeye ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı sözleşmenin davacının başından beri verimli çalışmaması, sık rapor alması, birden fazla eylemi nedeniyle hakkında disiplin soruşturması yapılması nedeniyle feshedildiğini, en son görev yeri değişikliği ile iş sözleşmesinin devam ettirilmeye çalışıldığını, davacının görev yazısını tebellüğ etmekten kaçındığını, kardeşlerinin belediye gelerek olay çıkardığını, saldırı nedeniyle

dava dahi açıldığını, alınan savunmasının da yetersiz görüldüğünü, feshin geçerli nedene dayandığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece fesih 17. maddeye dayandırıldığı, TİS 24/B gereği yüz kızartıcı suç işleyenler hariç Disiplin Kurulu kararı olmadan hiçbir işçi işten çıkarılamaz hükmüne rağmen davacının disiplin kurulu kararı olmadan başkan oluru ile işten çıkarılması nedeniyle şekil koşulu yerine getirilmediği gerekçesiyle işe iadeye karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının sözleşmesi verimsiz çalışması, daha önceki disiplin cezaları ve olumsuz davranışları ile en son görev yerinin değiştirilmek istenmesi üzerine ailesi tarafından olay çıkarılması neden gösterilerek 4857 sayılı Yasanın 17. maddesine göre sona erdirilmiş, ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiştir.

Mahkeme, Disiplin Kurulundan geçirilmeden feshin gerçekleştirildiği gerekçesiyle davacının işe iade davasını kabul etmiştir. Toplu iş sözleşmesinde Disiplin Kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması durumunda, Disiplin Kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde, Dairemizin uygulamasına göre fesih, haksız fesih haline geleceğinden işçi, ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir. Ancak, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa Disiplin Kuruluna gidilmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez. Çünkü söz konusu toplu iş sözleşmesi

geçerli feshe ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır.

Somut olayda, davacının devamlı olarak çeşitli rahatsızlıklardan rapor aldığı, işyerindeki olumsuz davranışları ve çalışma arkadaşları ile uyumsuzluğu nedeniyle görev yerinin defalarca değiştirildiği, buna rağmen bu tutumunu sürdürdüğü, bu suretle işyerindeki çalışma düzenini olumsuz etkilediği anlaşıldığından geçerli fesih nedenleri mevcuttur.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde, karar verilmiştir.

## HÜKÜM

Yukarda açıklanan gerekçe ile;

**1.** Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

**2.** Davanın **REDDİNE,**

**3.** Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

**4.** Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 40.00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

**5.** Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife göre 575 YTL ücreti vekâletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

**6.** Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine,

Kesin olarak 29.06.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1. KARARDA ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 29.06.2009 tarihli kararı, toplu iş sözleşmesinin disiplin kuruluna ilişkin düzenlemesinin ihlali durumunda ortaya çıkan hukuksal tabloya ilişkin esasları ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır. 1475 sayılı Kanun döneminde çok sayıda yargı kararına konu olan disiplin kurulu uygulamasına ilişkin hukuki sorunlar, 4857 sa-

yılı Kanun döneminde de farklı bir boyut kazanarak varlığını sürdürmektedir. Gerçekten, ilk olarak 4773 sayılı Kanun ile kabul edilen ve 4857 sayılı Kanun'la bazı değişiklikler ile çalışma yaşamının parçası haline gelen iş güvencesi düzeni içinde, sözleşmesel fesih sınırlamalarının geçerliliğine ilişkin görüşlerin yeniden değerlendirilmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, inceleme konusu yaptığımız kararda, disiplin kuruluna başvurmanın feshi haksız kılacağı, ancak bu durumda dahi feshin

geçerliliğinin mahkemece denetlenebileceği kabul edilmiştir. Buna göre, olayda çözülmesi gereken temel hukuki sorun, disiplin kuruluna ilişkin hükmün ihlalinin hukuksal yaptırımının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Söz konusu sorunun çözüm sürecinde, öncelikle, 1475 sayılı Kanun döneminde kabul edilen esasları hatırlamak; ardından bunların 4857 sayılı Kanun döneminde iş güvencesi sistemi içinde ne şekilde uygulanacağını sorgulamak yerinde olacaktır.

## II. 1475 SAYILI KANUN DÖNEMİNDE DİSİPLİN KURULU UYGULAMASI

### 1. Genel Olarak

İşçilerin feshe karşı korunması konusunda ülkemizde önem kazanan uygulamalardan biri de, işverence fesih hakkının kullanılması öncesinde işçi ve işveren temsilcilerinden oluşan bir kurulun görüşünün alınması zorunluluğunun kabul edilmesidir. Uygulamada “disiplin kurulu” deyimine atıfta bulunan söz konusu kurulun kararına başvurma zorunluluğu, toplu sözleşmelerin büyük bir çoğunluğunda, işçiye disiplin cezalarının verilmesinde ve işten çıkarma cezası şeklinde düzenlenen işverenin haklı nedenle feshi açısından öngörülmektedir. Toplu iş sözleşmesiyle getirilen hükümlerle işveren, hizmet akdini haklı nedenle feshetmeden önce, disiplin kurulunun aynı yoldaki görüşünü almak yükümlülüğü altına sokulmaktadır<sup>1</sup>.

Toplu iş sözleşmelerinde, disiplin kurullarının gerek oluşumu, gerekse de işleyişi açısından ayrıntılı hükümlere yer verilmektedir<sup>2</sup>. İşyerlerinde oluşturulan disiplin kurullarının büyük çoğunlukla, işçi ve işveren temsilcilerinin eşit sayıda katılımı ile kuruldukları görülmektedir<sup>3</sup>. Uygulamada, disiplin kurullarına katılacak işçi temsilcileri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikanın seçtiği üyelerden oluşmaktadır. Genel olarak, toplu iş sözleşmelerinde, aynı işyeri sendika temsilcisi konusunda olduğu gibi, sendikanın disiplin kurulunda yer alacak kişileri o işyerinde çalışan sendika üyesi işçiler arasından atadığı görülmektedir. Bazı

toplu iş sözleşmelerinde, işyerinde çalışan sendika şube yöneticilerinin görevlendirilmesine de rastlanmaktadır<sup>4</sup>.

Toplu iş sözleşmelerinde, disiplin kurulunun oluşumunun yanı sıra, kurulun toplanması ve çalışmasına ilişkin ayrıntılı hükümlere de yer verildiği görülmektedir. Disiplin kurulunun çalışma yöntemine ilişkin toplu iş sözleşmelerinde yer verilen hükümlerden kuşkusuz en önemlisi, işçiye disiplin cezası uygulanmasından ya da işten çıkarılmasından önce savunmasının alınması yolundaki hükümlerdir<sup>5</sup>. Buna karşılık Yargıtay, 1995 yılında vermiş olduğu bir kararda, toplu iş sözleşmesinde yer alan, disiplin kurulu kararı öncesi işçinin savunmasının alınacağına ilişkin hükmü değersiz kılan bir sonuca ulaşmıştır<sup>6</sup>. Yargıtay vermiş olduğu kararda, işçinin hizmet akdinin disiplin kurulunca savunma alınmadan feshini haksız fesih olarak nitelendiren yerel mahkeme kararını, savunma alınması işleminin, disiplin kurulunun çalışması ile ilgili bir düzenleme olduğu gerekçesiyle bozmuştur. Yargıtay savunma alma işleminin geçerlilik şartı olmadığını belirterek, disiplin kurulunun hizmet akdinin haklı nedenle feshine karar vermesi halinde, savunma alınmamış olmasının kararın geçerliliğine etkisi olmayacağına hükmetmiştir<sup>7</sup>. Buna göre Yargıtay, savunma alma işleminin disiplin kurulunun çalışmasıyla ilgili bir işlem olduğu ve buna uyulmamasının önemli bir eksiklik oluşturmayacağı sonucuna ulaşmaktadır. Oysa öğretilerde haklı olarak belirtildiği gibi, Yargıtay'ın bu şekilde bir ayrıma gitmesi isabetli değildir. Neye dair olursa olsun, toplu iş sözleşmesi hükümleri Kanun hükmü gibi, taraflarca uyulması gerekli hükümlerdir. Disiplin kurulunun savunma alındıktan sonra, haklı nedenle hizmet akdinin feshine karar vereceği kesin bile olsa işlemin himaye edilmemesi gerekirdi<sup>8</sup>.

Disiplin kurulları, işçinin disiplin cezasına konu olan eylemi işleyip işlemediği, işçinin geçmişteki tutum ve davranışları, eyleminde kast unsurunun olup olmadığı, kusur oranı gibi hususları da kararlarında dikkate almakta ve değerlendirmektedir. Bunun yanı sıra, toplu iş sözleşmelerinde, disiplin kurulunun işçi hakkında vereceği karar için gerekli yetersayılara

## Disiplin kurulunun oybirliği ile karar almasını öngören hükmün dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı açıktır.

ilişkin hükümlere de yer verilmektedir<sup>9</sup>. Ancak tarafların, bu yetersayıları belirleme konusunda yetkileri sınırsız değildir. Nitekim Yargıtay, disiplin kurulunun oybirliği ile karar almasını öngören sözleşme hükmünü, geçerli saymamıştır<sup>10</sup>. Gerçekten, disiplin kurulunun oybirliği ile karar almasını öngören hükmün dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı açıktır<sup>11</sup>. Oybirliği ile karar alınması her zaman engellenebilecek bir durumdur. İşçi ve işveren temsilcilerinden oluşturulacak bir kurula, işçi temsilcilerinden birinin gelmemesi veya katılanların oybirliği ile karar alınmasının öngörüldüğü durumlarda da bu oybirliğinin sağlanması her zaman mümkün olmayabilecektir. Böylece, söz konusu toplu iş sözleşmesi hükmü işverenin fesih hakkının sınırlanması amacını aşacak ve işverenin fesih hakkının tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğuracaktır<sup>12</sup>.

### 2. Disiplin Kuruluna İlişkin Hükmün İhlalinin 1475 Sayılı Kanun Döneminde Kabul Edilen Hukuksal Sonucu: Feshin Haksız Sayılması

1475 sayılı Kanun döneminde, işverenin, Kanun'un 17. maddesinde sayılan ahlak ve iyiniyet hallerine aykırılık nedeniyle hizmet akdini feshettiğinde ve mahkemece feshin kanuna uygun olmadığı kabul edildiğinde, fesih "haksız fesih" sayılmakta ve işverenin işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olacağı kabul edilmekteydi. Burada, işverenin yapması gereken hizmet akdini İş Kanunu'nun 13. maddesine göre, ihbar öneli tanıyarak ve (çalışması 1 yılı aşan işçi için) kıdem tazminatı ödeyerek feshetmek olduğu fikrinden hareket edilmekte ve buna uymayarak, gerçekte haklı nedenleri olmadığı halde akdi 17. maddenin ikinci fıkrasına göre feshettiğini beyan eden işverene, normalde uyması gereken prosedür

olan süreli fesih bildirimini ile ilgili düzenlemelerin ihlaline ilişkin hukuki sonuçlar uygulanmaktaydı<sup>13</sup>.

Yargıtay 1994 yılından önce verdiği kararlarında, toplu iş sözleşmesinde işverenin haklı sebeple fesih hakkını kullanabilmesi için disiplin kurulu kararını alma zorunluluğunun öngörülmesine rağmen, bu kararı almadan hizmet akdini feshetmesi karşısında, feshin gerçekte haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının araştırılmasını ve buna göre bir sonuca varılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>14</sup>. Yargıtay, işçinin feshe karşı korunması yönünden önem taşıyan sınırlamanın hukuki etkisini ortadan kaldıran ve disiplin kurulu kararının alınmasını öngören toplu iş sözleşmesi hükmüne rağmen, işverene akdi bildirimsiz şekilde feshetmek olanağı tanıyan bu görüşünü 1994 yılındaki Hukuk Genel Kurulu Kararı'na<sup>15</sup> kadar aksi yöndeki birkaç kararı dışında<sup>16</sup> sürdürmüştür<sup>17</sup>. 1994 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, disiplin kurulu kararlarının yargı denetimine tabi bulunmasının işverenin toplu iş sözleşmesinin açık hükmünü gözardı etmesini haklı kılmayacağını açıklamış ve disiplin kuruluna başvurulmamış olmasının feshi haksız kılacağı sonucuna ulaşmıştır<sup>18</sup>. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, 1994 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı'ndan sonra vermiş olduğu kararlarda, Yüksek Mahkeme'nin görüşünün artık bu yönde istikrar kazandığı görülmüştür<sup>19,20</sup>.

İşverence disiplin kurulundan geçirilmeden fesih yoluna başvurulması durumunda, feshin haksız sayılması esası öğretide de genel olarak kabul edilmiştir. Öğretide de belirtildiği üzere<sup>21</sup>, işverenin fesih hakkını tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmamakla beraber, sınırlamanın geçerli sayılması gerekir. Gerçekten, işverenin fesih hakkının disiplin kurulu kararına bağlı tutulması şeklindeki bir düzenlemenin geçersiz sayılmasını gerektirecek bir hukuka aykırılık söz konusu değildir. İşverenin fesih hakkı, disiplin kurulu kararına bağlı tutulmakla tamamen ortadan kaldırılmamakta, bu hakkın kullanılması dayanakları itibarıyla denetime tabi tutulmakta, geçerli veya haklı nedenler ortaya konulup süzgeçten geçirilerek fesih keyfilikten, işçi üzerinde baskı yaratacak

sübjektif davranışlardan uzaklaştırılmaktadır<sup>22</sup>. Yargıtay'ın önceki kararlarında ifadesini bulan düşünce, fesih hakkı ile ilgili olarak getirilen ve feshe karşı korunma yönünden önem taşıyan sınırlamanın hukuki etkisini ve sonucunu ortadan kaldırmakta ve işverene sözleşmedeki fesih için disiplin kurulu kararının alınmasını öngören hükme rağmen hizmet akdini feshetmek olanağı vermektedir<sup>23</sup>. Öğretide de kabul edildiği gibi, işverenin fesih yoluna başvurmadan önce disiplin kurulu kararının alınması zorunluluğuna uymaması başlı başına feshi haksız kılan bir neden olarak sayılmalıdır<sup>24</sup>.

### III. 4857 SAYILI KANUN DÖNEMİ: DİSİPLİN KURULU UYGULAMASININ İŞ GÜVENCESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERLE İLİŞKİSİ

#### 1. Genel Olarak

İş güvencesinin hukukumuzda girmesi ile birlikte, disiplin kurulu uygulamalarının geçerliliği tartışmaları da yeni bir boyut kazanmıştır. Özellikle, iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin “mutlak emredici” bir nitelik taşıyıp taşımadığı, başka bir anlatımla, işçi lehinde düzenlemelere izin verip vermediği öğretisi ve uygulamada tartışmalara yol açmış bulunmaktadır. Buna göre ilk olarak, işverenin fesih hakkının sınırlandırılması amacına yönelen disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin bu açıdan ele alınarak irdelenmesi gerekmektedir.

İkinci olarak, 1475 sayılı Kanun döneminden farklı olarak, 4857 sayılı Kanun döneminde feshin haklılığının yanı sıra, “feshin geçerliliği” bağlamında da konunun irdelenmesi ve disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin ihlalinin bu yönden de ele alınması gerekmektedir. Buna göre, disiplin kuruluna başvurmadan sözleşmenin feshedilmesi durumunda, disiplin kuruluna başvurmamış olmanın feshin haklılığının yanı sıra geçerliliğine etki edip etmeyeceği, yasal sistem ve yargı kararları ışığında değerlendirilmelidir. Buna göre, konu belirttiğimiz her iki yönden de aşağıda analiz edilecektir.

#### 2. İş Güvencesine İlişkin Hükümlerin Emredici Niteliği ve Disiplin Kurulu Uygulaması

4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin “Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.” hükmünü taşıyan son fıkrası, işverenin fesih hakkına ilişkin olarak getirilebilecek sınırlayıcı düzenlemeleri tartışmalı hale sokmuş bulunmaktadır. Mutlak emredici bir nitelik taşıdığı kuşkusuz olan bu düzenleme karşısında, işçi lehinde de olsa düzenleme getirilemeyecek alanın belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Kanımızca, Kanun'un 21. maddesinin son fıkrasını, feshin geçersizliği halinde ödenecek tazminata ilişkin ve bununla sınırlı olarak yorumlamak isabetli olacaktır. Buna göre, iş sözleşmesinin geçersiz feshi durumunda ödenecek işe iade tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücret miktarı sözleşmeler ile artırılamayacaktır. Nitekim Yargıtay da, iş güvencesi kapsamına giren bir işçinin toplu iş sözleşmesinde öngörülen iş güvencesi tazminatından yararlanamayacağına hükmetmiştir<sup>25</sup>. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre; “Davacı Yasanın 18-21. maddelerinde düzenlenen işe iade koşullarından yararlanabilecek bir işçiyse, Toplu İş Sözleşmesinin 40. maddesinde düzenlenen iş güvencesi ödeneğini talep edemez. 4857 sayılı Yasanın belirtilen düzenlemesi karşısında, daha önce imzalanan TİS hükümündeki cezai şart niteliğindeki istek konusu tazminatın, iş güvencesi kapsamına giren davacı açısından, önemi kalmamıştır. Mahkemece yapılacak iş davacı iş güvencesinden yararlanma koşullarını taşıyorsa isteğin reddine karar vermektir<sup>26</sup>.”

Buna karşılık, bu kapsam dışında kalan sözleşmenin feshine ilişkin sınırlayıcı hükümler, fesih hakkını özünü zedelediği sürece geçerli sayılacaktır. Nitekim toplu iş sözleşmeleri ile işverenin toplu işçi çıkarmada uyması gereken sıraya ilişkin düzenlemeler geçerli olarak kabul edilmelidir<sup>27</sup>. Nitekim, Yargıtay da isabetli olarak, 1475 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, 4857 sayılı Kanun döneminde de bu yol-

daki hükümleri geçerli olarak kabul etmiş ve işverenin sözleşme hükmünü ihlalinin feshin geçersizliği sonucunu beraberinde getireceğini açıklamıştır. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre; "...toplu işçi çıkarılmasında davalının taraf olduğu sendika ile imzaladığı Toplu İş Sözleşmesinin 27. maddesinde toplu işçi çıkarılması için prosedür öngörülmüş, burada önce deneme suresini doldurmamış, sonra emekliliği gelen, daha sonra sicili bozuk ve verimi az olan ve en son kıdemi az olan işçilerin öncelikle çıkarılacağı belirtilmiştir. Davacının kıdemli işçi olduğu, emekliliği gelmediği ve veriminin azlığı ile sicili konusunda bir olumsuzluğunun bulunmadığı, bu konuda kanıt sunulmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim bilirkişinin tespiti de bu yönde olup, davalı işverenin öngörülen kurala uymadığı anlaşılmaktadır. Davalı işverenin öngörülen kurala uymaması iş sözleşmesinin feshini geçersiz kılar."<sup>28</sup>

Sonuç olarak, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının, disiplin kuruluna başvurma zorunluluğu ile sınırlandırılması hukuka uygun olup, 4857 sayılı Kanun'un iş güvencesine ilişkin düzenlemelerinin varlığı, bu nitelikte hükümlerin kararlaştırılmasına engel değildir. İşverenin anılan sınırlamaya uymaması, feshi haksız hale getirecektir. Buna mukabil feshin haksız olarak nitelendirilmesinin aynı zamanda feshin geçersizliğini de getirip getirmeyeceği, yine böyle bir durumda feshin geçersizliğinin sözleşme taraflarınca öngörülmesinin mümkün olup olmadığı tartışılması gereken konulardır. Bunlar aşağıda incelenecektir.

### 3. Feshin Haksız Sayılmasının Feshin Geçersizliği Üzerindeki Etkisi ve Disiplin Kurulu Uygulaması

Toplu iş sözleşmelerinde disiplin kuruluna ilişkin düzenlemelerde, genel olarak işverenin 25. maddenin II. bendine dayalı fesih hakkının sınırlandırıldığı görülmekte ve işverenin "haklı nedenle" sözleşmeyi feshinden önce disiplin kurulunun bu yöndeki görüşünü alması gerektiği düzenlenmektedir. Buna göre, işverenin anılan hükmü ihlal ederek sözleşmeyi feshetmesi durumunda, 1475 sayılı Kanun döneminde

olduğu gibi, 4857 sayılı Kanun döneminde de feshin haksız olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da, incelediğimiz kararda, "Toplu iş sözleşmesinde Disiplin Kuruluna gidilme zorunluluğu bulunması durumunda, Disiplin kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde, Dairemizin uygulamasına göre fesih, haksız fesih haline geleceğinden işçi, ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir." anlatımına yer vererek, isabetli olarak bu durumda feshin haksız sayılacağını kabul etmiştir.

Ancak 4857 sayılı Kanun döneminde, eskiden olduğu gibi, sadece feshi haksız olarak nitelendirmek yeterli olmamakta, feshin "geçerlilik" bağlamında da irdelenmesi gerekebilmektedir. Nitekim işçinin kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı talep etmesi durumunda, 1475 sayılı Kanun'dan farklı bir durum söz konusu değildir. Buna karşılık, işçinin işe iade davası açarak feshin haksızlığının yanı sıra, geçersizliğini de ileri sürmesi durumunda, Mahkeme'nin disiplin kuruluna başvurmama olgusunun feshin geçerliliğine etkisi konusunda da değerlendirme yaparak sonuca gitmesi gerekecektir.

Bu konuda iki farklı görüş ileri sürülebilir. İlk olarak, disiplin kuruluna ilişkin hükmün ihlalinin, feshin geçersizliği sonucunu da doğuracağı ileri sürülebilir. İkinci olarak ise, bu durumda uygulanacak hukuki sonucun feshin haksız olarak nitelendirilmesi olacağı, ancak Mahkeme'nin feshin geçerliliğini işin esasına girerek denetleyebilmesi gerektiği söylenebilecektir.

Yargıtay, incelediğimiz kararda, "...Ancak, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa disiplin kuruluna gidilmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez. Çünkü söz konusu toplu iş sözleşmesi geçerli feshe ilişkin bir düzenleme bulunmamıştır. Somut olayda, davacının devamlı olarak çeşitli rahatsızlıklardan rapor aldığı, işyerindeki olumsuz davranışları ve çalışma arkadaşları ile uyumsuzluğu nedeniyle görev yerinin defalarca değiştirildiği, buna rağmen bu tutumunu sürdürdüğü, bu suretle işyerindeki çalışma düzenini olumsuz etkilediği anlaşıldığından geçerli fesih nedenleri mevcuttur." anlatımına yer vererek feshin haksız sayılmakla birlikte geçerliliğinin mahkemece denetlenebileceğine hükmetmiştir<sup>29</sup>.

Buna karşılık öğretide Ulucan, disiplin kuruluna ilişkin hüküm ihlal edilerek sözleşmenin feshi durumunda, sözleşmenin sadece haksız değil, aynı zamanda geçersiz sayılması gerektiğini öne sürmüştür<sup>30</sup>. Bu görüşe göre, böyle bir durumda, feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı araştırılmadan doğrudan feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekir.

Kanımızca, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yorumundan hareket edilerek hukuki sorunun çözümü isabetli olacaktır. Buna göre, toplu iş sözleşmesinde disiplin kuruluna ilişkin düzenlemeler, sözleşmenin haklı nedenle feshine ilişkin olarak getirilmiş ve bu hükümlere uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırım belirlenmemiş ise, Yargıtayın ulaştığı sonuç bizce yerindedir<sup>31</sup>. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin de bu anlayış paralelinde değerlendirmeye gittiği söylenebilecektir. Gerçekten, Yargıtay, feshin geçerliliğinin mahkemece denetlenebileceğini kabul ederken, "Çünkü söz konusu toplu iş sözleşmesi geçerli feshe ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır." anlatımına da yer vererek, bu konuda açık ve özel bir düzenleme olmayışını dile getirmektedir.

Buna göre, sözleşmede geçerli feshe ilişkin bir düzenleme olmaması ve TİS'de uygulanacak yaptırımın açıkça düzenlenmemesi durumunda, Mahkeme'nin feshi haksız sayması yerinde bir yaptırım olacak; ancak feshin geçerliliği ayrıca tartışılabilecektir. Nitekim, Yargıtay, haklı feshin usuli nedenler ile sakatlanması durumunda da, feshin haksız sayılacağını fakat geçerliliğinin denetlenebileceğini kabul etmektedir. Gerçekten, haklı fesih için öngörülen 6 iş günlük hak düşürücü sürenin kaçırılması durumunda, fesih haksız sayılmakta, fakat geçerliliği araştırılarak sonuca gidilmektedir<sup>32</sup>. Yüksek Mahkemenin de bu yönde bir kararında belirtildiği üzere; "Davacının her iki eylemi de gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesi kapsamında hak düşürücü süre içinde haklı fesih hakkının kullanılmaması nedeni ile haksız kabul edilse, gerekse aynı Yasanın 25/II maddesi kapsamındaki haklı nedenler ağırlığında bulunmasa bile, işyerinde olumsuzluklara yol açan niteliktedir. Davacının söz konusu davranışları işveren ve işçi arasında güven ilişkisini zedeleyen davra-

nışlardır. Bu tür davranışlar içerisine giren bir işçi ile iş ilişkisinin sürdürülmesi beklenmemelidir. Davranışlardan kaynaklanan geçerli neden vardır."<sup>33</sup>

Bu görüş kanımızca isabet taşımaktadır ve disiplin kuruluna ilişkin hükmün ihlalini haklı feshi sakatlayan bir usuli eksiklik olarak değerlendirmek isabetli olacaktır. Buna göre, disiplin kuruluna başvurmadan sözleşmenin feshi durumunda da, bu eksiklik feshin geçerliliğine etki edici nitelikte görülmemeli, feshin geçerliliğinin esastan denetlenebileceği kabul edilmelidir.

Ancak Yüksek Mahkeme kararında tartışılmamakla birlikte, disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin geçerli fesih nedenlerini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi söz konusu olabilir. Yine, disiplin kuruluna ilişkin düzenlemelerin ihlalinin feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı yönünde hükümler ile karşılaşılabılır.

Kanımızca, her iki yöndeki düzenlemelere geçerlilik tanımak gerekir. İlk olarak, disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin özellikle işçinin davranışlarına ilişkin geçerli feshi bakımından da öngörülmesi mümkün sayılmalıdır. Gerçekten, disiplin kurulu uygulamasının amacı, işçinin kendisini savunmasına olanak sağlamak ve işçi hakkında objektif bir değerlendirme yapılmasını mümkün kılmaktır. Burada işverenin fesih hakkının özüne dokunan bir durum söz konusu değildir. Yine yukarıda da açıkladığımız üzere, burada İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasına aykırı bir durum yoktur.

İkinci olarak, işverenin disiplin kuruluna ilişkin düzenlemenin ihlalinin hukuki sonuçları açıkça düzenlenebilir. Böyle bir durumda, feshin haksızlığının yanında, geçersizliğinin de kararlaştırılabileceği kabul edilmelidir. 1475 sayılı Kanun döneminde, toplu iş sözleşmesi taraflarının, feshe ilişkin sınırlamaların yanında, işverenin bu sınırlamalara uymaksızın hizmet akdini feshetmesi halinde, fesih kararının geçersizliği ve işe iadeyi öngörüp öngöremeyecekleri tartışmalı bir konuydu. Bu dönemde, bazı yazarlarca, toplu iş sözleşmesi taraflarının feshe ilişkin sınırlamaların yanında, feshin geçersiz sayılacağı ve işçinin işe iade edileceğine ilişkin hükümler getirmeleri mümkün ve geçerli

sayılması gerektiği görüşü öne sürülmekteydi<sup>34</sup>. Ancak, bu dönemde işyeri sendika temsilcileri dışında işe iade kurumuna yer verilmediği, dolayısıyla işe iade sonucunu doğuracak şekilde hizmet akdinin feshi işleminin iptalinin istenemeyeceğini dile getiren Yargıtay ise, bu konuda hizmet akdi veya toplu iş sözleşmesi ile getirilebilecek hükümlerin de geçerli olmayacağını çeşitli kararlarında vurgulamıştı<sup>35</sup>. Ancak 4857 sayılı Kanun döneminde, işe iade ve feshin geçersizliği yasal sistemin bir parçası haline geldiğine göre, bu yönde yapılacak kararlaştırmaların geçersiz sayılmasına ilişkin Yüksek Mahkeme'nin eski içtihadının geçerliliğinin kalmadığı kabul edilmelidir. Buna göre, toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde, disiplin kuruluna ilişkin düzenlemelerin ihlalinin hukuki sonuçları da düzenlenebilecek ve feshin geçersizliğine ilişkin hükümler de getirilebilecektir.

Sonuç olarak Yargıtay'ın disiplin kurulu uygulamasına ilişkin somut uyuşmazlık-taki çözümü isabetli bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin, fesih hakkına ilişkin olarak belirttiğimiz çerçevedeki sınırlamalara ilişkin olarak da bu isabetli yaklaşım biçimini devam ettirmesini beklemekteyiz.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. M. Ekonomi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.11.1980 tarih ve E. 1980/6513, K. 1980/1749 sayılı kararına ilişkin inceleme, İHU 1981/II, TSGLK 1 (No.16).
- 2 Bkz. İ. Eşmeloğlu, İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, Çim. İşv. D, Mayıs 1988, 18; E. Özdemir, İşverenin Fesih Hakkının Disiplin Kuruluna Başvurma Zorunluluğu İle Sınırlandırılması, Tühis, Ağustos 1998, 9-10.
- 3 Tunçomağ, disiplin kurulunda işveren temsilcilerinin sayısının, işçi temsilcilerine eşit ya da daha az sayıda olması halinde, böyle bir düzenleme öngören toplu iş sözleşmesi hükmünün geçersiz sayılması gerektiğini belirtmektedir. Zira, böyle bir anlaşma, işverenin fesih yetkisinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecektir (İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, 230). Yazarın belirttiği sakıncalı duruma uygulamada rastlamak oldukça güçtür. Zira, işçi ve işveren temsilcilerinin sayısal eşitliğinin bulunmadığı durumlarda, üstünlük toplu iş sözleşmelerinde daima işveren tarafına tanınmaktadır. Aynı şekilde, işçi ve işveren temsilcilerinin eşit sayıda katılımı ile oluşan kurullarda toplantıya işveren temsilcilerinin başkanlık edeceği öngörülmekte ve başkana da genelde eşitlik halinde fazladan bir oy hakkı

tanınmaktadır. Nitekim, bu konuda 160 toplu iş sözleşmesi ele alınarak yapılan bir araştırmaya göre, 66 toplu iş sözleşmesinde disiplin kurulu 4 üyeden, 19 toplu iş sözleşmesinde 5 üyeden, 65 toplu iş sözleşmesinde 6 üyeden, 10 toplu iş sözleşmesinde ise 7 üyeden oluşmaktadır. Dört ve altı üyeli disiplin kurulları, eşit sayıda işçi ve işveren temsilcisinden oluşurken, beş ve yedi üyeli kurullar, sırasıyla 2 işçi ve 3 işveren ve 3 işçi 4 işveren temsilcilerinden oluşmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinin % 96'sında ise işverenin atayacağı üyenin başkanlık yapacağı düzenlenirken, sadece % 4'ünde işçi ve işveren temsilcilerinin dönüşümlü olarak atayacağı kimselerin başkanlık yapacağı düzenlenmiştir (bkz. D. Bingöl, İşyeri Disiplini ve Çalışma Barışı, İstanbul 1990, 238-239).

- 4 Bu konudaki örnekler için bkz. Eşmeloğlu, İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, 19; Disiplin kurullarının oluşum biçimini eleştiren Reisoglu, işçi tarafının, toplu iş sözleşmesi tarafı olan işçi sendikasına üye işçilerden kurulduğuna ve bu işçilerin sendikasız ya da başka sendika üyesi işçiler için de karar vermesinin, taraf sendikaya üye olmayan işçilerin aleyhine bir durum oluşturabileceğine dikkat çekmektedir. Bu durumun ortaya çıkaracağı sakıncayı önlemek için ise, yazara göre Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde yer alan disiplin hükümlerinin sendikalı-sendikasız tüm işçiler için uygulanacağı hükmünün dar olarak yorumlanması ve disiplin kurullarının sadece sendikalı işçiler için geçerli olacağını kabul edilmesi gerekir (2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 150).
- 5 Eşmeloğlu, İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, 20.
- 6 Y. 9. HD, 19.9.1995, E. 1995/8687, K. 1995/26796, Tekstil İşv. D, Kasım 1995, kararlar eki.
- 7 Yargıtaya göre "...Mahkemece toplu iş sözleşmesindeki hüküm uyarınca davacının savunmasının alınması gerektiği halde alınmaması nedeniyle haksız olarak hizmet akdinin feshedildiği kabul edilmiş ise de toplu iş sözleşmesindeki savunmanın alınmasıyla ilgili hüküm disiplin kurulunun çalışmasıyla ilgili bir hüküm olup, bir geçerlilik şartı değildir. Disiplin kurulunca haklı olarak hizmet akdi feshedildiği savunulduğuna göre, bu savunma üzerinde durularak gerçekten bir ay içinde 3 gün devamsızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tarafların delilleri de toplanarak araştırılması ve hasıl olacak sonuca göre, bir karar verilmesi gerekir".
- 8 B. Ergin, Yargıtayın 1995 Yılı Kararları, 56-58; aynı seminerde söz alan Cevdet İlhan Günay, Yargıtay kararının gerekçesini tekrarlamış ve vermiş oldukları kararın yanlış olmadığını düşündüğünü ifade etmiştir (Genel Görüşme, 123).
- 9 Genel olarak, toplu iş sözleşmelerinde kurullarda kararların oyçokluğu ile alınacağı düzenlenmektedir. Oylamanın açık ya da gizli olması konusunda toplu iş sözleşmelerinde değişik hükümlere rastlanmaktadır. Bu konudaki örnekler için bkz. Eşmeloğlu, İşyerlerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, 21; Bingöl, 240; Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, toplu iş sözleşmesiyle getirilen toplantı ve karar nisabı ile ilgili hükümlere uyulmamasının disiplin kurulunun vereceği kararların



- geçerliliğine etki edeceğini vurgulamaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında, disiplin kurulunun oluşumuna ilişkin koşullara uyulmamış olmasını dikkate almıştır. Yargıtay'a göre: " ...Toplu iş sözleşmesinin 17. maddesinin (a) bendi, disiplin kurulunun, işveren tarafından tayin edilecek iki kişi ile sendikanın işyerinde çalışan üyelerinden tayin edeceği iki kişiden teşkil olunmasını hüküm altına almıştır. Bu hüküm düzenleyici nitelikte olduğundan disiplin kurulunun üç kişi ile toplanması mümkün değildir. Bu itibarla verdiği çıkarma kararı geçerli sayılamaz (Y. 9. HD, 16.3.1973, E. 195543, K. 5704, Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986, 556-557); Yargıtay, bir kararında da, disiplin kurulu kararının gerçeğe uygun olup olmadığının yanısıra, disiplin kurulunun kuruluş ve oy nisabına ait hükümlerin de incelenerek bir sonuca varılması gerektiğini belirtmiştir (Y. 9. HD, 21.2.1974, E. 5351, K. 3955, Çenberci, 556).
- 10 Y. 9. HD, 20.2.1995, E. 1994/19247, K. 1995/13581, İşv. D, Ağustos 1995, 18.
- 11 Yüksek Mahkemenin 1995 yılında vermiş olduğu bu kararın gerekçesinde, toplu iş sözleşmesi hükmünü hukuka aykırı sayarken dayanak yaptığı hususlar konusunda ayrıntılı bir açıklama bulunmamaktadır. Buna karşılık kararın karşı oy yazısında, disiplin kurulunun oybirliği ile karar almasını öngören hükmünün Medeni Kanun'un 2. maddesindeki iyiniyet kuralı ile bağdaştırılması imkanı olmadığından geçersiz sayılması gerektiği belirtilmiştir.
- 12 Ergin, Yargıtayın 1995 Yılı Kararları, 59.
- 13 Bkz. F. H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 610; N. Çelik, İş Hukuku I, İstanbul 1971, 241-242.
- 14 Y. 9. HD, 2.2.1976, E. 1975/34766, K. 1976/3987, YKD, Temmuz 1976, 585, 586; Y. 9. HD, 28.2.1977, E. 1977/1095, K. 1977/3903, karar ve T. Akünal'ın incelemesi, İHU, TSGLK m. 1 (No.11); Y. 9. HD, 9.3.1984, E. 1984/2019, K. 1984/2532, Yasa D, Nisan 1984, 572; Y. HGK, 23.10.1987, E. 1987/9-612, K. 1987/770, YKD, Şubat 1988, 163; Y. 9. HD, 20.5.1987, E. 4822, K. 5057, Şahlanan, Yargıtayın 1987 Yılı Kararları, 74-75.
- 15 Y. HGK, 1.6.1994, E. 1994/9-71, K. 1994/381, YKD, Kasım 1994, 1737-1739.
- 16 Y. 9. HD, 14.11.1980, E. 1980/6513, K. 1980/1749, karar ve Ekonomi'nin incelemesi, İHU, TSGLK 1 (No.16); Y. 9. HD, 29.11.1990, E. 3227, K. 12619 ve Taşkent'in incelemesi, İHD, C. I, 1991 443.
- 17 Y. 9. HD, 1.7.1993, E. 1993/9829, K. 1993/11434, Çim İşv. D, Eylül 1993, 41-42.
- 18 1994 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'na konu olan olayda, işverenin disiplin kuruluna başvurmaksızın, işçinin devamsızlık yaptığı gerekçesine dayanarak, haklı nedenle hizmet akdini feshettiğini beyan etmesi üzerine, işçi yerel mahkemeye başvurmuş ve hizmet akdinin ancak disiplin kurulu kararıyla feshedebileceği kuralına uyulmadığını gerekçe göstererek ihbar ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme, davacı işçinin isteğini hüküm altına almıştır. Kararın temyizi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, gerçekte haklı sebeplerin varlığı halinde, işverenin disiplin kuruluna gitmeksizin,

hizmet akdini feshetmesinin "haksız fesih" olarak değerlendirilemeyeceği, disiplin kuruluna gitmeyi öngören hükmüne uymamanın sadece bir şekli noksanlık olacağı ve disiplin kurulunca alınacak kararın sonuç olarak yargı denetimine tabi bulunması nedeniyle hukuki sonucun değişmeyeceğine karar vermiştir. Sonuçta, mahkemenin meseleyi inceleyip, gerçekte feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığını saptaması ve bunun sonucuna göre hüküm kurması gerektiğine hükmetmiştir. Yerel mahkemenin direnme kararı vermesi üzerine, olay Hukuk Genel Kuruluna intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu, peşpeşe iki gün işe gelmemenin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II-f fıkrasında açıkça işverene haklı nedenle fesih hakkı verdiğini ve bu hakkı tamamen ortadan kaldırmanın mümkün olmadığını, ancak bunun sınırlandırılmasında hukuka aykırı bir yön bulunmadığını açıklamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu nitelikte bir sınırlamaya yer veren toplu iş sözleşmesi hükmünün hukuken geçerli ve bağlayıcı bir kural olarak değerlendirilmesinin, taraflarının toplu iş sözleşmesi özerkliği çerçevesinde bağatlıklarını sözleşmeye uyulmasının bir gereği olarak değerlendirmiştir.

- 19 Yargıtay, gerek 05.3.1996 tarihli kararında (Y. 9. HD, 05.03.1996, E. 1995/35962, K. 1996/3819, Çim. İşv. D, Mayıs 1996), gerekse de 07.4.1997 tarih ve 7, E. 1996/23047, K. 1997/6718 sayılı (Tekstil İşv. D, Eylül 1997, 19) ve 29.9.1997 tarih E. 1997/12420, K. 1997/16463 sayılı kararlarında (Tühis, Mayıs-Ağustos 1997, 51) yukarıda değindiğimiz 1994 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı'na da atıf yaparak, disiplin kuruluna başvurulmamış olmasının başlı başına feshe "haksız fesih" niteliğini kazandıracakını kabul etmiştir.
- 20 Y. HGK, 8.10.1997, E. 1997/9-451, K. 1997/772, Tekstil İşv. D, Aralık 1997.
- 21 Ulucan, İHU, TSGLK 1 (No.1); Çelik, Yargıtayın 1977 Yılı Kararları, 15-17; Oğuzman, Yargıtay'ın 1977 Yılı Kararları, Genel Görüşme, 46; Ekonomi, İHU, TSGLK 1 (No.16); aynı yazar, Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Koruma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi, Kamu-İş Ekim 1988 C. I Sayı. 6, 15; aynı yazar, Yargıtayın 1984 Yılı Kararları, İstanbul 1986, 37-39; M. Kutal, Yargıtayın 1985 Yılı Kararları, 20; Şahlanan, Yargıtayın 1987 Yılı Kararları, 74-75; Ü. Narmanlıoğlu, Yargıtayın 1990 Yılı Kararları, 48-49; Taşkent, karar incelemesi, İHD 1991, 443 vd; Güzel, Yargıtayın 1993 Yılı Kararları, 81-82; C. Tuncay, Yargıtayın 1994 Yılı Kararları, 40-41; Ergin, Yargıtayın 1995 Yılı Kararları, 55-59; buna karşılık Reisoğlu Yargıtay'ın 1994 yılındaki Hukuk Genel Kurulu kararını öncesinde verdiği birçok kararında benimsediği görüşe katılmaktadır (1977 Yılı Semineri, Genel Görüşme, 35); Tunçomağ da disiplin kurulunun çeşitli nedenlerle toplanmadığı veya karar alamadığı durumlarda, hizmet akdinin işveren tarafından kurula başvurulmaksızın feshinin hukuka uygun sayılmasının doğru olacağını, bu durumda Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük kurallarının dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, örneğin çok ağır bir durumun söz konusu olması halinde işveren disiplin kuruluna başvurmaksızın işçiyi işten çıkarabilecektir. Hatta, disiplin kurulunun aksi yöndeki kararına rağmen işveren gerçekte haklı bir neden varsa sözleşmeyi feshedebilir (İş Hukukunun Esasları, 230).

- 22 M. Ekonomi, İHU, TSGLK 1, (No.16).
- 23 M. Ekonomi, Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Koruma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi, Yargıtay Dergisi, C. 15, S. 1-4, Ocak-Ekim 1989, Özel Sayı, 15 .
- 24 D. Ulucan, İHU, TSGLK 1 (No.1); N. Çelik, Yargıtayın 1977 Yılı Kararları, 15-17; K. Oğuzman, Yargıtayın 1977 Yılı Kararları, Genel Görüşme, 46; M. Ekonomi, İHU, TSGLK 1 (No.16); aynı yazar, Hizmet Akdinin Feshi ve Feshe Karşı Koruma Açısından Yargıtay Kararlarının Etkisi, 15; aynı yazar, Yargıtayın 1984 Yılı Kararları, 37-39; Kutal, Yargıtayın 1985 Yılı Kararları, 20; Şahlanan, Yargıtayın 1987 Yılı Kararları, 74-75; Narmanlıoğlu, Yargıtayın 1990 Yılı Kararları, 48-49; Taşkent, ag. karar incelemesi, 443 vd; Güzel, Yargıtayın 1993 Yılı Kararları, 81-82; Tuncay, Yargıtayın 1994 Yılı Kararları, 40-41; B. Ergin, Yargıtayın 1995 Yılı Kararları, 55-59; E. Özdemir, Fesih Hakkının Sınırlanması, 16-17; C. Yalçın, Hizmet Akdini Fesih Yetkisinin Toplu İş Sözleşmesiyle Sınırlanması, Tühis, Şubat-Mayıs 1999, 73.
- 25 Bkz. Ş. Çil, 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukundaki Etkileri, Sicil, Mart 2008, 40-41.
- 26 Y. 9 HD, 20.10.2008, E: 2007/29425, K: 2008/27963, www.legalbank.net; Ş. Çil'e göre, böyle bir durumda, iş güvencesi kapsamındaki işçinin, eğer işe iade davası açmamış ise, feshin geçerli nedene dayanmadığı iddiası ile toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şartı talep edebilmesi gerekir (4857 Sayılı İş Kanunundaki Yeni Düzenlemelerin Toplu İş Hukukundaki Etkileri, 41).
- 27 İngiliz Hukukunda da, toplu işçi çıkarma konusunda, işverenin belirli bir sıraya uyması ve özellikle son giren ilk çıkar (Last in, first out) kuralının, toplu iş sözleşmelerinde yaygın bir şekilde görüldüğü belirtilmektedir (Bandaret, Licenciment en Droit Français, Anglais et Allemand, dok. tezi, Paris II, 1987, 280).
- 28 Y. 9 HD, 19.3.2007, 6187/7308 ve İ. Cengiz'in incelemesi, Kamu-iş, C. 9, S. 4, 2008.
- 29 Y. 9 HD, 28.04.2008, E. 2007/34009, K. 2008/10347, www.legalbank.net; Yüksek Mahkeme, işverence sözleşmenin haklı nedenle feshinin ileri sürüldüğü uyuşmazlıklarda, feshin haklılığını "ölçülülük ilkesi" ışığında irdelemekte ve feshin haklı olarak nitelendirilmesi subjektif olayda işçi bakımından ağır bir sonuç oluşturacak ise, feshi geçerli fesih olarak kabul etmektedir. Örneğin Yargıtay'a göre; "...Somut olayda bir firmaca çalışanları için düzenlenen gecede ödül olarak verilmesi gereken hediye paketlerinin unutulduğu, ziyafet şefi olan davacının bu ödülü gizlice alarak işyeri dışında çıkardığı ve evine götürdüğü, firma yetkililerin işverene bildirmesi üzerine olayın araştırıldığı ve davacının aldığından anlaşıldığı, davacıdan istendiği ve firma yetkililerine teslim edildiği anlaşılmaktadır. Olay tanık anlatımı ve işveren tarafından alınan davacının savunmasından anlaşılmaktadır. Davacının davranışı sadakat yükümlülüğünü ihlal niteliğinde ve güven ilişkisini sarsıcı nitelikte olup işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. Ancak davacı işyerinde 14 yıldır çalışan bir işçidir. Olayın ortaya çıkması üzerine aldığı eşyayı iade etmiştir. İşverenin bir zararı bulunmamaktadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, somut olayın gelişimine göre feshin haklı nedene dayandığının kabulü ağır bir sonuç olur. İş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenmez bir hal aldığından, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü yerinde olacaktır. Davacının iş sözleşmesi davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshedilmiştir."
- 30 D. Ulucan, Y. 9 HD, 13.1.2005, E. 2004/30616, K. 2005/622 sayılı kararına ilişkin inceleme, Legal İHD, 2007/13, 283-289; N. Çelik de bu görüşü isabetli bulunduğunu açıklamaktadır: İş Hukuku Dersleri, 22. Bası, 282.
- 31 Yüksek Mahkeme 3.4.2006 tarih ve E.: 2005/28975 ve K. 2006/8268 sayılı kararında da, disiplin kurulu kararı olmadan iş sözleşmesinin feshinin haklı nedeni etkilediği ancak işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli feshi ortadan kaldırmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz. İ. Doğan, Disiplin Kurulu Kararı İle Hizmet Akdinin Feshi, Sicil, Aralık 2008, 147.
- 32 Bkz. M. Uçum, Karar İncelemesi, İşverenin Dayandığı Fesih Nedeninin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi ve Sözleşmenin Feshinde Usul Hükümlerinin Uygulanması, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal yay., 2005, 385 vd.
- 33 Y. 9 HD, 03.12.2007, 14832/36281, www.legalbank.net.
- 34 M. Ekonomi, toplu iş sözleşmesi taraflarının, disiplin kurulu kararı olmaksızın sözleşmenin feshi halinde, feshin geçersiz sayılacağı ve işçinin işe iade edileceği konusunda açık hükümler koyabileceklerini öne sürmüştür (Karar İncelemesi, İHU, TSGLK.1 (No.16); Aynı şekilde, E. T. Kaplan da feshin haksız fakat geçerli sayılmasının toplu iş sözleşmesi taraflarınca feshin geçersiz sayılacağına ilişkin açık hükümler getirmemeleri halinde uygulanacak sonuç olduğunu belirtmektedir (İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, 178).
- 35 Y. 9. HD, 07.06.1988, E. 1988/4305, K. 1988/6347, Çimento İşv. D, Temmuz 1988, 19; 9. HD, 25.09.1995 E. 1995/8981, K. 1995/28051, Çimento İşv. D, Kasım 1995, 32; Yargıtayın feshin geçersizliğinin toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmayacağına ilişkin görüşü öğretide de taraftar bulmuştur. Gerçekten M. Engin 1475 sayılı Kanun döneminde yayımladığı çalışmasında şu sonuçlara varmıştır: "...hukukumuzda fesih bozucu yenilik doğuran bir hak olarak düzenlenmiştir. Fesih usulsüz veya haksız da olsa beyanının varma anında sözleşme sona erer. İş Kanunu'nun 13. maddesinde feshin bozucu yenilik doğuran hak niteliği mutlak olarak tanınmıştır. Yargıtayın da belirttiği gibi bu konudaki tek istisna SK. m. 30 hükmü ile işyeri sendika temsilcileri için getirilmiştir. Yazar'a göre, SK. 30 hükmünde feshin bozucu yenilik doğuran hak olma özelliğine istisna getirilmektedir. Ancak bu istisna dışında, feshin bozucu yenilik doğuran hak olma niteliği mutlak olarak tanındığından, aksinin sözleşme ile kararlaştırılması mümkün değildir. Toplu iş sözleşmesiyle, belirli nedenler dışında feshin geçersiz sayılacağı ve fesihten önceki sözleşme ilişkisinin devam edeceği hükme bağlanamaz. Bu konu ancak yasa ile düzenlenebilir." (Toplu İş Sözleşmesi Sistemi, doktora tezi, Ankara 1998, 208-209).

Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Son Gelişmeler

## I. GENEL OLARAK

Türk vatandaşları yurtdışında geçen hizmet sürelerini 8.5.1985 tarihli 3201 sayılı “Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun”<sup>1</sup> hükümleri çerçevesinde borçlanabilmektedirler. Önce 17.04.2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanun<sup>2</sup> ile daha sonra 5510 sayılı Kanun<sup>3</sup> ile 3201 sayılı Kanun’da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler 8 Mayıs 2008 tarihinden itibaren yürürlüğe girdiğinden, bu tarihten itibaren yurtdışı hizmet borçlanmasında farklı esaslar geçerli olmaya başlamıştır.<sup>4</sup>

3201 s. Kanun’daki değişiklikleri takiben, yurtdışı hizmet borçlanması uygulamasına açıklık getirmek amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu’nca 22.05.2008 tarihinde 2008/44 sayılı Genelge yayımlanmıştır. Daha sonra “Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik”<sup>5</sup> 6.11.2008 yürürlüğe girerek 15.9.1985 tarihli önceki Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır (Yön. m.18).<sup>6</sup> Böylelikle 8.5.2008 tarihinden itibaren yapılan başvurular hakkında 6.11.2008 tarihli yeni Yönetmelik hükümleri uygulanmaya başlamıştır (Yön. Geçici m.7). En son olarak da,

2.1.2009 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu’nca uygulamada meydana gelen değişikliklere açıklık getirmek amacıyla 2008/115 sayılı Genelge yayımlanmıştır. Bu Genelge’nin yayımlanması ile birlikte 12.07.2007 tarihli 2007/59 sayılı Genelge<sup>7</sup> ile daha önce yurtdışı borçlanması ile ilgili yayımlanmış diğer Genelge ve Genel Yazıların 2008/115 sayılı Genelge’ye aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır (2008/115 sayılı Genelge, H, 5). Bu yazıda, 3201 sayılı Kanun’da 5754 ve 5510 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikler, 6.11.2008 tarihli yeni Yönetmelik ve 2008/115 sayılı Genelge hükümleri ışığında yurtdışı hizmet borçlanmasında gelinen son durum incelenecektir.

## II. BORÇLANMADAN YARARLANABİLECEK KİŞİLER

### 1. 18 Yaşını Doldurmuş Türk Vatandaşları

#### a) Türk Vatandaşı Olma Koşulu

3201 s. Yasa’nın 5754 sayılı Kanun’un 79 uncu maddesi ile değişik 1. maddesine göre:

“Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen

## Yurtdışı sürelerini borçlananların gerek aylık talebinde buldukları tarihte, gerekse aylık aldıkları sürede, Türk vatandaşlığını kaybetmeleri durumunda aylıkları kesilmeyecektir.

ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri halinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir.”

3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yapılan bu değişiklikle öğretilen ve yargı kararlarındaki Türk vatandaşlığı koşulunun borçlanmanın yapıldığı esnada mı, yoksa hizmetlerin geçtiği esnada mı aranacağı konusundaki görüş ayrılıklarına son verilmiştir.<sup>8</sup> 6.11.2008 tarihli Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 2. maddesine göre, “Bu Yönetmelik ikili veya çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış olup olmadığına bakılmaksızın yabancı ülkede geçen sigortalılık veya ev kadını sürelerinde ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşı olanları kapsar.” Bu yeni düzenleme ile borçlanılan süreler istinaden aylık talebinde bulunmada ve aylık alma süresinde Türk vatandaşı olma şartı kaldırılmıştır.<sup>9</sup> Bu nedenle yurtdışı sürelerini borçlananların gerek aylık talebinde buldukları tarihte, gerekse aylık aldıkları sürede, Türk vatandaşlığını kaybetmeleri durumunda aylıkları kesilmeyecektir (2008/115 sayılı Genelge, G).

Türk vatandaşlığını kaybettiklerinden dolayı 15.9.1985 tarihli önceki Yönetmelik hükümlerine göre aylıkları bağlanmayan veya aylığı bağlandıktan sonra Türk vatandaşlığını kaybetmesi nedeniyle aylıkları durdurulan veya kesilenlerin 8.5.2008 tarihinden sonra yaptıkları veya

yapacakları tahsis başvuruları üzerine, taleplerini takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanacaktır (2008/115 sayılı Genelge, G).

Türk vatandaşı olmadıkları için ölüm aylığı talepleri reddedilen hak sahipleri hakkında da, aylığa hak kazanmaları halinde 8.5.2008 tarihinden sonra yaptıkları veya yapacakları tahsis başvuruları üzerine, taleplerini takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanacaktır (2008/115 sayılı Genelge, G).

Bu değişikliklerden sonra gelinen son noktada, yurtdışı hizmet borçlanmasında Türk vatandaşı olma şartının iki halde yerine getirilmesi zorunludur. Bunlardan biri, borçlanılması istenilen sürelerde ilgilinin Türk vatandaşı olması, diğeri ise Türk vatandaşlığında geçen süreleri borçlanma talebinde bulunan sigortalı veya hak sahibinin yazılı başvuru tarihi itibari ile Türk vatandaşı olmasıdır. (Yön. m.2; 2008/115 sayılı Genelge, G).<sup>10</sup> Türk vatandaşlığının olup olmadığı 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na (TVK) göre belirlenecektir.<sup>11</sup>

Türk vatandaşlığı ile birlikte başka bir ülke vatandaşlığı devam edenlerin (çifte vatandaşlığı olanların)<sup>12</sup> yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda 3201 sayılı Kanun'da herhangi bir hüküm olmamasına karşın, konu 2008/44 sayılı Genelge ile düzenlenmiştir. Genelge'ye göre, Türk vatandaşlığı ile birlikte yabancı ülke vatandaşlığı devam edenler de 3201 sayılı Kanun hükümleri gereğince yurtdışı hizmet borçlanmasından yararlanabileceklerdir (2008/44 sayılı Genelge, A,1). 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)<sup>13</sup> m. 4/I-b hükmüne göre “Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku” uygulanır. Bu bağlamda da çifte vatandaşlığı olan kişilerin 3201 sayılı Kanun'dan yararlanarak yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmaları mümkündür.

Borçlanılmak istenilen sürelerde, Türk vatandaşlığının devam edip etmediği ilgililerden herhangi bir belge talep edilmeden Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün Kimlik Paylaşım Sistemi kullanılarak bilgisayardan alına-

cak olan Vukuatlı Nüfus Kayıt Örneği çıktısı ile tespit edilecektir (2008/44 sayılı Genelge, A, 1).

### **b) 18 Yaşını Tamamlamış Olma Koşulu**

Yurtdışında geçen hizmetlerin borçlanılabilmesinin bir koşulu da borçlanma hakkında yararlanacak Türk vatandaşlarının 18 yaşını doldurmuş olmalarıdır. 3201 s. K. m.1 hükmüne göre, “Türk vatandaşlarının yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen...” süreleri için borçlanma yapılabilecektir. Yönetmeliğin m. 6/2, a bendi hükmünde, “18 yaşın doldurulmasından önce yurtdışında sigortalı ve ev kadını olarak geçen süreler”in borçlandırılmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu çok açık yasal düzenlemeler karşısında, yurtdışında ancak 18 yaşından sonra geçen süreler borçlanmada esas alınacaktır.

## **2. “Zorunlu Göç” ile Türkiye’ye Gelenler**

Bulgaristan’dan göçmen olarak Türkiye’ye gelenler Türk vatandaşlığına geçtikten sonra, Bulgaristan’da geçen çalışma sürelerini 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanmak istemişler, bu durum ise 3201 sayılı Kanun’un uygulanmasında yeni sorunları beraberinde getirmiştir.<sup>14</sup> Bu bağlamda, 1989 yılında yaşanan zorunlu göç dolayısıyla Türkiye’ye gelen ve 1991 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına kabul edilen kişinin 3201 sayılı Kanun’a göre borçlanma talebi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 23.11.2005 tarihli kararına konu olmuştur.<sup>15</sup> HGK, bu kararında sadece Türk vatandaşı olarak geçen sürelerin borçlanılabileceği sonucuna vararak, Bulgaristan’dan zorunlu göç yoluyla gelen kişilerin sosyal güvenlik haklarına borçlanma yoluyla kavuşmaları imkânını kapatmıştır.<sup>16</sup>

İşte şimdi 5754 sayılı Kanun’un 79. maddesi ile 3201 sayılı Kanun’a eklenen geçici 6. maddede, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerden 01.01.1989 tarihinden 08.05.2008 tarihine kadar zorunlu göçe tabi tutulduktan sonra Türk vatandaşlığına geçenlere, geldikleri ülkedeki hizmetlerini borçlanma yoluyla değerlendirilebilme imkânı getirmiştir. Bu borçlanma hakkından yararlanabilmek için;

**1-** 01.01.1989 tarihinden 08.05.2008 tarihine kadar geldikleri ülke tarafından zorunlu göçe tabi tutulmuş olmaları,

**2-** Zorunlu göçten sonra Türk vatandaşı olup, Türkiye’de ikamet ediyor olmaları,

**3-** 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun’a göre bağlanan aylıklar da dahil olmak üzere sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almamaları,

**4-** Geldikleri ülkedeki çalışma sürelerini belgelendirmeleri,

**5-** Borçlanma için yazılı istekte bulunmaları,

**6-** Tebliğ edilen borç miktarını üç ay içinde ödemeleri şartları aranacaktır (Yön. Geçici m.2).

İlgili yasalarda yalnızca Bulgaristan’dan Türkiye’ye gelenler için “zorunlu göçe tabi tutulup” ifadesi kullanıldığından bu borçlanma hakkından sadece bu ülkeden 1989 yılından sonra gelen vatandaşlarımız yukarıda belirtilen şartları yerine getirmek kaydıyla yararlanabileceklerdir (2008/44 sayılı Genelge, F). Yönetmeliğin geçici 2. maddesine göre, Kurumca yapılacak sorgulama sonucunda nüfus kayıtlarında “... Bakanlar Kurulu Kararı ve 2510 veya 5543 sayılı İskan Kanununa istinaden Türk vatandaşlığına alınmıştır.” ibaresinin olduğu belirlenenlerden, zorunlu göçe tabi tutulduklarını belgelendirme koşulu aranmaz. Nüfus kayıtlarında bu şekilde ibare bulunmayanlardan ise bu ibarenin işlendiği vukuatlı nüfus kayıt örneği veya “Uyrukluk ve Aile Kütüğüne Kayıt Bildirgesi”nin ibrazı istenir (Yön. Geçici m.2/4) .

Geçici 6. maddede borçlanma kapsamında yalnızca çalışma süreleri gösterildiğinden, bu çalışma süreleri arasında veya sonunda çalışılmayan sürelerle ev kadınlığında geçen süreler, borçlanma kapsamı dışında tutulmuştur (2008/44 sayılı Genelge, F). Görüldüğü gibi, zorunlu göçle Bulgaristan’dan gelen kişilere tanınan borçlanma hakkı çok sınırlı olarak uygulanabilecektir. 3201 sayılı Kanun’a göre, sigortalılık süreleriyle ev kadını olarak geçirilen süreler ve işsizlik süreleri borçlanılabiliyorken, Bulgaristan göçmenleri sadece çalıştıkları süreleri borçlanabileceklerdir. Bundan başka, borçlanma hakkı sadece ilgilinin kendi-

sine tanınmış olup, hak sahipleri bu borçlanmadan yararlanamayacaklardır. Zorunlu göçle Türkiye'ye gelen soydaşlarımıza çok sınırlı da olsa borçlanma yoluyla sosyal güvenlik haklarına kavuşma yolunun açılması isabetli olmuştur.

Bu sınırlamalardan başka, geçici 6. madde hükümleri uygulanmak suretiyle borçlandırılan hizmetler, yalnızca yaşlılık aylığı (5434 sayılı Kanun'a göre bağlanan emekli aylıkları dahil) bağlanmasında değerlendirilecek, malullük ve ölüm aylığı bağlanmasında, bu şekilde borçlandırılan hizmetler dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle, Bulgaristan'da geçen hizmet sürelerinin hak sahiplerince borçlanmasına ilişkin talepleri de kabul edilmeyecektir. Ancak, borçlanma hakkından yararlanarak yaşlılık aylığı bağlanan sigortalının ölümü halinde, hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilecektir (2008/44 sayılı Genelge, F).

### 3. Yurt Dışında Yaşayan Ev Kadınları

Türk Hukukunda ilk defa 1985 yılında 3201 sayılı Kanun ile yurt dışında ev kadını olarak geçen sürelerin belirli koşulların varlığı halinde borçlanması kabul edilmiştir. 3201 sayılı Kanun'a göre yurtdışı hizmet borçlanmasından, yurtdışındaki sigortalılık ya da işsizlik süresi olan 18 yaşını doldurmuş Türk vatandaşları ile çalışmış olmasa dahi yurt dışında bulunmuş olan ev kadınları yararlanabilirler (3201 s.K. m. 1). Yönetmeliğin m.6/2-b hükmüne göre, "Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında...ev kadını olarak geçen süreler" borçlandırılmayacaktır.

### 4. Kamu Görevlileri

3201 sayılı Kanun'a 5754 sayılı Kanun'la eklenen geçici 5. maddeye göre, 08.05.2008 tarihinden önce "5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa tabi iştirakçi olanların bu tarihten önce veya sonra yurtdışında geçen hizmetlerinin borçlandırılmasında, borç tutarı ilgililerin Türkiye'den ayrılmadan önce Sandığa tabi hizmetlerinden en son bıraktıkları derece ve kademelerine yurtdışında geçirdikleri ve borçlanmak istedikleri sürenin her

üç yılına bir derece ve her yılına bir kademe verilmek ve öğrenim durumları itibariyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36 ncı maddesindeki yükselebilecekleri dereceleri geçmemek üzere tespit edilecek derece, kademe ve ek göstergeleri ile emekli keseneğine esas aylığın hesabına ait tüm unsurların toplamının müracaat tarihinde yürürlükte olan kat sayı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarlar esas alınarak, yine o tarihteki kesenek ve karşılık oranlarına göre hesaplanacaktır."

5754 sayılı Kanun'la 3201 sayılı Kanun'a eklenen geçici 7. maddenin ikinci fıkrasına göre, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa aynı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki yurtdışı borçlanma süreleri de, aynı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında değerlendirilecektir. Bunların aylıklarının hesabında 5510 sayılı Kanun'un geçici 2 nci maddesi hükümleri uygulanacaktır.

### 5. Hak Sahipleri

19.8.2003 tarihli 8-17 sayılı Ek Genelge'ye göre, "Ölenin yurtdışındaki hizmetleri aylık bağlanması için yeterli ise öncelikle bu hizmetler Kanunda öngörüldüğü şartlarla borçlandırılacaktır. Ölenin yurtdışında geçen hizmetlerinin tamamı borçlandırıldığı halde aylık bağlanıyorsa bu takdirde hak sahipleri ölenin askerlik hizmetlerini borçlanabileceklerdir." (Genelge, 5). Söz konusu Ek Genelge ile düzenlenen ölenin yurtdışı sürelerinin ve askerlik süresinin borçlandırılmasında önceliğin yurtdışı borçlanmasına verilmesi gerektiği hususu ile ilgili bu uygulamaya yeni dönemde de 5510 sayılı K. m.4/I-a ve m.4/I-b kapsamındaki sigortalılar için devam edilecektir (2008/115 sayılı Genelge, D, 2).

2008/115 sayılı Genelge'ye göre, Türkiye'de hizmeti bulunmayan sigortalıların hak sahipleri, ölenin yurtdışındaki hizmetleri aylık bağlanmasına yeterli ise öncelikle bu hizmetlerini 3201 sayılı Kanun'un öngördüğü şartlarla borçlanacaklardır. Hak sahipleri, aylık bağlanması-

na yetecek gün sayısı kadar borçlanabilecekleri gibi ölenin yurtdışında geçen hizmetlerinin tamamını da borçlanabilirler.

Sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde ve Türkiye’de çalışma süresi bulunan kişinin hak sahipleri, aylığa hak kazanmaları için ölenin askerlik süresini borçlanabilecekler, hak sahiplerinden ölenin yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmaları istenilmeyecektir. Almanya’dan prim iadesi alanların hak sahipleri hakkında da benzer uygulama yapılacaktır (Genelge, D, 2).

### III. BORÇLANILABİLECEK SÜRELER

#### 1. Sigortalılık Süreleri

5754 sayılı Kanun’la yapılan düzenleme ile 3201 sayılı Kanun’un 1 inci maddesinde yer alan “çalışma süreleri” ifadesi yerine “sigortalılık süreleri” ifadesi kullanılmıştır. Yönetmeliğe göre, “Sigortalılık süresi: Borçlanma kapsamındaki sürenin bulunduğu ülke mevzuatına göre ikamet süreleri hariç, çalışılmış ya da çalışılmış süre olarak kabul edilen süreleri” ifade eder (Yön. m.4, g). Burada yabancı bir ülkede, o ülkenin kanunlarına uygun bir biçimde çalışmak kastedilmektedir. Yani yabancı ülkede sigortasız olarak ya da çalışma izni olmadan kaçak olarak çalışmış olan kişiler 3201 sayılı Kanun kapsamında yurtdışında çalışmış kişi sayılmazlar ve bu süreleri de borçlanamazlar.<sup>17</sup> Devletler, ülkelerinde yabancı işçilerin kaçak çalıştırılmasıyla mücadele için mevzuatlarında para cezası ya da hapis cezası öngören özel düzenlemeler yapmışlardır.<sup>18</sup>

Yönetmeliğin m.6/2-b hükmüne göre, “Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında sigortalı .... olarak geçen süreler” borçlandırılmayacaktır. 3201 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre borçlanma hakkından yararlanabilmek için ilgilinin yurtdışında yukarıda belirtilen nitelikte geçen hizmet veya sürelerinin bulunması şarttır. Yurtdışındaki çalışma hizmet akdi kapsamında olabileceği gibi, bağımsız, yani kendi adına ve hesabına bir çalışma da olabilir. 3201 sayılı Kanun kapsamında hizmet akdi kapsamında geçen sigortalılık süreleri

borçlanılabileceği gibi, kendi nam ve hesabına bağımsız olarak geçen sigortalılık süreleri de borçlanılabilir.

#### 2. İşsizlik Süreleri

Hizmet akdi kapsamında ve/veya kendi nam ve hesabına bağımsız olarak geçen sigortalılık süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri borçlanılabilecektir (3201 s. K. m.1, Yön. m.6/1; 2008/44 sayılı Genelge).

#### 3. Ev Kadını Olarak Geçirilen Süreler

Türk vatandaşı ev kadını olarak 18 yaşından sonra yurtdışında geçirilen süreler borçlanılabilecektir. 2008/115 sayılı Genelge’ye göre, “Yurtdışında ev kadını olarak geçen süreler, medeni durumlarına bakılmaksızın kadınların, sigortalılık süreleri haricinde yurtdışında buldukları süreleri ifade eder.” (Genelge, A, 3). Yurtdışında ev kadını olarak geçirilen sürelerin tamamı borçlanılabileceği gibi, bu sürenin bir kısmı da borçlanılabilir. Hem halen yurt dışında bulunan, hem de Türkiye’ye dönmüş olan ev kadınları Sosyal Güvenlik Kurumu’na yazılı olarak müracaat etmek suretiyle hizmet borçlanması yapabilirler. Sürelerinin bir kısmını çalışmış olarak geçirmiş olan ev kadınları, hem ev kadını olarak geçen sürelerini, hem de çalışma sürelerini borçlanabilirler.

### IV. BORÇLANILAMAYACAK SÜRELER

6.11.2008 tarihli Yurtdışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında ve Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2.1.2009 tarihinde yayımladığı 2008/115 sayılı Genelge ile 3201 sayılı Kanun’da borçlanma kapsamı dışında tutulan süreler düzenlenmiştir (2008/115 sayılı Genelge, A, 4). Buna göre;

**1-** 18 yaşın doldurulmasından önce yurtdışında sigortalı, işsizlik ve ev kadını olarak geçen süreler,

**2-** Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce ve Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında sigortalı, işsizlik ve ev kadını olarak geçen süreler,

**3-** İkili sosyal güvenlik sözleşmesine göre

kendilerine kısmi aylık bağlanmış olanların yurtdışında geçen sigortalılık süreleri arasında ve bu sürelerin bitim tarihinden sonraki işsizlik süreleri ve ev kadını olarak geçen süreler,

4- Sosyal güvenlik kanunlarına göre malul-lük, yaşlılık ve ölüm sigortaları kapsamında geçen sürelerle çakışan yurtdışı süreleri, borçlandırılmayacaktır. Bu bağlamda,

a) Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde iş üstlenen Türk işverenler tarafından yurtdışına götürülen Türk işçilerinin çalışma süreleri,

b) Türkiye'deki sosyal güvenlik kanunlarına göre yurtiçinde isteğe bağlı sigortaya prim ödenen sürelerde bu ülkelerde geçen sigortalılık veya ev kadını olarak geçen süreler de borçlanma kapsamında sayılmayacaktır (2008/115 s. Genelge, A, 4).

## V. BORÇLANILACAK SÜRELERİN BELGELENMESİ

Yurtdışında geçen sürelerin borçlandırılması için bunların borçlanma başvuru sırasında belgelendirilmesi zorunludur. Yönetmeliğin 9. maddesinde ve Genelge'de bu sürelerin nasıl belgelendirileceği belirlenmiştir (2008/115 sayılı Genelge, B). Bu düzenlemelere göre, yurtdışı hizmet borçlanmasının yapılabilmesi için Kurum'a ibraz edilmesi gereken belgeler, sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilen ve akdedilmeyen ülkelerde geçen hizmet süreleri ile ev kadınlığında geçen süreler olarak ayrı ayrı sayılmıştır.

### 1. Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Akdedilen Ülkelerde Geçen Sürelere Ait Belgeler

Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş ülkelerde geçen sigortalılık veya işsizlik sürelerinin borçlanılabilmesi için;

- Çalışılan ülkede bağlı bulunulan sigorta merciinden alınacak hizmet cetveli veya sigorta kartları,

- Sigortalıların çalıştıkları işyerlerinin resmi kuruluşlara ait olması veya resmi kuruluşlarca ya da kamu kurumu olarak kabul edilen kuruluşlarca düzenlenmesi halinde, belgelerin ayrıca tasdikine gerek kalmaksızın; çalışı-

lan ülkede işyerinin ait olduğu belediyelerce düzenlenmiş belgeler, iş bulma kurumlarınca işsizlikte geçen sürelere ilişkin verilen belgeler, ilgili meslek kuruluşları veya birliklerince veya diğer resmi kuruluşlarca verilen hizmet belgeleri,

- Yurtdışında kendi nam ve hesabına çalışanların bağlı oldukları vergi dairesi, ilgili meslek kuruluşu veya derneklerce verilen hizmet belgesi,

- Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgeleri ile hizmetin niteliğine uygun bir belge ile belgelendirilecektir (Yön. m. 9, 2008/115 sayılı Genelge, A, 3, a).

### 2. Sosyal Güvenlik Sözleşmesi Akdedilmemiş Ülkelerde Geçen Sürelere Ait Belgeler

Sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde geçen sigortalılık veya işsizlik sürelerinin borçlanılabilmesi için;

- Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanması için kullanılacağı belirtilen hizmet belgeleri,

- Yurtdışında çalıştıkları işyerlerinden alacakları hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin tercümeleleri,

- Gemi adamları, çalıştıkları geminin bayrağını taşıdıkları ülkelerde bulunan Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alacakları ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerini veya işyerlerinden alacakları sigortalılık sürelerini gösterir bonservisleri ile gemilerde çalıştıklarını gösterir belgelerde kayıtlı bulunan çalışma izinlerinin tercümeleleri ya da pasaportlarında çalışma süreleri ile örtüşen giriş-çıkış tarihleri gösterir sayfaların örnekleri gibi hizmetin niteliğine uygun bir belge ile belgelendirilmesi gerekmektedir (Yön. m. 9, 2008/115 sayılı Genelge, A, 3, a).



### 3. Ev Kadını Olarak Geçen Sürelere Ait Belgeler

Ev kadını olarak geçen süreler, ev kadınlarının yurtdışında oturduklarına dair alacakları ikamet belgesinin;

a) Türkiye’de yeminli tercüme bürolarınca veya yurtdışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikle onaylanmış tercümesinden,

b) Çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlik veya ataşeliğinin bulunduğu Türk temsilciliklerince ikamet belgesine istinaden düzenlenecek belgeden,

c) İkamet belgesi temin edilemiyorsa, yurtdışına çıkış ve yurda giriş tarihlerinin, fotoğraf ve künye bilgilerinin bulunduğu pasaport sayfalarının fotokopisi ya da emniyet müdürlüklerinden alacakları yurda giriş-çıkış çizelgesinden biri ile belgelenmesi gerekir (Yön. m.9, 2008/115 s. Genelge, A, 3).

## VI. BORÇLANMA ŞARTLARI

### 1. Kesin Dönüş

3201 sayılı Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrasına göre yurtdışında geçen çalışma süreleri, işsizlik süreleri ve ev kadını olarak geçen sürelerin sosyal güvenlik açısından değerlendirilebilmesinde başvuru koşulu olarak yurda kesin dönüş yapmış olmak gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi 12.12.2002 tarihli Kararı ile, 3201 sayılı Kanun’un 3. maddesinde yer alan “.....yurda kesin dönüş yapanlar, kesin dönüş.....” sözcüklerini Anayasa’nın 10, 60, 62 ve 65. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>19</sup> 3201 sayılı Yasa’nın 3. maddesi 29.7.2002 tarihli ve 4958 sayılı Kanun’la yeniden düzenlenerek maddedeki yurda kesin dönüş şartı ile başvurunun yurda dönüşten itibaren “iki yıl içinde” yapılması şartları kaldırılmıştır.<sup>20</sup>

Şu halde, borçlanma talebinde bulunacak sigortalıların ve ev kadınlarının yurda kesin dönüş yapmış olmaları gerekmemektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi yurtdışı hizmet borçlanması yapabilmek için yurda kesin dönüş şartını iptal etmiş olmakla birlikte, emekli aylığı bağlan-

ması için Kanun’un 6. maddesinde öngördüğü yurda kesin dönüş şartını iptal etmemiştir. Bu durumda, yurtdışında çalışan bir kişi yurda kesin dönüş yapmadan hizmet borçlanması yapabilecek, ancak kesin dönüş yapmadan emekli aylığı alamayacaktır.

3201 sayılı Kanun’da “kesin dönüş” kavramından ne anlaşılması gerektiği düzenlenmemiştir. 6.11.2008 tarihli Uygulama Yönetmeliğinin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin d bendine göre: “Kesin dönüş: Aylık tahsis talebinde bulunanların yurtdışındaki çalışmalarının sona ermesini, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almamaları durumunu” ifade eder. Bu tanımda geçen “sosyal sigorta ödeneği” deyiminden, çalışma yaşamı süresince karşılaşılan hastalık, iş kazası, meslek hastalığı veya işsizlik gibi riskler nedeniyle iş göremezlik veya işsizlik gibi adlar altında yapılan ödemeler anlaşılmalıdır (2008/115 sayılı Genelge, D, 1, a). “Sosyal yardım ödeneği” ise bulunulan ülke mevzuatı kapsamında, geçimlerini sağlayacak hiçbir gelirleri olmayan veya mevcut gelirleriyle geçimlerini sağlamakta güçlük çeken kişilerin asgari geçim düzeyi ile sınırlı olmak üzere geçimlerinin sağlanması amacıyla kamu kurum ve kuruluşları tarafından muhtaçlık durumuna ve süresine göre ödenen, ikamet şartına bağlı nakdi yardımlar anlamını taşımaktadır (Yön. m.4/i, 2008/115 sayılı Genelge, D, 1, a).

Aylığa hak kazanılmasına engel teşkil eden her iki ödeneğin ortak özelliği, bunların “ikamete dayalı” olarak verilmesidir. İkamet şartına bağlı olmayan sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanlara diğer şartları yerine getirmeleri şartıyla aylık bağlanabilecektir (2008/115 sayılı Genelge, D, 1, a).

Yönetmeliğin 14. maddesinin 7. fıkrasındaki, “evli ya da birlikte yaşayan çiftler için ödenen sosyal yardımlar her iki eş için de ödeniyor kabul edilir.” hükmü ile sosyal yardım kavramı genişletildiğinden, yurtdışında borçlanma kapsamında süreleri bulunanların eşlerinin sosyal yardım niteliğinde ödenek alması durumunda yurda kesin dönüş şartı gerçekleşmeyecek ve bu durumda olanlara yaşlılık ve malullük aylığı bağlanmayacaktır (2008/115 sayılı Genelge, D, 1, a).

3201 sayılı Kanun'da, hak sahiplerine aylık bağlanabilmesi için yurda kesin dönüş zorunluluğunun gerektiğine dair bir düzenleme olmadığından, hak sahiplerine borçlandıkları süreler istinaden aylık bağlanmasında kesin dönüş şartı aranmayacaktır (2008/115 sayılı Genelge, D, 2).

## 2. Borcun Tamamının Ödenmesi

### a) Borçlanma Bedelinin Hesaplanması

3201 sayılı Kanun'un 5754 sayılı Kanun ile değişik 4 üncü maddesinde, borçlanma miktarının tespitinde döviz esasından vazgeçilerek, borçlanılacak her bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarının 5510 sayılı Kanun'un 82 nci maddesinin 1. fıkrasında belirtilen prime esas asgari ve azami günlük kazanç arasında seçilecek günlük kazancın % 32'si olduğu belirlenmiştir.<sup>21</sup>

Yönetmeliğin geçici 6. maddesindeki düzenlemeye göre, 8.5.2008 tarihinden önce yurtdışı borçlanma başvurusunda bulunanlardan; borç tahakkuku ile ilgili işlemleri devam edenlerin, borç tahakkuku yapılmış olanların ve tahakkuk ettirilen borçlarının tamamını ödemeyenlerin kazanılmış hakları saklı tutulduğundan, bu kişiler 3201 s. Kanun'un değiştirilmeden önceki 4. maddesine istinaden borçlarını günlüğü 3,5 Amerikan Doları üzerinden ödeyebileceklerdir. Bu borçlanmaların ödenmesinde süre şartı bulunmadığından, 8.5.2008 tarihinden sonra yapılan ödemeler geçerli sayılacaktır (2008/115 sayılı Genelge, G).

3210 s. Kanun'un 4. m.'nin 1. f.'na göre: "Bakanlar Kurulu prime esas asgari günlük kazancın altında olmamak üzere borçlanma tutarına esas alt sınırı farklı bir miktarda belirlemeye yetkilidir. Borçlanılan süreler, yurda kesin dönüş yapılmış olması şartıyla aylık tahsisi için yazılı talepleri halinde 5510 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin son fıkrası hükümlerine göre değerlendirilir. Tahakkuk ettirilen borç tutarı, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenir. Ödeme yapılan gün sayısı prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazançta dahil edilir. Tahakkuk ettirilen prim borcunu tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenler için yeniden başvuru şartı aranır."

5510 s. K.m. 41/son fıkra: "Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonraki süreler için borçlanmalarda; borçlanılan prime esas gün sayısı borçlanılan ilgili aylara mal edilir. Seçilen prime esas kazanç, borcun ödendiği tarihteki prime esas asgarî kazançta oranlanarak, söz konusu oran ilgili ayın prime esas asgarî kazancı ile çarpılır. Bulunan tutar, ilgili ayın prime esas kazancı kabul edilir. Ancak hesaplanan prime esas kazanç hiçbir suretle o ayın prime esas azamî kazancını geçemez." 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesinin son fıkrası hükmü 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 3201 sayılı Kanun ile ilgili uygulanması gereken 5510 sayılı Kanun'daki tüm düzenlemeler ve değişiklikler 8.5.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş iken, m. 41/son fıkrasındaki hüküm 3201 sayılı Kanun'un uygulanması açısından aynı tarihte yürürlüğe girmiyor olması uygulamada sorunlara yol açabilecektir.

Borçlanma tutarının tespitinde, Yurtdışı Borçlanma Talep Dilekçesi ya da borçlanma isteğine ait dilekçenin Kurum kayıtlarına geçtiği tarihteki prime esas kazancın alt ve üst sınırları arasında kalmak kaydıyla başvuru sahibinin söz konusu belgede belirttiği prime esas kazanç esas alınacaktır. Bu durumda, alt ve üst sınır arasında başka bir prime esas kazancın seçimi halinde, bir gün için tahakkuk ettirilecek borç tutarı, "Seçilen prime esas kazanç x %32" formülü uygulanarak belirlenecektir (2008/44 sayılı Genelge, C, 3). Borçlanılan bedelin tespitinde esas alınan %32 oranının içinde genel sağlık sigortası primi de yer almaktadır (2008/115 sayılı Genelge, D, 4). Genel Sağlık Sigortası (GSS) primi, sağlık hizmetlerinden yararlanmak karşılığında alınan bir prim olduğundan, kişinin yurtdışında bulunduğu ve sağlık hizmetlerinden yararlanmasının da hiçbir suretle mümkün olmadığı bir döneme ait %12 oranında GSS primi alınması kanımızca adaletli bir uygulama değildir. Bu kişilerden sadece %20 oranında malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi alınması gerektiği kanaatindeyiz.

### b) Borcun Ödenme Süresi

3201 sayılı Kanun'un 4. maddesinin önceki düzenlemesinde borçlanma bedelini ödemek

için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Yurtdışındaki hizmetlerini borçlanan vatandaşlarımız tahakkuk ettirilen borçlarını istedikleri zaman ödeyebiliyorlardı. Ancak, borç ödenmedikçe borçlanılan süreler değerlendirilemediği gibi ödenecek günlük döviz miktarının değiştirilmesi halinde, ödenmeyen süreler için değiştirilen günlük döviz miktarı geçerli olmaktadır.<sup>22</sup> İşte bu durum 8.5.2008 tarihinden itibaren değiştirilmiştir. 5754 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle borçlanma için Kurum tarafından tahakkuk ettirilen borcun tebliğ tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödenmesi zorunluluğu getirilmiştir. 3201 s. Kanun'un değişik 4. maddesine göre "...Tahakkuk ettirilen borç tutarı, tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenir. Ödeme yapılan gün sayısı prim ödeme gün sayısına ve prime esas kazançta dahil edilir. Tahakkuk ettirilen prim borcunu tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenler için yeniden başvuru şartı aranır."

Bu düzenlemeye göre, tahakkuk ettirilen prim borcunun tamamını, tebliğ tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenlerin, borçlanma başvuruları geçersiz sayılacaktır. Bunların belgelendirilen yurtdışı hizmet sürelerinin yeniden borçlandırılarak değerlendirilmesi, bu konudaki yeni borçlanma başvurularına bağlıdır. Söz konusu üç aylık süre içerisinde borcun bir kısmının ödenmesi halinde ise ödenen miktar ile orantılı süre geçerli sayılacak, kalan sürenin geçerli sayılması yeni bir borçlanma talebine bağlı olacaktır (2008/44 sayılı Genelge, C, 8). Zira, Yönetmeliğin 4. maddesine göre "Borcun tamamının ödenmesi" kavramı "aylık talep tarihinden önce en az aylığa hak kazanmaya yetecek süre karşılığı ödenen miktarı" ifade etmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesinin 6. fıkrasında ise üç aylık süre içerisinde borcun bir kısmının ödenmesi halinde, ödenen miktara isabet eden sürenin geçerli sayılacağı hükme bağlanmıştır. Yönetmeliğin her iki hükmü birlikte değerlendirildiğinde, aylığa hak kazanmaya yetecek prim gün sayısına isabet eden miktarda ödeme yapılması yeterli olacak; aylık bağlamaya yetecek prim ödeme gün sayısı kadar ödeme yapmayanlara ise aylık bağlanmayacaktır (2008/115 sayılı Genelge, D, 1, b).

3201 s. Kanun'un 4. m'nin 3. f.'na göre, yurtdışında iken borçlanma isteğinde bulunacak sigortalı veya hak sahipleri Yeni Türk Lirası olarak bildirilecek tutarın karşılığını döviz cinsinden, Türkiye'de ise Yeni Türk Lirası olarak ödeyeceklerdir. Tahakkuk ettirilen borçlarını yurt dışından ödeyecek olan sigortalı ve hak sahipleri Yeni Türk Lirası olarak bildirilen tutarın karşılığını Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından konvertibl sayılan döviz cinsinden ödeyeceklerdir (Yön. m. 10/5). Ödemeler, borcun ödeneceği tarihteki Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası döviz alış kuru üzerinden yapılacaktır (2008/44 sayılı Genelge, C, 7).

Borçlanma talebinden, tebliğ edilen borcun ödenmeden önce vazgeçilmesi halinde, borçlanma işlemi sonuçlandırılmayacaktır. Borcunu ödedikten sonra borçlanmadan vazgeçenler ile yapılan borçlanma sonrasında aylık bağlanması için gerekli şartları yerine getirmeyenlere ve bunların hak sahiplerine yaptıkları ödemeler, faizsiz olarak YTL cinsinden iade edilecektir (2008/44 sayılı Genelge, C, 9).

### 3. Talepte Bulunma

3201 sayılı Kanun'un başvurulacak kuruluşu belirleyen 3. maddesine göre: "Bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumuna, Türkiye'de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar."

20.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı, T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur Genel Müdürlüğü Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı çatısı altında birleştirilmiştir.<sup>23</sup>

3201 sayılı Kanun'un 5754 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesinde sosyal güvenlik kuruluşları; Sosyal Güvenlik Kurumu ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20 nci maddesine tabi sandıklar olarak tanımlanmıştır (3201 s. K.m. 2/I-a). Sosyal Sigortalar Kurumu,

T.C. Emekli Sandığı ve Bağ-Kur tüzel kişilikleri birleştirilerek Sosyal Güvenlik Kurumu oluşturulunca, farklı sosyal güvenlik kurumu olarak sadece 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20 nci maddesine tabi sandıklar kalmıştır.

2008/44 sayılı Genelge'de yurtdışı sürelerinin borçlandırılması için başvurulacak kuruluş ve birimler aşağıdaki gibi tespit edilmiştir.

a) Yurtdışında 8.5.2008 tarihinden önce veya sonra geçen hizmet sürelerini bu tarihten sonra borçlanma talebinde bulunanların borçlanma talep tarihinden önce Türkiye'de son defa;

- Sosyal Güvenlik Kurumu'na tabi çalışması olanların borçlanma işlemleri Sosyal Güvenlik Kurumu'nca,

- 506 sayılı Kanun'un geçici 20'nci maddesine tabi sandıklardan birine tabi çalışması olanların borçlanma işlemleri ise ilgili sandıkça sonuçlandırılacaktır.

b) Türkiye'de herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması bulunmayanların sigortalılık süreleri ile ev kadınlığında geçen sürelerin borçlanma işlemleri de Sosyal Güvenlik Kurumu'nca yürütülecektir. Kendilerine veya hak sahiplerine sosyal güvenlik sözleşmesi uygulanmak suretiyle kısmi aylık bağlanmış olanların borçlanma işlemleri ise aylığı bağlayan Kurum'ca sonuçlandırılacaktır.

5510 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, hizmet akdi ile çalışanlar m. 4/I-a, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanlar m. 4/I-b, kamu görevlileri ise m. 4/I-c kapsamında sigortalı sayılmışlardır.<sup>24</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılacak yurtdışı hizmet borçlanma başvurularına ait işlemler, sigortalı son defa 5510 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının;

- (a) ve (b) bendi kapsamında çalışmış, ev kadınlığında geçen süreleri varsa ya da Türkiye'de hiç çalışması yoksa, SGK Genel Müdürlüğü Yurtdışı Borçlanma ve Tahsis İşlemler Daire Başkanlığı,

- (c) bendi kapsamında çalışmışsa, SGK Genel Müdürlüğü Kamu Görevlileri Emeklilik İşlemleri Daire Başkanlığı tarafından yürütülecektir (2008/44 sayılı Genelge, B, 2).

## VII. YURTDIŞI HİZMET BORÇLANMASININ SONUÇLARI

### 1. Prim Ödeme Gün Sayısı ve Sigortalılık Süresinin Artırılması

Borçlanılan yurtdışı hizmet sürelerinin sigortalılık süresinde, sigortalılık başlangıcında ve prim ödeme gün sayısında değerlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar 5754 sayılı Kanun'la değişik 3201 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, yurtdışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, bunu belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınır, bu tespitte 1 yıl 360 gün, 1 ay 30 gün hesaplanır (3201 s. K. m.5/I).

Türkiye'de sosyal güvenlik kanunlarına tabi hizmetleri olanların, borçlandıkları gün sayısı, prim ödeme gün sayıları veya hizmetlerine eklenir (Yön. m.12/3). 5510 sayılı Kanun'un 38. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan anlamda aylık bağlama şartlarında belli bir sigortalılık süresinin arandığı durumlar için geçerli olmak üzere, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülecektir (Yön.m. 12/4). Aynı şekilde Türkiye'de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülecektir. Birden fazla yurtdışı hizmet borçlanması durumunda da sigortalılık süresi başlangıcı borcun en son ödendiği tarihten borçlanılan toplam gün sayısı kadar geriye götürülerek belirlenecektir. Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, 3201 sayılı Kanun'a göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmayacaktır (3201 s. K. m.5, 2008/44 s. Genelge).

Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait sürelerin 5510 sayılı Kanun'a göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağı belirlenmesinde söz konusu süreler; başvuru sahiplerinin Türkiye'de sigortalılık varsa borçlanma talep

tarihindeki en son sigortalılık haline göre değerlendirilecek, sigortalılık yoksa 5510 sayılı Kanun'un m. 4/I-b kapsamında geçmiş hizmet süresi olarak kabul edilecektir (Yön. m.12/2; 2008/44 sayılı Genelge, D, 3).

Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanun'a göre borçlanmaların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmayacaktır (3201 s. K. m.5/V).

## 2. Aylık Bağlanması

### a) Aylık Bağlama Şartları

Borçlanılan prim, kesenek veya karşılıkların ödenmesi sonucu, sigortalı borçlanma talebinde bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşunun mevzuatına göre aylığa hak kazanıyorsa, kendisine aylık bağlanır. Ancak, bunun için sigortalının, yurda kesin dönüş yapmış olması da gerekir (3201 s.K. m. 6/A, a). 12.12.2002 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı'ndan sonra borçlanma yapmak için aranmayan yurda kesin dönüş yapma koşulu, aylık bağlanması için aranmaktadır. Dolayısıyla kesin dönüş yapma koşulunun hem aylık bağlanması ve hem de aylıkların alınması anında mevcut olması gerekir.

3201 s. Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, aylık tahsisi yapılabilmesi için;

a) Yurda kesin dönülmüş olması,

b) Tahakkuk ettirilen borcun tamamının ödenmiş olması,

c) Borcun tamamının ödenmesinden sonra yazılı istekte bulunulması, gerekmektedir.<sup>25</sup>

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 5754 sayılı Kanun ile değişik geçici 7 nci maddesinin dördüncü fıkrası, yurtdışı hizmet borçlanmasına ait prime esas kazançların aylık bağlanmasında nasıl değerlendirileceği hususuna açıklık getirmiştir. Bu hükme göre: "Aylıkların hesabında 41 inci maddeye ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanuna göre yapılan borçlanmaların bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki süreler için kazanmaları, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerine göre değerlendirilir.

## 12.12.2002 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı'ndan sonra borçlanma yapmak için aranmayan yurda kesin dönüş yapma koşulu, aylık bağlanması için aranmaktadır.

Ancak, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunan sigortalılar için bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki dönemlere ait sürelerin bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanılması halinde de 41 inci madde ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Kanun hükümleri uygulanır." (5510 sayılı Kanun geçici m.7/4).

Yurtdışı hizmet borçlanması nedeniyle borçlanılan süreler Türkiye'de sosyal güvenlik kurumlarına veya kanunlarına tabi hizmetleri olanların hizmetleri ile birleştirilecektir. Yurtdışı hizmet borçlanmasına ilişkin şartları yerine getirdikten sonra hangi sigortalılık statüsü ile hangi sosyal güvenlik kanununa göre aylık bağlanacağı belirlenmesinde 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri esas alınacaktır. Buna göre, yurtdışı hizmet borçlanma miktarını ödedikten sonra;

- 01.10.2008 tarihinden önce aylık talebinde bulunan sigortalıların kendilerine, ölümleri halinde hak sahiplerine bağlanacak aylıklar, 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi hükmüne göre belirlenecek olan sosyal güvenlik kurumu mevzuatına (506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı kanunlardan birine),

- 01.10.2008 tarihinden sonra aylık talebinde bulunan sigortalıların kendilerine, ölümleri halinde hak sahiplerine bağlanacak aylıklar, 5510 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinin son fıkrasına istinaden 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi hükmüne göre belirlenecek olan sigortalılık statüsü dikkate alınarak 5510 sayılı Kanun'a göre hesaplanacaktır (2008/44 sayılı Genelge, D, 5, a, b).

2829 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde son tabi olunan kurumca

kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir.

Yurtdışı hizmet borçlanma sürelerine ait kazançların 506 ve 2925 sayılı Kanunlara göre değerlendirilmesi, 12.12.2005 tarihli 8/29 sayılı Ek Genelge'deki usul ve esaslar dahilinde sürdürülecektir. 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1.fikrasının (b) bendi kapsamında bulunan sigortalılar yönünden 1.10.2008 tarihinden önceki yurtdışı hizmet borçlanma sürelerine ait kazançlar 1479 veya 2926 sayılı Kanun hükümlerine, bu tarihten sonraki yurtdışı hizmet borçlanma sürelerine ait kazançlar ise 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre değerlendirilecektir (2008/44 sayılı Genelge, D, 6).

### **b) Kısmi Aylık Bağlanması**

3201 sayılı Kanun tam aylık bağlanması yanında kısmi aylık bağlanmasına ve kısmi aylığın tam aylığa dönüştürülmesine olanak tanımıştır. Eğer bir kişi farklı tarihlerde hem yabancı bir ülkede hem de Türkiye'de çalışmışsa bu kişilere sosyal güvenlik sözleşmelerine uygun olarak kısmi aylık bağlanabilir. Kısaca kısmi aylık, Türkiye ile yabancı bir ülke arasında imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi çerçevesinde sigortalıya bağlanan aylıktır.

3201 sayılı Kanun'un "Kısmi aylıklar" başlıklı 9. maddesine göre: "Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle sosyal güvenlik kanunlarına göre kendilerine veya hak sahiplerine kısmi aylık bağlanmış olanlar, talep ettikleri takdirde, 4 üncü madde hükmüne göre tahakkuk ettirilen borçlarını tamamen ödemeleri şartıyla kısmi aylıkları, borçlarını ödedikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren tam aylığa çevrilir. Bu uygulamada borç miktarının tahakkukunda sözleşme akdedilen ülkenin sigorta kurumlarınca gönderilmiş olan hizmet cetvelindeki, tam aylığa yeterli olan gün sayıları nazara alınır."

3201 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki bu hüküm ile sigortalılara kısmi aylıklarını tam aylığa çevirme olanağı tanınmıştır. Bunun için aşağıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir:

**1-** Sigortalıya ve hak sahiplerine sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle Türk

sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca kısmi aylık bağlanmış olması,

**2-** Sigortalı veya hak sahiplerinin kısmi aylığın tam aylığa çevrilmesi için talepte bulunmuş olmaları,

**3-** Talepleri üzerine, 3201 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca kendilerine tahakkuk ettirilen borçlarını tamamen ödemiş olmaları.

### **3. Transferi Sağlanan Primlerin Ödenmesi**

Yurtdışında çalışan birçok vatandaşımız yıllarca bu ülkelerde çalışmakta ve o ülke sosyal güvenlik kuruluşuna prim ödemekte, ancak emekli olma yaşının yüksek olması nedeniyle emekli olmadan Türkiye'ye geri dönmektedirler. Bu vatandaşlarımızın yıllarca çalıştıkları ülke sosyal güvenlik kuruluşlarına ödedikleri primler de bu ülkelerde kalmaktadır. Bazı ülkeler, iç mevzuatları çerçevesinde kendi ülkelerine dönen yabancı işçilere ödedikleri primleri iade etmekte, bazı ülkeler ise mevzuatlarında bu konuyla ilgili bir hüküm olmadığı için primleri iade etmemektedir. İşte bu ülkelerden prim transferinin sağlanabilmesi Türkiye'nin bu ülkelerle ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri imzalamasına bağlıdır.<sup>26</sup>

3201 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde Türk vatandaşları hesabına yabancı ülkelerdeki sosyal güvenlik kurumlarına yatırılmış bulunan primlerinin iadesinin sağlanması durumunda, bu primlerin nasıl değerlendirileceği ve hangi oranda sigortalıya iade edileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 17. maddesine göre, bu primlerin sigortalıya iadesi ikili sözleşmelerde buna engel bir düzenlemenin olmaması halinde gerçekleşecektir.

3201 s. Kanun'un 10. maddesine göre,

**a)** Transfer olunan primlere ilişkin sürelerin tamamını bu Kanun'a göre borçlanarak, tahakkuk ettirilen döviz borcunu da ödemiş olanlara, transfer olunan primlerin tamamı,

**b)** Transfer olunan primlere ilişkin sürelerin bir kısmını bu Kanun'a göre borçlanarak tahakkuk ettirilen döviz borcunu da ödemiş olanlara, transfer olunan primlerin borçlandıkları süreye isabet eden orandaki miktarı,

transfer tarihindeki cari kur üzerinden Türk Lirası karşılığı olarak ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna sigortalıya, hak sahiplerine veya mirasçılara iade edilir (3201 s. K. m.10; Yön. m. 17).

Bu düzenlemede primlerin iadesi, borçlanmaya bağlı olarak düzenlenmiştir. Yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanma yapmamış kişilere prim iadesi yapılıp yapılamayacağı konusunda maddede bir açıklık yoktur. Öğretideki çoğunluk görüşüne göre, primlerin transfer edileceği ülke ile imzalanmış bulunan sosyal güvenlik sözleşmesinin içerdiği kurallar çerçevesinde primlerin iadesinin önünde bir engel yoksa, primler ilgili kişilere iade edilmelidir. Zaten 3201 sayılı Kanun'a göre borçlanma zorunlu olmayıp, kişinin iradesine bağlı olduğu için bu mümkün olmalıdır.<sup>27</sup>

## VIII. BORÇLANMADAN VAZGEÇME, BORÇLANMANIN İPTALİ VE PRİMLERİN İADESİ

Yönetmeliğin 11. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Borçlanma başvurusunda bulunup borcu tebliğ edilmeden ya da tebliğ edildikten sonra üç aylık süre içinde borçlanma başvurusundan vazgeçtiklerini yazılı olarak ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna bildirenlerin borçlanma başvuruları geçersiz sayılır." 3201 sayılı Kanunun 5754 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile değişik 4. maddesinde borçlanmadan vazgeçenlere veya hak sahiplerine ödedikleri primleri geri alma hakkı tanınmıştır. Buna göre;

**1-** Borçlanmadan sonradan vazgeçenlere,

**2-** Borçlanma yapmış, ancak aylık bağlanması için gerekli koşulları yerine getirememiş olanlara veya bunların hak sahiplerine talepleri üzerine yaptıkları ödemeler faizsiz olarak iade edilir (3201. K. m. 4/II).

Yönetmeliğe göre, tahakkuk ettirilen borcun tamamını veya bir kısmını ödeyenlerden borçlanmalarının iptal edilmesi için başvuruda bulunanların ödedikleri borçlanma tutarının tamamı, faiz uygulanmaksızın Yeni Türk Lirası olarak iade edilecek, kısmi iade yapılmayacaktır (Yön. m. 11/2). Bundan başka, borçlandıkları hizmetler dikkate alınarak aylık bağlanmış

olanlar, borçlanma başvurusundan vazgeçemeyecekler ve ödedikleri borçlanma tutarı iade edilmeyecektir (Yön. m. 11/4).

Yurtdışı hizmet borçlanması iptal edilen kişiye borçlanma bedelinin Türk Lirası olarak mı, yoksa döviz olarak mı iade edileceği konusunda öğretide ve yargı kararlarında görüş ayrılıkları mevcuttu.<sup>28</sup> 3201 sayılı Kanun'da 5754 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra dövizle borçlanma sistemi terk edildiğinden ve Yönetmelikte açıkça iadenin Yeni Türk Lirası olarak yapılacağı belirtildiğinden bu tartışmalar da sona ermiştir. Ancak, 3201 s. Kanun'un 4. maddesindeki ve Yönetmeliğin 11. maddesindeki, yapılan ödemelerin ilgiliye faizsiz olarak iade edilmesi kuralı sigortalıların hak kaybına yol açabilecek bir düzenlemedir. Borçlanma ile borçlanmanın iptali arasında çok uzun bir zaman geçtiği düşünüldüğünde, kişinin maddi anlamda kayba uğrayacağı açıktır. Kanımızca, yapılan ödemenin yasal faiziyle birlikte kişiye iadesi hakkaniyete daha uygun bir düzenleme olacaktır.

## IX. AYLIK BAĞLANDIKTAN SONRA YENİDEN YURTDIŞINDA YAŞAMA

### 1. Bağlanan Aylığın Kesilmesi

3210 sayılı Kanun'un 5754 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile değişik 6. maddesinin b fıkrasına göre: "Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlardan tekrar yurt dışında yabancı ülke mevzuatına tabi çalışanlar, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanlar ile Türkiye'de sigortalı çalışmaya başlayanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları veya ikamete dayalı bir ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren kesilir. 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun sosyal güvenlik destek primi hakkındaki hükümleri, bu Kanun hükümlerinden yararlanmak suretiyle aylık bağlananlar için uygulanmaz."

3201 sayılı Kanun'un bu değişiklikten önceki halinde, aylık bağlandıktan sonra tekrar yurtdışında çalışmaya başlayanların aylıklarının kesi-

leceği düzenlenmişti. Yapılan değişiklikler sonucunda “tekrar yurtdışında çalışmak” unsuru, yurda kesin dönüş koşuluna ilişkin uygulamada ortaya çıkan sorunlar ve sosyal güvenlik mevzuatımız gözönüne alınarak genişletilmiştir.<sup>29</sup> Bu yeni düzenlemeye göre;

**1-** Yabancı ülke mevzuatına bağlı olarak çalışanların aylıkları, tekrar çalışmaya başladıkları tarihten itibaren,

**2-** İkamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanların aylıkları, ödenek almaya başladıkları tarihten itibaren,

**3-** Türkiye’de sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıkları, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren kesilir (3201 s. K. m.6/III).

Yönetmeliğin m. 14/1 hükmüne göre, borçlandıkları süreler dikkate alınarak malullük, yaşlılık ve emekli aylığı bağlananların aylık alma şartlarının devam edip etmediği hususu, Kurum’ca gerekli görülen zaman ve hallerde araştırılabilir. Yurtdışı hizmet borçlanması yapmak suretiyle kendisine aylık bağlananlardan altı aydan daha uzun süre yurtdışında bulunmuş olanlar, yurtdışında çalışıp çalışmadıklarını ve ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alıp almadıklarını gösterir belgeleri, örneği Kurum’ca hazırlanan 3201 sayılı Kanun’a göre Aylık Alanlara Mahsus Yoklama Belgesi ile birlikte söz konusu altı aylık sürenin dolduğu tarihten sonra üç ay içinde Kurum’a vermek zorundadırlar (Yön. m.14/2). Sosyal Güvenlik Kurumu, 3201 s. Kanun’a göre malullük, yaşlılık ve emekli aylığı bağlananların altı aydan daha uzun süre ile yurt dışında bulunup bulunmadıklarını, her yıl Emniyet Genel Müdürlüğü’nden alınacak kayıtlarla tespit eder. Yoklama işlemleri sonucunda altı aydan daha uzun süre yurtdışında buldukları halde, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alıp almadıklarını gösterir belgeleri üç ay içinde Kurum’a vermediği tespit edilenlerin aylıkları bildirim yapılmaksızın söz konusu belgelerin intikaline kadar durdurulur (Yön. m. 14/5).

Sigortalı yurda tekrar kesin dönüş yaparsa, talep üzerine aylıklar ödenmeye devam edecektir (3201 s. K. m.6/IV). 3201 sayılı Kanun’un m. 6, B hükmüne 5754 sayılı Kanun ile, 3201

## 3201 sayılı Kanun’a göre, borçlanma yaparak aylık bağlananlar eğer yurtiçinde veya yurtdışında çalışmaya başarlarsa aylıkları kesilecektir.

sayılı Kanun hükümlerinden yararlanarak yaşlılık aylığı bağlananlara, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun sosyal güvenlik destek primi hakkındaki maddelerinin uygulanmayacağı düzenlemesi eklenmiştir. 5510 sayılı Kanun’un 30. maddesindeki düzenlemeye göre, yaşlılık aylığı almakta olanlar eğer 5510 sayılı Kanun’a tabi olarak veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başarlarsa, yaşlılık aylıkları, çalışmaya başladıkları tarihi izleyen aylık ödeme döneminden itibaren kesilir. Diğer çalışan sigortalılar gibi bunlar da tüm sigorta dalları için prim ödemeye başlarlar (m. 80, 81’e göre). Bir süre sonra çalışmaktan vazgeçip, yeniden yaşlılık aylığı bağlanmasını isterlerse, çalıştıkları dönem de dikkate alınarak yaşlılık aylıkları yeniden hesaplanıp, bağlanır (5510 s. K. m. 30/III-b).

5510 s. Kanun’un geçici 14. maddesinde sosyal güvenlik destek primine ilişkin bir geçiş hükmüne de yer verilmiştir: “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malüllüğü, malüllük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.” (Geç. m. 14/I). Bu madde 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, 1.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlayan işçi, bağımsız çalışan ve kamu görevlileri hem yaşlılık aylığı alıp hem de SGDP ödeyerek çalışabileceklerdir. Yine 1.10.2008 tarihinden önce emekli olup aylık almaya başlayanlar ile halen sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenlerin kazanılmış hakları da maddede korunmuştur.



2008/115 sayılı Genelge'ye göre, 3201 sayılı Kanun'a göre aylık bağlandıktan sonra 1.10.2008 tarihinden önce Türkiye'de sosyal güvenlik kanunlarına tabi olarak çalışmaya başlayanlar hakkında sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümler dahil olmak üzere ilgili sosyal güvenlik kanununun öngördüğü hükümler uygulanacaktır. Ancak, 1.10.2008 tarihinden önce başlayan çalışma nedeniyle 5510 sayılı Kanun'la mülga sosyal güvenlik kanunlarına göre 1.10.2008 tarihi itibarıyla sosyal güvenlik destek primine tabi tutulanlar hakkında 2008/115 sayılı Genelge'nin (G) bölümünün 5. paragrafı uygulanacaktır (2008/115 sayılı Genelge, F, 4). Genelge'nin (G) bölümünün 5. paragrafında ise, 1.10.2008 tarihi itibarıyla Türkiye'deki çalışma nedeniyle sosyal güvenlik kanunlarının ilgili hükümlerine (506 sayılı Kanun'un 63. maddesinin (B) bendi, 1479 sayılı Kanun'un Ek 20. maddesi) göre sosyal güvenlik destek primi ödeyenlerin bu statülerinin çalışma sona erinceye kadar kazanılmış hak olarak devam ettirileceği; sosyal güvenlik destek primine tabi çalışma sona erdikten sonra Türkiye'de yeniden sigortalı olarak çalışmaya başlamaları halinde, haklarında sosyal güvenlik destek primine ilişkin hükümlerin uygulanmayarak aylıklarının kesileceği düzenlenmiştir.

Sonuçta bu istisna dışında, 1.10.2008 tarihinden önce veya sonra 3201 sayılı Kanun'a göre aylık bağlanan ya da bağlanacak olanların bu tarihten sonra 5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı olarak çalışmaya başlamaları halinde aylıkları, çalışmanın başladığı tarih itibarıyla kesilecek, 3201 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (B) fıkrası hükmüne göre 5510 sayılı Kanun'un m. 30/III hükmü ve geçici 14. maddesi hükümleri uygulanmayacağından, bunlar sosyal güvenlik destek primine tabi tutulmayacaklardır (2008/15 sayılı Genelge, F, 5). Başka bir deyişle, 3201 sayılı Kanun'a göre, borçlanma yaparak aylık bağlananlar eğer yurtiçinde veya yurtdışında çalışmaya başlarsa aylıkları kesilecektir. Yani, bu durumda olan kişiler sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma imkânından yoksun bırakılmışlardır.

## 2. Aylık Bağlandıktan Sonra Yurtdışında Çalışılan Sürelerin Yeniden Borçlanılması

Yurtiçinde veya yurtdışında çalışması sona erenlerin veya ikamete dayalı sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği alanlardan bu ödenek ve yardımları sona erenlerin, aylıklarının tekrar ödenmesi için yazılı talepte bulunmaları halinde, talep tarihini izleyen aybaşından itibaren aylıkları tekrar ödenmeye başlanacaktır (Yön. m.15/2; 2008/15 sayılı Genelge, F, 6).<sup>30</sup>

Çalışmanın sona ermesi nedeniyle aylıkların yeniden ödenmesi talebinde bulunanların çalışmaları;

- Yurtiçinde geçmişse, bu çalışmalar da dikkate alınarak aylıklar, ilgili sosyal güvenlik kanunlarındaki hükümlere göre hesaplanarak,
- Yurtdışında geçmişse, kesildiği tarihteki aylığı, tekrar bağlanan aylığın başlangıç tarihine kadar ilgili sosyal güvenlik kanunlarındaki artış hükümlerine göre yükseltilecek yeniden bağlanacaktır (Yön. m.15/3; 2008/15 sayılı Genelge, F, 7).

Aylığın kesildiği süre içinde yurtdışında geçen sigortalılık sürelerinin 3201 sayılı Kanun'a göre borçlanılması halinde, bu süreler ve bu sürelere ait prime esas kazançlar, ilgili mevzuat çerçevesinde yeniden aylık bağlanmasında değerlendirilecektir (2008/44 sayılı Genelge, D, 8; 2008/15 sayılı Genelge, F, 8). Böylece, borçlanılan yeni süre ile eski borçlanılmış sürelerin yeniden ve birlikte değerlendirilmek suretiyle yaşlılık aylığı tutarının artırılması amaçlanmıştır.<sup>31</sup>

### DİPNOTLAR

- 1 RG. 22.5.1985, 18761.
- 2 17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (RG. 8.5.2008, 26870). 5754 sayılı Kanun ile 3201 sayılı Kanun'un 1 inci, 2 inci, 3 üncü, 4 üncü, 5 inci ve 6 ncı maddesi değiştirilmiş ve bu Kanun'a geçici 5 inci, 6 ncı ve geçici 7 nci maddeler eklenmiştir. 5510 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu"nun 5754 sayılı Kanun ile değişik 106 ncı maddesinin 24 numaralı bendine göre, 3201 sayılı Kanun'un 7 nci, 11 inci, geçici 1 ila geçici 4 üncü maddeleri ve 3201 sayılı Kanun'da geçen "döviz" ibareleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikler 3201 sayılı Kanunun uygulanması

- bakımından bu Kanun'un geçici m 7/3 hükmü gereğince 8.5.2008 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Bkz. Ergin, Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s. 551-598.
- 3 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, RG. 16.6.2006, 26200.
- 4 3201 s. K. Geçici m 7/3: "Bu Kanunun uygulamasında 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası, 82 nci maddesi, 106 ncı maddesinin birinci fıkrasının (24) numaralı bendi ve geçici 7 nci maddesinin dördüncü fıkrası bu maddenin yayımı tarihinde yürürlüğe girmiş sayılır." 3201 s. Kanun'a eklenen Geçici 7. madde 8.5.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlandığından, söz konusu değişikliklerin yürürlük tarihi 8.5.2008 olmaktadır.
- 5 RG. 6.11.2008, 27046.
- 6 "Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında 3201 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği" (RG. 15.9.1985, 18869).
- 7 Kesin dönüşle ilgili hususlara açıklık getirmek üzere Sosyal Güvenlik Kurumu'nca 12.7.2007 tarihinde 2007/59 sayılı Genelge çıkarılmıştır.
- 8 3201 sayılı Kanun'un ilk şeklinde, borçlanma hakkından yararlanabilmek için 18 yaşını doldurmuş olmak ve başvuru tarihinde Türk vatandaşı olmak gerekmektedir. 3201 s. Kanun'da başvuru için arandığı belirtilen bu koşul, yargı kararlarında ve doktrinde, özellikle Yönetmelikteki ve Genelgelerdeki yurtdışındaki hizmetlerin geçtiği esnada da Türk vatandaşı olma koşulunu arayan hükümler karşısında görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bkz.: Başaran, Sigortalılar İçin Yaşlılık, Malullük, Ölüm Aylığı Kılavuzu, s. 62; Okur, Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 331; Ernam, Açıklamalı Uygulamalı Sosyal Sigortalar Mevzuatı, s. 274; Güzel/Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 10. bs., 377; Laçiner, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları, s. 613; Caniklioğlu/Canbolat, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s. 871; Kılıçoğlu, Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, s. 82-83; Akın, 4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri, s. 959-960; Ertan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, s. 84; Güzel/Ocak, Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, s. 1344-1352; Güzel, Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 292-293.
- 9 Oysa 2008/44 sayılı Genelge'de, Türk vatandaşlığında geçmeyen yurtdışı hizmet veya ev kadınlığı süreleri borçlanılamayacağı gibi, borçlanma başvuru tarihinde Türk vatandaşı olmadığı tespit edilen sigortalı ve hak sahiplerinin borçlanma taleplerinin de Kurum'ca reddedileceği hükmü mevcuttu (2008/44 sayılı Genelge, A, 1).
- 10 Her ne kadar yeni Yönetmelik 6.11.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girse de, söz konusu Yönetmeliğin Geçici 7. maddesinde, 8.5.2008 tarihinden itibaren yapılan başvurular hakkında yeni Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.
- 11 11.2.1964 tarih 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na göre (RG. 22.2.1964, 11638) Türk Vatandaşlığı Kanun Yolu ile, Yetkili Makam Kararı ile ve Seçme Hakkı ile kazanılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Aybay, Vatandaşlık Hukuku, s. 101-172.
- 12 Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 1981 yılında değiştirilen 21. maddesinde "Türk vatandaşlığından çıkma veya başka bir Devlet vatandaşlığını kazanma dileği"nin bildirilmesinden bahsedilmektedir. Öğretiye göre, bu anlatımdan, başka bir devletin uyrukluğunun, Türk vatandaşlığının muhafaza edilerek de kazanılmasına izin verilebileceği sonucu çıkarılabilmektedir. TVK'nun 22/III hükmüne göre, "Başka bir Devlet vatandaşlığını kazanmak isteyen kişiye de Bakanlar Kurulunca tespit edilen esaslara uygun olarak İçişleri Bakanlığınca izin belgesi verilebilir" hükmüyle bunu desteklemektedir. Türk Vatandaşlık Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 21 Mart 1981 tarihinde değiştirilen 32. maddesine göre, "Türk vatandaşlığından çıkmak veya başka bir devlet vatandaşlığını kazanmak isteyen kişi"nin vereceği dilekçede "Türk vatandaşlığını korumak isteyip istemediği"ni de bildirmesi gerektiği yer almaktadır. Yönetmelikteki bu hükümden de, yabancı devlet vatandaşlığının Türk vatandaşlığına ek olarak kazanılmasının olanaklı olduğu sonucuna varılmaktadır. Bkz.: Aybay, Vatandaşlık Hukuku, s. 81-89.
- 13 RG. 12.12.2007, 26728.
- 14 1968-1979 yılları arasında Türkiye-Bulgaristan Yakın Akriba Göçü Anlaşması Çerçevesinde 32.356 aileye mensup 116.521 kişi Türkiye'ye göç etmiştir (bkz. Doğanay, Filiz, Türkiye'ye Göçmen Olarak Gelenlerin Yerleşimi, DPT, 1996). Bulgaristan'dan Türkiye'ye yapılan göçler, tüm göç hareketleri içinde birinci sırada yer almaktadır. Türkiye'deki tüm göçmenlerin %48'ini oluşturan Bulgaristan kökenli göçmenlerin %40'ına yakını 1989 krizi sırasında Türkiye'ye gelmiştir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erder, Sema, Uluslararası Göçte Yeni Eğilimler, Türkiye "Göç Alan Ülke mi?", Mübcecel Kıray İçin Yazılar, İstanbul 2000, s. 237). Bulgaristan'dan son göç hareketi 1989 yılında Türk kökenli Müslüman Bulgar Vatandaşlarının, Bulgar hükümeti tarafından Türkiye'ye göçe zorlanmaları ile başlatılmıştır. Bu dönemde 64.295 aileye mensup 226.863 kişi serbest göçmen olarak Türkiye'ye gelmiştir. 1989 tarihindeki bu zorunlu göçten sonra 1995 yılına kadar da aralıklı olarak gelen serbest göçmenlerin sayısı 27.224 ailede 73.957 kişiyi bulmuştur (Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Hizmet Uygulamaları Genel Envanteri, Ankara 1996, s. 138). Ayrıntılı bilgi için bkz.: Okur, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu, s. 118, dn. 43 ve s. 132, dn. 97.
- 15 YHGK, 23.11.2005 tarihli, E. 2005/10-492, K. 2005/646 sayılı Kararı, Çalışma ve Toplum, 2006/2, Sayı: 9, s. 111-115. Bu kararın değerlendirilmesi için bkz.: Okur, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu, s. 101-133; Centel, Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 260-261.
- 16 Zorunlu göçle gelen Bulgaristan göçmenleri, yurtdışındaki hizmetlerin geçtiği esnada Türk vatandaşı olmadıklarından borçlanma taleplerinin kabul edilip edilmemesi gerektiği konusunda Yargıtay'ın 10. HD. ile 21. HD. arasında içtihat farklılığı oluşmuştu. Yarg. 10. HD. 27.1.1987 t.,

211/260 sayılı kararında (TÜBA İİÇB, 644, 7 Mart 1988, s. 8), Türk vatandaşı olan davalının yurtdışındaki çalışmalarını borçlanabilmesini, Türk vatandaşlarına tanınmış bulunan sosyal güvenlik haklarının sonradan aynı sıfatı iktisap eden kişilere dahi tanınmasının sosyal güvenliğin ana ilkelerine ve vatandaşlık haklarına uygun bulunduğu gerekçesiyle kabul edilmişti. Yarg. 10. HD., 26.3.1987 t., 1743/1731 sayılı kararda (YKD, Ağustos 1987, 1190/1191), sadece istek tarihinde Türk vatandaşı olmayı yeterli bulmuş, ayrıca çalışma sırasında da Türk vatandaşı olmanın gerekli bulunmadığına karar vermiş, ayrıca çalışma sırasında da Türk vatandaşlığını arayan Yönetmeliğin 2. maddesi Kanun'a aykırı bulmuş, Anayasa'nın 124. maddesine göre Yönetmeliğin Kanuna aykırı olamayacağını vurgulamıştır. Yarg. 21. HD., 8.4.2002 t., 1448/2940 sayılı kararında da, Türk asıllı davacının Türk vatandaşlığına kabul edilmesiyle, Türk vatandaşlarına tanınan tüm sosyal güvenlik haklarından yararlanmasının doğal olduğu, vurgulanmıştır. Yarg. 10. HD., 17.2.2004 t., 355/939 (YKD, Ağustos 2004, 1223-1226) sayılı kararında istek tarihinde Türk vatandaşı olmak gerekli ve yeterli olup ayrıca çalışmaların geçtiği sırada bu sıfatı taşımak koşulu aramamıştır. 3201 sayılı Yasa'da, "Çalıştığı sırada Türk vatandaşı olan kişi ile, çalıştıktan sonra Türk vatandaşı olan kişi arasında, farklılık gözetmek için hiçbir haklı gerekçe bulunmamaktadır." diyerek göçmen olarak Bulgaristan'dan gelip Türk vatandaşlığına geçen davacının, Bulgar vatandaşı olarak yaptığı çalışmaların, 3201 sayılı Yasa'ya göre borçlanılabileceğini kabul etmiştir.

Bu konudaki Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Okur, Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 331-332; Güzel, Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 292- 293; Okur, Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 21, Okur, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu, s. 118-121.

- 17 Orhan, Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanması ve Türkiye'deki Emeklilik Hakları, s. 30.
- 18 Mesela Almanya'da çalışma izni olmayan yabancı işçiyi çalıştıran işverene 500.000 Avro'ya kadar idari para cezası verilir (§ 404 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 SGB III). Bundan başka, Kaçak Çalışma Yasası'na (Schwarzarbeitsgesetz "SchwarzArbG") göre cezalandırılma da söz konusu olabilir. Bu Kanun'a göre çalışma izni olmayan işçiyi çalıştıran işverene 3 yıla kadar hapis cezası verilir; bu suçun ağır ihlali halinde ise hapis cezası 5 yıla kadar uzayabilir. Çalışma izni olmadan çalışan yabancıya da 5.000 Avro para cezası ve 1 yıla kadar hapis cezası verilebilir (§ 10 SchwarzArbG § 404 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 SGB III). Hollanda'da Yabancıların Çalışma Kanunu'na göre çalışma izni olmayan yabancı işçiyi çalıştıran gerçek kişi işveren için en fazla 11.250 Avro, tüzel kişi işveren için ise en fazla 45.000 Avro para cezası ve işverene 6 ay hapis cezası verilebilir. Kaçak çalışan yabancı işçi için ise herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Belçika'da da kaçak çalıştırılan yabancının Belçika'da üç aydan fazla bulunma veya oturma hakkı yoksa, işverene bir aydan bir yıla kadar hapis cezası ve 6000 ila 30000 Avro kadar para cezası verilebilir. Bundan başka, mahkeme ayrıca

işletmenin geçici veya sürekli olarak veyahut kısmen ya da tamamen kapatılmasına da hükmedebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Ergin, Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi, s. 1385-1387.

- 19 12.12.2002 tarihli E. 2000/36, K. 2002/198 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, RG. 25.04.2003, 25089. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Akın, 4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri, s. 972-998.
- 20 4958 sayılı Kanun, RG. 06.08.2003, 25191.
- 21 3201 sayılı Kanun'un değiştirilmeden önceki 4. maddesinde, ilgilinin sosyal güvenlik kuruluşunca hesap edilecek sürenin her günü için ödeyeceği prim borcu tutarının 1 Amerikan Doları olduğu, Bakanlar Kurulu'nun, prim borcunun cinsi ve miktarını değiştirebilme yetkisine sahip bulunduğu belirtilmiştir. Bu madde uyarınca dövizin miktarı pek çok kere Bakanlar Kurulu'na değiştirilmiş, son olarak ise 15.11.2005 tarihli 2005/9665 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yurtdışı hizmet borçlanması bedelinin günlük 3,5 dolar olduğu belirlenmiştir.
- 22 Bkz.: Laçiner, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları, s. 629.
- 23 5502 sayılı Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, s. 87-97; Alper, Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform: Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Kurumsal Değerlendirme Analizi, s. 40 vd.; Güzel/Okur/Caniklioglu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 83-85; Sözer, Sosyal Güvenliğin Organizasyonu, s. 80-98; Makas, Sosyal Güvenlikte Yeni Örgütlenme Modeli: Sosyal Güvenlik Kurumu, s. 60-65.
- 24 5510 sayılı Kanuna göre sigortalılık kavramı için bkz.: Akın, Sigortalılık Kavramı Açısından Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, s. 23-63; aynı yazar, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Sigortalılığın Kapsamı ve Primli Rejimle Bağdaşması, s. 22-55.
- 25 Maddedeki "döviz" ibaresi 8.5.2008 tarihinden geçerli olmak üzere 5510 s. Kanun'un 106. maddesinin 1. fıkrasının 24. bendine göre yürürlükten kaldırılmıştır (3201 s. K. geçici m.7/III).
- 26 Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, s. 476. Bu sözleşmeler için bkz.: Ergin, Hediye, Türkiye'nin İmzaladığı İkili Sosyal Güvenlik Sözleşmeleri, Legal Yayınevi, İstanbul 2008.
- 27 Tuncay/Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, 1. Bası, s. 479, Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, s. 2697-2700, Orhan, Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanması ve Türkiye'deki Emeklilik Hakları, s. 151. Aksi yönde bkz. Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, s.1730. Yazara göre, sosyal güvenliğin alt yapısını oluşturan Sosyal Sigortalar Kanunu sisteminde, primlerin iadesi şeklinde bir ilke yer almamaktadır. Transferi gerçekleştirilen bedeller, doğrudan kişinin geleceğini teminat ve güvence altına almayı amaçlayan sosyal sigortalar kurumlarınca tahsil edilmiştir ve bu nedenle anılan bedelin, kişinin sosyal

güvenliği için değerlendirme olanağı kalmadıkça, kişiye iade edilmemesi gerekir.

- 28 Yarg. HGK., T. 14.2.2001, E. 21-105, K. 139, YKD Haziran 2001, s. 814-819; Yarg. 10. HD, T. 25.5.2004, E. 3102, K. 4681, TÜBA, İİÇB, Ağustos 2005, 1552, s. 4; Güzel, Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 314; Laçiner, Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları, s. 636-638; Tuncay, Yargıtayın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 238-239; Okur, Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarını Değerlendirilmesi, s. 241-244; Güzel, Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 294; Caniklioğlu, Yargıtayın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 378-383; Okur, Yargıtayın 2004 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 199-201.
- 29 Bkz.: Orhan, Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanması ve Türkiye'deki Emeklilik Hakları, s. 131.
- 30 Borçlanılan yurtdışı sürelerine istinaden hak sahiplerine bağlanan aylıkların kesilmesi ve yeniden bağlanmasında ise ilgili sosyal güvenlik kanunu hükümleri uygulanacaktır (2008/15 sayılı Genelge, F, 9).
- 31 Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, s. 1726.

## KAYNAKLAR

- AKIN, Levent: 4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 952- 998.
- AKIN, Levent: Sigortalılık Kavramı Açısından Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, AÜHFD 2005, C.:54, Sayı:2, s. 23-63.
- AKIN, Levent: Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Sigortalılığın Kapsamı ve Primli Rejimle Bağdaşması, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yasalar ve Gerçekler, İstanbul Barosu ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından gerçekleştirilen Seminer, İstanbul 2007, s. 22-55.
- ALPER, Yusuf: Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform: Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve Kurumsal Değerlendirme Analizi, Mercek, Temmuz 2006, s. 40 vd.
- ARASLI, Utkan: Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, Cilt II, Ankara 2002.
- ASLANKÖYLÜ, Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Cilt: 2, Ankara 2004.
- AYBAY, Rona: Vatandaşlık Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- BAŞARAN, Ayhan: Sigortalılar İçin Yaşlılık, Malullük, Ölüm Aylığı Kılavuzu, Ankara 1986.
- CANBOLAT, Talat/CANIKLIOĞLU, Nurşen: Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 867-875.
- CENTEL, Tankut: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005 Yılı Semineri, Ankara 2007, s. 257-278.
- ERGİN, Hediye: Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi, LEGAL İSGHD 2007/16, s. 1357-1402.
- ERGİN, Hediye: Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması, LEGAL İSGHD, Sayı: 18, 2008, s. 551-598.
- ERNAM, Nuri: Açıklamalı ve Uygulamalı Sosyal Sigortalar Mevzuatı, Ankara 1990.
- ERTAN, Emre: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, İstanbul 2005, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009.
- GÜZEL, Ali: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1999 Yılı Semineri, İstanbul 2001, s. 289-377.
- GÜZEL, Ali: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002 Yılı Semineri, Ankara 2004, s. 265-336.
- GÜZEL, Ali/OCAK, Saim: Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, 2006, Sayı: 12, s. 1309- 1354.
- KILIÇOĞLU, Mustafa: Sosyal Güvenlik Hukukunda Borçlanma, Ankara 2002.
- LAÇİNER, Hediye: Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 609-638.
- MAKAS, Recep: Sosyal Güvenlikte Yeni Örgütlenme Modeli: Sosyal Güvenlik Kurumu, TES-İş Dergisi, Kasım 2006, s.60-65.
- OKUR, Ali Rıza: "Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu", Çalışma ve Toplum 2006, Sayı: 10, 2006/3, s. 1-20.
- OKUR, Ali Rıza: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1987 Yılı Semineri, İstanbul 1988, s. 331.
- OKUR, Ali Rıza: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004 Yılı Semineri, Ankara 2006, s.173-267.
- OKUR, Ali Rıza: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001 Yılı Semineri, Ankara 2003, s. 213-285.
- ORHAN, Cihan: Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Borçlanması ve Türkiye'deki Emeklilik Hakları, Ankara 2007.
- SÖZER, Ali Nazım: Sosyal Güvenliğin Organizasyonu, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, 7-8 Aralık 2006, Ankara 2006, s. 61-98.
- ŞAKAR, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 9. Bası, İstanbul 2009.
- TUNCAY, Can: Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000 Yılı Semineri, Ankara 2003, s. 181-240.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, 1. Bası, İstanbul 2008.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009.

Dr. Saim OCAK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Sağlık Hizmetlerinde Katılım Payı Uygulaması

## 1. GİRİŞ

Bilindiği üzere, sosyal güvenlik sisteminde gerçekleştirilen reform sürecinde, birçok alanda önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bunlardan, birisi de sağlık hizmetlerinden yararlanmada katılım payı uygulaması hakkındadır. 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinde, "...Katılım payı: Sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenecek tutarı, ... ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır (m. 3/I,26). Söz konusu katılım payına ilişkin düzenleme 5510 sayılı Kanunun "Üçüncü Bölüm"ünde, "Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Şartları ve Katılım Payı" başlığı altında, 68. maddesinde, "Katılım payı alınması" alt başlığı altında yer almaktadır.

Geçmişte, hekim (poliklinik) muayenelelerinden katılım payı alınmamaktaydı. Sosyal güvenlik sisteminde ve sağlıkta başlatılan yeneden yapılandırma ve reform sürecinde, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce 2007 yılında çıkarılan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nde<sup>1</sup> yeni döneme göre çok düşük tutarlarda katılım payı öngörülmekteydi<sup>2</sup>. Yeni Kanunda ise, istisnai haller hariç olmak üzere, Kanunun 4. maddesinin kapsamına giren kişilerin ve bunların bak-

makla yükümlü oldukları kişilerin muayenelelerinde katılım payı alınacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Öte yandan, 5510 sayılı Kanunda ilaç ve bazı tıbbi malzemeler gibi önceki dönemdeki var olan bazı konularda katılım payları benzer şekilde düzenlenirken, önceki dönemde olmayan yataklı tedavi gibi yeni katılım payları da getirilmiştir. Yeni Kanun döneminde, katılım payı Kanunun m. 4/I,a ve b hükümlerinin kapsamına girenler bakımından Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan Tebliğlerle, m. 4/I,c kapsamındaki ve yakınları için ise Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan Tebliğlerle düzenlenmektedir. Çalışmamızda, esas olarak 5510 sayılı Kanunun m. 4/I,a ve b hükümlerinin kapsamına girenlere ve bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilere ilişkin katılım payı incelenecektir. Kanunun m. 4/I,c kapsamına girenlere ve bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilere ilişkin hususlara ise, çalışmamızın kapsamına bağlı olarak yeri geldikçe gerektiği ölçüde yer verilmeye çalışılacaktır. Kanunun m. 4/I,c kapsamındaki kişilere ilişkin katılım payı oranları, tutarları ve uygulamaları genel olarak Kanunun m. 4/I,a ve b kapsamındaki kişilere ilişkin katılım payına ilişkin hususlarla benzerlik taşımakla birlikte, bazı farklı durumlarla da karşılaşılmaktadır.

## II. KATILIM PAYI ALINACAK SAĞLIK HİZMETLERİ

Bilindiği üzere, 5510 sayılı Kanun kapsamında sunulacak sağlık hizmetleri, Kanunun 63. maddesinde sayılmıştır. 5510 sayılı Kanunun 68. maddesinde, Kanunun 63. maddesinde sayılan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınacak olanlar sıralanmıştır<sup>3</sup>. Bunlar, belirtilen düzenlemede, katılım payı alınacak sağlık hizmetleri; ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi (m. 68/I,a)<sup>4</sup>, vücut dışı protez ve ortezler<sup>5</sup> (m. 68/I,b)<sup>6</sup>, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar (m. 68/I,c), Kurumca belirlenecek hastalık gruplarına göre yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri (m. 68/I,d) şeklinde düzenlenmiştir (m. 68/I). Konuyla ilgili olarak Yönetmelik ve Tebliğ hükümlerinde ayrıntılı düzenlemeler de bulunmaktadır. Katılım payı hizmet basamaklarına göre düzenlendiğinden, burada çalışmamızın kapsamına bağlı olarak hizmet basamaklarına ve sevk zincirine değinilmesi yerinde olacaktır.

## III. HİZMET BASAMAKLARI VE SEVK ZİNCİRİ

Kanunun 70. maddesinde, hizmet basamaklarına ilişkin olarak, Kanunun uygulanması bakımından sağlık hizmeti sunucularının birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılacağı, basamaklar ve sağlık hizmet sunucuları arasında sevk zinciri; tanı, ön tanı, hekimlerin ve diş hekimlerinin uzmanlıkları dikkate alınmak suretiyle tüm yurttan veya il ya da ilçe bazında Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurum tarafından belirleneceği, aile hekimlerinin birinci basamak hizmet sunucuları içinde yer alacağı belirtilmektedir (m. 71/I)<sup>7 8</sup>. Yönetmelikte<sup>9</sup> de, Kanunun 63. maddesinin birinci fıkrasının sadece (f) bendindeki sağlık hizmetlerini sunanlar veya üretkenler hariç olmak üzere, sağlık hizmeti sunucularının sağlık Bakanlığı tarafından birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak sınıflandırılacağı, sınıflandırmada aile hekimlerinin birinci basamak sağlık hizmeti sunucusu olarak yer alacağı belirtilmektedir<sup>10</sup>.

Tebliğde<sup>11</sup>, 5510 sayılı Kanun uyarınca sağlık

hizmeti sunucuları bakımından Sağlık Bakanlığınca, önce sağlık kuruluşları ve sağlık kurumları olarak ikili bir ayırım yapılarak düzenleme yapılmıştır. Daha sonra, sağlık kuruluşları birinci basamak resmi sağlık kuruluşu<sup>12</sup>, birinci basamak özel sağlık kuruluşu<sup>13</sup> şeklinde sıralanmıştır. Bunlara bir de, serbest eczaneler eklenmiştir<sup>14</sup>. Tebliğde, sağlık kurumları ise, ikinci basamak resmi sağlık kurumu<sup>15</sup>, ikinci basamak özel sağlık kurumu<sup>16</sup> üçüncü basamak resmi sağlık kurumu<sup>17</sup> şeklinde düzenlenmiştir<sup>18 19</sup>.

Kanunda, Kurumca sağlık hizmetlerinin sağlanabilmesi için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sevk zinciri kurallarına uygun hareket etmek zorunda olduğu düzenlenmektedir (m. 71/II). Yönetmelik ve Tebliğde konu hakkında düzenlemeler bulunmaktadır. Konuyla ilgili olarak, Yönetmelikte, iş kazası ile meslek hastalığı, afet ve savaş hâli ile acil hâller dışında, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin Kurumca belirlenen sevk zincirine uymalarının zorunlu olduğu belirtildikten sonra, sevk zincirine uyulmaması hâlinde sağlık hizmetleri bedelleri ve yol gideri, gündelik ve refakatçi giderlerinin Kurumca karşılanmayacağı öngörülmektedir (Yön. m. 40/IV). Kanunun ilk şeklinde, ikinci fıkrada belirtilen katılım payı tutar ve oranlarının, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sevk zincirine uymadan, diğer basamaktaki sağlık hizmet sunucularına doğrudan müracaatları halinde % 50 oranında artırılarak uygulanacağı öngörülmekte iken, söz konusu düzenleme 17.04.2008 t. ve 5754 s. K. m. 43 ile kaldırılmıştır<sup>20 21</sup>.

## IV. KATILIM PAYI ORANLARI VE TUTARLARI

Kanunda ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesine ilişkin katılım payının, 2 Türk Lirası olarak uygulanacağı öngörülmektedir. (m. 68/II). Öte yandan Kanunda, vücut dışı protez ve ortezler (m. 68/I,a) ile ayakta tedavide sağlanan ilaçlardan katılım payının, gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçütler dikkate alı-

narak %10 ilâ %20 oranları arasında olmak üzere Kurumca belirleneceği ifade edilmektedir (m. 68/II). Ayrıca, Yönetmelikte ve Tebliğde de konuyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır<sup>22</sup>.

## 1. Ayakta Tedavide Hekim ve Dış Hekimi Muayenesinde Katılım Payı

Kanun'un 68. maddesinin ikinci fıkrasında, aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki sağlık hizmetleri için katılım payının, 2 Türk Lirası olarak uygulanacağı belirtilmektedir. Söz konusu düzenlemede, ayakta tedavide hekim ve dış hekim muayenesinden söz edilmektedir (m. 68/I,a). Görüldüğü üzere, Kanunda, ayakta tedavide hekim ve dış hekim muayenesine ilişkin katılım payı tutarı 2 TL olarak öngörülmüştür. Kanun hükmünde ayrıca, Kurumun, birinci fıkranın (a) bendi gereği belirlediği katılım payını; birinci basamak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayenelerde almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye veya tekrar birinci fıkranın (a) bendi için belirlenen tutara getirmeye yetkili olduğu belirtilmektedir<sup>23</sup>. Ayrıca Kanunda, Kurumun, birinci fıkranın (a) bendi gereği belirlediği katılım payını; ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde ise müracaat edilen sağlık hizmeti sunucusunun yer aldığı basamak, sağlık hizmeti sunucusunun resmi ve özel sağlık hizmeti sunucusu niteliğinde olup olmaması<sup>24</sup>, önceki basamaklardan sevklı olarak başvurulup başvurulmadığı gibi hususları göz önünde bulundurarak on katına kadar artırmaya ve sağlık hizmeti sunucuları için farklı belirlemeye yetkili olduğu ifade edilmektedir<sup>25</sup>. Öte yandan Kanuna göre, 68. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan ayakta tedavide hekim ve dış hekim muayenesine ilişkin sağlık hizmetlerine ilişkin olarak belirlenen katılım payı tutarı, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranı kadar her yıl artırılabilir<sup>26</sup>.

### a) Birinci Basamak Sağlık Kuruluşları ve Aile Hekimliği Muayenelerinde

Kanunda, aile hekim muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetlerinden de

katılım payı alınmayacağı öngörülmektedir (m. 69/I,c). Yönetmelikte, aile hekim muayenelerinde, Yönetmeliğin 33. maddesinde belirtilen katılım payı alınmayacağı öngörülmektedir (Yön. m. 39/I,ç). Benzer şekilde Tebliğde de, birinci basamak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayenelerde ve Sağlık Bakanlığınca aile hekimliği sözleşmesi yapmış aile hekim muayenelerinde katılım payı alınmayacağı belirtilmektedir (Teb. m. 6.5.4). Öte yandan, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un<sup>27</sup> 5. maddesinde açık bir şekilde aile hekimliği hizmetlerinin ücretsiz olduğu öngörülmektedir.

Belirtilen düzenlemeler nedeniyle, 5510 sayılı Kanunun m. 4/I,a ve b hükümlerinin kapsamına girenleri ve bunların bakmakla yükümlü oldukları kişileri kapsayan 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nde yapılan ve 1 Ekim 2009<sup>28</sup> tarihinde yürürlüğe giren düzenleme yapıncaya kadar birinci basamak sağlık kuruluşları ve aile hekimliği muayenelerinde katılım payı alınmıyordu. 2008 Yılı Sağlık Uygulama Tebliğinde daha önce, açık bir şekilde birinci basamak sağlık kuruluşlarında yapılan muayene ile aile hekimliği uygulamasına geçilen illerde aile hekim muayenelerinden katılım payı alınmayacağı düzenlenmekteydi. Tebliğde yapılan ve 1 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemeyle, ilaç alınması koşuluyla bağlı olarak, birinci basamak sağlık kuruluşları ve aile hekimliği muayenelerinde katılım payı uygulamasına başlanmıştır. Yeni düzenlemede, birinci basamak sağlık kuruluşları ve aile hekimliği muayenelerinde katılım payının 2 TL olduğu, ancak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayene sonrasında kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat etmemesi durumunda, birinci basamak sağlık kuruluşları ile aile hekimliği muayenelerinde katılım payı alınmayacağı ifade edilmektedir (Teb. m. 1.1). Dolayısıyla, birinci basamak sağlık kuruluşları ve aile hekimliği muayeneleri sonucunda ilaç alınması durumunda 2 TL katılım payı ödenecek, ilaç alınmaması halinde ise katılım payı alınmayacaktır<sup>29</sup>.

Söz konusu katılım payının, Kurum gelirle-

rinin artırılması ve gereksiz ilaç alımının ve bu yöndeki harcamaların önüne geçilmesi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Ancak, fayda ve sakıncaları birlikte değerlendirildiğinde daha farklı bir durumla karşılaşılabilir. Bilindiği üzere, 5510 sayılı Kanunda yer alan düzenlemelerle koruyucu sağlık hizmetlerinin yerinde ve zamanında verilmesi hedeflenmektedir. İşte, belirtilen katılım payı uygulaması, sözü edilen hedeften sapılmasına neden olabilecektir. Zira, bazı hastalar katılım payı ödememek için ilacı almaktan vazgeçebilecektir. Hatta bazı kişiler, katılım payı nedeniyle ilaç almayı düşünmediği için muayene olmaktan dahi kaçınabilecektir. Hatta, hastalardan bazıları, sağlık sorunlarını ilaç dışında farklı yöntemlerle çözmeye çalışabilecektir. Bunların sonucunda ise, başta kişiler ve devlet olmak üzere, herkes zarar görecektir. Çünkü, belirtilen durumlarda, başlangıçta çok az bir masrafla giderilebilecek bir sağlık sorunu, ilaç almaktan kaçınıldığı için gelecekte daha çok masraf yapılmasını gerektirecek şekilde ilerlemiş olacaktır. Ülkemizde, toplumunun önemli bir kesiminin, başta eğitim ve öğretim olmak üzere, ekonomik, sosyal ve kültürel nedenlerle sağlık konusunda yeterli bilgiye ve bilince sahip olunmadığı bilinmektedir. Bunların yanı sıra, sağlık harcamaları bakımından ek yük yüklenmesi nedeniyle, katılım payının getirilmesi ile amaçlananın tersi bir sonuçla karşılaşılabilir.

### **b) İkinci ve Üçüncü Basamak Resmi Sağlık Kurumlarındaki Muayenelerde**

2008 yılı Sağlık Uygulama Tebliğindeki düzenleme uyarınca, 2 Haziran 2009 tarihinden önceki dönemde muayeneler için; ikinci basamak resmi sağlık kurumlarında 3 TL, eğitim ve araştırma hastanelerinde 4 TL, üniversite hastanelerinde 6 TL, özel sağlık kurumlarında ise 10 TL katılım payı alınmaktaydı. Yapılan başvuru üzerine, Danıştay 10. Dairesi özel sağlık kurumlarına ilişkin hükmünün yürürlüğünün durdurulmasına karar vermişti<sup>30</sup>. Bunun üzerine, Kurumun 2009/77 tarihli Genelgesinde<sup>31</sup> de açıklandığı üzere, 2 Haziran 2009 tarihinden itibaren katılım payı olarak tüm sağlık kuruluşları bakımından Kanunda düzenlenen tutar olan 2

TL uygulanmaktaydı. Uygulama bu yönde iken, 2008 yılı Sağlık Uygulama Tebliğinde yapılan ve 1 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenlemeler getirilmiştir.

1 Ekim 2009 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Tebliğ hükmünde, ikinci ve üçüncü basamak resmi sağlık kurumlarındaki muayenelerden 8 TL katılım payı alınacağı, ancak, sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayene sonrasında kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat etmemesi durumunda 3 TL indirim yapılacağı öngörülmektedir (Teb. m. 1.1). Belirtilen düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, ikinci ve üçüncü basamak resmi sağlık kurumlarında katılım payı olarak, toplamda 8 TL alınacaktır. Zira, 8 TL'lik tutarın 3 TL'lik kısmı, muayene sonrasında ilaç alınması durumunda alınacaktır. Muayene sonrasında ilaç alınmaması halinde ise, sadece 5 TL katılım payı alınmış olacaktır<sup>32</sup>. Belirtilen ayırımın ve dolayısıyla 3 TL'lik tutarın, ilaçların bilinçli olarak tüketilmesi ve gereksiz ilaç alımının engellenmesi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Ancak, ilaçlardan alınan ilerde başka bir başlık altında belirttiğimiz %10 ve %20 oranındaki katılım payına ilave olarak, farklı bir yol izlenerek muayeneye dayalı olarak ilaç alımı üzerinden ayrıca katılım payı talep edilmesi farklı sorunlara neden olacaktır. Bu bağlamda, bir önceki başlık altında da belirttiğimiz üzere, katılım payı ödememek için ilaç kullanımından kaçınılması ya da hastalıkların tedavisi için farklı yöntemlerin kullanılması nedeniyle farklı sorunlar yaşanabilecektir.

İnceleme konusu yaptığımız katılım payı tutarlarının önceki döneme göre oldukça yüksek olduğu ve uygulamada sorunlara neden olacağı anlaşılmaktadır. Belirtilen tutarlar, özellikle birden çok rahatsızlığı bulunan ve dolayısıyla birçok kez muayene olmak zorunda kalan kişiler bakımından daha büyük bir sorun olacaktır<sup>33</sup>. Bu konuda bir üst sınır tutarı belirlenmemiş olması da ayrı bir sorun oluşturmaktadır.

Konuya ilişkin düzenlemelerin Kurumun gelirlerinin artırılması amacıyla getirildiği de görülmektedir. Bu tür düzenlemeler, kısa vadede Kurumun gelirlerini artırarak, gelir-gider dengesine olumlu katılım yapacaksa da, uzun vadede farklı sorunlarla karşılaşılabilir.



Zira, belirtilen düzenlemeler, her şeyden önce, kişilerin sağlık giderlerinin artmasına neden olacaktır. Dolayısıyla, katılım payı ödemek istemeyen kişiler, muayene olmaktan ve ilaç kullanımından kaçınabilecektir. Bu bağlamda, katılım payı ödemek istemeyen kişiler sağlık kurumuna başvurmak yerine, kendi tecrübelerine veya başkalarına sorarak hareket edebilecek ve ilaçları hekim kararı olmadan bilinçsiz bir şekilde kullanabilecektir. Öte yandan, bazı hastalar, sağlık sorunlarını farklı yöntemler kullanarak giderme yolunu tercih edebilecektir. Böyle bir durumda ise başta devlet, kişiler ve herkes farklı şekilde zarar görecektir. Zira, sağlık kurumuna gidilmesi durumunda daha az masraf, zaman ve emekle giderilecek sağlık sorunları, kuruma başvurulmadığı ve/veya ilaç alınmadığı için zamanında tespit edilemediğinden ilerleyebilecektir. Özellikle, koruyucu sağlık hizmetlerinin alınamaması gibi nedenlerle, başlangıç aşamasında tespit edilmediği için

hekim muayenesinde anlaşılmayan hastalıkların, zamanında teşhis ve tedavi edilmediği için ilerlemesi durumunda birçok yönden sorun yaşanacaktır. Böyle bir durumda, ilerleyen sağlık sorunu nedeniyle yaşam kalitesinin düşmesi ve hayati tehlikenin yanı sıra, zaman, emek ve sağlık harcamaları bakımından, başta kişiler ve devlet olmak üzere herkes zarar görecektir.

Konuyu düzenleyen Tebliğ hükümlerinde, Danıştay'ın konuya ilişkin olarak daha önce verdiği kararda yer alan gerekçelerin dikkate alınmadığı görülmektedir. Daha düşük tutarları öngören önceki Tebliğ hükmünün yürürlüğü Danıştay tarafından durdurulmuştu. Yeni düzenlemenin iptali ve yürürlüğünün durdurulması için de Danıştay'a başvuru yapıldığı bilinmektedir. Büyük bir olasılıkla, söz konusu yeni düzenlemelerin yürürlüğü benzer gerekçelerle Danıştay tarafından durdurulacak ve bunlar Danıştay tarafından iptal edilecektir.

## Katılım payına ilişkin yeni düzenlemeler yapılırken, Danıştay tarafından Tebliğ'e ilişkin önceki dönemde verilen yürürlüğü durdurma kararındaki gerekçelerin dikkate alınmadığı görülmektedir.

ilerleyen hastalıkların tedavisinde, zaman, para ve emek gibi daha birçok yönden sorun yaşanabilecektir. Daha da önemlisi, bazı kişilerin yaşam kalitesinde sorunlar yaşanabilecek ve hatta bazı durumlarda hayati tehlike ile karşılaşılabilir. Dolayısıyla, belirtilen durumlar karşısında, katılım payından kısa vadede gelir elde edilirken, uzun vadede elde edilen gelirden çok daha fazlası harcanabilecektir.

Öte yandan, sözü edilen katılım payına ilişkin düzenlemelerin, ikinci ve üçüncü basamak resmi sağlık kurumlarındaki muayenelerde meydana gelen yoğunluğun ve dolayısıyla belirtilen kurumlara olan talebin azaltılması ve bu bağlamda sözü edilen sağlık kuruluşlarındaki gereksiz muayenelerin önüne geçilmesi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Bu uygulamanın faydası olabileceği gibi, farklı nedenlerden dolayı sakıncaları da olabilecektir. Zira, birinci basamak sağlık kuruluşu veya aile

### c) Özel Sağlık Kurumlarındaki Muayenelerde

2008 yılı Sağlık Uygulama Tebliğindeki düzenlemeler uyarınca, 2 Haziran 2009 tarihinden önceki dönemde özel sağlık kurumlarındaki muayenelerden 10 TL katılım payı alınmaktaydı. Tebliğin konuyu düzenleyen hükmünün Danıştay<sup>34</sup> tarafından yürürlüğünün durdurulması üzerine, Kurumun 2009/77 tarihli Genelgesinde de açıklandığı üzere, 2 Haziran 2009 tarihinden itibaren katılım payı olarak tüm sağlık kurumları bakımından Kanunda düzenlenen tutar olan 2 TL uygulanmaktaydı. Bunun üzerine, konuyla ilgili olarak 1 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girmek üzere, 2008 yılı Sağlık Uygulama Tebliğinde yeni düzenleme getirilmiştir. 1 Ekim 2009 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren söz konusu düzenlemede, özel sağlık kurumlarındaki muayenelerden toplamda 15

TL katılım payı alınacağı, ancak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayene sonrasında kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat etmemesi durumunda 3 TL indirim yapılacağı öngörülmektedir (Teb. m. 1.1).

Belirtilen Tebliğ hükmünden de anlaşılacağı üzere, özel sağlık kurumlarındaki muayenelerden katılım payı olarak, toplamda 15 TL alınmaktadır. Zira, 15 TL'lik tutarın 3 TL'lik kısmı, muayene sonrasında ilaç alınması durumunda ödenecektir. Muayene sonrasında ilaç alınmaması halinde ise, sadece 12 TL katılım payı alınmış olacaktır<sup>35</sup>. Kurumun gelirlerinin artırılması, gereksiz muayenelerin ve ilaç alımının önüne geçilmesi gibi nedenlerle getirilen ve tutarları yükseltile katılımların uygulanmasına ilişkin olarak, diğer kurum ve kuruluşlar ile aile hekimi muayenelerinde alınan katılım payları hakkında yaptığımız açıklamalar uygun olduğu ölçüde burada da geçerli olacaktır. Söz konusu katılım payına ilişkin yeni düzenlemeler yapılırken, daha önce incelediğimiz katılım payı tutarında olduğu gibi, Danıştay tarafından Tebliğ'e ilişkin önceki dönemde verilen yürürlüğü durdurma kararındaki gerekçelerin<sup>36</sup> dikkate alınmadığı görülmektedir. Konuyu düzenleyen Tebliğ hükmünün yürürlüğünün durdurulması ve iptali için Danıştay'a başvuruda bulunulmuş olup, büyük bir olasılıkla Danıştay benzer gerekçelerle aynı yönde karar verecektir.

Bunların yanı sıra, özel sağlık kurumlarındaki muayenelere ilişkin olarak getirilen katılım payı tutarlarının özel sağlık kurumları bakımından farklı sorunlara neden olduğu da görülmektedir. Bilindiği üzere, özel sağlık kurumlarının birçoğu sağlık güvencesi olanların ve bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilerin muayenelerinden fark ücreti almaktaydı. Sosyal güvencesi olmayanlardan ise doğrudan muayene ücretinin tamamı alınmaktaydı. Katılım payı tutarının yükselmesi karşısında, bazı hastalar, özel sağlık kuruluşuna ve aynı zamanda devlete ödeme yapmak yerine, özel sağlık kurumunda muayene olmaktan kaçınarak, diğer kurum ve kuruluşlarda muayene olma yolunu tercih etmeye başlamıştır. Bunun üzerine, bazı özel sağlık kurumları, fark ücretini azaltma ya da fark ücreti almama yönünde uygulamaya

gitmiştir. Zira, özel sağlık kurumlarında yapılan muayenelerden alınan katılım payı tutarları önemli ölçüde artmış bulunmaktadır. Öte yandan, özel sağlık kurumları, katılım payı konusunda mevzuatta meydana gelen değişiklikler karşısında da, katılım payının tahsili vb. konularda farklı sorunlar yaşamaktadır.

Özel sağlık kurumları devletin sosyal güvenlik alanındaki hizmetlerine ilişkin yüklerinin önemli bir kısmını paylaşmaktadır. Gün geçtikçe artan nüfusun ve yaşanan çeşitli sağlık sorunlarının Devlete ait sağlık kurum ve kuruluşlar ne kadar artarsa artsın yeterince karşılanması mümkün olmayacaktır. Uygulamada bazı sorunlar yaşanmakla birlikte, özel sağlık kurumlarının sağlık alanında önemli yatırımlar yaptığı ve ulusal ve uluslararası alanda önemli ve kaliteli hizmetler sunduğu görülmektedir. Dolayısıyla, konuya ilişkin düzenlemeler getirilirken belirli bir denge kurularak hareket edilmelidir. Bu bağlamda, bir yandan özel sağlık kurumlarının denetimine özen gösterilmeli, diğer yandan bu kurumların yatırımlarının ve hizmet sunumlarının önündeki engeller kaldırılmalı ve bunlar teşvik edilmelidir.

Kanunun m. 4/I,c kapsamındakilerden alınacak katılım payına ilişkin düzenlemelerin Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan Tebliğlerle düzenlendiğini daha önce belirtmiş bulunuyoruz. Bunlarda yer alan katılım payına ilişkin hususlar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından m. 4/I, a ve b kapsamındakiler için çıkarılan yukarıda belirttiğimiz Tebliğdeki düzenlemeler ile aynı yöneydi. Danıştay<sup>37</sup>, Maliye Bakanlığının çıkardığı Tebliğin ilgili hükümlerinin de 14.7.2009 tarihinde yürürlüğünün durdurulmasına karar vermişti. Bunun üzerine, Maliye Bakanlığı, 4.9.2009 tarihli Genelgesinde<sup>38</sup> belirttiği üzere, yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar sonrasında aynı tutarların uygulanacağı yönünde yeni bir karar almıştı. Daha sonra, Maliye Bakanlığı tarafından 18 Eylül 2009 tarihinde yayımlanan ve 1 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe giren yeni bir Tebliğ hazırlanmıştır<sup>39</sup> <sup>40</sup>. Sözü edilen Tebliğde yer alan ve Kanunun m. 4/I,c kapsamındaki kişilere ilişkin katılım payı oranları, tutarları ve uygulama esaslarını düzenleyen hükümler genel olarak Kanunun m. 4/I,a ve b

kapsamındaki kişilere ilişkin katılım payına ilişkin esaslarla benzerlik taşımakla birlikte, bazı farklı durumlarla da karşılaşmaktadır. Bu bağlamda, Kanunun m. 4/I,a ve b kapsamındaki kişiler ile m. 4/I,c kapsamındaki kişilere ilişkin katılım payı oran, tutar ve uygulamalarının farklı düzenlemelerde ele alınmasının bazı farklılıklara yol açtığı görülmektedir. Sosyal güvenlik reformu, norm ve standart birliğinin sağlanması amacıyla yeniden yapılandırılmaya gidilmesine rağmen bu konuda farklı bir uygulama söz konusu olmaktadır. Bu tür uygulamaların eşitsizliğe ve dolayısıyla adaletsizliğe yol açtığı açık bir şekilde görülmektedir.

### 2. Yataklı Tedavide Katılım Payı

Kanunda, Kurumca belirlenecek hastalık gruplarına göre yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınacağı öngörülmektedir (m. 68/I,d). Bu düzenleme Kanunun ilk şeklinde bulunmayıp, Kanuna daha sonra 25.06.2009 tarih ve 5917 s.K. m. 40 eklenmiştir<sup>41</sup>. Bu bağlamda, yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri bedelinin yüzde birine kadar katılım payı alınabileceği hususunda düzenleme getirilmiştir. Öte yandan, söz konusu sağlık hizmetleri bedelinin yüzde birine kadar tespit edilen katılım payını almama, yarısına kadar indirme veya bir katına kadar artırma, gerektiğinde bu tutarları Kanuni tutarlarına getirme veya indirme konularında Kuruma yetki verilmiştir (m. 68/II)<sup>42</sup>.

Yataklı tedavide katılım payını öngören bu düzenlemeler pratikte henüz uygulamaya konulmamıştır. Yataklı tedavide katılım payı uygulaması, Kurumun gelirlerini artıracak, ancak sağlık hizmetlerinden yararlanacak kişilerin giderlerinin artmasına neden olacaktır.

### 3. Araç, Gereç ve Ayakta Yapılacak Tedavide İlaç Katılım Payları

Kanunda, 68. maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerindeki sağlık hizmetleri için katılım payının, gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği itibarıyla hayati öneme sahip olup olmaması, kişilerin prime esas kazançlarının, gelir ve aylıklarının tutarı

ve benzeri ölçütler dikkate alınarak % 10 ilâ % 20 oranları arasında olmak üzere Kurumca belirleneceği öngörülmektedir (m. 68/II). Kanunun m. 68/I, (b) hükmünde vücut dışı protez ve ortezler, (c) bendinde ise, ayakta tedavide sağlanan ilaçlardan söz edilmektedir.

#### a) Vücut Dışı Protez ve Ortezlerde Katılım Payı

Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliğinde<sup>43</sup>, katılım payının, ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için Kurumca ödenen bedeller üzerinden Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için yüzde on, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için yüzde yirmi olarak uygulanacağı öngörülmektedir (Yön. m. 34/II)<sup>44</sup>.

#### b) İlaçlarda Katılım Payı

Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliğine göre, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için katılım payı, Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için yüzde on, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için yüzde yirmi olarak uygulanmaktadır (Yön. m 35/D). Ayrıca, Yönetmelikte, yatarak tedavi sonrasında hasta taburcu edilirken tedavisinin devamı için düzenlenen reçeteler için katılım payı, ayakta tedavi kabul edilerek birinci fıkrada belirtilen oranlarda uygulanacağı öngörülmektedir (Yön. m 35/D)<sup>45 46</sup>.

Bunların yanı sıra, Yönetmelikte, yardımcı üreme yöntemi tedavisinde kullanılan ilaçlardan hasta katılım payı tahsil edileceği belirtildikten<sup>47</sup> sonra (Yön. m 26/IV), yardımcı üreme yöntemi tedavisinde kullanılan ilaçlar için katılım payının, Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için yüzde on, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için yüzde yirmi olarak uygulanacağı ifade edilmektedir (Yön. m 36/D).

#### 4. Yardımcı Üreme Yöntemi Uygulaması

Kanunda, çocuk sahibi olamayanların başvuracakları yardımcı üreme yöntemi için de ka-

tılım payı alınacağı öngörülmektedir. Konuyla ilgili düzenlemede, 63. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi gereğince sağlanan ve bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle mümkün olmaması nedeniyle yapılacak yardımcı üreme yöntemi tedavisi dışındaki yardımcı üreme yöntemi tedavisinde katılım payının, ilk denemede % 30, ikinci denemede % 25 oranında uygulanacağı, ancak katılım payında dördüncü fıkra gereği uygulanan üst limitin dikkate alınmayacağı belirtilmektedir (m. 68/V)<sup>48 49</sup>. Tebliğde ayrıca, Embriyo freezing işlemi için % 30 oranında katılım payı alınacağı öngörülmektedir (Teb. m. 6.4.c).

Belirtilen düzenlemede ikili bir ayırım yapıldığı, bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle mümkün olmaması nedeniyle yapılacak yardımcı üreme yöntemi tedavisinden katılım payı alınmayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yardımcı üreme yöntemi tedavisi bu amaçla yapıldığı durumlarda katılım payı alınmayacaktır. Belirtilen tedavinin çocuk sahibi olunması amacıyla kullanıldığı durumlarda ise katılım payı alınacaktır<sup>50</sup>. Kanuna göre, yardımcı üreme yönteminin çocuk sahibi olmak için uygulandığı durumlarda, ilk denemede % 30, ikinci denemede % 25 oranında katılım payı alınacaktır (m. 68/V). Öte yandan, Kanunun 68. maddesinin dördüncü fıkrasında bazı sağlık hizmetlerinden alınacak katılım payı tutarına ilişkin olarak getirilmiş olan üst limitler, çocuk sahibi olmak için uygulanan yardımcı üreme yönteminin tedavisine ilişkin katılım payı bakımından uygulanmayacaktır. Zira, Kanunda, çocuk sahibi olmak için uygulanan yardımcı üreme yönteminin tedavisinde uygulanacak katılım payı oranları belirtildikten sonra, dördüncü fıkra gereği uygulanan üst limitin<sup>51</sup> burada dikkate alınmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir (m. 68/V; Yön. m 36/III)<sup>52</sup>.

Yardımcı üretime yöntemi; yapılan tıbbî tedavileri sonrasında normal tıbbî yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi gibi daha ağır koşulun<sup>53</sup>

bir araya gelmesi halinde uygulanabilen bir yöntemdir.

Hak kazanma koşulları oldukça ağır olan bu tedavi yönteminin uygulanmasından bir de katılım payı alınması yerinde olmayacaktır. Zira, belirtilen tedavi yönteminden yararlanılabilemesi için diğer koşulların yanı sıra, en az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olunması ve 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının bulunması gerekmektedir. Söz konusu tedavi yönteminden yararlanılması için, diğer ağır koşulların yanı sıra, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısı arandıktan sonra, bir de katılım payı talep edilmesi nimet-külfet ilkesine aykırılık oluşturulacaktır. Sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından çok daha az prim gün sayısının arandığı durumlarda dahi katılım payının yerinde olup olmadığı tartışmaya neden olmakta iken, bu kadar yüksek prim gün sayısı karşısında ayrıca katılım payı alınmasının yerinde olmadığı açıkça görülmektedir.

## V. KATILIM PAYI ALINMAYACAK HALLER, SAĞLIK HİZMETLERİ VE KİŞİLER

Kanunun 68. maddesinde sayılan katılım payı alınacak sağlık hizmetlerini daha önce belirtmiş bulunuyoruz. İşte, söz konusu sağlık hizmetlerine ilişkin olarak bazı durumlarda katılım payı alınmayacaktır. Bu hususlar Kanunun 69. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda ayrıca, Kurumun, katılım payı alınmayacak sağlık hizmetlerini tek tek veya gruplandırarak tespiti yetkili olduğu belirtilmektedir (m. 69/I-II)<sup>54</sup>.

### 1. İş Kazası ile Meslek Hastalığı Halleri ile Askerî Tatbikat ve Manevralarda Sağlanan Sağlık Hizmetleri

Kanun hükmü uyarınca, iş kazası ile meslek hastalığı halleri ile askerî tatbikat ve manevralarda sağlanan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınmayacaktır (m. 69/I,a). Yönetmeliğe göre de, "İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan genel sağlık sigortalısından, bu durumları nedeniyle sağlanan sağlık hizmetleri için bu Yönetmeliğin 33, 34 ve 35 inci madde-

lerinde belirtilen katılım payları alınmaz” (Yön. m. 39/I,a) Askerî tatbikat ve manevralarda sağlanan sağlık hizmetleri için bu Yönetmeliğin 33, 34 ve 35 inci maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz”(Yön. m. 39/I,b).

## 2. Afet ve Savaş Hali Nedeniyle Sağlanan Sağlık Hizmetleri

Kanunun 75. maddesinde belirtilen afet ve savaş hali nedeniyle sağlanan sağlık hizmetlerinde de katılım payı alınmayacaktır (m. 69/I,b). Yönetmeliğe göre de, “Kanunun 75 inci maddesinde yer alan afet ve savaş hâli nedeniyle sağlanan sağlık hizmetleri için bu Yönetmeliğin 33, 34 ve 35 inci maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz” (Yön. m. 39/I,c).

## 3. Aile Hekimi Muayeneleri ve Kişiyeye Yönelik Koruyucu Sağlık Hizmetleri

Kanunda, aile hekimi muayeneleri ve kişiyeye yönelik koruyucu sağlık hizmetlerinden de katılım payı alınmayacağı öngörülmektedir (m. 69/I,c). Yönetmelikte, aile hekimi muayenelerinde, bu Yönetmeliğin 33. maddesinde belirtilen katılım payı alınmayacağı öngörülmektedir (Yön. m. 39/I,ç). Benzer şekilde Tebliğde de, birinci basamak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayenelerde ve Sağlık Bakanlığınca aile hekimliği sözleşmesi yapmış aile hekimi muayenelerinde katılım payı alınmayacağı öngörülmektedir (Teb. m. 6.5.4)<sup>55</sup>. Ancak, daha önce belirttiğimiz gibi, Tebliğde yakın zaman önce yapılan değişikliklerle aile hekimi muayenesi sonucunda ilaç alınması halinde 2 TL katılım payı alınacaktır<sup>56</sup>. Yönetmeliğe göre, genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olduğu kişilere sağlanan kişiyeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri için bu Yönetmeliğin 33, 34 ve 35. maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz (Yön. m. 39/I,d).

## 4. Kurumca Belirlenen Kronik Hastalıklar

Kanuna göre, sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; Kurumca belirlenen kronik hastalıklardan katılım payı alınmayacaktır (m. 69/I,d). Yönetmeliğe göre, “Kurumca yetkilen-

dirilen sağlık hizmeti sunucuları tarafından sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; Kurumca belirlenen kronik hastalıklarda Yönetmeliğin 33, 34 ve 35 inci maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz.” (m. 69/I,e). Yönetmelikte, Kurumun, ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi, ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri ile ayakta tedavide sağlanan ilaçlar bakımından, katılım payı alınmayacak kronik hastalıkları ayrı ayrı belirleyebileceği ifade edilmektedir (Yön. m. 39/I,e).

## 5. Hayati Önemi Haiz Vücut Dışı Protez ve Ortezler

Kanuna göre, sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; hayati önemi haiz 68. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sağlık hizmetlerinden katılım payı alınmayacaktır (m. 69/I,d). Bunlar, vücut dışı protez ve ortezlerdir. Dolayısıyla, sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla hayati öneme haiz vücut dışı protez ve ortezler için katılım payı alınmayacaktır.

Yönetmelik uyarınca Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları tarafından sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; Kurumca belirlenen hayati öneme haiz ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçlerinden katılım payı alınmayacaktır (Yön. m. 39/I,f). Kanunun ilk şeklinde m. 68/I,c de yer alan, “Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri” şeklindeki düzenleme, daha sonra yapılan değişikliklerle, “Vücut dışı protez ve ortezler” olarak değiştirilirken, aynı yöndeki değişikliğin Yönetmelikte yapılmadığı görülmektedir.

## 6. Organ, Doku ve Kök Hücre Nakli

Kanuna göre, sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; organ, doku ve kök hücre; nakline ilişkin hizmetlerden<sup>57</sup> katılım payı alınmayacaktır (m. 69/I,d). Yönetmeliğe göre, Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları tarafından sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla; organ, doku ve kök hücre nakline ilişkin sağlık hizmetleri için bu Yönetmeliğin 33, 34 ve 35. maddelerinde belirtilen katılım payları alınmayacaktır (Yön. m. 39/I,g).

## 7. 5510 sayılı Kanun'un 94. Maddesinde Tanımlanan Kontrol Muayeneleri

Kanundaki düzenleme uyarınca, 94. maddede tanımlanan kontrol muayenelerinden katılım payı alınmayacaktır (m. 69/I,e). Kanunun ilk şeklinde, sadece kontrol muayenelerinden katılım payı alınmayacağı yer almakta iken, daha sonra belirtilen düzenlemede 17.04.2008 t. ve 5754 s. K. m. 65 hükmüyle, 94. maddede tanımlanan kontrol muayenelerinden katılım payı alınmayacağı yönünde değişiklik yapılmıştır. Böylece, önceki durumdan geriye gidilmiş olmuştur. Dolayısıyla, 94. maddenin dışında yapılan kontrol muayenelerinden katılım payı alınabilecektir.

Yönetmelikte, sağlık hizmeti alan genel sağlık sigortalısından veya bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerden, sağlık hizmetinin gerçekten alınıp alınmadığının, sigortalı ile hak sahiplerinin malullük, iş göremezlik raporlarında belirtilen rahatsızlıklarının mevcut olup olmadığının, tespitine yönelik yapılan sevkler nedeniyle bu Yönetmeliğin 33. maddesinde belirtilen katılım payı alınmayacağı öngörülmektedir (Yön. m. 39/I,g).

## 8. İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Şeref Aylığı Alan Kişiler

Kanunda, 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (4) numaralı alt bendinde belirtilen kişiler ile bunların eşlerinden katılım payı alınmayacağı öngörülmektedir (m. 69/I,f). Sözü edilen kişiler, 24/2/1968 tarihli ve 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre şeref aylığı alan kişilerdir (m. 60/I,c,4). Yönetmelik uyarınca, 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre şeref aylığı alan kişiler ile bunların eşlerinden bu Yönetmeliğin 33, 34, 35 ve 36.

maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz (Yön. m. 39/I,h).

## 9. Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Aylık Alan Kişiler

Kanun hükmü uyarınca, 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (5) numaralı alt bendinde belirtilen kişilerden katılım payı alınmayacaktır (m. 69/I,f). Bunlar, 28/5/1986 tarihli ve 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerdir. Yönetmeliğe göre, 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerden bu Yönetmeliğin 33, 34 ve 35. maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz (Yön. m. 39/I,ı).

## 10. Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Aylık Alan Kişiler

Kanunda, 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (6) alt bendinde belirtilen kişilerden katılım payı alınmayacağı öngörülmektedir (m. 69/I,f). Bunlar, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerdir. Yönetmeliğe göre, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerden bu Yönetmeliğin 33, 34, 35 ve 36. maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz (Yön. m. 39/I,i).

## 11. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu Hükümlerine Göre Korunma, Bakım ve Rehabilitasyon Hizmetlerinden Ücretsiz Faydalanan Kişiler

Kanundaki düzenleme uyarınca, 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (7) alt bendinde belirtilen kişilerden katılım payı alınmayacaktır (m. 69/I,f). Bunlar, 24/5/1983 tarihli ve

2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz faydalanan kişilerdir. Yönetmeliğe göre, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümlerine göre korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden ücretsiz faydalanan kişilerden bu Yönetmeliğin 33, 34 ve 35. maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz (Yön. m. 39/I,j).

## 12. Harp Malullüğü Aylığı Alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu Kapsamında Aylık Alanlar

Kanunda, 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (8) alt bendinde belirtilen kişilerden katılım payı alınmayacağı belirtilmektedir (m. 69/I,f). Bunlar, 18/3/1924 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanunu'nun 74. maddesinin ikinci fıkrasına göre görevlendirilen kişiler ile aynı Kanunun ek 16. maddesine göre aylık alan kişilerdir. Yönetmeliğe göre, harp malullüğü aylığı alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlardan bu Yönetmeliğin 33, 34, 35 ve 36. maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz (Yön. m. 39/I,k).

## 13. Vazife Malûlleri

Kanundaki düzenleme uyarınca, vazife malûllerinden katılım payı alınmayacaktır (m. 69/I,f). Yönetmelikte, vazife malûllerinden bu Yönetmeliğin 33, 34, 35 ve 36. maddelerinde belirtilen katılım payları alınmayacağı öngörülmektedir (Yön. m. 39/I,l).

## 14. Harp Okulları ile Fakülte ve Yüksek Okullarda, Türk Silahlı Kuvvetleri Hesabına Okuyan veya Kendi Hesabına Okumakta İken Askerî Öğrenci Olanlar ile Astsubay Meslek Yüksek Okulları ve Astsubay Nasedilmek Üzere Temel Askerlik Eğitime Tabi Tutulan Adaylar

Kanunda, 4. maddenin dördüncü fıkrasının, (d) bendinde sayılan kişilerden katılım

payı alınmayacağı öngörülmektedir (m. 69/I,f). Bunlar, harp okulları ile fakülte ve yüksek okullarda, Türk Silahlı Kuvvetleri hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken askerî öğrenci olanlar ile astsubay meslek yüksek okulları ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitimine tâbi tutulan adaylardır. Yönetmeliğe göre, harp okulları ile fakülte ve yüksek okullarda, Türk Silahlı Kuvvetleri hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken askerî öğrenci olanlar ile astsubay meslek yüksek okulları ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylardan bu Yönetmeliğin 33, 34 ve 35. maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz (Yön. m. 39/I,m).

## 15. Polis Akademisi ile Fakülte ve Yüksek Okullarda, Emniyet Genel Müdürlüğü Hesabına Okuyan veya Kendi Hesabına Okumakta İken Emniyet Genel Müdürlüğü Hesabına Okumaya Devam Eden Öğrenciler

Kanunda, 4. maddenin dördüncü fıkrasının, (e) bendinde sayılan kişilerden katılım payı alınmayacağı ifade edilmektedir (m. 69/I,f). Bunlar, Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda, Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrencilerdir. Yönetmeliğe göre, Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda, Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrencilerden bu Yönetmeliğin 33, 34 ve 35. maddelerinde belirtilen katılım payları alınmaz (Yön. m. 39/I,n).

## 16. Bazı Hallerde Ortez/Protez ve Diğer İyileştirici Araç/Gereçler

Kanuna göre, 3713 sayılı Kanuna göre aylık bağlanmış malûller ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan er ve erbaşların sağlık kurulu raporuyla ihtiyaç duydukları her türlü ortez/protez ve di-

ğer iyileştirici araç/gereçler herhangi bir katılım payı veya fark alınmaksızın ve kısıtlama getirilmeksizin karşılanır. Bu düzenleme, Kanunun ilk şeklinde yer almayıp, daha sonra 17.04.2008 t. ve 5754 s. K. m. 66 ile eklenmiştir. Yönetmeliğe göre, 3713 sayılı Kanuna göre aylık bağlanmış maluller ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malullüğü aylığı alan er ve erbaşların sağlık kurulu raporuyla ihtiyaç duydukları her türlü ortez/protez ve diğer iyileştirici araç/gereçler herhangi bir katılım payı veya fark alınmaksızın ve kısıtlama getirilmeksizin karşılanır (Yön. m. 39/I,o).

### 17. Bazı Hallerde İlaçlardan

Tebliğde, tetkik ve tahliller ile diğer tanı yöntemlerinde kullanılan ilaçlardan, yatarak tedavilerde kullanılan ilaçlardan, sağlık raporu ile belgelendirilmek şartıyla SUT eki "Hasta Katılım Payından Muaf İlaçlar Listesi"nde (EK-2) yer alan ilaçlardan katılım payları alınmayacağı öngörülmektedir (Teb. m. 6.5.6).

### 18. Tıbbi Sarf Malzemeleri

Tebliğde, tıbbi sarf malzemeleri ile Tebliğin 6.3.2 numaralı maddesinde yer almayan tıbbi malzemelerden katılım payı alınmayacağı belirtilmektedir (Teb. m. 6.5.7.) Tebliğin, 6.3.2 numaralı maddesinde, katılım payı alınacak tıbbi malzemeler sayılmaktadır.

## VI. KATILIM PAYLARININ TAHSİLİ

Kanunda, Kurumun, katılım paylarını, gelir veya aylık alan kişilerin gelir veya aylıklarından, çalışanların ücret veya maaşlarından mahsup edilmek suretiyle veya eczaneler ile diğer kurum ve kuruluşlar aracılığı ile tahsile ve katılım paylarının ödenme usulünü belirlemeye yetkili olduğu, sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularına, tahsil ettikleri katılım payı düşüldükten sonra kalan tutarın ödeneceği belirtilmektedir (m. 68/VII)<sup>58</sup>. Kanunun ilk şeklinde, "...eczaneler ile diğer kurum ve kuruluşlar aracılığı ile..." tahsiline ilişkin ibareler bulunmamaktaydı. Bunlar, Kanuna daha sonra 25.06.2009 tarih ve 5917 s.K. m. 40 ile eklenmiştir<sup>59</sup>. Katılım payının tahsiline ilişkin ayrıntılı düzenlemelere Tebliğde yer verilmiştir<sup>60</sup>.

### 1. Ayakta Tedavide Hekim ve Diş Hekimi Muayenesi Katılım Payı Tahsili

Tebliğe göre, birinci basamak sağlık kuruluşları ve aile hekimliği muayenelerine ilişkin 2 TL tutarındaki katılım payı, kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat aşamasında eczaneden tahsil edilecektir (m. 6.6.1.1). Ancak, daha önce belirttiğimiz üzere, sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayene sonrasında kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat etmemesi durumunda, birinci basamak sağlık kuruluşları ile aile hekimliği muayenelerinde katılım payı alınmayacaktır (Teb. m. 6.1).

Yine Tebliğ uyarınca, ikinci ve üçüncü basamak resmi sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayeneler için 8 TL olarak öngörülen katılım payının; Kurumdan gelir ve aylık alanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişiler için 5 TL tutarındaki kısmı gelir ve aylıklarından, 3TL'lik tutar ise kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat aşamasında eczaneden tahsil edilecektir. Kurumdan gelir ve aylık alanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerin dışında kalan kişiler için ise, 8 TL katılım payı tutarı eczanelerden tahsil edilecektir. Sözü edilen kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat etmemesi durumunda katılım payı tutarının hesaplanmasında yukarıda belirttiğimiz şekilde indirim uygulanacaktır. Buna göre, sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayene sonrasında kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat etmemesi durumunda, ikinci ve üçüncü basamak resmi sağlık kurumları muayenelerde 3 TL indirim yapılarak, 5 TL katılım payı alınması gerekecektir (Teb. m. 6.6.2)<sup>61</sup>.

Kişilerin muayene sonrasında eczaneye gelmemesi nedeniyle alınamayan muayeneye ilişkin katılım payı tutarları, daha sonra başka bir muayene nedeniyle reçeteyle eczaneye müracaatlarında kendilerinden tahsil edilecektir. Bu husus Tebliğde, kişilerin muayene sonucunda reçete ile eczaneye gelmemeleri ihtimaline ilişkin olarak, bu durumda muayeneye ilişkin 5 TL tutarındaki katılım payının, kişinin reçete



ile eczaneye ilk müracaatında tahsil edileceği şeklinde ifade edilmektedir (m. 6.6.2, b). Zira, kişilerin katılım payına ilişkin bilgileri muayene sonucunda T.C. Kimlik Numaraları ile ilişkilendirilerek sistemde kayıt altında tutulmaktadır.

Özel sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayeneler için 15 TL öngörülen katılım payının; Kurumdan gelir ve aylık alanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişiler için 12 TL tutarındaki kısmı gelir ve aylıklarından, 3 TL'lik tutar ise kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat aşamasında eczaneden tahsil edilecektir. Kurumdan gelir ve aylık alanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerin dışında kalan kişiler için ise, 12 TL katılım payı tutarı sağlık hizmeti sunucusu tarafından, 3 TL'lik tutar ise kişilerin muayeneye ilişkin reçete ile eczanelere müracaat aşamasında eczaneden tahsil edilecektir (Teb. m. 6.6.3). Tebliğde açıkça belirtilmemekle birlikte, kişilerin muayene sonrasında eczaneye gelmemesi nedeniyle alınamayan muayeneye ilişkin katılım payı tutarları, daha sonra başka bir muayene sonucunda reçeteye eczaneye müracaatlarında kendilerinden tahsil edilecektir.

Öte yandan Tebliğde, istisnai durumlar nedeniyle Kurum bilgi işlem sisteminden hasta takip numarası/ provizyon alınamamasına rağmen gerekli sağlık yardımları sağlanan, (3.3) numaralı maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen kişilerden muayene katılım payı tahsil edilmesi gerekenler için muayenenin yapıldığı sağlık kurumlarınca kişilerden tahsil edileceği öngörülmektedir<sup>62</sup>.

## 2. Ayakta Tedavide Sağlanan İlaçlar İçin Katılım Payı Tahsili

Tebliğ hükmü uyarınca, ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için katılım payı Kurumdan gelir ve aylık alanlar ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler için gelir ve aylıklarından mahsup edilmek suretiyle, diğer kişiler için ise Kurumla sözleşmeli eczaneler tarafından kişilerden tahsil edilir (6.6.2).

## 3. Tıbbi Malzeme Katılım Payı Tahsili

Üremeye yardımcı tedavi (tüp bebek) ka-

tılım payı, tedavinin yapıldığı merkez tarafından kişilerden tahsil edilir. Sağlık kurumlarınca temin edilen ve SUT hükümleri gereği katılım payı tahsil edilmesi gereken tıbbi malzemelerin katılım payı tıbbi malzemeyi temin eden sağlık kurumlarınca kişilerden tahsil edilir. Kişilerce temin edilen ve SUT hükümleri gereği katılım payı tahsil edilmesi gereken tıbbi malzemelere ilişkin katılım payı, sosyal güvenlik il müdürlüklerince/sosyal güvenlik merkezlerince ödeme aşamasında kişilerden tahsil edilir. Gözlük cam ve çerçeveleri katılım payı, Kurumdan gelir ve aylık alanlar ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler için gelir ve aylıklarından mahsup edilmek suretiyle, diğer kişiler için ise Kurumla sözleşmeli optisyenlik müessesesi tarafından kişilerden tahsil edilir. Ağız protezleri katılım payı, Kurumla sözleşmeli sağlık kurum veya kuruluşlarınca yapılan ağız protezi katılım payları, sağlık kurum veya kuruluşlarınca kişilerden, Kurumla sözleşmesiz; serbest diş hekimlikleri ile sağlık kurum veya kuruluşlarında yaptırılan ağız protezi katılım payları, sosyal güvenlik il müdürlüklerince/sosyal güvenlik merkezlerince ödeme aşamasında kişilerden tahsil edilir. (Teb. m. 6.6.3).

## VII. KATILIM PAYININ TAHSİL EDİLMEMESİNİN YAPTIRIMI

Kanunun 68. maddesinin ilk şeklinde, Kurumca belirlenen katılım paylarını tahsil etmeyen sağlık hizmet sunucularına 102. maddenin (j) bendi gereğince idarî para cezası uygulanacağı öngörülmekteydi. Sözü edilen düzenleme Kanunda 5754 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. 5754 sayılı Kanunun gerekçesinde, sözleşmelerde gerekli müeyyideler öngörüldüğünden,<sup>63</sup> idari para cezası uygulanacağını öngören bu düzenlemenin kaldırıldığı belirtilmektedir. Bununla ilgili olarak, Kanunun ilk şeklinde, konuya ilişkin olarak 102/(j) hükmünde öngörülen idari para cezasına ilişkin hüküm de, 5754 sayılı Kanunla 102 madde yeniden düzenlenirken kaldırılmıştır.

Konuyla ilgili düzenlemeler, "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine

İlişkin Protokol”de yer almaktadır. Buna göre, Kurumun mahsup suretiyle tahsilini yaptığı haller hariç olmak üzere, alınması gereken ilaç katılım payları ve/veya poliklinik muayene katılım payı tahsil etmeyen veya hastaya iade eden eczacılara, ilk tespitte tahsil edilmeyen katılım paylarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczane yazılı olarak uyarılır, yazılı uyarıya rağmen tekrarı halinde sözleşme feshedilir ve 6 (altı) ay süre ile sözleşme yapılmaz. (Tespit işlemi Kurumca yapılabileceği gibi ilgili eczacı odası tarafından da yapılabilir. Tespit işleminin, ilgili eczacı odası tarafından yapılması ve Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyetince onaylanarak Kuruma yazılı olarak bildirilmesi halinde Kurum tarafından madde hükümleri uygulanır. Eczacı odası tespiti ve TEB Merkez Heyeti onayına istinaden yapılan işlemlerin yargı kararı ile haksız yapıldığına karar verilmesi durumunda, eczacının uğradığı her türlü maddi ve manevi zarar, tespiti yapan eczacı odası ile Türk Eczacıları Birliğince müteselsilen karşılanır. Ancak Kurum aleyhine dava açılması halinde, açılan dava Türk Eczacıları Birliğine ihbar edilir. Eczacı tarafından, poliklinik muayene katılım payı tahsil edilmemesi veya iade edilmesi halinde uygulanacak cezai şart tutarının hesaplanmasında (5.1) numaralı madde hükmü uygulanmaz. Provizyon sisteminde, eşdeğer ilaç uygulaması nedeniyle oluşan fiyat farklarının eczane tarafından tahsil edilmediğinin tespiti halinde, bu madde hükmü uygulanır (m. 6.3.12). Öte yandan, eczaneler, sistemde görünmesine rağmen tahsil etmedikleri katılım payı tutarından da sorumlu tutulmaktadır.

Eczanelerin katılım payının tahsili konusunda önemli sorunlar yaşadığı görülmektedir. Zira, katılım payı konusunda meydana gelen mevzuat değişiklikleri hem eczaneleri ve daha da önemlisi vatandaşı rahatsız etmektedir. Bu

**Katılım payı konusunda meydana gelen mevzuat değişiklikleri hem eczaneleri ve daha da önemlisi vatandaşı rahatsız etmektedir.**

bağlamda, vatandaşlar ilacı aldıktan sonra özellikle katılım payı hususunda yeterli bilgiye sahip olmadıkları için, katılım payını ödemekten kaçınmakta ve böylece eczaneler zor durumda kalmaktadır. Zira, eczaneler alamadıkları katılım payından sorumlu tutulmaktadır. Ayrıca, katılım payını ödeyenler, bu ödeme karşılığında belge istemekte olup, eczanelerin böyle bir belge vermesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda ise sorunlar daha da artmaktadır. Bu bağlamda, zamanla katılım payının tahsili hususunda daha farklı bir yol izlenmesi gerekmektedir.

### VIII. KATILIM PAYININ İADESİ

Kanunun 68. maddesinde, 60. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1), (2) ve (3) numaralı alt bentleri<sup>64</sup> gereği genel sağlık sigortalısı sayılanlar ile bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ödemiş oldukları katılım paylarının, talepleri halinde, 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre kendilerine geri ödeneceği öngörülmektedir (m. 68/VI)<sup>65</sup>. Belirtilen uygulamaya tabi tutulacak kişilerin ekonomik yönden durumu iyi olmayan kişiler olduğu göz önünde tutulduğunda, belirtilen düzenlemenin yerinde olmadığı açık bir şekilde görülmektedir. Zira, söz konusu düzenlemeye tabi tutulacak kişiler, 60. maddenin, (a) ve (b) bentlerine göre sigortalı sayılmayanlardan, harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar; vatansızlar ve sığınmacılar ile 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerdir<sup>66</sup>.

Öte yandan, sözü edilen katılım payı uygulamaları birçok kişi ve Kuruma özellikle zaman, kırtasiye ve iş yükü bakımından zarar vermektedir. Katılım payının tahsili ve geri ödemesi konusunda birçok yönden sorun yaşandığı görülmektedir. Bu bağlamda, belirtilen katılım

payı tutarlarının ilgililere talepleri halinde verileceğine ilişkin düzenleme isabetli olmamıştır<sup>67</sup>. Zira, belirtilen uygulamaya tabi olan kişilere bakıldığında, bunların farklı nedenlerden dolayı bu tür uygulamalar hakkında bilgi sahibi olmada güçlük çekeceği görülmektedir. Belirtilen kişilerin, yapılan katılım payı ödemelerinin ne zaman ve nereden ödeneceği hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaları bir yana, bunların katılım payının geri ödeneceği hususunda dahi bilgiye ulaşmaları çoğu zaman olanaklı olmayacaktır.

Yönetmeliğin 38. maddesinde, belirtilen kişilere katılım payına ilişkin olarak ödeme yapacak idarenin, kişinin genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi olduğunun belgelemesini istemekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu kişilerin katılım payı tutarını geri alabilmeleri için genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi olduğunu belgelemesi gerekecektir. Bunların yanı sıra, genel sağlık sigortalısından ya da bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerden yanlış işlem sonucu alınan katılım payı tutarlarının iadesi gerekecektir.

## IX. KATILIM PAYLARININ HESAPLANMASINDA DİKKATE ALINACAK SAĞLIK HİZMETİ TUTARLARI

Kanunun, 68. maddesinde, katılım paylarının hesaplanmasında 72. maddeye göre tespit edilen sağlık hizmeti tutarlarının esas alınacağı öngörülmektedir (m. 68/VIII). Belirtilen konular, çalışmamızın kapsamını gereğinden fazla genişleteceğinden, inceleme dışında tutulmuştur.

## X. KATILIM PAYI TUTARININ ÜST SINIRI

Kanunun 68. maddesini dördüncü fıkrasında, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin aynı maddenin birinci fıkrasının (b) bendi gereği (vücut dışı protez ve ortezler için) ödeyecekleri katılım payı tutarının sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin %75'ini geçemeyeceği ifade edilmekte-

dir (m. 68/IV). Yönetmelikte de, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için ödeyecekleri katılım payının tutarının, sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin yüzde yetmişbeşini geçemeyeceği, yüzde yetmişbeşlik üst sınırın hesaplanmasında her bir ortez, protez, iyileştirme araç ve gerecinin bağımsız olarak değerlendirileceği belirtilmektedir (Yön. m. 34/III)<sup>68,69</sup>.

Öte yandan, Kanunun 68. maddesini dördüncü fıkrasında, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin aynı maddenin birinci fıkrasının, (d)<sup>70</sup> bendi gereği (Kurumca belirlenecek hastalık gruplarına göre yatarak tedavide finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri) ödeyecekleri katılım payı tutarının ise bir takvim yılında asgari ücret tutarını geçmemek kaydıyla her bir yatarak tedavi için asgari ücretin dörtte birini geçemeyeceği öngörülmektedir. (m. 68/IV). Burada yatarak tedavide alınacak katılım payı bakımından ikili bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Buna göre, her bir yatarak tedavi için en fazla asgari ücretin dörtte biri kadar katılım payı alınacak, ancak, bir takvim yılında yatarak tedaviden alınacak toplam katılım payı tutarı da asgari ücret tutarını geçemeyecektir.

Belirtilen düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, söz konusu üst limitler sadece, Kanunun m. 68/I hükmünün (b) ve (d) bendindeki sağlık hizmetleri için getirilmiş olup, aynı fıkranın (a) ve (c) bentlerinde öngörülen sağlık hizmetleri bakımından uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, ayakta tedavide hekim ve diş hekim muayenesi (m. 68/I,a) ile ayakta tedavide sağlanan ilaçlara ilişkin katılım payında bir üst limit bulunmamaktadır (m. 68/I,c) Ayrıca, daha önce de belirttiğimiz üzere, çocuk sahibi olmak için uygulanan yardımcı üreme yöntemine ilişkin katılım payı uygulamalarında da sözü edilen üst limitlerin uygulanmayacağı Kanunun 68. maddesinde açık bir şekilde belirtilmektedir (m. 68/V).

## XI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

5510 sayılı Kanundan önce TBMM tarafından kabul edilen, ancak Cumhurbaşkanı tarafından

geri gönderilen 19.4.2006 tarih ve 5489 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun tasarısının konuyu düzenleyen 93. maddesinin<sup>71</sup> gerekçesinde şu gerekçeye yer verilmişti; “Genel sağlık sigortası kapsamında sağlanacak sağlık hizmetlerinin amaç dışı ve gereksiz kullanımını önlemek, bu konuda sıklıkla gündeme gelen suistimallerin önüne geçmek, sağlık hizmetlerini kullananların da otokontrol mekanizmalarına etkili bir şekilde katılımını sağlamak, kişilerin genel sağlık sigortasından sağladıkları faydayı her hizmet aşamasında fark etmelerini sağlamak ve bu şekilde sistemi sahiplenme düzeyini artırmak üzere, sağlanan sağlık hizmetlerinde ve tıbbî ürünlerin kullanımı esnasında Kanunla belirlenen oranları ve tutarları aşmamak üzere sağlık hizmeti kullanıcılarının katılımı öngörülmektedir<sup>72,73</sup>.”

Belirtilen gerekçeden, katılım payına ilişkin düzenlemelerin, Kurum gelirlerinin artırılması, sağlık hizmetlerinin gereksiz yere kullanılması önlenmesi ve sağlık hizmetlerini kullananların da oto kontrol mekanizmalarına etkili bir şekilde katılmasının sağlanması amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Sözü edilen gerekçelerin belirli bir ölçüde yerinde olduğu söylenebilir. Ancak, burada ölçünün kaçırılmaması ve belirli bir dengenin sağlanması gerekmektedir. Ülkemizde, sağlık konusunda bilinçsiz hareket edildiği ve gereksiz sağlık harcamalarının yapıldığı bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda sembolik de olsa belirli tutarda katılım payı getirilmesi belki bilinçsiz muayene ve ilaç alımı konularında otokontrol sistemi bakımından olumlu karşılanabilir. Ancak, bu amaçlarla getirilecek katılım payının sağlık hizmetlerinden yararlanmayı engelleyecek tutarlarda olmaması gerekir. Mevcut düzenlemelerde ise tersi bur durumla karşılanmaktadır.

Ulusal ve uluslararası hukuk kaynaklarına bakıldığında, özellikle yeni dönemdeki katılım payı tutarlarının yerinde olmadığı görülmektedir. Hastalık halinde yapılacak sağlık yardımı masraflarına ilgili kişilerin iştirak etmesi yönünde düzenleme getirilebilecekse de, bu yöndeki düzenlemelerin ağır bir yük getirmeyecek, sağlık hizmetlerinden yararlanılmasını zorlaştırmayacak ve imkansızlaştırmayacak şekilde tespit

edilmesi gerekecektir. Öte yandan bu tür düzenlemeler, Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenlik, sağlık ve yaşama hakkı gibi temel haklara aykırılık da oluşturmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi tarafından, Kanunun 68. maddesinin ikinci fıkrasının benzer şekilde düzenlenen ilk şeklini, Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına giren sigortalılar yönünden Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı bulunarak iptaline OYÇOK-LUĞUYLA, genel sağlık sigortası kapsamındaki diğer sigortalılar yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE karar verilmişti. İptal sonrası yapılan yeni düzenlemeler de bazı farklılıklar olmakla birlikte benzer şekilde kaleme alınmıştır. Yüksek Mahkemenin belirtilen hükmü daha çok, iptal edilen diğer birçok hükümde olduğu gibi, m. 4/I,c kapsamındaki kişilere ilişkin düzenlemelerin ayrı bir Kanunda yapılması gerekçesiyle iptal ettiği anlaşılmaktadır<sup>74</sup>.

Mevcut düzenlemelerde yer alan katılım payı tutarlarının yüksek olması kişilerin sağlık hizmetlerinden etkin şekilde yararlanmasını engellediği için, bunların, ulusal ve uluslararası hukuk kaynaklarına aykırı olduğu görülmektedir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkesine ilişkin olarak, diğer konuların yanı sıra özellikle sosyal güvenlik alandaki düzenlemelerden kaynaklanan iptal başvuruları üzerine verdiği önceki dönemlerde verdiği kararlarına bakıldığında da benzer bir durumlarla karşılaşılmaktadır.

Konuya ilişkin hükümler birlikte incelendiğinde, Kanun, Yönetmelik ile Tebliğ hükümlerinin bazılarının birbiriyle uyumlu olmadığı görülmektedir. Hatta, Yönetmelik ve Tebliğde Kanuna aykırı olarak ek yükler getiren hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda, Kanunla düzenlenmesi gereken konuların Yönetmelik, Yönetmelikte düzenlenmesi gereken konuların Tebliğde düzenlenmesi, bazı konularda Bakanlığa ve Kuruma yetki verilmesi yerinde olmamıştır. Zira, Anayasa ile güvence altına alınan temel haklardan olan, yaşama, sağlık ve sosyal güvenlik hakları gibi temel haklara etki edecek düzenlemelerin Kanunla yapılması daha uygun olacaktır. Kanunla Yönetmelikte

düzenlenmesi öngörülen konuların da Kanuna ve Anayasaya uygun olmak Yönetmelikte düzenlenmesi gerekir. Bu tür hükümlerin, Tebliğ ve Genelgelerle, Bakanlık ve Kurum kararlarıyla düzenlenmemesi yerinde olmayacaktır. Kanunda, ayakta tedavide hekim ve dış hekimi muayenesine ilişkin sağlık hizmetlerine ilişkin olarak belirlenen katılım payı tutarının 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranı kadar her yıl artırılabilir<sup>75</sup>. Esas itibarıyla, Kanunda yapılacak bir düzenlemeyle, tüm katılım payı oran ve tutarlarının, makul bir ölçü belirlenerek artırılması daha yerinde olacaktır.

Mevcut hükümler uyarınca, katılım payı herkes için aynı oran ve tutarlarda uygulanmaktadır. Bu durumun da pek yerinde olduğu söylenemez. Bu şekilde sabit oran ve tutarlar eşit durumda olmayan kişiler arasında adaletsizliğe neden olacaktır. Her ne kadar, aylık geliri az çok belirli olan bağımlı çalışan kişilerin dışındaki diğer kişilerin gelir durumları bilinemediği için pratikte bazı zorluklar bulunmakla birlikte, yine de farklı bir yol izlenerek daha adaletli bir uygulamaya gidilebilir.

Öte yandan, Kanunun m. 4/I,a ve b kapsamındaki kişiler ile m. 4/I,c kapsamındaki kişilere ilişkin katılım payı oran, tutar ve uygulamalarının farklı düzenlemelerde ele alınmasının bazı farklılıklara ve dolayısıyla eşitsizliğe yol açtığı anlaşılmaktadır. Sosyal güvenlik reformu, norm ve standart birliğinin sağlanması amacıyla yeniden yapılandırılmaya gidilmesine rağmen bu konuda farklı bir uygulama söz konusu olmaktadır. Bu tür uygulamaların eşitsizliğe ve dolayısıyla adaletsizliğe yol açtığı açık bir şekilde görülmektedir.

İlk uygulandığı dönemden bu yana tartışmaya neden olan katılım payı konusu, gelecekte de, sosyal güvenlik alanında en çok tartışılan ve sorun yaşanan önemli konulardan birisi olacaktır. Katılım payının getirilmesi ve artırılarak uygulanmasının kurumun gelirleri bakımından çok önemli olduğu anlaşılmaktadır. Kişilerin gelir seviyesi ve yaşanan sağlık sorunları karşılaştırıldığında katılım payı tutarlarının çok yüksek olduğu görülmektedir. Gerçekten, bilgi eksikliği, dikkatsizlik, yetersiz beslenme,

koruyucu sağlık hizmetlerinin yeterince gelişmiş olmaması gibi nedenlerle hasta kişilerin ve hastalıkların sayısı, gelişen teknoloji ve bilgilendirmeye rağmen gittikçe artmaktadır. Katılım payını tutarını artıran yeni düzenlemelerin geçmiş uygulamalara bakıldığında Danıştay tarafından durdurulması ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca, gelecekte, kuruma Kanunla katılım payı tutarını artırma konusunda yetki veren Kanun hükmünün de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilme ihtimali bulunmaktadır.

Bunların yanı sıra, katılım payının tahsili ve bazı kişilere geri ödenmesi vb. konularda uygulamada farklı sorunların yaşandığı görülmektedir. Sözü edilen sorunun giderilmesi için yeni düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Öte yandan, Kanunda, katılım payı tutarlarına bazı hallerde sınırlama getirilmekle birlikte, bu konudaki düzenlemelerin yeterli olmadığı görülmektedir. Yapılacak yeni düzenlemelerle, katılım payı tutarları bakımından üst sınır bulunmayan konularda üst sınır getirilmesi yerinde olacaktır. Aksi halde, katılım payına ilişkin düzenlemeler, amacını aşarak sağlık ve sosyal güvenlik haklarını zedeleyecektir. Belirtilen tüm bu hususlar karşısında, katılım payına ilişkin düzenlemelerin kısa süre içerisinde gözden geçirilmesi ve bu yöndeki tutarların ve uygulamaların daha makul hale getirilmesi yerinde olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 (RG. 25.05.2007, 26532/Mük.).
- 2 2007 yılında çıkarılan Sağlık Uygulama Tebliğinde, poliklinik muayene katılım payı olarak, 506 sayılı Kanun kapsamında sağlık yardımlarından yararlandırılan sigortalının eşi, çocukları, ana ve babası, Kurumdan gelir ve aylık almakta olanlar ve aile bireyleri ile sigortalı iken sigortalılık niteliğini yitiren sigortalı ile eşi, geçindirmekle yükümlü oldukları çocukları, ana ve babalarının sağlık kurum ve kuruluşlarındaki ayakta tedavilerinde, memur maaş katsayısının 20 gösterge katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar, (01/07/2007 tarihine kadar 94 YKr, 01/07/2007 tarihinden sonra 95 YKr), 1479 sayılı ve 2926 sayılı Kanun kapsamındaki aktif sigortalılar ile eş ve bakmakla yükümlü oldukları çocukları, ana ve babalarının, sağlık kurum ve kuruluşlarındaki ayakta tedavilerinde, Tebliğ eki EK-8 Listesinde yer alan poliklinik muayene ücreti bedelinin %20'si, 1479 sayılı ve 2926 sayılı Kanun kapsamında Kurumdan aylık alanlar ile eş ve bakmakla yükümlü oldukları çocukları, ana ve babalarının, sağlık

- kurum ve kuruluşlarındaki ayakta tedavilerinde, Tebliğ eki EK-8 Listesinde yer alan poliklinik muayene ücreti bedelinin %10'u olarak uygulanacağı, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu kapsamında sağlık yardımlarından yararlandırılan kişilerden poliklinik muayene katılım payı tahsil edilmeyeceği öngörülmektedir.
- 3 Ayrıntılı bilgi için bkz, Güzel, Ali/Okur, A. Rıza/Caniklioğlu, Nürşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12. Bası, İstanbul 2009, 731 vd; Şakar, Müjdat; Sosyal Sigortalar Uygulaması, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2009, 380 vd; Tuncay, A.Can/Ekmekçi, Ömer; Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, 388 vd; Uşan, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2009, 295 vd.
  - 4 Çalışmamızda, ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi ibareleri yerinde daha sade olması bakımından genellikle "muayene" ibaresi kullanılmış olup, özellikle arz eden yerlerde sözü edilen diğer ibareler ayrıca belirtilmiştir.
  - 5 Öte yandan, Tebliğde katılım payı alınacak tıbbi malzemeler şu şekilde belirtilmiştir: gözlük cam ve çerçeveleri (Teb. m. 6.3.2.1); ağız protezleri (SUT eki "Diş Tedavileri Fiyat Listesi"nde (EK-7) yer alan 404.010, 404.020, 404.030, 404.040, 404.050, 404.170, 404.180, 404.181, 404.190, 404.200, 404.201, 404.210, 404.220, 404.230, 404.360, 404.370, 404.380, 404.390, 404.400, 404.410, 404.420 kod numarasında sayılanlar) (Teb. m. 6.3.2.2); Vücut dışı kullanılan protezler ve ortezler (Teb. 6.3.2.3), Tebliğin (6.3.2.3) numaralı maddesinde belirtilenler dışında kalan ve sağlık raporunda (yatarak tedavilerde sağlık raporu veya epikrizde) hayati öneme haiz olduğu belirtilmeyen; iyileştirme araç ve gereçleri ile protez ve ortezler (Teb. m. 6.3.2.4).
  - 6 Bu düzenleme Kanununun ilk şeklinde, "Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri" şeklinde iken, 25.06.2009 t. ve 5917 s.K. m. 40 ile incelediğimiz yönde değiştirilmiştir (RG.10.7.2009, 27284).
  - 7 Kanuna göre, Kurumca sağlık hizmetlerinin sağlanabilmesi için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler sevk zinciri kurallarına uygun hareket etmek zorunda olduğu düzenlenmektedir (m. 71/II). Konuyla ilgili olarak, Yönetmelikte, iş kazası ile meslek hastalığı, afet ve savaş hâli ile acil hâller dışında, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin Kurumca belirlenen sevk zincirine uymaları zorunludur. Sevk zincirine uyulmaması hâlinde sağlık hizmetleri bedelleri ve yol gideri, gündelik ve refakatçi giderleri Kurumca karşılanmayacağı öngörülmektedir (Yön. m. 40/IV).
  - 8 Ayrıntılı bilgi için bkz, Güzel/Rıza/Caniklioğlu, 751 vd; Şakar, 387 vd; Tuncay /Ekmekçi, 399 vd; Uşan, 294 vd.
  - 9 Bkz, Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği (RG. 28.08.2008, 26981).
  - 10 Kanunun m. 63/I,f bendinde ise, aynı maddede yer alan diğer bentler gereğince sağlanacak sağlık hizmetleriyle ilgili teşhis ve tedavileri için gerekli olabilecek kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması, takılması, garanti süresi sonrası bakımı, onarılması ve yenilenmesi hizmetlerinden söz edilmektedir.
  - 11 Bkz, 2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği, (RG, 29.9.2008 27012/ 1.Mük.).
  - 12 Bunlar, Kamu idareleri bünyesindeki kurum hekimlikleri, sağlık ocağı, verem savaş dispanseri, ana-çocuk sağlığı ve aile planlaması merkezi, sağlık merkezi ve toplum sağlığı merkezi ile Sağlık Bakanlığı ile aile hekimliği sözleşmesi yapmış aile hekimleri, 112 acil sağlık hizmeti birimi, üniversitelerin medikososyal birimleri, Türk Silahlı Kuvvetlerinin birinci basamak sağlık üniteleridir. (Teb. 2.1.a).
  - 13 Bunlar, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan özel poliklinikler, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan ağız ve diş sağlığı hizmeti veren özel sağlık kuruluşlarıdır (Teb. m. 2.1.b).
  - 14 Bunlar ise, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun kapsamında serbest faaliyet gösteren ve birinci basamak sağlık kuruluşu olan eczanelerdir (Teb. m. 2.1.c).
  - 15 Bunlar, Eğitim ve araştırma hastanesi olmayan devlet hastaneleri ve dal hastaneleri ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri, entegre ilçe hastaneleri, Sağlık Bakanlığına bağlı ağız ve diş sağlığı merkezleri, tıp fakültelerinin bulunduğu ilin dışında yer alan uygulama ve araştırma merkezleri (üniversite hastaneleri) ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin eğitim ve araştırma hastanesi olmayan hastaneleri, belediyelere ait hastaneler ile kamu kurumlarına ait tıp merkezi ve dal merkezleridir. (Teb. 2.2.a).
  - 16 Bunlar, Özel Hastaneler Yönetmeliğine göre ruhsat almış hastaneler ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında açılan tıp merkezleri ile Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin geçici ikinci maddesine göre faaliyetlerine devam eden tıp merkezleri ve dal merkezleridir (Teb. 2.2.b).
  - 17 Bunlar, Eğitim ve araştırma hastaneleri, özel dal eğitim ve araştırma hastaneleri, üniversite tıp fakültelerinin bulunduğu ilde kurulu sağlık uygulama ve araştırma merkezleri (üniversite hastaneleri) ile bu hastanelere bağlı semt poliklinikleri ve üniversitelerin diş hekimliği fakülteleri, Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı tıp fakültesi hastanesi ile eğitim ve araştırma hastaneleri, vakıflara ait eğitim ve araştırma hastaneleridir (Teb. m. 2.2.c).
  - 18 Tebliğde, sağlık hizmet sunumu bakımından basamaklandırılmayan sağlık kurumları/kuruluşları Tebliğde, Diyaliz merkezleri ve Sağlık Bakanlığında ruhsatlı diğer özelleşmiş tedavi merkezleri, Refik Saydam Hıfzısıhha Laboratuvarları, Tanı, tetkik ve görüntüleme merkezleri ile laboratuvarlar, Muayenehaneler, Kurumca yetkilendirilen işyeri hekimleri şeklinde düzenlenmiştir (Teb. m. 2.3). Sağlık hizmet sunumu bakımından basamaklandırılmayan diğer sağlık hizmet sunucuları ise, Optisyenlik müesseseleri, Tıbbi cihaz ve malzeme tedarikçileri, Kaplıcalar olarak sıralanmıştır (Teb. m. 2.4).

- 19 Maliye Bakanlığının 11 sıra nolu Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği'nde getirilen düzenlemede, dış tedavisi amacıyla özel sağlık kurum ve kuruluşları ile serbest dış hekimliklerine sevk yapılmayacağı, dış tedavileri, Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği ve Tebliğ hükümleri çerçevesinde resmi sağlık kurum ve kuruluşlarında sağlanacağı öngörülmektedir. Bu bağlamda, dış tedavileri, Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği ve Tebliğ hükümleri çerçevesinde resmi sağlık kurum ve kuruluşlarında sağlanacaktır (Tebliğ). Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 7.9.2009 tarih ve 110 sayılı Genelgesine, dış tedavisi konusunda Danıştay'ın kararları nedeniyle sözleşmeli resmi sağlık kurumundan diğer sağlık kurum ve kuruluşlarına belirli koşullarla sevk yapılacağı yönünde düzenleme bulunmaktadır.
- 20 Bkz, (RG, 8.5.2008, 26870).
- 21 5510 sayılı Kanunda, aile hekimleri tarafından başlatılan sevk zincirine uygun olarak alınan sağlık hizmetlerinde 68. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen katılım payları, üç yıl süreyle % 50 oranında azaltılarak uygulanabileceği öngörülmektedir (Geç. m. 12/VI).
- 22 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 747-748; Şakar, 385; Tuncay/Ekmekçi, 397; Uşan, 287.
- 23 Bu düzenleme Kanununun ilk şeklinde bulunmayıp daha sonra, 17.04.2008 t. ve 5754 s. K. m. 43 ile yapılan değişiklikle getirilmiştir (RG, 8.5.200, 26870).
- 24 Sözü edilen düzenlemede 17.04.2008 t. ve 5754 s. K. m. 43 ile yapılan değişiklikle getirilmiş olup, değişiklikten önceki düzenlemede, "...müracaat edilen sağlık hizmeti sunucusunun yer aldığı basamak, sağlık hizmeti sunucusunun resmi ve özel sağlık hizmeti sunucusu niteliğinde olup olmaması..." bakımından bir hüküm bulunmamaktaydı.
- 25 Kanununun ilk şeklinde böyle bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kanunda 17.04.2008 t. ve 5754 s. K. m. 43 ile yapılan değişiklikle getirilen düzenlemede, Kurumun, birinci fıkranın (a) bendi gereği katılım payını, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde ise önceki basamaklardan sevkli olarak başvurulup başvurulmadığı dikkate alınmak suretiyle yarısına kadar indirmeye veya beş katına kadar artırmaya, gerektiğinde bu tutarları Kanuni tutarlarına getirmeye veya indirmeye Kurum yetkili olduğu belirtilmekteydi. Söz konusu düzenleme ise, 25.06.2009 t. ve 5917 s.K. m. 40 ile Kanun ile değiştirilerek, inceleme konusu yaptığımız hüküm getirilmiştir (RG, 10.7.2009, 27284).
- 26 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 747-748; Şakar, 385-386; Tuncay/Ekmekçi, 397-398; Uşan, 287-289.
- 27 RG, 9.12.2004;:25665.
- 28 Bkz, "2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" (RG. 18.09.2009, 27353).
- 29 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 747-748; Şakar, 385-386; Tuncay/Ekmekçi, 397-398; Uşan, 287-289.
- 30 Danıştay kararında özetle, "Katılım payı alınmasına ilişkin uygulamanın ve aynı zamanda dava konusu tebliğin dayanağı olan 5510 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan 68. maddesine göre, finansmanı kurumca sağlanan sağlık hizmetlerinden, ayakta tedavide hekim veya dış hekimine muayene olmak suretiyle yararlananlardan alınacak katılım payı tutarını ve bu tutarın tahsiline ilişkin usul ve esasları yönetmelikle düzenleme yetkisine sahip olan idarenin, bu yetkisini tebliğ çıkarmak suretiyle kullanmasında yasaya uyarlık görülmemektedir" denilmektedir (Danıştay 10. Dairesi, 2008/11388 sayılı Karar, <http://www.ohsad.org/Forum/Default.aspx?g=posts&t=1284>).
- 31 [http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/85ef5d004e51ff069dd3bf90a59693ff/2009\\_77.pdf?MOD=AJPERES](http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/85ef5d004e51ff069dd3bf90a59693ff/2009_77.pdf?MOD=AJPERES).
- 32 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 747-748; Şakar, 385-386; Tuncay/Ekmekçi, 397-398; Uşan, 287-289.
- 33 İleride başka bir başlık altında belirtileceği üzere, Kurumca belirlenen kronik hastalıklar bakımından katılım payı alınmamaktadır.
- 34 Danıştay kararında özetle, "Katılım payı alınmasına ilişkin uygulamanın ve aynı zamanda dava konusu tebliğin dayanağı olan 5510 sayılı Yasanın yukarıda aktarılan 68. maddesine göre, finansmanı kurumca sağlanan sağlık hizmetlerinden, ayakta tedavide hekim veya dış hekimine muayene olmak suretiyle yararlananlardan alınacak katılım payı tutarını ve bu tutarın tahsiline ilişkin usul ve esasları yönetmelikle düzenleme yetkisine sahip olan idarenin, bu yetkisini tebliğ çıkarmak suretiyle kullanmasında yasaya uyarlık görülmemektedir" denilmektedir (Danıştay 10. Dairesi, 2008/11388 sayılı Karar, <http://www.ohsad.org/Forum/Default.aspx?g=posts&t=1284>).
- 35 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 747-748; Şakar, 385-386; Tuncay/Ekmekçi, 397-398; Uşan, 287-289.
- 36 (Danıştay 10. Dairesi, 2008/11388 sayılı Karar, <http://www.ohsad.org/Forum/Default.aspx?g=posts&t=1284>).
- 37 Danıştay 10. Dairesi, 2009/1926 sayılı Karar, <http://www.kamusen.org.tr/haberler/turkiye-kamu-senden/888-danistaydan-tedavi-katilim-payi-uygulamasina-red>).
- 38 <http://www.ohsad.org/Default.aspx?pageID=26&nID=937>.
- 39 Bkz, Tedavi Katılım Payının Uygulanması Hakkında Tebliğ, (SIRA NO: 12), (RG, 18.9.2009, 26981).
- 40 Ayrıntılı bilgi için bkz, Uşan, 292-294.
- 41 RG, 10.7.2009, 27284.
- 42 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 747-748; Şakar, 385-386; Tuncay/Ekmekçi, 397-398; Uşan, 287-289.
- 43 RG, 28.08.2008, 26981.
- 44 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 748; Şakar, 385-386; Tuncay/Ekmekçi, 397-398; Uşan, 289-290.
- 45 Yönetmelikte, bu konudaki hükümlerin sözleşmeli ülke sigortalılarına da uygulanacağı belirtilmektedir (Yön. m. 35/III).
- 46 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 748; Şakar, 385-386; Tuncay/Ekmekçi, 397-398; Uşan, 289-290.
- 47 Tebliğde de, tüp bebek tedavisinde kullanılan ilaçlar

- katılım payından muaf olmadığı ifade edilmektedir (Teb. 10.2.3.2).
- 48 Yönetmelikte de benzer şekilde, yardımcı üreme yöntemleri işlem ücretleri için alınacak katılım payının, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen işlem ücretleri üzerinden ilk denemede yüzde otuz, ikinci denemede yüzde yirmibeş olarak uygulanacağı ifade edilmektedir (Yön. m 36/II).
- 49 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 748; Şakar, 385-386; Tuncay/Ekmekçi, 397-398; Uşan, 290.
- 50 Hasta çocuk sahibi olup, tedavisinin başka tıbbi bir yöntemle mümkün olmaması ve tıbben zorunlu görülmesi halinde bu çocuğun tedavisi amaçlı preimplantasyon genetik tarama yapılarak uygun kök hücre vericisi kardeş doğmasına yönelik olarak Kemik İliği Transplantasyon Merkezi bulunan üçüncü basamak sağlık hizmeti sunucuları sağlık kurulları tarafından hasta çocuk adına düzenlenen bu durumların belirttiği tıbbi genetik uzmanının yer aldığı sağlık kurulu raporuna dayanılarak yapılan tüp bebek tedavilerine ilişkin giderler Kurumca karşılanır. Aileler, söz konusu sağlık kurulu raporuna istinaden Kurumla sözleşmeli üremeye yardımcı tedavi merkezlerinden (tüp bebek merkezi) birine başvurabilirler. Tüp bebek tedavisinde kullanılacak ilaçlar, söz konusu sağlık kurulu raporuna istinaden tüp bebek tedavisinin yapıldığı üremeye yardımcı tedavi merkezi kadın hastalıkları uzman hekimlerince yazılacaktır. Her bir tüp bebek denemesine ilişkin olarak toplamda 3000 üniteye kadar kullanılacak gonadotropin bedelleri Kurumca karşılanır (Teb. 10.2.1).
- 51 Kanunun m. 68/IV hükmünde, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin birinci fıkranın (b) bendi gereği ödeyecekleri (vücut dışı protez ve ortezlere ilişkin) katılım payının tutarının, sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin % 75'ini, (d) bendi gereği ödeyecekleri (yataklı tedavilere ilişkin) katılım payının tutarının ise bir takvim yılında asgari ücret tutarını geçmemek kaydıyla her bir yatarak tedavi için asgari ücretin dörtte birini geçmeyeceği öngörülmektedir.
- 52 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 749; Uşan, 290.
- 53 Kanun hükmü uyarınca, yardımcı üremeye yöntemi; yapılan tıbbi tedavileri sonrasında normal tıbbi yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülmesi; 23 yaşından büyük, 39 yaşından küçük olması; son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğunun Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından belgelenmesi, uygulamanın yapıldığı tıbbi merkezin Kurum ile sözleşme yapmış olması; en az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması gerekmekte olup, belirtilen şartların birlikte gerçekleşmesi halinde en fazla iki deneme ile sınırlı olmak üzere (Tebliğinde uygulanmaktadır (m. 63/I,e). Tebliğde, Kuruma devredilen sosyal güvenlik kurumlarınınca daha önce ödenen tüp bebek tedavileri, işlem adetlerinin hesaplanmalarında dikkate alınacağı öngörülmektedir (Teb. 10.2.2.2).
- 54 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 749-750; Şakar, 386-387; Tuncay/Ekmekçi, 398-399; Uşan, 290-292.
- 55 Ayrıca Tebliğde, Tebliğin 2.3 numaralı maddesinin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen sağlık kurumları/ kuruluşları tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde katılım payı alınmayacağı öngörülmektedir (Teb. m. 6.5.4) Bunlar Tebliğde şu şekilde belirtilmektedir; (a) Diyaliz merkezleri ve Sağlık Bakanlığından ruhsatlı diğer özelleşmiş tedavi merkezleri, (b) Refik Saydam Hıfzısıhha Laboratuvarları; (c) Tanı, tetkik ve görüntüleme merkezleri ile laboratuvarlar, (d) Kurumca yetkilendirilen işyeri hekimleri.
- 56 Değişiklikten önceki Tebliğ hükmünde, aile hekimliği uygulamasına geçilen illerde aile hekimi muayenelerinden katılım payı alınmayacağı açık bir şekilde düzenlenmekteydi.
- 57 Doku ve kök hücre ibareleri, Kanunun ilk şeklinde yer almayıp, daha sonra 17.04.2008 t. ve 5754 s. K. m. 65 ile eklenmiştir.
- 58 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 750; Şakar, 386; Tuncay/Ekmekçi, 398; Uşan, 289, dn, 530.
- 59 Bkz, (RG.10.7.2009, 27284).
- 60 Kanunun m. 4/I,c hükmü kapsamındakilerin ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin katılım paylarının tahsilinde bazı farklılıklar bulunmaktadır.
- 61 Bir üst başlık altında da belirttiğimiz üzere, katılım payının 3 TL lik kısmı reçete ile eczanelere müracaata bağlı olarak alınmaktadır.
- 62 Tebliğde, Kurumla sözleşmeli sağlık kurum ve kuruluşlarınınca, aşağıda sıralanan istisnai durumlar nedeniyle Kurum bilgi işlem sisteminden hasta takip numarası/provizyon alınmamasına rağmen gerekli sağlık yardımları sağlanacak kişiler olarak şunlardır: (Teb. m. 3.3.2). a) Sağlık yardımları yeterli prim ödeme gün sayısı olmaksızın ve/veya prim borcu olup olmadığına bakılmaksızın Kurumca karşılanacak olan; İş kazasına uğrayan kişiler (Hizmet akdiyle bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar için iş kazası bölümü doldurulmuş vizite kâğıdı faturaya eklenir. Sadece iş kazası nedeniyle sunulan sağlık hizmeti bedelleri ödenir), (1) Meslek hastalığına uğrayan kişiler (meslek hastalığının Kurumca tespiti şartıyla sadece meslek hastalığı nedeniyle sunulan sağlık hizmetleri bedelleri ödenir), (2) Tıbben başkasının bakımına muhtaç kişiler (Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve (3) Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik kapsamında, yetkilendirilmiş özürlü sağlık kurulu raporu vermeye yetkili sağlık kuruluşlarınınca ağır özürlü olduğunu gösterir "Özürlü Sağlık Kurulu Raporu" faturaya eklenir), (4) Sağlık Bakanlığınca duyurulan "Bildirimi Zorunlu Bulaşıcı Hastalıklar Listesi" nde yer alan hastalık tespit edilen kişiler (sadece bu hastalığı nedeniyle sunulan sağlık hizmeti bedelleri ödenir), (5) Acil haller nedeniyle müracaat eden kişiler (sadece acil hal nedeniyle sunulan sağlık hizmeti bedelleri ödenir), (6) Koruyucu sağlık hizmetleri sunulacak kişiler (sadece koruyucu sağlık hizmeti bedelleri ödenir), (7) Gebeliğin başladığı



- tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık halini kapsayan analık haliyle ilgili rahatsızlık ve özürllük hallerinde sağlık hizmeti sağlanan kadınlar (sadece analık hali nedeni ile sunulan sağlık hizmeti bedelleri ödenir), (8) 18 yaşını doldurmamış kişiler. (nüfus cüzdan fotokopisi faturaya eklenir), (b) Yabancı ülkelerle yapılan sosyal güvenlik sözleşmeleri kapsamında Kurum sağlık yardımlarından yararlandırılan ve Sosyal Güvenlik İl Müdürlüklerince düzenlenmiş ve onaylanmış "Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Göre Sağlık Yardım Belgesi" ile müracaat eden kişiler (Kurum bilgi işlem sisteminde müstahaklık sorgulamasının yapılması sağlanıncaya kadar), (c) SUT'un (1.2.4) numaralı maddesinin (a) bendi hariç olmak üzere diğer bentlerinde sayılan kişiler (sayılan bentlerde belirtilen Kanunlara tabi olduklarını gösterir belge örneği fatura ekinde gönderilir).
- 63 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss119.pdf>.
- 64 Sözü edilen kişiler, 60. maddenin, (a) ve (b) bentlerine göre sigortalı sayılmayanlardan, harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar; vatansızlar ve sığınmacılar ile 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerdir.
- 65 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 750.
- 66 Konuyla ilgili olarak Yönetmeliğin 38. maddesinde, harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler, vatansızlar ve sığınmacılar, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişiler ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ödemiş oldukları katılım payları, talepleri hâlinde, 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre kendilerine geri ödeneceği, ödemeyi yapacak idarenin, kişinin genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi olduğunun belgelemesini istemekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir.
- 67 Aynı yönde, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 750; Tuncay/Ekmekçi, 298.
- 68 Yönetmelikte, bu konudaki hükümlerin sözleşmeli ülke sigortalılarına da uygulanacağı belirtilmektedir (Yön. m. 34/IV).
- 69 Tebliğde, tıbbi malzeme için ödenecek katılım payının tutarı, tıbbi malzemenin alındığı tarihteki brüt asgari ücretin yüzde yetmişbeşini geçemeyeceği, yüzde yetmişbeşlik üst sınırın hesaplanmasında her bir tıbbi malzeme bağımsız olarak değerlendirileceği öngörülmektedir (Teb. m. 6.3.1.1).
- 70 Kanunun m. 68/I,d hükmünde yer alan sağlık hizmetine ilişkin olarak üst limit getiren bu düzenleme, Kanunun ilk şeklinde bulunmayıp, daha sonra Kanuna 25.06.2009 tarih ve 5917 s.K. m. 40 eklenmiştir (RG.10.7.2009, 27284).
- 71 Katılım payına ilişkin düzenleme sözü edilen Kanun tasarılarının 93. maddesinde yer almaktaydı.
- 72 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/s1139m.htm>.
- 73 Sözü edilen Kanunun Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere TBMM Başkanlığına geri gönderilmesi üzerine 5510 sayılı Kanuna ilişkin olarak yapılan hazırlıklar sırasında Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu'nda, "Kanunun içeriği incelendiğinde temel yaklaşımın prim adı altında alınan kesintilerin artırılması, sağlık hizmetlerine katılım payı getirilmesi ve buna karşın emekli aylıklarının azaltılması olduğunun görüldüğü, bu yaklaşımın da Anayasada yer alan adalet ilkesine uygun düşmediği..." ifade edilmiştir (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1189m.htm>).
- 74 İptal istemine ilişkin dava dilekçesinde, 68. maddede düzenlenen katılım paylarının, Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen vergi, resim, harç benzeri mali yükümlülüklerden olduğu, Anayasa'nın Bakanlar Kurulunca kullanılmasına imkan tanıdığı bu yetkinin Kuruma verildiği, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 5., 11., 60. ve 73. maddelerine; ayrıca emekli ve malûllük, dul ve yetim aylığı alan sigortalılardan katılım payı alınmasının öngörmesi nedeniyle de Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştü. (15.12.2006, E. 2006/111, K. 2006/112 (30.12.2006, 26392/5. Mük.).
- 75 Ayrıca bkz, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 747-748; Şakar, 385-386; Tuncay/Ekmekçi, 397-398; Uşan, 287-289.

# ABONELİK SİSTEMİ

## “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”



4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayını, çalışma yaşamında yaşanan gelişmeleri yakından takip ederek kullanıcılarına yeni bilgileri zamanında ulaştırmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, güncel bilgileri içeren föyler “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” abonelerine düzenli olarak gönderilmektedir.

**MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi**'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

### “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” Abonelik Formu

Ad/Soyad : .....

Adres : .....

Tel. : .....

Faks : .....

e-posta : .....

İmza : .....

**MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi**'ne abone olmak istiyorum:

Maliyet bedelini ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

**MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi**

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

**Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19**

**YAPI KREDİ BANKASI Abide Şubesi (Şube Kodu 617)**

**Hesap No: 82467855 IBAN No: TR32 0006 7010 0000 0082 4678 55**

**TÜRKİYE İŞ BANKASI Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)**

**Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81**

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

## Resul ASLANKÖYLÜ

Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

# Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi

## 1. GENEL OLARAK

“Dürüst davranma” deyimini yazılı hukuku-muza 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi ile girmiştir. Bu maddenin başlığı, “B. Hukuki ilişkilerin kapsamı” kenar başlığı ise “dürüst davranma” biçiminde düzenlenmiştir. Anılan 2. maddenin karşılığı yürürlükten kaldırılan eski MK.’nın yine 2. maddesidir. Sözü edilen 2. maddenin başlığı ise, “B. Medeni hakların şümulü I. Umumi vazifeler” diye adlandırılmıştır.

Yeni MK.’nın 2. maddesinde, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır.” denmiş, keza aynı maddenin ikinci fıkrasında “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” hükmü yer almışken eski MK.’nın 2. maddesinde, “Herkes, haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir.” dendiğinden sonra aynı maddenin ikinci fıkrasında “Bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimalini kanun himaye etmez.” hükmü yer almıştır.

Görüldüğü gibi, önemle belirtmek gerekir ise eski MK.’nın 2. maddesinin başlığında yer alan “medeni hakların şümulü” deyimini yeni MK.’nın 2. maddesinin başlığına alınmamış, onun yerine “Hukuki ilişkilerin kapsamı” deyimini kullanılmıştır. Bize göre yasakoyucu, anılan 2. maddenin sadece MK.’nın uygulanması ile sınırlı tutmamak, yerine göre diğer yasaların uygulanmasında da dikkate almak amacıyla eski MK.’dan farklı bir düzenleme yöntemini benimsemiştir. Esasen eski MK.’nın 2. maddesinin yürürlükte kaldığı dönemde de bu madde, diğer yasaların uygulanmasında da dikkate alınmaktaydı.

Bu yeni düzenleme ile anılan 2. maddenin, diğer yasalarda da uygulanacağı görüşü pekiştirilmiş olmaktadır.

Ne ki, eski MK.’nın 2. maddesinde kullanılan deyimler ile Yeni MK.’nın 2. maddesindeki deyimler farklı ise de, her iki madde arasında anlam bakımından fark bulunmamaktadır. Bu konuya ileride ayrıntılı olarak değinilecektir.

Diyelim ki 2. maddenin hükümet gerekçesi, amacını açıkça ortaya koymaktadır.<sup>1</sup>

## A. Dürüstlük Kuralı

Konumuz, dürüstlük kuralının sosyal güvenlik hukukuna etkisi şeklinde ise de, asıl konuya girmeden önce bu kural hakkında genel nitelikte bilgi sunma gereği duyulmuştur. Zira dürüstlük kuralının ne olduğu bilinmeden anılan kuralın sosyal güvenlik hukukuna etkisi açıkça anlaşılmayabilir. Dürüstlük ilkesini Öztan şöyle tanımlamaktadır: “Dürüstlük kuralları, orta zekâlı, normal, makûl kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlâka ve dürüstlüğü dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının ihtiyaçlarına cevap veren, bu nedenle herkesçe benimsenen kuralların bütünüdür.”<sup>2</sup>

Oğuzman/Barlas ikilisi dürüstlük kuralını, “Bir kimseden, namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder.” diye tanımlamıştır.<sup>3</sup>

Serozan ise, dürüstlük kuralını şöyle ifade etmektedir: “MK.’nın 2/1’in söylemiyle herkesin haklarını kullanmada ve yükümlerine uymada bağlılık (=sadakât) ve güvene (=itimada) uygun yolda davranmak zorunda bulunmasının somut anlamıdır.”<sup>4</sup> Serozan, dürüstlük kuralını tanımlarken bağlılık (=sadakât) ve güven (=itimad) öğelerine vurgu yapmaktadır. Serozan’ın bu tanımı dürüstlük kuralının sosyal güvenlik hukukuna etkisi bakımından önem taşımaktadır. Hatta bu tanım Yargıtay’ın karar edebiyatına da girmiştir.<sup>5</sup>

Arslan, dürüstlük kuralını kısaca, “sözünde ve davranışlarında doğruluktan ayrılmamaktır.” diye tanımlamakta<sup>6</sup> ve kuralın usul hukukuna da uygulanacağını ifade etmektedir.<sup>7</sup>

Diyelim ki, Arslan’ın, dürüstlük kuralının Medeni Usul Hukukuna da uygulanacağına ilişkin görüşü, sosyal güvenlik hukukuna da uygulanabileceği görüşünü bizce teyit etmektedir.<sup>8</sup> Zira usul kanunları ile sosyal güvenlik kanunları kamu düzenine ve kamu yararına ilişkindir.

**Esasen dürüstlük kuralı tanımlanmasa bile herkes tarafından algılanan ve hissedilen bir kavramdır.**

Görüldüğü gibi dürüstlük kuralının çeşitli yorumlarında değişik deyimler kullanılmış olsa da sonuç itibarıyla bu yorumlar aynı anlama gelmektedir. Esasen dürüstlük kuralı tanımlanmasa bile herkes tarafından algılanan ve hissedilen bir kavramdır.

## B. Dürüstlük Kuralının Hukuksal Dayanağı

Yukarıda değinildiği gibi dürüstlük kuralının yasal dayanağı eski ve yeni Medeni Kanunların 2. maddelerinin birinci fıkralarıdır. Bu kural somut bir biçimde anılan maddelerin birinci fıkralarında düzenlenmiştir.

Akyol’a göre, dürüst davranma yükümü haklarını kullanan ve borçlarını ifa eden herkese yüklenmiş olup kanunla yollamada bulunmuş bir genel ilke ve genel kuraldır. “Hakim hak ve nısfetle hükmeder.” gibi, genel ahlâk gibi, kişilerin korunması gibi genel bir ilkedir. Keza anılan kural güven ilkesinin de dayandığı bir temeldir. Ayrıca hukuksal işlemlerin tamamlanması ve yorumu dürüstlük kuralına göre yapılır.<sup>9</sup>

Yine Akyol’a göre, dürüstlük kuralı, sadece hukuki işlemlerden kaynaklanan hakların kullanılmasında ve borçların ifa edilmesinde değil, uygulama alanı genişletilerek “Kanundan doğan” hakların kullanılmasında ve bunların yerine getirilmesinde de dikkate alınır. Keza sözleşmeden doğan temel edim dışında bulunan yan edimlerin neler olduğu, neler olması gerektiği dürüstlük kuralına göre belirlenir.<sup>10</sup>

Bize göre Akyol’un görüşlerinin belirgin özelliği, dürüstlük kuralının genel nitelikte bir ilke olduğu ve kural olarak her hukuk alanında uygulanabileceğidir. Hal böyle olunca da dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve MK.’nın 3. maddesinde anlatımını bulan iyiniyet kuralı, sosyal güvenlik hukukunda da uygulanmalıdır.

Gerek eski MK.’nın gerekse yeni MK.’nın 2. maddelerinin birinci fıkralarında yer alan “iyiniyet” veya dürüstlük kuralına yargıda ve öğretilde, “objektif iyiniyet kuralı” da denmektedir.

Öztan, anılan 2. maddenin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının farklı olduğu, birinci fıkranın hak süjelerine, ikinci fıkranın ise hakime hi-

tap ettiği, keza birinci fıkranın hem hakkı hem de borcu kapsadığı halde ikinci fıkranın sadece “hakkı” içerdiği görüşündedir.<sup>11</sup> Gerçekten birinci fıkrada hak ve borçlardan söz edildiği halde ikinci fıkra sadece hak kavramı ile sınırlandırıldığı için Öztan’ın bu konuya ilişkin görüşüne katılmaktayız. Ne ki ikinci fıkranın hakime yönelik olduğu görüşüne katılmıyoruz. Tıpkı birinci fıkrada olduğu gibi ikinci fıkra dahi hem hakime hem de hakkın süjelerine yöneliktir.

Oğuzman/Barlas ikilisi, dürüstlük kuralı ile bir hakkın kötüye kullanılması yasağının bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı olduğunu ifade etmektedirler.<sup>12</sup>

Keza Oğuzman/Barlas ikilisi, öğretide, çoğu kere dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının ayrı ayrı ele alındığı, hatta bu ayırımında, MK.’nın 2. maddesinin birinci fıkrasının, kanun ve sözleşmeleri yorumlayıcı ve tamamlayıcı, ikinci fıkranın ise bunları düzeltici ve değiştirici rol oynadığı görüşünün savunulduğunu ne ki bu görüşte olanların dahi, MK.’nın 2. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrası arasında kesin bir sınır çizmenin mümkün bulunmadığını itiraf ettiklerini vurgulamaktadırlar.<sup>13</sup>

Anılan 2. maddenin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasını ayırma tabi tutanlar, Saymen<sup>14</sup>, Veli-dedeoğlu<sup>15</sup>, Deschenaux<sup>16</sup>, Merz<sup>17</sup>, Tekinay<sup>18</sup>, Edis<sup>19</sup>, Serozan<sup>20</sup>, ve İmre’dir.<sup>21</sup>

Yukarıda adı geçen yazarlar, sözü edilen 2. maddenin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ayrı ayrı ele alınması gerektiğini savunmuşlarsa da Oğuzman/Barlas ikilisi aksi görüştedirler. Bu hukukçular, hakkın kötüye kullanılması yasağının, dürüstlük kuralının bir uygulama şekli olduğu, anılan birinci ve ikinci fıkralarının uygulama alanlarının ayrı ayrı olmadığı, hakkın kötüye kullanılması yasağının dürüstlük kuralının uygulanması kapsamında bir bütün olarak gözden geçirilmesi gerektiği görüşündedirler.<sup>22</sup>

Biz de Oğuzman ve Barlas’ın görüşündeyiz. Zira, her iki fıkra aynı maddede düzenlenmiş olup birbirinin devamıdır. Aralarında sıkı bir organik bağ mevcuttur. Herhangi bir olaya hem birinci hem de ikinci fıkra hükümleri uygulanabilir. Kaldı ki iki fıkranın birlikte yorumlanması özellikle hakime kolaylık sağlar.

Kaldı ki 2. maddenin kenar başlığı “B. Hukuki ilişkilerin kapsamı I. Dürüstlük Kavramı” biçimindedir. Bilindiği gibi bir yasa hükmü kenar başlığı ile birlikte yorumlanır. Bu durumda anılan 2. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının hukuksal temeli dürüst olmandır. Dürüstlük kavramı, evrensel ve genel nitelikte bir kavram olup hukukun en önemli temel kavramlarının başında yer alır. Öyle ki diğer hukuksal müesseseler dürüstlük kuralının üzerine inşa edilir.

Diyelim ki, dürüstlük kuralı kanundan veya sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde dikkate alınır. Ayrıca bu kural, özellikle hukuki işlemlerin kuruluşunda, yorumunda, tamamlanmasında, yeni koşullara uydurulmasında ve sözleşme öncesi ilişkilerde uygulanabilir. Bireylerle sosyal güvenlik kurumu arasındaki işlem ve ilişkilerde hak ve yükümlülüklerinin sosyal güvenlik kanunlarından doğduğu tartışmasızdır.

Diğer taraftan geçersiz bir hukuki işlemin, geçerli bir hukuki işleme çevrilmesi işlemi (Empervizyon) ve kanuna karşı hilenin önlenmesi, dürüstlük kuralına göre yorumlanmalıdır.

Hukuki işlemlerin yorumunda, tarafların gerçek iradelerinin saptanması esas alınır. Taraf iradelerinin anlamını tespit için üç değişik ilke söz konusudur. Bunlar, beyan ilkesi, irade ilkesi ve güven ilkesidir. Beyan ilkesinde, sadece beyan edilen sözcüklerin ne anlama geldiği belirlenir. Burada gerçek iradenin ne anlama geldiği önemli değildir. İrade ilkesinde ise beyanda bulunanın gerçek iradesi esas alınır. Şayet beyanda kullanılan sözcüklerden taraflar, birbirlerinin iradelerini açıkça anlamışlar ise yorumlamada beyan esas alınır.

Diyelim ki öğretide her iki ilkenin de yanıltıcı sonuçlara yol açabileceği düşüncesi ile üçüncü bir ilke geliştirilmiştir. Bu ilke “güven” ilkesidir. Güven ilkesine göre, irade açıklamasında bulunanın beyanının açık olmaması, kuşku ve duraksamaya yol açması halinde ve bu durumdan, vasat, orta zekâlı, makul bir kim-

**Güven ilkesi, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin işlemlerin yorumunda çok büyük önem taşır.**

## Hakim, dürüstlük kuralını ve hakkın kötüye kullanılması yasağını uyguladığı somut olayda bu uygulamanın gerekçelerini mutlaka göstermekle yükümlüdür.

senin bu beyana muhatap olması halinde ne anlayabileceği ve ne anlamak zorunda olduğu belirlenir. Böyle bir yorum, dürüstlük kuralının uygulanması anlamına gelir. Güven ilkesi hukuki işlemlerin her çeşidi için geçerlidir.<sup>23</sup>

Güven ilkesi, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin işlemlerin yorumunda çok büyük önem taşır. Özellikle sosyal güvenlik kurumunun, başlangıçta sigortalıya güven verip sonradan sigortalılığı iptal etmesi halinde sigortalının güvenini yitirmesine yol açar. Burada dürüstlük kuralı uygulanmak suretiyle sigortalının hak kaybı önlenmiş olur.

Güven ilkesine örnek vermek gerekir ise, (A), (B)'den bir tişört vermesini istemiş ve bu eşyanın kendisine hibe edileceğini aklından geçirmiştir. (B) ise (A)'nın satın almak istediğini düşünmektedir. Burada güven ilkesi uygulanmak suretiyle aradaki hukuksal ilişkinin satış akdine dayandığı kabul edilmelidir.

Keza taraflar arasında yapılmış bir hukuki işlemde de yasalarda olduğu gibi boşluklar bulunabilir. Örneğin (A), (B)'den televizyon satın almış, ancak yapılan sözleşmede televizyonun kırılmayacak şekilde paketlenmesi işi sözleşmeye dahil edilmemiştir. Boşluk doldurulur iken taraflar böyle bir boşluğu görmüş ve düşünmüş olsalardı veya o durumu göz önünde bulundursalardı bu boşluğa dair nasıl bir düzenleme getirecek idiyseleler buna göre ortaya çıkan boşluk dürüstlük kuralına göre doldurulmalıdır.

Örnekte gösterilen paketleme işinin (B)'ye ait olduğu görüşündeyiz. Ne var ki dürüstlük kuralı uygulanır iken genelleme yoluna gidilmemeli, her somut olayın özellikleri ve nitelikleri irdelenerek sonuca varılmalıdır.

### a) Kanunun Yorumlanması

Burada kanunların yorum çeşitlerine ve ayırtılara girilmeyecektir. Bilindiği gibi kanunlar,

amaçlarına göre yorumlanır. Lâfzi yorum kuralı terkedilmiştir. Hatta yasalar yürürlüğe girdikleri tarihe göre değil uygulandıkları tarihteki amaçları esas alınmak suretiyle yorumlanır. Başka bir anlatımla yasalar yürürlüğe girdikleri tarihteki olayları değil, uygulandıkları tarihteki olayları kucaklar. Hakim bir yasayı yasa koyucunun amacına göre değil, yasanın amacına göre yorumlar.

Amaçsal yoruma “objektif yorum metodu” da denmektedir.<sup>24</sup>

Objektif yorum metoduna göre, bir yasanın, muhatapı tarafından nasıl anlaşıldığına bakılır. Yasanın objektif yorumunda muhatabın makûl ve dürüst kişi olduğu varsayılır. Dolayısı ile dürüstlük kuralı burada dikkate alınır.

Yasakoyucu, çıkarmış olduğu yasada kişilere tanıdığı hakların sınırlarını belirler. Kişiler tanıyan hakları belirlenen sınırlar çerçevesinde kullanabilir. Yasakoyucu bu sınırlamaları, ya tarafların ya da üçüncü kişinin veya kanun yararına yapmış olabilir.<sup>25</sup>

### b) Dürüstlük Kuralının Kendiliğinden Uygulanması

MK.'nın 2. maddesinin uygulanması gereken hallerde hakim bunu kendiliğinden (=re'sen) uygulamak zorundadır. Keza hakim, dürüstlük kuralını ve hakkın kötüye kullanılması yasağını uyguladığı somut olayda bu uygulamanın gerekçelerini mutlaka göstermekle yükümlüdür.<sup>26</sup> Diyelim ki hakim, anılan 2. maddeyi, keyfi ve gelişigüzel uygulayamaz.

Diğer taraftan kural olarak taraflar, özellikle sözleşmelerin uygulanması ve tamamlanması açısından 2. maddenin uygulanmasını anlaşma ile bertaraf edebilirler. Ne ki bu maddenin uygulanmaması için yapılan anlaşma, kişilik haklarına, anlaşma ile ortadan kaldırılamayan haklara aykırı ise hakim 2. maddenin uygulanmasından kaçınmaz.<sup>27</sup>

Örneğin sosyal güvenlik kanunlarına göre zorunlu sigortalılıktan feragat edilemez. Bu konuda yapılan feragat geçersizdir.

Sigortalı niteliğini kazanan kişi kurum ile anlaşarak sigortalı olma hakkından vazgeçemeyeceği gibi kurum, sigortalıya karşı yasal yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmaz.

Bu gibi durumlarda yasal koşullar oluşmuş ise olaya anılan 2. madde hükümleri uygulanmalıdır. Başka bir anlatımla bu konuda kurum ile sigortalı arasında yapılan anlaşma geçersizdir.

### **c) Dürüstlük Kuralının Uygulanmasında Dikkate Alınması Gereken Esaslar**

Önemle belirtmek gerekir ise, yukarıda kısım değinildiği gibi dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, yasaların katı ve kupkuru uygulanmasının yol açacağı adalete, hakkaniyete ve ahlâk anlayışına aykırı, toplumun ihtiyaçlarına karşılık vermeyen sonuçları engelleyen bir “genel kural”, ayrıca temel hukuk ilkesi niteliğindedir. Oğuzman ve Barlas’a göre, anılan ilke MK.’nın 2. maddesinde açıkça düzenlenmemiş olsaydı bile yine sonuç değişmezdi; bir temel hukuk ilkesi olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı her vakit uygulama yeri bulabilirdi.<sup>28</sup>

Öbür yandan, karşılaşılan her uyuşmazlıkta, bu uyuşmazlığın çözümü ile ilgili başka yasal hükümlerin de bulunduğu göz ardı edilerek uyuşmazlığı sadece “dürüstlük kuralı” ile çözmeye yeltenmek, hukuksal güvenliği sarsabilir. Oğuzman ve Barlas, Yargıtay’ın, özel hükümlere göre çözümlenecek konularda gereksiz şekilde dürüstlük kuralına başvurduğu, hatta olayın dürüstlük kuralına niçin başvurulduğunun bile anlaşılamadığına ilişkin pek çok kararı bulunduğunu iddia etmekte ve aşağıdaki kararları örnek göstermektedirler.<sup>29</sup> Keza adı geçen yazarlar, karşılaşılan sorunun çözümü, kanunlarda yer alan hükümlerde mevcut olduğu ve bu hükümleri uygulayarak sorunu halletmek mümkün iken, bunu yapmayı yersiz biçimde MK.’nin 2. maddesi hükmüne başvurma eğiliminin gittikçe hız kazandığı görüşünü savunmaktadırlar.

Oğuzman ve Barlas’ın örnek gösterdiği Yargıtay kararları elimizde olmadığı için ortaya atılan görüşe cevap vermemiz mümkün değildir. Bildiğimiz kadarıyla Yargıtay, önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde MK.’nin 2. maddesi uygulanmaz ise ortaya adalete ve hakkaniyete aykırı bir sonuç çıkacağı kanaatine vardığı taktirde anılan 2. maddeyi uygulamak zorun-

## **10. HD. ve 21. HD. sosyal güvenlik hukukuna ilişkin davalarda sık sık değilse de zaman zaman MK.’nin 2. maddesini uygulamak zorunda kalmaktadır.**

da kalmaktadır. İleride açıklayacağımız gibi 10. HD. ve 21. HD. sosyal güvenlik hukukuna ilişkin davalarda sık sık değilse de zaman zaman MK.’nin 2. maddesini uygulamak zorunda kalmaktadır. Hatta 21. HD. ve HGK. vermiş buldukları bir kararda bize göre 2. maddeyi uygulamamak suretiyle adil olmayan bir sonuç varmışlardır.

Anımsadığımız kadarıyla sözü edilen kararların konusu şöyle idi: 2925 sayılı Kanun’a göre sigortalı olan kısa süreli tarım işçisi, işini bıraktıktan sonra SSK.’nın 85. maddesi gereğince isteğe bağlı sigortalı olmuş, yaklaşık 5 yıl kadar isteğe bağlı sigorta primlerini ödemiş, ne ki Sosyal Sigortalar Kurumu, daha önceki çalışmaların 506 sayılı Kanun’a göre gerçekleşmediğinden kişinin isteğe bağlı sigortalılığını iptal etmiştir. Gerçekten de tarım işçisinin isteğe bağlı SSK. sigortalısı sayılabilmesi, daha önce Sosyal Sigortalar Kurumu’na tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Öbür yönden 2925 sayılı Kanun’a tabi sigortalılar günü gününe ve kıtı kıtına geçinen, kış mevsiminde çalışma imkânına sahip olmayan, yaz mevsimlerinde iş buldukça çalışan işçilerdir. Ayrıca 2925 sayılı Kanun’u uygulayan da Sosyal Sigortalar Kurumu’dur.

Örnekte gösterilen işçinin isteğe bağlı sigortalılığı iptal edilmez ise muhtemelen kendisine yaşlılık aylığı bağlanacaktı. Kurum bu sigortalının isteğe bağlı sigortalılığını iptal etmiş hem de yaşlılık aylığı almasını engellemiş veya geciktirmiştir. Yaşı ilerlemiş olan, kısa süreli çalışan tarım işçisinin tekrar çalışarak yaşlılık aylığına hak kazanması imkânsız gibidir.

Anılan sigortalı, kurum işleminin iptali için dava açmış, mahkemece dava kabul edilmiş, ne ki kabule ilişkin karar 21. HD.’ce bozulmuş, direnme üzerine HGK.’da direnme kararını Daire gibi bozmuştur. Biz kararın onanması için HGK. kararına karşı oy kullandık.

Zira Kurum, başlangıçta, sigortalının 506 sayılı Kanun'a göre değil, 2925 sayılı Kanun gereğince tescilli olduğunu bildiği halde kişinin isteğe bağlı sigortalılığını kabul etmiş yıllar yılı prim alıp bu primleri değerlendirmiş, sigortaliya güven vermiş ve sosyal güvenlik şemsiyesi altına girdiğine inandırmıştır. Bize göre MK.'nın 2. maddesi bu olaya uygulanmaz ise başka hiçbir yerde uygulanamaz. Kaldı ki dürüstlük kuralının uygulama koşullarından birisi de taraflar arasındaki çıkarlar dengesinin taraflardan birisi aleyhine bozulmasıdır. Bu olayda, sigortalının çıkarı ile kurumun çıkarı arasında fahiş fark bulunduğu ve dengenin sigortalının aleyhine fahiş biçimde bozulduğu tartışmasızdır. Bize göre Yargıtay, sanıldığı gibi dürüstlük kuralına gelişigüzel başvurmamaktadır. Hatta yukarıdaki örnekte gösterildiği gibi anılan kuralın uygulanması gerektiği davalarda bile uygulamamaktadır.

Kaldı ki 21. HD.'nin son yıllarda dürüstlük kuralının sosyal güvenlik hukukunda da uygulanacağına ilişkin pek çok kararları mevcuttur. Gerek 10. HD.'nin gerekse 21. HD.'nin bu konuda verilmiş kararları ileride belirtilecektir.<sup>30</sup>

Yukarıda da değinildiği gibi dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gelişigüzel ve keyfi olarak uygulanmamalı, uygulama gereği duyulur ise somut olay adaleti de gözetilerek gerekçeleri mutlaka sağlam hukuksal temellere dayanılarak gösterilmelidir. O nedenle Oğuzman ve Barlas'ın bu konudaki görüşlerine ve endişelerine aynen katılmaktayız.

Schwarz bu konuda şöyle demektedir: "Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının önemi çok büyüktür. Fakat hukuki meselelerin hallerine bunlarla başlamayıp her meseleye ona taallük eden hususi hükmü tatbik etmek ve bu umumi esasları da fevkaladede zaruri olan hallerde sırf itimam ve tasahih edici bir şekilde tatbik eylemek lazımdır.

**Bir hakkın kullanılması sonucu başkasının zarar görmesi her zaman hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez.**

Hukuk tahsiline yeni başlayanların bu hususta ne kadar dikkat nazarı çekilse yeridir; zira müptediler çok kolay fakat tehlikeli bir yol karşısında çok zor, zahmetli fakat daha emin ve kat'i bir vasıtayı istimal etmeyi öğrenmek mecburiyetindedirler.<sup>31</sup>

### C. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

MK.'nın 2. maddesinin ikinci fıkrasında, "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." hükmü yer almaktadır. Yukarıda değinildiği gibi eski MK.'nın 2. maddesinin ikinci fıkrası, "Bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimalini kanun himaye etmez." hükmünü içermekte idi.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin kuralın uygulanması bir hakkın var olmasına ve hukuk düzeninin bu hakkı korumaya değer bulmasına bağlıdır. Hukuk düzeni, bir menfaat ancak sosyal veya ekonomik bir amacı gerçekleştiriyor ise hak haline dönüşür. Ne ki bir hak amacından saptırılarak kullanılamaz. Örneğin mülkiyet hakkı, komşuya zarar vermek suretiyle kullanılamaz.

Kanunlarda bazı boşluklar ve yanlışlıklar bulunabileceği gibi bunlar toplumdaki gelişmelere cevap veremeyecek duruma gelebilir. Örneğin MK.'nın birinci maddesinde, yasa boşluğunun ne şekilde doldurulacağı, dördüncü maddesinde, hakimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği, 2. ve 3. maddesinde ise hakimin dürüstlük ve iyiniyet kuralını dikkate alacağı hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan bir hakkın, hak sahibine meşru bir menfaat sağlamak amacıyla değil de salt bir başkasını zarara sokmak, onu güç duruma düşürmek veya gayrimeşru kazanç sağlamak üzere kullanılması halinde, hak kötüye kullanılmış sayılır.

Bir hakkın kullanılmasında başkasının zarar görmesi olağandır. O nedenle bir hakkın kullanılması sonucu başkasının zarar görmesi her zaman hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez. Örneğin, öndeki arsaya imar hukukuna uygun biçimde yapılan binanın arkadaki binanın manzarasını kapatması olayında bina yapan kimse, hakkını kötüye kullanmış olmaz.



**Ceza hukukunda kabul edilen “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.” ilkesine göre, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, bu hukuk dalında tamı tamına uygulanamaz ise de yeri geldiğinde göz önünde bulundurulabilir.**

Öbür yönden, bir kimsenin mülkiyeti kendisine ait arazisinde, hiçbir ihtiyacına cevap vermeyen bir duvarı veya tahta perdeyi salt komşusunun manzarasını kapatmak için yapması, ortada hiçbir menfaati bulunmadan doğrudan doğruya başkasını rahatsız etmeye yönelik bir davranış olarak hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneğidir.

Diğer bir örnek ise, Fransız mahkeme içtihatlarına göre, uçak şirketine ait havaalanı ve hangarın bitişiğinde bulunan arazi sahibinin hiçbir geçerli neden yokken arazisini yüksek bedelle uçak şirketine satmak (şirketi böyle bir alıma zorlamak) için, arazisine uçakların havalanmasını engelleyecek biçimde yüksek direkler dikmesi hakkın kötüye kullanılması sayılmıştır.<sup>32</sup>

Türk Yargıtay'ına göre, taşınmaz paydaşlardan birinin kendi payı üzerinde intifa hakkı tesis edebileceği, ancak ortada hiçbir haklı neden bulunmadığı halde, salt taşınmazın değerini düşürmek ve böylece diğer paydaşlara zarar vermek amacıyla bir paydaşın, kendi payı üzerinde başkasının lehine intifa hakkı kurmuş olması hakkın kötüye kullanılması sayılır.<sup>33</sup>

Hakkın kötüye kullanılması hallerinin başlıcaları şunlardır:

#### **a) Genel Kural**

Yukarıda da değinildiği gibi bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın kendi şartları, özellikleri ve nitelikleri göz önünde bulundurularak belirlenir. Başka bir anlatımla hakkın kötüye kullanılması yasağı tüm olaylara mutlaka uygulanması gereken genel bir kural değildir.

#### **b) Meşru Bir Menfaat Bulunması**

Bir hakkın kullanılmasında hukuken korunmaya değer bir menfaat bulunmalıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi bir hakkın kullanılması hak sahibine meşru bir menfaat sağlamıyor da başkasına zarar vermek amacıyla kullanılmış ise bu durum hakkın kötüye kullanılması sayılır.

#### **c) Hakkın Kullanılmasının Sağlayacağı Menfaat İle Başkasına Vereceği Zarar Arasında Oransızlık Bulunması ve Uyandırılan Güvene Aykırı Davranış Sergilenmesi**

Önemle belirtmeliyiz ki; yukarıda yer yer ifade edildiği gibi, hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında oransızlık bulunması ve uyandırılan güvene aykırı davranış unsurları, hakkın kötüye kullanılmasını belirleyen unsurların başında yer alır. Bu iki unsur, dürüstlük kuralının uygulanmasında da esas alınır. Gerçekten uyandırılan güvenin sarsılması başlı başına dürüst davranmamanın göstergesidir. Bu iki unsura örnek olarak yukarıda, belirtilen sigortalı ile kurum arasındaki ilişki gösterilebilir.<sup>34</sup>

## **II. DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA DA UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI SORUNU**

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku ve hatta tüm özel hukuk alanında uygulanacağı tartışmasızdır. Zira bu iki kural Medeni Kanunda yer almaktadır. İlk bakışta her iki kuralın, MK. ve bunun mütemmim cüzü olan Borçlar Kanunu ile sınırlı olarak uygulanacağı düşünülebilir. Ne ki baştan beri açıklandığı gibi anılan kuralların evrensel, kutsal, genel ve temel hukuk kurallarından olması nedeniyle uygun düştüğü ölçüde diğer hukuk anabilim dallarına da uygulanır.

Ne ki, ceza hukukunda kabul edilen “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.” ilkesine göre,

dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, bu hukuk dalında tamı tamına uygulanamaz ise de yeri geldiğinde göz önünde bulundurulabilir.

Keza her iki kuralın idare hukuku ve diğer kamu hukuku alanlarında da uygulanabileceği görüşündeyiz.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun birinci maddesinde, "Bu Kanun ile Kuruma görev ve yetki veren diğer kanunların hükümlerini uygulamak üzere; kamu tüzel kişiliğini haiz... bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tabi sosyal güvenlik kurumu kurulmuştur." hükmü yer almaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun özel hukuk hükümlerine göre gerçekleştirdiği hukuki işlemlerde, şartlar oluşmuş ise dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabileceği açık ve seçik ortadadır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi Kurum'un asıl işlevi, yasal çerçeve içinde kalmak kaydıyla bireylere sosyal sigorta yardımı sağlamaktır. Sosyal güvenlik hakkı Anayasa'da anlatımını bulan temel insan haklarından. Ayrıca bu hak kamu düzenini ve kamu yararını gerektirir. Bu haliyle kurum, kamu kurumu niteliğinde olup gördüğü asıl iş kamu düzenini ve kamu yararını gerektirir. Bu durumda tekrarlamak gerekir ise dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının sosyal güvenlik hukukuna ilişkin iş ve işlemlere uygulanıp uygulanamayacağı sorununun irdelenmesi gerekmektedir.

Nedenleri yukarıda açıklandığı üzere anılan her iki kuralın sosyal güvenlik hukuku alanına da uygulanacağından en ufak bir kuşku duymamaktayız. Nitekim öğretide, hatta Yargıtay'da anılan kuralların sosyal güvenlik hukukunda uygulanamayacağına ilişkin bir görüşe rastlanmamıştır. Görüş ayrılığı daha çok ayrıntılardadır.

Görüş ayrılıkları daha çok sözü edilen kuralın sosyal sigorta haklarıyla ilgili somut olaya uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde toplanmaktadır.

Okuyucuların hoşgörüsüne sığınarak bir izlenimimizi ve gözlemimizi itiraf etmek istiyoruz: 21 yıl üye ve başkan olarak sosyal sigorta

## Somut olaya uyan özel yasa hükmü mevcut olsa bile, adalet ve hakkaniyet kavramı zedeleniyor ise MK.'nın 2. maddesi uygulanmalıdır.

davalarına bakan 10. HD.'de görev yaptım. Bu süre zarfında MK.'nın 2. maddesinin uygulanmaması sonucu sigortalıların, hak sahiplerinin ve diğer ilgili kimselerin çok büyük hak kaybına uğradıklarına tanık olunmuştur. Gerçekten az önce ifade edildiği gibi somut olayın dayanağı olan özel yasa hükmü katı bir biçimde uygulanır ve MK.'nın 2. maddesi uygulanmaz ise ortaya hakkaniyete ve adalete aykırı, tahammül edilmez bir sonuç çıkmaktadır. İşte burada somut olaya uyan özel yasa hükmü mevcut olsa bile, adalet ve hakkaniyet kavramı zedeleniyor ise MK.'nın 2. maddesi uygulanmalıdır.

Nitekim Schwarz'ın, "Somut bir olayın çözümünde vardığınızı sandığınız sonuç size adil gelmiyorsa kabahat hukukta değil sizin hukukçuluğunuzdadır." dediği bir çok hukukçu tarafından bilinmektedir.

Ancak Schwarz ve Oğuzman/Barlas ikilisinin yasalarda somut olaya uyan özel hükümler varsa MK.'nın 2. maddesinin uygulanmayacağı görüşünde oldukları da yukarıda belirtilmiştir.<sup>35</sup>

Ne ki nedenleri aşağıda açıklanacağı gibi biz, özellikle sosyal güvenlik hukukunda, ilgili yasada özel hüküm mevcut olsa bile, adalete ve hakkaniyete aykırı, tahammül edilmez bir sonucun doğmaması için istisnaen MK.'nın 2. maddesinin öncelikle uygulanması gerektiği görüşündeyiz. Bu görüşümüzün dayanağı olan Yargıtay kararları aşağıda irdelenmiştir.

### Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları

T.C. Emekli Sandığı Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile birleştirilmeden evvelki dönemde, anılan Kanun'un uygulanmasından doğan davalara idari yargı, diğer sosyal güvenlik yasalarının uygulanmasından kaynaklanan davalara ise adli yargı (=iş mahkemeleri) bakmakta idi. Emekli Sandığı Kanunu yürürlük-

ten kalktığı için artık Eski Emekli Sandığı iştirakçileri ve 4-c) sigortalıları hakkındaki davalar da 5510 sayılı Kanun'un 101. maddesine göre iş mahkemelerinde görülecektir. Bundan böyle Eski Emekli Sandığı iştirakçilerine ve bunun karşılığı olan şimdiki 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre sigortalı sayılanlara da dürüstlük kuralı uygulanabilecektir. Yargıtay görüşüne gelince, 21. HD.'nin 2006 tarihli bir kararına göre, maddi olgu şöyle gelişmiştir: Davacı, öteden beri isteğe bağlı sigortalı olduğunu iddia ederek 1996 yılında Bağ-Kur'a başvurmuş, Kurum talebi kabul etmiş ve davacıyı geriye yönelik tescil ettiği gibi geçmiş yıllara ait primleri toptan tahsil etmiştir. Davacı, 1999 yılının ikinci ayına kadar primlerin tamamını ara vermeksizin ödediği halde Bağ-Kur, yaşlılık aylığı bağlama aşamasında davacının sigortalı sayılmaması gerektiğini, hataen tescil edildiğini öne sürmüş, hem 18 yıllık sigortalılığı iptal etmiş hem de yaşlılık aylığı bağlamamıştır. Davacı, kurum işleminin iptali amacıyla tespit davası açmış, dava, sigortalılık koşullarının oluşmadığı nedenine dayanılarak mahkemece reddedilmiş ve kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine verilen hüküm 21. HD.'ce bozulmuştur.<sup>36</sup>

21. HD. bozma nedenini, MK.'nin 2. maddesinde anlatımını bulan objektif iyiniyet kuralına (=dürüstlük kuralı) dayandırmış, davacıya uzun yıllar güven veren, tüm primleri tahsil edip nemalandıran Kurumun, aylık bağlama aşamasında sigortalılığı iptal etmesi dürüstlük kuralına aykırı görülmüştür.

Ayrıca bozma kararında, Kurum işleminin sosyal güvenlik hukukunun temel ilkelerine, Anayasal özelliklerine ve niteliklerine aykırı olduğu görüşüne de yer verilmiştir.

Önemle ifade etmeliyiz ki HGK.<sup>37</sup>, 10. HD., ve 21. HD.'nin de bu konudaki görüşleri aynen örtüşmektedir. 10. HD. ve 21. HD.'nin dürüstlük kuralı ile ilgili aynı nitelikte pek çok kararı mevcut ise de aşağıda bu kararların bir kısmı gösterilmiştir.

Bu kararlar şunlardır.<sup>38</sup>

Yukarıda yer yer belirtildiği gibi dürüstlük kuralının en önemli unsurları, karşı tarafa verilen güvenin sarsılmaması ve taraflar arasın-

## Sosyal güvenlik hukukunda kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının uygulanmaması bize göre de isabetlidir.

daki menfaat oranının bozulmaması, başka bir anlatımla çıkarlar dengesinin (=denkleştirici adaletin) zedelenmemesidir. Yukarıdaki örnek gösterilen Yargıtay kararlarına göre, kurum kendi hatası nedeniyle davacıyı tescil etmiş yıllar yılı ona güven vermiş ve sigortalı olduğuna inandırmış, tüm primleri tahsil ederek nermalardan yararlanmış, iş yaşlılık aylığı bağlama aşamasına geldiğinde sigortalılığı iptal etmiş ve ayrıca da yaşlılık aylığı bağlamamıştır. Burada Kurum'un dürüst davranmadığı ve hakkını kötüye kullandığı açık ve seçik ortada olduğu gibi, sigortalının yıkıma uğrayacağı, tekrar çalışıp yaşlılık aylığı alamayacağı, açlık ve yokluk çekebileceği baskın olasılıklardandır. Oysa bir Devlet kuruluşu olan Kurum, yaşlılık aylığı bağlamış olsaydı sigortalıya nazaran çok az kayba uğrayacak veya hiç kaybı olmayacaktı. Burada sonuç itibarıyla Devletin çıkarı ile sigortalının çıkarı karşı karşıya gelmektedir. Somut olayda sigortalıyı Devlete karşı korumak hakkaniyet kuralına da uygundur.

Yargıtay kararına esas alınan uyuşmazlıkta, bireyin Bağ-Kur Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerine göre sigortalı sayılamayacakları açık olmasına karşın Yargıtay, her iki maddeye itibar etmemiş ve MK.'nin 2. maddesinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay görüşüne göre, bir kimsenin sigortalı sayılıp sayılamayacağı konusunda özel bir yasa hükmü mevcut olsa bile bu hüküm gözardı edilerek MK.'nin ikinci maddesi uygulama önceliğine sahip olacaktır. Biz de bu görüşteyiz. Aksi takdirde sigortalılar onarılması imkânsız zararlara uğrayabilirler.

Bizce sosyal güvenlik hukuku alanında geliştirilen bu görüş, yeri geldiğinde diğer hukuk dallarında da uygulanabilir.

Yargıtay görüşünün diğer bir belirgin özelliği ceza hukukunda yer alan "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz." kuralının sosyal güvenlik

## Uzun yıllar güven verme süresinin ölçüsü her somut olayın özelliğine ve niteliğine göre belirlenir.

hukukuna ilişkin davalarda uygulanamayacağı gerçeğidir. Şayet bu kuralın uygulanması gerektiği görüşü benimsenmiş olsaydı, kişinin sigortalı sayılmayacağını bilmesi gerekirdi. O halde kendisini sigortalı olarak tescil ettirmemeliydi denebilir. Ancak sosyal sigortalara ilişkin mevzuat o kadar karmaşık ve anlaşılması güç ki bir kimsenin sigortalı sayılıp sayılmayacağına ilişkin Yargıtay 10. HD. ile 21. HD.'nin birbirine aykırı pek çok çelişik kararlar bulunmaktadır. Ayrıca öğretide de, bireylerin sigortalı sayılıp sayılmayacağı konusunda çelişik görüşler ortaya atılmıştır. Ayrıca sosyal güvenlik kurumları da zaman zaman hataya düşmektedirler.

Bu durumda örneğin, okuryazarlığı olmayan kimselerin sosyal sigorta mevzuatını bildikleri varsayılmaz. O nedenle sosyal güvenlik hukukunda kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının uygulanmaması bize göre de isabetlidir.

Ne var ki sigortalı, yasaya aykırı işlemi açıkça bilebilecek durumda ve ses çıkarmamış ise kötü niyetli sayılır ve dürüst davrandığını iddia edemez.

Belirtmek gerekir ise 10. HD. ve 21. HD. sosyal sigortalara ilişkin yasa hükümlerinin uygulanmasında öyle sanıldığı gibi sık sık dürüstlük kuralına başvurmamaktadır. Yukarıda örnek gösterilen Yargıtay kararında olduğu gibi hukuki çarenin tükendiği durumlarda anılan kuralı işletmektedirler.

### **İyiniyet Kuralı**

Medeni Kanun'un 3. maddesine göre, Kanun'un iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise, hal ve şartların gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz hükmü yer almaktadır. Uygulamada ve öğretide, MK.'nin 3. maddesinde düzenlenen iyiniyete subjektif iyiniyet kuralı denmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ise sigortalı iyiniyet-

li değil ise hiçbir zaman dürüstlük kuralından yararlanamaz. Sigortalı, kurumu yanıltmış ve hatalı işlem yapmaya sevk etmiş ise kötünüyeli sayılır ve dürüstlük kuralından yararlanamaz.

Örneğin sigortalı, kurumca verilen formda sorulan sorulara yanlış cevap vermiş ve bu cevaplara itibar edilerek yasaya aykırı biçimde lehine bazı sosyal sigorta yardımları sağlanmış ise bu yardımlar geri alınabilir. Keza sigortalı, hiç çalışmadığı halde kendisini kuruma tescil ettirmiş ise yıllarca prim ödemiş olsa bile sigortalılığı iptal edilebilir. Bu gibi hallerde kişi dürüstlük kuralının himayesi altına giremez.

Diğer taraftan kurum, hatasını erken fark etmiş ve hemen düzeltilmiş ise sigortalı dürüstlük kuralından yararlanamaz. Zira bu halde Kurum ile sigortalı arasındaki çıkarlar dengesi henüz bozulmamıştır. Uzun yıllar güven verme süresinin ölçüsü her somut olayın özelliğine ve niteliğine göre belirlenir. Bundan başka kurum, sigortalıya kanuna aykırı şekilde ödeme de bulunmuş ve sigortalı iyiniyetli ise hataya dayanan ödemeler geri alınmamalıdır. Ne ki henüz ödeme yapılmamış ise, sigortalı ödeme talebinde bulunamaz. Aylık bağlama koşulları yeni bir yasa ile değiştirilmiş ve sigortalının aylığı eksilmiş olsa bile eski yasaya göre aylık bağlanması istenemez. Bilindiği gibi gelecekte elde edilecek aylıklar beklenen haklardan olup kazanılmış hakka dönüşmemiştir.

### **DİPNOTLAR**

1 Hükümet gerekçesi: Maddenin konu başlığı "Medeni hakların şümulü" yerine "Hukuki ilişkilerin kapsamı" şeklinde değiştirilmiştir. Gerçekten de yürürlükteki Kanunun 2. ve 3. maddelerinde kişilerin medeni haklarının kapsamı değil, kişilerin hukuk ilişkilerinde hakları kazanmaları ile borçlarını ifa etmelerinin kapsamı düzenlenmiştir. Bu sebeple 2., 3. ve 4. maddelerin konu başlığı olarak "Hukuki ilişkilerin kapsamı" deyimini kullanılmıştır.

Yürürlükteki Kanun'un 2. maddesinde, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlü oldukları düzenlenmektedir. Gerek öğretide gerek yargı kararlarında bu maddenin "doğruluk ve dürüstlük kurallarına" ilişkin genel ilkeyi ortaya koyduğu kabul edilmektedir. Maddenin içerik ve amacına uygun olarak kenar başlığı bu sebeple "Dürüst davranma" olarak değiştirilmiştir. Bu deyim, bir sonraki maddede yer alan subjektif iyiniyet ile bu maddede düzenlenen iyiniyeti birbirinden ayırtmaya hizmet etmesi bakımında daha isabetli görülmüştür.

Madde içerisinde de iyiniyet sözcüğü yerine “dürüst davranmak” ifadesi kullanılmıştır.

Maddenin ifadesi araştırılmak suretiyle daha iyi anlaşılır bir şekilde sokulmuştur.

Maddede, ayrıca ödevi de ifade edecek şekilde geniş anlamli “borç” anlamına yer verilmiştir.

- 2 Öztan Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2009, s. 173.
- 3 Oğuzman M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 15. Bası, İstanbul, 2008, s. 220.
- 4 Serozan Rona, Medeni Hukuk, İstanbul 2008, s. 266.
- 5 Bkz. Bölüm II Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları.
- 6 Arslan Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989, s. 23.
- 7 Arslan, Ankara, 1989, s. 62
- 8 Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2009, s. 119 vd.
- 9 Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, II. Bası, İstanbul, 2006, s. 6.
- 10 Akyol, İstanbul, 2006, s. 6.
- 11 Öztan, Ankara, 2009, s. 174.
- 12 Oğuzman/Barlas, İstanbul, 2008, s. 219.
- 13 Oğuzman/Barlas, İstanbul, 2008, s. 239.
- 14 Saymen, Ferit Hakkı, Türk Medeni Hukuku Umumi Prensipler, 3. bası, İstanbul, 1960, s. 239.
- 15 Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar, Beşinci Bası, İstanbul, 1956, s. 239.
- 16 De Schemaus Henri, Traité de Droit Civil Suisse, Tome II, I. Le Titre Préliminaire de Code Civil, Fribourg, 1969, Oğuzman/Barlas'tan naklen, s. 239.
- 17 Merz Hans, Berner Kommentar, Zum Schweizerischem Privatrecht Einleitung (Art. I-10ZGB) Bern, 1962-Nachdruck: 1966 Art. 2. ZGB. Oğuzman/Barlas'tan naklen, s. 239.
- 18 Tekinay Selahaddin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul, 1993.
- 19 Edis Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, Ankara 1997.
- 20 Serozan Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005.
- 21 İmre Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul, 1980.
- 22 Oğuzman/Barlas, İstanbul, 2008, s. 239.
- 23 Öztan, Ankara, 2009, s. 175.
- 24 Öztan, İstanbul, 2009, s. 177.
- 25 Öztan, İstanbul, 2009, s. 177.
- 26 Egger, Zuricher Kommentar, Art. 2, N. II Oğuzman/Barlas'tan naklen, 2008, s. 260.
- 27 Oğuzman/Barlas, 2008, s. 261.

28 Oğuzman/Barlas, 2008, s. 258.

29 HGK. 30.05.2001, 15-402/459 K.; HGK. 05.06.2002, 1-439/478 K.; 15. HD. 26.04.2002, 5823/2098 K.; 13. HD. 23.09.2002, 6964/9369 K.; 21. HD. 18.06.2002, 4768/5920 K.; 3. HD. 07.03.2006, 189/1831 K.)

30 Bkz. s. 11, Dipnot: 36, 37, 38.

31 Oğuzman/Barlas'tan naklen, İstanbul, 2008, s. 259.

32 Oğuzman/Barlas'tan naklen, İstanbul, 2008, s. 228.

33 Oğuzman/Barlas'tan naklen, İstanbul, 2008, s. 228.

34 Bkz. s. 7.

35 Bkz. s. 6, 7.

36 21. HD. 14.02.2006 T., 2005/13620 E., 2006/1171 K.

37 HGK. 01.10.1997 T., 1997/10-578 E., 758 K.

38 10. HD. 27.01.2003 T., 2003/10099 E., 324 K.; 10. HD. 20.02.2003 T., 2002/10422 E., 2003/930 K.; 10. HD. 02.04.1996 T., 1996/2633 E., 2792 K.; 10. HD. 10.10.1996 T., 1996/5495 E., 5886 K.; 21. HD. 14.11.2006 T., 2006/8811 E., 12449 K.; 21. HD. 22.11.2004 T., 2004/10665 E., 9680 K.; 21. HD. 25.09.2006 T., 2006/1818 E., 8828 K.; 21. HD. 10.10.1996 T. 1996/5495 K.

## KAYNAKÇA

- AKYOL Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, II. Bası, İstanbul, 2006.
- ARSLAN Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989
- ASLANKÖYLÜ Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara, 2009.
- DESCHEMAUS, Berner Kommentar, Zum Schweizerischem Privatrecht Einleitung (Artz. 1-10ZGB), Bern, 1962-Nachdruck: 1966 Art 2. ZGB.
- EDİS Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası Ankara, 1997.
- EGGER, Zuricher Kommentar, Art. 2, N. N. II.
- İMRE Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul, 1980.
- MERZ Hans, Berner Kommentar, Zum Schweizerischem Privatrecht Einleitung (Art. 1-10ZGB) Bern, 1962-Nachdruck, 1966 Art 2. ZGB.
- OĞUZMAN M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 15. Bası, İstanbul, 2008.
- ÖZTAN Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 29. Bası, Ankara, 2009.
- SAYMEN Ferit Hakkı, Türk Medeni Hukuku Umumi Prensipler, 3. Bası, İstanbul, 1960.
- SEROZAN Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul, 2005.
- TEKİNAY Selahaddin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Umumi Esaslar, Beşinci Bası, İstanbul, 1956.

Doç. Dr. Coşkun SARAÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Gaiplik Kararı, İş Kazası Kavramı Açısından Ölüm ve Gaiplik ile Sigortalıca Yürütülen İş Arasında Uygun İliyet İlişkisi

## T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2007/9052  
**Karar No** : 2008/10331  
**Tarihi** : 15.07.2008

### DAVA

Davacı, murisi İsmail Şahin'in 18.01.1996 tarihinde kaybolmasına ilişkin olayın iş kazası olduğunun tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde isteğin, kabulüne karar vermiştir.

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

### KARAR

Davacı eş ve çocuklar, davalı belediyede temizlik işçisi olarak çalışmakta iken kaybolan murislerinin, 18.01.1996 tarihinde kaybolmasına ilişkin olayın iş kazası olduğunun tespitini istemişlerdir. Mahkeme, karar gerekçesinde; sigortalı İsmail Şahin'in kaybolması ve gaipliğine karar verilmesi şeklinde gelişen olayın 506 sayılı yasanın 11/A-a-b maddelerine uygun iş kazası olduğunu belirterek, anılan sigortalının iş kazasına uğradığının tespitine şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Muris sigortalının, Mimar Sinan Üniversitesi Güzel Sanatlar Akademisi'nin deniz kenarındaki çöplerini almak üzere şoför Mutalip Kalemköy ve diğer temizlik işçisi İlyas Karaçayır ile birlikte 18.01.1996 tarihinde davalı işveren tarafından görevlendirildiği, öğle tatili için ara verildiği sırada muris sigortalının kaybolup bir daha da kendisin-

den haber alınmadığı hususu 20.05.2005 tarihli müfettiş raporu içeriği ve yukarıda adı geçen diğer iki görevlinin ifadeleri ile sabit olup bu hususta taraflar arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ayrıca, 01.04.1988 tarihinde davalı belediyede temizlik işçisi olarak çalışmaya başlayan murisin 18.01.1996 tarihine kadar 7 yıl 8 ay 25 gün kesintisiz olarak hizmet verdiği ve Beyoğlu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin onanarak kesinleşen 27.06.2002 tarihli kararı ile Medeni Kanun'un 32. maddesine göre 18.01.1996 tarihi itibarıyla gaipliğine hükmedildiği anlaşılmaktadır.

İş kazası 506 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin (a), (b), (c), (d), (e) bentlerinde sınırlayıcı bir şekilde sayılmış olup bu bentlere girmeyen zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası sayılması mümkün değildir, iş kazasından söz edebilmek için zararlandırıcı sigorta olayının ani, beklenmedik bir dış etken sonucu gerçekleşmesi ve olayla iş arasında uygun neden-sonuç bağının bulunması ve

kanıtlanması gereklidir. Gaip olduğu tartışmasız olan sigortalının iş kazasına uğradığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ispatlanamamıştır. 18.01.1996 tarihinden itibaren dokuz yıldan fazla bir süre geçtikten sonra hak sahiplerince kuruma yapılan 28.03.2005 tarihli başvuruya istinaden olayın iş kazası olarak kabulüne imkân bulunmadığından ispatlanamayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür.

O halde; davalı kurum ile davalı belediye başkanlığının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

## SONUÇ

Açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde dâhili davalıya iadesine 15.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## İNCELEME

Davalı Belediyede temizlik işçisi olarak çalışan sigortalı İsmail Şahin, biri şoför olmak üzere diğer iki işçiyle birlikte Mimar Sinan Üniversitesi Güzel Sanatlar Akademisi'nin deniz kenarındaki çöplerini toplamak için 18.1.1996 tarihinde görevlendirilmiştir. Öğle dinlenmesi sırasında İsmail Şahin ortadan kaybolarak kendisinden bir daha haber alınmamıştır. 27.6.2002 kesinleşme tarihli ilamla, Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesi gereğince İsmail Şahin'in 18.1.1996 tarihinden itibaren gaipliğine hükmedilmiştir.

Gaip sigortalının eşi ve çocukları 28.3.2005 tarihinde gaipliğe konu olayın iş kazası niteliği ve hak sahipliği bakımından Sosyal Sigortalar Kurumuna başvuruda bulunmuşlar, müteakiben olayın iş kazası olarak tespiti için açtıkları dava sonucu yerel mahkemece murisleri sigortalının gaipliğiyle sonuçlanan olayın 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m.11/A-a,b kapsamında iş kazası olduğunun tespitine karar verilmiştir. Yerel mahkemenin bu kararı,

gaiplikten itibaren dokuz yıldan fazla bir süre geçtikten sonra hak sahiplerince olayın ani, beklenmedik bir dış etken sonucu gerçekleştiği ve olayla iş arasında uygun neden-sonuç bağının bulunduğu kuşkuyla yer vermeyecek şekilde kanıtlanmadığı, dolayısıyla olayın 506 sayılı Yasa'nın 11/A maddesinin a, b, c, d, e bentlerinde iş kazası olarak kabul edilen hal ve şartlardan herhangi birisine uygun düşmediği gerekçesiyle, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nce oybirliğiyle bozulmuştur.

## DEĞERLENDİRME

Hukuki uyumsuzluğa konu olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun iş kazası kavramını düzenleyen 11/A maddesinde<sup>1</sup> hangi koşullar altında gerçekleşen bir olayın iş kazası sayılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre "İş kazası, aşağıdaki hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır:

## Kural olarak sigortalının gördüğü iş ile kaza arasında ve kaza ile zarar arasında “uygun nedensellik ilişkisinin bulunması” gerekmektedir.

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla, c) Sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalının işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında”.

O halde, 506 sayılı Yasa'nın 11/A maddesi çerçevesinde bir iş kazasından söz edebilmek için öncelikle “aynı Yasa'nın 2. maddesi gereğince sigortalı olmak ve fakat 3. maddesindeki sigortalı sayılmayanlar arasında yer almamak” gerekmektedir. İkinci olarak, sigortalı bir “kazaya maruz kalmalıdır”. Borçlar Hukukundaki “kaza” kavramının bazı özelliklerini taşımakla birlikte İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku yönünden temel alınacak kaza kavramı, “bir olayın dıştan (harici) etkenden kaynaklanması; olayın gerçekleşmesinde sigortalının kastının bulunmaması<sup>2</sup> ve olayın aniden (birdenbire) meydana gelmesi” şeklindedir. Üçüncü olarak, sigortalı kaza nedeniyle bedensel ve/veya ruhsal bir “zarara uğramalıdır”. İş ve sosyal güvenlik hukuku bakımından zarar, sigortalının kaza yüzünden geçici veya kalıcı işgöremezliğe uğraması ya da ölmesidir. Ölümün iş kazası veya meslek hastalığı kavramı dışındaki sebeplerle gerçekleşmesi durumunda ise, 506 sayılı Yasa'nın 65 vd. maddelerindeki ölüm sigortası hükümleri devreye girecektir. Nihayet, kural olarak sigortalının gördüğü iş ile kaza arasında<sup>3</sup> ve kaza ile zarar arasında “uygun nedensellik ilişkisinin<sup>4</sup> bulunması” gerekmektedir<sup>5</sup>.

Kanımızca incelemeye konu Yargıtay bozma kararının gerekçelerinde gaiplik kararının sonucu olarak sigortalı İsmail Şahin hakkındaki ölüm varsayımının 506 sayılı Yasa m.11/A'nın unsurlarından olan “harici, ani bir etkenle bedensel veya ruhsal zarara uğrayıp uğranma-

dığının ispatlanmasında hukuken geçerlilik taşımadığı”; öte yandan gaiplik kararının bedensel veya ruhsal bir zararı içerecek tarzda ölüm anlamını taşıdığı bir an için kabul görse dahi, “gaipliğe bağlı ölüm olayıyla sigortalıca yürütülen iş arasında bir uygun illiyet bağının bulunduğu ispatlanamadığı” hususlarına değinilmiş görünmektedir. Buna bağlı olarak öncelikle, Türk Medeni Kanunu 32. maddesindeki gaiplikle ilişkili yasal ölüm varsayımının sosyal sigortalar hukuku açısından 506 sayılı Yasa m.11/A da geçen anlamıyla bir bedensel ve/veya ruhsal zarara karşılık gelip gelmeyeceğinin değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Kanımızca 11/A'da ölümden söz edilmeksizin sadece bedensel ve/veya ruhsal zarardan bahsedilmesi, 506 sayılı Yasa'nın 11/A maddesinin aradığı nitelikte bir zararın Medeni Kanun uyarınca alınan gaiplik kararına bağlı ölüm anlamını da kapsadığı sonucunu doğurmamalıdır. Zira, ölüm sigortasının düzenlendiği 506 sayılı Yasa m.65 ve devamında yalnızca sigortalının “ölümünden” söz edilmekte, m.11/A'dakinin aksine, açıkça bedensel ve/veya ruhsal bir zarardan bahsedilmemektedir. Dolayısıyla, öncelikle lafzi yorumla ölüm sigortası yönünden sigortalı hakkında verilen gaiplik kararının 506 sayılı Yasa 65 vd. maddelerinde şart kılınan nitelikte bir ölüm olarak değerlendirilmesi imkanı bulunmaktadır. Buna karşın, 506 sayılı Yasa m.11/A metninden açıkça anlaşılan husus, sigortalının ölümünün bedensel bir zarar olarak gözle görülür biçimde ispatlanmış olmasının şart koşulduğu, böylece yaşayıp yaşamadığı, dolayısıyla bedensel bir zarara uğrayıp uğramadığı şüpheli olan gaip sigortalı bakımından

**Lafzi yorumla ölüm sigortası yönünden sigortalı hakkında verilen gaiplik kararının, 506 sayılı Yasa 65 vd. maddelerinde şart kılınan nitelikte bir ölüm olarak değerlendirilmesi imkanı bulunmaktadır.**



ispatlanması mümkün olmayan zararın, Me-deni Kanun çerçevesindeki gaiplik kararıyla ispatlanmış sayılamayacağıdır. Burada şu düşünce de akla gelebilir: Acaba 506 sayılı Yasa m.11/A'da izlenen amaç, gaipliğe bağlı ölümün de zarar kavramına sokulmuş olup olmayacağı, yani lafzı ile amaç arasında uyumsuzluk olup olmadığıdır. Bu halde genişletici bir yorumla, m.11/A'nın gaipliğe bağlı ölümü de içerdiği sonucuna gitmek olasıdır<sup>6</sup>. Nitekim, iş hukukundaki işçi lehine yorum ilkesi<sup>7</sup> gibi, sosyal sigortalar hukukunda da sigortalı lehine yorum ilkesi yargı kararlarıyla kabul görmektedir<sup>8</sup>. Ancak burada, yasa koyucunun sigortalıların menfaatleriyle tüm sigortalı topluluğunun çıkarlarını temsil eden Sosyal Sigortalar Kurumu'nun finansman yapısının korunması arasında bir denge sağlamayı amaçladığı da akla gelebilecektir. Bu itibarla kanımızca, kısa vadeli sigorta

hallere münhasır olmak üzere, istisnai ve şüpheli bu gibi durumlarda sigortalının geride kalanlarının haklarının korunması amacıyla, özel düzenlemelerle, gaipliğin iş kazası olarak değerlendirilebilmesi kabul edilmiştir. Örneğin Güney Kore hukukundaki kamusal nitelikteki İş kazası Tazminat Sigortası Kanunu'nda hava veya deniz taşıtında bulunan bir işçi kaza sonucu kaybolarak ölü veya sağ olarak bulunmadığı ya da bir işçi yolcu sıfatıyla hava veya deniz taşıtında bulunurken kaybolduğu yahut "diğer başka sebeplerle" ölü veya sağ bulunmadığı takdirde, gaibin hak sahiplerine, çalışmayla (işle) ilişkili sebeplerle (iş kazasından) ölenlerin hak sahiplerine öngörülen edimler sağlanacaktır<sup>9</sup>.

Yargıtay'ın bu kararında değinilen diğer gerekçe gaipliğe bağlı ölüm olayıyla sigortalıca yürütülen iş arasında bir uygun illiyet bağının

**Gaiplik kararına bağlı ölümün m.11/A'daki bedensel veya ruhsal zarara uğrama anlamını karşıladığı kabul edilecek olsa dahi, yani bedensel veya ruhsal zarara uğradığı gaipliğe bağlı ölüm karinesiyle kabul edilmiş olsa bile ölümün yürütülmekte olan işle ilgili olarak gerçekleşip gerçekleşmediği yönü belirsiz kalmaktadır ki, bu yönden uygun illiyet bağı kurulamamış olmaktadır.**

kolu olan iş kazası ve meslek hastalıklarından ölüm geliri bağlanması bakımından, prim-edim karşılıklılığının sıkı olduğu uzun vadeli sigortalardan ölüm sigortasından ölüm aylığı bağlanmasından farklı biçimde, sigortalının yaşayıp yaşamadığı belirsiz olan gaipliğe bağlı ölüm kavramının iş kazası kavramı yönünden ölüm olarak sigortalı lehine yorum şeklinde kabul görmemesi, Kurumun menfaatlerinin daha ağır basması sebebiyle, yasa koyucunun amacına da uygun düşecektir. O halde Sosyal Sigortalar Yasası'nda gaiplik kararının açıkça iş kazası bakımından ölüm olarak kabul edildiğine yönelik açık bir hüküm olmadığı sürece, gaipliğin iş kazası bakımından ölüm olarak değerlendirilememesi kanımızca uygun olacaktır. Dış hukukta da, sigortalıların gördüğü işin niteliği açısından gaipliğin sıklıkla ortaya çıkabildiği

bulunduğunun ispatlanamadığıdır. Gerçekten de karara konu olayda sigortalının gaipliğine yol açan duruma ilişkin emareleri destekleyecek nitelikte tanık anlatımları bulunmamaktadır. En azından, kaybolmasından önce diğer işçiler tarafından gaip sigortalının ara dinlenmesi sırasında (işverence yürütülen iş sırasında boşta geçen zamanlarda gaip sigortalının hayatın olağan akışına uygun bir davranış biçimi sergilediği de varsayılarak) kazayla denize düştüğü görülmüş olsaydı, bedeni bulunamamış dolayısıyla bedensel veya ruhsal bir zarara uğradığı kanıtlanamamış olsa bile, gaiplik kararı doğrultusunda ölüm olgusunun sigortalının işvereni için yürütmekte olduğu görev sırasında meydana geldiği sonucuna varılarak, olay 506 sayılı Yasa m.11/A-b kapsamında bir iş kazası sayılabilirdi. Ancak denize düştüğünün görül-

mesi gibi bir olay söz konusu olmadığından, gaiplik kararına bağlı ölümün m.11/A'daki bedensel veya ruhsal zarara uğrama anlamını karşıladığı kabul edilecek olsa dahi, yani bedensel veya ruhsal zarara uğradığı gaipliğe bağlı ölüm karinesiyle kabul edilmiş olsa bile ölümün yürütülmekte olan işle ilgili olarak gerçekleşip gerçekleşmediği yönü belirsiz kalmaktadır ki, bu yönden uygun illiyet bağı kurulamamış olmaktadır. Amerikan hukukunda da bir yüksek mahkeme kararında, sigortalının salt kaybolarak kendisinden uzun süre haber alınamaması üzerine hak sahiplerince alınan gaiplik kararının, ölümcül zarar ile istihdam riski arasında bir uygun illiyet bağının kurulduğunu göstermediğini, ortada ispat açısından bedensel zarar ile gerçek bir çalışma riski arasında ilişki kurmaya yeterli derecede inandırıcı deliller olmadığı gerekçesiyle, kaybolma olayının çalışmayla ilişkili ve çalışma sırasında gerçekleşen ölümcül bir kaza olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

Buraya kadar belirtilen hususlarda, değinilen sebeplerle Yargıtay'ın kararındaki gerekçelere katılmak mümkün olabilir. Ancak 10. Hukuk Dairesi'nin kararında geçen bir başka gerekçe cümlesindeki şu yöne katılmak mümkün görülmemektedir: "18.01.1996 tarihinden itibaren dokuz yıldan fazla bir süre geçtikten sonra hak sahiplerince kuruma yapılan 28.03.2005 tarihli başvuruya istinaden olayın iş kazası olarak kabulüne imkân bulunmadığından ispatlanamayan davanın reddine". Buradaki ifade sanki şuna yol açmaktadır: Hak sahipleri Kuruma daha kısa sürede başvursaydı, ispat yönünden elverişli durumda olurlardı. İncelemeye konu karardaki dava bir sigortalı hizmet tespiti davası olsaydı, Yargıtay'ın "çok eski tarihlere uzanan sigortalı hizmetlere dair tanık ifadelerinin kabulü halinde, çok eskiyi eksiksiz hatırlayabilmenin hayatın olağan akışına uygun düşmeyebileceği, ayrıca delillerin elverişliliğini yitirmesiyle ve kamu düzeninin olumsuz etkilenmesiyle sonuçlanabileceği hususlarına da haklı olarak işaret ettiği kararlarında olduğu gibi<sup>11</sup>, benzer bir uygulamayı sürdürdüğü sonucuna varılabilirdi. Ancak bu dava hizmet tespitiyle ilgili olmayıp, iş kaza-

sı tespitidir. Tanık ifadeleri olaydan 9 yıl sonra dahi alınmış olsa, örneğin gaip sigortalının denize düştüğünü gören tanık ifadeleri ortaya çıktığında, salt bir düşme olayının tanıklarca nasıl olur da 9 sene sonra hatırlanabildiği gibi bir şüpheli durumun yaratılmasına herhalde imkan yoktur. Bu sebeple, kısıtlı karar metninden anlayabildiğimiz ölçüde, Yargıtay'ın, karar gerekçesindeki "9 yıl geçtikten sonra ispatın elverişliliğini yitirdiği" gibi bir sonuç çıkarmaya götürebilecek ifadesine, kanımızca katılmak mümkün değildir.

## SONUÇ

İncelemeye çalıştığımız Yargıtay kararında varılan gerekçelere (9 yıldan fazla geçmiş başvurunun ispat elverişliliğini yitirmesi yönü hariç olmak üzere), gaiplik olayı tarihindeki veya yürürlükteki mevzuatımızdaki hükümler dikkate alındığında, kanımızca katılmak mümkündür. Ancak gaip sigortalıların hak sahiplerinin de haklarının şüpheli bir olay nedeniyle ellerinden alınmayıp, bilakis korunmaları için, yabancı hukuklarda görüldüğü gibi, özellikle deniz, hava taşıtlarında veya madenlerde çalışma biçimlerinde olduğu üzere, sigortalıların kaybolarak ölü veya sağ olarak bulunmalarına imkan olmayan durumlarda gaipliğin iş kazası olarak değerlendirebildiği hal ve koşulların açık bir biçimde yasa hükmüyle düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yapılmadığı sürece, kanımızca gaiplik nedeniyle ölüm varsayımının yorum yoluyla da olsa iş kazası olarak değerlendirilmesine olanak yoktur.

## DİPNOTLAR

- 1 Bazı hükümleri hariç olmak üzere 506 sayılı Yasa'yı yürürlükten kaldıran 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesinde de, incelemeye konu olayın oluşumuyla ilgili yönleri itibarıyla, iş kazası kavramı (sigortalı tipleri bakımından farklılıkları da dikkate alınmaz ise), tamamen olmasa da temelde büyük ölçüde benzerlik göstermektedir.
- 2 Sigortalının kastının olayın iş kazası olarak kabulünde etkili olup olmadığı yönünde doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. (Bu konuda bkz. dipnot 3'deki eserler). Yargıtay kararlarında da bu yön istikrara kavuşmamıştır. Örneğin, 9. HD. 21.10.1969, 7602/10056 s.lı kararında (Bkz. Mustafa ÇENBERCİ, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, s. 122) kasıtlı davranış iş kazası saymış iken, Y. 10. HD., 29.3.1979, 1978/8413, 1979/2759 s.lı

- kararında (Yargıtay Kararları Dergisi, 1979/8,s.1167) iş kazası saymış, Hukuk Genel Kurulu 15.4.1987, 10-644/330 s.lı kararında (Yargıtay Kararları Dergisi, 1988/7, s. 891) iş kazası saymamış; 10. HD. 13.10.1987, 5024/5139 s.lı kararında (Yargıtay Kararları Dergisi, 1987/12, s. 1787) iş kazası saymamış iken, 5.7.2004, 4465/6425 s.lı kararında (Bkz. Legal Hukuk Dergisi, 2004/20, s. 2267) iş kazası olarak kabul etmiştir. Ancak geneli itibariyle, Yargıtay'ın m.11/A-a çerçevesindeki kazalarda görülen iş ile kaza arasında bağ olup olmaması veya kasta dayanıp dayanmaması noktalarında sigortalı lehine olarak çok esnek karar verdiği görülmektedir.
- 3 Yargıtay'ın m.11/A-a çerçevesindeki kazalarda görülen iş ile kaza arasında bağ olup olmaması noktalarında sigortalı lehine olarak çok esnek karar verdiği görülmektedir. 11/A-a açısından kazaların değerlendirilmesindeki esneklik, kasıtlı davranışların, özellikle intiharın iş kazası olarak kabul edildiği kararlarında da görülmektedir.
- 4 Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana teamülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki ilişkiye,uygun illiyet bağı denilmektedir (Bkz. Fikret EREN, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 21 vd.)
- 5 506 ve 5510 sayılı Yasalar kapsamında iş kazası kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Bkz. Reşat ATABEK, İş kazası ve Sigortası, İstanbul 1978, s. 42 vd.; Müjdat ŞAKAR, Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 2006, s. 159 vd.; Can TUNCAY/Ömer EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, s. 292 vd.; Ali GÜZEL/Alı Rıza OKUR/Nurşen CANİKLİOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2009 s. 315 vd.; M. Refik KORKUSUZ/Suat UĞUR, Yeni Mevzuata Göre Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Adana 2009, s. 216 vd.; M. Fatih UŞAN, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2009, s. 171 vd; Yusuf ALPER, Türkiye'de Sosyal Güvenlik-Sosyal Sigortalar, Bursa 2003, s. 212 vd.; Ali Nazım SÖZER, 506 Sayılı Yasada İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sigortası, Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 407 vd; Savaş TAŞKENT, İş kazası Kavramı, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, II, İstanbul 2001, s. 1951 vd.; Ali TEZEL/Resul KURT, Sosyal Güvenlik Reformu, Yorum ve Açıklaması-5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Ankara 2009, s. 98 vd., Coşkun SARAÇ, Sosyal Sigorta Kurumları ve İşveren Açısından İş kazası Kavramı, Ankara 1998, s. 16 vd.
- 6 Amaca uygunluk ve genişletici yorum hakkında bkz. Ali Nazım SÖZER, Hukukta Yöntembilim-Yorum Yöntemleri, Hukuk Oluşturma Yöntemleri (Yargıç Hukuku), İzmir 2008, s. 69 vd.
- 7 Bkz. SÖZER, Hukukta Yöntembilim, s. 96 vd.
- 8 Sigortalı lehinde değerlendirme ilkesinin uygulandığı bazı kararlar için bkz. Y. 10. HD. 25.9.1980, 4836/5378 ve Y. 10. HD. 9.4.1984, 1886/1976 (Mustafa ÇENBERCİ, s. 119); Y. 10. HD. 11.4.1988, 2165/2355 (<http://www.kazanci.com>).
- 9 Bkz. Industrial Accident Compensation Insurance Act m. 39, 62 (<http://www.asianlii.org/kr/legis/laws/iacia416/>)
- 10 Bkz. Virjinya Yüksek Mahkeme Kararı ([http://nadoka.vipnet.org:8080/search97cgi/s97\\_cgi?action=View&VdkVgwkKey=.%2F.%2F.%2F.%2F.%2Fhome%2Fstate%2Fvwc%2FREV1991%2F1466504.REV&doctype=raw&Collection=vwc&](http://nadoka.vipnet.org:8080/search97cgi/s97_cgi?action=View&VdkVgwkKey=.%2F.%2F.%2F.%2F.%2Fhome%2Fstate%2Fvwc%2FREV1991%2F1466504.REV&doctype=raw&Collection=vwc&))
- 11 Bu konuda bkz. Coşkun SARAÇ, İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü, Ankara 1998, s. 202 vd.

Doç. Dr. Adnan GERÇEK

Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Anayasa Mahkemesi'nin Vergi Düzenlemelerine İlişkin Son İptal Kararının Hukuk Devleti Açısından Değerlendirilmesi

## GİRİŞ

Vergileme, devletin en önemli egemenlik alanlarından biridir. Bu nedenle vergileme ile hukuk devleti normları arasında özel bir ilişki bulunmaktadır. Hukuk devletinde vergilendirme yetkisi sınırsız olmayıp, kişilere tanınan bazı haklar çerçevesinde sınırlandırılmaktadır. Devletin üstün gücünü sınırlayan ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan anayasalarda, vergilendirme sırasında uyulması gereken kurallar ve kişilerin devlete karşı olan hakları düzenlenmiştir.

Hukuk devletinde vergileme işleminin de hukuka uygun olması gerekir. Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen ilkeler çerçevesinde oluşturulmayan bir vergi sisteminin hukuka uygun olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Vergi kanunlarında düzenleme yapılırken vergileme ilkelerine ve anayasal güvence altına alınmış olan genel hukuk kurallarına uyulması, bunların Anayasa Mahkemesi tarafından iptali sonucunu doğurmaktadır.

Bu çalışma, hukuk devleti açısından vergi

kanunlarında yapılan düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine ilişkin kararın esaslarının değerlendirilmesine yönelik olarak kaleme alınmıştır. Böylece vergileme sırasında hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünün esas alınması gerektiğine bir kez daha vurgu yapılması amaçlanmıştır.

## 1. HUKUK DEVLETİ VE VERGİLEME İLİŞKİSİ

“Toplumsal örgütlenmenin, yüzyıllar boyu “Mülk” ve “Polis-Devlet” gibi çeşitli aşamalardan geçtikten sonra ulaştığı çağdaş, en ileri düzey ve düzen kuşkusuz çoğulcu, demokratik “Hukuk Devleti”dir<sup>1</sup>. “Hukuk Devleti” kavramı hukuk sistemimize yazılı olarak 1961 Anayasası'nda girmiş ve 1982 Anayasası'nın “Cumhuriyetin Nitelikleri” kenar başlıklı 2. maddesinde yer alan “Türkiye Cumhuriyeti, ... demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir” hükmü ile yerini pekiştirmiştir. Hukuk devleti, üstün güç sahibi olan devlete karşı kişilerin hukuki güvenlik içinde korunması düşüncesinin bir ürünüdür. Hukuk devleti,

devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlanması suretiyle, kişilerin hukuki güvenliğini sağlayan bir devlet sistemini ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında hukuk devletinin tanımı; "Hukuk devleti, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, kazanılmış haklara saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, bütün eylem ve işlemleri Anayasa ve hukuk kurallarına uygun ve yargı denetimine açık bulunan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir."<sup>2</sup> şeklinde yapılmıştır.

Kısacası Anayasa Mahkemesi, hukuk devletini yasaların üzerinde kanun koyucunun dahi bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile anayasanın bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlet olarak tanımlamıştır. Yani hukuk devleti en genel anlamıyla, hukuka bağlı devleti ifade eder. Böylelikle bütün devlet organlarının (yasama, yürütme, yargı) hukuk kurallarına bağlı olmasının temel şart olduğu görülür. Bu şart içinde devletin koyduğu kurallara başta kendisinin uyması da vardır<sup>3</sup>. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, hukuk devletinde sadece kişiler değil, idare de hukuk kurallarıyla bağlıdır. Bu nedenle, hukuk devleti kavramı özellikle vergi hukuku açısından bir sınır özelliğini taşımaktadır. Çünkü devlet vergilendirme yetkisini kullanarak kişilerin hak ve özgürlük alanlarına müdahale ettiğinden, bunun sınırının tespit edilmesi gerekmektedir<sup>4</sup>.

Hukuk devletinde, devlet, vergilendirme yetkisini hukuk kuralları çerçevesinde kullanır. Vergileme işlemine ilişkin düzenlemeler verginin taraflarına ait hak ve yetkileri kapsamaktadır. Vergileme ilişkisinin bir tarafında devlet ve vergileme yetkisi devredilmiş kamu tüzel kişileri, diğer tarafında ise kendilerine vergi borcu düşen mükellef ve vergi sorumluları yer alır. Hukuk devleti vergilendirme yetkisini kullanırken; kanuni idare ilkesi, kanunilik ve eşitlik ilkesi, mali güce göre vergileme ilkesi, kazanıl-

## Kanun devleti başka şeyi, hukuk devleti başka şeyi ifade etmektedir.

mış hakların korunması ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması ilkesi gibi birçok ilkeyi gözetmek zorundadır.

Diğer yandan hukuk devleti ilkesinin temel şartlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesi, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, tutumunu ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla gerek hukuk devleti ilkesinin, gerek vergilendirmede kanunilik ilkesinin bir uzantısı olarak belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geriye yürümezlik ve hukuki istikrar ilkeleri de vergi hukukunda geçerli temel ilkeler arasındadır.

Vergilendirme yetkisini kanun çıkartmak suretiyle kullanmak devletin, hukuk devleti gereklerini yerine getirdiği anlamına gelmez. Çünkü kanun devleti başka şeyi, hukuk devleti başka şeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla bir konuda sadece kanun çıkarmak, hukuki olmak demek değildir. Kanunların içeriği hukukun temel normlarını kapsadığı ölçüde devlet, hukuk devleti haline gelir. Bu nedenle, önemli olan yapılan düzenlemelerin hukuk ilkelerine uygun olması ve bunların hukuka uygun bir şekilde uygulanmasıdır.

Vergilendirme yetkisinin hangi ilkeler çerçevesinde kullanılacağı Anayasa tarafından belirlenmiştir. Dolayısıyla, bu ilkelere uygun olmayan düzenlemeler getiren kanunlar Anayasa'ya konu bakımından aykırı olacaktır<sup>5</sup>. Bu nedenle, kanuni düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi görevini yürüten Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da belirtilen temel ilkelere uyulmadan yürürlüğe sokulan vergisel düzenlemeleri iptal etmektedir.

## II. ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN İPTAL EDİLEN VERGİSEL DÜZENLEMELER

Anayasa Mahkemesi'nin 15 Ekim 2009 tarihli toplantısında, vergi hukuku alanındaki düzenlemelerde hukukun üstün tutulması gerektiği

bir kez daha vurgulanarak, vergi mükelleflerini ilgilendiren önemli kararlar alınmıştır. Bu kararlar ile, başta hukuki güvenlik ilkesi olmak üzere birçok vergileme ilkesine uyulmadan yürürlüğe sokulan bazı konularla ilgili vergisel düzenlemeler iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları şu konulardadır:

## A. Yatırım İndiriminden

### Yararlanılmasında Süre Kısıtlaması

Hatırlanacağı üzere 5479 sayılı Kanun'un<sup>6</sup> 2. maddesiyle Gelir Vergisi Kanunu'nun "Ticari ve Zirai Kazançlarda Yatırım İndirimi İstisnası" başlıklı 19. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve yatırım indirimi istisnası uygulamasına 01.01.2006 tarihinden itibaren son verilmişti. Aynı Kanun'un 3. maddesiyle Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 69. madde ile, mükelleflerin yatırım indirimi istisnasının kaldırıldığı dönem itibariyle hak kazanmış oldukları yatırım indirimi istisnası tutarlarını kullanmaları bir süre ile sınırlandırılmıştı. Buna göre, mükellefler mevcut yatırım indirimi istisnası tutarlarını 2006, 2007 ve 2008 yıllarına ait kazançlarından indirebilecekler; ancak bu yıllara ilişkin beyan edilen kazançlardan indirilemeyen bir kısım kalması halinde, kalan tutarlar 2008 yılından sonraki yılların kazançlarından indirilemeyecek.

Anayasa Mahkemesi Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 69. maddesinde yer alan "sadece 2006, 2007 ve 2008 yıllarına ait" ibaresini iptal ederek kazanılmış yatırım indiriminden yararlanma hakkını yok eden ve hukuki güvenlik ilkesine aykırı düzenlemeyi, Resmi Gazete'de yayımlanması ile birlikte yürürlüğe girmek üzere, iptal etmiştir. İstisnaya konu iktisadi kıymete ilişkin harcamaların yapıldığı yılda başlanması ve indirilecek tutara ulaşıncaya kadar devam olunması biçimindeki yatırım indirimi istisnası, bu istisnadan yararlanmaya zamanında yürürlükteki mevzuata göre hak kazananlar, böylece bu haklarına kavuşmuş olurlar.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi bu kararı ile yatırım indirimi hükümlerini 01.01.2006 tarihi itibariyle yürürlükten kaldıran düzenlemeyi de iptal etmiştir. Böylece mükellefler 5479 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 08.04.2006 tarihine kadar yaptıkları yatırımlar bakımından

da yatırım indiriminden yararlanabileceklerdir.

Bu iptal kararının yayımlanmasının ardından, konu ile ilgili dava açanlar ve açmayanlar açısından iki farklı durum ortaya çıkacaktır. İhtirazi kayıtlı beyanname verip dava açanların, karara bağlanmamış davaları ortaya çıkan yeni hukuki duruma göre sonuçlandırılacaktır. Yani, bu durumdakiler kısıtlamaya tabi olmadan kalan yatırım indirimlerini eski hükümlere göre kullanabilecekler. Dava açmayanlar ile dava açıp davası kesin karara bağlananlar açısından ise durum bu kadar açık değildir. Geçmişte yatırım indirimindeki stopaj konusunda yaşananlarda olduğu gibi, ortaya çıkan yeni durum dava açanlar ve açmayanlar arasında eşitsizlik yaratacaktır. Dava açmayanlar, düzeltme talebinde bulunup ardından dava açması yolunu deneyebilirler<sup>7</sup>. Ancak bütün bu süreçleri izlemek yerine, Maliye Bakanlığı'nın bir genel tebliğ yayımlayarak mükelleflerin bu imkandan yararlanmasını sağlayacak bir açıklama yapması, yaşabilecek sorunları ortadan kaldıracaktır.

## B. Ücretlilere Uygulanacak Vergi Tarifesi

Vergi teorisinde geçerli olan kurallardan biri de "ayırma kuramı" olarak ifade edilen ve emek yoğun gelirlerin diğer gelirlere göre daha az vergilendirilmesini öngören kuraldır. Ülkemizde, doğrudan kişisel emeğini koyarak gelir elde eden kişilerin sermaye sahibi olarak paradan para kazanan kişilerden daha düşük oranda vergi ödemesini sağlamak amacıyla, ücret gelirlerine Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. maddesindeki gelir vergisi tarifesi 5 puan düşük uygulanmaktaydı.

5749 sayılı Kanun ile yapılan bir diğer değişiklik ile Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. maddesinde yer alan gelir vergisi tarifesinin ücret gelirleri için 5 puan düşük uygulanmasına ilişkin düzenleme 01.01.2006'dan itibaren kaldırılmış ve böylece herkes aynı tarife üzerinden vergilendirilmeye başlanmıştır. Bu husus eşitlik ilkesini zedelemiş ve adil bir vergilendirme yapılmasına engel olmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Gelir Vergisi Kanunu'nun 103. maddesinde yer alan "yüzde 35 oranının" ücretlilerin vergi yükünü artırması nedeniyle iptal

etmiştir. İptal kararı, Resmi Gazete’de yayımlanmasından 6 ay sonra yürürlüğe girecektir. Bu kararın yürürlüğe girmesinin ardından, ücretliler için uygulanabilecek en yüksek gelir vergisi oranı yüzde 27 olacaktır. Böylece, emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre daha düşük oranda vergilendirilmesini ifade eden “ayırma kuramı” vergi sistemimizde korunmuş olacaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, uygulamada bu karar sınırlı sayıda ücretliyi ilgilendirmektedir. Çünkü 2009 yılında geçerli olan gelir vergisi tarifesine göre, yüzde 35’lik oran, sadece vergiye tabi geliri yıllık 50.000 TL’yi aşanlara uygulanmaktadır.

### C. Yerli Ve Yabancı Yatırımcıdan Yapılan Kesinti Oranları

5527 sayılı Kanunla<sup>8</sup> yapılan düzenleme ile Gelir Vergisi Kanunu’nun geçici 67. maddesine “dar mükellef gerçek kişi ve kurumlar için bu oran yüzde 0 olarak uygulanır” ibaresi eklenmiştir. Böylece, 2006’dan bu yana yabancı yatırımcıların hazine bonosu, devlet tahvili ve yatırım fonu gibi menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarından elde ettikleri gelirlere “sıfır” oranında stopaj uygulanır iken, yerli yatırımcılar için bu oran % 10 olarak belirlenmiştir. Stopaj oranında yabancılar lehine ayrımcılık yapan ve Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturan bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararı, Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak 9 ay sonra yürürlüğe girecektir.

Bu karar ile tasarrufları doğrudan sermaye piyasası araçlarına yatırmak yerine, yurtdışından dolaştırarak hülle yapmayı teşvik eden ve Türkiye Hazinesi’ne girmesi gereken vergileri diğer ülkelerin hazinesine nakleden düzenleme vergi kanunlarından ayıklanmıştır. Bu karar doğrultusunda yapılması gereken yeni düzenleme Türkiye’nin borçlanması ve sıcak para girişi üzerinde etkili olacaktır.

### D. Zamanaşımının Durdurulması

Anayasa Mahkemesi ayrıca, Vergi Usul Kanunu’nun 114. maddesinde yer alan “zama-

## Vergi kanunlarında düzenlemeler yapılırken hukukun genel ilke ve kuralları gözetilmek zorundadır. Hukuk devletinin olmazsa olmaz kuralı budur.

naşımı” konusunda da iptal kararı vermiştir. Bu iptal kararı, Resmi Gazete’de yayımından 6 ay sonra yürürlüğe girecektir. İptal edilen ikinci fıkra, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulmasının zamanaşımını durduracağı yönünde hüküm içeriyordu. Bilindiği gibi, takdir komisyonunda kararların çıkması bazen 4-5 yılı bulabilmekte ve bu sürede zamanaşımı işlememekle birlikte, geçen süre için mükellef aleyhine gecikme faizi hesaplanmaktaydı<sup>9</sup>. Böylece mükelleflerin kendi kusurları olmadan gereksiz bir şekilde yüksek gecikme faizi ödemeleri söz konusu olmaktadır. Bu iptal kararından sonra, takdir komisyonları gereksiz yere işlemlerini uzatmayacak ve artık daha düzenli çalışması gerekecektir.

## III. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonra Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan açıklamaya göre, gerekçeli karar beklenilmekle birlikte bu karar yayımlansa bile yeni düzenleme yapılma sürelerinin sonuna kadar mevcut uygulamaların aynen devam ettirileceği belirtilmektedir. Ayrıca, yeni düzenlemeler yapılırken bir taraftan bütçe disiplini, diğer taraftan da Türkiye’nin yatırım iklimini iyileştirme amacının referans olarak esas alınacağı vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren yürürlüğe girdiği ve geriye yürümediği özelliği dikkate alındığında, kararların yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında iptal kararı verilen düzenlemelerin geçerliliği devam edecektir. Ülkemizde maalesef Anayasa Mahkemesi’nin gerekçeli kararlarının yayımlanmasında gecikmeler yaşanmaktadır. Bu durum ise, Anayasa’ya aykırı-

rı düzenlemelerin uygulanmaya devam edilmesine yol açmakta ve adalet duygusu ile hukuka güveni ortadan kaldırmaktadır<sup>10</sup>.

Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarının yürürlüğe giriş tarihinin ileri bir tarih olarak belirlenmesi, bu kararların görülmekte olan davalarda hemen uygulanmasına engel değildir. Nitekim Danıştay'ın görüşü, "Anayasa'ya aykırılığı sabit olmuş hükümlerin kararlara esas olamayacağı" yönünde gelişmiştir. İdarelerin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği bilinen bir kanun hükmüne dayanarak iptal kararı verdiği tarihten itibaren işlem tesis etmeye devam etmeleri, hukuk devleti ilkesine ve kamu yararına uygun davranma zorunluluğu kuralına aykırıdır.

Maliye Bakanlığı'nın bir genel tebliğ yayımlayarak mükellefler ile ilgili iptal kararına uygun işlemler yapılacağını açıklaması, gereksiz bir yargı yükünü önleyecek ve mükellef haklarına saygı duyulması açısından da olumlu bir gelişme olacaktır.

Genel olarak değerlendirildiğine, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı vergileme işinin her şeyden önce hukuk işi olduğunu bir kez daha kanıtlamıştır. Bu nedenle, vergi kanunlarında düzenlemeler yapılırken hukukun genel ilke ve kuralları gözetilmek zorundadır. Hukuk devletinin olmazsa olmaz kuralı budur. Diğer taraftan, kanuni düzenlemeler yapılırken, mükellef haklarının ihlal edilmemesine de dikkat edilmelidir. Çünkü artık mükellefler, haklarının savunulmasına yönelik girişimlerini her geçen gün artırmaktadırlar. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin gündeminde daha pek çok vergi düzenlemesinin iptali ile ilgili başvuru bulunmakta ve önümüzdeki günlerde yeni kararlar beklenmektedir. Bu nedenle devlet hukukun temel normlarına ve mükellef haklarına saygılı düzenlemeler yapmayı bir ilke olarak kabul etmelidir.

## DİPNOTLAR

- 1 İl Han Özay, *Günişığında Yönetim*, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 2002, s. 9.
- 2 Anayasa Mahkemesi, 14.01.2003, E: 2001/34, K: 2003/2, <http://www.anayasa.gov.tr/kararlar/IPTALITIRAZ/K2003/2003-2.htm>; Anayasa Mahkemesi, 16.06.2004, E: 2003/12, K:

2004/69, <http://www.anayasa.gov.tr/kararlar/IPTALITIRAZ/K2004/K2004-69.htm> (09.11.2009).

- 3 Doğan Şenyüz, "Hukuk Devleti ve Vergi Hukuku", Hukuk Devleti ve Vergileme Konferansı, Galatasaray Üniversitesi Selim Kaneti-Adnan Tezel Vergi Hukuku Merkezi, 2007, s. 2.
- 4 Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 12. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 39.
- 5 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000, s. 895.
- 6 08.04.2006 tarih ve 26133 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.
- 7 Şükrü Kızılot, "Anayasa Mahkemesi'nden Ücretliye ve Yatırımcıya Müjde", *Hürriyet Gazetesi*, 17.10.2009.
- 8 07.07.2006 tarih ve 26221 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.
- 9 Bumin Doğrusöz, "Vergide Anayasa Mahkemesi Kararları", *Referans Gazetesi*, 19.10.2009.
- 10 Hakan Üzeltürk, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Etkileri", *Dünya Gazetesi*, 27.10.2009.



Yrd. Doç. Dr. Ayşe YİĞİT ŞAKAR

İstanbul Arel Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksekokulu

# İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Erdirilmesinin Vergi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

## 1. GİRİŞ

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun 10 Haziran 2003'de yürürlüğe girmesinin ardından, daha önce pek kullanılmayan "ikale (bozma) sözleşmeleri", uygulamada daha sık görülür hale gelmiştir. İkale sözleşmeleri iş hukukunun yanı sıra, vergi hukukunu da ilgilendirmektedir. Özellikle, ikale sözleşmelerine dayanarak kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemelerin vergilendirilip vergilendirilmeyeceği uygulamada tereddüt konusu olmaktadır.

Bu yazımızda, ikale sözleşmelerini iş hukuku açısından değerlendirdikten sonra, ikale sözleşmeleri gereğince işçiye yapılan ödemelerin vergiye tabi olup olmadığı meselesini açıklığa kavuşturmaya çalışacağız.

## II. İŞ HUKUKU AÇISINDAN İKALE SÖZLEŞMELERİ

İş sözleşmesi; taraflardan birinin asıl edim olarak bağımlı bir iş görmeyi, diğer tarafın da asıl edim olarak ücret ödemeyi üstlendiği, iki tarafa borç yükleyen, işçinin kişiliğini gözetin

ve süreklilik gösteren bir özel hukuk sözleşmesidir. Borçlar hukukuna göre düzenlenen diğer sözleşmeler gibi, esas olarak sözleşme yapma ehliyetine sahip iki tarafın serbest iradelerinin birleşmesi ile yapılır<sup>1</sup>.

Anayasamızın 48. maddesine göre herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir. Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi de yasal sınırlar dâhilinde sözleşmenin konusunun serbestçe belirlenebileceğini hüküm altına almaktadır.

İş sözleşmesi serbest irade ile yapıldığı gibi, yine tarafların serbest iradeleriyle her zaman sona erdirilebilir. Buna ikale (bozma) sözleşmesi denir<sup>2</sup>. İş sözleşmesinin türünün belirli ya da belirsiz süreli olmasının da bir önemi yoktur<sup>3</sup>.

İkale sözleşmesi yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Bu nedenle ikale ile ilgili olarak Yargıtay kararları büyük ölçüde yol gösterici olmaktadır. Yargıtay kararlarında<sup>4</sup> ikale sözleşmesi; "Sözleşmenin doğal olarak sona ermesinin dışında, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin

tarafının iradesi ile sona erdirilmesidir.” şeklinde tanımlanmaktadır.

Taraflar arasındaki bozma anlaşması açık ya da örtülü (zımni) olarak yapılabilir. Mesela, kamu sektöründe çalışan bir işçinin, kendi isteğiyle işveren tarafından “devlet memuru” kadrosuna alınması, tarafların örtülü olarak iş sözleşmesini sona erdirmesi anlamını taşır<sup>5</sup>.

İşçi ve işveren iradelerinin fesih konusunda birleşmesi, bir “taraf feshi” niteliğinde değildir. Taraflardan birinin karşı tarafa iletildiği ve iş sözleşmesinin karşılıklı sona erdirilmesine dair sözleşme yapılmasını içeren icap açıklamasının ardından, diğer tarafın da bunu kabulü ile ikale sözleşmesi kurulmuş olur. İkale sözleşmesi yapılmasına yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez<sup>6</sup>.

İkale sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsamı ve geçerliliği konusunda Borçlar Kanunu hükümleri geçerli olacaktır<sup>7</sup>. Buna karşılık, iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesi, iş hukukunu yakından ilgilendirdiğinden, ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi, “işçi yararına yorum ilkesi” göz önünde bulundurulmalıdır<sup>8</sup>.

İş ilişkisinin ikale yoluyla sona erdirilmesi, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde ve öncesinde neredeyse hiç uygulanmamıştır. Ancak, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, özellikle 4857 sayılı İş Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra sık kullanıldığı gözlemlenmektedir. Yargıtay işte bu noktada, işveren feshinin sözleşmenin karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirilmesi gibi gösterilmesi suretiyle, iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesinin ortaya çıktığını ifade etmektedir<sup>9</sup>. Bu nedenle de kararlarında, irade fesadı denetimi dışında, tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekti-

**İkale sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsamı ve geçerliliği konusunda Borçlar Kanunu hükümleri geçerli olacaktır.**

**Tarafların ikale sözleşmesinde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı adı altında bazı ödemeler yapılmasını kararlaştırmaları mümkündür.**

ğini belirterek “makul yarar ölçütü” getirmektedir<sup>10</sup>.

İkale sözleşmesi İş Kanunu açısından bir fesih olarak kabul edilemez. Çünkü fesih, tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran haktır. İkale ise karşılıklı ve birbirine uygun iki iradenin birleşmesi ile oluşmuş olduğu için, iş akdinin feshine bağlı hukuki sonuçlar ikalede söz konusu olmayacaktır<sup>11</sup>.

İşçi ister süresi belirli, ister süresi belirsiz iş sözleşmesine göre çalışsın, Kanun’da gösterilen hallerde kıdem tazminatı ödenmesi mümkündür. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, belirli sürenin dolup sözleşmenin kendiliğinden son bulması halinde veya tarafların anlaşarak yani ikale sözleşmesi ile sözleşmeyi sona erdirmeleri halinde, kıdem tazminatı ödenmesi söz konusu değildir<sup>12</sup>.

Yargıtay da kararlarında, ikale sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçinin, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamayacağını ve 4447 sayılı Kanun kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacağını ifade etmektedir<sup>13</sup>. Zaten, kıdem tazminatını düzenleyen 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesinde ikale yoluyla iş sözleşmesinin bozulması durumunda kıdem tazminatına hak kazanılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tarafların ikale sözleşmesinde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı adı altında bazı ödemeler yapılmasını kararlaştırmaları mümkündür.

### III. VERGİ HUKUKU AÇISINDAN İKALE SÖZLEŞMELERİ

Vergi hukuku açısından da oldukça yeni olan konuyu, gelir vergisi ve damga vergisi açısından irdeleyelim:

## 1. Gelir Vergisi Kanunu Açısından

İşçilerin işverenle karşılıklı olarak yapacakları ikale sözleşmesi neticesinde ödenen kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı gelir vergisine tabi midir? Bu konuda bizim de katıldığımız vergi idaresinin görüşü, yapılan bu ödemelerin “ücret” olarak kabul edilmesi yönündedir<sup>14</sup>.

Gelir Vergisi Kanunu (GVK) md. 25/7'ye göre; İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a (Basın İş Kanunu'na) göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları gelir vergisinden müstesnadır.

Diğer taraftan 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olan kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinde hangi hallerde kıdem tazminatının ödeneceği tek tek sayılmıştır. 14. maddede öngörülmemen ya da yasal sınırlamaları aşan her türlü ödeme, teknik anlamda kıdem tazminatı değildir<sup>15</sup>. İşverenle işçi arasında yapılacak ikale sözleşmesi neticesinde ödenen kıdem tazminatı, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde tanımı yapılan kıdem tazminatı kapsamına girmediğinden, GVK'nun 25/7. maddesine göre vergiden istisna edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, ikale sözleşmesiyle verilen kıdem tazminatı adı altındaki paraların “ücret” olarak değerlendirilerek, GVK'nun 61., 94., 103. ve 104. maddeleri gereğince tevkif suretiyle vergilendirilmesi gerekmektedir<sup>16</sup>.

GVK'nun 61. maddesine göre ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (mali sorumluluk tazminatı), tahsisat,

**İkale sözleşmelerinde bir fesih bildirim süresi söz konusu olmadığından, bu süreye uyulmaması sonucu “ihbar tazminatı” ödenmesi de söz konusu değildir.**

**İkale sözleşmesine taraf olan işverenin, sözleşme hükümleri gereğince ödediği kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı GVK açısından ücret olarak kabul edilmelidir.**

zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez. Daha önce ifa edilmiş veya gelecekte ifa edilecek hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatler de ücret olarak kabul edilmektedir.

İkale sözleşmelerinde bir fesih bildirim süresi söz konusu olmadığından, bu süreye uyulmaması sonucu “ihbar tazminatı” ödenmesi de söz konusu değildir. Ancak, taraflar işçiye ihbar tazminatı adı altında bir ödeme yapılmasını öngörmüşlerse, bu ödeme de ücret niteliğinde değerlendirilecektir. Zaten ihbar tazminatı gelir vergisinden müstesna edilmemiştir. Bu konuda kıdem tazminatında olduğu gibi bir tereddüt ortaya çıkmayacaktır.

GVK md. 94 /I. 1' de, hizmet erbabına ödenen ücretler ile 61. maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden (istisnadan faydalananlar hariç), 103 ve 104. maddelere göre “tevkifat yapılacağı” hüküm altına alınmıştır.

GVK md. 96/I' ye göre, “Vergi tevkifatı, 94. madde kapsamına giren nakden veya hesaben yapılan ödemelere uygulanır. Bu maddede geçen hesaben ödeme deyimi, vergi tevkifatına tabi kazanç ve iratları ödeyenleri istihkak sahiplerine karşı borçlu durumda gösteren her türlü kayıt ve işlemleri ifade eder.

Vergi tevkifatı, ücretler dışında kalan ödemelerde gayrisafi tutarlar üzerinden yapılır. Kesilmesi gereken verginin ödemeyi yapan tarafından üstlenilmesi halinde bu vergi, bilfiil ödenen miktar ile ödemeyi yapanın yüklediği verginin toplamı üzerinden hesaplanır.”

Gerçek ücretlilerin vergilendirilmesinde esas olan yöntem vergi tevkifatıdır. İkale sözleşmesine taraf olan işverenin, sözleşme hükümlerine

ri gereğince ödediği kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı GVK açısından ücret olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle işveren yapmış olduğu ödeme üzerinden gereken indirimleri (sosyal güvenlik kesintileri, özel sigorta primleri, sakatlık indirimi, işsizlik sigortası primleri, sendika aidatları gibi) yaptıktan sonra net ücrete 103. maddede yer alan gelir vergisi tarifesi uygulanarak ödenecek gelir vergisini ve brüt ödeme üzerinden binde 6 oranında damga vergisini hesaplayacaktır. GVK md. 97 uyarınca, işverenler, hizmet erbabına ödedikleri ücretlerden 94. madde gereğince yaptıkları vergi tevkifatını ücret bordrolarında veya bordro yerine geçen diğer kayıtlarda göstermeye mecburdurlar. Tevkif edilen vergi, vergi kesenin kayıt ve hesaplarında ayrıca gösterilir. İkale sözleşmesi gereğince ödenen kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı ücret sayıldığı için, kanımızca, bu ödemeler, gider olarak kaydedilebilir. Ancak yapılan ödemenin muvazaalı biçimde yüksek tutulması aynı sonuca ulaşmayı engelleyebilir. Böyle bir durumda vergi idaresi bu ödemeleri gider olarak kabul etmeyebilecektir.

## 2. Damga Vergisi Kanunu Açısından

488 sayılı Damga Vergisi Kanunu (DVK)'nın 1. maddesinde; "Bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kâğıtlar damga vergisine tabidir. Bu Kanundaki kâğıtlar terimi, yazılıp imzalanmak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeler ile elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan belgeleri ifade eder." hükmüne yer verilmiştir.

DVK md. 4' e göre; "Bir verginin tabi olacağı verginin tayini için o kâğıdın mahiyetine bakılır ve buna göre tabloda yazılı vergisi bulunur. Kâğıtların mahiyetlerinin tayininde, şekli kanunlarda belirtilmiş olanlarda kanunlardaki adlarına, belirtilmemiş olanlarda üzerlerindeki yazının tammun ettiği hüküm ve manaya bakılır."

DVK md. 10'a göre; "Damga vergisi nispi veya maktu olarak alınır. Nispi vergide, kâğıtların nev'i ve mahiyetlerine göre, bu kâğıtlarda yazılı belli para, maktu vergide kâğıtların mahiyetleri

**İkale sözleşmesinde işçiye kıdem tazminatı veya ihbar tazminatı adı altında belli bir parayı ihtiva eden herhangi bir ödeme miktarı yer almışsa, burada yer alan meblağ üzerinden binde 7,5 oranında damga vergisi hesaplanması gerekir.**

esastır. Belli para terimi, kâğıtların ihtiva ettiği veya bunlarda yazılı rakamların hâsıl edeceği parayı ifade eder."

Aynı Kanun'un 14. maddesinde de; "Kâğıtların Damga Vergisi bu kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı nispet veya miktarlarda alınır. Şu kadar ki her bir kâğıt için hesaplanacak vergi tutarı (1) sayılı tabloda yer alan sınırlamalar saklı kalmak üzere 800 bin Yeni Türk Lirasını (51 Seri No.lu Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliği ile 01.01.2009 tarihinden itibaren 1.136.904,10 TL) aşamaz." hükmüne yer verilmiştir. DVK'na ekli (1) sayılı Tablo'nun I/A-1 fıkrasında, akitlerle ilgili belli parayı ihtiva eden mukavelenameler, taahhütnameler ve temliknamelerin binde 7,5 oranında damga vergisine tabi olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu hükümler çerçevesinde yazılıp imzalanan veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenerek herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeler ile elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan yani hukuken tekemmül eden belgelerde damga vergisi açısından vergi alacağı doğacaktır.

Buna göre, bir kâğıdın tabi olacağı verginin tayini için bu kâğıdın belli bir parayı ihtiva edip etmediğine bakılması, üzerinde belli veya hesap edilebilir bir tutarın bulunması halinde ise söz konusu kâğıdın ihtiva ettiği bu meblağ üzerinden damga vergisine tabi tutulması gerekmektedir<sup>17</sup>.

İkale sözleşmesi, iş sözleşmesini sona erdirmek üzere düzenlenen bir sözleşmedir. Yukarıda belirtildiği gibi, sözleşmeler de DVK' na ekli (1) sayılı tabloda yazılı kâğıtlar arasında sayılır

dığı için, binde 7,5 oranında damga vergisine tabidir. Eğer ikale sözleşmesinde işçiye kıdem tazminatı veya ihbar tazminatı adı altında belli bir parayı ihtiva eden herhangi bir ödeme miktarı yer almışsa, burada yer alan meblağ üzerinden binde 7,5 oranında damga vergisi hesaplanması gerekir. Damga vergisinin mükellefi ise kâğıtları imza edenlerdir. Dolayısıyla belli bir parayı ihtiva eden ikale sözleşmesini imzalayan taraflar bu verginin de mükellefi olmalıdırlar. Düzenlenen kâğıtta imza sayısının birden fazla olması, alınacak vergi miktarının artması sonucunu doğurmamaktadır. Kâğıdı imza edenlerin tamamı ödenecek damga vergisinden müteselsilen sorumludurlar<sup>18</sup>. Bu durumda ikale sözleşmesini imza eden taraflar ödenecek damga vergisinden müteselsilen sorumlu olmalıdırlar.

#### IV. SONUÇ

İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na göre ödenen kıdem tazminatlarının tamamı ile Basın İş Kanunu'na göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları gelir vergisinden müstesnadır. İşçilerin işverenle karşılıklı olarak yapacakları ikale sözleşmesi sonucunda kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeler, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde kıdem tazminatı olarak belirtilmediği için, yapılan her türlü ödeme, teknik anlamda kıdem tazminatı olarak kabul edilemez. Bu nedenle kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeler ücret olarak kabul edilmeli ve gelir vergisine tabi olmalıdırlar. Vergi idaresinin de görüşü bu doğrultudadır. İ kale sözleşmelerinde taraflar işçiye ihbar tazminatı adı altında bir ödeme yapılmasını öngörmüşlerse, bu ödeme de ücret niteliğinde değerlendirilecektir. Zaten ihbar tazminatı gelir vergisinden müstesna edilmemiştir. Bu ödemeler ücret olarak kabul edildiğine göre gider olarak kaydedilebilir.

Damga vergisi açısından ise belli bir parayı ihtiva eden ikale sözleşmesini imzalayan taraflar, ödenecek damga vergisinden müteselsilen sorumlu olmalıdırlar.

#### DİPNOTLAR

1 Bkz. Müjdat ŞAKAR, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş 4. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2009, s. 141.

- 2 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 448.
- 3 ŞAKAR, s. 197; ŞAHİN ÇİL, "İbra Sözleşmesi ile İ kale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, s. 26.
- 4 Yarg. 15. HD., 02.10.1995, E. 1995/2259, K. 1995/5181; Yarg. 9. HD., 25.09.2008, E. 2008/1888, K. 2008/25058.
- 5 ŞAKAR, s. 197.
- 6 Yarg. 9. HD., 18.03.2008, E. 2007/26232, K. 2008/5313.
- 7 Müjdat ŞAKAR, "İş Hukukunun Yeni Meselesi: Bozma (İ kale) Sözleşmelerinin Hukuki Durumu", Yaklaşım, Yıl: 17, Sayı: 204, Aralık 2009, s. 186; SÜZEK, s. 448.
- 8 ŞAKAR, "İş Hukukunun Yeni Meselesi", s. 186; Yarg. 9. H.D., 18.03.2008, E. 2007/26232, K. 2008/5313.
- 9 İ kale kural olarak işveren lehine olmakla beraber işçi lehine de olabilir. Mesela, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi daha iyi şartlarda başka bir iş bulmuşsa veya belirsiz süreli sözleşmeyle çalışıyor, fakat diğer bir işe hemen başlaması gerekiyorsa, işverenin de kabulüyle iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesi işçi lehine olabilir. Bkz. SÜZEK, s. 489; Münir EKONOMİ, "İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Karar İncelemesi", YKİ, 1, 2006, s. 37; Gülsevil ALPAGUT, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İ kale Sözleşmesi)", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı, İstanbul 2008, s. 48.
- 10 Örneğin bkz. Yarg. 9. HD., 18.03.2008, E. 2007/26232, K. 2008/5313.
- 11 SÜZEK, s. 448.
- 12 ŞAKAR, İş Kanunu Yorumu, s. 721.
- 13 Yarg. 9. HD., 25.09.2008, E. 2008/1888, K. 2008/25058.
- 14 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 03.06.2008 tarihli ve 12268 sayılı Özelgesi. (<http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/2008/gelirvergisii2008/12268.htm>, erişim: 31.10.2008)
- 15 İstanbul Barosu Çalışma Komisyonu Raporu, İstifa ve İ kale-İş Sözleşmesini Sona Erdiren Hukuki İşlemin Geçerliliği-Seminer, İstanbul 22.02.2009, Şahin ÇİL'in görüşü, s. 68.
- 16 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 03.06.2008 tarihli ve 12268 sayılı Özelgesi. Ayrıca bkz. Ayşe YİĞİT ŞAKAR, "İşçiye Ödenen Ücret ve Tazminatların Vergilendirilmesine İlişkin Bazı Meseleler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, s. 224.
- 17 İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın Sayı: B.07.1.GİB.4.34.18.01/2.1/60.60/1686 ve 01.12.2205 tarihli Özelgesi. <http://www.ivdb.gov.tr/Mukteza/DAMGA/damga.htm> (Erişim:16.11.2009)
- 18 Nuri DEĞER, En Son Şekliyle Damga Vergisi Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2006, s. 84.

# İstihdam ve Sosyal Politika Faslına İlişkin Değerlendirmeler Açısından 2009 Türkiye İlerleme Raporu

Avrupa Komisyonu geçtiğimiz bir yıl içerisinde Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne (AB) katılım sürecinde kaydettiği gelişmeler ışığında bir değerlendirme yaparak; 2009 yılı Türkiye İlerleme Raporu'nu 14 Ekim 2009 tarihinde kamuoyuna sunmuştur.

1997 yılı Aralık ayında gerçekleştirilen Lüksemburg Avrupa Konseyi sonuçlarını takiben, her yıl Avrupa Komisyonu tarafından düzenli olarak hazırlanan İlerleme Raporları, ikili ilişkilerde geline son durum hakkında bilgi vermekte; siyasi ve ekonomik kriterler çerçevesinde Türkiye'deki gelişmelerin bir analizini ortaya koymakta ve Türkiye'nin 33 müzakere faslı kapsamında yer alan Topluluk müktesebatı ile belirlenen AB'ye üyeliğinin getirdiği yükümlülükleri üstlenebilme kapasitesini değerlendirmektedir.

İlerleme Raporu kapsamında yer verilen başlıklardan biri olan istihdam ve sosyal politika alanında değerlendirmelere geçmeden önce kısaca AB seviyesinde bu alandaki düzenlemeleri hatırlamakta fayda vardır. Bu kapsamda, AB'nin istihdam ve sosyal politika hedef-

lerinin hayata geçirilmesine yönelik üç temel araç tasarlanmıştır: İstihdam yaratma ve işgücü piyasası stratejileri belirlenmesi için Avrupa İstihdam Stratejisi; Avrupa vatandaşlarının her birinin gerçekleşen ekonomik büyümeden pay almasını temin etmeyi amaçlayan Avrupa Sosyal Gündemi ve bu hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik mali enstrüman olan Avrupa Sosyal Fonu.

Bu doğrultuda, AT Antlaşması'nın<sup>1</sup> 8. başlığı, "İstihdam" konusuna ayrılmış olup; 125-130. maddeler, Üye Devletlerin istihdam politikalarının eşgüdümüne ilişkin temel ilkeleri belirlemektedir. Öte yandan, 11. başlık olan "Sosyal Politika, Eğitim, Mesleki Eğitim ve Gençlik" başlığı altında 136 ila 148. maddeler, temel sosyal hükümleri ve Avrupa Sosyal Fonu'na kapsamında düzenlemeler getirmektedir.

İstihdam ve sosyal politika alanındaki Topluluk müktesebatı kapsamında belirlenen ilkeler, iş hukuku, istihdam ve sosyal güvenlik, erkek ve kadına eşit muamele, iş sağlığı ve güvenliği ve sosyal diyalog hususlarında Üye Devletler

## İstihdam ve Sosyal Politika faslı, açılması muhtemel başlıkların üst sırasında yer almasına rağmen, ilgili sosyal paydaşların, Avrupa Komisyonu tarafından öne çıkarılan hususlarda görüş birliğine varamaması sonucunda müzakerelere açılmamıştır.

için uyulması gereken asgari standartları belirlemekte; ayrımcılığa karşı mücadeleye ilişkin mevzuat ise bağlayıcı bazı düzenlemeler içermektedir.

İstihdam ve sosyal politika faslı, son bir senedir, Türkiye-Avrupa Birliği müzakerelerinde açılması muhtemel başlıkların üst sırasında yer almasına rağmen, ilgili sosyal paydaşların, Avrupa Komisyonu tarafından öne çıkarılan hususlarda görüş birliğine varamaması ve hassasiyetleri sonucunda müzakerelere açılmamıştır.

İstihdam ve sosyal politika faslının açılmasına ilişkin gerekli ilerlemelerin kaydedilememesi ve bu fasıl altında öne çıkan konulardaki ilerlemelerin sınırlı kalması sonucunda, bu seneki Rapor'un 19. müzakere fasıl başlığını oluşturan "istihdam ve sosyal politika" alanında bir önceki seneye oranla daha menfi bir analiz içerdiği gözlemlenmektedir. Bu kapsamda Rapor, genel olarak, mevzuat uyum çalışmalarının tamamlanması ve idari kapasitenin geliştirilmesine yönelik daha fazla çaba sarf edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir.

Avrupa Komisyonu, 2009 İlerleme Raporu kapsamında iş hukuku alanında geçen yıldan bu yana aktarılacak yeni bir ilerleme olmadığını belirtmekte ve genel olarak iş hukuku alanında Türkiye'nin yeterince hazır olmadığı saptamasını yinelemektedir. Daha önceki raporlarda altı çizildiği üzere getirdiği çeşitli istisnalar suretiyle birçok sektörü ve işkolunu (örneğin, 50 ve 50'den az işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerindeki iş ilişkilerini) içermeyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun sınırlı kapsamı da

dahil olmak üzere çeşitli yönergelerin iç hukuka aktarılmasında yaşanan eksiklikler vurgulanmaktadır.

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın idari kapasitesinin yeteri ölçüde geliştirilememesi de iş hukuku alanında Avrupa Birliği'nin dikkat çektiği noktalardan biri olmaya devam etmektedir. Rapor ayrıca, çocuk işçiliğine karşı mücadele kapsamında bazı ilerlemeler kaydedildiğini ve giderilmesi için ilave kaynak yaratılması gerektiğini vurgulamaktadır.

İstihdam ve sosyal politika faslı altında Türkiye'nin genel olarak AB mevzuatı ile büyük ölçüde uyumlu olduğu başlıca konulardan biri iş sağlığı ve güvenliğidir ve bu konudaki ilerlemeler devam etmektedir. Bununla birlikte, Rapor'da uzun bir süredir bahse konu alanda temel eleştiri odaklarından birini teşkil eden iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin Çerçeve Yönerge'nin halen iç hukuka aktarılmasına ilişkin yasal yetersizlik önemli bir eksiklik olarak dile getirilmektedir. Mevcut düzenlemelerin sadece özel sektördeki çalışanları kapsamaması ve kamu sektöründe çalışanların hala sağlık ve güvenlik yasası tarafından içerilmemesi sorun teşkil etmektedir. Buna ilaveten, geçen yılki raporda Tuzla tersanelerinde yaşanan olaylar ekseninde gündeme gelen iş kazaları ve mesleki hastalıklara ilişkin resmi istatistiklerin güçlendirilmesi gerektiği ve kayıt dışı ekonomide yaşanan kazaların rapor edilmediğine dikkat çekilmektedir.

Öte yandan, idari kapasitenin güçlendirilmesi konusunda İş Teftiş Kurulu'nun ilave personel alımı ile desteklenmesi olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmekte, bununla birlikte halihazırda bir müfettişe 32,994 çalışanın düşmesinden yola çıkarak mevcut müfettiş sayısının ILO standartları uyarınca artırılması gerektiği belirtilmektedir.

İstihdam ve sosyal politika müktesebat faslı çerçevesinde önem arz eden diğer başlıklardan biri olan sosyal diyalog açısından, 2009 İlerleme Raporu sınırlı bir ilerlemeyi işaret etmekte ve Türkiye'nin yeterince hazır olmadığını ifade etmektedir. Bununla birlikte, 1 Mayıs'ın "İşçi ve Dayanışma Günü" olarak yeniden kabul edil-

## Rapor, mevzuat uyum çalışmalarının tamamlanması ve idari kapasitenin geliştirilmesine yönelik daha fazla çaba sarf edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir.

mesi cesaret verici bir adım olarak değerlendirilmektedir.

Sendikal haklar, sosyal diyalog kapsamında en sorunlu alanlardan birini oluşturmaktadır. Zira, tam sendikal hakların Türkiye'de henüz yerleşmemiş olması ve mevcut yasal çerçeve olan Sendikalar ve Toplu Sözleşme, Grev ve Lokavt Kanunlarının AB standartları ve ILO Sözleşmesi ile uyum sağlayamaması ciddi bir engel oluşturmaktadır.

Toplu iş sözleşmesi kapsamında yer alan işçi sayısının düşük bir seviyede olduğu da kaydedilmektedir. Sosyal diyalog çerçevesinde tam sendikal haklar hususunda sağlanacak uyum, 18 Şubat 2008 tarihinde Konsey tarafından kabul edilen Katılım Ortaklığı'nın da kısa vadeli bir önceliği olarak belirlenmiştir.

Sosyal diyalog kapsamında İlerleme Raporu'nda ayrıca, sanayiler arasında, sektör düzeyinde ve kurumsal düzeyde de eksiklikler olduğu bildirilmekte; üçlü sosyal diyalog kanallarının bilhassa Ekonomik ve Sosyal Konsey'in güçlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.

2008 yılında kabul edilen İstihdam Paketi ve bunun devamında ekonomik krizin etkileriyle mücadeleye yönelik yapılan çalışmaların bir bütünlük kazanması ve bu konuda bir miktar ilerleme sağlanması. İstihdam politikası alanındaki değerlendirmelerin temel eksenini oluşturmaktadır. Kayıt dışı ekonomi, istihdam politikasına ilişkin olarak dile getirilen öncelikli konular arasında yer almaktadır. Bu çerçevede Rapor'da kayıt dışı çalışmaya ilişkin yöntem ve göstergelerin geliştirilmesi gereği ifade edilmiştir.

İşsizlik konusu ise raporun hem sosyal politika ve istihdam faslı hem de ekonomi bölümünde altı çizilen bir sorundur. Bu çerçevede iş gücüne katılım oranı bir miktar artmış ol-

masına rağmen, hala istihdam oranı oldukça düşüktür ve bu duruma ekonomik krizin de kayda değer bir etkisi olmuştur. İşsizlik oranı gençler arasında ise %24,9 ile kaygı verici düzeydedir. Öte yandan, Türkiye'nin PROGRESS Topluluk Programı'na katılımına ilişkin yasanın yürürlüğe girdiğinin altı çizilmektedir. 2007-2013 yıllarını kapsayan PROGRESS İstihdam ve Dayanışma Topluluk Programı; istihdam, çalışma koşulları, sosyal koruma ve sosyal içerme, ayrımcılığa karşı mücadele ve çeşitlilik ile cinsiyet eşitliği olmak üzere beş alt bölümden oluşmakta olup, istihdam ve sosyal politika konusundaki Birlik hedeflerini uygulamaya yönelik mali destek sağlanmasını amaçlamaktadır.

Türkiye'nin Avrupa Sosyal Fonu'nun uygulanmasına hazırlık kapsamında kaydettiği iyi ilerlemenin bu sene de devam ettiğine ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır. Katılım Öncesi Mali Yardım Aracı'nın (IPA) İnsan Kaynaklarını Geliştirme bileşeninin uygulanması kapsamında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ilave personel istihdam etmekte ve eğitim sağlamaktadır. IPA idaresinin yerleştirilmesi için gerekli olan yetki aktarımı süreci de sonuçlandırılmış ve ilgili bir finans anlaşması imzalanmıştır.

Sosyal içerme alanında yine sınırlı bir gelişme kaydedildiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede açlık riski olan, nüfusun %18,56'lık oranını kapsayan ve bilhassa kırsal alanda yaşayan kesimin durumuna dikkat çekilmektedir. Sosyal yardımların yetersiz olması ve çocukların orantısız olarak açlık riskine mazur kalmaları ile bu konudaki ulusal mekanizmaların zayıflığı eleştirilmektedir. Rapor, Ortak İçerme Belgesi'nin (Joint Inclusion Memorandum - JIM) tamamlanması aşamasında hala bir gelişme kaydedilmediğini yinelemektedir.

Sosyal koruma alanında bu seneki raporlama sürecinde bir gelişme kaydedilmediği belirtilmektedir. Sosyal güvenlik tarafından sigortalı insanların oranının %80'in altında olması, etkin planlama, koordinasyon, sosyal koruma tedbirleri, sosyal yardım ve hizmetler konusundaki eksiklikler vurgulanırken, bu sorunların çözümüne ilişkin sosyal yardım ve primsiz



ödemeleri içeren taslak yasanın henüz kabul edilmediği belirtilmektedir. Rapor, yeni sosyal güvenlik reformunun etkilerinin tespit edilmesi için de henüz erken bir aşamada olduğunu bildirmektedir.

Bu yılki raporda ayrımcılıkla mücadele ve fırsat eşitliği konuları ayrı başlıklar halinde ele alınırken, kanunlarda ayrıma ilişkin bir tanım olmaması, etnik köken, din ya da inanç, özür-lülük, yaş ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa ilişkin müktesebatın henüz benimsenmemiş olması ve müktesebatın gerektirdiği Eşitlik Kurumu'nun Türkiye'de oluşturulmaması ayrımcılıkla mücadele konusundaki başlıca sıkıntıları yansıtmaktadır.

Fırsat eşitliği konusunda ise Parlamento'da Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu oluşturulmuş olması hem sosyal politika ve istihdam faslı hem de ekonomik ve sosyal haklar başlığı altında dikkat çekici bir ilerleme olarak aktarılmış ve fırsat eşitliği konusunun ayrımcılıkla mücadeleden ayrı olarak ele alınmasına neden olmuştur. Bununla beraber, Türkiye'de kadınların işgücü piyasasına katılım oranının AB Üyesi Ülkeler ve OECD ülkeleri arasında en düşük seviyede olması ve cinsiyete dayalı ücret farkının devam etmesi, eşitlik konusunda yaşanan başlıca sorunu oluşturmaktadır.

Genel anlamda, bir önceki İlerleme Raporu'nun, istihdam ve sosyal politika alanındaki gelişmeleri ele alan bölümünde İstihdam Paketi'nin ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun benimsenmesi ile yaratılan olumlu hava, bu seneki rapora yansımakta ve bu fasıl altındaki temel konulardaki ilerleme, birkaç istisna dışında sınırlı olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Parlamento Komisyonu'nun kurulması ve Avrupa Sosyal Fonu'na katılım hazırlıklarını hızlanması dikkat çeken olumlu noktalar olarak vurgulanmaktadır.

Bununla birlikte, işyerinde işçilerin iş sağlığı ve güvenliği ile ayırım gözetmemeye ilişkin mevzuatın AB standartları ile uyumlaştırılması, tam sendikal hakların sağlanması yönünde gelişme kaydedilmesi, kadınların işgücü piyasasına katılım oranının yükseltilmesi, kayıtdışı ile mücadele, yoksulluk ve açlığın giderilmesi ile

Ortak Sosyal Korunma ve Sosyal İçerme Muta-bakatı ve İstihdam Önceliği Politikalarına ilişkin Ortak Değerlendirme Belgesi'nin sonuçlandırılması ilerleme sağlanması gereken başlıca hususlar arasında yer almaktadır.

Avrupa Birliği, büyüme ve istihdamı, toplum ve ekonomi açısından küreselleşme döneminde Birliğin karşılaşmakta olduğu iç ve dış sorunlara yönelik bir çözüm olarak kabul etmektedir. Bu vurgu, ekonomik krizin gölgesinde AB düzeyinde ciddi bir soruna dönüşen işsizlik nedeniyle daha da güçlenmiş durumdadır ve Üye Devletlerin politikalarının eşgüdümü ve uyumlaştırılmasına yönelik çabalar hız kazanmıştır. Bu kapsamda, Türkiye'nin sosyal politika ve istihdam faslında AB mevzuatına uyumunu hızlandırması ve bu konudaki müzakerelerin açılması için gerekli olan koşulları yerine getirmesi, AB ve Türkiye'nin sosyal politika hedeflerinin bağdaştırılması ve karşılıklı işbirliğinin artırılması açısından önem arz etmektedir.

## DİPNOT

- 1 Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın Konsolide Versiyonu [Nice Antlaşması Konsolide Versiyonu (ABRG 2002 C325/1-184) doğrultusunda tadil edilen versiyon].

## Maxime CERUTTI

Avrupa İş Dünyası Konfederasyonu (BUSINESSEUROPE) Sosyal İşler Bölümü Danışmanı

# ATAD'ın Viking, Laval, Rüffert ve Lüksemburg Davalarına İlişkin Verdiği Kararlar

Avrupa Tek Pazarı bugün Avrupa Birliği'nin en büyük başarılarından biri olarak kabul edilmektedir. Tek Pazar, şirketlerin büyümesine ve 30 ülkeden (AB-27, İzlanda, Liechtenstein ve Norveç) 500 milyon kişi içeren bir piyasaya girmelerine vesile olmuş, Avrupalı şirketlerin rekabet edebilirliklerinin artmasını ve küresel piyasalarda pozisyonlarını sağlamlaştırma- rını desteklemiştir. Tek Pazar entegrasyonu şirketlerin, işçilerin, vatandaşların ve genel olarak ekonominin refah düzeyini artırmıştır. Son onbeş yıl içinde Tek Pazarın AB'nin refahına GYİH bazında ilave %2,15'lik bir katkısı olmuştur. Bu, sadece 2006 yılında, 240 milyar avro ya da her AB vatandaşı için 518 avro anlamına gelmektedir. İstihdam açısından bakıldığında 2,75 milyon ilave iş yaratılmıştır. İşçiler, AB müktesebatı ile çalışan haklarını ciddi ölçüde güçlendirildiği için, bir AB ülkesinden diğer AB ülkesine serbestçe dolaşım hakkına sahiptir.

Tek Pazar ekonomik ve sosyal konuların elele yürüdüğü gerçeğini gözler önüne sermektedir. İç pazarın tam kapasitesine ulaşabilmesi için kalan engellerin ve haksız kısıtlamaların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Örneğin hizmet sektörü Avrupa GSYH'si ve istihdamının

%70'ni oluştursa da iç pazardaki hizmet sektörü Topluluk içi ticaretin sadece %20'sini teşkil etmektedir. Hizmet sektörünün Avrupa ekonomisinin refahı için tam katkısını sağlayabilmesi bakımından hizmetler direktifinin çabuk ve tam olarak iç hukuka aktarılması gerekmektedir.

Ekonomik ve finansal kriz Tek Pazarın temellerinin sorgulanmasına neden olan korumacı tavırların ortaya çıkmasına neden olmuştur. İş dünyası Avrupa'da son zamanlarda gözlemlenen korumacılığın, ulusalcılığın ve yabancı düşmanlığının yükselişinden endişe duymaktadır. Ekonomik kriz bireylerde ve şirketlerde işlerinin ve gelirlerinin kaybedilmesi ya da tehlikeye girmesi konusunda haklı korkular uyandırmıştır. Ancak Tek Pazarın büyüme ve işler konusundaki olumlu katkısına zarar vermemek için ekonomik krizin nedenleri ile Tek Pazar entegrasyonunun yararlarını açıkça birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin serbestçe dolaşımına ilişkin dört temel özgürlük garantisi altına alınmalıdır. Bu çerçevede Komisyon Anlaşma'nın koruyucusu olarak rolünü iyi oynamalıdır. Bunların yanı sıra tek pazarın işleyişinin geliştirilmesi Avrupa'nın iyileşmesi için de anahtar hususlardan biridir.

2007 ve 2008 yıllarında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), iç piyasadaki temel sosyal haklar ve ekonomik özgürlükleri arasındaki ilişkiyi özellikle kurma serbestisi (Viking davası) ve hizmet verme serbestisi (Laval, Rüffert davaları ile Komisyon'un Lüksemburg'a açtığı dava) açılarından netliğe kavuşturan bir dizi karar vermiştir.

Bu dört dava, Avrupa düzeyinde özellikle Avrupa İşçi Konfederasyonu (ETUC) tarafından dile getirilen sosyal hakların ekonomik özgürlüklere konu edilmelerine dair endişeleri bakımından geniş bir tartışma ortamı yaratmıştır.

### Geçici Olarak Başka Ülkeye Gönderilen İşçilerin Toplu Eylem Hakları ve Çalışma Koşulları

C-438/05 sayılı dosya üzerinden görülen Viking davasında, Finlandiyalı Viking Line firması Baltık denizindeki feribotlarından biri olan Rosella'nın kayıtlı olduğu ülkeyi değiştirmek istemiştir. Rosella aynı rotayı daha düşük ücret maliyetleri ile izleyen Estonya teknelerinin yarattığı rekabet dolayısı ile zarar etmekteydi. Viking firması söz konusu tekneyi satmak yerine, Estonya veya Norveç'te kurulu bulunan bir işçi sendikasıyla yapılan toplu iş sözleşmesine katılabilmek için, tekneyi bu ülkeler adına tekrar kayıt ettirmeyi öngördü. Uluslararası Taşımacılık İşçileri Federasyonu (ITF) "mali nedenlerden dolayı geminin yabancı bayrak taşıması" politikası nedeniyle bütün üye işçi örgütlerine Viking Line firmasıyla toplu pazarlıklara girilmemesi için bir sirküler gönderdi. Viking Line firması bunun üzerine İngiltere'de kurulu bulunan ITF'yi ve üyesi Finlandiya Gemiadamları Sendikası'nı Rosella'nın kayıtlı olduğu ülkenin değiştirilmesini engelleme çabalarını durdurmak için İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nde bir dava açtı.

C-341/05 sayılı dosya üzerinden görülen Laval davasında ise İsveç işçi sendikaları tarafından gerçekleştirilen bir toplu eylem bir işyerinin kapanması ile sonuçlandı. Letonyalı bir şirket olan Laval İsveç'te bir okul inşaatı için sözleşme yaparak, bu iş için Letonyalı işçileri İsveç'e gönderdi. Toplu eylem, Laval'ı işçilerin hizmet için başka bir ülkeye gönde-

**Viking ve Laval davalarında ATAD; toplu eylem yapmanın temel bir hak ve AB müktesebatının bir parçası olduğuna karar verdi, ancak bunun AB'nin hizmetlerin sağlanması ve kurma özgürlüğü gibi diğer haklardan üstün olmadığını vurguladı.**

rilmesine ilişkin Direktif'in geçici olarak gönderilen bu işçilerin<sup>1</sup> çalışma şartlarının izlenmesine yönelik hükümlerini aşan bir toplu sözleşmeyi imzaya zorlamak için yapıldı. Letonyalı şirket, Direktif'te getirilen prosedüre uyumlu olmayan İsveç toplu iş sözleşmesindeki asgari ücreti zorunlu olmadığı halde ödemeyi kabul etmiş, ancak İsveç işçi sendikaları tarafından istenilen ortalama ücreti ödemeyi kabul etmemişti. Başka bir deyişle, Laval toplu sözleşme yapmamak yanlısı değildi. Yalnızca toplu sözleşmeyle getirilmek istenilen, bütün işçilere ortalama ücretin ödenmesi zorunluluğuna yönelik talep gerçekçi değildi ve Direktif'le getirilen korumanın kapsamı dışındaydı.

Viking ve Laval davalarında ATAD; toplu eylem yapmanın temel bir hak ve AB müktesebatının bir parçası olduğuna karar verdi, ancak bunun AB'nin hizmetlerin sağlanması ve kurma özgürlüğü gibi diğer haklardan üstün olmadığını vurguladı. ATAD isabetli olarak endüstriyel eylemin yasal bir amacının bulunmasının yanı sıra "öncelikli kamu yararı"na (burada işçilerin korunması) hizmet etmesi, ancak bunu yaparken amacını aşmayacak orantılı eylemler yapması ve araçlar kullanması gerektiğine karar verdi.

ATAD'ın bu kararı BUSINESSEUROPE tarafından memnuniyetle karşılanmıştır. Toplu eylem hakkının sınırsız bir hak olduğunu düşünmek mantıksız olacaktır. Toplu eylemler pek çok değişik sebepten ötürü yapılabilir. İşçilerin çıkarlarının korunması için yapılması gerekenlerle karşılaştırıldığında bu amacı aşan nitelikte

olabilir. Bu bozulmanın ve mali zararın gereksiz yere yaşanmaması için gerek bireysel işler için, gerekse daha büyük ekonomiler için korunma sağlanması gerekmektedir.

## İşçilerin Hizmet İçin Başka Bir Ülkeye Gönderilmesine İlişkin Direktif<sup>2</sup>

Yukarıda bahsi geçen davalardan üçünün ortak özelliği söz konusu davaların merkezinde “İşçilerin hizmet için başka bir ülkeye gönderilmesine ilişkin Direktif”in bulunmasıdır. C-341/05 sayılı dosya üzerinden görülen Laval davasında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, geçici işçilerin asıl işverenlerinin ülkesindeki yasal ve toplu sözleşmelere uygun olarak daha iyi çalışma şartlarına sahip olmamaları halinde bunlara evsahibi Üye Ülkedeki minimum çalışma koşullarının uygulanması konusunun Direktif’te öngörülen hükümlerle sınırlı olduğunu netleştirmiştir.

C-346/06 sayılı dosya üzerinden görülen Rüffert davasında, Aşağı Saksonya’da, işçilere en az hizmetin görüldüğü yerde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinde belirlenmiş maaşın ödenmesini öngören Devlet İhale Kanunu’nun, 96/71/EC sayılı Direktif hükümlerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu iddianın dayanağı söz konusu toplu sözleşmenin Direktif’te öngörülen prosedüre uygun, sabit bir ödeme oranı getirmemiş olmasıdır.

C-319/06 sayılı dosya üzerinden görülen Lüksemburg davasında, ATAD 96/71/EC sayılı Direktif’te yer alan hükümlerle kıyaslandığında, işçilerin Lüksemburg’a geçici olarak gönderilmesine ilişkin Lüksemburg yasalarının oldukça kısıtlayıcı nitelikte olduğuna karar vermiştir. Üye Ülkeler, ancak toplumun temel çıkarları ile ilgili yeterince ciddi ve gerçek bir tehlike olması durumunda kamu politikası hükmü altında

**ATAD kararları ekonomik özgürlüklere sosyal haklara nazaran öncelik tanımamakta veya toplu görüşme hakkına müdahale etmemektedir.**

Direktif hükümlerine bir derogasyon getirebilmektedirler.

BUSINESSEUROPE’a göre karşılaşılan bu sorunları ATAD’ın, işçilerin hizmet için başka bir ülkeye gönderilmesine ilişkin Direktif hükümleri iç hukuka aktarılırken Direktifin bazı hükümleri konusunda (Laval davasında asgari ücret, Rüffert davasında ulusal mevzuatta çelişki bulunması ve Lüksemburg davasında da Direktif’in geniş yorumlanmış olması ve muğlak ve haksız kontrol tedbirleri getirilmesi gibi) sessiz kalınmasına bağlamış olması haklıdır.

İşçilerin hizmet için başka bir ülkeye gönderilmesine ilişkin Direktif, evsahibi ülkede geçici işçilere ilişkin olarak izlenmesi gereken çekirdek zorunluluklar öngörmektedir. ATAD kararları Direktifin dengesi etkilememektedir. ATAD kararları ekonomik özgürlüklere sosyal haklara nazaran öncelik tanımamakta veya toplu görüşme hakkına müdahale etmemektedir. Bunun yanı sıra ATAD’ın Direktife ilişkin yorumları, hizmet sağlayıcıların yurtdışına gönderilen işçilerin bu sırada tabi olacakları çalışma şartlarını açık bir şekilde tanımlamaları gerektiğinden haksız rekabete de kapı açmamaktadır.

Ayrıca 96/71/EC sayılı Direktif, Direktif hükümleri ile tamamen uyumlu olması koşuluyla, işçilere daha iyi çalışma şartları sağlanmasını engelleyecek hükümler de taşımamaktadır.

Bu durumda, 96/71/EC sayılı Direktif’in revize edilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Direktifin gerek genel yaklaşımı, gerekse hükümleri geçerlidir. Direktif metninde değişiklik istemektense, ortaya çıkan problemlerin ilgili ülkelerde çözülmesine devam edilmelidir. 96/71/EC sayılı Direktif’in revize edilmesine değil, ancak daha iyi uygulanmasına ihtiyaç vardır. Tek tip bir uygulama ve Direktif hükümlerinin etkin ve uygun bir şekilde icrası için acilen tedbirler alınmalıdır.

Kurma ve hizmet sağlama özgürlüklerinin üzerindeki haksız kısıtlamaların kaldırılması bir gerekliliktir. Direktifin 4. ve 5. maddeleri altında idari işbirliğinin geliştirilmesi, ulusal otoriteler arasındaki bilgi ve iyi uygulama örneklerinin düzenli şekilde değişimi için organize çalışmalar yapılmalıdır. BUSINESSEUROPE, Avrupa Komisyonu tarafından bu amaç

## Geçici olarak gönderilen işçilere uygulanacak çalışma şartlarına ilişkin bilgilerin ulaşılabilirliği, şirketlerin geçici olarak gönderilen işçilerle sınır ötesi hizmet verebilme yeteneklerinin anahtarıdır.

için oluşturulan İşçilerin Hizmet İçin Başka Bir Ülkeye Gönderilmesi Konusundaki Uzmanlar Komitesi'ni desteklemekte ve aktif olarak yer almaktadır.

Buna ilaveten, şirketler geçici olarak gönderilen işçilere uygulanacak çalışma şartlarına ilişkin bilgilere her zaman ulaşamayabilmektedirler. Bu bilgilerin ulaşılabilirliği şirketlerin geçici olarak gönderilen işçilerle sınır ötesi hizmet verebilme yeteneklerinin anahtarıdır. Bilgiye ulaşımın sağlanması, Direktife uyumun önkoşuludur. Bu nedenle BUSINESSEUROPE, Avrupa düzeyinde elektronik bilgi değişimi sistemini memnuniyetle karşılamaktadır.

### SONUÇ

Viking, Laval, Rüffert ve Lüksemburg davalarında verilen ATAD kararları pek çok tartışmaya yol açmıştır.

BUSINESSEUROPE, ATAD kararlarının işçilerin haklarını korurken aynı zamanda işçilerin hizmet için başka bir ülkeye gönderilmesine ilişkin Direktifin yorumlanmasına açıklık getirdiğine inanmaktadır. ETUC'un iddialarının aksine, söz konusu kararlar Tek Pazardaki ekonomik özgürlüklerle sosyal haklar arasındaki dengeyi sorgulamamaktadır ve ulusal sosyal modeller ile endüstri ilişkileri sistemleri tehlikede değildir. Ancak, bu kararlar değişik AB ülkelerinde faaliyet gösteren şirketler için daha güvenli bir yasal ortam sağlanmasına katkıda bulunmuştur.

96/71/EC sayılı Direktif'in revize edilmesine yönelik teklif reddedilmelidir. Eğer evsahibi Üye Ülkelere Direktifin çekirdek ulusal kullarlarının üzerinde çalışma şartları sağlanmasına yönelik baskı yapmasına izin verilirse, pek çok şirketin Avrupa Birliği'nde hizmet sağlaması

mümkün olmayacaktır. Bunun da ekonomik büyümeye ve iş yaratılmasına olumsuz etkisi olacaktır.

Bu bağlamda BUSINESSEUROPE ATAD kararlarında ortaya konan hususların gerek yasal, gerekse uygulama açısından engellenmesi için bir neden görmemekte ve bunların sosyal taraflarca analiz edilmesi gerektiğine inanmaktadır. Avrupa sosyal tarafları halihazırda ATAD kararlarının yasal, ekonomik ve sosyal sonuçlarını analiz etmektedirler. Bu çalışmanın sonuçlarını 2010 yılında bir rapor şeklinde Komisyon'a ve Konsey'e sunacaklardır.

### DİPNOTLAR

- 1 İşçilerin hizmet için başka bir ülkeye gönderilmesine ilişkin Direktif, geçici işçilere ilişkin olarak şirketlerce izlenmesi gereken çekirdek zorunluluklar öngörmektedir. Söz konusu Direktif, geçici olarak gönderilen işçilere evsahibi Üye Devletin azami çalışma süreleri ve asgari dinlenme süreleri, asgari yıllık ücretli izin süresi, asgari ücret, eşit davranma gibi konulardaki minimum koşulların uygulanmasını zorunlu kılmaktadır.
- 2 İşçilerin hizmet için başka bir ülkeye gönderilmesine ilişkin 16 Aralık 1996 tarih ve 96/71/EC sayılı Direktif.

**Selçuk KOCABIYIK**

MESS Müşavir Avukatı

# İşyerinde Cinsel Tacizde Bulunan Çalışanın İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilebilmesi

## SCHLESWIG-HOLSTEIN EYALET İŞ MAHKEMESİ<sup>1</sup>

**Karar No** : 27.09.2006  
**Sayısı** : 3 Sa 136/06

### ÖZET

İşyerinde çalışanlara cinsel tacizde bulunan çalışanların amiri konumundaki kişi, firmada uzun yıllardan beri çalışıyor olsa da, iş ilişkisi derhal feshedilebilir. Burada cinsel taciz kavramından sadece açık bir biçimde cinsel içerikli vücuda dokunmalar anlaşılmalıdır. Amir konumundaki bir kişinin, çalışanı gereksiz yerde ve de istenmemesine rağmen tekrarlar halinde dokunması veya pornografik içerikli resimler göstermesi ve bu esnada kendisinin de bu tarz resimlerini çekebileceğini ifade etmesi, açık bir biçimde cinsel taciz olarak kabul edilmektedir.

### OLAY

Davacı, davalının yanında otuz yıldan fazla bir süreden beri yönetici olarak çalışmıştır. Çalıştığı sırada işçilerden birini uzun yıllardan beri sürekli yanına giderek rahatsız etmiş ve kendisine “hadi benden o kadar uzak durma” veya “ne olacak şimdi bizimle” gibi sözler sarf ederek rahatsız etmiştir. Tacize uğrayan işçi ise sürekli bu hareketlerden kaçınmış ve kendisini kolları arasına alan davacıyı kendisinden iterek uzaklaştırmıştır. Davacı, diğer bir işçiye ise pornografik içerikli fotoğraflar göstererek, kendisinin de bu yönde resimlerini çekebileceğini söylemiştir.

Davalı işveren bu olaydan haberi olur olmaz davacı ile aralarındaki iş sözleşmesini derhal feshetmiştir. Eyalet İş Mahkemesi'ne yapılan, iş sözleşmesinin haksız yere feshedildiği gerekçesi ile açılan dava reddedilmiştir.

## GEREKÇE

Davalı, davacı ile aralarında kurulmuş olan iş sözleşmesini haklı olarak derhal feshetmiştir. Cinsel taciz kavramının sadece bir kişinin vücuduna açık bir biçimde cinsel içerikli dokunmalar biçiminde anlaşılması gerekir. Bir kimse, başka bir kişiye karşı asgari olarak kabul edilen vücutlar arasındaki mesafeyi korumayıp, meslektaşına bilerek ve hedef alarak sürekli olarak dokunması halinde de cinsel taciz söz konusudur. Bununla birlikte pornografik içerikli fotoğrafların gösterilmesi ve aynı içerikli resimlerin çekilmesi yönünde

bir teklifin götürülmesi de açıkça cinsel tacizdir.

Bu olgular doğrultusunda davacının iki işçiyi uzun bir süreden beri cinsel olarak taciz ettiği anlaşılmıştır. Bununla birlikte bu eylemi gerçekleştiren kişinin, tacize uğrayan işçilerin amiri konumunda olması nedeniyle, yönetici pozisyonunu kötü niyetli olarak kullandığı sonucu da ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumun ortaya çıkmış olması nedeniyle davacının uzun yıllardan beri firmanın çalışanı olması hususu, davalı tarafından iş sözleşmesinin derhal feshedilmesini haksız kılmamaktadır.

## 1. KARARA KONU OLAY

Karar konu olayda bir işyerinde otuz yılı aşkın süredir çalışan bir yöneticinin, işyerindeki iki çalışana karşı cinsel tacizde bulunması nedeniyle iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiştir. Kararda, cinsel taciz kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda kanaate de yer verilmiştir. Buna göre, cinsel tacizin sadece bir kişinin bedenine açıkça yapılan cinsel içerikli dokunmalar olarak anlaşılması gerekir. Bir kişinin diğer bir kişiye karşı asgari olarak kabul edilen vücutlar arası mesafeyi aşarak, çalışma arkadaşını bilerek ve hedef alarak sürekli dokunması halinde de cinsel taciz söz konusu olur. Bunun yanı sıra pornografik içerikli fotoğrafların gösterilmesi ve aynı içerikli fotoğrafların çekilmesi yönünde bir teklifin de açıkça cinsel taciz olduğu ifade edilmiştir. İşyerinde cinsel tacizde bulunan kişinin tacize uğrayan kişinin amiri konumunda olması nedeniyle, yönetici pozisyonunu kötü niyetli olarak kullandığı kanaatine varılmış ve böyle bir durumun ortaya çıkmış olması nedeniyle davacının uzun yıllardan beri firmanın çalışanı olması hususunun, iş sözleşmesinin feshini haksız kılmayacağı belirtilmiştir.

İncelememizde, iş hukukumuzda cinsel taciz kavramı ve cinsel tacizin işi ve işverene verdiği fesih hakkı, Yüksek Mahkememizin konuya ilişkin kararları ışığında ele alınmaya çalışılacaktır.

## 2. İŞVERENİN İŞÇİYİ GÖZETME BORCU

İş sözleşmesi, sözleşmenin her iki tarafına da yani gerek işverene gerekse işçiye borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Bu ilişkide işçinin temel borcu iş görmek iken, işveren açısından da yapılan iş karşılığı ücret ödeme yükümlülüğü temel borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu borçların yanı sıra sözleşmenin taraflarına yüklenmiş başka borçların olduğu da kabul edilmektedir. İşveren açısından bu borçlardan birisi de işçiyi gözetme veya koruma borcu olarak adlandırılan borçtur.

İşverenin işçiyi gözetme borcu geniş kapsamlı bir borçtur. Bu borcun kapsamına hangi hususların girdiğini önceden sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Bunların başında işçinin kişiliğinin korunması gelir. Bunun yanında, esasen işçinin kişiliği içinde yer alan yaşam, sağlık, beden bütünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınması da işverenin işçiyi gözetme borcunun doğal gereğidir. İşverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamı dürüstlük ve iyi niyet kuralları ile belirlenir ve sınırı çizilir.<sup>2</sup>

İşverenin işçiyi gözetme borcunun öncelikle anayasal bir yükümlülük olduğu kabul edilmektedir. Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, 19. maddesinde herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu,

20. maddesinde özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı, 50. maddesinde de küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağına ilişkin kurallar yer almaktadır. Anayasa hükümlerinin, temel hukuk kuralları olması nedeniyle, işverenin bu yükümlülüğünün öncelikle Anayasa'dan kaynaklandığını ifade etmek yanlış olmaz. Medeni Kanun'un "Kişiliğin Korunması" başlıklı kısmında yer alan 23 vd. maddeleri ile Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde kişiliğin korunmasına ilişkin yer alan düzenlemeler, Anayasa'da kişiliğin korunması konusunda yer alan hükümlerin özel hukuka uyarlanmış şekli olarak karşımıza çıkar.

Borçlar Kanunu'nun 332. maddesine göre işveren, işçiyi gözetme ve koruma borcu kapsamında ve yanında, işçiyi işletme tehlikelerine karşı koruyucu gerekli önlemleri almak, onun için münasip ve sağlıklı işyeri temin etmekle yükümlüdür. Burada korunan hukuki varlık, işçinin hayatı ve sağlığı yani fiziki ve ruhi vücut bütünlüğü, can ve mal güvenliğidir.<sup>3</sup>

İşçiyi gözetme borcunun, kavram itibariyle birçok tanımı yapılmışsa da bunlar içerik bakımından aşağı yukarı aynı anlamda tanımlar olup, işçinin gördüğü iş dolayısıyla maruz kalabileceği zararlara karşı gereken önlemleri almak, çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak şeklinde yükümlülüklerden oluşan bir borç olarak mütalaa edilmektedir. Bu tanımlar esasında gözetme borcu, tıpkı sadakat borcunda olduğu gibi, işverenin işçisine karşı diğer borçlarını kapsayan ve anlamlandıran ve objektif iyi niyet kurallarına göre tezahür eden davranış yükümlülükleri yekunundan oluşan, somut sınırları bulunmayan, geniş kapsamlı bir borç niteliği taşımaktadır.<sup>4</sup> İşçiyi gözetme borcunun kapsamının önemli bir kısmı, iş sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik hükümlerden oluşsa da, işçinin gizli ve özel hayat alanları ile şeref, haysiyet, mesleki itibar gibi değerlerini işverenin korumakla yükümlü olduğu kabul edilmiştir.

### 3. İŞ HUKUKUMUZDA CİNSEL TACİZ KAVRAMI

Cinsel taciz; ahlaksızca, ulu orta veya gizlice söz ve davranışlarla karşı cinse eziyet etme, te-

dirginlik ve sıkıntı verme şeklinde veya çalışma hayatında ekonomik güç, üst makam veya başka etkili bir göreve sahip olanların, genellikle karşı cinsi ahlak dışı bir takım tutum ve davranışlarla cinsel yönden sıkıntıya sokup rahatsız etmesi olarak tanımlanabilir.<sup>5</sup> İş hukukumuzda cinsel taciz, bir kişinin iş ilişkisi içinde işçiye karşı kendi veya üçüncü kişi lehine cinsel nitelikte çıkar sağlamak amacıyla yaptığı davranışlar olup, kavramsal olarak mevcudiyeti için, failin, alışkanlık niteliği bulunmasa bile, aynı ya da benzer davranışları tekrarlaması icap eder. Bir görüşe göre cinsel taciz, manevi tacizin özel bir şekli olup bu ikincisi, bir kişinin kişiliğine, haysiyetine fizik ve ruhsal bütünlüğüne tecavüz mahiyeti taşıyan, bu kişinin işini tehlikeye sokan veya iş ortamını alçaltan; özellikle davranış, söz, işlem, jest, yazı şeklinde tezahür eden haksız her tutumdur. Manevi taciz, cinsel tacizden farklıdır; manevi tacizde failin amacı mağdurdan kurtulmak veya ona zarar vermek iken cinsel tacizde amaç cinsel niteliklidir. Bununla birlikte manevi taciz işyerinde tekrarlanan davranışlardan oluşan bir süreç olup tekrarlanan davranışlar arasında cinsel taciz olarak nitelendirilebilecekler de bulunabilir. Türk iş hukuku öğretisinde cinsel tacizin "cinsel anlam taşıyan ya da cinsel temele dayalı ve istenmeyen davranışlar", "kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavrı" şeklinde tanımları yapılmaktadır.<sup>6</sup>

1475 sayılı İş Kanunu'nda yer almayan cinsel taciz kavramına 4857 sayılı İş Kanunu'nda açık bir biçimde yer verilerek, işçi ve işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshini düzenleyen maddelere yeni alt bentler eklenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki 1475 sayılı Kanun döneminde de cinsel taciz, Kanunda açıkça belirtilmemiş olsa dahi, bir haklı fesih nedeni olarak yargı kararları ile kabul edilmiştir. Örneğin, işyerindeki işçilerden birinin eşi hastalanınca onun evine eşine iğne yapmaya giden başka bir işçinin kadına sarkıntılık etmesi, eşi sarkıntılığa uğrayan işçi bakımından fesih nedeni sayılmıştır.<sup>7</sup> Yine 1475 sayılı İş Kanunu'nun yü-



rürlükte olduğu dönemde, görevli olduğu belediye otobüsünde bayan yolcuya elle ve sözle sarkıntılık yapan şoförün hizmet akdinin feshi de haklı fesih olarak kabul edilmiştir.<sup>8</sup>

Cinsel taciz kavramından ne anlaşılması gerektiği Kanun'da açıklığa kavuşturulmuş değildir. Madde gerekçelerinden de bu kavramın ne anlama geleceği sarıh bir biçimde anlaşılamamaktadır. Türk Ceza Kanunu bakımından suç teşkil eden eylemlerin madde kapsamına girdiği mutlak olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte suç vasfını taşımayan fiil ve hareketler dahi, cinsel taciz kapsamında değerlendirilebilir. Bir başka deyişle İş Kanunu bakımından cinsel tacizin gerçekleşmesi, yapılan fiil veya eylemin suç niteliği taşımasına bağlı değildir.

İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen İş Kanunu'nun 24. maddesinin "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlıklı II. bendine eklenen (d) alt bendine göre, işçinin işyerinde başka bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen onun gerekli önlemleri almaması durumunda, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir. Buradaki "gerekli önlemler" sözü ile anlatılmak istenen, işverenin, olayın tekrar etmemesi için çaba göstermesi, sözgelimi işçinin çalıştığı yeri değiştirmesi ya da tacizin ağırlığı karşısında tacizci işçinin işine son vermesidir.<sup>9</sup> Düzenlemeye göre cinsel taciz eyleminin işyerinde gerçekleşmiş olması gerekir. Buradaki işyeri kavramından İş Kanunu'nun 2. maddesinde tanımlanan geniş anlamda işyerini anlamak gerekir, bu nedenle işyerinde üretilen mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler ve bunların yanı sıra yemekhane, soyunma odası, servis gibi yerler de işyerinden sayılmalıdır. Tacizde bulunanın işverenin bir başka işçisi ya da üçüncü bir kişi olması gerekir. Bu üçüncü kişi örneğin bir müşteri ya da işyerine herhangi bir nedenle gelen birisi olabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'yla üçüncü kişinin işyerindeki cinsel tacizi de işçi açısından haklı fesih nedeni sayılmıştır. Oysa Yargıtay'ın 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükteyken vermiş olduğu bir kararında, işyerinde mali konularda denetim

yapmak üzere gelen mali müşavirin sözlü satışması işçi açısından haklı fesih nedeni olarak kabul edilmemiştir.<sup>10</sup> Bir görüşe göre işverenin kontrol edebilip etkileyebildiği bir üçüncü kişinin bu madde kapsamında tacizi işçiye fesih yetkisi vermektedir.<sup>11</sup> Kanaatimizce işverenin kontrol yetkisi dışında olan bir kişi, örneğin bir mağazaya gelen bir müşterinin tacizi de, İş Kanunu md. 24/II-d'de yer alan diğer şartlarla birlikte gerçekleştiğinde işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkanı vermektedir. Anılan alt bentte işçinin cinsel tacize uğraması tek başına haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilmemiş, işçinin bu durumu işverene bildirmesine rağmen, işverence gerekli önlemlerin alınmaması da aranmıştır. Bu durumda cinsel tacize maruz kalan işçinin bu hususu işverene makul bir süre içerisinde bildirmesi ve işverenin bu duruma karşı kayıtsız kalması ya da cinsel tacizi önlemeye yönelik yeterli girişimde bulunmaması veya gerekli tedbirleri almaması işçiye haklı nedenle fesih imkanı verecektir. Her durumda alınması gerekli önlemlerin, somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerekir. Bir görüşe göre "gerekli önlemler", cinsel taciz oluşturan davranışların tekrarını önlemeye yönelik olarak işverenin, yönetim ve gerektiğinde disiplin yetkisine dayanarak işyerinde aldığı tedbirlerdir.<sup>12</sup> Örneğin bir müşterinin işçisine cinsel tacizde bulunduğunu haber alan işveren bu konuda müşteriyi uyarma, bu müşteri ile bağlantısını kesme veya bu müşteri ile ilgilenen bir başka işçi görevlendirme gibi yollara başvurmalıdır.<sup>13</sup> İşçi için haklı fesih nedeninin doğmuş sayılabilmesi için, işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmamış olması yeterlidir.

İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin II. bendinin (b) alt bendinde de işverenin işçiye cinsel tacizinin, işçi için iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkanı vereceği düzenlenmiştir. Gerçekten de işvereni tarafından cinsel tacize uğrayan bir kişiden iş sözleşmesini devam ettirmesi beklenemez ve bu kişiye haklı nedenle fesih imkanı verilmesi doğaldır. Anılan alt bende göre işverenin, işçinin ailesi üyelerinden birinin şeref namusuna dokunacak söz-

ler söylemesi, davranışlarda bulunması veya işçiye cinsel tacizde bulunması halinde, işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir. 1475 sayılı Kanun'da yer alan benzer düzenlemeye işverenin işçiyi tacizi de eklenmiştir. Yukarıda zikredilen düzenlemeden farklı olarak, burada tacizin işyerinde veya işyeri dışında meydana gelmesinin bir önemi yoktur. İş K. md. 24/II-b hükmü sadece işverenin değil işveren vekilinin düzenlemede sayılan fiil ve hareketlerini de içine alır. İş Kanunu'nun ikinci maddesinin beşinci fıkrasında, İş Kanunu'nda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunlulukların işveren vekilleri hakkında da uygulanacağı kuralına yer verilmiştir. Bu nedenle işveren vekillerinin taciz mahiyetindeki davranış ve hareketlerinin de işçi açısından haklı nedenle feshe imkan vereceği kabul edilmektedir.

Cinsel taciz nedeniyle işçiye tanınan haklı fesih nedenlerinin yanı sıra işverenin de diğer bir işçisine cinsel tacizde bulunan bir işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı bulunmaktadır. Konuya ilişkin düzenlemeye 4857 sayılı İş Kanunu'nda ayrı bir alt bent olarak yer verilmiştir. İş K. md. 25/II-c'de yer alan bu düzenlemenin sonucu olarak, bir işçiye tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyulmaksızın ve tazminat ödenmeksizin feshedilebilecektir. Düzenlemede bir sınırlamaya yer verilmediğinden, tacizin işyerinde veya dışında gerçekleşmiş olmasının bir önemi yoktur. Cinsel tacizin, tacize uğrayan işçinin kişilik haklarına ve manevi değerlerine zarar vermesinin yanı sıra, işyerindeki çalışma düzeninin de bozulmasına neden olacağı açıktır, bu nedenle cinsel taciz niteliğindeki davranışların haklı fesih nedeni olarak kabul edilmesi tabiidir. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde de bir işçinin diğerine cinsel tacizde bulunması Yargıtay tarafından haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.<sup>14</sup>

İş hukukumuz bakımından haklı nedenin, sözleşmenin taraflarından birinin, yani işçi veya işverenin, sözleşmeyi devam ettirmesinin objektif olarak beklenemeyeceği düzeyde bir ağırlıkta olması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinin I. fıkrasında "Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnüniyet

kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder." hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddede haklı nedenlerin mevcudiyetini hakimin takdir edeceği belirtilmiştir. İş Kanunumuzda ise haklı nedenle fesih halleri tahdidi olmayan bir biçimde sayılmıştır. Cinsel tacizin de haklı fesih nedenleri arasında sayılmış olması isabetlidir. Her ne kadar işçinin işverene karşı cinsel tacizi açık bir biçimde haklı fesih nedeni olarak Kanunda belirtilmemiş ise de bu davranışın da işveren açısından haklı nedenle feshe imkan vereceği şüphesizdir. Mevcut düzenlemelere göre, işçinin işverene karşı cinsel taciz eyleminde bulunması halinde, bu davranışın İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin (b) alt bendi kapsamında haklı fesih nedeni oluşturduğu kabul edilmelidir.

Cinsel taciz nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi Yargıtay kararlarına da konu olmuştur.<sup>15</sup> Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki hangi davranış ve eylemlerin haklı fesih nedeni olarak kabul edileceği çoğu zaman kararlardan anlaşılamaaktadır. Yargıtay bir kararında, "Dosya içeriğine göre, davacı işçi iş güvencesi kapsamında kalmakta olup, dava da süresinde açılmıştır. Davacı hakkında, vardiya çıkışı görevi gereği evine bırakması gereken kadın işçiye "araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler söylemesi" nedeni ile soruşturma açılıp, savunmasının alındığı ve Disiplin Kurulu kararı ile iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve kadın işçi hem yazılı hem de Disiplin Kurulu huzurunda sözlü beyanlarda bulunmuşlardır. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi söylenen sözlerin adap ve muaşeret kuralları ile bağdaştırılması mümkün değildir. Somut olayda araç içinde tanık bulunmaması sonuca etkili değildir. Zaten topluluk içinde bu tür sözlerin söylenmesi olağan değildir. Kaldı ki davacı da araç içinde kendisinden yaşça hayli küçük olan kadın işçi ile ailesi hakkında konuştuğunu kabul etmektedir. Davacı görevi kapsamında iş çıkışı servisle evine bıraktığı bir kadın işçiye sözle sataşmıştır. Bu somut olgulara göre davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır."<sup>16</sup> şeklinde görüşe yer

vermiştir. Karardan, “adap ve muâşeret kural-larını aşan” hangi sözlerin haklı nedenle feshe, hangilerinin geçerli nedenle feshe yol açacağı tam olarak anlaşılammamaktadır. Keza Yargıtay bir başka kararında da, işyeri bilgisayarını kul-lanarak, mesai saatleri içinde aynı yerde çalı-şan bir hanım iş arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar gönderen işçinin iş sözleşmesinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenle feshedilmiş kabul edileceğine hükmetmiştir.<sup>17</sup> İşe iade talebiyle açılan bir da-vada verilen bu karardan davacı işçi tarafından gönderilen mesajların içeriği tam olarak anlaşıl-masa da, yapılan eylemin cinsel taciz oluşturu-p oluşturmadığının da irdelenmesi gerektiği kanısındayız. Çünkü yapılan feshin geçerli ne-dene dayandığının mahkeme kararıyla hüküm altına alındığı hallerde, işçiye geçerli sebeple fesihten doğan bir takım haklar da tanınmış olmaktadır. Bir başka ifadeyle hukukumuzda geçerli ve haklı feshe bağlanan hukuki sonuç-lar arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İncelememize esas kararda, pornografik içe-rikli fotoğrafların gösterilmesi ve aynı içerik-li fotoğrafların çekilmesi yönünde bir teklifin götürülmesinin açıkça cinsel taciz olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de hangi hareket, eylem ya da sözlerin cinsel taciz niteliğini ve dola-yısıyla haklı fesih nedeni taşıyacağını tespiti-nde zorluklar yaşanabilir. KAR’a göre, işçinin cinsel taciz niteliğinde olmamakla birlikte uy-gunsuz sayılabilecek davranışlarda bulunması ve bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde, örneğin bir bayan işçisi-ne telefon etmesi, yemeğe davet etmesi, ısrarlı davranması gibi geçerli nedenden söz edilebi-lir. İşçinin diğer bir işçinin eşi ile işyeri dışında birlikte olması ve bu olayın işyerine yansması halinde de bu davranış geçerli nedenle fesih sebebi olarak kabul edilebilecektir.<sup>18</sup>

Cinsel tacizin ispatında da güçlükler yaşanı-dığı görülmektedir. Bu konuda Yargıtay bir kararında, tacize uğradığı iddia edilen bayan işçinin işverenine hitaben yazdığı mektubu ve bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde ayrıntılı olarak açıklamada bulunmasının hayatın olağan akışı-na aykırı olduğu görüşüne yer vererek, davacı

işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedi-lebileceğine hükmetmiştir.<sup>19</sup> Yargıtay bir başka kararında da feshin haksız olduğu iddiasıyla ihbar ve kıdem tazminatı taleplerini hüküm al-tına alan yerel mahkeme kararını; bayan işçile-rin olayları yer belirtmek suretiyle ayrıntılı ola-rak anlattıkları, kendilerine sarkıntılık yapıldığı şeklinde iftirada bulunmalarının hayatın olağan akışına uygun olmadığı, sarkıntılık eyleminin gerçekleştiği gerekçesi ile bozmuştur.<sup>20</sup> Bu iki kararda yüksek mahkeme, kadın işçilerin cin-sel tacize uğradıkları yönündeki ayrıntılı ifade-lerinin, hayatın olağan akışına uygun olmadığı yönündeki bir karineden hareket etmektedir.

#### 4. CEZA HUKUKUMUZDA CİNSEL TACİZ

Cinsel taciz, ceza hukuku bakımından da bir suçtur. Türk Ceza Kanunu’nun 105. maddesi-nin birinci fıkrasında, “Bir kimseyi cinsel amaç-lı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunaca-ğı düzenlenmiştir. Düzenlemeden anlaşılacağı üzere, cinsel taciz suçu, şikayete bağlı bir suç-tur. Madde gerekçesinde, cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşıma-yan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği, cinsel tacizin, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibaret olduğu belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında da cinsel taciz suçunun nitelikli hali belirlenerek, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işye-rinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması halinde, verilecek cezanın yarı oranda artırılaca-ğı düzenlenmiştir. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, veri-lecek ceza bir yıldan az olamaz. Bir başka de-yişle cinsel taciz mağdurunun bu duruma da-yanamayarak işinden ayrılmış olması cezanın ağırlaşmasına neden olmaktadır.

Cinsel taciz suçunu oluşturan fiil, söz ya da eylemlerin neler olduğu Ceza Kanunu’nda açıkça belirtilmemiş, suçun tanımı sarıh bir biçimde yapılmamıştır. Böyle bir tanımın ya-

pılmamış olması nedeniyle, bir kimseye karşı yapılan “cinsel amaçlı” her türlü cinsel davranışı bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Bu davranışlar ani olabileceği gibi devamlılık da arz edebilir. Ancak söz konusu davranışların mutlaka cinsel amaçla yapılması gerekir.<sup>21</sup> Kanaatimizce cinsel taciz suçu oluşturan her fiil ve eylem İş Kanunu bakımından haklı fesih nedeni teşkil eder ise de, fiil ya da eylemin suç vasfı taşıması haklı fesih nedeni olarak kabul edilmesi bakımından şart değildir. Bu nedenle açılmış olan bir ceza davası söz konusu olsa dahi, işverenin fesih hakkını ceza davasının sonucunu beklemezsizin kullanabileceğini kabul etmek yerinde olur.

## 5. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İş hukuku bakımından cinsel tacizin, tacize uğrayan bireyin kişilik haklarına, manevi değerlerine ve çalışma hak ve özgürlüğüne bir saldırı teşkil etmesinin yanı sıra işyerindeki çalışma düzenini de olumsuz etkilediği açıktır. Bu yöndeki davranışların işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getireceği kabul edilmelidir.

Bir eylem, söz ya da davranışın cinsel taciz niteliğini taşıyıp taşımadığını tespit etmek zaman zaman güç olabilir. Yukarıda da izah etmeye çalıştığımız üzere, ortada Türk Ceza Kanunu bakımından suç teşkil eden bir fiil varsa, iş hukuku bakımından yapılan fiili cinsel taciz olarak kabul etmek gerekir. Ancak suç niteliği taşımamakla birlikte cinsel taciz niteliği taşıyan davranışların da iş sözleşmesini haklı nedenle feshe imkan verdiği kabul edilmelidir. Bu tür fiillerin nitelendirilmesinde, olayın taraflarının sosyo-ekonomik ve kültürel konumları ile olayın gerçekleştiği yerin örf ve adetleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Cinsel nitelikteki davranışların bazıları niteliği gereği taciz oluşturmakla beraber, bazıları maruz kalan kişiye bağlı olarak farklı değerlendirilebilir. Bu nedenle istenmeyen davranışlar cinsel tacizi oluşturur.<sup>22</sup>

Değerlendirmemize esas kararda işyerinde uzun süreden beri çalışan ve amir konumunda olan kişi, cinsel tacizde bulunmuştur. Kararda bu kişinin uzun süreden beri işverenin çalışma-

nı olmasına karşın, yönetici pozisyonunu kötü niyetli olarak kullanması nedeniyle, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği ifade edilmiştir. Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, işyerinde oniki yıldır istihdam edilen bir çalışanın iş sözleşmesinin, işyerindeki stajyere cep telefonu ile mesaj göndererek ahlaksız teklifte bulunması nedeniyle feshinin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir. Bu kararda da işverenin istihdam ettiği çalışanlarını korumakla ve rahatsızlık yaratan kişiye karşı gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu ve bu davranışından dolayı çalışana ihtar vermek zorunda olmadığı görüşüne yer verilmiştir.<sup>23</sup> Yargıtay da yukarıda anılan bir kararında, “Davacı işçi, daha sonra bayan işçinin rızasıyla bu tür eylemlerine (cinsel taciz) devam etmişse de, davacının işyerinde haiz olduğu yönetici konumu sebebiyle baskı oluşturarak bu eylemlere giriştiği ve son dönemlerde bayan işçinin karşı çıkılmaları üzerine işten çıkartmakla tehdit ettiği ve en nihayetinde bayan işçinin baskılar sonucu istifa ettiği ve aynı gün cinsel taciz iddialarıyla ilgili durumu davalı işverene bildirdiği anlaşılmaktadır. Somut olayda davacı ile bayan işçi arasında yaşananlar iş düzenini bozacak nitelikte olduğu gibi doğruluk ve bağlılığa da aykırı eylemler niteliğindedir.” gerekçesiyle, davacı çalışanın kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar vermiştir.<sup>24</sup>

4857 sayılı İş Kanunu ile beraber, cinsel taciz kavramı Kanunda açık bir biçimde yer bulmuştur. Mevzuatımız bakımından ele alındığında, iş sözleşmesi uzun süreden bu yana devam eden bir çalışan dahi olsa, cinsel taciz eyleminde bulunması iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi için yeterlidir kanaatini taşımaktayız. Bu davranışın tacize uğrayan kişinin cinsel dokunulmazlığını ihlal edeceği ve bireyin onurunu zedeleyeceğinin açık olması nedeniyle fesih işlemi, işçiyi gözetme borcu çerçevesinde işveren tarafından bulunulması gereken bir tasarruf olduğu gibi, işyerindeki çalışma düzeninin korunması da işverenin yükümlüdür. Keza bu davranış genel olarak işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olarak kabul edilebilir. Bu nedenle hizmet akdinin süresi ne olursa olsun bu tarz davranış ve eylemlerin iş

sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açacağını kabul etmek uygun olur.

İşçinin kişilik değerlerinin korunmasına yönelik olarak, önümüzdeki dönemde karşılaşılabilecek bir düzenleme de uzun süredir gündemde olan Borçlar Kanunu Tasarısında yer almaktadır. Tasarının genel olarak işçinin kişiliğinin korunmasını düzenleyen 471. maddesine göre; işveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları, bu tür tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu Raporu'nda; işçinin onur ve saygı gösterilmek dahil bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğünün düzenlendiği, cinsel tacizin yanında diğer psikolojik tacizlerin de (mobbing) kişilik değerlerini ihlal eden sebepler kategorisinde sayıldığı, yürürlükteki İş Kanunu'nun 77. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemeleri arasında bir bütünlük sağlandığı, hizmet akdinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda yaşanan tartışmaların düzenleme ile sona erdirildiği belirtilmiştir. Maddede, işverenin işçinin onur ve saygı gösterilmek dahil bütün kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğü açık olarak düzenlenmiş ve ayrıca sadece cinsel tacize karşı değil, son dönemlerde giderek daha fazla duyulan mobbing olarak tabir edilen psikolojik tacizlere karşı da önlem alma yükümü getirilmiştir.<sup>25</sup>

## DİPNOTLAR

- 1 Karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 13, 2007/2, sf: 341.
- 2 SÜZEK, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul Mart 2005, sf: 312.
- 3 KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1992, sf: 38.
- 4 MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, sf: 530.
- 5 <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=cinsel+taciz&ayn=tam>
- 6 MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e, sf: 611-612.
- 7 Yargıtay 9. H.D., 04.10.1966 t., 1966/923 E., 1966/9195 K., AKYİĞİT, İş Hukuku, 4. Basım, sf: 195.
- 8 ÇANKAYA-GÜNAY-GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, sf: 119, Konuyla ilgili Ankara 8. İş Mah. 08.09.1994 t., 1994/534 E., 1994/801 K. sayılı karar Yargıtay 9. H.D., 26.12.1994 t., 1994/14706 E., 1994/18541 K. sayılı ilamıyla onanmıştır. İşyerinde çalışan bayan arkadaşına sarkıntılık yapan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği yönünde Yargıtay 9. H.D.'nin, 30.06.1994 t., 1994/5617 E., 1994/10421 K. sayılı kararı.
- 9 Bkz. Madde Gerekçesi.
- 10 Yargıtay 9. H.D., 08.11.1999 t., 1999/13898 E., 1999/16874 K.
- 11 AKYİĞİT, İş Hukuku, 4. Basım, Mart 2005, sf: 196.
- 12 MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e, sf: 612.
- 13 ÇİL, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2004, sf: 458.
- 14 AKYİĞİT, a.g.e, sf: 207, Örneğin bayan iş arkadaşına "ateş başına mı vurdu?" diyerek onun elbisesinin fermuarını indirmek. Yargıtay 9. H.D., 06.06.2001 t., 2001/16009 E., 2001/5077 K.
- 15 Bir bayan işçiyi sözle ve elle taciz eden işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği yönünde Yargıtay 9. H.D., 10.11.2005 t., 2005/6471 E., 2005/35643 K. sayılı kararı. Stajyer olan kız öğrenciyi uygunsuz hal ve hareketlerde bulunan davacı işçinin iş sözleşmesinin hak düşürücü süre içinde feshedilmemesi halinde, geçerli nedenle feshedilmiş kabul edileceği yönünde Yargıtay 9. H.D., 19.06.2006 t., 2006/13620 E., 2006/17779 K. sayılı kararı.
- 16 Yargıtay 9. H.D., 18.10.2004 t., 2004/6529 E., 2004/23507 K.
- 17 Yargıtay 9. H.D., 16.12.2004 t., 2004/18435 E., 2004/28069 K.
- 18 KAR, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, sf: 265.
- 19 Yargıtay 9. H.D., 08.03.2005 t., 2004/13286 E., 2005/7706 K.
- 20 İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, sf: 110, Yrd. Doç. Dr Gülsevil Alpagut'un tebliği.
- 21 ARTUK, Cinsel Taciz Suçu, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11, 2006/4, sf: 42.
- 22 BAKIRCI, İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukuku'na İlişkin Çözüm Önerileri, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_25.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_25.htm)
- 23 MESS Akıllı Kitap, İş Güvencesi, sf: D51 B3/001, Rheinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesi, 07.10.2001 t., 9 Sa 853/01 E.
- 24 Yargıtay 9. H.D., 08.03.2005 t., 2004/13286 E., 2005/7706 K.
- 25 EKMEKÇİ, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Sayı:13, Mart 2009, sf: 27.



## “SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad : .....

Adres : .....

Tel. : .....

e-posta : .....

İmza : .....

**SİCİL / MERCEK** dergisine abone olmak istiyorum.

2010 yılı abonelik bedeli olan 48 TL'yi ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

**MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi**  
**Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No. 268, MESS Şişli 34381 İSTANBUL**  
**Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19**

**YAPI KREDİ BANKASI Abide Şubesi (Şube Kodu 617)**  
**Hesap No: 82467855 IBAN No: TR32 0006 7010 0000 0082 4678 55**

**TÜRKİYE İŞ BANKASI Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)**  
**Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81**

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)